

کنوانسیون جرم‌های سایبری: اجرای هماهنگ حقوق کیفری بین‌المللی چشم‌انداز فرآیند دادرسی عادلانه چیست؟^۱

میریام. اف. میکولون^۲

مترجم: امیرحسین جوانبخت^۳

چکیده:

کنوانسیون شورای اروپا چهارچوب معاهده‌محوری را فراهم می‌کند که سه تعهد ضروری را بر دولت‌های عضو تحمیل می‌کند: ... «بنابراین، به معنای واقعی کلمه، همکاری بین‌المللی به اعضاء خاص و یا آن دسته از امضاکنندگان معاهده محدود است که قانون جرم‌های سایبر داخلی را به صورت ایجابی تصویب کرده‌اند... کاربرد سنتی و روش بازرسی و توقیف در قلمرو اعضاء همراه با دیگر گزینه‌های شکلی از جمله شنود بی‌درنگ داده‌محتوا مقرر شده است... بند دوم به مقام‌های تحقیق اجازه گسترش بازرسی یا دسترسی مشابه به دیگر سیستم رایانه‌ای را می‌دهد، مشروط بر آن که قرآنی برای اعتقاد به ذخیره اطلاعات مورد نیاز در آن سیستم داشته باشند... ماده ۱۵ از بخش دوم کنوانسیون شورای اروپا با عنوان «شرایط و تضمین‌ها» مسؤولیت تصویب قواعد شکلی دادرسی عادلانه را بر عهده دولت‌های عضو قرار می‌دهد؛ آن‌گونه که در قوانین داخلی خود مقرر کرده‌اند... که باید حمایت کافی از حق‌ها و آزادی‌های بشری از جمله حق‌های برآمده از تعهدات ناشی از کنوانسیون شورای اروپا (۱۹۵۰) برای حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی سازمان ملل مصوب ۱۹۶۶ و دیگر اسناد بین‌المللی حقوق بشری قابل اعمال به عمل آورند و اصل تناسب را بکنجانند...».

واژگان کلیدی: جرم سایبری، کنوانسیون جرم‌های سایبری، صلاحیت بین‌المللی، معاهده‌های کمک قضایی دوجانبه و همکاری بین‌المللی، دادرسی عادلانه، اصول هماهنگ‌سازی

1. The Convention on Cybercrime: A Harmonized Implementation of International Penal Law: What Prospects for Procedural Due Process?

این ترجمه را آقای امیرحسین جلالی فراهانی ویرایش ماهوی کرده‌اند.

2. Miriam F. Miquelon-Weismann

۳. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی.

نکته مهم

هماهنگ‌سازی حقوق کیفری در جایی که کنترل ملی دیگر امکان‌پذیر نیست، گریزناپذیر است. در این حالت، بین مرتکبان جرم که به صورت جهانی عمل می‌کنند و نظام‌های حقوق کیفری ملی نوعی تضاد وجود دارد... در حوزه جهانی فضای سایبری، وجود قواعد حداقل مشترک ضرورت دارد... از سوی دیگر، هماهنگ‌سازی قواعد سازمانی آیین دادرسی کیفری فوریتی ندارد... این‌ها با [تفاوت‌های ملی در] ^۱ تحولات تاریخی و فرهنگی ارتباط بسیاری دارند...

بخش نخست: مقدمه

الف. اسناد عملیاتی

کنوانسیون شورای اروپا چهارچوب معاهده‌محوری را مقرر می‌کند که سه تعهد ضروری را بر دولت‌های عضو تحمیل می‌کند:

۱. جرم‌انگاری برخی رفتارهای مرتبط با سیستم‌های رایانه‌ای؛
۲. وضع آیین دادرسی برای تحقیق و تضمین دسترس‌پذیری آن‌ها برای مجریان قانون داخلی برای تحقیق درباره جرم‌های سایبری؛ از جمله، آیین دادرسی به دست آوردن دلایل الکترونیکی در تمامی شکل‌های آن؛ و
۳. ایجاد یک نظام همکاری بین‌المللی گسترده؛ از جمله، کمک برای استرداد مرتکبان فراری جرم‌های مقرر در کنوانسیون شورای اروپا.

به‌ویژه، کنوانسیون شورای اروپا حاوی عبارت‌بندی محدودکننده مهمی در حوزه‌های شنود داده‌ها، بازرسی و توقیف فرامرزی است و اختیار را به ملاحظه‌های سرزمینی و قوانین داخلی واگذار کرده است. همچنین، این سند جانشین معاهده‌های دوجانبه پیشین در مورد کمک حقوقی یا دیگر موافقت‌نامه‌های دوجانبه بین اعضا نمی‌شود.

۱. گروه به نویسنده تعلق دارد.

کمیته وزیران شورای اروپا یک گزارش توجیهی رسمی را به همراه این کنوانسیون در ۸ نوامبر ۲۰۰۱ تصویب کرد. این گزارش تجزیه و تحلیلی را از کنوانسیون ارائه می‌کند. بر اساس رویه تثبیت شده این شورا، چنین گزارش‌هایی درک [دوجانبه] اعضا را در تدوین مقررات معاهده بازتاب می‌دهند و به عنوان مبانی اساسی تفسیر کنوانسیون‌های شورای اروپا پذیرفته می‌شوند؛ ولی تفسیر الزام‌آوری را ارائه نمی‌کنند.

ب. چيستی جرم سایبری

جرم سایبری داخلی و بین‌المللی رفتار مجرمانه یکسانی را دربرمی‌گیرند؛ یعنی، جرم‌های مرتبط با رایانه و رفتار مجرمانه سنتی که با به‌کارگیری رایانه ارتکاب می‌یابند. پروفیسور اولریش زیبر کارشناس بین‌المللی جرم سایبر^۱ اظهار می‌دارد:

«حضور فراگیر اطلاعات در سیستم‌های ارتباطاتی نوین باعث شده که تفاوتی نکند که مجرمان و بزه‌دیدگان در کدام حوزه جغرافیایی قرار داشته باشند. دیگر نیازی نیست که مجرم یا بزه‌دیده تحرک داشته یا شخصاً با هم دیدار کنند. اقدام‌های غیرقانونی مانند دست‌کاری‌های رایانه‌ای^۲ در یک کشور می‌تواند تأثیرهای مستقیم و فوری بر سیستم‌های رایانه‌ای دیگر کشورها داشته باشند...».

با وجود این، بحث موجود میان کارشناسان درباره تعریفی دقیق از «جرم رایانه‌ای» یا «جرم مرتبط با رایانه» حل نشده باقی مانده است. در واقع، تعریف حقوقی از نظر بین‌المللی به رسمیت شناخته شده از این اصطلاحها وجود ندارد. در عوض، تعریف‌های کارکردی که دسته‌های کلی جرم را مشخص می‌کنند، هنجارهای پذیرفته شده‌ای هستند. بنابراین، به جای دست‌یابی به اجماعی جهانی در مورد تعریف‌های حقوقی خاص، باید بر این مسأله تمرکز

1. Ulrich Sieber

2. computer manipulation

شود که کشورهای عضو دسته‌های عمومی جرم را به‌منزله قوانین کیفری تصویب کنند.

این رفتار غیرقانونی در چند دسته عموماً رسمیت یافته قرار می‌گیرند. این دسته‌ها که از سوی سازمان ملل به‌عنوان بخشی از مطالعه آن درباره جرم سایبری شناخته شده‌اند، عبارتند از: کلاهبرداری^۱ به‌وسیله دست‌کاری رایانه، جعل^۲ رایانه‌ای، تخریب^۳ یا تغییر^۴ برنامه‌ها یا داده‌های رایانه‌ای، دسترسی غیرمجاز^۵ به خدمات و سیستم‌های رایانه‌ای، و تکثیر غیرمجاز برنامه‌های رایانه‌ای به لحاظ قانونی حمایت‌شده. افزوده‌های جدید به این فهرست عبارتند از هرزه‌نگاری کودکان^۶ و استفاده از رایانه‌ها توسط اعضاء گروه‌های جرم سازمان یافته و تروریستی برای ارتکاب جرم‌های مرتبط با رایانه و یا جرم‌های بسیار متنوعی که مستلزم رفتار مجرمانه سنتی است.

پ. توسعه تاریخی حقوق بین‌المللی جرم سایبری

ریبیکوف،^۷ سناتور ایالات متحد آمریکا، نخستین قانون جرم سایبری را در سال ۱۹۷۷ به کنگره تقدیم کرد. با این‌که این طرح تصویب نشد، به دلیل برانگیختن سیاست‌گذاری جدی جامعه بین‌المللی مورد تحسین است. در سال ۱۹۸۳، سازمان همکاری اقتصادی و توسعه^۸ مطالعه‌ای درباره قوانین موجود جرم سایبری در کشورهای جهان انجام داد و امکان‌پذیری یکپارچه‌سازی این نظام‌های گوناگون را به شکل یک واکنش بین‌المللی واحد بررسی کرد. در ۱۸ سپتامبر ۱۹۸۶، این سازمان [مجموعه] «جرم مرتبط با رایانه: تجزیه و تحلیلی درباره سیاست حقوقی» را منتشر کرد. این گزارش قوانین موجود

1. fraud

2. forgery

3. damage

4. modification

5. unauthorized access

6. child pornography

7. Ribikoff

8. Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD)

در چند کشور را بررسی کرده و فهرستی حداقلی از رفتارها را پیشنهاد کرد که نیازمند جرم‌انگاری از سوی کشورهای عضو بودند. این پیشنهادها عبارت بودند از کلاهبرداری و جعل، تغییر داده‌ها و برنامه‌های رایانه‌ای، حق نشر و شنود ارتباطات یا دیگر کارکردهای یک سیستم رایانه‌ای یا مخابراتی، سرقت اسرار تجاری، و دسترسی به سیستم‌های رایانه‌ای یا استفاده غیرمجاز از آن‌ها. سازمان این فهرست را به‌منزله «مخرج مشترک» رفتارهایی که باید از سوی کشورهای عضو از رهگذر تصویب قانونی مورد توجه قرار گیرند، در نظر گرفته بود.

پس از تکمیل گزارش این سازمان، شورای اروپا مطالعه خویش را برای توسعه دسته‌های رفتار مجرمانه پیشنهادی و رهنمودهایی برای تصویب قوانین کیفری شروع کرد و به نیاز حیاتی و فوری برای این اقدام بدون لطمه وارد کردن به دادرسی عادلانه^۱ و آزادی‌های مدنی افراد توجه کرد. شورای اروپا در ۱۳ سپتامبر ۱۹۸۹ توصیه‌نامه شماره ۹ (۸۹) R را صادر کرد. این توصیه‌نامه فهرست رفتارهای مجرمانه پیشنهادی سازمان همکاری اقتصادی و توسعه را گسترش داد تا موضوع‌های راجع به حمایت از حریم خصوصی، شناسایی بزه‌دیدگان، پیش‌گیری، بازرسی و توقیف بین‌المللی بانک‌های داده، و همکاری بین‌المللی در زمینه تحقیق و پیگرد جرم‌های بین‌المللی را دربرگیرد.

