

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



فصلنامه علمی تخصصی با رویکرد علمی پژوهشی

دوره ی سوم - شماره ی چهارم

زمستان ۱۳۹۹

فصلنامه آراء دادگستری اصفهان
فصلنامه علمی تخصصی با رویکرد علمی پژوهشی
شماره شایا: ۱۸۴۱- ۲۷۱۷ ISSN
دوره سوم / شماره چهارم/ زمستان ۱۳۹۹
شماره مجوز وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی ۹۳/۱۷۲۸ مورخ ۱۳۹۳/۲/۱



صاحب امتیاز: دادگستری کل استان اصفهان

مدیر مسؤول: سیدرضا سجودی، معاون قضایی رییس کل و سرپرست معاونت منابع انسانی و امور فرهنگی دادگستری کل استان اصفهان

سر دبیر: محمد محمدی، معاون قضایی رییس کل دادگستری استان اصفهان

دبیر تحریریه و مدیر اجرایی: علیرضا ارژندی

ویراستار متون انگلیسی: سیدمحمد مهدی مرتضوی

ویراستار متون فارسی: راضیه عرب

طرح جلد: امیرحسین چوپانی

شمارگان: ۱۰۰ نسخه چاپی

چاپ و صحافی: انتشارات آموزشی و پژوهشی بوعلی

تاریخ انتشار: زمستان ۱۳۹۹

اعضای هیأت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا): سیامک بهارلویی، حسن پوربافرانی، مسعود حیدری، مسعود راعی، حمید رئوفیان نائینی، ابراهیم شریفی گرم دره، علی نوریان

داوران این شماره (به ترتیب حروف الفبا): محمد بقایی، حمید بهرامیان، محسن رحمانی فرد، سیدرضا سجودی، مجتبی فرهمند، محمد محمدی

نشانی: اصفهان- خیابان چهارباغ بالا- نبش چهارراه نظر-ستاد مرکزی دادگستری کل استان اصفهان- معاونت منابع انسانی و امور فرهنگی- طبقه دوم- دفتر فصلنامه آراء

صندوق پستی: ۷۵۹۶۷-۸۱۷۳۶

تلفن: ۳۶۲۲۶۷۳۹-۳۱

فکس: ۳۶۲۴۰۵۲۵-۳۱

وب سایت: www.ara.dadgostari-es.eadl.ir

پست الکترونیکی: faslnameh.ara@gmail.com

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

فهرست مقاله‌ها

عنوان.....	صفحه
بررسی نوآوری‌های اصلاحات قانون مبارزه با پول‌شویی.....	۷
مهدی هلالی امیر هاشم زاده	
تحلیل حقوقی تعهدات مالی متقاضی سرپرستی کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست	۳۱
علی نوریان	
سیاست کیفری تقنینی ایران در برابر جرایم بازار اوراق بهادار.....	۵۱
میثم عباسی لاهرودی سیدابوالقاسم نقیبی	
واکاوی فقهی-حقوقی مسئولیت کیفری شهادت کذب.....	۸۵
بهرام بهبودی مجید دادخواه	
نگرشی نو به مسئولیت پزشک با رویکرد اخلاقی.....	۱۱۵.....
محمد جواد عبدالهی مهدی رضایی مقدم	
نقدی بر ماده ۱۱ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری.....	۱۳۱.....
محسن رحمانی فرد	
قانونی‌سازی عدالت ترمیمی: تجزیه و تحلیل تجربی در پنجاه ایالت ایالات متحده آمریکا.....	۱۴۳.....
نویسنده: تالیا گونزالز برگردان: سید رضا سجودی	
ABSTRACTS.....	۱۷۹.....

بررسی نوآوری‌های اصلاحات قانون مبارزه با پول‌شویی

مهدی هلالی^۱

امیر هاشم زاده^۲

چکیده

پول‌شویی روی دیگر فعالیت‌های مجرمانه است، که سبب می‌شود ثروت‌های ناشی از جرم به چرخه اقتصادی وارد شوند و ظاهری پاک به خود بگیرند، در نتیجه ردیابی آن‌ها سخت‌تر می‌شود. از طرف دیگر، پول‌شویی دارای آثار و پیامدهای سوء برای نظام اقتصادی در بخش دولتی و خصوصی می‌باشد و باعث بدنامی دولت در عرصه بین‌المللی (بهشت پول‌شویی) می‌شود. به موازات این تغییرات، نیاز به وضع قوانین به روزتر برای مبارزه با این پدیده لازم می‌باشد. از طرف دیگر، یکی از روش‌های تأمین مالی تروریسم، پول‌شویی می‌باشد. قانونگذار در ابتدا در سال ۱۳۸۶ اقدام به تصویب قانون مبارزه با پول‌شویی نمود که پس از ۱۰ سال با توجه به ناکارآمدی این قانون و پیشنهادهای بین‌المللی در زمینه پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم، از جمله گروه اقدام ضربت مالی موسوم به (FATF) برخی از مواد قانون مبارزه با پول‌شویی توسط مجلس اصلاح گردید. این اصلاحات، دارای نوآوری‌ها و نکات جدیدی نسبت به قانون سابق، از جمله توجه به مبارزه با تأمین مالی تروریسم، پیش‌بینی نهادهای مالی افزون بر قانون سابق، ساز و کارهای جدیدی در جهت مبارزه با پول‌شویی می‌باشد که در این مقاله به بررسی این مواد و میزان کیفیت آن‌ها می‌پردازیم.

کلید واژه‌ها: پول‌شویی، تأمین مالی تروریسم، قانون مبارزه با پول‌شویی، گروه اقدام مالی

مشترک.

^۱ - دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه قم (نویسنده مسئول) - mehdihelali74@gmail.com

^۲ - دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه قم - amminali133h@gmail.com

مقدمه

امروزه در پی گسترش سریع پدیده پول شویی و تبدیل آن به یک معضل بین المللی، نگرانی وسیعی در بین کشورهای مختلف به ویژه کشورهای غربی در مورد فقدان قوانین ملی مؤثر برای مبارزه با آن مطرح شد. آگاهی کشورهای توسعه یافته از آثار پول شویی و تدوین قوانین و مقررات و اتخاذ تدابیر لازم برای مبارزه همه جانبه با آن باعث شد که عواید حاصل از فعالیت های مجرمانه تنها به منظور پاک جلوه دادن به سوی کشورهای منحرّف شوند که ساز و کارهای تقنینی و نظارتی آنها در بازارهای مالی ضعیف است یا تدابیری برای برخورد با این مشکل اتخاذ نکرده اند. بدون شک سرازیر شدن این وجوه به کشورهایی که فاقد ساز و کار لازم جهت مبارزه با پول شویی هستند، مشکلات فراوانی هم در داخل و هم در عرصه بین المللی برای آنها ایجاد خواهد کرد. به همین خاطر گفته شده است که اولین گام در مقابله با این مشکل، تدوین قوانین و مقررات مناسب برای مبارزه با پول شویی است.

پول شویی فرآیندی پیچیده است که با ورود رایانه به معاملات و همچنین گسترش سیستم مالی الکترونیکی اعم از بانکی و غیر بانکی، پیچیده تر شده است. (سیاه بیدی کرمانشاهی؛ ثالث مؤید، ۱۳۹۶: ۲۱) گسترش پول شویی می تواند آثار و پیامدهای گوناگونی برای دولت داشته باشد؛ از جمله می توان به ایجاد ناامنی و تضعیف حاکمیت از طریق کمک به تأمین مالی تروریسم، بد نامی کشور در عرصه بین المللی که در مباحث آتی بیشتر به آن می پردازیم، خروج ثروت از کشور و فرارهای گسترده مالیاتی، اخلال و بی ثباتی در بازار مالی، شناخته شدن کشور به عنوان بهشت پول شویی در سراسر جهان (شمس ناتری؛ اسلامی، ۱۳۹۴: ۲۶۵) و قرار گرفتن در لیست سیاه سازمان های مالی و تضعیف بخش خصوصی اشاره نمود.

کشور ما اولین بار در سال ۱۳۸۶ اقدام به تصویب قانون، برای مبارزه با پول شویی نمود. اما با توجه به مواد قانون سال ۱۳۸۶ عدم کارآمدی آن را با توجه به رویه محاکم می توان مشاهده نمود. از جمله می توان به سخنان سخنگوی کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس^۱ در جلسه ۲۰۳ مجلس توجه نمود که بیان می دارد: «با گذشت ۴۰ سال از انقلاب اسلامی گزارش صدها مورد پول شویی در کشور

^۱ - حسن نوروزی.

داده است اما تا کنون یک مورد در دادگاه‌ها به جرم پول‌شویی محکوم نشده‌اند و هر کسی برای پول-شویی به دادگاه رفت تبرئه شد.^۱»

امروزه پول‌شویی در جهان کاربردی دوگانه دارد؛ یکی اینکه؛ پول‌شویی برای پنهان نمودن و مشروع جلوه دادن دارایی‌های نامشروع حاصل از فعالیت‌های مجرمانه مالی (جرم منشاء) می‌باشد (عباسی، ۱۳۹۳: ۲۵) و دیگری استفاده از پول‌شویی در راستای اهدافی همچون تأمین مالی تروریسم می‌باشد. توجه به ارتباط پول‌شویی با تأمین مالی تروریسم به خصوص پس از حوادث ۱۱ سپتامبر شدت بیشتری گرفت. (عبداللهی، ۱۳۸۱: ۱۴)

یکی از اساسی‌ترین سازمان‌های بین‌المللی در زمینه مبارزه با پول‌شویی گروه اقدام مالی مشترک موسوم به «FATF» می‌باشد که طی بیانیه‌هایی که در نشست‌های سالانه خود صادر می‌نماید، الزامات مبارزه با پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم و همچنین کشورهای دارای ریسک بالا برای پول‌شویی را مورد اشاره قرار می‌دهد. (زارع قاجاری؛ قائم مقامی، ۱۳۹۲: ۸) در سال‌های اخیر نام کشورمان در لیست سیاه این سازمان بوده است^۲ که عضویت در این سازمان تفاوتی ندارد، بلکه مهم انجام پیشنهادهای مزبور و عدم قرار گرفتن در لیست سیاه این سازمان می‌باشد. (معصومی، ۱۳۹۲: ۴۳) در سال اخیر ورود کشورمان به این لیست به حالت تعلیق درآمده تا این‌که در این زمینه اصلاحاتی در زمینه قانون مبارزه با پول‌شویی و همچنین قانون مبارزه با تأمین مالی تروریسم در سال ۱۳۹۷ صورت گرفت. همچنین دو لایحه الحاق به کنوانسیون مبارزه با تأمین مالی تروریسم و همچنین الحاق به کنوانسیون مبارزه با جرایم سازمان یافته فراملی تقدیم مجلس گردید.

پس از بررسی‌های فراوان و بر اثر پیشنهادهای خارجی از جمله پیشنهاد گروه ضربت اقدام مالی موسوم به FATF، لایحه اصلاح قانون مبارزه با پول‌شویی در سال ۱۳۹۶ به مجلس تقدیم شد که پس از تصویب در سه مرحله به شورای نگهبان ارسال گردید، ولی نتوانست نظر موافق این شورا را جلب کند، سپس در راستای اجرای اصل ۱۱۲ قانون اساسی، این لایحه به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال

^۱- روزنامه رسمی، مشروح مذاکرات جلسه علنی مجلس شورای اسلامی، جلسه ۲۰۳، شماره ۲۱۳۱۶، ص ۶.

^۲ - Financial Action Task Force.

^۳- در گزارش فوریه سال ۲۰۱۵ میلادی این گروه، ایران در صدر این لیست قرار دارد و کشورهای کره شمالی الجزایر اکوادور و میانمار نیز در این لیست قرار دارند برای مشاهده رجوع کنید به www.fatf-gafi.org.

شد. (مهرپور، ۱۳۹۲: ۳۴۰) این مجمع، با اعمال تغییرات جزئی در لایحه در تاریخ ۲۹ دی ماه ۱۳۹۷ این قانون را تصویب و جهت ابلاغ، به مجلس شورای اسلامی ارسال نمود.

۱- آشنایی با جرم پول شویی

پول شویی هر گونه عملی به منظور مخفی نمودن یا مشروع جلوه دادن هویت عواید غیر قانونی حاصل از جرم می باشد. به عبارتی دیگر پول شویی منجر به تغییر مبدأ، مشخصات، منشاء و مقصد نهایی پول های آلوده به منظور عدم امکان ردیابی آن توسط مراجع ذی صلاح می باشد.

برای پول شویی سه مرحله بیان نموده اند: (رهبر، ۱۳۸۲: ۳۳)

۱- مرحله استقرار.^۱

۲- مرحله لایه گذاری.^۲

۳- مرحله انتقال.^۳

۱-۱- مرحله استقرار یا جایگذاری (مکان یابی)

در پول شویی جایگذاری مرحله ای است که در آن مجرمین، عواید حاصل از جرم را با هدف از بین بردن منشأ غیرقانونی آن وارد سیستم مالی می نمایند. (ساکي، ۱۳۸۹: ۶۳) در این مرحله، وجوه و منابع حاصل از جرم وارد شبکه مالی رسمی اعم از بانک ها و یا مؤسسات مالی غیر بانکی می شود. این مرحله ممکن است با تبدیل وجوه نقدی به چک مسافرتی، حواله های پولی و یا سنگ های گران بها و یا فلزات گران بها همچون طلا و الماس، اشیاء عتیقه و یا هواپیما صورت بگیرد، تا در مرحله بعد بتوان آن ها را فروخته، و پول حاصله را ناشی از فروش آن اشیاء قلمداد کرد. روش دیگر که برای جایگذاری مورد استفاده پول شویان صورت می گیرد، اصطلاحاً «اس مورفینگ»^۴ نامیده می شود. به این ترتیب که وجوه، به مبالغ کوچک تقسیم شده به سیستم مالی وارد می شوند و بعداً دوباره از سیستم خارج می شوند. به معنای عامیانه و به تعبیر «جفری رابینسون»^۵ نویسنده کتاب «شستشوی پول آلوده» می توان آن را یک کاسه کردن و جای دادن نامید. (رابینسون، ۱۳۸۱: ۹۱) به عنوان مثال، برای یک فروشنده و قاچاقچی

^۱ - Placement.

^۲ - Layering

^۳ - Transfer

^۴ - Smurfing

^۵ - Jeffrey Robinson

مواد مخدر که ۵ میلیون دلار وجه نقد به دست آورده است بسیار سخت است که این مبلغ را که ممکن است بیش از پنجاه هزار اسکناس باشد وارد سیستم بانکی نماید؛ بنابراین این شخص، اموال حاصل از قاچاق مواد مخدر را تحت عناوین مختلف همچون حواله های پستی، چک های مسافرتی و سایر اوراق بهادار وارد سیستم بانکی می نماید تا تمام وجه نقد وارد سیستم بانکی شود. (Quirk, 1996: 65)

مرحله استقرار و جایگذاری، از آسیب پذیرترین مراحل سه گانه برای پول شویان می باشد. از آنجایی که در این مرحله وجوه وارد سیستم مالی می شوند، حامی ناچار است خودش را به سیستم های بانکی و نظارتی نشان دهد. بنابراین در صورتی که سازمان های مالی که وظیفه نظارت بر فعالیت های مالی را دارند، وظایف خود را به خوبی اجرا نمایند، ردیابی پول شویی آسان تر خواهد شد، از این رو قانونگذاران و مجریان قانون، غالباً به این مرحله توجه ویژه ای دارند. این پیشگیری با اتخاذ تدابیری همچون گزارش معاملات پولی غیر متعارف یا کلان که به «معاملات مشکوک»^۱ معروف می باشند و همچنین اعلام فعل و انفعالات پولی فرامرزی احراز مشتری و نگهداری سوابق می تواند محقق شود.

۱-۲- مرحله لایه گذاری یا لایه چینی

لایه گذاری در مرحله دوم فرایند پول شویی قرار دارد. ساز و کار مورد استفاده در این مرحله با هدف مخفی کردن منشاء منافع حاصله یا مشروع جلوه دادن آن صورت می گیرد. به این ترتیب که مجموعه ای از نقل و انتقالات متعدد و پیچیده انجام می شود تا ماهیت جرائم ارتكابی پنهان بماند و پول شویان بتوانند از منافع آن استفاده کنند. این مرحله، در واقع مرحله ای است که منابع مالی مستقر شده در سیستم مالی رسمی از بستر آن جدا می گردد. در این مرحله با تشکیل لایه های پیچیده و متعدد که از طریق نقل و انتقالات بین حساب های بانکی و داد و ستدهای پیچیده مالی انجام می گردد، منشاء پول از بستر و منبع اولیه خود کاملاً جدا و ناشناخته می گردد. (عباسی، ۱۳۹۳: ۶۴) به عبارت دیگر، لایه گذاری همان پاک کردن آلودگی وجوه اولیه به منظور ناکام نمودن هرگونه نظارت مالی و یا تعقیب قانونی می باشد و به زبان عامیانه به قول «جفری رابینسون» می توان از این مرحله به صابون زدن ممتد یاد کرد. (رابینسون، پیشین: ۱۱۰)

^۱ - Suspicious transactions.

شناسایی عملیات پول شویی در این مرحله به مراتب سخت تر از مرحله اول می باشد. به این دلیل که بهره برداری از فناوری نوین نقل و انتقالات بانکی وجوه از جمله «نقل و انتقالات الکترونیکی»^۱ و «نقل و انتقالات حواله ای»^۲ موجب انتقال سریع پول از یک مکان به مکان دیگر حتی نقل و انتقال بین دو کشور شده است (Camdessus, 1988: 25) و همین امر، شناسایی و ردیابی وجوه را با مشکل مواجه می سازد. همچنین وجود صرافی هایی که به راحتی با صدور حواله، انتقال پول و ارز را بین دو کشور مختلف سهولت می بخشند نیز مزید بر مشکل شده اند. اصل رازداری بانک ها^۳ و محرمانه بودن رابطه وکیل و موکل و مشتریان بانک ها به اختفای هویت پول شویان کمک نموده و می توان آن را مانعی در مقابل مبارزه با تأمین مالی تروریسم دانست.

۱-۳- مرحله انتقال یا یکپارچه سازی^۴

در عملیات پول شویی، یکپارچه سازی یعنی مرحله ای که مجرمین سعی می کنند ظاهری مشروع برای عواید حاصل فراهم کنند (صادق نژاد نائینی و دیگران، ۱۳۹۶: ۲۱) به طوری که پول نامشروع حاصل از ارتکاب جرم در کنار منابع مشروع مخلوط شده و دیگر هیچ ردی از خود باقی نگذارد. «جفری رابینسون» این مرحله را مانند مرحله ای می داند که پول های آلوده، شست و شو شده و به صورت درآمد مشروع که تابع نظام مالیاتی و بانکی کشور است به جریان گذاشته می شود و با عنوان بهتر، این مرحله را با عنوان «خشکاندن پول های شست و شو شده» نام گذاری کرده است. (رابینسون، پیشین: ۱۵۵) در صورتی که مرحله قبلی، یعنی مرحله لایه گذاری با موفقیت انجام شده باشد، حتی در صورت کشف این جرم در این مرحله، تنها می توان به مصادره دارایی ها اقدام نمود. به دلیل اینکه در این مرحله هویت ارسال کنندگان و حامیان مخفی آن ها به سختی قابل شناسایی می باشد، تا آنجا که در هنگام کشف، تنها با چند دسته افراد روبه رو می شویم؛ افراد فرعی و غیر اصلی، که حتی در اغلب مواقع، اعضای اصلی شناسایی نمی شوند. (Dandurand, 2004: 23) در ماده ۹ قانون مبارزه با پول شویی نیز به موضوع مصادره وجوه و اموال موضوع جرم پول شویی اشاره شده است. «مصادره» به معنای محرومیت دائمی مالک از مال خود، به موجب حکم یا دستور صادره از طرف دادگاه می باشد. «ضبط» یا اصطلاحات

^۱ - Electronic transfer.

^۲ - Hawala transfer.

^۳ - Bank of secrecy.

^۴ - Integration

مشابه آن از جمله انسداد و توقیف، به معنای ممنوعیت از دخالت و تصرف در مال به صورت موقت می‌باشد که این موضوع ممکن است با تصرف فیزیکی بر مال موضوع مصادره و ضبط تحقق یابد یا این- که مال در ید مالک باقی بماند و مالک تنها از معامله و خارج کردن آن از محلی ممنوع شود. (دلیر، ۱۳۹۰: ۵۸)

۲- نوآوری‌های اصلاحات قانون مبارزه با پول‌شویی

۲-۱- تفسیر جدید از اصل صحت

یک خلاء را می‌توان در ماده یک قانون سابق که اصل را بر صحت معاملات می‌گذاشت، دانست، مگر آنکه بر اساس شواهد و قرائن، ظن قوی بر عدم صحت آن وجود داشته باشد. همین اصل صحت، بر پیگیری معاملات مشکوک، مشکلاتی به وجود آورد؛ از جمله اینکه احتمال داشت یک کارگر تبعه کشور خارجی با ۱۱۰ میلیارد تومان و متهم به پول‌شویی به دادگاه می‌رفت ولی قاضی با توجه به اصل صحت معاملات، حکم تبرئه صادر می‌کرد. اما این سؤال همیشه در ذهن خواهد بود که یک کارگر ساده چگونه ۱۱۰ میلیارد تومان پول در حسابش می‌باشد؟^۱ به خاطر همین مشکل بود که ماده یک قانون سابق حذف گردید و به طور کلی به تعریف واژگانی مثل تحصیل مال جرم منشاء مال حاصل از جرم پرداخته شد.

تا قبل از تصویب اصلاحات این قانون، مجازات جرم پول‌شویی، آن بود که اگر شخصی پول‌شویی انجام داده بود به میزان ۲۵ درصد میزان مال محکوم می‌شد. اگر همین شخص، به تعزیرات حکومتی ارجاع می‌شد و در آنجا محاکمه می‌شد مال قاچاق او ۱۰۰ درصد مصادره و جریمه می‌شد. در حالی که یکی از مسائلی که در حقوق جزا با آن مواجه می‌باشیم تناسب جرم و مجازات است که یک اصل قانونی است و در فلسفه احکام کیفری نیز وجود دارد، که مجازات ۲۵ درصد مال پول‌شویی شده به شدت کمتر از قبح و تأثیر جرم صورت گرفته می‌باشد. سؤال دیگری که ممکن است به وجود بیاید آن است که بر اساس اصل ۳۷ قانون اساسی و اصل برائت، اصل بر برائت است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود؛ بنابراین چگونه می‌توان با وجود این دلایل، در جرم پول‌شویی این اصول را نادیده بیندازیم؟ در پاسخ می‌توان گفت با توجه به حساسیت موضوع و همچنین وجود قرائن قوی شخص مظنون به پول‌شویی

^۱- روزنامه رسمی، مشروح مذاکرات جلسه علنی مجلس شورای اسلامی، جلسه ۲۰۳، شماره ۲۱۳۱۶، ص ۶ (نطق حسن نوروزی؛ سخنگوی کمیسیون قضائی و حقوقی).

می شود و همچنین در این قانون آمده است که کسی که پول دارد باید اثبات کند پول را از چه طریقی به دست آورده است و قانونی است یا غیر قانونی. نه اینکه قاضی و ضابط بخواهند اثبات کنند. قاضی، تنها باید متوجه شود شخصی که مقدار غیر قابل توجیهی پول در حسابش وجود دارد این پول را از چه طریقی به دست آورده است؟

۲-۲- تفکیک بین جرم پول شویی و جرم منشاء

در ماده ۹ قانون مبارزه با پول شویی که در سال ۱۳۹۷ اصلاح گردید پیگرد جرم پول شویی و جرم منشاء را دو امر متفاوت دانسته، که این برداشت را می توان از بیان مصادره اصل مال و درآمد و عواید حاصل از جرم منشاء و همچنین مصادره اصل مال و درآمد و عواید حاصل از ارتکاب جرم پول شویی دانست. این ماده این دو موضوع را به خلاف قانون سابق از یکدیگر تفکیک نموده است.

همچنین تبصره ۳ این ماده در مقام تبیین مجازات بیان داشته است که مرتکبین جرم منشاء در صورت ارتکاب جرم پول شویی علاوه بر مجازات های مقرر مربوط به جرم منشاء به مجازات های پیش بینی شده در این قانون نیز محکوم خواهند شد. به طور مثال در صورتی که شخصی مرتکب اختلاس شده و اموال ناشی از اختلاس را به وسیله عمل پول شویی تطهیر کرده است، علاوه بر مجازات حبس و مجازات مالی ناشی از اختلاس به مجازات جداگانه ای از باب پول شویی محکوم می گردد. در صورت اعمال این ماده به دلیل این که معمولاً مرتکبین این جرائم اموال ناشی از جرم را به چرخه اقتصادی می برند و جلوه ای مشروع به آن می بخشند باید در اکثر پرونده های جرایم اقتصادی شاهد این باشیم که در کنار عنوان اتهامی جرم منشاء، جرم پول شویی نیز ذکر شود و مجازات لازم برای آن مقرر گردد.

۲-۳- تسری دایره جرم منشاء به جرائم خارج از کشور

ماده ۳ قانون مبارزه با پول شویی در مقام تعریف عواید حاصل از جرم بیان می دارد؛ هر نوع مال یا امتیازی که به طور مستقیم یا غیر مستقیم از ارتکاب جرائم، اعم از جرائم منشاء و پول شویی به دست آمده باشند عواید حاصل از جرم می باشند. تا قبل از انجام اصلاحات سال ۱۳۹۷ شمول جرم پول شویی فقط درون کشور بود. تبصره ۱ این ماده تفاوتی میان اینکه جرم منشاء در داخل یا در خارج از کشور ارتکاب یافته باشد قائل نشده و تنها قیدی که به آن اضافه نموده آن است که جرم واقع شده در خارج از کشور جمهوری اسلامی ایران نیز مطابق قانون ایران، جرم باشد. این ماده اشاره می نمود اگر قسمتی از نتیجه جرمی در قلمرو حاکمیت ایران واقع شود، می توان آن را طبق ماده ۴ قانون مجازات اسلامی

توجیه نمود. این ماده از قانون مبارزه با پول‌شویی صحبتی از تأثیر جرم منشاء نکرده است، اما می‌توان متوجه شد که در صورتی می‌توان این قانون را بر جرم منشاء اجرائی دانست که پول‌شویی مربوط به عواید حاصل از جرم منشاء در ایران صورت بگیرد یا جزئی از آن در کشورمان واقع شود که در واقع منظور از قسمتی از جرم، بخشی از عملیات اجرایی تشکیل دهنده جرم است نه تهیه مقدمات جرم. (گلدوزیان، ۱۳۸۴: ۵۵) در غیر این صورت، می‌توان با توجه به ماده ۸ قانون مجازات اسلامی که بیان می‌دارد هرگاه شخص غیر ایرانی در خارج از ایران علیه کشور ایران مرتکب جرم شود طبق قوانین جزایی جمهوری اسلامی ایران به جرم او رسیدگی می‌شود. این اصل و همچنین موضوع مطرح در ماده ۳ قانون مبارزه با پول‌شویی به اصل صلاحیت شخصی منفی یا انفعالی پرداخته است که به معنای گسترش صلاحیت تقنینی و قضایی یک کشور نسبت به جرایمی است که علیه اتباع آن کشور انجام می‌شود. این ماده نشان از توجه ویژه قانونگذار به آثار سوء پول‌شویی و جهان‌شمول شدن چنین پدیده اقتصادی می‌باشد.

۲-۴- پیش‌بینی توقیف اموال و ابزار حاصل از ارتکاب جرم

تا قبل از تصویب اصلاحات قانون مبارزه با پول‌شویی، در قانون سال ۱۳۸۶ به ابزارهایی که در فرآیند جرم پول‌شویی مورد استفاده قرار می‌گیرند اشاره‌ای نشده بود ولی در تبصره ۲ ماده ۳ اصلاحی سال ۱۳۹۷ بیان شده است که کلیه آلات و ادواتی که در فرآیند جرم پول‌شویی وسیله ارتکاب جرم بوده یا در اثر جرم تحصیل شده یا حین ارتکاب، استعمال یا برای استعمال اختصاص یافته و در هر مرحله از مراحل تعقیب و رسیدگی به دست آیند توقیف می‌شوند. البته ابزارهایی که در جرم پول‌شویی مورد استفاده قرار می‌گیرند اغلب ابزار و اسناد بانکی می‌باشند که به خودی خود دارای ارزش مادی آنچنانی نمی‌باشند، ولی با توجه به اشاره ماده به ابزارهای تحصیل استفاده در اثر جرم منشاء، می‌توان اشاره نمود که تمام ابزارهایی که در مسیر جرم منشاء پول‌شویی مورد استفاده قرار می‌گیرند را نیز می‌توان مصادره نمود. به طور مثال، در صورتی که یک شخص پس از اختلاس و یا هر جرم منشاء دیگر که دارای عواید مالی نامشروع فراوانی است جهت تطهیر اموال حاصل از جرم، یک شرکت ساخت و ساز تأسیس نماید، و از این طریق پول‌های کثیف را پاک جلوه دهد، می‌توان آن شرکت و اموال آن را که در راستای پول‌شویی و به قصد آن تأسیس و تشکیل شده است مصادره و مشمول این ماده نمود.

مصادره با توقیف دارای تفاوت‌هایی می‌باشد از جمله این‌که عمل مصادره با حکم دادگاه قابل اجراست ولی توقیف با قرار مقام دادرسی انجام می‌پذیرد که مواد ۱۴۸ الی ۱۵۱ قانون آیین دادرسی

کیفری نحوه آن را مشخص نموده است. ماده ۱۵۱ این قانون به بازپرس این اختیار را داده است که در موارد ضروری برای کشف جرم و یا دستیابی به ادله وقوع جرم حساب‌های بانکی اشخاص را با تأیید رییس حوزه قضایی کنترل کند. بر اساس این قانون، منظور از کنترل حساب‌های بانکی اشخاص، بررسی حساب‌ها و اخذ هرگونه اطلاعاتی است که در زمره اطلاعات شخصی صاحب حساب بوده و سایرین مجاز به دستیابی به آن‌ها نیستند؛ مانند تعداد حساب‌ها، میزان موجودی، میزان، تعداد، زمان و مکان واریزها و برداشت‌ها و یا رمز شخصی عملیات بانکی. (خالقی، ۱۳۹۵: ۱۸۶)

۲-۵- پیش‌بینی وظایف خاص برای مدیران و کارکنان دستگاه‌های اجرایی

نوآوری دیگری که در اصلاحات قانون به چشم می‌خورد تبصره ۲ ماده ۷ این قانون می‌باشد. این تبصره با توجه به تفاوت‌های پست کارکنان و همچنین تقسیم‌بندی قصد آن‌ها به عمد و تقصیر، مجازات مختلفی در هر کدام از حالت‌ها در صورت سرپیچی از وظایف مقرر آن‌ها در نظر گرفته است. این وظایف با توجه به تصریح ماده ۷ بدین صورت می‌باشند:

۱_ احراز هویت و شناسایی مراجعان مالکان واقعی و در صورت اقدام توسط نماینده یا وکیل احراز سمت و هویت نماینده، وکیل و اصیل.

۲_ ارائه اطلاعات گزارش‌ها اسناد و مدارک لازم به مرکز اطلاعات مالی در چهارچوب قانون و آیین‌نامه مصوب هیئت وزیران.

۳_ ارائه گزارش معاملات یا عملیات یا شروع به عملیات بیش از میزان مصوب شورا یا معاملات و عملیات مشکوک به بانک ثبتی سرمایه‌گذاری، صرافی، کارگزاری و مانند آن‌ها به مرکز اطلاعات مالی.

۴_ نگهداری سوابق مربوط به شناسایی ارباب رجوع مالک سوابق حساب‌ها، عملیات و معاملات داخلی و خارجی حداقل به مدت پنج سال پس از پایان رابطه کاری یا انجام معاملات موردی که شیوه آن به موجب آیین‌نامه اجرایی قانون، تعیین می‌شود.

در صورتی که مدیران و کارکنان دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری عالماً، عامداً و به قصد تسهیل جرائم مربوط به پول‌شویی از انجام تکالیف مقرر در هر یک از موارد مذکور در فوق خودداری نمایند علاوه بر انفصال موقت درجه ۶ به جزای نقدی درجه ۶ نیز محکوم می‌شوند. دستگاه‌های اجرایی مشمول این بند با توجه به ماده مذکور از قانون مدیریت خدمات کشوری عبارتند از: کلیه وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی، مؤسسات یا نهادهای عمومی غیردولتی، شرکت-

های دولتی و کلیه دستگاه‌هایی که شمول قانون بر آن‌ها مستلزم ذکر و یا تصریح نام است از قبیل شرکت ملی نفت ایران، سازمان گسترش و نوسازی صنایع ایران، بانک مرکزی، بانک‌ها و بیمه‌های دولتی. همچنین با مراجعه به ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی طبق تقسیم‌بندی مجازات تعزیری پرداخت است. میزان جزای نقدی پیش‌بینی شده برای عمل مذکور در تبصره ماده ۷ بیست میلیون ریال تا ۸۰ میلیون ریال می‌باشد، که علاوه بر آن میزان انفصال موقت این عمل نیز حداکثر تا ۵ سال می‌باشد. در صورتی که همین اشخاص مذکور در بالا از روی تقصیر مرتکب به عدم انجام وظایف مذکور گردند به انفصال موقت درجه ۷ محکوم می‌گردند که با توجه به ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مدت انفصال تا ۶ ماه می‌باشد.

پس از بیان مجازات مدیران و کارکنان دستگاه‌های اجرایی، در انتهای این ماده به مدیران و کارکنان سایر دستگاه‌های حاکمیتی و بخش‌های غیر دولتی اشاره شده است، در صورتی که از انجام وظایف مقرر در فوق خودداری نمایند به جزای نقدی درجه شش که همان ۲۰ میلیون ریال تا ۸۰ میلیون ریال است، محکوم می‌شوند. نکته قابل توجه این است که این تبصره در حالی که میان قصد عمد و تقصیر برای مرتکبانی که اشخاص قانون مدیریت خدمات کشوری هستند تفاوت قائل شده است؛ اما برای کارکنان سایر دستگاه‌های حاکمیتی و بخش‌های غیردولتی تفاوتی بین این دو موقعیت قائل نشده است.

۲-۶- پیش‌بینی ساختار عملیاتی واحد اطلاعات مالی^۱

ماده‌ای با عنوان ماده ۷ مکرر به قانون مبارزه با پول‌شویی اضافه شده که هدف آن، تشکیل نهاد برای اجرای قانون مبارزه با پول‌شویی و همچنین قانون مبارزه با تأمین مالی تروریسم است. از جمله وظایف این مرکز، دریافت، گردآوری، نگهداری، تجزیه و تحلیل و ارزیابی اطلاعات و بررسی معاملات و عملیات مشکوک به پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم، ردیابی جریان وجوه و انتقال اموال با رعایت ضوابط قانونی، گزارش معاملات و عملیات مشکوک به پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم می‌باشد. وظایف تقریباً گسترده‌ای به این مرکز محول شده است که می‌تواند در جهت مبارزه با پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم مفید واقع شود اما نکته قابل ذکر، پایان بند الف این ماده می‌باشد که گزارش معاملات و عملیات مشکوک به پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم را نیز یکی از وظایف این نهاد دانسته است؛ در

^۱ - FIU (Financial Intelligent Units).

حالی که اولاً گزارش معاملات و عملیات مشکوک، وظیفه کارکنان و اشخاصی است که در قانون، نام آن‌ها ذکر شده است، ثانیاً این مرکز در جریان معاملات و عملیات مشکوک نمی‌باشد تا آن‌ها را گزارش دهد، رابعاً نهادی که گزارش‌ها به آن‌ها ارسال گردد مشخص نشده است، بلکه خود این نهاد، مرکزی برای دریافت گزارش عملیات مشکوک می‌باشد. محل تشکیل این نهاد، وزارت امور اقتصاد و دارایی می‌باشد که یک مؤسسه دولتی تابع وزارت امور اقتصادی و دارایی می‌باشد. این نهاد، متشکل از رئیس و به تعداد لازم معاون و گروه‌های کارشناسی مانند کارگروه حقوقی و قضایی پیگیری و نظارت تحلیل و بررسی اطلاعات مالی می‌باشد.

۲-۷- انتزاع وظایف اجرایی واحد اطلاعات مالی از شورای عالی مقابله و پیشگیری از جرائم

پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم

علاوه بر پیش‌بینی واحد اطلاعات مالی این قانون به منظور هماهنگی برای پیشگیری و مقابله با جرائم پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم، شورایی به نام «شورای عالی مقابله و پیشگیری از جرایم پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم» پیش‌بینی نموده است. که دارای وظایف متعددی می‌باشد. ولی وظیفه اصلی آن را می‌توان در پیشگیری و جلوگیری از پول‌شویی در سراسر کشور ذکر کرد. دبیرخانه این شورا نیز مانند واحد اطلاعات مالی در وزارت امور اقتصاد و دارایی می‌باشد و ریاست آن نیز بر عهده وزیر امور اقتصاد و دارایی می‌باشد. اعضای این شورا عبارتند از: وزیر صنعت معدن و تجارت، وزیر اطلاعات، وزیر کشور، وزیر دادگستری و وزیر امور خارجه، نماینده رئیس قوه قضائیه، دادستان کل کشور یا نماینده وی، رئیس سازمان بازرسی کل کشور یا نماینده وی، رئیس سازمان اطلاعات سپاه و رئیس کل بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران و ۳ نفر از نمایندگان مجلس شورای اسلامی به عنوان ناظر به پیشنهاد کمیسیون‌های اقتصادی شوراها و امور داخلی کشور و کمیسیون قضایی و حقوقی و تصویب مجلس می‌باشد.

توضیح دیگر راجع به این ماده این می‌باشد که در بیان وظایف شورا امر پیشگیری از جرایم نیز پیش‌بینی شده است و ترکیب شورا نیز دستخوش تغییراتی شده است. از جمله این تغییرات می‌توان به اضافه شدن رئیس سازمان اطلاعات سپاه و همچنین سه نفر از نمایندگان مجلس شورای اسلامی به عنوان ناظر، به پیشنهاد کمیسیون‌های اقتصادی اشاره نمود. با توجه به اینکه جرم پول‌شویی از زمره جرائمی می‌باشد که اغلب فعالیت‌های آن به صورت مخفیانه و به اصطلاح جرم‌شناسی آن به صورت زیر

زمینی صورت می‌گیرد (آقانظری؛ هاشم بیضایی، ۲۰۱۶: ۸۹) همکاری نهادهای اطلاعاتی و امنیتی در پیشگیری از این جرم بیش از پیش احساس می‌شود که در اصلاحات صورت گرفته در این ماده به این نکته توجه شده است.

با توجه به گسترش معاملات الکترونیکی و کاربرد رایانه در عملیات مالی و بانکی بهتر بود که جهت عملکرد بهتر این شورا، عضویت مقامی از نهادهای ناظر بر فضای سایبر نیز پیش‌بینی می‌شد. مقاماتی مانند پلیس فضای مجازی و یا وزیر ارتباطات و فناوری یا نماینده آن که دارای تخصص در این زمینه می‌باشد.

۲-۸- پیش‌بینی اختیار جلوگیری از نقل و انتقال وجوه مشکوک

این نوآوری ذیل بند (ذ) در تبصره یک آن پیش‌بینی شده است که این اختیار را در صورتی به مرکز اطلاعات مالی محول نموده است که به مقام قضایی دسترسی نباشد و مورد، جزء موارد فوری مشکوک به پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم باشد. تعریفی از فوری بودن اقدام ارائه نشده است ولی می‌توان اینگونه برداشت نمود، معاملات مشکوک را می‌توان مشمول اقدام فوری دانست که در صورت فوت وقت، اموال موضوع جرم پول‌شویی خارج از دستور مقامات ذی‌صلاح قرار بگیرد. (کشتکار، ۱۳۹۰: ۶)

در مورد معاملات و عملیات مشکوک نیز بند چ ماده ۱ قانون مبارزه با پول‌شویی که جزء مواد اصلاحی سال ۹۷ می‌باشد معاملات و عملیات مشکوک را اینگونه تعریف نموده است: معاملات و عملیات مشکوک شامل هر نوع معامله دریافت یا پرداخت مالی اعم از فیزیکی یا الکترونیکی یا شروع به آن‌ها است که بر اساس قرائن و اوضاع و احوالی مانند موارد زیر ظن قوی جرم ایجاد می‌کنند:

- ۱_ معاملات و عملیات مالی مربوط به ارباب گروه که بیش از سقف فعالیت مورد انتظار می‌باشد.
- ۲_ کشف جعل، اظهار کذب یا گزارش خلاف واقع از سوی مراجع، قبل یا بعد از آن که معامله یا عملیات مالی صورت گیرد و نیز در زمان اخذ خدمات پایه.
- ۳_ معاملات یا عملیات مالی که به هر ترتیب مشخص شود صوری یا ظاهری بوده و مالک، شخص دیگری است.

۴_ معاملات و عملیات مالی بیش از سقف مقرر در آیین‌نامه اجرایی این قانون هر چند مراجعان قبل یا حین معامله یا عملیات مزبور از انجام آن انصراف داده یا بعد از انجام آن بدون دلیل منطقی نسبت به فسخ قرارداد اقدام نمایند.

به نظر نگارنده از عبارت «مانند موارد زیر» که در صدر ماده آمده است؛ برداشت می‌شود که قانونگذار در مقام بیان حصری مصادیق مشکوک نبوده و موارد دیگری که ممکن است در این بند نیامده باشد ولی با نظر و تجربه کاری افراد مشمول این قانون، مشکوک به نظر برسند قابلیت گزارش و پیگیری دارند. همانگونه که در ابتدای بحث بیان کردیم روش‌های پول‌شویی روز به روز در حال پیشرفت و نوآوری می‌باشند که مجال به روز رسانی قوانین وجود ندارد. بنابراین در صورتی که قانون، اختیارات بیشتری به نهادهای نظارتی بدهد می‌تواند در امر پیشگیری مفیدتر واقع شود.

۲-۹- لزوم نگهداری سوابق مربوط به عملیات بانکی

این وظیفه قبل از انجام اصلاحات در ماده ۳۳ آیین‌نامه اجرایی قانون سابق پیش‌بینی شده بود که قانونگذار بنا به اهمیت موضوع این بحث را در ذیل بند ۵ ماده ۷ قانون مبارزه با پول‌شویی پیش‌بینی نمود. در اصلاحات قانون این مدت زمان را حداقل به مدت ۵ سال بیان نموده است که از مفهوم این ماده می‌توان دریافت که در برخی مواقع افراد مشمول قانون مبارزه با پول‌شویی می‌توانند حتی پیش از این مدت زمان، سوابق را نگهداری نمایند.

این ماده، نحوه نگهداری از سوابق را به موجب آیین‌نامه اجرایی این قانون می‌داند. آیین‌نامه اجرایی نیز در خصوص شیوه نگهداری صحبتی مطرح نکرده، بلکه تنها ذیل تبصره ۱ ماده ۳۳ بیان داشته است که سوابق و مدارک باید به گونه‌ای ضبط و نگهداری شوند که در صورت درخواست واحد اطلاعات مالی و سایر مراجع ذی‌ربط، اطلاعات آن اسناد در ظرف زمانی مناسب قابل دسترسی باشند. همچنین سوابق معاملات را به دو صورت فیزیکی یا سایر روش‌های قانونی متصور دانسته است، که امروزه با توجه به اینکه منابع شناسایی منوط به ارائه کد ملی برای اتباع ایران و کد اقامت برای اتباع خارجی می‌باشد، ولی تنها مدرک فیزیکی نگهداری شده امضاء می‌باشد که آن هم تنها در صورت مراجعه حضوری، امکان نگهداری دارد و در عملیات الکترونیکی بانکی و مالی مدرک فیزیکی بر جای نمی‌ماند و تنها مدارک الکترونیکی و رایانه‌ای است که باقی می‌ماند. اشخاص مشمول موظفند مدارک رایانه‌ای را در مدت زمان تعیین شده نگهداری نمایند، که می‌توان لازمه آن را حفاظت از سیستم‌های رایانه‌ای و مصون ماندن از دخالت افراد غیر ذی‌صلاح دانست.

۲-۱۰- تکلیف بانک‌ها و دستگاه‌ها در مورد اطلاعات تکمیلی مرتبط با معاملات مشکوک

وظیفه اول که عبارت است از تکلیف به همکاری بانک‌ها و سایر افراد مشمول قانون مبارزه با پول‌شویی با شورای عالی مقابله با پیشگیری از جرایم پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم از ماده ۶ قانون مبارزه با پول‌شویی برداشت می‌شود، البته جدای از بحث همکاری نهادها با شورا و مرکز مذکور، این بانک‌ها و افراد مشمول قانون مبارزه با پول‌شویی هستند که ابتدا لازم است شروع به همکاری با شورا و مرکز نمایند و گزارش‌دهی معاملات از جمله معاملات مشکوک را انجام دهند. در صورتی که در حین انجام این همکاری، شورا یا مرکز اطلاعات مالی، اطلاعاتی را درخواست نماید بانک‌ها و افراد مشمول موظفند همکاری نمایند.

مورد دوم مذکور در این گفتار آن است که برخی از اشخاص مشمول قانون مبارزه با پول‌شویی را موظف نموده که به صورت برخط امن، اطلاعات و اطلاعات تکمیلی مرتبط با معاملات و تراکنش‌های مالی مشکوک به پول‌شویی را ارسال نمایند، که تبصره ذیل بند ب ماده ۷ مکرر تأکید دارد واگذاری اطلاعات امنیتی طبقه‌بندی شده بعد از طی مراحل رسیدگی اطلاعاتی ارائه شود.

اسناد طبقه‌بندی شده به چهار دسته محرمانه، خیلی محرمانه، سری و به کلی سری تقسیم می‌شود.^۱ ماده ۱۵۳ قانون آیین دادرسی کیفری در مورد ارائه اسناد سری و به کلی سری به مرجع قضایی در صورت درخواست آن مرجع بیان داشته که این درخواست باید با موافقت رئیس قوه قضاییه باشد. (خالقی، ۱۳۹۵: ۱۸۸)

با توجه به تأکید تبصره به طی مراحل رسیدگی اطلاعاتی، در مورد اطلاعات امنیتی طبقه‌بندی شده، در مورد اسناد سری و به کلی سری می‌توان به ماده ۳۵۳ قانون آیین دادرسی کیفری مراجعه نمود ولی راجع به اسناد محرمانه و خیلی محرمانه سخنی به میان نیامده است که می‌توان به آیین‌نامه مذکور مراجعه نمود. همچنین سیستم بر خط امن که در بند ب ماده هفت مکرر آمده است، سیستم اختصاصی می‌باشد که بانک‌ها از طریق آن، معاملات و گزارش‌های آن را انجام می‌دهند.

^۱ - آیین‌نامه طرز نگهداری اسناد سری و محرمانه دولتی و طبقه‌بندی و نحوه مشخص نمودن نوع اسناد و اطلاعات مصوب ۱۳۵۴/۱۰/۱.

۲-۱۱- توجه به تخلفات قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز به عنوان جرم منشاء

با توجه به اینکه در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب سال ۱۳۹۲ و اصلاحات و الحاقات بعدی برخی از مصادیق قاچاق تخلف حساب شده، رسیدگی به آن در صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی می‌باشد^۱، ولی با توجه به اینکه میزان بالایی از درآمد دارد، می‌تواند مورد توجه پول‌شویان و تأمین‌کنندگان مالی تروریسم قرار گیرد. بنابراین این تصمیم که تخلفات مزبور در قانون قاچاق جزء جرایم منشاء دانسته اقدام مناسبی می‌باشد تا بتواند جلوی ورود اموال ناشی از این تخلفات را بگیرد.

۲-۱۲- گسترش دایره شمول اموال به منافع، امتیازات، اسناد تجاری و سهام

بند ب ماده ۱ قانون مبارزه با پول‌شویی، «مال» را این گونه تعریف نموده است: هر نوع دارایی اعم از مادی یا غیر مادی، منقول یا غیرمنقول، مشروع یا غیر مشروع و هر نوع منفعت یا امتیاز مالی و همچنین کلیه اسناد مبتنی حق، اعم از کاغذی یا الکترونیکی نظیر اسناد تجاری، سهام یا اوراق بهادار. در این ماده در تعریف مال، اسناد مالی و برخی حقوق مالی را نیز مشمول تعریف مال دانسته است.

از نظر حقوقی به چیزی مال می‌گویند که دارای دو شرط اساسی باشد:

۱_ مفید باشد و نیازی را برآورد خواه آن نیاز مادی باشد یا معنوی،

۲_ قابل اختصاص یافتن به شخص یا ملت معین باشد. (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۹)

اگر بخواهیم تعریفی مرسوم از مال ارائه بنماییم، می‌توان گفت چیزی است که ارزش داد و ستد دارد و در برابر آن پول یا مال دیگر داده می‌شود. معیار تمیز این ارزش، نوعی است و در اختیار عرف؛ یعنی در بازار، معادل مبلغی پول است.

البته بر خلاف تعاریفی که حقوقدانان حوزه حقوق خصوصی از مال داشته‌اند، مال در عرف کنونی

به دو معنی مادی و حقوقی به کار برده می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۳۸۴)

۱_ به معنای مادی و محدود؛ مال به اشیایی گفته می‌شود که موضوع داد و ستد حقوقی بین

اشخاص قرار می‌گیرد. مانند خانه، اتومبیل، فرش و جواهر.

^۱ - مانند قاچاق کالاهای غیر ممنوعه.

۲_ به معنای مجرد و حقوقی؛ که عبارت از حقوق مالی است که به اشخاص، امکان انتفاع از اشیاء مادی را می‌دهد، مانند حق مالکیت و طلب از دیگران، که در این معنا است که حقوق به اشیاء می‌پردازد. (همان: ۱۱)

با توجه به توضیحات مختصر گفته شده راجع به مفهوم مال، می‌توان گفت که مقصود قانونگذار از بکار بردن کلمه مال وجود عین خارجی نمی‌باشد، بلکه با توجه به توضیحات فوق و همچنین کاربرد گسترده اموال غیر فیزیکی همچون ارزهای دیجیتالی، می‌توان این ماده را تأکید بر استنباط مفهوم موسع از مال و در نظر داشتن تعریف حقوقی از مال در نظر قانونگذار دانست.

۲-۱۳- توجه به انصراف شخص یا فسخ قرارداد در معاملات مشکوک

این ماده یکی از خلأهای قانونی در پیگرد جرم پول شویی، که مورد استفاده پول شویی قرار می‌گرفت را مورد اشاره قرار داده است. به این صورت که معامله را در بنگاه‌های مشمول قانون مبارزه با پول شویی مانند صرافی‌ها انجام می‌دادند و سپس معامله را فسخ می‌نمودند که در این حالت، هم پول آلوده دو مرتبه جابجا شده است و هم معامله فسخ شده است که امکان شک به آن نیز کمتر شده است. این فرض در صورت فسخ معامله می‌باشد؛ ولی در بند ۴ ذیل بند چ ماده ۱ بر حالتی که طرفین معامله پیش از انعقاد، از انجام آن منصرف شوند نیز، عنوان معامله بار کرده است؛ در صورتی که از آن قصد معامله استفاده می‌نمود بهتر بود. ولی باز همین پیش‌بینی نشان از دقت قانونگذار در پیشگیری از این جرم می‌باشد.

۲-۱۴- توسعه مفهوم معاونت در جرم پول شویی

در بند ب ماده ۲ قانون مبارزه با پول شویی در تعریف پول شویی علاوه بر این که قانون‌گذار، بین مرتکب جرم پول شویی و مرتکب جرم منشاء تفاوت قائل شده است، در انتهای این بند اشاره شده است؛ در صورتی که شخصی عملیات مالی انجام دهد که شخص مرتکب جرم منشاء تحت آثار و تبعات قانونی جرم منشاء قرار نگیرد، به عبارتی دیگر عملیات مالی انجام دهد که شخص مرتکب جرم منشاء از مسئولیت قانونی فرار نماید مرتکب جرم پول شویی شده است. در واقع این اقدام از قانونگذار جزء مواردی می‌باشد که به جای معاونت در یک جرم، عنوان مجرمانه خاصی در نظر گرفته است و دلیل این که قانونگذار عنوان پول شویی را انتخاب نموده است این می‌باشد که شخص معاون در واقع با تبدیل مبادله یا انتقال عواید حاصل از جرم منشاء، به دنبال پنهان یا کتمان کردن آن‌ها و همچنین خلاصی دادن مرتکب جرم منشاء می‌باشد.

۲-۱۵- ضمانت اجرای عدم رعایت آیین نامه های مرتبط

در تبصره ۳ ماده ۴ قانون مبارزه با پول شویی، اجرای تمام آیین نامه های اجرایی شورای عالی مقابله و پیشگیری از جرایم پول شویی و تأمین مالی تروریسم را الزامی دانسته است. شبیه این مجازات، در تبصره یک ماده ۱۴ قانون مبارزه با تأمین مالی تروریسم اصلاحی سال ۱۳۹۷ دیده می شود که بیان نموده است هرگاه اشخاص مشمول این قانون، وظایف مندرج در این قانون و آیین نامه را انجام ندهند به مجازات معاون جرم محکوم می شوند. البته این تبصره از قانون مبارزه با تأمین مالی تروریسم، عدم انجام وظایف را به دو قسمت از روی عمد و تقصیر مانند اهمال و سهل انگاری تقسیم نموده است، در صورتی - که شخص از روی اهمال و سهل انگاری قانون مربوطه را انجام ندهد به یکی از مجازات های درجه هفت محکوم می شود.

نکته دیگر این است که در تبصره ۳ ماده ۴ قانون مبارزه با پول شویی تشخیص تخلف از اجرای آیین نامه را علاوه بر مراجع قضایی به مراجع اداری نیز محول نموده است و مجازات در نظر گرفته برای این تخلف، تنها دو تا پنج سال انفصال از خدمت مربوط یا محکومیت از همان شغل، می باشد که در تقسیم بندی درجات مجازات تعزیری، این مجازات یکی از مجازات های درجه شش محسوب می شود. در صورتی که این عمل از روی عمد و جهت همکاری و تسهیل امر پول شویی باشد، به نظر می رسد بهتر است که شخص را از شمول این تبصره خارج نموده و مشمول معاونت در جرم پول شویی قرار داد.

۲-۱۶- توجه به محرمانگی اطلاعات

ماده ۸ قانون مبارزه با پول شویی تأکید داشته که اطلاعات و اسناد گردآوری شده صرفاً برای کشف و رسیدگی به جرائم بایستی استفاده شوند و افشای اطلاعات و اسناد و همچنین استفاده از آن ها را خواه به نفع خود شخص باشد یا به نفع دیگری توسط مأمورین دولتی یا سایر اشخاص این قانون جرم انگاری نموده و شخص مرتکب مشمول مجازات حبس تعزیری درجه ۵ (۲ تا ۵ سال حبس) محکوم نموده است. راجع به افشای اطلاعات در قانون مجازات اسلامی در ماده ۵۰۶ قانون تعزیرات مصوب سال ۱۳۷۵ قانونگذار به مبحث افشای اطلاعات پرداخته ولیکن آن را مختص مأمورین دولتی دانسته و نتیجه آن را رسیدن اطلاعات به دشمن دانسته است. (میر محمد صادقی، ۱۳۹۶: ۱۱۲)

با توجه به مجازات سنگینی که قانون گذار برای این عمل در نظر گرفته است و همچنین قصد انجام این کار را مفروض دانسته است، می توان نتیجه گرفت که این جرائم بایستی به صورت عمدی واقع

شود. البته مناسب بود که قانون‌گذار برای افرادی که به صورت سهوی مرتکب چنین تخلفی می‌شود مجازاتی در نظر می‌گرفت.

۲-۱۷- اختصاص شعب تخصصی جهت رسیدگی به پول‌شویی

ماده ۱۱ قانون مبارزه با پول‌شویی به بحث صلاحیت رسیدگی به جرم پول‌شویی پرداخته است که در آن به الزام تخصیص شعبی از دادگاه‌های عمومی در تهران و در صورت نیاز در مراکز استان‌ها جهت رسیدگی به امور پول‌شویی نموده است.

صلاحیت به معنای اقتدار و شایستگی رسیدگی به یک امر است که قانون‌گذار به قاضی می‌بخشد. (عابدی، ۱۳۹۷: ۲۷) در ماده ۵۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری نیز به بحث تخصیص شعبی برای رسیدگی تخصصی اشاره نموده است. صلاحیت ذاتی دادگاه‌ها غالباً بر اساس نوع جرم و گاه بر اساس شخصیت مرتکب از یکدیگر تفکیک می‌گردند، اما در این موضوع، دادگاه نیز به منظور رسیدگی تخصصی به جرائم که نهایتاً رسیدگی بهتر و سریع‌تر را به دنبال دارد یک نوع تقسیم کار داخلی با ماهیت اداری صورت می‌گیرد. (خالقی، پیشین: ۵۹۹)

این اختیار بر اساس ماده ۴ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب اصلاحی سال ۱۳۸۰ ریاست قوه قضاییه داده شده بود. رئیس وقت قوه قضاییه نیز در سال ۱۳۸۹ طی بخشنامه‌ای به موضوع اختصاص شعبی از دادرها و دادگاه‌های عمومی برای رسیدگی به موضوعات خاص، به تشکیل شعبی خاص برای رسیدگی به جرم پول‌شویی اشاره نموده بود. بر اساس این ماده تشکیل شعبی از دادگاه عمومی در تهران برای رسیدگی به جرم پول‌شویی و جرائم مرتبط الزامی بوده و در مراکز استان‌ها در صورت نیاز می‌باشد. حال سؤالی که شاید پیش بیاید این است که در صورتی که جرم پول‌شویی در حوزه شهرستان واقع شود و رسیدگی به آن در صلاحیت مرکز استان بوده و یا با توجه به عدم وجود نص رسیدگی به جرم در دادگاه عمومی شهرستان مربوطه صورت می‌گیرد؟ می‌توان گفت با توجه به اینکه جرم پول‌شویی جزء جرایم عمومی بوده و بیان اینکه دادگاه تخصصی صلاحیت‌ساز نیست و صلاحیت رسیدگی به تمام جرایم را دارد، نمی‌توان جرم پول‌شویی واقع شده در شهرستان را در صلاحیت رسیدگی دادگاه مرکز استان دانست. به این نکته نیز باید توجه داشت که با توجه به اینکه مجازات جرم تعزیری یا حبس تعزیری درجه چهار یا پنج می‌باشد بنابراین جرم پول‌شویی در صلاحیت دادگاه کیفری دو می‌باشد.

در این ماده به جرائم مرتبط با پول‌شویی نیز اشاره شده است. یکی از جرائمی که بیشترین ارتباط را با پول‌شویی دارد؛ جرم تأمین مالی تروریسم می‌باشد. در این رابطه ماده ۹ قانون مبارزه با تأمین مالی تروریسم اشاره دارد که رسیدگی به جرائم موضوع این قانون در صلاحیت دادگاه‌های کیفری یک مرکز استان است. در این صورت می‌توان نتیجه گرفت در صورتی که جرم پول‌شویی همراه با جرم تأمین مالی تروریسم باشد، می‌توان به آن در دادگاه کیفری یک مرکز استان رسیدگی نمود.

۲-۱۸- پیش‌بینی همکاری بین‌المللی بر اساس موافقت‌نامه

با توجه به اینکه امروزه جرم پول‌شویی گستره‌ای بین‌المللی پیدا کرده و در خدمت تروریسم بین‌الملل قرار گرفته است توجه به موافقت‌نامه‌های همکاری‌های دو جانبه و چند جانبه ضروری می‌باشد. قانونگذار ما نیز در ماده ۱۲ قانون مبارزه با پول‌شویی به این نکته اشاره داشته است. در این زمینه کشورمان موافقت‌نامه‌هایی با برخی کشورها منعقد نموده است که البته موضوع موافقت‌نامه پول‌شویی نمی‌باشد، ولی در ضمن آن به بحث پول‌شویی نیز اشاره شده است. از جمله آن‌ها می‌توان به موافقت‌نامه همکاری در زمینه امنیت در دریای خزر^۱ مورخ ۲۷ آبان ۱۳۸۹ برابر با ۱۸ نوامبر ۲۰۱۰ اشاره نمود که در ماده ۲ این موافقت‌نامه به بحث مبارزه با تطهیر اموال اشاره نموده است. در زمینه موافقت‌نامه‌های دوجانبه نیز کشورمان با کشورهای همچون ترکیه، افغانستان، ایتالیا و بوسنی و هرزگوین موافقت‌نامه دوجانبه منعقد نموده است. (ساعد، ۱۳۹۵: ۶۰)

نتیجه‌گیری

امروزه مبارزه با پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم جلوه‌ای بین‌المللی پیدا نموده است و حتی نحوه قانونگذاری در این زمینه نیز می‌تواند تبعاتی همچون قرار گرفتن دولت در لیست سیاه گروه مالی مشترک، و در نتیجه بار شدن اثرات منفی بر اقتصاد داخلی و همچنین افزایش کمک به تأمین مالی تروریسم داشته باشد. در نتیجه با توجه به گسترش و متنوع شدن عملیات پولی و بانکی و در پی آن گسترده‌تر و پیچیده‌تر شدن عملیات پول‌شویی و از طرف دیگر در پی پیشنهادهای سازمان‌های بین‌المللی، ایجاد اصلاحاتی در قانون مبارزه با پول‌شویی که مصوب سال ۱۳۸۶ بوده و اولین تجربه قانونگذار ما در این زمینه بوده است به شدت احساس می‌شود. در این راستا قانونگذار ما در سال ۱۳۹۷

^۱- اعضای این موافقت‌نامه عبارتند از: دولت جمهوری آذربایجان، دولت جمهوری اسلامی ایران، دولت جمهوری قزاقستان، دولت فدراسیون روسیه و دولت ترکمنستان.

اصلاحات اساسی در قانون مبارزه با پول‌شویی به عمل آورد. اصلاحات و نوآوری‌های ایجاد شده را به طور کلی می‌توان به دو دسته ساختاری و ماهوی تقسیم نمود. نوآوری‌های مربوط به دسته ساختاری، مواردی از جمله تشکیل واحد اطلاعات مالی، افزایش اعضاء شورای پیشگیری از پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم و توجه به اهمیت مبارزه با تأمین مالی تروریسم و ارتباط آن با پول‌شویی، پیش‌بینی وظایف گسترده برای هر دو رکن، و پیش‌بینی شعب تخصصی رسیدگی به موضوع جرم پول‌شویی و جرایم مرتبط با آن اشاره نمود. همچنین قانونگذار با عنایت به اینکه امروزه پول‌شویی به صورت بین‌المللی ارتکاب می‌یابد، در ماده ۱۲ قانون اجازه همکاری بین‌المللی در زمینه پول‌شویی را فراهم آورده است که لازمه به ثمر نشستن تمام موارد مذکور توجه و تدوین مقررات و ایجاد آیین‌نامه‌ای جامع در این رابطه و نحوه عمل این دو رکن می‌باشد.

در رابطه با نوآوری‌های مربوط به دسته ماهوی نیز می‌توان به جرم‌انگاری‌های جدید همچون جرم‌انگاری استفاده از اطلاعات و اسناد گردآوری شده در اجرای این قانون، جرم‌انگاری تخلفات مذکور در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز از منظر پول‌شویی، گسترش دامنه شمول جرم منشاء به جرائم خارج از کشور، پیش‌بینی مجازات برای مدیران و کارکنان دستگاه‌های اجرایی در صورت عدم رعایت تکالیف مقرر و همچنین گسترش مصادیق پول‌شویی اشاره نمود.

