

مقدمه و طرح تحقیق:

تبیین مساله:

در اعصار گذشته ارتباطات تنها از طریق نامه - کیبوتر نامه رسان ، تلفن و... صورت می گرفت، بتدریج با توسعه تکنولوژی، وسایل ارتباطات جمعی جدیدی اختراع و روابط بین مردم ساکن در نقاط مختلف یک کشور یا کشورهای مختلف را سهل تر نمود، وسایلی نظیر فکس- تلفن تصویری و اینترنت با ظهور این آخری مرزها زائل تعبیر «دهکده جهانی»^۱ بوجود آمده امروزه اینترنت در دسترس بسیاری از افراد قرار گرفته و این امر سبب بسیاری از تغییرات در جوامع شده است.^۲ اینترنت فضایی بنام «فضای مجازی»^۳ یا فضای سایبر ایجاد کرده که در آن شرکت ها- افراد- جوامع و حکومت ها و دیگر نهادها، فراتر از مرزهای ملی یک کشور حضوری جهانی داشته که در آن به مبادله اطلاعات می پردازند. این حضور روندی رو به رشد دارد . اینترنت با دارا بودن مفهوم جهانی ابزاری ارزان تر، سریعتر و سهلت تر از وسایل ارتباط جمعی سابق (سنتی) در دسترس قرار داده است.^۴ با دسترسی همگانی به اینترنت در

^۱ Global Village . اصطلاحی است که مارشال مک لوهان در توصیف آینده جهان تحت تأثیر وسایل ارتباط جمعی بکار برد- شکر خواه- یونس-۱۳۸۶- واژه نامه ارتباطات -چاپ سوم- تهران- سروش- (انتشارات صدا و سیما)
^۲ -Henry H.Perritt. What is The Internet? <http://www.kentlaw.edu/cyberlaw/resources/whacis.html> (10/05/:3).

^۳ واژه سایبر از لغت یونانی (**Kybernetes**) به معنی سکاندار یا راهنما مشتق شده است. نخستین بار این اصطلاح "سایبرنتیک" توسط ریاضیدانی به نام " نوربرت وینر" (Wiener Norbert) در کتابی با عنوان "سایبرنتیک و کنترل در ارتباط بین حیوان و ماشین" در سال ۱۹۴۸ به کار برده شده است. "سایبرنتیک" علم مطالعه و کنترل مکانیزم ها در سیستم های انسانی، ماشینی (و کامپیوترها) است. سایبر پیشوندی است برای توصیف یک شخص، یک شی، یک ایده و یا یک فضا که مربوط به دنیای کامپیوتر و اطلاعات است. در طی توسعه اینترنت واژه های ترکیبی بسیاری از این کلمه سایبر به وجود آمده است. واژه " فضای سایبر" را نخستین بار "ویلیام گیسیون" (William Gibson) نویسنده ی داستان علمی تخیلی در کتاب " نورومونسر" (Neuromoncer) در سال ۱۹۸۴ به کار برده است. «... فضای سایبر به مجموعه هایی از ارتباطات درونی انسان ها از طریق رایانه و مسائل مخابراتی، بدون در نظر گرفتن جغرافیای فیزیکی گفته می شود. یک سیستم آن لاین، نمونه ای از فضای سایبر است که کاربران آن می توانند از طریق ایمیل با یکدیگر ارتباط برقرار کنند. بر خلاف فضای واقعی، در فضای سایبر، به جابه جایی های فیزیکی نیاز نیست. محمد علی موظف رستمی -برگرفته از سایت

<http://www.movazzaf.com> - پانزدهم تیر ماه ۱۳۹۰

^۴ - Barlaw JP, :The Economy of mind on The Global Internet .
<http://www.eff.org/Publications/JohnPerry-Barlow/HTML/idea-economy-article.html>
(10/06/03)

حقیقت تبعیض‌ها در دسترسی از بین رفته بنحویکه یک شخص میتواند از طریق اینترنت^۱ به سهولت با اشخاص زیادی در سراسر جهان ارتباط داشته باشد این ارتباطات واجد جنبه‌های مختلفی است که اغلب فراتر از کسب اطلاع صرف از اوضاع و احوال خویشاوندان بوده و واجد اثر و جنبه حقوقی و مالی می‌باشد.

از اثرات و نتایج کاربرد فناوری‌های نو و این ارتباطات، سوء استفاده‌ها و ارتکاب اعمال مجرمانه از طریق اینترنت و کامپیوتر در فضای سایبر است جرم سایبری که از آن بعنوان «جرم فناوری پیشرفته»^۲ نیز تعبیر می‌شود ناظر به ارتکاب اعمال مجرمانه در فضای مجازی و از طریق کامپیوتر و اینترنت بطور اخص می‌باشد این جرم به دلیل آنکه در فضای مجازی و شبکه‌های بین‌المللی واقع شده یک بزه کاری فراملی تمام عیار محسوب می‌گردد چرا که اطلاعات و داده‌ها می‌تواند به آسانی از طریق شبکه‌های کامپیوتری جهانی به اقصی نقاط جهان انتقال یابد.