در ۱۱ سپتامبر ۱۹۹۵، شورای اروپا توصیه‌نامه شماره ۱۳ (۹۵) R را تصویب کرد. این توصیه‌نامه اساساً پا را از شناسایی دسته‌های ماهوی جرم فراتر نهاده و به موضوع‌های شکلی مربوط به نیاز به تحصیل اطلاعات از طریق تشریفات معمول آیین دادرسی - از جمله، بازرسی^۲ و توقیف^۳ نظارت فنی، تعهدات مربوط به هم‌کاری با مقام‌های تحقیق، دلایل الکترونیکی^۴ و استفاده

1. Due process
2. Search
3. Seizure
4. Electronic evidence

از رمزنگاری^۱ - توجه کرده است. این توصیه‌نامه بر نیاز به حفظ حقوق مدنی از طریق کمیته‌سازی تعرض به حریم خصوصی افراد در جریان تحقیقات تأکید می‌کند، اما پیشنهاد خاصی را ارائه نمی‌کند.

تحول مهم بعدی در حقوق بین‌المللی در سال ۱۹۹۷ صورت پذیرفت؛ یعنی، زمانی که شورای اروپا کمیته کارشناسان جرم فضای سایبری (PC-C2)^۲ را تعیین کرد تا جرم‌های جدید، حق‌های مربوط به صلاحیت [کیفری] و مسؤولیت‌های کیفری مرتبط با ارتباطات اینترنتی را مشخص کند. کانادا، ژاپن، آفریقای جنوبی و ایالات متحد آمریکا دعوت شدند تا در جلسه‌ها و مذاکره‌های این کمیته شرکت کنند. در سال ۲۰۰۱، این کمیته گزارش نهایی فعالیت خود را در قالب پیش‌نویس کنوانسیون جرم سایبری و سند توجیهی مربوط به آن منتشر کرد. این گزارش به طرح اصلی برای نخستین معاهده بین‌المللی تبدیل شد. سرانجام، پس از چند سال کوشش فشرده، وزیران امور خارجه در ۸ نوامبر ۲۰۰۱ کنوانسیون شورای اروپا را تصویب کردند و بعد از آن برای امضاء کشورهای عضو و غیرعضو باز ماند.

ت. موانع عملی اجرا و تحقیق بین‌المللی

موانع تاریخی تحقیق درباره جرم‌های سایبری و پی‌گرد مرتکبان بر نیاز جدی برای واکنش جهانی در قبال این مسأله تأکید می‌کند. جرم سایبری خارج از محدودیت‌های جغرافیایی عمل می‌کند و چند سال نوری جلوتر از برنامه‌ها و عملیات ملی است. به زبان ساده، قوانین، نظام‌های عدالت کیفری و سطوح همکاری بین‌المللی با وجود کوشش‌های مشترک سازمان ملل و شورای اروپا نسبت به افزایش این رفتار غیرقانونی عقب مانده‌اند. این مسأله تا حدی به وسعت و پیچیدگی این معضل بستگی دارد، به‌ویژه آن‌که از حوزه ملی به عرصه بین‌المللی وارد شده و هنوز بسیاری از کشورها باید قوانینی داخلی برای منع این‌گونه رفتار مجرمانه تصویب کنند. موانع عملی خاص اجرا و پی‌گرد

1. Encryption

2. Committee of Experts on Crime in Cyber Space

عبارتند از:

۱. عدم اجماع جهانی در مورد انواع رفتارهایی که جرم سایبری را تشکیل می‌دهند؛
۲. عدم اجماع جهانی در مورد تعریف قانونی این رفتار مجرمانه؛
۳. نبود تخصص در بخش پلیس، مقام‌های پیگرد و دادگاه‌ها در این حوزه؛

۴. عدم کفایت اختیارات قانونی برای تحقیق و دسترسی به سیستم‌های رایانه‌ای، از جمله عدم قابلیت اعمال اختیارات توقیف برای داده‌های رایانه‌ای شده؛

۵. نبود یکپارچگی بین قوانین مختلف آیین دادرسی ملی راجع به تحقیق درباره جرم‌های سایبری؛

۶. ویژگی فراملی بسیاری از جرم‌های سایبری؛ و

۷. نبود معاهده‌های کمک قضایی دوجانبه و استرداد، سازوکارهای هماهنگ در زمینه اجرای قانون که هم‌کاری بین‌المللی در زمینه تحقیقات جرم‌های سایبری را مجاز می‌دانند، و معاهده‌هایی که الزامات خاص و پویایی‌های چنین تحقیقاتی را به حساب می‌آورند.

ایالات متحد آمریکا در پاسخ به «کنوانسیون جرم سایبری صادره از سوی کمیسیون اروپایی» بر این مسأله تأکید کرد:

«با جهانی شدن شبکه‌های ارتباطی، سلامت عمومی به طور فزاینده‌ای به همکاری مؤثر مجریان قانون با دولت‌های خارجی بستگی دارد. با وجود این، اگر کشوری قوانین ماهوی برای پیگرد یا استرداد مرتکبان را نداشته باشد، این همکاری ممکن نیست. بنابراین، به معنای واقعی کلمه، همکاری بین‌المللی به اعضاء خاص و یا آن دسته از امضاءکنندگان معاهده محدود است که قوانینی را به گونه ایجابی برای جرم‌های سایبری تصویب کرده‌اند. قوانین داخلی نامناسب به همراه نبود همکاری همه‌جانبه جهانی شکافی را در اجرا ایجاد می‌کند که به پیدایش «بهشت امن داده‌ها»^۱ برای رفتارهای موردنظر

1. safe data havens

منجر می‌شوند. اقدام‌های بین‌المللی هدفمند برای پیگرد در بهترین شرایط بدون اجماعی جهانی که از پشتیبانی یکپارچه تمامی کشورها بهره‌مند است، تأثیر اندکی دارند.

بخش دوم: کنوانسیون جرم‌های سایبری شورای اروپا

الف. خلاصه‌ای از مقررات معاهده

این کنوانسیون از ۴۸ ماده تشکیل و به چهار فصل تقسیم شده است:

۱. «کاربرد اصطلاح‌ها»؛ ۲. «تدابیر اتخاذی در سطح ملی»؛ ۳. «همکاری بین‌المللی»؛ و ۴. «مقررات پایانی».

بخش اول از فصل دوم، مواد ۲ تا ۱۳، موضوع‌های حقوق ماهوی را بیان می‌کند و شامل مقررات جرم‌انگاری و دیگر مقررات مرتبط در حوزه جرم رایانه و مرتبط با رایانه است. به‌ویژه این مواد ۹ جرم را بیان می‌کنند که در چهار گروه متفاوت دسته‌بندی شده‌اند. این جرم‌ها عبارتند از: دسترسی غیرقانونی، شنود غیرقانونی، ایجاد اختلال در داده‌ها و سیستم‌ها، سوءاستفاده از دستگاه‌ها، جعل مرتبط با رایانه، کلاهبرداری مرتبط با رایانه، جرم‌های مرتبط با هرزه‌نگاری کودکان و جرم‌های مرتبط با حق نشر. همچنین، این بخش مجازات‌ها و جرم‌های وابسته را بیان می‌کند.

بخش دوم از فصل دوم، مواد ۱۴ تا ۲۱، موضوع‌های حقوق شکلی را بیان می‌کند. این بخش طیف وسیع‌تری از جرم‌های تعریف‌شده در بخش ۱ را دربرمی‌گیرد و شامل جرم‌های ارتكابی به‌وسیله یک سیستم رایانه‌ای یا جرم‌هایی که دلایل آن‌ها به شکل الکترونیکی است، هم می‌شود. به‌عنوان مسأله آغازین، این بخش شرایط و تضمین‌های مشترک قابل اعمال نسبت به تمامی اختیارات شکلی مندرج در این فصل را مقرر می‌کند. به‌ویژه ماده ۱۵ اعضاء را ملزم می‌کند که تضمین‌های کافی برای حمایت از حق‌ها و آزادی‌های بشری را پیش‌بینی کنند. مطابق گزارش توجیهی کنوانسیون، معیارهای ماهوی و آیین دادرسی‌ای که اختیاری تحقیقاتی اعطا می‌کنند، ممکن است طبق حساسیت داده‌های مورد نظر در تحقیق متنوع باشد.

اختیارات شکلی عبارتند از: حفظ فوری^۱ داده‌های ذخیره‌شده، حفظ فوری و افشاء جزئی داده‌ترافیک^۲ و شنود داده محتوا.^۳ روش مرسوم بازرسی و توقیف در قلمرو اعضاء همراه با دیگر گزینه‌های شکلی از جمله شنود بی‌درنگ^۴ داده محتوا مقرر می‌شود. فصل دوم با ماده ۲۲ و توضیح مقررات صلاحیت کیفری پایان می‌یابد.

فصل سوم الزامات کمک دوجانبه مرسوم و مرتبط با جرم‌های رایانه‌ای و نیز قواعد استرداد را بیان می‌کند. کمک دوجانبه مرسوم دو موقعیت را در بر می‌گیرد:

۱. جایی که معاهده قانونی، قوانین دوجانبه یا دیگر موافقت‌نامه‌های این‌چنینی بین اعضاء وجود ندارد؛ و
 ۲. جایی که چنین روابط قانونی از پیش موجود بین اعضاء وجود دارد.
- در وضعیت اول، مقررات کنوانسیون شورای اروپا اعمال می‌شود. اما، در وضعیت دوم، روابط حقوقی از پیش موجود اعمال می‌شود تا «کمک بیش‌تری» را طبق کنوانسیون شورای اروپا فراهم کند. این مسأله تأکید دارد که سه اصل عمومی همکاری بین‌المللی در فصل سوم جانشین مقررات موافقت‌نامه‌های بین‌المللی راجع به استرداد و کمک قضایی، موافقت‌نامه‌های دوجانبه بین اعضاء، یا مقررات مرتبط با قوانین داخلی قابل اعمال در مورد هم‌کاری بین‌المللی نمی‌شوند.

در پایان، بخش سوم مقرر می‌کند که دسترسی فرامرزی به داده‌های رایانه‌ای ذخیره‌شده مستلزم کمک دوجانبه نیست. زیرا، در این جا یا [رکن] رضایت وجود دارد یا اطلاعات در دسترس عموم است. مقرره‌ای نیز برای تأسیس «شبکه ۲۴ ساعته در ۷ روز هفته»^۵ برای تضمین کمک سریع بین

1. expedited preservation
2. data traffic
3. data content
4. real time interception
5. 24/7 network

اعضاء وجود دارد.