این نوآوری‌ها و موارد ذکر شده در کنار سایر قوانین و مقررات از جمله مقررات مالی، می‌تواند زمینه را برای ریشه کن نمودن و تنگ کردن عرصه پول‌شویی بر مجرمان و در نتیجه جلوگیری از آثار و تبعات اقتصادی حاصل از پول‌شویی، فراهم آورد، زیرا جرم پول‌شویی جرمی تابع و در پی جرم منشاء که اغلب مالی می‌باشد، (Schoot, 2006: 23) صورت می‌گیرد و قانونگذاری در سایر زمینه‌های جرائم مالی و توجه به موضوع به روزرسانی قوانین و مقررات در این زمینه می‌تواند به مبارزه با پول‌شویی کمک شایانی نماید. تا این که کشور هم در امر مبارزه با پول‌شویی بین‌المللی و مبارزه با تأمین مالی تروریسم در عرصه داخلی و بین‌المللی موفق گردد.

فهرست منابع

۱. آقائظری، حسن؛ هاشم بیضایی، علی (۲۰۱۶)، آثار عملیه غسل المال، مجله الاجتهاد و التجديد، رقم ۳۸-۳۹، صفحات ۱۳۱-۱۱۰.
۲. خالقی، علی (۱۳۹۵)، نکته ها در قانون آیین دادرسی کیفری، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش.
۳. دلیر، حمید (۱۳۹۰)، حقوق مصادره، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۴. رابینسون، جفری (۱۳۸۱)، شست و شوی پول آلوده، ترجمه آبرت برنادی و اشرف باقری، تهران: کلک آزادگان.
۵. روزنامه رسمی، مشروح مذاکرات جلسه علنی مجلس شورای اسلامی، جلسه ۲۰۳، شماره ۲۱۳۱۶.
۶. رهبر، فرهاد (۱۳۸۲)، «پول شویی و آثار و پیامدهای آن»، مجله تحقیقات اقتصادی، شماره ۶۳، صفحات ۳۳-۵۵.
۷. زارع قاجاری، فردوس؛ قائم مقامی، علی (۱۳۹۲)، استانداردهای بین المللی مبارزه با پول-شویی و تأمین مالی تروریسم، تهران: نشر تاش.
۸. زارع، میثم (۱۳۹۳)، رویکرد جرم شناختی به آیین نامه اجرایی قانون مبارزه با پولشویی، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات.
۹. ساعد، نادر (۱۳۹۵)، منابع حقوق مبارزه با تروریسم در ایران، تهران: انتشارات خرسندی.
۱۰. ساکی، محمدرضا (۱۳۸۹)، حقوق کیفری اقتصادی، تهران: انتشارات جنگل.
۱۱. سیاه بیدی کرمانشاهی، سعید؛ ثالث مؤیدی، احمدعلی (۱۳۹۶)، حقوق کیفری اقتصادی: پول-شویی، تهران: نشر میزان.
۱۲. شمس ناتری، محمد ابراهیم؛ کلانتری، حمیدرضا؛ ابراهیم زارع؛ زینب (۱۳۹۶)، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی، تهران: نشر میزان.
۱۳. شمس ناتری، محمد ابراهیم؛ اسلامی، داود (۱۳۹۴)، «ماهیت کیفری تأمین مالی تروریسم»، مطالعات حقوق کیفری و جرم شناسی دانشگاه تهران، شماره ۴ و ۵، صص ۲۵۷ تا ۲۸۶.

۱۴. صادق نژاد نائینی، مجید؛ میرمحمد صادقی، حسین؛ مسعودی مقام، اسدالله؛ کدخدامرادی، کمال (۱۳۹۶)، «نشست های نقد و بررسی آرای قضایی اختلاس و پول شویی»، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه.

۱۵. عابدی، احمدرضا (۱۳۹۹)، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.

۱۶. عباسی، اصغر (۱۳۹۳)، حقوق کیفری اقتصادی، تهران: نشر میزان.

۱۷. عبداللهی، محسن (۱۳۸۱)، پیامدهای یازده سپتامبر بر مبارزه با تروریسم، ماهنامه حقوقی، شماره اول، صفحات ۲۷-۱۵.

۱۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، اموال و مالکیت، تهران: نشر میزان.

۱۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.

۲۰. کشتکار، مریم (۱۳۹۰)، «راهنمای اجرای برنامه مؤثر ضد پول شویی توسط سیستم بانکی»، بانک مرکزی، تهران.

۲۱. گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۴)، حقوق جزای عمومی ایران، ج ۱، تهران: دانشگاه تهران.

۲۲. معصومی، ابوالفضل (۱۳۹۲)، «مبارزه با پول شویی و تأمین مالی تروریسم؛ تهدیدی پس از برداشتن تحریم ها»، مجله بازار و سرمایه، شماره ۴۱ و ۴۲، صفحات ۴۴-۴۲.

۲۳. مهرپور، حسین (۱۳۹۲)، مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: نشر دادگستر.

۲۴. میر محمد صادقی، حسین (۱۳۹۶)، حقوق کیفری اختصاصی (۳): جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، تهران: نشر میزان.

25. Camdessus, Michel (1998), money laundering, the importance of international countermeasures, paris, feb10.pp 20-32

26.Dandurand, Yvon (2004), Link Between Terrorim And Other Forms Of Crime, International centre for criminal law reform and criminal justice polisy.pp 20-31

27.FATF Report (2015), the the black list.

28.Qurik, peter (1996), Macroeconomic Implic of money laundering, IMF EA.pp 35-75

29.Schott, paul allan (2006), Refrence guid to anti money laundering and combating the financing of terrorism, The world Bank. Secend edition.

تحلیل حقوقی تعهدات مالی متقاضی سرپرستی کودکان و نوجوانان

بی‌سرپرست و بد سرپرست

علی نوریان^۱

چکیده

امروزه بنا به دلایل گوناگون، از جمله مرگ والدین یا یکی از آنها، بیماری نوزادان و ضعف بنیه اقتصادی والدین در جهت تأمین هزینه‌های درمان و نگهداری اطفال بیمار، طلاق و جدایی والدین و عدم توانایی آنان، نگهداری و تأمین هزینه، اعتیاد شدید والدین یا یکی از آنها، تعدادی از کودکان و نوجوانان، فاقد سرپرست بوده یا بد سرپرست می‌باشند. از سوی دیگر بنا به دلایلی از جمله افزایش نرخ ناباروری، انگیزه‌های خیرخواهانه و بشردوستانه و غیره، برخی از افراد، متقاضی سرپرستی از کودکان بی‌سرپرست یا بد سرپرست هستند. علیرغم عدم پذیرش فرزندخواندگی در دین اسلام، قانونگذار در جهت ساماندهی نحوه نگهداری و سرپرستی از کودکان و به جهت اینکه دولت و به خصوص سازمان بهزیستی توان نگهداری و به سامان رساندن کودکان تا رسیدن به سن رشد و استقلال ایشان را ندارند، قصد دارد با تصویب مقرراتی که از یک سو شرایط زوجین و متقاضیان سرپرستی را تعیین می‌کند و از سوی دیگر شرایط کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست را مشخص می‌نماید و نیز تشریفات درخواست و نحوه رسیدگی به آن و صدور حکم سرپرستی و فسخ و انحلال آن را تعیین می‌کند، این موضوع را به نظم درآورد. یکی از نکات مهم در این فرایند، توجه به حقوق مالی و تأمین آتیه کودک یا نوجوان تحت سرپرستی است. در این نوشتار، سعی ما آن است که به بررسی نحوه تأمین حقوق مالی و نحوه تأمین آتیه کودک و نوجوان، از دیدگاه قانون جدید حمایت از کودکان بی‌سرپرست و بدسرپرست مصوب ۱۳۹۲، پردازیم و نوآوری‌های این قانون را با نهادها و تأسیسات حقوقی موجود در حقوق مدنی تطبیق داده و مورد تجزیه و تحلیل قرار دهیم.

کلید واژه‌ها: اخذ تضمینی عینی، تملیک، تعهد، فرزند خواندگی، نفقه، هزینه تربیت و نگهداری و

تحصیل.

مقدمه

فرزند در زبان حقوقی ما، کسی است که از نسل دیگری باشد و رابطه خونی و طبیعی، او و پدر و مادر را به هم پیوند دهد و جز در موارد استثنایی، فرزند طبیعی را در صورتی می توان به پدر و مادر منسوب کرد که ناشی از نکاح باشد یعنی پدر و مادر و زن و شوهر باشند. (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۲) با این وجود، بسیاری از خانواده ها به دلیل عدم امکان تولد فرزند در سطح جهان و در ایران، علاقه مند به در اختیار گرفتن فرزند و حمایت سرپرستی از او هستند. امروزه حدود هفتاد میلیون زوج در سطح جهان از ناباروری در رنج هستند (Rosenfeld Ja, 2004: 184-196). در کشور ما نیز طبق اعلام رئیس پژوهشگاه فن-آوری های نوین علوم زیستی جهاد دانشگاهی ابن سینا، بر اساس آخرین بررسی های انجام شده میزان ناباروری در کل کشور ۲۰/۲ درصد اعلام گردیده است. (خبرگزاری دانشجویان ایران- ایسنا) و آمار مذکور، حدود سه میلیون زوج نابارور را به خود اختصاص داده است.

از سوی دیگر اکثر کشورهای دنیا با معضلی به نام کودکان بی سرپرست مواجه هستند. در کشور ما نیز بر اثر علل مختلفی از جمله مرگ والدین در اثر حوادث طبیعی و راهنمایی و رانندگی، رها کردن کودکان از سوی والدین طبیعی به علت بیماری کودک، عدم توان اقتصادی در نگهداری و یا تأمین هزینه های درمانی کودکان و غیره، تعداد این کودکان که نیاز به حامی به سرپرست دارند قابل توجه است.

حمایت از کودکان بی سرپرست در نظام حقوقی غرب، فرزندخواندگی نامیده می شود. علیرغم اینکه دولت (سازمان بهزیستی) وظیفه سرپرستی و نگهداری کودکان بی سرپرست را به عهده دارد اما تعداد زیاد این گونه کودکان و فقدان امکانات مادی و نیروی انسانی کافی از یک سو و تمایل اشخاص نیکوکار و یا اشخاصی که به دلایلی قادر به فرزندآوری طبیعی نشده و از این نعمت محروم گردیده اند باعث گردیده است که مقرراتی در این خصوص، در کشور ما تدوین شود. تا سال ۱۳۵۴ پذیرش کودکان بی سرپرست از سوی متقاضیان بدون مبنا و احکام قانونی و صرفاً با انگیزه های معنوی صورت می گرفت. این خلاء قانونی، باعث گردید که معمولاً زوجین سرپرست، کودکی بیگانه را به صورت مخفیانه پذیرفته و با توسل و روش های غیر عادی و همراه با صحنه سازی، وی را به عنوان فرزند واقعی خود قلمداد کنند اما در هر حال این روابط، تابع هیچ قاعده و قانونی نبود.

لذا قانونگذار در سال ۱۳۵۴ با اقتباس از قانون فرزند خواندگی در حقوق کشورهای اروپایی و به خصوص فرانسه^۱، قانونی را تحت عنوان قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست به تصویب رساند؛ زیرا حقوق ایران (که قواعد آن به خصوص در بخش مربوط به خانواده، ارث و نکاح برگرفته از فقه امامیه است) علی‌رغم وجود سابقه پذیرش این نهاد در دوران حکومت ساسانیان و اعتبار آن نزد زرتشتیان، تأسیسی به نام فرزند خواندگی را به رسمیت نمی‌شناخت و اساساً در حقوق اسلام و کشورهای اسلامی نیز اصطلاح فرزندخواندگی پذیرفته نشده است و لذا به جای اصطلاح مذکور از عبارت سرپرستی استفاده می‌شود. به جز اینکه در ماده ۱۳ قانون مذکور، همانند بند ۳ ماده واحده قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه در محاکم، مصوب مرداد ۱۳۱۲ تصریح نمود که: «مقررات قانون احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه در مورد فرزندخواندگی به اعتبار خود باقی است».

پس از تصویب قانون ۱۳۵۴ تا سال ۱۳۹۲، محاکم بر اساس قانون مذکور عمل نموده و زوجین متقاضی سرپرستی اطفال بی‌سرپرست با رعایت شرایط مندرج در قانون از طریق مراجعه به محاکم خانواده، موفق به دریافت حکم سرپرستی می‌شدند. به جهت اشکالات متعدد ناشی از اجرای قانون مذکور در طول اجرای آن به منظور رفع اشکالات و به خصوص تسهیل در امر واگذاری کودکان بی-سرپرست، لایحه‌ای تحت عنوان لایحه حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بد سرپرست در سال

۱- اولین بارقه‌های فرزند خواندگی در فرانسه بعد از وقوع انقلاب کبیر ظاهر گردید و به توجیه ناپلئون بناپارت و با شعار *parenviedesrefdr a lantiquite* (با امید بازگشت به دوران باستان) فرزند خواندگی احیا گردید و علی‌رغم اینکه در سال ۱۷۹۲ در مورد فرزند خواندگی پیش‌بینی‌هایی صورت گرفته بود ولی در سال ۱۸۰۴ تدوین کنندگان قانون مدنی فرانسه (*codsivil*)، در پذیرش فرزند خواندگی دچار تردید شدند. ولی بعد از جنگ جهانی اول (۱۹۱۸-۱۹۱۴) به منظور حمایت و سرپرستی کودکان قربانی جنگ، تحولاتی در امر فرزند خواندگی پیش آمد، در قانون ۲۹ ژوئن ۱۹۲۳ آثار حقوقی فرزند خواندگی در نظر گرفته شد و سپس در سال ۱۹۳۹ تکمیل و به تدریج در سال‌های ۱۹۴۱، ۱۹۵۷، ۱۹۶۳ و ۱۳۶۶ و ... تغییرات و تحولات اساسی به منظور حمایت از اطفال بدون سرپرست به وجود آمد و سرانجام دو نوع فرزند خواندگی شکل گرفت: ۱- فرزند خواندگی کامل که به تعبیر حقوقدانان فرانسوی، «جدایی کامل کودک از خانواده اصلی‌اش غیر از نسب و همسر و پیوستن و خانواده دیگری می‌باشد». در این نهاد، بین فرزند خوانده جهت حفاظت و تربیت و ولایت و حرمت نکاح و توارث و استفاده از نام خانوادگی پذیرنده کودک و فرزند واقعی تفاوت وجود ندارد. ۲- فرزند خواندگی ساده که چنین تعریف شده است: «رابطه‌ای به توافق اراده فرزند خوانده و اولیای فرزندخواندگی و در صورت صغیر بودن فرزندخوانده به توافق امین یا قیم وی با اولیای فرزندخواندگی گفته می‌شود.» که در این حالت از بعضی از مزایای فرزند واقعی بهره‌مند می‌شود و قابل فسخ است و رابطه کودک و فرزند خانواده اصلی قطع نمی‌گردد. (اسدالله امامی، مقاله وضع حقوق فرزند خواندگی در ایران، سایت پژوهشگاه علوم انسانی)

۱۳۸۸ تهیه و پس از تصویب در جلسه مورخ ۱۳۹۲/۶/۳۱ مجلس شورای اسلامی، به تأیید شورای نگهبان رسید و در تاریخ ۱۳۹۲/۸/۶ در روزنامه رسمی منتشر و اکنون در کشور لازم الاجرا می باشد. بی شک پرداختن به تمام ابعاد این قانون و تجزیه و تحلیل آن از نظر علمی در قالب یک مقاله، میسر نیست و می توان در خصوص هر یک از موارد و موضوعات این قانون، به نگارش یک مقاله علمی پژوهشی پرداخت. از بین موضوعات مطرح در این قانون، سعی داریم یکی از موضوعات مهم و اساسی را که در ماده ۱۴ قانون ذکر شده است تحت عنوان «تملیک بخشی از اموال و یا حقوق سرپرست به کودک یا نوجوان تحت سرپرستی» مورد تجزیه و تحلیل قرار داده و از نظر حقوقی، ماهیت این تملیک و آثار حقوقی و اصطلاحات دیگری که به موازات آن تحت عنوان «اخذ تضمین عینی از درخواست کننده» و «دستور اخذ تعهد کتبی به تملیک بخشی از اموال یا حقوق در آینده» ذکر گردیده است را مورد بررسی قرار دهیم.

قبل از پرداختن و تحلیل موضوع، ذکر این نکته نیز لازم است که علی رغم عدم تمایل قانونگذار و به کارگیری اصطلاح فرزندخواندگی در تبصره ماده ۲۶ قانون مذکور که یکی از مواد مناقشه برانگیز قانون نیز می باشد آمده است: «ازدواج چه در زمان حضانت و چه بعد از آن بین سرپرست و فرزندخوانده ممنوع است، مگر اینکه دادگاه صالح پس از اخذ نظر مشورتی سازمان این امر را به مصلحت فرزندخوانده تشخیص دهد.»

۱- روش های تأمین حقوق و آتیه کودک در قانون ۱۳۵۴

ماده ۲ قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست ۱۳۵۴ صراحتاً فرزند خواندگی را از موجبات ارث نمی داند، پس نه فرزندخوانده از زوجین ارث می برد و نه زوجین در زمره وراث او در می آیند ولی چون محروم ماندن از میراث خانواده پذیرنده، آینده کودک و تربیت او را به خطر می اندازد، ماده ۵ یکی از شرایط صدور حکم سرپرستی را تأمین هزینه نگهداری و تربیت طفل تا سن بلوغ قرار داده تا در صورت فوت درخواست کنندگان، از محل اطمینان بخشی استفاده شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۹۶) ماده ۵: «دادگاه در صورتی حکم سرپرستی صادر خواهد نمود که درخواست کنندگان سرپرستی به کیفیت اطمینان بخشی در صورت فوت خود، هزینه تربیت و نگهداری و تحصیل طفل را تا رسیدن به سن بلوغ تأمین نمایند.» تبصره: «هرگاه وجوه یا اموالی که از طرف زوجین سرپرست به طفل تحت سرپرستی صلح شده باشد، در صورت فوت طفل، وجوه و اموال مذکور از طرف دولت به زوجین سرپرست تملیک خواهد شد.»

در خصوص نحوه احراز کیفیت اطمینان‌بخش، در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۷۲ مورخ ۱۳۸۲/۲/۱۵ اداره حقوقی قوه قضاییه آمده است: «احراز این کیفیت اطمینان‌بخش بستگی به نظر دادگاه دارد، خواه از طریق سپردن وجه یا تضمین دیگر مانند «حقوق اداری» و «حقوق وظیفه» که قابل مصرف در حق فرزند خوانده باشد. به هر صورت بر دادگاه است که موقعیت مالی متقاضی را احراز نماید و ترتیب آینده او را بدهد. حصر آن به موارد خاص و جاهت قانونی ندارد.» (معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، ۱۳۸۴: ۲۵۶)

یکی از طرق معمول در جهت تأمین هزینه‌های کودک تحت سرپرستی انتقال وجوه یا اموال به نام طفل است تا ضمن تأمین هزینه نگهداری و تربیت طفل، از دارایی زوجین سهمی به او برسد و از ارث محروم نشود. لیکن در نزد بسیاری از خانواده‌های سرپرست، این نگرانی وجود داشت که اگر کودک قبل از فوت سرپرست فوت کند آن اموال به دولت یا به ورثه فرزندخوانده در خانواده حقیقی او برسد. لذا به منظور رفع این نگرانی، در تبصره ماده ۵ آمده است: «هرگاه وجوه یا اموالی از طرف زوجین سرپرست به طفل تحت سرپرستی صلح شده باشد، در صورت فوت طفل، وجوه و اموال مذکور از طرف دولت به زوجین سرپرست تملیک خواهد شد.» در واقع به نظر می‌رسد قانونگذار فرض کرده است که هرگونه بخشش به طفل با این شرط ضمنی همراه است که موضوع تملیک برای استفاده شخص او داده می‌شود و در صورت فوت باید عقد منفسخ شود؛ مانند هدیه‌ای که به نامزد داده می‌شود. (کاتوزیان، پیشین: ۳۹۷)

در تبصره ماده، کلمه صلح به کار برده شده است در حالی که در متن ماده در خصوص نحوه تأمین هزینه تربیت و نگهداری و تحصیل طفل روش خاص معین نشده است و استعمال لفظ صلح در تبصره ماده ۵ به نظر برخی حقوقدانان صحیح نبوده و نابجا به کار رفته است؛ زیرا صلح^۱ ممکن است معوض و در مقام انجام معامله به کار رود در حالی که به نظر می‌رسد مقصود اشاره به هرگونه تملیک مجانی (یا با عوض ناچیز) باشد. بنابراین اگر زوجین مالی را به کودک ببخشند نمی‌توان گفت چون به عنوان صلح نبوده است مشمول تبصره ماده ۵ نمی‌شود. همچنین اگر زوجین معامله معوض در مقام داد

۱- ماده ۱۵۸ قانون مدنی: «صلح در مقام معاملات هرچند نتیجه معامله را که به جای آن واقع شده است می‌دهد لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد. بنابراین اگر مورد صلح، عین باشد در مقابل عوض نتیجه بیع خواهد بود بدون اینکه شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجری شود.»

و ستد با فرزند خوانده خود بکنند نباید چنین پنداشت که آنچه به فرزندخوانده صلح شده است بعد از فوت او به زوجین بر می‌گردد. (همان)

در خصوص راه حل مذکور در تبصره ماده ۵ مبنی بر بازگرداندن اموال مورد صلح به زوجین، به نظر دکتر کاتوزیان راه حل مذکور ناشیانه و خلاف اصول است؛ زیرا در فرض که کودک وارث دیگر دارد دولت نه وارث او محسوب می‌شود و نه نماینده او، پس چگونه می‌تواند مورد صلح را به زوجین تملیک کند.

ابهام دیگری که در تبصره موجود است آن است که آمده است: «...اموال مذکور از طرف دولت به زوجین سرپرست تملیک می‌شود.» حال چنانچه اموال از سوی یکی از زوجین به طفل صلح شده باشد بعد از فوت، مال به همان شخص تملیک می‌شود یا به صورت مشترک به زوجین؟ و اگر یکی از زوجین سرپرست فوت کرده باشد آیا کل مال به سرپرست موجود تملیک می‌شود یا نصف مال به او تملیک می‌گردد؟ به نظر می‌رسد قانونگذار عاقل و ماهر نباید در مقام اجرای منظور خویش، اصول حقوقی و نظم حاکم بر قوانین را در هم بریزد. در این فرض به جای اینکه دولت مأمور تملیک اموال به زوجین شود کافی بود در تبصره چنین می‌آورد که: «با فوت کودک، تملیکات مجانی که از طرف زوجین سرپرست به سود او انجام شده است منفسخ می‌شود» بدین ترتیب آنچه تملیک شده است به مالک بر می‌گردد و هیچ‌یک از اصول حقوقی نیز نقض نمی‌شود. ضمن آنکه بازگشت اموال به زوجین منوط به زنده بودن آنان و فوت کودک پیش از رسیدن به سن رشد و نداشتن ورثه دیگر می‌شد. البته شرط زنده بودن تملیک کننده را رویه قضایی می‌تواند از لحن تبصره استنباط کند، ولی با وجود تبصره ۵ هرگاه پدرخوانده قالیچه‌ای فرزندخوانده خود هدیه کند و او پس از رسیدن به سن رشد و ازدواج فوت کند قالیچه به فرزندان و همسر او نمی‌رسد و باید از طرف دولت به پدرخوانده تملیک شود. (همان: ۳۹۸)

آقایان صفایی و امامی دو تن از حقوقدانان مشهور کشور نیز در تشریح ماده ۵ قانون مذکور آورده‌اند که روش‌هایی مانند هبه یا صلح و یا سپردن تضمین مانند وثیقه عینی یا وصیت به نفع طفل می‌تواند از جمله راه‌های اطمینان‌بخش جهت تأمین آینده طفل تلقی شود. (صفایی و امامی، ۱۳۸۶: ۲۸۰)

در قانون جدید حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بد سرپرست تحولاتی در خصوص تأمین آتیه کودکان و نوجوانان تحت سرپرستی صورت گرفته و به جای یک ماده، تعداد ۶ ماده اختصاص یافته است که به طور مفصل به آن خواهیم پرداخت.

۲- ماهیت حقوقی تملیک اموال به فرزند خوانده

آقای کاتوزیان ماهیت تملیک اموال به فرزند خوانده از سوی زوجین سرپرست را با تملیک هدایا از سوی نامزدها قبل از وقوع عقد نکاح، مقایسه کرده‌اند. در ماده ۱۰۳۷ قانون مدنی آمده است: «هر یک از نامزدها می‌تواند در صورت به هم خوردن وصلت منظور، هدایایی را که به طرف دیگر یا ابوین او برای وصلت منظور داده است مطالبه کند. اگر عین هدایا موجود نباشد مستحق قیمت هدایایی خواهد بود که عادتاً نگاه داشته می‌شود مگر اینکه آن هدایا بدون تقصیر طرف دیگر تلف شده باشد.» در ماده ۱۰۳۸ نیز آمده است: «مفاد ماده قبل از حیث رجوع به قیمت در موردی که وصلت منظور در اثر فوت یکی از نامزدها به هم بخورد مجری نخواهد بود.» مرحوم سید حسن امامی در تحلیل و بررسی حکم مواد ۱۰۳۷ و ۱۰۳۸ کوشیده‌اند تا از نظریه علت در قراردادهای استفاده نموده و می‌گویند: «در مورد اموالی که عادتاً مصرف می‌شود هدیه کننده آن را به طرف اباحه کرده و اجازه تلف نیز داده است ولی اشیایی که عادتاً نگاهداری می‌شود، در برابر زناشویی تملیک شده است، پس هر گاه نامزدی به هم بخورد معلوم می‌شود که معامله علت نداشته است و باید مالی که هدیه شده و اکنون بدون علت در دست طرف باقی مانده است به صاحبش رد شود.» (امامی، ۱۳۶۸: ۲۷۵) همچنین ایشان معتقدند: «در صورت به هم خوردن نامزدی علت (جهت) هدیه از میان رفته است و بجاست که هدیه به دهنده آن بازگردد. (صفایی و امامی، پیشین: ۳۸)

۳- روش‌های تأمین آتیه کودک و نوجوان تحت سرپرستی در قانون ۱۳۹۲

قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بد سرپرست مصوب ۱۳۹۲ در مقایسه با قانون حمایت از کودکان بی سرپرست مصوب ۱۳۵۴ از جهات متعدد، کامل‌تر و جامع‌تر می‌باشد. از حیث تعداد مواد، قانون سال ۱۳۵۴ دارای ۱۷ ماده و ۶ تبصره ولی قانون ۱۳۹۲ دارای ۳۷ ماده و ۱۷ تبصره می‌باشد. از نکات قابل توجه این قانون، اختصاص ۶ ماده و ۲ تبصره به مسائل مالی مربوط به تأمین آتیه طفل یا نوجوان تحت سرپرستی می‌باشد که سعی می‌شود در این مقاله به تجزیه و تحلیل این مواد و مقایسه آن با قانون ۱۳۵۴ پرداخته شود. بدیهی است با توجه به کمبود منابع علمی در این خصوص، می‌توان گفت کمتر حقوقدان یا مؤلفی در کشور به این موضوع پرداخته است و از این جهت، موضوع این تحقیق جدید و کم سابقه می‌باشد.

۳-۱- تملیک بخشی از اموال یا حقوق از سوی سرپرست به کودک یا نوجوان تحت

سرپرستی

یکی از نوآوری های قانون جدید نسبت به قانون سال ۱۳۵۴ آن است که شرایط سنی افراد مسئول سرپرستی را تغییر داده است. در قانون سابق سن طفل کمتر از ۱۲ سال تمام تعیین شده بود ولی به موجب ماده ۹ قانون جدید، کلیه کودکان و نوجوانان نابالغ و نیز افراد بالغ زیر ۱۶ سال که به تشخیص دادگاه عدم رشد و یا نیاز آنان به سرپرستی احراز شود و واجد شرایط مذکور در ماده ۸ این قانون باشند؛ مشمول این قانون می گردند لذا عنوان قانون نیز از عبارت کودکان بی سرپرست به کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بدسرپرست تغییر کرده است. در ماده ۵ قانون سال ۱۳۵۴ آمده بود که درخواست کنندگان سرپرستی به کیفیت اطمینان بخشی در صورت فوت خود، هزینه تربیت و نگهداری و تحصیل طفل را تا رسیدن به سن بلوغ تأمین نمایند اما در صدر ماده ۱۴ قانون جدید آمده است که: «درخواست کننده سرپرستی بخشی از اموال حقوق خود را به کودک و نوجوان تحت سرپرستی تملیک کند و تشخیص نوع و میزان مال یا حقوق مزبور با دادگاه است. در مواردی که دادگاه تشخیص دهد اخذ تضمین عینی از درخواست کننده ممکن یا به مصلحت نیست و سرپرستی کودک و یا نوجوان ضرورت داشته باشد، دستور اخذ تعهد کتبی به تملیک بخشی از اموال یا حقوق در آینده را صادر و پس از قبول درخواست کننده و انجام دستور، حکم سرپرستی صادر می کند.» تبصره: «در صورتی که دادگاه تشخیص دهد اعطای سرپرستی بدون اجرای مفاد این ماده به مصلحت کودک یا نوجوان می باشد، به صدور حکم سرپرستی اقدام می نماید.» علی رغم اینکه در قانون سابق، عبارت تشخیص دادگاه تصریح نشده بود ولی در عمل، رویه قضایی به این شکل ایجاد گردید که دادگاه در خصوص نحوه تأمین آتیه طفل اتخاذ تصمیم می نمود و لذا روش های مختلفی در محاکم به کار گرفته می شد. به نحوی که گاهی متقاضیان سرپرستی از اموال غیر منقول خود بخشی را تملیک می کردند و عمدتاً این تملیک به شیوه انعقاد عقد صلح و تنظیم سند رسمی صورت می گرفت. در مواردی که متقاضیان سرپرستی، کارمند دولت بودند و یا اموال موجود نداشتند از طریق تنظیم وصیت نامه، وصیت می کردند که در صورت فوت، تا یک سوم از اموال و حقوق و مزایای متعلق به آنان به طفل تعلق داشته باشد. ضمن اینکه متعهد می شدند در طول مدت حیات خود هزینه های نگهداری و تربیت و تحصیل طفل را بپردازند. حتی در مواردی دادگاه از متقاضیان سرپرستی به منظور تضمین اجرای این تعهد مبلغی به عنوان سپرده اخذ و یا تضمین دیگری از جمله تودیع سند وثیقه و یا ارائه گواهی از سوی محل دریافت حقوق شخص، اخذ

می‌نمود و گاهی از شخص تقاضای معرفی ضامن می‌نمود و یک یا دو نفر به عنوان ضامن، این مسئولیت و تعهد را تضمین می‌کردند.

۳-۲- اخذ تضمین عینی از درخواست‌کنندگان سرپرستی

گرچه عبارت اخذ تضمین عینی در متن ماده ۵ قانون سابق ذکر نشده بود ولی در عمل، محاکم در مواردی که شخص فاقد اموال موجود بوده ولی احتمال ملائت وی در آینده وجود داشت مبادرت به اخذ تضمین عینی می‌کردند. رویه مذکور باعث شد در قانون جدید این روش نه به صراحت بلکه به صورت تلویحی مورد تأیید قانونگذار قرار گیرد. لذا علیرغم اینکه در صدر ماده، تملیک بخشی از اموال یا حقوق به عنوان شرط صدور حکم سرپرستی به وسیله دادگاه ذکر شده در ادامه این گونه آمده است که: «...در مواردی که دادگاه تشخیص دهد اخذ تضمین عینی از درخواست‌کننده ممکن یا به مصلحت نیست و سرپرستی کودک یا نوجوان ضرورت داشته باشد...» لذا قانونگذار، «اخذ تضمین عینی» را به عنوان روش جایگزین و بدل روش «تملیک اموال و حقوق» ذکر کرده است به نحوی که در وهله اول، تلاش دادگاه انتقال اموال و حقوق به سرپرست است و چنانچه اموال موجود قابل تملک و در دسترس نباشد از طریق اخذ تضمین عین اموال و حقوق آینده متعلق به سرپرست به طفل یا نوجوان تحت سرپرستی در آینده تملیک می‌گردد. به نظر می‌رسد باید ماهیت این تضمین را نوعی رهن دانست زیرا در ماده ۷۷۱ قانون مدنی آمده است: «رهن، عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به داین می‌دهد رهن دهنده را رهن و طرف دیگر را مرتهن می‌گویند.» گرچه انتساب عنوان مدیون به شخص سرپرست، قدری مشکل به نظر می‌رسد اما سرپرست با پذیرش این تعهد و شرایط مقرر در قانون در واقع خود را مدیون ساخته است، لذا در صورت تحقق عنوان رهن مال مرهون باید عین معین باشد و لذا مالی که به عنوان تضمین سپرده می‌شود لازم است مال منقول یا غیرمنقول معین باشد و یا وجهی به حساب سپرده دادگستری واریز گردد. چنانچه در صدق عنوان مدیون بودن سرپرست نیز تردید کنیم با توجه به نص ماده ۷۷۵ قانون مدنی که می‌گوید: «برای هر مالی که در ذمه باشد ممکن است رهن داده شود ولو عقدی که موجب اشتغال ذمه است قابل فسخ باشد.» می‌توانیم صدور حکم مبنی بر واگذاری سرپرستی طفل به متقاضی سرپرستی را نوعی قرارداد موجب اشتغال ذمه تلقی کنیم و اصطلاح عقد را به معنای عام و مبنایی برای ایجاد تعهد در نظر بگیریم.

البته ذکر این نکته نیز لازم است که صدق عنوان مرتهن در این حالت به طفل یا نوجوان با اشکال مواجه است زیرا به استناد ماده ۱۹۰ قانون مدنی، یکی از شرایط اساسی صحت معاملات، اهلیت است و

بدیهی است طفل یا نوجوانی که الزاماً به سن رشد نرسیده است اهلیت لازم برای انعقاد عقد رهن ندارد مگر آن که مرتین را سازمان بهزیستی بدانیم که به عنوان یک شخصیت حقوقی عمومی وظیفه حفظ حقوق کودکان بی سرپرست را به عهده دارد. ماده ۲ این قانون نیز تصریح دارد که: «امور مربوط به سرپرستی کودکان و نوجوانان بی سرپرست با سازمان بهزیستی کشور است که در این قانون به اختصار سازمان نامیده می شود.»

۳-۳- دستور اخذ تعهد کتبی به تملیک بخشی از اموال یا حقوق در آینده از سوی دادگاه و قبول متقاضی

شیوه سوم مندرج در ماده ۱۴ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست و بد سرپرست آن است که در مواردی که اخذ تضمین عینی ممکن نیست و به مصلحت نمی باشد و سرپرستی کودک یا نوجوان ضرورت داشته باشد، دادگاه با احراز دو شرط مذکور دستور اخذ تعهد کتبی به تملیک بخشی از اموال یا حقوق در آینده را صادر می کند و پس از صدور دستور در صورت پذیرش و قبول درخواست کننده انجام دستور حکم سرپرستی صادر می کند.

در خصوص کلمه «تعهد»، حقوقدانان تعاریف مختلفی ارائه کرده اند: به نظر دکتر شهیدی، تعهد مصدر باب تفاعل و در لغت به معنی به عهده گرفتن و خود را مدیون و موظف کردن آمده است و در اصطلاح حقوقی، دارای دو معنی مصدری و اسم مفعول یا محصولی است. در معنی مصدری تعهد عبارت است از به عهده گرفتن انجام یا ترک عملی در برابر دیگری خواه در برابر عوض باشد یا نباشد. مانند اینکه کسی در برابر مالک کارخانه ای متعهد گردد و در عوض مبلغ معینی ماشین آلات آن کارخانه را نصب کند. در معنی اسم مفعولی، تعهد عبارت است از وظیفه حقوقی که قانوناً به عهده شخص متعهد ثابت می شود که در صورت خودداری از انجام آن به تقاضای متعهدله و به وسیله مرجع قضایی ملزم به انجام آن خواهد شد. تعهد در این معنی به وظیفه حقوقی که به اراده شخص بر عهده او قرار می گیرد و نیز به وظیفه ای که بدون اراده شخص و مستقیماً به حکم قانون ثابت می شود مانند وظیفه جبران خسارت ناشی از تلف کردن مال دیگری به کار می رود. برای مثال، تعهد در این معنی در ماده ۲۲۲ و ۲۲۶ قانون مدنی به کار رفته است. (شهیدی، ۱۳۹۰: ۴۲) دکتر کاتوزیان نیز در تعریف تعهد می گویند: «رابطه حقوقی است که به موجب آن شخصی در برابر دیگری مکلف به انتقال و تسلیم مال یا انجام دادن کاری می شود خواه سبب ایجاد آن رابطه، عقد باشد یا ایقاع یا الزام قهری» و شخصی را که در برابر دیگری ملتزم و مجبور شده است، مدیون یا بدهکار و آن را که حق مطالبه و اجبار مدیون را پیدا

کرده است دائن یا طلبکار می‌نامند. (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۷۲-۷۱) ایشان در جای دیگری در بیان اقسام موضوع تعهد، تعهد را به چند قسم تقسیم‌بندی نموده‌اند که عبارتند از: ۱- تعهد به تملیک، به انجام دادن و خودداری از کار ۲- تعهد به پول، ارزش و کالا ۳- تعهد به وسیله و تعهد به نتیجه ۴- تعهد عادی و تعهد عینی.

سپس در توضیح بند اول و تشریح تعهد به تملیک انتقال مال (obligation dedonner) می‌گویند: «تعهدی که موضوع آن تملیک باشد در حقوق نادر است و در دو فرض مطرح می‌شود: ۱- تعهد در عقود تملیکی مانند بیع و اجاره که آن‌ها را عقود تملیکی می‌نامند، به این روش است متعهد، انتقال مال را به ذمه می‌گیرد، لیکن توافق دو طرف این نیرو را یافته است که تعهد را در همان لحظه ایجاد، بی‌درنگ اجرا کند. یعنی تعهد به تملیک، خود به خود و بی‌درنگ به تملیک می‌انجامد و با توجه به همین نتیجه آن را تملیکی نامیده‌اند. ۲- پاره‌ای از تعهدها وجود دارد که به موجب آن شخص ملتزم می‌شود مالی را با فراهم کردن اسباب خاص آن به دیگری تملیک کند مانند اینکه مالکی ضمن قولنامه تعهد می‌کند که خانه خود را به دیگری بفروشد. در این مورد التزام به تملیک، در واقع تعهد به انجام دادن عمل حقوقی دیگری است که به موجب قانون سبب انتقال مال می‌شود و موضوع آن انجام دادن کار است نه انتقال مال. پس در تعهد به تملیک، انتقال، نتیجه عقد دیگری است که مالک، انشای آن را به عهده گرفته است و عقد نخستین که در آن تعهد به تملیک شده است (مانند قولنامه) به عنوان پیش‌قرارداد عقد اصلی (تملیکی) مورد توافق قرار می‌گیرد. (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۴۹)

آنچه که در ماده ۱۴ قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست و بدسرپرست تحت عنوان «اخذ تعهد کتبی به تملیک بخشی از اموال یا حقوق در آینده» آمده است منطبق بر فرض دوم مطروحه از سوی استاد کاتوزیان است؛ زیرا در این حالت متقاضی سرپرستی طفل یا نوجوان فاقد سرپرست متعهد و ملتزم می‌شود تا در آینده مالی یا حقوق مالی را به طفل و کودک تملیک کند. در واقع انجام یک عمل حقوقی در آینده را به عهده می‌گیرد و حکم واگذاری سرپرستی در واقع به مثابه قرارداد اولیه و پیش‌قرارداد است (شبیه قولنامه) نسبت به عقد و یا قرارداد اصلی که به موجب آن تملیک صورت می‌گیرد.

نکته دیگر آنکه در هر تعهد دو طرف وجود دارد؛ متعهدله و متعهد، که در این حالت متعهد شخص متقاضی سرپرستی است و متعهدله کودک یا نوجوانی است که قرار است سرپرستی او به متقاضی واگذار شود لیکن چون او اهلیت برای انعقاد قرارداد ندارد سازمان بهزیستی به عنوان متولی قانونی از

طرف او این قرارداد را امضا و از متقاضی تعهد اخذ می نماید لیکن مجوز قانونی انعقاد این قرارداد و به عبارت اخذ تعهدنامه صدور دستور قضایی از سوی دادگاه می باشد.

۳-۴- واگذاری سرپرستی بدون اجرای مفاد ماده ۱۴

به موجب تبصره ماده ۱۴ در صورتی که دادگاه تشخیص دهد اعطای سرپرستی بدون اجرای مفاد این ماده به مصلحت کودک و نوجوان می باشد به صدور حکم سرپرستی اقدام می نماید. پیش بینی این تبصره به نظر می رسد در جهت حل مشکل کودکانی باشد که افراد متقاضی به دلایل مختلف از قبیل بیماری، سن، وضعیت روحی روانی و یا علل دیگر مایل به پذیرش سرپرستی آنان با شرایط مندرج در ماده ۱۴ نباشند و لذا قانونگذار با نظر ارفاقی و صرفاً در جهت تشویق افراد متقاضی به پذیرش سرپرستی این افراد و با در نظر گرفتن مصلحت کودک و با تشخیص دادگاه، کودک را بدون تملیک اموال یا حقوق و یا اخذ تضمین عینی یا اخذ تعهد به تملیک اموال یا حقوق در آینده واگذار می کند.

۴- سایر تعهدات متقاضیان و سرپرستی در جهت تأمین حقوق کودک یا نوجوان تحت

سرپرستی

۴-۱- تعهد به تأمین هزینه های مربوط به نگهداری و تربیت و تحصیل افراد تحت سرپرستی

به موجب ماده ۱۵ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست و بد سرپرست: «درخواست کننده منحصر یا درخواست کنندگان سرپرستی باید متعهد گردند که تمامی هزینه های مربوطه به نگهداری و تربیت و تحصیل افراد تحت سرپرستی را تأمین نمایند. این حکم حتی پس از فوت سرپرست منحصر یا سرپرستان نیز تا تعیین سرپرست جدید برای کودک یا نوجوان جاری می باشد. بدین منظور، سرپرست منحصر یا سرپرستان موظفند با نظر سازمان، خود را نزد یکی از شرکت های بیمه به نفع کودک یا نوجوان تحت سرپرستی بیمه عمر کنند. ضمناً به موجب تبصره ماده ۱۵، در صورتی که دادگاه تشخیص دهد اعطای سرپرستی بدون اجرای مفاد این ماده به مصلحت کودک یا نوجوان می باشد به صدور حکم سرپرستی اقدام می کند.»

صدر ماده به سه واژه هزینه های مربوط به «نگهداری» و «تربیت» و «تحصیل» تصریح و تأکید کرده است و درخواست کننده سرپرستی را متعهد به تأمین هزینه های مذکور نموده است و حتی حکم را به بعد از فوت سرپرست تا زمان تعیین سرپرست جدید تسری داده است.

دکتر کاتوزیان در کتاب حقوق خانواده، واژه حضانت را معادل «نگهداری و تربیت طفل» به کار برده است و در تعریف حضانت می‌گویند: «حضانت عبارت است از اقتداری است که قانون به منظور نگهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر آنان اعطا کرده است.» سپس در ادامه می‌گویند: «دو عنصر نگهداری و تربیت طفل به دشواری در عمل جدای از هم تصور می‌شود؛ زیرا شیوه نگهداری کودک در پرورش استعدادهای او مؤثر است و زمینه آموزش به او را نیز فراهم می‌سازد. با وجود این، آنچه به طور مستقیم ناظر به پذیرفتن کودکان و پرستاری و تأمین نیازهای مادی و معنوی اوست مانند تهیه غذا و مسکن و لباس و پرستار در زمره کارهای مربوط به نگهداری است ولی هدایت او در شناسایی محیط و آموختن تجربه زندگی و عادت و رسوم آن و تأمین وسیله تحصیل و مانند این‌ها در شمار تکالیف مربوط به تربیت کودک است.» (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۴۰-۱۳۹)

به تعبیر دیگر، نگهداری به معنای عام کلمه شامل همه کارهایی است که برای سرپرستی و مواظبت از کودک لازم است از جمله تأمین محل سکونت وی و چهره دیگر نگهداری طفل است که سرپرست مانع از آسیب رساندن او به دیگران شود. لذا سرپرست، طفل را از انجام کارهای خطرناک باز دارد و او را وادار به دوراندیشی و احترام به حقوق دیگران سازد. (کاتوزیان، پیشین: ۱۴۲)

قانون مدنی نیز تحت عنوان باب دوم از کتاب هشتم، اصطلاح «نگهداری و تربیت اطفال» را به کار برده است و دو واژه «حضانت و نگهداری» را معادل هم فرض نموده و در ماده ۱۱۶۹ و مواد دیگر به صورت مترادف استعمال نموده است اما واژه حضانت و نگهداری را تعریف نکرده و مصادیق آن را بیان ننموده است. لذا جهت تبیین مفهوم واژه حضانت بایستی به نظرات حقوقدانان و تعبیر فقهای عظام و رویه قضایی مراجعه کرد. در فقه آمده است که حضانت عبارت است از به سامان آوردن تربیت و آنچه که به تأمین مصالح او مربوط است از حفظ و خوابانیدن وی در رختخواب، بلند کردن و نظافت و شستشوی او و لباس‌هایش و سرمه کشیدن چشمان طفل، خوراک، پوشاک و سایر اموری که به آن نیازمند است. (نجفی، ۱۴۱۸: ۳۸۴)

قانون حق حضانت فرزندان صغیر و یا محجور به مادران آن‌ها مصوب ۱۳۶۴/۵/۶ و نیز قانون مربوط به حق حضانت مصوب ۱۳۶۵/۴/۲۲ نیز واژه حضانت را تعریف نکرده است، البته این دو قانون پس از تصویب قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ نسخ گردیده است در قانون مذکور نیز تعریفی از اصطلاح حضانت ارائه نشده است.

کنوانسیون حقوق کودک مصوب ۱۹۵۹ که دولت ایران نیز به آن پیوسته است و مقررات آن در حکم قوانین داخلی در بحث حفظ و حمایت از حقوق کودک به چهار موضوع پرداخته است که به چهار p مشهور است و عبارتند از: ۱- فراهم ساختن نیازهای اولیه کودکان provision ۲- حمایت protection ۳- پیشگیری prevention ۴- مشارکت participation.

در مورد اول، پیمان نامه خواستار تدوین مقرراتی است که بر اساس آن نیازهای اساسی کودک همانند حق زندگی، بهداشت، تحصیل، حق داشتن پدر، مادر یا ولی، حق داشتن نام و غیره تأمین گردد.^۱ ماده ۱۱۷۸ قانون مدنی در مقام قاعده کلی تکلیف پدر و مادر مقرر می‌دارد: «ابوین مکلف هستند که در حدود توانایی خود به تربیت اطفال خویش بر حسب مقتضی اقدام کنند و نباید آن‌ها را مهمل بگذارند.» منظور از اینکه مهمل بگذارند به تعبیر آقای دکتر کاتوزیان، آن است که «استعدادهای هدر نرود.» (کاتوزیان، پیشین: ۱۵۵) به نظر می‌رسد تأمین امکانات لازم به منظور تحصیل طفل، یکی از مصادیق تکالیف پدر و مادر و سرپرست طفل است که باعث می‌شود استعدادهای کودک به هدر نرود و مهمل گذاشته نشود. در این زمینه ماده ۴ قانون تأمین وسایل و امکانات تحصیل اطفال و نوجوانان ایرانی مصوب ۱۳۵۳/۴/۳۰، امتناع پدر و مادر و سرپرست قانونی کودک از تهیه وسایل و موجبات تحصیل کودک را جرم تلقی و مجازات تعیین نموده است. در این خصوص، ماده ۷ قانون جدید حمایت از کودکان و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ منع تحصیل اطفال و نوجوانان تا پایان دوره متوسطه را مستوجب مجازات جزای نقدی تا درجه شش قانون مجازات اسلامی دانسته است.^۲

نکته قابل توجه دیگر آن است که تعهد سرپرست منحصر یا سرپرستان به تأمین هزینه‌های مربوط به نگهداری و تربیت و تحصیل، حتی پس از فوت ایشان ادامه می‌یابد و قانونگذار به

^۱ - مقاله: «دادرسی ویژه نوجوانان، پلیس و مددکاری اجتماعی و ضرورت همکاری»، رنانه و نیترا، قاضی اطفال در اتریش و قاضی بین‌المللی از سوی سازمان ملل متحد. (سخنرانی در کارگاه آموزشی قوه قضاییه، مهر ۱۳۸۱)

^۲ - ماده ۷ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹: «هریک از والدین، اولیاء یا سرپرستان قانونی طفل و نوجوان و تمام اشخاصی که مسؤولیت نگهداری، مراقبت و تربیت طفل را بر عهده دارند، چنانچه برخلاف مقررات قانون تأمین وسایل و امکانات تحصیل اطفال و جوانان ایرانی مصوب ۱۳۵۳/۴/۳۰ از ثبت نام و فراهم کردن موجبات تحصیل طفل و نوجوان واجد شرایط تحصیل تا پایان دوره متوسطه امتناع کنند یا به هر نحوی از تحصیل او جلوگیری کنند، به انجام تکلیف یاد شده و جزای نقدی درجه هفت قانون مجازات اسلامی محکوم می‌شوند.»

منظور تضمین استمرار این پرداخت، سرپرست یا سرپرستان را موظف نموده است با نظر سازمان بهزیستی، خود را به نفع کودک و نوجوان تحت سرپرستی بیمه عمر نمایند.

بیمه عمر، قراردادی است که به موجب آن بیمه‌گر در برابر دریافت حق بیمه متعهد می‌شود که در صورت فوت شخص بیمه شده یا در صورت زنده ماندن بیمه شده در سر رسید تعیین شده از قرارداد، مبلغ تعیین شده را به بیمه‌گذار (بیمه شده) یا استفاده کننده تعیین شده از سوی او بپردازد. (محمودصالحی، ۱۳۸۱: ۱۷۹) به موجب ماده ۲۴ قانون بیمه: «وجه بیمه عمر که باید بعد از فوت پرداخت شود به ورثه قانونی متوفی پرداخت می‌شود مگر اینکه در موقع عقد بیمه یا بعد از آن، در سند بیمه قید دیگری شده باشد که در این صورت وجه بیمه متعلق به کسی خواهد بود که در سند بیمه اسم برده شده است».

با توجه به مفاد ماده فوق نتیجه می‌گیریم که سرمایه بیمه عمر پس از فوت بیمه‌گذار متعلق به ورثه یا شخص ثالث است که در سند بیمه از او نام برده شده است. لذا این سرمایه ترکه متوفی به معنای خاص وارث نیست، بلکه تأسیس حقوقی خاص و حقی است که طبق قانون بیمه، پس از فوت بیمه‌گذار باید به شخص یا اشخاص ثالث پرداخت گردد و لذا اکثر حقوقدانان ماهیت بیمه عمر را با تعهد به نفع شخص ثالث منطبق دانسته و آن را استثنایی بر اصل کلی نسبی بودن قراردادهای تلقی کرده‌اند. به هر صورت، عقد بیمه عمر از جمله عقود استحضانی است و غرض اصلی از آن نفع مادی نیست و حتی برخی آن را با هبه، وصیت و صلح نیز مقایسه نموده‌اند (زنگنه، ۱۳۷۹: ۹۵). ضمناً در تبصره ماده ۱۵ قانون حمایت از کودکان بی-سرپرست و بدسرپرست آمده است که: «در صورتی که دادگاه تشخیص دهد اعطای سرپرستی بدون اجرای مفاد این ماده به مصلحت کودک یا نوجوان می‌باشد به صدور حکم سرپرستی اقدام می‌کند».

ماده ۱۶ قانون مذکور نیز در خصوص نحوه اداره اموالی که در مالکیت صغیر تحت سرپرستی قرار دارد تعیین تکلیف نموده و مقرر داشته است: «اموالی که در مالکیت صغیر تحت سرپرستی قرار دارد در صورتی اداره آن به سرپرست موضوع این قانون سپرده می‌شود که طفل فاقد ولی قهری باشد و یا ولی قهری وی برای اداره اموال او شخصی را تعیین نکرده باشد و مرجع صالح قضایی قیومیت طفل را به عهده سرپرست قرار داده باشد».

۴-۲- تعهد سرپرست به نگهداری و تأمین نفقه کودک یا نوجوان تحت سرپرستی

ماده ۱۷ قانون نیز در مورد تکالیف متقابل سرپرست یا سرپرستان و طفل و نوجوان تحت سرپرستی در خصوص احترام به یکدیگر مقرر می‌دارد: «تکالیف سرپرست نسبت به کودک یا نوجوان از لحاظ نگهداری، تربیت و نفقه با رعایت تبصره ماده ۱۵ و احترام نظیر تکالیف والدین نسبت به اطفال است. کودک یا نوجوان تحت سرپرستی نیز مکلف است نسبت به سرپرست، احترامات متناسب با شأن وی را رعایت کند.»

به موجب ماده ۱۱۷۷ قانون مدنی، طفل باید مطیع ابویین خود بوده و در هر سنی که باشد باید به آنها احترام بگذارد. در ماده ۱۱۷۸ نیز ابویین مکلف گردیده‌اند که در حدود توانایی خود به تربیت اطفال خویش بر حسب مقتضی اقدام کنند و نباید آن‌ها را مهمل بگذارند.

ماده ۱۱۷۹ نیز به ابویین حق تنبیه طفل را داده است ولی به استناد این حق نمی‌تواند طفل خود را خارج از حدود تأدیب تنبیه نمایند. این تنبیه بایستی به قصد تأدیب باشد و ممکن است به صورت ندادن غذا، محبوس کردن موقت در اتاق خاص و ایراد ضرب و شتم و مانند اینها باشد ولی باید از انتقام جویی و خشونت پرهیز شود و اقدام با نوعی ملایمت و انعطاف که لازمه امور تربیتی است همراه باشد. (کاتوزیان، پیشین: ۱۵۷)

ماده ۱۷ علاوه بر تعهد و تکلیف سرپرست به پرداخت نفقه، به تعهد به تربیت و نگهداری تصریح کرده است. در نگاه اول، این ماده تکرار تکلیف مصرح در ماده ۱۵ است ولی توافق تفاوت ظریف این دو ماده آن است که تکلیف مندرج در ماده ۱۵ تکلیف تأمین هزینه نگهداری و تربیت است و حتی برای پس از فوت نیز پیش‌بینی کرده است ولی تکلیف موضوع ماده ۱۷ تکلیف اصل وظیفه نگهداری و تربیت است.

آقای دکتر کاتوزیان نیز در جلد دوم کتاب حقوق خانواده، هزینه نگهداری را با تکلیف به پرداخت نفقه اقارب یکی ندانسته و آن دو را از چهار جهت، متفاوت دانسته‌اند و معتقدند که هزینه نگهداری کودک چهره خاصی از نفقه اقارب است که همراه با احکام ویژه‌ای شده و موضوع آن گسترش یافته است و این تعهد را تنها پدر و مادر به گردن دارند. (همان: ۱۴۶)

به موجب ماده ۱۲۰۴ قانون مدنی: «نفقه اقارب عبارت است از مسکن و البسه و غذا و اثاث البیت به قدر رفع حاجت با در نظر گرفتن درجه استطاعت منفق و لذا محدود به وسایل گذران و معاش است ولی تکالیف پدر و مادر شامل ایجاد امنیت و نظارت و مواظبت دائم از سلامت روح و

جسم کودک و انجام اموری مانند زدن واکسن ضد بیماری و فراهم کردن وسایل تفریح و تحصیل کودک نیز هست و دامنه وسیع‌تر از تکلیف انفاق دارد. (همان: ۱۴۷) به نظر می‌رسد امروزه وسایل مربوط به نگهداری کودک در مهد کودک و دوره پیش‌دبستانی، کلاس‌های آموزشی خاص، گذراندن اوقات فراغت، هزینه سرویس رفت و آمد و به محل تحصیل و مشابه اینها جزء هزینه‌های نگهداری است و لذا قانونگذار نیز هزینه نگهداری را در ماده ۱۵ و تکلیف به پرداخت نفقه را در ماده ۱۷ ذکر نموده است.

در پایان ذکر این نکته نیز لازم است که حکم موضوع ماده ۱۴ قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست و بدسرپرست قابل انتقاد است زیرا دادگاه هنگام سپردن کودک یا نوجوان به صورت آزمایشی و برای دوره شش ماهه (موضوع ماده ۱۱ قانون) صرفاً به احراز شرایط متقاضی و نیز طفل یا کودک واجد شرایط و نظریه سازمان بهزیستی توجه می‌کند و مکلف به الزام متقاضی به تملیک یا اخذ تضمین عینی و یا تعهد به تملیک به منظور آتیه کودک نمی‌باشد. بدیهی است در صورت صدور قرار آزمایشی و تحویل طفل به خانواده متقاضی سپس استرداد آن به جهت عدم امکان تملیک اموال و یا اخذ تضمین عینی، آسیب عاطفی وارد به کودک متقاضی قابل جبران نخواهد بود و لذا بهتر بود قانون به این نحو مقرر می‌داشت که دادگاه هنگام صدور قرار دوره آزمایشی به این موضوع توجه نماید. البته ناگفته نماند در تبصره ماده ۱۴ این اختیار به دادگاه داده شده است به این نحو که در صورتی که دادگاه تشخیص دهد اعطای سرپرستی بدون اجرای مفاد این ماده به مصلحت کودک و نوجوان می‌باشد به صدور حکم سرپرستی اقدام می‌نماید. به نظر می‌رسد پیش‌بینی این تبصره به منظور حل مشکل متقاضیانی باشد که کودک یا نوجوان واجد شرایط را در دوره آزمایشی تحویل گرفته‌اند ولی قادر به اجرای مفاد ماده ۱۴ نمی‌باشد و در عین حال مصلحت کودک یا نوجوان ایجاب می‌کند در کنار این خانواده باقی بماند.

نتیجه‌گیری

فرزند خواندگی در جامعه امروزی و به تعبیر قانونگذار، واگذاری سرپرستی اطفال و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست به متقاضیان از یک سو برای استحکام و گرمی بخشیدن به کانون خانواده‌ای بدون اولاد و کاهش اختلافات خانوادگی و تحکیم بنیاد خانواده و رفع عوارض روانی ناشی از ناباروری و از سوی دیگر در جهت حل مشکلات روحی و عاطفی کودکان و

نوجوانان فاقد سرپرست یا بدسرپرست و تربیت صحیح آنان و سالم سازی جامعه و پیشگیری از ناهنجاری ها و ارتکاب جرایم و رفتار ضد اجتماعی اینگونه کودکان و نوجوانان، بسیار ارزشمند بوده و دارای فواید غیرقابل انکار است و از بار مسئولیت دولت و به خصوص سازمان بهزیستی نیز می کاهد.

موضوع مهمی که در کنوانسیون حقوق کودک مورد توجه قرار گرفته و حقوقدانان و قضات و قانونگذاران در کشورهای مختلف و همچنین در ایران به آن توجه دارند رعایت هرچه بیشتر مصالح و منافع عالیه کودکان است و این موضوع علاوه بر جنبه های عاطفی و روانی و اجتماعی شامل جنبه ای اقتصادی و تأمین آتیه کودکان از نظر مالی و تأمین هزینه های تربیت و نگهداری و تحصیل و غیره می باشد.

قانونگذار ایران هم در قانون حمایت از کودکان بی سرپرست سال ۱۳۵۴ و هم در قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بد سرپرست مصوب ۱۳۹۲ به این موضوع توجه نموده است و به خصوص در مواد ۱۴ و ۱۵ به این موضوع توجه ویژه نموده و روش های متنوعی پیش روی قضات محاکم نهاده است که به ترتیب اولویت عبارتند از:

۱- تملیک بخشی از اموال یا حقوق درخواست کننده سرپرستی به کودک یا نوجوان.

۲- اخذ تضمین عینی به منظور تملیک بخشی از اموال یا حقوق در آینده.

۳- اخذ تعهد کتبی به تملیک بخشی از اموال یا حقوق در آینده.

ضمناً درخواست کنندگان سرپرستی باید متعهد گردند که هزینه های مربوط به نگهداری و تربیت و تحصیل افراد تحت سرپرستی را تأمین نمایند. ضمناً این تکلیف بعد از فوت سرپرست تا زمان تعیین سرپرست جدید تسری پیدا نموده و به منظور تضمین هرچه بیشتر، متقاضیان سرپرستی موظف گردیده اند کودک و نوجوان را با نظر سازمان بهزیستی نزد یکی از شرکت های بیمه، تحت پوشش عمر قرار دهند.

فهرست منابع

۱. امامی، سید حسن (۱۳۶۸)، **حقوق مدنی**، جلد چهارم، چاپ پنجم، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیة.
 ۲. امامی، اسدالله، «وضع حقوقی فرزند خواندگی در ایران»، بی تا، سایت پژوهشگاه علوم انسانی به آدرس: <http://ensani.ir/fa/article/91733>
 ۳. زنگنه، مسعود (۱۳۷۹)، «ماهیت و آثار حقوقی قرارداد بیمه عمر»، فصلنامه صنعت بیمه، سال پانزدهم شماره ۵۸، صفحات ۱۰۳-۸۳.
 ۴. شهیدی، مهدی (۱۳۹۰)، **حقوق مدنی**، جلد اول (تشکیل قراردادها و تعهدات)، چاپ هشتم، تهران: انتشارات مجد.
 ۵. محمود صالحی، جانعلی (۱۳۸۱)، **حقوق بیمه**، چاپ اول، تهران: انتشارات بیمه مرکزی ایران.
 ۶. صفایی، سید حسین و امامی، اسداله (۱۳۸۶)، **مختصر حقوق خانواده**، چاپ دوازدهم، تهران: نشر میزان.
 ۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، **حقوق مدنی خانواده**، چاپ هفتم، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
 ۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱)، **حقوق مدنی نظریه عمومی تعهدات**، چاپ ششم، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
 ۹. مجموعه قوانین و مقررات خانواده، انتشارات معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، پاییز ۱۳۸۴.
 ۱۰. نجفی، شیخ محمد حسن (۱۴۱۸)، **جواهر الکلام**، جلد سوم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
 ۱۱. نوریان، علی (۱۳۸۸)، **دیدگاه‌های نوین در حقوق خانواده**، اصفهان: انتشارات نقش نگین.
 ۱۲. وینتر، رنانه (۱۳۸۱)، «پلیس و مددکاری اجتماعی و ضرورت همکاری»، تهران: سخنرانی ارائه شده در کارگاه آموزشی دادرسی اطفال قوه قضائیه.
13. Rosenfeld Ja (2004) *Infertility And Adoption. Head Book Of Womens Health. Newyork combridge university. Press. -184-196.*

سیاست کیفری تقنینی ایران در برابر جرایم بازار اوراق بهادار

میثم عباسی لاهرودی^۱

سید ابوالقاسم نقیبی^۲

چکیده

بازار بورس و اوراق بهادار امروزه به عنوان ساز و کار تأمین منابع مالی طرح‌های بزرگ اقتصادی محسوب می‌شود. جرایم علیه بازار سرمایه، ارزش‌ها، بایدها و نبایدهای نظام اقتصادی را نقض کرده و به چالش می‌کشند. به واسطه ارتکاب این رفتارهاست که رقابت عادلانه، اعتماد میان کنشگران بازار سرمایه و شفافیت در اطلاعات، دچار آسیب جدی می‌شوند. لذا مقنن در راستای حمایت از سرمایه‌گذاران، در فصل ششم قانون بازار اوراق بهادار ایران مصوب ۱۳۸۴ تحت عنوان جرایم و مجازات‌ها، اعمال و رفتارهایی را جرم‌انگاری نموده است. این جرایم در دو زمینه مطرح می‌شوند: اول، جرایمی که فعالان حوزه بازار هم به مانند دیگر افراد مرتکب می‌شوند و دوم، جرایمی که اختصاص به این حوزه دارد مانند جرم معامله متکی بر اطلاعات نهانی یا دستکاری بازار که به اقتضای موقعیت شغلی این افراد ارتکاب می‌یابند. وظیفه پیگیری جرایم این حوزه با سازمان بورس بوده و به نظر می‌رسد سازمان، در پیگیری جرایم، نقش ضابط خاص را داشته باشد؛ ضابطی که هم وظیفه اعلام جرم و هم پیگیری جرم تا رسیدن به نتیجه را دارد. هدف این پژوهش، تحلیل مهم‌ترین جرایم بازار اوراق بهادار، فلسفه جرم‌انگاری و مبانی حقوقی آن بوده و سعی بر آن است که قوانین و رویه قضایی در رسیدگی به جرایم بورسی مورد تحلیل و بررسی قرار گیرد؛ به نحوی که بتوان نقاط ضعف و نقاط قوت قانون و رویه را مشخص نموده و راهکارهایی جهت تقویت نقاط ضعف و حفظ نقاط قوت ارائه داد.

