

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فهرست مطالب

چالش‌های اثبات دعوی تجاوز جنسی در فرایند کیفری ایران

- ۳ محمود اسپانلو و ایرج گلدوزیان و کیومرث کلاتری
- ۳۵ پالایش فضای مجازی در پرتو اسناد حقوق بشری / لایلا پورنجفی قوشچی و حسین فخر و بابک پورقهرمانی
- ۶۹ سیاست جنایی ترکیبی ایران در برابر بزهکاری زیست محیطی / شهرداد دارابی
- ۹۹ حقوق دفاعی متهم؛ مفهوم و ابعاد مختلف آخرین دفاع متهم / منصور رحمدل
- ۱۲۳ جرم‌انگاری پیش‌دستانه اعمال تروریستی / فرهاد شاهیده و امیرحسن نیازپور
- مسئولیت کیفری ناشی از انتقال ویروس کرونا در نظام کیفری ایران (با تأکید بر مخاطره جانی اشخاص)
- ۱۶۱ محسن شریفی
- مؤلفه‌های قطعه‌نامه شورای امنیت در گرو تفسیر مقررات اساسنامه در رویه قضایی دیوان کیفری بین‌المللی؛
- ۱۸۹ از کارکرد تا دستاوردهای آن در وضعیت سودان / جواد صالحی
- بازاندیشی شرط برابری دین در قصاص در پرتو آرای فقهی
- ۲۰۹ سیدمصطفی محقق داماد و سیدمحسن موسوی‌فر و کاظم خسروی
- ارزیابی انتقادی مستندات حکم اعدام در زنا با همسر پدر (بند ب ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲)
- ۲۲۹ حمید مؤذنی بیستگانی و محمدرضا کیخا
- واکاوی سیاست جنایی قانون‌گذار در ماده ۴۵ الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر
- ۲۴۹ سیددرید موسوی مجاب و رسول احمدزاده و سینارستمی
- ۲۷۳ جرم‌انگاری بین‌المللی زیست‌بوم‌زدایی / احمد نصرافهانی و لایلا رئیسی و علیرضا آرش‌پور
- ۳۰۵ چالش‌های پیش روی صلاحیت اضافی دادگاه کیفری یک / اسماعیل هادی‌تبار و عیسی ولی‌زاده

ترجمه حکم‌الایها

- ۳۳۹ ترجمه عربی (موجز المقالات) / کامل اسماعیل
- ۳۶۴ ترجمه انگلیسی (Abstracts) / محمدحسین گلپاری

راهنمای تدوین مقالات

- مقالات باید علمی - پژوهشی، مستند و دارای نوآوری باشند.
- مقاله ارسالی بین ۶۰۰۰ تا ۹۰۰۰ کلمه حروف چینی شده باشد.
- تیرهای اصلی با شماره‌های ۱، ۲، ۳ و ... و زیرمجموعه آن‌ها با ۱-۱، ۲-۱، ...، ۱-۲، ۲-۲ و ... مشخص شود.
- چکیده مقاله که آئینه تمام‌نما و فشرده بحث است، به سه زبان فارسی، عربی و انگلیسی، حداکثر در ده سطر ضمیمه باشد و واژگان کلیدی مقاله (سه تا هفت واژه) به دنبال هر چکیده بیاید.
- ارجاعات در متن مقاله بین پراکنش به صورت (نام خانوادگی، سال انتشار: شماره صفحه یا شماره جلد/صفحه) نوشته شود.
- اگر ارجاع بعدی بلافاصله به همان مأخذ باشد از (همان یا همان: شماره جلد/صفحه) و اگر به مأخذ دیگری از همان نویسنده باشد (همو، سال انتشار: صفحه) استفاده شود.
- منابع لاتین، به صورت لاتین و از سمت چپ در بین پراکنش (صفحه/جلد: سال انتشار، نام خانوادگی) و در ارجاع بعدی اگر بلافاصله باشد (Ibid.) نوشته شود.
- ترتیب منابع:
- کتاب: نام خانوادگی، نام (نویسنده / نویسندگان)، نام کتاب، نام مترجم، محقق یا مصحح، نوبت چاپ (در صورتی که چاپ نخست باشد نیاز نیست)، محل نشر، نام ناشر، تاریخ انتشار.
- مقاله: نام خانوادگی، نام (نویسنده / نویسندگان)، «عنوان مقاله داخل گیومه»، نام نشریه، دوره / سال، شماره جلد، تاریخ انتشار.
- نام کامل نویسنده، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه متبوع وی به دو زبان فارسی و انگلیسی قید شود و همراه با نشانی پستی، شماره تلفن و نشانی الکترونیکی ارسال گردد.
- مجله در ویرایش مقالات آزاد است.
- ارسال و دریافت مقالات صرفاً از طریق سامانه مدیریت نشریات به نشانی <www.razavi.ac.ir> انجام می‌گیرد.
- ارتباط با مدیریت مجله از طریق رایانامه <razaviunmag@gmail.com> امکان‌پذیر است.
- اصول اخلاقی مجله**
- فهرست نام نویسندگان نشان‌دهنده همکاری آن‌ها در تدوین مقاله است و لذا تعیین نام مسئول مقاله و نیز رعایت عدم وجود اسامی غیر مرتبط ضروری است.
- نویسنده مسئول فردی است که در تهیه، آماده‌سازی و ... مقاله، سهم عمده را بر عهده دارد و نیز مسئولیت هر گونه ایراد قانونی و رعایت ضوابط بر عهده وی می‌باشد.
- حقوق نویسندگان و داوران**
- اطلاعات شخصی نویسندگان برای عوامل اجرایی و اعضای تحریریه مجله محرمانه بوده و از آن محافظت می‌شود.
- داوری مقالات توسط داوران، بدون اطلاع از نام نویسندگان انجام می‌گردد.
- نام داوران مقاله، محفوظ است و به هیچ عنوان در اختیار نویسندگان قرار داده نمی‌شود.
- قانون کپی‌رایت**
- مقالات ارسالی نباید کپی‌برداری از آثار چاپ‌شده یا ترجمه آثار باشد و قبلاً در نشریه دیگری چاپ شده یا برای نشریه دیگری به طور همزمان ارسال شده باشد.
- در صورت تخلف نویسندگان، مطابق با ماده ۳ از فصل دوم قانون حمایت از حقوق پدیدآورنده (تأییدشده در وزارت علوم، تحقیقات و فناوری) رفتار خواهد شد.
- همپوشانی مقالات چاپ‌شده نویسنده یا نویسندگان تا ۱۰ درصد قابل قبول است و بیشتر از آن شامل قانون کپی‌رایت می‌گردد.

چالش‌های اثبات دعوی تجاوز جنسی در فرایند کیفری ایران*

- محمود اسپانلو^۱
- ایرج گلدوزیان^۲
- کیومرث کلانتری^۳

چکیده

اثبات همه اجزای رکن مادی تجاوز جنسی، مستلزم ارائه ادله اثبات می‌باشد. بنابراین در این پژوهش، چالش‌های موجود در شیوه ساماندهی ادله اثبات، با استفاده از تجربه‌های قضایی مورد بررسی قرار می‌گیرد. بررسی‌ها نشان می‌دهد که دو دلیل شهادت شهود و اقرار، از دلایل ناکارآمد در اثبات دعوی تجاوز جنسی به شمار می‌روند؛ زیرا قیود فراوانی بر این دو دلیل از سوی قانون‌گذار مقرر شده که بر توان اثباتی آنها تأثیر گذاشته است. لذا در این پژوهش، وضعیت

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۶/۲۵.

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، گروه حقوق، واحد گرگان، دانشگاه آزاد اسلامی، گرگان، ایران (mahmodspanlou@gmail.com).
۲. استاد بازنشسته حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران (miramts@yahoo.com).
۳. استاد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشکده حقوق دانشگاه مازندران، بابلسر (نویسنده مسئول) (kalantar@nit.ac.ir).

اقرارهای ناقص و انکارشده و اقرار نزد سایر کنشگران غیر قاضی محکمه و پیچیدگی‌های حاکم بر شهادت شهود از جمله مشاهده‌ای بودن شهادت و امکان عدول از شهادت در دعوای تجاوز جنسی مورد بررسی قرار گرفته است. اما علم قاضی به لحاظ گستردگی قرائن علم آور، از مهم‌ترین دلایل به شمار می‌رود که مصادیقی از این قرائن با استفاده از تجربه‌های قضایی استخراج شده است؛ هرچند بررسی رویه قضایی نشان می‌دهد که شبهه بر تمام ارکان مادی جرم تجاوز جنسی سایه افکنده و یکی از دلایل عمده نقض رأی در دیوان عالی کشور است که به لحاظ گستردگی استناد به شبهه، حقوق بزه‌دیدگان به شدت در معرض تهدید قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: تجاوز جنسی، علم قاضی، اقرار، شهادت، شبهه، بزه‌دیده.

مقدمه

تجاوز جنسی یا همان زنای به عنف یا اکراه، از جمله جرایم بسیار مهم در تمام نظام‌های حقوقی تلقی می‌شود. در حقوق ایران، تعریف روشنی از تجاوز جنسی به صورت مستقل صورت نگرفته است. قانون‌گذار، مقررات ادله اثبات راجع به زنای رضایتی را در مورد زنای به عنف یا اکراه نیز تسری داده که این امر، موجب ناکارآمدی شدید ادله اثبات دعوای تجاوز جنسی گردیده است. جرم تجاوز جنسی از جمله جرایم علیه کرامت بشری بوده که به لحاظ ضعف در نظام قانون‌گذاری، بسیاری از جنبه‌های آن نادیده گرفته شده است. از حیث مجازات، تجاوز جنسی صرفاً دارای مجازات حدی است و دشواری در اثبات نیز یکی از سیاست‌های اصلی اسلام در حدود بوده و آن را راهکاری در جهت حمایت از متهم و جامعه دانسته‌اند (منیری و وکیل‌زاده، ۱۳۹۶: ۱۴۷).

درست است که ایجاد محدودیت در ادله اثبات حدود، با هدف اصلی شارع که همان عدم اجرای حد می‌باشد، هماهنگ است - زیرا مجازات‌های حدی، بسیار سنگین و شدید بوده و با ایجاد محدودیت در ادله اثباتی باید در اجرای آن سختگیری نمود- درست است که استفاده از حقوق کیفری باید حداقلی باشد تا بتواند کارکردهای متعارف و معقول خود را داشته باشد و نیز درست است که پنهان‌سازی و مخفی داشتن

جرم در قالب سیاست بزه‌پوشی، بر اساس مدارک و ادله موجود در کتاب و سنت، مورد تأکید حقوق‌دانان اسلامی بوده (زارعی محمودآبادی، ۱۳۹۶: ۲۹۴) و به ویژه در جرایم جنسی، اصل بزه‌پوشی یکی از راهبردهای اساسی بوده و سیاست جنایی اسلام بر عدم اثبات حدود بنا شده است، اما موارد فوق، برای زنای رضایتی معتبر است و پذیرش این امر در زنای به عنف یا اکراه، مواجه با توالی فاسد غیر قابل جبران می‌گردد. بررسی رویه قضایی نشان می‌دهد که غالباً ادعای بزه‌دیدگان تجاوز جنسی، منجر به تبرئه متهمان می‌گردد. در چنین نظامی، تحقیق پیرامون علل تبرئه از اهمیت زیادی برخوردار است؛ زیرا بزه‌دیدگان تجاوز جنسی بیش از سایر بزه‌دیدگان از عدم اثبات ادعا آسیب می‌بینند و حتی ممکن است به اتهام زنای رضایتی تعقیب شوند.

در این پژوهش با بررسی پرونده‌های قضایی در دادگاه‌های کیفری یک استان گلستان و بررسی آرای صادره از دیوان عالی کشور، با روش توصیفی - تحلیلی به این مسئله بنیادین پاسخ داده می‌شود که نظام ادله اثبات تجاوز جنسی، از کارایی لازم برای حمایت از بزه‌دیدگان برخوردار نیست و چنین نظامی، ویژه جرایم حق‌الله محض است و نظام ادله از جهات مختلف، موجب چالش‌های قضایی گردیده است. اگرچه در حوزه ادله اثبات تجاوز جنسی، تحقیقاتی صورت گرفته، اما به صورت مستقل، ناکارآمدی ادله در حمایت از بزه‌دیدگان تجاوز جنسی با استفاده از تجربه‌های قضایی، واکاوی نشده است. بنابراین ضمن تبیین چالش‌های موجود، با کمک رویه قضایی، ساختار به کارگیری ادله مورد بررسی قرار گرفته است.