ب. اعمال و تجزیه و تحلیل مقررات اساسی معاهده

۱. چهار تعریف اصلی

تهیه‌کنندگان پیش‌نویس کنوانسیون پذیرفتند که ضرورتی ندارد اعضاء کلمه به کلمه تعریف‌های خاص کنوانسیون را بپذیرند؛ مشروط بر این که قوانین داخلی هر یک از آنها این مفاهیم را به نحوی دربرگیرند که «با اصول کنوانسیون سازگار باشند و چهارچوب معادلی برای اجرای آن پیشنهاد دهند». سازمان ملل از یکپارچگی در حقوق و اجماع در تعریف اصطلاحات به‌عنوان موانعی نام برده که باید بر آنها غلبه شود تا همکاری هدفمند و اجرای موفقیت‌آمیز [قانون] محقق شود. کنوانسیون شورای اروپا به این هدف با به‌کارگیری چهار تعریف اصلی عمل کرده است:

«سیستم رایانه‌ای» از جمله وسیله‌ای متشکل از سخت‌افزار و نرم‌افزار تعریف شده است که برای پردازش خودکار داده‌های دیجیتالی طرح‌ریزی شده است. این سیستم می‌تواند شامل ورودی، خروجی و امکانات ذخیره‌سازی شود. ممکن است مستقل یا مرتبط با شبکه باشد. «شبکه» ارتباط دو یا چند سیستم رایانه‌ای است. اینترنت شبکه‌ای جهانی متشکل از بسیاری شبکه‌های به هم متصل است که همگی از پروتکل‌های یکسانی استفاده می‌کنند. این امر برای تبادل داده‌ها در شبکه ضروری است.

«داده رایانه‌ای» به معنای بازنمودِ وقایع، اطلاعات یا مفاهیم در شکل مناسب برای پردازش در سیستم رایانه‌ای است و شامل برنامه‌ای می‌شود که برای وادار کردن سیستم رایانه‌ای به انجام یک کارکرد مناسب است. داده‌های رایانه‌ای که به طور خودکار پردازش می‌شوند، ممکن است هدف یکی از جرم‌ها و نیز موضوع اعمال یکی از تدابیر تحقیقی تعریف‌شده در کنوانسیون باشند. اصطلاح «ارائه‌دهنده خدمات»^۱ طیف بسیار گسترده‌ای از اشخاص و

1. service provider

یا واحدها را شامل می‌شود که برقراری ارتباط از طریق سیستم‌های رایانه‌ای را برای کاربران خدمات خود امکان‌پذیر می‌سازند. هر دو گروه واحدهای خصوصی و عمومی که برقراری ارتباط را برای دیگران امکان‌پذیر می‌سازند، در تعریف «ارائه‌دهنده خدمات» می‌گنجد. این اصطلاح همچنین شامل اشخاص یا واحدهایی نیز می‌شود که داده‌های رایانه‌ای را از جانب این گونه خدمات ارتباطی یا کاربران خدمات ارتباطی پردازش یا ذخیره می‌کنند. با وجود این، صرف ارائه‌دهنده محتوا شامل تعریف نمی‌شود، مانند شخصی که با شرکت میزبانی وب^۱ قرارداد می‌بندد تا سایت وب‌اش را میزبانی کند؛ مشروط بر این که ارائه‌دهنده محتوا^۲ خدمات ارتباطی یا پردازش مرتبط با داده‌ها را هم عرضه نکند.

سرانجام، «داده‌ترافیک» به معنای داده رایانه‌ای مرتبط با یک ارتباط رایانه‌ای است که به وسیله سیستم رایانه‌ای تولید می‌شود و بخشی از زنجیره ارتباط را تشکیل می‌دهد. این داده مبدأ، مقصد، مسیر، زمان، تاریخ و اندازه، مدت یا نوع خدمات اساسی ارتباط را نشان می‌دهد. جمع‌آوری داده‌ترافیک در تحقیق در مورد جرم ارتكابی مرتبط با سیستم رایانه‌ای حیاتی است. برای ردیابی منشأ یک ارتباط به‌عنوان نقطه آغازین جمع‌آوری دلایل بیش‌تر یا به‌عنوان بخشی از دلایل جرم، به داده‌ترافیک نیاز است. به دلیل عمر کوتاه داده‌ترافیک، ضروری است که دستور حفاظت فوری صادر شود و برای مجریان قانون اطلاعات فوری افشا شود تا قبل از آن که دیگر دلایل از بین بروند، کشف سریع مسیر ارتباط تسهیل شود. جمع‌آوری این داده‌ها از لحاظ قانونی کم‌تر تعرض‌آمیز به شمار می‌آید. زیرا، محتوای ارتباط را آشکار نمی‌سازد که حساسیت بیش‌تری را نسبت به حریم خصوصی^۳ برمی‌انگیزد.

-
1. web hosting
 2. content provider
 3. privacy

۲. تضمین‌های شکلی

کنوانسیون شورای اروپا به مسأله پیچیده تضمین حمایت از حق‌های مدنی شهروندان ساکن در نظام‌های سیاسی و فرهنگی متفاوت توجه می‌کند. از آن‌جا که امکان تفصیل تمامی شرایط و تضمین‌های ضروری برای محدود کردن اختیارات و تشریفات مندرج در این کنوانسیون فراهم نبود، ماده ۱۵ به نحوی تنظیم شده تا اعضاء «استانداردهای مشترک یا تضمین‌های حداقل را رعایت کنند». این تضمین‌های حداقلی به برخی اسناد حقوق بشری قابل اجرا رجوع می‌دهند؛ از جمله، کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی^۱ سال ۱۹۵۰ و پروتکل‌های الحاقی شماره ۱، ۴، ۶، ۷ و ۱۲؛ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی^۲ سازمان ملل؛ و «دیگر اسناد بین‌المللی حقوق بشری و آنچه اصل یا منشورهایی را دربردارد که مقرر می‌کنند اختیارات یا تشریفات اجرا شده به‌موجب کنوانسیون باید با ماهیت و شرایط جرم متناسب باشند». بنابراین، قانون داخلی باید گستره دستورهای صادره از سوی مراجع ذی‌صلاح را محدود کند، برای بازرسی و توقیف ضوابط متعارفی را مقرر کند و تعرض‌های ناشی از تدابیر شوند را که نسبت به طیف گسترده‌ای از جرم‌ها اجرا می‌شوند، به حداقل برساند.

گزارش توجیهی کنوانسیون شورای اروپا تضمین‌های شکلی را با بی‌دقتی به شکل زیر به رسمیت می‌شناسد: «تضمین‌هایی که از نظر ماهیت اختیارات یا تشریفات، نظارت مستقل یا قضایی، زمینه‌های توجیه اعمال اختیارات یا تشریفات و محدودیت حوزه یا مدت آن‌ها مناسب هستند». خلاصه این‌که، «قانون‌گذاران ملی باید در راستای اجراء تعهدات بین‌المللی الزام‌آور و اصول تثبیت‌شده داخلی مشخص کنند که کدام دسته از اختیارات و تشریفات از نظر ماهیتی برای اجرای تضمین‌ها و شرایط خاص به اندازه کافی تعرض‌آمیز

1. European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms («ECHR»)

2. United Nations International Covenant on Civil and Political Rights

اند». بدین ترتیب، صرف‌نظر از بیان آرمانی که در اسناد حقوق بشری قانوناً غیرالزام‌آور بازتاب یافته‌اند، این معاهده هیچ تضمین شکلی حداقلی خاصی را برای دادرسی عادلانه در خصوص اجرای خود تعیین نکرده است.

۳. روش‌های جمع‌آوری دلایل

چهار روش برای حفظ دلایل در ماده ۱۸ («دستور تولید»^۱)، ماده ۱۹ (بازرسی و توقیف داده‌های رایانه‌ای ذخیره‌شده)^۲، ماده ۲۰ (جمع‌آوری بی‌درنگ داده ترافیک)^۳ و ماده ۲۱ (شنود برای جمع‌آوری داده‌ها)^۴ یافت می‌شود. کنوانسیون شورای اروپا در عین حال که می‌کوشد تا بر حساسیت‌های سرزمینی هر یک از کشورها نسبت به جمع‌آوری فرامرزی دلایل غلبه کند، گستره این اختیارات را از طریق واگذاری به ضوابط قانونی داخلی به‌دقت محدود می‌کند؛ آن‌گونه که کنوانسیون شورای اروپا با هشدار جدی به تشویق همکاری دوجانبه میان اعضا این مسأله را بیان کرده است. به‌طور خلاصه، دسترسی فرامرزی به دلایل به این مسأله بستگی دارد که عضو شرکت‌کننده چه چیزی را با معیارهای این معاهده متناسب بداند. بنابراین، یک پارچگی در تحصیل دلایل همچنان موضوعی حل‌نشده میان کشورهای شرکت‌کننده باقی می‌ماند. با وجود این، کنوانسیون شورای اروپا مقرر کرده که برخی تشریفات حداقلی از سوی اعضاء به تصویب برسد.

بر اساس ماده ۱۸، هر عضو باید بتواند به اشخاص واقع در قلمرو خود، از جمله اشخاص ثالث نگه‌دارنده داده‌ها همچون ارائه‌دهندگان خدمات اینترنتی (ISP)، دستور دهد تا داده‌هایی از قبیل اطلاعات راجع به مشترک^۵ را که در کنترل یا مالکیت‌شان است، ارائه دهند. دستورهای تولید نسبت به بازرسی و

1. production order
2. search and seizure of stored computer data
3. Real time collection of traffic data
4. interception of collection data
5. subscriber information

توقیف برای ملزم کردن شخص ثالث جهت تولید اطلاعات کم‌تر تعرض آمیز به شمار می‌آیند. دستور تولید مشابه اختیارات ناشی از احضاریه^۱ در ایالات متحد آمریکا است. با وجود این، این ماده تعهدی بر ارائه‌کنندگان خدمات تحمیل نمی‌کند تا این‌گونه اطلاعات را در جریان عادی فعالیت‌های حرفه‌ای‌شان جمع‌آوری و نگهداری کنند. در عوض، ارائه‌کننده خدمات صرفاً ملزم به تولید اطلاعات مشترکی است که در واقع نگهداری می‌کند و تعهدی ندارد تا صحت اطلاعات را تضمین کند. در گزارش توجیهی کنوانسیون دوباره بر اجرای «اصل تناسب» تأکید شده است؛ یعنی، گستره تعرض به هدف آن محدود شده است. مهم این‌که، این مقرر هیچ یک از شروط حداقلی راجع به محرمانگی^۲ مفاد تحصیل‌شده به موجب دستور تولید را دربر نمی‌گیرد. جز در زمینه شنود بی‌درنگ ارتباطات، هیچ‌گونه مقرر است محرمانگی ناظر به ابزارهای جمع‌آوری‌کننده دلایل مندرج در کنوانسیون وجود ندارد. ضوابط حداقلی نیز پیشنهاد نشده است. در این‌جا نیز، این حوزه به صلاحدید قانون‌گذاری کشورها واگذار شده است که مسأله یک‌پارچه‌سازی در روش پرداختن به اطلاعات محرمانه بین کشورها راه‌حل نشده باقی گذاشته است. ممکن است معیارهای حمایت در یک کشور به طور اساسی با دیگر کشورها تفاوت داشته و بر اشاعه دلایل توقیف‌شده تأثیر گذارد. ضابطه‌های حقوقی اشاعه اطلاعات از سوی معاهده حل نشده رها شده است.