کلید واژه‌ها: بازار اوراق بهادار، حمایت کیفری، جرم انگاری، جرایم بورسی، عناصر تشکیل‌دهنده

جرم.

^۱- دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و حقوق جزا دانشگاه شهید مطهری (نویسنده مسؤول) meysamabbasi004@gmail.com

^۲- دانشیار دانشگاه شهید مطهری da.naghbi@yahoo.com

مقدمه

موضوع جرایم بورس اوراق بهادار، یکی از حوزه های بسیار مهم جرایم اقتصادی را شامل می شود که به موازات پیشرفت های اقتصادی و پیدایش روابط اقتصادی پیچیده در جامعه امروز، این جرایم نیز بیش از پیش از نظر کمی و کیفی رشد داشته اند. از سوی دیگر، چون مرتکبین این نوع از جرایم غالباً از میان اشخاص به اصطلاح «یقه سفید» و ذی نفوذ جامعه بوده و جرایم آن ها علاوه بر تأثیر مخرب بر رشد اقتصادی کشور می تواند بر روند سرمایه گذاری در کشور تأثیر منفی به جای گذاشته و به طور مستقیم و غیرمستقیم وضع اقتصادی یکایک افراد جامعه را به خطر بیندازد، مطالعه آن اجتناب ناپذیر است. (همائی، ۱۳۹۴: ۷) فصل ششم قانون بازار اوراق بهادار ایران مصوب آذرماه ۱۳۸۴ با عنوان «جرایم و مجازات ها» به جرم انگاری و کیفرگذاری در این گستره برای حمایت از ارزش های بازار سرمایه اختصاص یافته و به موجب مواد ۴۶ تا ۵۰ شماری از رفتارهای ناقض هنجارهای بازار سرمایه مثل افشاء یا انتشار اطلاعات نهانی جرم شناخته شده است. بدیهی است که تدوین این سیاست های کیفری به منظور حمایت از ارزش های نظام بازار اقتصادی به پیدایش «حقوق کیفری بازار سرمایه» انجامیده است. (نیازپور، ۱۳۹۶: ۳۲۹-۳۲۸) پرسشی که در این مقاله درصدد پاسخ به آن هستیم، آن است که تعریف، ارکان تشکیل دهنده و مجازات این جرایم چیست و مجازات های مقرر در این قانون، نسبت به اهمیت هر یک از این جرایم تا چه اندازه از بازدارندگی مؤثری برخوردار است؟ اصولاً هر جرمی از ارکان قانونی، مادی و روانی تشکیل شده است که در صورت وجود هر سه رکن و در عین حال همزمانی عناصر مادی و روانی، می توان وقوع آن پدیده را در عالم واقع احراز نمود. در واقع، به لحاظ حقوقی، برای آنکه رفتار انسانی جرم به شمار آید باید؛ نخست، قانونگذار این رفتار را جرم شناخته و کیفری برای آن مقرر کرده باشد. (عنصر قانونی) دوم، فعل یا ترک فعل مشخص به منصف ظهور و بروز یا کمینه به مرحله فعلیت برسد. (عنصر مادی) سوم، با علم و اختیار ارتکاب یافته باشد. (عنصر روانی) هرکدام از این عناصر سه گانه بسته به نوع جرم، دارای تفاوت های زیادی خواهند بود. (اردبیلی، ۱۳۹۵: ۱۷۹) جرم انگاری های صورت گرفته در قانون بازار اوراق بهادار از منظر چگونگی و پیش زمینه های ارتکاب، به دو دسته کلی قابل تقسیم هستند. لذا جهت شناخت جرایم حوزه بازار اوراق بهادار و به دست آوردن چهارچوب های لازم در این خصوص، در این نوشتار با روش توصیفی-تحلیلی ابتدا به مفهوم بازار بورس و اوراق بهادار و مداخله گران آن و سپس به تحلیل این دو دسته جرایم مندرج در قانون بازار اوراق بهادار پرداخته شده است.

۱- بازار بورس و اوراق بهادار و مداخله‌گران آن

شناخت مفاهیم هر علم از اهمیت بسیار بالایی برخوردار است به نحوی که شاید بتوان گفت اساساً هر علمی به وسیله مفاهیم خود شناخته شده و از این طریق، از علوم دیگر متمایز می‌گردد. لذا در این راستا نخست به مفهوم بازار بورس و اوراق بهادار پرداخته و سپس اشاره‌ای به مداخله‌گران این بازار خواهیم نمود.

۱-۱- مفهوم بازار بورس و اوراق بهادار

۱-۱-۱- مفهوم بازار^۱

بازار، مکانی عمومی است که در آن خریداران و فروشندگان معاملات خود را مستقیماً یا از طریق واسطه‌ها انجام می‌دهند. بازار می‌تواند مکانی خاص یا شبکه‌ای ارتباطی مانند اینترنت باشد. در بازارها به طور کلی، دارایی‌های مالی و دارایی‌های واقعی مورد مبادله قرار می‌گیرد. بورس‌ها نیز از جمله این بازارها هستند که در آن‌ها دارایی‌های مختلف مورد مبادله قرار می‌گیرد. (فناپی، ۱۳۸۸: ۱۶)

۱-۱-۲- مفهوم بورس^۲

واژه بورس در لغت معانی متعددی دارد. در لاتین به معنی مبادله، صرافی، قیمت، کیسه و بازار سهام و در فرانسه نیز به معنای کیف پول می‌باشد. (زرعت، ۱۳۹۱: ۴۱۹) در اصطلاح نیز به محلی اطلاق می‌شود که در آنجا پاره‌ای اوراق بهادار یا کالاهای متحدالشکل، تحت ضوابط معینی قیمت‌گذاری و سپس معاملات بر روی آن‌ها انجام می‌گیرد. (جلالیان؛ شریفی، ۱۳۹۳: ۲۹) بورس را به این اعتبار که در آن دارایی‌های مختلف مورد مبادله قرار می‌گیرد، می‌توان به سه دسته عمده تقسیم‌بندی نمود: بورس اوراق بهادار، بورس کالا و بورس ارز.

الف. بورس اوراق بهادار^۳

بند ۳ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار در تعریف بورس اوراق بهادار بیان داشته: «بازاری متشکل و خود انتظام است که اوراق بهادار در آن توسط کارگزاران و یا معامله‌گران طبق مقررات این قانون، مورد داد و ستد قرار می‌گیرد. بورس اوراق بهادار (که از این پس بورس نامیده می‌شود) در قالب شرکت سهامی عام تأسیس و اداره می‌شود».

1 - Market

2 - Bourse

3 - Stock exchange.

ب. بورس کالا

بورس کالا، بازاری متشکل و سازمان یافته است که در آن به طور منظم کالا یا کالاهای معین و یا اوراق بهادار مبتنی بر کالا با روش هایی مشخص، مورد معامله قرار می گیرند. به طور معمول، بورس های کالایی را در کنار بورس های اوراق بهادار تعریف می کنند. مرسوم است که کالاهای خام و فرآوری نشده مانند فلزات، پنبه، گندم، برنج و ... در بورس کالا داد و ستد می شوند. (خرمی، ۱۳۹۰: ۹)

ج. بورس ارز

بورس ارز، بازاری برای تعامل صحیح و کارای عرضه و تقاضای ارز و تعیین قیمت بر اساس همین تعامل است. (رامین، ۱۳۹۲: ۲۳) اما علی رغم همه تلاش های انجام شده، متأسفانه این بورس تا به حال در ایران تأسیس نشده است. در حال حاضر، معاملات ارزی از طریق بانک ها و بازارهای غیر رسمی در کشور در حال انجام است؛ هرچند در برخی کشورها، این نوع از بورس فعالیت داشته و دارند. (امیدی، ۱۳۹۴: ۲۰) می توان گفت که بخشی از فعالیت این بورس در کشور ایران زیرمجموعه بورس کالا قرار می گیرد مانند خرید و فروش سکه در بورس کالا. (خرمی، پیشین: ۱۰)

۱-۳- اوراق بهادار

اوراق بهادار، مطابق بند ۲۴ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار، هر نوع ورقه یا مستندی است که متضمن حقوق مالی قابل نقل و انتقال برای مالک عین و یا منفعت آن باشد. اوراق بهادار در نتیجه و اجرای یک قرارداد ایجاد می گردد و پس از آن به عنوان اسناد قابل انتقال در حساب شرکت سپرده گذاری مجاز ثبت شده و از طریق همین سامانه مجازی به اشخاص دیگر قابل نقل و انتقال است. (سلطانی، ۱۳۹۵: ۱۸۱)

۱-۲- مداخله گران در بازار بورس و اوراق بهادار

مداخله در بازار بورس و اوراق بهادار و انجام اموری نظیر انتشار اوراق بهادار، خرید و فروش آنها و سایر امور مربوط به اداره و فعالیت بازار توسط اشخاص مصرح در قانون، قابل انجام است که به شرح ذیل به بررسی آنها می پردازیم:

۱-۲-۱- کارگزار

شخص حقوقی است که اوراق بهادار را برای دیگران و به حساب آن‌ها معامله می‌کند (بند ۱۳ ماده ۱). ماهیت حقوقی کارگزار، مشابه ماهیت دلالی و حق‌العمل‌کاری در قانون تجارت می‌باشد.

۱-۲-۲- کارگزار / معامله‌گر

شخص حقوقی است که اوراق بهادار را برای دیگران و به حساب آن‌ها و یا به نام و حساب خود معامله می‌کند. (بند ۱ ماده ۱) در تفاوت این شخص با کارگزار باید گفت که وظیفه کارگزار، خرید و فروش اوراق بهادار برای دیگران است اما کارگزار / معامله‌گر علاوه بر خرید و فروش برای دیگران، می‌تواند به نام و حساب خود نیز معامله نماید.

۱-۲-۳- بازارگردان

کارگزار / معامله‌گری است که با اخذ مجوز لازم با تعهد به افزایش نقد شوندگی و تنظیم عرضه و تقاضای اوراق بهادار معین و تحدید دامنه نوسان قیمت آن، به دادوستد آن اوراق می‌پردازد. (بند ۱۵ ماده ۱)

۱-۲-۴- سبذگردان

شخص حقوقی است که در قالب قراردادی مشخص و به‌منظور کسب انتفاع، به خرید و فروش اوراق بهادار برای سرمایه‌گذار می‌پردازد. (بند ۱۷ ماده ۱)

۱-۲-۵- مشاور سرمایه‌گذاری

شخص حقوقی است که در قالب قراردادی مشخص، درباره خرید و فروش اوراق بهادار، به سرمایه‌گذار مشاوره می‌دهد. (بند ۱۶ ماده ۱)

۲- جرایم بازار بورس و اوراق بهادار

جرم انگاری‌های صورت گرفته در قانون بازار اوراق بهادار از منظر چگونگی و پیش‌زمینه‌های ارتکاب، به دو دسته کلی قابل تقسیم هستند. یک دسته از این جرایم فقط در بازار اوراق بهادار قابلیت ارتکاب دارند. تاریخچه این‌گونه جرایم، مصادف با تشکیل و ایجاد بورس می‌باشد. موضوع این دسته جرایم، به طور خاص بورس اوراق بهادار و معاملات اقتصادی است که در این نهاد مالی به وقوع می‌پیوندد. در مقابل، جرایمی قرار دارند که بازار اوراق بهادار، قلمرو انحصاری ارتکاب آن‌ها نیست و در

واقع موضوع انحصاری این جرایم، به‌طور خاص بورس و معاملات بورسی نیست بلکه در سایر حوزه‌های دیگر حقوق کیفری نیز قابلیت ارتکاب دارند.

۲-۱- جرایم خاص بازار بورس و اوراق بهادار

این جرایم هم از لحاظ عنوان و هم از لحاظ محتوا هیچ‌گونه سابقه‌ای در ادبیات حقوق کیفری ایران نداشته و کاملاً نو و جدید هستند که در ذیل به تحلیل آن‌ها می‌پردازیم.

۲-۱-۱- معامله متکی بر اطلاعات نهانی

در بازار سرمایه، اطلاعات، اساس و بنیان بازار شناخته شده و دارای ارزش و تبعات مالی است لذا نهاد ناظر باید فرصت برابری اطلاعات را برای همه فعالان بازار فراهم نماید. (صفروند، ۱۳۹۵: ۴۵) قیمت اوراق بهادار به اطلاعات سرمایه‌گذاران در مورد آن اوراق بستگی دارد. بنابراین، سرمایه‌گذاران راهبردهای معاملاتی را بر اساس اطلاعات جدید در بازار تعیین می‌کنند. قوانین منع معاملات متکی بر اطلاعات نهانی را می‌توان کوشش قانونگذار برای جلوگیری از سوءاستفاده از اطلاعات نهانی در بازار سرمایه تلقی نمود.

در این میان، شناخت مفهوم اطلاعات نهانی^۱ ضروری به نظر می‌رسد. هرگونه اطلاعاتی که پیرامون فعالیت شرکت‌ها وجود دارد، اطلاعات نهانی نیستند بلکه باید دارای چنان ویژگی‌ها و شاخص‌هایی باشند که در صورت انتشار، تغییر قابل‌توجهی در قیمت یا ارزش اوراق بهادار شرکت به همراه داشته باشد. لذا مقنن در بند ۳۲ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار، در تعریف اطلاعات نهانی مقرر می‌دارد: «هرگونه اطلاعات افشاء نشده برای عموم که به طور مستقیم و یا غیر مستقیم به اوراق بهادار، معاملات یا ناشر آن مربوط می‌شود و در صورت انتشار بر قیمت و یا تصمیم سرمایه‌گذاران برای معامله اوراق بهادار مربوط تأثیر می‌گذارد». برای شناخت بهتر، عناصری را که اجتماع آن‌ها موجب تحقق این جرم می‌شود، مورد بررسی قرار می‌دهیم.

^۱ - Inside Information.

الف. عنصر قانونی^۱

به موجب بند ۲ ماده ۴۶ قانون بازار اوراق بهادار، هر شخصی که با استفاده از اطلاعات نهانی به معاملات اوراق بهادار مبادرت نماید، به حبس تعزیری از سه ماه تا یک سال یا به جزای نقدی معادل دو تا پنج برابر سود به دست آمده یا زیان متحمل نشده یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد.

ب. عنصر مادی^۲

با توجه به اطلاق بند ۲ ماده ۴۶، هر شخصی (اعم از حقیقی و حقوقی) که به اطلاعات نهانی شرکت دسترسی داشته و از آن اطلاعات در راستای انجام معاملات اوراق بهادار سود جوید، می‌تواند مرتکب جرم مذکور گردد. مطابق تبصره ۱ ماده ۴۶، اشخاص زیر به عنوان اشخاص دارای «اطلاعات نهانی» شرکت شناخته می‌شوند:

- (۱) مدیران شرکت شامل اعضای هیئت‌مدیره، هیئت عامل، مدیرعامل و معاونین آنان.
- (۲) بازرسان، مشاوران، حسابداران، حسابرسان و وکلای شرکت.
- (۳) سهامدارانی که به تنهایی و یا به همراه افراد تحت تکفل خود، بیش از ده درصد سهام شرکت را در اختیار دارند یا نمایندگان آنان.
- (۴) مدیر عامل و اعضای هیئت‌مدیره و مدیران ذی‌ربط یا نمایندگان شرکت‌های مادر^۳ (هلدینگ) که مالک حداقل ده درصد سهام یا دارای حداقل یک عضو در هیئت مدیره شرکت سرمایه‌پذیر باشند.
- (۵) سایر اشخاصی که با توجه به وظایف، اختیارات و یا موقعیت خود به اطلاعات نهانی دسترسی دارند.

با توجه به مفاد بند «ه»، به‌خوبی مشخص می‌گردد که قانونگذار علاوه بر اشخاصی که بنا بر وظایف و اختیارات خود به اطلاعات نهانی دسترسی دارند، افرادی را هم که بنا بر موقعیت خود در شرکت ممکن است به این اطلاعات دسترسی حاصل کنند مشمول حکم مندرج در تبصره ۱ می‌داند. (زرگر، ۱۳۹۷: ۲۱۲-۲۰۹)

^۱ - Legality.

^۲ - Actus Reus.

^۳ - شرکت مادر (هلدینگ): شرکتی است که با سرمایه‌گذاری در شرکت سرمایه‌پذیر جهت کسب انتفاع آن‌قدر حق رأی کسب می‌کند که برای کنترل عملیات شرکت هیئت مدیره را انتخاب می‌کند و یا در انتخاب اعضاء هیئت مدیره مؤثر باشد.

معاملات اوراق بهادار باید مبتنی بر اطلاعاتی باشد که صفت نهانی بودن را به هنگام انجام معامله با خود به همراه داشته باشد لذا اگر این اطلاعات از ابتدا جزء اطلاعات نهانی نبوده‌اند و یا اینکه در ابتدا جزء اطلاعات نهانی قلمداد می‌شدند اما زمان انجام معامله این صفت را از دست داده‌اند، نمی‌توانند مبنایی برای ارتکاب این جرم قرار گیرند. به همین دلیل، تعیین زمان انجام معامله برای احراز این نکته بسیار مهم است.

عنصر مادی این جرم تنها از طریق انجام فعل قابلیت ارتکاب دارد و ترک فعل نمی‌تواند تشکیل‌دهنده عنصر مادی باشد. این امر به خوبی از مفاد بند ۲ ماده ۴۶ به دست می‌آید زیرا مقنن به‌صراحت از مبادرت به انجام معامله سخن به میان آورده است که تنها از طریق انجام فعل قابلیت ارتکاب دارد.

این جرم از جرایم مطلق می‌باشد. به عبارت دیگر، همین که معامله اوراق بهادار صورت گرفت دیگر لازم نیست منتظر تحقق نتیجه خاصی در عالم خارج شویم. همچنین، این جرم از جرایم آنی بوده و تحقق عنصر مادی آن نیازی به استمرار یا تکرار ندارد. (صفی‌خانی، ۱۳۹۶: ۳۳-۳۱)

ج. عنصر روانی^۱

این جرم از جرایم عمدی است لذا اگر شخص در حال خواب، بیهوشی، مستی یا هیپنوتیزم مبادرت به انجام این‌گونه معاملات نماید مرتکب جرمی نشده است. عنصر روانی این جرم تنها شامل سوءنیت عام است لذا اگر شخص قصد انجام معاملات اوراق بهادار مبتنی بر اطلاعات نهانی را داشته باشد، برای تحقق عنصر روانی این جرم کفایت می‌کند و لازم نیست که حتماً از انجام این معاملات تحقق نتیجه خاصی را دنبال کند. (همان: ۳۴-۳۳)

۲-۱-۲- سوءاستفاده از اطلاعات نهانی

یکی از جرایمی که بر محور اطلاعات نهانی یا ممتاز به وقوع می‌پیوندد، سوءاستفاده از اطلاعات نهانی می‌باشد. این جرم، شامل استفاده غیرمجاز دارنده این اطلاعات از آن‌ها در جهت انجام معاملاتی است که از انجام آن ممنوع می‌باشد؛ بنابراین، برخی می‌توانند به سبب دسترسی به اطلاعات از مزیتی نسبت به دیگران برخوردار باشند زیرا در این صورت، این افراد می‌توانند زودتر از دیگران به اخذ تصمیم در خصوص اوراق بهادار مبادرت ورزند. از این رو، افرادی که از چنین موقعیتی بهره‌مند هستند،

^۱ - Mens Rea.

می‌توانند از اطلاعات در جهت منافع خود استفاده کنند. اینجاست که جرم سوءاستفاده از اطلاعات نهانی به وقوع می‌پیوندد که یکی از جرایم رایج در بازار اوراق بهادار می‌باشد. (فرزادی، ۱۳۸۸: ۵۵-۵۴) برای شناخت بهتر، عناصر تشکیل‌دهنده این جرم را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

الف. عنصر قانونی

به موجب بند ۱ ماده ۴۶ قانون بازار اوراق بهادار، هر شخصی که اطلاعات نهانی مربوط به اوراق بهادار موضوع این قانون را که حسب وظیفه در اختیار وی قرار گرفته به نحوی از انحاء به ضرر دیگران یا به نفع خود یا به نفع اشخاصی که از طرف آن‌ها به هر عنوان نمایندگی داشته باشد، قبل از انتشار عمومی، مورد استفاده قرار دهد، به حبس تعزیری از سه ماه تا یک سال یا به جزای نقدی معادل دو تا پنج برابر سود به دست آمده یا زیان متحمل‌نشده یا هردو مجازات محکوم خواهد شد.

ب. عنصر مادی

سوءاستفاده از اطلاعات نهانی توسط شخصی که حسب وظیفه این اطلاعات را در اختیار دارد، مشمول بند ۱ ماده ۴۶ می‌باشد اعم از اینکه دارنده قانونی، شخصاً اقدام به معامله نماید یا اینکه اطلاعات مذکور را در اختیار ثالثی قرار دهد. عنصر مادی این جرم، «استفاده» است که در قالب فعل محقق می‌شود. استفاده می‌تواند شامل ارائه اطلاعات نهانی به ثالث به منظور معامله وی بر اساس آن اطلاعات، توصیه به خرید یا فروش اوراق بهادار مشخص، انعقاد توافق‌نامه با ثالث به منظور توصیه به خرید، فروش یا نگهداری اوراق بهادار مشخص مبتنی بر اطلاعات نهانی گردد. به هر حال، مصادیق مذکور تمثیلی است نه حصری.

از شرایط تحقق جرم این است که باید رابطه امانی بین فرد سوء استفاده‌گر با ناشری که اطلاعات نهانی آن مورد سوء استفاده قرار می‌گیرد، وجود داشته باشد. ملاک تحقق این جرم این است که در زمان آگاهی از اطلاعات نهانی و دسترسی به آن‌ها، رابطه شغلی یا حرفه‌ای وجود داشته باشد نه زمان سوءاستفاده از آن‌ها.

همچنین موضوع سوءاستفاده، «اوراق بهاداری» است که مشمول قانون بازار اوراق بهادار می‌باشد. از آنجا که از بین انواع هشت‌گانه شرکت‌های تجاری^۱، فقط اوراق بهادار شرکت‌های سهامی عام و آن

^۱ - شرکت‌های سهامی عام، خاص، نسبی، تضامنی، با مسئولیت محدود، مختلط سهامی، مختلط غیر سهامی و تعاونی.

هم، بخشی از اوراقی که نزد سازمان ثبت شده و تحت نظارت می‌باشند، مشمول این قانون هستند لذا سوء استفاده از اطلاعات نهانی اوراق بهادار سایر شرکت‌های تجاری مشمول این ماده قرار نمی‌گیرد. سوء استفاده زمانی محقق می‌شود که دارنده اطلاعات نهانی قبل از اینکه اطلاعات به نحوی از انحاء به بازار افشاء شود، از آن بهره‌گیرد. لذا تفاوت مهم این جرم با جرم معامله آن است که تحقق آن منوط به انتفاع یا اضرار به برخی اشخاص معین است درحالی‌که جرم معامله مطلق بوده و نیازی به کسب سود و منفعت و یا دفع ضرر ندارد. به بیان دیگر، جرم سوءاستفاده مقید به نتیجه بوده و جرم معامله مطلق است. (میرزایی منفرد، ۱۳۹۲: ۲۲۶-۲۲۱)

ج. عنصر روانی

این جرم از جرایم عمدی است لذا اگر شخص در حال خواب، بیهوشی، مستی یا هیپنوتیزم مبادرت به انجام این گونه معاملات نماید مرتکب جرمی نشده است. عنصر روانی این جرم، برخلاف جرم معامله متکی بر اطلاعات نهانی، از دو جزء تشکیل شده است: اول، سوء نیت عام؛ یعنی عمد در استفاده؛ دوم، سوءنیت خاص؛ یعنی قصد اضرار به دیگری یا انتفاع خود یا شخصی که از طرف وی نمایندگی داشته است. (صفروند، پیشین: ۵۴)

۲-۱-۳- دستکاری بازار^۱

دستکاری بازار سبب ایجاد ظاهری گمراه‌کننده و غیر واقعی از بازار اوراق بهادار می‌شود. این رویه یکی از عواملی است که سبب می‌شود این بازارها نتوانند کارکردهای خود و از جمله کشف قیمت منصفانه را به طور صحیح انجام دهند. دستکاری سبب زیان طیف وسیعی از سرمایه‌گذاران و کاهش اعتماد عمومی به بازار اوراق بهادار می‌شود. بر اساس این مبانی، نظام‌های حقوقی، دستکاری را ممنوع کرده، در صدد مقابله با آن برآمده‌اند. (امینی؛ عیسائی تفرشی؛ شهبازی نیا، ۱۳۹۴: ۲۱) دستکاری یکی از جرایم شایع در بازار اوراق بهادار است و تحت عنوان (مداخله در قیمت) از آن یاد می‌شود. تعریف و بیان مفهوم دستکاری در بازار برخلاف تبیین روش‌ها، اهداف و طرف‌های درگیر آن امری دشوار است.^۲

^۱ - Market Manipulation.

^۲ در بیشتر موارد، دستکاری را بر اساس روش‌ها و اهداف آن تعریف می‌کنند. بر همین مبنا دستکاری در بازار عبارت است از: «عملی آگاهانه به منظور تشویق دیگران به خرید سهام یا تغییر قیمت به صورت ساختگی» یا «کنترل قیمت اوراق بهادار با استفاده از معاملات ساختگی». با استفاده از این تعاریف و جمع‌بندی آن‌ها، به طور کلی می‌توان گفت دستکاری در بازار به فعالیت‌هایی اطلاق می‌شود که به هر طریق ممکن کارکرد آزادانه عرضه و تقاضای بازار را دچار اختلال نماید و به خلق قیمت‌های ساختگی و نمایش کاذبی از فعالیت بازار سهام و در نهایت گمراه ساختن فعالان بازار منتهی گردد. (زرگر، ۱۳۹۷: ۲۱۶-۲۱۵)

به طور کلی، دستکاری در بازار به دو صورت انجام می‌شود: دستکاری مبتنی بر اطلاعات^۱ و دستکاری مبتنی بر معامله^۲. برای شناخت بهتر، عناصری را که اجتماع آن‌ها موجب تحقق این جرم می‌شود، مورد بررسی قرار می‌دهیم.

الف. عنصر قانونی

عنصر قانونی جرم مذکور را بند ۳ ماده ۴۶ قانون بازار اوراق بهادار تشکیل می‌دهد. این بند مقرر می‌دارد: «هر شخصی که اقدامات وی نوعاً منجر به ایجاد ظاهری گمراه‌کننده از روند معاملات اوراق بهادار یا ایجاد قیمت‌های کاذب و یا اغوای اشخاص به انجام معاملات اوراق بهادار شود.»

ب. عنصر مادی

با توجه به اطلاق صدر بند مذکور، جرم دستکاری بازار را هر شخصی اعم از حقیقی و حقوقی می‌تواند مرتکب شود. محل وقوع دستکاری نیز تأثیری در تحقق جرم ندارد لذا این جرم ممکن است در بورس اوراق بهادار یا بازارهای خارج از بورس واقع شود. با توجه به ظاهر بند مذکور، رکن مادی جرم دستکاری بازار، فعل است و با ترک فعل قابلیت ارتکاب ندارد. (قربانی؛ باقری، ۱۳۸۹: ۳۱۲)

همان‌طور که مشهود است، مقنن در بند ۳ ماده ۴۶ بدون اینکه به‌صراحت به عبارت «دستکاری در بازار» اشاره‌ای داشته باشد، به ذکر سه مصداق از جرم دستکاری در بازار بدین شرح پرداخته:

۱- ایجاد ظاهری گمراه‌کننده از روند معاملات اوراق بهادار؛

۲- ایجاد قیمت‌های کاذب [برای اوراق بهادار]؛

۳- اغوای اشخاص به انجام معاملات اوراق بهادار. بنابراین، تحقق جرم دستکاری بازار منحصر در موارد مذکور در قانون نمی‌باشد.

اقداماتی که شخص انجام می‌دهد حتماً باید منجر به ایجاد ظاهری گمراه‌کننده از روند معاملات اوراق بهادار یا ایجاد قیمت‌های کاذب و یا اغوای اشخاص به انجام معاملات اوراق بهادار گردد لذا این جرم از جرایم مقید است.

^۱- این نوع دستکاری از طریق انتشار اطلاعات و شایعات نادرست برای گمراه نمودن شرکت‌کنندگان بازار صورت می‌گیرد. انتشار اطلاعات ممکن است برای افزایش و یا کاهش اوراق بهادار باشد (قربانی، باقری، ۱۳۸۹: ۳۱۱).

^۲- در این روش معمولاً یکی از سهامداران و معامله‌گران بزرگ در بورس و یا گروهی از معامله‌گران به‌صورت یک‌جا سهام یک شرکت را خریداری نموده و از این طریق قیمت سهام مورد نظر خود را به‌طور غیر واقعی افزایش می‌دهند و زمانی که قیمت به بالاترین حد خود رسید، با فروش گسترده سهم مورد نظر، سود سرشاری را نصیب خود می‌گردانند. (براری بورخیلی، پیشین: ۸۴)

با توجه به استفاده قانونگذار از کلمه نوعاً برای توصیف اقداماتی که ممکن است منجر به ایجاد ظاهری گمراه کننده از روند معاملات اوراق بهادار یا ایجاد قیمت های کاذب و یا اغوای اشخاص به انجام معاملات اوراق بهادار شود، باید معتقد بود که مقنن نوع خاصی از اقدامات را در نظر نداشته و همین مقدار که تلاش های صورت گرفته مفید این معنا باشد که منجر به یکی از موارد مذکور در بند ۳ خواهد شد، برای تحقق این جرم کفایت می کند. همچنین باید گفت هرچند شکل گیری قیمت های کاذب یا اغوای اشخاص به انجام معاملات اوراق بهادار یا ایجاد ظاهری گمراه کننده از روند معاملات اوراق بهادار یک امر بسیط و ساده نیست و نیازمند ایجاد یک فرآیند پیچیده است اما با این حال نمی توان گفت جرم دستکاری در بازار از جرایم مستمر است.

ج. عنصر روانی

جرم دستکاری بازار یک جرم عمدی است و در صورتی مرتکب قابل مجازات است که آگاهانه عمل کرده باشد (سوءنیت عام). طرز نگارش بند ۳ ماده ۴۶ به گونه ای است که گویا مقنن سوءنیت خاص را از لوازم عنصر روانی دستکاری بازار ندانسته است بلکه مهم این است که اقدامات شخص منجر به نتایج مقرر در بند مذکور شود هرچند مرتکب از ابتدا قصد این نتایج را نکرده باشد. بنابراین، در صورتی که یک شخص (اعم از حقیقی یا حقوقی) عمداً اقداماتی را در بازار سرمایه انجام دهد که در اثر آن ها اشخاص دیگر اغوا شوند یا نتایج مشخص دیگر به بار بیاید، مرتکب باید پاسخگوی اقدامات خویش باشد و دادرس می تواند وی را به مجازات مقرر در صدر ماده ۴۶ محکوم نماید. (قاسمی، ۱۳۸۷: ۶۹-۷۰)

۲-۱-۴- افشاء و انتشار اطلاعات نهانی

یکی دیگر از اقداماتی که به بازار رقابتی سالم و شفاف لطمه وارد می کند، این است که افرادی که حسب وظیفه قانونی در شرکت ها یا ناظران آن ها به اطلاعات نهانی دسترسی دارند، در خارج از چارچوب قانونی آن اطلاعات را انتشار داده و موجبات تبعیض اطلاعاتی بین سهامداران و سرمایه گذاران در آگاهی از آن اطلاعات را فراهم نموده و در نتیجه به افراد ناآگاه زیان وارد می نمایند. این اقدام را نیز بند ۱ ماده ۴۶ قانون بازار اوراق بهادار جرم قلمداد نموده و برای مرتکب آن، مجازات کیفری شامل حبس تعزیری از سه ماه تا یک سال یا جزای نقدی معادل دو تا پنج برابر سود به دست آمده یا زیان متحمل نشده یا هر دو مجازات پیش بینی کرده است. (ساریخانی، میرزایی منفرد، ۱۳۹۶: ۱۰۸)

الف. عنصر قانونی

قسمت اخیر بند ۱ ماده ۴۶ قانون بازار اوراق بهادار مقرر می‌دارد: «هر شخصی که اطلاعات نهانی مربوط به اوراق بهادار موضوع این قانون را که بر حسب وظیفه در اختیار وی قرار گرفته ... موجبات افشاء و انتشار آن‌ها را در غیر موارد مقرر فراهم نماید.»

ب. عنصر مادی

برای تحقق این جرم شرایط ذیل ضروری می‌باشد:

۱. دارنده و افشاءکننده اطلاعات باید به لحاظ رابطه شغلی با منشأ اطلاعات، به آن اطلاعات دسترسی پیدا کرده باشد نه به واسطه اطلاع توسط شخص واسطه با دارنده اطلاعات؛
۲. این جرم همانند جرم معامله مطلق است نه مقید؛ لذا حصول نتیجه خاصی همچون انتفاع یا اضرار ضرورتی ندارد؛
۳. افشای اطلاعات اعم است از افشای عمومی مثل افشاء از طریق یک سایت و خبرگزاری یا افشای خصوصی مثل نشر اطلاعات در محفل خصوصی دوستانه یا خانوادگی؛
۴. افشاء باید در غیر موارد مقرر قانونی صورت گرفته باشد و اشخاصی که صلاحیت اطلاع از آن‌ها را ندارند، نباید از موضوع خبردار شوند؛
۵. شیوه افشاء تفاوتی نمی‌کند. ممکن است شفاهی، نوشتاری، سایبری، اینترنتی و... باشد. (همان:

(۱۰۸-۱۰۹)

۶. عنصر مادی این جرم هم از طریق فعل و هم از طریق ترک فعل قابلیت ارتکاب دارد. به عبارت روشن‌تر، شخص دارنده اطلاعات نهانی هم می‌تواند به صورت کنشی مبادرت به افشاء و انتشار اطلاعات از طریق کانال‌هایی مثل جراید، سایت‌های اینترنتی و ... نماید و هم می‌تواند به تکلیف خود مبنی بر حفاظت از اطلاعات عمل نکند.

ج. عنصر روانی

در رابطه با عنصر روانی دو نکته حائز اهمیت است: اولاً این جرم از جرایم عمدی است لذا اگر شخص در حال خواب یا مستی یا هیپنوتیزم به افشاء اطلاعات شرکت متبوع خود اقدام نماید، مرتکب این جرم نشده است. ثانیاً صرف داشتن سوء نیت عام برای ارتکاب این جرم کفایت می‌کند و لازم نیست شخص مرتکب از عمل خود در پی تحقق نتیجه خاصی نیز باشد. (صفی‌خانی، ۱۳۹۶: ۵۴)

۲-۱-۵- خودداری از افشای اطلاعات با اهمیت

بازارهای مالی بر اساس اطلاعات فعالیت نموده و گران‌بهاترین دارایی در بازار مالی به ویژه بازار اوراق بهادار، اطلاعات است. بهره‌گیری از این اطلاعات و به عبارتی، تصمیم‌گیری صحیح در بازار اوراق بهادار زمانی امکان‌پذیر است که اطلاعات مزبور به‌موقع، مربوط، با اهمیت و نیز کامل و قابل فهم باشد. در واقع، هدف اصلی افشای اطلاعات، ایجاد شفافیت بیشتر در بازار اوراق بهادار است که در صورت عدم افشای آن، این نتیجه بی‌گمان حاصل نخواهد شد. به علاوه، انتشار صحیح و به موقع اطلاعات بازار موجب ایجاد ذهنیت مثبت نسبت به برقراری عدالت در بازار و ثبات و انسجام بیشتر آن می‌شود. همچنین بهبود شفافیت بازار به‌نوبه خود موجب افزایش رقابت در بین فعالان بازار شده و مناسبات موجود میان اعضاء بازار و سرمایه‌گذاران را تقویت و امر نظارت و اجرای قوانین را آسان می‌کند. (همانی، پیشین: ۸۴) در ذیل به بررسی ارکان این جرم پرداخته‌شده است.

الف. عنصر قانونی

به موجب بند ۲ ماده ۴۹ قانون بازار اوراق بهادار، هر شخصی که به‌موجب این قانون مکلف به ارائه تمام یا قسمتی از اطلاعات، اسناد و یا مدارک مهم به سازمان و یا بورس مربوطه بوده و از انجام آن خودداری کند، به حبس از یک ماه تا شش ماه یا به جزای نقدی معادل یک تا سه برابر سود به دست آمده یا زیان متحمل نشده یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد.

ب. عنصر مادی

در ابتدا لازم است به دو سؤال پاسخ داده شود که اولاً مراد قانونگذار از عبارت «هر شخصی» چیست؟ ثانیاً چه ملاک و مبنایی برای شناسایی اطلاعات، اسناد یا مدارک مهم وجود دارد؟ در پاسخ به سؤال اول باید گفت که مقنن در مواد ۱۹ و ۴۵ برخی اشخاص را مکلف نموده که اطلاعاتی را در اختیار سازمان^۱ قرار دهند. ماده ۱۹ مقرر می‌دارد: «سازمان می‌تواند در اجرای وظایف قانونی خود با مجوز دادستان کل کشور، اطلاعات موردنیاز در چارچوب این قانون را از کلیه بانک‌ها، مؤسسات اعتباری، شرکت‌های دولتی، دستگاه‌های دولتی و عمومی، از جمله دستگاه‌هایی که شمول حکم نسبت به آن‌ها مستلزم ذکر یا تصریح نام آن‌هاست و نیز اشخاص حقیقی یا حقوقی غیردولتی

^۱ - منظور از سازمان، سازمان بورس و اوراق بهادار، موضوع بند ۲ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار می‌باشد.

مطالبه کند. کلیه دستگاه‌ها و اشخاص مذکور مکلفند اطلاعات مورد نیاز سازمان را در موعد تعیین شده ارائه نمایند.»

ماده ۴۵ نیز اعلام می‌دارد: «هر ناشری^۱ که مجوز انتشار اوراق بهادار خود را از سازمان دریافت کرده است، مکلف است حداقل موارد زیر را طبق دستورالعمل اجرائی که توسط سازمان تعیین خواهد شد، به سازمان ارائه نماید.»

در رابطه با مواد فوق‌الذکر، دو نکته حائز اهمیت است: اولاً تنها اشخاص مذکور در مواد فوق، در صورت عدم انجام تکلیف قانونی خود مبنی بر ارائه تمام یا قسمتی از اطلاعات، مدارک یا اسناد مهم به سازمان ممکن است به مجازات مقرر در ماده ۴۹ قانون مذکور محکوم شوند. ثانیاً برای احراز ارتکاب جرم از سوی اشخاص مذکور، لازم است شرایط خاص مقرر در هریک از این دو ماده نیز تحقق پیدا کند. به عنوان مثال، مطابق ماده ۴۵ تنها ناشری که مجوز انتشار اوراق بهادار خود را از سازمان دریافت کرده باشد، مکلف به انتشار اطلاعات است و نه هر ناشر دیگری و مطابق ماده ۱۹، بانک‌ها، مؤسسات اعتباری و ... تنها زمانی مکلفند اطلاعات مورد نیاز سازمان را ارائه نمایند که سازمان در راستای اجرای وظایف قانونی خود با مجوز دادستان کل کشور اطلاعات مورد نیاز خود را در چارچوب قانون بازار اوراق بهادار از آن‌ها بخواهد. در غیر این صورت، اشخاص مذکور در ماده ۱۹ هیچ تکلیفی مبنی بر ارائه اطلاعات نخواهند داشت.

در پاسخ به سؤال دوم باید گفت قانون بازار اوراق بهادار به این موضوع که چه اطلاعاتی مهم هستند، اشاره‌ای ننموده و تنها در بندهای چهارگانه ذیل ماده ۴۵ به اینکه ناشران موظف به ارائه چه اطلاعاتی به سازمان بورس و اوراق بهادار هستند، اشاره‌ای گذرا داشته است؛ اما در این زمینه منبع مکملی به نام «دستورالعمل اجرایی افشای اطلاعات شرکت‌های ثبت‌شده نزد سازمان^۲» وجود دارد که در بخش سوم از فصل سوم خود به ذکر مصادیقی از اطلاعات مهم پرداخته است. به دلیل اهمیت این موضوع، عیناً به ذکر این مصادیق از دستورالعمل فوق می‌پردازیم:

ماده ۱۳- «... برخی از مصادیق اطلاعات مهم به شرح زیر است:

الف- رویدادهای مؤثر بر فعالیت، وضعیت مالی و نتایج عملکرد ناشر از قبیل:

۱- ناشر شخص حقوقی است که اوراق بهادار را به نام خود منتشر می‌کند.

۲- در اجرای بندهای ۱۱ و ۱۸ ماده ۷ و ماده ۴۵ قانون بازار اوراق بهادار ایران مصوب آذرماه ۱۳۸۴، این دستورالعمل در ۳ فصل، ۲۱ ماده و ۹ تبصره در تاریخ ۱۳۸۶/۵/۳ به تصویب هیئت‌مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار رسیده است.

- تعلیق یا توقف تمام یا بخشی از فعالیت ناشر.
- تغییر در نوع فعالیت اصلی ناشر.
- تحصیل یا واگذاری سهام سایر شرکت‌ها به صورت مستقیم یا غیرمستقیم که تأثیر با اهمیتی بر وضعیت عملکرد جاری یا آتی ناشر داشته باشد.
- برگزاری یا مشارکت در مناقصه‌ها و مزایده‌های با اهمیت و نتیجه آن.
- تغییر در روش یا رویه حسابداری به همراه دلایل و آثار مالی ناشی از آن.
- تغییر در ترکیب اعضاء هیئت‌مدیره، تعیین و تغییر نمایندگان اشخاص حقوقی و تغییر مدیرعامل شرکت.
- انعقاد، انحلال یا هرگونه تغییرات اساسی قراردادهای مهم.
- دعاوی مهم مطروحه له یا علیه ناشر، ورود در دعاوی مهم یا جلب دعاوی مهم یا ارجاع اختلافات مهم به داوری و نیز اعلام نتیجه آرای قطعی دادگاه‌ها و مراجع قانونی دیگر و نیز اعمال و وقایع مهم حقوقی که بر قیمت اوراق بهادار ناشر اثرگذار باشد.
- کشف ذخایر و منابع طبیعی یا کشف منابع قابل توجه توسط شرکت‌های تأمین‌کننده مواد اولیه ناشر.
- تولید محصولات جدید، ارائه خدمات جدید، دستیابی به منابع اولیه، فناوری، بازار فروش یا مشتریان جدید.
- تأیید، تعلیق یا لغو مجوز فعالیت و امتیاز تجاری و انتقال، تحصیل، تغییر یا ابطال اسم یا علامت تجاری.
- مشخصات طرح‌های سرمایه‌گذاری و هرگونه تغییر با اهمیت در آن.
- توقف فعالیت مشتریان یا عرضه‌کنندگان عمده ناشر یا تغییر مشتریان یا عرضه‌کنندگان عمده ناشر.
- عدم توانایی در اجرای تعهدات و قراردادهای ناشر، اعلام ورشکستگی ناشر یا شرکت مادر آن.
- اعلام میزان سپرده بابت خسارات احتمالی طرح دعاوی یا جلوگیری از اجرای احکام.
- تصمیمات مجامع عمومی ناشر.
- ب- تصمیمات و شرایط مؤثر بر ساختار سرمایه و تأمین منابع مالی ناشر از قبیل:
 - افزایش یا کاهش سرمایه ناشر یا شرکت‌های تحت کنترل.

- انتشار اوراق بهادار جدید.
- تغییر در سیاست تقسیم سود ناشر.
- عوامل تأثیرگذار در سایر اجزاء ساختار سرمایه از قبیل قراردادهای لیزینگ، تضمین یا ارائه ضمانت‌نامه‌های بانکی با اهمیت و تأمین مالی خارج از ترازنامه
- استقراض یا بازپرداخت مبالغ قابل توجه در مقایسه با گردش عملیات مالی ناشر.
- ج- تغییر در ساختار مالکیت ناشر از قبیل:
 - تغییر عمده در ساختار مالکیت ناشر به نحوی که کنترل شرکت تغییر یابد.
 - تغییر در ساختار ناشر مانند ادغام، تحصیل و ترکیب.
 - د- سایر اطلاعات مهم مؤثر بر قیمت اوراق بهادار ناشر و تصمیم سرمایه‌گذاران از قبیل:
 - انتقال یا واگذاری ماشین‌آلات و تجهیزات به منظور تغییر ساختار ناشر.
 - خرید یا فروش با اهمیت دارایی‌های ناشر.
 - توثیق یا فک رهن قابل توجهی از دارایی‌های ناشر.
 - ایجاد یا منتفی شدن بدهی‌های احتمالی با اهمیت.
 - تغییر با اهمیت در پیش‌بینی عملکرد ناشر یا برنامه‌های آتی مدیریت به همراه دلایل مربوطه.
 - افزایش یا کاهش با اهمیت درآمدها و هزینه‌های ناشر در آینده قابل پیش‌بینی به همراه دلایل مربوطه.
- ورود خسارت با اهمیت ناشی از رویدادهای طبیعی (آتش‌سوزی، سیل، زلزله و ...) یا ورود خسارت به واسطه انجام فعالیت‌های عملیاتی و غیرعملیاتی ناشر.
- تعدیلات سنواتی با اهمیت.
- درخواست برای خروج از فهرست شرکت‌های پذیرفته‌شده در بورس و دلایل آن.
- هرگونه رویداد و یا تغییر در شرکت‌های تحت کنترل که اثر با اهمیتی بر فعالیت، وضعیت مالی و نتایج عملکرد شرکت مادر (اصلی) دارد.»
- با دقت در موارد فوق، روشن می‌شود که اطلاعات مهم به آن دسته از اطلاعات تأثیرگذاری اطلاق می‌گردد که در صورت عدم افشاء، قادرند عملکرد صحیح فعالان بورس را با چالشی جدی رو به‌رو ساخته و در نهایت ضربات مهلکی بر اقتصاد کشور وارد آورند.

مطابق بند ۲ ماده ۴۹، تنها اشخاصی که مکلف به ارائه اطلاعات، اسناد یا مدارک مهم به سازمان و یا بورس مربوطه بوده و از انجام آن خودداری نمایند، مرتکب این جرم شده‌اند. عنصر مادی این جرم تنها از طریق ترک فعل قابلیت ارتکاب دارد زیرا در این جرم اشخاصی مکلف به انجام کاری هستند اما از انجام آن خودداری می‌کنند. این جرم از جرایم مطلق است و همین‌که اشخاص مکلف، از ارائه اطلاعات خودداری ورزند، این جرم محقق می‌شود. همچنین این جرم از جرایم آنی است و عنصر مادی آن برای تحقق نیازی به استمرار ندارد. (صفی‌خانی، ۱۳۹۶: ۵۰-۴۶)

ج. عنصر روانی

در رابطه با عنصر روانی دو نکته حائز اهمیت است: اولاً این جرم از جرایم عمدی است یعنی شخص با اینکه بر تکلیف خود مبنی بر ارائه اطلاعات به مراجع ذی‌ربط آگاهی کامل دارد اما عمداً از ارائه اطلاعات خودداری می‌کند. ثانیاً صرف داشتن سوءنیت عام از سوی اشخاص برای تحقق این جرم کفایت می‌کند و لازم نیست شخص مرتکب، قصد ایجاد نتیجه خاصی از ترک فعل خود را نیز خواستار باشد. (همان: ۵۱-۵۰)

۲-۱-۶- جعل عنوان کارگزاری، کارگزار/معامله‌گری یا بازارگردانی

وظیفه سنگینی که اشخاصی چون کارگزار، بازارگردان و ... در زمینه انجام معاملات اوراق بهادار (چه برای خود و چه برای دیگران) بر عهده‌دارند، موجب شده تصدی آن مشاغل نیازمند کسب مجوزها و رعایت تشریفات مندرج در قانون بازار اوراق بهادار باشد. به عنوان مثال، ماده ۳۳ قانون فوق‌الذکر در این زمینه مقرر می‌دارد: «شروع به فعالیت کارگزاری، کارگزاری/معامله‌گری و بازارگردانی به هر شکل و تحت هر عنوان منوط به عضویت در کانون مربوط و رعایت مقررات این قانون و آئین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های اجرایی است.» تبصره ذیل این ماده نیز اشاره می‌دارد: «تا زمانی که کانون کارگزاران/معامله‌گران و بازارگردانان تشکیل نشده است، وظایف مربوط به آن کانون را سازمان انجام می‌دهد. هنگامی که تعداد اعضای کانون در سطح کشور به یازده نفر رسید، تشکیل کانون، کارگزاران/معامله‌گران و بازارگردانان الزامی است»^۱. لذا رعایت شرایط و ضوابطی که برای شروع به فعالیت‌های مذکور وجود دارد، از نظر مقنن چنان مهم بوده که عدم رعایت آن‌ها با قید ضمانت اجراهای کیفری منع شده است.

^۱- با توجه به این ماده و تبصره آن، می‌توان مقرراتی را که جهت اقدام به کارگزاری یا کارگزاری/معامله‌گری یا بازارگردانی لازم است، به صورت زیر دسته‌بندی کرد:

الف) تشکیل کانون کارگزاران/معامله‌گران و بازارگردانان و عضویت در آن

الف. عنصر قانونی

به موجب بند ۱ ماده ۴۹ قانون بازار اوراق بهادار، هر شخصی که بدون رعایت مقررات این قانون تحت هر عنوان به فعالیت‌هایی از قبیل کارگزاری، کارگزار/ معامله‌گری یا بازارگردانی که مستلزم اخذ مجوز است مبادرت نماید یا خود را تحت هریک از عناوین مزبور معرفی کند، به حبس تعزیری از یک ماه تا شش ماه یا به جزای نقدی معادل یک تا سه برابر سود به‌دست‌آمده یا زیان متحمل‌نشده یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد.

ب. عنصر مادی

با دقت در بند ۱ ماده ۴۹ درمی‌یابیم که مقنن در واقع به دو جرم در بند مذکور اشاره نموده که عبارتند از :

- ۱- غصب عناوین بورس از قبیل کارگزاری، کارگزاری/ معامله‌گری یا بازارگردانی؛
- ۲- مبادرت به انجام فعالیت‌هایی از قبیل کارگزاری، کارگزاری/ معامله‌گری یا بازارگردانی بدون مجوز قانونی.

در رابطه با این بند چند نکته حائز اهمیت است:

۱- مقنن با آوردن عبارت «از قبیل ...» پیش از ذکر نام مشاغلی چون کارگزاری و ... این مطلب را روشن نموده که دامنه شمول این بند به موارد مصرح در آن خلاصه نمی‌شود و اگر شخص خاصی مبادرت به انجام فعالیت‌های دیگری چون مشاور سرمایه‌گذاری بدون اخذ مجوزهای لازم نماید، همچنان مشمول بند ۱ ماده ۴۹ خواهد بود.

۲- نکته بعدی این است که ببینیم منظور قانونگذار از واژه «مبادرت» در قسمت اخیر بند ۱ ماده ۴۹ چیست؟ آیا مقنن نظر به شروع به جرم داشته یا اینکه این واژه در معنای حقیقی آن به کار نرفته و

بند ۵ ماده ۱ قانون مزبور مقرر می‌دارد: «کانون‌های کارگزاران، معامله‌گران، بازارگردانان، مشاوران، ناشران، سرمایه‌گذاران و سایر مجامع مشابه، تشکلهای خود انتظامی هستند که به‌منظور تنظیم روابط بین اشخاصی که طبق این قانون، به فعالیت در بازار اوراق بهادار اشتغال دارند، طبق دستورالعمل‌های مصوب سازمان به‌صورت مؤسسه غیردولتی، غیرتجاری و غیرانتفاعی به ثبت می‌رسانند.» در صورتی که کانون فوق تشکیل نشده باشد، وظایف مربوط به آن را سازمان بورس و اوراق بهادار انجام می‌دهد. با این‌همه، زمانی که تعداد اعضای کانون در سطح کشور به یازده نفر رسید، تشکیل کانون کارگزاران/ معامله‌گران و بازارگردانان الزامی است.

ب) رعایت آئین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های اجرایی تشکیل کانون‌های فوق
با توجه به ماده ۳۴ قانون بازار اوراق بهادار: «فعالیت کارگزاری، کارگزاری/ معامله‌گری و بازارگردانی در هر بورس موکول به پذیرش در آن بورس طبق دستورالعملی است که به پیشنهاد بورس به تأیید سازمان می‌رسد.» بنابراین شروع به این فعالیت‌ها باید بعد از پذیرش در بورس باشد.

قانونگذار مفهوم «انجام دادن» را از این واژه در نظر داشته است؟ بدیهی است پاسخ به این سؤال، در نحوه تحلیل بند ۱ بسیار مؤثر است. به عنوان مثال، اگر معتقد باشیم که مقنن در قسمت اول بند مذکور از هر نوع شروع به انجام فعالیت‌هایی از قبیل کارگزاری، کارگزاری/ معامله‌گری و یا بازارگردانی بدون رعایت مقررات و اخذ مجوز منع نموده، در واقع شروع به عملی را که از نظر قانونگذار جرم نیست، جرم پنداشته‌ایم و این با منطق و عدالت جزایی سازگار نیست. به همین دلیل باید گفت منظور از «مبادرت» انجام دادن اقداماتی در راستای انجام فعالیت‌های غیرمجاز است. (قاسمی، ۱۳۸۷: ۹۱-۹۰)

۳- شخص خاطی باید مبادرت به انجام فعالیت‌هایی نموده باشد یا خود را تحت عناوینی معرفی کرده باشد که ورود به آن‌ها مستلزم اخذ مجوز از مراجع ذیصلاح است. در غیر این صورت، نمی‌توان وی را متخلف به حساب آورد.

۴- هر دو جرم مندرج در بند ۱ از طریق انجام فعل قابل تحقق بوده و ترک فعل نمی‌تواند عنصر مادی آن‌ها را تشکیل دهد زیرا مقنن از عباراتی چون «مبادرت نماید» یا «معرفی کند» استفاده نموده که هر دو ظهور در انجام فعل دارند. همچنین هر دو جرم مذکور از جرایم مطلق هستند و برای ارتکاب آن‌ها به تحقق نتیجه خاصی نیاز نیست. به دیگر سخن، همین‌که شخص به انجام فعالیت‌هایی مبادرت نماید که برای انجام آن مجوز ندارد و یا خود را تحت عنوانی معرفی کند که در واقع متصف به آن عنوان نیست، برای ارتکاب این دو جرم کفایت می‌کند.

۵- جرم غصب عناوین بورسی، جرم مطلق است که خود می‌تواند سرمنشأ جرایم دیگری مثل کلاهبرداری باشد. در واقع، می‌توان چنین توضیح داد که این جرم از یک‌سو جرمی است مطلق و از سوی دیگر جرمی است بازدارنده. به بیان دیگر، معرفی خود تحت عناوینی از قبیل کارگزاری، کارگزاری/ معامله‌گری یا بازارگردانی می‌تواند زمینه‌ساز ارتکاب جرایم دیگری باشد. به همین دلیل می‌توان گفت شاید یکی از دلایل جرم انگاری این مورد، جلوگیری از وقوع جرایم مهم‌تری مثل کلاهبرداری یا سوءاستفاده از اوراق بهادار (جرم موضوع ماده ۵۰) یا حتی سوءاستفاده از اطلاعات نهانی و افشای آن‌ها (جرم موضوع ماده ۴۸) باشد. (همان: ۹۳)

۶- هر دو جرم مندرج در بند ۱ ماده ۴۹ از جرایم مستمر می‌باشند نه آنی زیرا برای تحقق عنصر مادی آن‌ها در فعل مرتکب باید به گونه‌ای استمرار وجود داشته باشد. به عنوان مثال، با یک لحظه غصب عناوین بورس، جرم محقق نخواهد شد.

ج. عنصر روانی

در رابطه با عنصر معنوی این دو جرم باید اشاره کرد، بدون شک هر دوی آن‌ها از جرایم عمدی می‌باشند یعنی شخص باید آگاهی کامل از ماهیت غیرقانونی بودن رفتار خود داشته باشد. همچنین سوءنیت عام برای انجام این جرایم کافی خواهد بود و لازم نیست اشخاص از انجام این اعمال در پی دست یافتن به هدف خاصی باشند. (فرزادی، ۱۳۸۸: ۷۴)

۲-۱-۷- اقدام به انتشار آگهی یا اعلامیه پذیرهنویسی به منظور عرضه عمومی اوراق بهادار

انتشار اوراق بهادار در بازار مستلزم رعایت قواعد مندرج در قانون بازار اوراق می‌باشد. هر ناشر قبل از این‌که اقدام به انتشار اعلامیه یا آگهی پذیرهنویسی^۱ نماید، ابتدا می‌بایست تقاضای ثبت اوراق بهادار خود را همراه با بیانیه ثبت و اعلامیه پذیرهنویسی جهت اخذ مجوز عرضه عمومی به سازمان تسلیم نماید. (ماده ۲۲) سازمان پس از بررسی تقاضای ثبت اوراق بهادار و ضامیم آن و اطمینان از انطباق آن‌ها با مقررات، نسبت به تأیید اعلامیه پذیرهنویسی اقدام می‌کند. (ماده ۲۳) علاوه بر این، انتشار اعلامیه پذیرهنویسی مستلزم رعایت دستورالعملی است که در راستای تبصره ماده ۲۲ قانون به تصویب رسیده است. لذا در صورتی‌که بدون رعایت مقررات فوق، شخصی اقدام به انتشار اعلامیه پذیرهنویسی نماید، مرتکب جرم گردیده است.

الف. عنصر قانونی

به موجب بند ۴ ماده ۴۶ قانون بازار اوراق بهادار، هر شخصی که بدون رعایت مقررات این قانون اقدام به انتشار آگهی یا «اعلامیه پذیرهنویسی» به منظور عرضه عمومی اوراق بهادار نماید، به حبس تعزیری از سه ماه تا یک سال یا به جزای نقدی معادل دو تا پنج برابر سود به دست آمده یا زیان متحمل نشده یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد.

^۱- فرآیند خرید اوراق بهادار از ناشر و یا نماینده قانونی آن و تعهد پرداخت وجه کامل آن طبق قرارداد را پذیرهنویسی می‌گویند (بند ۲۸ ماده ۱). در این فرآیند، علاقه‌مندان ظرف مهلتی که در اعلامیه پذیرهنویسی معین شده است به بانک مراجعه و ورقه تعهد سهام را امضاء و مبلغی را که نقداً باید پرداخت شود تأدیه و رسید دریافت خواهند کرد. به اعلامیه‌ای که از طریق آن، اطلاعات مربوط به ناشر و اوراق بهادار قابل پذیرهنویسی در اختیار عموم قرار می‌گیرد، اعلامیه پذیرهنویسی می‌گویند. (بند ۳۰ ماده ۱)

ب. عنصر مادی

عنصر مادی جرم مورد بحث در قالب «فعل» متصور می‌باشد که عبارت است از «اقدام به انتشار آگهی یا اعلامیه پذیرهنویسی». این عنصر به شکل ترک فعل محقق نمی‌شود زیرا تحقق مفهوم (انتشار) مستلزم انجام عمل نشر است.

شرایط لازم برای تحقق جرم مذکور عبارتند از :

۱- با تصویب قانون بازار اوراق بهادار در اول آذرماه ۱۳۸۴ و اجرایی شدن آن از ابتدای سال ۱۳۸۵، انتشار هرگونه آگهی یا اعلامیه پذیرهنویسی به قصد عرضه عمومی اوراق بهادار باید پس از اخذ تأییدیه سازمان بورس و اوراق بهادار انجام شود؛ در غیر این صورت مؤسسان شرکت و یا مدیران ناشر مرتکب جرم شده‌اند. پس منظور قانونگذار از عبارت «بدون رعایت مقررات این قانون» در بند ۴ ماده ۴۶، گذراندن فرآیند اخذ تأییدیه مزبور پیش از اخذ مجوز انتشار اعلامیه پذیرهنویسی از مرجع ثبت شرکت‌هاست.

۲- دامنه شمول این جرم، مصادیق مختلف عرضه عمومی می‌باشد؛ لذا عرضه خصوصی به لحاظ معافیت از ثبت و عرضه محدود به دلیل افزایش سرمایه با حق تقدم به سهامداران فعلی شرکت و عدم نیاز به انتشار اعلامیه پذیرهنویسی به قصد جمع‌آوری وجوه عموم، جرم نبوده و مشمول این ماده قرار نمی‌گیرند؛

۳- مورد انتشار ممکن است «آگهی پذیرهنویسی» یا «اعلامیه پذیرهنویسی» باشد. لذا استفاده از وسایل و شیوه‌های دیگر حتی اگر به قصد عرضه عمومی اوراق بهادار باشد مشمول این بند نمی‌شود؛

۴- «هر شخصی» اعم است از مؤسسان شرکت‌ها، صندوق‌های سرمایه‌گذاری، شرکت‌های تأمین سرمایه و یا ناشران قبلی در مقام افزایش سرمایه؛

۵- کثرت و تعدد و استمرار آگهی یا اعلامیه پذیرهنویسی لازم نیست و با یک‌بار انتشار، عنصر مادی جرم محقق می‌گردد حتی اگر پس از انتشار، جمع‌آوری شود. به بیان دیگر، این جرم یک «جرم آنی» است نه «مستمر».

۶- جرم مزبور از جرایم مطلق بوده نه مقید و نیاز به نتیجه خاصی همچون تحقق عرضه عمومی یا انتشار اوراق بهادار و جمع‌آوری وجوه مردم ندارد. (میرزایی منفرد، ۱۳۹۳: ۹۱-۸۹)

ج. عنصر روانی

برای تحقق این جرم علاوه بر لزوم وجود عناصر قانونی و مادی به عنصر روانی یا معنوی نیز نیاز است. عنصر روانی این جرم به دو بخش سوء نیت عام و سوء نیت خاص تقسیم می‌شود. سوء نیت عام همان اراده خودآگاه شخص در «فعل» انتشار آگهی یا اعلامیه پذیرهنویسی است. «قصد عرضه عمومی اوراق بهادار» سوء نیت خاص این جرم را تشکیل می‌دهد. (همان: ۹۱-۹۲)

۲-۲- جرایم عمومی بازار بورس و اوراق بهادار

این دسته از جرایم بر خلاف دسته اول، قلمرو ارتکاب آن‌ها محدود و منحصر به بازار اوراق بهادار نمی‌باشد لذا مقنن این‌گونه جرایم را در فرض تحقق در بازار اوراق بهادار، به قانون کیفری عام (قانون مجازات اسلامی) ارجاع داده است که به تحلیل آن‌ها خواهیم پرداخت.

۲-۲-۱- ارائه، تصدیق و استفاده از اطلاعات مجعول

جعل در لغت به معنی دگرگون کردن، منقلب نمودن، گردانیدن، قرار دادن، آفریدن، وضع کردن، ساختن و ایجاد کردن به کار رفته و در اصطلاح حقوقدانان عبارت است از: «ساختن یا تغییر دادن آگاهانه نوشته یا سایر چیزهای مذکور در قانون^۱ به ضرر دیگری به قصد جا زده شدن آن‌ها به‌عنوان اصل». (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۵: ۲۸۰) استحکام روابط اجتماعی، اقتصادی و ... منوط به آن است که افراد جامعه بتوانند به صحت و اصالت نوشته‌ها و اسنادی که برای اهداف مختلف بین آن‌ها رد و بدل شده و مورد استناد قرار می‌گیرند، اطمینان داشته باشند. به همین دلیل، جرم جعل از جرایمی قلمداد شده است که موجب سلب اعتماد مردم نسبت به اسناد و نوشته‌ها شده و در نتیجه مخل آسایش عمومی مردم است. یکی از مکان‌هایی که ارتکاب جرم جعل می‌تواند در آن آثار بسیار مخربی به همراه داشته باشد، محیط بازار اوراق بهادار است.