تنوع و گستردگی جرائم ارتكابی در فضای مجازی سبب شده تا شناسایی ویژگی‌های مشترک جرائم موصوف با مشکل روبرو گردد. استفاده عمومی و روز افزون از کامپیوتر در تمام شئون زندگی بشر راه یافته و سیستم‌های فرمان‌نظامی، تاسیسات انرژی اتمی، زیر ساخت‌های اساسی-بازارهای مالی، سیستم‌های ترافیک هوایی-دریایی و زمینی و ... را تحت کنترل خود دارند این سیستم‌ها بطور خاص در معرض تهاجم و سوء استفاده‌های مجرمانه اند. جرائمی نظیر هکینگ، کلاهبرداری، تروریسم، اظهارات تنفر آمیز، هرزه‌نگاری کودک و .. که در بسیاری از حوزه‌ها جرمی مجازی است و در قیاس با جرائم ارتكابی در فضای واقعی

^۱ اینترنت (internet): پایگاه (سامانه) ارتباط جهانی برای داده‌هاست که دارای زیرساخت‌های نرم‌افزاری و سخت‌افزاری می‌باشد که رایانه‌ها (کامپیوترها) را در سراسر به یکدیگر متصل می‌کند و دارای پروتکل (همچون قوانین که نحوه ارتباطات را قانونمند می‌کند) می‌باشد.

^۲ (High-Tech Crime) جلالی فراهانی- امیر حسین - تابستان ۸۸- حقوق و فناوری اطلاعات (مجموعه مقالات)- معاونت حقوقی و توسعه قضائی قوه قضائیه - مرکز مطالعات توسعه قضائی - چاپ اول - ص ۳۲ (High-Tech Crime)

بزه دیدگان و مقامات تعقیب کننده با ویژگیهای خاص به خود را دارد . این فضا دارای ویژگیهایی بقرار زیر است.

- داده های کامپیوتری به سختی قابل نظارتند زیرا حجم عظیم داده ها در سیستم های کامپیوتری و رمز نگاری آنها و ... سبب پیچیدگی سیستم های کامپیوتری و نیز قابلیت پنهان ماندن هویت کاربران می شود و دشواری شناسایی و کنترل عملیات شبکه های غیر قانونی را بدنبال دارد.

- داده های رایانه ای ماهیتی ناپایدار دارند: با ذخیره اطلاعات یا ترافیک داده ها^۱ امکان ردیابی کاربرد وجود دارد لیکن با پاک شدن این اطلاعات، ردیابی و تحقیق در مورد جرائم ارتكابی مشکل وچه بسا غیر ممکن می گردد لذا «زمان» عامل مهمی در تحقیق و ردیابی و رسیدگی به جرائم سایبری می باشد.

- از دیگر ویژگی های این جرائم در فضای سایبر این است که شبکه های رایانه ای جهانی و بین المللی اند و امکان عبور یک ارتباط از چندین کشور وجود دارد و در این شبکه ممکن است ارتكاب جرم در یک کشور، کشورهای دیگری را تحت تأثیر قرار دهد . نظیر انتشار ویروس های کامپیوتری و ویروس های جاسوسی...

ویژگی دیگر این فضا آن است که محتوی غیر قانونی سایت ها و سرورها که گاهی از آنها به «بهشت جرائم رایانه ای^۲» یاد میگردد در بسیاری از کشورها قابل دسترسی است. پیدایش اینترنت و فضای سایبر «مرزها» را زائل کرده در حقیقت در این فضا چیزی بعنوان مکان وجود ندارد و این همان اصطلاح «لامکانی در فضای سایبر» می باشد. شاید بتوان گفت استقرار سرورها و سایت های اینترنتی^۳ در دنیای واقعی فضای سایبر، واقعیتی مجازی پدید

^۱ Data coment

^۲ -همان ص ۳۹

^۳ Reterritorialization of the internet . LESSIG.P.L RESNick ,zoningspeech on the internet : A Legal and Technical Model , 98 Michigan Law Review (1999).pp.395-431

آورده است. این ادعا سبب میشود مباحثی نو پیرامون «قلمرو انگاری دوباره اینترنت» پدید آید که بر اساس آن حاکمیت ملی می تواند برخی اختیارات کنترلی بر فضای جهانی سایبر را بدست آورد تذکر این نکته ضرورت دارد که جرم سایبری بلحاظ دارا بودن جنبه بین المللی یا فراملی همکاریهای و راه حلهای بین المللی و فراملی را می طلبد.

یکی از مشکلات در ارتباط با فضای سایبر تفاوت قوانین و دیدگاه های قضایی در کشورهای مختلف می باشد. فعالیت های اینترنتی می تواند منجر به دعاوی فرامرزی شده بگونه ای که حل آن نیز مشکلاتی را در بر خواهد داشت:¹ بعنوان مثال در یک دعوی فرامرزی (Trans-national dispute) ممکن است شاکی- متهم- شهود و ... هر یک ساکن کشوری باشند یا یک عمل مجرمانه نظیر توهین اشخاص متعدد ساکن در کشورهای مختلف را متأثر کند این جا ست که سیستم حقوقی کیفری و مقامات قضایی و اجرایی مواجه به مشکلاتی در رسیدگی و اجرای حکم در مورد جرائم ارتكابی صورت گرفته در فراسوی مرزهای خود می شوند.

همانگونه که دعاوی فرامرزی روندی رو به رشد دارند تقاضا برای حل و فصل سریع و قاطع این دعاوی ازسوی نظام های حقوقی مختلف نیز افزایش یافته در نتیجه سوالات صلاحیتی (سوالات پیرامون موضوع صلاحیت) مهمی در مواجهه با موضوع **فعالیت های اینترنتی** مطرح می شود.