۱. چالش‌های ناظر به اقرار

اقرار، یکی از دلایل مهم در اثبات دعوی کیفری می‌باشد که نقشی بی‌بدیل در ایجاد افتاح قضایی دارد. اما نظام طراحی‌شده در رابطه با اثبات به وسیله اقرار، در جرایم جنسی از کارآمدی لازم برخوردار نیست و موجب چالش‌هایی از حیث اثباتی گردیده است که در تجاوز جنسی به لحاظ وجود بزه‌دیده مستقیم، به شدت به وی در اثبات جرم صدمه می‌زند. قانون‌گذار هیچ تفاوت روشنی در شیوه و ارزش و تعداد و راه‌های بی‌اعتباری اقرار، بین تجاوز جنسی و زنای توأم با رضایت قائل نشده است؛ در حالی که

نمی‌توان پذیرفت شارع مقدس در اثبات قضایای تجاوز جنسی، از همان روش سختگیرانه‌ی مربوط به منافیات عفت در فرض رضایت طرفین پیروی نماید (نوبهار، ۱۳۷۹). بنابراین مهم‌ترین چالش‌ها در قانون و رویه، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۱. اقرارهای ناقص

قانون‌گذار برای اثبات زنا به طور مطلق در بند الف ماده ۱۷۲ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲)،^۱ چهار بار اقرار را لازم و ضروری می‌داند. ملاحظه می‌گردد که در حدود چهار بار اقرار، الزامی بوده و به اقرار کمتر از آن، حد زنا در هیچ نوعی اثبات نمی‌گردد و حد قتل و حد تازیانه، همگی با چهار بار اقرار به اثبات می‌رسد. اقرار کمتر از چهار بار، اثر اثباتی مستقیم در بزه تجاوز جنسی و سایر اقسام زنا ندارد و چنین اقراری، اقرار ناقص تلقی می‌گردد و اثر اثباتی اقرار ناقص در ماده ۲۳۲ قانون مجازات اسلامی^۲ بیان شده است که موجب شلاق تعزیری برای مرتکبان می‌باشد. قرار دادن راه فرار برای مرتکب و خروج عمل از عنوان تجاوز جنسی با عدم اجتماع اقرارها در جرم مهمی مثل تجاوز جنسی، از جمله ارفاقاتی است که مخصوص جرایم فاقد بزه دیده می‌باشد و نمی‌توان آن را به تجاوز جنسی تعمیم داد. اما قانون‌گذار با تسری مقررات، تفکیکی بین زنای رضایتی و تجاوز جنسی قائل نشده است. اگرچه هر اقرار، از استقلال برخوردار بوده و اثر خود را دارد، اما قانون‌گذار، اجتماع اقرارها را موجب اثبات جرم می‌داند و قائل به اثر استقلالی برای غیر چهار اقرار اجتماعی در اثبات تجاوز جنسی نمی‌باشد. بنابراین اگر متهم تا سه بار نزد دادگاه اقرار نماید، اما تحت تأثیر القائات و یا هر علت دیگری، از اقرار آخری امتناع نماید، قاضی باید جهت محکومیت متهم، نسبت به ارزیابی اقرار به همراه سایر قرائن و امارات پردازد و نمی‌تواند جهت اثبات ادعای بزه دیده، به صرف اقرار استناد نماید. بررسی پرونده‌های متعدد نشان

۱. ماده ۱۷۲: «در کلیه جرایم، یکبار اقرار کافی است، مگر در موارد زیر که نصاب آن به شرح زیر است: الف- چهار بار در زنا، لواط، تفخیز و مساحقه؛ ب- دو بار در شرب خمر، قوادی، قذف و سرقت موجب حد».

۲. ماده ۲۳۲: «هر گاه مرد و زنی کمتر از چهار بار اقرار به زنا نمایند، به ۳۱ تا ۷۴ ضربه شلاق تعزیری درجه شش محکوم می‌شود. حکم این ماده در مورد لواط، تفخیز و مساحقه نیز جاری است».

می‌دهد که در بسیاری از موارد که متهم به وقوع جرم اقرار نموده است، از تکمیل اقرار امتناع کرده و این نظام نشان می‌دهد که راه فرار قانونی برای متهمان جهت رهایی از مجازات تعبیه شده است.

۲-۱. اقرار نزد سایر کنشگران غیر قاضی محکمه

طبق تبصره ۲ ماده ۲۱۸ قانون مجازات اسلامی^۱ اقرار نزد قاضی محکمه دارای اعتبار شرعی است و اگر اقرار نزد حاکم نباشد، فاقد اثر اثباتی خواهد بود و از نظر فقهی، اقرار چه در محضر قاضی صورت گیرد یا در غیر آن، معتبر است (مرعشی، ۱۳۶۴: ۹۳۷). برخی با تمسک به قید «عند الإمام» که در برخی روایات آمده است، بر این باورند که در حقوق الله، متهم باید در حضور قاضی اقرار کند و اقرار نزد غیر حاکم را معتبر نمی‌دانند؛ در حالی که اقرار نزد حاکم خصوصیتی ندارد، بلکه چون در زمان صدور روایت، غالباً اقرار نزد امام و قاضی صورت می‌گرفت، در روایات از آن استفاده شده است (مرکز دائرةالمعارف بزرگ اسلامی، بی‌تا: ۳۵۱۷/۹). با این حال در قانون، اعتبار شرعی اقرار، مقید به نزد حاکم شده است.

بررسی رویه محاکم کیفری یک نشان می‌دهد که با وصف ممنوعیت تحقیق توسط قضات دادسرا و ضابطان، بر خلاف قانون از متهمان تحقیق به عمل آمده و متهم نزد غیر قاضی محکمه، اقرار به وقوع جرم به تعداد مورد نظر قانون‌گذار می‌نماید، آیا چنین اقرارهایی معتبر است یا خیر؟ صرف نظر از اینکه حذف مرحله دادسرا و ممنوعیت تحقیق ضابطان در جرم مهمی چون تجاوز جنسی قابل نقد است، اما در وضعیت فعلی که قانون‌گذار، دو قید مهم اقرار نزد قاضی و در محکمه را شرط اعتبار شرعی آن می‌داند، نمی‌توان برای اقرار نزد سایر کنشگران هیچ اثر اثباتی مستقلی قائل شد و اگرچه قانون‌گذار پیرامون بطلان و بی‌اعتباری اقرار نزد سایر کنشگران، مطلبی به میان نیاورده و در مورد اینکه آیا چنین اقراری که بر خلاف قانون و با وصف ممنوعیت اخذ گردیده، اثری در ایجاد علم دارد یا خیر؟ سکوت نموده است. اما قانون‌گذار در موارد فوری، به قاضی غیر صالح در اجرای ماده ۷۸ قانون آیین

۱. تبصره ۲ ماده ۲۱۸: «اقرار در صورتی اعتبار شرعی دارد که نزد قاضی در محکمه انجام گیرد».

دادرسی کیفری ۱۳۹۲^۱ اجازه داده تا حتی در جرایم منافی عفت، اقدامات لازم را جهت جلوگیری از امحای آثار و مخفی شدن متهم انجام دهد. رویه عملی محاکم کیفری یک نشان می‌دهد که قضات دادسرا، اقدامات تأمینی را بسیار موسع تفسیر می‌کنند و اقدام به تحقیق از متهم و اخذ اقرار وی می‌نمایند و دادگاه‌های کیفری یک در موارد زیادی، یکی از مبانی علم خود را اقرار نزد قضات دادسرا قرار می‌دهند و چنین اقرارهایی را به صورت مطلق، بی اعتبار تلقی نمی‌کنند.

۳-۱. خدشه بر اعتبار اقرار با انکار آن

بر خلاف قاعده عمومی، انکار بعد از اقرار در تجاوز جنسی به استناد ماده ۱۷۳ قانون مجازات اسلامی^۲ موجب سقوط مجازات است و این انکار در هر مرحله ولو در حین اجرا همان اثر را دارد و مرتکب به جای حد قتل، به صد ضربه شلاق محکوم می‌شود. اگرچه در فقه، عده‌ای از فقها صرفاً انکار بعد از اقرار در مجازات رجم را موجب سقوط حد رجم می‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۹۲/۴۱؛ محقق حلّی، بی‌تا: ۲۱۴)، اما گروهی از فقها قائل به سقوط حد قتل و رجم در صورت انکار بعد از اقرار می‌باشند (ترابی شهرضایی، ۱۳۹۰: ۷/۱؛ طباطبایی حائری، ۱۴۰۴: ۲۴۹/۲) که قانون مجازات اسلامی در ماده ۱۷۳ قائل به سقوط حد قتل و رجم در صورت انکار بعد از اقرار می‌باشد و بدون توجه به اینکه تجاوز جنسی از جمله جرایمی است که حق‌الله صرف نبوده، بلکه جنبه حق‌الناسی آن غلبه دارد (توجهی و توکل‌پور، ۱۳۹۰) بنابراین بر خلاف رجوع از اقرار در حق‌الله محض که به لحاظ حصول شبهه، ثبوت حد را از بین می‌برد در سایر موارد، رجوع از اقرار نباید به نفوذ و اعتبار اقرار، خللی وارد نماید (مرکز دائرةالمعارف بزرگ اسلامی، بی‌تا: ج ۹)؛ امری که قانون‌گذار آن را نپذیرفته و باعث ناکارآمدی اقرار در تجاوز جنسی

۱. ماده ۷۸: «در مورد جرایم مشهود که رسیدگی به آن‌ها از صلاحیت دادگاه محل خارج است، دادستان مکلف است تمام اقدامات لازم را برای جلوگیری از امحای آثار جرم و فرار و مخفی شدن متهم انجام دهد و هر تحقیقی را که برای کشف جرم لازم بدانند، به عمل آورد و نتیجه اقدامات خود را فوری به مرجع قضایی صالح ارسال کند».

۲. ماده ۱۷۳: «انکار بعد از اقرار موجب سقوط مجازات نیست، به جز اقرار به جرمی که مجازات آن موجب رجم یا حد قتل است که در این صورت در هر مرحله، ولو در حین اجرا، مجازات مزبور ساقط و به جای آن در زنا و لواط، صد ضربه شلاق و در غیر آن، حبس تعزیری درجه پنج ثابت می‌گردد».

گردیده است. دو نکته مهم در رابطه با انکار، قابل توجه است:

نخست: قابلیت انکار اقرار در تجاوز جنسی، بدون توجه به این امر که جرم، دارای بزه دیده خاص بوده، قابل پذیرش نمی‌باشد و به ناکارآمدی نظام اثبات می‌انجامد. اگرچه در زناى رضایتی مثل زناى محصنه که مجازات آن رجم است، پذیرش دیدگاه قانون‌گذار مطلوب است، اما در تجاوز جنسی، این امر آثار نامطلوب اجتماعی و روانی دارد؛ زیرا در صورت انکار، مجازات مرتکب در رابطه با تجاوز احراز نمی‌گردد و شدت مجازات، به قدرت اثباتی ادله خدشه وارد می‌آورد. بنابراین در این فرض، قانون‌گذار قائل به سقوط مجازات اعدام است، ولی معلوم نمی‌شود که آیا عمل مرتکب، همچنان تجاوز جنسی و دارای مجازات شلاق است یا اینکه اساساً تجاوز جنسی ثابت نمی‌گردد؟ زیرا بزه‌دیدگان در خیلی از موارد، نیازمند شنیده شدن صدا و تأیید ادعا از سوی محاکم هستند، اما قانون‌گذار، نظام انکار اقرارها را کاملاً به ابهام برگزار کرده و معلوم نشده است که با انکار مقصر، زنا متفی می‌گردد یا اینکه زنا به قوت خود باقی است؟

دوم: توسعه انکار اقرار به بعد از صدور حکم تا زمان اجرا، فرصت استناد به علم قاضی را سلب می‌کند؛ زیرا انکار اقرار، موضوعیت داشته و به قاضی تحمیل می‌شود و قاضی، حق ارزیابی آن را ندارد و باید به اثر انکار که تبدیل مجازات اعدام به شلاق است، پایبند باشد و هیچ تناسبی بین مجازات و جرم ارتكایی وجود ندارد و اگرچه سقوط مجازات اعدام در هر حال مطلوب است، اما نظام تعزیری متناسبی برای بزه تجاوز جنسی تدارک دیده نشده و اگر بزه‌دیده، اعدام متجاوز را نخواهد، با اثبات جرم، مجازات بر بزه‌دیده و بزه‌کار تحمیل می‌شود. لذا در چنین نظامی بدون نظر به نوع مجازات، نظام ادله به شدت ضد بزه‌دیده است و موجب تزلزل احکام دادگاه‌ها می‌گردد. دو نمونه از احکام دادگاه که پس از انکار اقرار صادر شده است، نشان می‌دهد که برداشت محاکم از انکار اقرار می‌تواند به اختلاف برداشت در محاکم منجر شود.