الف. عنصر قانونی

ماده ۴۷ قانون بازار اوراق بهادار مقرر می‌دارد: «اشخاصی که اطلاعات خلاف واقع یا مستندات جعلی را به سازمان و یا بورس ارائه نمایند یا تصدیق کنند و یا اطلاعات، اسناد و یا مدارک جعلی را در تهیه گزارش‌های موضوع این قانون مورد استفاده قرار دهند، حسب مورد به مجازات‌های مقرر در قانون

^۱ - منظور از قانون، قانون مجازات اسلامی است.

مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵/۳/۶ محکوم خواهند شد.» با دقت در متن ماده فوق مشخص می شود که در واقع مقنن، سه عمل مجرمانه را مورد اشاره قرار داده است که در ادامه به بررسی ابعاد مختلف آن ها می پردازیم.

ب. عنصر مادی

با مطالعه دقیق مواد قانون بازار اوراق بهادار به این نتیجه می رسیم که اشخاص به خصوصی مدنظر مقنن نبوده است بلکه هر شخصی که به فراخور انجام فعالیت ها و وظایفش در حیطه بازار اوراق بهادار به ارائه اطلاعات یا مستندات به سازمان یا بورس مبادرت کند یا آن اطلاعات، اسناد و مدارک را تصدیق کند یا مسئول تهیه گزارشات خاصی باشد و در این زمینه مرتکب تخلفاتی شود، ممکن است مرتکب یکی از جرایم مندرج در ماده فوق شده باشد. به عنوان مثال، ماده ۲۲ قانون بازار اوراق بهادار مقرر می دارد: «ناشر موظف است تقاضای ثبت اوراق بهادار را همراه با بیانیه ثبت و اعلامیه پذیرهنویسی، جهت اخذ مجوز عرضه عمومی به سازمان تسلیم نماید.» حال اگر ناشری در بیانیه ثبت و اعلامیه پذیرهنویسی خود اطلاعات خلاف واقع، منعکس نموده و آن را در اختیار سازمان قرار دهد، مرتکب عنوان مجرمانه «ارائه اطلاعات خلاف واقع یا مستندات جعلی» به سازمان شده است و یا در ماده ۱۹ قانون فوق الذکر مقرر شده است: «سازمان می تواند در اجرای وظایف قانونی خود با مجوز دادستان کل کشور، اطلاعات مورد نیاز در چارچوب این قانون را از کلیه بانک ها، مؤسسات اعتباری، شرکت های دولتی، دستگاه های دولتی و عمومی از جمله دستگاه هایی که شمول حکم نسبت به آن ها مستلزم ذکر یا تصریح نام آن ها است و نیز اشخاص حقیقی یا حقوقی غیردولتی مطالبه کند. کلیه دستگاه ها و اشخاص مذکور مکلفند اطلاعات مورد نیاز سازمان را در موعد تعیین شده ارائه نمایند.» در این ماده نیز مانند ماده قبل اگر اشخاص مذکور در ماده که موظف به ارائه اطلاعات می باشند، اطلاعات خلاف واقعی را در اختیار سازمان قرار دهند، مرتکب جرم صدر ماده ۴۷ شده اند.

همچنین، در زمینه تصدیق اطلاعات یا مستندات که به سازمان یا بورس ارائه می شود، ماده ۲۳ قانون بازار اوراق بهادار مقرر می دارد: «سازمان پس از بررسی تقاضای ثبت اوراق بهادار و ضامین آن و اطمینان از انطباق آن ها با مقررات، نسبت به تأیید اعلامیه پذیرهنویسی اقدام می کند.»

همان طور که مشهود است در سازمان بورس و اوراق بهادار کسانی مسئول انطباق دادن اطلاعات مربوط به اعلامیه پذیرهنویسی و بیانیه ثبت اوراق بهادار با مقررات مربوط به آن هستند. حال اگر این فرد مسئول با علم به اینکه اطلاعاتی خلاف واقع از سوی ناشر به سازمان ارائه شده است مبادرت به

تصدیق آن‌ها نماید، مرتکب جرم «تصدیق اطلاعات خلاف واقع یا مستندات جعلی» موضوع ماده ۴۷ قانون بازار اوراق بهادار شده است و سرانجام در مورد ارائه گزارش‌های موضوع این قانون، ماده ۳۹ مقرر می‌دارد: «کارگزاران، کارگزار/ معامله‌گران، بازارگردانان، مشاوران سرمایه‌گذاری و سایر تشکلهای مشابه ملزمند طبق دستورالعملی که توسط سازمان تنظیم و ابلاغ می‌شود، گزارش‌های لازم را تهیه و به مراجع ذی‌ربط تسلیم نمایند.» حال اگر هریک از افراد فوق در تهیه گزارش‌ها از اطلاعات، اسناد و یا مدارک جعلی استفاده کند، مرتکب جرم اخیر ماده ۴۷ شده است.

نکته دوم این‌که تنها ارائه اطلاعات خلاف واقع یا مستندات جعلی به سازمان و یا بورس در دایره شمول ماده ۴۷ قرار می‌گیرد. بنابراین، اگر اشخاص مبادرت به ارائه اطلاعات و مستندات جعلی به نهاد دیگری غیر از سازمان و یا بورس نمایند، تحت پیگرد قرار دادن آن‌ها به دلیل ارتکاب جرم صدر ماده ۴۷ امکان‌پذیر نخواهد بود.

نکته آخر این‌که عنصر مادی هر سه عمل مجرمانه مذکور در ماده ۴۷ تنها از طریق انجام فعل ارتکاب می‌یابد و ترک فعل نمی‌تواند موجب تحقق این جرایم گردد زیرا مقنن تصریح نموده است که مرتکب باید اطلاعاتی را ارائه نماید یا تصدیق کند و یا اطلاعات جعلی را در تهیه گزارش مورد استفاده قرار دهد که این اعمال تنها از طریق انجام فعل امکان ارتکاب دارند.

ج. عنصر روانی

برای تحقق عنصر روانی این جرایم از یک سو باید قصد ارائه کردن، تصدیق کردن و تهیه گزارش بر مبنای اطلاعات و مستندات جعلی اثبات گردد لذا کسانی که در حال خواب، جنون، مستی یا بی‌اختیاری این اعمال را انجام می‌دهند، فاقد سوء نیت عام هستند. از سوی دیگر، مرتکب باید قصد خاص فریب دادن سازمان یا بورس اوراق بهادار مربوطه را نیز داشته باشد. بنابراین، هرگاه شخص، اطلاعات یا مستنداتی را تصدیق یا ارائه نماید یا بر مبنای آن گزارشی تهیه کند و قصد او صرفاً شوخی یا چیزی شبیه آن باشد، نمی‌توان گفت جرایم فوق ارتکاب یافته‌اند.

۲-۲-۲- افشاء اسرار حرفه‌ای

جرایمی نظیر افشاء اسرار حرفه‌ای، توهین، افترا و ... به تمامیت جسمانی بزه دیده لطمه وارد نمی‌کند بلکه به حیثیت، آسایش، آزادی رفت‌وآمد و سایر حقوق مشابه خدشه وارد می‌آورد لذا این‌گونه جرایم در مقابل جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص قرار خواهند گرفت که از آن‌ها تعبیر به جرایم علیه تمامیت معنوی یا شخصیت معنوی افراد می‌شود. افشاء اسرار حرفه‌ای نیز در زمره این جرایم قرار

دارد. در بازار سرمایه به مناسبت انجام وظیفه محوله، برخی اشخاص از اطلاعات و اسرار دیگران مطلع می گردند لذا مکلف به حفظ و نگهداری این اسرار نزد خود بوده و در صورت افشاء و انتشار آن ها مجرم تلقی می گردند: (فرزادی، پیشین: ۱۰۶)

الف. عنصر قانونی

ماده ۴۸ قانون بازار اوراق بهادار مقرر می دارد: «کارگزار، کارگزار/ معامله گر، بازارگردان و مشاور سرمایه گذاری که اسرار اشخاصی را که برحسب وظیفه از آن ها مطلع شده است یا در اختیار وی قرار دارد، بدون مجوز افشاء نماید، به مجازات های مقرر در ماده (۶۴۸) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵/۳/۶ محکوم خواهد شد.»

ب. عنصر مادی

این جرم تنها از سوی کارگزار، کارگزار/ معامله گر، بازارگردان و مشاور سرمایه گذاری قابلیت ارتکاب دارد. در رابطه با این اشخاص دو نکته قابل ذکر است: اولاً همه آن ها از زمره اشخاص حقوقی هستند. بنابراین، اگر اشخاص حقیقی به فعالیتی مثل کارگزاری مشغول شوند، به ناچار این کار را باید در قالب یک شخص حقوقی انجام دهند. ثانیاً موضوع فعالیتشان مربوط به اوراق بهادار و مسائل پیرامون آن مثل مشاوره دادن درباره خرید و فروش اوراق بهادار، انجام معاملات اوراق بهادار و ... است.

تنها افشاء اسراری که برحسب وظیفه در اختیار کارگزار و ... قرار گرفته یا از آن ها مطلع شده اند، مشمول ماده ۴۸ می باشد و الا اگر اشخاص مذکور در ماده ۴۸ بدون اینکه در مورد خاصی وظیفه ای بر عهده داشته باشند و تنها از روی کنجکاوی به اسراری دست پیدا کنند در صورت افشاء، مشمول این ماده نخواهند بود.

«افشاء» شامل مطلع کردن حتی یک نفر هم می شود. بنابراین برای تحقق این جرم ضرورتی ندارد که شخص حرفه ای در ابعاد گسترده نسبت به افشای اسراری که در اختیار دارد، اقدام کند. (میرمحمدصادقی، پیشین: ۵۴۳-۵۴۲) مسئله بعد توجه به «زمان» افشاء آن اسرار است با این توضیح که کارگزار و ... زمانی باید مبادرت به افشاء اطلاعات نمایند که سیر بودن آن ها هنوز وجود داشته باشد و الا اگر کارگزاری امروز اسرار اشخاصی را افشاء نماید اما مشخص شود چند روز قبل، اطلاعات توسط خود مالک اصلی و یا به هر طریق دیگری افشاء شده و دیگر سیر محسوب نمی شوند، نمی توان افشاء کننده را به مجازات ماده ۴۸ محکوم کرد. به طور کلی، می توان گفت سیر بودن باید زمان افشاء، همراه اطلاعات باشد و نه قبل و بعد از افشاء.

جرم موضوع ماده ۴۸ از جرایم مطلق است بدین معنی که لازم نیست از افشاء اسرار، نتیجه خاصی حاصل شده و به صاحبان اصلی آن اطلاعات ضرری وارد آید. همچنین، همین‌که افشاء سیر توسط هریک از اشخاص مندرج در صدر ماده ۴۸ صورت بگیرد، جرم محقق شده و لزومی به استمرار این عمل وجود ندارد.

ج. عنصر روانی

جرم موضوع ماده ۴۸ قانون بازار اوراق بهادار از جرایم عمدی است لذا اگر شخص در حال مستی، بیهوشی، خواب و یا هیپنوتیزم مبادرت به افشاء اسرار در غیر موارد مجاز نماید، مرتکب جرمی نشده است. از طرف دیگر، صرف آگاهی شخص از اینکه اقدامات وی منجر به افشاء اسرار دیگران خواهد شد، برای تحقق جرم کفایت می‌کند و نیازی به وجود سوءنیت خاص نیست.

۲-۳- خیانت در امانت

از نظر اخلاقی و مذهبی، امانت‌داری یکی از صفات پسندیده و مورد تأکید است و از نظر اجتماعی زمینه اعتماد و مودت بین افراد جامعه را فراهم نموده و مانع تنش‌های اجتماعی می‌شود، برعکس خیانت در امانت موجب تنش‌های اجتماعی نامطلوب می‌شود. در اسلام بر اساس آیات و روایات متعدد، رد امانت به‌عنوان یک وظیفه شرعی و خیانت در امانت به‌عنوان یک عمل قبیح مورد تأکید قرار گرفته است که حکم مذکور هم اثر وضعی دارد و هم اثر تکلیفی. از جمله می‌توان به آیات ۵۸ سوره مبارکه نساء، ۳۷ سوره مبارکه انفال و ۳۸ سوره مبارکه حج اشاره نمود. (میرمحمدصادقی، پیشین: ۱۶۶-۱۶۳)

الف. عنصر قانونی

عنصر قانونی این جرم را ماده ۵۰ قانون بازار اوراق بهادار تشکیل می‌دهد. این ماده مقرر می‌دارد: «کارگزار، کارگزار/ معامله‌گر یا بازارگردانی که اوراق بهادار و وجوهی را که برای انجام معامله به وی سپرده شده و وی موظف به نگهداری آن در حساب‌های جداگانه است، برخلاف مقررات و به نفع خود یا دیگران مورد استفاده قرار دهد، به مجازات‌های مقرر در ماده (۶۷۴) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵/۳/۶ محکوم خواهد شد.»

ب. عنصر مادی

این جرم تنها از سوی اشخاصی چون کارگزار، کارگزار/ معامله‌گر و بازارگردان قابل ارتکاب است. شرایط لازم برای تحقق جرم مذکور عبارتند از:

۱- موضوع جرم باید اوراق بهادار یا وجوه باشد.

۲- «سپرده شدن» اوراق بهادار و وجوه به کارگزار، کارگزار/ معامله گر یا بازارگردان توسط سهامدار یا نماینده قانونی وی یکی از شرایط اصلی تحقق جرم خیانت در امانت است. برای تحقق این جرم، لازم است ورقه بهادار توسط سهامدار یا نماینده قانونی وی به دفتر کارگزاری تحویل شود و یا وجوه توسط سرمایه گذار یا نماینده قانونی وی به حساب جاری شرکت واریز شود و رسید واریز وجه را به شرکت ارائه نماید.

۳- «استفاده» برخلاف مقررات و بدون مجوز صورت گرفته باشد؛ لذا چنانچه استفاده از وجوه و یا فروش اوراق بهادار مطابق مقررات انجام شده باشد، اقدام کارگزار مجاز شناخته خواهد شد.

۴- سرمایه گذار، اوراق بهادار را به منظور فروش نزد کارگزاری به امانت بگذارد و همزمان یا پس از آن سفارش فروش آن را به صورت کتبی، شفاهی، اینترنتی و ... به کارگزار ارائه نماید. لذا در صورتی که اوراق بهادار سهامدار به منظور تهاثر بدهی وی به شرکت نزد شرکت قرار داده شود، مشمول این ماده نمی گردد. در رابطه با وجوه نیز مسئله به همین ترتیب است؛ یعنی واریز وجوه باید به منظور خرید اوراق بهادار باشد و سرمایه گذار همزمان یا پس از واریز وجوه، سفارش خرید به کارگزار ارائه نماید. از مفاد ماده ۵۰ چنین استنباط می شود که منظور از عبارت «وی موظف به نگهداری آن در حساب های جداگانه است»، هم به وجوه سرمایه گذار عطف می شود و هم به وجوه حاصل از فروش اوراق بهادار سرمایه گذار که در حساب شرکت مانده و توسط شرکت در وجه سرمایه گذار واریز خواهد شد.

۵- جرم خیانت در امانت نسبت به وجوه یا اوراق بهادار، یک جرم «مقید به نتیجه» و نه مطلق است. در صورتی جرم تام محقق می شود که امین یا ثالث از سوءاستفاده از وجوه یا اوراق بهادار سرمایه گذار کسب انتفاع کند.

۶- این جرم، از جرایم آنی بوده که با تحقق رفتار فیزیکی «استفاده»، محقق می شود؛ حتی اگر کارگزار مجدداً اقدام به خرید همان تعداد سهام برای سهامدار نموده و ورقه جدید را به او بدهد، مانع تحقق جرم نمی شود هرچند در عمل به سرمایه گذار زبانی وارد نشده باشد. (میرزایی منفرد، خالقی، ۱۳۹۴: ۸۴-۷۹)

ج. عنصر روانی

رکن روانی این جرم شامل دو بخش سوء نیت عام و سوء نیت خاص مجرمانه است. سوء نیت عام یعنی عمد و اراده در ارتکاب رفتار مادی که استفاده از وجوه و اوراق بهادار می باشد؛ داشتن اراده و قصد

در به کارگیری از وجوه سرمایه گذار نه ناشی از اشتباه سیستمی و خارج از اختیار، قصد عام را تشکیل می دهد. سوء نیت خاص در این جرم، قصد انتفاع کارگزار، کارگزار/ معامله گر یا بازارگردان و یا قصد انتفاع ثالث توسط این اشخاص است. (همان: ۸۶-۸۵)

نتیجه گیری

جرایم بازار سرمایه طبق هر تعریفی که برای جرم اقتصادی ارائه شود، از مهم ترین مصادیق جرایم اقتصادی اند. ضعف نظام حقوقی در کشف و پیگیری این جرایم و سزادهی مرتکبان آن ها یکی از عوامل مؤثر بر سلب اعتماد عموم به بازار سرمایه است. مقنن در قانون بازار اوراق بهادار برای شفاف سازی بازار سرمایه و جلب اعتماد عموم به آن، به جرم انگاری در حوزه این بازار توجهی ویژه داشته است. حال که با مهم ترین عناوین مجرمانه بورس اوراق بهادار آشنا شدیم، لازم است به عنوان جمع بندی مطالب، به نکاتی چند اشاره شود:

۱. بررسی دقیق مواد مندرج در فصل ششم قانون بازار اوراق بهادار، به ما این امکان را می دهد که جرایم مصرح در آن را به دو دسته تقسیم کنیم.
۲. جرایمی که در حیطه بازار اوراق بهادار شکل می گیرد، تنها از سوی اشخاص خاصی قابلیت ارتکاب دارند. به عبارت روشن تر، مرتکبین جرایم بورسی مانند مرتکبین جرایم قانون مجازات اسلامی از همه طبقات و گروه ها نیستند بلکه تنها محدود و منحصر به اشخاصی هستند که در حیطه بازار اوراق بهادار و نهادهای مرتبط با آن به فعالیت می پردازند.
۳. نکته بعدی در رابطه با مجازات های مقرر برای مرتکبین جرایم بورسی است. امروزه طبق آموزه -های «کیفرشناسی»، برای آنکه بتوان از رهگذر اعمال مجازات ها به اهداف از پیش تعیین شده دست یافت، ابتدا باید این نکته روشن شود که مخاطبین مجازات ها چه کسانی هستند و مقنن برای چه طیفی از اشخاص مجازات وضع می کند. از بررسی ضمانت اجراها در فصل ششم قانون فوق الذکر، مشخص شد که «حبس» و «جزای نقدی» دو مجازات اصلی اعمال شده از سوی مقنن علیه مرتکبین جرائم بورسی است و همچنین دریافتیم که اشخاص حقوقی در کنار اشخاص حقیقی، قسمت عمده جرایم بورسی را مرتکب می شوند. لذا اگر مقنن قصد اصلاح مقررات در این زمینه را داشته باشد، پیشنهاد می شود که اولاً به طور واقعی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را به رسمیت بشناسد و ثانیاً با توجه به اصول علم «کیفرشناسی» مجازات متناسبی را علیه مرتکبین جرایم بورسی سازماندهی و اعمال کند.

۴. در برخی جرم انگاری ها (نظیر مواد ۴۷ و ۴۸)، با احاله به مجهول مواجه هستیم. تعدادی از اعمال مجرمانه موصوف، هیچ مرادفی در قانون مرجوع الیه (قانون مجازات اسلامی) ندارند بلکه در مواردی، وجود تعارض نیز محرز است. این امر، دستیابی به قابلیت ها و کارکردهای مورد انتظار از حقوق کیفری را غیرممکن می سازد زیرا با جرایمی مواجه هستیم که فاقد ضمانت اجرا می باشند لذا تعیین ضمانت اجرای علیحده پیشنهاد می شود.

۵. در مواد ۴۶ و ۴۹ این قانون، ابتدا به بیان مجازات مبادرت شده و سپس طی چندین بند، به چند عمل مجرمانه تصریح شده است. بر این نحوه جرم انگاری ایراد وارد است زیرا جرایم مورد نظر در اغلب موارد، هیچ ارتباطی با هم ندارند تا همه آن ها را ذیل یک ماده درج کنیم. پیشنهاد می شود که در راستای توجه بیشتر به خصایص جرایم و تبیین بهتر اعمال مجرمانه، هریک از بندهای ذیل این مواد، به صورت یک ماده مستقل جرم انگاری شود.

۶. با توجه به اینکه هدف از ارتکاب جرایم بورسی، در اغلب موارد، کسب مال می باشد، بنابراین پیشنهاد می شود که در راستای دستیابی به اهداف سیاست کیفری، بیشتر به سمت وسوی استفاده از ابزارهای واکنشی مالی حرکت نماییم. با توجه به اینکه دلیل اصلی ارتکاب بزه از سوی بزهکاران انگیزه کسب سود است، بزهکار قبل از هر اقدامی میزان سود و هزینه خود را می سنجد و در صورتی انگیزه ارتکاب جرم پیدا می کند که سود حاصل از جرم بیشتر از هزینه آن باشد؛ بدین سان، به سیاست گذاران حقوق کیفری پیشنهاد می شود که هزینه ها و منافع رفتارهای بزهکارانه را شناسایی کرده، بر طبق آن، ضمانت اجرای کیفری متناسب و کارآمد را اتخاذ نمایند.

۷. آخرین نکته ای که در قانون بازار اوراق بهادار به آن اشاره ای نشده اما بسیار مهم به نظر می رسد، بحث آئین دادرسی و ادله اثبات جرایم بورسی است. بدون تردید ساختار پیچیده جرایم بورسی با دلایل سنتی چون شهادت، اقرار و ... قابل اثبات نخواهد بود و نیازمند یک سلسله دلایل و مستندات جدید می باشد. به همین دلیل، پیشنهاد می شود که مقنن اولاً آئین دادرسی ویژه ای را متناسب با ساختار بورس اوراق بهادار مورد تصویب قرار داده و ثانیاً ادله اثبات جدیدی را مقرر دارد که علاوه بر هماهنگی با نوع فعالیت های بازار اوراق بهادار، موجبات اقناع وجدانی قاضی را نیز فراهم آورد.

فهرست منابع

۱. اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۱ش)، حقوق جزای عمومی، جلد ۱، چاپ ۵۰، تهران: نشر میزان.
۲. امیدی، رقیه (۱۳۹۴) «تحلیل حقوقی ماهیت فعالیت شرکت‌های تأمین سرمایه در بازارهای ثانویه»، پایان نامه کارشناسی ارشد، قم، دانشگاه قم.
۳. امینی، مهدی، عیسائی تفرشی، محمد، شهبازی نیا، مرتضی (۱۳۹۴)، «دستکاری بازار اوراق بهادار: مفهوم، مبانی و روش‌ها (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و آمریکا»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۱، صص ۱-۲۵.
۴. براری بورخیلی، حسین (۱۳۹۰) «لزوم حمایت از بورس کالا و بررسی امکان اعمال حمایت‌های کیفری مقرر در قانون بازار اوراق بهادار در آن»، پایان نامه کارشناسی ارشد، قزوین، دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره).
۵. جلالیان، عسگر، شریفی، وحید (۱۳۹۳ش)، نظام حقوقی رسیدگی به تخلفات در بورس ایران، چاپ ۱، تهران: انتشارات دادگستر.
۶. خرمی، مصطفی (۱۳۹۰)، «تشکیل معاملات بورس اوراق بهادار»، پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران، دانشگاه تربیت معلم.
۷. دستورالعمل اجرایی افشای اطلاعات شرکت‌های ثبت‌شده نزد سازمان مصوب سازمان بورس و اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۶/۵/۳.
۸. رامین، محمدعلی (۱۳۹۲ش)، حل و فصل اختلافات، چاپ ۱، تهران: انتشارات شرکت اطلاع‌رسانی و خدمات بورس.
۹. زراعت، عباس (۱۳۹۱ش)، حقوق کیفری اقتصادی، چاپ ۱، تهران: انتشارات جنگل.
۱۰. زرگر، علی (۱۳۹۷)، «بررسی جرائم بورسی و اوراق بهادار در قانون جزایی کشور»، فصلنامه الکترونیکی پژوهش‌های حقوقی قانون یار، شماره ۱، صص ۱۹۷-۲۲۱.
۱۱. ساریخانی، عادل، میرزایی منفرد، غلامعلی (۱۳۹۶)، «تحلیل مبانی فقهی و حقوقی جرایم مرتبط با اطلاعات نهانی در بازار اوراق بهادار»، فصلنامه بورس اوراق بهادار، شماره ۳۷، صص ۱۲۵-۱۰۱.
۱۲. سلطانی، محمد (۱۳۹۵ش)، حقوق بازار سرمایه، چاپ ۱، تهران: انتشارات سمت.

۱۳. صفروند، شهلا (۱۳۹۵)، «مسئولیت کیفری کارگزاران بورس»، پایان نامه کارشناسی ارشد، شهرکرد، دانشگاه شهرکرد.
۱۴. صفی‌خانی، رضا (۱۳۹۶)، «بررسی جرم شناختی جرم معاملات متکی بر اطلاعات نهانی در بازار بورس و سرمایه»، پایان نامه کارشناسی ارشد، اراک، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد نراق).
۱۵. فرزادی، محمد (۱۳۸۸)، «حمایت کیفری از بازار اوراق بهادار»، پایان نامه کارشناسی ارشد، قم، دانشگاه قم.
۱۶. فنایی، سید مجتبی (۱۳۸۸ش)، خودآموز بورس، چاپ ۱، تهران: انتشارات شرکت اطلاع‌رسانی و خدمات بورس.
۱۷. قاسمی، محمد (۱۳۸۷)، «گفتمان سیاست جنائی قانونگذار ایران در قانون بازار اوراق بهادار ایران»، پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد علوم تحقیقات).
۱۸. قانون بازار اوراق بهادار.
۱۹. قربانی، مجید، باقری، عباس (۱۳۸۹)، «دستکاری بازار اوراق بهادار»، فصلنامه پژوهش حقوق، شماره ۲۹، صص ۳۰۱-۳۲۶.
۲۰. میرزایی منفرد، غلامعلی (۱۳۹۳)، «تحلیل جرم انتشار آگهی یا اعلامیه پذیره‌نویسی بدون مجوز سازمان»، فصلنامه بورس اوراق بهادار، شماره ۲۵، صص ۱۰۲-۶۹.
۲۱. _____ (۱۳۹۲)، «تحلیل جرم سوءاستفاده از اطلاعات نهانی در بازار اوراق بهادار»، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۵، صص ۲۴۰-۲۱۱.
۲۲. _____ (۱۳۸۷)، «تحلیل جرم عدم ارائه اطلاعات مهم توسط ناشران و ضمانت اجرای کیفری آن»، فصلنامه بورس اوراق بهادار، شماره ۳، صص ۱۱۰-۸۳.
۲۳. _____، خالقی، ابوالفتح (۱۳۹۴)، «خیانت در امانت نسبت به وجوه یا اوراق بهادار در بازار اوراق بهادار»، فصلنامه بورس اوراق بهادار، شماره ۳۱، صص ۹۳-۷۱.
۲۴. میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۷ش)، جرایم علیه اشخاص، چاپ ۲۶، تهران: نشر میزان.
۲۵. _____ (۱۳۹۷ش)، جرایم علیه اموال و مالکیت، چاپ ۵۳، تهران: نشر میزان.
۲۶. _____ (۱۳۹۵ش)، جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، چاپ ۳۳، تهران: نشر میزان.

۲۷. نیازپور، امیرحسین (۱۳۹۶)، «تکالیف سازمان بورس و اوراق بهادار در زمینه پیشگیری از جرم»، فصلنامه راهبرد، شماره ۸۲، صص ۳۲۷-۳۵۵.
۲۸. همائی، سکینه (۱۳۹۴)، «افشای اطلاعات در بازار سرمایه و الزامات قانونی آن در حقوق ایران»، پایان نامه کارشناسی ارشد، شاهرود، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد علوم تحقیقات).

واکاوی فقهی-حقوقی مسئولیت کیفری شهادت کذب

بهرام بهبودی^۱

مجید دادخواه^۲

چکیده

یکی از ادله‌های پر کاربرد در اثبات جرایم و دعاوی کیفری استفاده از ادله شهادت می‌باشد. این ادله هم در مباحث جزایی و هم در امور حقوقی مورد استفاده فراوان قرار می‌گیرد. لذا در این مقاله مشخص می‌گردد که در فقه و حقوق موضوعه نیز برای شاهد دروغگو که از آن در فقه به عنوان «شاهد الزور» تعبیر می‌شود، مسئولیت کیفری وجود دارد. این جرم از جمله جرایمی می‌باشد که صرفاً با فعل مادی تحقق می‌یابد و از طریق ترک فعل هر چند کتمان حقیقتی صورت می‌گیرد، اما بزه شهادت کذب واقع نمی‌شود. برای این جرم مجازات‌هایی از قبیل تعزیر (شلاق) و تشهیر، حبس، حد، قصاص و دیه در نظر گرفته شده است و در حقوق موضوعه به جز تشهیر، مابقی مجازات شاهد دروغگو به تناسب نوع جرم اجرا می‌شود. البته در حدود، خلاء قانونی برای شهادت کذب وجود دارد و فقط در جرم زنا مجازات جرم قذف برای شاهد کذاب پیش‌بینی گردیده است و در باب قصاص نیز به تناسب مجازات جاری شده بر مشهود علیه، مجازات سلب حیات و قطع عضو اجرا می‌شود و در جرایم تعزیری برای شاهد کذاب مجازات حبس و جزای نقدی پیش‌بینی شده است. در خصوص آثار کیفری جرم شهادت کذب، ایجاد مسئولیت کیفری برای سایر اشخاص مثل ولی دم، قاضی، مأمور اجرای حکم بر حسب مورد، متصور می‌باشد.

کلید واژه‌ها: ادله اثبات دعوی، شاهد، شهادت کذب، مسئولیت کیفری، مجازات.

^۱- دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی (نویسنده مسئول) - bahramb186@gmail.com

^۲- کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی - majeddadkhah101@gmail.com

مقدمه

جامعه بشری در زندگی اجتماعی خود، خواه و ناخواه دچار انواع اختلافات می‌شود و این کشمکش‌ها باعث می‌شود که جهت فصل خصومت و دعوی به حکومت و دستگاه عدالت کیفری مراجعه نمایند. در این راستا اولین اقدام، ارائه دلایل و مدارک جهت اثبات دعوی و کشف حقایق می‌باشد. یکی از این ادله پر کاربرد ادله اثبات دعوا، شهادت می‌باشد که هم در مسائل جزائی و هم در امور مدنی و حقوقی مورد استفاده فراوان قرار گرفته است. به همین دلیل، از کاربردی به مراتب بیشتر از سایر ادله اثباتی برخوردار است و از حساسیت زیادی نیز برخوردار می‌باشد. از جمله آسیب‌های پیش روی این دلیل اثبات، تمسک مدعی یک امر کیفری یا حقوقی، به گواهان غیر حقوقی یا دروغین یا به اصطلاح، شاهدان دروغ، جهت وارونه جلوه دادن حقیقت و گمراه‌سازی قضات می‌باشد. قضاوت و شهادت در حقوق اسلام از جایگاه خاصی برخوردار است و در کتب مختلف فقهی باب خاصی به این دو اختصاص داده شده است. شارع مقدس برای حفظ حق الله و حق الناس و اجرای عدالت در مقام قضا، شهادت شهود عادل را برای قاضی، حجت قرار داده است، چون شهادت، یکی از بارزترین ادله اثبات دعواست. حضور شاهدان بی‌خبر از واقعیت امر یا گاه بی‌خبر از واقعیت امر ولی ابرازگر شهادت بر خلاف واقع، در کنار محاکم قضایی که تحت هر شرایطی با تطمیع یا تهدید یا فریب حاضر هستند از وجاهت و عدم سوء سابقه کیفری پیشین خود بهره جسته و حقی را ناحق نمایند، گواهی بر این مدعاست. تداوم این تخلفات تا به امروز حاکی از عدم کارسازی و اکتفاء به واکنش‌های کیفری، جریمه و حبس برای مقابله با جرم شهادت دروغ در قوانین کنونی و ضرورت معرفی عمومی مرتکبین این جرائم است. بر این اساس، جهت جلوگیری از این عوامل فریب‌کارانه که بعضاً ممکن است به کشته شدن ناحق یک بی‌گناه بیانجامد، شارع مقدس، کیفر ویژه‌ای را برای شاهدان دروغ در نظر گرفته است که از آن به معرفی عمومی و تشهیر یاد می‌شود. در مجموع نسبت به مسأله شهادت دروغ، دو بحث اساسی مطرح است که یکی از آن بحث معناشناسی و شناخت موضوع شهادت دروغ است، دیگری مسئولیت کیفری برای شاهد دروغگو و همچنین برای افراد دیگری که با وی تباری داشتند و یا به سبب علم و اطلاع از شهادت دروغ اقدام به صدور حکم و اجرای آن نمودند. بی‌تردید کشف این که مقصود از شهادت دروغ (زور) چه نوع گواهی بوده و آثار و مسئولیت‌های مترتب بر آن خصوصاً در باب حدود و قصاص و همچنین ارتباط یا تفاوت آن با عناوین مشابه می‌تواند گره‌گشای امر دآوری و قضاوت صحیح و عادلانه مقامات قضایی باشد. به ویژه با توجه به این که دقت در نحوه ارتباط شهادت دروغ (زور) با رجوع از شهادت و سایر موارد

مشابه، راه‌های اختصاصی اثبات هر یک از این عناوین مجرمانه و غیر مجرمانه را برای قاضی پرونده روشن‌تر خواهد نمود و مجازات که در این خصوص متوجه شاهد کذاب می‌گردد مشخص خواهد شد. بنابراین، جهت دستیابی به اهداف مورد نظر در این مقاله سعی می‌شود مشخص نماییم که مسئولیت کیفری شاهد و دیگر اشخاص، در خصوص شهادت دروغ در باب حدود و قصاص به چه ترتیب می‌باشد؟ مجازات شهادت دروغ در فقه و حقوق موضوعه در باب حدود و قصاص چگونه است؟ آثار جرم شهادت دروغ در حدود و قصاص چیست؟ ادله‌های اثبات شهادت دروغ شامل چه مواردی می‌باشند؟

۱- ماهیت شهادت دروغ (کذب)

شهادت کذب از گناهان کبیره شمرده شده است و در فقه از آن به عنوان «شهادت الزور» تعبیر شده و در قانون، به عنوان «گواهی دروغ» بیان شده است. شهادت دروغ در آیات و روایات مورد مذمت قرار گرفته و از آن نهی شده است. در آیه ۷۲ سوره مبارکه فرقان، خدای متعال می‌فرماید: «و الذین لا یشهدون الزور» و در آیه ۳۱ سوره مبارکه حج می‌فرماید: «فاجتنبوا الرجس من الاوثان و اجتنبوا قول الزور». در هر دو آیه از شهادت دروغ، منع شده است و در حدیثی، پیامبر گرامی اسلام فرموده: «عدلت شهادت الزور الشرک بالله، قالها ثلاثم قرء هذه الایه» یعنی گواهی دروغ، هم پایه شرک و مساوی با آن است و ۳ بار این جمله را تکرار نموده و آیه ۳۱ سوره حج را قرائت فرمودند. (شهید دستغیب، ۱۳۹۴: ۱۵)

۲- ادله اثباتی شهادت دروغ در فقه و حقوق موضوعه

ادله اثبات دعوی عبارتند از: ۱- اقرار ۲- شهادت ۳- علم قاضی ۴- اسناد ۵- رجوع شاهد از شهادت و قسامه نیز از ادله اثبات دعوی در قصاص و جراحات (با شرایط خاصی) شمرده شده و قسم با ضمیمه شاهد و احد در دعوی مالی حقوقی و ادعا علیه اموال متوفی از عداد دلایل در فقه آمده است که به لحاظ حقوقی بودن موضوع از ورود به این بحث خودداری می‌گردد. (کریمی، ۱۳۹۴: ۱۹)

۲-۱- اقرار شاهد دروغگو

اقرار در لغت به اذعان یا اعتراف به حق، اعتراف به شیء و اثبات شیء، تعریف شده است. ریشه آن ماده «قر» به معنی ثابت بودن است. (شیخ نیا، ۱۳۸۵: ۲۶)

۲-۲- شهادت بر علیه شاهد دروغگو

شهادت یکی از دلایل مهم شرعی و قانونی اثبات دعوی، اعم از حقوقی و کیفری است و شرع مقدس، برای آن ارزش والایی قائل شده است و با شهادت دو نفر شاهد عادل، می توان فردی را قصاص و یا با شهادت چهار مرد عادل، حد شرعی اعم از رجم و جلد و صلب بر فردی جاری نمود. (همان)

۲-۳- علم قاضی بر دروغ بودن شهادت شاهد

یکی دیگر از ادله اثبات دعوی، علم قاضی است که در فقه و قانون به آن اشاره شده است ولیکن تعریفی از آن بیان نشده و فقط موارد مجاز استفاده قاضی از علم خود بیان شده است. در قانون قبل از انقلاب اسلامی ایران، اشاره ای به علم قاضی نشده بود.

۲-۴- اسناد بر علیه شاهد دروغگو

اسناد، یکی از دلایل اثبات دعوی اعم از حقوقی و جزایی است. سند اعم از رسمی و عادی به شرط عدم ثبوت خلاف واقع بودن مندرجات آن، قابل استناد در محاکم بوده و دلیل محکمی بر اثبات دعوی خواهد بود. (کریمی، پیشین) بنابراین هر فردی در دادرها و یا دادگاه ها نزد مأمورین رسمی ذصلاح اقدام به شهادت کذب نماید، مشهود علیه می تواند بر اساس همان استناد، علیه شاهد کاذب، شکایت کیفری نموده و مستند دعوی خود را سند رسمی موجود در پرونده قرار دهد و حاکم رسیدگی کننده نیز به سند ارائه شده به عنوان سند رسمی، ترتیب اثر داده و اظهار نظر می نماید. (شیخ نیا، پیشین) با این وصف به نظر می رسد در صورت شکایت مشهود علیه، مقام قضایی می تواند بر اساس اظهارات گواه دروغگو که در صورتجلسه دادگاه یا دادرها قید شده در خصوص شاهد کاذب، تصمیم گیری نماید ولو اینکه دلیل دیگری بر علیه شاهد وجود نداشته باشد.

۲-۵ - رجوع شاهد از شهادت

آیا رجوع شاهد از شهادت خود و به اصطلاح پشیمان شدن شاهد از شهادت دروغ خود، می تواند از عداد دلایل اثبات جرم در شهادت کذب باشد یا اینکه ادله اثبات دعوی مختص به اقرار و شهادت و علم قاضی خواهد بود؟ در هیچ یک از کتب حقوقی و یا فقهی، رجوع شاهد از شهادت، از دلایل اثبات دعوی شمرده نشده است و نمی توان بدین لحاظ شاهد کاذب را به عنوان شهادت دروغ محکوم کرد. (یوسف زاده، ۱۳۹۶: ۱۲)

بنابراین این گونه به نظر می‌رسد رجوع وی از شهادت، دلایل دیگری داشته باشد و لازم است برای اثبات بزه گواهی دروغ و اجرای مجازات به طرق معمول یعنی اقرار، شهادت، علم قاضی یا سند رسمی اکتفاء نمود و رجوع شهود می‌تواند قرینه‌ای برای حصول علم باشد، به دلیل مستقل از سایر دلایل یا اینکه اگر شهود بعد از رجوع اقرار نمایند که در شهادت مرتکب تزویر شده‌اند که در این صورت، موضوع از باب اقرار خواهد بود. (همان)

دلایل اثبات دعوی منحصر در اقرار، شهادت شهود عادل، علم قاضی با شرایط مذکور در محل خود می‌باشد و در مواردی سند رسمی نیز از اعداد دلایل اثبات دعوی، شهادت دروغ تلقی می‌گردد و با توضیح بالا، معلوم شد رجوع شهود از شهادت دلیل مستقلاً برای اثبات دعوی محسوب نمی‌گردد و می‌تواند قرینه‌ای برای حصول علم باشد و اگر شاهد دروغگو از شهادت خود پشیمان شود و در این راستا رجوع نماید از آنجا که شهادت دروغ، جرمی مطلق است ممکن است به نظر تأثیری در مجازات وی در جرایم تعزیری نداشته باشد و در جرایم حدی و قصاص نیز از باب تسبیب اگر شهادت وی مبنای حکم و در نتیجه سبب مجازات مشهود علیه شود رجوع از شهادت تأثیری در مجازات شاهد دروغگو ندارد اما اگر قبل از اجرای مجازات باشد در جرایم منافی عفت (زنا و لواط) موجب کذف مشهود علیه می‌باشد و مجازات جرم کذف را برای وی در پی دارد.

۳- مجازات شهادت دروغ

۳-۱- مجازات شهادت دروغ از نظر قانون حقوق کیفری

از لحاظ کیفری نیز کسی که در زمان واقعه ناظر بوده و هنگام آداء و بیان مطلب در محضر دادگاه، واقعیت را از روی علم و عمد عوض کند و به این ترتیب سبب صدور حکم به ناحق گردد، این عمل او به لحاظ قباحت آن در نظر جامعه و در محکمه وجدان و اخلاق محکوم است و در قانون نیز برای آن مجازات در نظر گرفته شده است که همان ماده ۶۵۰ ق.م.می‌باشد. شهادت کذب عبارت است از ادای گواهی دروغ توسط گواه، نزد مقامات رسمی در دادگاه. بر اساس ماده ۶۵۰ بخش تعزیرات قانون مجازات اسلامی، هر کس در دادگاه نزد مقامات رسمی شهادت دروغ بدهد به ۳ ماه و یک روز تا ۲ سال حبس یا به یک میلیون و ۵۰۰ هزار تا ۱۲ میلیون ریال جزای نقدی محکوم خواهد شد.

عنصر مادی جرم شهادت دروغ با ادای شهادت کذب در دادگاه و نزد مقامات رسمی محقق می‌شود. این جرم از جرایم مطلق محسوب می‌شود. عنصر معنوی جرم شهادت دروغ، سوء نیت عام به معنی قصد انجام عمل مجرمانه است. این جرم از جرایم عمدی است و از این رو نمی‌توان کسی را که

سهواً و به اشتباه مبادرت به بیان اکاذیب در قالب شهادت کرده است، مشمول مقررات ماده ۶۵۰ دانست. سوء نیت خاص، از اجزای تشکیل دهنده این بزه محسوب نمی شود.

شرایط تحقق جرم و مجازات جرم شهادت دروغ زمانی محقق می شود که:

- ۱- ادای شهادت دروغ در دادگاه (اعم از عمومی و اختصاصی) به عمل آید. لذا شهادت در خارج از دادگاه و نیز مراجعی که به آنها دادگاه اطلاق نمی شود، مشمول حکم این ماده نیست.
- ۲- ادای شهادت باید نزد مقامات رسمی باشد؛ از این رو، چنانچه فردی که استماع شهادت می کند، صلاحیت استماع آن را نداشته باشد، نمی توان ادای شهادت را مشمول ماده ۶۵۰ بخش تعزیرات قانون مجازات اسلامی دانست.

مواد ۷۶ تا ۷۹ و ماده ۱۱۸ ق.م. جدید، جزء موارد مورد نظر تبصره ماده ۶۵۰ ق.ت. نیست. چون در این مواد شهادت دروغ صورت نمی گیرد، بلکه شرایط شهادت کامل نیست. به عنوان مثال؛ ماده ۷۶ ق.م. ۱ شهادت زنان به تنهایی یا به انضمام شهادت یک مرد عادل، زنا را ثابت نمی کند، بلکه در مورد شهود مذکور حد قذف جاری می شود و طبق ماده ۷۷ ق.م. شهادت شهود باید روشن و بدون ابهام و مستند به مشاهده باشد و شهادت حدسی معتبر نیست». ماده ۶۵۰ ق.ت. مطلق بوده و در مورد لزوم تأثیر در حکم دادگاه و عدم لزوم آن، صراحتاً اشاره ای نشده است. پس شامل هر دو مورد می شود. اگر در مواردی که شهادت با دو یا چند نفر مؤثر است، فقط یک نفر شهادت بدهد و شهادت او نیز دروغ باشد، مشمول حکم این ماده خواهد بود. در مورد شرایط شاهد اگر کسی فاقد شرایط ذکر شده در ماده ۱۷۷ ق.م.ا. جدید باشد و شهادت دروغ بدهد، محل ابهام است که آیا شهادت او مشمول ماده ۶۵۰ می - شود یا خیر. ظاهر جرم مزبور، مطلق است و مقید به تأثیر نمی باشد. پس اطلاق ماده چنین موردی را فرا می گیرد. همچنین احکامی که تنها بر مبنای شهادت شهود صادر شده باشد، در صورت اثبات کذب بودن شهادت آن ها و محکومیت شاهد کاذب به مجازات قانونی مقرر، موجب بی اعتباری رأی می شود که بر مبنای شهادت کذب صادر شده است. اما اگر مستند رأی تنها شهادت شهود نباشد؛ مثل قرائن و امارات یا قسم و یا اسناد معتبر، در این صورت با محکومیت شاهد کاذب به مجازات قانونی رأی صادره فاقد اعتبار نخواهد شد.

به طور کلی می توان مجازات شهادت دروغ را به دو قسم به شرح ذیل تقسیم نمود:

مجازات اختصاصی که بستگی به مورد شهادت دارد و اگر شهادت کذب از روی عمد باعث خسارت شده است، باید جبران گردد. یعنی اگر خسارت مالی باشد، باید ارزش خسارت وارد شده را بپردازد. اگر

خسارت جانی و بدنی باشد، باید قصاص شود یا دیه بپردازد. به عنوان مثال اگر در اثر شهادت او کسی را قصاص یا اعدام کرده‌اند، بازماندگان می‌توانند بسته به عمد یا خطا بودن مورد درخواست قصاص یا دیه کنند.

البته در خصوص مجازات قوانین جزایی در مورد شهادت دروغ (کذب) به طور کامل از نظرات فقهی تبعیت نکرده است. در روایات فراوانی از ائمه علیهم السلام نقل شده است که شاهد زور باید تازیانه خورده و در شهر گردانده شود و به مردم معرفی شود تا همه او را بشناسند و کسی او را به عنوان شاهد نگیرد. نظر مشهور فقها نیز بر این است که شهود خسارتی را که باعث شده‌اند، جبران نموده و تعزیر شوند و در محل زندگی و کسب و کار خود معرفی شوند تا سبب عبرت برای دیگران باشند که در مورد معرفی و تشهیر شهود، قانون از نظر مشهور پیروی نکرده است. در حالی که این امر می‌تواند اقدام مثبتی برای جلوگیری از این جرم به حساب آید.

مورد دیگر این که در فقه، حبس برای شاهد تعیین نشده باشد و تعیین حبس در قانون، از باب احکام حکومتی است نه شرعی و در سوار نکردن و تراشیدن سر شاهد موقع چرخاندن، همه اتفاق نظر دارند. نمی‌توان شاهد را سوار مرکبی کرد و سرش را تراشید و بین مردم چرخاند چون این، خود مجازاتی است غیر از تشهیر و تعزیر. در نهایت، بیان این امر ضروری است که به لحاظ سکوت قانون در زمینه تشهیر شاهد و ضرورت اجرای آن در جامعه برای عبرت دیگران به نظر می‌رسد با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، قضات می‌توانند با استفاده از منابع معتبر فقهی، علاوه بر حبس قانونی، حکم بر تشهیر شاهد دروغگو، صادر نمایند و نحوه تشهیر به این صورت است که منادی فریاد می‌زند مردم بشناسید این فرد شهادت دروغ داده است.

۳-۲- مجازات شاهد دروغگو در حدود

با بررسی و تتبع در روایات و احادیث و کتب فقها اعم از قدماء و معاصرین، موارد اجرای حد شرعی برای شاهد زور، منحصرأ در مورد قذف و فریه است و چنانچه شهودی شهادت بر وقوع زنا یا لواط توسط فردی دادند و معلوم شد، شهادت تزویری بوده، بر شهود حد فریه که ۸۰ تازیانه است، جاری می‌شود. شهادت بر وقوع زنا، شقوقی دارد که بیان می‌گردد:

۳-۲-۱- شهادت بر زنا مستوجب شلاق

مانند شهادت بر زنا غیر محصن و غیر محصنه که صرفاً تازیانه دارد. در این صورت شهادت اگر منتهی به حکم نشده باشد، حاکم شرع، ترتیب اثر نخواهد داد و اگر منتهی به حکم قطعی نشده در

مرحله تجدید نظر، قابل نقض بوده و باید رأی صادره مبتنی بر شهادت کذب، نقض شود و اگر منتهی به رأی قطعی شده و هنوز اجرا نشده، از طریق مقام بالاتر و اعاده دادرسی قابل نقض بوده و از این حیث، مشکلی وجود ندارد. ولیکن اگر رأی صادره، منتهی به اجرای حد شرعی گردیده و شلاق بر مشهود علیه زده شده، آیا به عنوان قصاص به همان تعداد شلاق، به شهود جاری می‌شود یا حد مفتری اجرا می‌گردد؟ در این زمینه قانون ساکت بوده و در منابع معتبر فقهی هم تفصیل قائل نشده‌اند و فقط جمله‌ای تحت عنوان اینکه: اگر شهود، شهادت کذب در زنا دادند حد فریه جاری می‌شود و معلوم نشده است که قبل از اجرای حد بر مشهود علیه است یا بعد از آن. البته منطقی به نظر می‌رسد که بعد از اجرای حد بر مشهود علیه امکان مجازات برای شاهد به وجود می‌آید و در خصوص مجازات حدود مستوجب شلاق حدی مثل زنا یا غیر محصن و غیر محصنه علاوه بر مجازات قذف در صورت اجرای حد شلاق بر مشهود علیه، این مجازات به عنوان تسبیب بر شاهد باید اجرا شود و این خلاء در قانون مجازات باید مرتفع شود.

۳-۲-۲- شهادت در زنا ی موجب رجم

مرحوم سبزواری می‌فرماید: «و فی خبر مسمع عن الصادق (ع): ان امیر المؤمنین (ع) قضی فی اربعه شهد و اعلی رجل انهم رأوه مع امراه یجامعها؛ فیرجم، ثم یرجع واحد منهم، قال: یغرم ربع الدیه اذ قال: شبه علی، فان رجع اثنان و قالوا: شبه علینا، غرما نصف الدیه، و ان رجعو او قالو: شبه علینا غرموا الدیه، وان قالوا: شهدنا الزور، قتلوا جمیعاً و تدل علیه ایضاً قاعده تقدیم السبب علی المباشر، اذا کان السبب اقوی، و صار المباشر مغروراً.» در خبر مسمع از امام صادق علیه السلام آمده که حضرت علی علیه السلام در مورد چهار نفر که شهادت داده بودند مردی را با زنی در حال مجامعت دیده‌اند و حکم رجم اجرا شده بود یکی از شهود، رجوع کرده فرمودند: ربع دیه را پرداخت می‌نماید اگر بگوید، امر برای من مشتبه شده بود و اگر دو نفر رجوع کنند، نصف دیه و اگر همه رجوع کنند، دیه کامل می‌دهند. این در صورتی است که بگویند: اشتباه کردیم و اگر بگویند: عمده شهادت کذب داده ایم، همه کشته می‌شوند (به عنوان قصاص). سپس مرحوم سبزواری می‌فرماید: قاعده مقدم بودن سبب بر مباشر هم به این معنی دلالت دارد، وقتی سبب اقوی از مباشر باشد و مباشر فریب خورده باشد که برای مباشر مسئولیت نیست و مسئولیت متوجه سبب است.

۳-۲-۳- نظر فقهاء در مورد حد فربه شهادت دروغ

الف- دیدگاه حضرت امام خمینی (ره)

حضرت امام خمینی (ره) در مسئله ۸ تحریر الوسيله می‌فرمایند: «اگر شهود از شهادتی که داده‌اند، رجوع کنند، اگر بعد از اقامه شهادت و قبل از حکم باشد، حکم صادر نمی‌شود و غرامت هم از شهود، اخذ نمی‌شود و اگر اقرار کردند که شهادت کذب داده‌اند، حکم شاهد فاسق بر آنها جاری است و اگر بعد از رجوع خود برگشتند، آیا شهادت آنها پذیرفته می‌شود یا نه؟ اشکال وجود دارد و اگر موضوع شهادت کذب، زنا بود و شهود اعتراف بر تعدد بر کذب در شهادت نمودند، حد قذف جاری می‌شود.» (موسوی الخمينی، ۱۴۰۳: ۳۴۲)

ب- دیدگاه شیخ مفید

شیخ مفید می‌فرماید: «واجب است شاهد زور تعزیر شود به کمتر از حد قذف، یعنی کمتر از ۸۰ تازیانه تعزیر شود و سزاوار است قاضی حکم به چرخاندن او در بلد نماید تا مردم او را بشناسند.» (شیخ مفید، ۱۴۱۳: ۷۹۵)

بنابراین به نظر می‌رسد که اگر معلوم شود در شهادت بر زنا گواهی دروغ بوده، حد قذف یعنی ۸۰ ضربه تازیانه بر شهود، جاری می‌شود و مشخص نشده غیر از حد قذف تنبیه دیگری بر شهود وجود دارد یا همان حد قذف کافی می‌باشد. با تتبع در کتب سایر فقهاء هم، تقریباً همین مضمون است و در صورت ثبوت کذب بودن شهادت بعد از اجرای حکم حد قذف بر شهود جاری می‌گردد. البته هر چند بر اساس نظر فقهاء فقط در حدود در خصوص جرم زنا شهادت دروغ موجب حد قذف ذکر گردیده و در خصوص سایر حدود مجازاتی بیان نشده است. این سکوت، به نوعی خلاف قانونی است که در باب مجازات حدود وجود دارد. زیرا منطقی به نظر نمی‌رسد که سایر حدود از این قاعده مستثنی شوند. بنابراین غیر از حد قذف به تبع نوع مجازات در سایر حدود که از باب تسبیب بر مشهود علیه اجرا شده است، می‌توان گفت که باید به شهادی که شهادت کذب و دروغ در جرایم در زمره حدود داده است به تناسب مجازات اجرا شده در خصوص مشهود علیه بر شاهد نیز اجرا شود، البته این مجازات غیر از مجازاتی است که در حین اجرای حد، برای آسیب جسمی بر مشهود علیه وارد می‌شود که از باب تسبیب، قابل جبران خواهد بود.

۳-۳- مجازات شاهد دروغگو در باب قصاص

یکی دیگر از مجازات‌های شرعی شاهد دروغگو، قصاص است که در فقه، مفصلاً بیان شده است. می‌توان گفت: مجازات اصلی شاهد زور (دروغ) در فقه، همان قصاص است.

برای روشن شدن موضوع، بدو نظریه فقها را بیان و جمع‌بندی می‌نماییم:

حضرت امام خمینی در مسئله ۱۰ می‌فرماید: اگر شهود، شهادت بر امری دادند که موضوع آن قتل یا جرح بوده و شهادت شهود، منتهی به قصاص گردید و مشهود علیه قصاص شد، اعم از قصاص نفس یا قصاص عضو و بعد از قصاص، شهود از شهادت خود رجوع کردند، در این صورت اگر اقرار کردند: شهادت به دروغ و تزویر بوده قصاص می‌شوند و اگر اقرار کردند: خطاء کردیم، دیه پرداخت می‌نمایند و اگر، بعضی اقرار کردند: عمداً شهادت زور داده‌اند و بعضی اقرا بر خطاء کردند، برای مقصرین عمد، قصاص ثابت است و بر مقصرین خطاء دیه به اندازه نصیبش؛ یعنی اگر دو نفر بودند، یک دوم و اگر چهار نفر بودند یک چهارم و اگر همه شهود اقرار کردند: عمداً شهادت دروغ داده‌اند؛ ولی‌دم می‌تواند، همه شهود را قصاص کند و فاضل دیه را به ورثه شهود، رد نماید و می‌تواند بعضی را قصاص کند و در این صورت افراد باقی به اندازه نصیب خود، دیه را به فرد قصاص شده پرداخت نمایند. (همان)

در مسئله ۱۱ امام خمینی می‌فرماید: اگر شهود شهادت بر امری بدهند که موجب حد رجم است (مثل زناى محصن و محصنه) و یا موجب قتل است (مثل زناى با محارم و محاربه و...) و بعد از اجرای حکم رجم یا قتل، یکی از شهود بگوید: شهادت دروغ دادم و بقیه شهود هم، تصدیقش نمایند، ولی‌دم می‌تواند همه را از باب قصاص بکشد و دیه بیش از یک نفر را به شهود زور، پرداخت نماید و یا اینکه یکی را بکشد و خود شهود به نسبت سهم خود، سهم دیه شاهد قصاص شده را پرداخت نمایند و اگر یکی، اقرار بر شهادت کذب نمود و بقیه تصدیق نکردند حکم نسبت به همان فرد، قابل اجرا است.

در مسئله ۱۳ می‌فرماید: اگر دو نفر شاهد، شهادت بر علیه فردی دادند که منتهی به اجرای حکم قطع ید گردید و پس از قطع دست مشهود علیه، ثابت شد که شهود، شهادت کذب داده‌اند، ولی‌می‌تواند هر دو شاهد را قصاص کند و دیه یک دست را به آن دو نفر رد نماید و یا اینکه، یک دست را ببرد و نفر دیگر، نصف دیه دست را به شاهد زور قصاص شده، رد نماید و اگر تزویر شهود اثبات نشد، بلکه خود شهود، رجوع کردند و گفتند: عمداً شهادت دروغ داده‌اند حکم آن‌ها مثل شاهد تزویر است و اگر گفتند: اشتباه کردیم و در تشخیص افراد، مرتکب خطاء شدیم در این صورت دیه باید بدهند و شهادت آن‌ها دیگر پذیرفته نمی‌شود. (همان)

با توجه به این که در این مسئله بیان شده است؛ ولی حق قصاص دارد در حالی که در قطع ید، فرض بر این است که مشهود علیه قطع ید شده، زنده است و خودش می‌تواند، قصاص نماید و قصاص ولی در مواردی است که مشهود علیه به علت اجرای حد رجم یا قتل، زنده نباشد و لذا در این مورد به نظر می‌رسد، نظر امام خمینی این بوده است که اگر فرد قطع ید شده، فوت کرده و حق قصاص به ولی او رسیده باشد، در این صورت ولی می‌تواند، قصاص نماید و یا دیه بگیرد. از طرفی، با توجه به نظرات فقهاء اعم از قداماء و معاصرین، قصاص شاهد زور (دروغ)، از مسلمات فقه شیعه جعفری است و اختلافی در بین فقهاء در این مسئله وجود ندارد و نیز اتفاق نظر وجود دارد که اگر ولی مشهود علیه بخواهد، می‌تواند یکی از شهود را قصاص نماید و بقیه شهود به نسبت سهم خود، دیه فرد قصاص شده را پرداخت نمایند و یا اینکه ولی مشهود علیه، همه را قصاص کند. در این صورت باید فاضل دیه را پرداخت نماید. بنابراین در خصوص مجازات بر مبنای شهادت دروغ اگر مبنای حکم شهادت دروغ باشد و شاهد در دادگاه نزد مقامات قضایی شهادت دروغ دهد و باعث محکومیت به قصاص نفس و عضو شود، به جهت تسبیب در صورت ثبوت جرم شهادت دروغ وی مجازات اجرا شده بر مشهود علیه بر وی ثابت می‌شود و با تقاضای ولی دم یا مشهود علیه در مورد ایشان اجرا می‌شود.

۴- آثار شهادت دروغ

یک دروغ کوچک می‌تواند سرنوشت یک حکم را در دادگاه تغییر دهد، برای همین در امور جزائی، قاضی باید قبل از ادای گواهی در دادگاه، مجازاتی که برای شهادت دروغ در قانون پیش‌بینی شده را به شاهدان تذکر بدهد. طبق قانون، شهادت دروغ باعث بطلان حکم می‌شود، اما این کذب بودن شهادت باید در دادگاه صالح و به موجب حکم قطعی به اثبات برسد، ضمن این که کسی که شهادت دروغ می‌دهد، چون سبب صدور حکم به ناحق شده است، مستحق مجازات خواهد بود و مورد تعقیب قرار می‌گیرد. البته نباید تصور شود که ارائه شهادت دروغ فقط در صورتی که منجر به صدور محکومیت گردد مجازات دارد، بلکه حتی اگر در صدور رأی تأثیری نداشته باشد، با اثبات کذب بودن شهادت باز هم شاهد دروغگو مجازات می‌شود. زیرا در دادگاه قبل از شهادت، فرد را به راستگویی قسم می‌دهند و او را متوجه عواقب شهادتش می‌کنند. به این ترتیب، فردی که آگاهانه اقدام به ارائه شهادت دروغ می‌کند، مجرم محسوب می‌شود و در اینجا اهمیتی ندارد که شهادت وی در صدور رأی دادگاه تأثیری داشته باشد یا خیر؛ زیرا در حقیقت مجازات جرم شهادت دروغ، مطلق است. از طرفی شهادت کذب، طبق

نظریه اداره حقوقی دادگستری از جمله جرایم عمومی است و حتی بدون شکایت شاکی خصوصی از طرف دادستان قابل تعقیب کیفری می‌باشد.

۴-۱- آثار قبل از ادای شهادت

احضار و جلب شهود، دو اثر مهم حقوقی برای ادای شهادت به شمار می‌رود. زیرا این دو، از نتایج و آثار آمره بودن ادای شهادت است. مواد ۲۰۴، ۲۰۵، ۲۱۶، ۳۲۰ و ۳۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری شرایط احضار و جلب شهود را بیان نموده است. به اعتقاد برخی از فقها، صرف امتناع از شهادت، اگرچه از نظر اخلاقی حرام است، ولی موجب ضمان نیست. (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۵۴) اما از نظر فقهی احضار و جلب شهود به صورت بحث صریح و مستقلاً مطرح نشده است و آنچه که بعضی از فقها تحت عنوان یکلف المدعی إحضار الشهود» مطرح نموده‌اند (موسوی اردبیلی، ۱۳۸۵: ۱۱۴) مقصود احضار اصطلاحی نیست، بلکه به معنای حق ارائه شهود توسط مدعی است.

به نظر می‌رسد در خصوص آثار شهادت قبل از ادای شهادت هیچ تأثیری در میزان مجازات وی ندارد چون مجازات شاهد دروغ از باب تسبیب می‌باشد و شاهد، هنوز سبب نشده که مجازاتی به مشهود علیه وارد شود و فعل مجرمانه‌ای انجام نداده است.