نظام ها و سیستمهای حقوق کیفری سنتی در مقیاس با اعمال مجرمانه ارتكابی در فضای سایبر بسیار کند و به آهستگی به پیش می روند چه آنکه اقدامات پلیس نیازمند مجوز و تایید قضایی است، جلب متهم تشریفات خود را دارد، دفاع متهم، تجدید نظر خواهی و .. سبب این

¹ See Rocthman MS. It is a small world after all : personal Jurisdiction the internet and the Global marke place (1999) 23 the mary land Journal of international law and Trade 127 solba SR who shoud Bovern the internet? Monitoring and supporting a new frontier (1998) 11 Harvard Jouunal of low and Technology 429 sheehan ke predicting the future :personal Jurisdiction for the Twenty- first centry (1998) 66 university of cininnati law Review 385-OP.CIT.Bimal Raut p 5

کندی است لیکن در فضای سایبر بلحاظ سرعت اینترنت جرائم به سرعت به کشورهای دیگر انتقال می یابد بعلاوه همانگونه که مذکور رفت ویژگی های خاص جرائم سایبری و فضای سایبر امکان تغییر یا پاک شدن اطلاعات را میدهد و در حالی که پلیس و مقامات قضایی در حال تفتیش سیستم کامپیوتری «الف» است مرتکب می تواند داده های ذخیره شده در کامپیوتر «ب» را پاک کند. تعقیب مرتکبان جرائم سایبری بسیار دشوار است چرا که خصیصه و ویژگی و قابلیت «پنهان ماندن» یا بعبارتی «گمنامی» در این فضا سبب عدم موفقیت در دستگیری مرتکب جرم می شود. ناگفته نماند که پیشنهادات برای محدود کردن این گمنامی نیز با استفاده شدید مدافعان حمایت از داده ها و رازداری ارتباطات مخابراتی روبه روست .

دامنه تحقیق :

موضوعات مورد در مطالعه در این تحقیق عبارت اند از :

. نظرات مربوط به حقوق سنتی صلاحیت و تجزیه و تحلیل تاثیرات آن در فضای سایبر (اینترنت)

. بررسی طرحهای پیشنهادی مرتبط با صلاحیت اینترنتی و ...

. مبانی نظری ناظر بر فضای سایبر و تجزیه و تحلیل آنها

. پیشنهاد نمونه جدید برای صلاحیت اینترنتی (صلاحیت در فضای سایبر)

در تحقیق پیش رو سعی شده با استفاده از منابع خارجی، مقالات و نظریه های مختلف و نقد آنها راهکارهایی برای حل معضلات مرتبط با موضوع ارائه شود. لیکن در این خصوص ذکر دو نکته ضروری است.

یکی آنکه محدوده و دامنه تحقیق محدود به صلاحیت کیفری بوده لذا صلاحیت حقوقی و امور بازرگانی و تجاری و ... مرتبط با فضای سایبر از شمول آن خارج است.

دوم آنکه محدوده و دامنه تحقیق ارتباط تنگاتنگی با مفاهیم فنی نظیر وب، وب سایت، سرور،

اینترنت و اینترنت و ...¹ و همچنین مباحث حقوق بین الملل کیفری دارد. در خلال بحث به رویه، آراء محاکم و مقررات برخی کشورها نظیر کشورهای استرالیا، ایالات متحده آمریکا، هلند بلژیک و آلمان و سنگاپور و مالزی در خصوص موضوع اشاره میگردد.

سئوالات تحقیق:

با توجه به آنچه مذکور رفت این سئوالات مطرح است که آیا نظام حقوقی سنتی صلاحیت (که مبتنی بر مکان است) در مورد جرائم ارتكابي در فضاي ساير (که فاقد این خصیصه است) قابل اعمال است؟

آیا رژیم (سیستم حقوقی) جدید و جداگانه‌ای برای فضاي مجازي ایجاد شده است؟

آیا دادگاهی که متهم یا مجرم در قلمرو حوزه قضایی آن حضور فیزیکی یا اقامت ندارد یا دارای تابعیت کشور دیگری است. صلاحیت رسیدگی به جرائم ارتكابي در فضاي ساير را دارد یا به عبارت دیگر آیا اعمال صلاحیت تابعیتی در این فضا وجود دارد؟

آیا صلاحیت جهانی در مورد جرائم ارتكابي در فضاي ساير قابل اعمال است؟

آیا صلاحیت حمایتی در مورد جرائم ارتكابي در فضاي ساير قابل اعمال است؟

¹ - وب: یکی از خدماتی است که بر روی اینترنت ارائه می شود و برای ارتباط از شبکه اینترنت بهره می جوید. - وب سایت: مجموعه ای فایل‌های حاوی متن، تصویر- گرافیک و .. متصل به هم که غالباً شامل یک صفحه اصلی (Home Page) بوده که بر روی یک خدمات دهنده اینترنتی (server) قرار دادند. بعنوان مجموعه ای از اطلاعات توسط یک فرد گروه یا سازمان تهیه و نگهداری می شوند و عموم مردم می توانند توسط اینترنت به آن دسترسی داشته باشند.

- اینترنت: شبکه ای رایانه ای که از زبان مشترک ارتباطی جهانی اینترنت برای تبادل داده ها استفاده میکند و خدمات اینترنت از قبیل پست الکترونیکی- تله کنفرانس- انتقال فایل و ... را در شبکه خاص و جهت مخاطبان خاص ارائه می کند. تفاوت اساسی اینترنت با اینترنت این است که اینترنت به اساس پروتکل های خاص اینترنتی HTTP/TCP/IP شکل می گیرد. اطلاع رسانی - بازاریابی - فروش - آموزش از راه دور از کاربردهای اینترنت است

