

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



فصلنامه علمی

دوره چهارم - شماره ششم

تابستان ۱۴۰۰

فصلنامه آراء دادگستری اصفهان

فصلنامه علمی

شماره شایا: ۱۸۴۱-۲۷۱۷ ISSN

دوره چهارم / شماره ششم / تابستان ۱۴۰۰

شماره مجوز وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی ۱۷۲۸/۹۳ 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

طرح جلد: امیرحسین چوپانی

شمارگان: ۱۰۰ نسخه چاپی

چاپ و صحافی: انتشارات آموزشی و پژوهشی بوعلی

تاریخ انتشار: تابستان ۱۴۰۰

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، محسن رحمانی فرد، سید احمد عسگری ارجنکی، محمدجواد عبدالهی، مجتبی فرهمند

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

صندوق پستی: ۷۵۹۶۷-۸۱۷۳۶

تلفن: ۰۳۱-۳۶۲۲۶۷۳۹

فکس: ۰۳۱-۳۶۲۴۰۵۲۵

وب سایت: 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 مقاله ها

عنوان.....	صفحه
آسیب شناسی پاسخ های کنونی نظام عدالت کیفری ایران در جرائم و تخلفات بانکی.....	۷
علی عابدزاده زواره	
جانشینی اتوماتیک سازمان های بین المللی در حقوق بین الملل.....	۲۷
محمد رضا ملت	
مسعود احسن نژاد	
مطالعه تطبیقی ضمانت اجرای حقوق دفاعی در مرحله تحقیقات مقدماتی.....	۵۱
امین جلیلی	
مالکیت مافی الذمه و اثر تحقق آن نسبت به ثالث.....	۷۹
سجاد شهباز قهفرخی	
مداخله کیفری در حوزه حقوق زن در خانواده با رویکرد جرم شناسی فمینیستی.....	۱۰۱
محمد جواد عبد الهی	
سمیه رئیسی وانانی	
مسئولیت کیفری ناشی از نقض حقوق مالکیت صنعتی در نظام حقوقی ایران.....	۱۲۲
مهدی محسنی	
محمد محسنی	
Abstracts.....	۱۲۳

آسیب‌شناسی پاسخ‌های کنونی نظام عدالت کیفری ایران در جرائم و

تخلفات بانکی

علی عابدزاده زواره^۱

چکیده

اهمیت جرائم و تخلفات بانکی به‌خصوص در زمان حاضر و شرایط اقتصادی کنونی، یکی از مباحث ضروری و مورد نیاز جامعه حقوقی می‌باشد؛ زیرا این جرائم، تخلفات و پاسخ‌های کیفری به آن‌ها به‌طور صریح و دقیقی در نظام حقوقی ما مورد بررسی و احصاء واقع نشده است. این جرائم و تخلفات از آن جهت که سبب تخریب امنیت در نظام پولی و بانکی کشور و بعضاً به یغما رفتن سرمایه‌های مردم و در نتیجه بی‌اعتمادی آنان به نظام اقتصادی و بانکی کشور خواهد شد؛ از اهمیت بسزایی برخوردار است. در حال حاضر علی‌رغم اهمیت، پیچیدگی، ایجاد هزینه‌ها و آسیب‌های جبران‌ناپذیر جرائم و تخلفات بانکی سیاست جنایی ایران در این حوزه با چالش‌های متعددی مواجه شده است. هنجارگذاری جنایی پراکنده و غیر نظام‌مند، عدم پیش‌بینی سازوکارهای اجرایی کارآمد، پاسخ‌دهی کیفری صرف و عدم اتخاذ سیاست‌های پیشگیرانه، از جمله آسیب‌هایی هستند که در عمل، سبب ناکارآمدی نظام عدالت کیفری در حوزه جرائم و تخلفات بانکی شده است. مقاله پیش رو با استفاده از روش توصیفی — تحلیلی به دنبال شناسایی چالش‌های موجود در حوزه جرائم و تخلفات بانکی در زمینه‌های سیاست جنایی تقنینی، قضایی و اجرایی ایران می‌باشد. یافته‌های این مقاله نشان می‌دهد که برای مقابله کارآمد با این جرائم و تخلفات، نیازمند یک سیاست جنایی منطقی، مبتنی بر واقعیت‌های اقتصادی و اجتماعی و طراحی یک نظام پاسخ‌دهی چندگانه (کیفری، پیشگیرانه و ترمیمی) هستیم.

کلیدواژه‌ها: نظام عدالت کیفری، جرائم بانکی، تخلفات بانکی، پاسخ‌های کیفری، ضمانت اجرای

متناسب

^۱ - دانش‌آموخته کارشناسی ارشد رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری - justcandoo@yahoo.com

مقدمه

نظام عدالت کیفری شامل کلیه مراحل تعقیب، رسیدگی، دفاع، پاسخ‌های کیفری و شیوه اعمال کیفر می‌باشد؛ لذا تحلیل و بررسی نظام عدالت کیفری در خصوص جرائم و تخلفات بانکی شامل کلیه موارد فوق است، اما آنچه در این نوشتار دنبال می‌گردد، صرفاً پیرامون مسائل و مباحث مربوط به پاسخ‌ها و واکنش‌های نظام عدالت کیفری ایران به این جرائم و تخلفات است.

اتخاذ پاسخ‌های کیفری متناسب با هر جرمی، جز دشوارترین مباحث حقوق کیفری می‌باشد؛ زیرا از طرفی باید اصل حداقلی بودن حقوق جزا و حفظ حریم خصوصی و آزادی‌های فردی رعایت گردد و از طرف دیگر این پاسخ‌ها باید برای مجرمین جنبه بازدارنده داشته و متناسب با جرائم ارتكابی باشد. به عبارت آخری جرم انگاری و تعیین کیفر یک لبه دوسویه‌ای است که عدم رعایت تعادل و توازن، حتی به میزان اندک در این مسیر، بعضاً آثار زیان‌بار غیرقابل جبرانی را به دنبال خواهد داشت.

جرائم اقتصادی و به‌ویژه جرائم و تخلفات بانکی به سبب تأثیر مخرب فراوانی که بر نظام اقتصادی و بانکی کشور با توجه به وضعیت اقتصادی موجود دارند؛ در میان کلیه جرائم و تخلفات از اهمیت ویژه‌ای برخوردار هستند. زیرا علاوه بر آن که نظام اقتصادی و بانکی در اثر این جرائم و تخلفات ناکارآمد و ضعیف شده است، نظام سیاسی و اجتماعی نیز دچار نارسایی‌هایی خواهد شد.

بنابراین انتخاب نحوه‌ی واکنش‌ها و پاسخ‌های کیفری به جرائم و تخلفات بانکی نیاز به دقت نظرهای فراوانی در این زمینه خواهد داشت؛ که عدم رعایت آن‌ها و یکسان پنداشتن پاسخ‌های کیفری به این جرائم و تخلفات و سایر جرائم ارتكابی، سبب آسیب‌ها، خلأها و نقایص فراوانی در حوزه جرائم و تخلفات بانکی خواهد شد. یکی از مهم‌ترین مواردی که در این زمینه شایان توجه است؛ تخصصی بودن این جرائم و تخلفات و در نتیجه متخصص بودن مجرمین این دسته از جرائم و تخلفات می‌باشد. (ایران‌نژاد، ۱۳۹۷: ۳۴) توجه به این نکته، به‌کارگیری و وضع پاسخ‌ها و ضمانت اجرای کیفری تخصصی و دقیق را توصیه می‌نماید؛ بنابراین اتخاذ پاسخ‌های صحیح کیفری، نسبت به مجرمین و متخلفین بانکی با سایر مجرمین و متخلفین باید متفاوت و گوناگون باشد؛ اما متأسفانه این مهم، بعضاً به دلیل ساده‌انگاری‌های قانون‌گذار و سایر مراجع قانونی و قضایی رعایت نگردیده و خود سبب آسیب‌های متفاوتی گشته است.

شناسایی آسیب‌های موجود در عرصه پاسخ‌های کیفری به این جرائم و تخلفات، بخش عمده‌ای از مشکلات نظام عدالت کیفری در حوزه جرائم و تخلفات بانکی را مرتفع خواهد نمود.

آسیب‌های موجود در حوزه پاسخ‌های کیفری به جرائم و تخلفات بانکی، سبب ناکارآمدی نظام بانکی و تجری مجرمین این دسته از جرائم گشته است؛ زیرا بعضاً آسیب‌های موجود سبب وجود خلأها و نقایص فراوانی شده و مجرمین نیز با علم و آگاهی به این نواقص و شناسایی آن‌ها به‌طور دقیق به‌راحتی دست به جرائم کلان بانکی زده و بیمی از اعمال مجازات و کیفر متناسب با این جرائم نیز ندارند؛ این آسیب‌ها به ترتیب ذیل مورد تحلیل و بررسی قرار خواهد گرفت:

۱- فقدان مجموعه قوانین و مقررات مستقل و سازمان‌یافته در حوزه جرائم و تخلفات بانکی

۱-۱- فقدان مجموعه قوانین و مقررات مستقل و سازمان‌یافته در حوزه جرائم بانکی

قانون‌گذار ایران بر اساس حمایت از ارزش‌های مهم جامعه در پاره‌ای از مسائل و موارد دست به جرم انگاری زده است؛ حجم وسیع قوانین کیفری نشان‌دهنده‌ی این است که واکنش‌های کیفری بیشتر به‌عنوان اولین راهکار و نخستین پاسخ از سوی قانون‌گذار ارائه شده است. اما صرف‌نظر از بحث‌های فلسفی در مورد الزام قانون‌گذار به استفاده از پاسخ‌های کیفری به‌عنوان آخرین راهکار، آنچه بیش از این مباحث اهمیت دارد، بررسی و ارزیابی عملی مداخلات کیفری قانون‌گذار است. (روستایی، ۱۳۸۸: ۲۲)

جرائم بانکی به‌عنوان یکی از مهم‌ترین جرائم اقتصادی در حقوق کیفری ما مطرح می‌باشد و قوانین مربوط به آن نیز اندک و محدود نمی‌باشد؛ اما هیچ‌گاه قانون‌گذار این جرائم و تخلفات را به‌صورت مستقل، دقیق و سازمان‌یافته در مجموعه‌ای مشخص جمع‌آوری ننموده است و گویی هرگاه احساس نیاز به جرم انگاری در حوزه حقوق بانکی در برهه زمانی مشخصی شده است، به همان موضوع پرداخته و هر بار این نیاز مجدد احساس شده، قانونی جداگانه به تصویب رسانده است و همین یکی از مهم‌ترین دلایل پراکندگی و پیچیدگی قوانین کیفری در حوزه جرائم بانکی می‌باشد.

این آشفتگی در حوزه قانون‌گذاری به‌طور طبیعی سبب بی‌نظمی و آشفتگی در مرحله رسیدگی به این جرائم و همچنین مرحله و روند اجرای آن‌ها خواهد شد. بنابراین قوانین متعدد و متورم در این موضوع، نه تنها سبب تحقق عدالت کیفری نشده است بلکه به دلیل نارسایی و عدم رعایت موازین و اصول حقوقی به‌طور دقیق، سبب اطاله دادرسی و صدور آراء متعارض در موضوعات واحد گشته است. یکی از مهم‌ترین ابزارهای موردنیاز جهت قضاوت به‌صورت تخصصی و علمی در درست داشتن قوانین و مقررات صریح، شفاف و واحد است؛ حال آنکه این ویژگی‌ها در خصوص قوانین مرتبط با جرائم بانکی تقریباً مفقود است و همین مورد همان‌طوری که بیان شد، بعضاً سبب صدور آراء متفاوت از محاکم بدوی و مراجع عالی شده است که این خود به ضرر فرآیند دادرسی کیفری در دستگاه قضایی می‌باشد.

بنابراین تصویب قوانین کیفری نارسا و ناقص در دو حوزه شکلی و ماهوی در اجرای عدالت و انسجام آراء تأثیر مخربی دارد و همچنین می‌تواند دیدگاه‌های منفی فراوانی را نسبت به نظام قضایی کشور ایجاد و افکار عمومی را نسبت به فرآیند دادرسی کیفری بدبین نماید. با ارائه یک مجموعه قوانین منسجم و دقیق در این خصوص می‌توان مشکلات و معایب مطروحه را تا حدود زیادی برطرف نمود.

۱-۲- فقدان مجموعه قوانین و مقررات مستقل و سازمان‌یافته در حوزه تخلفات بانکی

مباحث و مسائل کلی این اشکال در قسمت‌های قبلی بیان گردید، لذا اکنون از تکرار آن‌ها صرف‌نظر می‌گردد و صرفاً به مباحث پیرامون موضوع فقدان مجموعه قوانین مستقل در خصوص تخلفات بانکی می‌پردازیم.

به نظر می‌رسد فقدان این مجموعه قوانین و مقررات به‌صورت مستقل و سازمان‌یافته سبب بروز اشکالات زیر در نظام حقوقی و قضایی ما گشته است؛

— عدم شفافیت قوانین موجود در خصوص تخلفات بانکی: از آنجایی که برای به دست آوردن تخلفات بانکی باید کلیه قوانین و مقررات حوزه بانکی به‌طور کامل مورد بررسی واقع گردد و از لابه‌لای آن‌ها تخلفات بانکی استخراج شود؛ نمی‌توان ادعای شفافیت تخلفات بانکی در قوانین فعلی را نمود. لذا با توجه به وضعیت فعلی این تخلفات دارای وضعیت مبهم و غیرصریح می‌باشند و نمی‌توان به‌طور دقیق آن‌ها را مشخص کرد. این عدم شفافیت علاوه بر مبهم نمودن وضعیت تخلفات بانکی، سبب عدم آگاهی کامل کارمندان بانک‌ها و حتی برخی افراد جامعه حقوقی نسبت به این تخلفات شده و همچنین موجب تشتت و پراکندگی آراء و نظرات در این خصوص شده و اختلافات نسبتاً فراوانی را در این مورد به وجود آورده است. (جعفری، ۱۳۹۴: ۵۴)

— متروک ماندن پاره‌ای از تخلفات بانکی: پراکنده بودن قوانین و مقررات در مورد این تخلفات سبب متروک و مغفول ماندن پاره‌ای از آن‌ها گشته است؛ زیرا با وجود قوانین متعدد و پراکنده که هر کدام در برهه‌ای خاص از زمان مورد تصویب قرار گرفته است، نمی‌توان انتظار داشت که کلیه تخلفات مقرر موردتوجه واقع شود و مغفول نماند.

— کاهش رعایت مسائل اداری، انتظامی و انضباطی: اگر کلیه تخلفات بانکی در مجموعه‌ای منظم گردآوری می‌شد، سبب رعایت آن‌ها به نحو دقیق و در نتیجه ارتقاء سطح کیفیت انجام مسائل اداری، انتظامی و انضباطی می‌گردید.

۲- فقدان ضابطه‌مندی در جرم انگاری جرائم بانکی

ارائه‌ی یک ضابطه‌ی مشخص از سوی قانون‌گذار در مورد تشخیص جرائم، امری بسیار ضروری و حائز اهمیت است؛ زیرا علاوه بر آن که از اختلاف‌نظرها و تشتت آراء جلوگیری می‌نماید؛ در مواقع شک و حصول شبهه با مراجع به ضابطه بیان‌شده توسط قانون‌گذار به‌سادگی می‌توان تردید ایجاد شده را برطرف نمود. اما در مورد جرائم بانکی چنین ضابطه‌ای وجود ندارد و هیچ‌گاه تعریف دقیقی از جرائم بانکی توسط قانون‌گذار بیان نشده است. (باقرزاده، ۱۳۸۳: ۲۶)

ایراد مذکور همچنین سبب شده است، حتی نتوان جرائم بانکی را به نحو دقیقی احصاء نمود، زیرا هنوز بر سر تعیین مصادیق آن اتفاق نظری حاصل نشده است. از طرفی ارائه ضابطه مناسب در خصوص جرم انگاری جرائم بانکی در اجرای اصول قانونی بودن جرم و مجازات، تفسیر مضیق و تفسیر به نفع متهم نیز کمک می‌نماید؛ زیرا علاوه بر وجود یک ضابطه دقیق و مشخص در متون قانونی، در مواقع تفسیرپذیری می‌توان با تفسیر مضیق و به نفع متهم ضابطه مربوطه قضیه را تا حدودی فیصله داد. فقدان وجود چنین ضابطه‌ای می‌تواند سبب توسعه بیش‌ازحد دایره جرائم بانکی یا تضییق افراطی آن شود که هردو مذموم و زیان‌بار است.

در صورت ارائه ضابطه دقیق برای جرم انگاری جرائم بانکی از سوی قانون‌گذار، نیاز به بیان و تعیین مصادیق این جرم نمی‌باشد؛ زیرا ضابطه جرم انگاری خود می‌تواند مبنا و ملاک تعیین و تشخیص مصادیق این جرائم باشد^۱؛ اما در صورت عدم ارائه ضابطه جرم انگاری برای جبران این خلأ و شناسایی مصادیق یک جرم لازم است قانون‌گذار مصادیق جرم مربوطه را به‌طور کامل ارائه نماید. به نظر می‌رسد در خصوص جرائم بانکی نه‌تنها ضابطه جرم انگاری آن بیان نشده، بلکه مصادیق آن نیز از سوی قانون‌گذار تعیین نگردیده است و این، سختی تشخیص جرائم بانکی را دوچندان می‌کند.

۳- نامناسب بودن واکنش‌های کیفری

همواره قانون‌گذاران درصدد حمایت از ارزش‌های اساسی و مهم جامعه بوده و هستند؛ طبیعی است هرچه ارزش نقض شده از اهمیت بالاتری برخوردار باشد، واکنش و پاسخ کیفری شدیدتری در انتظار ناقض این ارزش اجتماعی است؛ همچنین در این خصوص می‌توان به اصل تناسب اشاره کرد، مناسب میان جرم و مجازات.

^۱- به‌عنوان مثال مانور متقلبانه و تحصیل مال دو ضابطه اصلی جرم کلاهبرداری می‌باشند.

نکته دیگر در این خصوص این مسئله است که بسته به نوع جرائم ارتكابی - جرائم خشونت‌بار، جرائم زیست‌محیطی، جرائم اقتصادی و بانکی و... باید نوع ضمانت اجرا و پاسخ کیفری نیز متفاوت باشد. به‌عنوان مثال نمی‌توان تمامی مجرمین را به حبس محکوم کرد یا تمامی آنان را به پرداخت جزای نقدی ملزم نمود. متأسفانه بعضاً قانون‌گذار در جرائم بانکی از همان نوع ضمانت اجرایی استفاده کرده که در خصوص جرم توهین و فحاشی یا ضرب و جرح یا سرقت ساده و... استفاده کرده است؛ گویی مجرم بانکی با فحاش یا سارق ساده دقیقاً یکسان است. حال آنکه با هر مجرم و در هر جرمی نوع برخورد کیفری باید متفاوت و متناسب با شرایط مربوطه باشد.

تقریباً می‌توان گفت قانون‌گذار، ضمانت اجرای کیفری را به‌عنوان تنها ضمانت اجرای موجود در عرصه جرائم بانکی به‌کاربرده است و ضمانت اجرای مرحله‌ای و تدریجی در این قوانین چندان جایگاهی ندارد. «مزیت این شکل از ضمانت اجرا امکان متناسب ساختن مجازات در هر مرحله از فعالیت بزه‌کارانه و از این طریق افزایش کارایی ضمانت اجراهاست» (روستایی، ۱۳۸۸: ۲۴)

ضمانت اجرای هر می مرحله‌ای و تدریجی مجموعه‌ای از ضمانت اجرای کیفری مدنی است. تفاوت‌های زیادی بین فرآیندهای کیفری و مدنی وجود دارد، این تفاوت‌ها واقع در نفس این فرآیندها و نتایجی است که از آن‌ها حاصل می‌شود. شاید اصلی‌ترین تفاوت میان این دو، آثار ناشی از محکومیت جزایی است؛ زیرا نتیجه محکومیت افراد به کیفر جزایی بسیار شدیدتر است. آثاری مانند محرومیت از حقوق اجتماعی و رسوایی ناشی از محکومیت کیفری طبیعتاً برای افراد سنگین می‌باشد.

همچنین ضمانت اجرای کیفری به تشریفات بیشتر و طولانی‌تری جهت محکوم نمودن اشخاص نیاز دارد و بعضاً ضرر و زیان کمتری را جبران خواهد نمود. پاسخ‌های کیفری باید جهت جرائم شدیدتر تجویز گردد؛ در غیراین موارد می‌توان به پاسخ‌ها و کنترل‌های مدنی متوسل شد. در این صورت با پتکی بزرگ فندقی را نشکسته‌ایم و علاوه بر آن ابهت ضمانت اجرای کیفری را نیز از بین برده‌ایم.

۴- مشخص نبودن اهداف و ارزش‌های مورد حمایت قانون‌گذار

در حقوق جزا واکنش‌های کیفری پاسخی است به نقض ارزش‌های مورد حمایت قانون‌گذار، مشخص بودن این اهداف و ارزش‌ها به صورت دقیق فواید و آثار مثبت فراوانی دارد. در این مورد می‌توان اذعان داشت که این اهداف و ارزش‌های مورد حمایت دولت و قانون‌گذار باید ضروری بوده، تنها راه رسیدن به آن‌ها پاسخ کیفری باشد و این پاسخ‌های کیفری دقیقاً برای رسیدن به این اهداف و ارزش‌ها طراحی شده باشد. در غیر این صورت لزومی به استفاده از واکنش‌های کیفری وجود ندارد.

در جرم انگاری اعمالی مانند جرائم بانکی قانون‌گذار باید اهداف و ارزش‌های مورد حمایت خود را بیان کند؛ بدین‌صورت که آیا هدف وی حمایت از منافع دولت است یا منافع افراد جامعه و یا ایجاد پایه‌ها و اصول بانکداری اسلامی، یا به‌طور کلی اهداف دیگری را دنبال می‌کند.

پس از تعیین اهداف و ارزش‌های مورد حمایت توسط قانون‌گذار، همچنین باید به تعیین ضمانت اجرایی بپردازد که مستقیماً وی را به آن اهداف برساند.

یکی دیگر از فواید مشخص شدن دقیق اهداف و ارزش‌های مورد حمایت قانون‌گذار در حوزه جرائم و تخلفات بانکی، تشخیص این جرائم و تخلفات در هنگام تردید است؛ به‌عنوان نمونه اگر ارزش و هدف مورد حمایت اعلامی از طرف قانون‌گذار، حفظ اصول و پایه‌های بانکداری اسلامی باشد، می‌توان جرائمی را که این اصول و پایه‌ها را نقض می‌کند؛ جرائم بانکی دانست.

۵- فقدان تخصص‌گرایی متناسب با تحولات صورت گرفته در عرصه جرائم و تخلفات بانکی

یکی از مهم‌ترین مباحث در حوزه جرائم و تخلفات به‌طور کلی اثبات وقوع آن‌هاست؛ زیرا تعداد جرائمی که به وقوع می‌پیوندد ولی هیچ‌گاه اثبات نمی‌شود، کم نیست. در مورد جرائم و تخلفات بانکی اثبات وقوع این جرائم و تخلفات از اهمیت دوچندان برخوردار است، زیرا احراز و اثبات تحقق آن‌ها به جهت تخصصی بودن این جرائم بسیار امر پیچیده صورت گرفته و دشواری است. ارتکاب این جرائم توسط اشخاص متخصص در این زمینه بر این پیچیدگی و دشواری می‌افزاید.

بررسی پرونده‌های موجود در این زمینه نشان‌دهنده ارتکاب جرائم و تخلفات بانکی با استفاده از فناوری اطلاعات، پیشرفت‌های صورت گرفته در عرصه تکنولوژی (فناوری) و جدیدترین راهکارهای موجود در این حوزه است. طبیعی است شرایط موصوف قضات و ضابطین متخصص و زبده در این زمینه را می‌طلبد؛ در غیر این صورت مرتکبین این جرائم و تخلفات با استفاده از اصطلاحات و مفاهیم تخصصی و فنی به‌راحتی قادر به ایجاد پیچیدگی‌های دشوار در روند رسیدگی به این پرونده‌ها می‌باشند؛ که این امر بی‌تردید سبب سردرگمی و گمراهی قضات و ضابطین غیرمتخصص خواهد شد.

استفاده از نظرات کارشناسان متخصص در حوزه جرائم و تخلفات بانکی نیز علی‌رغم پذیرش این موضوع که قضات نمی‌توانند در تمامی مسائل روز متخصص باشند و به استفاده از نظر کارشناسان زبده نیاز دارند و استناد به نظرات کارشناسی یکی از ادله قانونی است، این مشکل را به‌طور کامل حل نخواهد کرد؛ زیرا در این صورت نیز معایبی وجود دارد؛ مانند اینکه بعضاً کارشناسان جای قضات می‌نشینند و تصمیم می‌گیرند. علاوه بر این، ارجاع پرونده به کارشناسی در مورد جرائم و تخلفات بانکی در صورتی

مفید به نظر می‌رسد که قاضی خود دانش و تخصص کافی در این زمینه را داشته باشد و برای به دست آوردن اطلاعات بیشتر و مشورت با متخصصین حوزه بانکی، پرونده را به کارشناسان ارجاع دهد؛ اما قاضی رسیدگی‌کننده‌ای که هیچ تخصص و دانش خاصی در این زمینه ندارد و صرفاً از نظرات کارشناسان زبده استفاده می‌کند، به موفقیت خاصی دست نمی‌یابد.

باین حال در قوانین و مقررات ما چندان تأکیدی بر رسیدگی این جرائم و تخلفات توسط قضات و ضابطین آموزش‌یافته و متخصص در این زمینه نشده است، همچنین سازوکارهای متناسبی برای آموزش این افراد نیز در قوانین و مقررات مربوطه پیش‌بینی نشده است.

۶- فقدان سازوکارهای کنشی و فعالانه در قوانین و مقررات جرائم و تخلفات بانکی

مداخله کیفری قانون‌گذار ما در عرصه جرائم و تخلفات بانکی، نوعاً در ارتباط با واکنش‌ها و پاسخ‌های کیفری پس از وقوع این جرائم است. حال آنکه از آنجایی که ارتکاب این جرائم و تخلفات فنی و تخصصی بوده و بزهدار خاصی نیز در این جرائم وجود ندارد (خدائیان، ۱۳۹۱: ۱۴) و همچنین در محیط‌های بسته و نه درملاءعام به وقوع می‌پیوندد؛ به‌سادگی قابل کشف نمی‌باشند. بنابراین رقم سیاه این جرائم بسیار بالاست؛ علاوه بر این حتی اگر این جرائم و تخلفات کشف شوند، اثبات تحقق آن‌ها به‌وسیله‌ی مرتکبین مشخصی بسیار سخت است زیرا همان‌طور که بیان شد؛ جرائم بانکی توسط اشخاص متخصص و آگاه در این زمینه ارتکاب می‌یابند و غالباً رد پای نیز از آن‌ها به‌جا نمی‌ماند.

با این وصف یکی از بهترین روش‌های برخورد با این جرائم و تخلفات، اتخاذ سازوکارهای دقیق و تخصصی فعالانه می‌باشد. زیرا اگر قانون‌گذار صرفاً از مواضع منفعلانه و واکنشی استفاده کند از مجرمین و متخلفین در عرصه بانکی عقب خواهد ماند؛ اما هرگاه قانون‌گذار و مسئولین مربوطه به‌صورت فعال عمل نمایند، قدرت عمل را به دست گرفته و در این حوزه موفق‌تر خواهند بود.^۱

اما قانون‌گذار ایران متأسفانه خیلی از این سازوکارهای مفید و اثربخش بهره نبرده است و متون قانونی مرتبط با جرائم و تخلفات بانکی در زمینه سازوکارهای کنشی و فعالانه چندان قوی عمل ننموده است و حتی در قوانینی که این راهکارها پیش‌بینی شده، هنوز به‌صورت کامل و دقیق وارد عرصه عملیاتی و کاربردی نگردیده است. برخی از این سازوکارها به ترتیب ذیل بیان می‌گردد:

^۱ - در این مورد می‌توان به تجربیات مثبت سایر کشورها که در ادامه به پاره‌ای از آن‌ها اشاره می‌شود توجه نمود.

۶-۱- سازوکارهای نظارتی

نظارت بر مدیران و مسئولین فعال در این زمینه علاوه بر آن که سبب احتیاط آن‌ها در ارتکاب این جرائم می‌گردد؛ حتی در صورت بروز این جرائم نیز از آنجایی که باوجود چنین نظارت‌هایی، ارتکاب این جرائم قطعاً سر بزنگاه کشف خواهد شد اثبات وقوع این جرائم توسط شخص یا اشخاص معین را بسیار ساده‌تر از زمانی می‌سازد که جرائم مذکور ارتکاب یابد و مدت‌ها بعد توسط ضابطین یا سایر اشخاص و نهادهای مقرر در قوانین و مقررات مربوطه کشف گردد.

تشکیل کمیسیون‌های نظارتی متشکل از افراد آگاه و خبره در زمینه جرائم و تخلفات بانکی و انجام نظارت‌های دقیق و تخصصی توسط این کمیسیون نسبت به کلیه امور و عملیات بانکی، بررسی‌های بیشتر در مورد عملیات مشکوک و معرفی موارد مظنون به مراجع قضایی صلاحیت‌دار بسیار راهگشا، مفید و مؤثر به نظر می‌رسد.

امروزه یکی از مهم‌ترین سازوکارها و روش‌های نظارتی، نظارت الکترونیکی می‌باشد؛ «نظارت الکترونیکی شامل گردآوری اطلاعات از طریق ابزارهای الکترونیکی است» (مهدوی پور، ۱۳۹۵: ۲۴۰) روش‌هایی مانند استراق سمع، نظارت بر ارتباطات الکترونیکی، تفتیش و توقیف در نظام حقوقی بسیاری از کشورها به دلیل رعایت مسائل حقوق بشری در مراحل اولیه اقدامات قضایی کاربرد چندانی ندارند. مگر آنکه دلایل و مدارک محکم و متقنی بر ارتکاب جرمی خاص و یا در شرف وقوع بودن جرم مهمی وجود داشته باشد. (بند ۱ ماده ۱۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی سیاسی) نظارت الکترونیکی غالباً در مواردی انجام می‌شود که نمی‌توان به دلایلی به وسیله یک فرد یا افراد خارجی نسبت به شخص یا اشخاص موردبررسی اعمال نفوذ کرد.

این نوع از نظارت غالباً مشمول نظارت قضایی شدید و تضمینات قانونی متعددی است تا مورد سوء استفاده قرار نگیرد. اگر نظارت الکترونیکی بر اساس موازین حقوق بشری، مباحث فنی و هزینه‌ای قابل اجرا باشد؛ عامل بازدارنده‌ی بسیار مناسبی است.

۶-۲- فنون حسابداری جنایی

یکی دیگر از این سازوکارها استفاده از فنون حسابداری جنایی است. پیش‌بینی به‌کارگیری چنین فناوری‌هایی در عرصه جرائم و تخلفات بانکی از سوی قانون‌گذار و تشکیل نهادهایی با همکاری قوه قضاییه و سازمان‌های متخصص در زمینه فناوری اطلاعات، با توجه به تحولات صورت گرفته در نحوه ارتکاب جرائم بانکی، امری بسیار ضروری و لازم است.

این فنون معمولاً شامل ارزیابی سوابق مالی راجع به الگوهایی می‌شوند که یا غیرعادی هستند یا اینکه با الگوها و هنجارهای مصوب در دیگر سوابق مغایرت دارند؛ مواردی مانند توازن‌های بالای غیرعادی در محاسبات انجام‌شده در مصارف اختیاری، نوسانات غیرعادی در توازن‌ها، پرداخت‌هایی که به‌طور غیرمعمول بالا یا مکرر هستند و سایر موارد بدین شکل، ممکن است وجود فساد و جرائم بانکی را نشان دهد.

حسابرسان می‌توانند آزمون‌های جنایی کاملی را به‌عنوان قسمتی از فرآیندهای دادرسی کیفی انجام دهند؛ یا اینکه مأموران تحقیق از طریق این آزمون‌ها ادله راجع به افراد یا نهادهای متهم را جمع‌آوری نمایند.

۳-۶- سیستم‌های اطلاعاتی هوشمند

کشف جرائم و تخلفات بانکی مبتنی بر بررسی اطلاعاتی است که دادوستد بر اساس آن انجام می‌شود؛ در این خصوص و برای نمونه می‌توان به موارد ذیل اشاره نمود:

الف (هویت دادوستد گران و کنش گران ب) هدف نهایی معامله ج (چگونگی اجرای قرارداد د) مبدأ و مقصد پول (همان: ۲۴۴)

برای کشف بهتر و آسان‌تر جرائم و تخلفات بانکی، قانون‌گذار می‌تواند برای پردازش، تجزیه و تحلیل دقیق داده‌ها ایجاد و استفاده از برنامه‌های رایانه‌ای متناسبی را پیش‌بینی نماید؛ زیرا همان‌طوری که بیان شد، به جهت تخصصی بودن این جرائم و تخلفات و وقوع تحولات صورت گرفته در نحوه‌ی ارتکاب این جرائم بر اساس پیشرفت‌های روز دنیا بدون استفاده از ابزارها و روش‌های مبتنی بر فناوری اطلاعات و سیستم‌های هوشمند نمی‌توان مبارزه و برخورد جدی در زمینه وقوع این جرائم و تخلفات را آغاز نمود. استفاده از این برنامه‌ها همچنین از این جهت مفید و مؤثر است که با کمک هوش مصنوعی می‌تواند از بین داده‌های متمرکز موارد مشکوک را جهت شناسایی بیشتر مورد بررسی قرار دهد.

با کمک این ابزار و فناوری می‌توان موارد مشکوک را با استفاده از بانک اطلاعات با رفتارهای مجرمانه از یک‌سو و رفتارهای عادی از طرف دیگر مقایسه نمود. «سیستم‌های اطلاعاتی هوشمند از دانش و اطلاعات مربوط به انواع رفتارهای مجرمانه تغذیه می‌کند، با این حال این نوع سیستم‌ها جانشین افراد مسئول کشف جرم نمی‌شوند؛ بلکه به آنان در افزایش شانس بررسی موارد مشکوک و مواردی که به نظر مجرمانه می‌رسد کمک می‌کند.» (همان: ۲۴۸) یکی از مهم‌ترین مزایای استفاده از این سیستم‌ها این است که به‌طور مداوم و در طول زمان که داده‌های جدید وارد می‌شود، معیارهای تجزیه و تحلیل را روزآمد

می‌کند. همچنین این سیستم توانایی شناسایی رفتارهای مجرمانه نوین و برقراری ارتباط بین آن‌ها را که تاکنون برای کارشناسان ناشناخته بوده‌اند را دارد.

حوزه‌ای که سیستم‌های اطلاعاتی هوشمند در آن بسیار مفید و امیدوارکننده است؛ حوزه کشف جرائم پول‌شویی می‌باشد. مزیت این سیستم نسبت به کنترل انسانی البته در صورتی که صحیح به کار گرفته شود این است که می‌تواند مواردی را که با چشم غیرمسلح شناسایی نمی‌شود را تشخیص دهد. به همین دلیل بر اساس ماده ۴ قانون مبارزه با پول‌شویی، تهیه سیستم‌های اطلاعاتی هوشمند به‌عنوان یکی از وظایف مهم شورای عالی مبارزه با پول‌شویی در نظر گرفته شده است. اما از آنجایی که ضمانت اجرای مناسبی برای اجرای این مقرر بیان نشده است، هنوز آن‌طور که شایسته و بایسته می‌باشد؛ وارد عرصه‌ی عملیاتی نگردیده است.

۷- فقدان قواعد عام جزایی در مورد جرائم و تخلفات بانکی

تصویب مجموعه‌ای از قواعد عام حقوق کیفری که صرفاً شامل جرائم و تخلفات بانکی در موضوعاتی مانند تخفیف، تعویق صدور حکم، تعلیق اجرای مجازات، معافیت، محرومیت‌ها، مرور زمان، انتشار حکم محکومیت، شروع به جرم و... بشود؛ مفید و کارآمد به نظر می‌رسد.

از آنجایی که جرائم بانکی در سطح کلان تأثیر بسزایی در نظام اقتصادی و شاخص‌های آن دارد، وضع قواعد عام جداگانه‌ای می‌تواند اثرات مثبتی را به همراه داشته باشد. در غیر این صورت امکان سوءاستفاده از قواعدی مانند تخفیف یا تعلیق اجرای مجازات به نفع این مجرمین وجود خواهد داشت.

اما از آنجایی که شرایط مرتکبین و محکومین این جرائم با سایر جرائم متفاوت می‌باشد و مجرمین جرائم بانکی دارای وضعیت خاصی می‌باشند، طبیعتاً قواعد تخفیف، تعویق و تعلیق و... نیز باید برای آنان لااقل در پاره‌ای از موارد متفاوت باشد؛ زیرا مرتکبین این جرائم نوعاً خودشان یا اطرافیان نزدیک به آن‌ها از نفوذ و قدرت قابل توجهی برخوردار هستند و در شرایط عادی نیز محکوم کردن و اعمال مجازات بر آنان با سختی‌هایی مواجه است، چه رسد به اینکه تخفیفاتی ناسنجیده و غیرتخصصی که مربوط به سایر جرائم است در مورد این جرائم و تخلفات نیز در قانون برای آنان پیش‌بینی شود، در این صورت آنان خود را ذی‌حق و قاضی را مکلف به اعمال تخفیف‌های مقرر در قانون خواهند دانست؛ اما در صورت پیش‌بینی قواعدی عام در خصوص تخفیف و تعلیق و... در مورد جرائم و تخلفات بانکی به‌صورت دقیق و تخصصی از این سوءاستفاده جلوگیری خواهد شد.

۸- فقدان سیاست‌گذاری‌های مرتبط با مشارکت عموم مردم در گزارش جرائم و تخلفات بانکی
 «یکی از مؤلفه‌های محوری در برنامه‌های مبارزه با فساد، مشارکت مردمی است و از مهم‌ترین مصادیق این نوع مشارکت گزارش دهی تخلف است که منجر به کشف اولیه تخلف می‌شود. قاعده‌ی ایجاد انگیزه از مؤلفه‌های مهم در ترغیب مردم به گزارش دهی فساد است» (قاسمی و غمامی، ۱۳۹۶: ۱۸) مردم زمانی که با موقعیت گزارش یک تخلف یا جرم مواجه می‌شوند فرصت‌ها و خطرات ناشی از این گزارش را سبک‌سنگین می‌کند و در صورتی که تشویق‌های موجود بر خطرات احتمالی غلبه پیدا نکند، نوعاً حاضر به گزارش جرم یا تخلف مربوطه نمی‌شوند و خواهان این هستند که به زندگی عادی خود ادامه دهند و برای خود دردسر ایجاد نکنند.

۸-۱- سیاست‌های سلبی و ایجابی

برای ایجاد بستری مناسب جهت گزارش جرائم و تخلفات توسط مردم، بنابراین چه بیان شد؛ اتخاذ سازوکارهای ذیل ضروری به نظر می‌رسد؛ (مهدوی پور، ۱۳۹۵: ۱۴)
 الف: اتخاذ سیاست‌های حمایتی (سلبی) نسبت به مخبرین: بدین صورت که با پیش‌بینی سازوکارهای متناسب، در مقابل خطرات احتمالی از شخص یا اشخاص اطلاع دهنده حمایت نماید.
 ب: اتخاذ سیاست‌های تشویقی: بدین نحو که برای اطلاع دهندگان منافع متناسبی را در نظر بگیرند تا از این طریق مردم را به گزارش جرائم و تخلفات ترغیب نمایند.
 در مورد اثربخش بودن سیاست‌های تشویقی و ترغیبی می‌توان به تجربه مثبت دیگر کشورها اشاره نمود؛ به‌عنوان نمونه طبق گزارش سالیانه کمیسیون بورس و اوراق بهادار آمریکا تعداد گزارش دهندگان تخلف بعد از قوانین انگیزشی، رشد داشته است؛ به‌گونه‌ای که تعداد گزارش دهندگان که در سال ۲۰۱۱ میلادی ۳۳۴ نفر بوده در سال ۲۰۱۲ به ۳۰۰۱ نفر و در سال ۲۰۱۳ بالغ بر ۳۲۳۸ نفر شده است. (همان: ۱۵)

در این خصوص ذکر این نکته ضروری به نظر می‌رسد که به‌کارگیری واژه "مردم" در گزارش دهی جرائم و تخلفات نشان از اطلاق این عنوان بر عموم مردم، همکاران، کارمندان و مدیران مربوطه را دارد. لذا در پاره‌ای از کشورها مدیران و مسئولین مربوطه و در برخی دیگر حتی مردم عادی در صورت عدم گزارش جرائم و تخلفاتی که از آن اطلاع دارند، به مجازات مقرر در قانون محکوم می‌گردند. در این خصوص و به‌عنوان نمونه به دو مورد ذیل اشاره می‌گردد:

الف: ماده ۶۰۶ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۵ مقرر می‌دارد: «هریک از روسا یا مدیران یا مسئولین سازمان‌ها و مؤسسات مذکور در ماده ۵۹۸ که از وقوع جرم ارتشاء یا اختلاس یا تصرف غیرقانونی یا کلاهبرداری یا جرائم موضوع مواد ۵۹۹ و ۶۰۳ در سازمان یا مؤسسات تحت اداره یا نظارت خود مطلع شده و مراتب را حسب مورد به مراجع صلاحیت‌دار قضایی یا اداری اعلام ننماید، علاوه بر حبس از شش ماه تا دو سال به انقصال موقت از شش ماه تا دو سال محکوم خواهد شد.»

ب: ماده ۶۲ قانون مجازات فرانسه مصوب ۱۹۸۱ میلادی مقرر می‌دارد: «اگر شخصی از وقوع یا شروع به جنایتی اطلاع یابد و باوجود داشتن زمان کافی برای محدود کردن آثار جنایت یا جلوگیری از ارتکاب جرائم دیگر مراتب را به اطلاع مقامات مسئول نرساند، به مجازات حبس از یک ماه تا سه سال و جزای نقدی از ۳۶۰۰ تا ۳۰ هزار فرانک یا یکی از دو مجازات محکوم می‌شود.» (دفتر معاونت پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۸۴: ۴۸)

۸-۲- مسیرهای گزارش دهی

یکی از مهم‌ترین بحث‌ها در مورد بسترسازی مناسب جهت گزارش دهی جرائم و تخلفات، مسیر گزارش دهی، کیفیت و سهولت استفاده از این مسیرهاست.

در نظام حقوقی ما یکی از مهم‌ترین روش‌های گزارش دهی، اطلاع به دادستان به‌عنوان مدعی‌العموم است. در این خصوص ماده ۶۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: «هرگاه کسی اعلام کند که خود ناظر وقوع جرمی بوده و جرم مذکور از جرائم غیرقابل گذشت باشد، در صورتی که قرائن و اماراتی مبتنی بر نادرستی اظهارات وی وجود نداشته باشد، این اظهار برای شروع به تعقیب کافی است؛ هرچند قرائن و امارات دیگری برای تعقیب موجود نباشد.»

بنابراین اعلام وقوع جرم برای شهروندان عادی به مقامات ذی‌صلاح قضایی و انتظامی، از مصادیق اعلام‌های غیررسمی است و برخلاف مأمورین قانونی که اعلامات آنان جنبه رسمی و تکلیفی دارد، این نوع اعلام جرم جنبه رسمی ندارد. (خالقی، ۱۳۹۳: ۴۴)

۸-۳- مطالعه تطبیقی حقوق جزای آمریکا

به‌عنوان آخرین نکته در مورد این قسمت می‌توان به جهت اهمیت موضوع به حقوق جزای آمریکا در این خصوص اشاره نمود:

تولد اعلام حقوق جرم را می‌توان به قانون مربوط به "اعلام و اظهار بی‌اساس" مصوب ۲ مارس ۱۸۶۳ در آمریکا منتسب کرد. اگرچه در عنوان و محتوای آن نامی از واژه اعلام جرم به میان نیامده است؛ این قانون یکی از مهم‌ترین قوانین دنیا در مورد اعلام‌کنندگان جرم می‌باشد. قانون مذکور به ترتیب در سال‌های ۱۹۴۳ و ۱۹۸۶ مورد اصلاح قرار گرفته است.

بر اساس این قانون یک شهروند می‌تواند بزه دیدگی دولت توسط مرتکب یا مرتکبین متقلب را اعلام نماید، در این صورت مبالغ تحصیل شده به خزانه دولت مسترد می‌گردد. جزای نقدی این عمل متقلبان به علیه دولت معادل دو برابر مال تحصیل شده می‌باشد.

اعلام‌کننده جرم با لحاظ خطراتی که متوجه او شده و هزینه‌های اعلام جرم مربوطه می‌تواند در اغلب اوقات معادل ۱۵ تا ۲۵ درصد مبلغ مسترد شده را دریافت نماید. این قانون سبب شد دولت آمریکا بین سال‌های ۱۹۸۶ تا ۲۰۰۸ میلادی نزدیک به ۲۲ میلیارد دلار و بین سال‌های ۲۰۰۹ تا ۲۰۱۲ مبلغ ۱۳/۳ میلیارد دلار کسب نماید. یعنی ۴/۹ میلیارد دلار فقط در سال ۲۰۱۲. (خدائیان، ۱۳۹۱: ۱۳) توجه به چنین اثرات مثبتی در نتیجه وضع این قبیل قوانین در کشورهای دیگر، یکی دیگر از دلایل مهمی است که پیش‌بینی و وضع چنین قوانینی را در نظام حقوقی ما نیز تجویز می‌نماید. زیرا در این صورت علاوه بر آنکه جرائم و تخلفات بانکی و اقتصادی آشکار خواهد شد و هزینه‌های تحصیل شده از بیت‌المال و منابع عمومی بازخواهد گشت؛ ترس از اطلاع دادن جرائم و تخلفات توسط عموم مردم سبب جلوگیری از ارتکاب این قبیل جرائم و تخلفات خواهد شد.

۹- آسیب‌شناسی تخلفات بانکی

تخلفات بانکی در بخشی از حوزه‌ها و قسمت‌های نظام بانکی تقریباً وجود ندارد و در قسمت‌هایی نیز به‌طور دقیق و تخصصی مورد تقنین واقع نشده است. این خلأ به‌سادگی توسط مدیران متخلف بانک‌ها قابل‌شناسایی و ارزیابی قرار می‌گیرد و نتیجه‌ی آن ارتکاب عملی از سوی آنان است که نه تخلفی واقع‌شده و نه جرمی؛ حال آنکه این عمل درواقع مستحق تخلف یا جرم انگاری بوده است. برای نمونه می‌توان به موضوع نظارت در عملیات بانکی اشاره نمود؛ که قواعد خاصی در خصوص آن وضع نگردیده است، درحالی‌که می‌توان با ایجاد قواعد دقیق نظارتی، عدم نظارت یا غفلت و سهل‌انگاری توسط اشخاص صالح به نظارت را تخلف بانکی سنگینی دانست و وی را به مجازات انتظامی و اداری متناسب محکوم نمود. به اهمیت و نقش کلیدی نظارت در کاهش جرائم و تخلفات بانکی در فصل آینده خواهیم پرداخت.

نوع و میزان ضمانت اجراهای تخلفات بانکی به جهت اهمیت موضوع باید با سایر تخلفات اداری متفاوت باشد؛ بنابراین تذکر کتبی به مدیران متخلف که در برخی از قوانین بانکی پیش‌بینی شده است، مگر در مورد تخلفات بانکی بسیار جزئی و سبک به‌هیچ‌وجه کارساز و مؤثر نخواهد بود. لذا تجدیدنظر در خصوص پاره‌ای از ضمانت اجراهای تخلفات بانکی که در فصل آینده به‌طور دقیق بیان می‌گردد ضروری به نظر می‌رسد.^۱

برخی از تخلفات بانکی دارای این ظرفیت‌اند که حتی مورد جرم انگاری واقع شوند زیرا تأثیر مخرب آن‌ها در نظام بانکی می‌تواند فراتر از یک نقض تخلف صرف باشد. به‌عنوان نمونه به دو مورد ذیل اشاره می‌شود:

الف: تبصره ماده ۸ قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ مقرر می‌دارد: «بانک‌ها به‌هیچ‌وجه حق ندارند در تولید اشیاء تجملی و مصرفی غیرضروری سرمایه‌گذاری نمایند»

به نظر می‌رسد چنانچه سرمایه‌گذاری بانک‌ها در تولید اشیاء تجملی و مصرفی غیرضروری ناشی از یک توافق سودآور برای آن‌ها و در نتیجه یک رانت و نفوذ خلاف حق باشد؛ دارای ظرفیت جرم انگاری می‌باشد، زیرا از این طریق جرم انگاری با اعمال ضمانت اجرای مناسب سرمایه‌های کلان بانک‌ها صرف امور غیرضروری نمی‌شود و می‌تواند در امور تولیدی، بازرگانی و خدماتی مورد مصرف قرار گیرد.

ب: تبصره ۲ ماده ۱۵ همین قانون نیز، در خصوص اشخاصی است که در قالب استفاده از خدمات بانکی از وجوه و منابع مالی بانک‌ها به نحو غیرمجاز استفاده می‌کنند. این مورد نیز در صورتی که سبب سوءاستفاده از منابع کلان بانک‌ها به نحو غیرمجاز گردد، طبیعتاً ناشی از یک رانت و برنامه‌ریزی دقیق مجرمانه است؛ بنابراین دارای ظرفیت لازم برای جرم انگاری همراه با ضمانت اجرای متناسب به نظر می‌رسد.

^۱ - البته منظور نگارنده صرفاً شدت بخشیدن به این ضمانت اجراها نمی‌باشد، بلکه مهم‌تر از آن، دقت در نوع ضمانت اجراست، به‌گونه‌ای که متناسب با تخلفات بانکی مربوطه باشد

نتیجه‌گیری

امروزه حقوق کیفری اقتصادی یکی از مهم‌ترین حوزه‌های حقوق کیفری به شمار می‌رود و در این میان تحلیل و بررسی نظام بانکی از منظر حقوق کیفری از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. اهمیت مذکور به جهت نقش انکارناپذیر مبادلات و عملیات بانکی در روابط مالی امروزه است؛ زیرا اکنون بدون در نظر گرفتن نظام بانکی، مراودات اقتصادی و مالی تقریباً غیرممکن است. در جامعه کنونی انتقال میلیاردها ریال در روز، انجام بسیاری از معاملات سنگین تجاری، تخصیص وام‌های کلان تولیدی و خدماتی و... فقط از طریق بانک‌ها امکان‌پذیر است.

این اهمیت بانک‌ها موجب جلب مجرمین و متخلفین اقتصادی و بانکی به این نهاد مالی شده است و همین امر سبب اختلال در نظام بانکی گردیده، زیرا جرائم و تخلفات بانکی از چرخش کارآمد بانک‌ها به‌طور طبیعی جلوگیری کرده و سبب اختلالات و نقایص فراوانی در این زمینه شده است.