۴-۲- آثار بعد از ادای شهادت

شاهد پس از ادای شهادت با آثار و تبعات خواسته و ناخواسته‌ای مواجه است. که در ادامه به آن می‌پردازیم. شهادت شاهد غالباً از سه حالت خارج نیست: یا این که برای قاضی ثابت می‌شود که او در موضوع شهادت به دروغ متوسل شده است (شهادت زور) و یا شاهد خود اقرار می‌نماید که در مورد شهادت خلاف واقع را اظهار نموده است (رجوع از شهادت) و یا شهادت صحیح و مطابق با واقع اداء شده است اما در فرضی که شهادت کذب ثابت شود، شاهد باید بر حسب مورد از نظر کیفری و مدنی بهای سنگینی بپردازد. در فقه، شهادت کذب از گناهان کبیره است. (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۱۴)

قانون نیز علاوه بر مسئولیت مدنی برای آن مسئولیت کیفری در نظر گرفته است که در مواردی به محکومیت قصاص نفس وحد هم منجر خواهد شد. (نجفی، محمد بن حسن، ۱۴۰۴: ۳۵۴) در تمام مصادیق شهادت دروغ حداقل دو مجازات شرعی، قطعی است: اولاً شاهد تعزیر می‌شود و ثانیاً در محدوده محل سکونت او موضوع شهادت کذب به اطلاع عموم می‌رسد تا در دعاوی بعدی از پذیرش شهادت او پرهیز شود. (همو، ۱۳۷۵: ۹۴) اما در صورتی که شهادت به نحو صحیح و مطابق با واقع ادا شود، باز هم شاهد با خطرات عدیده‌ای از نظر امنیتی و روانی (با توجه به شرط حضور شاهد در اجرای

برخی از مجازات‌ها مانند حد رجم در زنا، ماده ۹۹ و ۱۰۷ ق.م. جدید) خصوصاً تحریک حس انتقام جویی محکوم علیه مواجه خواهد شد. لذا در فقه، وجوب ادای شهادت مقید به عدم خوف ضرر شده است. از آنچه که در مورد آثار بعد از ادای شهادت مطرح شد، این نتیجه حاصل می‌شود که شهادت اگر به صورت کذب اقامه شود، مسئولیت کیفری و مدنی دارد و اگر به نحو اشتباه ادا گردد، مسئولیت مدنی و بعضاً کیفری دارد.

اگر شهود قبل از حکم رجوع کنند، شهادت از عداد دلایل خارج می‌شود و با توجه به جهات و دلایل دیگر (اگر موجود باشد) حکم صادر می‌شود. (شیخ نیا، پیشین: ۲۶) به نظر می‌رسد اختلافی نیز در زمینه عدم صدور حکم میان فقها وجود ندارد. زیرا ظن بر صدق کلام شهود باقی نیست و حاکم با شهادت ایشان نمی‌داند که آنان در کلام اول خود صادق هستند یا در کلام آخر. پس ظن بر صدق گفتارشان باقی نمی‌ماند و حکمی به دست نمی‌آید. اما رجوع شهود بعد از حکم، به دو حالت است یا قبل از استیفای حکم و یا بعد از استیفای حکم می‌باشد. اگر شاهدان بعد از صدور حکم و قبل از استیفای آن رجوع کنند و مشهود به تلف شود، حکم نقض نمی‌شود، ولی شهود ضامن هستند و باید غرامت بدهند. غرامت به نحو مثلی و یا قیمی است؛ یعنی دیه و یا قصاص یا مانند آن می‌باشد، به علت قاعده تسبیب که باعث ضمان می‌شود. در حق الناس، کسی که از اجرای حکم غیر قابل نقض متضرر شده (مشهود علیه) می‌تواند مبادرت به تقدیم دادخواست علیه شاهد نموده و خسارت بخواهد. در حقوق الله، که معمولاً با مجازات‌های سنگین و غیر قابل جبران همراه است، شهادت دروغ وقتی مستند حکم قرار گرفته باشد، قبل از صدور حکم و بعد از صدور حکم و قبل از اجرای حکم از موجبات نقض حکم می‌باشد. (گلدوزیان، ۱۳۸۹: ۳۷) اگر رجوع بعد از صدور حکم قطعی باشد درخواست اعاده دادرسی به این جهت پذیرفته نمی‌شود و متضرر از حکم می‌تواند علیه گواهانی که از شهادتشان رجوع کرده‌اند، اقامه دعوا نموده و مطالبه زیان وارد بر خود را بنماید. (همان)

با عنایت به این که آثار بعد از شهادت دروغ به دو صورت قابل تصور است؛ یکی شهادت دروغ با فعل مادی و مرتبط با موضوع بیان شود و دیگری اینکه شهادت با ترک فعل و با ابراز بی‌اطلاعی همراه شود. یعنی شاهد از ادای شهادتی که واقف به آن بوده خودداری نماید.

در خصوص شهادت دروغ با فعل مادی می‌توان گفت شهادت کذب آثاری به شرح ذیل دارد که بر حسب مورد در امور مدنی و کیفری متفاوت است.

۱ - مجازات شهادت دروغ در دادگاه و در حضور مقامات رسمی، حبس تعزیری (سه ماه و یک روز تا دو سال حبس) و یا جزای نقدی (یک میلیون و پانصد هزار تا دوازده میلیون ریال) خواهد بود. این مجازات علاوه بر مجازات مقرر در باب حدود و قصاص و دیات است.

۲- شهادت دروغ موجب بطلان حکم است، چه قبل از صدور حکم باشد چه بعد از صدور آن و هر حکمی که بر این اساس صادر شود بی اثر است. البته ماده ۶۵۰ قانون مجازات اسلامی متعرض بحث جبران خسارت توسط شهود کذب نشده است و فقط مسئولیت کیفری را شامل می شود. هم چنین مطابق قواعد کلی مسئولیت مدنی، هرگاه کسی سبب ورود خسارت گردد، باید جبران نماید. در شهادت کذب نیز شهود باید خسارت زیان دیده را جبران نمایند. اگر محکوم به از اموال باشد و وجود داشته باشد، مسترد می شود و اگر ممکن نباشد، شهودی که شهادت کذب داده اند، ضامن هستند و باید غرامت را بپردازند.

۳- اگر شهادت دروغ در مورد حدود، قصاص یا دیات باشد، قاعده جمع مجازات ها اعمال می گردد. یعنی هم مجازات مخصوص به شهادت دروغ و هم مجازات مخصوص جرائم حدی و جرائمی که برای آن ها حکم قصاص و یا دیه می باشد در نظر گرفته شده است. اما در خصوص شهادت با ترک فعل به نظر می رسد آثار آن متفاوت با حالت قبلی (حالت فعل مادی) است. زیرا اگر فردی در زمان و مکان مشخصی حضور داشته و شاهد بر وقوع امری باشد و سپس در دادگاه به عنوان شاهد حاضر شده ولیکن به دروغ اظهار دارد که در آن مکان یا زمان حضور نداشته و یا شاهد امری نبوده است، به نظر می رسد فرد در این حالت اگر چه دروغ گفته است و واقعیت حضور خود یا شاهد بودن خود را به دروغ انکار کرده است و هر چند ممکن است این اقدام وی به نفع یک طرف و به ضرر طرف دیگر دعوا باشد و لیکن با توجه به اینکه وی شاهد بودن خود را به دروغ انکار کرده است و در خصوص ادای شهادت دروغ اقدامی صورت نداده است، بنابراین وی را نمی توان مرتکب جرم ادای شهادت دروغ دانست. در این صورت، اقدام وی با ترک فعل همراه بود و بیشتر این حالت در واقع به امتناع از بیان شهادت نزدیک است نه بیان گواهی کذب، و جرم شهادت کذب با فعل مادی و آگاهانه در رابطه با موضوع جرم نزد مقامات رسمی دادگاه وقوع می یابد.

حکم رجوع شهود قبل از صدور حکم در سرقت و قصاص با قتل یکی می باشد. لذا به جهت این که موضوع بحث در مورد قتل می باشد، فقط به این موارد پرداخته می شود. اگر شاهدان یا یکی از آن دو از شهادت خود بعد از اقامه آن و قبل از صدور حکم برگردد، نه حکمی وجود دارد و نه مجازاتی و این به

خاطر اصل و اجماع و نص می‌باشد. (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۲۷) در خبر مستفیض آمده که حدود با شبهه برطرف می‌شود. اگر شاهد اعتراف کنند به این که از روی عمد شهادت کذب داده‌اند، فاسق بوده و تعزیر می‌شوند؛ (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۵۶) زیرا به هر حال دروغ گفته‌اند و این دروغ یا در هنگام ادای شهادت بوده و یا در هنگام رجوع از شهادت، اما اگر بگویند اشتباه کردیم، فاسق نیستند، ولی شهادتشان دیگر مسموع و قابل اعاده نخواهد بود. همچنین، با رجوع شاهد، قاضی ظن خود را نسبت به صدق شاهد از دست می‌دهد و قول شاهد محتمل بر صدق و کذب می‌شود و با قول محتمل نیز حکم صادر نمی‌شود. (شهید الثانی، ۱۴۱۴: ۴۷۳) اما به نظر می‌رسد در صورتی که شاهد به عمد در ادای شهادت کذب اقرار کنند، تعزیر می‌شوند و در صورت اعتراف به خطا در شهادت خود مجازات نخواهند شد. در مورد رجوع شاهد قتل نیز همان حکم رجوع شاهد سرقت و قصاص قبل از حکم جاری می‌باشد.

در صورتی که تزویر شاهد بعد از استیفا ثابت شود و دست مشهود علیه قطع شده و یا قصاص شده باشد، ولی می‌تواند در قطع دست، بعد از رد نصف دیه به آن‌ها هر دو را قصاص کند و اگر بخواهد یکی را قصاص کند، دیگری یک چهارم دیه را به آن یکی می‌دهد. اگر شاهد به عمد خود اقرار کنند، قصاص می‌شوند. اثری که شهادت دروغ در جرم سرقت دارد، این است که اگر بعد از قطع دست مشهود علیه تزویر آن‌ها ثابت شود، مشهود علیه حق دارد، بعد از رد نصف دیه به هر دو، آن‌ها را قصاص کند و یا اینکه یکی را قصاص کند و دیگری ربع دیه را به صاحبش برگرداند. (موسوی الخمینی، ۱۴۰۳: ۳۴۳)

اگر شاهد به تعدد در شهادت دروغ اعتراف کنند، فاسق می‌شوند، در غیر این صورت فاسق نیستند. به دلیل فرمایش امام صادق (ع) در روایت صحیحی که می‌فرماید: امیر المؤمنین علیه السلام درباره مردی که دو نفر علیه او شهادت دادند که سارق است، دستش را قطع نمود، آن دو شاهد علیه مرد دیگری شهادت دادند و گفتند: این سارق است و ما در مورد کسی که دستش قطع شده دچار شبهه و اشتباه شدیم. حضرت حکم فرمود بر آن دو شاهد که نصف دیه را به عنوان خسارت بپردازند و شهادت آن‌ها را در مورد مرد دوم نپذیرفت. (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۵۶)

به نظر می‌رسد در خصوص قصاص شاهد در زمانی که باعث مجازات مشهود علیه در جرم سرقت گردیدند هیچ بحثی وجود ندارد و در قطع دست با رد نصف دیه به هر کدام از آن‌ها هر یک از مشهود علیه را قصاص می‌کند و یا اگر دو نفر باشند، یکی را قصاص و دیگری ربع دیع به صاحبش برگرداند. البته نکته‌ای که در این خصوص وجود دارد رجوع شهادت از شهادت دروغ می‌باشد البته به گونه‌ای که شهادت را بعد از رجوع دوباره متوجه شخص دیگری نمایند. در این صورت طبق روایت از امام صادق اگر

در خصوص شهادت دروغ اول، مجازاتی متوجه سارق شده باشد به تناسب قصاص و دیه ثابت است و در خصوص شهادت دوم حتی اگر شهادت درست باشد نیز اثری بر آن مرتبت نیست.

۴-۲-۱- شهادت دروغ در قصاص نفس و آثار آن

تحقق هر جرمی در جامعه مسلماً آثاری را به دنبال خود دارد. شهادت دروغ از این امر مستثنی نیست، مخصوصاً که اگر در اثبات جرائمی نظیر زنا، سرقت، جرح و قتل این جرم محقق گردد، آثار آن به مراتب شدیدتر و جبران ناپذیرتر می‌باشد.

در فقه و حقوق اسلامی قتل را به سه قسم تقسیم کرده‌اند: قتل عمد، قتل شبه عمد و قتل خطای محض. مجازاتی که از جنبه اختصاصی برای این سه قسم در نظر گرفته شده است در قتل عمد، قصاص و در دو مورد دیگر دیه می‌باشد. قتل عمد یا به مباشرت است یا به تسبیب. (خوبی، ۱۳۷۱: ۲۶۳) یکی از مواردی که در قتل عمد از جهت تسبیب به آن اشاره شده است، شهادت دروغ می‌باشد. بدین صورت که هر گاه کسی نزد قاضی به دروغ شهادت دهد و قاضی در اثر شهادت دروغ شاهد، شخصی را محکوم نماید، شاهد ضامن است و اگر قاضی در اثر شهادت دروغ شاهد محکوم علیه را به قتل برساند، شاهد محکوم به قصاص و یا دیه می‌گردد. در این صورت سبب اقوا از مباشر است. یعنی اگر ثابت شود که شهود عمداً دروغ گفته‌اند و این امر بعد از حکم باشد، حکم باطل می‌شود و اگر محکوم به از اموال باشد واجب است هر چه که از او گرفته شده است اگر تلف نشده باشد به محکوم برگردانده شود. اگر این امر ممکن نباشد، شاهد زور ضامن است. (همان)

اگر ثابت شد که حکم به سبب شهادت زور واقع شده است و حاکم عالم به آن شد (نه از طریق بینه و اقرار که تعارض و رجوع بعد از حکم در نقض حکم مؤثر نیست) پس حاکم، حکم خود را که در واقع میزان حکم در آن مختل بوده نقض می‌نماید و مال مأخوذ به حکم، استعاده می‌شود و اگر متعذر شد، شهود زور به حسب دخالت در آن حکم و لوازم آن تغیر می‌شوند. (نجفی، پیشین: ۳۵۴) اگر مشهودله نیز عالم به دروغ بودن شهادت باشد، ضامن است، اما اگر جاهل به قضیه باشد، ظاهر این است که ضامن نیست و غرامت بر عهده شهود می‌باشد. مشهود به قتل یا قطع ید یا جراحت یا حد باشد، در قتل شاهد زور کشته می‌شود و در قطع ید و جراحت و حدود نیز قصاص می‌شود. (خوبی، پیشین) اگر ثابت شود که شهود دروغگو هستند، حکم نقض شده و اگر مشهود به قتل باشد و بعد از اجرای حکم ثابت شود که شهود شهادت دروغ داده‌اند، قصاص بر آن‌ها ثابت است و حکم آن‌ها مانند حکم شاهدانی است که برگردند و اقرار کنند که از روی عمد دروغ گفته‌اند. (موسوی الخمینی، پیشین: ۳۴۳) اگر

شاهد بعد از قتل مشهود علیه بگوید تعمد دروغ کردم ولی فکر نمی‌کردم شهادت من در این موضوع خاص قبول می‌شود و این شبهه درباره او احتمال داشته باشد، اظهر سقوط قصاص و ثبوت دیه مغضله به واسطه خطای شبیه عمد است. (نجفی، پیشین: ۳۵۴)

در مورد قتل، باید ولی مقتول یک دیه کامل به اولیای دو شاهد بپردازد و یا یکی از آن دو قصاص شده و دیگری نصف دیه را به شاهد قصاص شده می‌دهد و در صورت اعتراف به خطا، با هم دیه می‌دهند و اگر یکی اقرار به خطا کند، نصف دیه را می‌دهد. اگر در عمد و خطا شهود مختلف باشند، در مورد هر کس مطابق قولش رفتار می‌شود. پس معترف به عمد بعد از رد مازاد دیه‌اش از جنایت قصاص می‌شود و معترف به خطا به اندازه سهمش از جنایت دیه می‌پردازد. (حلی بن ادریس، ۱۴۱۰: ۳۶۲)

اگر شهادت کذب بر قتل بوده و بعد از حکم بر طبق شهادت از قاتل قصاص واقع شده، قصاص بر شهود زور (دروغ) ثابت است؛ مثل ثبوت آن در رجوع. اگر مباشر قصاص، ولی دم بود و بعد از شهادت و صدور حکم معترف به تزویر شهود شد، شهود که اعتراف نکرده‌اند ضامن نیستند، اگر چه تزویر ایشان معلوم شده است و بر مباشر، قصاص یا دیه صلیحی ثابت است، البته اگر در ثبوت قصاص اشکال متقدم باشد، اظهر عدم با عذر محتمل در خطا و ثبوت دیه است. (نجفی، پیشین) اگر ولی مباشر در قتل باشد و اعتراف به تزویر نماید، شهود ضامن نیستند و قصاص بر ولی است. همان‌طور که اگر اعتراف به خطا می‌کرد، دیه بر او ثابت می‌شد. اگر هم ولی و هم شهود با هم رجوع کنند، دو وجه است، شایسته‌تر این است که قصاص یا دیه کامل بر عهده ولی است؛ زیرا او مباشر است و شهود مانند ابزاری برای قاتل بوده‌اند و احتمال دارد که ولی و شهود به خاطر همکاری‌شان در قتل مانند شریک در قتل باشند. در این صورت شهود مانند ابزاری برای قتل نبوده‌اند و همه ایشان مستحق مجازات می‌باشند و بر همه آن‌ها قصاص یا دیه بر حسب سهمشان می‌باشد و شایسته است اگر یکی از شهود رجوع کند دیه کامل بر ولی واجب نباشد و این امری واضح است. (همان) هرگاه شهود، خودشان بر تزویر و فریب و دروغ خودشان اعتراف نکنند بلکه از راه دیگری نزد حاکم ثابت شود که آن‌ها به دروغ شهادت داده‌اند حکم حاکم نقض می‌شود.

اگر دو نفر به آن چه که موجب قتل است؛ مثل قصاص یا ارتداد، یا چهار نفر به آنچه که موجب رجم است، مثل زنا، شهادت دهند و بعد از اجرای حد یا قصاص ثابت شود که شهادت دروغ داده‌اند، قصاص بر شهود کذب است و قاضی و مأمور از طرف او که حد یا قصاص را اجرا کرده است، ضامن نیستند. (خوبی، پیشین: ۲۶۳)

به نظر می‌رسد دلیل توجه مجازات به شاهد، سبب اقوی از مباشر باشد؛ زیرا شهود کذب، سبب تلف شده است و قاضی و مأمور اجرا نقشی در این خصوص نداشته است. در این مورد حاکم به استناد شهادتی که حجت می‌داند، شرعاً وظیفه دارد اقدام کند و حکم بدهد و مأمور اجرای حکم نیز برحسب وظیفه حکم را اجرا می‌کند. لذا به خاطر جهل‌شان از کذب شهود، انتساب قتل به آن‌ها ضعیف است، اما سببی (شاهد) که با علم و آگاهی شهادت دروغ داده است، اقوی از مباشر است. البته اگر قاضی و مأمور اجرا بر حسب مورد آگاه به شهادت دروغ باشند و در این خصوص باعث محکومیت و اجرای حکم بر مشهود علیه شوند آن‌ها نیز مسئولیت کیفری دارند.

۴-۲-۲- ایجاد مسئولیت کیفری و مجازات ولی مشهود له

الف- اگر شهود با شهادت زور، انگیزه صدور رأی در قاضی ایجاد کردند و رأی بر قتل یا رجم یا قطع عضو صادر گردید و حکم اجرا شد و معلوم شد، اظهارات شهود با تزویر بوده همچنان که قبلاً بیان شد پس از ثبوت تزویر شهود، ولی مشهود علیه می‌تواند نسبت به شهود و افراد دیگری که دخیل در وقوع جرم و جنایت بوده‌اند؛ از جمله قاضی و مأمور اجرای حکم (که حکم آن‌ها بیان شد) تظلم خواهی نماید و شهود را قصاص نماید.

حال سؤال اینجاست که آیا برای ولی قصاص از نظر قانونی که تقاضای صدور و اجرای حکم بر علیه فرد بی‌گناهی را از دادگاه نموده و شهود را حاضر نموده و موجب صدور حکم گردیده و بی‌گناهی مجازات شده، مجازاتی در نظر گرفته شده است یا خیر؟ به عبارت روشن‌تر فرزند زید بر اثر قتل عمدی، کشته شده و قاتل متواری گردیده و زید با حضور در دادگاه، فرد بی‌گناهی را به نام عمرو به عنوان قاتل به دادگاه معرفی نموده و تقاضای قصاص می‌نماید و برای اثبات ادعای خود ۲ نفر شاهد به دادگاه معرفی می‌نماید و شاهدان به دروغ شهادت می‌دهند؛ قاتل عمرو بوده و شهادت آنان مقبول واقع شده و عمرو، بی‌گناه کشته می‌شود و بعد از اجرای حکم به هر طریقی معلوم می‌شود شهادت کذب بوده و قاتل، عمرو نبوده بلکه، بکر بوده است. در این صورت شکی نیست که شهود زور، از باب سبب قصاص می‌شوند اما ولی قصاص، که موجبات قصاص را فراهم کرده و شهود را آورده و بعد از اثبات، حکم را اجرا کرده است مسئولیت دارد یا خیر؟ در بررسی این موضوع دو فرض وجود دارد: اول اینکه ولی قصاص از بی‌گناهی عمر بی‌اطلاع بوده و واقعاً نمی‌دانسته که وی بی‌گناه است و بر اساس شنیده‌ها و یا خصومت قبلی و اطلاعات غلط شهود، دادخواهی نموده و عمرو را به عنوان قاتل، معرفی نموده است و دادگاه بر

اساس شهادت شهود، تصمیم گرفته است، در این صورت، مسؤولیت فقط متوجه شهود است و دیگران مسؤولیتی ندارند.

دوم اینکه ولی قصاص، اطلاع داشته عمرو قاتل پسرش نبوده و لکن بر اساس خصوصیت با وی و تبانی با شهود، طرح شکایت نموده و با اخذ رأی، قصاص نموده در این صورت از نظر قانونی، مسؤولیت خواهد داشت و مثل شهود است و ولی مشهود علیه می‌تواند، وی را مجازات نماید. گرچه در قانون نص صریحی در این خصوص نداریم و لکن از اطلاق و عمومات قانون قصاص می‌توان این استنباط را نمود؛ از جمله بند الف ماده ۲۰۶ قانون مجازات اسلامی بیان کرده است: « مواردی که قاتل با انجام کاری قصد کشتن شخص معین یا فرد معین یا افرادی غیر معین از یک جمع را دارد خواه آن کار نوعاً کشنده باشد خواه نباشد ولی در عمل سبب قتل شود.» با اینکه ذیل بند در مقام بیان سبب قتل است و لکن صدر بند در مقام بیان مباشر قتل است و ولی قصاص با فراهم نمودن محاکمه ناعادلانه و اخذ رأی غیر واقعی، اقدام به قتل یک نفر بی‌گناه نموده است که شامل تعریف بند خواهد بود و چون در موقع قصاص، خود مباشرتاً اقدام نموده و یا مأمور اجرا را مغرور نموده است، مسؤولیت مستقیماً متوجه ولی خواهد بود. اما اینکه ولی قصاص، با شهود توأماً قصاص می‌شوند یا فقط ولی قصاص می‌شود در ماده ۲۱۲ قانون مجازات اسلامی تکلیف، روشن شده است و ذیلاً متن ماده بیان می‌گردد.

۴-۲-۳- مسؤولیت قانونی ولی قصاص

ماده ۲۱۲: «هرگاه دو یا چند مرد مسلمان مشترکاً مسلمانی را بکشند ولی‌دم می‌تواند با اذن ولی امر همه آن‌ها را قصاص کند و در صورتی که قاتل دو نفر باشند باید به هر کدام از آن‌ها نصف دیه و اگر سه نفر باشند باید به هر کدام از آن‌ها دو ثلث دیه و اگر چهار نفر باشند باید به هر کدام از آن‌ها سه ربع دیه را بپردازد و به همین نسبت در افراد بیشتر.» بنابراین اگر ولی قصاص با شهود، همگی قصاص شدند، مسئله تمام شده تلقی می‌گردد. اما اگر بعضی قصاص شدند و بعضی دیگر با پرداخت دیه به اندازه نصیب خود، از مجازات قصاص رها شدند، آیا مجازات دیگری برای آن‌ها اعمال می‌شود یا اینکه بدون مجازات قانونی رها می‌شوند؟ در ماده ۲۰۸ قانون مجازات اسلامی آمده: «هر کس مرتکب قتل عمد شود و شاکی نداشته یا شاکی داشته ولی از قصاص گذشت کرده باشد و اقدام وی موجب اخلال در نظم جامعه یا خوف شده یا بیم تجری مرتکب یا دیگران گردد موجب حبس تعزیری از ۳ تا ۱۰ سال خواهد بود.» در این ماده اشاره‌ای به اینکه قتل مباشرتاً یا سبباً باشد نشده است و لکن به نظر شامل قتل

عمد اعم از سبب و مباشر می شود. در صورتی که ولی قصاص، قصاص نگیرد با شرایط مندرج در ماده، دادگاه می تواند، وی را علاوه بر مجازات مقرر شرعی، به حبس محکوم نماید.

علامه حلی در خصوص مسئولیت و مجازات ولی قصاص در فقه می فرماید: اگر ولی قصاص رجوع کرد و مباشر در قتل بود و اقرار بر تزویر نمود، قصاص بر او ثابت است و حال اگر شاهدان هم رجوع کردند آیا شاهد مثل ممسک مقتول هستند یا شریک در قتل هستند؟ شق اولی مقدم است یعنی در حکم ممسک است چون مباشر، ولی بوده و اقوی از سبب است. در قواعد الاحکام نیز می فرماید: اگر شاهد، ولی قصاص را تأیید کرد مثل او شریک جرم است والا مسئولیت متوجه ولی است.

شهید ثانی در حاشیه الارشاد می فرماید: «لو رجع ولی القصاص المباشر فعلیه القصاص خاصه». (شهیدالثانی، ۱۴۱۴: ۲۴۷) یعنی اگر ولی قصاص رجوع کرد، قصاص متوجه او است فقط به شرط اینکه مباشر در قتل باشد.

حضرت امام خمینی می فرماید: اگر ثابت شود که شهود، شهادت زور داده اند حکم، نقض می شود و اگر مالی اخذ شده است مسترد می گردد الا اینکه مال، قابل برگشت نباشد که شهود ضامن خواهند بود و اگر مشهود به امور مالی نباشد بلکه غیر مالی مثل قتل و مانند آن باشد برای شهود اگر با تزویر شهادت داده باشند قصاص ثابت می شود و اگر ولی قصاص، مباشرت در قتل نماید و اعتراف کند که با شهود تبانی کرده و تزویر نموده است، قصاص برای ولی است نه شهود، ولو اینکه شهود هم اقرار بر تزویر نمایند. ولكن احتمال دارد در صورت تبانی ولی با شهود، بگوییم قصاص برای جمیع یعنی ولی و شهود ثابت می شود ولكن اولی یعنی قصاص برای ولی باشد بهتر است. (موسوی الخمینی، پیشین: ۳۴۳) در مسئله اولی حضرت امام خمینی، قصاص را متوجه ولی می داند و با کلمه «اشه» آن را بیان کرده اند و در مسئله دوم قصاص را متوجه شهود دانسته اند و با کلمه «اقرّب» این نظریه را بیان کرده اند. در مورد طلب قصاص توسط ولی، چهار صورت متصور است:

- ۱- ولی، علم بر کذب بودن ادعای خودش و قاتل نبودن فرد مدعی علیه داشته است؛ مثل شهود و فقط ادعا نموده و از حاکم درخواست صدور حکم قصاص نموده و غیر از آن هیچ اقدامی نکرده است.
- ۲- ولی، علم بر کذب بودن ادعای خود داشته و با تبانی با شهود درخواست صدور حکم قصاص نموده و خود در قصاص، مباشرت داشته است.

۳- ولی، علم بر قاتل بودن فرد مدعی علیه نداشته و جاهل بوده است و به تصور اینکه این فرد قاتل است، درخواست صدور حکم قصاص نموده است و شهود زور با شهادت خود موجب صدور حکم بر علیه فرد بی گناه شده‌اند و ولی هیچ اقدامی نکرده است.

۴- ولی، جاهل بوده و با شهادت کذب پس از صدور حکم، مباشرتاً اقدام به قصاص نموده است. در صورت اول و سوم و چهارم، مسئولیتی متوجه ولی نمی‌باشد ولو اینکه مباشرتاً اقدام به قصاص نموده است چون قصد نامشروع نداشته و عمل وی عدوانی نبوده و مغرور واقع شده است و فقط در صورت دوم، ولی ضامن بوده و قصاص متوجه او است و در واقع مسئله اولی، صورت دوم را بیان کرده و مسئله دوم، صورت اولی را بیان کرده است ولی با اینکه تعدد در ادعای کذب داشته و لکن چون مباشرت ننموده، قصاص متوجه او نمی‌باشد.

آیت الله خویی (ره) می‌فرمایند: اگر مشهود له، جاهل به موضوع بود ضامن نیست و ضامن، متوجه شهود است. (خویی، پیشین: ۲۶۳) در این مسئله به نظر می‌رسد صورت علم مشهود له، بر کذب بودن ادعای خود را بیان ننموده است. بنابراین نظریه، علم و اطلاع مشهود له، نقش کلیدی در تعیین مجازات دارد، کما اینکه قبلاً بیان شد عنصر معنوی در ارتکاب جرم، مؤثر بوده و با احراز علم و عمد، مرتکب را می‌توان مجازات کرد والا مسئولیت متوجه وی نخواهد بود.

۴-۲-۴- ایجاد مسئولیت برای قاضی صادر کننده حکم بر مبنای شهادت دروغ

سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا برای قاضی که مطابق شهادت شهود زور، حکم صادر نموده و بعداً معلوم شده، شهادت خلاف واقع و کذب بوده و حکم هم اجراء شده است، مجازات در نظر گرفته شده است یا خیر؟ و به عبارت دیگر آیا مسئولیتی متوجه قاضی صادر کننده رأی می‌باشد یا نه؟ و سؤال دیگر اینکه اگر قاضی بر اساس شهادت دروغ، رأی صادر نمود و مأمور اجرای حکم آن را اجراء کرد آیا مسئولیتی متوجه حداد می‌شود؟ نهایتاً اینکه آیا مجازاتی برای ولی مشهود له، در نظر گرفته شده است یا خیر؟

در مورد اجرای حکم اعم از رجم و قتل و قصاص که بر مبنای شهادت زور (دروغ) صادر گردیده بررسی این نکته، ضروری است که مباشر، چه کسی است و سبب چه بوده و آیا مباشر، اقوی است و یا سبب؟ به عبارت دیگر وقتی شهودی، شهادت بر وقوع قتل و سرقت توسط فردی می‌دهند و یا شهادت می‌دهند، فلان فرد مرتکب زنا، محصن و محصنه و یا با محارم گردیده و قاضی بر اساس شهادت شهود، حکم بر قتل و رجم و قطع دست می‌دهد و مأمور اجرای حکم، آن را اجرا می‌نماید و بعداً معلوم

می‌شود ولی مشهود له در مورد قصاص، با شهود، تبانی نموده است و آن‌ها شهادت دروغ علیه فرد بی‌گناهی داده‌اند و آن بی‌گناه، به قتل رسیده است و یا شهود، شهادت دروغ بر وقوع سرقت توسط فرد بی‌گناه داده‌اند و حکم قطع ید بی‌گناه، اجرا شده و یا رجم شده است، حال کدام یک از افراد، گناهکار اصلی و قابل قصاص می‌باشند؛ مأمور اجرای حکم که مباشر قتل و رجم و قطع ید بوده یا قاضی آمر به قتل و رجم و قطع ید یا ولی مشهودله که با شهود، مرتکب تبانی شده و بی‌گناهی را مجازات کرده است و یا شهود که سبب مجازات فرد بی‌گناه شده‌اند؟ در بررسی این موضوع بدواً مباشر و سبب تعریف و نظر قانونگذار و فقهاء را بیان می‌نماییم.

حال با توجه به تعریف و شناخت مباشرت و تسبیب، جرم واقع شده از شهادت کذب از قبیل رجم و قتل و قطع عضو منتسب به مباشر است یا سبب؟ به عبارت دیگر، شهود با حضور در دادگاه، شهادت دروغ می‌دهند که زید مرتکب قتل عمد شده و ولی زید با اعلام شکایت در دادگاه، درخواست قصاص زید را می‌نماید و قاضی نیز بر اساس شهادت شهود، حکم قصاص، صادر می‌نماید و حکم توسط مأمور اجرای حکم اجرا شده است و زید قصاص می‌شود و بعد معلوم می‌شود که زید، بی‌گناه بوده است و شهود، شهادت دروغ داده‌اند، حال در این مسئله شهود سبب واقعه هستند و قاضی و مأمور اجرا و ولی دم مباشرند، مسئولیت بر عهده کدام می‌باشد مباشر یا سبب؟ مطابق قواعد کلی و اصول حاکم، مسئولیت با مباشر است مگر اینکه سبب اقوی از مباشر باشد و در امثال این قضیه اگر مباشر، بی‌اطلاع از کذب بودن شهادت شهود بوده و مغرور واقع شده است، مسئولیتی نخواهد داشت و اگر اطلاع از کذب بودن شهادت شهود داشته، به عنوان شریک در جرم خواهد بود و اما قصاص، متوجه مباشر خواهد بود یا سبب؟

اگر مباشر و سبب در جنایتی، جمع بودند از نظر قانون و فقه مسئولیت متوجه کدام خواهد بود؟ در صورت اجتماع مباشر و سبب در جنایت مباشر ضامن است مگر اینکه سبب اقوی از مباشر باشد. «اصل بر ضمان مباشر است؛ چون وقوع جنایت، معلول عمل مباشر است و تا مباشر (علت) نباشد، جنایت (معلول)، بوجود نمی‌آید و با این اصل، مباشر ضامن و مسئول شناخته خواهد شد مگر اینکه سبب، اقوی از مباشر باشد یا مباشر مغرور واقع شود که در این صورت سبب ضامن و مسئول خواهد بود.

حضرت امام خمینی در مبحث سوم، تراجم موجبات می‌فرمایند: یعنی اگر سبب و مباشر با هم جمع شوند، در صورت مساوی بودن تأثیر آن‌ها و یا اقوی بودن مباشر، مسئولیت بر مباشر خواهد بود. مثل اینکه یکی چاه بکند و دیگری فردی را به داخل آن هل دهد، کسی شیء لغزنده‌ای بگذارد و فرد

دیگری چاقو نصب کند و دیگری هل دهد، کسی که آتش روشن کند و دیگری شخص را به داخل آتش بیاندازد، فردی دیوار متمایل درست کند و فرد دیگری آن را ساقط کند. در این موارد، ضامن، مباشر خواهد بود و اگر مباشر ضعیف باشد و سبب قوی در این صورت مسئولیت با سبب خواهد بود مثل کسی که در معبر عمومی چاه بکند و روی آن را بپوشاند و فرد دیگری بدون اطلاع از وجود چاه، فردی را هل دهد و داخل چاه بیفتد در این صورت مسئولیت متوجه کسی است که چاه را کنده است چون پرتاب کننده، جاهل به موضوع بوده است. (موسوی الخمینی، پیشین: ۴۵۳) بنابراین نتیجه‌ای که از قانون و فقه می‌گیریم، این است که در صورت اجتماع مباشر و سبب، اگر هر دو مساوی بودند و یا مباشر اقوی بود، مسئولیت متوجه مباشر خواهد بود و الا متوجه سبب است.

الف- مسئولیت و مجازات قاضی در قانون

اصل ۱۷۲ قانون اساسی مقرر کرده: «هرگاه در اثر تقصیر یا اشتباه قاضی در موضوع یا در حکم یا در تطبیق بر مورد خاص، ضرر مادی یا معنوی متوجه کسی گردد در صورت تقصیر، مقصر طبق موازین اسلامی، ضامن است و در غیر اینصورت خسارت، به وسیله دولت جبران می‌شود و در هر حال از متهم اعاده حیثیت می‌گردد.» بنابراین اصل، اشتباه قاضی شامل موارد خطاء، و تقصیر شامل موارد عمد است و اگر قاضی عمداً مرتکب فعلی گردد که موجب ورود صدمه اعم از مادی یا معنوی به متهم گردد، مطابق مقررات عمومی فقه مسؤول جبران خواهد بود. با این اصل می‌توان گفت: در مورد شهادت کذب هم اگر قاضی با علم و اطلاع بر اینکه شهود اقدام به تزویر نموده‌اند و قاضی بر آن اساس اقدام به صدور رأی قصاص یا رجم و قطع عضو نموده، از باب مباشرت در ارتکاب جرم، مطابق موازین شرعی مجازات خواهد شد و اگر از قضیه تبانی شهود، بی‌اطلاع بوده است و امکان حصول یقین نیز وجود نداشته و حکم بر اساس ظواهر تشریفات قانونی بوده است، در این صورت با اینکه قاضی دستور قصاص داده است، لکن مجازات برای مبین خواهد بود؛ چون در اینجا سبب، اقوی از مباشر می‌باشد. در ماده ۵۸ قانون مجازات اسلامی نیز مثل اصل ۱۷۲ قانون اساسی در صورت تقصیر قاضی، مطابق موازین شرعی، مسؤول جبران ضرر و زیان مادی و معنوی است و لکن ضابطه‌ای برای تشخیص تقصیر بیان نشده است و مطابق قانون محاکمات قضات اگر تقصیر قاضی در دادگاه عالی انتظامی قضات اثبات شد و رأی قطعی بر وقوع تخلف از ناحیه قاضی صادر گردید، متضرر از جرم، می‌تواند از طریق قانونی، جبران خسارت مادی یا معنوی را بخواهد و دادگاه‌های عمومی مکلف به تبعیت از آراء محاکم عالی انتظامی قضات می‌باشند.

ب- مسئولیت قاضی در فقه

حضرت امام خمینی در تحریر الوسیله مسئله ۳۹ می‌فرماید: اگر بعد از اجرای حکم حد یا قصاص معلوم شد شهود شهادت دروغ داده‌اند، حاکم و مأمور از ناحیه وی در امر اجرای حکم، مسئولیتی ندارند و مسئولیت با شهود است. (موسوی الخمینی، پیشین: ۳۸۹)

آیت الله شاهرودی در باب ضمان می‌فرماید: اگر شهود، شهادت بر مسئله‌ای دادند که موجب قتل یا قطع عضو بود و حکم اجراء شد و معلوم شد شهادت زور بوده است، قصاص بر شهود است نه بر حاکم و مأمور اجرای حکم که حکم را اجرا کرده است الا اینکه مباشر قتل یعنی حاکم و مأمور اجرای حکم بدانند که شهادت، کذب بوده است در این صورت، قصاص برای مباشر است نه شهود؛ چون مباشر قصد قتل داشته و با عدوان و ظلم هم فعل را انجام داده است. بنابراین قصاص برای مباشر که همان حاکم است ثابت می‌باشد. با این بیان می‌توان گفت: اگر حاکم، علم و اطلاع بر کذب بودن شهادت شهود داشت و حکم را اجرا کرد، در این صورت به لحاظ اینکه قصد داشته و مباشر اقوی از سبب است، قصاص برای مباشر است والا قصاص برای شهود، اجرا خواهد شد و قاضی، مسئولیتی نخواهد داشت. بنابراین ملاک علم و اطلاع قاضی بر شهادت شهود است.

مرحوم آیت الله فاضل لنکرانی در باب اجتماع سبب و مباشر می‌فرماید: همانطور که در مورد شاهد کذب بیان شد در باب اجتماع سبب و مباشر اگر شهود با تزویر، شهادت بر امری دادند که منتهی به قتل مشهود علیه گردید، در این صورت قتل به شهود اسناد داده می‌شود نه بر حاکم و یا مأمور اجرای حکم که مباشرتاً حکم را اجرا کرده و قتل مرتکب شده است. (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۶: ۲۹۸)

بنابراین نظریه، با اینکه قتل مشهود علیه توسط مباشر یعنی قاضی و مأمور اجرای حکم صورت گرفته و لیکن چون آن‌ها مغرور واقع شده‌اند و علم و اطلاع بر کذب بودن شهادت شهود نداشته‌اند، مسئولیت متوجه آنان نخواهد بود بلکه متوجه شهود است که اقوی از مباشر می‌باشند. با اینکه در این بیان، ذکری از قاضی و یا مأمور در صورت علم و اطلاع از تزویر شهود، نیامده است و لکن از مفهوم مخالف، بر می‌آید که اگر قاضی و مأمور، علم بر تزویر شهود و تبانی آن‌ها داشته باشند، قصاص متوجه قاضی و مأمور خواهد بود. چون آن‌ها مباشر قتل و قطع هستند و مباشر با علم و اطلاع بر موضوع، اقوی از سبب است و تنها در صورتی ما سبب را اقوی می‌دانیم که مباشر، مغرور واقع شده باشد. یعنی اگر قاضی بر شهادت دروغ شاهد علم داشته باشند و بر آن اساس اقدام به صدور حکم محکومیت نماید به تناسب اقدام از باب سبب اقوی از مباشر مسئولیت کیفری دارند و قابل مجازات هستند.

۴-۲-۵- ایجاد مسؤولیت برای مأمور اجرای حکم صادره براساس شهادت دروغ

الف- مسؤولیت مأمور در قانون

در ماده ۵۷۹ قانون مجازات اسلامی، آمده است «چنانچه هر یک از مأمورین دولتی محکومی را سخت‌تر از مجازاتی که مورد حکم است مجازات کند یا مجازاتی کند که مورد حکم نبوده است، به حبس از ۶ ماه تا ۳ سال محکوم خواهد شد و چنانچه این عمل به دستور فرد دیگری انجام شود فقط آمر به مجازات مذکور محکوم می‌شود و چنانچه این عمل موجب قصاص یا دیه باشد مباشر به مجازات آن نیز محکوم می‌شود و اگر اقدام مزبور متضمن جرم دیگری نیز باشد مجازات همان جرم حسب مورد نسبت به مباشر یا آمر اجرا خواهد شد.» بنابراین ماده، مأمور اجرا در محدوده حکم صادره اگر انجام وظیفه نماید، مسؤولیت متوجه او نمی‌باشد الا اینکه در حین اجرای حکم، مرتکب تعدی یا تفریط گردد و بیش از حکم صادره اقدام کند، مثل اینکه تازیانه را با شدت بیشتر از حد شرعی آن و یا زیاده‌تر از نظر تعداد اجرا کند که در صورت ثبوت تقصیر، ضامن خواهد بود و در بند ۱ ماده ۵۶ نیز آمده در صورتی که ارتکاب عمل، به امر آمر قانونی بوده و خلاف شرع هم نباشد، جرم نمی‌باشد. با ملاحظه قوانین موجود، به نظر می‌رسد در صورتی که مأمور یقین بر خلاف شرع بودن حکم صادره نداشته باشد و تعدی و تفریط هم ننماید، مسؤولیت نخواهد داشت.

ب- مسؤولیت مأمور اجرای حکم در فقه

بر اساس نظرات فقها از جمله فاضل لنکرانی و علامه حلی و امام خمینی و شاهرودی که قبلاً بیان شد در ضمن بیان مسؤولیت قاضی در فقه بیان شده است؛ برای مأمور اجرای حکم که در واقع مباشر هم می‌باشد، مسؤولیتی متوجه نمی‌باشد و علت آن هم مطابق بیان فقهاء اقوی بودن سبب از مباشر، در شهادت زور بوده است و مأمور و قاضی مغرور واقع شده‌اند و اطلاع از تبانی و تزویر شهود نداشته‌اند. از اینکه معلوم شود مأمور و قاضی، اطلاع از تزویر شهود، داشته‌اند در این صورت، مجازات متوجه مباشر خواهد بود. کما اینکه آقای شاهرودی به آن اشاره کرده‌اند و در بند ۱ ماده ۵۶ قانون مجازات اسلامی هم این موضوع بیان شده است و حال اینکه تشخیص خلاف شرع بودن حکم صادره توسط مأمور اجرا، کار ساده‌ای نبوده و در حین اجرای حکم، مأمورین نا آشنا به موازین فقهی و شرعی را چگونه می‌توان مؤاخذه نمود که چرا تشخیص ندادید حکم صادره خلاف شرع بوده است و حال اینکه رأی صادره ممکن

است به تأیید قضات دیوانعالی کشور که از بزرگان حقوقی و فقهی می‌باشند، رسیده باشد و به مأمور اجرای حکم که فرد معمولی است ایراد بگیریم چرا تشخیص خلاف بین شرع نداده است.

البته در قانون مجازات جدید مصوب ۱۳۹۲ بعضی ابهامات رفع شده است، چراکه در ماده ۱۶۳ ق.م.ا. جدید آمده است که: «اگر پس از اجرای حکم، دلیل اثبات کننده جرم باطل گردد؛ مانند آن که در دادگاه مشخص شود که مجرم، شخص دیگری بوده یا این که جرم رخ نداده است و متهم به علت اجرای حکم دچار آسیب بدنی، جانی یا خسارت مالی شده باشد، کسانی که ایراد آسیب یا خسارت مذکور، مستند به آنان است، اعم از ادا کننده سوگند، شاکی یا شاهد حسب مورد به قصاص یا پرداخت دیه یا تعزیر مقرر در قانون و جبران خسارت مالی محکوم می‌شوند». (مصدق، ۱۳۹۸: ۵۶) بنابراین در بحث قتل شهادت کذبی که چه از روی عمد و چه شبه عمد و یا خطایی باشد و شهادت شهود هم تنها دلیل صدور حکم باشد، مشمول مفاد این ماده قانونی قرار می‌گیرد و وجود این ماده، اشکالی را که برای تبصره ماده ۶۵۰ ذکر شد، برطرف می‌سازد. بدین ترتیب در شهادت دروغ در قتل، همان مجازاتی که برای قاتل تعیین شده برای شاهد کاذب نیز مشخص شده است؛ زیرا عمل او نیز از باب تسبیب در قتل می‌باشد. لذا مجازات قصاص و یا دیه بسته به مورد آن اعمال می‌شود. یعنی اگر مأمور اجرا نیز بر شهادت دروغ شاهد علم داشته باشند و بر آن اساس اقدام به اجرای حکم محکومیت نماید به تناسب اقدام از باب سبب اقوی از مباشر مسئولیت کیفری دارد و قابل مجازات هستند.

با دقت و تأمل در قانون جدید، می‌توان گفت که قانونگذار در مورد شرایط شاهد و شهادت و مسئولیت کیفری و مجازات شهادت دروغ به جز مورد تشهیر شهود زور (دروغ) کاملاً از نظرات فقهی تبعیت نموده است و با شرع و فقه اسلام هماهنگی تمام دارد. ولی خلاءهای قانونی در باب مجازات شاهد دروغگو خصوصاً در باب حدود وجود دارد که حتی فقه نیز در مورد آن سکوت اختیار نموده است که باید این خلاء رفع شود.

نتیجه گیری

شهادت کذب یکی از عناوین مجرمانه در قانون و فقه است و مثل سایر جرایم نیاز به عناصر تشکیل دهنده مادی، معنوی و قانونی دارد و برای تعقیب شاهد دروغگو شرایطی از قبیل بلوغ و عقل و اختیار و عدم اجبار و اکراه لازم است و فردی که شهادت دروغ اداء نموده در صورتی تعقیب کیفری می‌شود که دارای آن شرایط باشد. به عبارت دیگر باید دارای شرایط تکلیف قانونی باشد و گرنه از مجازات کیفری معاف خواهد بود.

برای اینکه شاهد دروغگو مجازات شود چند شرط لازم است. ۱- شهادت در محکمه نزد مقامات رسمی ۲- مترتب شدن آثار بر شهادت دروغ ۳- ورود ضرر و زیان مادی یا معنوی بر مشهود علیه. بنابراین اگر شهادت، در خارج از دادگاه و نزد مأمورین غیر رسمی باشد و یا آثاری بر آن مترتب نشود، مجازاتی وجود نخواهد داشت؛ مگر اینکه مقدمات انجام شده جرم باشد که آن مقدمات قابل مجازات خواهد بود. برای اثبات شهادت دروغ مثل سایر جرایم، دلیل لازم است؛ از جمله اقرار و شهادت و علم قاضی و سند رسمی یا عادی که برای دادگاه علم آور باشد. برای شهادت دروغ در قانون و فقه مجازاتی در نظر گرفته شده است از جمله مجازات حبس و یا جزای نقدی در ماده ۶۵۰ قانون مجازات اسلامی و به عنوان تتمیم مجازات و مجازات تبعی دادگاه می تواند مجرم را از تمام یا بخشی از حقوق فردی یا اجتماعی محروم یا به انجام یا ترک فعل معینی مجبور نماید. در فقه نیز برای شاهد کذاب (دروغگو) که از آن به عنوان «شاهد الزور» تعبیر شده مجازات هایی از قبیل تعزیر بما یراه الحاکم (شلاق) و تشهیر و حبس و حد و قصاص و دیه، در نظر گرفته شده است و شاهد کاذب به تناسب جرم واقع شده مجازات خواهد شد.

بنابراین اگر معلوم شود در شهادت بر زنا گواهی دروغ بوده، حد قذف یعنی ۸۰ ضربه تازیانه بر شهود، جاری می شود و مشخص نشده است غیر از حد قذف تنبیه دیگری بر شهود وجود دارد یا همان حد قذف کافی می باشد. با تتبع در کتب سایر فقهاء هم، تقریباً همین مضمون است و در صورت ثبوت کذب بودن شهادت (بعد از اجرای حکم) حد قذف بر شهود جاری می گردد؛ البته هر چند بر اساس نظر فقهاء فقط در حدود در خصوص جرم زنا شهادت دروغ موجب حد قذف ذکر گردیده و در خصوص سایر حدود مجازاتی بیان نشده است و این سکوت به نوعی خلاء قانونی است که در باب مجازات حدود وجود دارد، زیرا منطقی به نظر نمی رسد که سایر حدود از این قاعده مستثنی شوند. بنابراین غیر از حد قذف به تبع نوع مجازات در سایر حدود که از باب تسبیب بر مشهود علیه اجرا شده است، می توان گفت که باید به شهادی که شهادت کذب و دروغ در جرایم در زمره حدود داده است به تناسب مجازات اجرا شده در خصوص مشهود علیه بر شاهد نیز اجرا شود. البته این مجازات غیر از مجازاتی است که در حین اجرای حد، برای آسیب جسمی بر مشهود علیه وارد می شود که از باب تسبیب، قابل جبران خواهد بود. در خصوص مسئولیت کیفری و آثار شهادت قبل از ادای شهادت، هیچ تأثیری در میزان مجازات وی ندارد؛ چون مجازات شاهد دروغ از باب تسبیب می باشد و شاهد هنوز سبب نشده که مجازاتی به مشهود علیه وارد شود و فعل مجرمانه ای انجام نداده است. اما در خصوص مسئولیت کیفری برای سایر

اشخاص که از آثار شهادت دروغ می‌باشد با ملاحظه نظرات فقهاء و حقوقدانان به این نتیجه می‌رسیم که در حدود، قتل، رجم، قصاص و دیات اگر شهود، شهادت به ناحق دادند و فرد بی‌گناهی مجازات شد، ولی قصاص، حق دارد با رعایت موازین شرعی شهود را قصاص نماید و در بین فقهاء اختلافی در این زمینه وجود ندارد. در باب دیات نیز اگر منتهی به دیه گردید، شاهد، ضامن پرداخت دیه خواهد بود و اما در مورد ضمان قاضی صادر کننده رأی، بیان کردیم اگر قاضی مغرور واقع شد و اطلاعی از شهادت دروغ نداشت، مسئولیت متوجه او نخواهد بود الا اینکه ثابت شود با شهود و یا ولی مشهودله تبانی کرده است. در این صورت اگر قاضی رأساً اقدام به اجرای حکم نمود به عنوان مباشر در وقوع قتل یا رجم، قصاص خواهد شد و اگر اطلاع از تبانی شهود نداشته، مسئولیتی متوجه قاضی نخواهد بود و مأمور اجرای حکم هم، همین حکم را دارد. در صورت علم بر تبانی شهود و نامشروع بودن حکم صادره به عنوان مباشر در وقوع جنایت، مجازات خواهد شد و اگر بی‌اطلاع از قضیه بوده، معاف از مجازات می‌باشد، اما ولی قصاص، چنانچه با علم بر بی‌گناهی مشهود علیه، اقدام به طرح دعوی نماید و اقدام عملی در وقوع جنایت نداشته باشد، اقوال مختلف نقل شده که قول مشهور، عدم قصاص بود و شهود به عنوان سبب اقوی مجازات می‌شوند و ولی، در این صورت به عنوان معاونت در وقوع قتل، مطابق قانون، مجازات خواهد شد. اگر ولی علاوه بر طرح دعوی غیر واقعی در قصاص، مباشرت داشته باشد، در این صورت مجازات متوجه او بوده و ولی مشهود علیه می‌تواند او را قصاص نماید. اگر ولی مشهود له، بی‌اطلاع از قضیه بوده و از تبانی شهود با خبر نبوده، در این صورت مسئولیت متوجه او نخواهد بود و قصاص برای شهود ثابت می‌شود.

فهرست منابع

۱. قرآن کریم.
۲. الموسوی الخمينی، روح اله (۱۴۰۳)، تحریر الوسیله، چاپ چهارم، تهران: مکتبه الاعتماد.
۳. باقری، صادق (۱۳۸۷)، ادله اثبات دعاوی کیفری، چاپ پنجم، مشهد: انتشارات دانشگاه علوم اسلامی.
۴. بهجت، محمد تقی (۱۴۲۶ ق)، جامع المسائل (بهجت)، قم: دفتر معظم له.
۵. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ ق)، وسائل الشیعه، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۶. حلی بن ادریس، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، جلد ۲، چاپ دوم، قم: نشر دفتر تبلیغات.
۷. خوبی، سید ابوالقاسم (۱۳۷۱)، مبانی تکمله المنهاج، جلد ۴۹، مشهد: نشر بغداد.
۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، ثبات و دلیل اثبات، چاپ سوم، تهران: نشر میزان.
۹. کریمی، عباس، (۱۳۹۴)، ادله اثبات دعوی، چاپ پنجم، تهران: انتشارات میزان.
۱۰. گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۹)، ادله اثبات دعوا (دعاوی کیفری و حقوقی) علمی و کاربردی، تهران: نشر میزان.
۱۱. گروه پژوهشی دانشگاه رضوی (۱۳۸۰)، ادله اثبات دعاوی کیفری، مشهد: دانشگاه علوم رضوی.
۱۲. سبزواری، سید عبد الاعلی (۱۴۱۳)، مهذب الکلام فی بیان الحلال و الحرام، چاپ چهارم، قم: نشر مؤسسه المنار.
۱۳. شهید الثانی (۱۴۱۴)، الروضه، جلد ۴، چاپ اول، قم: نشر دفتر تبلیغات.
۱۴. شهید الثانی (۱۴۱۴)، حاشیه الارشاد، جلد ۴، چاپ اول، قم: نشر دفتر تبلیغات.
۱۵. شیخ نیا، امیر حسین (۱۳۸۵)، ادله اثبات دعوی، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۶. شاملو احمدی، محمدحسین (۱۳۸۰)، فرهنگ اصطلاحات و عناوین جزائی، اصفهان: نشر دادیار.
۱۷. شهید دستغیب، عبد الحسین (۱۳۹۴)، گناهان کبیره، چاپ ۲۶، قم: دار الکتاب.
۱۸. شیخ مفید، محمد بن نعمان (۱۴۱۳)، المقنعه، الجوامع الفقہیه، جلد اول، قم: دار الکتاب.

۱۹. علامه حلی، حسن بن یوسف مطهر اسدی (۱۴۲۰)، **تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الامامیه**، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۲۰. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷)، **المبسوط فی الفقه الامامیه**، چاپ سوم، مکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار جعفریه.
۲۱. فاضل لنکرانی، محمد (۱۳۸۶)، **قواعد الفقه**، چاپ هشتم، قم: نشر دفتر تبلیغات.
۲۲. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.
۲۳. موسوی اردبیلی، عبد الکریم (۱۳۷۵)، **فقه الحدود والتعزیرات**، جلد ۱، قم: نشر جامعه المفید، مؤسسه النشر.
۲۴. مصدق، محمد (۱۳۹۸)، **بایسته‌های حقوق جزای عمومی**، چاپ اول، تهران: انتشارات گنج دانش.
۲۵. نوربها، رضا، (۱۳۸۷)، **زمینه حقوق جزای عمومی**، تهران: انتشارات گنج دانش.
۲۶. نجفی، محمد بن حسن (۱۴۰۴ ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۲۷. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۵)، **مستند الشیعه فی أحكام الثمریعه**، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۸. همو (۱۳۶۵)، **تهذیب الاحکام**، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۹. یوسف زاده، علی (۱۳۹۶)، «بررسی شرایط و اعتبار شهادت شاهد در حقوق کیفری و فقه»، همایش ملی حقوق و علوم جزاء تهران.

نگرشی نو به مسؤولیت پزشکی با رویکرد اخلاقی

محمد جواد عبدالمهی^۱

مهدی رضایی مقدم^۲

چکیده

هر چه زندگی انسان پیچیده‌تر می‌شود و از حالت ابتدایی و بسیط خارج می‌شود، مسأله‌ی اخلاق هم شکل گسترده‌تر و پیچیده‌تری به خود می‌گیرد و تعریف اخلاقی روابط انسان‌ها در جامعه مشکل‌تر و تشخیص مصادیق اخلاقی از غیر اخلاقی دشوارتر می‌شود. امروزه کمتر فعالیتی از فعالیت‌های روزمره‌ی بشری را می‌توان نام برد که به عنوان یکی از شاخه‌های اخلاق کاربردی یا حرفه‌ای، بررسی نشده باشد یا نتوان از آن در اخلاق بحث کرد. واضح است که طبابت کردن مصون از خطر، خطا و اشتباه نیست، اما آن‌چه جای تأمل دارد، مسئولیتی است که به واسطه فعالیت حرفه‌ای برای پزشکان ایجاد می‌شود. مسئولیت پزشکی، یکی از مباحث دشوار و پیچیده حقوق پزشکی است و معادل اصطلاح ضمان طبیب در نظام فقهی می‌باشد. منظور از مسئولیت پزشکی، مسئولیتی است که در نتیجه اعمال و اقدامات پزشکی ناشی می‌شود و منجر به ایراد صدمه و آسیب و خسارت مادی و معنوی به بیمار یا اقربای او می‌گردد. این مسئولیت‌ها در ارتباط با حرفه پزشکی عبارتند از مسئولیت مدنی، مسئولیت کیفری و مسئولیت انتظامی. حرفه پزشکی از منزلت بالایی برخوردار می‌باشد، فلذا باید با توجه به اهمیت این رشته و لزوم حفظ شئون این حرفه، نحوه عملکرد آن‌ها مورد توجه قرار گیرد. باید برای حرفه پزشکی، نسبت به نحوه معالجه، درمان و مراقبت از بیماران، مسئولیت صحیح، منطقی و منطبق با اخلاق و واقعیات روز قائل شد؛ لذا در این نوشتار سعی شده است که با نگاهی نو، به تبیین مسئولیت طبیب با رویکردی بر اخلاق پزشکی پرداخته شود.

کلید واژه‌ها: اخلاق، مسئولیت پزشکی، مسئولیت مدنی و مسئولیت انتظامی.

^۱ - استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و اقتصاد، واحد خمینی شهر، دانشگاه آزاد اسلامی، خمینی شهر،

اصفهان، ایران e_m_abdollahi@yahoo.com

^۲ - دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز - mehdirezaiemoghadam@gmail.com

مقدمه

شاید مهم ترین راه سودمند نمودن هر رابطه ای و مهم تر از همه، رابطه پزشک و بیمار این باشد که به انسان از روزنه معنوی هویت شناختی و ارادی او و به اصل انسان بودن علاوه بر توجه به هویت جسمی یا هیجانی او نگاه کنیم و بدانیم که با موجودی ملکوتی مواجه هستیم و این خصوصیات سبب تمایز او شده است و بالتبع رابطه ای متمایز نیاز است. این مهم حاصل نخواهد شد مگر با شناخت غایت وجودی انسان که علاوه بر موجود بودن، اشرف مخلوقات نیز هست. پزشک، زمانی موفق است که با اخلاق اجتماعی و آداب و رسوم و سنت و فرهنگ جامعه آشنا باشد و شاید به همین دلیل است که در گذشته پزشک را حکیم می نامیدند. ارتباط صحیح اخلاقی و بر مبنای سنت و فرهنگ موجب انگیزش بیمار به ادامه پیروی از دستورات پزشکی در فرایند درمان خواهد شد. فلذا تا زمانی که این هویت وارد صحنه انسانی نشود، بحث ارتباط پزشک و بیمار که اساساً ارتباط دو انسان است به نحو احسن برگزار نخواهد شد و به راستی، تا زمانی که علم طب را با تشریح جسد شروع می کنیم و از روح در حاشیه، سخن می رانیم، نباید توقع ایجاد رابطه ای صحیح بین پزشک و مریض داشت. (تابعی و محمودیان، ۱۳۸۶: ۱۱۷)

مشروعیت اقدامات پزشکی حاصل قاعده ای است که در فقه از آن به قاعده احسان^۱ یاد می شود، لیکن این قاعده مجوز انجام هر عملی را به پزشک نمی دهد و در صورتی می توان به آن استناد کرد که عمل پزشک در چهارچوب ضوابط حرفه ای و اخلاقی صورت گرفته باشد، بنابراین اگر یک پزشک در امر طبابت این ضوابط را رعایت نکند و از اقدام وی ضرر مادی یا معنوی به بیمار وارد آید دیگر نمی توان به قاعده احسان تمسک جست و پزشک متخلف را مصون از مسئولیت دانست، زیرا زمانی که یک پزشک به عمد و آگاهانه از ضوابط فنی و حرفه ای و به عبارتی اخلاق حرفه ای پزشکی تخطی می نماید، دیگر قصد نیکوکاری و احسان که لازمه اعمال قاعده احسان است مخدوش می گردد و علم طبابت وی نمی تواند او را مصون از انجام هرگونه عملی در راستای طبابت نماید که آن اقدام ضرری را به بیمار وارد یا حیثیت عمومی را خدشه دار کند، بلکه اقدامی باید در راستای طبابت تلقی گردد و قصد احسان در انجام آن مفروض تلقی گردد که اولاً شخص اقدام کننده از لحاظ مقررات حرفه ای پزشک محسوب گردد و مجوز

^۱ - مقصود از این قاعده این است که هرگاه شخصی به انگیزه ی خدمت و نیکوکاری، موجب وارد شدن خسارت به دیگری شود، اقدامش مسئولیت آور نیست و شخص محسن، ضامن شناخته نمی شود. در حالی که براساس قواعد مسلم در فقه و حقوق از جمله قاعده ی اتلاف، هرکس مال غیر را تلف یا ناقص کند ولو اینکه عمد و تقصیر نداشته باشد، ضامن است.

طبابت را کسب نموده باشد، دوماً اقدامات وی در امر طبابت در چهارچوب معیارهایی باشد که تحت عنوان ضوابط فنی، حرفه‌ای و اخلاق حرفه‌ای از آن یاد می‌شود.

در نتیجه صرف داشتن علم طبابت در حال حاضر نمی‌تواند مجوز اعمال قاعده احسان و صدور حکم به عدم ضمان پزشک باشد. حقوق‌دانان اسلامی در اصل حکم و عدم ضمان بر اثر احسان اختلافی ندارند اما پیرامون ماهیت احسان و نیکوکاری و حدود قاعده‌ی احسان موضوع، محل بحث و گفت‌وگو است. در موارد جلب منفعت و یا منع زیان از دیگری، عده‌ای معتقدند که ضامن نبودن شخص در این موارد یا به جهت ثبوت اذن یا ایجاب تصرف از طرف شارع است، نه قاعده‌ی احسان و در نقد و بررسی آن گفته شده، اولاً وجود اذن از طرف مالک یا شارع ثابت نیست. دوم آنکه، بر فرض ثبوت اذن، عدم ضمان به خاطر تحقق احسان است و در نتیجه این مطلب (ثبوت اذن یا ایجاب تصرف از طرف شارع) مؤید قاعده‌ی احسان است و سوم اینکه، چنانچه به لحاظ قاعده‌ی اتلاف، مسئولیت اقدام کننده ثابت شود، در این صورت با تحقق احسان، ادله‌ی اتلاف تخصیص می‌خورد.

بررسی قاعده فقهی احسان موضوع این نوشتار نیست بلکه تبیین ضرورت وجود اخلاقیات، و رای بعد شخصی آن و در بعد جمعی (اخلاق حرفه‌ای) و تأثیر آن در مسئولیت‌های حاصل از حرفه پزشکی موضوع این مقاله است. مزین بودن به اخلاق در این است که رفتار انسان از زمینه‌ی خیر درونی و ذاتی وی برخاسته باشد و این امر به طهارت اخلاقیات انسان (شرافت اخلاقی) مربوط است، پس شرافت اخلاقی، عالی‌ترین زمینه تحریک در رفتار است. (کانت، ۱۳۸۴: ۹۳) لذا قاعده احسان را نیز می‌توان بر همین اخلاق منطبق نمود.