- سابقه ، ضرورت و هدف تحقیق

در خصوص اعمال صلاحیت محاکم در مورد جرائم ارتكابي در فضاي مجازي عمدتاً تحقیقاتي در منابع خارجي^۱ قابل مشاهده است که تاثیر و انعکاس آن ها را میتوان در تصویب برخی قوانین داخلی و کنوانسیونهاي بین المللي^۲ و کتب^۳ و منابع داخلی^۴ ملاحظه کرد. لیکن اهمیت موضوع و ارتباط روزافزون و رو به رشد فعالیت های اینترنتی و ضرورتهای نوین پدید آمده در این زمینه از يك طرف و از سوي دیگر دیدگاه سنتي که عمدتاً مبتني بر اعمال صلاحیت در محدوده مرزها و خودداري از اعمال قوانین سایر کشورها در این خصوص مي باشد سبب شده تا این تحقیقات و حتي مقررات موضوعه و کنوانسیونها در عمل با چالش اساسي مواجه و در بسیاری موارد جرائم ارتكابي در فضاي سایبر کشف نشده یا غیر قابل تعقیب باقی بمانند. از جهت دیگر تحقیقات انجام شده تاکنون بطور خاص به واکاوي اصول صلاحیت سنتي و امکان بکارگیری و اعمال آنها در فضاي مجازي نپرداخته. لذا هدف از این تحقیق بررسی امکان اعمال اصول صلاحیت سنتی در خصوص جرائم ارتكابي در فضای سایبر میباشد و چالشهای موجود در این خصوص و ارائه راهکارها جهت رفع معضلات مذکور میباشد.

فرضیه ها:

^۱- Blam Raut **Determining The Judicial jurisdiction In The Transnational Cyberspace** -Doctor of juridical science (SJD)-school of law Queensland university of technology-(2004) & Mika hayashi **Utility of International Law of Pre Internet Era for Cyberspace** (2005) & Susan W.Brenner & Bret-Jaap Koops **Approaches to cybercrime jurisdiction** cit as :4 j High Tec L1 (2004)

^۲ - قانون جرایم رایانه ای ۱۳۸۸

- قانون تجارت الکترونیک ۱۳۸۲

- قانون حمایت از حقوق پدید آورندگان نرم افزارهای رایانه ای مصوب ۷۹/۱۰/۴

- قانون مجازات جرایم نیروهای مصلح مصوب ۸۲/۱۰/۹

- جلالی فراهانی - امیرحسین- ۸۹-کنوانسیون جرایم سایبر - معاونت حقوقی و توسعه قضائی قوه قضائیه - مرکز مطالعات توسعه قضائی - چاپ اول

^۳ - زندی- محمد رضا-تهران-۱۳۸۹- تحقیقات مقدماتی در جرائم سایبری-چاپ اول- انتشارات جنگل

^۴ - جلالی فراهانی - امیرحسین - تابستان ۸۸-حقوق و فناوری اطلاعات و ارتباطات(مجموعه مقالات) - معاونت حقوقی و توسعه قضائی قوه قضائیه - مرکز مطالعات توسعه قضائی - روزنامه رسمی - چاپ اول

با توجه به رویکرد سنتی حاکم بر اصول صلاحیتی سرزمینی- تابعیتی- جهانی و حمایتی فرضیه های زیر مطرح است:

۱. با توجه به ابتناء اصل صلاحیت سرزمینی بر اعمال حاکمیت در قلمرو مرزهای یک کشور و با توجه به عدم وجود مرز و مکان در فضای سایبر لذا اعمال قواعد صلاحیتی مبتنی بر اصل سرزمینی، در فضای مجازی با چالش مواجه شده است.

۲. با توجه به ابتناء اصل صلاحیت تابعیتی بر اتباع یک کشور لذا اعمال قواعد صلاحیتی مبتنی بر اصل صلاحیت تابعیتی در فضای سایبر با چالش مواجه شده است

۳. توسعه قواعد صلاحیتی مبتنی بر اصل صلاحیت جهانی در خصوص برخی جرائم می تواند به حل چالشهای صلاحیت در فضای مجازی کمک کند.

۴. توسعه قواعد صلاحیتی مبتنی بر اصل صلاحیت حمایتی میتواند به تعارض صلاحیتی بیشتر در فضای سایبر منجر گردد.

۵. حقوق کنوانسیون حاکم بر صلاحیت در فضای سایبر رژیم حقوقی جداگانه ای را ایجاد نکرده است .

فرضیه رقیب : برغم فرضیه فوق، مکتب رادیکال (اعلامیه استقلال فضای سایبر) اعتقاد دارد که فضای سایبر به لحاظ ویژگی های خاص خود از قلمرو حاکمیت کشورها خارج و رژیم خاص خود را دارد.

ساختار تحقیق:

بخش اول تحت عنوان «صلاحیت کیفری و چالشهای آن در فضای سایبر» دارای دو فصل میباشد.

فصل اول شامل مفاهیم اولیه چون تعریف صلاحیت، اهمیت صلاحیت، سابقه و مراتب صلاحیت و نیز انواع صلاحیت میباشد (در خصوص انواع صلاحیت لازم بذکر است که، مفهوم صلاحیت واجد دو جنبه سرزمینی و فرا سرزمینی است صلاحیت سرزمینی به صلاحیت های محلی، ذاتی و اضافی منقسم و صلاحیت فراسرزمینی شامل صلاحیت های تابعیتی، حمایتی (واقعی) و صلاحیت جهانی است علاوه بر اقسام یاد شده امروزه با گسترش مراودات بین المللی و توسعه فن آوری اطلاعات، امکان جابجائی اطلاعات و اشخاص در کمترین زمان ممکن و..... مفهوم حاکمیت و قلمرو سرزمینی دستخوش تغییراتی شده و مفاهیم جدیدی در بین خصوص پدید آمده از جمله اصطلاحاتی نظیر ((قلمرو سرزمینی شناور)^۱ یا ((صلاحیت تجویزی))^۲ و...)