۱-۳-۱. دیدگاه مبتنی بر قابلیت ارزیابی مجدد اقرارهای انکارشده

در دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۱۷۱۱۵۰۱۵۸ تاریخ ۱۳۹۶/۰۵/۱۷ شعبه اول دادگاه

کیفری یک استان گلستان که عیناً در شعبه ۴۱ دیوان عالی کشور تأیید شده، صراحتاً اقرار بر انکار شده مجدداً به عنوان قرینه، از سوی دادگاه مورد ارزیابی قرار گرفته است. در قسمتی از رأی صادره آمده است:

«... بدو امر در تحقیقات این مرجع به شرح صفحات ۳۶۷ و ۳۶۸، متهم به ارتکاب زنا به عنف در حد دخول اقرار می‌کند. فلذا با توجه به انکار بعدی ایشان در جلسه رسیدگی و با توجه به قرائن و امارات قویه بر ارتکاب بزه زنا به عنف از سوی ایشان، دادگاه به استناد ماده ۲۱۱ و تبصره ذیل آن از قانون مجازات اسلامی آنچه که افاده علم می‌کند به شرح ذیل شمارش می‌نماید... متهم در تحقیقات اولیه نزد هیئت دادرسان همین دادگاه با ذکر جزئیات، اقرار به زنا به عنف نسبت به شاکیه در حد دخول نموده و انکار بعدی ایشان ناشی از آموزش‌های داخل بند زندان است... علی‌ای حال، موارد فوق‌الذکر همگی مفید علم برای دادگاه بوده، ضمن احراز بزهکاری، حکم اعدام متهم صادر می‌گردد...».

بنابراین در دادنامه موصوف، با وصف انکار اقرار از سوی متهم، دادگاه همان اقرارها را با قرائن دیگر معتبر دانسته و اقرار از قرائن موجب علم شمارش شده و دیوان عالی کشور نیز این استدلال را پذیرفته است. لذا انکار در مرحله دادرسی، فرصت ارزیابی مجدد اقرار را به قاضی می‌دهد و حتی قاضی، ماهیت انکار را ارزیابی و آن را القایی و ناشی از آموزش‌های زندان دانسته و در حد قرینه، به اقرار انکار شده اعتبار داده و نکته مهم اینکه دادگاه در مقام اعتباردهی به اقرار، به منشأ عدول از اقرار توجه نموده است.

نکته دیگر اینکه اگر برای دادگاه، علم حاصل شود که اقرار، صحیح بوده و انکار، بی‌وجه است، آیا می‌تواند به انکار بی‌توجه باشد یا خیر؟ قانون‌گذار در حد قتل، توجهی به صحت یا عدم صحت اقرار انکار شده ندارد و مطلقاً انکار را موجب سقوط حد قتل می‌داند (مرتضوی، ۱۳۸۰: ۲۴/۱) و ظاهراً به دادگاه، حق ارزیابی صحت انکار اعطا نشده است و صرف انکار، آن را از شمول دلایل شرعی معتبر مستقل، خارج می‌نماید و ارزش آن در حد قرائن و امارات تنزل می‌یابد که می‌تواند در علم قاضی مؤثر باشد. در فقه مالکی، بین رجوع از اقرار به لحاظ حصول شبهه، و رجوع از اقرار بدون حصول شبهه، تفکیک قائل شده‌اند و در صورت دوم، انکار اقرار، مورد قبول

واقع نمی‌شود. لذا در فرض انکار اقرار، قاضی حق ارزیابی انکار را دارد؛ اما در فقه شیعه و سایر مذاهب اسلامی، متعرض این موضوع نشده‌اند (جزیری، ۱۴۱۰: ۸۰/۵).

۱-۳-۲. دیدگاه مبتنی بر عدم قابلیت ارزیابی مجدد اقراریر انکارشده

با توجه به ابهام در مفهوم اقرار انکارشده و عدم قید دقیق حدود و ثغور آن، برخی معتقدند که توسل دادگاه به اقرار انکارشده و تأثیر آن در علم قاضی، مخالف قانون می‌باشد. در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۱۰۵۰۰۸۸۸ تاریخ ۱۳/۱۲/۱۳۹۱ شعبه ۳۲ دیوان عالی کشور، پیرامون اثر انکار بعد از اقرار آمده است:

(با توجه به اینکه طبق ماده ۷۱ قانون مجازات اسلامی در زناى مستوجب قتل، انکار بعد از اقرار، موجب سقوط حد می‌باشد، سه نفر از متهمان بعد از چهار بار اقرار نزد هیئت محترم دادرسان، زناى به عنف را انکار کرده‌اند، توسل دادگاه به علم که اساس آن، همان اقراریر متهمان است با قاعده درء و احتیاط در دماء سازگاری ندارد، فلذا دادنامه تجدیدنظر خواسته از حیث محکومیت به اعدام نقض ...).^۱

چند نکته بنیادی در رأی صادره وجود دارد که نیازمند بررسی است:

نخست: دادگاه به مطلب صحیحی اشاره می‌کند که توسل به اقرارهای انکارشده و صدور حکم بر اساس همان اقرارها صحیح نمی‌باشد و الا اگر همان اقرارها، منشأ استناد به علم باشد، موضوع انکار اقرار کاملاً بی‌اعتبار می‌گردد. ولی انکار اقرار به نحو مطلق، موجب بی‌اعتباری کامل آن نمی‌گردد، بلکه قدرت اثباتی مستقل خود را از دست می‌دهد و به عنوان قرینه باید به دلایل دیگر منضم شود.

دوم: قانون‌گذار فرصت انکار را تا قبل از اجرای رأی توسعه داده و این توسعه موجب می‌گردد یک نظام ناکارآمد و ترجیحی اثباتی ایجاد شود؛ زیرا اگر انکار در زمانی صورت گیرد که دادگاه در مرحله دادرسی است، این فرصت را دارد تا از اقراریر انکارشده در کنار قرائن و امارات دیگر جهت استناد به علم استفاده نماید، اما اگر این انکار، بعد از صدور حکم صورت گیرد، دادگاه فرصت استفاده از علم را ندارد و تکلیف دارد تا مجازات اعدام را تبدیل به شلاق نماید و این ترجیح، راهی برای فرار

۱. وبگاه پژوهشگاه قوه قضائیه به نشانی:

<<http://j.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=S3o1T2pPSU93TTg9>>

متهمان از مجازات قانونی باز می‌کند، بدون اینکه به حقوق بزه‌دیده توجه نماید. لذا اگر انکار اقرار، موجب خنثی شدن کامل اقرار نمی‌گردد، باید قانون‌گذار فرصت رسیدگی مجدد را در چنین مواردی به دادگاه اعطا نماید. همان‌طور که فقها به اقرار یا شهادت، کمتر از نصاب قانونی اعتبار داده‌اند و آن را در علم قاضی مؤثر می‌دانند (فاضل‌موحدی لنگرانی، ۱۳۸۳: ۱۶۳/۱)، باید معتقد به اعتبار اقرارِ انکارشده در علم قاضی شد؛ زیرا علم قاضی، منحصر به روش معینی نشده است (شکری و سیروس، ۱۳۸۸).

سوم: صرف احتیاط در دماء و یا قاعده درء نمی‌تواند دلیلی بر عدم استناد به علم قاضی در اقرار انکارشده باشد. اگرچه اقرارهای انکارشده، مانع استناد مستقیم به آن است، اما این به معنای آن نیست که با انکار اقرار، حد مستقیماً ساقط می‌شود و اگرچه انکار بعد از اقرار، بعد از صدور حکم قطعی چنین اثری را دارد، ولی این قاعده استثنا بوده و باید از سوی قانون‌گذار اصلاح شود؛ زیرا اثر مستقیم انکار، نباید سقوط حد قتل باشد، بلکه اثر انکار اقرار، مانع اعتبار آن به عنوان دلیل شرعی می‌گردد و این، موضوعی است که مورد غفلت قانون‌گذار قرار گرفته است.

۴-۱. ادعای شکنجه، عاملی برای خدشه بر اقرار

قاعده این است که در جهت اعتباردهی به ممنوعیت مطلق شکنجه در حدود، ادعای تهدید و ارباب و شکنجه موجب اقرار، بدون نیاز به بینه و سوگند مورد پذیرش قرار می‌گیرد. بنابراین به صرف ادعا، اقرار اعتبار خود را از دست می‌دهد؛ اما در جرم تجاوز جنسی، قانون‌گذار در تبصره ۱ ماده ۲۱۸ قانون مجازات اسلامی،^۱ از قاعده عدول کرده و نظام مبهم «تکلیف به بررسی و تحقیق» را وضع نموده است. قاعده‌تاً ادعای اخذ اقرار تحت شکنجه، به منزله انکار اقرار می‌باشد که اثر آن در قسمت قبلی توضیح داده شد. با این حال، قانون از قاعده پذیرش ادعا و سقوط مجازات عدول کرده و قاعده موصوف را وضع نموده است که یک نظام مبهم می‌باشد و معلوم نشده در صورتی که پس از بررسی و تحقیق، صحت یا عدم صحت ادعا بر دادگاه معلوم نشد،

۱. تبصره ۱ ماده ۲۱۸: «در جرایم محاربه و افساد فی الارض و جرایم منافی عفت با عنف، اکراه، ربایش یا اغفال، صرف ادعاء، مسقط حد نیست و دادگاه موظف به بررسی و تحقیق است».

تکلیف قاضی چیست؟ و یا اگر ادعای شکنجه را مساوی انکار اقرار تلقی نمایم، آیا اساساً نیازی به بررسی و تحقیق هست یا اینکه اقرار، اعتبار خود را از دست می‌دهد؟ و آیا اساساً نظام «تکلیف به بررسی و تحقیق» از موجبات معکوس شدن بار اثبات می‌باشد و اثبات از عهده متهم برداشته می‌شود یا اینکه همچنان متهم باید دلایل اثباتی بر شکنجه را ارائه نماید؟ (رحمدل، ۱۳۸۷: ۵۴) و معکوس شدن بار اثبات دلیل، یک قاعده استثنایی است (موحدی، ۱۳۹۳: ۱۶۷) که در این مورد، قانون‌گذار آن را به روشنی تبیین نکرده است و به نظر می‌رسد که الزام به اقرار بر اثر هر گونه فشار و اجبار فیزیکی و روانی به متهم، مغایر با قاعده «البینه علی المدعی» می‌باشد. لذا چنانچه متهم، ادعای شکنجه نماید، باید مانند اقرار، از موجبات پذیرش بدون نیاز به بینه و سوگند تلقی شود تا بین دو نظام، تعارض ایجاد نگردد (آقای جنت‌مکان، ۱۳۹۶: ۲۵۰). به نظر می‌رسد نظام پیش‌بینی شده، یک نظام لغو و بیهوده است؛ زیرا اقرار، قابلیت عدول دارد و به محض عدول، ارزش اثباتی خود را از دست می‌دهد، لذا ادعای شکنجه و تهدید و ارباب که نتیجه آن بررسی و تحقیق است، در مقابل انکار اقرار که مستقیماً باعث بی‌اعتباری اقرار می‌گردد، رنگ می‌بازد. بنابراین نظام ادله اثباتی اقرار نمی‌تواند یک دلیل کارآمد در جهت کمک به بزه‌دیده تلقی شود.

۲. چالش‌های ناظر به شهادت شهود

طبق ماده ۱۶۱ قانون مجازات اسلامی،^۱ شهادت شهود، از ادله شرعی اثبات ادعای کیفری بوده است که در نظر شارع موضوعیت داشته و با وجود شرایط، قاضی باید به استناد آن رأی صادر کند. قانون‌گذار در مواد ۱۷۵ و ۱۷۶ قانون مجازات اسلامی^۲ دو نوع شهادت را شناسایی کرده است. گاهی شهادت، شرعی است؛ به این معنا که:

۱. ماده ۱۶۱: «در مواردی که دعوی کیفری با ادله شرعی از قبیل اقرار و شهادت که موضوعیت دارد، اثبات می‌شود، قاضی به استناد آن‌ها رأی صادر می‌کند، مگر اینکه علم به خلاف آن داشته باشد».
 ۲. ماده ۱۷۵: «شهادت شرعی آن است که شارع آن را معتبر و دارای حجیت دانسته است؛ اعم از آنکه مفید علم باشد یا نباشد».
- ماده ۱۷۶: «در صورتی که شاهد، واجد شرایط شهادت شرعی نباشد، اظهارات او استماع می‌شود. تشخیص میزان تأثیر و ارزش این اظهارات در علم قاضی در حدود اماره قضایی با دادگاه است».