هدف از ماده ۱۹ تواناسازی مقام‌های تحقیق در قلمرو سرزمینی خود برای بازرسی و توقیف سیستم رایانه‌ای، داده‌های ذخیره‌شده در سیستم رایانه‌ای و داده‌های ذخیره‌شده در رسانه‌های ذخیره‌ای از قبیل دیسکت است. با وجود این، دو محدودیت اساسی از اعمال اختیار بازرسی و توقیف جلوگیری می‌کند. اولین و مهم‌ترین آن این است که ماده ۱۹ به بازرسی و توقیف

1. subpoena
2. confidentiality

فرامرزی^۱ که به موجب آن یک کشور می تواند داده های واقع در قلمرو دیگر کشورها را بدون رعایت مسیره های معمولی کمک قضایی دوجانبه بازرسی و توقیف کند، نمی پردازد. دوم، تدابیر مندرج در ماده ۱۹ با اشاره به عبارت «در سرزمین خود» محدود شده اند که این امر نوعی «یادآوری» است مبنی بر این که این مقرر - که تمامی مواد این بخش را شامل می شود - صرفاً تدابیری را دربرمی گیرد که باید در سطح ملی اتخاذ شوند. در این جا نیز، این تدابیر از رهگذر ابزار «همکاری بین المللی» یا مسیره های ترتیبات کمک دوجانبه قضایی از پیش موجود عمل می کنند.

ماده ۱۹ به یک نقص بسیار دردسرساز در بسیاری از حوزه های قانون گذاری می پردازد که توقیف اشیاء نامحسوس از قبیل داده رایانه ای ذخیره شده را که معمولاً با توقیف رسانه داده محل ذخیره محافظت می شوند، مجاز می دارد. این گونه قوانین داخلی نه تنها برای حمایت از حفظ داده هایی که به آسانی تخریب می شوند، بلکه برای در دسترس قرار دادن ابزارهای اجرایی برای کمک به دیگر کشورها ضروری است. بدون چنین قوانینی، دولتی که درباره یک جرم فرامرزی تحقیق می کند، به طور مؤثر از جلب همکاری بین المللی با کشوری باز می ماند که نمی تواند بازرسی و توقیف قانونی در قلمرو خود را اجازه دهد.

بر همین مبنای، بند یک اعضاء را ملزم می کند که به مراجع صلاحیت دار مجری قانون اختیار دسترسی به داده های رایانه ای و بازرسی آن ها را که در یک سیستم رایانه ای یا بخشی از آن یا روی رسانه ذخیره ساز مستقل (از قبیل CD-Rom یا دیسکت) ذخیره شده اند، اعطا کنند. بند دوم به مقام های تحقیق اجازه می دهد که بازرسی یا دسترسی مشابه شان به سیستم رایانه ای دیگر را گسترش دهند، مشروط بر آن که دلایلی برای اعتقاد به ذخیره اطلاعات مورد نیاز در آن سیستم را داشته باشند. با وجود این، این سیستم باید در

1. transborder search and seizure

حوزه قلمرو این عضو نیز باشد. بند سوم توقیف داده‌های رایانه‌ای را که طبق اختیار مقرر در بندهای ۱ و ۲ در دسترس قرار گرفته‌اند، مجاز می‌شمارد. بند ۴ «تدبیر قهرآمیزی»^۱ است که به مقام‌های اجرای قانون اجازه می‌دهد تا متصدیان سیستم‌ها را ملزم کنند که در طول بازرسی و توقیف تا حد متعارف به آنان کمک کنند.

در حالی که ماده ۱۹ نسبت به «داده‌های رایانه‌ای ذخیره‌شده» اعمال می‌شود، مواد ۲۰ و ۲۱ جمع‌آوری بی‌درنگ داده‌ترافیک و شنود بی‌درنگ داده‌محتوای مرتبط با ارتباطات خاص فرستاده شده توسط سیستم رایانه‌ای را مقرر می‌دارند. علاوه بر این، در این جا ملاحظه‌های مربوط به محرمانگی مورد توجه است.

به‌ویژه، مواد ۲۰ و ۲۱ اعضاء را ملزم به اتخاذ تدابیری برای توانا ساختن مقام‌های صلاحیت‌دار خود می‌کنند تا داده‌های مرتبط با ارتباطات خاص در قلمروشان را در زمان برقراری ارتباطات داده‌ها یعنی «بی‌درنگ» گردآوری کنند. با وجود این، ماده ۲۰ حاوی مقرره‌ای است که به اعضاء اجازه می‌دهد بر کنوانسیون شورای اروپا «شرط»^۲ وارد کرده و به‌موجب آن انواع جرم‌های موضوع ماده ۲۰ را محدود کنند.

طبق مواد ۲۰ و ۲۱، متناسب با توانایی‌های فنی واقعی اعضاء، آنها معمولاً ملزم می‌شوند که تدابیر زیر را برای تواناسازی مقام‌های صلاحیت‌دار خود اتخاذ کنند:

۱. جمع‌آوری یا ضبط داده‌ها به‌وسیله ابزارهای فنی در قلمرو عضو مورد نظر؛ و

۲. الزام ارائه‌دهنده خدمات به جمع‌آوری یا ضبط داده‌ها به وسیله ابزارهای فنی یا همکاری با مقام‌های صلاحیت‌دار یا کمک با آنان در جمع‌آوری

1. coercive measure

2. reservation

یا ضبط این گونه داده‌ها.

گزارش توجیهی کنوانسیون شورای اروپا تمایزی اساسی را در ماهیت و میزان تعرض‌های احتمالی به حریم خصوصی میان داده‌محتوا و داده‌ترافیک به رسمیت می‌شناسد. در خصوص شنود بی‌درنگ داده‌محتوا، قوانین در اغلب موارد شنود را به تحقیقات مربوط به جرم‌های شدید^۱ یا دسته‌های جرم‌های شدید محدود می‌کنند که معمولاً با برخی مدت‌های حداکثری حبس شخص تعریف می‌شوند. در حالی که، شنود داده‌ترافیک که کم‌تر تعرض‌آمیز به شمار می‌آید، آن اندازه محدود نیست و اصولاً نسبت به همه جرم‌های مندرج در کنوانسیون شورای اروپا اعمال می‌شود. در هر دو مورد، شرایط و تضمین‌های شکلی مقرر در مواد ۱۴ و ۱۵ جهت مشروعیت یافتن استفاده از این مقررات شنود اعمال می‌شود.

۴. جرم‌ها

بخش نخست، از مواد ۲ تا ۱۳، کنوانسیون شورای اروپا یک معیار حداقلی مشترک از جرم‌های مربوط را بیان می‌کند. این کنوانسیون مقرر می‌دارد که تمامی جرم‌ها باید «به طور عمدی»^۲ ارتکاب یابند؛ هر چند مفهوم دقیق این عبارت به تفسیر ملی واگذار شده است. قوانین باید تا حد امکان دقیق و صریح تدوین شوند تا قابلیت پیش‌بینی مناسب راجع به نوع رفتاری را تضمین کنند که به یک ضمانت‌اجرای کیفری منتهی می‌شود. همان طور که در بالا اشاره شد، ایالات متحد آمریکا بر این عقیده است که ساختار قانونی‌اش به طور کافی جرم‌های مندرج در کنوانسیون را پوشش می‌دهد و به قانون دیگری برای تصویب این دسته از جرم‌ها نیازی ندارد.

جرم‌های مندرج در فصل دوم از بخش نخست کنوانسیون شامل موارد

1. serious offences

2. intentionally

زیر است:

- عنوان ۱، مواد ۲ تا ۶، جرم‌های علیه محرمانگی، تمامیت^۱ و دسترس‌پذیری^۲ داده‌ها و سیستم‌های رایانه‌ای: دسترسی غیرقانونی، شنود غیرقانونی، ایجاد اختلال در سیستم‌ها و سوءاستفاده از دستگاه‌ها؛
- عنوان ۲، مواد ۷ و ۸، جرم‌های مرتبط با رایانه: جعل مرتبط با رایانه و کلاهبرداری مرتبط با رایانه؛
- عنوان ۳، ماده ۹، جرم‌های مرتبط با محتوا: جرم‌های مرتبط با هرزه‌نگاری کودکان؛
- عنوان ۴، ماده ۱۰، جرم‌های مرتبط با نقض‌ها و حق‌های مرتبط: جرم مرتبط با نقض حق نشر و حق‌های مرتبط؛ و
- عنوان ۵، مواد ۱۱ تا ۱۳، مسؤولیت و ضمانت‌اجراهای تبعی: شروع به جرم، معاونت و شرکت، مسؤولیت اشخاص حقوقی و ضمانت‌اجراها و تدابیر. گزارش توجیهی شامل هشدار درباره هدف و اعمال این مقررات است. برای مثال، جرم‌های مندرج در مواد ۲ تا ۶ به منظور حمایت از محرمانگی، تمامیت و دسترس‌پذیری داده‌ها و سیستم‌های رایانه‌ای پیش‌بینی شده‌اند و هدف آن‌ها جرم‌انگاری فعالیت‌های مشروع و معمول ذاتی برای طرح‌ریزی شبکه‌ها یا اجرای مشروع و معمول فعالیت‌های تجاری نیست. همچنین، هر بخش تابع ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر است که حق بهره‌مندی از حریم خصوصی را در جایی که امکان‌پذیر است، تضمین می‌کند. در اینجا نیز، به علاوه، این مقررات حداقل دسته‌های جرم هستند که هر عضو موظف است در قوانین داخلی خود لحاظ کند.

1. integrity
2. availability

۵. صلاحیت و استرداد

ماده ۲۲ به امر مهم حل این معضل می‌پردازد که «چه کسی صلاحیت دارد» بر جرم‌های ارتكابی مرتبط با رایانه در قلمرو مرزهای حاکمیتی و فراتر از آن رسیدگی کند. ابتدا مجموعه‌ای از معیارها که بر اصول حقوق بین‌المللی مبتنی هستند، اجرا می‌شوند که به موجب آن‌ها، اعضاء ملزم هستند که نسبت به جرم‌های مندرج در مواد ۲ تا ۱۱ اعمال صلاحیت کنند.