در فصل دوم از بخش اول، قواعد حاکم بر اعمال صلاحیت کیفری در فضای سایبر شامل کلیات، فضای سایبر و ویژگی های آن، مقایسه فضای سایبر با فضای واقعی و اشتراکات این دو و همچنین مبانی نظری و چالشهای آن مورد بحث قرار خواهد گرفت.

بخش دوم رساله به «موانع اعمال صلاحیت های سنتی در فضای سایبر و راههای رفع آن» اختصاص دارد در این بخش طی دو فصل ابتدا به صلاحیت سنتی و موانع بکارگیری آنها در فضای سایبر و سپس به موضوع تعارض صلاحیت ها و راه حل این تعارضات پرداخته میشود

^۱ - قلمرو سرزمینی شناور (Floating Territorial principle) صلاحیت کشور صاحب پرچم کشتی یا هواپیما را گویند- (برابر بندهای ۱ و ۲ اساسنامه دادگاه کیفری بین المللی کشتی و هواپیما نیز جزو قلمرو کشور محسوب می شوند)

^۲ صلاحیت تابعیتی: به گسترش صلاحیت تقنینی و قضایی یک کشور نسبت به جرائمی که در خارج از قلمرو حاکمیت یک کشور علیه اتباع آن این اصل مبتنی بر قابلیت مجنی علیه بوده و یکی از اصول صلاحیت اعمال قوانین کیفری در خارج از قلمرو حاکمیت است که مانند اصل صلاحیت شخصی بنای آن بر رابطه تابعیت استوار است. (پور بافرانی- حسن- اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی علیه در حقوق جزای بین المللی و ایران- مقالات- موسسه حقوقی هامون www.vakil.net.php/maghalat)

علیهذا در خصوص حقوق صلاحیت (موضوع تحقیق پیش رو) با رویکردی نو به مقررات داخلی و بین المللی و نیز بحث تعارض صلاحیت ناشی از اعمال صلاحیت و حقوق ادله و لزوم نگهداری اجباری داده ها و همکاریهای بین المللی و..... پرداخته خواهد شد . النهایه از آنجا که این رساله مختصر واجد اشکالاتی است ، هدایت و ارائه طریق اساتید و صاحبان نظران گرامی را در جهت اصلاح می طلبد ان شاءالله.

بخش اول :

صلاحیت کیفی و چالشهای آن در فضای مجازی

مقدمه

در این بخش قبل از ورود به مباحث اصلی ضروری است ذکری از مفاهیم اولیه ای چون تعریف صلاحیت و سابقه و اهمیت آن، مراتب صلاحیت، انواع صلاحیت و .. بعمل آید تا جایگاه بحث بهتر و بیشتر روشن گردد. لذا قبل از ورود به مباحث اصلی به مواردپیش گفته پرداخته خواهد شد.

فصل اول: «مبانی اعمال صلاحیت کیفری»

کلیات:

صلاحیت: (تعریف، اهمیت، سابقه، مراتب، انواع و...)

صلاحیت (Competence): در لغت به معنای شایستگی یا شایسته بودن و در اصطلاح حقوقی عبارت است از اختیار قانونی یک مأمور رسمی برای انجام پاره ای از امور مانند صلاحیت دادگاه یا صلاحیت مأمور دولت در تنظیم سند رسمی است.^۱

صلاحیت دادگاه اختیار قانونی است که بموجب آن دادگاه میتواند به اموری که در قلمرو وی واقع شده رسیدگی کند.^۲

هر دولت (به معنی عام آن و شامل تمام قوای حاکم بر یک کشور) مجموعه ای از اصول و حقوق مرتبط با موضوع صلاحیت برای خود داشته و آنرا اجرا میکند، این امر اهمیت موضوع «صلاحیت» را می رساند.

جهت تشخیص درست صلاحیت لازم بذکر است که صلاحیت بعنوان اصطلاحی عام به مفاهیم بهم پیوسته زیر اشاره دارد.

• قدرت یک دولت برای تسلط بر اموال واقع و اشخاص ساکن در داخل مرزهای جغرافیایی کشور (قلمرو سرزمینی)

• نفوذ سیاسی در محدوده قلمرو سرزمینی یک کشور

• قدرت قضایی جهت تصمیم گیری در موضوعات و صدور حکم در مورد پرونده ها .

در خصوص قدرت قضایی و حل و فصل دعاوی سوالاتی مطرح است از قبیل اینکه دادگاه صالح جهت استماع دعوی کدام دادگاه است؟ دادگاه حین رسیدگی خود به موضوع مورد اختلاف چه قانونی را بکار می برد؟ چه مجوزی برای رسیدگی دادگاه وجود دارد؟

^۱ جعفری لنگرودی- محمد جعفر- زمستان ۶۸ - ترمینولوژی حقوقی- نشر گنج دانش ص ۴۰۷
^۲ - همان ص ۴۰۷

از آنجا که قدرت یک دولت در آراء صادره از محاکم و نیز اجرای آن آراء علیه اموال و اشخاص ساکن در یک سرزمین نشان داده می شود لذا هیچ دولتی نیازی نمی بیند که خود را در گیر تشخیص تطبیق رای با حق کند و همواره اصل را بر مطابقت تصمیمات (آراء صادره) با حق و عدالت میداند. قبل از بوجود آمدن «دهکده جهانی» توسط اینترنت سوالات پیرامون صلاحیت عموماً مربوط به محاکم داخلی بود. با این وجود بروز و ظهور ناگهانی اینترنت چالشهای قابل توجهی در مفهوم سنتی «قلمرو سرزمینی» بوجود آورد و اصول صلاحیتی دیگری را پدید آورد. برای درک این چالشها و پاسخگویی به آنها می باید نظریه های زمینه ساز و اصول اساسی مفهوم سنتی صلاحیت را بررسی کنیم. و سپس به تجزیه و تحلیل فعالیتهای مبتنی بر «تماس از طریق اینترنت» بپردازیم.