«شارع، آن را معتبر و دارای حجیت دانسته؛ اعم از اینکه مفید علم باشد یا نباشد» و گاهی شهادت، فاقد شرایط شهادت شرعی است که در مورد اخیر، شهادت غیر شرعی نیز قابل استماع بوده، اما تشخیص ارزش آن در علم قاضی، با دادگاه می‌باشد. بنابراین در شهادت شرعی که موضوعیت دارد، نیازی به حصول علم برای قاضی در اثر شهادت نیست و در صورت وجود شرایط، شهادت به قاضی تحمیل می‌گردد، اگرچه موجب علم او نگردد. اما اگر علم بر خلاف شهادت برای قاضی ایجاد شد، طبق ماده ۱۶۱ قانون مجازات اسلامی، شهادت ارزش اثباتی تحمیلی خود را از دست می‌دهد.

قانون‌گذار برای شهادت در زنا به صورت مطلق، نصاب چهار شاهد مرد و یا شهادت سه مرد و دو زن عادل را پیش‌بینی کرده است و با غیر نصاب مذکور، حد قتل با شهادت اثبات نمی‌گردد. لذا در شهادت شهود، محدودیت کمی پیش‌بینی شده است و لزوماً باید این کمیت، برای اثبات جرم تجاوز جنسی فراهم گردد. ممکن است سنگینی وزنه شاهد، به این خاطر باشد که حیثیت افراد به سادگی با سوءظن یا بدون سوءظن جریحه‌دار نشود. اسلام در این زمینه سختگیری کرده تا حافظ اعراض مردم باشد (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۱۴/۳۷۳). نظام حاکم بر شهادت به قدری پیچیده است که گویی قانون‌گذار اساساً علاقه‌ای به اثبات جرم تجاوز جنسی با شهادت ندارد. نظام اداره دلیل موصوف، موجب ناکارآمدی این دلیل شده است که به اختصار به آن اشاره می‌شود.

۱-۲. متزلزل بودن شهادت در اثبات ادعا

قانون‌گذار قابلیت رجوع از شهادت را در ماده ۱۹۸ قانون مجازات اسلامی^۱ پیش‌بینی کرده است. لذا شاهدی که دارای شرایط شرعی است، قبل از اجرای مجازات، حق رجوع از شهادت را دارد که در این صورت، شهادت اعتبارش را از دست می‌دهد. بنابراین قانون‌گذار امکان رجوع از شهادت را بسیار توسعه داده است و بدون اینکه در مورد واقعی یا غیر واقعی بودن شهادت متعرض شود و یا تفکیکی بین حق‌الله و حق‌الناس یا حق مشترک قائل شود، به نحو مطلق، رجوع از شهادت را باعث

۱. ماده ۱۹۸: «رجوع از شهادت شرعی قبل از اجرای مجازات، موجب سلب اعتبار شهادت می‌شود و اعاده شهادت پس از رجوع از آن، مسموع نیست».

بی‌اعتباری شهادت می‌داند (سبحانی، ۱۳۸۹). ایجاد تزلزل در اعتبار شهادت و اعلام آن در قانون، موجب می‌گردد که همیشه شهود، تحت فشار متهم باشند و نکته قابل توجه، تحمیل رجوع از شهادت بر قاضی است. بنابراین به محض اینکه شاهد از شهادتش عدول نماید، قاضی مکلف است اعلامات شهود را بی‌اعتبار نماید؛ امری که موجب نادیده گرفتن حقوق بزه‌دیده و ایجاد تزلزل در دادرسی می‌گردد. اگرچه در جرایم حق‌الله محض، این موضوع مطلوب است، ولی توسعه آن به جرایم مهم و دارای شاکی، آثار نامطلوبی دارد.

۲-۲. انحصار شهادت به شهادت مشاهده‌ای

شهادت در زنا طبق تصریح ماده ۲۰۰ قانون مجازات اسلامی^۱ باید شهادت مشاهده‌ای باشد و دیدن، شرط اصلی شهادت در زنا می‌باشد. لذا شهادت به شهادت، شنیدن یا دیدن از طریق وسایل ارتباطی و الکترونیکی، هیچ اعتباری ندارد و مشاهده حضوری، شرط اصلی شهادت محسوب می‌شود؛ زیرا شهادتی که بی‌واسطه و به وسیله مشاهده ادا شود از درجه اعتبار بیشتری برخوردار است (رحمدل، ۱۳۹۴: ۲۵۹/۳). با توجه به اینکه فقه همواره افراد را از تجسس در امور دیگران نهی کرده و این امر گناه شمرده شده و بالاتر از همه، نگاه به فرج و آلت تناسلی دیگران از مسلم‌ترین گناهان است، بنابراین حصول شرط شهادت مشاهده‌ای، بسیار نادر است (کدخدایی، ۱۳۹۰: ۸). لذا قانون‌گذار صرفاً احراز رکن دخول را منحصر به شهادت مشاهده‌ای نموده است و در رابطه با سایر ارکان، به نظر می‌رسد نیازی به شهادت مشاهده‌ای نباشد؛ ارکانی چون عدم رضایت یا ربودن زن و یا اغفال و فریب زن و یا وجود و یا عدم وجود رکن زوجیت، از جمله مسائلی است که از شمول ماده ۲۰۰ قانون مجازات اسلامی خارج است، ولی در رویه قضایی، این تفکیک کمتر مورد توجه قرار می‌گیرد. با فرض قانون‌گذار، احراز رکن دخول که شرط اصلی و اساسی اثبات تجاوز جنسی می‌باشد، به صورت اجتماع چهار شاهد، غیر ممکن است و در بررسی رویه قضایی، موردی از

۱. ماده ۲۰۰: «در خصوص شهادت بر زنا یا لواط، شاهد باید حضوری، عملی که زنا یا لواط با آن محقق می‌شود، دیده باشد و هر گاه شهادت مستند به مشاهده نباشد و همچنین در صورتی که شهود به عدد لازم نرسد، شهادت در خصوص زنا یا لواط، قذف محسوب می‌شود و موجب حد است.»

احراز رکن دخول با شهادت شهود مشاهده نشد و دادگاه‌ها برای احراز رکن دخول، از نظریه پزشکی قانونی و اقرار متهم استفاده می‌نمایند و یا در موارد متعدد، ملاحظه شده است که دادگاه‌ها در فرض محرز شدن دخول به زن، از شهادت برای احراز ارتباط مرتکب با زن استفاده می‌کنند.

۲-۳. تهدید شهود به عنوان قاعده در شهادت

همان گونه که بیان شد، نصاب شهادت در قانون و شرع تصریح شده است و اگر در زنا و لواط، شهود به عدد لازم از حیث کمی نرسد، دادگاه شهود را به حد قذف محکوم می‌نماید. بنابراین در تجاوز جنسی، این محدودیت موجب می‌گردد که شهود از ادای شهادت ترس داشته باشند. قانون‌گذار تنها به این اعلام اکتفا نکرده، بلکه در تبصره ۲ ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری^۱ قاضی را مکلف نموده است که عواقب شهادت فاقد شرایط قانونی را به شاهدان تذکر دهد و این یک تکلیف الزامی برای قاضی است و در بزه تجاوز جنسی نیز این الزام برای قاضی وجود دارد. عمل به این تکلیف موجب می‌گردد که افراد از ادای شهادت امتناع نمایند؛ در حالی که شهادت، یک تکلیف اجتماعی در جهت کمک به ناتوانان از اثبات می‌باشد. اما قانون‌گذار به حقوق زنان بزه‌دیده بی‌توجه بوده و مصالح کم‌اهمیت را موجبی برای سختگیری در پذیرش شهادت قرار داده است. به نظر می‌رسد ترساندن شهود، در اجرای سیاست بزه‌پوشی بوده و باید منحصر به حق‌الله محض باشد و در بزه تجاوز جنسی، قابلیت اجرا ندارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۲۹/۲)؛ همان گونه که قاضی در تبصره ۱ ماده ۱۰۲ آیین دادرسی کیفری^۲ بر خلاف سایر جرایم جنسی، از توصیه به عدم اقرار در تجاوز جنسی منع شده است که سیاستی درست به شمار می‌رود.

بررسی پرونده‌های قضایی نشان می‌دهد که در هیچ یک از پرونده‌ها، شهادت نتوانسته است به عنوان یک دلیل کارآمد، به بزه‌دیده کمک نماید و پیچیدگی شهادت در کنار مرکب بودن ارکان تجاوز جنسی موجب می‌گردد که دادگاه‌ها نتوانند از این

۱. تبصره ۲ ماده ۱۰۲: «قاضی مکلف است عواقب شهادت فاقد شرایط قانونی را به شاهدان تذکر دهد».
 ۲. تبصره ۱ ماده ۱۰۲: «در جرایم منافی عفت، هر گاه شاکی وجود نداشته باشد و متهم بدو قصد اقرار داشته باشد، قاضی وی را توصیه به پوشاندن جرم و عدم اقرار می‌کند».

دلیل به نحو مؤثری بهره‌برداری نمایند. نکته مهمی که در دادگاه‌ها کمتر مورد توجه قرار می‌گیرد، محدوده ضمانت اجرای مقرر در ماده ۲۰۰ قانون مجازات اسلامی می‌باشد. این ضمانت اجرا صرفاً در ارتباط با احراز رکن دخول می‌باشد و چنانچه شهادت در رابطه با احراز سایر ارکان تجاوز جنسی باشد، به نظر می‌رسد حد قذف بر مرتکب ثابت نمی‌گردد و یا الزام به نصاب چهار شاهد نیز در احراز رکن دخول می‌باشد، اگرچه رویه مشخصی در رسیدگی‌های قضایی به دست نیامد، ولی محاکم بعضاً ماده موصوف را به صورت مطلق تفسیر می‌نمایند.

۳. چالش‌های ناظر به علم قاضی

علم قاضی به عنوان یکی از منابع ادله اثبات دعوی در حقوق اسلام، از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است و از حیث ماهوی، تلفیقی از نظام دلایل قانونی و معنوی مبتنی بر خصوصیات و ویژگی‌های حقوق اسلام است (مؤذن‌زادگان، ۱۳۷۹: ۲۱۱). اکثر فقها، قائل به اعتبار علم قاضی جهت اثبات جرایم می‌باشند (موسوی، ۱۴۱۵: ۴۸۶). قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی، پیرامون حجیت علم قاضی اختلاف وجود داشت (کلاتری، ۱۳۸۸: ۳۱۴).

در مورد حجیت اقرار و شهادت بین اقسام زنا، هیچ تفاوتی وجود ندارد و اقرار و شهادت برای اثبات مطلق زنا دارای اعتبار است. اما دیدگاه‌ها در مورد حجیت علم قاضی بین زنا و تجاوز به عنف متفاوت بود که با تصویب قانون مجازات، این اختلافات پایان یافت (خورسندیان، ۱۳۸۳: ۶۳).

قانون‌گذار در ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی^۱ به تبعیت از مشهور فقها، علم قاضی را به طور مطلق دارای حجیت می‌داند و حتی در ماده ۲۱۲ قانون موصوف^۲ در

۱. ماده ۲۱۱: «علم قاضی عبارت از یقین حاصل از مستندات بین در امری است که نزد وی مطرح می‌شود. در مواردی که مستند حکم، علم قاضی است، وی موظف است قرائن و امارات بین مستند علم خود را به طور صریح در حکم قید کند».

۲. ماده ۲۱۲: «در صورتی که علم قاضی با ادله قانونی دیگر در تعارض باشد، اگر علم، بین باقی بماند، آن ادله برای قاضی معتبر نیست و قاضی با ذکر مستندات علم خود و جهات رد ادله دیگر، رأی صادر می‌کند. چنانچه برای قاضی علم حاصل نشود، ادله قانونی معتبر است و بر اساس آن‌ها رأی صادر می‌شود».