قسمت الف از بند ۱ ماده ۲۲ مقرر می‌دارد که هر یک از اعضاء «باید» تدابیر قانونی را برای اعمال صلاحیت پیگرد جرم‌های مندرج در مواد ۲ تا ۱۱ «در قلمرو خود» «اتخاذ کند». این مقرر بر پایه اصل سرزمینی^۱ است که بر احترام دوجانبه به حاکمیت برابر کشورها مبتنی است و با اصل عدم مداخله در امور و قلمرو انحصاری دیگر کشورها مرتبط است.

«آموزه حضور فراگیر»^۲ را می‌توان برای تعیین «محل ارتكاب جرم» به کار گرفت. بر اساس این آموزه، اگر یکی از رکن‌های تشکیل دهنده جرم یا نتیجه اصلی در داخل مرزهای آن کشور ارتكاب یابد، فرض بر این است که «کل آن» در حوزه صلاحیت آن کشور ارتكاب یافته است. این صلاحیت نسبت به معاونان و شریکان جرم نیز اعمال می‌شود.

بند «د» ماده ۲۲ اعضاء را ملزم می‌کند که اصول صلاحیتی را نسبت به جرم‌های ارتكابی از سوی اتباع‌شان اعمال کنند، مشروط بر این که رفتار ارتكابی طبق قانون مجازات محل ارتكاب آن قابل کیفر باشد یا این که در خارج از صلاحیت سرزمینی دیگر کشورها ارتكاب یافته باشد. این مقرر بر اصل صلاحیت شخصی^۳ استوار است؛ یعنی، یک اصل صلاحیتی متفاوت با دیگر اجزای این ماده. به موجب این اصل، اتباع موظفند که به قوانین داخلی‌شان حتی در زمان حضور در خارج از قلمرو سرزمینی پای‌بند بمانند. طبق بند «د»،

1. principle of territoriality
2. ubiquity doctrine
3. principle of nationality

اگر یک تبعه جرمی را خارج از کشور مرتکب شود، عضو مورد نظر باید بتواند حتی در صورتی که جرم طبق قانون کشوری که در آن ارتکاب یافته نیز قابل رسیدگی است، آن را تحت پیگرد قرار دهد.

با وجود این، این معاهده در جایی که بیش از یک کشور «ادعای صلاحیت» نسبت به پرونده را دارند، معضل اصلی صلاحیت را حل نکرده است. گزارش توجیهی کنوانسیون در مقام تفسیر بند ۵ ماده ۲۲ این وضعیت را به شکل زیر بیان می‌کند:

در مورد جرم‌های ارتكابی با استفاده از سیستم‌های رایانه‌ای در مواردی که بیش از یک عضو نسبت به همه یا برخی از مداخله‌کنندگان در ارتکاب جرم صلاحیت دارند... اعضای تأثیر یافته [از جرم] باید برای تعیین مرجع صلاحیت‌دار پیگرد با یکدیگر مشورت کنند. گاهی، برای کشورهای درگیر اثربخش‌ترین گزینه این است که یک مرجع واحد را برای پیگرد برگزینند. در دیگر موارد، بهترین گزینه برای یک دولت می‌تواند این باشد که شماری از مداخله‌کنندگان در جرم را مورد پیگرد قرار دهد و دیگر کشورها یک یا چند نفر دیگر را مورد پیگرد قرار دهند... در نهایت، تعهد به مشورت مطلق نیست و «در صورت مقتضی» صورت می‌گیرد.

علاوه بر این، در مواردی که یک عضو به دلیل تابعیت مجرم و حضور وی در قلمرو خود از استرداد خودداری می‌کند (این درخواست طبق ماده ۲۴ تنظیم می‌شود)، بند سوم ماده ۲۲ مقرر می‌دارد که آن عضو باید مقررات صلاحیتی را به نحوی تصویب کند که بتواند در داخل وی را مورد پیگرد قرار دهد. ظاهراً این مقرره از توانایی مجرم برای جست‌وجوی «بهشت‌های امن» از پیگرد کیفری با فرار به دیگر کشورها جلوگیری کند. خلاصه این که، عضو مورد نظر یا باید مسترد کند یا تحت مورد پیگرد قرار دهد.

ماده ۲۴ با عنوان «استرداد» هیچ سازوکاری را برای اعمال یا فوریت بخشیدن به استرداد هنگام دریافت درخواست از یک عضو مقرر نمی‌دارد. در

عوض، زیر پاراگراف پنجم صرفاً مقرر می‌دارد که «استرداد باید طبق شرایطی به عمل آید که در قانون عضو درخواست‌شونده یا معاهده‌های استرداد قابل اعمال بازتاب یافته‌اند؛ از جمله، دلایلی که ممکن است بر مبنای آن‌ها عضو از استرداد خودداری کند». با وجود این، این معاهده اعضاء را ملزم می‌کند تا جرم‌های مندرج در مواد ۲ تا ۱۱ را در زمره جرم‌های قابل استرداد قرار دهند. در پایان، ماده ۳۵ اعضاء را ملزم می‌کند تا یک نقطه تماس در دسترس ۲۴ ساعته در هفت روز هفته را تعیین کنند. این اقدام همکاری در تحقیقات جنایی، جمع‌آوری دلایل یا دیگر کمک‌های این‌چنینی را تضمین می‌کند.

بخش سوم: معاهده‌های کمک قضایی دوجانبه و دیگر موافقت‌نامه‌های

همکاری بین‌المللی

الف. رابطه با کنوانسیون شورای اروپا

همان‌طور که در بالا توضیح داده شد، این کنوانسیون به دو موقعیت می‌پردازد: [نخست] رابطه حقوقی از پیش موجود در قالب یک معاهده، قانون دوجانبه، یادداشت تفاهم یا دیگر توافق این‌چنینی که بین اعضاء وجود دارد؛ [دوم] موقعیتی که در آن چنین رابطه‌ای وجود ندارد. در جایی که رابطه‌ای از پیش موجود برقرار است، همین رابطه اعمال می‌شود تا کمک بیش‌تری را بر اساس کنوانسیون فراهم کند. روابط حقوقی پیشین به‌موجب این کنوانسیون ملغی نمی‌شوند.

علاوه بر این، سه اصل عمومی همکاری بین‌المللی مندرج در فصل سوم کنوانسیون جانشین مقررات ناظر به موافقت‌نامه‌های بین‌المللی راجع به کمک قضایی دوجانبه، استرداد و موافقت‌نامه دوجانبه بین اعضاء یا مقررات مربوط به قوانین داخلی در حال اجرا نسبت به همکاری بین‌المللی نمی‌شوند.

وزارت امور خارجه ایالات متحد آمریکا معاهده‌های کمک قضایی

دوجانبه^۱ را ابزاری برای «بهبود کارایی کمک قضایی و تنظیم و تسهیل تشریفات» با دولت‌های خارجی توصیف می‌کند. این معاهده‌ها نوعاً شامل تشریفات مورد توافق برای احضار گواهان، الزام به ارائه اسناد و دیگر دلایل، صدور مجوز بازرسی و برگزاری رسیدگی می‌شوند.

ب. عدم موازنه در جبران‌های حقوقی

قابل توجه این‌که، این جبران‌های حقوقی^۲ فقط در دسترس مقام‌های پیگرد هستند. دفتر امور بین‌المللی^۳ بخش جنایی وزارت دادگستری ایالات متحده آمریکا مسؤولیت اجرای تشریفات مربوط به معاهده‌های قضایی دوجانبه و کمک به پیگردهای داخلی از سوی دادستانی‌های مربوط ایالات متحده آمریکا را بر عهده دارد. بنابراین، تا حدی که این گونه معاهده‌ها «مانع کنوانسیون شورای اروپا نشود»، وکیلان مدافع به طور مؤثر از شرکت در آن بخش از فرآیند اقدام اجرایی بین‌المللی منع شده‌اند.

مقررات عملیاتی این‌گونه معاهده‌ها در اغلب موارد اقدام‌های اجرایی بین‌المللی را محدود می‌کنند (خواه این محدودیت مورد خواست باشد و خواه نباشد). بسیاری از این‌گونه موافقت‌نامه‌ها مستلزم «مجرمیت دوجانبه» اند که به موجب آن، جرمی که اطلاعات راجع به آن از سوی کشور درخواست‌کننده دنبال می‌شود، باید در کشوری که اطلاعات مورد نیاز را در اختیار دارد، جرم شناخته شود. در جایی که کشوری رفتار مورد نظر را جرم‌انگاری نکرده است، امکان تحقیق وجود ندارد. برای مثال، در سال ۱۹۹۲، ایالات متحده آمریکا اطلاعاتی را از سوئیس در مورد تحقیقات خود از هکر واقع در سوئیس که به مرکز ابررایانه‌ای سان دیه‌گو حمله کرده بود، درخواست کرد. سوئیس هم کردن را جرم‌انگاری نکرده بود و بنابراین نتوانست در تحقیق کمک کند.

1. Mutual Legal Assistance Treaties= MLATs

2. remedy

3. the Office of International Affairs (OIA)

در هر حال، کنوانسیون شورای اروپا به هیچ روی به نقش یا مشارکت مشاور حقوقی در این فرایند اشاره‌ای نکرده است. و کیلان مدافع باید دلایل پرونده‌های جنایی را از کشورهای خارجی یا «میزبان» طبق قوانین کشور میزبان و به‌موجب تشریفات موسوم به «نیابت قضایی» به‌دست آورند. تا حدی که ایالات متحد آمریکا با کشورهای میزبان گوناگون موافقت‌نامه منعقد کرده است، وزارت دادگستری «اطلاعات خاص کشوری» را منتشر می‌کند تا طرف دعوا شخصاً بتواند از کشف فراسرزمینی بهره‌مند شود. در این زمینه، الزامات دقیقی برای نحوه تنظیم درخواست وجود ندارد و عضو درخواست‌کننده باید تمام هزینه‌های مربوط به این فرایند را تأمین کند. روشن نیست که آیا کنوانسیون شورای اروپا با توجه به معاهده‌های حاکم بر نیابت قضایی بر قواعد تأثیر می‌گذارد یا خیر، و در این صورت، به چه میزان.