بررسی «مفهوم سنتی صلاحیت» در زمینه حل اختلاف چالشهای پدید آمده امری اساسی و حیاتی است زیرا ریشه عمیقی در ارتباط با حضور فیزیکی و نتایج اعمال حقوقی دارد، حوزه قضایی محاکم را رصد و کنترل فعالیت ها در مورد اموال و اشخاص را در داخل مرزهای کشور میسر

می سازد و این چیزی است که به «رضایت مردم تحت حاکمیت»^۱ به مفهوم ضمنی مجموعه قوانینی که هم حین وضع و هم حین اجرا می باید راضی کننده باشند تعریف و شناخته میشود. موضوع قدرت دولت مرتبط با قلمرو و مرزهای فیزیکی است. همچنین حضور فیزیکی و تشخیص آن نسبت به سایر موضوعات آسانتر و راحتتر است.

قبل از ورود به بحث اصلی لازم است مختصری از مراتب و انواع صلاحیت ذکر شود.

مراتب صلاحیت:

¹ Consent of the governed

منظور از مراتب صلاحیت طبقات سه گانه نظام عدالت کیفری یعنی مرحله قانونگذاری مرحله دادرسی و مرحله اجرای قانون است. تنها مرجع صالح برای جرم انگاری^۱ قانونگذار یا قوه مقننه هر کشور است. در مرحله بعد این قضات و محاکم قضایی هستند که مرجع صالح جهت تطبیق اعمال یا افعال مجرمانه با قوانین موضوعه در داخل مرزهای کشور^۲ محسوب می شوند دست آخر مجریان قانون واحکام (قوه مجریه) هستند که صلاحیت اجرای احکام صادره مبتنی بر قوانین موضوعه در درون مرزهای یک کشور را دارند^۳ توجه و رعایت این سلسله مراتب به شناخت و سلامت نظام عدالت کیفری می انجامد. در خصوص مرحله نخست باید گفت: ((قانونگذاری و جرم انگاری یک اقدام خود سرانه نیست قانونگذار در چارچوب های مشخصی و با رعایت اصول و قواعد جهان شمول حقوق کیفری اقدام به وضع قوانین می کند. محاکم در مقام رسیدگی وفق قانون که برای آنها تکلیف است میتوانند گاهی و در موارد خاصی از اعمال صلاحیت خودداری کنند نظیر مواقعی که تعارض مثبت رخ داده و خودداری از رسیدگی خللی به امنیت یا منافع ملی وارد نمیکند. همین وضعیت نسبت به مجریان قانون نیز صدق میکند و با اینکه مکلف به اجرای احکام قضایی و قانون هستند اما معاذیری چون فوریت یا ضرورت به آنها اختیار بیشتری میدهد))^۴ بدین ترتیب شناخت نظام عدالت کیفری بهتر و بیشتر ما را با چارچوبهای وضع قانون و استثنائات رسیدگی ها و معاذیر اجرای احکام و قانون آشنا می سازد .

اما آنچه بطور مفصل در این رساله مد نظر است مربوط به صلاحیت قضایی بوده و اینکه هر چند در خصوص رسیدگی محاکم اصولی حاکم می باشد که از آن جمله، اصل امکان رسیدگی

^۱ Jurisdiction to prescribe

^۲ Jurisdiction to Adjudicate

^۳ Jurisdiction to Enforce

^۴ جلالی فراهانی- امیر حسین- تابستان ۸۸- حقوق فناوری اطلاعات و ارتباطات - معاونت- حقوقی و توسعه قوه قضایی قوه قضائیه- مرکز مطالعات توسعه ی قضائی - نشر روزنامه رسمی - چاپ نخست ص ۳۸۵

در درون مرزها میباشد ، لیکن در برخورد با مسائل جدید روز (پیدایش فضای سایبر) بررسیهای جدید اعمال استثنائات و تغییرات به این مقوله متصور بلکه ضروری است.

انواع صلاحیت :

صلاحیت کیفری را میتوان به دو شاخه اصلی صلاحیت سرزمینی^۱ و صلاحیت فراسرزمینی^۲ تقسیم کرد. صلاحیت سرزمینی خود به صلاحیت ذاتی، محلی، اضافی قابل تقسیم است همچنین صلاحیت فراسرزمینی را میتوان به صلاحیت تابعیتی^۳ - صلاحیت حمایتی^۴ (واقعی) و صلاحیت جهانی^۵ تقسیم نمود. در این بین صلاحیت های دیگری نظیر صلاحیت شخصی^۶ و صلاحیت نوعی^۷ و صلاحیت تجویزی^۸ مشاهده میگردد .

مبحث اول: صلاحیت سرزمینی:

صلاحیت سرزمینی به معنی اعمال صلاحیت در محدوده مرزهای زمینی هوایی و دریایی یک کشور و عبارتی دیگر اعمال صلاحیت در قلمرو حاکمیت یک کشور می باشد. صلاحیت سرزمینی خود دارای تقسیماتی بشرح زیر است.