تعارض بین علم قاضی و ادله قانونی دیگر، در صورت بقای علم بین، ادله غیر علم را معتبر نمی‌داند. ولی اگر علم حاصل نشود و یا علم بین از بین برود، ادله قانونی که موضوعیت دارد، اعتبار خود را حفظ می‌کند؛ زیرا ادله قانونی موضوعیت داشته و نیازی به حصول علم حاصل از ادله قانونی نیست و مفاد مواد ۱۶۱، ۱۷۱ و ۱۷۵ قانون موصوف هم این نظر را تأیید می‌کند (امیدی، جوانمردی صاحب و مرادپور، ۱۳۹۸: ۷۹). چون در تجاوز جنسی، منع تجسس و بزه‌پوشی حاکم نبوده و از اطلاق ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری^۱ مستثنا شده و غلبه با حیثیت خصوصی جرم است، لذا تردیدی در عمل به علم قاضی حتی اگر با تجسس و تحقیق حاصل شده باشد، در بزه تجاوز جنسی وجود ندارد (حسینی، ۱۳۸۳: ۱۸۷). بنابراین علم قاضی در رویه قضایی، به عنوان یک دلیل مؤثر در اثبات دعوی تجاوز جنسی تلقی می‌شود که حتی نقص دلایل دیگر را هم پوشش می‌دهد.

علم قاضی بر اساس نظام دلایل معنوی پایه‌گذاری شده است که مبنای آن، اقتناع وجدان قاضی و ظهور ملکه نفسانی، علم و قطع برای قاضی می‌باشد (استفانی، لواسور و بولوک، ۱۳۷۷: ۳۶/۱). در این نظام بر خلاف نظام دلایل قانونی، قاضی می‌تواند از کلیه وسایل و قرائن مشروع قانونی برای رسیدن به علم استفاده نماید و هیچ دلیلی بر قاضی تحمیل نمی‌شود (کلدوزیان، ۱۳۹۸). دادگاه در چنین نظامی، مجبور به محکوم کردن متهم به علت وجود دلیل یا تجمیع دلایل خاصی نیست؛ بلکه اقتناع وجدان دادرسی از طرق متعارف، مبنای تصمیم‌گیری می‌باشد (آشوری، ۱۳۹۸: ج ۲).

با توجه به گستردگی استفاده از علم قاضی در آرای قضایی، شناسایی مواردی که در دادگاه‌ها به عنوان مبادی علم به آن‌ها استناد می‌کنند، بسیار اهمیت دارد؛ زیرا شناخت این قرائن علم‌آور می‌تواند به بزه‌دیدگان تجاوز جنسی و دست‌اندرکاران عدالت کیفری در جهت اثبات تجاوز جنسی، کمک مؤثری نماید که در ادامه، به بررسی

۱. ماده ۱۰۲: «انجام هر گونه تعقیب و تحقیق در جرایم منافی عفت ممنوع است و پرسش از هیچ فردی در این خصوص مجاز نیست، مگر در مواردی که جرم در مرئی و منظر عام واقع شده و یا دارای شاکی یا به عنف یا سازمان‌یافته باشد که در این صورت، تعقیب و تحقیق فقط در محدوده شکایت و یا اوضاع و احوال مشهود توسط مقام قضایی انجام می‌شود».

برخی از قرائن با استفاده از تجربه‌های قضایی پرداخته می‌شود.

۳-۱. شیوه اثرگذاری آزمایش DNA در علم قاضی

اگرچه نتیجه آزمایش DNA یکی از قرائن مهم در تجاوزات جنسی بوده و می‌تواند به عنوان یک مستند قوی مورد استفاده قرار گیرد، اما آزمایش DNA به عنوان یک دلیل مستقل، مورد پذیرش واقع نشده است، بلکه به عنوان یک اماره می‌تواند موجب علم قاضی جهت احراز تجاوز جنسی گردد.

دیوان عالی کشور در آرای مختلف، صرف آزمایش DNA و مثبت بودن آن را دلیل تحقق زنا ندانسته و در رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۱۰۰۰۸۵۳ تاریخ ۱۳۹۳/۱۱/۲۷ شعبه ۲۷ دیوان عالی کشور آمده است:

«... در خصوص محکومیت آقای ع. اولاً؛ در رابطه با انتساب جرم زنا با توجه به انکار متهم و عدم کفایت صرف آزمایش DNA بر تحقق زنا، مستند کافی برای علم ذکر نشده، لذا دادنامه مخدوش است...».

و یا در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۷۶۰۰۰۹۴ تاریخ ۱۳۹۳/۳/۲۵ شعبه ۱۶ دیوان عالی کشور آمده است:

«... با عنایت به مندرجات پرونده و تحقیقات انجام شده و گزارش‌های پیوست و نحوه شکایت شاکی و اظهارات وی در مرحله تحقیقات مقدماتی و جلسه دادرسی و مدافعات متهم و انکار بزه در جمیع مراحل و از اینکه اکثریت اعضای دادگاه از طریق علم، اتهام زنا را محرز دانسته‌اند و به مجازات متهم اظهار نظر و آنان را محکوم نموده‌اند و مستند علم آن‌ها جزء شکایت شاکی و نتیجه آزمایش DNA می‌باشد که این دو مورد، موجب حصول علم نوعی و متعارف نمی‌باشد»^۱.

در موارد متعدد، محاکم ارائه گواهی پزشکی قانونی را دال بر توجه اتهام بر متهم نمی‌دانند؛ اما در مورد آزمایش DNA با توجه به اینکه مایعات مکشوفه از محل حادثه و یا البسه شاکیه و یا در واژن و مقعد زن یافت می‌شود، بنابراین انتساب آن به شخص خاص، قرینه‌ای قوی بر وقوع عمل توسط متهم است؛ بالاخص در مواردی که مایع منی

۱. وبگاه پژوهشگاه قوه قضاییه به نشانی:

<<http://j.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=eWtZWUdiRIFbE09>>.

از واژن یا مقعد زن کشف گردد، می‌تواند قرینه بر وقوع عنصر دخول گردد. بنابراین آزمایش DNA می‌تواند به عنوان یکی از قرائن قوی بر انتساب تجاوز جنسی و حتی اثبات کننده عنصر دخول گردد (توفیقی و همکاران، ۱۳۷۹).^۱ اگرچه دیوان عالی کشور در موارد متعدد، صرف آزمایش DNA را اثبات کننده زنا نمی‌داند، اما اگر DNA همراه با قرائن دیگر باشد، می‌تواند موجب علم متعارف برای دادگاه گردد (علی‌محمدی، ۱۳۹۲: ۱۳۶). فقها نیز نظریه پزشکی را به تنهایی، مثبت زنا ندانسته، ولی آن را وسیله‌ای برای حصول علم تلقی کرده‌اند (نرم‌افزار گنجینه استفتانات قضایی، بی‌تا: سؤال‌های ۴۲۲۴ و ۲۵۸۳).

بررسی پرونده‌های قضایی نشان می‌دهد که در اکثر پرونده‌های تجاوزات جنسی، دادگاه‌ها دستور جمع‌آوری مایعات باقی‌مانده در صحنه جرم و یا مقعد و واژن زن را به پزشکی قانونی می‌دهند و در صورت بهره‌برداری صحیح، این ادله می‌تواند بزه‌دیدگان را در اثبات ادعا کمک نمایند؛ زیرا نتایج آزمایش‌های پزشکی، نوعاً علم‌آور می‌باشند.

۲-۳. اثر برداری از صدمات

وجود صدمات در ناحیه اندام تناسلی زن و یا بدن شاکی، از دلایل مؤثر در اثبات تجاوز جنسی محسوب می‌شود. بررسی پرونده‌های قضایی نشان می‌دهد که در تمام موارد ادعای تجاوز، قضات دادگاه دستور معاینه بدنی شاکی را به پزشکی قانونی جهت احراز اینکه آیا آثار دخول وجود دارد یا خیر، می‌دهند و همچنین آثار مقاومت در بدن متهم و شاکی از جمله مواردی است که جهت احراز عنصر عنف بسیار اهمیت دارد. بررسی دادنامه شماره ۹۶۰۰۰۴۲۲ صادره از شعبه دوم دادگاه کیفری یک استان گلستان که در شعبه ۳۹ دیوان عالی کشور تأیید شده است، نشان می‌دهد که دادگاه صراحتاً عنصر دخول در دُبر را به استناد نظریه پزشکی قانونی ثابت دانسته و با دلایل دیگر، انتساب دخول به فعل متهم را مسلم دانسته است. در قسمتی از رأی دادگاه آمده است:

۱. میزان اطمینان بخشی آزمایش DNA کاملاً قطعی است؛ هر چند در هر روشی ممکن است خطای انسانی وجود داشته باشد. ولی اگر این روش به درستی انجام شود و خطایی در آن رخ ندهد، تقریباً ۱۰۰٪ قابل اعتماد و استناد است. این موضوع مثل اثر انگشت است و احتمال اینکه اثر انگشت دو نفر مثل هم باشد، یک در ۶۴ میلیارد است، ولی صفر نیست. احتمال وقوع اشتباه در این آزمایش، نزدیک به صفر است.

«... به موجب نظریه پزشکی قانونی موجود در برگ ۵۸ پرونده، دخول جسم سخت در ۲۴ ساعت گذشته در ناحیه دُبُرِ فاطمه مسلم است...».

یا در پرونده کلاسه ۹۶۰۰۵۰ شعبه دوم دادگاه کیفری یک استان گلستان، دادگاه وجود نظریه پزشکی قانونی مبنی بر وجود صدمه در بدن شاکیه را از علایم اعمال خشونت و عنف فیزیکی و قرینه‌ای بر احراز رکن عنف دانسته است. در قسمتی از رأی دادگاه آمده است:

«... پزشکی قانونی در نظریه موجود در برگ ۱۹ پرونده، صراحتاً وجود کبودی در ساعد و مچ دست چپ و کندگی موها را که از علایم اعمال زور است، تأیید نموده که با اظهارات اولیه زن کاملاً منطبق است. لذا تسلیم زن بر اثر فعل مادی، تهدید و اعمال فشار مادی بوده است...».

بنابراین نظریه پزشکی قانونی، از قرائن قطعی علم‌آور در احراز رکن دخول و عنف و اکراه تلقی می‌شود که البته در موارد متعدد، دیوان عالی کشور به استناد شبیهه، حد را دفع نموده است که به آن پرداخته می‌شود.

۳-۳. شگرد متهمان و سوابق کیفری

اگرچه سوابق کیفری مستقلاً هیچ ارزش اثباتی نداشته و مرتکب در پناه اصل برائت می‌باشد، اما سوابق متهم، از قرائنی است که در آرای مختلف، محاکم به آن توجه می‌کنند و ملاحظه پرونده‌های تجاوز جنسی نشان می‌دهد که دادگاه‌ها در تمام موارد، به وضعیت اخلاقی سابق متهم توجه جدی دارند و فساد اخلاقی متهم، یکی از قرائن حصول علم تلقی شده است. در دادنامه شماره ۶۰۰۴۶۸ شعبه ۷۹ دادگاه کیفری استان تهران، شاکیه به اتهام زنای به عنف، شکایت کیفری نموده که دادگاه پس از رسیدگی، با استناد به علم، حکم به حد قتل داده است (شفیعی خورشیدی، ۱۳۹۵: ۳۹). در این پرونده، دادگاه در قسمتی از دادنامه موصوف آورده است:

«ملاحظه گزارش‌ها و صورت‌جلسات تنظیم‌شده توسط مرجع انتظامی که حاکی از سوابق متعدد متهم در ارتباط با سرقت‌های مسلحانه و به عنف و خفت‌گیری دختران و زنان می‌باشد و خود متهم نیز به داشتن سوابق کیفری اقرار دارد...».

اگرچه فردی که دارای سوابق متعدد می‌باشد، با فرد فاقد سابقه هیچ تفاوتی در استفاده از مزایای اصل برائت ندارد، اما رویه قضایی همیشه نسبت به فردی که دارای سوابق فساد اخلاقی بوده، بدبین است و آن را به عنوان یک قرینه و اماره بر صحت ادعای شاکی می‌داند و به نظر می‌رسد که این برداشت، با اصل برائت هم منافاتی ندارد؛ زیرا پیشینه افراد و شگردهای متهمان، یکی از قرائن مهم در اثبات جرایم تلقی می‌شود و هرچند سوابق کیفری مستقلاً هیچ ارزش اثباتی ندارد، اما در کنار قرائن دیگر می‌تواند نوعاً علم آور تلقی شود. در بررسی پرونده‌های قضایی نیز مشخص گردید که تحقیق از پیشینه افراد، یکی از دستورهای اصلی قضات در پرونده‌های تجاوز جنسی محسوب می‌گردد.