از آنجایی که فعالیت حرفه‌ای در حوزه و عرصه نظام بانکی به تخصص فراوانی نیاز دارد، قریب به اتفاق مجرمین و متخلفین بانکی از متخصصان این حوزه محسوب می‌گردند. بنابراین آنان در ارتکاب جرائم و برنامه‌ریزی‌های خود بسیار باهوش و زبده عمل می‌نمایند و نمی‌توان به‌سادگی جرائم ارتكابی آنان را کشف و یا رابطه بین ارتکاب جرم و این افراد را اثبات نمود؛ لذا قانون‌گذاران این عرصه نیز باید به‌صورت تخصصی و علمی وارد عمل شوند و با شناخت و آگاهی کامل از نظام بانکی و خلأهای موجود در آن به قانون‌گذاری بپردازند.

اما متأسفانه تاکنون علی‌رغم تلاش‌های صورت گرفته در زمینه‌های مختلف، پاسخ‌های نظام عدالت کیفری متناسب و قدرتمندی در زمینه جرائم و تخلفات بانکی در کشور ما تکامل نیافته است. برای نمونه هنوز ضمانت اجراها و پاسخ‌های علمی و متناسب و رسیدگی‌های دقیق و فنی در نظام حقوقی ما کامل نشده است. بنابراین اختلال مذکور همچنان در نظام بانکی ما رخنه کرده و آن را از کار انداخته است.

البته نتیجه اخیر با توجه به عملکرد نظام عدالت کیفری ما طبیعی و بدیهی به نظر می‌رسد؛ زیرا تا زمانی که درمان مناسبی برای بیماری موجود به کار گرفته نشود، انتظار بهبود وضعیت، عبث و بیهوده به نظر می‌رسد؛ زیرا گرچه تخلفات بانکی علت عمده نارسایی‌های نظام بانکی فعلی است، اما تشخیص صرف کافی نیست؛ بلکه چاره‌ی کار تنها در مبارزه جدی با این جرائم و تخلفات و ریشه‌کن کردن آن‌هاست.

بنا بر آنچه بیان شد، تا زمانی که قوانین و مقررات و به‌طور کلی نظام قضایی و حقوقی کشور به‌صورت علمی و تخصصی معطوف به جرائم و تخلفات بانکی نگردد و نتایج تحقیقات مفید انجام‌شده در این زمینه وارد عرصه عملیاتی نشود؛ نظام بانکی سالمی نخواهیم داشت. این تخصص‌گرایی البته در کنار تعهد محوری باید در حوزه قانون‌گذاری، رسیدگی، تعقیب توسط ضابطین دادگستری، ضمانت اجرا و اجرای حکم در حد اعلی ظاهر گردد؛ تا بتوان انتظار رفع مشکلات موجود را داشت.

در این زمینه می‌توان به‌عنوان یکی از مهم‌ترین نواقص و خلأها به پاسخ‌های نظام عدالت کیفری در این حوزه اشاره نمود؛ زیرا این پاسخ‌ها در بسیاری از موارد که به‌طور دقیق به آن‌ها اشاره شد متناسب با نظام اقتصادی و بانکی کنونی و جرائم و تخلفات بانکی نوین نمی‌باشد. توجه به این آسیب‌ها و رفع آن‌ها در اعتلای نظام بانکی و کاهش این جرائم و تخلفات، نقش بسزایی خواهد داشت.

کوتاه سخن آن‌که اتکاء به موازینی مانند تخصص‌گرایی، رعایت اصل تناسب میان جرائم و مجازات‌ها، وارد نمودن دانش محققان جرائم اقتصادی در حیطه عملیاتی برخورد با این نوع از جرائم و اجرای بدون تسامح قوانین موضوعه می‌تواند به عنوان راهکارهایی گرچه ساده اما راهگشا در جهت رفع نواقص موجود در نظام بانکی ارائه و پیشنهاد گردد. که چنان‌چه موارد مذکور؛ مورد توجه سیاست‌گذاران کلان در حوزه مورد بحث قرار گیرد لاجرم آثار مفید فراوانی خواهد داشت. طرفه آنکه چنین راهکارهایی که از تحقیقات صورت گرفته توسط محققین برآمده، هم‌چنان پس از گذشت زمان قابل توجه مغفول و مورد بی‌رغبتی مسئولان ذیربط واقع گردیده است. لیکن امید است با ایجاد رویکردهای فسادستیز البته به‌دور از فضای نمایشی در دستگاه قضا موارد پیش‌گفته نیز مورد توجه واقع شود.

منابع

۱. آب روشن، هوشنگ، (۱۳۹۵)، سیاست جنایی ایران در قلمرو جرائم اقتصادی، چاپ اول، تهران، فردوسی
۲. آشوری، محمد و دیگران، (۱۳۸۳)، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، چاپ اول، تهران، گرایش
۳. ابراهیمی، شهرام، (۱۳۹۰)، جرم‌شناسی پیشگیری، چاپ اول، تهران، میزان
۴. ایران‌نژاد، محمدرضا، (۱۳۹۷)، مباحث کاربردی حقوق بانکی، چاپ اول، تهران، جاودانه جنگل
۵. باقر زاده، احد، (۱۳۸۳)، جرائم اقتصادی و پول‌شویی، چاپ اول، تهران، مجد
۶. بهره‌مند، حمید، (۱۳۹۶)، آسیب‌شناسی قوانین مربوط به جرائم اقتصادی در حقوق ایران، چاپ اول، تهران، پژوهشگاه قوه قضاییه
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۴۶)، ترمینولوژی حقوق، چاپ اول، تهران، ابن‌سینا
۸. جعفری، علیرضا، (۱۳۹۴)، فساد اداری و مالی در نظام بانکی، چاپ اول، تهران، جاودانه جنگل
۹. حسینی، جعفر و نسرین مهر، (۱۳۹۴)، نقدی بر مفهوم جرم اقتصادی در قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲)، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره دوم، شماره ۲، بهار و تابستان
۱۰. روستایی، مهرانگیز، ارزیابی مداخله کیفری در حوزه جرائم اقتصادی، کارآگاه، دوره‌ی دوم، سال دوم، شماره ۷، تابستان ۱۳۸۸
۱۱. ساکی، محمدرضا (۱۳۸۷)، آشنایی با جرم پول‌شویی، چاپ اول، تهران، جاودانه
۱۲. ساکی، محمدرضا (۱۳۹۶)، حقوق کیفری اقتصادی، چاپ چهارم، تهران، جنگل جاودانه
۱۳. سمیعی زنوز، حسین و محمود صابر و محمدجعفر حبیب زاده، (۱۳۹۵)، تحلیل بزه مداومت در اشتغال غیرمجاز به عملیات بانکی، فصلنامه پژوهش‌های پولی - بانکی، سال نهم، شماره ۲۸، تابستان
۱۴. شریفی بناد کوکی، مهدی و علی زارع مهرجردی، (۱۳۹۵)، آسیب‌شناسی جرائم بانکی در نظام کیفری ایران، سومین همایش ملی حقوق بسترهای فساد مالی و اداری در نظام حقوقی ایران با رویکرد اصلاح و توسعه نظام حقوقی، زمستان
۱۵. موسوی مقدم، محمد، (۱۳۹۱)، پول‌شویی، چاپ سوم، قم، حقوق امروز

۱۶. مهدوی پور، اعظم، (۱۳۹۵)، سیاست کیفری افتراقی در قلمرو بزهکاری اقتصادی، چاپ دوم، میزان، تهران

17. *African union convention on preventing and combating corruption* 2003

18. *Criminal law*. London :Cavendish 4th ed. 2002. print

19. *Garner. Bryan Clark. M. corruption. causes. consequences and control* ۲th eds. martins press 1983

20. *Helping countries combat corruption the world bank* 2000

21. *west publisher tomas s law dictionary and edition .Black* 2004

جانشینی اتوماتیک سازمان‌های بین‌المللی در حقوق بین‌الملل

محمدرضا ملت^۱

مسعود احسن نژاد^۲

چکیده

نخستین بار در سال ۱۹۷۱ بود که کمیسیون حقوق بین‌الملل در صدد برآمد تا موضوع جانشینی در مورد سازمان‌های بین‌المللی را در زمره برنامه بلندمدت تدوینی خود قرار دهد. ولی در نهایت به این نتیجه رسید که گستره تدوین و توسعه مترقیانه حقوق در ارتباط با این موضوع محدود است. لذا هیچ ضرورتی نمی‌نمود که بیش از این به موضوع پرداخته شود. محل اصلی رشد بحث جانشینی در سازمان‌های بین‌المللی در برخی از نظریات مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری بویژه نظریه مشورتی ۱۱ جولای ۱۹۵۰ در مورد وضعیت بین‌المللی آفریقای جنوب غربی و در دکتترین است. سؤالی که در این مقاله در پی یافتن پاسخی برای آن هستیم، این است که آیا امکان وقوع جانشینی در روابط میان سازمان‌های بین‌المللی وجود دارد؟ و اینکه در صورت امکان وقوع، آیا مبنای وقوع کما این که برخی از قضات دیوان ادعا کرده‌اند، می‌تواند جانشینی اتوماتیک باشد؟ فرضیه مقاله نیز بر این اساس استوار است که علی‌رغم امکان وقوع جانشینی در میان سازمان‌های بین‌المللی، مبنای آن را نمی‌توان به صورت جانشینی اتوماتیک مطرح نمود. در روابط میان سازمان‌های بین‌المللی، جانشینی براساس توافق میان دو سازمان صورت می‌پذیرد و معاهده منعقد، آثار و نتایج جانشینی را معین می‌سازد.

کلیدواژه‌ها: سازمان‌های بین‌المللی، حقوق بین‌الملل، جانشینی، اتوماتیک، رویه

۱- دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی (نویسنده مسؤول) - mrmellat@yahoo.com

۲- دانشجوی دکتری رشته حقوق بین‌الملل - masoud_ahsannejad@yahoo.com

۱- مقدمه: مفهوم، پیشینه و علل وقوع جانشینی در میان سازمان‌های بین‌المللی

۱-۱- مفهوم

مفهوم جانشینی در حقوق سازمان‌های بین‌المللی از جمله مفاهیمی است که در کنار دیگر مفاهیم موجود در این شاخه از حقوق بین‌الملل عینیت می‌یابد. کلیدی‌ترین مفهوم در این راستا مفهوم اشتغالات^۱ سازمان بین‌المللی است که با خود، مفاهیم فرعی دیگری را نیز به همراه دارد: مفاهیمی از قبیل حقوق، تعهدات، اموال و کارمندان. مفهوم جانشینی به عمل حقوقی‌ای اطلاق می‌شود که در دو سوی آن سازمان‌های بین‌المللی قرار دارند. هرچند ممکن است که اقدام‌کنندگان به عمل حقوقی مزبور خود سازمان‌ها نباشند و دولت‌های مؤسس به این عمل اقدام نمایند. قصد اصلی از این عمل حقوقی، انتقال^۲ است، انتقالی که از جمله در حقوق و تعهدات رخ می‌دهد. براین‌اساس جانشینی سازمان‌های بین‌المللی را می‌توان چنین تعریف کرد که عبارت است از: «انتقال اشتغالات، حقوق و تعهدات تابعه^۳ از یک سازمان بین‌المللی به سازمان بین‌المللی دیگر.» (Myers, 1992, p. 12) جانشینی در اثر انحلال یک سازمان (در اینجا سازمان پیشین) رخ نمی‌دهد. گاهی فقط پاره‌ای از اشتغالات یک سازمان است که به سازمان بین‌المللی دیگری منتقل می‌گردد.^۴ به عنوان مصداق می‌توان به انتقال پاره‌ای از صلاحیت‌ها و اشتغالات اتحادیه اروپای غربی^۵ به شورای اروپا در سال ۱۹۵۹ اشاره کرد.

۱-۲- پیشینه

علی‌رغم وجود نقص و ضعف در عملکرد جامعه ملل، انحلال این سازمان از لحاظ غنا بخشیدن به بحث جانشینی در سازمان‌های بین‌المللی مفید واقع شد. چرا که نخستین بار با انحلال این سازمان بود که مفهوم جانشینی در حقوق سازمان‌های بین‌المللی مطرح گردید. با انحلال جامعه ملل نه تنها سازمان ملل متحد جانشین آن شد بلکه از آنجا که سازمان ملل متحد هم، مانند جامعه ملل همراه با نهادهایی با کارکردهای عام و مؤسسات تخصصی بود، لازم می‌نمود که با جانشینی سازمان ملل بر جامعه، آن‌ها نیز با شرایط جدید انطباق پیدا کنند. از آنجا که کارکردهای سازمان‌های تازه ایجاد شده با سازمان‌های موجود

^۱ - Functions

^۲ - Transfer

^۳ - Ancillary rights and obligations

^۴ - برای مطالعه بیشتر در خصوص انحلال سازمان‌های بین‌المللی رجوع کنید به: جباری، منصور و احسن‌نژاد، مسعود، تأملی بر انحلال سازمان‌های بین‌المللی، پژوهش‌های حقوقی، دوره ۱۵، شماره ۳۰، پاییز و زمستان ۱۳۹۵، صفحه ۸۰-۵۵

^۵ - Western European Union (WEU)

یکسان بودند، جهت جلوگیری از هرگونه دوباره کاری و بهم ریختگی، سازمان های قدیمی منحل شدند. از جمله این سازمان ها: فائو، ایکائو (به جای ایکان) یونسکو (به جای مؤسسه بین المللی همکاری های معنوی)^۱ و سازمان بهداشت جهانی (جانشین سازمان بهداشت عمومی)^۲ بودند. (ibid, p.14)

با رشد و توسعه سازمان های بین المللی منطقه ای، موضوع جانشینی به سازمان های جهانی منحصر نماند و در آن ها نیز مطرح شد. در این خصوص می توان به جانشینی شورای اروپا^۳ بر برخی از کارکردهای اتحادیه اروپای غربی و ادغام سازمان تحقیقات اروپایی^۴ و سازمان توسعه پرتابگر اروپایی^۵ برای تشکیل آژانس فضایی اروپا اشاره کرد. در آفریقا و حوزه کارائیب هم به علت استعمارزدایی و تغییرات سیاسی، سازمان های بین المللی با مشکلاتی مواجه شدند که آن ها را ناگزیر از تغییراتی می ساخت. (ibid, p.15)

۱-۳- علل وقوع جانشینی در میان سازمان های بین المللی

حیات سازمان های بین المللی، جریانات و مراحل مختلفی را سپری می کند و در هر کدام از این مراحل است که بنا به اقتضائات، اقداماتی انجام می پذیرد. با این حال هر تغییر و تحولی در سازمان های بین المللی نمی تواند لزوماً تعبیر به وقوع جانشینی شود. اصل تداوم مثل دولت ها در مورد سازمان های بین المللی هم صدق می کند. بنابراین اساسنامه سازمان ممکن است در معرض اصلاح^۶، تعدیل^۷ و جایگزینی^۸ با یک اساسنامه دیگر قرار بگیرد بدون اینکه جانشینی مطرح گردد. (Chiu, 1965, p. 85) به عبارت دیگر در صورت جانشینی، این کارکردهای یک سازمان بین المللی است که به سازمان بین المللی دیگر انتقال یافته و ادامه پیدا می کند، لذا در این صورت نمی توان سخن از تداوم سازمان گفت. (Hungdah, Jan, 1965, p. 85)

جانشینی در سازمان های بین المللی معمولاً از عوامل فراحقوقی عملی و سیاسی است که ناشی می شود. با این حال هنگامی که یک سازمان بین المللی منحل می شود، دولت های عضو بیش تر در پی دوام یافتن برخی از کارکردهای آن هستند تا بدین وسیله بتوانند از مشکلاتی که ممکن است مواجه شوند، اجتناب

1 - International Institute of Intellectual Co- operations

2 - The Office International d'Hygiene Publique (OIHP)

3 - Council of Europe (COE).

4 - European Space Research Organization (ESRO)

5 - European Launcher Development Organization (ELDO)

6 - Amendment

7 - modification

8 - Replacement

کند. (Kirsten Schmalenbach, n.d.) چرا که این کارکردهای سازمان‌های بین‌المللی است که نیازهای پایای دولت‌ها را برآورده می‌سازند؛ لذا به طریقی باید این کارکردها ادامه پیدا کنند که عمده‌ترین شیوه آن جانشینی است.

در برخی از موارد هم کارکردهایی که یک سازمان بین‌المللی ایفا می‌کرد از چنان اهمیتی برخوردار می‌شود که ضرورت تداوم آن را می‌طلبد. در این خصوص می‌توان به استدلال دیوان بین‌المللی دادگستری در نظریه مشورتی سال ۱۹۵۰ اشاره کرد که سازمان ملل متحد را با این بیان که سرپرستی نهادی است بین‌المللی با یک هدف بین‌المللی که به نفع ساکنان سرزمین‌ها و بشریت در کل ایجاد شده است، ناگزیر از اجرای کارکرد نظارت بر نهاد سرپرستی می‌دانست. (International Status of South- West Africa, Advisory opinion, I.C.J. Reports 1950)

۲- مبنای جانشینی در سازمان‌های بین‌المللی

سازمان‌های بین‌المللی طبق اساسنامه و شخصیت حقوقی بین‌المللی خود از اهلیت‌هایی برخوردارند. در این خصوص، از جمله می‌توان به اهلیت انعقاد موافقت‌نامه با دیگر شخصیت‌های حقوقی بین‌المللی و یا اتخاذ تصمیم و اجرای آن در راستای کارکردهایشان اشاره کرد.

اهمیت این بحث به ویژه هنگامی آشکار می‌شود که یک سازمان بین‌المللی به مرحله انحلال و یا یک رکن از یک سازمان بین‌المللی به مرحله انفکاک و استقلال می‌رسد. سؤال این است که بر چه مبنایی می‌توان ادعا کرد که در ارتباط با دو یا چند سازمان بین‌المللی، جانشینی می‌تواند بوقوع پیوندد. اگر جانشینی بر مبنای توافق استوار است، معیار توافق، توافق دولت‌هاست یا توافق سازمان‌های بین‌المللی. همچنین می‌توان به طرح این سؤال نیز پرداخت که آیا می‌توان گفت که بدون وجود هر توافقی هم امکان وقوع جانشینی (جانشینی اتوماتیک) هست.

۲-۱- جانشینی بر مبنای توافق^۱

انتقال کارکردها، حقوق و تعهدات از یک سازمان بین‌المللی به سازمان بین‌المللی دیگر هرچند به طرق مختلفی امکان‌پذیر است اما مبنای همه آن‌ها جز توافق نیست. جانشینی بر مبنای توافق در برابر بحثی قرار دارد که در آن مبنایی غیر از توافق برای جانشینی در نظر گرفته می‌شود، یعنی جانشینی اتوماتیک.^۲

^۱ - Conventional Succession

^۲ - Automatic Succession

در این بند به بررسی نحوه ابراز این توافق پرداخته خواهد شد. که گاهی از سوی دولت های عضو و گاهی نیز از سوی سازمان های بین المللی ابراز می گردد.

۲-۱-۱- انعقاد موافقتنامه های رسمی از سوی سازمان های بین المللی

سازمان های بین المللی با توجه به شخصیت بین المللی که از آن برخوردارند می توانند به انعقاد موافقتنامه های جانشینی اقدام نمایند. با این حال در این خصوص این سؤال مطرح می شود که مبنای اساسنامه ای سازمان های بین المللی برای انعقاد چنین موافقتنامه ای چیست؟

در این خصوص باید سازمان های بین المللی را به دو دسته تقسیم کرد. در دسته نخست سازمان هایی قرار دارند که اساسنامه آنها اختیار انعقاد چنین موافقتنامه ای را به آنها می دهد و در دسته دوم سازمان هایی قرار دارند که در اساسنامه آنها چنین مقرره ای وجود ندارد. از جمله سازمان هایی که در دسته اول قرار دارند سازمان غذا و کشاورزی ملل متحد^۱، سازمان بهداشت جهانی^۲، سازمان آموزشی، علمی و فرهنگی ملل متحد (یونسکو)^۳ می باشند که بر طبق اساسنامه، آنها از اختیار انعقاد موافقتنامه هایی برای انتقال کارکردهایشان برخوردارند. اما در مقابل سازمان هایی هستند که بر طبق اساسنامه از چنین اختیاری برخوردار نیستند، با این حال به انتقال و قبول کارکردهای پرداخته اند از جمله جامعه ملل و سازمان ملل متحد.

در مورد سازمان های دسته دوم با استفاده از نظریه اختیارات ضمنی است که می توان گفت امکان اتخاذ (Krzysztof, 1989, p. 857) موافقتنامه یا پروتکلی، به سازمان بین المللی امکان انعقاد چنین موافقتنامه هایی را می دهند. برای مثال اهلیت موسسه بین المللی ثبت اختراعات^۴ برای انعقاد موافقتنامه با سازمان اروپایی ثبت اختراعات^۵ از پروتکلی ناشی می شد که همه دولت های عضو آن امضاء کرده بودند. (Patrick R. Myers. Op.cit., p. 51.) طبق این پروتکل دولت های عضو، اقدامات لازم را برای تضمین انتقال همه اموال، مسئولیت ها و کارمندان مؤسسه بین المللی ثبت اختراعات به اداره اروپایی ثبت اختراعات اتخاذ خواهند کرد. (Ibid. p. 51.)

¹ - Paragraph (6), Article 4 of the FAO Constitution

² - Article 72 of the WHO Constitution.

³ - Article 11 (2) of the UNESCO Constitution

⁴ - International Patent Institute (IPI)

⁵ - European Patent Organization (EPO)

مبنای انعقاد موافقت‌نامه‌های جانشینی هر چه باشد، انعقاد این موافقت‌نامه‌ها یکی از معمول‌ترین شیوه‌های انتقال کارکردها، حقوق و تعهدات در بین سازمان‌های بین‌المللی بوده است. «به عنوان مثال برخی از نقل و انتقالات بین جامعه ملل و سازمان ملل متحد از طریق انعقاد شماری از موافقت‌نامه‌ها بود که انجام گرفت. اولین موافقت‌نامه در ۱۹ جولای ۱۹۴۶ منعقد گردید و برای اثر بخشیدن به برخی از مقررات موافقت‌نامه مذکور در ۳۱ جولای همان سال بود که ترتیباتی بین دو سازمان اندیشیده شد. در سال ۱۹۴۷ هم چهار پروتکل دیگر در این خصوص منعقد گردید. در میان سازمان‌های بین‌المللی دیگر هم موافقت‌نامه‌های مشابهی برای برخی از نقل و انتقالات منعقد گردیده است. به عنوان نمونه می‌توان به موافقت‌نامه‌های منعقد شده بین آژانس امداد و توانبخشی ملل متحد و سازمان ملل متحد، موافقت‌نامه مؤسسه بین‌المللی همکاری‌های معنوی و سازمان آموزشی، علمی و فرهنگی ملل متحد و موافقت‌نامه بین اداره بین‌المللی بهداشت عمومی و سازمان بهداشت جهانی و موافقت‌نامه مؤسسه بین‌المللی کشاورزی و سازمان بین‌المللی غذا و کشاورزی اشاره نمود.» (Chiu, Op.cit., p. 92.)

۲-۱-۲- صدور قطعنامه‌های موازی^۱

انتقال کارکردها، حقوق و تکالیف بین سازمان‌های بین‌المللی معمولاً توسط موافقت‌نامه‌های منعقد شده بین آنها صورت می‌پذیرد. با این حال سازمان‌های بین‌المللی هنگامی که خواسته‌اند در مورد برخی امور جزئی یا فرعی هم، تصمیمی اتخاذ کنند، رضایت و اتفاق خود بر این امر را از طریق صدور قطعنامه‌های موازی نشان داده‌اند.

قطعنامه‌های موازی عبارت از قطعنامه‌هایی است که از سوی ارکان ذی صلاح دو سازمان بین‌المللی در مورد یک موضوع مشخص صادر می‌شود به گونه‌ای که از لحاظ موضوع با هم انطباق دارند، به عبارت دیگر ابراز اراده دو سازمان بین‌المللی راجع به موضوع واحدی هستند.

این شیوه از توافق در امور فرعی و جزئی و به عنوان یک شیوه جنبی انتقال اعمال می‌شود، حال آنکه در جانشینی سازمان جهانی آب و هوا شناسی به جای سازمان بین‌المللی آب و هواشناسی به عنوان یک شیوه اصلی مورد استفاده قرار گرفت. (Ibid. p. 96.) هر دو سازمان با تصویب قطعنامه‌های موازی به انتقال حقوق و تعهدات مورد نظر اقدام کردند.^۲

^۱ - Parallel Resolutions

^۲ - Resolution of March 17, 1951, adopted by the Conference of Directors of the IMO; Resolution 3 (1) adopted

سؤالی که در مورد اینگونه از قطعنامه‌ها مطرح می‌شود این است که آیا قطعنامه موازی تصویب شده باید حاوی عین جملاتی باشد که در قطعنامه اول استفاده شده است. در این خصوص ریاست کمیته اول سازمان جهانی آب و هوا شناسی (کمیته اداری و مالی) چنین بیان داشت که عبارات قطعنامه موازی باید به طور کامل با قطعنامه اول انطباق داشته باشد. (Ibid, p. 96.) کنگره سازمان جهانی آب و هوا شناسی در نهایت قطعنامه‌ای را تصویب نمود که اگرچه در کل با قطعنامه تصویبی سازمان بین‌المللی آب و هوا شناسی انطباق داشت ولی از جمله بندی متفاوتی برخوردار بود.

۲-۱-۳- موافقت‌نامه‌های منعقدہ بین دولت‌ها

دو مورد را می‌توان تحت این عنوان مورد بررسی قرار دارد. نخست موافقت‌نامه‌ها یا معاهداتی هستند که بین دولت‌ها منعقد می‌شوند و بر اساس آن‌ها سازمان‌های بین‌المللی طبق کارکردهای خود تکالیفی را عهده‌دار می‌شوند. دوم اینکه خود دولت‌ها تصمیم به جانشینی یک سازمان بین‌المللی به جای سازمان بین‌المللی دیگری می‌گیرند. که به دو صورت صریح و ضمنی انجام می‌پذیرد.

الف: تکالیف سازمان‌های بین‌المللی بر اساس معاهدات: معاهدات منعقدہ بین دولت‌ها یا سازمان‌های بین‌المللی معمولاً حاوی مقرراتی هستند که تکالیف اداری و دفتری را بر عهده سازمان‌های بین‌المللی می‌نهند. در این خصوص می‌توان به مواد ۸۰ و ۸۳ عهدنامه ۱۹۶۹ وین در مورد حقوق معاهدات و دیگر مواد مشابه آن‌ها در عهدنامه‌های مختلف اشاره کرد که برخی از تکالیف ثبت و انتشار و سپردن اسناد الحاق به عهدنامه را بر اساس ماده ۱۰۲ منشور به عهده دبیرخانه سازمان ملل متحد می‌گذارند. با این حال معمولاً در هنگام انحلال یک سازمان بین‌المللی است که انتقال این نوع از کارکردها و تکالیف به سازمان دیگر اهمیت می‌یابد. از جمله عهدنامه‌هایی که در زمان جامعه ملل تکالیفی را بر عهده آن سازمان گذارده بودند می‌توان به عهدنامه‌های زیر اشاره نمود:

کنوانسیون‌های ۱۹۱۲، ۱۹۲۵، ۱۹۳۱ و ۱۹۳۶ در مورد داروهای مخدر^۱ و کنوانسیون‌های ۱۹۲۱، ۱۹۲۳ و ۱۹۳۳ در مورد خرید و فروش زنان، کودکان و انتشار (کتب و افلام) مستهجن.^۲ در مورد این کنوانسیون‌ها، چند پروتکل به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسید که به اصلاح کنوانسیون‌ها

¹- Narcotic Drug Conventions

²- The Conventions on the Suppression of Traffic in Women, Children and Abscene publications.

می‌پرداخت این پروتکل‌ها به امضای دولت‌ها رسیدند و به این ترتیب این دست از کارکردهای جامعه ملل به سازمان ملل متحد انتقال یافت. (Patrick R. Myers, Op.cit., p. 56.)

ب- توافق دولت‌ها بر جانشینی طی درج مفاد آن در اساسنامه سازمان جانشین^۱ یا جانشینی صریح: کنوانسیون مؤسس آژانس فضایی اروپا مقرر می‌دارد که، با لازم‌الاجرا گشتن این کنوانسیون، کنوانسیون مؤسس سازمان تحقیقات فضایی اروپایی و کنوانسیون مؤسس سازمان اروپایی توسعه و ساخت پرتابگر فضایی به خاتمه خواهد رسید. (Article XXI of Convention Establishing European Space Agency). همچنین در تاریخ مزبور است که حقوق و تعهدات سازمان‌های مزبور به این سازمان انتقال خواهد یافت. (Ibid.)

پیش از این ملاحظه شد که آژانس فضایی اروپا با ادغام دو سازمان دیگر مذکور اروپایی که در زمینه فضا فعالیت می‌کردند، ایجاد گردید. این سازمان با اجتماع اعضا دو سازمان تحقیقات فضایی اروپایی و سازمان اروپایی توسعه و ساخت پرتابگر فضایی و توافق آن‌ها در قالب معاهده اساسنامه یک سازمان جدید تأسیس شد. لذا به نظر می‌رسد که این شیوه از موافقت بر جانشینی مناسب سازمان‌هایی است که اعضای یکسانی دارند.

ج- توافق ضمنی بر جانشینی^۲: این نحوه توافق هم در جانشینی سازمان‌هایی به وقوع می‌پیوندد که از اعضای یکسانی برخوردارند به عبارت دیگر در این نحوه جانشینی مبنا توافق دولت‌های عضو هر دو سازمان بر انتقال کارکردها و تعهدات سازمان پیشین بر سازمان جانشین است.

از این روست که با ماده ۵۹ عهدنامه وین در زمینه حقوق معاهدات انطباق دارد، این ماده مقرر می‌دارد: «وقتی که کلیه طرف‌های یک معاهده به انعقاد معاهده مؤخری در خصوص موضوع واحد مبادرت می‌ورزند معاهده مقدم فسخ شده مفروض خواهد شد اگر: الف- از معاهده مؤخر استنباط شود یا به نحو دیگری مسلم شود که قصد طرف‌ها این بوده است که موضوع تابع مقررات معاهده موخر باشد، یا ب- مقررات معاهده مؤخر به گونه‌ای با مقررات معاهده مقدم غیر قابل انطباق که اجرای همزمان هر دو معاهده غیر ممکن باشد». به عنوان مثال سازمان مشترک آفریقایی و ماداگاسکاری که از ادغام سازمان آفریقایی و

¹- Constitutional Provisions

²- Implied Succession

ماداگاسکاری برای همکاری های اقتصادی با اتحادیه دول آفریقایی و ماداگاسکاری شکل گرفته بود به طور ضمنی جانشین دو سازمان مزبور گشته بود.

توافق ضمنی دولت های عضو برای انتقال کارکردها و تعهدات در مواقعی می تواند رخ دهد که اولاً دولت های عضو یکسان باشند و ثانیاً اینکه سازمان بین المللی، از لحاظ تعداد اعضاء و کارکردها و مسئولیت های نسبتاً وسیعی برخوردار نبوده باشد. (Patrick R. Myers, Op.cit, p. 42.) لذا همانطور که برخی از نویسندگان بیان کرده اند جانشینی ضمنی در خصوص سازمان های بین المللی با صلاحیت عام با انتقاد مواجه است. (Chiu, Op.cit., p. 108.)

۳-۲- تئوری جانشینی اتوماتیک

۳-۲-۱- مفهوم

تئوری جانشینی اتوماتیک بر مبنای الزامات جامعه بین المللی است که مطرح گشته است. و موضوعی که جانشینی اتوماتیک در مورد آن طرح گشته است به گونه ای بود که حکایت از نیازهای این جامعه داشت. به عبارت دیگر از موضوعاتی بوده اند که منعکس کننده ارزش های عالی جامعه بین المللی هستند. (موثقی، ۱۳۸۹: ۳۲۲) طرح این عنوان در مورد آن دسته از سازمان های بین المللی بوده است که از صلاحیت های عامی برخوردارند و با انحلال یک چنین سازمانی، سازمان جانشین بواسطه الزامات ناشی از هماهنگی در جامعه بین المللی در مورد تعهدات عینی^۱ جایگزین سازمان سابق می گردد.

جانشینی اتوماتیک را این گونه تعریف نموده اند که به مبنایی از جانشینی اشاره دارد که در وقوع آن توافق سازمان های بین المللی یا دولت ها به هر شکلی هم که باشد لازم نیست ابراز شود و هنگامی بوقوع می پیوندد که یک سازمان بین المللی مشخص منحل می شود و سازمان بین المللی دیگری که دارای اهداف، اصول، اساسنامه و نهادهای مشابه آن است، جای سازمان منحل شده را می گیرد و در حد زیادی همان کارکردهایی را پیش می گیرد که سازمان منحل شده بر عهده داشت. (Patrick r. Myers, Op.cit., p. 69.)

برخی از قضات دیوان از این نوع جانشینی در میان سازمان های بین المللی به عنوان قاعده حقوق بین الملل نوین^۲ یاد کردند. (International status of South-West Africa, Advisory Opinion: I.C. بین الملل نوین^۲ یاد کردند. J. Reports 1950, No. 10, Dissenting Opinion of Mr. Alvarez, p. 182) بر عکس مفهوم جانشینی

¹- Real obligation

²- New International Law

با مبنای توافق، در جانشینی اتوماتیک این کارکردهای سازمان‌های بین‌المللی است که می‌تواند موضوع جانشینی قرار گیرد. نکته حائز اهمیت در این مبنا از جانشینی این است که به جامعه بین‌المللی فارغ از بازیگران آن توجه دارد گویی این جامعه در ضمن خود از قالب یا قالب‌های ضروری برخوردار گردیده است و نهادهای بین‌المللی به خاطر پاسخگویی به نیازهای این قالب است که شکل می‌گیرند.

۳-۲-۲- تحلیل دیدگاه دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص جانشینی اتوماتیک

امکان وقوع جانشینی اتوماتیک برای نخستین بار در نظریه مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه وضعیت آفریقای جنوب غربی^۱ و در قضیه نامیبیا^۲ بود که مورد بحث قرار گرفت. (Amerasinge, 2003, p. 474) اتحادیه آفریقای جنوبی با اشاره به انحلال جامعه ملل، ادعا می‌کرد که تعهدات آن هم برای سرپرستی آفریقای جنوب غربی به سر آمده است. بر این اساس خواهان شناسایی بین‌المللی الحاق این سرزمین به اتحادیه بود. از این رو بود که مجمع عمومی از دیوان بین‌المللی دادگستری درخواست نظریه مشورتی نمود. مهمترین سؤال در این خصوص این بود که آیا اتحادیه آفریقای جنوبی همچنان بعد از انحلال جامعه ملل براساس سرپرستی آفریقای جنوب غربی، دارای تعهدات بین‌المللی است، و اگر چنین است، این تعهدات کدام اند؟

برای پاسخ به این سؤال دیوان، خود را ناگزیر از پرداختن به ماهیت نظام سرپرستی^۳ می‌یابد. دیوان بیان می‌کند «در نتیجه جنگ ۱۹۱۴-۱۹۱۸ به حاکمیت برخی از دولت‌ها نسبت به سرزمین‌هایی که قبلاً در اختیار آنها بود و ساکنان آن‌ها را مردمانی تشکیل می‌دادند که هنوز قادر به اداره خود نبودند، خاتمه داده شد. در این خصوص دو نکته از اهمیت والایی برخوردار بود: نخست اصل رفاه این مردمان و دوم اصل توسعه آنان که «ودیعہ مقدس تمدن» را شکل می‌دهد. برای اثر بخشیدن به این اصول یک رژیم بین‌المللی، یعنی نظام سرپرستی بوسیله ماده ۲۲ میثاق جامعه ملل ایجاد گردید». (International status of South-West Africa, Advisory Opinion : I.C. J. Reports, 1950, p. 131) که در نتیجه آن سرپرستی این مردمان باید به دولت‌های توسعه یافته انتقال می‌یافت. و این دولت‌ها از سوی جامعه ملل به عنوان حامیان آن‌ها منصوب می‌شدند که باید بر اساس شرایط موافقت‌نامه سرپرستی عمل

1- Status of South West Africa Case

2- Namibia Case

3- Mandate System

می کردند. بر این اساس «دولت اتحادیه آفریقای جنوبی یک کارکرد بین المللی را که همان اداره سرزمین آفریقای جنوب غربی بود را از جانب جامعه ملل به اجرا در می آورد» (Ibid., p. 132.)

در این قسمت سعی دیوان بیشتر بر این است که ثابت کند نظام سرپرستی اگرچه به وسیله میثاق مقرر گشته است با این حال یک قالب مستقلی را اکتساب نموده که بواسطه آن نباید تداوم این کارکرد بین المللی را منوط به وجود یا عدم جامعه ملل نماییم. این امر بویژه در این عبارت دیوان که اظهار می دارد «نظام سرپرستی به نفع ساکنان سرزمین (تحت سرپرستی) و بشریت در کل، به عنوان یک نهاد بین المللی ایجاد شده است که دارای هدفی بین المللی یعنی ودیعه مقدس تمدن می باشد» مشهودتر است. بنابراین، دیوان اعتقاد داشت این تعهدات به پایان نرسیده است. همچنین است حق جمعیت ساکن آن بر داشتن سرزمینی که طبق این قواعد اداره گردد. (International status of South-West Africa, Advisory Opinion: I.C. J. Reports, 1950, p. 133)

دیوان برای اثبات اینکه تعهدات اتحادیه آفریقای جنوبی با انحلال جامعه ملل به سر نیامده است فقط به بیان ماهیت نظام مذکور اکتفاء نکرد بلکه ادله دیگری را نیز بیان داشت که به ترتیب مورد بررسی قرار می گیرد.

الف: بند ۲ ماده ۸۰ منشور سازمان ملل متحد: بر این اساس دیوان معتقد است که نباید اثری قهری بر انحلال سازمان های بین الملل قائل شد. بنا به بیان دیوان «پیش فرض این ماده این است که حقوق دولت ها و مردمان نباید به طور اتوماتیک و در نتیجه انحلال جامعه ملل خاتمه یابد. روشن است که در هر شرایطی قصد تضمین حقوق مردمان و دولت ها است تا آنها تحت نظام قیمومت قرار گیرند» (Ibid., p. 134.)

ب: قطعنامه ۱۸ آوریل ۱۹۴۶ مجمع جامعه ملل: دلیل دیگری است که دیوان برای خاتمه نیافتن نظام سرپرستی به آن اشاره کرده است. طی قطعنامه مزبور بیان شده بود که این «کارکردهای جامعه است که نسبت به سرزمین های تحت سرپرستی خاتمه می یابد و نه نظام سرپرستی» (Ibid, p. 133.)

در پاسخ به ادعای اتحادیه آفریقای جنوبی مبنی بر الحاق سرزمین آفریقای جنوب غربی به اتحادیه دیوان چنین بیان داشت که «در صورت پایان سرپرستی اتحادیه (بنا به ادعای آن)، نمی توان گفت که سرزمین مزبور باید به اتحادیه ضمیمه شود بلکه به معنای این است که اختیارات آن دولت نیز در آن سرزمین خاتمه یافته است» (Ibid, p. 133.)

دیوان ضمن تأکید بر لزوم تداوم نظام سرپرستی بدون توجه به انحلال جامعه ملل، به تعهدات اتحادیه آفریقای جنوبی اشاره می نماید. بدین ترتیب که «تعهدات بین المللی که بر عهده اتحادیه آفریقای جنوبی

بود، دو نوع بودند. نوع اول مربوط به اداره سرزمین که در انطباق کامل با ودیعه مقدس تمدن مذکور در ماده ۲۲ میثاق است و نوع دوم به تعهداتی مربوط می‌شد که (مشخص کننده) مکانیسم‌های اجرایی بوده و در ارتباط نزدیکی با نظارت و کنترل جامعه ملل قرار داشت.^۱

اتحادیه آفریقای جنوبی بر اساس نظام سرپرستی متعهد به ارائه گزارش و قرار گرفتن تحت نظارت شورای جامعه ملل بود.^۲ بر این اساس با توجه به آنچه در فوق در مورد به پایان نرسیدن نظام سرپرستی به موجب انحلال جامعه ملل بیان گردید، این سؤال مطرح می‌شود که آیا تعهداتی که اتحادیه در برابر شورای جامعه ملل داشت، با انحلال رکن مذکور خاتمه یافته است یا نه. نحوه پاسخ به سوال مزبور به نوعی حاکی از رویکردهایی است که می‌تواند در مورد جانشینی سازمان‌های بین‌المللی به طور عام و جانشینی سازمان ملل متحد بر کارکرد نظارتی شورای جامعه ملل در مورد سرزمین تحت سرپرستی اتحادیه، به طور خاص وجود داشته باشد.

علی‌رغم اینکه دیوان بین‌المللی دادگستری در مورد سؤال فوق‌الذکر با اکثریت آرا قضات تصمیم‌گیری کرد، با این حال اختلاف نظر در میان آن‌ها مشهود بود. اختلافات قضات دیوان را در دو دسته می‌توان جای داد. نخست اینکه گروهی بر این باورند که جانشینی اعم از صریح یا ضمنی باید به وسیله توافق و رضایت انجام گیرد. در داخل این دسته اختلاف بر سر وقوع توافق میان سازمان ملل متحد و جامعه ملل و یا سازمان ملل متحد با اتحادیه آفریقای جنوبی است. دسته دوم هم عقیده‌ای را دنبال می‌کنند که بر اساس آن در همه موارد لازم نیست جانشینی بوسیله توافق انجام گیرد.

ازجمله قضات دیوان که با انتقال کارکرد نظارتی جامعه ملل به سازمان ملل متحد مخالفت ورزید قاضی رید^۳ می‌باشد. وی در نظر انفرادی خود بر این باور است که کارکرد نظارتی جامعه ملل به مجمع عمومی انتقال نیافته است. به زعم وی انتقال این کارکرد به سازمان ملل متحد در دو صورت امکان‌پذیر بود. نخست اینکه، یا باید طبق قطعنامه ۱۸ آوریل ۱۹۴۶ میان دولت سرپرست و سازمان ملل متحد در این مورد توافقی حاصل شده باشد. که درخصوص حصول چنین توافقی باید موارد و شرایطی را در نظر گرفت که درواقع ابراز رضایت اتحادیه منوط به آنها بوده است. «الف: تعهد به ارائه گزارش سالانه جهت اطلاع سازمان ملل متحد (می‌بایست) بر طبق بند ۷۳ منشور انجام می‌گرفت. ب: این اطلاعات بر

¹- See also, Christian J, Tams, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge University Press, 2005, p. 64.

²- See para (7), Article 22 of the Covenant.

³- Read

اساس مقررات منشور باید به مجمع عمومی سازمان ارائه شود تا در هر موردی که مربوط به آفریقای جنوب غربی می شود به اجرای کارکردهایش به موجب ماده ۱۰ و دیگر موارد منشور بپردازد» (Ibid, Separate Opinion of Judge Read, p. 171.) از سوی دیگر مجمع عمومی به دنبال شرایطی می گشت تا بتواند مقررات مربوط به قیمومت را در مورد سرزمین مذکور به اجرا گذارد بر این اساس قاضی مذکور به این نتیجه می رسد که هیچ توافقی مبنی بر ارائه گزارش سالانه به مجمع عمومی سازمان ملل متحد از جانب دولت اتحادیه صورت نگرفته است.

یا در صورت فقد چنین موافقت نامه ای تنها راهی که به نظر این قاضی دیوان برای انتقال تعهدات مربوط به ارائه گزارش و نظارت ممکن است، وجود داشته باشد، در صورتی است که جانشینی بین جامعه ملل و سازمان ملل متحد به وقوع پیوسته باشد. در حالی که هیچ نوع توافقی را نمی توان بین این دو سازمان مبنی بر انتقال کارکردهای جامعه ملل در خصوص سرزمین ها تحت سرپرستی را یافت. (Ibid, 172.) بر این اساس بود که قاضی مزبور نتیجه گرفت که اتحادیه تحت هیچ نوع تعهدی برای تسلیم و ارائه گزارش به مجمع عمومی قرار ندارد.

قاضی دیگری که به نتیجه گیری مشابه در مورد انتقال کارکرد نظارتی جامعه ملل به سازمان ملل رسید، قاضی مک نر بود.^۱ استدلال وی مبتنی بر این واقعیت بود که چون مراجع در نظر گرفته شده برای این منظور دیگر وجود نداشتند، پس تعهد اتحادیه هم به پایان رسیده است. مک نر برای تحکیم استدلال خود مبنی بر عدم وقوع جانشینی اشاره می کند که تنظیم کنندگان منشور ملل متحد برعکس اقدامی که در مورد جانشینی دیوان بین المللی دادگستری بر دیوان دائمی دادگستری انجام دادند، نتوانستند به توافقی در مورد جانشینی بر کارکردهای اداری جامعه ملل برسند. (International status of South-West Africa, Advisory Opinion, op.cit., separate opinion of Sir Arnold, McNair, p. 159) فیتز موریس^۲ و سِر پرسی اسپندر^۳ در نظریه مخالفی که با هم به رأی ۱۹۶۲ دیوان داده بودند هم به مخالفت با رأی ۱۹۵۰ دیوان برخاسته و بیان داشتند که ممکن نیست با بررسی کلی موضوع به نتیجه ای غیر از این برسیم که دو سازمان نسبت به اجرای کلی نظام سرپرستی و موضوع مرتبط با آن یعنی انحلال جامعه ملل بی خبر بوده باشند. بلکه به طور کامل آگاه بوده و نسبت به موارد مربوط به مسئله سرپرستی و انحلال جامعه هوشیار بودند. لذا به نظر قضات مزبور رد پیشنهادات انتقال کارکردهای

1- Sir Arnold McNair

2- Fitzmaurice

3- Sir Percy Spender

جامعه در مورد سرپرستی به سازمان ملل حکایت از عدم تمایل جهت تدارک نتیجه‌ای به هنگام انحلال جامعه بود. (South West Africa Cases, (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962, I. C. J. Reports, Joint Dissenting Opinion of Sir Percy Spender & Sir Gerald Fitzmaurice,, p. 539)

در برابر دیدگاه مذکور در فوق که مبنی بر عدم تداوم کارکرد نظارت بر سرزمین تحت سرپرستی اتحادیه از سوی سازمان ملل متحد بود، دیدگاه دیگری نیز در دیوان وجود داشت که حکایت از تداوم آن داشت. این دیدگاه اگر چه از لحاظ نتیجه با نظر مشورتی دیوان منطبق است با این حال رویکرد متفاوتی را نسبت به موضوع اتخاذ کرده است. طبق این رویکرد که در انطباق کامل با مفهوم جانشینی اتوماتیک است، توجه ویژه‌ای به نوع تعهدات شده است.

قاضی‌ای که به بیان این رویکرد در نظر مخالف خود به نظریه مشورتی ۱۹۵۰ دیوان پرداخته، قاضی آلوارز است. بنابر نظر قاضی مذکور، تصریح به همه تعهدات همیشه ضرورت ندارد، زیرا از یکسو در بسیاری از موارد دولت‌ها متعهد هستند، بدون آنکه ذینفعان تعهدات مذکور کاملاً معلوم باشند و از سوی دیگر حقوق بین‌الملل مبتنی بر وابستگی‌های متقابل جمعی است. به عبارت دیگر برخی از تعهدات در برابر جامعه بین‌المللی وجود دارند. (International status of South-West Africa, Advisory Opinion, op.cit. Dissenting Opinion of Mr. Alvarez, p. 177)

قاضی آلوارز معتقد است در صورت از بین رفتن یک سازمان بین‌المللی نظیر جامعه ملل و ایجاد یک سازمان جدید بین‌المللی مثل سازمان ملل متحد که بدون هر گونه اشاره‌ای جایگاهی مثل سازمان از بین رفته می‌یابد، و نهادی را شبیه آن که سازمان از بین رفته در بر داشت، ایجاد می‌کند، باید گفت که سازمان جدیدالتاسیس خود به خود^۱ جانشین سازمان از بین رفته می‌گردد.

با این حال به نظر نمی‌رسد که دیوان از این تئوری برای توجیه انتقال کارکردهای جامعه ملل در خصوص سرزمین‌های تحت سرپرستی به سازمان ملل متحد استفاده کرد باشد. دیوان با این بیان که کارکردهای نظارتی جامعه ملل نه صریحاً به سازمان ملل انتقال یافته و نه اینکه صریحاً از سوی این سازمان مورد پذیرش قرار گرفته است، به ویژه با توجه به دلایلی که مورد اشاره قرار خواهد گرفت در صدد توجیه جانشینی ضمنی سازمان ملل بر جامعه ملل برآمده بود.

¹ - Ipso facto

در نظر دیوان بین المللی دادگستری دو دلیل برای انتقال کارکرد نظارتی جامعه ملل به سازمان ملل متحد از اهمیت بالایی برخوردار است. نخست همانطور که پیش تر نیز اشاره گردید، قطعنامه ۱۸ آوریل ۱۹۴۶ است که بر اساس آن دیوان مقرر می دارد که مجمع جامعه چنین در نظر داشت^۱ که سازمان ملل متحد این کارکرد را تحویل خواهد گرفت. دلیل دومی که دیوان به آن اشاره می کند ماده ۱۰ منشور سازمان ملل متحد است که به مجمع عمومی سازمان اهلیت اعمال نظارت و دریافت و بررسی گزارشات راجع به آن را می بخشد.^۲ (I. C. J. Reports, 1950, Op.cit., p. 137.)

بر اساس دلایل مذکور بود که دیوان نتیجه گرفت که مجمع عمومی سازمان ملل متحد به لحاظ حقوقی جهت اجرای کارکرد نظارتی که قبلاً بوسیله جامعه ملل برای اداره سرزمین ها انجام می گرفت، صلاحیت دارد. (Chiu, Op.cit., p. 105) همچنین اگرچه مجمع عمومی سازمان ملل متحد، کارکرد نظارتی را به طور صریح نپذیرفته با این حال در واقعیت به اعمال آن پرداخته است. (Ibid., p. 105) از نظر دیوان در نظر گرفتن همه موارد مذکور برای توجیه انتقال ضمنی کارکرد نظارتی به سازمان ملل متحد کفایت می کند. (Ibid., p. 105.)

بر این اساس جانشینی سازمان ملل متحد بر جامعه ملل در خصوص کارکرد مذکور بر اساس رضایت دو سازمان بوده است که انتقال یافته است. این تئوری که به جانشینی ضمنی در سازمان های بین المللی معروف است در انطباق با ماهیت سازمان های بین المللی است که مورد توجه می باشد. ماهیتی که در آن سازمان بین المللی دارای شخصیت و در عین حال اهلیت است.