¹ Territorial jurisdiction

² Extraterritorial

³ Nationality Jurisdiction

⁴ Protective Jurisdiction

⁵ Universal jurisdiction

⁶ Subjective territorial Jurisdiction

⁷ Objective territorial Jurisdiction

⁸ -prescriptive of regulatory jurisdiction

الف- صلاحیت محلی:

صلاحیت محلی به «محل وقوع جرایم یا کشف آنها یا محل دستگیری یا اقامت متهم» وابسته است به عبارتی دادگاه صالح به رسیدگی به جرم دادگاهی است که جرم در حوزه آن واقع شده باشد (در قانون ایران چنانکه بعداً به آن خواهیم پرداخت علاوه بر محل وقوع جرایم محل دستگیری و محل اقامت نیز مورد توجه قرار گرفته است)

در مورد جرایم سایبری جهت اعمال صلاحیت محلی لازم است که محل وقوع جرم سایبری تعیین یا کشف شود. لیکن با توجه به ویژگیهای فضای سایبر و عدم اختصاص جرایم به مکانی مشخص و این امر به سادگی امکان پذیر نخواهد بود .

از طرف دیگر نباید به این بهانه از تعقیب و شناسایی مرتکبین و محل دقیق ارتکاب جرم صرف نظر کرده یا نسبت به آن و تعلل ورزید.

علاوه بر آن جرایم ارتكابی در فضای سایبر (نظیر فضای واقعی) تنها منحصر به جرایم آنی نیست چرا که ممکن است جرایم ارتكابی در فضای سایبر بشکل مستمر یا مرکب نیز واقع شود . لذا در این فرض مشکل دو چندان خواهد بود . در خصوص جرایم مستمر که مثال آن در دنیای واقعی آدم ربایی است جایجایی قربانی در حوزه های قضایی متعدد محاکم متعددی را درگیر امر صلاحیت می نماید در فضای مجازی نیز مصادیق زیادی برای تحقق جرایم مستمر متصور است مانند نشر محتوای مغایر باعفت و اخلاق عمومی ، نشر اکاذیب و..... جرایم مذکور از هر کجا و تا هر زمانی که قابل دریافت و در دسترس باشد جرم مستمر تلقی می گردد . در خصوص تشخیص دادگاه صالح به این گونه جرایم (جرایم مستمر) در فضای سایبر سه نظر بیان شده که برخی از آنها دادگاه محل شروع ارتكاب فعل(نظر اول) ، و برخی دادگاه محل انقطاع فعل مستمر(نظر دوم)، و برخی دیگر تمامی دادگاههایی که جرم در حوزه آنها واقع شده(نظر سوم) را صالح به رسیدگی میدانند .

از بین این نظرات نظریه سوم مقبولیت بیشتری دارد چه آنکه:

اولاً: امکان دستگیری - تعقیب و مجازات متهم را بیشتر می کند.

ثانیاً: جریان مرور زمان به نفع متهم رامنته می کند.

در جرایم مرکب در فضای سایبر، چند عمل یک عنوان مجرمانه را تشکیل میدهد (تعدد معنوی) نظیر کلاهبرداری که از دو فعل یکی توسل به وسایل متقلبانه و دیگری تحصیل مال، تشکیل شده یا جاسوسی موضوع ماده ۵۱۰ قانون مجازات اسلامی که دو فعل شناسایی و مخفی کردن را در بر می گیرد و در فضای سایبر نیز این گونه جرایم نظیر کلاهبرداری اینترنتی، یا وارد کردن، تغییر، محو داده ها یا ایجاد اختلال در سیستم های رایانه ای یا مخابراتی که با تحصیل وجه یا مال یا منفعت جمع شده اند همگی از مصادیق جرایم مرکب ارتكابی در فضای سایبر بوده که به لحاظ وقوع عمل در محل های متعدد و مختلف تشخیص دادگاه صالح را با مشکل روبرو می کند و شاید مطابق آنچه بعنوان نظریه های تعیین دادگاه صالح در مورد جرایم مستمر گفته شد در مورد جرایم مرکب هم بتوان قائل به چنین نظراتی شد یعنی دادگاه محل شروع جرم مرکب یا دادگاه محل انقطاع جرم مرکب یا دادگاه هایی که جرم در حوزه آنها جریان داشته و در دسترس بوده یا جرم آن کشورها را تحت تاثیر قرار داده یا فعل زیانباری را از آنها بوجود آورده و را ملاک تعیین صلاحیت تلقی کرد که بموقع به آن خواهیم پرداخت^۱

ب- صلاحیت ذاتی:

در صلاحیت ذاتی آنچه ملاک اعمال صلاحیت و رسیدگی محاکم (در فضای واقعی) است سلسله مراتب بین محاکم یا شخصیت مرتکبان می باشد بعبارتی بنا به اهمیت جرم و سلسله

^۱ - تابستان ۸۸- جلالی فراهانی- امیر حسین - کتاب حقوق فناوری اطلاعات و ارتباطات (مجموعه مقالات) - معاونت- حقوقی و توسعه قوه قضایی قوه قضائیه- مرکز مطالعات توسعه قضائی - نشر روزنامه رسمی - چاپ نخست- ص ۴۰۹

مراتب موجود بین محاکم (نظیر صلاحیت دادگاههای عمومی نسبت به محاکم کیفری استان) و نیز ارتکاب جرائم عمومی توسط برخی از اشخاص مانند نظامیان، روحانیون و... رسیدگی به محاکم خاصی واگذار شده که این امر به صلاحیت ذاتی آن محاکم تعریف میگردد مانند صلاحیت محاکم ویژه روحانیت در مورد جرائم ارتكابی روحانیون یا دادگاههای نظامی که صلاحیت ذاتی نسبت به جرائم ارتكابی نظامیان را دارند و....