امروزه کمتر فعالیتی از فعالیت‌های روزمره‌ی بشری را می‌توان نام برد که به عنوان یکی از زمینه‌های اخلاق کاربردی یا حرفه‌ای، بررسی نشده باشد. اخلاق در پزشکی، در حقیقت یکی از شاخه‌های اخلاق حرفه‌ای است که سعی دارد اخلاقیات را به صورت کاربردی در حیطه‌ی عملی پزشکان و کادر پزشکی و نیز در حوزه‌ی تصمیم‌گیری‌های اخلاقی در طب وارد نماید. این روند شامل فعالیتی تحلیلی است که طی آن افکار، عقاید، تعهدات، رفتار، احساسات، استدلال‌ات و بحث‌های مختلف در حیطه تصمیم‌گیری‌های اخلاق پزشکی به صورت دقیق و انتقادی بررسی می‌شود. تصمیمات اخلاق پزشکی در حیطه‌ی عملکرد طبی، بدیهیات و ارزش‌ها، خوب و بد، صحیح و نادرست و باید و نبایدها بحث می‌کند.

(گیلون، ۱۹۸۵: ۱۸۹۰)

در این تحقیق به روش تحلیلی توصیفی برای تبیین موضوع، ابتدا به مفهوم مسئولیت خواهیم پرداخت و بعد از آن انواع مسئولیت پزشکی و نقش اخلاق در آن مورد بررسی و تبیین قرار خواهد گرفت.

۱- مفهوم مسئولیت

از آنجا که بسیاری از بحث‌های راجع به اصول و مبانی مسئولیت‌های حقوقی و مسئولیت اخلاقی بر مبنای واژه‌ی مسئولیت شکل گرفته است، آشنایی اجمالی با پیشینه و مفاهیم لغوی و اصطلاحی آن در حقوق تطبیقی و معادل آن ضروری به نظر می‌رسد.

واژه‌ی مسئولیت^۱ در حقوق روم و حقوق قدیم فرانسه وجود نداشته است و در آثار گروسیوس و دوما^۲ نیز که متن ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی فرانسه منسوب به آنهاست، به کار نرفته است و آنان به جای آن از "تعهد به جبران خسارت" استفاده کرده‌اند. این اصطلاح نه در قانون مدنی ۱۸۰۴ و نه در قانون جزایی ۱۸۱۰ فرانسه یافت نمی‌شود. واژه‌ی یاد شده تنها در اواخر قرن هجدهم در زبان‌های اروپایی رواج یافته است و در قرن نوزدهم از اخلاق به حقوق راه پیدا کرده است. با این وجود، ریشه‌های آن پیشینه‌ی بسیار کهنی در قلمرو حقوق و اخلاق دارد و بارها توسط سیسرون در دفاعیاتش مورد استفاده قرار گرفته است. (بادینی، ۱۳۸۴: ۲۵)

در حقوق روم، فعل Responder، علاوه بر معنای حقوقی ضامن و متعهد شدن، به معنی واکنشی بوده که در مقابل هرگونه تقاضایی صورت می‌گرفته است؛ اما معنی امروزی مسئولیت را در بر نداشته است و چنین معنایی را باید در واژه‌های دیگری مانند نسبت دادن و مکافات دادن جستجو کرد. (Ricoeur, 1995: 45)

از اواخر قرن سیزدهم میلادی در شرایطی که حقوق، تابع مذهب و اخلاق بود، اصطلاح مسئول به معنی کسی که در مقابل خداوند نسبت به زندگی و اعمالش پاسخگو است، در اخلاق مذهبی رواج پیدا کرد. بعدها در جریان غیر مذهبی شدن اخلاق وارد اخلاق عرفی گردید و به معنی پاسخگو بودن فرد در مقابل وجدانش که در بردارنده قانون اخلاقی مطابق با طبیعت و عقل است تثبیت شد. سر انجام به

^۱ - Responsibility.

^۲ - Jean, Domat، حقوقدان برجسته‌ی فرانسوی است که معتقد بود تمام قوانین، باید مبتنی بر اصول اخلاقی باشد. آثار وی بیشتر در زمینه‌ی تدوین قوانین است و مشهورترین آن‌ها عبارتند از رساله‌ی قوانین و قوانین مدنی در نظم طبیعی‌شان (گری، ج ۱، همان، ۲۲۵-۲۲۶)، به نقل از: (حسن بادینی، ۱۳۸۴: ۲۴).

معنی کسی که در مقابل دادگاه نسبت به نتایج اعمال رفتار و تقصیرش پاسخگو است به حقوق راه پیدا کرد. (ویلی، نمای کلی تاریخی واژه مسئول: ۴۵ به بعد، به نقل از بادینی، ۱۳۸۴: ۲۶) هم در حقوق کامن لا و هم در حقوق نوشته واژه یاد شده توسط دو سیاستمدار به نام‌های نکر و هامیلتون در زمینه مسئولیت دولت به کار رفت و سپس به عنوان عبارتی عام برای مسئولیت اخلاقی و مسئولیت‌های حقوقی گسترش یافت و معانی دیگری نیز پیدا کرد. عده‌ای معتقدند که کلمه مسئولیت، توسط فیلسوفان قرن هیجدهم از زبان انگلیسی به زبان فرانسه راه یافته است. (ماز و و تنک، رساله نظری و عملی مسئولیت مدنی، به نقل از بادینی، پیشین: ۲۵)

به نظر می‌رسد که اصطلاح مسئولیت به مفهوم امروزی آن در حقوق خصوصی ساخته حقوقدانان قرن نوزدهم فرانسه به ویژه نویسندگان نخستین رساله‌های حقوقی باشد که چون شرح ماده به ماده قوانین را کنار گذاشته و خواسته‌اند این رساله‌ها را به گونه‌ای منطقی و آموزشی طرح‌ریزی کنند، به ساختن مفاهیم کلی که زیر عنوان آن بتوانند مسائل حقوق موضوعه را تشریح نمایند، نیاز پیدا کرده‌اند. (Viney, 1990: P277؛ به نقل از بادینی پیشین: ۴۶) امروزه در قلمرو حقوق، هر وقت اصطلاح مسئولیت به کار می‌رود منظور "تکلیف وارد کننده‌ی زیان نسبت به پاسخگویی به زیان در مقابل دادگاه و بر عهده گرفتن آثار مدنی، کیفری، انتظامی و... آن است؛ اعم از این که چنین تکلیفی در مقابل زیان دیده باشد یا جامعه..." (Gerard, 2000: 770) مسئولیت، به این معنی هر دو مسئولیت کیفری^۱ و مسئولیت مدنی^۲ را در بر می‌گیرد.

۲- بررسی انواع مسئولیت پزشکی و تأثیر اخلاق بر آن

مسئولیتی که به واسطه حرفه پزشکی ایجاد می‌شود، به طور کلی شامل مسئولیت مدنی، مسئولیت کیفری و مسئولیت انتظامی خواهد شد. در این بخش به طور جداگانه به بررسی حدود و شرایط انواع مسئولیت و نقش اخلاق در آن خصوص می‌پردازیم.

۲-۱- مسئولیت مدنی

مسئولیت مدنی عبارت است از مسئولیت در مقام خسارتی که شخص یا کسی که تحت مراقبت یا اداره وی است یا اشیاء تحت حراست وی به دیگری وارد می‌نماید. به عبارتی مسئولیت مدنی، تعهد و الزامی است که شخص برای جبران خسارات وارده به دیگری دارد؛ اعم از این که زیان مذکور در اثر

^۱ - Responsabilite Penale.

^۲ - Responsabilite Civile.

عمل شخص مسئول یا عمل فعل وابسته به او و یا ناشی از اشیاء و اموال تحت مالکیت یا تصرف او باشد. (حسینی‌نژاد، ۱۳۷۰: ۱۱۹) در حقوق مدنی، شرط تحقق مسئولیت، ایراد خسارت و اثبات رابطه سببیت است و علی‌القاعده به قصد و نیت فاعل ضرر توجهی نمی‌شود. برخلاف مسئولیت کیفری، در مسئولیت مدنی نیاز نیست که برای هر مسئولیت، مبنای قانونی ویژه به دست آورد. معیار اصلی برای شناسایی مسئول، داوری عرف است و رویه قضایی و اندیشه‌های حقوقی می‌توانند تقصیری ناشناخته (مانند تقصیر سازمانی یا گروهی) به وجود آورند یا بعضاً آن را مفروض دارند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۸۱)

تقصیر در طول تاریخ، دوران شکوفایی، اوج و انحطاط را پشت سر گذاشته است. از لحاظ تاریخی، مسئولیت مدنی یا مبتنی بر تقصیر بوده است یا رابطه‌ی سببیت. در جوامع اولیه مسئولیت مبتنی بر رابطی سببیت غالب بوده است؛ اما از اواخر جمهوری روم و تحت تأثیر اندیشه‌های یونانی، دوره‌ی شکوفایی تقصیر آغاز شد و از اواخر قرن هجدهم این دوره به اوج خود رسید. تحت تأثیر اندیشه‌های دوما مسئولیت مدنی در قوانین مدنی بیشتر کشورهای حقوق نوشته، مبتنی بر تقصیر گردید. (بادینی، پیشین: ۱۵۱) در قرن نوزدهم اصل عدم وجود مسئولیت بدون تقصیر، هم در حقوق کامن لا و هم در حقوق نوشته تثبیت گردید و به طور گسترده از طرف حقوقدانان مورد پذیرش قرار گرفت. جیمز بار ایمز، از این که معیار اخلاقی رفتار معقول جایگزین معیار غیر اخلاقی اقدام به ضرر دیگری گردیده است، ابراز خشنودی کرد. هولمز، با اطمینان اظهار داشت که "حقوق، به طور کلی مسئولیت را به وسیله‌ی قابلیت سرزنش^۱ تعیین می‌نماید. (Ames Barr, 1908: 99) به نقل از: بادینی، همان)

در آلمان، ایرینک تقصیر را حقیقتی سرمدی توصیف کرد. در حقوق فرانسه پلنیول در این زمینه نوشته است: "هر جا که مسئولیت بدون تقصیر پذیرفته می‌شود یک بی‌عدالتی اجتماعی رخ می‌دهد. این حکم در حقوق مدنی همانند این است که در حقوق کیفری بی‌گناهی مجازات شود. (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۱۸۴)" اما پس از یک قرن حاکمیت بی‌چون و چرا، امپراطوری تقصیر به انحطاط گرایید و در برخورد با شرایط جدید زندگی فرسوده شد و در بعضی از زمینه‌ها مسئولیت مبتنی بر رابطه‌ی سببیت و اندیشه‌ی اجتماعی کردن خطرهای جایگزین آن گردید. (انگلارد: ۹۶، به نقل از: بادینی، پیشین: ۱۵۵)

با این همه اگر نتوان گفت که تقصیر هنوز مهم‌ترین مبنای مسئولیت مدنی است، دست کم یکی از دو بال آن است و جدا کردن تقصیر از مسئولیت مدنی امکان‌پذیر نیست؛ زیرا مسئولیت مبتنی بر

^۱ - منظور هولمز از قابلیت سرزنش، قابلیت سرزنش از لحاظ اخلاقی نیست؛ بلکه قابلیت سرزنش به دلیل عدم انطباق رفتار فرد با معیار اجتماعی تقصیر است.

تقصیر این امکان را فراهم می کند تا مسئولیت مدنی با توجه به شرایط و اوضاع و احوال خاص هر دعوا با مقتضیات انصاف و عدالت وفق داده شود در حالی که مسئولیت محض چنین قابلیت ندارد.

مسئولیت مدنی به دو شاخه قهری و قراردادی تقسیم می شود. مسئولیت قهری به نقض تعهدات قانونی یا عرفی شخص در صحنه اجتماع اختصاص دارد، لیکن مسئولیت قراردادی به جبران خسارات ناشی از نقض تعهدات قراردادی مربوط می شود. مفهوم و نقش تقصیر در این نوع مسئولیت ها از جمله مسائلی است که همواره مورد اختلاف حقوق دانان بوده است. (اصلانی، ۱۳۸۴: ۶۵) در واقع، مسئولیت قراردادی عبارت است از «تعهدی که در نتیجه تخلف از مفاد قرارداد خصوصی برای شخص ایجاد می شود». اما در مقابل «مسئولیت خارج از قرارداد یا قهری هنگامی ایجاد می شود که بر اثر نقض وظیفه قانونی، زبانی به شخص وارد آید». در واقع ریشه این نوع مسئولیت، پیمان و قرارداد بین فاعل و زیان دیده نیست، بلکه تخلف از تکالیف قانونی است که برای همه وجود دارد؛ مثل پزشکی که بدون انعقاد قرارداد با بیمار یا اقربای او مبادرت به عمل جراحی نماید و این عمل، منتهی به نقص عضو یا آسیب و خسارت به بیمار گردد، در این قبیل موارد، مسئولیت خارج از قرارداد خواهد بود. (شجاع پوریان، ۱۳۷۴: ۳۱) در فقه اسلامی و قانون مدنی به مسئولیت خارج از قرارداد ضمان قهری می گویند.

گذر از مسئولیت مبتنی بر رابطه‌ی سببیت در جوامع اولیه به مسئولیت مبتنی بر تقصیر در جوامع امروزی به دلیل تغییر نوع نگرش انسان ها نسبت به مفهوم عدالت بوده است. برداشت نابی از عدالت، از درون، انسان امروزی را و می دارد تا بین خسارت ناشی از عمل تقصیرآمیز و خسارت ناشی از سایر اعمال فرق بگذارد. اهمیت تقصیر تا جایی است که آن را یکی از دستاوردهای تمدن و پیروزی عدالت پس از قرن ها چالش می دانند. واقعیت این است که به خاطر نقش بازدارنده‌ی تقصیر و ارزش اخلاقی آن و نیز امکان استفاده از تقصیر برای سیاست گذاری، عنصر تقصیر را نمی توان از مسئولیت مدنی حذف کرد. زدودن تقصیر به طور کلی از مسئولیت مدنی نشان دهنده‌ی غیر اخلاقی شدن جامعه و دور شدن از کرامت انسانی است. با وجود این، رابطه‌ی دوجانبه‌ی واردکننده‌ی زیان و زیان دیده اقتضاء می کند تا مفهوم تقصیر در مسئولیت مدنی با مفهوم آن در مسئولیت کیفری و اخلاقی متفاوت باشد. در مسئولیت کیفری و مسئولیت اخلاقی آنچه مهم است ساماندهی رفتار مقصر، از طریق فراهم کردن ضمانت اجرا برای رفتاری است که با توجه به وضعیت خاص مقصر و حالت ذهنی وی قابل سرزنش است. در حالی که در مسئولیت مدنی، تنها ساماندهی رفتار وارد کننده‌ی زیان مطرح نیست، جبران خسارت زیان دیده و حقوق و منافع وی نیز یکی از ارکان رابطه‌ی مسئولیت است. از این رو،

سرایت مفهوم تقصیر اخلاقی به مسئولیت مدنی باعث می‌شود تا به طور یکسان به طرفین نگریسته نشود و وضعیت خاص یکی از آنان بر رابطه‌ی دوجانبه‌ی مسئولیت تأثیرگذار باشد. به علاوه، هیچ انسانی قادر نیست در پیشگاه عدالت، به قضاوت اخلاقی در خصوص رفتار سایر افراد بپردازد. (بادینی، پیشین: ۳۱۴)

بنابراین به نظر می‌رسد هر چند تمسک به تقصیر اخلاقی به صورت شخصی ما را از عدالت در تصمیم دور می‌نماید لیکن برخلاف مسئولیت کیفری، در مسئولیت مدنی نیاز نیست که برای هر مسئولیت، مبنای قانونی ویژه به دست آورد. معیار اصلی برای شناسایی مسئول، داوری عرف است و رویه قضایی و اندیشه‌های حقوقی می‌توانند تقصیری ناشناخته (مانند تقصیر سازمانی یا گروهی) به وجود آورند یا بعضاً آن را مفروض دارند. (کاتوزیان، پیشین: ۳۴۰) بنابراین اگر در ارزیابی عمل پزشک عمل وی با معیارها و ضوابط فنی و اخلاق حرفه‌ای سنجیده شود برای تشخیص تقصیر، واقعیت را ساده‌تر، احتمال دستیابی به عدالت را بیشتر و قاعده‌ی حقوقی را منطقی‌تر و عقلانی‌تر می‌کند و با کنار گذاشتن حالت ذهنی وارد کننده‌ی زیان برای ارزیابی تقصیر، مسئولیت مدنی را از حالت اتفاقی بودن خارج می‌سازد. با وجود این نباید گمان کرد که مسئولیت محض در همه‌ی موارد خلاف اخلاق است؛ زیرا بر خلاف آنچه معمولاً گمان می‌شود، تعهد به جبران خسارت در صورتی که ناشی از تقصیر نباشد، لزوماً عاری از ملاحظات اخلاقی نیست. در واقع مبنای مسئولیت محض نیز این اندیشه‌ی اخلاقی است که نباید بدون دلیل قانونی به دیگری ضرر زد. ویژگی متعارف بودن یا نامتعارف بودن عمل نیز چه عمل خود شخص باشد یا اشیای تحت نظارت وی، باعث می‌شود تا آن عمل اخلاقی یا غیر اخلاقی تلقی شود که این عرف می‌تواند در پزشکی حاصل کدهای اخلاقی و حرفه‌ای باشد که توسط یک کانون حرفه‌ای ارائه می‌گردد و معیار ارزیابی رفتار باشد. به گفته‌ی لوتورنو "اخلاق نسبت به نامتعارف بودن بی‌تفاوت نیست".^۱ پس تقصیر اخلاقی یا مدنی محسوب نشدن عمل پزشک به معنی انطباق آن با اخلاق نیست؛ زیرا قلمرو اخلاق گسترده‌تر از ضوابط تقصیر اخلاقی است که می‌تواند در قالب مسئولیت انتظامی لحاظ گردد.

^۱ - "L'anormalite n est pas moralement neuter".

۲-۲- مسئولیت کیفری

«مسئولیت کیفری، تکلیف شخص در پاسخگویی به نتیجه عمل مجرمانه خود می‌باشد». (علی آبادی، ۱۳۷۴: ۳۴) عده‌ای نیز بیان داشته‌اند: «مسئولیت کیفری یعنی تعهد پاسخگویی به نتایج ارتکاب اعمال مجرمانه، به عبارتی تحمل مجازات تعیین شده برای آن‌ها». (افراسیابی، ۱۳۷۷: ۵۴) مسئولیت جزایی در حقیقت پلی ارتباطی بین جرم و مجازات ایجاد می‌کند و مجرم با عبور از این پل به عنوان مسئول شناخته می‌شود. (نوربها، ۱۳۶۹: ۶۱) برخی دیگر نیز گفته‌اند که: «مسئولیت کیفری عبارت است از الزام شخص مکلف به پاسخگویی به آثار و نتایج زیانبار فردی و اجتماعی عمل مجرمانه‌ای که انجام داده و یا ترک کرده است». (ولیدی، ۱۳۷۳: ۲۸)

در حقوق جزا، قصد و نیت مرتکب، یکی از عناصر تشکیل دهنده مسئولیت است. پرداختن به بحث مسئولیت کیفری شاغلین حرفه پزشکی و وابسته از حوصله این مقاله خارج است، لکن اجمالاً بایستی در نظر داشت که همکاری در سقط جنین به صورت غیر مجاز، خودداری از کمک به مددجویان^۱ خصوصاً در مواقع اورژانس، پایان دادن به زندگی بیمار و افشای اسرار بیمار^۲ از جمله مهم‌ترین عناوین مجرمانه حرفه پزشکی محسوب می‌شوند. جرائم و تخلفاتی از قبیل کلاهبرداری، جعل، دریافت حق حساب و اضافه دریافتی از مراجعین و از همه مهم‌تر، سهم‌خواری نیز که مع‌الاسف امروزه از تخلفات رو به رشد جامعه پزشکی محسوب می‌شود در زمره جرایم عمدی شاغلین حرفه پزشکی و وابسته قلمداد می‌شوند. هر چند ارتکاب جرایم عمدی توسط حرفه پزشکی و وابسته غیر ممکن نیست، اما از آن‌جا که هدف اصلی از مداوای بیماران و اقدامات پزشکی و پیرا پزشکی، اصولاً سلامت و بهبودی بیمار است و فرض اولیه این است که سعی و تلاش افراد مزبور در چهارچوب اصول و موازین فنی و

۱- قانون مجازات خودداری از کمک به مصدومین و رفع مخاطرات جانی مصوب ۱۳۵۴/۳/۵.

۲- حفظ اسرار بیماران توسط پزشکان و کارکنان بهداشتی - درمانی، با تکیه بر منابع فقهی و حقوقی، واجب و افشای آن حرام و جرم محسوب می‌شود. ولی از طرفی رازداری مطلق نیست؛ بلکه ممکن است شرایطی پیش آید که پزشک ناچار به نقض آن شود و به مواردی همچون مصلحت فردی یا عمومی می‌توان اشاره نمود، لذا در تشخیص این‌که دفع کدام ضرر مهم‌تر است، به استناد ادله شرعی یا مستقالات عقلی زمانی که دو حکم در کنار همدیگر قرار گیرند که یکی از آن‌ها دارای مصلحتی الزامی و قوی‌تر است، عمل به حکمی که مصلحت قوی‌تر دارد، ترجیح داده می‌شود. از سوی دیگر حرفه پزشکی باید نهایت سعی و کوشش خود را مصروف کنند که از ناحیه‌ی این آشکارسازی، حداقل ضرر متوجهی بیمار شود. همچنین، تعهد حرف پزشکی به رازداری با پایان یافتن ارتباط آن‌ها با بیمار و با کناره‌گیری آن‌ها از کار پزشکی و ... به هر دلیلی که باشد و با گذشت دوره‌ی زمانی مشخص، حتی با فوت بیمار پایان نمی‌یابد؛ بلکه، آن‌ها در طول زندگیشان، متعهد به آن، باقی می‌مانند. مضافاً این‌که به استناد ماده ۶۴۸ قانون مجازات اسلامی افشای اسرار بیماران جرم است.

حرفه‌ای صورت گرفته است، اگر در این راستا ضرری به بیمار یا اقربای او وارد و سبب مسئولیت شاغلین حرف مزبور شود، عمدتاً ناشی از خطا و تقصیر آن‌ها در انجام اعمالی است که در ارتکاب آن تعمّدی وجود نداشته است. در نتیجه می‌توان گفت که بخش عمده مسئولیت کیفری شاغلین حرفه پزشکی و وابسته، ناشی از جرایم غیر عمدی است. علاوه بر این‌ها، نقض برخی قواعد و مقررات صنفی و حرفه‌ای نیز ممکن است جرم عمدی تلقی شوند و در نتیجه قابل تعقیب باشند. (رهبر پور؛ عباسی، ۱۳۸۸: ۶۶) مسئولیت مدنی و کیفری با وجود تشابهات جزئی، از نظر هدف، منبع، قلمرو و آیین دادرسی و رسیدگی از یکدیگر متمایز هستند. (نجاتی، ۱۳۸۹: ۴۵)

هر چند در حقوق جزا، قاضی در مواردی مجبور است به ارزیابی برون ذاتی تقصیر متوسل شود. گرایش به این معیار در میان هواداران عدالت کیفری نیز دیده می‌شود. لگال در این زمینه گفته است: "هرگونه قضاوت در خصوص ارزش رفتار انسان با مقایسه‌ی آن با رفتار ایده آلی که الگو محسوب می‌شود، صورت می‌گیرد. همچنان‌که ارسطو، مکرر گفته است که انسان آزاد، ضابطه و معیار هر نوع خیری است." (بادینی، پیشین: ۱۶۲) لیکن صرف‌نظر از دشواری ارزیابی، تفسیر مضیق در ارزیابی فعل مجرمانه و تفسیر قضایی به نفع متهم در حقوق جزا پایبندی به نظریه‌ی یاد شده را دشوار می‌کند.

در حقوق جزای فرانسه به استناد مواد ۶-۲۲۱ و ۱۹-۲۲۲ مجموعه قوانین جزایی، دو نوع خطا ممکن است موجب مسئولیت کیفری حرف پزشکی شود. دسته اول؛ خطاهایی که به دلیل اقدامی مخالف با وظیفه‌ی داشتن رفتار محتاطانه که برای هر شخصی لازم است صورت می‌گیرد و دسته دوم؛ خطاهای مرتبط با استفاده از علوم و فنون طبی می‌باشد. سیاست جنایی در حقوق فرانسه، اقدام به اعمال زیر از طرف شاغلین حرف پزشکی و وابسته را جرم و قابل تعقیب کیفری دانسته است:

- صدمه غیر عمدی به جان فرد.
- افشای اسرار شغلی.
- اشتغال غیر قانونی به حرفه پزشکی.

¹ - Section 2: Des atteintes involontaires à l'intégrité de la personne. Article 222-19: Le fait de causer à autrui, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, une incapacité totale de travail pendant plus de trois mois est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende. En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à trois ans d'emprisonnement et à 45 000 euros d'amende.

- انجام آزمایش بر روی افراد بدون رضایت و اختیار آن‌ها.

- خودداری از نجات اشخاص حادثه دیده- سایر موارد، مانند رها کردن یک فرد در حالی که قادر به محافظت از خود نیست، صدور گواهی خلاف واقع، سقط جنین بدون مجوز قانونی و امثال ذلک. بنابراین در بررسی قوانین جزایی در حقوق ایران^۱ و سایر کشورها وجود معیارهای اخلاقی در تعیین عنصر قانونی و تشخیص مجرمانه بودن عمل مشهود است، و زمانی قانونگذار برای فعل پزشک ضمانت اجرای کیفری لحاظ می‌نماید که عمل صورت گرفته نه تنها به حقوق بیمار لطمه وارد آورده است و موجبات خسارت مادی و معنوی وی را فراهم آورده بلکه حقوق جامعه و همچنین کانون حرفه- ای پزشک و حیثیت عمومی و حرفه‌ای را به شدت خدشه‌دار نموده است که حتی اخذ براءت قبل از اقدام پزشک را از سایر مسئولیت‌ها مبری نمی‌کند.

۲-۳- مسئولیت انتظامی^۲

اگر مسئولیت در حرفه‌ای خاص مورد نظر باشد، چنان‌چه فردی از اعضای آن صنف، از روش‌های علمی و فنی متعارف و منطبق با اصول مسلم حرفه‌ای، یا مقررات صنفی آن حرفه تجاوز نماید، سبب مسئولیت انتظامی او خواهد شد که در این صورت بر حسب نوع تخلف، به مجازات‌های انتظامی محکوم خواهد گردید. برای مثال اگر پزشک یا پرستاری مرتکب فعل یا ترک فعلی گردد که در آیین‌نامه انتظامی رسیدگی به تخلفات شاغلین حرف پزشکی، ممنوع باشد، به مجازات انتظامی مربوطه محکوم خواهد شد. (عباسی، ۱۳۸۹: ۶۷) این نوع از تخلفات را به طور کلی تقصیرات اداری یا تخلفات انتظامی یا حرفه‌ای می‌گویند. به عبارت دیگر، نقض مقررات صنفی توسط یک فرد از افراد آن صنف، تخلف انتظامی محسوب می‌شود.

در هر جامعه و کشوری، انجمن‌ها، اتحادیه‌ها، کانون‌ها و سازمان‌های صنفی و حرفه‌ای متشکل از اجتماع افرادی با فکر و شغل مشترک برای حفظ منافع جمعی به وجود آمده است و اهداف خود را به صورت متحد دنبال می‌کنند. بعضی از این تشکّل‌ها حسب اهمیت، به منظور حفظ شئون اجتماعی اعضاء، قواعد و مقرراتی را وضع و به اجرا می‌گذارند و برای تخلف از این مقررات هم، عکس‌العمل و ضمانت اجرایی پیش‌بینی می‌کنند و بعضاً با دخالت مقنن، کیفرها و تنبیه‌هایی برای این تخلفات در

^۱ - مواد ۵۹ و ۶۰ قانون مجازات اسلامی.

^۲ - La responsabilité disciplinaire.

نظر گرفته می شود. (همان: ۸۹) به این ترتیب نقض مقررات صنفی توسط یک نفر از افراد آن صنف تخلف انتظامی محسوب می شود.

به این نوع تخلفات انتظامی به طور کلی «تقصیرات اداری» یا «تخلفات انضباطی» اطلاق می شود. هرچند بین تخلفات اداری یا انضباطی و تخلفات انتظامی نیز می توان قائل به تفاوت شد، چراکه تخلفات اداری به علت انجام یا ترک وظایفی که قانوناً و یا بر حسب شغل به عهده شخص بوده حاصل می گردد و اصولاً به صورت حصری در قانون و آیین نامه ها بیان شده است لیکن دایره تخلفات انتظامی بسیار گسترده تر و شمول آن می تواند وسیع تر باشد و بنابراین حصری نیست؛ لذا تخلف انتظامی عبارت است از «نقض مقررات صنفی به وسیله یک نفر از افراد آن صنف مانند صنف قضات، پزشکان و غیره»، برای مثال: بی لیاقتی و عدم رعایت شئون صنفی و اخلاق حرفه ای می تواند مشمول تخلفات انتظامی گردد. البته ضمانت اجرای تخلفات اداری و انتظامی مانند جرم جزایی صراحت و قاطعیت ندارند و مجازات آن متناسب با شغل مرتکب از قبیل توبیخ، تعلیق موقت، انفصال دائم یا موقت از شغل می باشد. این ضمانت اجراها بر خلاف ضمانت اجرای جزایی است که غالباً ارتباطی با شغل و حرفه مجرم ندارد؛ همانند مجازات های حبس، اعدام و غیره. فلذا تخلفات انضباطی که اعضای هر جمعیت یا انجمنی، در مقام وظیفه اداری یا شغل خود مرتکب می شوند، با ضمانت اجرای روبرو می شود که خود ناشی از مسئولیتی است که از آن تحت عنوان «مسئولیت شغلی» یا «صنفی» یا «حرفه ای» و «مسئولیت ناشی از تخلف انتظامی» یاد می شود؛ مانند مسئولیت پزشک در معالجه و اعمال جراحی. (عیسی الاحمد، ۲۰۱۱: ۹۵) البته مبرهن است که تخلفات انضباطی یا اداری، تنها در خصوص کسانی مصداق دارد که به آن شغل خاص اشتغال داشته و ارتکاب آن ها منحصر به اعضای آن صنف باشد. (آموزگار، ۱۳۸۵: ۷۶)

تخلف انتظامی همانگونه که ذکر گردید در حرفه پزشکی فعل یا ترک فعل انتظامی پزشکان و دیگر صاحبان حرفه پزشکی است که قانون آن را تخلف محسوب و برای آن ضمانت اجرای قانونی در نظر گرفته است و مرتکب به علت ارتکاب آن و از جهت انضباطی به وسیله هیأت های بدوی و عالی انتظامی نظام پزشکی مورد محاکمه قرار می گیرد. قانونگذار در تبصره یک ماده ۲۸ قانون تشکیل نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران به احصاء برخی از مهم ترین تخلفات انتظامی پزشکی پرداخته و مصادیق تخلفات مذکور، نوع و میزان مجازات های آن را در هر مورد و نحوه رسیدگی به آن ها و اجرای احکام مربوطه را موکول به تصویب آیین نامه نموده است. در حقوق فرانسه ضوابط و مقررات نسبتاً جامعی در خصوص این نوع مسئولیت مقرر شده است. در هر مورد که یکی از تعهدات حرفه ای و یا وضعیتی که به

موجب ضوابط و مقررات خاص رعایت آن الزامی است، توسط شاغلین حرف پزشکی نقض شود، این عمل منجر به محکومیت انتظامی خواهد شد. (Florin, 1999: 150)

هدف از مقررات انتظامی در وهله اول حفظ ارزش‌ها و شئون و سرمایه و اعتبار یک حرفه است که در طی قرن‌ها حاصل گردیده و باید حفظ گردد. یک پزشک به عنوان شخص حقیقی مسئولیت اخلاقی دارد. اما مسئولیت‌های حرفه‌ای او برخاسته از شغلی است که بر دوش گرفته است، به گونه‌ای که اگر شغل دیگری می‌پذیرفت، مسئولیت‌های اخلاقی وی تغییر می‌کرد. هر شغلی، مسئولیت‌های اخلاقی خاصی می‌آفریند. اخلاق در این مفهوم «وابسته به شغل» است که بر حسب تنوع مشاغل، اخلاقیاتی خاص مطرح می‌شود: اخلاق پزشکان، اخلاق معلمان، اخلاق مدیران، اخلاق سرپرستان، اخلاق وکلا، اخلاق قضات، اخلاق محققان، اخلاق خبرنگاران، اخلاق تجار و ... (قراملکی، ۱۳۸۵: ۴۵)

بنابراین جایی که نتوان پزشک را به جهت تقصیر اخلاقی و حرفه‌ای در قالب سایر مسئولیت‌ها پاسخگو شناخت، از آن جایی که به طور جدی حیثیت و اعتبار صاحبان حرف مذکور را در معرض تهدید و تنزل قرار داده، ممکن است حسب مورد، به جهت مغایرت با شئون پزشکی موجب مسئولیت انتظامی وی و مجازات گردد.

نتیجه‌گیری

نیاز به وجود پزشکان آگاه در یک جامعه بر احدی پوشیده نیست. وقتی انسان سلامتی خود را که یک نعمت الهی و از بالاترین و در عین حال مجهول‌ترین مواهب زندگی است^۱ در خطر می‌بیند، این نیاز به وضوح احساس می‌شود و در این جاست که رابطه پزشک و بیمار شکل می‌گیرد و بالتبع تعهداتی را برای هر یک در این رابطه متقابل به همراه دارد که در ذیل عنوان مسئولیت پزشک مورد بررسی قرار می‌گیرد. با این وجود، این نیاز نمی‌تواند هر گونه عملی را از طرف پزشک توجیه نماید و صرف قصد احسان و نیت خیرخواهانه مجوزی برای پزشک جهت انجام اقداماتی گردد، هر چند در راستای امر طبابت باشد. لیکن بر خلاف اخلاق و حیثیت عمومی جامعه و حرفه‌ای خود تلقی گردد و در نتیجه به بیمار، جامعه و کانون حرفه‌ای وی لطمه وارد نماید. از طرف دیگر سخت‌گیری بیش از اندازه و نگاهی دور از حسن نیت، عملاً افراد را از پرداختن به امر طبابت و اتخاذ این حرفه بی‌انگیزه و طرد می‌نماید و یا پزشکان را در شناخت اقدامات صحیح دچار ابهام و یا حتی موجبات پزشکی تدافعی را فراهم می‌-

^۱ - حدیث مشهور «النَّعْمَتَانِ مَجْهُولَتَانِ، الصَّحَّةُ وَ الْأَمَانُ».

نماید؛ به این معنا که پزشکان نیز در مقابل قوانین سخت به دنبال راهکارهایی می‌روند که تا حد امکان آن‌ها را از مسئولیت مبری کند که این می‌تواند در نهایت به زیان شخص بیمار، به عنوان یک فرد نیازمند درمان که در این رابطه نقش ضعیف‌تری دارد منجر گردد. لذا نگرشی نو به مسئولیت‌های ناشی از حرفه پزشکی با رویکردی اخلاقی و ارائه کدهای اخلاقی که بتواند معیاری برای پزشکان در انجام اقدامات صحیح باشد ضرورتی اجتناب‌ناپذیر بوده که در سایه اخلاق حرفه‌ای، شناخت جامعه، حرفه پزشکی و مخصوصاً در قالب مسئولیت انتظامی و تهیه و ابلاغ تخلفات انتظامی بر پایه اخلاق سازمانی می‌توان به آن دست یافت و بدین وسیله رعایت دو جانبه حقوق بیمار و پزشک را در امر طبابت و در فرآیند درمان تضمین نمود.

در حیطه پزشکی اعمال زیادی است که غیرقانونی قلمداد نمی‌شود اما جزء افعال غیر اخلاقی محسوب می‌شود. مسئولیتی که به واسطه افعال غیر اخلاقی ایجاد می‌شود، بخش عمده‌ای از تعهدات این حرفه را در بر می‌گیرد. مروری بر مفاد سوگندنامه و آیین نامه‌های اخلاق حرفه‌ای و همچنین احادیثی که پیرامون آن نقل شده است، گستره این مسئولیت را مشخص می‌کند.

فهرست منابع

۱. آموزگار، مرتضی (۱۳۸۵)، تعقیب کیفری و انتظامی پزشک مقصر، تهران: انتشارات مجد.
۲. اصلانی، حمیدرضا (۱۳۸۴)، «مفهوم و جایگاه تقصیر در مسئولیت مدنی قهری و قراردادی»، مجله تخصصی الهیات و حقوق، شماره ۱۵ و ۱۶، صفحات ۹۴-۵۱.
۳. افراسیابی، محمد اسماعیل (۱۳۷۷)، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، تهران: نشر فردوسی.
۴. بادینی، حسن (۱۳۸۴)، فلسفه مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۵. تابعی، سیدضیاءالدین؛ فرزاد، محمودیان (۱۳۸۶)، «اخلاق در پژوهشگری»، فصلنامه اخلاق در علوم و فناوری، شماره ۱ و ۲، صفحات ۵۴-۴۹.
۶. حسینی‌نژاد، حسین‌قلی (۱۳۷۰)، مسئولیت مدنی، تهران: انتشارات جهاد دانشگاهی.
۷. رهبرپور، محمدرضا؛ عباسی، محمود، (۱۳۸۸)، «پیشگیری از جرایم و تخلفات آزمایشگاهی»، فصلنامه حقوق پزشکی، سال سوم، شماره دهم، ۷۹-۶۳.
۸. شجاع‌پوریان، سیاوش (۱۳۷۴)، مسئولیت مدنی ناشی از خطاهای شغلی پزشک، چاپ اول، تهران: انتشارات فردوسی.
۹. عباسی، محمود (۱۳۸۹)، حقوق جزای پزشکی، چاپ دوم، تهران: انتشارات حقوقی.
۱۰. علی‌آبادی، عبدالحسین (۱۳۷۶)، حقوق جنایی، جلد اول، تهران: نشر فردوسی.
۱۱. عیسی‌الاحمد، علی (۲۰۱۱)، «المسؤولية التأديبية للأطباء في القانون المقارن»، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية.
۱۲. قراملکی، احد فرامرز (۱۳۸۵)، اخلاق حرفه‌ای، قم: نشر مجنون.
۱۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹)، الزامات خارج از قرارداد، جلد اول، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۱۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، مسئولیت مدنی، جلد اول، چاپ هشتم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۵. کانت، امانوئل (۱۳۸۴)، درس‌های فلسفه اخلاق، ترجمه‌ی منوچهر صانعی دره بیدی، تهران: انتشارات نقش و نگار.
۱۶. نجاتی، مهدی (۱۳۸۹)، مسئولیت پزشک در فقه و حقوق کیفری ایران، چاپ اول، تهران: انتشارات خرسندی.

۱۷. نوریها، رضا (۱۳۶۹)، *زمینه حقوق جزای عمومی*، تهران: انتشارات کانون وکلای دادگستری.

۱۸. ولیدی، محمدصالح (۱۳۷۳)، *حقوق جزای عمومی*، تهران: نشر دادگستر.

19. Ames Barr, James (1908), *Law and Morals*, 22 Harvad, Law Review.
20. Florin, Marie-Paule (1999), *Les obligations et la responsabilité juridique de l'infirmière*, Volume 1 of *Professionnelles de santé et instituts de formation en soins infirmiers*, Heures de France.
21. 3-Gerard, Cornu (2000), *Vocabulaire Juridique*", Association Henri Capitant, Presses Universitaires de France, Huitieme Edition.
22. 4-Gillon, Jones (1985), *Madical Ethics*, Oxford University Press, 1985.
23. Ricoeur, Paul (1995), *"Le Concept de Resposabilite, Essai d analyse semantique*, Le Juste, Editions Esprit.
24. Viney, Genevieve (1990), *La Responsibilite*, Archives de Philosophie du Droit, Tome 35.
25. 6-Ethics Resource centers, *Ethics toolkit* (2005), Available at: <http://www.utm. Edu/research/ iep/e/ ethics. htm>. Accessed: 2007/10/14.

نقدی بر ماده ۱۱ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری

محسن رحمانی فرد^۱

چکیده

مجازات حبس، صرف نظر از نقاط ضعف و قوت آن، همچنان به عنوان یکی از اصلی‌ترین مجازات‌ها در نظام حقوقی کشورها وجود دارد. با تصویب قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹، بکارگیری این مجازات دچار تغییراتی شده است. از جمله ماده ۱۱ این قانون با توسعه جرایم قابل گذشت و تنصیف حداقل و اکثر میزان مجازات حبس، نقش مهمی در ایجاد سیاست جنایی جدید دارد. در پژوهش حاضر، به آثار وضع این ماده اعم از مستقیم و تبعی در نظام حقوقی کشور و رویه عملی دادرسی پرداخته شده است و انتقادات وارد بر آن در چهار قسمت شامل: کوتاه شدن مدت شمول مرور زمان، قابل گذشت شدن جرایم مهم مالی و جرایم علیه آسایش عمومی، افزایش جرایم در صلاحیت مستقیم دادگاه و عدم تناسب احکام و مجازات‌ها با جرم، مورد واکاوی قرار گرفته است.

کلید واژه‌ها: تناسب مجازات، صلاحیت، کاهش حبس، قابل گذشت، مرور زمان.

^۱ - دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی - mohsenrahmanifard@gmail.com

مقدمه

از دیرباز که مجازات حبس به عنوان یکی از انواع مجازات‌ها در سیستم حقوقی کشورها راه یافت، در کنار بیان نقاط قوت و کارکردهای آن، به نقاط ضعف و نواقص آن نیز پرداخته می‌شد. با توجه به واقعیت‌های جامعه ایران و افزایش جمعیت کیفری در زندان‌ها، انتقادات بکارگیری این مجازات افزایش یافت و با بازنگری مبانی فقهی و اجتماعی این مجازات تصمیم قانونگذار بر استفاده کمتر از این نوع مجازات قرار گرفت.

در همین راستا، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با تعریف فصلی به عنوان "مجازات‌های جایگزین حبس" به تدوین مقررات در این زمینه اقدام نمود. با تصویب قانون کاهش مجازات حبس تعزیری، بیش از پیش اراده قانونگذار به استفاده کمتر از مجازات حبس تعلق گرفت. از بین مواد این قانون، شاید ماده ۱۱ پرکاربردترین و مؤثرترین ماده در رسیدگی عملی به پرونده‌های قضایی است. این ماده با توسعه جرایم قابل گذشت و نصف نمودن مجازات آن‌ها با توجه به سایر آثاری که به جرایم قابل گذشت در قانون مجازات اسلامی بار می‌شد، سهم مهمی در کاستن مجازات‌ها عموماً و مجازات حبس خصوصاً عهده‌دار است. در این پژوهش، با تحلیل این ماده، در قالب چهار قسمت سعی در بیان انتقادات و نقاط ضعف آن شده است.

۱- کوتاه شدن مدت شمول مرور زمان

مرور زمان عبارت است از گذشتن مدتی که پس از آن از دیدگاه قانونی، اعلام شکایت یا تعقیب و تحقیق و رسیدگی به دعوای عمومی و سرانجام اجرای مجازات امکان‌پذیر نیست. (شمس ناتری، ۱۳۹۲: ۲۳۸)

همیشه جهت شمول مرور زمان، دیدگاه‌های موافق و مخالف وجود داشته است. موافقان مرور زمان، دلایلی چون فراموشی خاطره جرم در اثر گذشت زمان، دگرگونی شخصیت آدمی و احساس پشیمانی که ممکن است انسان را به راه آورد، ترس و نگرانی مجرم و از بین رفتن آثار و دلایل جرم پس از گذشت زمان را مطرح می‌نمایند. در مقابل، مخالفان معتقدند با گذشت زمان، همه وقایع از ذهن و ضمیر آدمی زوده نمی‌شود. بکاربا معتقد است وقتی جنایت‌های جانگدازی که خاطره آن‌ها تا دیر زمان در اذهان مردم باقی است به اثبات رسید، سزاوار نیست که با فرار بزهکار و گریز از کیفر، مشمول مرور زمان شود. (بکاربا، ۱۳۸۵: ۶۱) همچنین مخالفان معتقدند با چشم‌پوشی از تعقیب و مجازات بزهکاران انگیزه ارتکاب جرم در وجود آن‌ها تقویت می‌شود. به ویژه بزهکاران که آزادی خود را معلول ناکارآمدی

پلیس و دستگاه قضایی در کشف جرم می‌دانند بیشتر به ارتکاب جرم تشویق می‌شوند، در نتیجه بیشتر در ورطه بزهکاری غوطه‌ور می‌گردند. (اردبیلی، ۱۳۹۳: ۲۴۹)

پس از پیروزی انقلاب اسلامی ایران، شورای نگهبان با موضوع مرور زمان مخالفت نمود و برابر نظریه ۷۲۵۷ مورخ ۱۳۶۱/۱۱/۲۷ مرور زمان را مغایر با موازین شرعی تشخیص دادند و در نتیجه در قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ از مواد مربوط به مرور زمان ذکر به میان نیامده بود. (مصدق، ۱۳۹۲: ۲۲۳) اما در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مرور زمان در جرایم تعزیری پذیرفته شده است که می‌توان آن را به چهار نوع تفکیک نمود: ۱- مرور زمان شکایت (موضوع ماده ۱۰۶ قانون مجازات اسلامی) ۲- مرور زمان تعقیب (موضوع مواد ۱۰۵ و ۱۰۹ قانون مجازات اسلامی) ۳- مرور زمان دادرسی و صدور حکم قطعی (مواد ۱۰۵ و ۱۰۹ قانون مجازات اسلامی) و ۴- مرور زمان مجازات و اجرای احکام قطعی (موضوع مواد ۱۰۷ و ۱۰۹ قانون مجازات اسلامی).

از جمله آثار تبعی بر توسعه جرایم قابل گذشت، کاهش مجازات آن بر اساس تبصره ماده ۱۱ قانون کاهش است. به علاوه از آثار دیگر کاهش مجازات، تغییر درجه مجازات و طبیعتاً تغییر مدت شمول مرور زمان است. به عنوان نمونه، جرایم زیر با تصویب ماده ۱۱ قانون فوق، در درجه پایین‌تری نسبت به قبل از تصویب قانون قرار گرفته‌اند.

- سوء استفاده از ضعف نفس افراد غیر رشید از درجه ۵ به درجه ۶.

- سوء استفاده از سفید مهر و سفید امضا از درجه ۵ به درجه ۶.

- خیانت در امانت از درجه ۵ به درجه ۶.

- کلاهبرداری با نصاب مبلغ و جرایم در حکم کلاهبرداری از درجه ۴ به درجه ۵.

- سرقت موضوع ماده ۶۵۶ قانون مجازات اسلامی با لحاظ شرایط از درجه ۵ به درجه ۶.

با تغییر درجه مجازات، مدت کوتاه‌تری جهت شمول مرور زمان خواهیم داشت. مثلاً وفق ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی مدت شمول مرور زمان تعقیب برای جرایم درجه ۴، ده سال، درجه ۵، هفت سال و درجه ۶، پنج سال از زمان ارتکاب بزه است. از آنجایی که کیفر بزهکاران از حقوق جامعه است و این حق نباید به دلیل کوتاهی و ناکارآمدی مراجع قضایی مشمول مرور زمان شود، از این رو

تعیین مهلت متعارف و متناسب جهت شمول مرور زمان لازم است.^۱ (مهدوی پور، ۱۳۹۵: ۲۴۶) لذا در جرایم شدید مانند کلاهبرداری و جرائم در حکم آن، جعل و استفاده از سند مجعول را نباید بدون مجازات گذاشت، حتی اگر زمان بیشتری برای اجرای عدالت بر مجرمان لازم باشد. این امر مخصوصاً در مورد مرتکبان فراری اهمیت بیشتری پیدا می‌کند.

بنابراین ماده ۱۱ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری، از این حیث که باعث کاستن مرور زمان کیفری در برخی جرایم مهم و شدید شده است، قابل نقد است. چراکه فلسفه مرور زمان طولانی این است که افراد ناکرده بزه با پیش‌بینی این امر که در صورت ارتکاب جرم طی مراحل مختلف دادرسی و قطعیت حکم، حتی با گذشت زمانی عرفاً طولانی مدت، مجازات معینه درباره آن‌ها به اجرا درخواهد آمد و به هیچ عنوان، موفق به فرار از چنگال عدالت نخواهند شد، از ارتکاب جرم منصرف می‌شوند. این کارکرد به عنوان کارکرد پیشگیرانه در سیاست جنایی مطرح است. (توسلی زاده، ۱۳۹۲: ۲۷۸) به علاوه امروزه جرایم مهم مالی در بستر زندگی روزمره و نه با توسل به خشونت و تهدید بلکه همراه با تقلب و سوء استفاده از هوش و استعداد و تدبیر ارتکاب می‌یابند؛ بنابراین رؤیت‌پذیری آن‌ها نسبت به جرایم متعارف کمتر است. بسیاری از قربانیان از بزه‌دیدگی خودشان مطلع نیستند. (مهدوی پور، ۱۳۹۵: ۲۲۷)

اثر تبعی دیگر توسعه جرایم قابل گذشت، تعیین مرور زمان طرح شکایت است. در خصوص جرایم غیر قابل گذشت این نوع مرور زمان پیش‌بینی نشده است. منظور از مرور زمان شکایت، مدت زمانی است که اگر بزه‌دیده مبادرت به تقدیم شکایت نکند حق شکایت خود را از دست می‌دهد و مبدأ آن، تاریخ اطلاع از وقوع جرم یا تاریخ رفع مانع یا تاریخ وفات متضرر از جرم است. (شمس ناتری، همان: ۲۴۶) ماده ۱۰۶ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌کند: "در جرائم تعزیری قابل گذشت هرگاه متضرر از جرم در مدت یک سال از تاریخ اطلاع از وقوع جرم، شکایت نکند، حق شکایت کیفری او ساقط می‌شود مگر اینکه تحت سلطه متهم بوده یا به دلیلی خارج از اختیار، قادر به شکایت نباشد که در این صورت مهلت مزبور از تاریخ رفع مانع محاسبه می‌شود. هرگاه متضرر از جرم، قبل از انقضای مدت مذکور فوت کند و دلیلی بر صرف‌نظر وی از طرح شکایت نباشد هر یک از ورثه وی در مهلت شش ماه از تاریخ وفات حق شکایت دارد."

۱- در برخی کشورها تا هنگامی که جرم کشف نگردد مرور زمان شروع می‌شود این در حالی است که در کشورهای دیگر شروع مرور زمان، موکول به دستگیری متهم است.

از آنجایی که در بسیاری از جرایم مهم مانند کلاهبرداری و خیانت در امانت و جعل مرتکب با تطمیع بزه‌دیده و وعده و وعید به وی عملاً طرح شکایت کیفری را به عقب می‌اندازد و اصطلاحاً زمان را می‌خرد؛ تعیین مرور زمان یک ساله باعث تضییع حقوق و اجحاف در حق بزه‌دیدگان است. به نظر نگارنده این مقرر در خصوص جرایم با اهمیت قابل نقد است.

۲- قابل گذشت شدن جرایم مهم مالی و جرایم علیه آسایش عمومی

علی القاعده با توجه به ماهیت جرم (که به رفتاری خلاف نظم اجتماعی تعریف می‌شود)، گذشت شاکی و استرداد شکایت هیچگونه تأثیری بر دعوای عمومی ندارد و فقط باید از موجبات سقوط دعوای خصوصی محسوب شود. با این وجود، قانونگذار در برخی جرایم به لحاظ رعایت مصالح اجتماعی و خانوادگی جنبه خصوصی برخی از جرایم را به جنبه عمومی آن‌ها رجحان داده، با اعلام گذشت شاکی دعوای عمومی نیز ساقط می‌شود.^۱ (آشوری، ۱۳۸۵: ۲۴۱)

قانونگذار برای افزایش سهم بزه‌دیده در نظام عدالت کیفری و تحقق جلوه‌های عدالت ترمیمی با تصویب ماده ۱۱ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری، جرایم قابل گذشت را افزایش داده است و این توسعه بی‌رویه از جهات زیر قابل نقد است:

الف) کاهش مجازات اینگونه جرایم، انگیزه جهت توافق با بزه‌دیده و جبران خسارت او را کاهش می‌دهد. (گرامی، ۱۳۹۹: ۱۵)

ب) عملاً تعداد زیادی از پرونده‌های متشکله در دستگاه قضایی قابل گذشت محسوب می‌شوند. خصوصاً اینکه در بین این جرایم، جرایم با اهمیتی مانند کلاهبرداری، انتقال مال غیر، خیانت در امانت، سوءاستفاده از سفید امضا و حتی جرایم علیه آسایش عمومی جامعه مانند جرم جعل و استفاده از سند مجعول قابل گذشت تلقی گردیده‌اند که این رویه قانونگذار قابل انتقاد است. چراکه بزهکار که غالباً در این گونه جرایم افراد باهوش و با استعداد و اصطلاحاً یقه سفید هستند، پس از ارتکاب بزه در صورت پیگیری شاکی و موفقیت وی در اخذ حکم محکومیت، با پرداخت خسارت وی و اخذ رضایت او، از

۱- این مقرر در قوانین کیفری ایران به عنوان یک استثنا لحاظ شده است و طبق ماده ۱۰۳ قانون مجازات اسلامی اصل بر غیرقابل گذشت بودن جرایم است. متأسفانه با اصلاح ماده ۱۰۴ به موجب ماده ۱۱ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری و توسعه جرایم قابل گذشت، به نظر عملاً جرایم قابل گذشت از حیث تعداد پرونده، بیشتر از جرایم غیر قابل گذشت است که این امر با سیاست جنایی قانونگذار در ماده ۱۰۳ قانون مجازات اسلامی منافات دارد.

اجرای مجازات می‌گریزند و واهمه‌ای از بزه‌دیدگانی که به هر علت اقدام به طرح شکایت نمی‌کنند یا از عهده اثبات شکایت خود بر نمی‌آیند، نخواهند داشت.

۳- افزایش جرایم در صلاحیت مستقیم دادگاه

به موجب ماده ۳۴۰ قانون آیین دادرسی کیفری: "جرایم تعزیری درجه هفت و هشت، به طور مستقیم در دادگاه مطرح می‌شود." در توجیه این مقررہ گفته شده است که نظر به کم اهمیت بودن جرایم درجه هفت و هشت و جهت جلوگیری از اطاله دادرسی و دو مرحله‌ای شدن رسیدگی، این نوع جرایم به صورت مستقیم در محاکم مطرح و رأی مقتضی صادر شود. اما همچنان اصل رسیدگی کلی در دو مرحله دادرسی و دادگاه حفظ شده است.

هرچند برخی صاحب نظران (یوسفی، ۱۳۹۲: ۲۳۲) اعتقاد دارند که رسیدگی مستقیم پرونده‌ها در دادگاه‌ها مزایایی دارد و آثار منفی بازتاب حضور بازپرس در مرحله تحقیقات مقدماتی و در نتیجه لزوم اقناع وجدانی تمام عیار را در دو موضوع می‌بینند: اولاً، جمع‌آوری کامل دلایل و انجام تحقیقات مقدماتی در مرحله دادرسی به دلیل وجود شأن قضایی بازپرس از اهمیت به مراتب بالاتری نسبت به دادگاه برخوردار می‌باشد. نتیجه این امر، تأکید بر تأثیرپذیری روان‌شناختی قضات دادگاه از موضوع است، بدین جهت که بازپرس، کلیه دلایل را جمع‌آوری نموده است و نتیجه اعتماد ایشان به پرونده ارسال شده از مرحله تحقیقات مقدماتی، عدم دقت و تمرکز کافی خواهد بود. ثانیاً، حضور بازپرس، عاملی برای اطاله دادرسی خواهد بود؛ چرا که بازپرس با توجه به این که به اقناع وجدانی در مرحله تحقیقات مقدماتی نیازی نمی‌باشد، وقت زیادی را جهت جمع‌آوری دلایل صرف می‌نماید و تأکید عمده بازپرس در مدل‌های بدون بازپرس، بر مرحله تحقیقات مقدماتی است و پس از پایان مرحله تحقیقات مقدماتی و صدور قرار متناسب توسط بازپرس، قاضی دادگاه نیز، مجدداً به همان دلایل پرداخته و در واقع آن‌ها را بازبینی می‌کند. بنابراین، جمع‌آوری دلایل در دو مرحله، جز اطاله دادرسی نتیجه‌ای را در پی نخواهد داشت، در حالی که در مدل بدون بازپرس با به دست آمدن یک یا چند دلیل معقول، پرونده به مرحله محاکمه ارسال و در این مرحله، به صورت متمرکز به دلایل موجود در فضایی کاملاً ترافعی پرداخته می‌شود.

وضعیت وجود دو اقناع وجدانی در دادرسی کیفری ایران، به عنوان یکی از مدل‌های دارای بازپرس به چشم می‌خورد. در مرحله دادرسی در ابتدا بازپرس، دلایل را جمع‌آوری می‌کند، به استماع شهادت شهود می‌پردازد، نظریات کارشناسان را اخذ می‌کند، بین متهم و شهود جلسه مواجهه حضوری می‌-

گذارد و پس از ارسال پرونده به مرحله رسیدگی، قاضی دادگاه، همان کارها را انجام می‌دهد. موضوعی که اضافی بودن اقتناع وجدانی بازپرس را در دادرسی‌های کیفری اثبات می‌کند. اما در مقابل باید به واقعیات رسیدگی به پرونده‌ها من جمله کثرت کار در محاکم نیز توجه نمود. تجربه ناموفق حذف دادسرا در نظام قضایی ایران در سال ۱۳۷۳ مؤید این نظر است که انجام تحقیقات در دادسرا، به رسیدگی بهتر و مؤفق در دادگاه‌ها می‌انجامد.

متأسفانه با تصویب ماده ۱۱ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری، جرایم بیشتری مانند تصرف عدوانی، ممانعت از حق و مزاحمت ملکی درجه هفت محسوب شده^۱ و در صلاحیت مستقیم دادگاه‌ها قرار گرفته‌اند،^۲ که با توجه به پیچیدگی‌های تحقیقات در این جرایم و بعضاً زمان‌بر بودن آن و نظر به واقعیات رسیدگی محاکم مانند کثرت پرونده‌های محوله، تصویب این مقرر قابل انتقاد است.

۴- عدم تناسب احکام و مجازات‌ها با جرم

مجازات نامتناسب، مجازاتی است که بدون توجه به نوع و میزان صدمه وارده، اهمیت مطلق و نسبی جرایم، نوع جرم ارتكابی، خصوصیات شخصی و تقصیر بزه‌دیده وضع یا اعمال می‌شود. امروزه با توجه به اینکه دوران حاکمیت مطلق و انحصاری دولت‌ها در جرم‌انگاری، تعیین مجازات و تعقیب و

^۱- نظریه ۷/۹۹/۱۱۲۱ مورخ ۱۳۹۹/۸/۲۱ اداره کل حقوقی قوه قضاییه: بزه تصرف عدوانی، مزاحمت و ممانعت از حق موضوع ماده ۶۹۰ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵ در مواردی که اموال و اراضی متعلق به اشخاص خصوصی باشد، طبق ماده ۱۱ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹ قابل گذشت و مشمول تقلیل مجازات حبس موضوع تبصره این ماده است و همین مجازات تقلیل‌یافته، مجازات قانونی جرم است که در انطباق آن با شاخص‌های مذکور در ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ جرم درجه هفت محسوب و طبق ماده ۳۴۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ به طور مستقیم در دادگاه مطرح می‌شود و اختیار دادگاه به تعیین مجازات بیش از سه ماه حبس یا جزای نقدی در اجرای بند ۲ ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین مصوب ۱۳۷۳ با اصلاحات و الحاقات بعدی که ممکن است منتهی به تعیین جزای نقدی (درجه پنج) شود، در صلاحیت مرجع رسیدگی کننده تأثیری ندارد.

^۲- بدیهی است این استدلال که: «در قانون کاهش مجازات حبس تعزیری فلسفه وضع آن حبس‌زدایی از بسیاری از رفتارهای مجرمانه بوده و مجازات بزه مذکور را کاهش داده و تبدیل به ۱۵ روز تا ۶ ماه حبس تعزیری نموده و از سویی به موجب ماده ۶۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ دادگاه الزاماً می‌بایست مجازات حبس تا ۶ ماه را تبدیل به مجازات جایگزین حبس کند. به موجب بند دوم ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای مالی دولت و مصرف آن در موارد معین که در ماده ۱۵ قانون کاهش مجازات حبس نیز آمده مجازات مرتکبان این قبیل جرایم جزای نقدی معین بوده و ملاک مجازات در مورد این جرایم، حبس نخواهد بود و مجازات قانونی جرم از کیفر حبس خارج شده و به موجب بند دوم قانون وصول، مجازات مذکور از ۳۳ میلیون ریال تا ۹۰ میلیون ریال بوده که درجه ۵ محسوب می‌گردد مذکور در صلاحیت عام دادسرا قرار می‌گیرد.» با توجه به صراحت ماده ۷۶ قانون مجازات اسلامی ناموجه است. ماده ۷۶ قانون مجازات اسلامی: "ملاک تعیین صلاحیت دادگاه و تجدیدنظرخواهی از حکم محکومیت به مجازات جایگزین حبس، مجازات قانونی جرم ارتكابی است."

محاکمه و مجازات شهروندان سپری گردیده است، اسناد بین‌المللی زیادی به ضرورت تناسب جرم و مجازات اشاره کرده‌اند. برای نمونه ماده ۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده ۷ کنوانسیون بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و ماده ۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، اصل تناسب جرایم و مجازات‌ها و ممنوعیت مجازات‌های نامتناسب را به صورت صریح یا ضمنی مورد تأکید قرار داده‌اند.

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقررات صریح و روشنی در خصوص ممنوعیت مجازات‌های نامتناسب پیش‌بینی نگردیده است. با وجود این با توجه به مبانی و منابع تدوین قانون اساسی و توجه ویژه آن به کرامت انسانی، اصل متناسب بودن احکام قابل استنباط است.

با نگاهی اجمالی به مواد ۶۶۸، ۶۶۹، ۶۸۴، ۶۸۷، ۷۱۴، ۷۱۵، ۷۱۶، و ۷۱۷ قانون مجازات اسلامی درمی‌یابیم که: اولاً قانونگذار در غالب موارد، جرایم خشونت‌آمیز را با خشونت پاسخ داده است. در حالی که این روش با احساس عدالت‌خواهی بشر مغایر است. ثانیاً، خصوصیات شخصی مجرم و مؤلفه‌های تشکیل دهنده شخصیت جنایی او را چندان مورد توجه قرار نداده است. از جمله برای تمامی موارد بی-احتیاطی و بی‌مبالاتی که می‌تواند علل و عوامل مختلفی از قبیل خودخواهی، فقدان حس اخلاقی و خستگی مفراط داشته باشند، به طور یکسان مجازات حبس و دیه مقرر کرده است. در حالی که تعیین مجازات زندان برای کسی که در اثر خستگی مفراط دچار حالت بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی شده است اثری نمی‌تواند داشته باشد. اما این نکته را نباید از نظر دور داشت که قانونگذار ایران در مواردی چند به صورت آگاهانه یا نا آگاهانه، تحت تأثیر یافته‌های بزه‌دیده شناسی علمی، مقرراتی را وضع کرده است برای نمونه می‌توان به بند ۳ ماده ۲۲، بند ب ماده ۲۵، مواد ۶۱، ۶۲ و ۷۲۸ قانون مجازات اسلامی اشاره کرد. این قبیل مقررات در قلمرو سیاست جنایی تقنینی ایران هرچند عاری از عیب و نقص نیست، گام مثبتی در راستای اجرای عدالت کیفری است.