۴-۳. اقرارهای ناقص یا انکارشده

اقرار ناقص، ناظر به اقراری است که به حد نصاب مورد نظر قانون گذار نرسیده باشد و اقرار انکارشده، اقراری است که پس از تکمیل اقرارها از حیث تعداد، از سوی متهم انکار شده و این اقرارها آثار مهمی در ایجاد علم در رویه قضایی دارد. اقرار ضمنی یا اقرار ناقص یا انکارشده، از قرائن مؤثر در ایجاد یقین قضایی تلقی می‌شود. در پرونده مذکور در بند قبلی، متهم دو اقرار نموده که دادگاه آن را مبنای علم خود قرار داده است. در قسمتی از دادنامه موصوف آمده است:

«نحوه دفاعیات و اظهارات توأم با اقرار متهم در بازجویی اولیه به اینکه وقتی او را به پارک چیتگر برده و در زمان ارتکاب عمل، شاکیه اعتراض کرده و راضی نبوده است و در دیگر تحقیقات انجام شده اقرار کرده به او در حد لاپایی تجاوز کرده و با میل شاکیه بوده، ولی دخول را قبول ندارد...».

بنابراین اقرار متهم به اینکه شاکیه را به پارک چیتگر برده و با او رابطه در حد لاپایی داشته است، یک قرینه قوی بر صحت ادعای شاکیه دارد و قرار دادن این اقرار - اگرچه انکار شود - در کنار نظریه پزشکی قانونی و اتساع مایع منی کشف شده از سواپ مقعد، هیچ تردیدی در وقوع زنا باقی نمی‌گذارد. بنابراین همان گونه که بیان شد، اقرار ناقص یا انکارشده، اگرچه مستقلاً قدرت اثبات تجاوز جنسی را ندارد، اما از قرائن

بسیار بااهمیت در اثبات تجاوز جنسی محسوب می‌شود و اگر با قرائن دیگری همراه نباشد، به راحتی در معرض شبهه، ارزش خود را از دست می‌دهد.

بنابراین یکی از راه‌های متعارف علم قاضی، استفاده از اقرارهای ناقص و انکارشده می‌باشد که پذیرش اعتبار آن در علم قاضی، موجب ضابطه‌مند نمودن نظام رسیدگی به دلایل و جلوگیری از استبداد قضایی می‌گردد (طهماسبی، ۱۳۹۶: ۳۰۷/۳).

۳-۵. اعتبار گزارش مرجع انتظامی در علم قاضی

قانون‌گذار رسیدگی به جرایم منافی عفت را طبق ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری^۱ در صلاحیت مستقیم دادگاه قرار داده و در ماده ۱۰۲ قانون مذکور، تعقیب و تحقیق را در چنین جرایمی، از وظایف مقام قضایی تلقی کرده است. بنابراین مقامات دادسرا حق اقدام در جرایم تجاوز جنسی را ندارند؛ زیرا با واگذاری امر تعقیب به دادگاه، دادستان حق به جریان انداختن تعقیب کیفری علیه متهم را از دست می‌دهد (خالقی، ۱۳۹۸). ولی در رابطه با ضابطان که تحت نظر قاضی، در موارد صلاحیت مستقیم دادگاه اقدام می‌نمایند، آیا ممنوعیت تسری دارد یا خیر؟ حدود ممنوعیت تا کجاست؟ آیا ضابطان در هیچ موضوعی حق تحقیق ندارند یا باید قائل به تفصیل شد؟ ملاحظه رویه قضایی و نحوه اقدام محاکم کیفری یک نشان می‌دهد که ضابطان در مرحله کشف، نقش مؤثری دارند و دادگاه‌ها هم در پرونده‌های متعدد، به گزارش ضابطان به عنوان یکی از قرائن مهم در آرای قضایی اشاره می‌کنند. گاهی اقداماتی جهت تحقیق از وضعیت اخلاقی متهم و یا انجام برخی معاینات و مشاهدات از صحنه جرم ضرورت دارد و یا انجام انگشت‌نگاری، تن‌پیمایی از متهم، بازبینی فیلم‌ها و یا استخراج پیامک‌ها ضروری می‌باشد که این امور، جز با مداخله پلیس قابل انجام نیست. بنابراین در چنین مواردی، اقدامات پلیس کاملاً معتبر بوده و از شمول ممنوعیت‌ها خارج است. در رویه قضایی، گزارش فوری و حضور پلیس در محل و مشاهده آثار، یکی از قرائن مهم در اثبات ادعای تجاوز جنسی می‌باشد. در پرونده‌های متعدد، یکی از مبانی استدلال محاکم، نحوه کشف موضوع و اعلام فوری تجاوز به

۱. ماده ۳۰۶: «به جرایم منافی عفت به طور مستقیم، در دادگاه صالح رسیدگی می‌شود».

پلیس می‌باشد. در قسمتی از استدلال دادگاه در دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۱۷۱۱۶۰۰۵۲ تاریخ ۱۳۹۴/۰۳/۱۷ شعبه سوم دادگاه کیفری یک استان گلستان آمده است: «... مشارالیه در همان روز واقعه و بلافاصله با اعلام موضوع به خانواده خود با هماهنگی پلیس ۱۱۰ به محل گاراژ مینی‌بوس عزیمت و در آنجا متهم را شناسایی و پلیس، مراتب مشهودات و اقدامات را گزارش و صورت‌مجلس می‌نماید...».

بنابراین گزارش کشف جرم که ابتدائاً بلافاصله به پلیس اعلام می‌گردد و نحوه توصیف موضوع و محل واقعه توسط پلیس، از قرائن مهم محسوب می‌گردد. و یا در دادنامه شماره ۸۸۰۹۹۷۰۲۲۵۲۰۰۳۸۳۰۰ تاریخ ۱۳۸۸/۱۱/۱۶ شعبه ۷۲ دادگاه کیفری استان تهران، متهم به اتهام زنای به عنف تعقیب شده و پس از رسیدگی، دادگاه به استناد علم، حکم به قتل متهم را صادر نموده، صراحتاً موضوع مراجعه فوری شاکیه به مراجع انتظامی، به عنوان یکی از مبانی علم ذکر شده است:

«... در حالی که گواهی پزشکی قانونی، حکایت از مقاومت شاکیه دارد و مشخص است که وی به چنین عملی رضایت نداشته، مراجعه فوری شاکیه به مراجع انتظامی و مدافعات غیر موجه متهم و وکیل وی در باب زنای به عنف، اتهام آقای... احراز و علم عادی بر انجام زنای با عنف و اکراه با شاکیه حاصل شده است...».

۳-۶. تناقض گویی متهم و تأثیر آن در علم

اظهارات متناقض متهم، از جمله مواردی است که در اکثر آرای قضایی، منجر به حصول علم می‌شود. مشاهده می‌گردد که در دادنامه شماره ۸۸۰۹۹۷۰۲۲۵۲۰۰۳۸۳۰۰ تاریخ ۸۸/۱۱/۱۶ شعبه ۷۱ دادگاه کیفری استان تهران نیز دادگاه ضمن تبیین تناقض گویی‌های متهم، صراحتاً آورده است: «... تناقض گویی‌های متعدد که در اظهارات مورخ ۱۳۹۳/۷/۷ و مورخ ۱۳۹۳/۷/۲۹ متهم منعکس و مرقوم شده است...».

و این امر، با بیان جزئیات تناقض گویی، اهمیت به سزایی در مستند کردن علم قضات دارد. متهم در قسمتی از اظهارات خود، منکر تردد اتومبیلش در محل مورد نظر بوده است که دادگاه، دوربین‌های مداربسته شهر را کنترل نموده و در قسمتی از استدلال آورده است:

«جهت کشف واقع با استعلام از نیروی انتظامی جهت مشاهده فیلم مربوطه از دوربین منصوبه در محل میدان... توسط پلیس راهور، تردد اتومبیل مورد ادعای شاکیه در زمان ادعایی بررسی و ملاحظه گردید...».

و یا متهم در قسمتی از دفاعیات، منکر شناخت شاکیه بوده که دادگاه، تحقیقات لازم را جهت احراز دروغ بودن ادعای شاکیه انجام داده و در قسمتی از استدلال آورده است:

«... دادگاه جهت شناسایی طرفین از یکدیگر و اینکه آیا متهم قبلاً شاکیه را می‌شناخت، تحقیقاتی معمول که آشنایی شاکیه توسط متهم برای دادگاه محرز گردید...».

تناقض گویی‌های متهم در به وجود آمدن علم، تأثیر زیادی دارد و ملاحظه پرونده‌های قضایی نشان می‌دهد در مواردی که متهمان تناقض گویی نداشته و موضوع اتهام را انکار نموده‌اند، در اکثر موارد تبرئه شده‌اند و شعبه ۲۹ دیوان عالی کشور نیز در تأیید رأی صادره، تمام موارد موصوف را دقیقاً شمارش نموده و در قسمتی از رأی آورده است:

«... بنا به مراتب فوق‌الذکر خصوصاً گواهی پزشکی قانونی و اظهارات متضاد و متناقض متهم و همین‌طور مشاهده فیلم اتومبیل مورد ادعا در زمان واقعه در مسیر یادشده و شناسایی قبلی شاکیه توسط متهم و گزارش و صورتجلسه پلیس ۱۱۰، احراز بزه از ناحیه اعضاء دادگاه با حصول علم محرز و مسلم است...».

بنابراین قرائن و مستندات علم‌آور که در رویه قضایی در پرونده‌های تجاوز جنسی احراز شده، بسیار گسترده می‌باشد و بررسی دقیق آن‌ها در جهت یکسان‌سازی رویه‌ها و کمک به بزه‌دیدگان می‌تواند اهمیت فراوانی داشته باشد. اما در این پژوهش نمی‌توان به تمام آن‌ها پرداخت؛ از جمله کشف فیلم از صحنه تجاوزات جنسی و یا مطالب رد و بدل شده در پیامک‌ها که در رویه قضایی، به عنوان مبادی حصول علم از آن‌ها استفاده شده است.

۴. تأثیر شبهه در اثبات و عدم اثبات تجاوز جنسی در رویه قضایی

بررسی آرای صادره در دیوان عالی کشور نشان می‌دهد که قضات در رسیدگی به

دعوای تجاوز جنسی، احتیاط فراوان نموده‌اند و استناد به احتیاط در دماء و شبهه در علم قضات و مستندات آن، نظام ناکارآمدی را در اثبات بزه تجاوز جنسی ایجاد نموده است. اگرچه رویکرد شارع، مبنی بر سختگیری در اثبات منافیات عفت، به طور کلی حکیمانه است و آثار و پیامدهای کاملاً نیکو دارد، اما غرض شارع از توصیه به عدم پیگیری منافیات عفت و سختگیری در اثبات، در جرایم جنسی توأم با رضایت است و در تجاوز جنسی که تمامیت جسمی و روحی و عرض و آبروی مجنی‌علیه و امنیت روانی جامعه صدمه می‌بیند، از شمول سختگیری در اثبات و گسترش دایره شمول شبهه خارج است، شدت مجازات، یکی از علل اصلی طفره قضایی از اثبات جرم تجاوز جنسی با استناد به شبهه می‌باشد. در ماده ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ آمده است:

«در جرایم موجب حد به استثنای محاربه، افساد فی الارض، سرقت و قذف، به صرف وجود شبهه یا تردید و بدون نیاز به تحصیل دلیل، حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود».

بنابراین قانون‌گذار بدون توجه به آثار و نتایج بزه تجاوز جنسی، با وضع قاعده مذکور و عدم استثنای تجاوز جنسی، راه فرار را برای مجرمان تجاوز جنسی فراهم کرده است (علی‌محمدی، ۱۳۹۲: ۸۳). همچنین قانون‌گذار، بار اثبات دلیل را در موارد شبهه حذف کرده و صرف شبهه را از موجبات پذیرش ادعا و انتقال بار اثباتی به بزه‌دیده می‌داند، بدون اینکه حدود و ثغور شبهه را معین نماید (ولیدی، ۱۳۹۳). بنابراین تعیین مصادیق شبهه، بر عهده مقام قضایی بوده و حالت تردید باید با قرائن موجود، برای قاضی مرتفع شود (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۶۴/۴). اگرچه قاضی در صورت احراز وجود شبهه نزد متهم نیز می‌تواند به قاعده درء استناد نماید؛ مثل اینکه متهم، شاکیه را همسر خود قلمداد می‌کرد که در این موارد نیز امکان استناد به شبهه وجود دارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۹۴/۴۱). بنابراین با تسری مقررات ناظر به صرف وجود شبهه در عدم اثبات ارکان جرم، دادگاه‌ها مبادرت به رویه‌سازی نموده‌اند و بزه‌دیدگان تجاوز جنسی شدیداً از رویه دادگاه‌ها آسیب می‌بینند و همان‌گونه که سابقاً بیان شد، ناکارآمدی قوانین، موجب سختگیری دیوان عالی کشور در پذیرش ادعای تجاوز جنسی می‌گردد.