۴- امکان وقوع جانشینی میان سازمان های بین المللی

در خصوص اینکه آیا جانشینی در سازمان های بین المللی امکان وقوع دارد، با دو دیدگاه مواجه هستیم که علی رغم اینکه هر دو آن ها از درون نظام حقوقی سازمان ملل متحد صادر شده اند، با هم متعارض هستند. بر این اساس در این گفتار به بیان و بررسی دیدگاه های مزبور پرداخته می شود.

1- Presupposes

۲- با این حال نظر مشورتی دیوان نیز نتوانست اتحادیه آفریقای جنوبی را برای تسلیم گزارش به مجمع عمومی قانع سازد.

۴-۱- دیدگاه کمیسیون حقوق بین‌الملل

بحث جانشینی در حقوق بین‌الملل از جمله موضوعاتی بود که از همان نخستین جلسه کمیسیون حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۴۹ جهت تدوین مورد توجه قرار داشت، اگرچه متعلق آن دولت‌ها و حکومت‌ها بودند. این بحث در آن زمان به شدت تحت تاثیر مسأله استعمارزدایی و شکل‌گیری دولت‌های جدید قرار داشت. کمیسیون در چهاردهمین جلسه خود در سال ۱۹۶۲ و در پی قطعنامه ۱۶۶۸ مجمع عمومی و علیرغم اختلاف‌نظرهایی که در کمیسیون در خصوص نحوه شروع موضوع وجود داشت، نهایتاً توانست با تشکیل کمیته‌ای فرعی اقدام به بررسی ابعادی چند از موضوع جانشینی کند. (Summaries: Succession of States and Governments, available at: , 2012) با این حال جانشینی سازمان‌های بین‌المللی نزد کمیسیون حقوق بین‌الملل در زمره موارد بحث برانگیز باقی ماند.

نخستین بار در سال ۱۹۷۱ بود که کمیسیون خواست تا موضوع جانشینی را در زمره برنامه بلند مدت تدوینی خود قرار دهد، ولی در نهایت به این نتیجه رسید که گستره تدوین و توسعه مترقیانه حقوق در ارتباط با این موضوع به نظر محدود می‌رسد. لذا هیچ ضرورتی نمی‌نمود که بیش از این به موضوع پرداخته شود. (Myers, Succession between International Organizations, 1992, p. 1) منظور کمیسیون در نتیجه‌گیری عدم تدوین خیلی واضح نیست، این امر به ویژه از استعمالی که از واژگان گستره و محدود، شده است، استنباط می‌شود. لذا برای پی بردن به منظوری که کمیسیون از عدم تدوین در سال ۱۹۷۱ داشته، لازم می‌نماید در واژگانی که برای بیان این منظور بکاربرده دقیق شده و اندکی هم به پیشینه جانشینی در سازمان‌های بین‌المللی پرداخته شود.

نظری که کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص جانشینی در سازمان‌های بین‌المللی در سال ۱۹۷۱ به ارائه آن پرداخته است از برخی جهات قابل انتقاد است. اولاً باید در نظر داشت موضوعی که کمیسیون ادعای محدود بودن گستره آن را داشته، مربوط به سازمان‌های بین‌المللی است که از قرن نوزدهم به بعد شمار زیادی از آن‌ها ظاهر شده‌اند. (N & Shaw, 2008, p. 308) از سوی دیگر چنان هم نبوده که تا آن زمان هر انحلالی که در سازمان‌های بین‌المللی رخ داده بود از نوع انحلال - اضمحلال بوده باشد.^۱ در این

^۱ - شایان ذکر است، گذشته از این که این قسم از انحلال در موارد نادری روی می‌دهد، مصادیقی هم که بر آن بار شده همه به دوره بعد از جنگ سرد مربوط می‌شود.

خصوص، جدای از جانشینی سازمان ملل متحد بر جامعه ملل، می توان به جانشین شدن سازمان جهانی هواشناسی^۱ بر سازمان بین المللی هواشناسی^۲ در سال ۱۹۵۱ اشاره کرد.

با این حال، نظر کمیسیون تنها با توجه به معنی «تدوین»^۳ می تواند قابل توجیه باشد که در ماده ۱۵ اساسنامه کمیسیون آمده است. در این ماده مقرر شده است که اصطلاح تدوین حقوق بین الملل که برای سهولت استفاده شده است به معنی قاعده سازی دقیق و نظام مند کردن قواعد حقوق بین الملل در زمینه هایی است که قبلاً در آن عملکرد دولت ها، رویه قضایی و دکتترین به طور گسترده وجود داشته باشد.^۴ در این صورت است که می توان گفت اگر چه جانشینی سازمان های بین المللی چندان هم محدود نبوده، ولی از رویه قضایی چشم گیری برخوردار نبوده و در دکتترین هم، آن چنان به موضوع پرداخته نشده بود. با این حال به نظر می رسد کمیسیون می توانست با تهیه پیش نویسی به توسعه مترقیانه موضوع جانشینی در سازمان های بین المللی به موازات تدوین موضوع جانشینی دولت ها بپردازد.^۵

کمیسیون در حدود ده سال بعد از اینکه اظهار کرده بود که نبود رویه عملی، دکتترین و نیز رویه قضایی کافی، ضرورت تصمیم گیری در مورد تدوین و توسعه موضوع جانشینی در سازمان های بین المللی را توجیه نمی سازد، بار دیگر در سال ۱۹۸۱ به اظهار نظر در خصوص موضوع پرداخت، ولی این بار با لحنی تند و قاطع چنین بیان کرد که هیچوقت امکان وقوع جانشینی در سازمان های بین المللی وجود ندارد. (Yearbook of International Law Commission, 1982, p. 75)

اما این که نظر کمیسیون با دیدگاه دیگری که در دکتترین و رویه قضایی مبنی بر امکان وقوع جانشینی وجود دارد، چگونه قابل جمع است، بحثی است که مستلزم بررسی نظر کمیسیون و تطبیق آن با تنها رویه قضایی موجود در این زمینه است.

همانطور که ملاحظه شد کمیسیون بیان کرد که در سازمان های بین المللی امکانی برای وقوع جانشینی وجود ندارد. از این رو برای پی بردن به منظور کمیسیون باید به بررسی دلایلی پرداخت که برای آن بیان داشته است. کمیسیون به این منظور بیان می دارد: «هنگامی که اصطلاح جانشینی سازمان های بین المللی

^۱ - World Meteorological Organisation, (WMO)

^۲ - International Meteorological Organisation, (IMO)

^۳ - Codification

^۴ - Article 15 of the Statute of International Law Commission

^۵ - طبق همان ماده ۱۵ اساسنامه کمیسیون حقوق بین الملل، توسعه مترقیانه به معنای تهیه کنوانسیون های پیش نویس در زمینه موضوعاتی است که هنوز توسط حقوق بین الملل قاعده مند نشده اند و یا اینکه در مورد آن ها رویه دولت ها به طور کافی توسعه نیافته است.

مورد استفاده قرار می‌گیرد، معلوم می‌شود که فاصله زیادی از موارد مربوط به جانشینی دولت‌ها دارد. اگرچه صحت دارد که بعد از اینکه برخی سازمان‌ها وجودشان خاتمه یافت^۱ دیگر سازمان‌ها برخی از تعهدات و اموالشان را تحویل گرفته‌اند، مثل آنچه که در مورد سازمان ملل متحد بعد از انحلال جامعه ملل رخ داد.» (Ibid, p.75)

آنچه که در بیان فوق از کمیسیون جلب توجه می‌کند به قیاسی است که کمیسیون میان جانشینی دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی انجام داده است. کمیسیون به وجود فاصله زیاد (تفاوت زیاد) بین جانشینی دولت‌ها و جانشینی سازمان‌های بین‌المللی اشاره می‌کند. این نیز در جای خود واقعیت دارد، چرا که تفاوت‌های اساسی در ماهیت دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی وجود دارد و نباید تصور شود که جانشینی به همان ترتیبی که بین دولت‌ها به وقوع می‌پیوندد در مورد سازمان‌ها هم اتفاق بیافتد.^۲

نکته دیگری که باید مورد توجه قرار گیرد، این است که کمیسیون جدا از اینکه جانشینی سازمان‌های بین‌المللی را در قیاس با دولت‌ها بیان داشته، اصلاً در مقام بحث جانشینی در سازمان‌های بین‌المللی هم نبوده است. با توجه به برنامه کمیسیون در جلسه سی و چهارم آن، موضوعی که بحث حاضر در آن صورت گرفته مسائلی پیرامون معاهدات منعقد بین دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی و سازمان‌های بین‌المللی با یکدیگر است و عمده بحث‌هایی هم که تا آن جلسه کمیسیون انجام گرفته بوده در خصوص مباحث کلی حقوق بین‌الملل و عمدتاً در مورد دولت‌ها بوده است. این امر را می‌توان از واکنش اعضای کمیسیون به گزارشگر ویژه، آن هنگامی که در صدد تعریف جانشینی سازمان‌های بین‌المللی بر اساس آنچه که در دکتترین برآمده بود، متوجه شد. اعضا چنین بیان داشته بودند که اصطلاح مذکور (جانشینی) نه تنها مبهم است بلکه نباید چنان استفاده شود که در تعارض با تعریفی قرار گیرد که هم کمیسیون در کارهای سابق خود به آن اشاره کرده و هم در معاهده ۱۹۷۸ در مورد جانشینی دولت‌ها بر معاهدات مورد استفاده قرار گرفته است. (Ibid, 74-75) لذا در بهترین حالت منظور کمیسیون از عدم امکان وقوع جانشینی در سازمان‌های بین‌المللی را می‌توان به مفهومی از جانشینی اطلاق داد که در مورد دولت‌ها به وقوع می‌پیوندد.

1 - Ceased to exist

۲- همانطور که در بحث انحلال مورد توجه قرار گرفت، علت عمده وقوع جانشینی در صورت انحلال دولت‌ها و عدم حتمیت آن در مورد سازمان‌های بین‌المللی را باید در تفاوت ساختاری این دو عضو اصلی جامعه بین‌المللی دانست؛ دولت‌ها دارای عناصر سازنده‌ای هستند که عینی بوده و هر یک از فعل و انفعالاتی که در زمینه انحلال، تجزیه، وحدت دولت‌ها انجام می‌گیرد لاجرم آن‌ها را نیز متأثر می‌سازد. به دیگر سخن همانطور که دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در نظریه مشورتی ۱۹۲۷ خود در مورد صلاحیت کمیسیون اروپایی دانوب مورد توجه قرار داده است مبانی اهلیتی دولت‌های حاکمه برخلاف اهلیت محدود کمیسیون اروپایی که ماهیت کارکردی دارد، سرزمینی است و خود این مسأله ناگزیر منجر به مطرح شدن بحث جانشینی بعد از انحلال دولت‌ها می‌گردد.

به عبارت دیگر جانشینی به مفهومی که در مورد دولت‌ها کاربرد دارد در مورد سازمان‌های بین‌المللی ممکن نیست. به ویژه که نمی‌توان تصور نمود کمیسیون از نظریه مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در سال ۱۹۷۱ و پذیرش جانشینی سازمان ملل متحد بر جامعه ملل بی‌اطلاع بوده باشد.

۴-۲- رویه دیوان بین‌المللی دادگستری

مجمع عمومی در تاریخ ۱۱ ژوئیه ۱۹۵۰ از دیوان بین‌المللی دادگستری به درخواست نظریه‌ای مشورتی پرداخت که موضع دیوان را نسبت به موضوع جانشینی در سازمان‌های بین‌المللی مشخص می‌نمود. قضیه مربوط به موضعی می‌شد که اتحادیه آفریقای جنوبی در مورد مسأله سرپرستی خود بر سرزمین آفریقای جنوب غربی بعد از انحلال جامعه ملل اتخاذ کرده بود، و مجمع عمومی برای اینکه تعهداتش نسبت به وضعیت ایجاد شده مشخص شود موضوع را با درخواست نظریه‌ای مشورتی به دیوان ارجاع داد. البته درخواست نظریه مشورتی منحصر به مورد مذکور نماند، و در تاریخ ۱ ژوئن ۱۹۵۶ و ۲۱ ژوئن ۱۹۷۱ هم از دیوان به ترتیب از سوی مجمع عمومی و شورای امنیت درخواست نظریه مشورتی راجع به آفریقای جنوبی شده بود. همچنین در تاریخ ۲۱ دسامبر ۱۹۶۲ اتیوپی و لیبریا دعوایی علیه آفریقای جنوبی اقامه کرده بودند که به تداوم سرپرستی آفریقای جنوب غربی و تکالیف این کشور و اجرای نظام سرپرستی در آنجا مربوط می‌شد.

مهمترین سؤال در این خصوص این بود که آیا اتحادیه آفریقای جنوبی همچنان بعد از انحلال جامعه ملل براساس سرپرستی آفریقای جنوب غربی، دارای تعهدات بین‌المللی است، و اگر چنین است، این تعهدات کدام‌اند؟ (ضیایی بیگدلی و همکاران، ۱۳۸۷: ۲۹) در این خصوص لازم است نظری اجمالی بر پیشینه مسأله، درخواستی از دیوان هم داشته باشیم.

سرزمین آفریقای جنوب غربی یکی از مستملکات ماورای بحار آلمان بود، که آن دولت طبق ماده ۱۱۹ معاهده ورسای، از کلیه حقوق و امتیازات خود نسبت به آن به نفع متفقین اصلی و قدرت‌های هم پیمان دست کشید. این سرزمین پس از جنگ ۱۹۱۸ - ۱۹۱۴ تحت سرپرستی اتحادیه آفریقای جنوبی درآمد و این اتحادیه، اختیار کامل اداره اجرایی و قانون‌گذاری را بر این سرزمین به منزله بخشی جدایی‌ناپذیر از اتحادیه کسب نمود. دولت اتحادیه می‌بایست وظیفه بین‌المللی اداره این سرزمین را از جانب جامعه ملل، با هدف پیشبرد رفاه و توسعه ساکنان اعمال می‌نمود. (همان، ۲۷) در سال ۱۹۴۶ بعد از انحلال جامعه ملل بود که اتحادیه آفریقای جنوبی ادعا کرد که چون هیچ رکن ناظری بر سرزمین تحت قیمومت وجود نداشت، لذا قیمومت اتحادیه هم به سرانجام می‌رسد. (Patrick R Myers, op.cit., p. 60.)

دیوان بین‌المللی دادگستری بنا به اختلاف نظری که در میان قضات آن در خصوص وقوع جانشینی سازمان ملل متحد بر جامعه ملل در خصوص مسأله قیمومت وجود داشت نمی‌توانست صریحاً به این امر اذعان کند. بر همین اساس قبل از اینکه نهایتاً در نظریه مشورتی خود در سال ۱۹۷۱ صریحاً اعلام کند که سازمان ملل متحد در خصوص برخی کارکردهای نظارتی بر قیمومت سرزمین آفریقای جنوب غربی، جانشین جامعه ملل می‌باشد، (Legal consequences for states of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports,, 1971, p. 37) با رعایت جوانب احتیاط از لفظ جانشینی استفاده نکرده بود. بلکه از عباراتی مثل کارکردهای جامعه ملل را تحویل می‌گیرد^۱ و یا جایگزین^۲ جامعه ملل می‌شود، استفاده شده بود. (Patrick, R Myers, Op.cit. p. 1.)

آنچه که از نظریات دیوان مشهود است، این می‌باشد که جانشینی سازمان‌های بین‌المللی در دیوان مورد انکار قرار نگرفته بود و تنها اختلافی که در قضایای مذکور در فوق میان قضات دیوان وجود داشت، نه به امکان وقوع جانشینی در کلیت آن بلکه به وقوع جانشینی میان جامعه ملل و سازمان ملل متحد در خصوص کارکرد نظارت بر سرزمین تحت سرپرستی آفریقای جنوب غربی مربوط می‌شد.

۳-۴- نقدهای وارد شده بر تئوری جانشینی اتوماتیک سازمان‌های بین‌المللی

تئوری جانشینی اتوماتیک جدا از اینکه در رای دیوان مورد پذیرش قرار نگرفته است، در دکتترین هم از انتقاد مصون باقی نمانده است. از جمله انتقاداتی که بر این نوع از جانشینی وارد شده به ترتیب زیر است:

۱- جانشینی اتوماتیک سازمان‌های بین‌المللی بر اساس قیاس آن‌ها با دولت‌ها است که طرح‌ریزی شده است.^۳ حال آنکه سرزمین که در جانشینی اتوماتیک میان دولت‌ها عامل اساسی محسوب می‌شود در سازمان‌های بین‌المللی وجود ندارد. از سوی دیگر قیاس سازمان‌های بین‌المللی با دولت‌ها نه تنها صحیح نیست بلکه از سوی دیوان بین‌المللی دادگستری هم رد شده است.

^۱ - Taking over

^۲ - Replacing

^۳- در توجیه این مطلب گفته شده است که عوض سرزمین در سازمان‌های بین‌المللی با کارکردهای آن‌ها مواجه هستیم، لذا همانطور که در جانشینی دولت‌ها شاهد انتقال حقوق و تعهدات مرتبط با سرزمین هستیم در سازمان‌های بین‌المللی هم با انتقال زمینه کارکردی از یک سازمان به سازمان دیگر هم حقوق و تعهدات مرتبط با آن زمینه هم موضوع انتقال قرار می‌گیرد. البته این گفته با محتوای دلایل دیگر مذکور در فوق مورد انتقاد واقع شده است.

۲- اهلیت سازمان های بین المللی از اساسنامه آنها است که معلوم می شود. بر این اساس همیشه این احتمال وجود دارد که چند سازمان با صلاحیت ها و کارکردهای مشابهی وجود داشته باشند و در آن واحد مشغول کارکردهای مشابه شوند. در حالی که حاکمیت یک دولت بر سرزمین مشخصی نمی تواند همراه با حاکمیت دولتی دیگر در آن جمع شود.

۳- یکی از مهمترین دلایل ایجاد سازمان جدید با کارکردها و اهداف مشابه یا یکسان با یک سازمان قبلی یا حتی موجود، ضرورتی است که در آغازی تازه^۱ دیده می شود. لذا قائل شدن به جانشینی اتوماتیک در تعارض با خط مشی جدید خواهد بود. (Chiu, Op.cit., p. 117.)

بر این اساس نتیجه ای که می توان با توجه به ماهیت سازمان های بین المللی در مورد جانشینی آنها گرفت این است که اصولاً جانشینی سازمان های بین المللی مستلزم ابراز رضایت از سوی آنها است. حتی در وضعیت عینی مورد بحث یعنی نظام سرپرستی نیز این امر مشهود است. دیوان بین المللی دادگستری هم بر این اساس بود که در جستجوی استنباط رضایت جامعه ملل بر انتقال کارکردهای نظارتی خود، و رضایت سازمان ملل متحد بر تقبل جانشینی آن کارکردها از یکسو، و نیز رضایت دولت اتحادیه آفریقای جنوبی بر ارائه گزارش های راجع به سرزمین تحت سرپرستی، بود.

نتیجه گیری

جانشینی در حقوق بین الملل از موضوعاتی است که آثار مختلفی را از خود بر جا می گذارد. دولت ها به عنوان اولین تابعان حقوق بین الملل، مقدم بر سازمان های بین المللی این موضوع را تجربه کرده اند؛ به همین نسبت نیز در کنار قواعد عرفی حاکم بر آن، از قواعد و مقررات موضوعه هم بی بهره نمانده اند. این مفهوم در خصوص سازمان های بین المللی بنا به ماهیتی که از آن برخوردارند به صورتی غیر از آنچه که در مورد دولت ها اتفاق می افتد امکان تحقق می رود و خود این مطلب صورت دقیقی از تعبیر کمیسیون حقوق بین الملل می باشد که بیان داشته بود جانشینی در میان سازمان های بین المللی امر محالی است. مخصوصاً با توجه به تاریخ صدور نظر کمیسیون که در سال ۱۹۸۱ بوده نمی توان پذیرفت که کمیسیون از نظریه مشورتی دیوان بین المللی دادگستری در سال ۱۹۷۱ و پذیرش جانشینی سازمان ملل متحد بر جامعه ملل بی اطلاع بوده باشد.

در خصوص امکان وقوع جانشینی اتوماتیک در میان سازمان‌های بین‌المللی به این نتیجه می‌رسیم که گرچه در جامعه بین‌المللی برخی نهادهای بین‌المللی شکل گرفته و یا در حال شکل‌گیری هستند ولی این به معنای توجیه امکان وقوع جانشینی اتوماتیک نمی‌تواند باشد. زیرا توجه به ماهیت سازمان‌های بین‌المللی و اینکه اهلیت سازمان‌های بین‌المللی از اساسنامه آن‌ها است که معلوم می‌شود و یکی از مهم‌ترین دلایل ایجاد سازمان جدید با کارکردها و اهداف مشابه یا یکسان با یک سازمان قبلی یا حتی موجود، ضرورتی است که در آغازی تازه دیده می‌شود، نتیجه‌ای که گرفته می‌شود این است که اصولاً جانشینی سازمان‌های بین‌المللی مستلزم ابراز رضایت از سوی آن‌ها است. امری که به صورت صریح در مورد دیوان بین‌المللی دادگستری و به طور ضمنی در مورد انتقال کارکرد نظارتی شورای جامعه ملل به مجمع عمومی براساس فحوای قطعنامه ۱۸ آوریل ۱۹۴۶ و اهلیت گسترده‌ای که ماده ۱۰ منشور برای مجمع عمومی قائل گردیده بود از سوی دیوان احراز گردید.

لزوم وقوع جانشینی بر اساس تراضی در مورد آثار جانشینی نیز به وضوح قابل مشاهده است. چرا که علی‌رغم آثار متعددی که جانشینی می‌تواند در مواردی چون عهدنامه‌ها و کارکردها، اموال، مسئولیت بین‌المللی، نهادهای وابسته و فرعی و کارمندان داشته باشد، نمی‌توان قاعده کلی دیگری، غیر از توافق در مورد انتقال آن‌ها استنباط نمود.

منابع

۱. موثقی، ح. (۱۳۸۹). تأثیر سازمان ملل متحد بر اصل رضایت دولت در التزام به تعهدات بین المللی. پژوهش حقوق و سیاست، ۲۶.
۲. ضیایی بیگدلی، م.، & همکاران. (۱۳۸۷). ترجمه مجموعه آراء و نظریات مشورتی دیوان بین المللی دادگستری (جلد ۱). تهران: انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی.
3. Chiu, H. (1965). *Succession in Internatioal Organisations, The International & Comparative Law Quarterly. The International & Comparative Law Quarterly*, 84.
4. *Summaries: Succession of States and Governments*, available at: . (2012, 12 22). Retrieved from International Law Commission: <http://untreaty.un.org/ilc/summaries>
5. (1950). . *International status of Soulh-West Africa, Advisory Opinion : I.C. J. Reports* .
6. (n.d.). . *International status of South-West Africa, Advisory Opinion, op,cit., separate opinion of Sir Arnold, McNair* .
7. Amerasinge. (2003). *principles of international organizations*. London: Cambridge University Press.
8. Hungdah, C. (Jan, 1965). *Succession in Internatioal Organisations. The International & Comparative Law Quarterly Vol. 14, No.1*, 84.
9. (1950). *International status of Soulh-West Africa, Advisory Opinion : I.C. J. Reports*.
- 10.(n.d.). *International status of Soulh-West Africa, Advisory Opinion: I.C. J. Reports 1950, No. 10, Dissenting Opinion of Mr. Alvarez* .
- 11.(n.d.). *International Status of South- West Africa, Advisory opinion, I.C.J. Reports 1950*.
- 12.Kirsten Schmalenbach, ,. a. (n.d.). *International Organizations or Institutions, Succession*. Retrieved 12 22, 2012, from Max Plank Online Encyclopedia of Public International Law: <http://www.mpepil.com/>
- 13.Krzysztof, S. (1989). *Implied Powers of International Organizations, in International Law at a Time of Perplexity. In Y. Dinstein, Essays in Honour of Shabati Rosenne*.

14. (1971). *Legal consequences for states of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports,.
15. Myers, P. R. (1992). *Succession between International Organizations*. London and New York: Kegan Paul International.
16. Myers, P. R. (1992). *Succession between International Organizations*. London and New York: Kegan Paul International.
17. N, M., & Shaw. (2008). *international law*. London: Cambridge University Press.
18. (n.d.). *South West Africa Cases, (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962*, I. C. J. Reports, Joint Dissenting Opinion of Sir Percy Spender & Sir Gerald Fitzmaurice,.
19. *Yearbook of International Law Commission*. (1982). UN.

مطالعه تطبیقی ضمانت اجرای حقوق دفاعی در مرحله تحقیقات مقدماتی

امین جلیلی^۱

چکیده

کرامت انسانی به عنوان برترین موهبت الهی بیش از پیش، احترام و رعایت حقوق افراد را در زیست جهان کنونی می طلبد. تأمل در واپسین قانون مصوب در حوزه آیین دادرسی کیفری در قیاس با قوانین تدوینی سابق، گرایش هر چه کمی و کیفی تر قانون گذار کیفری به رعایت حقوق دفاعی افراد مظنون و متهم را در مراحل تحت نظر و تحقیقات مقدماتی نشان می دهد. قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با برشمردن حقوقی از جمله حق تفهیم اتهام، حق اعلام حقوق متهم، حق داشتن وکیل، حق مطالعه و دسترسی به پرونده، حق اطلاع به خانواده، حق معاینه پزشکی و حق سکوت، گامی بلند در جهت رعایت عدالت برداشته است. در این میان، فقدان ضمانت اجرای مناسبی همچون بطلان تحقیقات مقدماتی در فرض عدم رعایت حقوق دفاعی شخص متهم توسط مقامات انتظامی و قضایی، سبب گشته است تا نتوان قوانین حمایتی ایران را همانند کشورهای مبتنی بر نظام کامن لا، حامی فرد متهم تلقی نمود. نگارنده، در ابتدا با برشمردن انواع حقوق دفاعی مندرج در قانون آیین دادرسی کیفری و قیاس حقوق مزبور با قوانین حمایتی کشورهای همچون آمریکا و انگلیس، درصدد آشکار نمودن قوانین حمایتی در نظر گرفته شده برای شخص متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی، بر آمده و در انتها نیز سیاست حاکم بر مبحث فوق العاده مهم ضمانت اجرای حقوق دفاعی مستتر در قانون را مورد واکاوی قرار می دهد.

کلید واژه‌ها: حقوق دفاعی، تحقیقات مقدماتی، متهم، ضمانت اجرا، عدالت

^۱ - دانش آموخته کارشناسی ارشد رشته حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه شیراز- jaliliamin1991@gmail.com

مقدمه

حقوق دفاعی متهم به معنای امتیازات و امکاناتی است که در یک دادرسی منصفانه لازم است متهم از آن برخوردار باشد تا بتواند در مقابل ادعایی که بر خلاف فرض براءت، علیه او مطرح شده است، در شرایط آزاد و انسانی از خود دفاع کند (امیدی، ۱۳۸۳: ۲۲۵). در تعریفی مشابه، حقوق دفاعی متهم مجموعه امتیازاتی است که به موجب آن برای متهم امکان مؤثر دفاع از خود در فرآیند رسیدگی کیفری تضمین می‌شود (ساقیان، ۱۳۹۳: ۱۱۶). مبنای رعایت حقوق دفاعی متهم را باید در اصل براءت جستجو نمود؛ اصلی که اذعان داشته است که تمامی افراد میرا از هر گونه تهمت و افترا بوده و چنانچه بر علیه آنان در مراجع قضایی، دعوایی مطرح گردد، مدعیان باید گناهکاری و مجرمیت افراد را اثبات نمایند و اساساً بر همین مبنا است که شاکی خصوصی یا دادستان باید عناصر جرم را در صورت ورود اتهام به دیگر افراد اثبات نمایند. بی‌شک اصل براءت که حقوق دفاعی متهم منبث از آن بوده، میراث مشترک تمامی کشورهای متمدن در حوزه‌ی رعایت حقوق افراد است.

تضمین‌های دادرسی منصفانه و حقوق دفاعی متهم، در کشورهای تابع نظام حقوقی کامن لا از جمله آمریکا و انگلیس از اهمیتی والا برخوردارند. این مسأله بر این اساس مبتنی است که به زعم حقوقدانان کامن لا موضوعی مهمتر از دادرسی، اجرای عدالت و قواعد شکلی وجود ندارد چراکه اگر اجرای عدالت ممکن نباشد، بر حقوق ماهوی فایده‌ای مترتب نیست. به تبع در چنین سیستمی حق افراد به برخورداری از یک دادرسی منصفانه نیز از اهمیتی ویژه برخوردار می‌شود (حیدری، ۱۳۹۴: ۳۳). حقوق دفاعی شخص متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی به ویژه در مقابل مقام دادستانی باید اعمال گردد. تقابل میان دادستان و فرد متهم نباید به نحوی باشد که دادستانی را در مقامی رفیع‌تر از فرد متهم قرار دهد. به دیگر سخن از جمله قواعد یک دوئل منصفانه، می‌توان به تساوی افراد در اسباب آن مبارزه اشاره نمود. هیچ تماشاگر منصفی قائل به این امر نیست که از یک سو دادستانی دارای تمامی اختیارات و امکانات جهت اثبات مجرمیت فرد متهم باشد و از سوی دیگر شخص متهم از هر گونه ابزار دفاعی محروم باشد.

در همین راستا، نگارنده، در ابتدا با برشمردن انواع حقوق دفاعی مندرج در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و قیاس حقوق مزبور با قوانین حمایتی کشورهای هم‌چون آمریکا و انگلیس، درصد آشکار نمودن قوانین حمایتی در نظر گرفته شده برای شخص متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی برآمده و در انتها نیز سیاست حاکم بر مبحث فوق‌العاده مهم ضمانت اجرای حقوق دفاعی مسترر در قانون را مورد واکاوی قرار می‌دهد.

۱- حق تفهیم اتهام

در کشور ما اصطلاح «تفهیم اتهام» که ضرورت آن را قانون آیین دادرسی کیفری به مقامات قضایی در مراحل مختلف رسیدگی گوشزد کرده است، متضمن یکی از اساسی‌ترین تضمینات حقوق دفاعی متهمان است. با تفهیم اتهام، فرض بر این است که متشکی عنه از موضوع اتهام خود، آگاه گردیده و این آگاهی به او مجال می‌دهد که به سؤالات مقام قضایی پاسخ گفته و از خود دفاع کند؛ بنابراین آگاهی از اتهامات، حق متهم است. (اردبیلی، ۱۳۸۵: ۶۰)

فی الواقع می‌توان بیان داشت که حق تفهیم اتهام نشان از توان پرسشگری متهم از مقامات رسیدگی‌کننده دارد. به تعبیری دیگر، متهم باید بداند که چه خطایی از او سر زده که سزاوار سرزنش و تعقیب کیفری است. بی‌شک ضابطان و مقامات قضایی موظفند که پیش از هرگونه رسیدگی به صورت صریح و روشن، متهم را نسبت به اتهام و دلایل آن آگاه سازند.^۱ البته به زعم نگارنده ضمانت اجرای مناسبی در صورت نقض این حق، توسط ضابطان^۲ و مقامات قضایی^۳ توسط قانونگذار لحاظ نگردیده است.

در حقوق انگلستان هم به موجب بند ۱ و ۲ ماده ۲۸ قانون پلیس و ادله کیفری، پلیس موظف است بلافاصله پس از دستگیری یا در اولین زمان ممکن، دستگیری و دلایل آن را به فرد اطلاع دهد؛ در غیر این صورت دستگیری، قانونی نخواهد بود (طاهری، ۱۳۹۶: ۴۵).

۲- اعلام حقوق پیش‌بینی شده در قانون به متهم

ماده ۵ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر نموده است که: «متهم باید در اسرع وقت از موضوع و ادله اتهام انتسابی آگاه و از حق دسترسی به وکیل و سایر حقوق دفاعی مذکور در این قانون بهره‌مند شود». حق اطلاع متهم از اتهام خود و ادله آن و نیز حق وی به دسترسی به وکیل و سایر حقوق دفاعی، خود محدود به مکان و نزد مقامی نبوده است و در سریع‌ترین زمان ممکن، چه نزد ضابطان باشد و چه نزد مقامی قضایی باید رعایت گردد (خالقی، ۱۳۹۶: ۳۰).

در آمریکا حقوق متهم از طریق هشدارهای میراندا به او اعلام می‌شود. بدین گونه که به شخص گفته می‌شود:

۱- مواد ۳۵۹، ۱۹۵، ۵۳، ۵۲، ۴۶ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲

۲- ماده ۶۳ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲

۳- ماده ۱۹۶ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲

- شما حق سکوت دارید و می‌توانید به پرسش‌ها پاسخ ندهید. متوجه شدید؟
- هر چیزی که بگویید، ممکن است در دادگاه علیه شما مورد استناد قرار بگیرد. متوجه شدید؟
- حق دارید پیش از پاسخ دادن به پرسش‌های پلیس با یک وکیل مشورت کنید یا یک وکیل همراه داشته باشید. متوجه شدید؟
- چنانچه توانایی انتخاب وکیل را ندارید، با درخواست شما، پیش از بازجویی برای شما وکیل تعیین خواهد شد. متوجه شدید؟
- در صورتی که بدون حضور وکیل، تصمیم به پاسخ دادن به پرسش‌ها بگیرید، هنوز این حق را دارید که هر زمان بخواهید، پاسخ را متوقف کنید تا وکیل حضور یابد. متوجه شدید؟ (کوشکی، مقدم، ۱۳۹۵: ۲۱۱)

در قانون انگلستان نیز الزام مشابهی برای پلیس وجود دارد. مطابق ماده a3 آیین‌نامه اجرایی c قانون پلیس و ادله کیفری وقتی فردی دستگیر می‌شود، افسر بازداشت باید از تفهیم تمامی حقوق به او مطمئن شود. (طاهری، پیشین: ۴۶)

۳- حق دسترسی و مطالعه پرونده

یکی از تضمینات اساسی برای تحقق توازن طرف‌های دعوا که نشان از حضور فعال ایشان نیز می‌باشد، حق دسترسی و مطالعه اطلاعات تحقیقاتی توسط طرف‌ها یا وکلای آن‌ها است. حقی که بر ترافی شدن هر چه بیشتر تحقیقات می‌افزاید و از بار سری بودن تحقیقات مقدماتی می‌کاهد. بر این پایه، متهم یا وکیلش باید به اطلاعات لازم از جمله اسناد و سایر ادله و مدارکی که به آن‌ها در ارائه دفاعیاتشان کمک می‌کند، دسترسی داشته باشند؛ زیرا از نظر کمیته حقوق بشر، چنین اطلاعاتی فرصتی را برای متهم ایجاد می‌کند که از اظهارنظرهای ثبت شده و مدارک مورد استناد دادستان آگاه شود و در مورد آن‌ها اظهار نظر کند (نائینی، ۱۳۹۵: ۸۲). حق دسترسی و مطالعه پرونده توسط طرفین دعوا در

مواد ۱۰۰^۱ و ۱۹۱^۲ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ به صراحت مورد پذیرش قانونگذار قرار گرفته است.

با توجه به مفهوم مخالف مواد مذکور می‌توان دریافت که چنانچه مطالعه یا دسترسی توسط طرفین دعوا منافاتی با کشف حقیقت نداشته باشد یا مربوط به جرائم علیه امنیت داخلی یا خارجی و جرائم منافی عفت نباشد، اصل بر آن است که طرفین دعوا می‌توانند به مفاد پرونده جهت برپایی یک دادرسی عادلانه دسترسی داشته باشند. در این میان، قانونگذار میان شاکی و متهم در حق دسترسی به پرونده و مطالعه آن، قائل به تمایز است. قانونگذار مطابق تبصره ۲ ماده ۱۰۰ قانون آیین دادرسی کیفری^۳ حق اعتراض شاکی را تنها در موردی می‌داند که بازپرس قرار رد درخواست دسترسی یا مطالعه پرونده او را بر مبنای منافات با کشف حقیقت صادر نموده باشد و شاکی حق اعتراض را در موارد جرائم منافی عفت یا جرائم علیه امنیت داخلی یا خارجی به واسطه‌ی ممنوعیت بازپرس به ارائه اسناد و مدارک مربوط به این جرائم، نداشته است. این امر در حالی است که متهم به موجب ماده ۱۹۱ قانون مذکور توانایی اعتراض به تمامی مواردی را دارد که بازپرس بر مبنای آن، او را از دسترسی یا مطالعه پرونده منع نموده است.

به زعم نگارنده، اقدام قانونگذار کیفری مبنی بر محروم نمودن طرفین دعوا از حق دسترسی یا مطالعه پرونده در جرائم علیه امنیت داخلی یا خارجی، با توجه به ماهیت این گونه جرائم که اغلب شاکی اصلی، حکومت یا شخص حقیقی یا حقوقی وابسته به حکومت است، به شدت شائبه‌ی یک دادرسی جانبدارانه به نفع حکومت را افزایش داده و به تبع سبب نارضایتی و بی‌اعتمادی افراد آن حکومت می‌گردد.

از سوی دیگر با توجه به اینکه متهمان این گونه جرائم مطابق بند الف ماده ۳۰۳ قانون آیین دادرسی کیفری دادگاه انقلاب مورد محاکمه قرار می‌گیرند و «عموماً در این نوع دادگاه‌ها متهم در یک نابرابری

^۱- شاکی می‌تواند در هنگام تحقیقات، شهود خود را معرفی و ادله‌اش را اظهار کند و در تحقیقات حضور یابد، صورت مجلس تحقیقات مقدماتی یا سایر اوراق پرونده را که با ضرورت کشف حقیقت منافات ندارد، مطالعه کند و یا با هزینه خود از آن‌ها تصویر یا رونوشت بگیرد.

^۲- چنانچه بازپرس، مطالعه یا دسترسی به تمام یا برخی از اوراق، اسناد یا مدارک پرونده را با ضرورت کشف حقیقت منافی بداند، یا موضوع از جرائم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور باشد با ذکر دلیل، قرار عدم دسترسی به آن‌ها را صادر می‌کند. این قرار، حضوری به متهم یا وکیل وی ابلاغ می‌شود و ظرف سه روز قابل اعتراض در دادگاه صالح است. دادگاه مکلف است در وقت فوق‌العاده به اعتراض رسیدگی و تصمیم‌گیری کند.

^۳- ارائه اسناد و مدارک طبقه‌بندی شده و اسناد حاوی مطالب مربوط به تحقیقات جرائم منافی عفت و جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی به شاکی ممنوع است.

آشکار در مقایسه با دیگر مقامات پیگرد قرار می‌گیرد و در موارد معدودی می‌تواند از حق داشتن وکیل به‌گزینش خود و دسترسی به مدارک اتهام به‌طور کامل بهره‌مند گردد. ویژگی و طبیعت این دادگاه‌ها تا کنون موجب شده است که مهمان این دادگاه در دفاع از جان و مال و آزادی خود از یک دفاع کافی برخوردار نباشند.» (کاشانی، ۱۳۸۳: ۲۰۴)

۴- حق سکوت

حق سکوت حقی تنها و مجزا از سایر حق‌ها نیست، بلکه ترکیبی از آن‌هاست. وقتی از حق سکوت سخن گفته می‌شود، فرض بی‌گناهی، تکلیف دادستان به اثبات رکن‌های تشکیل‌دهنده جرم و منع شکنجه برای گرفتن اقرار و اطلاعات به ذهن متبادر می‌شود. این حق‌ها را می‌توان تضمین‌کننده حق سکوت متهم نامید که بر پایه‌ی اصل آزادی بیان و لزوم رعایت کرامت و شرافت متهم استوار است. (رحمدل، ۱۳۸۵: ۱۸۵)

قانون‌گذار در ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی کیفری، صریحاً مقرر نموده است: «متهم می‌تواند سکوت اختیار کند. در این صورت، مراتب امتناع وی از دادن پاسخ یا امضای اظهارات، در صورت مجلس قید می‌شود». بدین ترتیب می‌توان پذیرش صریح حق سکوت متهم را در مرحله‌ی تحقیقات مقدماتی در قانون جدید، گامی مثبت در تضمین حقوق دفاعی متهم دانست و نیز با توجه به اینکه «عدم امضای اظهارات» نیز در ردیف عدم پاسخگویی به سؤالات دانسته شده است، می‌توان قائل به توسعه‌ی گسترده این حق در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ شد. لکن در مورد «حق اعلام» و «تضمین» حق سکوت متهم همانند قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ در قانون جدید آیین دادرسی کیفری تصریحی دیده نمی‌شود و این سؤال مطرح است که آیا این دو حق در قانون جدید پذیرفته شده‌اند یا خیر؟ در پاسخ، به رغم عدم تصریح دو حق مذکور در ماده ۱۹۷ قانون، با توجه به شناسایی «اختیار متهم در سکوت» به عنوان یک حق در ماده ۱۹۷ از یک سو و «لزوم آگاهی متهم از حقوق خود در فرآیند دادرسی» و «لزوم رعایت و تضمین این حقوق» در ماده ۶ قانون یاد شده، می‌توان اظهار داشت که مقامات قضایی مکلف‌اند حق متهم در سکوت اختیار کردن را به او اعلام و تفهیم نمایند؛ بنابراین بدین نحو می‌توان گفت که حق اعلام اختیار سکوت از سوی متهم در قانون جدید شناسایی شده است؛ اما در رابطه با «تضمین رعایت این حق سکوت و اعلام آن» در قانون یاد شده ابهام وجود دارد؛ زیرا از یک منظر می‌توان گفت که با توجه به آنکه برای نقض مقرر در ماده ۱۹۵ قانون که به موجب آن بازپرس ملزم است پیش از تحقیق با توجه به حقوق متهم به وی اعلام کند که مراقب اظهارات خود باشد و اقرار و همکاری وی می‌تواند

موجبات تخفیف مجازات وی را فراهم آورد و در ماده ۱۹۶ محکومیت انتظامی تا درجه چهار منظور شده است؛ می‌توان به نوعی تضمین حق سکوت متهم و اعلام آن را استنباط نمود. از سوی دیگر همان‌طور که عده‌ای از حقوق‌دانان معتقدند، حق سکوت در ماده ۱۹۷، بلافاصله بعد از ضمانت اجرای نقض حقوق دفاعی متهم «مندرج در مواد ۱۹۳ تا ۱۹۵» مذکور در ماده ۱۹۶ آمده است. (قاسمی مقدم، ۱۳۹۴: ۱۳۷)

قانون‌گذار، نظری بر تضمین نقض رعایت اعلام حق سکوت نداشته است. با وجود این، نظر دیگری که در رابطه با حق اعلام سکوت و تضمین آن می‌توان بیان داشت آن است که قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ هیچ یک از دو حق مذکور را نپذیرفته است، زیرا در لایحه‌ی اولیه قانون، در ماده ۳۰-۱۲۵ تخلف از مقررات مواد ۲۶-۱۲۵ تا ۲۹-۱۲۵ موجب محکومیت انتظامی تا درجه چهار دانسته شده بود. موادی که از جمله آن‌ها ماده ۲۹-۱۲۵ بوده است که طبق آن «بازپرس پیش از شروع به تحقیق به متهم تفهیم می‌کند که می‌تواند سکوت اختیار کند و در صورت سکوت، مراتب در صورت مجلس قید می‌شود». لذا با توجه به تغییر اساسی محتوای ماده اولیه در ماده ۱۹۷ قانون جدید که در آن قید «تفهیم» حذف شده است، باید بر عدم الزام مقام قضایی در اعلام و تفهیم آن به متهم شد. همچنین از آنجاکه در لایحه اولیه، این ماده در زمره مواد دارای ضمانت اجرای محکومیت انتظامی تا درجه ۴ بوده ولی در قانون مصوب، از این شمول خارج شده است، می‌توان به عدم ضمانت اجرا حق سکوت نیز نظر داد. هرچند که این تحلیل، با مفاد ماده ۴ قانون مزبور که صراحتاً اصل برائت را پذیرفته است، سازگار نیست (حبیب زاده؛ صادقی، ۱۳۹۵: ۷۴). از سوی دیگر قانونگذار هیچ‌گونه تکلیفی را بر دوش ضابطان در جهت تفهیم حق سکوت به متهمان نگذاشته و جداً این امر با توجه به اینکه سنگ بنای اغلب پیوندها غالباً در همان بازجویی‌های اولیه استوار می‌شود، نگران‌کننده است.

در حقوق انگلستان، حق سکوت قبل از قانون اختیارات دادگاه کیفری و تعیین مجازات به این صورت بود که به متهم هشدار داده می‌شد: «مجبور نیست چیزی بگوید اما اگر حرفی بزند ممکن است در دادگاه علیه او استفاده شود». در سال ۱۹۹۸ و پس از بازنگری در نظام عدالت کیفری انگلستان، برای جلوگیری از اتلاف وقت، هزینه و سوء استفاده مظنونان و متهمان از حق سکوت با امتناع از بیان پاسخ‌های ضروری و مناسب، در حق سکوت تغییرات اساسی ایجاد شد. در حال حاضر حق سکوت به این نحو است که به فرد هشدار داده می‌شود می‌تواند به پرسش‌ها پاسخ ندهد و سکوت کند، اما سکوت او همانند پاسخ به دادگاه اعلام می‌شود و اگر فرد در دادگاه به همان پرسش پاسخ دهد، سکوتش در

مرحله‌ی بازجویی پلیسی می‌تواند به ضررش تمام شود و تأثیر منفی بر تصمیمات هیأت منصفه داشته باشد. (طاهری، پیشین: ۵۸)

بر پایه‌ی اصلاحیه پنجم قانون اساسی آمریکا، هیچ‌کس را نمی‌توان به ادای گواهی علیه خود اجبار کرد. متهم باید از حق سکوت خود اطلاع یابد و به او گفته شود که هر آنچه که می‌گوید، ممکن است به منزله دلیل، علیه وی استفاده شود. اگر متهمی بدون اعلام این حق، اقرار به امری کند اقرار مزبور بی‌اثر خواهد بود. مهم‌تر از همه آنکه، از سکوت متهمی که این حق به درستی به اطلاع او رسیده است، نمی‌توان علیه وی استفاده نمود (رحمدل، پیشین: ۲۱۵). البته همان‌طور که پیشتر در باب هشدارهای میراندا هم توضیح داده شد، متهم می‌تواند به استناد هشدار پنجم میراندا حتی در حین بازجویی به حق سکوت خود استناد نموده و خواستار پایان یافتن بازجویی شود. در واقع هرگاه که متهم احساس کند که گفته‌های او شاید سبب خود اتهامی^۱ شود، می‌تواند به بازجویی پایان دهد.

۵- حق داشتن وکیل

نگارنده با سیری در قوانین دریافته است، لایحه قانونی اصلاح قسمتی از مواد آیین دادرسی کیفری مورخ ۱۳۳۵/۱۱/۳۰ اولین گام در جهت شناسایی حق برخورداری متهم از داشتن وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی بوده است. به گونه‌ای که لایحه مذکور به ماده ۱۱۲ قانون آیین دادرسی کیفری، تبصره را بدین شرح اضافه نمود که: «متهم می‌تواند یک نفر از وکلا رسمی دادگستری را همراه خود داشته باشد وکیل متهم بدون مداخله در امر تحقیق پس از خاتمه بازجویی می‌تواند مطالبی را که برای روشن شدن حقیقت و دفاع از متهم یا اجراء قوانین لازم باشد به بازپرس تذکر دهد اظهارات وکیل در صورت جلسه منعکس می‌گردد». اگرچه تبصره مذکور تنها حضور وکیل و حق ارائه توضیحات ضروری در پایان تحقیقات را پیش‌بینی کرده بود، اما این اقدام را می‌توان اولین گام مثبت در جهت شناسایی حقوق دفاعی متهم به حساب آورد.

پس از وقوع انقلاب، قانونگذار در اصل ۳۵ قانون اساسی در جهت تأمین حقوق دفاعی متهم بیان داشت که: «در همه دادگاه‌ها طرفین دعوا حق دارند برای خود وکیل انتخاب نمایند و اگر توانایی انتخاب

^۱ منظور از خود اتهامی، بیان اظهاراتی است که ممکن است در حد یک اقرار صریح نباشد اما گوینده را در معرض اتهام قرار می‌دهد و می‌تواند علیه وی مورد استناد قرار گیرد. اصل عدم متهم کردن خود، لازمه منطقی حق سکوت است. از این‌رو، برای پیشگیری از تحریک به خود متهم‌سازی مقامات رسیدگی‌کننده باید قبل از بازجویی حق سکوت را به متهم تفهیم نمایند زیرا همه افراد به این حق آگاهی ندارند.

وکیل را نداشته باشند، باید برای آن‌ها امکانات تعیین وکیل فراهم گردد». در ادامه، ماده ۱۲۸^۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ در باب حق داشتن وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی، عیناً تبصره ماده ۱۱۲ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۳۵ را تکرار نمود. البته برخی از حقوق دانان (اردبیلی، ۱۳۸۳: ۲۱۹) فقدان صراحت ماده ۱۲۸ مذکور در باب حق داشتن وکیل در مرحله تحت نظر نزد ضابطان دادگستری را با لحاظ تنقیح مناط توجیه نموده و اذعان داشته‌اند که اختیارات وکیل نزد ضابطان دادگستری همان اختیاراتی است که در تحقیقات مقدماتی نزد قاضی تحقیق برای او مقرر گردیده است. نهایتاً قانونگذار آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ در ماده ۴۸ به صراحت بر حق داشتن وکیل در مرحله تحت نظر اشاره نمود. ماده مذکور بیان می‌دارد که: «با شروع تحت نظر قرار گرفتن، متهم می‌تواند تقاضای حضور وکیل نماید. وکیل باید با رعایت و توجه به محرمانه بودن تحقیقات و مذاکرات، با شخص تحت نظر ملاقات نماید و وکیل می‌تواند در پایان ملاقات با متهم که نباید بیش از یک ساعت باشد ملاحظات کتبی خود را برای درج در پرونده ارائه دهد». بدین ترتیب و بر اساس ماده ۴۸ متهم می‌تواند به محض اینکه توسط ضابطان دادگستری تحت نظر قرار گرفت، تقاضای وکیل نماید. تبصره ماده مذکور نیز بیان می‌داشت که: «اگر شخص به علت اتهام ارتکاب یکی از جرایم سازمان یافته داخلی یا خارجی کشور، سرقت، مواد مخدر و روان گردان و یا جرایم موضوع بندهای (الف)، (ب) و (پ) ماده (۳۰۲) این قانون، تحت نظر قرار گیرد تا یک هفته پس از شروع تحت نظر قرار گرفتن امکان ملاقات با وکیل را ندارد». البته تبصره این ماده در اصلاحیه سال ۱۳۹۴ بدین گونه تغییر یافت که: «در جرائم علیه امنیت داخلی یا خارجی و همچنین جرائم سازمان یافته که مجازات آن‌ها مشمول ماده ۳۰۲ این قانون است، در مرحله تحقیقات مقدماتی طرفین دعوی، وکیل یا وکلای خود را از بین وکلای رسمی دادگستری که مورد تأیید رئیس قوه قضائیه باشد، انتخاب می‌نمایند. اسامی مزبور توسط رئیس قوه قضائیه اعلام می‌گردد». از سوی دیگر ماده ۱۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری در تکمیل حق داشتن وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی برای متهم مقرر می‌دارد که: «متهم می‌تواند در مرحله تحقیقات مقدماتی، یک نفر وکیل دادگستری داشته باشد. این حق باید پیش از شروع تحقیق توسط باز پرس به متهم ابلاغ و تفهیم شود. چنانچه متهم احضار شود این حق در برگه احضاریه قید و به او ابلاغ می‌شود.