نیابت قضایی معمولاً مستلزم اجازه پیشین از سوی مرجع اداری یا قضایی است. همچنین، باید «مقام صلاحیت‌دار مرکزی برگماشته آن را بفرستد. این فرایند می‌تواند «پردردسر و زمان‌بر» باشد و معاهده‌ها معمولاً مهلتی را برای ارائه اطلاعات درخواست‌شده مقرر نمی‌کنند. نیابت قضایی به‌موجب ماده ۱۷۸۱ از عنوان ۲۸ قانونگان ایالات متحد آمریکا مصوب ۲۰۰۰ مقرر شده است. مطابق این ماده، وزارت امور خارجه این اختیار را دارد تا برای تحصیل دلیل در پرونده‌های کیفری و حقوقی، درخواستی را به دادگاه بین‌المللی یا خارجی، کارمند یا اداره‌ای که خطاب قرار گرفته است» بفرستد. این درخواست ممکن است برای صدور اخطار، ابلاغ اخطاریه، تعیین محل اشخاص، بازجویی از گواهان، بازرسی اسناد و دیگر اقدام‌های راجع به ارائه دلایل استفاده شود. دادگاه خارجی صرفاً می‌تواند درخواست‌هایی را معتبر شمرد که در چهارچوب آیین دادرسی و صلاحیت آن تنظیم شده‌اند. به علاوه، اگر رفتار مورد اشاره در قانون داخلی کشور خارجی جرم نباشد، درخواست نیابت قضایی، نمی‌تواند اعتبار یابد.

برخی راهکارهای بین‌المللی محدود برای فرار از زمان‌بر بودن و تشریفات پیچیده تحصیل اطلاعات در پرونده‌های قاچاق مواد اعتیادآور غیرقانونی وجود دارد. برای مثال، ماده ۷ کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با قاچاق مواد مخدر و مواد روان‌گردان تشریفات را برای تحصیل دلایل از دیگر کشورهای شرکت‌کننده بدون نیابت قضایی مقرر کرده است.

علاوه بر این، آن دسته از سازمان‌های بین‌المللی مانند سازمان کشورهای آمریکایی (OAS) که پروتکل‌هایی را برای نیابت قضایی ارائه کرده‌اند، اقدام‌هایی را برای تشویق کشورهای عضو این سازمان انجام داده‌اند تا طبق پروتکل‌های موجود به کنوانسیون شورای اروپا ملحق شوند. به‌ویژه، وزیران دادگستری این سازمان در آوریل ۲۰۰۴ از اعضاء خواستند تا به این کنوانسیون ملحق شوند و اصول آن را در قانون داخلی‌شان بگنجانند. خلاصه این‌که، این دفاع در معنای دقیق کلمه با تکیه بر تعهدات محدود مقام‌های پیگرد در زمینه کشف کاهش یافته است. محدودیت‌ها روشن است. تمایل متهمان برای اطلاعات خاص تحت تملک کشور میزبان می‌تواند با اطلاعاتی که مقام پیگرد دنبال می‌کند، تفاوت اساسی داشته باشد.

بخش چهارم. اصول هماهنگ‌سازی: معضلی موجود

الف. کنوانسیون به‌منزله مدلی برای هماهنگ‌سازی

مدل‌های متفاوتی برای هماهنگی اجرای کیفری در جامعه اروپایی وجود دارد. سند مرسوم هم‌کاری بین‌المللی کنوانسیون است. منشأ مدل کنوانسیون معاهده اتحادیه اروپایی است. به‌ویژه، عنوان پنجم این معاهده، شامل مواد ۲۹ تا ۴۵ که از آن به «موضوع پایه‌ای سوم» یاد می‌شود، به همکاری قضایی و پلیسی در موضوع‌های کیفری اختصاص دارد. کنوانسیون معاهده‌ای است که از سوی کشورهای عضو امضاء می‌شود و سپس اعضاء آن را طبق الزامات قانون اساسی به‌عنوان قانون داخلی تصویب می‌کنند. کنوانسیون‌ها شکلی از

موافقت‌نامه‌های حقوق بین‌المللی هستند که به‌عنوان معاهده‌های بین‌المللی لازم‌الاجرا هستند، اما نه از رهگذر سازوکارهای سازمانی مرکزی. قاعده‌گذاری در حوزه آیین دادرسی کیفری در ماده ۲. K از عنوان ششم این معاهده آمده است: همکاری قضایی در امور کیفری، قواعد مبارزه با کلاهبرداری در سطح بین‌المللی و همکاری پلیسی برای مبارزه با شکل‌های شدید جرم بین‌المللی «باید وفق کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی مصوب نوامبر ۱۹۵۰ به‌عمل آید...». تأثیر این کنوانسیون بر موضوع‌های کیفری در اروپا به‌عنوان مقدماتی‌ترین تضمین حق‌های شکلی ناظر بر دادرسی عادلانه در چهارچوب حقوق کیفری شناخته شده است. این کنوانسیون نوعاً سندهای کنترل جرمی را دربرمی‌گیرد که به شکل معاهده‌هایی در می‌آیند که دولت‌های عضو می‌توانند با آن‌ها موافقت کنند. ماده ۱۵ بخش ۲ کنوانسیون شورای اروپا از این کنوانسیون به‌عنوان تضمین اصولی فرایند دادرسی عادلانه یاد می‌کند.

کنوانسیون‌ها به‌عنوان مدلی هماهنگ برای اجرای کیفری بین‌المللی به چند دلیل مورد نقد قرار گرفته‌اند. برخی از این نقدها به ره‌یافت ناقص هماهنگ‌سازی شکلی در کنوانسیون شورای اروپا مربوط می‌شوند.

نخست، امکان لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون‌ها در یک مدت متعارف به دلیل عدم تصویب [داخلی] وجود ندارد. روند معمول برای کشورها این است که [کنوانسیون‌ها را] امضاء می‌کنند، ولی هرگز آن‌ها را تصویب نمی‌کنند. ایالات متحد آمریکا را می‌توان مثال زد. این کشور کنوانسیون حقوق کیفری در مورد فساد را در تاریخ ۱۱ دسامبر ۲۰۰۱ امضاء کرد، اما هرگز آن را تصویب نکرد. کنوانسیون جرم‌های سایبری در ۱۱ دسامبر ۲۰۰۱ امضاء شد، اما تصویب نشد. زمانی که ایالات متحد آمریکا کنوانسیون کمک اداری دوجانبه در امور مالیاتی را در ۱۳ فوریه ۱۹۹۱ تصویب کرد، تعدادی ناکافی از کشورهای عضو تا چهار سال پس از آن یعنی هنگامی که کنوانسیون سرانجام در ۴ ژانویه

۱۹۹۵ لازم‌الاجرا شد، اقدام به تصویب کردند. کنوانسیون اروپایی استرداد در ۱۳ دسامبر برای امضاء و الحاق از سوی دولت‌های غیرعضو مفتوح شد. ایالات متحد آمریکا هیچ‌گاه این کنوانسیون را امضاء نکرد.

دوم، کنوانسیون‌ها تدابیر تکمیلی ندارند تا تصویب آن را تضمین کنند. دولت‌های عضو می‌توانند حق «شرط» اعمال کنند که به آن‌ها اجازه می‌دهد تا از برخی مقررات عملیاتی خاص کنوانسیون معاف شوند. در واقع، ایالات متحد آمریکا کنوانسیون شورای اروپا را مشروط به چند شرط امضاء کرد.

مشکل دیگر فقدان تفسیر یک‌پارچه است که بر تفاوت‌های فرهنگی و زبانی مبتنی است. این تفاوت‌ها به دغدغه‌ای جدی راجع به پیگرد اتباع خارجی تبدیل می‌شوند. به‌ویژه، تضمینی وجود ندارد که متهم زبان یا فرهنگ مرجع پیگرد را درک کند. همچنین، هیچ تضمینی وجود ندارد که متهم از حق وکیل یا مترجم یا حتی احضار یا ارزیابی گواهان بهره‌مند شود. کنوانسیون شورای اروپا هیچ یک از انتقادهای وارده را برطرف نکرده است.

ب. پس‌رفت «تنوع فرهنگی»

به نظر می‌رسد که به رسمیت شناختن تفاوت‌های فرهنگی در میان دولت‌ها مهم‌ترین سد راه برای تحقق هماهنگ‌سازی تشریفات دادرسی عادلانه است. هر دولت مفاهیم خاص خود را درباره رکن‌های تشکیل‌دهنده جرم، مناسب بودن مجازات، متناسب بودن مجازات‌ها و حق‌های اعطاء‌شده به متهمان دارد. در اغلب موارد، عنوان تفاوت‌های فرهنگی که ظاهراً برای مخالفت با هماهنگ‌سازی استفاده می‌شوند، صرفاً پوششی است برای مخالفت بر پایه «خاطرات تاریخی غیرمنطقی» و مخالفت سیاسی. در تلاش برای رسیدن به اجماع مبنایی در میان دولت‌ها، کنوانسیون شورای اروپا «هماهنگ‌سازی منعطفی» اتخاذ کرده است؛ مدلی از قاعده‌گذاری یکپارچه که به تعیین معیارهایی برای قواعد ماهوی پذیرفتنی محدود شده و تدوین

قواعد شکلی دادرسی عادلانه را به ویژگی‌های فرهنگی هر دولت واگذار کرده است. این الگوی هماهنگ‌سازی منقطع تأمین نظر دیپلماتیک برای حاکمیت ملی را تسهیل می‌کند که این امر به کنوانسیون شورای اروپا امکان می‌دهد هدف‌های اجرای قانون را محقق سازد. با وجود این، مشروعیت رسیدن به هدف‌های اجرای قانون به بهای [ارعایت] انصاف بنیادین نسبت به متهم با منافع طولانی‌مدت حاکمیت بین‌المللی در تعارض است.

افزون بر نیاز به تأمین نظر سیاسی، پدیده پیچیده‌ای که اغلب پس از توافق و همراهی ایجاد می‌شود، نیز مطرح است. دولت‌ها اغلب معاهده‌هایی منعقد می‌کنند و سپس از اقدام مطابق تعهدات معاهده‌ها سرباز می‌زنند. این که چرا دولت‌ها معاهده منعقد می‌کنند و تنها پس از مدتی آن را نادیده می‌گیرند، مجمل است. نوعاً اجرای موفقیت‌آمیز [این امر] به میزان اراده دولت‌ها برای کاهش داوطلبانه حاکمیت خود در زمینه اجرای کیفری در راستای منفعت مشترک جامعه بین‌المللی بستگی دارد. دور از انتظار نیست که این پای‌بندی در جایی قابل پیش‌بینی است که منافع اساسی دولت شرکت‌کننده تأمین شود.

لازم به یادآوری است که موضوع مطرح در اینجا کارایی یا عدم کارایی کنوانسیون‌های حقوقی بین‌المللی نیست، بلکه این است که آیا کنوانسیون شورای اروپا با وجود پیچیدگی‌های سیاسی، فرهنگی و حقوقی پیش‌گفته تضمین قابل اعتمادی برای تشریفات دادرسی عادلانه ارائه می‌کند یا خیر. مصالحه تعدیل‌شده هماهنگ‌سازی منقطع انگیزه ضعیفی را در میان دولت‌ها برای کاهش داوطلبانه حاکمیت خود به نفع نظم بین‌المللی ایجاد می‌کند. در عوض، نبود هماهنگ‌سازی در زمینه آیین دادرسی اجرای قابل پیش‌بینی را تضعیف می‌کند و با منفعت ملی اعضاء برای حمایت فرامرزی از شهروندان خود مغایر است.