ساختار استدلال دیوان عالی کشور در نقض آرا اصولاً بر محور ایجاد شبهه در ارکان تجاوز جنسی می‌باشد و بیشترین فراوانی نقض، به لحاظ وجود شبهه می‌باشد. بررسی علل حصول شبهه و استخراج آن می‌تواند به دست‌اندرکاران عدالت کیفری جهت حمایت از بزه‌دیدگان کمک نماید. در بررسی حدود ۱۰۰ پرونده قضایی نقض شده در دیوان عالی کشور، مشخص شده است که محور اصلی نقض شبهه، در سه رکن موصوف می‌باشد که به عنوان نمونه، آرای مرتبط با آن، جهت آشنایی با ساختار استدلال دیوان آورده شده است:

۱-۴. خنثی‌سازی رکن دخول با تردید در آن

قانون‌گذار در باب رکن دخول، بسیار سختگیری نموده و شرایط بسیار دقیقی در رابطه با این رکن وضع کرده و حتی اندازه دخول نیز در قانون تصریح شده است و این شیوه قانون‌نویسی نشان می‌دهد که ذائقه قانون‌گذار، بر عدم اثبات این رکن بنا شده است و علت اصلی این موضوع نیز عدم تفکیک تجاوز جنسی از زنا رضایتی می‌باشد. قضات در احراز این رکن، دقیقاً از قواعد زنا رضایتی پیروی می‌نمایند. بررسی رویه قضایی نشان می‌دهد که در این حوزه، تشتت فراوان وجود دارد و استناد به شبهه به عنوان یک مفهوم کشدار و فاقد حدود و ثغور، در جهت خنثی‌سازی رکن دخول، تبدیل به رویه شده است.

در دادنامه شماره ۹۳۰۰۹۹۷۷۱۷۱۱۵۰۰۲۱۴ تاریخ ۹۳/۱۰/۲۲ صادره از شعبه دوم دادگاه کیفری استان گلستان، متهم به اتهام تجاوز به عنف، به اعدام محکوم شده و از رأی صادره فرجام‌خواهی کرده و دیوان عالی کشور چنین رأی داده است:

«... توجهاً به اینکه نظریه پزشکی قانونی که در آن به خراشیدگی در ساعت ۶ دُبُر شکیه اشاره نموده، دلالتی بر دخول و تحقق زنا به عنف از سوی محکوم‌علیه نسبت به شکیه را با شبهه مواجه نموده و در نهایت به لحاظ مدلل نبودن دادنامه موصوف نقض می‌گردد...».

همچنین در دادنامه شماره ۸۹/۶۱ تاریخ ۱۳۸۹/۱/۲۸ شعبه ۳۲ دیوان عالی کشور آمده است:

«... نظر به اینکه مبادی علم در مورد دخول متهم به مجنی علیه به لحاظ تعارض و اختلاف در اظهارات وی و محدودیت فضای محل ارتکاب جرم و کیفیت ارتکاب عمل و نحوه اظهارات متهم، شبهه جدی وجود دارد، اعتراض وکیل مدافع وی را وارد دانسته و دادنامه تجدیدنظر خواسته نقض می‌گردد...»^۱.

در دادنامه شماره ۴۴۴/۸۹ تاریخ ۱۳۸۹/۷/۳ شعبه ۳۲ دیوان عالی کشور نیز چنین استدلالی جهت نقض حکم اعدام محکوم علیه صورت گرفته است:

«... با توجه به اینکه گواهی پزشکی قانونی، دلالت بر کبودی ناحیه ۶ و خونمردگی در دو ناحیه ۷ و ۸ پرده بکارت شاکیه می‌نماید که بر اثر فشار جسم سخت حادث شده و نشانه‌ای از دخول کامل و ازاله بکارت و خونریزی در اظهارات شاکیه و اقراریه اولیه متهم در پرونده مشهود نیست، با توجه به عدم تجربه جنسی طرفین که در اظهاراتشان مشهود است و نحوه خوابیدن شاکیه که امکان دخول کامل به قدر حشفه را آن هم در سطح کف اتاق منتفی می‌سازد و قاعده درء، اعتراض وکیل مدافع متهم را وارد دانسته و دادنامه تجدیدنظر خواسته نقض می‌گردد...» (همان).

همان گونه که بیان شد، دخول یکی از ارکان اصلی تجاوز جنسی است و با اینکه محاکم بدوی با توجه به نظریات پزشکی قانونی، با حصول علم، دخول را احراز نموده‌اند، اما دیوان عالی کشور در موارد متعدد از جمله دادنامه‌های مذکور، در رکن دخول تشکیک نموده است. اگرچه آرای دیوان عالی کشور، از استدلال کافی برخوردار نبوده و دقیقاً بیان نکرده است که چگونه با وصف تأیید پزشکی قانونی، رکن دخول احراز نشده است، اما نشانگر این موضوع است که رکن دخول، از جمله محوری‌ترین موارد ایجاد شبهه در آرای دیوان عالی کشور می‌باشد و به نظر می‌رسد که این نقص باید توسط قانون‌گذار برطرف شود و به لحاظ روشن نبودن مصادیق حصول شبهه در رکن دخول، محاکم بسیار مشتت عمل می‌نمایند و دیوان عالی کشور در مصداق‌های مشابه، متعارض عمل کرده است.

۲-۴. پذیرش دفاع رضایت به استناد شبهه

شبهه در عنف یا اکراه، عملاً مساوی وجود رضایت در برقراری رابطه جنسی

۱. وبگاه پژوهشگاه قوه قضاییه به نشانی: <http://www.ijri.ir>.

شناخته شده است و شاکیه نه تنها از اثبات تجاوز به عنف ناتوان می‌ماند، بلکه خود در معرض تهمت قرار می‌گیرد و شدیداً به او از حیث روانی آسیب می‌رسد. رویه قضایی نشان می‌دهد که محاکم عالی در وجود عنف یا اکراه، به سادگی شبهه می‌نمایند؛ زیرا مفاهیم عنف و اکراه و جرایم در حکم آن، روشن و صریح نمی‌باشد و این اجازه را به قاضی می‌دهد که بدون توجه به آثار تجاوز جنسی بر روح و روان بزه‌دیده و خانواده وی، این رکن را با شبهه، به راحتی مخدوش نماید. در دادنامه شماره ۶/۸۷۴ تاریخ ۱۳۸۹/۱۲/۱۶ صادره از شعبه ششم دیوان عالی کشور، متهمان به اتهام زنا به عنف یا اکراه، به حد قتل محکوم شده‌اند و دلیل صدور حکم اعدام، علم قضات بوده که متهمان از رأی صادره، تجدیدنظرخواهی نموده‌اند و شعبه ششم دیوان عالی کشور پس از رسیدگی، چنین رأی داده است:

«... دادگاه محترم منابع حصول علم خود را به نحو کلی ذکر نموده و می‌بایست در صورت انحصار طریق علم در احراز اتهام زنا به عنف، منابع حصول آن را به نحو روشن بیان می‌کرد تا امکان بررسی و اظهارنظر در متعارف بودن حصول علم و ابرام رأی فراهم باشد. در رسیدگی مجدد هم دادگاه محترم، شکایت شاکیه و پدر او، نظریه پزشکی قانونی و اظهارات برخی افرادی که آن شب در منزل بوده‌اند و متهمان هم به حضور خود در آن شب اقرار دارند، مبنای منابع ذکر نموده و بر اساس این موارد علم به تحقق بزه انتسابی به متهمان موجب صدور حکم به قتل آن‌ها گردید. لکن با توجه به انکار متهمان و فقد بینة شاکیه و حضور او با اختیار و آزادی و به همراه دوست پسر خود در آن منزل و در نهایت محکومیت او از حیث رابطه نامشروع، از قرائن برشمرده دادگاه محترم، امکان حصول علم به نحو متعارف نیست. لذا رأی محکومیت نقض می‌شود...» (همان).

این موضوع در دادنامه شماره ۸۹/۱۷۸ تاریخ ۱۳۸۹/۳/۱۰ شعبه ۳۱ دیوان عالی کشور نیز تصریح شده است. در رأی دیوان آمده است:

«نظر به اینکه دادگاه، گواهی پزشکی قانونی و اظهارات شاکیه را مبنای علم خود بر عنف بودن زنا قرار داده و حکم به قتل متهم صادر کرده است، در حالی که شاکیه در مراحل اولیه، سخنی از تجاوز به میان نیاورده است و صرفاً شروع به تعرض و تجاوز را مطرح کرده است و با توجه به اقرار صریح متهم و اینکه دلیلی بر عنف یا اکراه بودن زنا در پرونده وجود ندارد و مبنای علم دادگاه با قرائن و شواهد موجود در

پرونده مغایرت دارد و با قاعده درء در حدود الهی، اعتراض را وارد دانسته و رأی صادره نقض می‌گردد...» (همان).

این آرا نشان می‌دهند که بی‌توجهی دادگاه عالی به قرائن و امارات حصول علم و شدت استناد به شبهه، چه میزان به بزه‌دیده صدمه می‌زند و شنیده نشدن صدای بزه‌دیده، موجب مجازات کمانه‌ای به او می‌گردد. در آرای صادره از دیوان عالی کشور، ارزیابی دقیقی از شیوه حصول شبهه در عنف و اکراه نشده است. بعضاً در آرای صادره، صرف عشوه‌گری و بی‌پروایی زن و یا روابط دوستی سابق، دلیل ایجاد شبهه اعلام شده است، در حالی که آن موارد، دلالت قطعی بر اجازه غصب فرج نمی‌نماید. اگرچه شکل ابراز رضایت اهمیتی ندارد، اما در هر حال، شخص باید بداند به چه چیزی رضایت می‌دهد و قصد رضایت داشته باشد و صرف سکوت یا اهمال نمی‌تواند علامت رضایت به تجاوز و شبهه در رکن عنف و اکراه گردد.

۳-۴. جولان شبهه در آرای دیوان عالی کشور با دفاع زوجیت

یکی از علل اصلی نقض رأی، شبهه در وجود علقه زوجیت بین طرفین می‌باشد و چنانچه متهم، ادعای زوجیت نماید، محکومیت فرد به اتهام تجاوز جنسی، مشکل خواهد بود. در دادنامه شماره ۹۳۰۰۰۳ تاریخ ۱۳۹۳/۱/۱۸ شعبه ششم دیوان عالی کشور آمده است:

«... با توجه به ادعای متهم در مورد رابطه جنسی خود بر اساس علقه زوجیت (صیغه) ایجاب می‌کرده حسب مقررات ماده ۲۲۳ قانون مجازات اسلامی^۱ خلاف آن با حجت شرعی ثابت شود؛ نتیجتاً در وضعیت فعلی رأی معترض‌عنه نقض می‌گردد...» (همان).

بنابراین شبهه در زوجیت در مرجع عالی، از موارد نقض محسوب می‌شود. در رأی مشورتی شماره ۷/۵۹۳۰ تاریخ ۱۳۷۳/۹/۲۹ آمده است:

«دادگاه عمومی در صورت رسیدگی به جرم زنا، چنانچه احدی از طرفین، اقرار به زنا کند و طرف دیگر، مدعی رابطه زوجیت باشد، چون تحقق زنا ملازمه با عدم وجود

۱. ماده ۲۲۳: «هر گاه متهم به زنا، مدعی زوجیت یا وطی به شبهه باشد، ادعای وی بدون بینة یا سوگند پذیرفته می‌شود؛ مگر آنکه خلاف آن با حجت شرعی لازم ثابت شود».