در فضای سایبر با توجه به طیف گسترده ای از افراد، بعید نیست اشخاص خاص و دارای شخصیت برجسته اجتماعی نیز با اتخاذ هویت جعلی و حتی با هویت واقعی خود مرتکب اعمال مجرمانه اینترنتی نظیر کلاهبرداری و نشر اکاذیب و... شوند^۱.

در فرض ارتکاب جرم در فضای سایبر و دستگیری متهم در ایران میتوان اعتقاد داشت که فرد مذکور در محاکم خاص اختصاصی محاکمه شود بعنوان مثال برابر ماده ۱۰ قانون اصلاح نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیر مجاز مینمایند رسیدگی به برخی جرائم رایانه ای در صلاحیت دادگاه انقلاب است.^۲ لیکن سوال این است که در صورت عدم حضور متهم در ایران یا اتخاذ هویت جعلی و... در فضای سایبر (باعنایت به ویژگی های این فضا) دادگاه کدامیک از کشور های درگیر صلاحیت رسیدگی دارند میتوان گفت نظریات مختلفی در این باب وجود دارد، که برخی از آنها دادگاه محل شروع به جرم و برخی دادگاه محل انقطاع جرم و برخی تمام دادگاههایی که بنحوی جرم حوزه آنها را متاثر کرده یا جرم در حوزه آنها دریافت شده یا در دسترس بوده یا جریان داشته و... را صالح به رسیدگی میدانند.

^۱ - همان ص ۴۱۰

^۲ - ماده ۱۰ ((انتشار آثار مستهجن و مبتذل از طریق ارتباطات الکترونیکی و سایت های کامپیوتری یا بوسیله یا تکنیک های مشابه دیگر از مصادیق تکثیر و انتشار محسوب و مرتکب حسب مورد به مجازات مقرر در این قانون محکوم خواهد شد))

پ- صلاحیت اضافی :

صلاحیت اضافی در لغت به معنی داشتن اختیار یا صلاحیت بیشتر برای مرجع رسیدگی یا اشخاص است و در اصطلاح عبارت است از صلاحیتی که مرجع یا مقام قضائی بموجب قانون علاوه بر صلاحیت های معمول دارد. این صلاحیت جنبه استثنائی داشته و اعمال آن نیازمند تصریح قانون بوده و در موارد مشکوک فرض بر عدم صلاحیت است.

مواد ۲۳ و ۵۲ و ۵۳ و ۵۴ و ۵۹ و ۶۲ از قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری ناظر بر این نوع صلاحیت است.^۱ صلاحیت اضافی در مفهوم سنتی خود هنگامی مصداق می باید که یک یا چند جرم توسط یک یا چند نفر ارتکاب یافته بنحویکه طبق قواعد عمومی صلاحیت کیفری برای هر یک از جرائم ارتكابی یک دادگاه صالح به رسیدگی باشد. در این حالت جهت پرهیز از مشکلات اعمال صلاحیت محاکم متعدد، تجمیع پرونده ها و رسیدگی به تمام جرائم ارتكابی (مشروط به وجود ارتباط بین آنها) بکارگیری این صلاحیت میتواند موجب تسریع و تسهیل رسیدگی شود.

^۱ ماده ۲۳ - در مورد جرائم مشهود که رسیدگی به آنها از صلاحیت مقام قضایی محل خارج است، مقام قضایی محل مکلف است کلیه اقدامات لازم را برای جلوگیری از امحای آثار جرم و فرار متهم و هر تحقیقی که برای کشف جرم لازم بداند به عمل آورده و نتیجه اقدامات خود را سریعاً^۱ به مقام قضایی ماده ۵۲ - در مواردی که جرم خارج از حوزه قضایی دادگاه واقع شده ولی در حوزه آن کشف یا مرتکب در حوزه آن دستگیر شده باشد و همچنین در مواردی که دادگاه محل وقوع جرم صلاحیت محلی برای رسیدگی نداشته باشد، دادگاه تحقیقات مقتضی را به عمل آورده و پرونده را همراه با متهم (در صورت دستگیری) نزد دادگاه صالح ارسال می دارد.

ماده ۵۳ - چنانچه جرمی در محلی کشف شود ولی محل وقوع آن معلوم نباشد دادگاه به تحقیقاتی که شروع کرده ادامه می دهد تا وقتی که تحقیقات ختم و یا محل وقوع جرم معلوم شود، چنانچه محل وقوع جرم مشخص نگردد، دادگاه رسیدگی را ادامه داده و اقدام به صدور رأی می نماید صالح اعلام نماید.

ماده ۵۹ - چنانچه تحقیق از متهم یا استماع شهادت شهود و یا معاینه محل، بازرسی از منزل، جمع آوری آلات جرم و بطور کلی هر اقدام دیگر در محلی که خارج از حوزه قضایی دادگاه است لازم شود، دادگاه رسیدگی کننده با اعطاء نیابت قضایی انجام آنرا با ذکر صریح موارد از دادگاه آن محل تقاضا می نماید. دادگاه اقدامات و تحقیقات مورد تقاضا را انجام داده و اوراق تنظیمی را پس از امضا با سایر مدارک بدست آمده نزد دادگاه نیابت دهنده اعاده می کند.

تبصره - در مواردی که اقرار متهم و یا شهادت شاهد و یا شهادت بر شهادت شاهد، مستند رأی دادگاه می باشد، استماع آن توسط قاضی صادرکننده رأی الزامی است.

ماده ۶۲ - در امور کیفری، احاله پرونده از حوزه های به حوزه دیگر يك استان به درخواست رئیس حوزه مبداء و موافقت شعبه اول دادگاه تجدیدنظر همان استان و از حوزه يك استان به استان دیگر به درخواست رئیس حوزه قضایی و موافقت دیوان عالی کشور صورت می گیرد