^۱ - متهم می‌تواند یک نفر وکیل همراه خود داشته باشد. وکیل متهم می‌تواند بدون مداخله در امر تحقیق پس از خاتمه تحقیقات مطالبی را برای کشف حقیقت و دفاع از متهم یا اجرای قوانین لازم بداند به قاضی اعلام نماید. اظهارات وکیل در صورت جلسه منعکس می‌شود.

وکیل متهم می‌تواند با کسب اطلاع از اتهام و دلایل آن، مطالبی را که برای کشف حقیقت و دفاع از متهم یا اجرای قانون لازم بدانند، اظهار کند. اظهارات وکیل در صورتمجلس نوشته می‌شود».

حال با توجه به مواد ۴۸ و ۱۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری باید اشاره نمود که اولاً وضع ماده ۴۸ قانون مزبور را باید گامی مثبت در جهت تأمین حقوق دفاعی متهم تلقی نمود. هر چند تبصره آن، شخص متهم را در برخی جرائم از انتخاب آزادانه وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی محروم نموده و به نوعی قائل به نقض حقوق دفاعی متهم بر مبنای حمایت از منافع جامعه شده است. ثانیاً قانون‌گذار تنها حق ملاقات ساده شخص تحت نظر با وکیل مدافع را پیش‌بینی کرده و حقوقی از قبیل مطالعه پرونده، امکان دخالت در بازجویی‌ها و یا طرح سؤال در پایان هر جلسه تحقیقاتی که وکیل در آن شرکت جسته و هم‌چنین تضمینات ناظر بر این حقوق مورد توجه قرار نگرفته است (ساقیان، ۱۳۹۳: ۱۱۸). ثالثاً از ماده ۴۸ بر نمی‌آید که ضابطان دادگستری تکلیفی در باب تفهیم این حق بر متهم در مرحله تحت نظر داشته باشند و ماده مذکور تنها اشاره دارد به اینکه متهم حق دارد که در مرحله تحت نظر از کمک و مشاوره وکیل خود بهره‌مند گردد. در حالی که بازپرس، مطابق ماده ۱۹۰ مکلف بوده که پیش از تحقیق، حق داشتن وکیل را به متهم ابلاغ یا تفهیم نماید. رابعاً با توجه به اینکه ماده ۴۸ تحت شمول موضوع ماده ۱۶۳ که به تعیین ضمانت اجرا برای اقدامات غیرقانونی ضابطان پرداخته است، نمی‌باشد و از سوی دیگر متن ماده ۴۸ فاقد هر گونه دلیلی بوده که بتوان تکلیف ضابطان را به تفهیم حق داشتن وکیل به متهم، استنباط نمود، می‌توان بیان داشت که عدم تفهیم حق مزبور توسط ضابطان به متهم، فاقد ضمانت اجرا می‌باشد، در حالی که مطابق تبصره یک ماده ۱۹۰ چنانچه حق داشتن وکیل توسط بازپرس به متهم تفهیم نگردد یا بازپرس از پذیرش وکیل امتناع نماید، به ترتیب مجازات انتظامی درجه ۸^۲ و ۳^۳ در انتظار بازپرس خواهد بود. البته ذکر این نکته خالی از وجه نیست که تبصره یک ماده ۱۹۰ نسبت به قوانین سابق یک پسرقت تلقی می‌شود. به جهت آنکه در قوانین سابق از جمله ماده ۳۶۵ قانون اصول محاکمات جزایی مصوب ۱۲۹۱، نقض سلب حق تعیین وکیل ضمانت اجرایی بطلان حکم را در پیش داشت. از سوی دیگر باید دانست که تبصره یک ماده ۱۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری ۹۲ تا پیش از اصلاح در ۱۳۹۴/۳/۲۴ بدین گونه مقرر می‌داشت که: «سلب حق همراه داشتن وکیل یا عدم تفهیم این حق به

۱- مطابق ماده ۶۳ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ تخلف از مقررات مواد ۳۰، ۳۴، ۳۵، ۳۷، ۳۸، ۳۹، ۴۰، ۴۱، ۴۲، ۴۶، ۵۱، ۵۲، ۵۳، ۵۵، ۵۹ و ۱۴۱ این قانون توسط ضابطان، موجب محکومیت به سه ماه تا یکسال انفصال از خدمات دولتی است.

۲- انفصال موقت از یک ماه تا شش ماه

۳- کسر حقوق ماهانه تا یک سوم از یک ماه تا شش ماه

متهم موجب بی اعتباری تحقیقات می شود». خامساً از متن ماده ۴۸ و ۱۹۰ این استنباط بر می خیزد که مقامات رسیدگی کننده اعم از ضابطان و بازپرس، هیچ گاه تحقیقات را معطل رسیدن وکیل نمی کنند.^۱ البته به نظر می رسد چنانچه فرضاً وکیل در حین بازجویی متهم در مرحله تحت نظر، خود را جهت ملاقات با متهم به ضابطان معرفی نماید، این مقامات موظف بوده، بازجویی را تعطیل و ترتیبات این ملاقات را آماده نمایند.

در حقوق آمریکا، اصلاحیه ششم قانون اساسی این کشور (به سال ۱۷۹۱) مقرر می دارد: «در کلیه دادرسی های کیفری، متهم از حقوق ذیل برخوردار خواهد بود: «حق محاکمه سریع و علنی توسط هیأت منصفه بی طرف ایالات و منطقه ای که جرم در آن رخ داده است. حق آگاهی از ماهیت و دلایل اتهام، حق مواجهه با شهودی که علیه او شهادت می دهند، حق اظهار شهود به نفع خود و حق داشتن وکیل برای خود». درست است که حق بهره مند شدن از وکیل در حقوق میراندا تصریح شده است اما منشاء اصلی آن اصلاحیه ششم قانون اساسی آمریکا و اصلاحیه چهاردهم (مصوب ۱۸۶۸) می باشد. در صورت نقض این حق داشتن وکیل در آمریکا، دلیل به دست آمده قابل اعتبار نخواهد بود. (کوشکی؛ مقدم، پیشین: ۲۱۶) در انگلستان حق بهره مندی از وکیل مدافع در اداره پلیس به موجب ماده ۵۸ قانون پلیس و دلایل کیفری سال ۱۹۸۴ به رسمیت شناخته شده است. به موجب این ماده و آیین نامه اجرایی آن، متهمین می توانند از لحظه ای که در اداره پلیس به آن ها تفهیم اتهام می شود از مشاوره رایگان وکیل بهره مند گردد. در انگلستان، وکلاء توانایی حضور در جلسات بازجویی را هم داشته و چنانچه این حق از آنان سلب گردد تحقیقات صورت گرفته مطابق ماده ۷۸ قانون پلیس و دلایل کیفری ۱۹۸۴ فاقد ارزش و اعتبار می شوند؛ بنابراین چنانچه قاضی دریابد که متهم از حق داشتن وکیل محروم شده است، می بایست حکم به معتبر ناشناختن دلایل یک پوستر که حق مشورت با وکیل را اعلام می دارد، باید به صورت آشکار در اداره پلیس نمایش داده شود. در ادارات پلیس شهرهای بزرگ، ممکن است همه وقت، یک یا چند وکیل موظف^۲ یعنی مشاوران حقوقی خصوصی که با کمیسیون خدمات حقوقی قرارداد بسته اند تا در اداره پلیس حاضر بوده یا آماده فراخوانی باشند، حضور داشته باشند. (حیدری، پیشین: ۴۳)

۱- رک: به نظریه شماره ۷/۹۳/۱۵۸۰ مورخ ۱۳۹۳/۷/۶ اداره حقوقی قوه قضائیه

۲- وکیل موظف در نظام حقوقی انگلستان، مشاور حقوقی با شغل خصوصی است که با کمیسیون خدمات حقوقی قرارداد بسته تا در اداره پلیس حاضر باشد و یا آماده فراخوانی باشد.

۶- حق داشتن مترجم یا مفسر

حق داشتن مترجم یا مفسر، حقی محدود به حقوق دفاعی متهم نبوده است و تمامی افرادی که در پرونده به هر علتی حضور داشته، می‌توانند از حق مزبور بهره‌مند گردند. در حقیقت هر گاه کشف حقیقت متکی بر اظهار شخصی باشد که قادر به سخن گفتن به زبان فارسی نباشد، بازپرس مطابق ماده ۲۰۰ قانون آیین دادرسی کیفری^۱ مکلف است مترجمی را جهت فهم بیانات مطروحه نزد خود به دادسرا فرا خواند و چنانچه شخص ناشنوا یا فاقد قدرت تکلم باشد، بازپرس مطابق ماده ۲۰۱ قانون آیین دادرسی کیفری موظف بوده شخصی را که توانایی بیان مقصود این قبیل افراد را داشته باشند، جهت کشف حقیقت به دادسرا فرا خواند. مواد ۳۶۷^۲ و ۳۶۸^۳ نیز تکلیفی مشابه را بر عهده قاضی در مرحله رسیدگی در دادگاه قرار داده است. در باب مواد مذکور دو نکته قابل ذکر است: نخست آنکه قانونگذار در مواد مذکور تنها اشاره به حق داشتن مترجم یا مفسر و تکلیف مقامات مزبور به اعمال آن داشته است و هیچ‌گونه اشاره‌ای به نحوه پرداخت هزینه و رایگان بودن این حق نکرده است.^۴ دومین نکته به غفلت قانون‌گذار در گنجاندن این حق در وظایف ضابطان بر می‌گردد. قانون‌گذار گویی فراموش نموده است که چنین متهمانی ممکن است قبل از مرحله دادسرا تحت نظر ضابطان دادگستری قرار گیرند.

در حقوق انگلستان بر خلاف حقوق ایران حق داشتن مترجم یا مفسر در مرحله تحت نظر به رسمیت شناخته شده است. در قانون پلیس و ادله کیفری انگلستان و آیین‌نامه اجرایی C پیش‌بینی شده است که

۱- بازپرس برای شاکی، مدعی خصوصی، متهم، شاهد و مطلعی که قادر به سخن گفتن به زبان فارسی نباشد، مترجم مورد وثوق از بین مترجمان رسمی و در صورت عدم دسترسی به مترجم رسمی، مترجم مورد وثوق دیگری تعیین می‌کند. مترجم باید سوگند یاد کند که راستگویی و امانتداری را رعایت کند؛ عدم اتیان سبب عدم پذیرش ترجمه مترجم مورد وثوق نیست.

۲- بازپرس برای شاکی، مدعی خصوصی، متهم، شاهد و مطلعی که ناشنوا است یا قدرت تکلم ندارد، فرد مورد وثوقی که توانایی بیان مقصود را از طریق اشاره یا وسایل فنی دیگر دارد، به عنوان مترجم انتخاب می‌کند. مترجم باید سوگند یاد کند که راستگویی و امانتداری را رعایت کند. چنانچه افراد مذکور قادر به نوشتن باشند، منشی شعبه سؤال را برای آنان می‌نویسد تا به طور کتبی پاسخ دهند.

۳- دادگاه برای شاکی، مدعی خصوصی، متهم، شاهد و مطلعی که قادر به سخن گفتن به زبان فارسی نباشد، مترجم مورد موثوق از بین مترجمان رسمی و در صورت عدم دسترسی به مترجم رسمی، مترجم مورد وثوق دیگری تعیین می‌کند. مترجم باید سوگند یاد کند که راستگویی و امانتداری را رعایت کند؛ عدم اتیان سبب عدم پذیرش ترجمه مترجم مورد وثوق نیست.

۴- دادگاه برای شاکی، مدعی خصوصی، متهم، شاهد و مطلعی که ناشنوا است یا قدرت تکلم ندارد، فرد مورد وثوقی که توانایی بیان مقصود را از طریق اشاره یا وسایل فنی دیگر دارد، به عنوان مترجم انتخاب می‌کند. مترجم باید سوگند یاد کند که راستگویی و امانتداری را رعایت کند. چنانچه افراد مذکور قادر به نوشتن باشند، منشی دادگاه سؤال را برای آنان می‌نویسد تا به طور کتبی پاسخ دهند.

۵- اگرچه به موجب بند (۳) ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، دادگاه باید برای متهمی که قادر به سخن گفتن به زبان مورد استفاده در دادگاه نیست، به طور رایگان مترجمی تعیین نماید.

اگر فرد بازداشت شده قادر به تکلم یا فهم زبان انگلیسی نباشد، پلیس ترتیبی دهد که فرد از کمک و حضور مترجم برخوردار باشد. هم‌چنین در صورتی که فرد ناشنوا باشد یا مشکل گفتاری داشته باشد، پلیس، حضور مترجم زبان اشاره انگلیسی یا مفسر را فراهم می‌کند. (طاهری، پیشین: ۵۹)

۷- حق اطلاع به خانواده و حق داشتن پزشک

قانون آیین دادرسی کیفری در ماده ۵۰ صراحتاً حق اطلاع به خانواده را برای متهم پیش‌بینی نموده است. به موجب این ماده: «شخص تحت نظر می‌تواند به وسیله تلفن یا هر وسیله ممکن، افراد خانواده یا آشنایان خود را از تحت نظر بودن آگاه کند و ضابطان نیز مکلفند مساعدت لازم را در این خصوص به عمل آورند، مگر آنکه بنا بر ضرورت تشخیص دهند که شخص تحت نظر نباید از چنین حقی استفاده کند. در این صورت باید مراتب را برای اخذ دستور مقتضی به اطلاع مقام قضایی برسانند». به زعم نگارنده در باب ماده مذکور ۲ نکته قابل ذکر است، نخست آنکه در صورت نقض ماده مذکور توسط ضابطان دادگستری هیچ گونه ضمانت اجرایی برای آن‌ها در ماده ۶۳ همین قانون در نظر گرفته نشده است^۱ و دوم آنکه قانونگذار در ماده ۲۴۹ قانون آیین دادرسی کیفری طریقی دیگر از امکان اطلاع خانواده از شخص تحت نظر را پیش‌بینی کرده است. این ماده بر خلاف ماده ۵۰ قانون آیین دادرسی کیفری دارای ضمانت اجرای ماده ۶۳ می‌باشد.

حق متهم تحت نظر به درخواست معاینه پزشک در ماده ۵۱، نوآوری دیگر قانونگذار آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ است. به موجب این ماده: «بنا به درخواست شخص تحت نظر یا یکی از بستگان نزدیک وی، یکی از پزشکان به تعیین دادستان از شخص تحت نظر معاینه به عمل می‌آورد. گواهی پزشک در پرونده ثبت و ضبط می‌شود».

۱- مطابق ماده ۶۳ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ تخلف از مقررات مواد ۳۰، ۳۴، ۳۵، ۳۷، ۳۸، ۳۹، ۴۰، ۴۱، ۴۹، ۴۲، ۵۱، ۵۲، ۵۳، ۵۵، ۵۹ و ۱۴۱ این قانون توسط ضابطان، موجب محکومیت به سه ماه تا یک سال انفعال از خدمات دولتی است.

۲- به محض آنکه متهم تحت نظر قرار گرفت، حداکثر ظرف یک ساعت، مشخصات سجلی، شغل، نشانی و علت تحت نظر قرار گرفتن وی، به هر طریق ممکن، به دادرسای محل اعلام می‌شود. دادستان هر شهرستان با درج مشخصات مزبور در دفتر مخصوص و رایانه، با رعایت مقررات راجع به دادرسی الکترونیکی، نظارت لازم را برای رعایت حقوق این افراد اعمال می‌نماید و فهرست کامل آنان را در پایان هر روز به رئیس کل دادگستری استان مربوط اعلام می‌کند تا به همان نحو ثبت شود. والدین، همسر، فرزندان، خواهر و برادر این اشخاص می‌توانند از طریق مراجع مزبور از تحت نظر بودن آنان اطلاع یابند. پاسخگویی به بستگان فوق درباره تحت نظر قرار گرفتن تا حدی که با حیثیت اجتماعی و خانوادگی اشخاص تحت نظر منافات نداشته باشد، ضروری است.

۸- ضمانت اجرای نقض حقوق شخص متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی

برای اینکه حقوق بتواند به هدف خود، یعنی استقرار نظم عادلانه در روابط اجتماعی دست یابد، باید اجرای قواعد آن الزامی باشد. الزامی بودن قواعد حقوقی هم زمانی مفهوم پیدا می‌کند که دولت برای تخلف از قواعد الزامی حقوق، کیفر مناسب پیش‌بینی کرده باشد. اثری که دولت بر نقض قاعده حقوقی مترتب می‌سازد، ضمانت اجرا نامیده می‌شود که به حسب نوع قاعده و هدف آن متفاوت است. (حیاتی، ۱۳۸۹: ۲۸)

اصولاً قاعده‌ای را که اجرای آن تضمین نشده باشد نباید در شمار قواعد حقوقی آورد، زیرا اگر اشخاص در اجرای آن آزاد باشند و در برابر تخلف خود هیچ مکافات‌ی نبینند، نباید انتظار داشت که به آن پایبند باشند. وسایل اجبار قواعد حقوقی نیز گوناگون است، مانند بطلان اعمال حقوقی، مسئولیت مدنی، اجرای مستقیم قاعده توسط قوای عمومی و کیفر متجاوزان که در مجموع می‌توان این ضمانت اجراها را به حقوقی و کیفری تقسیم نمود (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵۵).

بنابراین این امر بدیهی بوده که صرف اعلام حقوقی برای افراد جامعه از جمله متهم کفایت نمی‌کند و پیش‌بینی ضمانت اجرا برای رعایت آن‌ها ضرورت دارد، زیرا در نظر گرفتن حق برای متهم از یک طرف و قرار ندادن ضمانت اجرا برای عدم رعایت آن از طرف دیگر به معنای بی‌اثر و یا کم‌اثر بودن تصریح به حقوق متهم است، یعنی اگر تحقیقات همراه با حقوق دفاعی متهم با تحقیقات به دور از رعایت آن‌ها، مساوی و یکسان باشند ممکن است منجر به تضییع حقوق متهم گردد، از این رو ضروری است که ضمن تصریح به حقوق اساسی اشخاص، از جمله متهم در جریان دادرسی، ضمانت اجراهای لازم برای تضمین آن‌ها در نظر گرفته شود. (باقرپور، ۱۳۸۴: ۳۴)

بطلان تحقیقات و دلایل ناشی از آن، مسئولیت کیفری، مدنی و انتظامی، از جمله ضمانت اجراهایی است که قانونگذار به استناد آن‌ها، دست مقامات انتظامی یا قضایی را در نقض حقوق دفاعی شخص مظنون و متهم در مراحل تحت نظر و تحقیقات مقدماتی بسته است.

۹- بطلان تحقیقات مقدماتی در صورت نقض حقوق دفاعی شخص متهم

قاعده بطلان دلیل به معنای آن است که مشروع و قانونی بودن دلیل به تنهایی برای ارائه آن به دادرس کافی نیست و افزون بر آن، دلیل باید با رعایت قانون تحصیل و کسب شده باشد؛ چراکه مهمترین دلیل در اثبات یک واقعه مجرمانه، چنانچه در تحصیل آن، ضوابط قانونی و شرایط مقرر نادیده گرفته شده باشد، فاقد اعتبار تلقی می‌شود و چه بسا مسئولیت کیفری یا انضباطی برای تحصیل‌کننده

آن، به دنبال داشته باشد. نظریه بطلان دلیل از یک سو، به دنبال تضمین رعایت قواعد دادرسی به منظور حمایت از منافع اصحاب دعوا به ویژه متهم است و از سوی دیگر، به دنبال پیشگیری از عدم رعایت این قواعد و وا داشتن مجریان عدالت کیفری به تبعیت از آن‌هاست. (تدین، ۱۳۸۷: ۷۶)

قدمت قاعده بطلان در قوانین آیین دادرسی کیفری ایران بیش از یک قرن است. ماده ۳۶۸ قانون اصول محاکمات جزایی مصوب ۱۲۹۱ در باب قاعده بطلان بیان می‌داشت که: «هرگاه خود متهم نتواند وکیل انتخاب نماید محکمه به اجازه او یک نفر وکیل برای او انتخاب می‌نماید. سلب حق تعیین وکیل مدافع از متهم باعث بطلان حکم است». البته هر چند ضمانت اجرای بطلان در ماده تنها شامل محکمه بود و مراحل تحت نظر و تحقیقات مقدماتی را دربر نمی‌گرفت، اما بی‌شک اقدام قانونگذار در آن دوران نویدبخش این تفکر بود که سایر حقوق دفاعی متهم نیز مانند حق داشتن وکیل مورد توجه قرار گرفته و نهایتاً حقوق دفاعی متهم در فرآیند دادرسی به خوبی تأمین گردد. ۴۶ سال بعد از تصویب قانون اصول محاکمات جزایی، قانونگذار در لایحه قانونی اصلاح قسمتی از مواد قانون آیین‌نامه دادرسی کیفری مصوب ۱۳۳۷/۵/۱ در پی اصلاحات ساختاری در فصل ششم، ماده ۳۶۸ قانون اصول محاکمات جزایی را نسخ نمود و بر همین مبنا دیگر قاعده بطلان، ضمانت اجرای سلب حق وکیل به شمار نمی‌رفت. این روند تا سال ۱۳۷۰ ادامه داشت تا اینکه ماده واحده قانون انتخاب وکیل توسط اصحاب دعوی مجمع تشخیص نظام مقرر داشت که: «اصحاب دعوی حق انتخاب وکیل را دارند و کلیه دادگاه‌هایی که به موجب قانون تشکیل می‌شوند مکلف به پذیرش وکیل می‌باشند» و مطابق تبصره ۲ ماده واحده مزبور: «هرگاه به تشخیص دیوان عالی کشور محکمه‌ای حق گرفتن وکیل را از متهم سلب نماید حکم صادره فاقد اعتبار قانونی بوده و برای بار اول موجب مجازات انتظامی درجه ۳ و برای مرتبه دوم موجب انفصال از شغل قضایی می‌باشد». بدین ترتیب، طبق این ماده واحده دوباره سلب حق داشتن وکیل در فرآیند کیفری ضمانت اجرای بطلان را در پی داشت.

پس از کش و قوس‌های فراوان قوانین مرتبط باقاعده بطلان در باب تضمین حقوق دفاعی متهم، تبصره ۱ ماده ۱۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری ۹۲ مقرر داشت که: «سلب حق همراه داشتن وکیل یا عدم تفهیم این حق به متهم موجب بی‌اعتباری تحقیقات می‌شود». این اقدام قانونگذار را می‌توان رنسانسی در حمایت از حقوق دفاعی متهم تلقی نمود. تبصره مذکور در حمایت از حقوق دفاعی متهم، گوی سبقت را از ماده ۳۶۸ قانون اصول محاکمات جزایی ربوده است. تکلیف بازپرس به تفهیم حق داشتن وکیل و ضمانت اجرای بطلان در صورت عدم انجام این وظیفه، به خوبی نشان می‌دهد که

قانونگذار به درستی متوجه نقش و جایگاه وکلا در پروسه‌ی دادرسی شده بود؛ اما این بار نه ۴۶ سال که کمتر از ۲ سال از تصویب ضمانت اجرای بطلان نگذشته بود که قانونگذار در پی اصلاحیه قانون آیین دادرسی کیفری ۹۲ در تاریخ ۱۳۹۴/۳/۲۴ مجازات‌های انتظامی درجه ۸ و ۳ را به ترتیب در صورت سلب حق داشتن وکیل و عدم تفهیم این حق به متهم^۱ جایگزین ضمانت اجرای بطلان نمود. فی‌الواقع اصلاحیه مذکور را باید پسرقتی عظیم در تضمین حقوق دفاعی متهم به شمار آورد.

به زعم نگارنده، عقب‌نشینی قانونگذار از مواضع حمایتی که بیش از یک قرن پیش برای رعایت حقوق دفاعی متهم لحاظ می‌شده است، در این برهه‌ی زمانی که تمامی نهادهای حقوق بشری اشاره به حقوق و امتیازات گوناگون برای اشخاص متهم دارد، فاقد هرگونه توجیه منطقی و حقوقی می‌باشد. تبصره ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری^۲ به همراه بند (ب) ماده ۴۶۹^۳ این قانون، به صراحت نشان از آن دارد که قانونگذار از بطلان قضایی در مقابل بطلان قانونی حمایت کرده است.

حمایت قانونگذار از قاعده بطلان قضایی به معنای آن است که شخص متهم باید اثبات نماید که اولاً یکی از حقوق دفاعی او در مراحل مختلف دادرسی نقض گردیده و ثانیاً اثبات نماید که نقض آن حق به درجه‌ای از اهمیت بوده که بتواند موجبات بی‌اعتباری تحقیقات یا احکام را سبب گردد، در حالی که در بطلان قانونی به صرف اثبات نقض حقوق دفاعی، ما شاهد بی‌اعتباری تحقیقات می‌باشیم.^۴ در حقیقت، قانونگذار با پذیرش بطلان قضایی، بار اثبات بی‌اعتباری تحقیقات یا احکام را بر دوش متهمین گذاشته است.

۱- تبصره اصلاحی در سال ۱۳۹۴/۳/۲۴ مقرر داشت که: «سلب حق همراه داشتن وکیل و عدم تفهیم این حق به متهم به ترتیب مجازات انتظامی درجه هشت و سه است».

۲- عدم رعایت تشریفات دادرسی، موجب نقض رأی نیست، مگر آنکه تشریفات مذکور به درجه‌ای از اهمیت باشد که موجب بی‌اعتباری رأی شود.

۳- هرگاه رأی مخالف قانون، یا بدون توجه به ادله و مدافعات طرفین صادر شده باشد یا رعایت تشریفات قانونی نشده و آن تشریفات به درجه‌ای از اهمیت باشد که موجب بی‌اعتباری رأی شود، شعبه دیوان عالی کشور، رأی را نقض می‌کند.

۴- تبصره یک ماده ۱۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری ۹۲ که ناخوشبختانه در سال ۹۴ اصلاح گردید یکی از موارد بطلان قانونی به حساب می‌آمد. تبصره مذکور پیش از اصلاح مقرر می‌داشت: «سلب حق همراه داشتن وکیل یا عدم تفهیم این حق به متهم موجب بی‌اعتباری تحقیقات می‌شود».

در حقوق آمریکا قاعده بطلان تحقیقات و دلایل تحت عنوان دو تئوری «بطلان دلیل» و «تئوری میوه درخت مسموم»^۱ پیش‌بینی شده است. قاعده نخست، بی‌اعتباری دلیل اولیه و مستقیم ناشی از نقض مقررات را شامل می‌شود و تئوری دوم به این موضوع اشاره می‌کند که هرگاه دلیل نخستین (درخت) به صورت غیر قانونی کسب شده باشد، دلیل متعاقب (میوه) منبعث از دلیل اول نیز غیرقابل قبول است (مؤذن زادگان، ۱۳۹۵: ۲۴۴) بدین ترتیب در صورتی که فرضاً پلیس، حقوق متهم را مطابق «قاعده میراندا» به وی تفهیم ننماید، دادستان نمی‌تواند اظهارات به دست آمده از متهم را به عنوان دلیل مورد استناد قرار دهد و به طور کلی اظهاراتی که با نقض «قواعد میراندا» به دست آمده باشد نمی‌تواند در زمره ادله مورد قبول قرار گیرد؛ و در صورت استناد به آن‌ها، مراجع تجدیدنظر و به خصوص دیوان عالی این کشور حکم به نقض آرائی صادر می‌نماید که صرفاً مبتنی بر ادله‌ای است که با نقض تفهیم حقوق متهم به دست آمده باشند؛ بنابراین در حقوق این کشور، چنانچه حق داشتن مشاور یا وکیل نقض شود، طبق رأی دیوان عالی فدرال در پرونده «اسکوبدو» به سال ۱۹۶۴، اقرار به دست آمده به عنوان دلیل اصلی پرونده، رد و ابطال می‌گردد. (قاسمی مقدم، پیشین: ۱۴۸)

در انگلستان نیز به موجب مواد ۷۶، ۷۸ و ۸۲ قانون پلیس و ادله کیفری در صورتی که طرق تحصیل دلایل مغایر با حقوق اساسی متهمین باشد و یا با نقض حریم خصوصی یا کرامت انسانی متهمان تحصیل شده باشند، قابل پذیرش نیستند. (حیدری، پیشین: ۴۳)

۱۰- مجازات انتظامی در صورت نقض حقوق دفاعی شخص متهم

همه جوامع، متکی به اصول و مقرراتی هستند که حافظ نظم و در نهایت بقای گروه یا اتحادیه صنفی و حرفه‌ای است. نقض این مقررات صنفی یا گروهی که اشخاص به تبع عضویت در گروه آن‌ها را می‌پذیرند، تخلف انتظامی و دارای ضمانت اجرای انتظامی یا اداری خواهد بود. گلدوست جویباری؛ باقری نژاد، ۱۳۹۲: ۸۷) واقع امر این است که قانونگذار با وضع مقررات خلافی که عموماً ناظر بر نظم و سازمان

^۱- تئوری میوه درخت مسموم اشاره به اینکه هر گاه دلیل نخستین (درخت) به صورت غیرقانونی کسب شده باشد، دلیل متعاقب (میوه) منبعث از دلیل اول نیز غیرقابل قبول می‌باشد. نظریه مذکور بر پایه این اصل استوار است که دلیل کسب شده غیرقانونی نمی‌بایست برای کسب ادله دیگر استفاده شود؛ زیرا دلیل اصلی و اولیه که به صورت غیرقانونی کسب شده است، تمام ادله متعاقب را «لکه‌دار» می‌کند. دلیل دوم لکه‌دار را، برخی دادگاه‌ها «دلیل اشتقاقی» یا «دلیل ثانویه» نامیده‌اند. قاعده مذکور تنها به رد دلایلی که نتیجه مستقیم رفتار غیرقانونی پلیس است، مانند اقرار اجباری یا اشیاء ضبط شده در طول تفتیش غیر قانونی محدود نمی‌شود بلکه به رد دلایلی که به صورت غیرمستقیم به عنوان نتیجه نقض حقوق اساسی کسب‌شده‌اند نیز الزام می‌نماید. تئوری میوه درخت مسموم در اصل و منشأ با اجرای قاعده رد دلیل نسبت به تفتیش‌های غیرقانونی توسعه یافته است.

اجتماعی و مربوط به اشتغال بعضی مشاغل است، بیش از پیشگیری از آثار ناگواری که ممکن است بر اثر نادیده گرفتن این مقررات پدید آید، قصد دارد در مقام انتظام امور و سامان دادن به روابط و مناسبات کاری مردم، آنان را به تکلیفی که به این منظور بر عهده خواهند داشت واقف کند و چون رفتار یا فعل ناقض مقررات خلافی اغلب تجلی تقصیری است که فاعل در ادای تکلیف خود مرتکب شده است، جز به دلیل سلب یا اختلال در اراده، نیاز به اثبات تقصیر مرتکب نیست. در حقیقت تقصیر انتظامی عبارت است از «نقض قواعد خاصی گروه‌های کوچک اجتماعی یا حرفه‌ای بدون آنکه عمد یا سهوی در ارتکاب آن شرط باشد».

فی الواقع تخلف انتظامی به آن دسته رفتارهایی گفته می‌شود که مطلقاً مجازات در پی داشته و مقید به اثبات تقصیر و نتیجه نمی‌باشد. به تعبیری دیگر تخلفات انتظامی فی النفسه تهدیدی علیه حقوق یا آزادی‌های دیگران به شمار می‌رود و نیازی نیست که حتماً ضرری مادی یا معنوی در پی داشته باشد و بر همین مبنا عمد یا حسن نیت یا جهل متخلف به حکم در میزان مسئولیت و مجازات او بی‌تأثیر است. قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۲/۲/۲۵ از جمله قوانینی است که به تخلفات مقامات قضایی پرداخته و ضمانت اجرای انتظامی متفاوتی را برای آن‌ها با توجه به نوع تخلفات در نظر گرفته است. از جمله این تخلفات می‌توان به گزارش خلاف واقع و مغرضانه قضات نسبت به یکدیگر (بند ۱ ماده ۱۷)، خروج از بی‌طرفی در انجام وظایف قضائی (بند ۴ ماده ۱۷)، استتکاف از رسیدگی و امتناع از وظایف قانونی (بند ۵ ماده ۱۶)، رفتار خلاف شأن قضائی^۱ (بند ۶ ماده ۱۷)، رعایت نکردن مقررات مربوط به صلاحیت رسیدگی اعم از ذاتی یا محلی (بند ۵ ماده ۱۵)، خارج کردن مستندات و لوازم طرفین از پرونده (بند ۳ ماده ۱۷)، اشاره نمود.^۲

یکی از تخلفات اساسی که قطعاً به زعم نگارنده می‌تواند به استناد تبصره ماده ۴۵۵ و بند (ب) ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری سبب قاعده بطلان قضائی به دلیل عدم رعایت تشریفات اساسی گردد، محروم نمودن متهم از حق داشتن وکیل توسط بازپرس است. بی‌شک بر کسی پوشیده نیست که محروم نمودن متهم از حق داشتن وکیل می‌تواند شائبه‌ی عدم رعایت عدالت و انصاف را به شدت افزایش دهد. به همین جهت، نگارنده معتقد است که قانونگذار سریعاً باید ضمانت اجرای مناسبی همچون بطلان را در

۱- رفتار خلاف شأن قضائی عبارت است از انجام هر گونه عملی که در قانون، جرم عمدی شناخته می‌شود و یا خلاف عرف مسلم قضات است به نحوی که قضات آن را مذموم بدانند (تبصره ماده ۱۷).

۲- جهت مشاهده مجازات‌ها و همچنین سایر تخلفات در نظر گرفته‌شده: رجوع نمایید به قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۲/۲/۲۵.

کنار مجازات انتظامی، جهت رعایت هر چه بهتر حقوق دفاعی متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی قرار دهد.

۱۱- مجازات کیفری در صورت نقض حقوق متهم

یکی دیگر از تدابیر تضمین کننده حقوق دفاعی متهم، اعمال مجازات‌های کیفری است. در حقیقت قانونگذار به وسیله‌ی اهرم فشار کیفر، قصد دارد تا از نقض حقوق دفاعی مظنونین و متهمین، توسط ضابطین و مقامات قضایی جلوگیری نماید. در همین راستا قانون اساسی به عنوان پاسدار حقیقی، حقوق تمامی افراد جامعه در فصل سوم خود تحت عنوان حقوق ملت در جهت حمایت از حقوق افراد مقرر می‌دارد که: «حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است مگر در مواردی که قانون تجویز کند.» لازم به ذکر است که ضمانت اجرای اصل مذکور، ماده ۵۷۰ (۸۰۱)^۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ می‌باشد.

از سوی دیگر بر اساس ماده ۶۳ قانون آیین دادرسی کیفری عدم تفهیم حقوق متهمان از سوی ضابطان دادگستری، جرم محسوب می‌شود و آن دسته از ضابطان دادگستری که وظایف قانونی مقرر در ماده ۵۲ این قانون در خصوص تفهیم حقوق متهمان را انجام ندهند، به مجازات کیفری سه ماه تا یک سال انفصال از خدمات دولتی محکوم می‌شوند. انفصال از خدمات دولتی که در ماده فوق به عنوان ضمانت اجرای تکلیف مقرر برای ضابطان تعیین گردیده، در قوانین کیفری در شمار یکی از مجازات‌های کیفری آمده است؛ بنابراین با وجود استفاده از کلمه «تخلف» در صدر ماده ۶۳، نقض مقررات مندرج در مواد یاد شده، جرم بوده و در صلاحیت مرجع قضایی است و از آنجا که مرتکبین این تخلفات، ضابط دادگستری بوده در مقام ضابط مرتکب جرم شده‌اند، در مراجع عمومی (دادسرای عمومی و انقلاب و دادگاه کیفری ۲) قابل تعقیب و محاکمه خواهند بود. (خالقی، پیشین: ۹۶) متأسفانه در ماده فوق‌الذکر برای آن دسته از ضابطان دادگستری که عدم تفهیم حقوق متهمان را از سوی آنان همراه با سوء نیت و قصد اضرار بوده مجازات شدیدتری در نظر گرفته نشده است. همچنین می‌توان برای رفتاری که عملاً

^۱- ماده ۵۷۰ قانون تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده ۱۳۷۵ که با توجه به تغییرات صورت گرفته در قانون مجازات اسلامی ۹۲ و افزایش افزایش مواد آن به ماده ۸۰۱ تغییر یافت. ماده بیان می‌دارد: «هر یک از مقامات و مأمورین وابسته به نهادها و دستگاه‌های حکومتی که برخلاف قانون، آزادی اشخاص افراد ملت را سلب کند یا آنان را از حقوق مقرر در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران محروم نماید علاوه بر انفصال از خدمت و محرومیت یک تا پنج سال از مشاغل حکومتی به حبس از دو ماه تا سه سال محکوم خواهد شد».

موجب ایراد ضرر شده و رفتاری که ضرری را برای متهم در پی نداشته است، مجازات‌های قانونی متفاوتی را در نظر گرفت. (قاسمی مقدم، پیشین: ۱۵۱)

قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ هم در فصل دهم از کتاب پنجم موضوع «تقصیرات مقامات و مأموران دولتی» را مطرح نموده است. اغلب مواد این فصل از قانون مجازات اسلامی که در بردارنده‌ی تضمینات حقوق و آزادی‌های افراد می‌باشد و از سوی قانونگذار برای آن ضمانت اجرا تعیین شده است، عبارتند از ممانعت یا خوداری از رسانیدن تظلمات محبوسین به مقامات صالح^۱ بازداشت غیر قانونی^۲، اخذ اقرار به شکنجه^۳، هتک حرمت منازل^۴، هتک حرمت مراسلات و مخابرات^۵، تعدیات مالی مأموران^۶، حبس یا توقیف غیر قانونی^۷.

۱۲- مجازات مدنی در صورت نقض حقوق دفاعی شخص متهم

مسئولیت مدنی حربه‌ی دیگر قانونگذار در جهت کنترل قدرت ضابطان دادگستری و مقامات قضایی می‌باشد. در حقیقت هر عقل سلیمی حکم می‌کند که هر کس به دیگری ضرری وارد آورد، باید آن را جبران نماید. بی‌شک ضابطان دادگستری و مقامات قضایی هم در صورت ایراد خسارت بر افراد مظنون و متهم محکوم به جبران ضرر و زیان وارده می‌باشند.

قانون اساسی به عنوان پاسدار حقیقی حقوق افراد جامعه در اصل ۱۷۱ در باب جبران ضرر و زیان بر افراد بیان می‌دارد: «هرگاه در اثر تقصیر یا اشتباه قاضی در موضوع یا در حکم یا در تطبیق حکم بر مورد خاص، ضرر مادی یا معنوی متوجه کسی گردد، در صورت تقصیر، مقصر طبق موازین اسلامی ضامن است و در غیر این صورت خسارت به وسیله دولت جبران می‌شود و در هر حال از متهم اعاده حیثیت می‌گردد». همان‌گونه که مشاهده می‌شود اصل مذکور تنها اشاره به مسئولیت مدنی شخص قاضی داشته و در باب ضابطین و مقامات قضایی دادسرا صحبتی به میان نیاورده است.

۱- ماده ۵۷۲ (۸۰۳) قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

۲- ماده ۵۷۵ (۸۰۶) قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

۳- ماده ۵۷۸ (۸۰۹) قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

۴- ماده ۵۸۰ (۸۱۱) قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

۵- ماده ۵۸۲ (۸۱۳) قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

۶- ماده ۵۸۱ (۸۱۲) قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

۷- ماده ۵۸۳ (۸۱۴) قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

عنوان «قاضی»، شامل تمامی قضات اعم از قضات دادگاه‌های بدوی، تجدیدنظر، دیوان عالی کشور، قضات دادگاه انقلاب، دادگاه‌های نظامی و دادگاه ویژه روحانیت، دادستان‌ها و معاونان ایشان و بازپرس‌ها و دایاران نیز می‌گردد و بر همین مبنا مقصود از کلمه «حکم»، کلیه تصمیمات و اقداماتی که از سوی مقامات دادگاه یا دادسرا، به اعتبار سمت قضایی آنان علیه جان، مال یا آزادی اشخاص اتخاذ و عمداً یا در اثر اشتباه، موجب خسارت مادی یا معنوی می‌گردد. (صالحی مازندرانی، ۱۳۸۴: ۱۳۹)

فارغ از تفسیر اصل در باب مقامات مورد تصریح آن، در خصوص قیود تقصیر و اشتباه باید دانست که اولاً تفاوت عمده‌ی تقصیر و اشتباه، تخطی همراه با عمد است ثانیاً تقصیر عبارت است از تجاوز و تخطی عمدی از وظیفه‌ای که در قوانین برای فرد موظف مقرر شده است. ثالثاً منظور از اشتباه، خطاهایی است که بدون قصد اضرار و عمد روی می‌دهند و ناشی از بی‌احتیاطی یا بی‌مبالاتی فاحش (تقصیر سنگین) نیست و مسئولیت آن بر عهده دولت است. رابعاً عوامل احتمالی که قاضی را در رسیدگی و صدور حکم به اشتباه می‌اندازد در دو فرض قابل بحث است: نخست، عوامل مرتبط با نقایص کلی ناشی از قانون یا سازماندهی کلی دستگاه قضایی، دوم، عوامل مربوط به تخلفات و سهل‌انگاری‌های کارمندان و مأمورانی که اسباب و لوازم و مقدمات پرونده را فراهم کرده و در نتیجه موجب اشتباه قاضی می‌شوند. خامساً اصل مذکور با مقایسه با ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، از یک طرف دامن‌دهی مسئولیت قاضی را به عنوان کارمند دولت (به معنای عام) کاهش داده و به جای آن که قاضی مسئول هر گونه خسارت ناشی از تقصیر خود باشد فقط در صورت تقصیر عمدی یا در حکم عمد «تقصیر سنگین» ضامن دانسته شده و در غیر این دو فرض، مسئولیت بر عهده او نیست. از طرف دیگر، دامن‌دهی مسئولیت دولت را افزایش داده و مسئولیت اشتباهات قاضی که تقصیر عمدی یا در حکم عمد نباشد را بر عهده‌ی دولت قرار داده است؛ زیرا طبق ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، هرگاه کار قضایی به عنوان عمل حاکمیت بر حسب ضرورت و برای تأمین منافع عمومی انجام می‌شد، دولت نباید مسئول شناخته می‌شد، ولی برابر اصل مذکور، مسئولیت و اشتباهات قاضی که تقصیر عمدی یا در حکم عمد نباشد، عهده‌ی دولت است. (رضاوندی، ۱۳۹۶: ۱۴۲)

ماده ۱۳ قانون مجازات اسلامی ۹۲ هم در باب مسئولیت مدنی شخص قاضی بیان می‌دارد: «حکم به مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی و اجرای آن‌ها حسب مورد نباید از میزان و کیفیتی که در قانون یا حکم دادگاه مشخص شده است تجاوز کند و هر گونه صدمه و خسارتی که از این جهت حاصل شود، در

صورتی که از روی عمد یا تقصیر باشد حسب مورد موجب مسئولیت کیفری و مدنی است و در غیر این صورت، خسارت از بیت‌المال جبران می‌شود».

ماده ۷ قانون آیین دادرسی کیفری^۱ دیگر هیچ‌گونه جای شک و شبهه را از لحاظ مقامات دارای مسئولیت مدنی نداشته و با صراحت تمام، قائل به وجود این ضمانت اجرا برای حفاظت از حقوق متهم در کلیه مراحل رسیدگی شده است. از دیگر قوانین در باب مسئولیت مدنی ضابطین و مقامات قضایی می‌توان به تبصره ماده ۱۴۵ قانون آیین دادرسی کیفری^۲ اشاره نمود که: «در صورتی که در اجرای این ماده، خسارت مادی وارد شود و به موجب تصمیم قطعی، قرار منع یا موقوفی تعقیب و یا حکم برائت صادر شود، همچنین مواردی که امتناع کننده، شخص مجرم نباشد حتی اگر موضوع به صدور قرار جلب به دادرسی یا محکومیت متهم منجر شود، دولت مسئول جبران خسارت است، مگر آنکه تقصیر بازپرس یا سایر مأموران محرز شود که در این صورت، دولت جبران خسارت می‌کند و به بازپرس و یا مأموران مقصر مراجعه می‌نماید».

از دیگر موادی که در جهت حفظ حقوق دفاعی متهم قائل به مسئولیت مدنی برای ضابطین و مقامات قضایی شده، می‌توان به ماده ۳۲۵۵^۳ البته با رعایت شرایط مقرر در ماده ۲۵۶ قانون آیین دادرسی

۱- ماده ۷ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر می‌دارد: در تمام مراحل دادرسی کیفری، رعایت حقوق شهروندی مقرر در «قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۳/۲/۱۵» از سوی تمام مقامات قضایی، ضابطان دادگستری و سایر اشخاصی که در فرآیند دادرسی مداخله دارند، الزامی است. متخلفان علاوه بر جبران خسارت وارده، به مجازات مقرر در ماده (۵۷۰) قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده) مصوب ۱۳۷۵/۳/۲ محکوم می‌شوند، مگر آنکه در سایر قوانین مجازات شدیدتری مقرر شده است.

۲- ماده ۱۴۵ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر می‌دارد: «در صورتی که متصرف منزل و مکان و یا اشیای مورد بازرسی، از باز کردن محل‌ها و اشیای بسته خودداری کند، بازپرس می‌تواند دستور بازگشایی آن‌ها را بدهد، اما تا حد امکان باید از اقداماتی که موجب ورود خسارت می‌گردد، خودداری شود».

۳- ماده ۲۵۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر می‌دارد: «اشخاصی که در جریان تحقیقات مقدماتی و دادرسی به هر علت بازداشت می‌شوند و از سوی مراجع قضایی، حکم برائت یا قرار منع تعقیب در مورد آنان صادر شود، می‌توانند با رعایت ماده (۱۴) این قانون خسارت ایام بازداشت را از دولت مطالبه کنند».

کیفری^۱ اشاره داشت. هم‌چنین ماده ۵۱۸^۲ قانون فوق، یکی از مصادیق تقصیر سنگین، قاضی را که منتج به بازداشت بیش از میزان مقرر در حکم گردد بیان کرده و قاضی را ملزم به جبران خسارت ناشی از آن نموده است.

بند ۶ ماده ۶ قانون نظارت بر رفتار قضات ۱۳۹۰ در باب آیین دادرسی شکایت از مقامات قضایی بیان می‌دارد: «اظهار نظر در خصوص اشتباه یا تقصیر قاضی موضوع اصل یکصد و هفتاد و یکم قانون اساسی و ماده (۳۰) این قانون در صلاحیت دادگاه عالی است». در ماده ۳۰ قانون مذکور آمده است: «رسیدگی به دعوای جبران خسارت ناشی از اشتباه یا تقصیر قاضی موضوع اصل یکصد و هفتاد و یکم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در صلاحیت دادگاه عمومی است. رسیدگی به دعوای مذکور در دادگاه عمومی منوط به احراز تقصیر یا اشتباه قاضی در دادگاه عالی است». اتخاذ این رویه موجب حفظ شؤون قضایی، صیانت از استقلال قضات و تأمین آزادی آنان است و افراد جامعه نمی‌توانند بدو^۳ و به سهولت قضات را طرف دعوا قرار دهند، بلکه هر شخص که نسبت به اشتباه یا تقصیر قاضی منجر به خسارت ادعایی داشته باشد، باید بدو^۴ حسب مورد به دادرسی یا دادگاه عالی مراجعه کند. در صورت احراز اشتباه یا تقصیر قاضی در دادگاه عالی، مدعی می‌تواند برای جبران خسارت ناشی از تقصیر یا اشتباه قاضی در دادگاه عالی، به دادگاه عمومی تهران مراجعه و طرح دعوی نماید.^۵

النهایه نگارنده معتقد است که هر چند ضمانت اجرای در نظر گرفته شده جهت حفظ حقوق دفاعی متهم در دو مرحله تحت نظر و تحقیقات مقدماتی، از خوددستی و خودکامگی ضابطین و مقامات قضایی کاسته و یک دادرسی عادلانه و منصفانه را سبب گشته است، اما عملکرد قانونگذار در برخی موارد

^۱- ماده ۲۵۶ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر می‌دارد: «در موارد زیر شخص بازداشت شده مستحق جبران خسارت نیست: الف- بازداشت شخص، ناشی از خودداری در ارائه اسناد، مدارک و ادله بی‌گناهی خود باشد، ب- به منظور فراری دادن مرتکب جرم، خود را در مظان اتهام و بازداشت قرار داده است، پ- به هر جهتی به ناحق موجبات بازداشت خود را فراهم آورده باشد، ت- همزمان به علت قانونی دیگر بازداشت باشد.

^۲- ماده ۵۱۸ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر می‌دارد: «قاضی اجرای احکام کیفری مکلف است دستور تعیین وقت پرونده محکوم به حبس را به گونه‌ای صادر کند که حداقل ده روز پیش از اتمام مدت حبس، پرونده تحت نظر قرار گیرد تا با تعیین تاریخ اتمام مدت حبس محکوم علیه، دستور آزادی وی را در تاریخ یاد شده صادر و به زندان اعلام کند. رئیس زندان نیز مکلف است پس از اتمام مدت حبس چنانچه محکوم علیه به اتهام دیگری در بازداشت نباشد، فوری برای آزادی زندانی اقدام نماید و نتیجه اقدامات را بلافاصله به قاضی اجرای احکام کیفری اعلام کند. تبصره ماده: «در صورتی که تخلف از این ماده منجر به حبس بیش از مدت مقرر در رأی گردد، قاضی اجرای احکام کیفری علاوه بر محکومیت انتظامی تا درجه چهار، طبق مواد (۱۴) و (۲۵۵) این قانون مسئول پرداخت حبس اضافی به محکوم علیه است».