به عنوان یکی از معیارهای ارزیابی تناسب بین جرم و مجازات می‌توان «نوع جرم و خصوصیات شخصی مجرم» را مورد بررسی قرار داد. با توجه به این معیار، دادرش دادگاه نخست باید نوع جرم ارتكابی را با در نظر گرفتن ماهیت، وضعیت و شکل جرم ارتكابی مورد بررسی قرار دهد و سپس خصوصیات زیست‌شناختی (مثل سن، جنس، وضعیت سلامتی) و روانشناختی (از قبیل اختلالات روانی) و جامعه‌شناختی (مثل فقر و ثروت و بیکاری) مرتکب جرم را مورد ارزیابی قرار دهد تا بتواند واکنش اجتماعی متناسب اعمال نماید. (ر.ک: سبزواری نژاد، ۱۳۹۶: ۱۳۳ به بعد) شاید بتوان گفت، این حق طرفین پرونده است که حکم صادره و مجازات تعیین شده برای وی با نوع جرم ارتكابی و وضعیت

مرتکب تناسب داشته باشد. بنابراین از سویی هیچ مجرمی را نمی‌توان با مجازات نامتناسب و شدید مجازات کرد و از سوی دیگر نمی‌توان حق جامعه و بزه‌دیده در مجازات مناسب مرتکب را نادیده انگاشت. کاهش مجازات برخی جرایم با حکم کلی تنصیف حداقل و اکثر جرایم قابل گذشت و کاهش و تبدیل مجازات حبس برخی جرایم که در این قانون اتفاق افتاده است جدای از اینکه با واقعیات جامعه و لزوم برخورد شایسته با جرایمی مثل سرقت و ... تطبیق ندارد، مجازات جایگزین مناسبی را به قضات برای اعمال آن به جای حبس نمی‌دهد. (گرامی، ۱۳۹۹: ۲۶)

به عنوان نتیجه می‌توان گفت هر چند نقاط روشن و امیدوار کننده‌ای در قوانین ما در راستای تناسب جرم و مجازات وجود دارد اما جهت اعاده حیثیت به حقوق کیفری و احترام به کرامت ذاتی انسان، بازنگری و اصلاح قوانین موجود و پیش‌بینی یک سلسله مقررات جدید الزام‌آور، خصوصاً در مورد لزوم تشکیل پرونده شخصیت و دخالت دادن تقصیر بزه‌دیده در میزان مسئولیت کیفری مرتکب امری ضروری است و صرفاً کاستن از مجازات‌های مهمی چون حبس، مانند ماده ۱۱ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری، کمکی به اصل لازم تناسب بین جرم و مجازات نمی‌کند.

نتیجه‌گیری

قانونگذار با تصویب ماده ۱۱ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری، جرایم قابل گذشت را افزایش داده است و این توسعه بی‌رویه از جهات زیر قابل نقد است:

۱- کاهش مجازات اینگونه جرایم، انگیزه جهت توافق با بزه‌دیده و جبران خسارت او را کاهش می‌دهد.

۲- عملاً تعداد زیادی از پرونده‌های مهم تشکیل شده در دستگاه قضایی مانند کلاهبرداری، انتقال مال غیر، خیانت در امانت، سوءاستفاده از سفید امضا و حتی جرایم علیه آسایش عمومی جامعه مانند جرم جعل و استفاده از سند مجعول قابل گذشت محسوب می‌شوند که این رویه قانونگذار قابل انتقاد می‌نماید؛ چراکه بزه‌کار می‌تواند پس از ارتکاب بزه در صورت پیگیری شاکی و موفقیت وی در اخذ حکم محکومیت، با پرداخت خسارت وی و اخذ رضایت او، از اجرای مجازات می‌گریزند و واهمه‌ای از بزه‌دیدگانی که به هر علت اقدام به طرح شکایت نمی‌کنند یا از عهده اثبات شکایت خود بر نمی‌آیند نخواهند داشت.

۳- با کاهش میزان مجازات، مدت کوتاه‌تری جهت شمول مرور زمان خواهیم داشت. از آنجایی که کیفر بزهکاران از حقوق جامعه است و این حق نباید به دلیل کوتاهی و ناکارآمدی مراجع قضایی مشمول مرور زمان شود از این رو تعیین مهلت متعارف و متناسب جهت شمول مرور زمان لازم است.

۴- از آنجایی که در بسیاری از جرایم مهم، مرتکب با تطمیع بزه‌دیده و وعده و وعید به وی عملاً طرح شکایت کیفری را به عقب می‌اندازد، تعیین مرور زمان یک ساله طرح شکایت در راستای ماده ۱۰۶ قانون مجازات اسلامی، باعث تضییع حقوق و اجحاف در حق بزه‌دیدگان است، به نظر نگارنده این مقرر در خصوص جرایم با اهمیت، قابل نقد است.

۵- تجربه ناموفق حذف دادسرا در نظام قضایی ایران در سال ۱۳۷۳ مؤید این نظر است که انجام تحقیقات در دادسرا، به رسیدگی بهتر و موفق در دادگاه‌ها می‌انجامد. متأسفانه با تصویب ماده ۱۱ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری، جرایم بیشتری مانند تصرف عدوانی، ممانعت از حق و مزاحمت ملکی، درجه هفت محسوب شده و در صلاحیت مستقیم دادگاه‌ها قرار گرفته‌اند، که با توجه به پیچیدگی‌های تحقیقات در این جرایم و بعضاً زمان‌بر بودن آن و نظر به واقعیات رسیدگی محاکم مانند کثرت پرونده-های محوله، تصویب این مقرر قابل انتقاد است.

۶- هر چند نقاط روشن و امیدوار کننده‌ای در قوانین ما در راستای تناسب جرم و مجازات وجود دارد اما جهت اعاده حیثیت به حقوق کیفری و احترام به کرامت ذاتی انسان، بازنگری و اصلاح قوانین موجود و پیش‌بینی یک سلسله مقررات جدید الزام‌آور خصوصاً در مورد لزوم تشکیل پرونده شخصیت و دخالت دادن تقصیر بزه‌دیده در میزان مسئولیت کیفری مرتکب امری ضروری است و صرفاً کاستن از مجازات‌های مهمی چون حبس، مانند ماده ۱۱ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری، کمکی به اصل لازم تناسب بین جرم و مجازات نمی‌کند.

فهرست منابع

۱. آشوری، محمد (۱۳۸۵)، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، تهران: نشر سمت.
۲. اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۳)، حقوق جزای عمومی، جلد سوم، تهران: نشر میزان.
۳. بکاریا، سزار (۱۳۸۵)، رساله جرایم و مجازات‌ها، ترجمه محمد علی اردبیلی، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان.
۴. توسلی‌زاده، توران (۱۳۹۲)، پیشگیری از جرایم اقتصادی، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
۵. سبزواری‌نژاد، حجت (۱۳۹۶)، «جایگاه اصل تناسب جرم و مجازات در حقوق کیفری ایران و انگلستان»، دو فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۷ و ۷۸، صفحات ۱۶۴-۱۳۳.
۶. شمس ناتری، محمد ابراهیم (۱۳۹۲)، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، جلد اول، تهران: نشر میزان.
۷. گرامی، حسین؛ فرهنگ، مجتبی (۱۳۹۹)، «جستاری در قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹/۲/۲۳»، فصلنامه آرا، دوره سوم، شماره اول، صفحات ۲۹-۳.
۸. مصدق، محمد (۱۳۹۲)، شرح قانون مجازات اسلامی، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
۹. مهدوی‌پور، اعظم (۱۳۹۵)، سیاست کیفری افتراقی در قلمرو بزهکاری اقتصادی، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
۱۰. یوسفی، ایمان؛ رئیسی، محمد صادق (۱۳۹۲)، «بررسی انتقادات وارده بر نهاد بازپرسی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۲، صفحات ۲۴۵-۲۱۸.

قانونی سازی عدالت ترمیمی: تجزیه و تحلیل تجربی در پنجاه ایالت

ایالات متحده آمریکا

نویسنده: تالیا گونزالز^۱

برگردان: سید رضا سجودی^۲

چکیده

در این مقاله، ماهیت حقوقی عدالت ترمیمی در ایالات متحده بررسی می‌گردد که به طور روزافزون، در حال رسمی‌تر شدن است. در دهه‌های گذشته، در تعداد قابل‌توجهی از تحقیقات، روش‌هایی اثبات شده‌اند که از طریق آن‌ها، عدالت ترمیمی به جرائم و آسیب‌ها، واکنش اجتماعی متفاوتی نشان می‌دهد. همچنین، در این تحقیقات، چگونگی اعطای اختیار به افراد و گروه‌ها بررسی می‌شود. بدین‌وسیله، می‌توان خشونت، واکنش به بی‌عدالتی‌های اجتماعی، سیاسی، اقتصادی و نیز مقاومت در برابر نابرابری‌های ساختاری کنونی را بررسی نمود. هنوز هم در این حوزه خلأیی آشکار دیده می‌شود (و آن نیاز به) بررسی جامع نظری و تجربی مدون‌سازی عدالت ترمیمی در قوانین ایالتی است. باتوجه به گسترش دامنه‌ی عدالت ترمیمی در مجموعه قوانین رسمی و نیز عملیاتی‌سازی‌شان در چند سیستم عمومی، انجام چنین تحقیقاتی ضروری است. براساس داده‌های به‌دست آمده از تجزیه و تحلیلی که برای اولین بار در پنجاه ایالت انجام گرفت، در این مقاله چنین استدلال می‌شود: میزان کنونی درونی‌سازی عدالت ترمیمی در قوانین، بیان‌کننده‌ی پیدایش هنجار قانونی جدیدی است. براساس این یافته‌ها، نگرش‌های کنونی در مورد عدالت ترمیمی حتماً باید به صورت هنجار بنیاد و تجربی دوباره بررسی شود. این یافته‌ها، مسیرهای جدیدی در تحقیقات ایجاد کردند، اما این تنها علت اهمیت زیاد این یافته‌ها برای اصلاح‌طلبان نیست. آن‌ها قصد دارند قوانین، خط‌مشی‌ها و سیستم‌هایی را ارتقاء دهند که به افزایش بی‌طرفی، برابری و عدالت منجر می‌شود. همچنین این یافته‌ها برای حقوق‌دانانی مهم است که به طور روزافزون با فرآیندهای ترمیمی رسمی سر و کار دارند. درونی‌سازی و انتشار عدالت ترمیمی در قوانین ایالتی نیاز به نقش‌آفرینی قضات، وکلا و کنشگران این حوزه را افزایش داده است. بدین‌وسیله می‌توان به صورت نظری و عملی، عدالت ترمیمی را درک کرد. همچنین باتوجه به کاربرد عدالت ترمیمی در مراحل مختلف فرآیندهای حقوقی، اکنون، آنان می‌توانند تصمیماتی بگیرند.

^۱ - تالیا گونزالز یکی از دانشمندان باسابقه در «مرکز فقر و نابرابری» در «مرکز حقوق دانشگاه جورج‌تاون» و نیز، استادیار «کالج اکسیدنتال» است.

^۲ - دکترای حقوق کیفری و جرم‌شناسی - s.r.sojudi@gmail.com

مقدمه

در دهه‌ی ۱۹۷۰، اصلاح‌طلبان (اصطلاح) عدالت ترمیمی را ایجاد کردند و توجه همه به آن جلب شده است. اصلاح‌طلبان در پی یافتن راه‌حل‌های جامع‌تری بودند تا آسیب‌ها، درگیری‌ها و جرائم را بررسی کنند. همچنین بدون اتکا به راهکارهای تنبیهی عادی در سیستم رسیدگی به جرائم کیفری، آنان می‌خواستند پاسخگویی افراد را افزایش دهند. مثل خیلی از جنبش‌های اصلاح‌طلبانه، جنبش عدالت ترمیمی همیشه در پی مقایسه‌ی ارزش‌ها و مبانی‌اش با ارزش‌ها و مبانی جاری در وضعیت کنونی بوده است.^۱ اولین روش‌های عدالت ترمیمی تا حد زیادی، گونه‌های میانجی‌گری بین قربانی - مجرم و مدل‌های گردهم‌آیی‌های گروهی خانوادگی بودند که در بسترهای سیستم رسیدگی به جرائم اطفال و رفاه کودکان، از آن‌ها استفاده می‌شد. در دهه‌ی ۱۹۹۰، کیفرشناس آمریکایی به نام هووارد زهر^۲ اثر سرنوشت‌سازی در این زمینه منتشر کرد و بدین ترتیب هویتی متمایز در رشته‌ی حقوق تحت عنوان عدالت ترمیمی شکل گرفت. در کتاب «دیدگاه درحال تغییر» زهر دیدگاه حقوقی‌اش درمورد عدالت ترمیمی را بیان کرد؛ دیدگاه جدیدی که به‌وسیله‌ی آن، سیستم‌های حقوقی بتوانند جرم، مجازات و آسیب (های) واردآمده در اثر جرم را تعریف کنند و به آن‌ها واکنش نشان دهند. بر اساس استدلال او، رسیدگی تلافی‌جویانه در قبال جرائم به لحاظ نقض نظم اجتماعی از طریق اثبات قانون‌شکنی و تقصیر (متهم)، تعریف می‌گردد. سیستم دادگستری تقصیر (متهم) را اثبات و براساس قواعدی منظم و سیستماتیک، در رویارویی مجرم و حاکمیت، مجرم را مجازات می‌کند. در مقابل، عدالت ترمیمی جرم را تضاد بین فرد و حاکمیت تلقی نمی‌کند، بلکه، بر این عقیده است که به طور اساسی، تضاد و اختلاف بین افراد روی می‌دهد. (Zehr, 2005: 181) اثر او به مشروعیت عدالت ترمیمی در رابطه با قانون و به خصوص فرآیندهای رسیدگی به جرائم کیفری، جهت مشخصی داد.^۳ گفتمان اصلی در این جنبش مؤید

^۱- تعریفی کلی از عدالت ترمیمی وجود ندارد. با این حال، در منابع مربوطه، درمورد مجموعه‌ی ارزش‌ها و مبانی، اجماعی کلی هست. به منظور تحقق اهداف این مقاله، «عدالت ترمیمی» را چهارچوبی کلی تلقی می‌کنم که براساسش، از روش‌ها و فرآیندهای خاصی (به عبارت دیگر، محافل، میانجی‌گری‌ها، گردهم‌آیی‌ها، شوراهای حکم‌دهنده‌ی ترمیمی و غیره) استفاده می‌شود. بدین‌وسیله می‌توان به اهداف عدالت ترمیمی دست یافت. این روش‌ها و فرآیندها می‌توانند در چهارچوب عدالت ترمیمی، عمل یا مجموعه‌ی اعمالی را انجام دهند.

^۲ - Howard Zehr.

^۳- باید اشاره کرد که در جنبش کنونی عدالت ترمیمی، در مورد این مسئله اختلاف و تنش زیادی است: آیا همچنان می‌توان این طور تصور کرد که عدالت ترمیمی در محدوده‌ی سیستم‌های حقوقی رسمی یا در مجاورتشان است یا نه و اینکه، چگونه چنین چیزی ممکن است؟

آن است که عدالت ترمیمی به هنجار قانونی جدیدی تبدیل شود، اما شواهد معنی داری وجود ندارد که نشان دهد این مسئله در این دوران رخ داده باشد. به عنوان مثال، تنها در قوانین چهارده ایالت، اصطلاح «عدالت ترمیمی» به صورت مدون، بیان شده است.

در گذشته، در درجه اول، به عدالت ترمیمی به عنوان نوعی خدمات اجتماعی توجه می شد که با سیستم رسیدگی به جرائم کیفری و جرائم اطفال ارتباط داشت، اما امروزه در سیستم های عمومی متعدد، از اهمیتش کاسته شده است. (Cshah And Others, 2017: 9) این سیستم ها روال های زیادی در بسترهای رسمی و غیررسمی را در بر می گیرد؛ همچون محافل اجتماعی، همایش ها و گفتمان ها، ساختارهای اعلام محکومیت جبرانی و آزادی مشروط، میانجی گری بین مجرم و قربانی، فرآیندهای مبتنی بر زندان و کمیسیون های آشتی و حقیقت (یابی) در سطح شهرها و ایالت ها. در حال حاضر تقریباً در هر ایالت و در سطوح ایالتی، منطقه ای و محلی، گونه ای از عدالت ترمیمی اجرا می گردد.^۱ بر اساس داده های ارائه شده در این تحقیق، چهل و پنج ایالت (مفهوم) عدالت ترمیمی را در قوانین حقوق موضوعه یا نظارتی شان به صورت مدون در آورده اند.^۲ این مسئله بیان کننده ی افزایش قابل توجه حمایت های رسمی ایالت ها از عدالت ترمیمی است. تعداد این ایالت ها از بیست و پنج تا سی و دو ایالت رسیده است. (Pavelka, 2016: 5-9 And Sliva, 2015: 77-85) دامنه ی قانونی سازی عدالت ترمیمی تنها به قوانین وضع شده، محدود نیست. داده هایی که در گذشته جمع آوری شده بود (۲۰۱۷) نشان می داد که هشتاد و پنج مجمع قانون گذاری ایالتی و فدرال در مرحله ای، در حال بررسی قوانین مرتبط با عدالت ترمیمی بودند. بین ژانویه و می ۲۰۱۹، درمورد عدالت ترمیمی هجده لایحه در هجده ایالت پیشنهاد شد. این مسئله شامل قوانین پیشنهادی در کارولینای جنوبی و آریزونا می شود. این ها دو تا از پنج ایالتی اند که در حال حاضر در آن ها هیچ نوع قانونی درمورد عدالت ترمیمی وجود ندارد. در کنار سیستم های رسیدگی به جرائم کیفری و جرائم اطفال، عدالت ترمیمی در قوانین ایالتی نقش پر رنگ تری ایفا می کند، در مدارس هم، روالی قوی ایجاد شده است. با توجه به مسیر و رشد عدالت

^۱ - عدالت ترمیمی شامل دامنه ی وسیعی از روش ها و فرآیندها می شود که هر کدام به شدت مختص یک بستر است، اما در دامنه ی گسترده ی «عدالت ترمیمی»، تنوع زیادی تعریف شده است. با وجود بیرون بودن از ساختارهای نظری و تجزیه و تحلیل نظری این تحقیق، این مسئله برای محققان سؤالاتی را ایجاد می کند که می خواهند نتایج فرآیندهای ترمیمی همچون اعتیاد به ارتکاب جرم یا رضایت مندی شرکت کنندگان و همچنین تأثیر (مثبت یا منفی) فرآیندهای عدالت ترمیمی بر افراد را بسنجند.

^۲ - ایالت هایی که را در متن قواعد دادگاه های قضایی و مجموعه قوانین اداری شان، «عدالت ترمیمی» را به صورت مدون در نیاورده اند عبارتند از: کارولینای شمالی، داکوتای شمالی، اوهایو و اوکلاهاما.

ترمیمی در واکنش به توجه روز افزون به پیامدهای فرعی سیاست‌های عدم اغماض در برابر نقض قانون، روش‌های سلب و محدودکننده تنبیهی و تأدیبی، نابرابری نژادی و جنسیتی و نیاز شدید به ایجاد جو مثبت و امنیت در مدارس، این الگو چندان عجیب نیست. (Armour, 2016: 1019-1023)

جایجایی عمودی و افقی عدالت ترمیمی در مجموعه قوانین سیستم‌های عمومی و جنبش‌های اجتماعی مؤید فرضیه‌ی تغییر هنجارهاست که در این مقاله به آن اشاره شده است. با پیدایش هنجارهای جدید، آن‌ها دیگر نه فقط توسط «هنجار آفرینان» بلکه چند فرد، شبکه، سازمان و بانک‌دار در چند سازمان و بین آن‌ها انتشار و انتقال می‌یابد. با توجه به «زبان گویای» قانون، قانونی‌سازی عدالت ترمیمی و افزایش کاربردش در سیستم‌های عمومی یکی از دلایل احتمالی افزایش توجه به احتمال بکارگیری راه‌حل‌های ترمیمی برای حل مسائلی همچون آسیب‌های نژادی، خشونت جنسی، تبعیض و سوگیری، خشونت اجتماعی، بی‌عدالتی زیست‌محیطی و مسیر مدرسه به زندان است.

در این مقاله، در پی دستیابی به دو هدفیم: اول اینکه می‌خواهیم ماهیت حقوقی در حال گسترش عدالت ترمیمی را ردیابی کنیم. بدین منظور، در این مقاله به طور تجربی، مجموعه داده‌ای کاملاً جدید از پنجاه ایالت درمورد قوانین عدالت ترمیمی را تجزیه و تحلیل می‌کنیم. استدلال این است که عدالت ترمیمی به عنوان هنجار حقوقی جدیدی به وجود آمده است. با این حال، کاربرد دامنه‌ی یافته‌های این مقاله به برنامه‌ی کاربردی تحقیق محدود نمی‌شود. این چهارچوب قانونی رو به گسترش همراه با پذیرش گسترده‌ترش از لحاظ اجتماعی و سیاسی، می‌تواند نشانه‌ای مهم برای جوامع، عمل‌گرایان، آموزش‌دهندگان و دیگر افراد تأثیر پذیرفته باشد. این علامت حاکی از آن است که در دامنه‌ی گسترده‌ی مسائل مرتبط با عدالت، عدالت ترمیمی همچون یک راه حل است. همچنین درونی‌سازی و انتشار عدالت ترمیمی در قوانین ایالتی شرایط بی‌سابقه‌ای ایجاد می‌کند. بدین‌وسیله وکلا، قضات و سیاست‌گذاران در موقعیتی قرار خواهند گرفت که در آن، باید در مورد نحوه‌ی استفاده از فرآیندهای عدالت ترمیمی در انواع بسترهای حقوقی، تصمیم بگیرند. آکادمی حقوق نمی‌تواند به سادگی، تأثیرات مهم و نسبتاً کلی مدون‌سازی عدالت ترمیمی در قوانین ایالتی توسط ایالت‌ها را نادیده انگارد.

دوم اینکه در این مقاله، درک جدیدمان از چگونگی ارزیابی تغییر هنجار، افزایش می‌یابد. به خصوص آنکه بر این عقیده‌ام که نظریه‌های مهم ساختارگرایانه در مورد تغییر هنجار شرحی دو بخشی درمورد درونی‌سازی قانون ارائه می‌کنند. از این رو، راهکار دقیق‌تری را پیشنهاد می‌کنم که از سه شاخص مجزا تشکیل شده است. این گونه‌شناسی‌ها به معنی منحصر به فرد بودن دو سویه و نیز جامع

بودنشان نیست. از نظر من، آن‌ها اولین مداخله‌ای ضروری در منابعند تا هر چه بهتر، بتوان تغییر در طرز درونی سازی هنجار جدیدی را شرح داد که در قوانین، پدیدار می‌شود. در این تحقیق، با استفاده از این گونه‌شناسی‌ها، عدالت ترمیمی در حوزه‌ی سامان بخشی قوانین را توصیف می‌کنم که توسط ایالت‌ها پدیدار شد، اما نمی‌توان قوانین را به این بستر محدود نمود. درک ایجاد هنجارها در مقابل قوانین (در چند مجمع و انجمن) برای مخاطبین در مقیاسی وسیع‌تر، مفید و ارزشمند است. (از دانشمندان علم حقوق گرفته تا وکلا و عمل‌گرایان عادی و جنبش‌های اجتماعی)

برای شرح مشکلات ناشی از پیدایش هنجارها در چرخه‌ی حیاتشان، هیچ فرمول دقیقی نیست. با توجه به این مسئله باید بگویم که پیدایش عدالت ترمیمی به عنوان هنجار حقوقی جدید چیزی است که معمولاً به عنوان دومین (سلسله‌مراتب درونی سازی) و سومین (درونی سازی) مراحل چرخه‌ی حیات هنجار، تعریف می‌شود. جایگاه حاشیه‌ای عدالت ترمیمی به عنوان هنجاری جدید از اهمیت یافته‌های این تحقیق نمی‌کاهد. در حقیقت، عدالت ترمیمی با ارزیابی‌های قبلی در مورد تغییر هنجارها همسو است. به خاطر تفاوت دیدگاه مؤسسات و کنشگران مختلف در مورد هنجارها، هرکدام از هنجارها در مسیر خاصی قرار می‌گیرد. گاهی آن‌ها به هنجارهای سیاسی یا اجتماعی و گاهی به هنجارهای قانونی تبدیل می‌شوند. در هر دو مورد، دامنه‌ی وسیع اعمال هنجار (حقوقی، سیاسی، اجتماعی یا ترکیبی از همه‌ی آن‌ها) در ناحیه‌ای خاص نشان‌دهنده‌ی تغییر است. به علاوه، درک پیدایش عدالت ترمیمی به عنوان هنجاری در زنجیره‌ی درونی سازی به طور دقیق، سطوح کنونی اشباع و انتشار عدالت ترمیمی در قوانین موضوعه و نظارتی بین ایالت‌های مختلف و همچنین در هرکدام از ایالت‌ها را توجیه می‌کند. همچنین این مسئله علت ارجحیت دادن عدالت ترمیمی به میانجی‌گری بین قربانی- مجرم را نشان می‌دهد. بدین وسیله شرحی از وضعیت از سال ۲۰۰۸ به بعد به دست می‌آید. بر اساس داده‌های به دست آمده از تحقیق، از سال ۲۰۰۸ سرعت تصویب قوانین مربوط به عدالت ترمیمی از سرعت میانجی‌گری بین قربانی- مجرم بیشتر شده است. همچنین در مقایسه با میانجی‌گری مجرم- قربانی و گفتمان مشابه، دو برابر بیشتر در قوانین ایالتی انعکاس پیدا کرده است.

۱- شرحی مختصر از نظریه‌ی عدالت ترمیمی

عدالت ترمیمی، تنها فهرستی از برنامه‌ای خاص یا طرح کلی آشکاری برای ایجاد تغییری منظم و سیستماتیک نیست. به گفته‌ی آمبریا^۱ ووس^۲ کووتس^۳، عدالت ترمیمی ما را ملزم می‌کند به صورت کاملاً متفاوت، به وجود جرم در جوامعمان توجه، آن را درک و به آن واکنش نشان دهیم. (Umbreit And Others: 518) عدالت ترمیمی در پی آن است که پس از ارتکاب جرم یا وارد آمدن آسیب، از طریق فرآیند تصمیم‌گیری جمعی، دوباره بین کنشگران اصلی (به عبارت دیگر، قربانی‌ها، مجرمان و جوامع تأثیر پذیرفته) تعادل ایجاد کند. بنابراین، بجای واکنش‌های تنبیهی، باید بر روی بهبود (مجرمین) تمرکز کرد. در سیستم رسیدگی به جرائم اطفال و جرائم کیفری، از طریق وارد نمودن مجرمان، قربانیان و جوامع آسیب پذیرفته به فرآیندهای اصلاح آسیب‌ها و بازسازی روابط، عدالت ترمیمی به ارتکاب جرم، واکنش‌های سازنده و مفید نشان می‌دهد. در سیستم آموزشی، عدالت ترمیمی مستلزم فاصله‌گیری فلسفی و عملی از ساز و کارهای کنترل‌کننده‌ی تنبیهی و جزایی است. بدین‌سان، می‌توان رشد فرد و جامعه را در اولویت قرار داد و از ایجاد فرهنگی سالم و بی‌خطر در مدارس حمایت نمود.

به خاطر ماهیت پیچیده و چند بُعدی‌اش، عجیب نیست که بتوان از طریق مجموعه‌ی متنوعی از سؤالات علمی، عدالت ترمیمی را بررسی کرد. با توجه به هدف خاص این مقاله (تجزیه و تحلیل تجربی عدالت ترمیمی در قوانین ایالتی) از زمان پیدایش روش‌های ترمیمی در ایالات متحده یا حتی پیش از آن، در دیگر نواحی جهان، در پی بررسی تمام منابع نبوده‌ایم. به جای آن، در این مقاله از طریق بررسی خلایق آشکار، در پی آنیم که همچون منابع، به جنبه‌های نظری، اجتماعی، سیاسی و عملی عدالت ترمیمی توجه کنیم؛ بی‌توجهی به نقش روز افزون قانون در ایالات متحده. با این حال شرح مختصری از رگه‌های اصلی منابع مرتبط با عدالت ترمیمی می‌تواند در ابهام‌زدایی از این حوزه مفید واقع شود و چهارچوب این مقاله را مستحکم‌تر کند. به علاوه، با گذشت زمان، مجموعه‌ی متنوع نظری و تجربی ایجاد و در نتیجه، فرآیندهای درونی‌سازی قوانین تأیید شده است. به‌خصوص اینکه، به خاطر توجه سیاست‌گذاران و قانون‌گذاران به ارزش‌ها، مبانی و عرف‌های عدالت ترمیمی، آن‌ها به بررسی‌های تجربی

^۱ - Umbreit.

^۲ - Vos.

^۳ - Coates.

برنامه‌ها و تحقیقات موردی کنونی نگاهی اجمالی انداخته‌اند. در این برنامه‌ها و تحقیقات موردی، روش‌های نویدبخش به شکل برجسته‌ای نشان داده شده‌اند.

اولین مجموعه از سؤالات به چهارچوب نظری و فلسفی عدالت ترمیمی مربوط می‌شود. در اغلب موارد از طریق پرسش سؤال در مورد طبقه‌بندی ارتباطی عدالت ترمیمی، چنین آثاری نقشی برجسته می‌یابند و در بسترهای محلی و جهانی باید به دنبالشان گشت. به عنوان مثال، شارپ^۱ اینطور استدلال می‌کند که در متن *Eu Directive* ۲۰۱۲، بر اساس خط‌مشی رسیدگی به جرائم کیفری، باید نوع درجه‌بندی (معیار سنجش) قربانی شدن را تغییر داد. به خصوص اینکه، او اینطور ادعا می‌کند که به منظور پی‌بردن به قابلیت‌های عدالت ترمیمی در سیستم‌های تشکیلات قضایی، باید تأثیرات ارتباطی گسترده‌ی آسیب کیفری و سیستم رسیدگی به جرائم کیفری را بررسی نمود. (Sharpe, 2017: 441-454) همچنین، لیولین^۲ بر این عقیده است که باید عدالت ترمیمی را نظریه‌ی ارتباطی جامعی در مورد عدالت تصور کرد که با آسیب و تأثیرات جرائم بر روابط در همه‌ی سطوح فردی، گروهی، اجتماعی، ملی و بین‌المللی ارتباط دارد. در رابطه با پذیرش درک ارتباط عدالت ترمیمی، او اینطور استدلال می‌کند؛ این مسئله دامنه‌ی عدالت را فراتر از فرآیندها یا راه‌حل‌های متفاوت سازمانی هم می‌گستراند. بدین‌سان می‌توان مطمئن شد که پس از اختلاف و درگیری، افراد همچنان پاسخگو هستند. (Liewellyn, 2012: 290) از لحاظ داخلی یا بین‌المللی عجیب نیست که در اغلب موارد، در منابع، عدالت ترمیمی با سیستم‌های تنبیهی و جزایی مقایسه می‌شود.^۳ در نتیجه، به طور عادی، عدالت ترمیمی به عنوان مدل یا سیستم «دیگر» یا «جایگزین» تلقی می‌شود. در حقیقت، براساس ردیابی آمبریت، «عدالت جزایی» در اولین سال‌های پیدایش عدالت ترمیمی متظاهر شد تا به خصوص با توجه به مجازات شایسته‌ی مجرمان، راهکار سیستم رسیدگی به جرائم کیفری را توصیف کند. (Umbreit And Others, 2005: 251)

با توجه به ماهیت سیاسی عدالت ترمیمی، برخی از دانشمندان در پی آن بوده‌اند تا دامنه‌ی عدالت ترمیمی فراتر از بسترهای عدالت هم گسترش یابد. به عنوان مثال در مقاله‌ی قبل، اینطور استدلال

^۱ - Sharpe.

^۲ - Liewellyn.

^۳ - رجوع کنید به اثر شیلی آگنهورتی و کاشی ویچ با این نام «اصلاح عدالت ترمیمی: الگویی جایگزین بجای عدالت»، L. Cuny, Rev. ۳۲۳، ۳۳۵-۴۶ (۲۰۱۷)؛ ماری الن ریموند، «قانون و عدالت ترمیمی: دوست یا دشمن؟ نگاهی سیستماتیک به مسائل حقوقی در عدالت ترمیمی»، 53 Drake L. Rev. 667, 671-80 (۲۰۰۵).

کردم که به جای ارائه‌ی پیشنهاد پاسخگویی، اصلاح آسیب‌ها یا ارزش‌ها به منظور تغییر سیستم‌ها، باید برای نجات عدالت ترمیمی، آن را درک نمود. من بر این عقیده‌ام که به عنوان روشی برای مقابله با بی‌عدالتی، به خصوص به منظور رهایی از ظلم و استیلاء و نیز حق آزادی بیان به صورت معنی‌دار (نه به صورت نمادین و ظاهری) باید دوباره درمورد عدالت ترمیمی، نظریه‌پردازی نمود. به عنوان یک «جنبش عدالت اجتماعی»، استفرا^۱ و شاه^۲ هویت جدیدی را تعریف می‌کنند؛ نیرویی تغییردهنده که به التیام (درد‌ها) و پاسخگویی در سطوح ساختاری جامعه توجه می‌کند. (Stauffer And Shah, 2018) با اتخاذ راهکاری عمل‌گرایانه، دیویس^۳ و اسچارر^۴ حقیقت نوظهور و عرف‌های میانجی‌گری و آشتی در ایالات متحده و همچنین امکان استفاده از عدالت ترمیمی در آینده را بررسی و بدین‌وسیله آسیب‌های نژادی را درمان می‌کنند. (Davis And Scharrer, 2017: 103) همچنین بر اساس استدلال هوکر^۵، نه فقط برای ریشه‌کنی بی‌عدالتی‌های کنونی، بلکه در مواجهه با نتایج برجای مانده از آسیب‌های پیشین هم می‌توان از عدالت ترمیمی استفاده کرد. (Hooker, 2016)

از نظر لئونارد^۶ و کینی^۷، عدالت ترمیمی نوعی قرارداد اجتماعی است؛ این قرارداد مفهوم گسترده‌تر فرآیندهای مشارکتی و مشورتی را تأیید می‌کند، اما از نظر بریث‌ویت^۸ و پتیت^۹ عدالت ترمیمی واکنش سیاسی لازمی به اعمال خودسرانه‌ی قدرت توسط دولت است. (Braith Waite And Pettit, 2000: 145-156) در این دسته از منابع، در بستر رسیدگی به جرائم کیفری و جرائم اطفال، به طور روز افزون به تجزیه و تحلیل دقیق عدالت ترمیمی در ارتباط با چند ساختار و هویت همچون نژاد و جنسیت توجه می‌شود.

دومین مجموعه از سؤالات مطرح‌شده در این منابع، در پی درک تأثیر عملی عدالت ترمیمی در بسترهای مختلف است. در این تحقیق، دامنه‌ی وسیعی از دیدگاه‌های نظری و راهبردهای روش‌شناختی

^۱ - Stauffer.

^۲ - Shah.

^۳ - Davis.

^۴ - Scharrer.

^۵ - Hooker.

^۶ - Leonard.

^۷ - Kenny.

^۸ - Braith Waite.

^۹ - Pettit.

ارائه شده است. همچنین هدف اصلی این تحقیق، تعیین نتایج روش های ترمیمی است. اولین دسته از تحقیقات تجربی در رابطه با سیستم های رسیدگی به جرائم کیفری و جرائم اطفال انجام شد. پس از آن، در زمینه های آموزش، تجزیه و تحلیلی انجام گرفت. با استفاده از روش های متنوع به منظور سنجش رضایت مندی قربانی، پاسخگویی و اعتیاد به ارتکاب جرم، محققین از مجموعه ای متنوعی از تجزیه و تحلیل ها بهره برده اند. به عنوان مثال بررسی *استرانگ*^۱ و همکارانش در مورد برنامه ها در ایالات متحده، استرالیا و بریتانیا نشان می دهد که مدل های ترمیمی خطر ارتکاب دوباره ی جرائمی همچون جرائم خشن را می کاهش دهد. (Strang, 2015) همچنین تحقیق *بردشاو*^۲ و *رزبر*^۳ در مورد ۱۱۹۵۰ طفل از بیست و پنج محل مختلف ارائه دهنده ی خدمات بیان کننده ی آن است که تأثیر مداخلات مبتنی بر عدالت ترمیمی دو برابر بیش از تأثیر برنامه های سنتی رسیدگی به جرائم است. (Bradshaw And Roseborough, 2005) در آبر تجزیه و فرا تحلیلی در مورد وزارت دادگستری، ویلسون^۴، اولاهر^۵ و کیمبرل^۶ اشاره کردند که در مقایسه با دادگاه های سنتی رسیدگی کننده به جرائم اطفال، تمام برنامه ها و روش های مربوط به عدالت ترمیمی رفتار بزهکارانه در آینده را کاهش داد. (Wilson And Others, 2017)

در سیستم آموزشی، در مورد روش های ترمیمی مبتنی بر مدرسه، مجموعه ی تجربی مشابهی از آثار پدید آمده است. در مدت دو سال در دبیرستان های عمومی شهرها، تحقیقاتی در حوزه ی قوم نگاری انجام گرفت. نتایج این تحقیق نشان می دهد برخی بینش ها تنها در مورد عدالت ترمیمی، ایمنی مدارس و سواد عاطفی اند. بررسی *نایت*^۷ و *وادو*^۸ در مورد کاربرد محافل ترمیمی در واکنش به درگیری ها، بدرفتاری ها و خشونت های گروه های تبهکار نشان می دهد به غیر از بررسی امنیت مدارس، عدالت ترمیمی استراتژی مهمی برای آموزگاران و دانشجویان نیز است. همچنین به ایجاد اغماض در برابر ارتکاب جرم منجر می شود. (Knight And Wadhwa, 2014: 11-14) همچون مجموعه تحقیقات تجربی

^۱ - Strang.

^۲ - Bradshaw.

^۳ - Roseborough.

^۴ - Wilson.

^۵ - Olagher.

^۶ - Kimbrell.

^۷ - Knight.

^۸ - Wadhwa.

علمی درمورد عدالت ترمیمی در فرآیندهای مدرسه و رسیدگی به جرائم کیفری، جنبش قوی حمایت کننده ای هم هست که ACLU، پروژه ی پیشرفت، NAACP و دیگر سازمان های حقوق مدنی آن را هدایت می کنند. بدین وسیله، آن ها می توانند به جای روش ها و سیستم های تنبیهی و جزایی سنتی، به سیستم ها و روش های ترمیمی روی آورند. در رابطه با جنبش های مرتبط با عدالت و (در مقیاسی وسیع تر) گفتمان های مرتبط با اصلاحات، این سازمان های حامی تحقیقات ارزشمندی در مورد خط مشی انجام داده اند.

۲- هنجار آفرینی: نظریه ی چرخه ی حیات هنجار

بر اساس داده های ارائه شده در این مقاله، در حال حاضر با توجه به عدالت ترمیمی، هنجارهای ایالات متحده در حال تغییرند. در اثر قبلی، این طور استدلال کردم که به عنوان هنجاری جدید برای تأدیب و تنبیه در مدارس، عدالت ترمیمی به وجود آمده است. به عنوان هنجاری حقوقی، عدالت ترمیمی دیگر در حاشیه نیست و به عنوان هنجاری اجتماعی و سیاسی به آن توجه می شود. همچنین به طور روزافزون در قوانین ایالتی تثبیت و سپس به سیستم های عمومی متعددی منتقل می گردد. منابع موثقی از چند رشته هست که چگونگی، علت و زمان تأثیرگذاری هنجارها بر نهادهای رسمی را بررسی می کنند. به طور کلی، در این حوزه، منابع به دو دسته ی تحقیقاتی تقسیم می شوند: (۱) تحقیقاتی که جنبه های متمایز چرخه ی حیات هنجارها را نشان می دهند؛ پیدایش، پذیرش یا سلسله مراتب درونی سازی عدالت ترمیمی و درونی سازی نهایی و (۲) تحقیقاتی که هدفشان درک ساز و کارهایی است که بر تغییر هنجار تأثیر می گذارند. می توان این مقاله را در اولین دسته از منابع جای داد.

پس از درک دقیق هنجارها، اکنون می گوئیم هنجارها قواعد اجتماعی اند که بدون توجه به نظر دیگران، معیارها و محدودیت های رسمی و غیر رسمی را بر رفتار انسان ها تحمیل می کنند. میزان اهمیت هنجارها یکسان نیست، به گونه ای که اهمیت هنجارهای فردی از توافقات بیشتر است. به منظور تحقق اهداف این مقاله، باید گفت که اصطلاح «هنجار قانونی» نتیجه ی متن حقوقی موثقی به نام قوانین ایالتی (موضوعه و نظارتی) است؛ این قانون شامل مبانی و قواعد می شود. بنابراین به عنوان نظریه ای چند بعدی، نباید عدالت ترمیمی را تنها یک هنجار تلقی کرد. در حقیقت مدون سازی اصطلاح «عدالت ترمیمی» در قوانین ایالتی نشان می دهد هنجار جایگزین رسیدگی جزایی و تنبیهی به جرائم شده و وضع کنونی را در ایالات متحده پدیده آورده است.

با وجود نبود روشی دقیق یا استاندارد برای پیش‌بینی محتوای هنجارها، نظریه‌های ساختارگرایانه‌ی به دست آمده از حوزه‌ی علوم سیاسی برای شرح دینامیک ویژه‌ی تغییر هنجارها مفید است. در درجه‌ی اول، این نظریه‌ها حقوق بشر، حقوق بین‌الملل، تغییر و پیروی از هنجارها در بسترهای بین‌المللی (شبه‌ملی و ملی) را توصیف می‌کنند. با وجود این در برخی از آثار، از آن‌ها در بسترهای داخلی (ایالات متحده) استفاده می‌شود. بر اساس این نظریه‌ها، چرخه‌ی حیات هنجارها به‌وسیله‌ی این مراحل تعیین می‌شود. در مرحله‌ی اول (پیدایش) از طریق فرآیندهای شکل‌دهی، شرح و گسترش ایده‌ها، هنجارآفرینان هنجار جدیدی را معرفی، ایجاد و تفسیر می‌کنند. از طریق برقراری رابطه با مسائل مهم و ضروری اجتماعی، سیاسی و حقوقی یا به طور کلی، ایجاد مسائل و موضوعات جدید، هنجارآفرینان هنجاری را به طور برجسته نشان می‌دهند. هنجارآفرینان دوست دارند نقش‌آفرینان دولتی همچنان از آن‌ها حمایت کنند. سرانجام آنان هنجارها را تأیید و آن را به بخشی از برنامه‌ی کاری‌شان تبدیل می‌نمایند. در فرآیند گفتمان‌سازی باید گفت هنجارها خود به خود بوجود نمی‌آیند، بلکه نقش‌آفرینان فردی و گروهی به صورت فعالانه آن‌ها را به وجود می‌آورند. پس از تثبیت ریشه‌های هنجار جدید، نقش‌آفرینانی که هنجارآفرین محسوب نمی‌شوند، آن را به محیط‌های مختلف اجتماعی، سیاسی و حقوقی منتقل می‌کنند.

در مرحله‌ی دو (سلسله مراتب درونی‌سازی) از طریق تأیید هنجارها، هنجارهای جدید پذیرفته می‌شوند. در اغلب موارد، اظهارات کلامی و نوشتاری همچون قوانین و خط‌مشی‌های رسمی، بر هنجار تأکید می‌کنند. براساس مشاهده‌ی سانستین^۱، سلسله مراتب درونی‌سازی هنجار فرآیندی است که از طریقش، افراد و دیگر نقش‌آفرینان از دولت تقاضا می‌کنند که مبانی انتزاعی را به قانون تبدیل کند. از نظر سانستین، درونی‌سازی هنجار قانونی نقطه شروعی کلیدی برای درونی‌سازی سیاسی و اجتماعی در آینده است. (Sunstein, 1999: 38) بر اساس مشاهده‌ی دیویس، هنگام جستجو به دنبال ایده‌ها و راهکارها در رابطه با خط‌مشی جدید یا ارزیابی تصمیمات حقوق دانان، قانون‌گذاران و تصمیم‌گیرندگان همیشه بر همه چیز احاطه داشته‌اند. به همین دلیل، تصویب قوانین در سلسله مراتب درونی‌شدن هنجارها عجیب و دور از ذهن نیست. در چرخه‌ی حیات هنجارها، قانون نقشی آشکار می‌آفریند. بدین وسیله، قوانین موضوعه یا عرفی طوری نقش‌آفرینی می‌کنند که معانی اجتماعی بیافرینند (به عبارت

^۱ - Sunstein.

دیگر، هنجارها) بدین‌سان، رفتارها، اعمال نمادین، خط‌مشی‌ها، عرف‌ها و زبان دوباره تعریف می‌شوند. (Davis, 2008: 411-420) این فرآیندها ثابت نیستند. از طریق روابط متقابل نهادها، افراد و جامعه، آن‌ها همیشه در حال (دوباره) تعریف شدن هستند. در دومین و سومین مرحله (یا به احتمال زیاد، هر دو) قانونی‌سازی هنجارها پیامی برای مردم دارد؛ این پیام بر نگرش‌ها در مورد عوامل مشکل‌زا و نیز هنجارهای اجتماعی ایجادشده در واکنش به آن نگرش‌ها تأثیر می‌گذارد. (Hope, 2009: 143-144)

در مرحله‌ی سوم (درونی‌سازی) هنجارها آنقدر پذیرفته می‌شوند که نقش‌آفرینان آن‌ها را کاملاً برای خویش درونی می‌کنند. بدین‌سان، تقریباً به صورت خود به خود، از هنجار پیروی می‌شود. در مورد انتقال از سلسله مراتب درونی‌سازی به درونی‌سازی هنجارها، اینطور فرضیه‌سازی شده است؛ تعداد کافی از افراد یا گروه‌ها با هنجار جدید موافقت می‌کنند. بدین وسیله، به طور گسترده همه آن‌ها را می‌پذیرند و در موردش اجماع پیدا می‌کنند. در هر مرحله دانشمندان راهبردهایی نسبتاً متفاوت را برای مفهوم‌سازی در مورد انتشار هنجارها پیشنهاد می‌کنند. با این حال تغییر سیستم‌های حقوقی و علامت‌های قوانین رسمی به طور رایج به عنوان تغییری در وضعیت هنجارها پذیرفته می‌شوند.

۳- روش‌ها

در این تحقیق، تجزیه و تحلیل محتوایی متن بکار گرفته شده است. در مرحله‌ی اول، از پایگاه داده‌های وستلاو^۱ استفاده کردم تا از طریق دسته‌های زیر، یک پایگاه داده‌ی جدید از پنجاه ایالت جمع‌آوری کنم؛ قوانین وضع‌شده، قواعد دادگاه، مقررات و تصویب قوانین پیشنهاد شده.^۲ اصطلاح «عدالت ترمیمی» بیش از دیگر اصطلاحات، جستجو شد. به منظور آزمایش سومین معیار سنجش درونی‌سازی، سه اصطلاح مدون‌سازی شدند: «عدالت ترمیمی»، «مجرم قربانی» و میانجی‌گری بین «مجرم- قربانی». با توجه به ارتباطشان با اولین جنبش عدالت ترمیمی و وجودش در قوانین ایالتی پیش از عدالت ترمیمی، اصطلاحات «مجرم قربانی» و «مجرم- قربانی» انتخاب شدند. بر اساس سال، داده‌ها تقسیم‌بندی شد تا معلوم شود آیا می‌توان هنگام جستجو، از دیگر اصطلاحات استفاده کرد تا

^۱ - Westlaw.

^۲ - پایگاه داده‌ها برای این تحقیق تنها شامل قوانین نظارتی و موضوعه می‌شود. درحالی که در جستجوهای وستلاو درمورد پنجاه ایالت تنها داده‌های اضافی وجود داشت؛ (همچون، تصمیمات و هدایت دولت و نیز، آراء قضایی) به‌خاطر کوچک بودن اندازه‌ی نمونه‌ی آزمایشی، این دسته داده‌ها جدا شدند. به غیر از وستلاو، از LexisNexis FindLaw و هرکدام از مجامع قانون‌گذاری ایالتی هم استفاده کردیم تا داده‌ها را به هم ارجاع دهیم. پس از دسته‌بندی وستلاو، بر اساس قوانین و قواعد دادگاه ایالتی و مقررات ایالتی، داده‌های گزارش‌شده در این مقاله دسته‌بندی شدند.

هر کدام از معیارهای آزمایشی را سنجید یا نه؟ محتوای هر کدام از دسته داده ها تجزیه و تحلیل و به وسیله ی چنین شاخص هایی به صورت سیستم، کاربرد و شکل، رمزگذاری می شود. نتایج به دست آمده از جستجوی هر اصطلاح در مقابل دیگری تجزیه و تحلیل شد. همچنین داده های وستلاو در مقابل تمام پایگاه های داده و تحقیقات در مورد قوانین مرتبط با عدالت ترمیمی ارجاع متقابل شد.

۴- بحث

به منظور ارزیابی و توصیف تغییر هنجار، انتقال هنجار جدید به قوانین از چهار جنبه می تواند مفید باشد؛ اول اینکه، به عنوان شاخص های تغییر هنجارها، قوانین می توانند نقش آفرینی کنند. دوم اینکه، از طریق هنجارهای جدید، به عنوان ساز و کارهای تغییر هنجارها می توان آن ها را بررسی کرد. سوم اینکه، وجود هنجاری جدید در قانون مؤید وضعیت نهادهای هنجار آفرین است. بدین سان، مشروعیت هنجار افزایش می یابد. چهارم اینکه، در اغلب موارد، مدون سازی هنجارها به صورت قانون، به درونی سازی شان در فرآیندهای رسمی قانونی و افزایش احتمال پیروی از هنجار منجر می شود. همچنین افزایش پیروی قوانین از هنجارها می تواند به افزایش پذیرش اجتماعی یا سیاسی شان منجر شود. در بستر نظریه ی هنجار، انتقال (عمودی یا افقی) هنجار قانونی به بسترهای جدید حاکی از تغییر نفوذ و تأثیرش است؛ به عبارت دیگر، پس از انتقال هنجار از مکان های حقوقی به مکان های سیاسی یا اجتماعی، احتمال درونی شدن کاملش در دامنه ی متنوعی از حوزه های ساختاری افزایش می یابد. بنابراین ارزش تفسیر داده های گرفته شده از این تحقیق به تجزیه و تحلیل هنجار خاص عدالت ترمیمی در قوانین ایالتی محدود می شود. از این رو در سطوح خرد و کلان پدیده شناسی، ساز و کار پیدید می آید تا از طریق آن، انتقال هنجارها به قانون بررسی شود.

در اغلب موارد تحقیق در مورد درونی سازی قانون در محدوده ی تحقیقات مرتبط با فرآیندهای حقوقی فراملی قرار می گیرد، به گونه ای که نقش آفرینان عمومی و خصوصی با هم تعامل برقرار می کنند تا قواعد حقوق بین الملل را تفسیر، اجرا و سرانجام به منظور تصمیم گیری در مورد پیروی از هنجارهای حقوقی یا غیرحقوقی، قواعد حقوق بین الملل یا سؤالات را در تفاوت های احتمالی، درونی می کنند. دانشمندان علم حقوق نظریه های مرتبط با روابط بین الملل و علوم سیاسی را استخراج و جرح و تعدیل کرده اند تا چرخه ی حیات هنجار را آزمایش کنند، اما می توان گفت آن ها این نظریه ها را درک نکرده اند و در عمل نتوانسته اند آن ها را به کار بگیرند. بیشتر این تحقیقات بر یک پیشینه ی سیاست محلی-

جهانی، مبتنی‌اند، به گونه‌ای که دانشمندان نمی‌دانند حقوق بشر بین‌الملل چگونه در قوانین داخلی درونی می‌شود؟

در اغلب موارد دانشمندان حقوق داخلی از اثر استاد دانشگاه رشته‌ی حقوق در آمریکا به نام *هارولد هاگجیو کوه*^۱، نام می‌برند. او شاخص‌های کلیدی درونی‌سازی هنجار را شناسایی کرد. در اواسط دهه‌ی ۱۹۹۰، کوه سه نوع درونی‌سازی هنجار را مطرح کرد: اجتماعی، سیاسی و حقوقی؛ چون به طور روزافزون به فرآیندهای آفرینش و پیروی از هنجارها در عرصه‌ی حقوق بشر بین‌الملل توجه شد. بر اساس استدلال او، زمانی درونی‌سازی رخ می‌دهد که از طریق انجام اعمال اجرایی، قانون‌گذاری، تفاسیر قضایی یا ترکیبی از هر سه، هنجارها در سیستم‌های حقوقی تلفیق می‌شوند. در ایالات متحده، اثر او به انجام مجموعه‌ای از تحقیقات درمورد انجمن‌های گوناگون در مورد درونی‌سازی منجر شد. دامنه‌ی آن‌ها از انجمن‌های قضایی تا جنبش‌های اجتماعی و سیاست‌گذاری در عرصه‌ی سامان‌بخشی داخلی در تغییر بود. با این حال، کوه و دیگران نخواستند به طور فعال در مورد درونی‌سازی در قانون ایالتی ابهام‌زدایی و آن را متمایز کنند. (Koh, 1998: 642) این مسئله به ایجاد خلأیی در منابع موجود منجر شده است. به جای ایجاد راهکاری دقیق‌تر برای سنجش درونی‌سازی قانون، معیار کنونی، ساز و کاری دو بخشی را پیشنهاد می‌کند. وجود هنجار در قانون بدین معنی است که قانون درونی‌سازی می‌شود، درحالی که نبود هنجار در قانون بیانگر آن است که هنوز درونی‌سازی رخ نداده است.

همانطور که از طریق درونی‌سازی قانون هم اثبات می‌شود، برای درک تغییر هنجارها، چهارچوب کاملی وجود ندارد. به عنوان مثال، پیروی از این برنامه بدین معنی است: وجود عدالت ترمیمی در قانون در سال ۱۹۹۰ حاکی از درونی‌سازی است. (حداقل در آن حوزه‌های قضایی) و بنابراین، این مسئله حاکی از تغییر هنجارهاست. به شکلی بحث برانگیز دو قانون بیان‌کننده‌ی حمایت از اولین هنجارآفرینان در حوزه‌ی عدالت ترمیمی است. از این رو، می‌توان این طور نتیجه‌گیری کرد که به طور بنیادی، هنجارهای قانونی تغییر کرده بوده است. با استفاده از داده‌های این تحقیق، به مثالی جدیدتر و دقیق‌تر توجه نمایید. کاملاً واضح به نظر می‌رسد که ارزیابی درونی‌سازی قانون در ایالت ویونینگ (ایالتی که در آن، دو قانون هست که در آن‌ها، اصطلاح عدالت ترمیمی بکار گرفته شده است) و ایالت کالیفرنیا (ایالتی که در آن، بیست و یک قانون هست که اصطلاح عدالت ترمیمی در آن‌ها بکار گرفته

¹ - Harold Hogju Koh.

شده است) از هم متمایز هستند. بنابراین الگوی کنونی نمی تواند به یک نظریه تبدیل شود و حتی نمی تواند ناهمگونی درونی سازی قانون و فرآیند تغییر هنجارها در سطوح خرد و کلان را شرح دهد که با آن ارتباط دارد.

به منظور بررسی این مسئله، راهکار جدیدی برای سنجش درونی سازی قانون پیشنهاد می کنم. بدین سان شاید در مورد پیدایش هنجارهای جدید در قوانین ابهام زدایی کنم. به عنوان یک روش، این پیشنهاد سه جنبه دارد. این سه جنبه حول محور تجزیه تحلیلی تجربی شکل گرفته تا بتوان محتوای قوانین مختلف را بررسی کرد. اول اینکه، براساس میزان اشباع، می توان درونی سازی قانون را تحلیل کرد. این معیار سنجش پیشنهاد شده دارای رابطه ی منطقی آشکاری است؛ هر چه تعداد دفعات ورود هنجاری جدید یا متفاوت به قوانین بیشتر باشد، بیشتر احتمال دارد که درونی سازی کامل یا نسبی رخ داده باشد. به سه روش، می توان اشباع را تحلیل کرد: (۱) تعداد کلی دفعات وجود یک هنجار در چند جا (۲) شدت نفوذ؛ به عبارت دیگر، میزان وجود هنجار در یک مکان و (۳) تغییر به مرور زمان از سطوح پایین تا بالای وجود هنجار در سطح فردی یا کلی.^۱

دوم اینکه، از طریق آزمایش انتشار هنجار جدید در قوانین حاکم بر سیستم های عمومی مختلف، می توان درونی سازی قانون را سنجید. تحقیقات پیشین نشان داده که به محض پذیرفته شدن هنجارها، آن ها در بین افراد، شبکه ها، سازمان ها، سیستم ها و کنشگران منتشر می شوند. بنابراین در سیستم های مختلف، بررسی انتشار هنجار در قوانین می تواند به شکلی دقیق تر، مراحل مختلف چرخه ی حیات هنجارها را تعیین کند. به علاوه نحوه ی انتشار می تواند روندهای ظریف تغییر هنجارها را آنقدر برجسته نشان دهد که شاید امکان انجام چنین کاری براساس راهکار نظری کنونی، وجود نداشته باشد.

سوم اینکه، از طریق ارزیابی تغییر علاقه ی مردم از هنجاری مشابه به هنجاری جدید، می توان به طور قیاسی، درونی سازی قوانین را بررسی کرد. در این مورد، هنجار جدید جای هنجار پیشین را می گیرد یا اهمیتش در مقایسه با قبلی، بیشتر می شود. حتی با وجود اینکه شاید در نگاه اول، شبیه به هم باشند، اما از لحاظ محتوا میزان اهمیت یا یک ویژگی دیگر، هنجارها با هم فرق دارند. به منظور

^۱ - به عنوان یک معیار، فراتر از بستر سطح ایالتی یا داخلی (ایالات متحده)، می توان اشباع را سنجید. به عنوان مثال، در قوانین فدرال، می توان اشباع (هنجار) را به صورت کلی (سطح کلان) و نیز در هر کدام از حوزه های (سطح خرد) قانون فدرال، میزان نقش آفرینی اش را سنجید. همچنین، در بسترهای بین المللی، می توان در حقوق بین الملل یا در سطوح محلی، منطقه ای، ملی و فراملی، اشباع را سنجید.

ارزیابی، می‌توان هنجاری را از اولین بارِ مدون‌سازی شدنش در قوانین ایالتی تا زمانی ردیابی کرد که در نیمی یا همه‌ی حوزه‌های قضایی مشاهده می‌شود. همچنین می‌توان تغییرات مشاهده شده در یک چشم‌انداز موقت دیگر را ردیابی کرد. در هر دو حالت، تغییر میزان اشباع شدن هنجار (از کم تا زیاد یا به صورت معکوس) به شناسایی تغییرات در فرآیندهای تغییر هنجارها کمک می‌کند.

برای درونی‌سازی قانون، شاید شاخص‌های دیگری هم وجود داشته باشد، با این حال این سه معیار سنجش تجربی کلیدی، چهارچوبی مهم (که هنوز بررسی نشده) را برای مطالعه‌ی تغییر هنجارها ایجاد می‌کنند. به طور کلی به منظور بررسی درونی‌سازی قانون، رسته‌شناسی جدیدی به دست می‌آید، اما هدفش پیشنهاد نظریه‌ی جامعی برای ارزیابی پیدایش هنجار نیست. همچنین نباید تصور کرد که وجود هر سه تایشان برای درونی‌سازی قانون ضروری است. در عوض، آن‌ها حاکی از وقوع مداخله‌ای در رساله‌های علمی‌اند. هدف این رساله‌ها ابهام‌زدایی از ادعاها و مطالبات در مورد درونی‌سازی قانون به عنوان بخشی از چرخه‌ی حیات هنجار است. سرانجام، این معیارهای سنجش در پی آزمایش منحصر به فرد بودن عدالت ترمیمی به عنوان هنجاری در قوانین ایالتی نیستند؛ به عبارت دیگر نه جایگزینی عدالت ترمیمی با هنجارهای دیگری همچون سیستم‌ها یا فرآیندهای تنبیهی یا جزایی، بلکه پیدایش و نقش‌آفرینی روزافزون عدالت ترمیمی در قوانین ایالتی به عنوان نماد تغییر هنجار.

الف. نوع یک: اشباع هنجار جدید قانونی

۱- عدالت ترمیمی در ایالت‌های مختلف

یکی از روش‌های آزمایش درونی‌سازی قانون، بررسی پذیرش هنجار در سطح کلان است. بسته به نوع درونی‌سازی قانونی که باید ارزیابی شود، شاید به روش‌های مختلف، ارزیابی پذیرش هنجار در سطح کلان انجام گیرد؛ به عبارت دیگر، حقوق موضوعه، کامن‌لا (قوانین عرفی)، نقش‌آفرینان قضایی و غیره. بدون در نظر گرفتن گفتمان خاص درونی‌سازی قانون، در ارتباط با مراحل مختلف چرخه‌ی حیات هنجارها، این معیار می‌تواند در شناسایی تغییر هنجار مشاهده‌شده مفید واقع شود. به عنوان مثال، شاید مشاهدات مرتبط با پذیرش در سطح کلان به‌جای چهارچوب دوبخشی در منابع، به طور دقیق‌تری مشخص کند چه زمانی نقطه‌ی اوج به وجود آمده است.

به منظور بررسی اشباع عدالت ترمیمی (در حوزه‌های مختلف قضایی) در قوانین موضوعه و نظارتی، از هر پنجاه ایالت، داده‌هایی جمع‌آوری و رمزگذاری شد. براساس شکل‌های ۱ تا ۳، در حال حاضر، چهل و پنج ایالت اصطلاح عدالت ترمیمی را در قوانین ایالتی‌شان به صورت مدون در آورده‌اند.

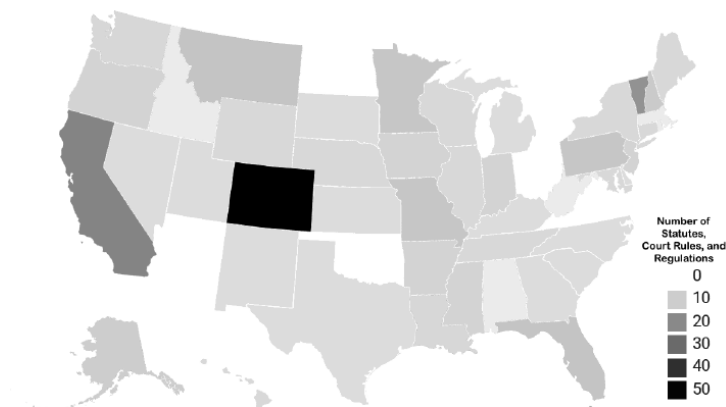
به طور کلی، عدالت ترمیمی در ۲۲۹ قانون، قاعده‌ی دادگاه و مقررات به چشم می‌خورد. در شکل یک، به شکل دقیق، ارقام کلی ترکیبی نشان داده شده که بر اساس ایالت، توزیع شده‌اند. دامنه‌ی شیب رنگی روی ایالت‌ها از عدم حضور در قوانین ایالتی (سفید) تا بیش از پنجاه ماده‌ی قانونی، قواعد و مقررات مرتبط با دادگاه (سیاه) در تغییر است. در بین ایالت‌ها، شاید شکل و کاربرد عدالت ترمیمی از تغییر مسیر اطفال تا دوران پسا محکومیت بزرگسالان و ورود مجدد تا تادیب و تنبیه در مدرسه در تغییر باشد.