بخش پنجم. عدم حمایت کافی کنوانسیون شورای اروپا از حق‌های ناظر به دادرسی عادلانه

الف. چیستی دادرسی عادلانه

پنجمین اصلاحیه قانون اساسی ایالات متحد آمریکا مقرر می‌دارد که «هیچ شخصی نباید ... از زندگی، آزادی یا دارایی، بدون رعایت تشریفات مناسب قانونی [دادرسی عادلانه] ... محروم شود». چهاردهمین اصلاحیه همین بیان را به صراحت در مورد ایالت‌ها به کار می‌گیرد. دیوان عالی ایالات متحد آمریکا هم مؤلفه‌های ماهوی و هم مؤلفه‌های شکلی دادرسی عادلانه را به رسمیت می‌شناسد.

دادرسی عادلانه ماهوی شاخص‌هایی را که قوانین می‌توانند تجویز یا منع کنند، دربرمی‌گیرد. دادرسی عادلانه شکلی بر مفهوم انصاف بنیادی و قواعدی متمرکز است که تشریفات عادلانه را برای تضمین عدم محکومیت نامنصفانه یا ناعادلانه متهم مقرر می‌کنند. تضمین‌های شکلی صریح دادرسی عادلانه در قانون اساسی و منشور حقوق بشر یافت می‌شوند. با وجود این، همان‌طور که در ذیل بحث می‌شود، محدودیت قضایی داخلی نسبت به اجرای فرایند دادرسی عادلانه برای بیگانگان ناگزیر از پای‌بندی ایالات متحد آمریکا به هشدارهای عمومی مندرج در این معاهده نمی‌کاهد.

ب. مدل دادرسی عادلانه در کنوانسیون شورای اروپا

ماده ۱۵ از بخش دوم کنوانسیون شورای اروپا با عنوان «شرایط و تضمین‌ها» مسؤولیت تصویب قواعد شکلی دادرسی عادلانه را بر عهده دولت‌های عضو قرار می‌کند؛ «آن‌گونه که در قوانین داخلی خود مقرر کرده‌اند ... که باید حمایت کافی از حق‌ها و آزادی‌های بشری از جمله حق‌های برآمده از تعهدات ناشی از کنوانسیون شورای اروپا برای حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی (۱۹۵۰)، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی سازمان

ملل متحد مصوب ۱۹۶۶ و دیگر اسناد بین‌المللی حقوق بشری قابل اعمال به عمل آورند و اصل تناسب را بگنجانند...».

به‌ویژه، این قواعد نظارت قضایی را ملزم نمی‌کند، اما می‌تواند «نظارت مستقل دیگر را دربرگیرد». همچنین، به اعضاء هشدار داده شده تا «تأثیر اختیارات و تشریفات مندرج در این بخش را برحق‌ها، مسؤولیت‌ها و منافع مشروع اشخاص ثالث در نظر بگیرند». لحن این مطلب به رهنمودی آرمانی محدود شده است.

گزارش توجیهی بر این نکته تأکید دارد که هیچ‌گونه معیار حداقلی یا یک‌پارچه‌ای برای دادرسی عادلانه شکلی وجود ندارد: «از آن جا که کنوانسیون نسبت به اعضاء دارای فرهنگ‌ها و نظام‌های حقوقی بسیار متفاوت اعمال می‌شود، مشخص کردن تفصیلی شرایط و تضمین‌های قابل‌اجراء نسبت به هر یک از اختیارات یا تشریفات امکان‌پذیر نیست». جالب این‌که، این گزارش بر این نکته تأکید دارد که کنوانسیون اروپایی حقوق بشر تنها بر «کشورهای اروپایی عضو» قابل اعمال است. ایالات متحد آمریکا عضو این کنوانسیون نیست. بنابراین، به معیارهای حداقلی‌اش پای‌بند نیست. در واقع، هر امضاءکننده کنوانسیون، نه دولت عضو شورای اروپا، عضو این کنوانسیون نیست؛ زیرا، کنوانسیون اروپایی حقوق بشر برای امضاء دولت‌های غیرعضو شورای اروپا باز نیست.

تضمین «متناسب بودن» نیز به صلاحدید اعضاء واگذار شده است. «دولت‌ها اصول مرتبط با قوانین خود از قبیل محدودیت‌های وارد بر گستره و دستورهای تولید و متعارف بودن بازرسی‌ها و توقیف‌ها را اعمال خواهند کرد». گزارش توجیهی کنوانسیون به شکلی بسیار مجمل، با هدف حمایت از افراد در برابر خوداتهامی و تعرض‌های احتمالی به حق‌های راجع به حریم خصوصی، پیشنهادهایی آرمانی را از رهگذر ابزارهای تعرض‌آمیز بازرسی و توقیف هماهنگ می‌کند:

قانون‌گذاران داخلی باید در راستای اجرای تعهدات الزام‌آور و اصول ملی تثبیت‌شده مشخص کنند که کدام یک از اختیارات و تشریفات به حد کافی ماهیتی تعرض‌آمیز دارند که اجرای شرایط و تضمین‌های خاص را الزامی کنند. همان‌طور که در پاراگراف ۲۱۵ آمده، اعضاء باید به روشنی تضمین‌ها و شرایط از قبیل موارد ناظر بر شنود [ارتباطات داده‌ای] را با توجه به تعرض‌آمیز بودن آن اعمال نکنند. در عین حال، برای مثال، ضرورت ندارد که این‌گونه تضمین‌ها به گونه‌ای یکسان برای حفظ [ارتباط داده‌ای] توقیف‌شده [اعمال شوند. دیگر تضمین‌هایی که باید در قوانین داخلی مورد توجه قرار گیرند، حق منع خوداتهامی و امتیازهای ویژه قانونی و مشخص بودن افراد یا مکان‌هایی است که موضوع اعمال این تدبیر قرار می‌گیرند.

تمسک به یک معاهده قانونی غیرالزام‌آور به‌عنوان منبع اصلی دادرسی عادلانه شکلی به جای رهنمودهای حداقلی خاص برای حمایت از متهم به وضعی ساختاری در معاهده منجر می‌شود. در جایی که ضمانت‌اجراهای کیفی در مقام سلب آزادی متهم برمی‌آیند، به چیزی فراتر از توصیه نیاز است.

پ. پویایی خوداجرایی

اینکه یک عضو حمایت‌های [قانونی] کافی مبتنی بر دادرسی عادلانه را تصویب کرده، یا حتی حمایت‌های داخلی موجود در زمینه دادرسی عادلانه را به بیگانگان مورد پیگرد واقع در قلمرو خود توسعه داده است یا خیر، ناگزیر باید تا زمانی که پرونده‌هایی واقعاً مورد پیگرد قرار نگیرند، بدون آزمون باقی بماند. پویایی خوداجرایی هدف‌های معاهده به چهارچوب قوانین داخلی مربوط بستگی دارد. دورنمای گسترش دادرسی عادلانه شکلی نسبت به بیگانگان مورد پیگرد راجع به جرم‌های سایبری در ایالات متحد آمریکا چیست؟

الگوی اصلی دادرسی عادلانه در کنوانسیون شورای اروپا این است

که هر دولت موظف است «حق‌های برآمده از تعهدات مندرج در کنوانسیون شورای اروپا برای حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی (۱۹۵۰)، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی سازمان ملل متحد مصوب ۱۹۶۶ و دیگر اسناد بین‌المللی حقوق بشری لازم‌الاجرا به رسمیت شناخته و «اصل تناسب را بگنجانند». دیوان عالی ایالات متحد آمریکا با رد ادعای یک بیگانه برای [جبران] خسارت‌های وارد به وی مطابق قانون مسؤولیت مدنی بیگانگان که در اثر دستگیری خودسرانه و توقیف غیرقانونی مورد ادعا حادث شده بود، چنین نتیجه گرفت که نه بر اساس کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و نه دیگر معاهده‌های بین‌المللی هیچ‌گونه الزام قانونی بر ایالات متحد آمریکا تحمیل نمی‌شود. بنابراین، دادگاه‌های فدرال این اختیار را ندارند که بر اساس این معاهده‌ها حتی در جایی که ایالات متحد آمریکا امضاءکننده [معاهده] بوده، به نقض حق‌های فردی حکم بدهند.

خواهان اظهار می‌دارد که ربایش وی از سوی [امام‌وران مخفی DEA] یک دستگیری خودسرانه بوده که در معنای مورد نظر اعلامیه جهانی حقوق بشر می‌گنجد. همچنین، وی قاعده منع دستگیری خودسرانه را نه تنها تا این اعلامیه بلکه تا ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۹۶۶ که ایالات متحد آمریکا عضو آن است و تا دیگر کنوانسیون‌های مختلفی که عضو آن‌ها نیست، دنبال می‌کند. اما، اعلامیه به‌خودی‌خود تعهدات را به منزله موضوعی از حقوق بین‌المللی اعمال نمی‌کند... و اگرچه میثاق از موضع حقوق بین‌المللی ایالات متحد آمریکا را ملزم نمی‌سازد، این کشور میثاق را بر اساس این درک صریح تصویب کرده که خوداجرا نیست و بنابراین تعهدات قابل اجرایی را در دادگاه‌های فدرال ایجاد نمی‌کند.

از این رو، کنوانسیون اروپایی حقوق بشر همراه با دیگر معاهده‌های حقوق بشری، مندرج در بخش ۲ ماده ۱۵، هیچ‌گونه حق دادرسی عادلانه

شکلی قابل اجرایی را در دادگاه‌های فدرال ایالات متحد ایجاد نمی‌کند. علاوه بر این، تصمیم‌گیری برای تسری حمایت‌های مندرج در منشور حقوق بشر به بیگانگان یک اقدام خودکار یا ضمنی در مفهوم آزادی به‌سامان نیست و بنابراین، دادگاه‌ها این‌گونه حکم صادر کرده‌اند. به‌ویژه، دیوان عالی از تسری حمایت چهارمین اصلحیه به بیگانه مستردشده به ایالات متحد آمریکا برای محاکمه کیفری پرهیز کرده است. این دادگاه چنین استدلال کرد که: بیگانگان زمانی از حمایت‌های مندرج در قانون اساسی بهره‌مند می‌شوند که به قلمرو ایالات متحد آمریکا وارد شوند و ارتباطات اساسی با این کشور برقرار کرده باشند ... اما، این‌گونه حضور کاملاً قانونی اما غیرداوطلبانه [ناشی از استرداد] مصداقی نیست که نشان دهد یک رابطه اساسی با کشورمان برقرار شده است.