^۳- ماده ۲۴ آیین‌نامه‌ی اجرایی قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۳ قوه قضاییه

به زعم نگارنده خالی از اشکال نیست. به طور نمونه قانونگذار به جز در مواد ۳۶، ۶۰ و ۱۱۵^۱ قانون آیین دادرسی کیفری قائل به بطلان قانونی به عنوان ضمانت اجرای قوی در دو مرحله تحت نظر و تحقیقات مقدماتی نشده است و با تکیه بر بطلان قضایی، بار اثبات این امر که نقض حقوق دفاعی متهم سبب عدم رعایت تشریفات اساسی یک دادرسی عادلانه شده است، بر عهده‌ی شخص متهم با توجه به تبصره ماده ۴۵۵ و بند (ب) ماده ۴۶۹ گذاشته است.

از سوی دیگر در ضمانت اجرای کیفری ما شاهد یک آشفتگی و تعارض در مواد قانونی بوده که این امر خصوصاً به جهت آنکه با حقوق دفاعی متهم در ارتباط است، پسندیده نمی‌باشد. در اثبات این نظر باید گفت که ماده ۷ قانون آیین دادرسی کیفری^۲ با تکیه بر حقوق شهروندی، ضمانت اجرای نقض حقوق دفاعی متهم را ماده ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی ۹۲ که عبارت از انفصال از خدمت، محرومیت یک تا پنج سال از مشاغل حکومتی و حبس از دو ماه تا سه سال بوده، در نظر گرفته است. این در حالی است که ماده ۶۳ قانون آیین دادرسی کیفری بیان می‌دارد که: «چنانچه ضابطین برخی از حقوق دفاعی متهم را نقض نمایند، به انفصال از سه ماه تا یکسال از خدمات دولتی محکوم می‌شوند».

حال سؤال نگارنده این است که در صورت نقض حقوق دفاعی متهم باید مطابق با کدام یک از مادتين مذکور قانون آیین دادرسی کیفری عمل نمود؟ به نظر می‌رسد قانون‌گذار در هنگام وضع ماده

^۱- ماده ۳۶ قانون آیین دادرسی کیفری: «گزارش ضابطان در صورتی معتبر است که بر خلاف اوضاع و احوال و قرائن مسلم قضیه نباشد و بر اساس ضوابط و مقررات قانونی تهیه و تنظیم شود».

^۲- ماده ۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری: «در بازجویی‌ها اجبار یا اکراه متهم، استفاده از کلمات موهن، طرح سؤالات تلقینی یا اغفال‌کننده و سؤالات خارج از موضوع اتهام ممنوع است و اظهارات متهم در پاسخ به چنین سؤالاتی و همچنین اظهاراتی که ناشی از اجبار یا اکراه است، معتبر نیست. تاریخ، زمان و طول مدت بازجویی باید اوراق صورت‌مجلس قید شود و به امضاء یا اثر انگشت متهم برسد».

^۳- ماده ۱۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری: «نوشتن بین سطور، قلم‌خوردگی و تراشیدن کلمات در اوراق بازجویی و تحقیقات ممنوع است. اگر یک یا چند کلمه اضافه گردد باید بر روی آن خط نازکی کشیده و این موضوع قید شود و بازپرس و شخصی که تحقیق از او به عمل می‌آید، آن را امضاء کنند. همچنین اگر یک یا چند کلمه از قلم افتاده و در حاشیه نوشته شود، اشخاص یاد شده باید زیر آن را امضاء کنند. هرگاه این ترتیب رعایت نشود، کلمات و خطوط مزبور فاقد اعتبار است». رعایت مقررات این ماده در تمام مراحل دادرسی از سوی مقامات قضایی و ضابطان دادگستری الزامی است. در صورت قلم‌خوردگی جزئی، موضوع باید در ذیل برگه توضیح داده شده و به امضای اشخاص فوق برسد.

^۴- ماده ۷ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر می‌دارد: در تمام مراحل دادرسی کیفری، رعایت حقوق شهروندی مقرر در «قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۲/۲/۱۵» از سوی تمام مقامات قضایی، ضابطان دادگستری و سایر اشخاصی که در فرایند دادرسی مداخله دارند، الزامی است. متخلفان، علاوه بر جبران خسارت وارده، به مجازات مقرر در ماده ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده) مصوب ۱۳۷۵/۳/۲ محکوم می‌شوند، مگر آنکه در سایر قوانین مجازات شدیدتری مقرر شده است.

۱۶۳ قانون آیین دادرسی کیفری هیچ‌گونه توجهی به ماده ۷ همین قانون ننموده است و نگارنده با توجه به اصل تفسیر به نفع متهم ادعا دارد که در صورت نقض حقوق دفاعی متهم توسط ضابطین یا سایر مقامات قضایی باید قائل به ماده ۲۵۷۰ قانون مجازات اسلامی ۹۲ شد.

نتیجه گیری

مروارید عدالت بر مبنای عقلانیت و معنویت، اقتضای برابری طرفین دعوا در بر خور داری از حقوق برابر دفاعی را دارد. بی شک زیبنده عدالت نمی باشد که یک طرف دعوا تا بن دندان مسلح باشد و طرف دیگر مرافعه از ناچیزترین حقوق دفاعی انسانی محروم باشد. قانونگذار کیفری با بیان برخی حقوق دفاعی برای اشخاص مظنون و متهم در مراحل تحت نظر و تحقیقات مقدماتی، گامی بلند در مسیر تحقق عدالت و تساوی سلاح طرفین منازعه برداشته است. در این میان، نگارنده معتقد است چنانچه حقوق دفاعی شخص متهم در صورت نقض، تحت لوای ضمانت اجراهای قوی همچون بطلان تحقیقات مقدماتی قرار نگیرد، بی شک ناقضان حقوق دفاعی، بیمی از اتلاف حقوق افراد در روند رسیدگی ها نداشته و اگر خواست ایشان از مسیر تضییع حقوق افراد متهم بگذرد، به سبب فقدان اهرم فشاری قوی مبنی بر جلوگیری از تجاوز به حقوق افراد، برای متجاوزان، هدف، توجیه کننده وسیله تلقی شده و در این کارزار نزاع، تنها افراد زیان دیده، اشخاص فاقد حقوق دفاعی مناسب هستند.

۱- تخلف از مقررات مواد (۳۰)، (۳۴)، (۳۵)، (۳۷)، (۳۸)، (۳۹)، (۴۰)، (۴۱)، (۴۲)، (۴۹)، (۵۱)، (۵۲)، (۵۳)، (۵۵)، (۵۹)، (۱۴۱) این قانون توسط ضابطان، موجب محکومیت به سه ماه تا یک سال انفصال از خدمات دولتی است.

۲- ماده ۵۷۰ قانون تعزیرات و مجازات های بازدارنده ۱۳۷۵ که با توجه به تغییرات صورت گرفته در قانون مجازات اسلامی ۹۲ و افزایش افزایش مواد آن به ماده ۸۰۱ تغییر یافت. ماده بیان می دارد: «هر یک از مقامات و مأمورین وابسته به نهادها و دستگاه های حکومتی که بر خلاف قانون، آزادی اشخاص افراد ملت را سلب کند یا آنان را از حقوق مقرر در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران محروم نماید علاوه بر انفصال از خدمت و محرومیت یک تا پنج سال از مشاغل حکومتی به حبس از دو ماه تا سه سال محکوم خواهد شد».

منابع

۱. اردبیلی، محمد علی (۱۳۸۵)، «تفهیم اتهام یا حق اطلاع از موضوع و دلایل اتهام»، مجله تحقیقاتی حقوقی، شماره ۴۳، صص ۹۳-۶۰.
۲. اردبیلی، محمد علی (۱۳۸۳)، «نگهداری تحت نظر»، علوم جنایی (مجموعه مقالات)، تهران: نشر سمت.
۳. امید، جلیل (۱۳۸۳)، «دکتر آشوری و حقوق دفاعی متهم»، علوم جنایی (مجموعه مقالات)، تهران: نشر سمت، صص ۲۴۲-۲۲۴.
۴. باقرپور، یوسف علی (۱۳۸۴)، «تضمینات قانونی و اساسی در دادرسی و تحقیقات مقدماتی»، فصلنامه بصیرت، سال دوازدهم، شماره ۳۴، صص ۱۲۵-۹۴.
۵. تدین، عباس (۱۳۸۷)، «نظریه بطلان دلیل در فرایند دادرسی کیفری (با تأکید بر حقوق فرانسه)»، تحقیقات حقوقی آزاد، دوره دوم، شماره سوم، صص ۹۴-۷۶.
۶. توسلی نائینی، منوچهر؛ خسروشاهی، قدرت الله؛ نصراللهی، زهره (۱۳۹۵)، «اصل برابری سلاح‌ها در مرحله تحقیقات مقدماتی در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتم، شماره نود و چهارم، صص ۹۴-۷۱.
۷. حبیب زاده، محمد جعفر؛ صادقی، ولی‌اله (۱۳۹۵)، «شناسایی و مدیریت حق سکوت متهم»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتادم، شماره نود و پنجم، صص ۸۱-۶۱.
۸. حیاتی، عباس (۱۳۸۹)، مقدمه علم حقوق، چاپ چهارم، تهران: نشر میزان.
۹. حیدری، الهام (۱۳۹۴)، «حقوق دفاعی متهم در دوران تحت نظر در قانون آیین دادرسی کیفری و بررسی تطبیقی با حقوق انگلستان»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۱، صص ۵۲-۲۷.
۱۰. خالقی، علی (۱۳۹۶)، نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، تهران: نشر مرکز مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۱۱. رحمدل، منصور (۱۳۸۵)، «حق سکوت»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۷-۵۶، صص ۲۱۸-۱۸۵.
۱۲. رضاوندی، بهنام؛ نجفی، عباس (۱۳۹۶)، «بررسی تطبیقی مسئولیت مدنی قاضی»، فصلنامه تعالی حقوق، دوره ۳، شماره ۲۱، صص ۱۶۲-۱۳۹.

۱۳. ساقیان، محمد مهدی (۱۳۹۳)، «تقویت حقوق و آزادی‌های متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی آیین دادرسی کیفری مصوب ۹۲»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال دوم، شماره ششم، صص ۱۳۶-۱۱۳.
۱۴. ساقیان، محمد مهدی (۱۳۹۳)، «تحولات حق متهم بر داشتن وکیل در مرحله تحت نظر در حقوق فرانسه و ایران»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۱، شماره ۱، صص ۱۱۸-۱۰۳.
۱۵. صالحی مازندرانی، محمد (۱۳۸۴)، «تأملی بر مسئولیت مدنی قاضی در اصل ۱۷۱ قانون اساسی»، فصلنامه حقوق اسلامی، دوره ۲، شماره ۷، صص ۱۶۰-۱۳۳.
۱۶. طاهری، سمانه (۱۳۹۶)، «مطالعه تطبیقی حقوق فرد مورد نظر در آیین دادرسی کیفری ایران و انگلستان»، فصلنامه کارگاه، سال نهم، شماره ۳۸، صص ۶۳-۳۸.
۱۷. قاسمی مقدم، حسن (۱۳۹۴)، «تفهیم حقوق متهمان از سوی ضابطان دادگستری: با تأکید بر قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال ششم، شماره دوم، صص ۱۵۳-۱۲۹.
۱۸. کاشانی، سید محمود (۱۳۸۳)، **استانداردهای جهانی دادگستری**، نقد و بررسی قانون دادگاه‌های عمومی و انقلاب، سال دوم، شماره ششم، تهران: نشر میزان.
۱۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، **مقدمه علم حقوق**، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۰. کوشکی، غلامحسن؛ سهیل مقدم، سحر (۱۳۹۵)، «مطالعه تطبیقی حقوق شخص تحت نظر در نظام دادرسی کیفری ایران و آمریکا»، مجله حقوقی دادگستری، پیاپی ۹۴، صص ۲۲۷-۱۹۳.
۲۱. گلدوست جویباری، رجب؛ باقری نژاد، زینب (۱۳۹۲)، «مسئولیت کیفری، مدنی و انتظامی ناقضین اصول بنیادین دادرسی کیفری»، پژوهش‌های حقوق کیفری، سال دوم، شماره پنجم، صص ۹۱-۷۳.
۲۲. مؤذن زادگان، حسنعلی؛ سهیل مقدم، سحر (۱۳۹۵)، «قاعده بطلان دلیل در دادرسی کیفری (با تأکید بر حقوق آمریکا)»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۳، شماره ۲، صص ۲۶۷-۲۴۳.

مالکیت مافی‌الذمه و اثر تحقق آن نسبت به ثالث

سجاد شهباز قهفرخی^۱

چکیده

در حالی مالکیت مافی‌الذمه به عنوان یکی از اسباب سقوط تعهدات در قالب یک ماده در قانون مدنی به نحو کلی مورد اشاره قرار گرفته که مفهوم و ماهیت آن به خوبی مورد بحث واقع نشده است. اجتماع دو وصف متعهد و متعهدله در شخص و دارایی واحد و در آن واحد را مالکیت مافی‌الذمه گویند که اگرچه اسباب تحقق آن ممکن است قهری یا قراردادی باشد، اما بعد از تحقق سبب، مسبب قهراً ایجاد خواهد شد. هنگامی که سبب مالکیت مافی‌الذمه در عالم اعتبار وجود پیدا کرد، تعهد موضوع آن، معدوم خواهد شد. اگرچه اصولاً تحقق مالکیت مافی‌الذمه تأثیری در حقوق اشخاص ثالث نمی‌گذارد ولیکن در هر فرض و حالتی لازم است با توجه به ماهیت و نوع تعهد و شناسایی دقیق رابطه‌ها اثر آن مورد بررسی قرار گیرد. آثار تحقق مالکیت مافی‌الذمه نسبت به ثالث از موضوعات مغفولی است که دارای فروع متعددی بوده و شایسته بررسی عمیق و استدلالی است. از یک سو نوع تعهد و دین پایه، در نحوه تحقق مالکیت مافی‌الذمه مؤثر بوده و در هر مورد آثار خاصی نسبت به ثالث برجای می‌گذارد؛ و از سوی دیگر در تعهدات متعدد الاطراف نیز باید در فروض و شقوق مختلف به شناسایی آثار تحقق مالکیت مافی‌الذمه نسبت به سایر متعهدین، پرداخته شود.

کلیدواژه‌ها: مالکیت مافی‌الذمه، اتحاد ذمه، ضمان نقل ذمه، ضمان تضامنی، حقوق اشخاص ثالث

^۱-دانش‌آموخته دکترای حقوق خصوصی و عضو هیأت علمی دانشگاه شهرکرد-sajjadshahbaz@sku.ac.ir

مقدمه

قانون مدنی مالکیت مافی‌الذمه را بدون ارائه تعریف مشخص به عنوان یکی از اسباب سقوط تعهدات نام برده است. مالکیت مافی‌الذمه را می‌توان «اجتماع دو وصف متعهد و متعهدله در شخص و دارایی واحد و در آن واحد» تعریف نمود. بعد از ایجاد سبب مالکیت مافی‌الذمه، تحقق آن قهری خواهد بود. برخی از اسباب مالکیت مافی‌الذمه، قهری (ارث)؛ برخی قراردادی (قرارداد) و برخی دیگر قهری (ارادی و وصیت) هستند. به هر حال بعد از تحقق سبب، تحقق مسبب تخلف‌ناپذیر خواهد بود و باید مالکیت مافی‌الذمه را واقع حقوقی تلقی نمود. فلذا بعد از تحقق سبب، منتقل‌الیه نمی‌تواند آن را رد کند و رد او اثری ندارد. فلذا مال مستقر در ذمه به عنوان قسمتی از دارایی او محاسبه می‌شود. از ماده ۲۶۴ و ۳۰۰ قانون مدنی نیز واقع حقوقی بودن مالکیت مافی‌الذمه استنباط می‌گردد.

در مورد اثر تحقق مالکیت مافی‌الذمه در رابطه بین طرفین تعهد سه نظریه مطرح شده است. برخی آن را سبب سقوط کامل تعهد انگاشته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۴، ص ۳۵۳؛ شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۲۰۰؛ انصاری، ۱۴۱۱، ج ۱، ص ۳۰۶؛ امامی، ۱۳۳۵، ج ۱، ص ۳۴۱ و صفایی، ۱۳۹۲، ص ۲۷۱) برخی دیگر گفته‌اند با تحقق مالکیت مافی‌الذمه اصل طلب از بین نمی‌رود بلکه صرفاً مانع عملی در راه اجرای آن به وجود می‌آید و اجرای تعهد ناممکن می‌گردد. (السنه‌وری، بی‌تا، ش ۵۶۳ و نخله، ۲۰۰۷: ۳۰۷) پیروان نظریه سوم برآنند که با تحقق مالکیت مافی‌الذمه تعهد از بین می‌رود و تضمین‌های آن نیز آزاد می‌گردد، ولی در عین حال برخی از آثار دین و طلب باقی می‌ماند. (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۶۴)

نظر به اینکه شناخت مفهوم، ماهیت و شناخت اسباب تحقق مالکیت مافی‌الذمه در شناسایی و تحلیل‌های بعدی مرتبط با این مفهوم تأثیرگذار است. در این مقاله ابتدائاً این موضوع مورد بررسی قرار گرفته است و بعد از آن، اثر تحقق مالکیت مافی‌الذمه به نحو کلی مورد بررسی واقع می‌شود و در ادامه اثر تحقق این عنوان نسبت به ثالث مورد بررسی قرار گرفته و با ترسیم فروض مختلف به صورت استدلالی حکم هر فرض تحلیل می‌گردد.

۱- تعریف مالکیت مافی‌الذمه

قانون مدنی ایران در ماده ۳۰۰ بدون ارائه تعریف مشخص بیان داشته است: «اگر مدیون مالک مافی‌الذمه خود گردد ذمه او بری می‌شود مثل اینکه اگر کسی به مورث خود مدیون باشد پس از فوت مورث، دین او نسبت به سهم‌الارث ساقط می‌شود.» که البته به ذیل ماده ایراداتی گرفته شده است. (کاتوزیان،

۱۳۹۵: ۴۰۵) قوانین مدنی لبنان، مصر و عراق مفهوم مالکیت مافی‌الذمه را با عنوان «اتحاد الذمه» شناسایی کرده‌اند. (حکیم، بی‌تا، ۳۶۵)

ماده ۳۳۷ قانون مدنی لبنان تعریف نسبتاً خوبی از اتحاد الذمه به دست داده است: «هرگاه دو وصف متعارض دائن و مدیون در دارایی و شخص واحدی جمع شود از اجتماع آن دو، اتحادی بوجود می‌آید که باعث سقوط تعهد به میزان این اجتماع خواهد شد.»^۱ این مفهوم در اسناد بین‌المللی حقوقی نیز مطرح شده است. در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی^۲ DCFR و اصول حقوق قراردادهای اروپا^۳ PECL و ترجمه انگلیسی قانون مدنی فرانسه از مالکیت مافی‌الذمه با عنوان Merger of debts نام برده شده است. در سند DCFR، آمده است: «وقتی یک شخص در یک دارایی دو عنوان بدهکار و طلبکار را بیابد تعهد از بین خواهد رفت.»^۴ تعریف مشابهی در پیش‌نویس تصویب‌نامه^۵ اصلاح قانون تعهدات فرانسه تحت ماده ۱۳۳۰ آمده که البته در مصوبه نهایی این ماده نیامده است.^۶ این مقرر به بیان داشته که با تحقق مالکیت مافی‌الذمه دین و هرگونه تعهدات و حقوق فرعی مربوط به آن به جز حقوق تحصیل شده له یا علیه شخص ثالث از بین خواهد رفت. ماده ۱۳۰۰ قانون مدنی فرانسه نیز در مقام تعریف مالکیت مافی‌الذمه جمع شدن دو عنوان دائن و مدیون را در شخص واحد مالکیت مافی‌الذمه می‌داند و آن را باعث سقوط طلب دانسته است.^۸

۱- عندما تجتمع الصفتان المتعارضتان صفة الدائن و صفة المديون في موجب واحد وفي شخص واحد، ينشأ عن اجتماعهما اتحاد يسقط الموجب على نسبة هذا الاتحاد.

۲- در این زمینه مراجعه شود به: مؤسسه بین‌المللی یکنواخت سازی حقوق خصوصی یونیدورا (۱۳۹۵). اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، ترجمه اخلاقی، بهروز و امام، فرهاد، تهران، انتشارات شهر دانش.

۳- در این زمینه مراجعه شود به: شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم (۱۳۹۱). اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران، تبریز، انتشارات فروزش.

۴ - An obligation is extinguished if the same person becomes debtor and creditor in the same capacity.

۵ - Ordonnance

۶ - Art. 1330. – There is merger where the same person becomes both creditor and debtor. It extinguishes the debt and any ancillary rights and obligations, apart from any rights acquired by or against third parties.

۷ - در این زمینه مراجعه شود به: بزرگمهر، امیرعباس و مهرانی، غزال (۱۳۹۵). اصلاحات در قانون تعهدات فرانسه، تهران، انتشارات دانشگاه عدالت.

۸ - Where the capacities of creditor and debtor are united in the same person, a merger is made as of right which extinguishes both claims.

تعریف مالکیت مافی‌الذمه را می‌توان این‌گونه تقریر نمود: «اجتماع دو وصف متعهد و متعهدله در شخص و دارایی واحد و در آن واحد، مالکیت مافی‌الذمه است.» در civil law برای بیان مفهوم مالکیت مافی‌الذمه از واژه «Le confution» استفاده می‌شود.

۲- ماهیت مالکیت مافی‌الذمه

بعد از ایجاد سبب مالکیت مافی‌الذمه، تحقق آن قهری خواهد بود. برخی از اسباب مالکیت مافی‌الذمه قهری (ارث) برخی قراردادی (قرارداد) و برخی دیگر قهری_ارادی (وصیت) هستند. به هر حال بعد از تحقق سبب، تحقق مسبب تخلف‌ناپذیر خواهد بود و باید مالکیت مافی‌الذمه را واقع حقوقی تلقی نمود. فلذا بعد از تحقق سبب، منتقل‌الیه نمی‌تواند آن را رد کند و رد او اثری ندارد. و از این رو مال مستقر در ذمه به عنوان قسمتی از دارایی او محاسبه می‌شود. از ماده ۲۶۴ و ۳۰۰ قانون مدنی نیز واقع حقوقی بودن مالکیت مافی‌الذمه استنباط می‌گردد. برای مثال تاجر ورشکسته‌ای که به مورث خود مدیون است در اثر فوت مورث، مالک تمام یا قسمتی از دین خود شود. وی نمی‌تواند این مالکیت را رد کند و خود را همچنان مدیون دانسته و آن دین را در مجموع دیون خود لحاظ کند. بلکه قهراً دین از بین رفته تلقی خواهد شد و قاعدتاً با از بین رفتن این دین، به لحاظ کم شدن از مقدار دیون، سهم بیشتری از دارایی او به طلبکاران دیگر برسد. البته فرض فوق، مربوط به جایی است که ترکه مورد قبول ورثه قرار گرفته باشد؛ حتی اگر ورثه ترکه را قبول نکنند نیز بعد از تصفیه دیون متوفی به نسبت سهم‌الارث متعهد اصلی، از دین وی کسر خواهد شد و او نمی‌تواند سهم‌الارث خود را رد کند. فلذا ولو برای آنی سهم‌الارث داخل در دارایی وی شده و او می‌تواند آن را طبق قانون به دیگری انتقال دهد. وضعیت حقوقی این انتقال تابع مقررات عمومی است.

۳- اسباب تحقق مالکیت مافی‌الذمه

آنچه سبب تحقق مالکیت مافی‌الذمه خواهد شد را به سه دسته تقسیم نموده اند که در ذیل به آن‌ها به نحو مستقل اشاره و تحلیل خواهد شد.

۳-۱- از طریق تصرف قانونی

قانون مدنی مصر در بند اول از ماده ۴۶۹ فرضی را مطرح کرده است که مالکیت مافی‌الذمه از طریق خرید دین متنازع فیه به مدیون منتقل می‌شود. در این مقرر آمده است: «هرگاه صاحب حق مورد تنازع، آن را در قبال عوض به شخص ثالث منتقل کرده باشد، مدیونی که این حق به زیان او انتقال یافته می‌تواند

با پرداخت ثمن واقعی که انتقال گیرنده پرداخته همراه با پرداخت هزینه‌ها و بهره متعلقه به ثمن از تاریخ پرداخت ثمن، حق انتقال یافته را ساقط کند.»

این فرض مربوط به جایی است که بین دو شخص (دائن و مدیون) در مورد اصل وجود حق اختلاف باشد؛ بند دوم همان ماده حق مورد تنازع را حقی دانسته که نسبت به آن دعوایی در دادگاه وجود داشته باشد و یا در مورد آن خارج از دادگاه اختلاف شدید وجود داشته باشد.

بیع دین مسلم، امکان‌پذیر و مرسوم است. فرض ماده ۴۶۹ همان قانون راجع به جایی است که اصل وجود دین مسلم نباشد یا در مورد کیفیت، میزان و یا سایر عوامل مؤثر در ارزش آن اختلاف وجود داشته باشد که در این صورت هنگام نقل و انتقال، ارزش اقتصادی کمتری در قبال آن پرداخت خواهد شد. قانون‌گذار نیز به مدیون اجازه داده است بعد از انتقال چنین حقی به ثالث، با پرداخت ثمن واقعی و بهره متعلقه به ثمن حق انتقال یافته را ساقط کند.

در حقوق مصر با پرداخت سه مورد فوق، ثالث حق امتناع ندارد و سقوط دین قهری است. اما اگر حق مورد تنازع به ثالث انتقال ارادی پیدا نکرده باشد، صاحب حق متنازع فیهِ الزام و اجباری به انتقال دین به مدیون ندارد و می‌تواند صبر کند تا بعد از مشخص شدن نتیجه اقدام قضایی و یا رفع اختلاف، اصل دین را به همراه خسارات دادرسی و بهره متعلقه و سایر حقوقات قانونی مطالبه نماید. برخی گفته‌اند در حقوق مصر مدیون باید با بستانکار جدید به توافق برسند تا با پرداخت مبلغی که بستانکار جدید به بستانکار قبلی پرداخته است مالک دین خود شده و اتحاد ذمه حاصل شود. (بیگدلی، ۱۳۸۶: ۶۵) اما این برداشت با منطوق ماده ۴۶۹ قانون مدنی مصر و نظرات حقوقدانان مصری (السنهوری، بی‌تا، ص ۴۰۱) مغایر است. آنچه از ماده ۴۶۹ استنباط می‌گردد حق یک جانبه مدیون است که با پرداخت «ثمن واقعی»، «هزینه‌ها» و «بهره ثمن» دین خود را ساقط کند و نیازی به توافق و رضایت و قصد بستانکار جدید وجود ندارد.

در حقوق ایران اولاً وجود چنین حقی پیش‌بینی نشده است و تنها راه، توافق مدیون با ثالث است، که ماهیتاً خرید دین تلقی می‌شود. ثانیاً حتی اگر پرداخت ثمن واقعی و هزینه‌ها قابل پذیرش باشد، «پرداخت بهره متعلقه به ثمن از تاریخ پرداخت ثمن» توسط ثالث به دائن شبهه‌ریا داشته و مورد منع فقه امامیه است. فلذا تنها راه برای انتقال حق از طریق قانونی، خرید دین است که فروشنده آن می‌تواند ذی‌حق اولیه و یا منتقل‌الیه باشد که با مدیون توافق نموده و حق خود را به وی بفروشند که در این صورت در نتیجه این قرارداد، حق بر ذمه وی ساقط می‌شود.

حقوقدان مشهور مصری خرید مورد اجاره توسط مستأجر از موجر را یکی از اسباب تحقق اتحاد ذمه از طریق تصرف قانونی دانسته است. (السنه‌وری، بی‌تا، ص ۳۹۳)

این طریقه نیز در حقوق ایران قابل پذیرش نیست؛ چه این‌که در حقوق ایران اجاره از عقود تملیکی بوده و با تحقق عقد اجاره، موجر مالک اجاره بهای تمام مدت می‌شود و مالک می‌تواند تمام اجاره بها را یکجا مطالبه کند، که البته معمولاً با درج شرط ضمن عقد به صورت اقساط ماهانه پرداخت خواهد شد. فلذا اگر بعد از اجاره، بیعی واقع شود، مبیع به نحو مسلوب المنفعه تا مدت مشخصی، به خریدار منتقل می‌شود. پس خریداری که قبل از بیع همان مال را اجاره کرده است باید علاوه بر ثمن، مال الاجاره را نیز مطابق قرارداد اجاره بپردازد مگر اینکه به نحو دیگری بین طرفین توافق شود؛ که این توافق مثلاً می‌تواند به صورت اسقاط حق موجر نسبت به دریافت اجاره بها و یا کسر اجاره بهای باقی مانده از ثمن قراردادی در هنگام تعیین ثمن باشد. فلذا این سبب از اسباب مالکیت مافی‌الذمه، در حقوق ایران قابلیت طرح ندارد.

۳-۲- قرارداد

مالکیت مافی‌الذمه ممکن است نتیجه انتقال طلب به مدیون باشد. بدین سان که طلبکار حق بر ذمه مدیون را به او انتقال دهد. در اثر انتقال طلب دو وصف دائن و مدیون در شخص انتقال گیرنده جمع می‌شود و طلب ساقط می‌گردد. این انتقال طلب ممکن است معوض یا غیرمعوض باشد. (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۴۰۴) یا نهاد را باید از پرداخت دین تفکیک نمود و وجه افتراق این دو نیز قصد طرفین است.

در مورد گردش اسناد تجاری گفته شده که با بازگشت سند تجاری در وجه حامل یا دارای ظهورنویسی عام به ید صادرکننده، مالکیت مافی‌الذمه اتفاق می‌افتد. (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۴۰۴ و صقریف ۱۳۸۰: ۱۹۶) در عین حال مخالفین گفته‌اند در این حالت تعهد براتی ساقط نشده و براتگیر باید نسبت به وخواست برات به طرفیت خود اقدام نماید. (ستوده تهرانی، ۱۳۸۸، ش ۳۳۸)

شاید گفته شود از آنجایی که اسناد تجاری دارای وصف تجریدی بوده و از سوی دیگر حاکی از وجود دین هستند، با بازگشت چنین سندی به ید صادرکننده، مادامی که سند مزبور از حیث شکلی صحیح بوده و شرایط شکلی آن معتبر باشد همچنان اوصاف اسناد تجاری را خواهد داشت و قابلیت گردش مجدد را دارد. اگرچه می‌توان پذیرفت که چنین سندی توسط صادرکننده قابل مطالبه از سایر متعهدین آن نیست اما این به معنای از دست رفتن وصف تجاری این‌گونه اسناد نبوده و چنانچه مجدداً به گردش درآید تعهد امضاکنندگان سابق بر رسیدن سند به ید صادرکننده، پابرجا خواهد بود. این نظریه حتی اگر به مذاق اساتید حقوق مدنی سازگار نباشد با قواعد حاکم بر حقوق تجارت سازگار است چه اینکه از سویی قواعد

حقوق تجارت را فرمالیست دانسته‌اند. (کاویانی، ۱۳۹۴: ۳) و از دیگر سو پذیرش این نظریه باعث افزایش تعداد متعهدین پرداخت سند تجاری شده و بر ارزش اسناد تجاری به عنوان وسیله پرداخت سریع می‌افزاید.

۳-۳- وصیت و ارث

استاد کاتوزیان فرضی را مطرح می‌کند که طلبکاری، به ثلث مال خود به سود بدهکار وصیت می‌کند، وی تصفیه ترکه را سبب الحاق ثلث دارایی موصی (و از جمله طلبی که از موصی له دارد) به دارایی موصی له می‌داند و نتیجه می‌گیرد که در این حال، موصی له مالک ثلث از بدهی خود می‌شود و دو وصف طلبکار و بدهکار در یک دارایی جمع می‌شود و در نتیجه ثلث بدهی او از بین می‌رود. (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۴۰۴-۴۰۳)^۱ بر این مبنا که ترکه دارای شخصیت حقوقی مستقل است. (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۳۹۹) بعد از مرگ موصی، بدهکار همچنان به ترکه، مدیون است و ابتدائاً باید دین خود را ادا نماید و ثلث ترکه نیز از مأخذ مجموع دارایی مثبت و منفی متوفی محاسبه می‌شود که این طلب را نیز باید قسمتی از دارایی مثبت متوفی قلمداد نمود. اگر طلب متوفی کلی باشد و موصی به نیز جزء مشاع باشد آنگاه تحقق مالکیت مافی‌الذمه برای بدهکاری که موصی له واقع شده است قابل تصور خواهد بود والا در فرضی که طلب متوفی از موصی له عین معین باشد و موصی به کلی بوده یا عینی غیر از عین موضوع دین موصی له باشد، مالکیت مافی‌الذمه محقق نمی‌شود و دو حق مستقل، یکی برای ورثه (نسبت به مطالبه عین معین موضوع تعهد) و دیگری برای موصی له (نسبت به اخذ موصی به) وجود خواهد داشت که هر یک باید بجای خود ایفا شوند. لازم به ذکر است که در فرض عکس که بدهکاری به سود طلبکار خود وصیت کرده است، طلبکار ابتدائاً می‌تواند طلب خود را از ترکه اخذ نموده و سپس میزان ترکه مثبت باقی مانده محاسبه و ثلث آن تعیین و به وصیت عمل شود.

با پذیرش شخصیت حقوقی برای ترکه، مالکیت مافی‌الذمه بعد از تصفیه دیون متوفی امکان پذیر خواهد بود و قبل از آن مالکیت مافی‌الذمه محقق نشده است. برای امکان استناد وارث طلبکار به وجود طلب از مورث مدیون برخلاف آنچه گفته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۴۰۹) نیازی به استناد به مالکیت مافی‌الذمه نیست بلکه چنین وارثی در برابر موصی لهم و سایر طلبکاران ابتدا میزان دیون متوفی (و از جمله طلب خود را از وی) را محاسبه و سپس از مجموع دارایی مثبت، ثلث آن را معین خواهد کرد.

^۱ - همین فرض توسط السنه‌وری نیز مطرح شده است. (السنه‌وری، ج ۳، ش ۵۶۴)

فلذا در فرضی که دیون متوفی مستغرق هستند و متوفی نیز تاجر نباشد و دین نیز کلی باشد، وارثی که طلبکار نیز هست برای مطالبه حق خود باید همانند سایر طلبکاران اقدام به توقیف اموال متوفی نماید و طلبکاری مقدم خواهد شد که زودتر اقدام به توقیف کرده باشد و نمی‌تواند با استناد به این که ترکه بعد از فوت در ید او قرار گرفته‌اند و بدون داشتن دستور قضایی اقدام به برداشت از ترکه کند. در صورتی که متوفی تاجر باشد نیز چنین وارثی همچون سایر طلبکاران داخل در غرما خواهد بود و تصفیه این دین نیز تابع نظام تصفیه دیون تاجر متوفی خواهد بود.

۴- اثر تحقق مالکیت مافی‌الذمه

هنگامی که سبب ایجاد و تحقق مالکیت مافی‌الذمه در عالم اعتبار تحقق می‌یابد، دین موجود بر ذمه مدیون چه وضعیتی پیدا می‌کند؟ آیا این دین کلاً از بین می‌رود و در عالم اعتبار معدوم می‌گردد یا این که دین وجود دارد ولی التزام به تأدیه آن از بین رفته است؟ شاید هم بتوان نظریه‌ای متعادل بین این دو یافت و قائل به سقوط نسبی دین و بقا برخی از آثار آن شد. سه نظریه در مورد اثر تحقق مالکیت مافی‌الذمه ارائه شده است:

۴-۱- نظریه سقوط کامل تعهد

صراحت ماده ۳۰۰ قانون مدنی ایران که تحقق مالکیت مافی‌الذمه را سبب براءة ذمه مدیون اعلام نموده بر این مبنا استوار است که با جمع آمدن دو وصف دائن و مدیون در شخص و دارایی واحد، دو وصف متعارض جمع شده‌اند و جمع متعارضین، سبب سقوط هر دو بوده و تعهد ساقط خواهد شد. همچنین از قیاس ماده ۷۰۹ قانون مدنی که فقط در فرضی به ضامن، حق رجوع به مضمون عنه می‌دهد که دین اداء شده باشد و ماده ۷۱۲ همان قانون که در فرض فوت مضمون له و وارث بودن ضامن از وی، حق رجوع ضامن را به مضمون عنه بدون پرداخت و به صرف وراثت طلب از مورث خود مقرر داشته است، نتیجه گرفته‌اند که مالکیت مافی‌الذمه در حکم پرداخت است. (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۴، ص ۳۵۳) در تأیید همین نظر استدلال شده که حق و دین دو مفهوم متضایف^۱ هستند و تعدد شخص به عنوان دو طرف تعهد از قیود «ذات تعهد» است و علت سقوط تعهد اجتماع دو عنوان در شخص واحد است. (شهیدی، ۱۳۸۶: ۲۰۰) شیخ انصاری نیز ظاهراً معتقد به همین نظر بوده است. ایشان در پاسخ به این اشکال که چرا فقها

^۱- تضایف از مباحث مهم در منطق و فلسفه، به مفهوم نسبت مکرر میان دو امر وجودی که هیچ یک بدون دیگری قابل تعقل نیست. دو امر متضایف، نسبتی دو جانبه با یکدیگر دارند و مکرر بودن نسبت میان دو امر بدون این که عدیل و همانند هم باشند، امکانپذیر نیست. برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید: قواعد کلی در فلسفه اسلامی غلامحسین ابراهیمی دینانی، ج ۳، ص ۴۰۸.

بیع دین به خود مدیون را صحیح دانسته‌اند در حالی که ایشان اصولاً قائل به صحت بیع حق نیستند فرموده است: «معقول است که مدیون، مالک مافی‌الذمه خود شود [در اثر بیع دین به مدیون] و در اثر آن دین ساقط می‌شود.»^۱ (انصاری، ۱۴۱۱، ج ۱، ص ۳۰۶)

۴-۲- نظریه عدم امکان اجرا

این نظریه که از حقوق رومیان به یادگار مانده است و طرفدارانی در حقوق فرانسه و کشورهای عربی دارد بیان می‌کند که با تحقق مالکیت مافی‌الذمه، اصل طلب از بین نمی‌رود بلکه صرفاً مانع عملی در راه اجرای آن به وجود می‌آید و اجرای تعهد ناممکن می‌گردد. در حقوق لبنان مالکیت مافی‌الذمه را ذیل اسبابی بحث می‌کنند که دائن حق مطالبه طلب را از دست می‌دهد. (نخله، ۲۰۰۷: ۳۰۷) در حقوق مصر نیز برخی از نویسندگان به مانند حقوق فرانسه چنین تحلیل می‌کنند که اثر اتحاد ذمه و طلب، موقوف شدن نفوذ تعهد است نه زوال آن. (السنهوری، بی‌تا، ش ۵۶۳) همان‌گونه که گفته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۴۰۹) این گروه از اندیشمندان بجای تحلیل حقوقی از اثر مالکیت مافی‌الذمه به آثار مترتب بر تحقق مالکیت مافی‌الذمه پرداخته‌اند. از جمله این آثار به احتساب طلب غیرقابل مطالبه، به عنوان جزئی از ترکه متوفی در محاسبه ثلث و قابلیت استناد به وجود دین در برابر اشخاص ثالث اشاره نموده‌اند. در حالی که تعیین مبنا برای این احکام در گرو شناسایی اثر عدم امکان اجرای تعهد برای مالکیت مافی‌الذمه نیست بلکه با شناسایی شخصیت حقوقی مستقل برای ترکه و یا تحلیل‌های دیگر می‌توان این احکام را توجیه منطقی نمود.

۴-۳- سقوط ناقص یا نسبی تعهد

پیروان این نظریه برآنند که با تحقق مالکیت مافی‌الذمه تعهد از بین می‌رود و تضمین‌های آن نیز آزاد می‌گردد ولی در عین حال برخی از آثار دین و طلب باقی می‌ماند. به دیگر سخن تعهد نسبت به مدیون و به ضرر وی ساقط شده است لکن نسبت به اشخاص ثالث می‌توان به آن استناد نمود. برخی از اساتید فرانسوی با الهام از نظریه آلمانی‌ها در مورد مفهوم تعهد که آن را به دو عنصر دین (Shuld) و مسئولیت یا اجبار (Haftung) تجزیه کرده‌اند (به نقل از کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۶۴) و گفته‌اند مالکیت مافی‌الذمه «التزام به تأدیه دین» را ساقط می‌کند اما «اصل دین» همچنان پابرجاست. (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۴۱۱)

^۱-انه یعقل ان یکون مالکا فی ذمه فیوثر تملیکه السقوط ولا یعقل ان یتسلط علی نفسه....

تعهدی که طلبکار و بدهکار آن در آن واحد در یک شخص و دارایی جمع آمده باشد را نمی‌توان حقیقتاً تعهد نامید. به نظر می‌رسد با توجه به صریح ماده ۳۰۰ قانون مدنی ایران و استدلال برآمده از جمع مواد ۷۰۹ و ۷۱۲ قانون مدنی که مالکیت مافی‌الذمه را در حکم پرداخت می‌شمرد باید همگام با اساتید حقوق مدنی ایران (امامی، ۱۳۳۵، ج ۱، ص ۳۴۱؛ کاتوزیان، ۱۳۹۳، ص ۴۱۲؛ شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۲۰۰؛ صفایی، ۱۳۹۲، ص ۲۷۱) قائل به سقوط کامل تعهد در موارد تحقق سبب مالکیت مافی‌الذمه گردید. به دیگر عبارت هنگامی که سبب مالکیت مافی‌الذمه در عالم اعتبار وجود پیدا کرد، تعهد موضوع آن معدوم خواهد شد.

۵- تأثیر تحقق مالکیت مافی‌الذمه نسبت به ثالث با توجه به نوع تعهد و دین پایه

سخن گفتن از مالکیت مافی‌الذمه زمانی امکان‌پذیر است که ابتدا دو شخص متفاوت هر یک وصف دائن و مدیون را داشته باشند و رابطه تعهدی فی مابین دو طرف ممکن است ناشی از اسباب مختلفی باشد. گاه موضوع تعهد پایه فعل یا ترک فعل مادی یا حقوقی است که چهار حالت کلی را قابل تصور می‌سازد و در هر مورد باید تأثیر تحقق مالکیت مافی‌الذمه را نسبت به ثالث مورد بررسی قرار داد.

۵-۱- تعهد به فعل حقوقی

گاه موضوع تعهد، انجام فعل حقوقی نظیر انتقال مالکیت است. در این حالت مدیون تعهد به انتقال مالکیت داده است و دائن، متعهدله منحصر این تعهد است. در این فرض با تحقق مالکیت مافی‌الذمه جایی برای اختلاف وجود ندارد.

اما گاه مدیون تعهد به انتقال مالکیت در برابر دو شخص داده است. در این فرض قسمتی از تعهد، اصالتاً به نفع ثالث ایجاد شده است. مانند جایی که شخص تعهد به فروش ملک خود به الف و ثالث را داده است و در اثر فوت الف، حق او به خود متعهد اصلی به عنوان وارث منحصر منتقل شده، که در این حالت حق شخص ثالث به قوت خود باقی است.

گاه نیز تعهد به انتقال مالکیت در برابر یک شخص شده ولی شخص ثالث نیز از اجرای این تعهد، منتفع می‌گردد اما ثالث مستقیماً و اصالتاً ذینفع این تعهد نبوده است بلکه به تبع، ذینفع بوده است. که این فرض نیز دارای دو حالت مختلف است:

الف: جایی که منتقل‌منه (متعهدله) در برابر ثالث تعهد داده است که بعد از تملک مال آن را به وی بفروشد^۱ و این تعهد الزام‌آور بوده باشد، و تعهد منتقل‌منه نسبت به ثالث قائم به شخص نباشد، پاسخ در گرو شناخت ماهیت تعهدی است که منتقل‌منه در برابر ثالث بر ذمه گرفته است.

اگر ماهیت این تعهد، عقد معلق باشد به لحاظ وفات منتقل‌منه و تحقق مالکیت مافی‌الذمه، چون تعهد منتقل‌الیه در برابر منتقل‌منه ساقط شده است، منتقل‌منه نتوانسته است مال موضوع بحث را تملک کند و با عدم تحقق معلق علیه (تملک مال خاص) باید با عقد مانند سایر عقود معلقی که معلق علیه آن ایجاد نشده است تعامل نمود.

اما اگر ماهیت این تعهد، تعهد به انجام فعل در نظر گرفته شود، سه راه حل متصور است:

۱- چون منتقل‌منه نتوانسته به تعهد خود جامه عمل بپوشاند، ثالث صرفاً حق اخذ خسارت عدم انجام تعهد را از محل ترکه دارد.

۲- مرگ منتقل‌منه را فورس‌ماژور شناخته و به لحاظ عدم امکان اجرای تعهد، ثالث را صرفاً مستحق استرداد مابه‌ازای پرداخت کرده دانست.

۳- علیرغم فوت منتقل‌منه، رابطه تعهدی بین وی و ثالث پابرجا بوده و ثالث می‌تواند با اقامه دعوی علیه منتقل‌الیه، الزام مدیون را به تملیک مال مشخص به شخصیت حقوقی ترکه و متعاقباً انتقال آن به خواهان را از محکمه بخواهد.

ب: جایی که ثالث نفع اخلاقی یا اجتماعی یا عرفی دارد ولی قراردادی بین ثالث و دائن منعقد نشده است. در این فرض منتقل‌الیه هیچ تعهد در قبال وی نخواهد داشت.

۵-۲- تعهد به ترک فعل حقوقی

گاهی نیز موضوع تعهد، ترک فعل حقوقی است. اگر موضوع تعهد، تعهد به ترک فعل حقوقی باشد و ذینفع این تعهد فقط منتقل‌منه باشد؛ در این فرض نیز باید قائل به منتفی شدن تعهد بود و متعهد سابق حق انجام فعل حقوقی مزبور را خواهد داشت. برای مثال شخص، متعهد به عدم فروش ملک خود شده است و حال با تحقق سببی دو وصف متعهد و متعهدله در وی جمع شده‌اند؛ تعهد به ترک فعل حقوقی ساقط شده و شخص متعهد، حق سابق خود را باز می‌یابد. ولی اگر علاوه بر منتقل‌منه، ثالث نیز ذینفع این

^۱- این فرض فرع بر صحت چنین تعهدی است.

تعهد باشد و قراردادی بین ثالث و متعهدله وجود داشته باشد، تعهد بوجود آمده له ثالث به قوت خود باقی خواهد ماند.

۵-۳- تعهد به فعل مادی

تعهد به پرداخت وجه مثال رایجی است که حقوقدانان در بحث از مالکیت مافی‌الذمه مطرح می‌کنند. در این فرض به لحاظ جمع شدن دو وصف دائن و مدیون در شخص و دارایی واحد اجرای تعهد عقلاً قبیح بوده و تعهد از بین رفته تلقی می‌گردد. بدیهی است از بین رفتن تعهد لحظه تحقق سبب مالکیت مافی‌الذمه محقق می‌شود و چنانچه آثاری قبل از آن بر دین یا طلب وجود داشته باشد به قوت خود باقی خواهند بود و حسب مورد اثر مختص خود را خواهد داشت. در موردی که منتقل‌منه، ذی نفع منحصر است محلی برای بحث وجود ندارد؛ اما اگر علاوه بر متعهدله اصلی، ثالث نیز ذینفع تعهد باشد، در مورد حقوق ثالث باید بحث نمود. فرض کنید شخصی متعهد به ساخت باغی تا اول اسفند ۹۷ می‌گردد و متعهدله نیز قبل از ساخت باغ، آن باغ را از ابتدای فروردین ۹۸ تا شهریور ۹۸ به ثالث اجاره می‌دهد. در فرض صحت چنین اجاره‌ای، با توجه به لازم بودن عقد اجاره در صورتی که سبب تحقق مالکیت مافی‌الذمه ارث باشد و متعهد وارث منحصر متعهدله بوده باشد، ممکن است گفته شود تعهد به قوت خود باقی است و متعهد باید تعهد سابق خود را اجرا کند. اما اگر سبب تحقق مالکیت مافی‌الذمه وصیت باشد و ارزش تعهد نیز کمتر از ثلث اموال باشد و یا مازاد بر ثلث باشد ولی مورد تنفیذ ورثه قرار گیرد آنگاه باید تعهد را از بین رفته اعلام نمود. نهایت آنکه ثالث می‌تواند الزام ورثه یا شخصیت حقوقی ترکه را به ساخت باغ بخواهد و یا از ایشان خسارت عدم اجرای تعهد بگیرد ولی به هر حال متعهد نخست به لحاظ تحقق مالکیت مافی‌الذمه از ایفاء تعهد بری شده و الزامی در برابر ثالث ندارد.

البته چنانچه بین متعهدله و ثالث رابطه قراردادی وجود نداشته باشد ولی در عین حال از رهگذر اجرای تعهد، ثالث نیز منتفع شود، مانند تعهد به ناکاری ملک که موجب افزایش قیمت املاک همسایگان نیز خواهد شد، با تحقق مالکیت مافی‌الذمه، ثالث چون از ابتدا نفع قابل مطالبه‌ای نداشته است هم اکنون نیز نمی‌تواند ادعایی مطرح کند.

۵-۴- تعهد به ترک فعل مادی

ممکن است با پابندی به تعهد به ترک فعل، علاوه بر متعهدله اصلی، ثالث نیز منتفع گردد. چنانچه نفع ثالث ریشه قراردادی نداشته باشد، حقی برای وی قابل تصور نیست ولی چنانچه این نفع در اثر قرارداد به وی رسیده باشد، در مورد حقوق ثالث باید بحث نمود.

فرض کنید الف در برابر ب متعهد به عدم تأسیس خواروبارفروشی در ملک خود به مدت ۳۰ سال شده است تا از این رهگذر مشتری بیشتری به مغازه ب مراجعه کند. ج نیز با توجه به وجود چنین قراردادی، اقدام به خرید ملک دیگر ب می‌نماید که با عدم تأسیس مغازه توسط الف، می‌تواند نصف مشتریان محله را جذب کند در حالی که با تأسیس مغازه توسط الف، یک سوم مشتریان آن محله به او رجوع خواهند نمود. با تحقق مالکیت الف نسبت به این تعهد، تعهد ب در قبال ج نسبت به عدم اجازه دادن به الف برای دائر کردن مغازه چه خواهد شد. در این فرض نیز باید بین حالتی که سبب تحقق مالکیت مافی‌الذمه ارث باشد و متعهد وارث منحصر باشد با فرضی که سبب تحقق مالکیت مافی‌الذمه، وصیت باشد تفکیک قائل شد. در فرض اخیر تعهد منتفی می‌شود و متضرر (ج) می‌تواند نسبت به مطالبه ضرر اقدام نماید؛ در حالی که در فرض نخست باید وارث را به تعهدات مورث، پایبند اعلام نمود. از سوی دیگر ممکن است گفته شود چنین وصیتی یا حتی ابراء ذمه متعهد، سو استفاده از حق بوده و وصیت یا ابراء مزبور غیر نافذ به نحو مراعی خواهند بود.