تجزیه و تحلیل داده‌ها در مورد رابطه یا قرار داشتن در سیستمی حقوقی (که در زیر، در موردش بحث شده) روند غالب استفاده از آن‌ها در فرآیندهای دادرسی به جرائم اطفال و جرائم کیفری را نشان می‌دهد. به عنوان مثال در سی و پنج ایالت، کاربرد عدالت ترمیمی در فرآیندهای دادرسی اطفال و رسیدگی به جرائم کیفری به صورت مدون در آمده است. به طور کلی، تغییر شکل و کاربرد (به عبارت دیگر تغییر مسیر، اعلام محکومیت، دوران پسا محکومیت و یا در مدارس) و میزان حمایت عدالت ترمیمی (به عبارت دیگر، حمایت ایدئولوژیکی در مقابل حمایت ساختاری) بیان‌کننده‌ی تغییراتی پیش‌بینی‌شده بر اساس دینامیک سیاسی و اجتماعی در سطح ایالتی است. بر اساس داده‌ها، به صورت منطقه‌ای یا سیاسی، هیچ نوع روال قابل تشخیصی در الگوهای انتشار عدالت ترمیمی وجود ندارد.

در رابطه با به‌کارگیری معیار سنجش پیشنهادی (اشباع) درونی‌سازی قانون در مورد داده‌ها، در سطح کلان هنجار قانونی عدالت ترمیمی محقق شده و حتی شاید از نقطه‌ی اوج بین فرآیند درونی‌سازی قانون و درونی‌شدن هم عبور کرده باشد. وجود عدالت ترمیمی در قوانین ایالتی نود درصد از ایالت‌ها حاکی از مشروعیت روزافزونش به عنوان هنجاری جدید و پذیرشش در نهادهای حقوقی رسمی است. در سطح کلان، داده‌ها نمی‌توانند به طور کامل، درونی‌سازی اجتماعی را شرح دهند، اما آن‌ها به طور کامل‌تر جو کنونی سیاسی و شبه‌ملی را نشان می‌دهند. به منظور پاسخ به سؤالات آتی در موضوعات مختلفی همچون نقش دول ایالتی در تأثیرگذاری بر درونی‌سازی قانون در سطح ملی و تغییر خط‌مشی، این مسئله مفید است. در ساختار درونی‌سازی قانون، ایجاد چنین شفافیتی ممکن نیست.

شکل ۱: قوانین عدالت ترمیمی، قواعد دادگاه و مقررات

دامنه‌ی شیب رنگی روی ایالت‌ها از عدم حضور در قوانین ایالتی (سفید) تا بیش از پنجاه ماده‌ی قانونی، قواعد دادگاه و مقررات در تغییر است (سیاه).



تعداد قوانین، قواعد دادگاه و مقررات

با وجود نهادینه شدن مکرر عدالت ترمیمی درون یا در کنار فرآیندهای قانونی رسمی در سیستم‌های دادرسی به جرائم کیفری و جرائم اطفال، نبود قواعد دادگاه، خط مشی‌های اداری یا مفاد قانونی مرتبط با محرمانه نگه داشتن یا قبول اظهارات متهم، پیش یا در حین اجرای عدالت ترمیمی، کاملاً مشهود است. بدین‌سان شاید شواهد برگرفته از فرآیندهای عدالت ترمیمی در اختیار عده‌ای خاص قرارگیرد یا نگیرد و بدین وسیله بازیگران این حوزه بتوانند از چندین عامل حمایت‌کننده استفاده کنند. به عنوان مثال، در *آلاباما*، نه تنها برای شرکت در برنامه‌های عدالت ترمیمی پیش از محاکمه هیچ نوع حمایتی در مورد محرمانه نگه داشتن اظهارات متهم وجود ندارد، بلکه بر اساس مجموعه قوانین ایالتی، متهم باید اظهاراتش را به صورت مکتوب درج نماید، به گونه‌ای که مسئولیت ارتکاب جرمش را بپذیرد. همچنین در همه‌ی جلسات رسیدگی، اظهارات مکتوبش باید قابل قبول باشد.

به خاطر نبود عوامل حمایت‌کننده‌ی قانونی مدون در سطح ایالتی، وکلا در چند حوزه‌ی قضایی خواهان انجام اقدام فوری برای حل این مسئله شده‌اند؛ اتکا به استفاده از تفاهم‌نامه‌ها (*MOU*) همراه با مقامات دادستانی محل؛ به خصوص آنکه در مورد برنامه‌های عدالت ترمیمی، با دادستان هماهنگی صورت می‌گیرد، به گونه‌ای که دادستان می‌پذیرد در پرونده‌ی کیفری معلق یا پرونده‌ی کیفری که

شاید در آینده مطرح شود، از اظهارات مطرح شده برای فرآیند عدالت ترمیمی یا در حین آن، استفاده نکند. از لحاظ اخلاقی و در ارتباط با قانون اساسی، این راهکار خاص در رابطه با محرمانه نگه داشتن اظهارات متهم، نگرانی‌هایی را ایجاد می‌کند.

در صورت نبود عوامل حمایت‌کننده‌ی قانونی، توافقی‌نامه‌های مبتنی بر یادداشت تفاهم یا مصونیت و امتیاز ویژه از دیگر فرآیندهای حل اختلاف، شاید فرآیندهای عدالت ترمیمی بر فرآیندهای رسمی تنبیهی تأثیر منفی بگذارند یا اینکه اگر معلوم شود که فرآیند ترمیمی ناکافی، ناکامل یا ناقص است، فرآیندهای مدنی یا تنبیهی جدید آغاز شود. بنابراین، با وجود اینکه ارزش‌ها و اهداف عدالت ترمیمی و تنبیهی کاملاً با هم متفاوتند، همچون رد دیدگاه رابطه‌ی منطقی جرم، حمایت رسمی قانونی کنونی از فرآیندهای ترمیمی نشان می‌دهد عدالت ترمیمی به طور کامل، از راهکارهای جزایی جدا نیست. (Coker, 2016: 202-203) این مسئله نشان می‌دهد مجموعه‌ی مهمی از مسائل حقوقی هست که به اندازه‌ی کافی، به آن‌ها توجه نشده و حقوقدانان و وکلای مدافع باید به آن‌ها توجه کنند.

۲- عدالت ترمیمی در هر کدام از ایالت‌ها

دومین معیار سنجش احتمالی درونی‌سازی قانون اشباع در سطح خرد است. هدف از استفاده‌ی تکمیلی از معیارهای سنجش در سطوح خرد و کلان به منظور درک درونی‌سازی قانون ایجاد عمق و بینش بیشتر در فرآیندهای متنوع تغییر هنجارها در سطوح مختلف است.^۱ به عنوان مثال، یک راهکار روش‌شناختی ترکیبی را تجسم کنید. این راهکار تجزیه و تحلیل محتوا در سطح خرد در مورد قوانین موضوعه و یا نظارتی را با ارزیابی کیفی در مورد شرایط اجتماعی یا سیاسی تلفیق می‌کند. این مسئله می‌تواند در شناسایی وجود هم‌ریختی قانونی یا ساختاری بین نقش‌آفرینان، قوانین یا خط‌مشی‌ها مفید باشد. بر اساس منابع جامعه‌شناسی در مورد پدیده‌ی هم‌ریختی، یکی از ساز و کارهای منجر شونده به تغییر در ایالت‌ها تقلیدِ نهادهای هنجارآفرین همچون مجامع قانون‌گذاری ایالتی است. بدین وسیله آن‌ها می‌توانند به طور هدفمند، خودشان را برای دیگر نهادهای مشابه، به یک الگو تبدیل کنند. (Grandos, 2005: 883-885) با توجه به داده‌های ارائه شده در این پژوهش، تحقیق در مورد هم‌ریختی بیان‌کننده‌ی

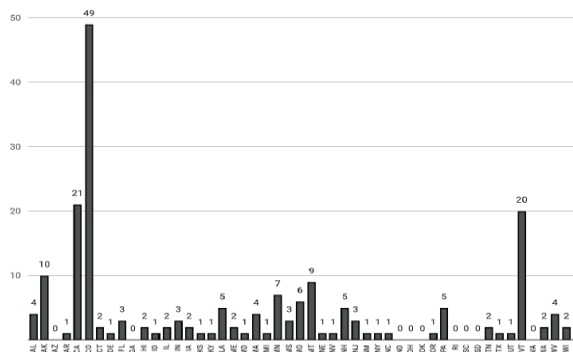
^۱ تجزیه و تحلیل در سطح خرد هم می‌تواند به سؤالات بی پاسخ در مورد تغییر متن قوانین پاسخ دهد. در این قوانین، اصطلاح عدالت ترمیمی حذف گردید؛ به عبارت دیگر، نسخ یا اصلاح شد. به عنوان مثال، آیا هدف از نسخ یا اصلاح مجموعه‌ای از قوانین، حذف اصطلاح عدالت ترمیمی (و در نتیجه، تغییر در پذیرش هنجار عدالت ترمیمی) و یا توجه به دیگر بخش‌های مجموعه قوانین بود که رأی‌دهندگان دیگر نمی‌توانستند آن را بپذیرند و یا مجمع قانون‌گذاری ایالتی از عدالت ترمیمی متمایز نبود؟

وجود حوزه‌ای مناسب برای انجام تحقیقات نظری یا تجربی است. در چنین تحقیق‌هایی، می‌توان وجود یا نبود الگوهایی خاص بین ایالت‌ها برای بررسی هم‌ریختی را مشخص و همچنین معلوم کرد آیا این الگوها نتیجه‌ی فشارهای داخلی یا خارجی به صورت متقاعدسازی، فرهنگ‌پذیری یا اغوا و تحریک مادی است یا نه؟ بدین وسیله منابع به جای ادعاها و مطالبات مرتبط با هنجارها، به ادعاها و تجربی توجه خواهند کرد؛ همچنین، شاید بتوانند شاخص‌های کمی و کیفی انتشار یک هنجار قانونی خاص را شناسایی کنند.

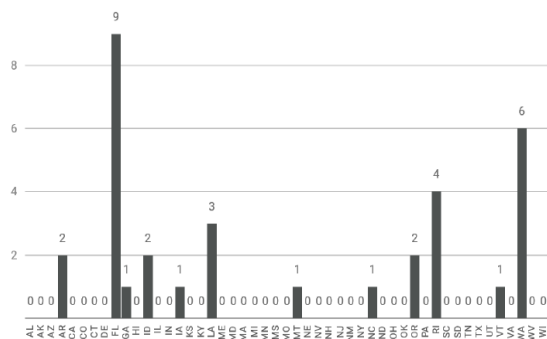
اگر در رابطه با پایگاه داده در سطح خرد، از راهکاری استفاده شود، تصویری دقیق‌تر از عدالت ترمیمی به صورت هنجار قانونی به دست می‌آید. در تصویر دو، توزیع قوانین و مقررات در سطح ایالتی و در تصویر سه، توزیع مقررات در سطح ایالتی ترسیم شده‌اند.^۱ عجیب نیست که سطوح گوناگون درونی‌سازی و اشباع هنجار عدالت ترمیمی در ایالت‌ها مشاهده می‌شود. به عنوان مثال در برخی از ایالت‌ها، عدالت ترمیمی در قوانین و قواعد دادگاه‌ها بیش از مقررات مشاهده می‌شود؛ مثلاً می‌توان به کالیفرنیا اشاره کرد. در دیگر ایالت‌ها (همچون فلوریدا) قضیه بر عکس است. به خاطر وجود دامنه‌ی وسیعی از متغیرهای مرتبط با هر کدام از فرآیندهای قانون‌گذاری در هر ایالت، براساس داده‌ها، به دشواری می‌توان مشخص کرد آیا مدون‌سازی در قوانین، قواعد دادگاه یا مقررات می‌تواند عامل مهمی را نشان دهد که تنها مربوط به انتقال عدالت ترمیمی به قانون باشد یا نه؟ یا اینکه این مسئله تنها بیان‌کننده‌ی علایق و اولویت‌هایی است که با هم بی‌ارتباطند؟ به خصوص علاقه‌مندان به حقوق عمومی و حقوق نظارتی، در آینده باید در این زمینه مطالعه کنند.

^۱ - دسته‌بندی‌های گروه‌بندی‌شده (قوانین و قواعد دادگاه‌ها) و (مقررات) جدا انتخاب شدند تا با اعلام گزارش پایگاه داده‌ی وستلاو مطابقت یابند.

شکل ۲: عدالت ترمیمی در قوانین و قواعد دادگاهها



شکل ۳: عدالت کیفری در مقررات (توزیع در سطح ایالتی)



بدون توجه به تفاوتها در تعداد، ترکیب هر سه دسته (قوانین، قواعد دادگاهها و مقررات) در هر کدام از ایالتها در مقایسه با تجزیه و تحلیل کلی در سطح کلان، تصویری دقیق تر از درونی سازی عدالت ترمیمی ارائه می کند. در کلرادو، بیشترین میزان اشباع ترکیبی در سطح ایالتی (چهل و نه قانون، قاعده و مقررات) مشاهده می شود. سپس، ورمونت با بیست و دو و کالیفرنیا با بیست و یک قانون، قاعده و مقررات در رده های بعدی قرار می گیرند.

مثل معیار سنجش در سطح کلان، در مرحله ی اول، از لحاظ الگوهایی همچون چهارچوب اجراء، نوبت یا چینش و کاربرد و ساز و کار ساختاری (همچون تأمین بودجه یا ترکیب هیئت های

رسیدگی‌کننده) در مورد هر کدام از ایالات‌ها، تجزیه و تحلیلی انجام دادم.^۱ شاید بتوان تفاوت‌های بین ایالت‌ها را ناشی از تنوع شاخص‌هایی همچون حضور هنجارآفرینان در مجامع قانون‌گذاری ایالتی، نقش آفرینان و وکلا در جامعه‌ی مدنی، دادخواهی، اندازه‌ی ایالت، جمعیت‌شناسی یا انتخاب خط‌مشی‌هایی دانست که با ارزش‌ها، مبانی یا روش‌های اجرای عدالت ترمیمی همسو هستند. این‌ها و دیگر شاخص‌ها را باید بیش از پیش، بررسی کرد. بدین وسیله، می‌توان از شرایطی ابهام‌زدایی نمود که در آن‌ها، عدالت ترمیمی به عنوان هنجار قانونی جدیدی به وجود آمده است؛ به عبارت دیگر قانون به هنگام اجرا.^۲ راهبرد روش‌شناختی این تحقیق و داده‌های بدست‌آمده نمی‌توانند پذیرش هنجار بومی شده در هر کدام از ایالت‌ها را توجیه کند. با این حال می‌تواند به نقش آفرینان در جامعه‌ی مدنی، وکلا و سیاست‌گذاران حوزه‌هایی را نشان دهد که هنگام قانون‌گذاری باید به آن‌ها توجه شود.

بررسی روندهای موجود در تجزیه و تحلیل در سطح کلان نشان می‌دهد که (از لحاظ شکل، محتوا و) رابطه با فرآیندهای رسیدگی به جرائم کیفری و جرائم اطفال، آن‌ها ثابت باقی می‌مانند. در رابطه با این یافته باید به دو نکته اشاره کرد. اول اینکه، تعداد ایالت‌هایی که باید برایشان چنین تجزیه و تحلیلی انجام گیرد از تعداد ایالت‌هایی کمتر است که در آن‌ها، عدالت ترمیمی درونی شده است. چون برخی از ایالت‌ها در مقایسه با بقیه، کمتر اقدام به درونی‌سازی عدالت ترمیمی می‌کنند، نمی‌توان در مورد انتقال یا ارتباط سیستم ادعایی نمود. بنابراین شاید روندی که با فرآیندهای رسیدگی به جرائم کیفری و جرائم اطفال در سطح خرد، ارتباط بیشتری داشته باشد در مقایسه با سطح کلان، کارآمدی‌اش کمتر باشد. دوم اینکه، بر اساس شکل شش، تعداد روزافزونی از ایالت‌ها عدالت ترمیمی را در سیستم آموزشی‌شان به صورت مدون درآورده‌اند. شاید با به اجراء درآمدن خط‌مشی‌ها و روش‌های محلی عدالت ترمیمی مبتنی بر مدرسه، این روند در قانون‌گذاری سرعت بیشتری بگیرد. به گفته‌ی «کنسرسیوم مذاکره و حل اختلافات» در سال ۲۰۱۷، بیست و دو لایحه معرفی شدند که در آن‌ها، به عدالت ترمیمی مبتنی بر مدرسه توجه می‌شد. (Programs And Pesearch, Ga. State Univ. College Of Law) بنابراین شاید در آینده‌ای نزدیک، در سطوح خرد و کلان، از روند کنونی ارتباط زیاد با

^۱ - به شکل‌های پنج و شش رجوع کنید.

^۲ - به عنوان مثال، متغیرهای مستقلی همچون جمعیت‌شناسی نژادی (جمعیت ایالت)، جنسیت (قانون‌گذاران)، میزان درآمد (مردم) ایالت، تعداد افراد به زندان افتاده، انتخاب خط‌مشی صحیح توسط قربانی، میزان ارتکاب جرم و انتخاب خط‌مشی‌های حزبی به عنوان عوامل پیش‌بینی‌کننده‌ی احتمالی حمایت قانونی از عدالت ترمیمی، شناسایی شده‌اند.

فرآیندهای رسیدگی به جرائم کیفری و جرائم اطفال فاصله بگیریم. در فرآیندهای هنجارسازی، شاید چنین پدیده‌ای با تغییرات احتمالی همسو باشد.

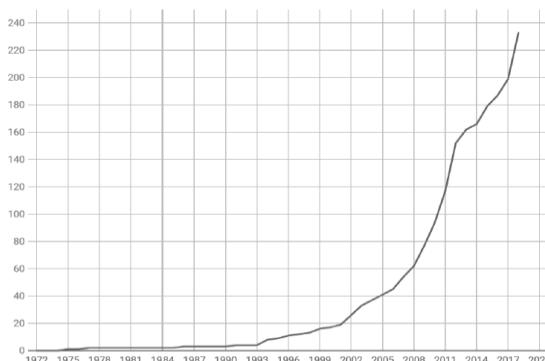
۳- تغییر در میزان اشباع در گذر زمان

به غیر از تجزیه و تحلیل مکان‌های خاص درونی سازی قانون در سطح کلان، به منظور بیان هنجارها، یکی دیگر از معیارهای سنجش احتمالی که می‌توان از آن نام برد تغییر با گذر زمان است. در این تحلیل موقتی، نمایی متمایز از درونی سازی قانون ارائه می‌شود. بدین وسیله هنگام انجام تحقیق، می‌توان الگوهای خاص انتشار هنجارها را پیش‌بینی کرد. از این طریق، می‌توان بازه‌های زمانی کلیدی تغییر هنجارها را نشان داد یا در مورد دیگر گونه‌های واکنش قوانین و نهادهای قانونی به هر کدام از پدیده‌های فرهنگی و اجتماعی ابهام‌زدایی کرد. هر کدام از این حوزه‌ها، در مورد هنجارها، سؤالات گوناگونی را به ذهن متبادر می‌کند؛ همچون نوع، مسیر، قدرت و پایداری نهادهای مروج هنجارها. تحقیقات تأثیر پذیرفته از این راهکار ساخت و اصلاح مدلی منسجم‌تر در مورد درونی سازی قانون را ممکن می‌سازد.

به کارگیری این راهکار در مورد درونی سازی عدالت ترمیمی در ایالات متحده و تجزیه و تحلیل داده‌های ترکیبی در سطح ایالتی بیان‌کننده وجود روند روبه رشد هنجار است. جدیدترین کاربرد عدالت ترمیمی در قوانین موضوعه در سال ۱۹۷۵ رخ داد. از آن پس تاکنون، کاربردش در قوانین ایالتی به طور یکنواخت، افزایش یافته است. به عنوان مثال در سال ۲۰۰۱، بیست و یک قانون ایالتی وجود داشت که در آن‌ها، عدالت ترمیمی به صورت رسمی درآمده بود. در سال‌های ۲۰۰۹، ۲۰۱۵ و ۲۰۱۹، به ترتیب، تعدادشان به ۷۹، ۱۷۸ و ۲۲۹ عدد افزایش یافت. در تصویر ۴، این تغییر در گذر زمان، نشان داده شده است.^۱

^۱ - به شکل چهار رجوع کنید. در این شکل، داده‌ها در فواصل زمانی چهارساله، نشان داده شده‌اند.

شکل ۴: عدالت ترمیمی در قوانین ایالتی (۱۹۷۵ تا ۲۰۱۹)



به جای مشاهده ی انتشار عدالت ترمیمی در قوانین ایالتی از طریق مسیری طی شده، می توان داده های نشان داده شده در تصویر چهار را به صورت سه دوره ی خاص تغییر هنجار در گذر زمان، ترسیم نمود. دوره ی اول بین سال های ۱۹۷۵ تا ۲۰۰۱ رخ داد. در این دوران، درونی سازی عدالت ترمیمی به صورت مجموعه ای از قوانین بود، به گونه ای که، این هنجار ابتدا به یک بند و سپس به بیست و یک بند ایالتی و سرانجام به دوازده ایالت مختلف راه یافت. دوره ی دوم از سال ۲۰۰۲ تا ۲۰۰۸ رخ داد. در آن زمان، حساسیت به هنجار قانونی جدید افزایش یافت. این مسئله شصت و دو دفعه در نوزده ایالت مختلف رخ داد. در یک دوره ی زمانی (۲۰۰۸ تا ۲۰۱۹) تغییر شدیدی در این هنجار روی داد. از سال ۲۰۰۸، اشباع عدالت ترمیمی در قوانین ایالتی به سرعت، افزایش یافته و به وضعیت کنونی منجر شده است.

تجزیه و تحلیل فرآیند درونی سازی عدالت ترمیمی در دوره ی زمانی سه از فرمول خاصی پیروی نمی کند، بلکه نشان دهنده ی گسترش این هنجار در ایالت ها و سیستم های مختلف است. اگر در دوره ی سوم، تفاوت های ظریف و دقیق تری پیدا کنیم، درمی یابیم از لحاظ تجربی، مهم ترین تغییر و تحول در پذیرش عدالت ترمیمی بود که بین سال های ۲۰۱۳ و ۲۰۱۹ روی داد. در این مدت پنج ساله، تعداد قوانین، قواعد دادگاه و مقررات مرتبط با عدالت ترمیمی از ۱۵۹ (۲۰۱۳) به ۲۲۹ (۲۰۱۹) عدد افزایش یافت. ایالت هایی که به این افزایش کمک کردند عبارت بودند از: نیومکزیکو، نیویورک، ایووا، نیوهمپشایر، پنسیلوانیا، جزیره ی راد، هاوایی، آیداهو، کانساس، واشنگتن، ویسکانسین، کنتاکی، مری لند، تگزاس، ویرجینیای غربی، ماساچوست، کانکتیکات، میشیگان و تنسی.

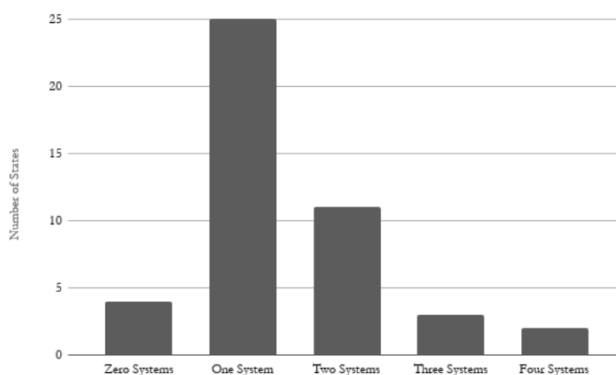
تغییر در قانونی سازی عدالت ترمیمی از دهه ی ۲۰۰۰ و به خصوص از سال ۲۰۰۸، نه تنها از لحاظ مدل های نظری تغییر هنجار، بلکه از لحاظ اجرای قانون، جنبش های حمایتی و روش ها، فرآیندها و ارزش های بومی شده هم بسیار مهم است. این مسئله به مطرح شدن سؤالات تحقیقاتی آشکاری در مورد شرایط عمومی و خصوصی خاصی منجر می شود. این شرایط به رشد قابل توجه قانونی سازی عدالت ترمیمی در قوانین ایالتی و نیز سیستم های عمومی منجر می گردد. همچنین دانشمندان را به چالش می کشد تا بستر خاص اجتماعی و سیاسی سال ۲۰۰۸ را بررسی کنند. شاید این مسئله می تواند هر چه بیشتر به پذیرش عدالت ترمیمی منجر گردد. از نظر من، یکی از دلایل افزایش پذیرش عدالت ترمیمی در سال ۲۰۰۸ بحران و رکود اقتصادی بود. در این دوران، قانون گذاران و سیاست گذاران ایالتی به طور روزافزون به استراتژی ها و مداخلاتی توجه کردند که هدفشان کنترل هزینه های اقتصادی قابل توجه مرتبط با سیستم عدالت کیفری بود. به عنوان واکنشی اصلاحی به نابرابری و کاهش دسترسی به آموزش و پیشرفت بر اساس شاخص های هویتی همچون نژاد، جنسیت، سوگیری جنسی، وضعیت اجتماعی- اقتصادی و نیز معلولیت، دومین فرضیه، علاقه مندی بیش از پیش نقش آفرینان و سیاست گذاران جامعه ی مدنی (ایالتی و فدرال) به اجرای عدالت ترمیمی بود. از اوایل دهه ی ۲۰۰۰، اصلاح طلبان مدارس و حامیان حقوق مدنی در پی آن بوده اند تا پیامدهای اجتماعی، سیاسی و حقوقی خط مشی های تأدیب و تنبیه در مدارس را به چالش بکشند. این پیامدها ریشه در واکنش های تنبیهی و محروم کننده در رفتار دانش آموزان دارد. اثر آن ها از عدالت ترمیمی در خط مشی ها و قوانین ایالتی و ملی ابهام زدایی، آن را با جامعه سازگار و سپس، نهادینه کرد. این دو تنها دو تا از چند توجیه احتمالی برای بسترهای اجتماعی، فرهنگی و حقوقی اند که رشد سریع و افزایش مشروعیت عدالت ترمیمی در قوانین ایالتی را تسهیل کردند.

ب. نوع دو: انتشار هنجاری قانونی بین سیستم ها

در بخش قبل، به منظور تشریح تفاوت ها و روندها در درونی سازی قانون، پانزده راهکار مختلف سنجش اشباع را شرح دادیم و بررسی کردیم. روش دیگری که می تواند در کمان از درونی سازی قانون را افزایش دهد، انتشار هنجاری جدید بین سیستم های مختلف است. به عبارت دقیق، باید این مسئله را بررسی کنیم: آیا هنجار بین سیستم های مختلف جابجا یا منتشر می شود و اینکه آیا این جابجایی در مورد پیدایش هنجار جدید روشنگری می کند؟

به منظور به کارگیری راهکار سنجش انتشار عدالت ترمیمی، در این تحقیق، وجودش در قوانین موضوعه و نظارتی مرتبط با سیستم های عمومی تجزیه و تحلیل شد. در این مقاله، داده های نشان داده شده در شکل های ۵ و ۶ در مورد کاربرد ماهوی به صورت مدون درآمد و در چهار دسته قرار گرفت (رسیدگی به جرائم اطفال، رسیدگی به جرائم کیفری، آموزش و رفاه اطفال). داده هایی که نمی شد آن ها را در یکی از چهار سیستم قرار داد با عنوان «داده های دیگر» به صورت مدون درآمدند و از شکل های ۵ و ۶ حذف شدند. «داده های دیگر» شامل بندهایی می شد که با اجراء و یا فرآیندهای عدالت ترمیمی یا کاربرد رسمی خاص در این چهار سیستم یا در مجاورتشان ارتباطی نداشت. نمونه های رایج قوانین موجود در دسته ی «دیگر» شامل قوانینی می شد که یک جریان درآمد یا مدل تأمین بودجه برای برنامه ایجاد و یا به منظور تشکیل هیئتی برای برنامه ای خاص در رابطه با عدالت ترمیمی، ساز و کاری را تعریف می کرد.

شکل ۵: عدالت ترمیمی در سیستم های عمومی (داده ها به صورت کلی و جمع شده)



با استفاده از این راهکار، چند نتیجه می توان گرفت. اول اینکه، در مورد افزایش مشروعیت عدالت ترمیمی می توان نتیجه ای کلی گرفت؛ وجود عدالت ترمیمی در قوانین چند سیستم بیان کننده ی افزایش کلی پذیرشش به عنوان هنجار قانونی جدیدی است. دوم اینکه، مجموعه داده های کنونی نمی تواند به شناسایی الگوهای خاص انتشار هنجار کمک کند. به عنوان مثال هدف از تجزیه و تحلیل تغییر موقتی، تشخیص انتقال هنجار از یک سیستم به سیستمی دیگر با گذشت زمان است. اما در

برخی از موارد، در یک زمان عدالت ترمیمی در چند سیستم وارد شد.^۱ این مسئله بیان کننده‌ی موضوعی کلیدی در مدل‌های نظری تغییر هنجار است؛ یعنی اینکه فرآیند پیشروی هنجار (و تبدیل شدنش به قانون) به صورت چند شکلی روی می‌دهد و به صورت خطی یا غیرخطی، نشان داده می‌شود. سوم اینکه، محدوده‌ی عمومی هر ایالت که عدالت ترمیمی در چند سیستمش وجود دارد، کاملاً کوچک است (سه ایالت که عدالت ترمیمی در سه سیستمش^۲ و دو ایالت که عدالت ترمیمی در چهار سیستمش وجود دارد). بدین وسیله، نمی‌توان از این داده‌ها نتایج خاصی گرفت.

شکل ۶: عدالت ترمیمی در سیستم‌های عمومی (در سطح ایالتی)

شیب رنگی در شکل ۶ ارتباط سیستم را نشان می‌دهد؛ دامنه‌ی این شیب از سیاه (چهار سیستم) تا سفید (بدون سیستم) در تغییر است.

State	Juvenile Justice	Criminal Justice	Education	Child Welfare
AL	N	N		
AK	N			
AR				
CA	N	N	N	
CO	N	N	N	N
CT	N			
DE				
FL	N	N	N	N
GA	N			
HI				
ID	N			
IL	N	N		
IN			N	N
IA		N		
KI	N			
KS	N			
LA		N	N	
ME	N			
MD				
MA		N	N	
MI	N		N	
MN	N	N		
MO		N		
MT		N	N	
NE	N			
ND	N	N		
NH	N		N	
NJ	N	N		
NM	N	N	N	
NY	N			
OH	N			
OK	N			
OR			N	
PA	N			
RI				
SC	N		N	
SD				
TN	N			
TX	N			
UT	N			
VT	N			
WA			N	
WV	N			
WY	N			

ج. نوع سه: تغییر انتخاب هنجار

سومین ساز و کار احتمالی بررسی درونی سازی قانون و انتشار هنجارها به صورت قیاسی است. بررسی هنجار جدید در مقایسه با هنجارهای نو ظهور مشابه یا هنجارهایی که از قبل وجود داشته‌اند. به عنوان مرحله‌ای مشخص در چرخه‌ی حیات هنجار، زمانی نهادینه سازی رخ می‌دهد که هنجارهای

^۱ - به عنوان مثال در سال ۲۰۱۱، مجمع قانون گذاری ایالت کلرادو قوانینی را وضع نمود. در این قوانین، کاربرد عدالت ترمیمی در مدارس به صورت مدون درآمد بود.

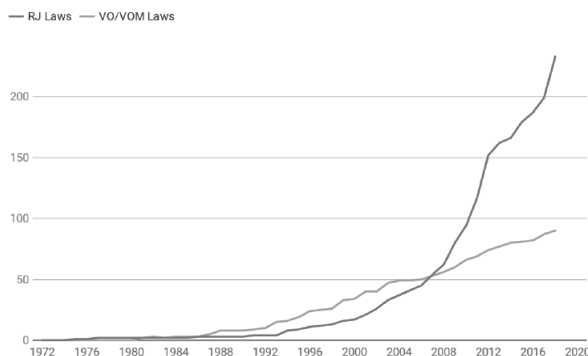
^۲ - کالیفرنیا، لوئیزیانا، فلوریدا و اورگون. به شکل شش رجوع کنید.

جدید تا حد مشخصی پذیرفته و از آن‌ها پیروی شود. از این رو، می‌توان اینطور فرض کرد که با گذر زمان، بین هنجارهای مشابه، از لحاظ پیروی یا فراگیری در جامعه، تغییراتی رخ می‌دهد. این راهکار به خوبی، مدل‌های خرد و کلان اشباع یا انتشار بین سیستم‌ها را تکمیل می‌کند که قبلاً در موردشان بحث شد. این راهکار فعالیت‌های دیگری را شرح می‌دهد که در حین درونی‌سازی قانون، رخ می‌دهند. همچنین با تحقیقات در مورد این مسئله همسوست که در شرایط خاص، چگونه ساز و کارهای مختلف تأثیر و نفوذ اجتماعی ممکن است یکدیگر را (خنثی کنند). برای سنجش این معیار، چند راهکار روش‌شناختی هست. می‌توان به دنبال تفاوت‌های بین هنجارهای مشابهی گشت که با هم در جامعه هستند. به عنوان مثال می‌توان روندی را مشاهده کرد که بر اساس آن، اهمیت هنجار جدید در مقایسه با قبلی، افزایش می‌یابد. از سوی دیگر می‌توان این مسئله را بررسی کرد که آیا هنجار جدید ویژگی‌های هنجار قبل را دارد یا نه؟ این نمونه‌ها تنها دو تا از احتمالاتند. بدون توجه به معیار یا ابزاری خاص، توجه به درونی‌سازی قانون به این روش می‌تواند بیش از پیش، ما را با فرآیندهای کلی مرتبط با درونی‌سازی هنجار آشنا کند.

در این مقاله از طریق بررسی تفوق یا وجود عدالت ترمیمی در مقایسه با میانجی‌گری بین مجرم- قربانی یا دیگر گونه فرآیندهای قربانی- مجرم (گفتمان بین قربانی- مجرم) در قوانین موضوعه یا نظارتی ایالتی، راهکار مقایسه‌ی هنجارها در مورد عدالت ترمیمی بکارگرفته می‌شود. در شکل ۷، نتایج این تجزیه و تحلیل نشان داده شده است. از اواسط دهه‌ی ۱۹۸۰، تعداد موارد مدون‌سازی عدالت ترمیمی و میانجی‌گری مجرم قربانی یا مجرم- قربانی مشابه بوده است. به عنوان مثال از سال ۱۹۸۱ تا ۱۹۸۵، میانجی‌گری مجرم قربانی یا قربانی- مجرم و عدالت ترمیمی دو تا سه بار، به صورت مدون درآمد. بین سال‌های ۱۹۹۳ تا ۲۰۰۲، در مقایسه با عدالت ترمیمی، تعداد موارد میانجی‌گری مجرم قربانی یا قربانی- مجرم بیشتر بود. به عنوان مثال در سال ۲۰۰۰، عدالت ترمیمی تنها هفده بار و میانجی‌گری مجرم قربانی یا قربانی- مجرم سی و چهار مرتبه به صورت مدون درآمد. با این حال در سال ۲۰۰۴، بین این دو حوزه تغییری آشکار رخ داد. ورود عدالت ترمیمی به قوانین ایالتی افزایش یافت، اما به شکلی معنی‌دار میانجی‌گری مجرم- قربانی یا قربانی- مجرم بدون تغییر باقی ماند. توجه داشته باشید که از سال ۲۰۰۲ تا ۲۰۰۸، شانزده بار، میانجی‌گری مجرم قربانی یا قربانی- مجرم در قوانین ایالتی به صورت مدون درآمد (از چهل به پنجاه و پنج). اگر مقایسه کنیم، درمی‌یابیم که ورود عدالت ترمیمی به قوانین ایالتی تقریباً سه برابر شد (از بیست و شش مورد در سال ۲۰۰۲ به شصت و

یک مورد در سال ۲۰۰۸). از سال ۲۰۰۹، این خلأ هر چه بیشتر و به میزان کنونی ۱ : ۲۰۵ بین قوانین عدالت ترمیمی و قوانین میانجی‌گری قربانی- مجرم منجر شد. این یافته در کمان از فرآیند درونی‌سازی عدالت ترمیمی در قانون را افزایش می‌دهد. نباید تصور کرد عدالت ترمیمی به سادگی در قوانین ایالتی رشد کرده است، بلکه در قیاس با گونه‌های قبلی فرآیندهای ترمیمی، به جایگاه برتری منتقل شده است.

شکل ۷: عدالت ترمیمی و میانجی‌گری مجرم قربانی / قربانی- مجرم



با توجه به دقت داده‌ها، سؤالات بی‌پاسخی باقی می‌ماند که مثل سؤالاتی‌اند که قبلاً، در موردشان بحث شد. به عنوان مثال عدالت ترمیمی چه ویژگی‌های خاصی دارد که طوری بر افراد و نهادها تأثیر گذارده که در مقایسه با میانجی‌گری قربانی- مجرم یا فرآیندهای توصیف‌شده به عنوان مجرم- قربانی، بیشتر انتخاب شود؟ آیا عدالت ترمیمی ویژگی‌های خاصی دارد که باعث می‌شود در مقایسه با دیگر هنجارهای مشابه، بیشتر از آن پیروی گردد؟ آیا ساختارهای فرصت سیاسی وجود دارند که بر عدالت ترمیمی تأثیر مثبت گذارند؟

از نظر من علت این مسئله در ساختار زبان‌شناختی عدالت ترمیمی ریشه دارد. عدالت ترمیمی به عنوان نظریه‌ی کلی یا دامنه‌ی محاوره‌ای وسیع‌تر درک می‌شود و مجموعه‌ی متنوعی از عرف‌ها و روش‌ها، همچون میانجی‌گری قربانی- مجرم را دربر می‌گیرد. با پذیرش هر چه بیشتر عدالت ترمیمی اکنون می‌توان میانجی‌گری قربانی- مجرم را به عنوان یکی از اولین نمونه‌های عدالت ترمیمی درک کرد، نه نمونه‌ای از تمام مجموعه‌ی عدالت ترمیمی. دومین فرضیه‌ی مرتبط انتخاب روش‌ها و عرف‌های مبتنی بر مدرسه در اواسط دهه‌ی ۲۰۰۰ است. در بستر آموزشی، مدل‌های میانجی‌گری قربانی- مجرم

(یا گفتمان قربانی - مجرم) به طور رایج اجرا نشده‌اند و حتی در برخی از مواقع به هیچ وجه از آن‌ها استفاده نشده است. بنابراین چون اخیراً سیستم‌های جدید واکنش‌ها و روش‌هایی غیرتنبیهی را به صورت عملیاتی درآورده‌اند، بر اساس نظریه و اصلاح گسترده‌تر عدالت ترمیمی، نیاز به استفاده از روش‌های متنوع به وجود آمده است. همچنین شاید این توضیحات پاسخی به جابجایی یا انتشار غیرخطی عدالت ترمیمی بین سیستم‌های عمومی مختلف باشد. به عنوان هنجاری قانونی، به نظر می‌رسد عدالت ترمیمی دارای هویت نظری و عملی باشد که بتوان آن را به بسترهای متنوعی منتقل کرد. این بسترهای متنوع با سیستم‌های رسیدگی به جرائم اطفال و جرائم کیفری متفاوتند. بسته به هر مکان، این سیستم‌ها باید به شیوه‌ی جدیدی اجرا شوند. بنابراین با وجود اینکه یافته‌های به دست آمده از این معیار سنجش نمی‌توانند همه‌ی خردفرآیندهای احتمالی را شرح دهند، نمی‌توان چنین سؤالاتی را بررسی کرد.

۵- درونی‌سازی عدالت ترمیمی بیرون از محدوده‌ی قوانین رسمی

در این مقاله به طور نظری به درونی‌سازی قانون و به طور نظری، به گسترش ماهیت عدالت ترمیمی در قوانین ایالتی توجه شد، اما هدف از نوشتن این مقاله اثبات این استدلال نبود که عدالت ترمیمی بهتر است یا باید به صورت مدون در قوانین ایالتی مورد توجه قرار گیرد تا مؤثر واقع شود. در حقیقت، در خود ایالات متحده و دیگر کشورها، نمونه‌های زیادی از ارزش‌ها و ایده‌ها، راه‌حل‌ها و روش‌های ترمیمی در بسترهای رسمی و غیررسمی هست که بدون مدون یا عملیاتی‌سازی، وارد قوانین شده‌اند.^۱

به عنوان مثال به ایالت /ورگون توجه کنید. در حال حاضر هیچ نوع قانون ایالتی (و حتی از لحاظ ایدئولوژیکی، دلگرم‌کننده‌ای) وجود ندارد که در آن، روش‌های عدالت ترمیمی مبتنی بر مدرسه بیان شده باشد. با وجود این، از سال ۲۰۰۸، مناطق سراسر این ایالت به عنوان بخشی از خط‌مشی‌ها و روش‌هایشان در زمینه‌ی تنبیه و تأدیب و سیستم‌های چند لایه‌ای حمایتی، عدالت ترمیمی را اجرا کرده‌اند. (Scanelli, 2011) به عنوان مثال، در «ناحیه‌ی مدرسه‌ی پارکروس /ورگون» با هدف کاهش

^۱ - از منظر جنبش اجتماعی، با وجود آنکه، آن را به صورت قانون درمی‌آورد، اما عدالت ترمیمی می‌تواند انواع فواید برهانی، سیاسی و استراتژیک را برای اصلاح‌طلبان، جامعه‌ی مدنی و سیاست‌گذاران داشته باشد. به عنوان مثال، در شیکاگو، با وجود نبود قوانین یا الزامات خاص ایالتی، افراد، گروه‌های اجتماعی و سازمان‌های غیرانتفاعی ارزش‌ها، مفاهیم و روش‌های مرتبط با عدالت ترمیمی را معرفی و ایجاد کرده‌اند. این مسئله را می‌توان در طیفی از فعالیت‌ها مشاهده کرد، از استفاده از محافل جامعه ساز به عنوان فعالیت‌های فوق‌برنامه گرفته تا ایجاد حلقه‌های عدالت ترمیمی در محله‌ها.

انتقال دانش آموزان به مسیر مدرسه به زندان، اجرای روش های ترمیمی به گونه ای رخ داد که بین «اداره ی دادگستری اجتماعی در شهر پورتلند» و ناحیه شراکتی ایجاد شد. (Gonzalez, 2012: 281-301) اولین گونه های روش های عدالت ترمیمی در ناحیه ی مدرسه ی پاکروس و دیگر مدارس ناحیه ی پورتلند استفاده شد. این گونه ها براساس فرآیندهای تغییر مسیر، مدل سازی شدند و «خدمات اطفال» در بخش *مالتنوما* از آن ها استفاده کردند. (Tallman, 2020)

با این حال، سیستم های آموزش و عدالت کیفری تنها مکان هایی نیستند که در صورت نبود قوانین رسمی، در آن ها طرح های ابتکاری مربوط به عدالت ترمیمی ایجاد شد.^۱ در سراسر جهان، سیاست گذاران، وکلا و جوامع می خواسته اند عدالت ترمیمی را در تمام سطوح دولت و جامعه ی مدنی وارد کنند. معمولاً به یکی از این مدل ها «شهرهای ترمیمی» گفته می شود. این شهرها نماد مدل های منسجمی اند که به صورت بومی درآمده اند و در آن ها کارهای استراتژیک انجام می گیرد. بدین سان می توان با تلفیق ارزش ها و روش های عدالت ترمیمی در یکدیگر، جوامعی سالم تر ایجاد کرد که در آن ها مردم با هم برابرترند. شاید عدالت ترمیمی در قوانین و خط مشی شهرهایی درونی سازی شود که در آن ها، عدالت ترمیمی (به عنوان یک هنجار) وجود دارد، اما این کار اجباری نیست. در عوض در هرکدام از این شهرها، مجموعه ی متنوعی از کنشگران قصد دارند چهارچوب های عدالت ترمیمی را در بافت اجتماعی، سیاسی و ساختاری تلفیق کنند.^۲ در مورد آینده ی عدالت ترمیمی در ایالات متحده، سؤالات بی جوابی هست، با این حال مدون سازی روزافزونش باعث می شود نگرش های کنونی دوباره ارزیابی و بیش از پیش، به عملیاتی سازی شان درون و بیرون از قانون و سیستم های رسمی حقوقی توجه شود.

نتیجه گیری

در این مقاله از طریق بررسی پیدایش عدالت ترمیمی به عنوان هنجاری جدید در زمینه ی آموزش و تأدیب و تنبیه، دامنه ی اثر قبلی ام گسترش یافت. براساس داده های این تحقیق، ویژگی قانونی و رسمی عدالت ترمیمی در ایالات متحده در حال گسترش یافتن است. بنابراین درونی سازی عدالت

^۱ - با این حال، به خاطر رشد عدالت ترمیمی مبتنی بر مدرسه، در ایالت ها، به طور روزافزون قوانینی اتخاذ می شود تا کاربردش را به صورت رسمی درآورند. همچنین قانون و سیاست فدرال، عدالت ترمیمی را به عنوان مداخله ای در رابطه با تأدیب و تنبیه و مجموعه ای از روش های تخفیف دهنده درآورده اند تا عدم اغماض (در برابر ارتکاب جرم) و نابرابری را بررسی کنند.

^۲ - حوزه هایی همچون برنامه ریزی و طراحی شهری، ارائه ی خدمات اجتماعی، مدارس، سیستم های قضایی و توانمندی سازی. بنابراین، عدالت ترمیمی به طور همزمان، یک سیستم، مجموعه ای از ارزش ها و چشم اندازی از حاکمیت خوب است.

ترمیمی را نباید جدای از سیستم دانست، بلکه باید اینطور تلقی کرد که این مسئله در سیستم‌ها و شاخص‌های مختلف در حال توسعه یافتن است.

با توجه به حضور روزافزون عدالت ترمیمی در قوانین ایالتی و همچنین عملیاتی‌سازی‌شان در چند سیستم عمومی، نیاز به انجام چنین تحقیقاتی در بین منابع دیگر دیده می‌شود. به منظور بررسی خلأیی نظری و تجربی در منابع، این مقاله به دو روش، در این زمینه، مداخله می‌کند. اول اینکه، در آن چهارچوب نظری جدیدی برای سنجش درونی‌سازی هنجارها در قانون پیشنهاد می‌شود. با وجود آزمایش شدن بر اساس مجموعه داده‌هایی خاص، دسته‌بندی‌های ارائه شده در این مقاله در چشم‌اندازهای حقوق بین‌الملل و حقوق آمریکا بکار می‌روند. این دسته‌بندی‌ها جامع و به صورت دو سوپیه، منحصر به فرد نیست، بلکه هدفشان این است که هر چه بهتر، چگونگی پیدایش هنجارهای جدید در قانون را شرح دهند. دوم اینکه، در این مقاله به صورت تجربی، مدون‌سازی کنونی عدالت ترمیمی در قوانین ایالتی بررسی می‌شود. بر اساس داده‌های به دست آمده از نظرسنجی صورت گرفته در پنجاه ایالت، عدالت ترمیمی به عنوان هنجار حقوقی جدیدی، پدیدار شده است. بدون توجه به اینکه در سطح خرد یا کلان باشد، مشروعیت عدالت ترمیمی در قوانین مسیر کاملاً امیدوارکننده را پیش رو دارد. با وجود تفاوت‌های آشکار بین ایالت‌ها، اما این تفاوت‌ها می‌توانند برای تحقیقاتی مفید باشند که در آینده انجام می‌شود. همچنین از اهمیت یافته‌های کلی این پروژه کاسته نمی‌شود.

در حوزه‌های علمی گوناگون، این نتیجه‌گیری که عدالت ترمیمی به عنوان هنجاری قانونی پدیدار شده تأثیرات مهمی را از خود بر جای گذاشته و همچنین در اجرای روزمره قوانین هم مفید بوده است. از لحاظ تجربی، به رسمیت‌شناسی عدالت ترمیمی به عنوان هنجاری قانونی دانشمندان را وادار می‌کند تا به حوزه‌های جدید تحقیقاتی توجه کنند، مثل تحقیقاتی که در آن‌ها، ساز و کارهای تأثیر اجتماعی در فرآیند درونی‌سازی قانون، آزمایش می‌شود. چنین بررسی‌هایی می‌تواند به قضات، وکلای مدافع و کمیته‌های مربوطه درس‌های ارزشمندی بدهد که می‌خواهند در حوزه‌های قضائی‌شان، قوانین مشابهی را پیش ببرند. همچنین آن‌ها می‌توانند در حوزه‌های قضایی، همچون انتخاب سیستم، تغییرات در قوانین ایالتی را توجیه کنند. به عنوان هنجاری قانونی، عدالت ترمیمی پذیرفته و به خصوص، به طور دقیق، اشباعش در سراسر کشور درک شده است. اکنون از طریق پرسش سؤالاتی در مورد مبانی اخلاقی در علم حقوق یا عوامل حمایت‌کننده در قانون اساسی در فرآیندها و روش‌های عدالت ترمیمی،

دانشمندان می‌خواهند تحقیقات تجربی و نظری را در اولویت قرار دهند. از سوی دیگر، شاید بیرون از سیستم‌های کنونی، حوزه‌های جدید را بررسی کنند تا راه‌حل‌هایی درمورد عدالت ترمیمی بیابند.

با این حال کاربرد یافته‌های این تحقیق تنها به برنامه‌های کاری تحقیقاتی محدود نیست. این چهارچوب قانونی روبه گسترش درمورد عدالت ترمیمی به همراه پذیرش سیاسی و اجتماعی گسترده‌ترش می‌تواند علامتی مهم برای جوامع، عمل‌گرایان، استادان و دیگر افراد تأثیر پذیرفته باشد. برای این افراد، عدالت ترمیمی می‌تواند برای دامنه‌ی وسیعی از مسائل مرتبط با عدالت، همچون آسیب‌نازدی، بی‌عدالتی زیست‌محیطی و نابرابری‌های آموزشی، یک راه‌حل باشد. درونی‌سازی و انتشار عدالت ترمیمی در قوانین ایالتی شرایط جدیدی را ایجاد کرده که از طریقشان، وکلا، قضات و سیاست‌گذاران می‌توانند به طور روزافزون، درمورد کاربرد عدالت ترمیمی در مراحل گوناگون فرآیندهای حقوقی، تصمیم بگیرند. آکادمی حقوق باید توجه داشته باشد که تقریباً در همه‌ی ایالت‌ها، به نوعی عدالت ترمیمی به صورت مدون درآمده است. این مسئله حاکی از نیاز فوری به افزایش توجه به برنامه‌های درسی در دانشکده‌های حقوق درمورد دروس مرتبط با عدالت ترمیمی است. شاید سرانجام دانشجویان رشته‌ی حقوق به خوبی، پیش‌بینی نشده باشد که نیازهای مشتریان و اربابان رجوعشان را بیان و به شکلی مؤثر در سیستم‌هایی کار کنند که به طور روزافزون، از روش‌ها، فرآیندها و راه‌حل‌های عدالت ترمیمی استفاده می‌کنند. به علاوه دانشجویان علاقه‌مند به ایجاد راه‌حل‌هایی برای مسائل کنونی در زمینه‌ی عدالت، همچون محکوم نمودن تعداد زیادی از مردم به مجازات حبس، باید از طرز کار سیستم کنونی عدالت کیفری آگاه باشند و طرز کار ساختارهای جایگزین را هم درک کنند.

فهرست منابع

1. Ambrit et al. *Restorative Justice: "Scientific Movement"*, Footnote 1 in the Page 518.
2. An Interview with Bob Talman, Sch. Res. Officer, Parkose Sch. Dist in Portland (10 May, 2020).
3. An Interview with Maria Scanley, the Vice-president of Solutions, Northwest, in Portland (6 December, 2011).
4. Carrel Stuffer & Sonia Shah, "Restorative Justice: Taking the Pulse of the Movement", (the Script Not Published) (In the Case with Zerr Institute for Restorative Justice).
5. David Night & Anita Wavoa. "Increasing Opportunities through a Particularly Precise Restorative Justice". 14-16 (2014), *STUD INEdu*, SCH 11.
6. David B. Wilson et al. (2017), "The Differences of the Principles of International Restorative Justice to Consider Juvenile Misdemeanors"; *The Judiciary of the U.S.A.*
7. Dona Coker. "The Logical Relation among Crime, Campus, Rape, and Restorative Justice", *Tex* 49, 202-03, 147, *Tech L. Rev.*
8. Fania Davis & Jonathon Sharer. "Reimagining and Restoring Justice: Toward the Process of Fact-finding and Reconciliation to Trigger Violence against African-Americans in the U.S." in the book titled "Transforming Justice, Attorneys, and Practicing Law". (Marjory Silver, Edi. 2017).
9. Francisco J. Granados. "Integrated, Cultural, and Relational Environments of Organizations", 83 *Sco. Forces* 883, 885 (2005).
10. Jennifer J. Llewellyn (2012), "Integrating Peace, Justice, and Development in a Relational Approach Concerning Mediation and Establishing Peace, Ethics and Society, Welfare". 290-293.

11. John Beit Weight & Filip Petit. "Republicanism and Restorative Justice: A Descriptive and Explanatory Relation", *The Philosophy of Restorative Justice and Its Practice*. 156, 145-59 (Hitler Strong & John Brit Witt, Edi. 2000).
12. Hitler Strong et al., "May the Gatherings Concerning Restorative Justice Be Effective upon Lessening Re-committing Crimes?", the findings obtained from the Kample's Accurate Assessment", *J31, quantitative criminology* (2015).
13. howard zehr, *changing len ses: a new focus for crime and justice* edit 3d, herald press, 2005.
14. <http://zehr-institute.org>.
15. <https://zehr-institute.org/webinars/transformative-community-conferencing/>.
16. <https://perma.cc/6y7d-pxb3>.
17. <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ojdp/grants/250872.pdf>[<https://perma.cc/egr5-n2pt>].
18. <https://law.gsu.edu/centers/consortium-on-negotiation-and-conflict-resolution/programs-and-research/>[<https://perma.cc/Uee7-AFVK>]
19. Koh, Frankel's Speech in 1998, Footnote 74 above, in the Page 642.
20. "Plans and Research", GA State University, Law College. (Earlier in 9 June, 2019, the site is visited).
21. Marlin Armor, "Restorative Practices: Correcting the Deficiencies of Discipline in Trammeling Schools", 50 U. Rich. L. Rev. 999, 1019-23 (2016).
22. Mark S. Ambrit et al, "Restorative Justice in the 21st Century: A Social Movement Full of Opportunities and Challenges". 89 Marq, L. Rev. 251 (2005).
23. Sandra Pavelka, "Restorative Justice in States: an Analysis Concerning Substantive Laws & Policy Making". 5-9 (2016), Just.poly j.
24. Shatoon M. Silva & Carolin J. Lambert, "The Code of Restorative Justice in the U.S.: An Analysis of the Emergent Legal Doctrine from the Perspective of Law" (2015) 85, 14J, POL'Y PRACTICE 77.

25. *sonya shah, sarah king and carl sbauffer, restorative justice listening project, 2017.*

26. *Suzan Sharp. "Re-affecting Relations to Make them Compatible with the Purposes of Organizations", 5Restorative Justice; 441-54, 441. An Int'l J (2017).*

27. *Talia Gonzalez, "Protecting Children in Schools: Restorative Justice, Discipline, and the Route between Schools and Prisons"; 301, 293, 281, Edu & J.L. 41 (2012).*

28. *William Bradshaw & David Roseboro. "A Dialogue Concerning Restorative Justice: the Effect of Mediation and Gathering upon Juvenile Committing Crimes". The Effect of the Principles of Restorative Justice upon Considering Juvenile Criminal Cases: An Ultra-analysis Conducted by the Judiciary Department of the U.S. (2017).*

Abstracts

Studying the Innovations Made in the Amendments to the Anti-Money Laundering Act

Mahdi Helali, Amir Hashem Zadeh

Abstract

Money laundering is one side of the coin of crimes, which may lead to the penetration of the wealth accrued due to criminal efforts to economy while it may sound legal and impeccable. Consequently, tracing of which may go far complicated. On the other hand, money laundering entails malicious side-effects for economical system in the state and private sectors, and also may taint a state worldwide (the paradise of money laundering). Parallel to these changes, there is need for passing up-to-date acts to combat such a phenomenon. One the other hand, one way to finance terrorism is money laundering. First, in 2006, the Iranian legislator passed the act on money laundering. After ten years, due to the inefficiency of the act and the international proposals concerning money laundering and financing terrorism, such as FATF, some provisions of the above-cited act were amended. These amendments include innovations and new points than the former act such as considering combating financing terrorism, the anticipations of the financial institutes in addition to the former act, and new mechanism to combat money laundering. In this article, we investigate these provisions and their qualities.

Key words: Money laundering, The Anti-Money Laundering Act, FATF, Financing Terrorism

Legal Analysis of the Financial Obligations of Applicants for Obtaining the Custody of Homeless and Abused Children and Adolescents

Ali Noorian

Abstract

Today, for a variety of reasons, including the death of a parent or bot, the illness of infants and the poor financial situation of parents to pay for the treatment and taking care of sick children, parental divorce and their inability to support themselves, and the severe addiction of a parent or both, many children and adolescents are homeless and/or do not have a suitable caregiver. On the other hand, for some reasons, such as rising infertility rate and the existence of benevolent and humanitarian motives, etc., some people desire to take care of orphaned or abused children. Despite the rejection of adoption in Islam, because the government and the welfare organization are not able to take care of children until they reach the age of growth and gaining independence, by adopting regulations, that on the one hand, determine the conditions of couples and applicants for obtaining the custody, and on the other hand, by specifying the conditions of orphaned or abused children and adolescents, and also by explaining the application procedures and how to deal with them, and issuing custody orders and terminating and dissolving them, the legislator has tried to organize how to take care of children. One of the important points in this process is to pay attention to the financial rights and future of the children or adolescents under guardianship. Therefore, in this article, we try to explain how to ensure the financial rights and future of the children and adolescents from the perspective of the new law, passed in 2013, to protect the orphaned children, and to adapt and analyze the innovations of this law in the existing legal institutions and facilities in the Civil Law.

Keywords: *Ownership - obligation - obtaining an objective guarantee - the cost of training - maintenance and education- alimony - adoption*

The Legislative- penal Policy of Iran in Confrontation With the Potential Crimes Which May Be Committed in the Stock Market

Meysam Abasi Lahroudi , Seyed Abolghasem Naghibi

Abstract

Today, the stock market is considered as a mechanism for financing large economic projects. The potential crimes which may be committed against the capital market have violated and challenged the values and do's and don'ts of the Economic System. By displaying such behaviors, fair competition and trust among the actors of the capital market, and transparency in the information are seriously damaged. Therefore, in order to protect investors, the legislator in the sixth chapter of Iran's Stock Market Law, passed on 2005, titled "offenses and sanctions", has criminalizes some actions and conducts. The potential crimes in the stock market can be categorized in 2 contexts: first, crimes may be committed by market bankers as may be done so by any one; second, crimes which may be committed in the special circumstances of this area, such as the crime of conducting transactions based on secret/confidential information or manipulating the market which may be committed by those who are in specific professional situations. This is the stock organization which shall specially pursue the potential crimes in this area. This is the officer which criminalizes and pursues the cases until making the final decisions. The purpose of this study is to analyze the most important potential crimes in the stock market, the philosophy of criminalization and its legal basis, and to try to analyze the laws and judicial procedure in dealing with stock market crimes; so that the weaknesses and strengths of the law and procedures may be identified, and solutions may be provided to resolve the weaknesses, and improve strengths.

Keywords: *Stock Market, Criminal protection, Criminalization, Stock Market Crimes, The Elements of The Crimes*

Jurisprudential-Ligal Exploration of the Criminal Liability of Perjury

Bahram Behboudi, Majid Dadkhah

Abstract

One of the most widely used reasons for pursuing criminal cases is the use of testifying. Testifying is widely used in both criminal and legal cases. Therefore, in this article, it is clear that in jurisprudence and substantive law, there is a criminal responsibility shall burdened upon a perjurer; she is interpreted in jurisprudence as the "testifier of coercion". This is one of the crimes which is committed only through objective acts, and through not conducting an act. Although some fact (or reality) is swept under the rug, the crime of perjury has not been committed. For this crime, punishments such as discretionary punishments and revealing the crime and its committer to the public, imprisonment, whipping, retribution, and blood money are laid down the law. In the substantive law, except for revealing the crime and its committer to the public, other punishments for perjury may be administered according to the type of crime. Of course, there is some legal gap for perjury; only concerning the crime of adultery, there is the punishment of Qozf (whipping the perjurer 80 times for not presenting 4 fair witnesses at the same time) is laid down for perjury. As far as retribution is concerned, in proportion to the punishment imposed on the party suffered from perjury, hanging up or amputation may be administered. And concerning crimes for which discretionary punishments are laid down, imprisonment and fines shall be borne by the committers of perjury. Regarding the criminal side- effects of perjury, the creation of criminal liability for third parties, such as guardians, judges, and executors of the sentences, may be laid down as the case may be.

Keywords: *Criminal Liability, perjury, Testifying, Punishment, Reasons*

A New Attitude Toward Medical Liability with an Ethical Approach

Mohammad Javad Abdollahi, Mahdi Rezaei Mpoghadam

Abstract

As the humankind's life gets more complex and distances itself from its primitive state, the concept of ethics too gets more extensive and complex, and the ethical definition of the humankind relations in a society and telling the ethical from the unethical examples becomes more difficult. Today, not many humankind daily activities not been assessed as one of the practical or professional off-shoots, or not may not be discussed in ethics. Explicitly, practicing medicine may not be imagined clear of faults and mistakes, but the issue which needs to be contemplated is the liability which may arise for the physicians due to professional medical practice. zaman-e tabib may be one of the complex and difficult issues equivalent to the term of "zaman-e tabib" in the Islamic jurisprudence. Medical liability includes the off-shoots of medical practice lead to injuries, and also material & spiritual damages incurred upon a patient and/or her relations. The liabilities in relation to medical practice include the civil, criminal, and disciplinary ones. Medical practice enjoys sublime social status, so considering the significance of, and the necessity of safeguarding the status and sublimity of the profession, the physicians' practices have to be taken into consideration, in addition to assuming proper, logical, and in concordance with ethics and up-to-date realities for medical practice as far as treatment and taking care of patients. Therefore, in the article, we try to explore a physician's liability from a new perspective based on an attitude toward the medical ethics.

Keywords: medical liability, ethics, civil liability, disciplinary liability

A Critic Concerning the Article 11 of the Law of Shortening the Imprisonment Terms

Mohsen Rahmani Fard

Abstract

Imprisonment is one of the main punishments in the legal systems of countries. With the passage of the Law of Shortening the Imprisonment Punishment Terms in 2020, the administration of this punishment has been transformed. For example, Article 11 of this law plays an important role in developing a new criminal policy through extending the limits of forgivable crimes, and dividing the minimum and maximum terms of imprisonment. In the present study, the side-effects of this article, both direct and consequential, have been discussed, and the critics against it been divided into four categories including: shortening the term of the lapse of time; forgiving the important financial crimes, and the crimes against public welfare; extending the crimes in the jurisdiction of the court and disproportion of sentences and punishments in relation to the crimes.

Keywords: *shortening imprisonment term, forgivable, lapse of time, competence, proportionality of punishment.*

The Legalization of Restorative Justice: A Fifty-State Empirical Analysis

Thalia González

Abstract

This Article addresses the increasing formal legal nature of restorative justice in the United States. Over the last three decades, a substantial body of research has demonstrated the ways in which restorative justice offers an alternative societal response to crime and harm. It has also examined how restorative justice empowers individuals and groups to address violence, respond to social, political and economic injustice, and engage in resistance to existing structural inequities. Yet a prominent gap in the field exists: a comprehensive theoretical and empirical examination of the codification of restorative justice in state law. Studies of this nature are essential given restorative justice's proliferation in formal law, as well as operationalization within multiple public systems. Drawing on data from an original 50-state analysis, this Article argues that the current degree of legal internalization of restorative justice indicates the emergence of a new legal norm. These findings call for a critical reexamination of current perceptions of restorative justice normatively and empirically. Beyond provoking new directions in research, these findings should be of significant interest to reformists seeking to advance laws, policies, and systems that promote fairness, equity, and justice and to practitioners who increasingly interact with formal restorative processes. The internalization and diffusion of restorative justice in state law has heightened the need for judges, attorneys, and advocates to not only understand restorative justice theoretically, but pragmatically as they must now make decisions regarding the use of restorative justice at different stages of legal processes.