همچنین، ادعای حمایت برابر از بیگانگان با این استدلال که آنان باید از حق‌های مندرج در قانون اساسی برای شهروندان آمریکایی در امور کیفری بهره‌مند باشند، رد شد و دیوان چنین نتیجه‌گیری کرد که «چند حکم منطبق بر قانون اساسی از سوی این دادگاه صادر شده که حمایت‌های مختلفی را از بیگانگان نسبت به شهروندان به عمل آورده و آن‌ها بر این نتیجه‌گیری ما مبتنی هستند که هدف آن نبوده که مقررات خاص مورد بحث به بیگانگان به همان اندازه شهروندان تسری یابد. قاضی کندی در نظر موافق خود چنین نتیجه گرفت که:

«تمایز بین شهروندان و بیگانگان از این گزاره تردیدناپذیر ناشی می‌شود که قانون اساسی و نیز اصول کلی حقوقی هیچ‌گونه رابطه قضایی میان کشور ما و نوعی طبقه تعریف‌نشده و نامحدود از غیر شهروندانی که خارج از قلمرو سرزمینی ما حضور دارند، ایجاد نمی‌کند».

این آراء تردیدی باقی نمی‌گذارند که منشور حق‌ها در مورد بازرسی‌ها و توقیف‌های مجاز شمرده شده به‌موجب کنوانسیون شورای اروپا و نیز تعرض‌های

به حق حریم خصوصی مندرج در قانون اساسی در جریان توقیف ارتباطات داده‌ای که برای پی‌گرد بیگانگان برای جرم سایبری اجرا می‌شوند، به‌طور فراسرزمینی عمل نمی‌کند. تسری تضمین‌های موجود در زمینه دادرسی عادلانه شکلی به بیگانگان تحلیلی دویبخشی را برمی‌انگیزد: داوطلبانه بودن و ارتباط اساسی. این تعیین موقتی و موردی مجال کمی برای پیش‌بینی‌پذیری قابلیت اجرای معاهده در ایالات متحد آمریکا باقی می‌گذارد.

بر همین اساس، شیوه بیان دادرسی عادلانه شکلی کنوانسیون شورای اروپا تأثیر آشکاری بر رویه قضایی آمریکا ندارد. همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، وزیر امور خارجه تصریح کرده است که به هیچ‌گونه قانون اجرایی برای تصویب این معاهده نیاز نیست و ضرورتاً هرگونه قانون‌گذاری دیگری را برای تأثیرگذاری بر حق‌های بیگانگان حاضر در ایالات متحد آمریکا وفق ماده ۱۵ از بخش دوم این معاهده رد کرده است. بدین ترتیب، ایالات متحد آمریکا نباید انتظار حمایت بیش‌تری از شهروندان خود که در وضعیت مشابهی در دیگر کشورهای عضو به سر می‌برند، داشته باشد. دوره بی‌اعتمادی ناگزیر خوددیده‌خود بر اساس این شرایط استمرار می‌یابد.

ت. رد مصالحه ناپسند در حمایت از نوعی موقعیت ساختاری

کنوانسیون شورای اروپا از تمامی مسؤولیت‌های مربوط به فراهم کردن دادرسی عادلانه شکلی نسبت به متهمان به جرم‌های پیش‌بینی‌شده صرف‌نظر می‌کند. تنها توجیه به‌عمل‌آمده این است که تهیه پیش‌نویس رهنمودهای الزام‌آور حداقلی برای دادرسی عادلانه بر اساس «تفاوت‌های فرهنگی» «ناممکن» است. آیا این دلیل موجه است؟

از این منظر صرفاً این نظر بر نمی‌آید که اعضاء به‌لحاظ فرهنگی متنوع می‌توانند بر رفتار مجرمانه توافق کنند، ولی نمی‌توانند بر پایه معیارهای به‌لحاظ بین‌المللی به رسمیت شناخته‌شده که از آزادی‌های اساسی بشری

حمایت می‌کنند، توافق کنند. استفاده معاهده از هماهنگ‌سازی منعطف به مصالحه‌ای به‌ظاهرشدنی در میان دولت‌های حاکم ضربه می‌زند؛ به‌ویژه در جایی که تحمیل معیارهای دادرسی عادلانه شکلی می‌تواند بر معیارهایی که در قانون داخلی عضو مورد نظر بازتاب یافته‌اند، برتری یابند.

در واقع، این ابهام حقوقی آشکار در کنوانسیون شورای اروپا بر ضعفی اصلی در حقوق بین‌المللی تأکید می‌کند؛ یعنی، حرمت‌گذاری به اصول سرزمینی ناظر به نظم و اجرای مقررات بر پایه حاکمیت ملی. ماهیت نامتمرکز حقوق بین‌المللی که اجرای قوانین داخلی را تضعیف می‌کند، از ساختار نامتمرکز جامعه بین‌المللی و ناتوانی برای اعمال [ضمانت اجرا علیه] نقض قواعد قانونی الزام‌آور ناشی می‌شود. با توجه به پویایی پرسش برانگیز خوداجرایی از سوی دولت‌های عضو، کنوانسیون شورای اروپا از هرگونه اقدام برای رفع این معضل استقبال می‌کند.

ولی، استدلال مقابل هم قانع‌کننده است. این انتظار می‌تواند نامتعارف باشد که کنوانسیون شورای اروپا به‌عنوان مجموعه‌ای محافظه‌کار از حقوق کیفری بین‌المللی موضوع بزرگ‌تر نامتمرکزسازی را حل کند که ویژگی کل مجموعه حقوق بین‌المللی به شمار می‌آید.

با وجود این، کنوانسیون شورای اروپا این مسأله را به رسمیت می‌شناسد که اجرای کیفری نوعاً مستلزم تعرض‌های جدی به حریم خصوصی است تا پیگرد افراد تسهیل شود. برابری مقرر از سوی این کنوانسیون که اجرای دادرسی عادلانه را بدون تدابیر قابل تشخیص امکان‌پذیر می‌سازد، به عدم موازنه‌ای به ضرر آزادی‌های فردی منجر می‌شود که با خود ماهیت یک پیگرد کیفری درگیر می‌شود. بنابراین، ضرورت ریشه‌کنی جرم سایبری نمی‌تواند بر نیاز به همان اندازه مهم تحصیل اجماع بر اساس معیارهای حداقلی برای حفظ تضمین‌های اساسی دادرسی عادلانه شکلی برتری یابد.

علاوه بر این، در جایی که یک عضو نمی‌تواند برای تضمین رفتار

منصفانه با شهروندان مورد پیگرد خود به عضو دیگر تکیه داشته باشد، هم‌کاری دوجانبه، به‌عنوان هسته اصلی معاهده، کم‌تر در دسترس است. این مسأله می‌تواند دلیلی بر این باشد که کنوانسیون شورای اروپا جانشین معاهده‌های کمک قضایی دوجانبه کنونی نیست، بلکه فقط تکمیل‌کننده آن‌ها به شمار می‌آید. پویایی خوداجرایی ملی برای پیش‌بینی «تک‌به‌تک» می‌تواند آسان‌تر از یک مقیاس گسترده‌تر بین‌المللی باشد که در آن‌جا کشورها اغلب به تعهدات معاهده‌ای احترام نمی‌گذارند یا اصلاً آن‌ها را تصویب نمی‌کنند.

یک راه‌حل می‌تواند افزودن یک پروتکل به این معاهده باشد که پس از تصویب معاهده پیشنهادی تأسیس‌کننده قانون اساسی اروپا از این پس، قانون اساسی [شکل یافته است و شامل سازوکارهای حداقلی خاص دادرسی عادلانه شکلی است که شهروندان تمامی اعضاء را دربرمی‌گیرد. انتظار می‌رفت که قانون اساسی در سال ۲۰۰۶ لازم‌الاجراء شده و جانشین تمامی موافقت‌نامه‌های بین‌المللی می‌شد که برای یک پارچه‌سازی اروپا مقرر شده بودند. به‌ویژه، قانون اساسی حق بهره‌مندی از جبران حقوقی مؤثر و دادرسی عادلانه، فرض بی‌گناهی و حق بهره‌مندی از وکیل، اصول قانونی بودن و تناسب جرم‌ها و مجازات‌ها و ممنوعیت محاکمه دوباره را مقرر کرده است. علاوه بر این، قانون اساسی به‌صراحت هرگونه سوءاستفاده از حق مندرج در دیگر مقررات خود را منع می‌کند. بنابراین، این موقعیت ساختاری با حرکت بین‌المللی به سوی هماهنگ‌سازی صحیح مطابقت دارد.

ث. نتیجه‌گیری

ماهیت نامتمرکز حقوق بین‌المللی، به‌ویژه در حوزه اجرای قانون کیفری، می‌تواند سازگاری هماهنگ‌سازی منعطف کنوانسیون شورای اروپا را برای دستیابی به هدف‌های اجرای قانون که برای ریشه‌کنی به‌موقع جرم سایبری است، تبیین کند. داشتن درکی از «آن‌چه» در سیاست پیکره‌بین‌المللی «مجال خواهد یافت»، که به‌شدت به تفاوت‌ها و درک‌های فرهنگی وابسته است، همواره باید یک دغدغه عملی و ضروری باشد.

با وجود این، پیگرد جرم‌های سایبری به‌طور قطع موضوع‌هایی را در مورد صلاحیت متقارن و یا اعمال قانون داخلی نسبت به اتباع خارجی مطرح می‌کند. در حالی که رفتار مجرمانه خاص را می‌توان به‌گونه‌ای مناسب محدود کرد، ابزارهای تحقیق و پیگرد آن قابل پیش‌بینی نخواهد بود. در جایی که هماهنگ‌سازی صحیح شکلی از مدل کنوانسیون حذف شود، حق‌های متهم آسیب می‌بینند. در این معاهده، در حوزه عدم ارتباط بین گنجاندن معاهده‌های حقوق بشری به‌منزله مدل دادرسی عادلانه، رویه قانونی مربوط به قانون اساسی آمریکا که همین معاهده‌ها را به‌عنوان یکی از منابع حمایت از حق‌های بیگانگان رد می‌کند، از همه‌جا بیش‌تر آشکار است.

کنوانسیون شورای اروپا در قالب کنونی خود به نحوی است که تعرض به فضای حق بهره‌مندی افراد از حریم خصوصی را با هدف جمع‌آوری دلایل برای استفاده در پی‌گردهای کیفری بعدی بدون تضمین‌های کافی دادرسی عادلانه شکلی امکان‌پذیر می‌سازد. یک راه‌حل می‌تواند افزودن یک پروتکل به این معاهده باشد که از قانون اساسی پیشنهادی شورای اروپا که رهنمودهای حداقلی را برای دادرسی عادلانه شکلی مقرر کرده و به شهروندان تمامی کشورها تسری می‌یابد، الگوبرداری شده است. به این ترتیب، کنوانسیون شورای اروپایی در مورد جرم سایبری می‌تواند نسخه آزمایشی کوشش‌های آینده بین‌المللی برای هماهنگ‌سازی اجرای قانون کیفری باشد.