۶- اثر تحقق مالکیت مافی‌الذمه نسبت به ثالث در تعهدات متعددالاطراف

ممکن است دو طرف تعهد یا یکی از دو سوی آن متعدد باشند. این چنین حالاتی را به طور کلی تعهدات متعددالاطراف نامیده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱۶۷) با تفکیک بحث در انواع تعهدات متعددالاطراف و ترسیم فروض مختلف به ارائه حکم هر مورد نسبت به ثالث باید همت گماشت.

۶-۱- تعهدات پیوسته به نحو تسهیم

هرگاه تعهد پیوسته به نحو تسهیم باشد و انتقال ذمه یکی از مدیونین به طلبکار رخ دهد و طلبکار مالک مافی‌الذمه یکی از مدیونین شود، از آنجایی که در این‌گونه تعهدات هر متعهد فقط سهم خود را می‌پردازد و وصف پیوسته بودن به خاطر وجود سبب مشترک در ایجاد تعهد است، تغییری در سهم سایر مدیونین حاصل نمی‌شود و طلبکار نسبت به سهم منتقل‌منه حق رجوع به سایرین را ندارد. در مواردی که یکی از مدیونین مالک مافی‌الذمه طلبکار شود، به نسبت مازاد بر سهم خود حق رجوع به دیگر مدیونین از باب قائم مقامی از طلبکار را خواهد داشت. ماده ۱۲۰۹ قانون مدنی فرانسه^۱ نیز با تصریح به این‌که

^۱-اصلاحی ۹ ژوئیه ۱۹۹۱

مالکیت مافی الذمه صرفاً موجب سقوط دین سهم بدهکار یا بستانکار می‌گردد همین نظر را ارائه داده است.^۱

۶-۲- تعهدات تجزیه‌ناپذیر

هرگاه تعهد تجزیه‌ناپذیر باشد و انتقال ذمه یکی از متعهدین به متعهدله رخ دهد، مانند فرضی که چند شخص از الف کفالت می‌کنند و تعهد به احضار وی را در برابر مکفول له واحد می‌دهند، علیرغم انتقال ذمه یکی از کفیلان به مکفول له، همچنان موضوع عقد (تعهد به احضار) در عالم خارج محقق نشده است، فلذا باید گفت در چنین فرضی از آنجایی که مکفول له حق مراجعه به هر یک از متعهدین را داشته (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱۸۷) حق رجوع وی به خودش به لحاظ تحقق مالکیت مافی الذمه ساقط شده ولی وی همچنان حق رجوع به سایرین را دارد چه این که تعهد هر کدام از متعهدین صرف نظر از تعهد سایرین قابل مطالبه است.

هرگاه که ذمه متعهدله به یکی از متعهدین منتقل شود، آنکه مالک مافی الذمه شده از باب قائم مقامی حق رجوع به سایر متعهدین را دارد و سایر متعهدین نیز با توجه به تجزیه‌ناپذیر بودن تعهد باید تمام آن را ایفا کنند. البته چنانچه تعهد از قبیل کفالت باشد و به دلیلی از تعهد به احضار تن تبدیل به پرداخت وجه الکفاله شود مازاد بر سهم خود را می‌تواند مطالبه کند.

۶-۳- تعهدات تضامنی

بند اول ماده ۱۳۴۹ قانون مدنی فرانسه اصلاحی سال ۲۰۱۶ مقرر نموده: «در تمامی صورتی که بین مدیونین یا دائنین، تضامن وجود داشته باشد و مالکیت مافی الذمه در مورد یکی از افراد محقق شود، این امر موجب سقوط تعهد باقی افراد جز به میزان سهم‌شان نخواهد بود.» اطلاق این مقرر را نمی‌توان پذیرفت بلکه باید بین صور مختلف قائل به تفکیک شد و در هر مورد باید اثر این واقعه حقوقی را نسبت به ثالث سنجید.

۶-۳-۱- تعدد طلبکاران و بدهکار واحد

گاه یک شخص (متعهد) در برابر دو یا چند شخص دیگر (متعهدلهم) تعهدی دارد. این حالت را «تضامن مثبت» یا «تضامن طلبکاران» یا «تضامن طلب» نامیده‌اند. برای تدقیق در بحث، چند حالت

^۱- ماده ۲۸۸ قانون مدنی مصر نیز مقرر داشته: «إذا اتحدت الذمة بين الدائن واحد مدینیه المتضامین، فان الدین لا ینقضی بالنسبة إلی باقی المدینین، إلا بقدر حصه المدین الذی أتحده ذمته مع الدائن.»

مختلف فرض و هر فرض بر اساس مبنای انتخابی مورد تحلیل قرار می‌گیرد. در تعهد تضامنی مثبت^۱ یعنی جایی که دو یا چند متعهدله و یک متعهد وجود دارد^۲ فروض ذیل قابلیت تصور دارد:

فرض اول؛ هرگاه متعهدلهم دو شخص باشند و متعهد مالک مافی‌الذمه یکی از ایشان شود:

در این فرض اگر تحقق مالکیت مافی‌الذمه را سبب سقوط تعهد بدانیم، متعهد فقط تعهد به پرداخت نصف کل تعهد را دارد؛ اما اگر مالکیت مافی‌الذمه را سبب سقوط ندانیم، مدیون از باب متعهد بودن باید تمام دین را بپردازد و بعد از باب قائم‌مقامی از یکی از متعهدلهم به نسبت سهم وی به شریک قابض رجوع کند.

فرض دوم؛ هرگاه متعهدلهم بیش از دو شخص باشند و متعهد مالک مافی‌الذمه یکی از ایشان شود:

بر این مبنا که تحقق مالکیت مافی‌الذمه را سبب سقوط تعهد بدانیم، اولاً رجوع بین خود طلبکاران تضامنی نیست، زیرا با پرداخت دین از سوی مدیون (به لحاظ تحقق مالکیت مافی‌الذمه) وصف تضامن از بین می‌رود؛ ثانیاً سایر طلبکاران فقط نسبت به سهم خودشان به صورت غیر تضامنی حق رجوع به شریک قابض را دارند. منظور از شریک قابض، همان متعهد است که در اثر تحقق مالکیت مافی‌الذمه مالک مافی‌الذمه یکی از متعهدلهم شده است. چنانچه تحقق مالکیت مافی‌الذمه را سبب سقوط کامل تعهد ندانیم، نمی‌توان پذیرفت که در اثر تحقق مالکیت مافی‌الذمه، متعهد دین خود را پرداخته است بلکه باید گفت وی صرفاً علاوه بر عنوان اعتباری متعهد، عنوان اعتباری متعهدله را نیز یافته است و به عبارت دیگر سایر طلبکاران به وی به عنوان مدیون بودن وی با وصف تضامن مثبت حق رجوع دارند؛ بدین معنا که سایر متعهدلهم می‌توانند علاوه بر سهم خاص خود با استفاده از وصف تضامن، سهم بقیه طلبکاران را نیز مطالبه نمایند.

فرض سوم؛ هرگاه متعهدلهم دو شخص یا بیشتر باشند و ذمه متعهد به لحاظ تحقق مالکیت

مافی‌الذمه به یکی از ایشان منتقل شود: در مورد حکم آن باید گفت صرف‌نظر از مبنای انتخابی، باید گفت که از آنجایی که در حقوق مدنی ما مالکیت ورثه بر ترکه بعد از ادای دیون مستقر می‌شود و در واقع برای ترکه قبل از تصفیه شخصیت حقوقی مستقل اعتبار می‌شود، هر یک از متعهدلهم می‌توانند نسبت به کل دین به ترکه مراجعه نمایند. چه بسا دین مستغرق بوده و ترکه تکاپوی دیون را نکرده باشد که در این

^۱ - Solidarite active

^۲ - تضامن مثبت را این‌گونه تعریف کرده‌اند: «هرگاه دو یا چند نفر طلب‌های متعددی از یک نفر داشته باشند، سپس در ضمن یک قرارداد با بده کار شرط نمایند که هر کدام بتوانند برای دریافت تمام طلب به او مراجعه نمایند، تضامن مثبت خواهد بود. (جمال، ۱۹۸۹: ۴۵)

صورت به میزانی از ترکه که "طلبکار مالک مافی الذمه شده" به عنوان طلب خود برداشت نماید به منزله دریافت از مدیون بوده است و سایر طلبکاران صرفاً به همان میزان به وی حق رجوع دارند. لازم به ذکر است که در این فرض وصف تضامن مثبت از بین نخواهد رفت زیرا دلیلی بر اضمحلال آن وجود ندارد.

۶-۳-۲- تعدد بدهکاران و طلبکار واحد

گاه دو یا چند شخص در برابر یک شخص، تعهدی بر ذمه پذیرفته‌اند. این مورد را تضامن منفی، تضامن دین و تضامن بدهکاران^۱ نامیده‌اند. تعهد زمانی تضامنی که همه متعهدین ملزم به اجرای تعهدی واحد و یکسان باشند و متعهدله می‌تواند تا زمانی که اجرای کامل را دریافت ننموده است، از هر یک از متعهدین اجرای کامل آن را درخواست نماید.^۲ در اینجا نیز فروض ذیل قابلیت تصور دارد که اثر هریک از آنها نسبت با ثالث باید مورد بررسی قرار گیرد:

فرض اول: هر گاه دو شخص یا بیشتر بدهکار بوده و یک شخص طلبکار باشد و طلبکار مالک

مافی الذمه یکی از مدیونین گردد: نظر به اینکه طلبکار حق مطالبه و اخذ طلب خود را از هر یک از مدیونین داشته است با تحقق مالکیت مافی الذمه در صورت وجود ترکه، طلبکار می‌تواند حق خود را از محل ترکه برداشت نماید و در صورت تکاپوی ترکه از این بابت حق رجوعی به بدهکار دیگر برای وی باقی نمی‌ماند و دین ادا شده تلقی می‌شود و لکن اگر به موجب قانون یا قرارداد هر یک از بدهکاران حق رجوع به دیگری را به نسبت سهم یا میزان مقرر قراردادی یا قانونی به دیگری داشته باشند، طلبکاری که مالک مافی الذمه شده از باب قائم مقامی ممکن است حق رجوع به دیگر مدیون را داشته باشد.

فرض دوم: هرگاه دو شخص یا بیشتر بدهکار بوده و یک شخص طلبکار باشد و یکی از

مدیونین مالک مافی الذمه طلبکار شود: در واقع چنین مدیونی مالک طلب شده است و نباید تحقق این امر را به منزله پرداخت دین دانست بلکه چنین مدیونی قائم مقام طلبکار در مطالبه طلب شده و البته نسبت به سهم سایر مدیونین منهای سهم خود حق رجوع به ایشان را دارد.

^۱ - در متون حقوقی معاصر معمولاً تضامن به صورت مطلق بکار رفته و مراد همین قسم از تضامن است.

^۲ - Article 10:101- (1): Obligations are solidary when all the debtors are bound to render one and the same performance and the creditor may require it from any one of them until full performance has been received.

بند دوم ماده ۱۰۸:۱۴ DCFR^۱ مقرر داشته است که: «در صورت تحقق مالکیت مافی‌الذمه نسبت به دین یکی از بدهکاران متضامن، دین فقط نسبت به سهم دینی خود او ساقط می‌شود و سایر بدهکاران به میزان سهم خود همچنان مدیون هستند.»

بند دوم ماده ۱۰۷:۱۰ اصول اروپایی حقوق قراردادها نیز بیان نموده است که حصول مالکیت مافی‌الذمه میان یکی از متعهدین تضامنی و متعهده، متعهدین دیگر را صرفاً به میزان سهم مربوط به متعهد مزبور بری الذمه می‌کند. این قاعده در جایی اعمال می‌شود که یکی از متعهدین، وارث متعهده باشد و از وی ارث ببرد یا در موردی که شرکت‌های متعلق به متعهد و متعهده در هم ادغام شوند. در مواردی که بین دیون متعهده و یکی از متعهدین اتحاد ذمه روی دهد، به میزان اتحاد مزبور، دین سایر متعهدین نیز به نسبت سهم متعهد کاهش می‌یابد. این مقررہ راجع به تعهدات تضامنی است که در این سند با عنوان Solidary Obligation معرفی شده‌اند.^۲

چنانچه یکی از متعهدین معسر شود، سهم وی باید به سهم سایر متعهدین به صورت مساوی اضافه شود. در این حالت، سهم متعهدی که در مورد سهم وی اتحاد ذمه رخ داده است نیز افزوده خواهد شد.^۳ بند دوم از ماده ۶:۲۰۱ DCFR اعلام داشته است تحقق مالکیت مافی‌الذمه نمی‌تواند اشخاص ثالث را از حقوق خود محروم کند.^۴

۷- اثر تحقق مالکیت مافی‌الذمه در موارد ضمان نقل ذمه

آن‌گاه که ضمان به نحو نقل ذمه محقق شده باشد، فرض این است که با تحقق ضمان، ذمه مضمون‌عنه بری شده و ذمه ضامن به دین مشغول گردیده است. در این وضعیت نیز به حصر عقلی، شش فرض قابل تصور است که اگرچه از نظر حکم متحد هستند اما بررسی هر مورد از نظر تحلیلی سودمند خواهد بود:

فرض اول: هرگاه ضامن مالک مافی‌الذمه مضمون‌له شود یا به دیگر عبارت متعهد (ضامن) از باب ضمان نقل ذمه، متعهد پرداخت به مورث خود باشد و مالک مافی‌الذمه متعهده شود، بر هر دو مبنا امکان

^۱ - Merger of debts between a solidary debtor and the creditor discharges the other debtors only for the share of the debtor concerned.

^۲ - در برابر این نوع تعهدات، در ماده ۱۰۱ از فصل دهم همین سند، تعهد مجزا Separate Obligation و تعهد اشتراکی Communal Obligation نیز معرفی شده است.

^۳ - Lando Ole, Clive Eric, Prum Andre and Zimmermann Reinhard (eds), The Principles of European Contract Law Part III, prepared by the Commission on Contract Law, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2003. P. 71.

^۴ - Paragraph (1) does not, however, apply if the effect would be to deprive a third person of a right.

رجوع به مضمون عنه را دارد. اگر بنا را بر سقوط کامل تعهد بگذاریم، تحقق مالکیت مافی‌الذمه در حکم پرداخت است (ماده ۷۱۲ قانون مدنی) و با ادای دین توسط ضامن، وی حق رجوع به مضمون عنه را دارد؛ این تحلیل هنگامی تقویت می‌شود که گفته شود مالکیت مافی‌الذمه از حیث آثار در حکم ایفای تعهد است نه از قبیل ابراء (شهیدی، ۱۳۹۰: ۱۹۷) و اگر قائل بر سقوط نباشیم نیز، ضامن به عنوان قائم‌مقام مضمون له حق رجوع به مضمون عنه را دارد. پذیرش نظریه در حکم پرداخت بودن مالکیت مافی‌الذمه با این ایراد مواجه می‌شود که در مواردی که ضمان بدون اذن مضمون عنه بوده باشد ضامن حق رجوع به مضمون عنه را ندارد و اطلاق ماده ۷۱۲ از بین می‌رود. (محمدی، ۱۳۷۴: ۱۸۶). در فرضی که ضامن با اذن مضمون عنه دین را بر ذمه گرفته باشد با تحقق مالکیت مافی‌الذمه بر دو مبنای قائم‌مقامی و پرداخت حق رجوع دارد ولی در فرضی که بدون اذن دین را پذیرفته باشد حق رجوعی برای وی نمی‌توان تصور کرد چه این که با تحقق ضمان، دین از عهده مضمون عنه برداشته شده و بری‌الذمه شده و با تحقق مالکیت مافی‌الذمه طلب مضمون له پرداخت شده و ضامن مبنایی برای رجوع به مضمون عنه ندارد. برای حل این مشکل گفته‌اند مبنای ماده ۷۱۲ را باید بر قائم‌مقامی گذارد تا در فرض اخیر نیز ضامن حق رجوع به مضمون عنه را بیابد. (عدل، بی‌تا، ص ۴۵۰)

فرض دوم: هرگاه ضامن مالک مافی‌الذمه مضمون عنه گردد، از اموال شخصی خود در قبال مضمون له باید ادای دین نماید و اثری در عقد ضمان ندارد. بدیهی است رجوع چنین ضامنی به اموال مضمون عنه منوط به وجود اذن در ضمان بوده و تابع قواعد عمومی حق رجوع ضامن است. فلذا در مثالی که فرزندی ضامن پدر خود شده است، پس از فوت پدر، ضامن (فرزند) طبق قواعد عمومی باید دین (که با تحقق ضمان بر عهده وی مستقر شده است) را بپردازد و سپس در صورت وجود سایر شرایط حق رجوع به اموال مضمون عنه (پدر) را دارد.

فرض سوم: هرگاه بعد از تحقق ضمان، مضمون عنه مالک مافی‌الذمه مضمون له گردد، نمی‌توان ذمه ضامن را بری شده دانست زیرا با تحقق عقد ضمان ذمه مضمون عنه قبلاً بری شده بوده و محلی برای تحقق مالکیت مافی‌الذمه باقی نمانده است. با تحقق ضمان نقل ذمه، مضمون عنه حکم بیگانه را یافته و دینی ندارد تا در پی سقوط آن باشیم. (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۴، ش ۱۹۳) مفهوم نقل ذمه و مواد ۷۰۷ و ۲۹۷ قانون مدنی نیز مؤید این استنباط هستند. این نظر اگرچه از نظر تحلیلی صحیح است اما در یک فرض مشکل ایجاد می‌کند؛ آنجایی که ضامن بدون اذن مضمون عنه ضمانت را پذیرفته باشد، مضمون عنه

برای دینی که اصالتاً بر عهده وی بوده، از باب قائم مقامی مضمون له حق رجوع به ضامن را می‌یابد. نتیجه ایی که منصفانه به نظر نمی‌رسد و عقلاً آن را ظالمانه می‌انگارند.

فرض چهارم: هرگاه مضمون‌عنه مالک مافی‌الذمه ضامن گردد، مکلف است از محل ترکه ضامن همانند سایر دیون دین وی را پرداخت کند والا به این دلیل که خود روزی مدیون اصلی بوده، دینی بر عهده ندارد چه اینکه حسب فرض ضمان از نوع نقل ذمه بوده است. در تأیید این نظر می‌توان از ملاک ماده ۶۹۰ قانون مدنی که اعسار متعاقب ضامن را بی اثر در عقد ضمان می‌داند بهره برد؛ بدین بیان که فوت ضامن باعث ایراد خلل به صحت عقد ضمان سابق نمی‌شود و نهایتاً چنانچه متوفی (ضامن) مالی برای ادای دیون نداشته باشد، ورثه تکلیفی به پرداخت دین از اموال خویشتن ندارند و در واقع چنین متوفایی معسر تلقی می‌شود.

فرض پنجم: چنانچه مضمون له مالک مافی‌الذمه مضمون‌عنه شود، باز هم دین ضامن به قوت خود باقی است و ضامن نیز در مقام رجوع به ترکه مضمون‌عنه تابع مقررات عمومی رجوع ضامن به مضمون‌عنه است.

فرض ششم: در فرضی که مضمون له مالک مافی‌الذمه ضامن شود، وی صرفاً می‌تواند از محل ترکه ضامن استیفای دین نماید. البته ورثه ضامن پس از ادای دین مطابق مقررات عمومی حق رجوع به مضمون‌عنه را دارند.

نتیجه گیری

پاسخ‌دهی به مسائل متعدد پیرامون مالکیت مافی‌الذمه به دلیل عدم تصریح قانونی نیازمند تحلیل دقیق ماهیت این نهاد و جمع بین مواد مختلف قانونی است. با اجتماع دو وصف متعهد و متعهدله در شخص و دارایی واحد و در آن واحد، مالکیت مافی‌الذمه به صورت قهری رخ خواهد داد. تحقق این نهاد از طریق قرارداد و یا ارث و وصیت قابل تصور است. تعهدی که طلبکار و بدهکار آن، در آن واحد در یک شخص و دارایی جمع آمده باشد را نمی‌توان حقیقتاً تعهد نامید و با تحقق مالکیت مافی‌الذمه، تعهد به طور کامل ساقط می‌گردد. مالکیت مافی‌الذمه واقعه حقوقی است که بین طرفین تعهد آثار متعددی بر جای می‌گذارد. تحقق مالکیت مافی‌الذمه اصولاً اثری در حقوق و تعهدات اشخاص ثالث ایجاد نمی‌کند ولیکن در برخی فروض، اصل و حدود حقوق و تعهدات ایشان را دستخوش تغییراتی قرار می‌دهد.

منابع

۱. ابراهیمی دینانی، غلامحسین (۱۳۹۳) قواعد کلی در فلسفه اسلامی، تهران، انتشارات پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی.
۲. امامی، سیدحسن (۱۳۳۵) **حقوق مدنی**، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۳. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۱). **المکاسب**، طبعه القدیمه، ج اول، به تصحیح رحمتی، محمدجواد و حسینی، سیداحمد، قم، نشر منشورات دارالذخائر.
۴. بزرگمهر، امیرعباس و مهرانی، غزال (۱۳۹۵). **اصلاحات در قانون تعهدات فرانسه**، تهران، انتشارات دانشگاه عدالت.
۵. بیگدلی، عطاءالله (۱۳۸۶). مالکیت مافی‌الذمه در حقوق ایران، فرانسه، مصر و فقه امامیه. معارف اسلامی و حقوق، سال هشتم، شماره دوم، صفحات ۸۴-۴۵.
۶. حکیم، عبدالمجید (بی‌تا). **الموجز فی شرح القانون المدنی العراقي**، ج دوم، بغداد، بی‌نا.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸). **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**؛ ج ۲، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
۸. جمال، مصطفی (۱۹۸۹). **احکام الالتزام**، بی‌جا، نشر دارالجامعیه.
۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶). **الزام های خارج از قرارداد**، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۱۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳). **قواعد عمومی قراردادها**، ج اول، تهران، نشر شرکت سهامی انتشار.
۱۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵). **نظریه عمومی تعهدات**، تهران، نشر میزان.
۱۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱). **نظریه عمومی تعهدات**، تهران، نشر شرکت سهامی انتشار.
۱۳. کاویانی، کوروش (۱۳۹۴). **حقوق اسناد تجاری**، تهران، نشر میزان.
۱۴. عدل، منصورالسلطنه (بی‌تا). **حقوق مدنی**، تهران، بی‌نا.
۱۵. صفایی، سیدحسین (۱۳۹۲). **حقوق مدنی**، تهران، میزان.
۱۶. صقری، محمد (۱۳۸۰). **حقوق بازرگانی اسناد**، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۷. ستوده تهرانی، حسن (۱۳۸۸). **حقوق تجارت**، ج سوم، تهران، نشر دادگستر.
۱۸. السنهوری، عبدالرزاق احمد (بی‌تا). **انتقال و سقوط تعهد**، ترجمه: علیرضا امینی، محمد حسین دانش‌کیا، منصور امینی، تهران، نشر مرکز ترجمه و نشر کتاب.

۱۹. شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم (۱۳۹۱). اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران، تبریز، انتشارات فروزش.
۲۰. نخله، موريس (۲۰۰۷). الكامل في شرح القانون المدني دراسه المقارنه، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقيه.
۲۱. محمدی چوزدانی، عبدالعلی (۱۳۷۴). مالکیت مافی‌الذمه؛ پایان‌نامه کارشناسی ارشد؛ تحت راهنمایی دکتر ناصر کاتوزیان؛ دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران.
۲۲. موسسه بین‌المللی یکنواخت سازی حقوق خصوصی یونیدورا (۱۳۹۵). اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، ترجمه اخلاقی، بهروز و امام، فرهاد، تهران، انتشارات شهر دانش.

مداخله کیفری در حوزه حقوق زن در خانواده با رویکرد جرم‌شناسی

فمینیستی

محمدجواد عبدالهی^۱

سمیه رئیسی وانانی^۲

چکیده

جریان فمینیسم، مجموعه‌ای از ایدئولوژی‌ها، تفکرات، جهت‌گیری‌ها و استراتژی‌های خاص است که با توسعه جنبش‌های زنان، درصدد ایجاد ساختارهای جدید برای زنان است تا بتواند پاسخگوی نیازهای آنان بوده و ارزش‌های تازه‌ای را به آنان القا نماید. این پژوهش بر اساس روش توصیفی نگاشته شده و سعی بر آن بوده است تا ضرورت مداخله کیفری در حوزه زنان در خانواده مورد بررسی قرار گیرد. شاید نگاه دقیق جامعه‌شناسان به ساختار سنتی خانواده در جامعه ایران و کمک به تغییر و اصلاح نگاه متعصبانه و مردانه به جامعه زنان، بتواند زمینه‌ساز تثبیت حقوق زنان در جامعه باشد و به نحوی راهی برای عدم نیاز به مداخله همه‌جانبه کیفری در حوزه خانواده باشد. در حقوق داخلی، قانون حمایت خانواده جدید نسبت به پاره‌ای از جرایم حوزه زنان در خانواده، ضمانت اجرای کیفری وضع شده است. به نظر می‌رسد مداخله کیفری جهت حمایت از حقوق زنان در خانواده، به عنوان آخرین راه‌حل و تنها در مواردی که دیگر راهکارها مؤثر واقع نشوند، ضروری می‌باشد.

کلیدواژه‌ها: جرم‌شناسی فمینیسم، حقوق اسلام، خانواده، حقوق زنان، مداخله کیفری

^۱ - استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و اقتصاد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد خمینی شهر، اصفهان، ایران e_m_abdollahi@yahoo.com

^۲ - کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی -so_re60@yahoo.com

مقدمه

خانواده به عنوان واحد اجتماعی بنیادین اهمیت فراوانی در حفظ ساختار سالم اجتماع دارد؛ به نحوی که وصول انسان به آرمان‌های اخلاقی با رشد در کانون خانواده‌ای سالم محقق می‌شود. خانواده نقش مهمی در سعادت فرد و اجتماع ایفا می‌کند؛ محیطی است که در آن امکان تجاوز به آزادی افراد و ارتکاب اعمال برهم‌زننده‌ی نظم عمومی وجود دارد. زنان به عنوان عضو اصلی نهاد خانواده، نقشی غیر قابل انکار را در سعادت فرزندان ایفا می‌نمایند. این وضعیت، دولت‌ها را به تکاپو در راستای کنترل چنین اقداماتی به اندیشیدن تدابیری جهت حمایت از زنان وای دارد. از جمله‌ی این تدابیر، استفاده از کیفر و جرم‌انگاری رفتارهای متعارض با اعضای خانواده است. موافقان مداخله کیفری معتقدند اختیار دولت در مداخله محدود است و باید از کیفر به عنوان آخرین راهکار استفاده شود. مداخله کیفری از رهگذر جرم‌انگاری، خلاف اصل بوده، اجرای آن نیازمند توجیه است. (یزدانی و مقدسی، ۱۳۹۷: ۱۴۶)

فمینیسم، اصطلاحی است که برای نخستین بار در کنفرانس بین‌المللی زنان در سال (۱۹۸۲) در پاریس استفاده و توسط یکی از نظریه‌پردازان فرانسوی به نام "شارل فوریه" تبیین شد. فمینیست‌ها ریشه فرودستی زنان را کانون خانواده می‌دانستند و تلاش کردند این کانون مهم و حیاتی زندگی بشر را با توهم اینکه عامل ستم بر زنان است، از میدان بیرون کنند. غافل از اینکه نگاه تک بعدی و جزئی‌نگر آن‌ها، زنان را در گردابی سهمگین انداخته به گونه‌ای که ستمی که امروزه در نظام سرمایه‌داری بر زنان روا داشته می‌شود، هرگز با میزان ظلم و ستمی که گمان می‌رود خانواده بر زنان وارد می‌کند، قابل مقایسه نیست. از این رو، بسیاری از فمینیست‌ها در دهه ۱۹۸۰ به نقش مثبت خانواده نیز توجه نشان دادند، و این نکته مورد تأکید قرار گرفت که نباید خانواده به عنوان کلیتی یکپارچه نفی شود و باید در کنار ابعاد منفی، به ابعاد مثبت آن نیز توجه شود. می‌توان گفت جریان فمینیسم، هرچند با ادعای دفاع از حقوق زنان پا به عرصه مبارزه با ستم علیه زنان نهاد، اما بدون توجه به ابعاد گوناگون زندگی بشری و بدون آگاهی از نیازهای واقعی هر دو جنس، به نظریه‌پردازی و سپس تلاش برای اعمال سیاست‌های عملی خاص درباره زنان و مردان پرداخت. از این راه، نه تنها ستم علیه زنان را محو نکردند، بلکه خود زمینه‌ساز ظلمی مضاعف بر زنان شدند. (معظمی، ۱۳۸۳: ۲۲۷)

در این پژوهش که با روش توصیفی نگاشته شده است، از منظر جرم‌شناسی فمینیستی به بررسی جواز یا عدم جواز وضع کیفر در مسائل مربوط به حقوق زنان خواهیم پرداخت.

۱- فمینیسم

واژه فمینیسم را «اوبرتین اوکالر» بنیانگذار نخستین انجمن حق رأی زنان در دهه ۱۸۸۰ میلادی در فرانسه وضع نمود. این واژه در نخستین سال‌های سده بیستم به انگلستان و ایالات متحده راه یافت و پس از دهه ۱۹۶۰ میلادی و بر آمدن موج دوم فمینیسم، استفاده از آن برای کسانی که حامی بهبود وضعیت زنان در جامعه بودند، متداول تر گشت. (لیپست، ۱۳۸۳: ۱۰۱۶) فمینیسم با دیدگاه زن‌باورانه و برافراشتن بیرق مبارزه با تبعیض، از خرمن هر دانش خوشه‌ای می‌چیند، در نهایت مشخص نمی‌شود که فمینیسم چیست؟ مکتب، دانش یا جنبش. بی‌دلیل نیست که «ربکا وست» از فمینیست‌های معروف می‌گوید: «من خودم هیچ‌گاه نتوانستم درست بفهمم فمینیسم یعنی چه؟ فقط می‌دانم هر وقت احساساتی را بیان می‌کنم که مرا از زنی «شل وول» یا یک روسپی متمایز می‌کند، به من می‌گویند فمینیست». (مرجع فمینیسم، ۱۳۷۸: ۲۹)

بی‌توجهی به زنان در حوزه نظریه‌پردازی جرم، به عنوان یکی از شاخه‌های مطالعات حقوقی، فمینیست‌ها را به انتقاد واداشت و باعث شروع مطالعاتی در مبانی نظری جرم‌شناسی شد که بخش عمده مطالعات جنسیتی درباره جرم را تشکیل می‌دهند. در خصوص مداخله کیفری در حقوق خانواده نیز جرم‌شناسی فمینیستی صاحب‌نظر می‌باشد. از جمله ضمانت‌های اجرایی کیفری در راستای حمایت از خانواده، سیاست کیفری اتخاذ شده در جرایم بر ضد حقوق و تکالیف خانوادگی (مواد ۶۴۷-۶۴۲ قانون مجازات اسلامی) است که شامل ترک انفاق، ازدواج با زن شوهردار و معتده، به عقد درآوردن زن شوهردار و معتده، عدم ثبت ازدواج، طلاق، رجوع، ازدواج قبل از بلوغ و تدلیس در نکاح که می‌تواند در بوتۀ نقد و بررسی قرار گیرد که این مداخلات برای حمایت از زنان تا چه میزان کافی و ضروری می‌باشد؟ و اساساً پیامدهای ناشی از مداخله کیفری در حوزه خانواده موجب حفظ کیان خانواده است یا فروپاشی؟ و اگر نیاز به مداخله باشد چه جرائمی در اولویت قرار دارد؟

فمینیسم به عنوان یک جنبش اجتماعی برای دفاع از حقوق زنان، یا آنچه این پنداشته شده، عموماً به مکاتب و جریان‌های مسلط فکری هم‌عصر خود متکی بوده است. فمینیست‌ها استراتژی محوری خود را بر مبنای برابری زن و مرد، جلوگیری از ظلم و ستیز علیه زنان و تولید قواعد فراملیتی به منظور ایجاد اتحاد بین زنان قرار دادند که با هنجار شکنی‌های خاصی چون خلعت و ولایت و سرپرستی مرد بر خانواده، ازدواج همجنس‌گرایان زن (لزبین‌ها)، اشتغال زنان در تمامی سطوح شغلی و نکوهش نقش‌های همسری و مادری زنان همراه بود. به اعتقاد فمینیست‌ها احساس برتری مردان، مربوط به "نقش‌های جنسیتی" است و مفهوم جنسیت، منشأ تبعیض علیه زنان می‌باشد، لذا در صدد تغییر هویت زن برآمدند تا با رشد عواملی چون آگاهی، ایجاد اعتماد به نفس و تشکیل هویت‌های موجود برای آنان، پارادایم اجتماعی را فراهم کنند که به زعم خویش، بستر مناسبی برای

آزادی و برابری زنان با مردان در تمامی سطوح بود. "ژنویو فرس" از فیلسوفان و مورخان فرانسوی عصر حاضر در این زمینه می‌نویسد: «برابری یک مسأله مرکزی در اندیشه فمینیستی است، این مسأله در واقع بیانگر ایده‌ها و آمال فمینیستی در نقد تسلط مردان و خواست یک تعادل پایاپای میان مردان و زنان است. در حقیقت فمینیست مردان را در جایگاه مسلط دیده و ارتباط با آنان را انقیاد زنان تلقی می‌نماید، لذا سیستم‌های متعامل زنان و مردان، به طور نمونه خانواده، به شدت مورد تاخت و تاز فمینیست‌ها قرار می‌گیرد. (دوانی، ۱۳۸۳: ۵۹)

۲- نظریات نظریه پردازان فمینیستی

در جهان نظریه‌ها و پیش‌تر از آن در دنیای واقعی، یعنی در زمین مبارزات اجتماعی زنان، نمی‌توان یک تعریف واحد از فمینیسم ارائه داد. فمینیسم به مجموعه متکثری از نظریه‌ها و سیاست‌ورزی‌ها اشاره دارد. گرچه همه فمینیست‌ها به فرودستی زنان آگاه و خواهان رهایی آنان هستند، [اما] بر سر علل این فرودستی یا راه‌های رهایی توافق کاملی ندارند. در واقع، جنبش فکری فمینیسم، انواع گوناگونی دارد. هر کوششی برای طبقه‌بندی نظریه‌های فمینیستی انبوهی از مشکلات به همراه دارد. هر نوع نظام طبقه‌بندی می‌تواند دل‌خواهی و ناقص از کار درآید. با این وجود، برای رسیدن به تعاریف و کسب شناخت ناگزیر از مقوله‌بندی هستیم. بنابراین، نظریه‌های مطرح فمینیستی در دو دسته «کلاسیک» و «معاصر» مرور شده‌اند. فمینیسم لیبرال، فمینیسم مارکسیستی و فمینیسم رادیکال، سه گرایش سنتی فمینیستی هستند که می‌توان آن‌ها را شاخه‌های اصلی نظریه‌های فمینیستی دانست. این سه گرایش فمینیستی از آغاز جنبش زنان در اواخر قرن نوزدهم، همواره در ادبیات فمینیست‌ها قابل ردیابی هستند. (زینلی، ۱۳۷۰: ۱۱۸) در واقع، می‌توان این گرایش‌ها را نظریه‌های کلاسیک فمینیستی دانست که سایر نظریه‌های معاصر بر مبنای نقد، تعدیل یا ترکیب آنها ساخته شده‌اند. کوشش‌های فکری زنان در کمتر از دوپست سال گذشته چشم‌اندازهای تازه‌ای به روی دانش بشر گشوده و پرسش‌های مهم بسیار به میان آورده است. اما تنوع و تضارب شگفت آور اندیشه‌ها، خود به سدی در برابر درک چند و چون آن‌ها بدل شده است. (تانگ، رزماری، ۱۳۹۶)

به طور کلی، نظریه‌های کلاسیک و نظریه‌های معاصر فمینیستی عبارتند از: فمینیسم لیبرال، فمینیسم مارکسیستی، فمینیسم رادیکال، فمینیسم روانکاوانه، پسافمینیسم حقیقت‌گرا (عریانیسیم)، فمینیسم سوسیالیستی، فمینیسم پست‌مدرن، فمینیسم سیاه، فمینیسم پساستعماری، فمینیسم اسلامی

۳- فمینیسم اسلامی

«فمینیسم اسلامی» اصطلاحی است که عمدتاً در غرب و توسط دانشگاهیان و روزنامه نگارانی که بر روی جوامع مسلمان کار می‌کردند، مطرح شد. هدف این محققان از به کار بردن این اصطلاح، توضیح تلاش‌های

حق خواهانه و اصلاح طلبانه‌ای است که از طرف عده‌ای از زنان تحصیل کرده و مدرن مسلمان در چارچوب دینی صورت می‌گیرد. به تعبیری، فمینیسم اسلامی گفتمان و عملی فمینیستی است که از درون به یک پارادایم اسلامی متصل است. فمینیسم اسلامی فهم و قدرتش را از تفسیر مترقی قرآن و سنت می‌گیرد و در جستجوی حقوق و عدالت برای زنان و مردان در تمامیت وجودشان است. اصطلاح فمینیسم اسلامی طی سال‌های دهه ۱۹۹۰ به تدریج در چندین منطقه جهان، پدید آمد و ابتدا در حوزه آکادمیک و دانشگاهی مطرح شد. (کشاورز، ۱۳۸۷: ۳۶)

از نظر زنان دانشگاهی ایرانی، همچون افسانه نجم‌آبادی، پروین پایدار و نیره توحیدی، منشاء ایجاد این مفهوم در ایران است. دانشگاهی سعودی در سال ۱۹۹۶ این اصطلاح را در کتابی به نام «فمینیسم و اسلام» به کار برده است. همچنین، اصطلاح یا واژه فمینیسم اسلامی در ترکیه و کشورهای مسلمان آفریقایی، در دهه ۹۰ در مقالات دانشگاهی به کار رفته است. در مجموع، اصطلاح فمینیسم اسلامی از اواسط دهه ۹۰ در چهار گوشه امت اسلام منتشر شده است. البته، فمینیست‌های مسلمانی هستند که تمایلی به صفت اسلامی ندارند، چرا که امروزه این صفت مبین موافقت با نقش «سیاسی» خاصی برای اسلام است که الزاماً مورد قبول همه مسلمانان نیست. باید توجه داشت که واژه‌های «مذهبی» و «لاییک» اصطلاحاتی کاملاً متضاد نیستند، بلکه همیشه پیچیدگی‌هایی بین این دو وجود دارد. به همین علت، فمینیسم اسلامی از دوگانه «مذهبی – لاییک» فراتر می‌رود. فمینیسم اسلامی از حقوق زنان، برابری دو جنس و عدالت اجتماعی از طریق دادن یک جایگاه محوری به استدلال‌های اسلامی، دفاع می‌کند. گرچه این استدلال‌ها یگانه نیستند. به بیان دیگر، بیش از آنکه در فمینیسم اسلامی، اندیشه‌های مذهبی محور باشد، گفتمان زنان مسلمان در دفاع از حقوق‌شان مرکزیت دارد. در مجموع، فمینیسم اسلامی نتیجه تلاشی است که زنان در داخل بافت‌های مذهبی‌شان انجام می‌دهند. فمینیسم اسلامی در کشورهایی با اکثریت مسلمان و نیز در کشورهای که در آنها اقلیت مسلمانی وجود دارند، پدید آمده است. فمینیسم اسلامی در میان مهاجران مسلمان در اروپا در حال گسترش است. از زنانی که در جهان به نظریه‌پردازان فمینیسم اسلامی شهرت دارند، می‌توان به فاطمه مرنیسی اشاره کرد. (کشاورز، ۱۳۸۷: ۴۲)

به‌طور کلی فمینیسم اسلامی در ارتباط با نقش زنان در اسلام بحث می‌کند که به نحوی خواستار برابری کامل همه مسلمانان در وجوه زندگی عمومی و خصوصی بدون هیچ نوع تبعیض جنسیتی می‌باشد. به عبارت دیگر فمینیست‌های اسلامی از حقوق زنان، برابری جنسیتی و عدالت اجتماعی بر پایه و اساس یک چارچوب اسلامی، دفاع می‌کنند. فمینیسم اسلامی فهم و قدرتش را از قرآن می‌گیرد و در جستجوی حقوق و عدالت برای زنان و مردان در تمامیت وجودشان است. برهان اساسی فمینیسم اسلامی این است که قرآن بر اصل برابری تمام

افراد بشر تأکید می‌کند؛ بنابراین مردسالاری و تبعیض جنسی را مردود دانسته و خواستار برابری زن و مرد (همچون دیگر برابری‌ها در اجتماع) است. فمینیسم اسلامی به عنوان یکی از قوی‌ترین جریان‌های فمینیستی در دنیای مدرن، نقش مؤثری در ارتقای بخشیدن به سطح زندگی زنان در جوامع اسلامی و نیز آگاهی بخشی به آنان داشته است. شناخت فمینیسم اسلامی که به طور همزمان هم از ایده‌های فمینیستی و هم اسلامی تغذیه می‌کند، جز با درک اجمالی از وضعیت فمینیسم و رابطه آن با اسلام در جوامع اسلامی قابل فهم نیست.

فمینیسم اسلامی آگاهی انتقادی از حاشیه‌نشینی ساختاری زنان در جامعه است و با فعالیت‌های هدایت شده به سوی تغییر روابط قدرت جنسیتی درگیر است تا جامعه‌ای ایجاد کند که تمامیت انسانی را برای همه بر اساس عدالت جنسیتی، برابری انسانی و آزادی از ساختارهای ستم فراهم آورد. در واقع، فمینیسم اسلامی عمل و گفتمان فمینیستی است که در درون پارادایم اسلامی مطرح می‌شود و می‌خواهد نسخه جدیدی از جامعه اسلامی ایده آل ایجاد کند که نقش زنان در آن متفاوت است. ایده‌آل‌سازی جامعه اسلامی آینده، نقد گذشته و آینده را مجاز می‌داند. نظریه فمینیسم اسلامی درباره ظلم به زنان و آزادی، در مخالفت با اسلام سنتی مطرح شده است. اسلام حقیقی از این منظر، متعالی‌تر از اسلام استعماری و سنتی و تحریف شده است.

هدف آن برابری کامل مسلمانان صرف نظر از جنسیت، در حوزه عمومی و خصوصی است. فمینیست‌های اسلامی از حقوق زنان، برابری جنسیتی و عدالت اجتماعی دفاع می‌کنند که ممکن است در چهارچوب اسلام نباشد، گرچه در اسلام ریشه دارد. پیشگامان جنبش هم‌چنین از گفتمان‌های فمینیست‌های غربی و سکولار استفاده کرده‌اند و نقش فمینیسم اسلامی را به عنوان بخشی از جنبش فمینیستی جهانی منسجم به رسمیت می‌شناسند. از این روست که می‌توان مدعی شد فمینیسم اسلامی پدیده‌ای جهانی است و در مناطق مختلف پراکنده دنیا توسط زنانی ایجاد شده است که در کشورهای خودشان جای دارند، چه آن‌ها از کشورهایی باشند با اکثریت مسلمان و یا از اجتماعات کوچک قدیمی، آن‌چه که در غرب در حال گسترش است.

۴- حقوق خانواده از منظر جرم‌شناسی

جرم‌شناسی علم تقریباً جدیدی است که مرتبط با علوم دیگر بوده و به بررسی عوامل جرم‌زا از طرق مبارزه برای پیشگیری از بزه و اجرای روش‌های اصلاحی و تربیتی و یا درمانی برای جلوگیری از تکرار جرم می‌پردازد. قانون‌گذار کشورمان به تأسی از آموزه‌های اسلام، در قالب قوانین و مقررات گوناگون، تدابیری را درخصوص جرم‌انگاری در حوزه خانواده مقرر داشته است. در کنار حقوق داخلی کشورمان در سطح بین‌الملل نیز به این نهاد مقدس پرداخته شده و خانواده، نقطه اتکای جامعه تلقی و دولت‌ها موظف به حمایت از آن شده‌اند. به علاوه، همواره بر عدم تبعیض جنسیتی زن و مرد تأکید شده است.

از این‌رو در طول مدتی که از تأسیس سازمان ملل متحد می‌گذرد این سازمان اعلامیه‌ها، بیانیه‌ها و کنوانسیون‌های متعددی در موضوعات مختلف حقوق بشری صادر کرده است. جرایمی که ارتکاب آن‌ها تهدیدی برای خانواده است، متنوع اند. برخی از این جرائم علیه قداست خانواده رخ می‌دهند، مثل عدم ثبت واقعه نکاح و برخی دیگر، علیه تحکیم مبانی و بنیان‌های نهاد خانواده واقع می‌گردند، نظیر خشونت علیه زنان و کودکان و برخی دیگر نیز همچون ترک انفاق، مستقیماً اعضای خانواده را هدف می‌گیرند. بدیهی است جرم‌انگاری این رفتارها، حمایت کیفری از نهاد خانواده را در قوانین و مقررات داخلی کشورمان رقم خواهد زد؛ زیرا اعتقاد بر این است که حمایت کیفری متناسب بدون آسیب زدن به بنیان خانواده می‌تواند سبب استحکام این نهاد و مجری نظم باشد و صرف‌نظر از معیارهای مهم جرم‌انگاری و نیز فارغ از اهداف و آثار کیفر، مسلماً توسل به ضمانت اجرای کیفری، فقط در صورت فقدان ابزارهای غیرکیفری یا عدم کارایی آن‌ها، به عنوان آخرین حربه، قابل توجیه است، البته به شرطی که آثار اجرای آن، زیان‌بارتر از اصل عمل نباشد. (غلامی، ۱۳۹۱: ۱۶)

۵- جرایم علیه زنان در بستر خانواده

امروزه جرایم خانوادگی، به یک پدیده جهان‌شمول مبدل گردیده است. جرایم خانوادگی، تأثیرات ناگواری را بر اجتماع گذاشته و باعث نابسامانی‌های اجتماعات مختلف در جهان گردیده است. برخی از محققین به این باور هستند که جرایم خانوادگی، راه را برای خشونت در ساختارهای اجتماعی باز کرده و باعث ایجاد خشونت‌های اجتماعی گردیده است. جرایم خانوادگی به عمل و یا برخوردی اطلاق می‌گردد که بر اساس آن، شخصی بر شخص دیگری، عمداً، در حومه و یا چارچوب خانواده، صدمه فیزیکی و یا اخلاقی وارد می‌نماید. این نوع برخورد، که از دید حقوقی، صدمه فیزیکی یا معنوی تعریف شده است، می‌تواند به گونه‌های مختلفی تبارز نماید. (کی‌نیا، ۱۳۷۳: ۲۴) چند گونه مختلف جرایم علیه زنان در بستر خانواده در ادامه بررسی می‌گردد:

۵-۱- همسر آزاری

مفهوم «همسر آزاری» تعریفی عام و گسترده دارد و در واقع هرگونه آزار فیزیکی یا روانی زن به وسیله همسرش می‌تواند در این محدوده قرار بگیرد. برخی عواملی که موجب زن آزاری توسط مردان می‌شود عبارتند از: اعتقاد به اقتدار مردانه، ناتوانی نسبی اقتصادی زن، اعتقاد به اینکه نقش زن فقط خانه‌داری است، خودپنداره منفی زنان، اعتقاد به اینکه زن مانند کودک است، اعتقاد به اینکه نظام قضایی جانب مردان را می‌گیرد. همسرکشی آخرین حد همسر آزاری است که در آن همسر و شریک زندگی خود را به هر دلیل به قتل می‌رساند و به شیوه‌های ضربه زدن، پرت کردن، آتش زدن، دار زدن، مسموم کردن، و خفه کردن روی داده است. خشونت مردان عمداً تهاجمی و خشونت زنان عموماً دفاعی است.

بدیهی است که زن‌آزاری پدیده‌ای مرضی بوده و باید آن را از اختلافات خانوادگی که ممکن است در خانواده‌های بسیاری وجود داشته باشند، تفکیک نمود. اگرچه حاد شدن یک اختلاف خانوادگی گاه می‌تواند منجر به آزرده شدن طرف ضعیف اختلاف که اغلب زن خانواده است بشود، ولی این امر معمولاً مقطعی و موقتی است. حال آنکه قربانیان زن‌آزاری به صورت مزمن و دائمی مورد اذیت و آزارهای بی‌دلیل شوهران خود قرار گرفته و یا شوهران‌شان به هر بهانه کوچکی آنها را مورد ضرب و جرح قرار می‌دهند. این آزارها به حدی است که گاهی اوقات باعث پناه بردن زن به مراجع قانونی می‌شود.

زنان به دلیل تمایز قوای فیزیکی‌شان نسبت به مردان، در معرض خشونت و آسیب‌های فراوان قرار دارند. نیرومندی مردان نسبت به زنان باعث می‌شود در هر شرایطی امکان ایراد آسیب توسط آنان بر زنان وجود داشته باشد. خصوصی بودن نهاد خانواده که سبب پنهان ماندن اعمال خشونت‌آمیز می‌شود نیز مرد را در ارتکاب خشونت مصمم‌تر خواهد کرد. در چنین مواردی نمی‌توان به بهانه خصوصی بودن نهاد خانواده یا ابتدائی آن بر پایه عاطفه، ورود آسیب‌های گوناگون به زن را تجویز کرد. در نتیجه، لزوم جرم‌انگاری افتراقی در مورد خشونت‌هایی که توسط مردان بر زنان تحمیل می‌شود، از رهگذر اصل آسیب‌ضروری است؛ امری که قانون‌گذار تاکنون بدان توجه نداشته است. شاید برخی با این استدلال که ارتکاب ضرب و جرح به دیگران جرم انگاری شده است، بر نظر بیان شده ایراد گیرند؛ اما باید گفت تساوی در مجازات مرتکبان خشونت علیه همسر خویش در مقایسه با سایر مرتکبان ضرب و جرح، دور از انصاف است؛ زیرا علاوه بر وضعیت فیزیکی وجه نسبت به همسر، وی همیشه (حتی پس از وقوع جرم) در موقعیتی دور از انتظار عموم، در دسترس همسر خویش است و زمینه برای ایراد آسیب بیشتر فراهم است. در نتیجه، قانون‌گذار می‌تواند با استفاده از اصل آسیب، به جرم‌انگاری افتراقی خشونت علیه وجه اقدام کند.

بحث همسر آزاری به عنوان یکی از محورهای اصلی فعالیت‌های جنبش فمینیسم در دهه‌های ۱۹۸۰ و ۱۹۹۰ با حرکت موج دوم فمینیسم و با متمایل کردن رویکرد این جنبش به سمت مسائل جهانی و بین‌المللی زنان، نقش پررنگ‌تری پیدا کرد. در واقع بسیاری از فمینیست‌های غربی در این دهه بر این امر تأکید داشتند که مسائل و مشکلات جهانی زنان از جمله مصادیق مختلف خشونت مثل تجاوز، آزار جنسی خویشاوندی، روسپی‌گری و غیره باید بیش از پیش در دستور کار این جنبش قرار گیرد. در واقع آن‌ها بر این باور بودند که همسر آزاری به عنوان یک مسأله مبتلا به جهانی بهترین نمونه نابرابری جنسی است که می‌تواند نه تنها به عنوان یک مطالبه حقوقی زنان بلکه به عنوان یکی از مصادیق حقوق بشر مورد بررسی و درخواست قرار گیرد. در راستای همین فعالیت‌ها در سال ۱۹۹۳ مجمع عمومی سازمان ملل در اعلامیه "حذف هرگونه خشونت علیه زنان" این مسأله را به عنوان یک قانون بین‌المللی مطرح کرد و از آن پس فعالیت‌های بسیاری در این زمینه در

کشورهای مختلف صورت گرفت. در سال‌های ۱۹۷۰-۱۹۸۰ و با شعار محوری جنبش فمینیسم مبنی بر اینکه "امر شخصی خود یک امر سیاسی است"، زنان، تجربیات شخصی خویش را از مسائلی چون خشونت، به مرکز تحلیل‌های تحقیقاتی خود کشاندند و خواستار تغییر رویکردهای فمینیستی از مرکزیت حوزه خصوصی به حوزه عمومی شدند. در واقع این امر سبب شد تا زنانی که تا پیش از این مجبور به پنهان کردن و یا عدم بازگویی رفتارهای خشونت‌آمیز بر علیه‌شان بودند، فرصت پیدا کنند تا از تجربیات شخصی خویش در مجال فراهم آمده سخن به میان آورند. (السان، ۱۳۸۵: ۳۸)

۵-۲- عدم ثبت واقعه نکاح و طلاق

بر اساس قواعد اسلامی و ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی: «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج کند.» بنابراین، نکاح تشریفات خاصی را نیاز ندارد. چنین امری موجب خواهد شد تا اثبات رابطه زوجیت دشوار و زمینه برای سوءاستفاده فراهم شود. در نتیجه ممکن است برخی از این وضعیت در مسیر منفی استفاده کرده، پس از انعقاد نکاح و تحقق تمایلات نفسانی‌شان، رابطه زوجیت را انکار کنند. این موضوع سبب ورود ضرر به زوجه و به تبع آن به فرزندان ناشی از آن نکاح می‌شود. (حاجی ده آبادی، ۱۳۸۹: ۱۴) در نتیجه پیشگیری از آسیب‌هایی که ممکن است در اثر عدم ثبت نکاح بر زوجه و فرزندان وارد شود، عاملی برای مداخله دولت است. حتی این امکان فراهم است تا با توسل به اصل آسیب، مداخله کیفری صورت گیرد. امری که قانون‌گذار نیز بدان توجه داشته و در ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) اقدام به جرم‌انگاری عدم ثبت نکاح کرده است.

ثبت ازدواج و طلاق، از حیث حمایت از خانواده و اعضای آن، می‌تواند راهکار بسیار مهمی در برابر مقابله با پیامدهای ناخوشایند احتمالی در زندگی مشترک باشد. این اقدام، به ویژه از آن جهت که گاه با وقایعی همچون لزوم اثبات زوجیت، انکار زوج یا زوجه، اثبات یا انکار نسب و غیره روبرو هستیم، ضرورتی غیرقابل انکار می‌یابد. در همین راستا مقنن در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ ابتدا در ماده ۲۰، ثبت نکاح دائم، فسخ و انفساخ آن، طلاق و رجوع و اعلام بطلان نکاح یا طلاق را الزامی نمود سپس در ماده ۴۹ با جرم‌انگاری عدم ثبت وقایع مذکور از نهاد خانواده حمایت کرده است. به موجب این ماده: «چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی به ازدواج دائم، طلاق یا فسخ نکاح اقدام یا پس از رجوع تا یک ماه از ثبت آن خودداری یا در مواردی که ثبت نکاح موقت الزامی است از ثبت آن امتناع کند، ضمن الزام به ثبت واقعه به پرداخت جزای نقدی درجه پنج و یا حبس تعزیری درجه هفت محکوم می‌شود. این مجازات در مورد مردی که از ثبت انفساخ نکاح و اعلام بطلان نکاح یا طلاق استنکاف کند نیز مقرر است».

از دیگر موارد الزامی بودن نکاح موقت به موجب ماده ۲۱ قانون حمایت خانواده، توافق طرفین و نیز شرط ضمن عقد است. ضرورت ثبت واقعه ازدواج، وجهه بین‌المللی نیز دارد؛ به نحوی که ماده سوم کنوانسیون مصوب سازمان ملل متحد درباره رضایت در ازدواج، حداقل سن برای ازدواج و ثبت ازدواج که براساس قطعنامه شماره ۱۷۶۳ مجمع عمومی این سازمان و با احترام کامل به ماده ۱۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر، تصویب گردیده اعلام می‌دارد: «همه ازدواج‌ها باید به وسیله مقامی صالح در یک دفتر اسناد رسمی مناسب به ثبت برسند».

۵-۳- ازدواج با زن شوهردار

ازدواج با زن شوهردار و یا زنی که در عده دیگری است، علاوه بر منع قانونی، جرم نیز محسوب شده است. در ماده ۶۴۳ قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۷۵ مقرر شده: «هرگاه کسی عالماً زن شوهردار یا زنی را که در عده دیگری است، برای مردی عقد نماید، به حبس از شش ماه تا سه سال یا از سه میلیون تا هجده میلیون ریال جزای نقدی و تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم می‌شود و اگر دارای دفتر ازدواج و طلاق و یا اسناد رسمی باشد برای همیشه از تصدی دفتر ممنوع خواهد گردید.»

همچنین زنی که در قید زوجیت یا در عده دیگری است، در صورت نکاح با فرد دیگر، مرتکب فعل مجرمانه شده است. بدین ترتیب، مقنن با جرم‌انگاری ازدواج با زن شوهردار یا زنی که در عده دیگری است، از قداست خانواده حمایت کیفری به عمل آورده است. هرچند به مواد ۶۴۳ و ۶۴۴ مورد اشاره، نقدهایی نیز وارد است؛ یکی اینکه مبلغ جزای نقدی مقرر در این مواد بسیار نازل است و باید آن را بر اساس وضعیت اقتصادی امروز اصلاح کرد تا بتوان حمایت کیفری مؤثرتری از رهگذر اعمال جزای نقدی به عمل آورد. نکته دیگر آنکه این دو ماده در مورد دیگر افرادی که ممکن است در جلسه اجرای صیغه عقد نکاح حضور داشته و شاهد عقد نکاح مرد باز زن در قید زوجیت یا عده دیگری باشند، حکمی ندارد. (رهبر، ۱۳۸۸: ۴۹)

۵-۴- ازدواج با طفل

اهمیت سن در تشکیل خانواده با توجه به ایجاد نقش‌های جدید با وقوع ازدواج قابل ملاحظه‌تر است. ازدواج منجر به ایجاد نقش‌های جدیدی برای طرفین عقد می‌گردد، مثلاً نقش شوهر یا پدر بودن برای مرد و نقش مادر یا همسر بودن برای زن. بر اساس این نقش‌ها نیز انتظاراتی از هر یک از طرفین عقد نکاح می‌رود. زوجین باید در سنی قرار داشته باشند که بتوانند اهمیت نقش‌ها و انتظاراتی را که از آنها می‌رود درک نماید. در صورتی که طرفین عقد نکاح در سنی قرار داشته باشند که نتوانند اهمیت نقش‌ها و انتظاراتی را که از آنها می‌رود، درک نمایند و یا بدون آگاهی از این نقش‌ها و انتظارات ازدواج نمایند، ممکن است در زندگی زناشویی نتوانند آن

نقش‌ها و انتظارات را برآورده نموده و در نتیجه کانون گرم خانواده را به کانون اغتشاش و گسیختگی مبدل سازند.

سازمان ملل متحد، ازدواج کودکان را به هر نوع ازدواج در زیر سن هجده سال، قبل از اینکه دختر به لحاظ جسمی و روانی آمادگی پذیرش مسئولیت‌های زناشویی و بچه داری را داشته باشد، اطلاق می‌کند و بر همین مبنا در مواردی که کودک در زیر این سن ازدواج کند، ازدواج زود هنگام رخ داده است. (بابائزادو همکاران، ۱۳۹۹: ۴۵)

علاوه بر این، ازدواج در سنین پایین ممکن است اثرات جسمانی مضر بر فرد داشته باشد. از این رو ازدواج در سنین پایین نهی گردیده است. اتخاذ سیاست‌هایی جهت حمایت از اطفال بسیار ضروری است و لازم است در اصلاحات قانونی مورد لحاظ قرار گیرد، چیزی که تاکنون نه تنها محقق نشده بلکه با تغییرات نامناسب قانون در سال‌های اخیر، متأسفانه ازدواج دختران در سنین پایین شایع‌تر هم شده است. در آخرین اصلاحات، در سال ۱۳۸۱ ازدواج اطفال زیر ۱۳ و ۱۵ سال به طور کلی منع نشده است بلکه قانون‌گذار به منظور تأمین نظر شورای نگهبان، متن ماده ۱۴۰۱ قانون مدنی را این‌چنین تنظیم نموده است: «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به ۱۳ سال تمام و پسر قبل از رسیدن به ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت و با تشخیص دادگاه صالح.» همانطور که ملاحظه می‌شود در حال حاضر به سه شرط می‌توان دختران و پسران زیر ۱۳ و ۱۵ سال را آماده ازدواج دانست. امری که از دید بسیاری از صاحب‌نظران غیر منطقی می‌نماید. ماده ۵۰ قانون حمایت از خانواده به عنوان ضمانت اجرای ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی در نظر گرفته شده است که بر اساس آن، هرگاه مردی برخلاف مقررات ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی ازدواج کند، به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود. هرگاه ازدواج مذکور به واقعه منتهی به نقص عضو یا مرض دائم زن منجر گردد، زوج علاوه بر پرداخت دیه به حبس تعزیری درجه پنج و اگر به واقعه منتهی به فوت زن منجر شود، زوج علاوه بر پرداخت دیه به حبس تعزیری درجه چهار محکوم می‌شود. همچنین بر اساس تبصره این ماده از قانون حمایت از خانواده، هرگاه ولی قهری، مادر، سرپرست قانونی یا مسئول نگهداری و مراقبت و تربیت زوجه در ارتکاب جرم موضوع این ماده تأثیر مستقیم داشته باشند به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شوند. این حکم در مورد عاقد نیز مقرر است.

تلاش برخی از نمایندگان مجلس برای اصلاح ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی که راه را برای ازدواج کودکان از طریق "اذن پدر" باز گذاشته تاکنون بی نتیجه بوده است. طرح ممنوعیت ازدواج کودکان یا افزایش حداقل سن ازدواج نیز که به طرح "کودک همسری" معروف شد از طرح‌های مهمی است که در سال ۱۳۹۷ از سوی فراکسیون

زنان مجلس تدوین شد و با مخالفت و در پایان رأی اکثریت کمیسیون قضایی مجلس [که همگی اعضای آن مرد بودند!] رد شد و به تصویب نرسید. لایحه‌ای که در صورت تصویب، ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی را بدین شکل تغییر می داد: "عقد نکاح دختران قبل از رسیدن به سن ۱۶ سال تمام شمسی و پسران قبل از رسیدن به ۱۸ سال تمام شمسی، منوط به رعایت مصلحت کودک، اذن ولی و حکم دادگاه به شرط احراز رشد جسمی و روانی است."

تبصره - ازدواج دختران قبل از رسیدن به ۱۳ سال تمام شمسی و پسران قبل از رسیدن به ۱۶ سال تمام شمسی ممنوع است.

۵-۵- فریب در ازدواج

جوهر روابط سالم میان زن و شوهر، صداقت است. صداقت اعتماد را بنیان می‌نهد. زوج یا زوجه‌ای که در بدو تشکیل زندگی با همسر خود صادق نیست، با رفتار خود کانون خانواده را دچار تزلزل می‌کند. امروزه سلامت جامعه در معرض آسیب‌های مختلف اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و غیره می‌باشد. این آسیب‌ها هر دو جنس مرد و زن را شامل می‌شود اما گاه یکی از این دو را در معرض خطر قرار می‌دهد. از جمله این آسیب‌ها می‌توان به رواج فریب در روابط افراد با یکدیگر به ویژه زن و شوهر اشاره کرد. تدلیس در نکاح به مفهوم اثبات صفات مطلوب یا رفع عیوب به صورت دروغین، از جمله عوامل فروپاشی نظام خانواده و تیرگی روابط زوجین است. اساساً ساحت خانواده، بسیار با ارزش‌تر از آن است که با رفتارهای فریب‌کارانه و دروغ، لکه‌دار گردد. (ولیدی، ۱۳۸۰: ۳۲)

اما علاوه بر این، توسل به فریب در عقد نکاح موجب آثار کیفری نیز هست. در این باره، ماده ۶۴۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ مقرر نموده: «چنانچه هر یک از زوجین، قبل از عقد ازدواج طرف خود را به امور واهی از قبیل داشتن تحصیلات عالی، تمکن مالی، موقعیت اجتماعی، شغل و سمت خاص، تجرد و امثال آن فریب دهد و عقد، بر مبنای هر یک از آنها واقع شود، مرتکب به حبس تعزیری از شش ماه تا دو سال محکوم می‌گردد». نکته لازم به ذکر اینکه از منطوق ماده بر می‌آید؛ فریب در ازدواج فقط با فعل مثبت مادی به صورت یک اقدام متقلبانه، نظیر آنچه در جرم کلاهبرداری اتفاق می‌افتد رخ می‌دهد. (صفار، ۱۳۸۵: ۲۵)

۵-۶- ترک انفاق

نهاد خانواده بدون وجود حقوق متقابل قابل تصور نیست زیرا برای منضبط کردن هر رابطه‌ای، هنجارها و قواعدی لازم است تا از تشتت و از هم‌گسیختگی آن جلوگیری شود. از جمله روابط مهم میان اعضای خانواده، روابط مالی است که در قالب پرداخت نفقه به دو صورت نفقه زوجه و نفقه اقارب جلوه می‌یابد. افراد واجب‌النفقة

عبارتند از: زوجه، اولاد و اقارب نسبی در خط عمودی اعم از صعودی یا نزولی. تفاوت مبنای لزوم پرداخت نفقه زوجه در عقد ازدواج دائم و موقت، موجب شده که سیاست اتخاذ شده در این زمینه متفاوت باشد. در حالی که الزام به پرداخت نفقه در ازدواج موقت مبتنی بر قرارداد فی مابین طرفین است. لذا برخلاف آنکه در عقد دائم عدم پرداخت نفقه موجب اعمال ضمانت اجرای کیفری می‌گردد، در عقد موقت این امر فاقد عنوان مجرمانه است. مسأله نفقه یکی از مباحث مهم حقوق خانواده است که در عمل نیز آرای قابل توجهی از دادگاه‌های خانواده بدان اختصاص می‌یابد. بر اساس ماده ۳۵ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱: «هر کس با داشتن استطاعت مالی نفقه زن خود را در صورت تمکین ندهد، یا از تأدیه نفقه سایر اشخاص واجب‌النفقه امتناع نماید، دادگاه او را از سه ماه و یک‌روز تا پنج ماه حبس محکوم می‌نماید.»

در این ماده دو جرم ترک انفاق زوجه و ترک انفاق افراد واجب‌النفقه غیر از زن، مورد جرم‌انگاری قرار گرفته است. نفقه به تصریح ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی عبارت است از: «مسکن، البسه، غذا و اثاث البیت که به طور متعارف با وضعیت زن متناسب باشد و خادم در صورت عادت زن یا احتیاج او به واسطه مرض یا نقصان اعضا». بر اساس مطالعات بزه‌دیده‌شناسانه، جنسیت و سن از عوامل بزه‌دیدگی است به طوری که آسیب‌پذیری فرد را در مقابل جرائم و کژروی‌ها افزایش می‌دهد. به همین دلیل، اگرچه نفقه دادن به زن و فرزند، از مفاهیم حقوق مدنی است اما در اغلب کشورها صبه کیفری یافته و عدم پرداخت آن با حصول شرایط، جرم‌انگاری شده است. هدف از جرم‌انگاری این رفتار، حمایت هر چه بیش‌تر از زنان و کودکان در خانواده به صورت کیفری است به نحوی که تارک انفاق در خانواده، با حصول همه شرایط، مجازات می‌شود. (کاتبی، ۱۳۸۵: ۲۲) در نظام حقوقی کشور ما نیز ترک انفاق جرم‌انگاری شده و رکن قانونی آن در حال حاضر، ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ است. ماده مرقوم مقرر می‌دارد: «هر کس با داشتن استطاعت مالی، نفقه زن خود را در صورت تمکین او ندهد یا از تأدیه نفقه سایر اشخاص واجب‌النفقه امتناع کند به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود.» بدین ترتیب، رکن مادی جرم ترک انفاق براساس این ماده عبارت است از: الف- استطاعت مالی زوج، ب- تمکین زوجه ج- عدم پرداخت نفقه.

حال این سؤال مطرح است که آیا امکان مداخله کیفری برای دریافت نفقه، رابطه زوجین را بهتر می‌کند یا خیر؟ در پاسخ به این سؤال باید چنین گفت که از جمله حقوق مالی مهم زنان حق دریافت نفقه می‌باشد. در مواد قانونی متعدد پس از تبیین مفهوم و میزان نفقه، تکلیف شمردن نفقه، ذکر شرایط وجوب (همچون: تمکین، زوجیت، ریاست مردان) و موارد سقوط (همچون: انحلال نکاح، عیوب زنان، فسخ نکاح، طلاق، جنون دائمی، ارتداد و ...) پرداخت نفقه زنان را متقدم بر نفقه اقارب و دیون شخصی مرد دانسته و ضمانت‌های اجرایی (حقوقی و

کیفری) مناسب تأدیه نموده است. به علاوه اهمیت تأمین نفقه و هزینه‌های زندگی زنان تا حدی است که قانون‌گذار در اصل ۲۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به نحو اطلاق حمایت از زنان بی سرپرست (که از مصادیق آن پرداخت نفقه می باشد) و فراتر از آن بیمه آنان را بر عهده دولت اسلامی می داند تا زنان با آرامش و امنیت خاطر با به کارگیری استعداد، ویژگی‌ها و خصوصیات منحصر به فرد خود ضمن انجام تکالیف شرعی و قانونی خود و پرورش نسلی کریم و شریف موجبات سعادت و سلامت جامعه گردند. (محمدزاده، ۱۳۸۹: ۴۵)

لذا حذف این حق مسلم زنان نه تنها کمکی به بهبود شرایط و استقلال مالی زنان نمی کند، بلکه به دلیل اشتغال اجباری زنان فروپاشی بنیان خانواده، تضییع حقوق کودکان و عدم مسئولیت مردان، تضییع حقوق فردی و سلب هویت، نقش مادری و همسری زنان و تبدیل به همسفره موجب ظلم آشکار به حقوق زنان است. همچنین باید این نکته را مدنظر داشت که تعیین مجازات حبس برای زوج در مورد ترک نفقه نمی تواند کمکی به رفع مشکل زوجه در تأمین هزینه‌های زندگی بنماید. وقتی شاکی، خواهان رسیدگی به ترک نفقه است، با ارائه راهکار برای پرداخت نفقه می توان گفت به درخواست شاکی رسیدگی شده است، نه با فرستادن متهم به زندان و از بین بردن زمینه پرداخت نفقه که منطقاً نمی تواند از طرف شاکی درخواست گردد. اصولاً وقتی دادگاه می تواند از راه‌های جایگزین مثل اجبار کارفرما به پرداخت نفقه از مال کارگر یا کارمند اقدام کند و ضمن تأمین نفقه زن و فرزند، از آمار زندانیان کاسته و زمینه استحکام خانواده را فراهم آورد، نمی توان از سودمندی مجازات حبس برای رفع این مشکلات سخن گفت.

۵-۷- سقط جنین

سقط جنین از جمله پدیده‌هایی است که جوامع بشری، پیوسته با آن درگیر بوده و در ادیان مختلف نیز همیشه مطرح بوده است. برخورد کشورها با این پدیده، یکسان نیست به طوری که در طول تاریخ در برخی از کشورها، گاه آن را جرم‌انگاری کرده و گاه با آن برخورد کیفری نداشته‌اند. اصولاً سقط جنین به دلیل انتظارات مذهبی و اجتماعی، منع شده و گذشته از آن، راهکارهایی نیز برای پیشگیری و مقابله با وقوع آن توسط اندیشمندان ارائه شده است. (مظفری، ۱۳۷۸: ۲۵)

ماده ۷۱۸ قانون مجازات اسلامی مقرر می دارد: «هرگاه زنی جنین خود را، در هر مرحله ای که باشد، به عمد، شبه عمد یا خطا از بین ببرد، دیه جنین، حسب مورد توسط مرتکب یا عاقله او پرداخت می شود». معمولاً در نظام‌هایی که حکم به ممنوع بودن سقط جنین صادر کرده‌اند چه با رضایت والدین و چه با رضایت یک‌جانبه مادر، به جهات زیر توجه شده است؛ ممنوعیت سقط جنین از یک سو لازمه بقای خانواده و اصل حمایت از رکن اساسی جامعه تلقی و از سوی دیگر، توجه و تأکید بر جنبه‌های شرعی، اخلاقی و قانونی ارزش‌های حاکم بر جامعه است.

لذا با وجود نظرات فراوان در مورد جرم‌انگاری و یا عدم جرم‌انگاری رفتارهایی که توسط مقنن در حوزه خانواده صورت گرفته است همواره تأثیرات مطلوب مداخله کیفری در جهت حمایت و تحکیم بنیان خانواده را شاهد بوده ایم. این راهکار مناسب نه تنها در حقوق داخلی بلکه در اسناد بین المللی نیز متبلور شده است.

برای افزایش زمینه‌های حمایتی در این حوزه، همواره باید به نیازها و مقتضیات جامعه توجه نمود. خلاء قانونی در برخی از زمینه‌ها که مداخله کیفری در آنها نقش بسزایی در حفاظت از قداست این نهاد و اعضای آن به خصوص زنان و کودکان را دارد از مشکلات اساسی در این حوزه است. با وجود همه جرم‌انگاری‌ها در قوانین داخلی، جای برخی از حمایت‌های اساسی به ویژه نسبت به زنان و کودکان از جمله حمایت‌های حیثیتی و شخصیتی خالی است؛ چرا که تمام اسناد بین‌المللی مربوط به حمایت از زنان و کودکان به این نوع حمایت‌ها اشاره داشته و اعمال آنان را تکلیفی برای دولت‌های عضو دانسته‌اند. (شمشیری میلانی، ۱۳۸۵: ۲۰۲)

حال این سؤال مطرح است که آیا جرم‌انگاری سقط جنین در تضاد با حقوق زن است یا خیر؟ در پاسخ به این سؤال باید چنین گفت که سقط جنین یکی از جرایم خاموش اما در عین حال وافر که به عنوان معضلی برای تمامی کشورهایی که با تورم جمعیت انسانی و فقر و مشکلات سیاسی و اقتصادی، دست و پنجه نرم می‌کنند و هم در کشورهای مرفعی برای پرداخت بهای احترام به حقوق فردی و حفظ حریم خصوصی، روابط جنسی میان افراد را آزاد گذارده‌اند، موجد دغدغه حقوق دانان و جرم‌شناسان گردیده است. (مهاجرین، ۱۳۸۷: ۱۴۲)

در کشور ما به منظور کاهش تولد نوزادان با معلولیت های خاص، با تصویب ماده واحده سقط درمانی در سال ۱۳۸۴، امکان دریافت مجوز برای سقط قانونی جنین ایجاد شده بود. بر اساس قانون سال ۱۳۸۴ که به طرح کشوری غربالگری مشهور بود، تمامی زنان باردار می‌توانستند با انجام آزمایش در سه ماه اول بارداری، برای جلوگیری از تولد نوزادانی که نقص کروموزومی یا ناهنجاری شدید جسمی دارند، گزینه سقط جنین را انتخاب کنند. این روش در مدت ۱۵ سال در ایران مانع به دنیا آمدن کودکانی شد که یا زندگی مادر را به خطر می‌انداختند یا عمرشان کوتاه و پرمشقت بود و یا نقص کروموزومی داشتند. اما در سال ۱۳۹۹ نمایندگان مجلس با ارائه طرحی موسوم به "جوانی جمعیت و حمایت از خانواده" تصمیم به تغییر در قوانین موجود گرفتند. مجلس این طرح را برای اجرای آزمایشی به مدت هفت سال به تصویب رساند. در صورت تصویب نهایی قانون "جوانی جمعیت و حمایت خانواده" در شورای نگهبان و طبق ماده ۵۶ آن، قانون قبلی مربوط به سقط جنین که در سال ۱۳۸۴ به تصویب رسیده بود نسخ خواهد شد. با اجرایی شدن این قانون، امکان سقط های درمانی به شدت محدود خواهد شد و رنج نگهداری از نوزادان با معلولیت های خاص به دوش زنانی است که در جایگاه مادری، ناخواسته در موقعیتی نامطلوب و ناگوار قرار می گیرند.

۶- دیه و فمینیسم

امروزه یکی از مسائل مهمی که بحث‌برانگیز است و شبهات زیادی را در اذهان مردم ایجاد کرده است و از مسائلی است که امروزه بحث پیرامون آن به شدت جریان دارد موضوع تفاوت قصاص و دیه بین زن و مرد است. در قانون مجازات اسلامی، پیروی از فقه امامیه در قصاص و دیه بین زن و مرد تفاوت است. در صورتی که امروزه در بسیاری از کنوانسیون‌ها و اسناد بین‌المللی تأکید بر رفع تبعیض علیه زن و رعایت تساوی بین زن و مرد و عدم تبعیض براساس جنس می‌باشد. فمینیسم یا زن‌گرایی به عنوان حرکت و جنبشی فکری و اجتماعی که اهمیتی به سزا دارد و اندیشمندان بسیاری را به خود مشغول ساخته است، در دهه‌های اخیر شدت و شتاب بیشتری یافته و اندیشمندان مسلمان را به چالش کشیده و موضع‌گیری‌های مثبت یا منفی را از سوی ایشان موجب شده است. چنان که تعامل‌ها و تقابل‌های نظری و عملی این نهضت با اندیشه‌های اسلامی حوزه‌هایی نو در پژوهش‌ها و کنکاش‌های اسلامی و قرآنی پدید آورده است.

از جمله مهم‌ترین مباحث حقوقی که در این میان شایسته است، نگاهی تطبیقی بدان بیفکنیم، مسأله دیه زن و نابرابری آن با دیه مرد است. بحث فمینیستی برابری دیه زن و مرد با مطرح شدن قانون جدید مجازات اسلامی بسیار داغ است. تفاوت‌هایی که بین حقوق زنان و مردان در ایران وجود دارد سال‌هاست فعالان حقوق زنان را به واکنش واداشته و باعث شده آن‌ها به روش‌های گوناگون از مسئولین مختلف تقاضای برداشتن گامی برای رفع این تفاوت‌ها داشته باشند. این در حالی است که به عقیده بسیاری از کارشناسان، می‌توان و باید امروزه این مشکل را برطرف کرد و به برابری دیه میان زنان و مردان حکم داد. چراکه به نظر می‌رسد تاکنون دلیل نصف بودن دیه زن نسبت به مرد بار اقتصادی عنوان شده بود که طبق قوانین شرعی بر عهده مرد گذارده شده است. در زمان کنونی در بسیاری از موارد زن‌ها همانند مردان مسئولیت اقتصادی دارند و زنانی هستند که سرپرست خانوار محسوب می‌شوند. بنابراین نصف بودن دیه زنان نمی‌تواند توجیه منطقی داشته باشد. نابرابری دیه زن با مرد در نگاه فمینیسم، نشان از زن‌ستیزی، جنسیت‌گرایی، ناقص‌الخلقه و نیمه‌شهروند و نیمه‌انسانی بودن زن دارد. برای نمونه در مقاله (فمینیسم اسلامی) ماده ۳۰۰ و ۳۰۱ قانون مجازات اسلامی که دیه زن مسلمان در قتل عمد و غیرعمد و دیه اعضا را نصف مرد معرفی می‌کند در شمار قوانینی قرار گرفته که زن را نصف مرد جلوه می‌دهد. در کتاب (فمینیسم و دموکراسی) نیز می‌گوید: «بسیاری از مواد قانون قصاص، نقص در آفرینش و جنس دوم بودن زن را در پی دارد. بر این اساس، این گروه خواستار قرائت جدیدی از دیه زن در اسلام هستند و بر این باورند که با تفسیر متفاوتی از آیات و روایات می‌توان به برابری حقوق زن و مرد رسید و تصور زن‌ستیزی و فرودستی زنان در اسلام را از میان برد.» (بهرامی، ۱۳۸۰: ۵۶)

در ایران تا پیش از تصویب قانون جدید مجازات اسلامی، قانون دیه زن و مرد در تدوین سیاست جزایی تا حدی مورد ایراد قرار گرفت. طبق ماده ۳۰۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ دیه قتل زن مسلمان اعم از عمدی و غیر عمدی، نصف دیه مرد مسلمان است. هر چند دیه به قتل یا جرح غیر عمدی تعلق می‌گیرد، ولی در صورت عمد هم وفق ماده ۲۵۷ ممکن است ولی دم یا مجنی‌علیه از قصاص بگذرد و با تراضی بر دیه، قصاص به دیه تبدیل گردد. همچنین قصاص و دیه عضو زن و مرد با هم برابر است؛ مگر این که دیه عضو که ناقص شده، ثلث یا بیش از ثلث دیه کامل باشد که در آن صورت، زن هنگامی می‌تواند قصاص کند که نصف دیه آن عضو را به مرد بپردازد.

ماده ۱۷ قانون جدید مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، دیه را مالی می‌داند که از طرف شارع برای ایراد جنایت غیرعمدی بر نفس، اعضا و منافع و یا جنایات عمدی در مواردی که به هر جهتی قصاص ندارد، به موجب قانون تعیین شده است. بر اساس ماده ۵۴۹ همین قانون، موارد پرداخت دیه کامل همان است که در شرع تعیین شده و میزان آن در ابتدای هر سال توسط رئیس قوه قضائیه به تفصیل براساس نظر مقام رهبری تعیین و اعلام می‌شود. طبق قانون جدید مجازات اسلامی مصوب (۱۳۹۲) با اصلاح بخش حدود، قصاص و دیات قانون مجازات اسلامی، طی یک قانون پنج‌ساله و پس از تأیید شورای نگهبان مابه‌التفاوت نرخ دیه زن تا دیه مرد از محل صندوق جبران خسارت‌های بدنی بیمه مرکزی پرداخت می‌شود که با این تعریف، بدون تغییر در حکم فقهی این قانون، دیه زن و مرد برابر می‌شود. باتوجه به تأکید قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بر تساوی افراد اعم از زن و مرد و صدور حکم مشابه در خصوص تساوی دیه غیر مسلمان با مسلمان با استناد به حکم حکومتی مقام معظم رهبری توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام در سال ۱۳۸۴، قانون‌گذار می‌تواند بر اساس مصالح عمومی و ضروری جامعه با توجه به معیارهایی مانند نظم عمومی، مذهب، آداب، فرهنگ و اخلاق، دیه زن را برابر با دیه قانونی مرد تعیین نماید. (عباسی، ۱۳۹۶: ۱۹)

نتیجه‌گیری و پیشنهادها

خانواده رکن اساسی جامعه انسانی است و شرط پویایی و استواری آن، وجوب روابط صحیح و پایدار میان زن، شوهر و فرزندان است. اسلام به عنوان عالی‌ترین راهنمای حیات بشری، ۱۴۰۰ سال پیش بهترین هدایت‌گری و نظریه‌پردازی در مورد خانواده را انجام داده، تمامی دستورهای اسلام به نوعی ناظر بر صیانت از خانواده است. جامعه کنونی ایران به عنوان مهم‌ترین کشور شیعی، سعی در پیاده کردن اصول و راهکارهای اسلام در زمینه‌های مختلف کرده، ولی این امر تحت تأثیر عوامل متعددی، از جمله ورود فرهنگ غرب به کشور به خصوص آثار جنبش

فمینیسم، بازمانده فرهنگ پدرسالاری سنتی و غیره است که آموزه‌های اسلامی را در مواردی کم رنگ نموده است. به همین دلیل مورد توجه بسیاری از اندیشمندان و نظریه‌پردازان مسائل اجتماعی قرار گرفته است.

جریان‌های فمینیستی با داعیه دفاع از حقوق زنان در مقابل ستمی که در طول تاریخ بر آن‌ها روا داشته شده، به حوزه خانواده وارد گشته و درباره کارکردهای آن به نظریه‌پردازی پرداخته‌اند. نقش خانواده در وضعیت عمومی زنان و تأثیر آن در روابط قدرت میان دو جنس، خشونت خانوادگی، کنترل مردان بر زنان در خانواده، نقش کار زنان در اقتصاد و تأثیر آن در نظام اقتصادی جامعه، استفاده مردان از کار زنان، نقش دولت در تنظیم روابط درون خانواده، نقش خانواده در بازتولید زنانگی و مردانگی و تقسیم کار مبتنی بر جنسیت، از جمله مسائلی هستند که در مطالعات خانواده و به خصوص در نگرش‌های فمینیستی مورد توجه قرار گرفته‌اند.

اگرچه فمینیسم در غرب به دلایل مورد قبول و پذیرش آن جوامع متولد گردید، اما همانند سایر امواج فرهنگی ساطع شده از غرب، مرزهای فیزیکی و جغرافیایی سایر جوامع، از جمله جامعه ایران را درنورددیده، آن را نیز مورد تأثیر قرار داده است. هسته نظریه‌های فمینیستی ناظر بر آن است که تاکنون جهان را مردان تعریف کرده و زنان در این تعریف مردانه نادیده انگاشته شده‌اند. از این رو، مبانی اصلی تمامی نظریه‌های فمینیستی، مبتنی بر تساوی زن و مرد در همه زمینه‌های سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و ... است. آنچه مسلم است، ایدئولوژی‌ها، نمادپردازی‌ها و ترتیبات ساختاری- اجتماعی مشخص مرتبط با زنان، از فرهنگی با فرهنگ دیگر به شدت متمایز است. امروزه در غرب بر اثر تأکید جنبش فمینیسم بر آزادی جنسی و حذف نقش مادری، مشکلات عدیده‌ای، از جمله خانواده تک والد، خانواده چند والد، رواج همجنس بازی، سقط جنین، کودکان نامشروع، بارداری در سنین کودکی، تجاوز به محارم، تجاوز به کودکان و ... از مشکلات اساسی جامعه غربی شده است.

به طور خلاصه، می‌توان گفت که در غرب تحت تأثیر جنبش فمینیسم، خانواده سه وظیفه حیاتی خود را از دست داده؛ ۱- ارضای نیازهای جنسی در چارچوبی مشخص؛ ۲- خانواده به عنوان مرکز تولید نسل و تعلیم و تربیت؛ ۳- خانواده به عنوان پشتوانه اقتصادی. این در حالی است که اسلام در ۱۴۰۰ سال پیش زن و مرد را کامل کننده یکدیگر می‌داند و تنها عامل برتری را تقوا اعلام کرده و نشان داده است که زن و مرد در جایگاه انسانی برابر ایستاده‌اند و با توجه به این برابری، برای هر کدام نقشی متناسب با خصوصیاتش تعریف کرده که در آن چارچوب از گزند آفات در امان می‌مانند. ایران به عنوان یک جامعه اسلامی و مخصوصاً شیعی، می‌کوشد موازین اسلامی را در جامعه اجرا کند؛ ولی در سال‌های اخیر نفوذ تفکرات فمینیستی در برخی حوزه‌ها غیرقابل انکار است. به نظر می‌رسد ضروری‌ترین نیاز امروز جامعه برای تدوین قوانین حمایتی و متناسب با شرایط روز کشور در حوزه زنان، داشتن فقهائی با دانش حقوقی و شجاع است تا بتوانند در جهت تفسیر قواعد دینی متناسب با شرایط

امروز زنان، راهگشای حل تقابل حقوق و فقه در حوزه وضع قوانین باشند. آنچنان که وقتی در مباحث متون فقه، به بررسی قوانین دین مبین اسلام پیرامون مسأله برده‌داری می‌رسیم، با توجه به منسوخ شدن برده‌داری از پرداختن به مسائل مربوط به آن اجتناب می‌شود، لازم است فقهای فهیم و شجاعی باشند تا تغییرات و گره‌گشایی‌های لازم در این خصوص را انجام دهند تا جامعه حقوقی و قانون‌گذار، آزادی عمل بیش‌تری برای حمایت حقوقی از زنان در جامعه داشته باشند.

محدودیت‌های تحقیق

هر تحقیقی از ابتدای امر یعنی انتخاب موضوع تا مراحل اجرا و تجزیه و تحلیل و نتیجه‌گیری دارای محدودیت‌هایی است. بیان محدودیت‌ها در پژوهش به محققانی که قصد تحقیق در زمینه‌های مختلف را دارند کمک می‌کند تا با دیدی باز و آگاهی از موانع، کمبودها و محدودیت‌های تحقیق به امر پژوهش در زمینه‌های مشابه بپردازند. این تحقیق نیز دارای موانع و محدودیت‌هایی است که به آن‌ها اشاره می‌کنیم:

- با توجه به جدید بودن و به روز بودن موضوع مورد پژوهش، علی‌رغم جستجو در کلیه منابع علمی، محقق نتوانست موضوعی مرتبط با عنوان پژوهش به دست آورد.

- در این زمینه مشکلاتی وجود داشت که موجب شده خدمات تحقیقاتی از قبیل دسترسی به کتب، مجلات، آمار، بانک‌های اطلاعاتی و غیره در کتابخانه‌ها به راحتی ممکن نباشد. بخشی از این مشکل ناشی از فقدان یا کمبود هر یک از منابع تحقیقات فوق بود.

- انتقادهای وارد بر جرم‌شناسی فمینیستی و مختلط شدن تمایل به دیدگاه‌های فمینیستی با باورهای مذهبی در جامعه، باعث محدود بودن منابع جهت پرداختن به موضوع مورد بحث بوده است.

منابع

۱. السان، مصطفی (۱۳۸۵). جرم‌شناسی خشونت جنسی علیه زنان، فصلنامه علمی پژوهشی رفاه اجتماعی، ۵ (۲۱)، صص ۳۸-۴۵.
۲. بابانژاد، ایرانق، ارکناز و نریمانی شندی، احد و گلی زاده اصل شندی، حمید (۱۳۹۹)، کودک همسری و علل و عوامل آن، هشتمین همایش علمی پژوهشی علوم تربیتی و روانشناسی، آسیب‌های اجتماعی و فرهنگی ایران.
۳. بهرامی، محمد (۱۳۷۸). دیه زن از منظر قرآن و فمینیسم، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، ۲۶، صص ۴۲-۵۶.
۴. تانگ، رزماری (۱۳۹۶)، **درآمدی جامع بر نظریه‌های فمینیستی**، مترجم منیژه نجم عراقی، نشرنی، چاپ ششم.
۵. حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۸۹) مقررات کیفری لایحه حمایت از خانواده در بوته نقد (مطالعات راهبردی زنان) سال دوازدهم، شماره ۴۸.
۶. دوانی، فرزانه (۱۳۸۳). زنان در چالش با سنت‌گریزی تحقیقی پیرامون حقوق اجتماعی زن در ایران. تهران، ۱، صص ۵۹.
۷. رهبر، محمدرضا (۱۳۸۸). حمایت کیفری از نهاد خانواده در ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی. دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، صص ۴۹.
۸. زینلی، رامین (۱۳۷۰). **فمینیسم جزایی**. انتشارات علمی کالج، صص ۱۱۸.
۹. شمشیری میلانی، حوریه (۱۳۸۵). سقط جنین، پژوهش در پزشکی (مجله پژوهشی دانشکده پزشکی) دانشگاه علوم پزشکی و خدمات بهداشتی درمانی شهید بهشتی، ۳۰ (۴)، صص ۲۰۲.
۱۰. صفار، محمد جواد (۱۳۸۵). حقوق مدنی حقوق خانواده، جزوه درسی، دوره کارشناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، صص ۲۵.
۱۱. عباسی، عاطفه (۱۳۹۶)، نقدوبررسی نابرابری دیه زن و مرد در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، پژوهش‌نامه زنان، شماره دوم.
۱۲. غلامی، حسین (۱۳۹۱). اصل حداقل بودن حقوق جزا، فصلنامه حقوق کیفری، ۱ (۲)، صص ۱۶.

۱۳. کاتبی، مصطفی (۱۳۸۵). سیاست کیفری قانون‌گذار ایران در جرایم بر ضد حقوق و تکالیف خانوادگی (موضوع مواد ۶۴۲ تا ۶۴۷ ق.م.ا)، تهران، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه امام صادق (ع)

۱۴. کشاورز، ناهید (۱۳۸۷)، «اسلام و جنبش یک میلیون امضا»، وب‌گاه مدرسه فمینیستی

۱۵. کی‌نیا، مهدی (۱۳۷۳). مبانی جرم‌شناسی، طبقه اول، انتشارات دانشگاه تهران، صص ۲۴

۱۶. لیپست، سیور، مارتین (۱۳۸۳). دایره المعارف دموکراسی. مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، ۲، صص ۱۰۱۶

۱۷. محمدزاده، ناهید (۱۳۸۹). دریافت نفقه آری یا خیر؟ نگاهی بر حق نفقه در فقه و قوانین ایران و مقایسه آن با کنوانسیون رفع تبعیض از زنان. فصلنامه مطالعاتی صیانت از حقوق زنان، ۱، صص ۴۵

۱۸. مرجع فمینیسم (۱۳۷۸) مرکز مطالعات فرهنگی بین الملل، انتشارات بین المللی الهدی

۱۹. مظفری، احمد (۱۳۷۸). بررسی جرم سقط جنین در حقوق ایران. ماهنامه دادرسی، ۱۵، صص ۲۵

۲۰. معظمی، شهلا (۱۳۸۳)، «بررسی جرم شناختی جرایم زنان» مجموعه مقالات علوم جنایی، انتشارات سمت، چاپ اول

۲۱. مهاجرین، رضا (۱۳۸۷)، تولد اجباری یا مرگ اختیاری (بررسی تبعات جرم انگاری و جرم زدایی از سقط جنین)، دانشنامه حقوق و سیاست، شماره ۱۰

۲۲. ولیدی، محمد صالح (۱۳۸۰). حقوق جزای اختصاصی (جرایم علیه عفت و اخلاق عمومی و حقوق و تکالیف خانوادگی). تهران، امیرکبیر، صص ۳۲

۲۳. یزدانی، جواد و محمدباقر مقدسی (۱۳۹۷)، "مداخله کیفری در حوزه خانواده از منظر مبانی جرم انگاری"، ندای صادق، شماره ۶۹

مسئولیت کیفری ناشی از نقض حقوق مالکیت صنعتی در نظام حقوقی ایران

مهدی محسنی^۱

محمد محسنی^۲

چکیده

حقوق مالکیت صنعتی با تشویق به نوآوری، نقش بسزایی در شکوفایی اقتصاد دارد و کشورهای در حال توسعه همچون ایران باتصویب قوانین کارآمد می‌توانند به پیشرفت صنعت و تولید کمک نمایند و واضح است که صرف وجود مقررات مناسب بدون اجرای صحیح آنها در دادگاه‌ها مثمر نبوده و اگرچه نظریه‌هایی همانند لزوم گردش آزاد اطلاعات، توسعه تعاون اجتماعی و آراء فقهی نظیر عدم مطابقت حمایت از مالکیت فکری با نظامات اسلامی، حمایت از مالکیت فکری را موجه نمیدانند ولی به جهت نقش بنیادین این حمایت در بالا بردن شاخص پیشرفت علمی، اجتماعی و اقتصادی جوامع، شناخت حقوق برای پدیدآورندگان اموال فکری و حمایت از آنها چه در سطح جهانی، چه داخلی و نیز حوزه فقهی مورد پذیرش قرار گرفته و بتدریج حوزه آن گسترش یافته است. با اندکی تسامح می‌توان گفت که امروزه حمایت از حقوق پدیدآورندگان اموال فکری یک اصل مسلم است و اما این که در جهت حمایت، چه راهکارهای حمایتی اتخاذ گردد و نحوه حمایت چگونه باشد محل مناقشه بین حقوقدانان می‌باشد و از جمله این مناقشات، بحث در مورد لزوم یا عدم لزوم حمایت کیفری و در فرض لزوم چگونگی آن است. در این مقاله پس از بررسی مفهوم مالکیت صنعتی و اقسام آن به بررسی ضمانت اجرا کیفری ناشی از نقض حقوق مالکیت صنعتی در نظام حقوقی ایران و کنوانسیون‌های بین‌المللی و قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون تأسیس سازمان جهانی مالکیت معنوی پرداخته و می‌بینیم که چه ضمانت‌اجراهای کیفری در حمایت از مالکیت صنعتی بنیان نهاده شده است.

کلیدواژه‌ها: مالکیت صنعتی، نقض حقوق، ضمانت اجرای کیفری، حقوق ایران، کنوانسیون‌های

بین‌المللی

^۱ - دانشجوی کارشناسی ارشد رشته حقوق ثبت (نویسنده مسؤول) - mahdimohseni896@gmail.com

^۲ - دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین‌الملل/دانشگاه شهید بهشتی - mohseni.e@outlook.com

مقدمه

مالکیت، اساس گردش چرخه زندگی انسان ها محسوب می شود که به جرأت می توان اذعان داشت نزدیک ترین علقه ای که بشریت از همان ابتدای تاریخ داشته، با مال بوده است و اهمیت مالکیت تا آنجاست که آن را در زمره حق و از ارکان عدالت نیز دانسته اند و در واقع مالکیت یکی از مؤلفه های حق و همچون آزادی و دموکراسی جزء حقوق اساسی و اولیه انسان به شمار می رود و در نتیجه جامعه ها مجبورند که در تعهد خود برای حفظ حق مالکیت در برابر اهداف دیگر توازن برقرار کنند و به همین دلیل ماده ۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر، حق مالکیت را در زمره حقوق اولیه انسان ها دانسته است و به موجب این ماده: «هر شخصی منفرداً یا به طور اجتماع حق مالکیت دارد و احدی را نمی توان خودسرانه از حق مالکیت محروم نمود».

دراصل بیست و دوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، هر چند مالکیت به عنوان حقوق ملت ذکر نشده اما در مقابل، اصل چهل و چهارم، مالکیت خصوصی را از پایه های نظام اقتصادی جمهوری اسلامی شناخته و دو اصل چهل و ششم و چهل و هفتم به صراحت آن را مورد حمایت قرار داده اند.

به موجب اصل چهل و ششم: «هر کس مالک حاصل کسب و کار مشروع خویش است و هیچ کس نمی تواند به عنوان مالکیت نسبت به کسب و کار خود امکان کسب و کار را از دیگری سلب کند.» و طبق صدر اصل چهل و هفتم قانون اساسی نیز: «مالکیت شخصی که از راه مشروع باشد، محترم است؛ مالکیت فکری بخشی از مالکیت است که حاصل فکر و اندیشه انسان بوده و دولت ها مبادرت به پیش بینی حقوق انحصاری، اختصاصی و البته موقتی برای آفریننده آن در قوانین و مقررات نموده اند.»

حقوق مالکیت فکری بر دو قسم است: حقوق مالکیت صنعتی و حقوق مالکیت ادبی و هنری. به نظر، مالکیت صنعتی عبارت است از مالکیت انسان بر آنچه که اندیشه وی در حوزه صنعت و تجارت آفریده و یا به طریق قانونی یا به صورت اعتباری از آن خود کرده، که از انواع مالکیت هایی است که در ذیل مالکیت خصوصی، مورد حمایت عام قانون اساسی قرار گرفته است. مالکیت ادبی و هنری نیز شاخه دیگری از مالکیت معنوی است که به حقوق ناشی از کپی رایت و حقوق مرتبط با آن می پردازد.

در ادامه به بررسی مفهوم مالکیت صنعتی خواهیم پرداخت و با این نهاد حقوقی آشنا خواهیم شد، و بعد از آن به بررسی مسئولیت کیفری ناشی از نقض حقوق مالکیت صنعتی در نظام حقوقی ایران خواهیم پرداخت و خواهیم دید که قانون گذار ایران چه ضمانت اجرای کیفری در حمایت از مالکیت صنعتی پیش بینی نموده و این نهاد حقوقی را مورد حمایت خود قرار داده است.

۱- مفهوم مالکیت صنعتی و مبانی حمایت از آن

در این قسمت ابتدا مفهوم مالکیت صنعتی به عنوان شاخه‌ای از مالکیت فکری مورد بررسی قرار خواهد گرفت و متعاقباً مبانی حمایت از این دسته از اموال فکری ارزشمند مورد تحلیل واقع خواهد شد.

۱-۱- مفهوم مالکیت صنعتی

امروزه نقش مهم حقوق مالکیت صنعتی در تجارت بین الملل، تجارت الکترونیک، سرمایه‌گذاری و روابط اقتصادی روبه رشد بر کسی پوشیده نیست. به طور کلی نظام حقوق مالکیت صنعتی به عنوان یکی از مسائل بنیادین سیاست نوین اقتصادی در سطح ملی و بین المللی و ابزاری مهم برای توسعه پایدار برای کشورهای در حال توسعه و کمتر توسعه‌یافته معرفی شده است، به اضافه این که حمایت قوی و مؤثر از حقوق مالکیت صنعتی عامل بسیار مهم و تعیین‌کننده در تسهیل موجبات انتقال فناوری و نیز در جلب سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در بخش‌های معین اقتصادی است که برای توسعه پایدار امری حیاتی تلقی می‌شود و در کشورهایی که در روند آزادسازی، سیاست‌های اقتصادی و صنعتی را تجربه می‌کنند، وجود نظام مالکیت فکری قوی و نیرومند، یکی از مهمترین عوامل ضروری برای تضمین روند آزادسازی است که یکی از نتایج مهم آن می‌تواند تجدید ساختار بخش‌های صنعتی و تجاری و در نهایت تشویق و ترغیب سرمایه‌گذاری کوچک و متوسط برای استفاده از نظام مالکیت فکری به عنوان ابزاری برای توسعه اقتصادی و فناوری ملی باشد. در تعریف و مفهوم مالکیت صنعتی به طور کلی می‌توان گفت: مالکیت صنعتی، مجموع حقوق و سلطه اقتداری است که بر موضوعات مختلف صنعتی، نظیر اختراعات و هرگونه پدیده خلق‌شده‌ای که خصوصیات صنعتی یا تجارتی داشته باشد، بار می‌شود و به مالک آن حق می‌دهد تا به طور انحصاری، ولی موقتی از آن استفاده و بهره‌برداری نماید. (امامی، ۱۳۹۰: ۳۶)

از مالکیت صنعتی، تعریف قانونی در نظام حقوقی ایران و در نظام حقوقی بسیاری از کشورهای جهان از جمله فرانسه، انگلیس، و... ملاحظه نمی‌گردد و به نظر می‌رسد علت خودداری قانون‌گذاران از تعریف قانونی مالکیت صنعتی، تنوع موضوعات آن باشد که هریک از موضوعات مالکیت صنعتی، اوصاف و ویژگی‌های مخصوص خود را دارد و جمع کردن خصوصیات مختلف موضوعات متعدد مالکیت صنعتی در یک تعریف قانونی که بتواند جامع و مانع باشد چندان آسان نیست و به فرض امکان نیز در عمل مشکلات فراوانی در پی خواهد داشت و شاید به همین دلیل در کنوانسیون‌های بین المللی از جمله کنوانسیون پاریس برای حمایت از مالکیت صنعتی مورخ ۲۰ مارس ۱۸۸۳ و اصلاحات انجام

شده در این کنوانسیون نیز، مالکیت صنعتی تعریف نشده است و بعضی از حقوقدانان هم از تعریف مالکیت صنعتی خودداری کرده اند. (جعفرزاده، ۱۳۸۷: ۲۳۵)

اما همانطور که گفته شد در تعریف مالکیت صنعتی به طور کلی می توان گفت: مالکیت صنعتی، مجموع حقوق و سلطه با اقتداری است که بر موضوعات مختلف صنعتی، نظیر اختراعات و هرگونه پدیده خلق شده ای که خصوصیات صنعتی یا تجارتي داشته باشد، بار می شود و به مالک آن حق می دهد تا به طور انحصاری ولی موقتی از آن بهره برداری کند.

۱-۲- مبانی حمایت از مالکیت صنعتی

مبانی و علل حمایت از مالکیت صنعتی، همانند سایر اموال می تواند در قالب قاعده احترام مال قرار گیرد و مقصود از آن مصونیت اموال مردم از تجاوز و تعدی و نگهداشتن احترام مال آنان است؛ با این حال علاوه بر قاعده کلی فوق، دلایلی ویژه، حمایت از مالکیت صنعتی را توجیه می نماید و این دلایل که برخی جنبه عمومی دارند، صرف نظر از ایرادهای برخی از نویسندگان بر اصل حمایت از مالکیت صنعتی می باشد و توضیح این که برخی معتقدند حسب اصل جریان آزاد اطلاعات، مردم باید آزادانه به اطلاعات دسترسی داشته باشند و حمایت از مالکیت صنعتی ضمن تأثیر نامطلوب بر ارتقا سطح نوآوری، در نهایت اصل رقابت آزاد را در نطفه خفه می نماید و این ادعا هیچ گاه نمی تواند صحیح باشد و ذکر دلایل حمایت از مالکیت صنعتی نیز می تواند این ادعا را در مبدأ از حرکت باز دارد و این دلایل نیز به شرح ذیل هستند: (میر حسینی، ۱۳۹۲: ۱۸۶)

۱-۲-۱- ترغیب خلایق

تقریباً کلیه حقوق مالکیت صنعتی از ویژگی های نو و مبدعانه برخوردارند و برای تحصیل آن ها تلاش های فراوانی شده است و حمایت از این دسته از مطالعات ارزشمند، آنالیزهای لازم را برای پدید آورندگان آن به منظور خلق مجدد آثار ارائه می دهد و زمینه های داشتن امنیت لازم برای سرمایه گذاری را فراهم می آورد. برای مثال در دعوی cov Bicron corp oil Kewanee که در دادگاه بخش رود ایلند مطرح شد دادگاه به صراحت بر حمایت از مالکیت صنعتی بر مبنای فوق الذکر تأکید نموده است و ترغیب به خلایق را از جهات مهم حمایت دانسته است. (نظام الملکی، ۱۳۹۷: ۳۴۱)

۱-۲-۲- ممانعت از رویه های ضد رقابتی

در اقتصاد امروز اصل بر رقابت آزاد میان عالم تجاری و اقتصادی است. این اصل، مقتضی آن است که هر کس در گستره بازار آزاد رقابتی می تواند با رعایت قواعد قانونی وارد شبکه تولید و توزیع شده و با ارائه کالاها و خدمات بیشتر، تلاش هر چه مضاعف برای جلب مشتری نماید و حقوق رقابت، مبنا اصلی این رویه های بازاری است و در عین تنظیم و ممانعت از ایجاد انحصار سعی بر آن دارد تا از رویه ها و رقابت غیرمنصفانه جلوگیری نموده و اشاعه دهندگان و مرتکبان آن را مجازات نماید و یکی از مهمترین مصداق های جلوگیری از رقابت غیرمنصفانه و ناعادلانه، جلوگیری از سوء استفاده از حقوق مالکیت صنعتی از طریق تحصیل متقلبانه آن ها می باشد و در صورتی که رقبا بتوانند به هر طریق از اسرار تجاری رقیب خود آگاه شوند، می توانند با پیش بینی آینده کاری رقیب خود، به راحتی اقداماتی را به عمل آورند که باعث جلوگیری از ایشان و حذف رقیب مقابل و در نهایت ورود ضرر به مال اسرار تجاری شود و به نظر می رسد که قانون گذار ما با لحاظ این دلیل، در مورد اسرار تجاری در بستر فضای مجازی اقدام به وضع ماده ۶۴ قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ نموده که اشعار می دارد: «به منظور حمایت از رقابت های مشروع و عادلانه در بستر مبادلات الکترونیکی، تحصیل غیرقانونی اسرار تجاری و اقتصادی بنگاه ها و موسسات برای خود و یا افشای آن برای اشخاص ثالث در محیط الکترونیک، جرم محسوب و مرتکب به مجازات مقرر در این قانون خواهد رسید. و به موجب این قاعده، تحصیل و سوء استفاده از حقوق مالکیت صنعتی متعلق به دیگری، سبب نقض قواعد حقوق رقابت و گسترش عدم امنیت و ربا در معاملات می گردد.» (شیخی، ۱۳۹۶: ۱۸۵)

۱-۲-۳- حق انحصاری اشخاص بر حقوق مالکیت صنعتی خود

تمام اشخاص، دارای حق انحصاری نسبت به تراوشات ذهنی خود می باشند که به استناد آن، حق نظارت بر انتقال، فروش، استفاده و ممانعت از هرگونه سوء استفاده تجاری و اقتصادی و افشای غیرمجاز را دارند و این حق، شبیه به حق مالکیت است اما تفاوت آن با حق مالکیت آن است که ایرادهایی نظیر لزوم مادی بودن موضوع مالکیت را در خود ندارد و لذا، در صورتی که هر شخص بتواند به راحتی حقوق مالکیت صنعتی دیگری را فاش نماید، این حق بنیادین وی مورد نقض قرار می گیرد و دیگر جایی برای اعمال این حق باقی نمی ماند و هر سری که افشا شود مالکیت خود را از دست داده است و همه می توانند به راحتی از آن استفاده نمایند، بدون این که بتوانند مانع یکدیگر در تجاری سازی شوند و البته برخی از نویسندگان معتقدند آن دسته از مصادیق حقوق مالکیت صنعتی مالک تلقی می شوند

که بر داشتن سایه حمایتی قانون و اجازه دسترسی آزاد به آن‌ها معادل جواز تجاوز به حقوق مالکیت و به بیانی صریح‌تر اتلاف مال دیگران باشد و به نظر می‌رسد این دیدگاه صحیح نباشد، زیرا حقوق مالکیت صنعتی همواره ارزشمند است و به دارنده آن مزیت رقابتی برتر می‌دهد و همین ارزشمندی به طور ضمنی دلالت بر مالکیت داشتن مالکیت صنعتی می‌نماید، وانگهی هم‌چنانکه برخی نویسندگان همچون دکترامامی به درستی اذعان داشته‌اند، در علم اقتصاد به جای لفظ مال از اصطلاح ارزش و به جای لفظ مالیت از اصطلاح ارزشمندی استفاده می‌نمایند و بنابراین باید ابراز نظر نمود که در گستره مالکیت صنعتی، مالک، حقوق شبه مالکیت را بر مال خود دارد و می‌تواند هر تصرف مادی و حقوقی نسبت به آن اعمال نماید.

۱-۲-۴- منع دارا شدن بلاجهت

یکی دیگر از دلایلی که برای حمایت از مالکیت صنعتی می‌تواند مورد نظر قرار گیرد، قاعده عقلی منع دارا شدن بلاجهت است و توضیح این که در صورت پذیرش مالکیت حقوق ناشی از مالکیت صنعتی به عنوان یک مال منتقل و ارزشمند، هرگاه کسی بدون احراز هر یک از اسباب ذکر شده در ماده ۱۴۰ قانون مدنی بر این حقوق استیلا یابد و در آن‌ها تصرف نماید، به صورت ناعادلانه بر آن‌ها مستولی شده است و در صورت وضع ید، ضامن بوده و باید اجرت المثل منافع استیفاء شده را به مالک آن بپردازد و البته این امر در صورتی اتفاق می‌افتد که شخص ثالث بدون اذن بر این حقوق دست یافته باشد و گرنه هنگامی که شخص، خود مبادرت به آفرینش این دسته از اموال فکری ارزشمند نماید، حسب قاعده حیات، دارنده تلقی شده و می‌تواند انحاء تصرفات مادی و حقوقی را در مالکیت صنعتی خود به عمل آورد. حسب آن‌چه ذکر گردید می‌توان دریافت حمایت از مالکیت صنعتی امری الزامی و ضروری به نظر می‌رسد و نظر کسانی که بر عدم امکان حمایت از این دسته اموال فکری ارزشمند به استناد اصل دسترسی آزاد به جریان اطلاعات استدلال می‌نمایند، موجه نمی‌باشد و می‌توان گفت پذیرش نظریه لزوم حمایت از مالکیت صنعتی و به طور کلی مالکیت معنوی به عنوان مال، چه در قالب حمایت‌های قراردادی، چه حمایت‌های غیرقراردادی، منافع بسیاری در جهت رشد اقتصادی جامعه در بردارد و مضرات اندکی را که منتقدین حمایت از مالکیت صنعتی مطرح می‌نمایند، را رفع می‌کند.

۲- بررسی مختصر کنوانسیون‌ها و قوانین مرتبط با مالکیت صنعتی

در خصوص مالکیت فکری که مالکیت صنعتی نیز خود قسمتی از آن می‌باشد کنوانسیون‌ها و قوانین مختلفی از قبیل کنوانسیون تریپس، کنوانسیون پاریس، موافقت‌نامه لاهه، معاهده لوکارنو، توافق‌نامه

مادرید، کنوانسیون برن، قانون الحاق ایران به کنوانسیون تأسیس سازمان جهانی مالکیت معنوی مصوب ۱۳۸۰، قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری و غیره وجود دارد که در زیر به دلیل جلوگیری از اطاله کلام تنها به دو مورد اشاره شده و بررسی می‌گردد.

۲-۱- کنوانسیون پاریس

کنوانسیون پاریس برای حمایت از مالکیت صنعتی در تاریخ ۲۱ مارس ۱۸۸۳ میلادی در شهر پاریس به امضا رسید. این معاهده که از کلیدی‌ترین توافق‌نامه‌های بین‌المللی در حوزه مالکیت فکری به شمار می‌رود، ناظر بر "مالکیت صنعتی" بوده که گستره وسیعی از موضوعات، شامل ثبت اختراعات، علائم و نشان‌های تجاری، طراحی‌های صنعتی، یوتیلیتی مدل‌ها، اسامی تجاری، نشانه‌های جغرافیایی (نشانی‌ها) و اسامی مبدأ، و جلوگیری از رقابت غیرمنصفانه را در برمی‌گیرد.

از لحاظ تشکیلاتی نیز کنوانسیون پاریس، دارای یک مجمع و یک کمیته اجرایی است و تمامی دولت‌ها که سطح حداقلی از مقررات اجرای توافق استکلم (۱۹۶۷ میلادی) را پذیرفته باشند، می‌توانند عضوی از این مجمع باشند. در این میان، کشور سوئیس یک استثناء محسوب شده و همواره در کمیته اجرایی عضویت دارد. اما سایر اعضا مجمع را، کشورهای عضو کنوانسیون برمی‌گزینند. گفتنی است که ایران نیز برای نخستین بار، در سال ۱۳۳۷ (قانون مصوب ۱۴ اسفند ۱۳۳۷) به این کنوانسیون ملحق گردید و در ادامه، در آذرماه ۱۳۳۷، الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به آخرین اصلاحات این کنوانسیون نیز رسمی گشت. لازم به ذکر است که مقررات و دستورالعمل‌های اصلی کنوانسیون پاریس به سه دسته اصلی موضوعات ملی، حق اولویت و قوانین مشترک تقسیم می‌شوند که بررسی آن در این مقال نمی‌گنجد.

۲-۲- قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون تأسیس سازمان جهانی مالکیت

معنوی مصوب ۱۳۸۰

در جمهوری اسلامی ایران مطابق ماده واحده مصوب ۱۳۸۰/۷/۴ مجلس شورای اسلامی، به دولت اجازه داده شده است که به کنوانسیون تأسیس سازمان جهانی مالکیت معنوی امضاء شده در استکلم به تاریخ چهاردهم جولای ۱۹۶۷ میلادی با اصلاحات بعدی بپیوندد.

در خصوص سابقه تشکیل سازمان جهانی مالکیت معنوی نیز باید گفت که پس از تصویب کنوانسیون پاریس در سال ۱۸۸۳ برای حمایت از حقوق مالکیت صنعتی و تصویب کنوانسیون برن در سال ۱۸۸۶ برای حمایت از حقوق مالکیت ادبی و هنری، هریک از این دو کنوانسیون برای اداره امور خود اداره‌ای را پیش‌بینی کردند و در سال ۱۸۹۳ میلادی نیز یک دفتر بین‌المللی مشترک بنام دفتر بین‌المللی متحد

برای حمایت از حقوق مالکیت معنوی جهت انجام امور اتحادیه های فوق تأسیس گردید و این دفتر نیز تا سال ۱۹۶۷ میلادی زیر نظر دولت کنفدراسیون سوئیس اداره می شد. در سال ۱۹۶۷ نیز کنوانسیون سازمان جهانی مالکیت معنوی دراستکلهم به تصویب رسید و از جمله وظایف آن نیز تأیید خدمات اداری اتحادیه های پاریس و برن و دیگر اتحادیه های مخصوص که در رابطه با اتحادیه های مزبور تأسیس شده اند، می باشد. این سازمان در سال ۱۹۷۴ به عنوان یکی از سازمان های تخصصی سازمان ملل متحد پذیرفته شده است.

۳- مسئولیت کیفری ناشی از نقض حقوق مالکیت صنعتی

در بخش نخست دیدیم که هم اخلاق و هم نظم عمومی و نیز بعضاً مصلحت و دگرگونی های اجتماعی، اقتضای این را دارند تا در برابر نقض حقوق مالکیت صنعتی از شدیدترین حربه حقوقی یعنی کیفر بهره گیری شود و بنابراین با توجیه جرم انگاری، دسته ای از جرایم شکل می گیرد به نام جرایم علیه حقوق مالکیت صنعتی. حال پرسش بنیادین و اولیه این است که رفتارهای ناقض حقوق مالکیت صنعتی در زمره چه دسته ای از جرایم قرار می گیرد؟ جرایم مالی، جرایم اقتصادی یا اینکه این گونه رفتارها خود دسته ای مستقل به شمار می روند؟ پاسخ به این سوال این نتیجه را خواهد داشت که جرایم ضد حقوق مالکیت صنعتی را از دریچه چه موضوعی بررسی کنیم؛ مالی، اقتصادی، تجاری یا چیز دیگر؟ در ادامه سعی در پاسخ به سوال بالا خواهیم داشت تا پی به ماهیت این جرایم ببریم و یافته های خود را بر اساس نوع، دسته بندی کنیم تا به نتیجه ای مناسب برسیم.

۳-۱- نوع جرایم علیه مالکیت صنعتی

عنوان «جرایم مالی» ناظر به جرایمی است که مرتبط با مال هستند اعم از اینکه مال موضوع جرم باشد یا وسیله جرم و در کنار این عنوان گاه عنوان «جرایم علیه اموال» نیز مطرح می گردد که متناظر به رفتارهای مجرمانه بر ضد مال یا به طور دقیق تر حق مالی است؛ به عبارت دیگر مال در جرایم علیه اموال موضوع جرم است و این ادعا را می توان از قرینه علیه یا ضد دانست و با این حال غالباً جرایم مالی و جرایم علیه اموال یکی دانسته می شود و به جای هم نیز به کار برده می شود، در حالی که می توان بین این دو جدایی انداخت و به این صورت که جرایم مالی ناظر به جرایم مرتبط با مال است؛ خواه مال نقش موضوع را داشته باشد مانند کلاهبرداری و سرقت و خواه مال نقش وسیله جرم را داشته باشد مانند ارتشاء و ربا که در این دو جرم عمل مجرمانه بر ضد مال نیست؛ اما اگر مالی در میان نباشد جرم نیز واقع نمی گردد و در واقع وسیله ضروری ارتکاب جرم است و از این رو ارتشاء و ربا در زمره جرایم مالی

محسوب می‌شوند هر چند آن‌ها را از حیث اعتباری و انتزاعی می‌توان در دسته جرایم علیه آسایش عمومی نیز قرار داد و در این دو جرم مال الرشا و مال الربا هر دو وسیله ارتکاب جرم به شما می‌روند نه هدف اصلی که جرم به خاطر آن ارتکاب یابد، زیرا در این دو جرم قبل از اینکه به مال و صیانت از آن و احترام به علقه مالکیت توجه شود، به سلامت روابط اداری و صحت روابط معاملی و تجاری پرداخته می‌شود و جنبه عمومی و دولتی داشتن مال و شخصیت مرتکب نیز می‌تواند از معیارهای تفکیک جرایم علیه اموال و جرایم مالی شود، به عنوان مثال جرم اختلاس اموال عمومی و دولتی در زمره جرایم مالی به حساب می‌آید و حال آن که آن را در ذیل جرایم علیه اموال قرار نمی‌دهند و البته قسمتی از جرم اختلاس که برداشت و تصاحب اموال اشخاص است می‌تواند به عنوان جرم علیه اموال تلقی شود، زیرا موضوع جرم در این جا اموال اشخاص است نه دولت و شخصیت مرتکب یعنی کارمند بودند نیز تأثیری در ماهیت آن نخواهد داشت و همچنین رضایت یا عدم رضایت نیز می‌تواند در برخی عناوین مجرمانه به عنوان معیار نسبی تفکیک جرایم مالی از جرایم علیه اموال گردد و در جرایم علیه اموال، عدم رضایت صاحب یا متصرف قانونی مال از عناصر لازم برای تحقق عنوان مجرمانه است و حال آن که در برخی از جرایم مالی مانند رشا، ربا و اخذ پورسانت؛ رضایت صاحب مال از اجزای الزامی برای تحقق رکن مادی جرم به حساب می‌آید. (میر محمد صادقی، ۱۳۹۴: ۱۸۶)

به سخن دیگر در رکن مادی جرایم علیه اموال، عدم رضایت و به عکس در رکن مادی برخی جرایم مالی، رضایت، شرط تحقق جرم است که بدون آن‌ها عناوین مجرمانه محقق نمی‌گردد و با توجه به این معیار که جرایم مالی به جرایمی گفته می‌شود که در تحقق آن‌ها ممکن است مال از یک سو به عنوان هدف یا موضوع جرم مطرح شود و از سوی دیگر به عنوان وسیله جرم، بین جرایم مالی و جرایم علیه اموال رابطه عموم و خصوص مطلق است و عنوان «جرایم مالی» در بردارنده مصادیق جرایم علیه اموال نیز خواهد بود و برخی اصطلاح جرایم علیه اموال، ایرادپذیر دانسته شده و معتقدند که به جز جرم تخریب در سایر جرایم علیه اموال، ضرری به خود مال زده نمی‌شود بلکه صدمه به حقوق مالکانه اشخاص وارد می‌آید و به این دلیل شاید اصطلاح جرایم علیه حقوق مالی، اصطلاح صحیح‌تری نسبت به اصطلاح «جرایم علیه اموال» می‌باشد اما باید گفت حق مالی با مال تفاوتی ندارد و از ریشه حق مالی، مال محسوب می‌گردد زیرا همیشه مال تعبیر عاری از وجود حق مالی است، یعنی رابطه اعتباری که شخص را به مال مربوط می‌کند و مفهومی جدای از آن ندارد. زیرا اشیاء مادی به این اعتبار که مال اشخاص قرار می‌گیرد، مال محسوب می‌شود، اگر می‌گوییم: این شیء مال ما می‌باشد

در حقیقت تعبیر از این است که بر آن حق مالکیت داریم و لذا حقوق ناشی از مالکیت صنعتی به عنوان قسمتی از حقوق مالی نیاز به حمایت دارد و یکی از این نوع حمایت ها، حمایت کیفری می باشد و در ادامه به بررسی حمایت کیفری از حقوق ناشی از مالکیت صنعتی خواهیم پرداخت و بعد از بررسی مراجع قضایی صالح به بررسی ضمانت اجرای کیفری که قانون گذار برای نقض حقوق ناشی از مالکیت صنعتی معین نموده خواهیم پرداخت.

۳-۲- نهادهای قضایی صالح

نهادهای قضایی صالح نهادهایی هستند که بر اساس قانون، شایستگی رسیدگی به دعاوی و پرونده‌ها را دارا هستند؛ پس نهادهای قضایی صالح برای رسیدگی به جرایم حوزه حقوق مالکیت صنعتی مراجعی هستند که به حکم قانون صلاحیت و شایستگی رسیدگی به این اعمال سرزنش آمیز را دارند و از زمان کشف آثار غیرقانونی و سرزنش آمیز تا پایان اجرای واکنش های قانونی مراجع قضایی متعدد، صلاحیت و تکلیف رسیدگی به امر کیفری را دارند و هر یک به نوبه خود امر تعقیب، دادرسی و اجرای کیفر را هدایت می نمایند و بدین منظور اولین رسالت آنها احراز صلاحیت و توانایی رسیدگی به جرایم علیه حقوق مالکیت صنعتی است و طبیعت خاص موضوعات مالکیت صنعتی، ضرورت پیش‌بینی و ایجاد دادگاه های تخصصی مالکیت صنعتی را اجتناب ناپذیر می نماید و محاکم تخصصی منافع و مزایای فراوانی دارند و قضات این گونه محاکم به دلیل تخصص و تجارب بالا در موضوعات حقوق مالکیت معنوی نسبت به قضات محاکم عمومی تصمیمات کاربردی تر اتخاذ کرده و آراء مستندتر و مفیدتری در جهت حمایت از دارندگان حقوق مالکیت معنوی و جلوگیری از نقض حقوق آن ها صادر می نمایند و صدور آراء متحد الشکل و منسجم و جلوگیری از صدور آراء متشتت و پراکنده از فواید دیگر این محاکم است که خود در نهایت می تواند منجر به شکل گیری دکترین حقوقی مستحکم و یکپارچه در زمینه حقوق مالکیت صنعتی گردد و این محاکم در مقایسه با محاکم عمومی در پذیرش موضوعات حوزه حقوق مالکیت معنوی از توانمندی بالایی برخوردارند و استفاده از کارشناسان و وکلای متخصص، این توانمندی را هر چه بیشتر افزایش می دهد و نحوه تفسیر و استنباط محاکم تخصصی در مقایسه با محاکم غیرتخصصی با ضروریات حقوق مالکیت معنوی هماهنگ تر است. آشنایی قضات با الگوهای رسیدگی محدود و تکراری بودن موضوعات باعث افزایش سرعت عمل آن ها می گردد و علاوه بر آن احتمال بروز خطا در تصمیم گیری نیز کاهش می یابد و کاهش رسیدگی علاوه بر صرفه جویی در وقت موجب کاهش هزینه های محاکم و کارمندان اداری آنها می گردد. (شیخی، ۱۳۹۶: ۲۴۶)

در کشور ما، اگرچه با توجه به رویه قضایی موجود و ماده ۵۹ قانون ثبت اختراعات، طرح های صنعتی و علائم تجاری و ماده ۱۳ قانون حمایت از نقشه های جغرافیایی شعب خاصی از دادگاه های عمومی تهران به این دعاوی رسیدگی می کنند، ولی باید گفت سایر دعاوی کیفری حقوق مالکیت صنعتی که خارج از قوانین مزبور است در دادگاه محل وقوع جرم رسیدگی می شوند که به تفصیل به آن خواهیم پرداخت.

۳-۲-۱- نهادهای تعقیبی

پس از کشف جرم، دادسرا تحقیقات مقدماتی را تا پایان اظهار نظر نهایی در خصوص اقدام ضد حقوق مالکیت صنعتی عهده دار می گردد و همانطور که بیان گردید، در صورت تخصصی بودن نهاد تعقیب، مزایای ایجاد محاکم تخصصی بر امر تحقیق نیز حاکم خواهد بود و با توجه به بند الحاقی ماده ۲۳ اصلاحی قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی، دادسرا عهده دار تعقیب جرایم به ریاست دادستان می باشد و از آنجایی که رسیدگی به اختلافات ناشی از اجرای قواعد به خصوص در صلاحیت شعب خاصی از محاکم عمومی تهران است و در حوزه قضایی هر شهرستان یک دادسرا در معیت دادگاه های آن حوزه انجام وظیفه می نماید و لذا تحقیقات مقدماتی جرایم علیه حقوق مالکیت صنعتی بر عهده دادسرای عمومی و انقلاب تهران است که یکی از نواحی این دادسرا برای تعقیب جرایم حوزه مالکیت صنعتی تعیین گردیده است. البته ذکر این نکته ضروری می باشد که در دکترین حقوقی و رویه قضایی حاکم نظریه مخالفی نیز وجود دارد و معتقدند که مطابق ماده ۳۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری که مؤخر بر قانون ثبت اختراعات، طرح های صنعتی و علائم تجاری و ماده ۵۹ آن می باشد و مطابق مقررات آیین دادرسی کیفری که آخرین اراده قانون گذار نیز می باشد جرم در هر محلی که به وقوع پیوسته در آن محل تعقیب بزه صورت می پذیرد و جرایم مالکیت صنعتی نیز به مانند سایر جرایم باید در محل وقوع بزه رسیدگی شود و لذا در هر محل و شهری که بزه‌ی در این خصوص به وقوع پیوندد، دادسرای محل وقوع بزه صالح به رسیدگی می باشد؛ اگرچه تخصیص جرایم حوزه مالکیت صنعتی به دادسرای ویژه در مقایسه با سایر شعب و نواحی بهینه می باشد ولیکن با توجه به اینکه قضات دادسرای ویژه در حوزه مالکیت صنعتی فاقد تخصص و تجربه کافی بوده و به سایر جرایم دیگر حوزه های حقوقی کیفری نیز رسیدگی می کنند، ولذا می توان گفت تا زمان تخصصی بودن نهاد تعقیب در کشور ما مسیر طولانی باقی مانده است و از آنجا که نظام حقوق کیفری طی آیین دادرسی ویژه برای نحوه رسیدگی به جرایم علیه حقوق مالکیت صنعتی تدوین نگردیده است و مقام تعقیب با رعایت قواعد عام

آیین دادرسی کیفری به تحقیقات مقدماتی مبادرت می‌ورزد و اقداماتی از قبیل: استماع شکایت متضرر از بزه، احراز صلاحیت، اقدامات کافی برای جلوگیری از امحاء آثار جرم، جمع آوری ادله و مدارک ارتکاب بزه، اتخاذ تدابیر احتیاطی همانند: صدور قرار تأمین خواسته، قرار اناطه، دستور توقیف کالاهای تقلبی و تقلیدی و جلوگیری از ادامه اعمال سرزنش‌آمیز متجاوز از طریق تعطیل کردن موسسه، شرکت یا تجارت‌خانه غیرقانونی، جلوگیری از فرار متجاوز، اخذ تأمین متناسب از متهم و صدور قرارهای نهایی منع تعقیب یا جلب به دادرسی و نهایتاً کیفرخواست، مراحل تحقیقات مقدماتی است که نهاد تعقیب به منظور حمایت از حقوق مالکیت صنعتی به آن می‌پردازد. جرایم حوزه حقوق مالکیت صنعتی از جرایم غیرقابل گذشت می‌باشند و در صورت رضایت و گذشت شاکی خصوصی، تعقیب موقوف نمی‌گردد و مقام تعقیب مکلف به تعقیب ناقض از حیث جنبه عمومی بزه می‌باشد و شروع به تعقیب نیز منوط به شکایت دارنده حقوق مالکیت صنعتی نیست بلکه با اعلام و گزارش ضابطین دادگستری یا اشخاص مورد اطمینان همانند اداره مالکیت صنعتی و یا در جرایم مشهود در صورتی که قاضی ناظر بر وقوع جرم باشد، تعقیب آغاز می‌شود.

۳-۲-۲- نهادهای دادرسی

مهم‌ترین موضوع راجع به نهادهای رسیدگی کننده، پیرامون صلاحیت آنهاست. در واقع پس از صدور کیفرخواست و ارسال پرونده به دادگاه کیفری، امر دادرسی بر عهده محکمه جزای محل وقوع جرم می‌باشد (ماده ۳۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی). لیکن در حوزه حقوق مالکیت صنعتی بر این اصل استثناء وارد شده است. در واقع ماده ۴۶ قانون ثبت اختراعات مصوب ۱۳۱۰ رسیدگی به دعاوی حقوقی یا کیفری مربوط به اختراع یا علامت تجاری در محاکم تهران به عمل خواهد آمد و اگرچه در مورد دعاوی کیفری جرم در خارج تهران واقع یا کشف و یا متهم در خارج تهران دستگیر شده باشد که در این صورت تحقیقات مقدماتی در محل وقوع جرم یا کشف جرم، دستگیری متهم به عمل آمده و برای رسیدگی به محاکم تهران ارجاع می‌شود و بر اساس ماد ۵۹ قانون ثبت اختراعات، طرح های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶ رسیدگی به اختلافات ناشی از اجرای این قانون و آیین نامه اجرایی آن در صلاحیت شعبه یا شعب خاصی از دادگاه های عمومی تهران می‌باشد که حداکثر تا شش ماه بعد از تاریخ تصویب این قانون توسط رئیس قوه قضائیه تعیین می‌گردد و ماده ۱۳ قانون حمایت از نشانه های جغرافیایی نیز مقرر می‌دارد: «رسیدگی به اختلافات که به موجب این قانون و آیین نامه اجرایی آن باید به دادگاه ارجاع شود در صلاحیت دادگاه عمومی و انقلاب تهران

می باشد و همچنین ماده ۱۸۰ آیین نامه اجرایی قانون ثبت اختراعات، طرح های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۷ چنانچه در ضمن رسیدگی کیفری متهم برای دفاع از خود موضوع مالکیت اختراع، طرح صنعتی، علامت و نام تجاری را مطرح کند؛ دادگاه صالح مقرر در ماده ۵۹ قانون خود باید به این موضوع رسیدگی نماید و با توجه به اینکه ماده ۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی، رسیدگی به امری را که اتخاذ تصمیم در خصوص آن منوط به امری که رسیدگی به آن در صلاحیت دادگاه دیگری است را از موارد صدور قرار اناطه دانسته است و ماهیت مالکیت حقوق مالکیت صنعتی امری مدنی و خارج از صلاحیت محکمه جزاء است و لذا مقرر آیین نامه مزبور برخلاف ماده ۱۳ قواعد آمره است. بنابراین نه تنها محاکم باید از اجرای آن خودداری کنند بلکه هر ذی نفع نیز حق دارد از دیوان عدالت اداری ابطال آن را بخواهد و دارنده حقوق مالکیت صنعتی یا ذی نفع می تواند توقیف کالاهای موضوع نقض را از نزدیکترین دادگاه محل وجود کالا درخواست کند و همچنین در هر مرحله از مراحل رسیدگی درخواست صدور قرار تأمین دلیل، دستور توقیف محصولات ناقض حقوق ادعایی و تقاضای صدور دستور موقت نسبت به عدم ساخت آن شیء یا از ورود آن محصولات را بنماید و مراجع قضایی موظف به قبول تقاضای مذکور می باشند و می توانند قبل از صدور قرارهای مزبور از متقاضی تضمین کالا بخواهند و در صورتی که محصولات در گمرک باشند اجرای دستور فوق توسط مأمورین گمرک و ضابطین خواهد بود (ماده ۱۸۳ آیین نامه اجرایی قانون ثبت اختراعات، طرح های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۷). باید توجه داشت که دادسرا می تواند رأساً دستور توقیف کالاهای دارای علامت تقلبی را صادر نماید. پس از اجرای تدابیر احتیاطی مرحله تعیین ضمانت اجراهای کیفری اعم از تعیینی و تأمینی است که در قسمت بعد به آن می پردازیم.

۳-۳- ضمانت اجراهای کیفری ناشی از نقض حقوق مالکیت صنعتی

در پیشینه قانونی و قانون گذاری کیفری ایران در برابر نقض حقوق مالکیت صنعتی نمی توان از تنوع و رشد کیفر که با این دسته از جرایم تناسب داشته باشد، سخن گفت. در قانون ثبت علائم تجاری و اختراعات مصوب ۱۳۱۰ قانون گذار اساساً رویکردی کیفری به نقض حقوقی مالکیت صنعتی ندارد و تنها در ماده ۴۶ به امور شکلی کیفری می پردازد و طبق این ماده رسیدگی به دعاوی حقوقی یا جزایی مربوط به اختراع یا علامت تجاری در محاکم تهران به عمل خواهد آمد و اگر چه در مورد دعاوی جزایی، جرم در خارج تهران واقع یا کشف و یا متهم در خارج تهران دستگیر شده باشد که، در این موارد تحقیقات مقدماتی در محل وقوع یا کشف جرم یا دستگیری متهم به عمل آمده و پرونده برای رسیدگی به محاکم

تهران ارجاع می شود و با این حال حمایت کیفری از سوی قانون مجازات عمومی، آن هم نه در سال تصویب یعنی ۱۳۰۴ بلکه در سالی که قانون ثبت علائم تجاری و اختراعات وضع گردید؛ صدور گواهی در پیش از انقلاب، حمایت کیفری توسط قانون عمومی راجع به جرایم و مجازات ها پیش بینی شده بود و منحصر به حبس بود و پس از انقلاب، حوزه حمایت کیفری از مالکیت صنعتی تا ابتدای دهه هشتاد قرن چهاردهم شمسی همانند رویکرد قبل از انقلاب بود ولی پس از تحولات بنیادی در حقوق مالکیت فکری و نیز ایجاد رشته های دانشگاهی در این زمینه، قانون گذاری کیفری نیز در این زمینه متنوع شد و با این حال اثری از رشد و تنوع کیفر در میان نبود و حتی رشد کیفری کاسته شده و نوع کیفر را هم عموماً به جزای نقدی یا قاضی را میان جزای نقدی و حبس مخیر ساخته است و در ماده ۶۱ قانون ثبت اختراعات، طرح های صنعتی و علائم تجاری برای نقض حقوق مالکیت صنعتی، پرداخت جزای نقدی از ده میلیون ریال تا پنجاه میلیون ریال یا حبس تعزیری از نود و یک روز تا شش ماه یا هر دوی آنها تعیین شده است در حالی که نه مجازات نقدی برای برخی نقض های این نوع حقوق که مرتکب، سود زیادی به دست آورده مناسب است و نه حبس آن قدرت بازدارندگی دارد؛ ضمن این که این دو مجازات در نهایت اختیاری هستند و هر چند قانون گذار جمع آن ها را هم در اختیار قاضی نهاده ولی قاضی می تواند پرونده را با جزای نقدی ده میلیون ریال ببندد و جالب آنکه دقیقاً همین رویکرد در ماده ۶ قانون حمایت از نشانه های جغرافیایی مصوب بهمن ۱۳۸۳ نیز دیده می شود و طبق این ماده هر شخصی که مرتکب اعمال مندرج در ماده ۲ این قانون شود علاوه بر جبران خسارت به جزای نقدی از ده میلیون ریال تا پنجاه میلیون ریال یا حبس تعزیری از نود و یک روز تا شش ماه و یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد و در قانون ثبت ارقام گیاهی و کنترل و گواهی بذر و نهال مصوب ۱۳۸۲ عمل ارتكابی شخص را تخلف شمرده نه یک جرم، با این حال برای این تخلف کیفر نقدی پیش بینی کرده است. طبق تبصره ماده ۷ این قانون، مراجع قضایی کشور مکلفند بر اساس شکایت مؤسسه و سایر اشخاص ذینفع و گزارش کارشناسی مؤسسه یا سایر مؤسسات هم تراز به موضوع رسیدگی نموده و در صورت احراز تخلف، مرتکبین را به پرداخت جزای نقدی معادل یک الی سه برابر ضرر و زیان وارده و همچنین به پرداخت ضرر و زیان وارده به شاکی مربوط در زمان صدور حکم محکوم نماید و در حقوق ایالات متحده، برای جعل علامت تجاری، حبس تا ده سال و جزای نقدی تا دو میلیون دلار پیش بینی شده است که اگر این عمل از سوی سازمان ها ارتکاب یابد، حداکثر جزای نقدی به پنج میلیون دلار افزایش خواهد یافت.

نتیجه‌گیری

مالکیت، اساس گردش چرخه زندگی انسان‌ها محسوب می‌شود که به جرأت می‌توان اذعان داشت نزدیک‌ترین علقه‌ای که بشریت از همان ابتدای تاریخ داشته با مال بوده است و اهمیت مالکیت تا آنجاست که آن را در زمره حق و از ارکان عالمیت نیز دانسته‌اند و در واقع مالکیت یکی از مؤلفه‌های حق و همچنین آزادی و دموکراسی جزء حقوق اساسی و اولیه انسان به شمار می‌رود و در نتیجه جامعه‌ها مجبورند که در تعهد خود برای حفظ حق مالکیت در برابر اهداف دیگر، توازن برقرار کنند و به همین دلیل ماده ۱۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر حق مالکیت را در زمره حقوق اولیه انسان‌ها دانسته است و به موجب این ماده: «هر شخص منفرداً یا به طور اجتماع حق مالکیت دارد و احدی را نمی‌توان خودسرانه از حق مالکیت محروم نمود.» و در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز هر چند مالکیت در حقوق ملت ذکر نشده، اما در مقابل اصل چهارم و چهارم مالکیت خصوصی را از پایه‌های نظام اقتصادی جمهوری اسلامی شناخته و دو اصل چهارم و ششم و هفتم به صراحت آن را مورد حمایت قرار داده‌اند و به موجب اصل چهارم و ششم؛ هر کس، مالک حاصل کسب و کار مشروع خویش است و هیچ کس نمی‌تواند به عنوان مالکیت نسبت به کسب و کار خود، امکان کسب و کار را از دیگری سلب کند و طبق صدر اصل چهارم و هفتم قانون اساسی نیز مالکیت شخصی که از راه مشروع باشد محترم است و مالکیت فکری بخشی از مالکیت است که حاصل فکر و اندیشه انسان بوده و دولت‌ها مبادرت به پیش‌بینی حقوق انحصاری، اختصاصی و البته موقتی برای آفریننده آن در قوانین و مقررات نموده‌اند و حقوق مالکیت فکری نیز بر دو قسم است: حقوق مالکیت صنعتی و حقوق مالکیت ادبی و هنری. مالکیت صنعتی یا مالکیت انسان بر آنچه که اندیشه‌اش در حوزه صنعت و تجارت آفریده یا به طریق قانونی یا به صورت اعتباری از آن خود کرده، از انواع مالکیت‌ها است که در ذیل مالکیت خصوصی، مورد حمایت عام قانون اساسی قرار گرفته است. در واقع حقوق مالکیت صنعتی با تشویق و ترغیب ابداع و نوآوری نقش به‌سزایی در رشد و شکوفایی اقتصاد دارد و کشورهای در حال توسعه همچون ایران با تنظیم و تصویب قوانین و مقررات کارآمد می‌توانند به رشد و پیشرفت صنعت و تجارت و افزایش تولید و اشتغال کمک نمایند و واضح است که صرف وجود قوانین و مقررات مناسب بدون اجرای صحیح آنها در دادگاه‌ها مثرثمر نخواهد بود و بنابراین اگرچه برخی نظریه‌ها همانند لزوم گردش آزاد اطلاعات، لزوم توسعه بیشتر همکاری و تعاون اجتماعی و برخی آراء فقهی نظیر عدم مطابقت حمایت از مالکیت فکری با احکام و نظامات اسلامی، حمایت از مالکیت فکری را موجه نمی‌دانند؛ اما به

جهت نقش بنیادین حمایت از حقوق مالکیت فکری در بالا بردن شاخص توسعه و پیشرفت علمی، اجتماعی، اقتصادی و صنعتی جوامع، شناخت حقوق برای پدید آورندگان اموال فکری و حمایت از آنها چه در سطح جهانی، چه در سطح داخلی و چه در حوزه فقهی مورد پذیرش قرار گرفته و به تدریج حوزه مصداقی و مفهومی آن در حال گسترش است. هر چند با استناد به مطالب پیش گفته می‌توان با اندکی تسامح این ادعا را مطرح نمود که امروزه حمایت از حقوق پدیدآورندگان اموال فکری یک اصل مسلم پذیرفته شده است و باید تمام امکانات موجود در راستای حمایت از این حقوق به کار گرفته شود.

منابع

۱. امامی، اسدالله (۱۳۹۳)، **حقوق مالکیت صنعتی**، چاپ هشتم، تهران، نشر میزان.
۲. امامی، اسدالله (۱۳۹۰)، **حقوق مالکیت صنعتی**، تهران، نشر میزان.
۳. اصلانی، حمیدرضا (۱۳۹۶)، **حقوق مالکیت صنعتی در ازای سایبر**، چاپ چهارم، تهران، نشر میزان.
۴. امیری، حسین علی (۱۳۹۵)، **اجرای حقوق مالکیت صنعتی در مقررات سازمان جهانی تجارت و حقوق ایران**، چاپ سوم، تهران، نشر میزان.
۵. میرحسینی، سیدحسین (۱۳۹۲)، **مقدمه ای بر حقوق مالکیت معنوی**، چاپ نهم، تهران، نشر میزان.
۶. نظام الملکی، جعفر (۱۳۹۷)، **حمایت کیفری از حقوق مالکیت فکری در محیط اینترنتی**، چاپ سوم، تهران، نشر میزان.
۷. شیخی، مریم، (۱۳۹۶)، **راهنمای قانون‌گذاری در حقوق مالکیت صنعتی**، چاپ چهارم، تهران، نشر خرسندی.
۸. جعفرزاده، قاسم (۱۳۸۹)، **مبانی فقهی مشروعیت حقوق فکری**، چاپ ششم، تهران، نشر مجد.
1. Chavanne, Burst J(1998), *Droit de la Propriété Industrielle, Litec, Dalloz, Français, N. 645ets*.
2. Correa, Carlos E(2000), *IP and the WTO and Developing Countries, Zed Books, England*.
3. Dean, Robert(2000), *The Law of Trade Secrets and Personal Secrets, Law Book co, Australia*.
4. Ezjak, Scott(2009), *Protecting Trade secrets through Copyright, Duke Law Journal, V981.1987*

Abstracts

Pathology of the current answers of the Iranian criminal justice system in banking crimes and violations

Ali Abedzadehzavareh

Abstract

The importance of banking crimes specially in the present time and the current economical condition, is one of the essential discussions and required by the law society since these crimes and violations and reacting them criminally are not considered in our law system exactly and clearly. These crimes and violations are significantly important since they destroy the security in the banking system and sometimes plundering the people's capitals and in result cause their distrust to the country's banking and economical systems. In the present time, despite importance, complication, imposing costs and vulnerable damages of banking violations and crimes, criminal policy of Iran in this regard has been faced various challenges. Scattered and unsystematic criminalization, lack of anticipation of effective enforcement mechanisms, mere criminal liability and failure to adopt preventive policies are of the damages that in practice have led to the inefficiency of the criminal justice system in the field of banking crimes and violations. The current article using the descriptive-analytic method follows identification of the available challenges in the banking crimes and violations in the fields of Legislative, judicial and executive criminal policy. Findings of this article shows that to resist these crimes and violations, a logical criminal policy relying on social and economic realities and planning a multiple responding system (criminal, preventive and repair) is required.

Key words: criminal justice system, banking crimes, banking violations, criminal responses. Proportional performance guarantee

Automatic Succession of International Organizations in International Law

Mohammadreza Mellat
Masuood Ahsannezhad

Abstract

It was first in 1971 that the international law commission sought to include the issue of succession in international organizations in its long-term agenda. But finally, concluded that the scope of codification and progressive development of the law on this subject is limited. Therefore, there was no need to address this issue further. The main focus of the growth of the issue of succession in international organizations is in one of the advisories of the international court of justice, especially the advisory theory of July 11, 1950 on the international situation in South Africa and in the doctrine. The question we seek to answer in this article is the possibility of substitution in the relations between international organizations. If so, the basis for the occurrence, as some of the judges of the court have claimed, could be automatic substitution. The hypothesis of the article is also based on the fact that despite the possibility of a split in international organizations, its basis can not be considered as an automatic replacement. In relations between international organizations, the succession is based on an agreement between the two organizations, and the treaty concludes the effects and results of the succession.

Keywords: International Organizations, International Law, Succession, Automatic, procedure

Comparative Study of Guaranteeing the Implementation of Defense Rights in the Preliminary Investigation Stage

Amin Jalili

Abstract

Human dignity, as the supreme divine gift, demands more and more respect and observance of the rights of individuals in the living world today. Reflection on the latest law in the field of criminal procedure in comparison with the previous drafting laws shows the tendency of the criminal legislator to observe the defense rights of the suspects and the accused as much as possible and in the stages under preliminary investigation. The Code of Criminal Procedure adopted in 1392, enumerating the rights of the accused, the right to inform the accused, the right to declare the rights of the accused, the right to have a lawyer, the right to study and access the case, the right to inform the family, the right to medical examination and the right to remain silent. It has taken a big step towards justice. In the meantime, the lack of guarantees for proper performances, such as the invalidity of the preliminary investigation on the assumption of non-compliance with the defense rights of the accused by law enforcement and judicial authorities, has made it impossible to consider Iranian protectionist laws as defendant of the accused. The author, by first enumerating the types of defense rights contained in the Code of Criminal Procedure adopted in 1392 and comparing these rights with the protection laws of countries such as the United States and Britain, seeks to reveal the protection laws intended for the accused in the preliminary investigation stage and Finally, the policy on the extremely important issue of guaranteeing the implementation of the defense rights of the master in the law is examined.

Keywords: Defense Law, Preliminary Investigation, Defendant, Enforcement Guarantee, Justice

Merger of Debts and its Effects on the Third Party

Sajjad Shahbazeghahfarrokhi

Abstract

While “Merger of Debts” has generally been addressed as one of the grounds behind collapse of obligations in the form of a single article in the civil code, its real concept and nature is still far from clarity. The assemblage of the two terms of “Obligor” and “Obligee” in unitary person and asset and at the same time is referred to as “Merger of Debts”, which although its realization might be either inherent or conventional, causative is automatically releted after realization of cause. Once the cause of the ownership of “Merger of Debts” happen in authenticity, the obligation of its topic is collapsed. Although “Merger of Debts” does not affect the third party’s rights, its effects should be addressed in any case regarding the nature, type of obligation, and identification of the legal relationships between persons. The effects of Merger of Debts on the third party are among those neglected subjects with different variations that call for deeper investigation and reasoning. On one hand, the type of obligation and the original debt affect the appearance of Merger of Debts and, in each case, specially affect the third party. On the other hand, the effects of Merger of Debts on the plural obligors/obligees should be similarly identified with respect to their obligations.

Keywords: Merger of Debts, Joint Guarantee, Contractual Guarantee, Third Party’s Rights

Critique of Criminal Intervention in the Field of Women Based on Feminist Criminology

**MohammadJavad Abdolahi
Somayeh Raeisi Vanani**

Abstract

The term feminism was first coined at the international conference of women in paris in 1982 by a french theorist named charles fourier. Feminism means a set of specific ideologies, thoughts, orientations and strategies that seek to build and develop women's movements for the rights of this human population. With its three waves, this movement seeks to create new structures for women so that it can meet their needs and instill new values in them. Feminism in the context of society became a movement that, following the establishment of certain social contracts, was accompanied by approaches such as the struggle against patriarchy, gender supremacy, and propaganda controversy. This research has been written based on a descriptive method and an attempt has been made to examine the necessity of criminal intervention in the field of women and family according to the necessity of today's society. In iranian law, according to the family protection law, some crimes in the field of women in the family are guaranteed criminal execution. It seems that criminal intervention to protect women's rights in the family is necessary as the last resort and only in cases where other solutions do not work. Sociologists' careful view of the traditional structure of the family in iranian society and helping to change and reform the fanatical and masculine view of women's society, can pave the way for the consolidation of women's rights in society and a way to avoid the need for comprehensive criminal intervention in the family.

Keywords: Women, Family , Punitive Interference , Criminology , Feminism

Liability of Criminal Due to the Violation of Industrial Property Rights in the Iranian Legal System

Mahdi Mohseni
Mohammad Mohseni

Abstract

Industrial property rights play an important role in the economic growth and prosperity by encouraging innovation, and developing countries such as Iran can contribute to the growth and development of industry and trade and increase production and employment by regulating and enacting effective laws and regulations. It is clear that the mere existence of appropriate laws and regulations without their proper implementation in courts may not be useful. Intellectuals do not justify the protection of intellectual property based on Islamic rules and systems, but because of the fundamental role of protection of intellectual property rights in raising the index of scientific, social, economic and industrial development of societies, recognizing the rights of creators of intellectual property and protecting them. At the global level, both domestically and in the field of jurisprudence, it has been accepted and its area of application and concept is gradually expanding. However, based on the above, it can be argued with a little tolerance that today the protection of the rights of intellectual property creators is accepted as an indisputable principle, but Advocacy is a source of controversy among legal thinkers, and among these disputes is the debate over the necessity or non-necessity of intellectual protection and, if necessary, criminal protection. In this article, after examining the concept of industrial property and its types, we will examine the guarantee of criminal enforcement due to the violation of industrial property rights in the Iranian legal system and international conventions, the Paris Convention and the Law of Accession of the Islamic Republic of Iran to the Convention establishing the World Intellectual Property Organization. We will see what guarantee of criminal enforcement is based on the protection of industrial property.

Keywords: Industrial Property, Violation of Rights, Guarantee of Criminal Enforcement, Iranian law, International Conventions