رابطه زوجیت دارد، لذا در صورتی که دادگاه حسب مقررات، صلاحیت رسیدگی به اصل نکاح را داشته باشد، می‌تواند ابتدا به ادعای وجود رابطه زوجیت رسیدگی کرده و مدافعات زوج را بدون تقدیم دادخواست استماع نماید و در صورت عدم احراز رابطه زوجیت، راجع به جرم زنا تصمیم بگیرد و در صورت عدم صلاحیت، قرار اناطه صادر نماید تا دادگاه صلاحیت‌دار در مورد اصل نکاح رأی صادر کند و پس از قطعیت رأی مذکور، در مورد جرم زنا اتخاذ تصمیم نماید» (شهری و ستوده جهرمی، ۱۳۷۷: ۱۰۶/۲).

اگرچه رأی مشورتی اداره حقوقی، دلالت بر توقف دعوی در ادعای زوجیت دارد، اما رویه قضایی در موارد ادعای زوجیت، به استناد شبهه در زوجیت، حکم به برائت متهم را صادر می‌کند؛ هرچند قانوناً باید قرار اناطه صادر شود تا این شبهه در دادگاه صالح، دقیقاً و به نحو منجز تعیین تکلیف شود. اثر دفاع زوجیت از سوی متهم در تجاوز جنسی، انتقال بار اثباتی از متهم به بزه‌دیده است و در ماده ۲۲۳ قانون مجازات اسلامی، اثر دفاع زوجیت، پذیرش ادعا بدون بینه و سوگند می‌باشد که این نظام، مخصوص زنا‌ی رضایتی بوده و به تجاوز جنسی نیز تسری داده شده و موجب گردیده است که یکی از پایه‌های اصلی دفاع در جرایم تجاوز جنسی شکل گیرد و قانون‌گذار پس از انتقال بار اثباتی، بزه‌دیده را مکلف کرده است تا با حجت شرعی لازم، خلاف ادعای متهم را اثبات نماید. حال، حجت شرعی لازم چیست که بزه‌دیده مکلف به ارائه آن شده، کاملاً مبهم است و این موضوع، فرصت لازم جهت جولان ایجاد شبهه در دادگاه‌ها با دفاع زوجیت را داده و به شدت به ضرر بزه‌دیدگان تجاوز جنسی می‌باشد و پذیرش دفاع، آثار نامطلوب فراوانی را در روابط آن‌ها بر جای می‌گذارد.

نتیجه‌گیری

بررسی‌های انجام‌شده نشان می‌دهد که نظام طراحی‌شده در رابطه با اقسام ادله، به شدت ضد بزه‌دیده است و بزه‌دیده، ابزاری را که بتواند به سهولت ادعای خود را اثبات نماید، در اختیار ندارد. تجاوز جنسی ماهیتاً با زنا‌ی رضایتی متفاوت بوده، اما قانون‌گذار با تسری مقررات زنا‌ی رضایتی به تجاوز جنسی موجب شده است که اصول رسیدگی به

زنای رضایتی، در اغلب موارد، در رسیدگی به دعوای تجاوز جنسی حکومت نماید. نظام اقرارهای ناقص و انکار شده و اقرار با ادعای شکنجه و همچنین اقرار نزد سایر کنشگران غیر قاضی محکمه، از انسجام کافی برخوردار نبوده و در جرم مهمی چون تجاوز جنسی، اقرار که یکی از دلایل مهم در اثبات جرایم محسوب می‌شود، به دلیلی ناکارآمد تبدیل گردد.

قدرت اثباتی شهادت شهود، به مراتب پیچیده‌تر از اقرار می‌باشد؛ زیرا قانون‌گذار به‌مانند اقرار، شهادت را یک دلیل متزلزل شناسایی کرده و آن را منحصر به مشاهده‌ای بودن نموده و با تهدید شهود، امکان پذیرش این وظیفه اجتماعی را برای شهروندان سخت کرده است. بررسی رویه قضایی نشان داد که شهادت، یک دلیل ناکارآمد در اثبات تجاوز جنسی به شمار می‌رود و حدود و ثغور آن دقیقاً تبیین نشده است و ابهامات فراوانی در مورد قدرت اثبات‌کنندگی شهادت در احراز هر یک از ارکان این جرم، اعم از رکن دخول و عنصر رضایت و عدم وجود رابطه زوجیت وجود دارد.

همچنین بررسی رویه قضایی نشان داد که موارد اثبات‌شده بزه تجاوز جنسی، اغلب به استناد علم قاضی بوده، اما شیوه‌های استناد به علم قاضی در رویه قضایی بسیار مشتت است و این امر موجب شده تا در مواردی که دادگاه‌ها، ارکان تجاوز جنسی را به استناد قرائن علم‌آور احراز می‌نمایند، به راحتی از سوی دیوان عالی کشور در معرض شبهه قرار گیرند و این امر، نیازمند تعیین معیارهای روشن جهت جلوگیری از تضییع حقوق بزه‌دیدگان می‌باشد.

کتاب‌شناسی

۱. آشوری، محمد، *آیین دادرسی کیفری*، چاپ سیزدهم، تهران، سمت، ۱۳۹۸ ش.
۲. آقایی جنت‌مکان، حسین، *حقوق دادرسی عادلانه و منصفانه*، تهران، جنگل جاودانه، ۱۳۹۶ ش.
۳. استفانی، گاستون، ژرژ لواسور و برنار بولوک، *آیین دادرسی کیفری*، ترجمه حسن دادبان، تهران، دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۷۷ ش.
۴. امیدی، جلیل، مرتضی جوانمردی صاحب، و ژویلا مرادپور، «نقش علم در احراز عنف و اکراه در جرایم منافی عفت؛ بررسی‌های نظری و تجربه‌های عملی»، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، سال یازدهم، شماره ۲۰، بهار و تابستان ۱۳۹۸ ش.
۵. ترابی شهرضایی، اکبر، *آیین دادرسی کیفری اسلام (احکام حدود)*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (عج)، ۱۳۹۰ ش.
۶. توحی، عبدالعلی، و محمدهادی توکل‌پور، «وجه تمایز زنا و تجاوز به عنف با تأکید بر شیوه‌های اثبات»، *پژوهش‌نامه حقوق اسلامی*، سال دوازدهم، شماره ۲، ۱۳۹۰ ش.
۷. توفیقی، حسن و همکاران، «کارایی DNA Typing به عنوان یک روش قطعی در تعیین رابطه نسبی»، *مجله دانشکده پزشکی*، شماره ۳، ۱۳۷۹ ش.
۸. جزیری، عبدالرحمن بن محمد عوض، *کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه*، بیروت، دار الکتب العلمیه الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۹. حسینی، محمد، *سیاست جنایی در اسلام و جمهوری اسلامی ایران*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۳ ش.
۱۰. خالقی، علی، *نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری*، چاپ سیزدهم، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۸ ش.
۱۱. خورسندیان، محمدعلی، «بررسی حجیت علم قاضی در فقه حقوق و ایران»، *مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز*، دوره بیست و یکم، شماره ۲ (پیاپی ۴۱)، تابستان ۱۳۸۳ ش.
۱۲. رحمدل، منصور، *آیین دادرسی کیفری*، چاپ دوم، تهران، دادگستر، ۱۳۹۴ ش.
۱۳. همو، *بار اثبات در امور کیفری*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۷ ش.
۱۴. زارعی محمودآبادی، مهدی، «واکاوی بزه‌پوشی در قوانین کیفری ایران»، *فصلنامه مطالعات حقوق*، سال دوم، شماره ۱۷، ۱۳۹۶ ش.
۱۵. سبحانی، جعفر، «درس خارج فقه از کتاب حدود و تعزیرات»، ۱۳۸۹/۱۰/۲۷ ش. قابل دسترسی در وبگاه مدرسه فقهات به نشانی: <https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/sobhani/feqh/89/891027>.
۱۶. شفیع‌ی خورشیدی، علی اصغر، *نقد و بررسی مجموعه آراء دادگاه‌های کیفری استان*، تهران، نقشینه، ۱۳۹۵ ش.
۱۷. شکری، رضا، و قادر سیروس، *قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی*، تهران، مهاجر، ۱۳۸۸ ش.
۱۸. شهری، غلامرضا، و سروش ستوده جهرمی، *نظریات اداره حقوقی قوه قضاییه در زمینه مسائل کیفری*، چاپ دوم، تهران، شرکت سهامی روزنامه رسمی، ۱۳۷۷ ش.
۱۹. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمد، *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالاسلال*، قم، مؤسسه آل البیت (عج)، ۱۴۰۴ ق.
۲۰. طهماسبی، جواد، *آیین دادرسی کیفری*، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۲۱. علی محمدی، عبدالرضا، *نقد و بررسی رویه قضایی در خصوص رسیدگی به جرایم تجاوز به عنف*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه قم، ۱۳۹۲ ش.

۲۲. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *جامع المسائل*، قم، امیر العلم، ۱۳۸۳ ش.
۲۳. کدخدایی، محمدرضا، «بررسی حکم سنگسار در اسلام»، *فصلنامه کاوش نو در فقه اسلامی (فقه)*، شماره ۶۷، ۱۳۹۰ ش.
۲۴. کلاتری، کیومرث، «تحلیل علمی از یک پرونده کیفری (زناى محصنه و اثبات آن)»، *مجله پژوهش حقوق و سیاست*، شماره ۲۶، ۱۳۸۸ ش.
۲۵. گلدوزیان، ایرج، *محصای قانون مجازات اسلامی*، چاپ نهم، تهران، مجد، ۱۳۹۸ ش.
۲۶. محقق حلّی، نجم‌الدین جعفر بن حسن هذلی، *المختصر النافع فی فقه الامامیه*، قاهره، دار الکتب العربی، بی تا.
۲۷. محقق داماد، سیدمصطفی، *قواعد فقه*، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر علوم انسانی، ۱۴۰۶ ق.
۲۸. مرتضوی، سیدفتح، *شرح قانون مجازات اسلامی (مبانی فقهی)*، تهران، مجد، ۱۳۸۰ ش.
۲۹. مرعشی، سیدمحمدحسن، «قاعده اقرار العقلاء»، *فصلنامه حق*، شماره ۴، اسفند ۱۳۶۴ ش.
۳۰. مرکز دائرةالمعارف بزرگ اسلامی، *دانشنامه بزرگ اسلامی*، بی جا، بنا، بی تا.
۳۱. مکارم شیرازی، ناصر، *تفسیر نمونه*، چاپ سی و دوم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۷۴ ش.
۳۲. منیری، ثریا، و رحیم وکیل‌زاده، «تحلیلی پیرامون سختگیری اثبات جرایم در فقه امامیه»، *مجله پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، شماره ۴۷، ۱۳۹۶ ش.
۳۳. موحدی، جعفر، *معکوس شدن بار اثبات دلیل در آیین دادرسی کیفری*، تهران، مجد، ۱۳۹۳ ش.
۳۴. موسوی، سید مرتضی علم‌الهدی علی بن حسین، *الانتصار فی انفرادات الامامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۳۵. مؤذن‌زادگان، حسنعلی، «علم قاضی در حقوق جزای ایران»، *مجله پژوهش حقوق و سیاست*، شماره‌های ۲-۳، ۱۳۷۹ ش.
۳۶. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جوهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۳۷. *نرم‌افزار گنجینه استفتائات قضایی*، قم، مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، بی تا.
۳۸. نوبهار، رحیم، «اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی مستوجب حد»، *فصلنامه نامه مفید*، شماره ۲۳، ۱۳۷۹ ش.
۳۹. ولیدی، محمدصالح، *شرح بایسته‌های قانون مجازات اسلامی*، چاپ سوم، تهران، جنگل، ۱۳۹۳ ش.

پالایش فضای مجازی در پرتو اسناد حقوق بشری*

- لیلا پورنجفی قوشچی^۱
- حسین فخر^۲
- بابک پورقهرمانی^۳

چکیده

پالایش فضای مجازی در حمایت از برخی حقوق و آزادی‌های بشری، با مداخلاتی برای حق آزادی بیان و اطلاعات و نیز برخی جنبه‌های حریم خصوصی همراه است و عدم رعایت اصول و ضوابطی در اعمال آن، حتی ممکن است به نقض این حقوق منجر شود. با تأمل در اسناد منطقه‌ای و بین‌المللی، می‌توان ضوابطی برای اعمال پالایش با هدف دستیابی به الگویی

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۹/۲۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۶/۲۵.

۱. دانشجوی دکتری گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران (lealapornajafi@yahoo.com).
۲. دانشیار دانشکده حقوق و علوم اجتماعی دانشگاه تبریز (نویسنده مسئول) (hossein.fakhr1365@gmail.com).
۳. دانشیار گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد مراغه، دانشگاه آزاد اسلامی، مراغه، ایران (b.pourghahramani@yahoo.com).

منطبق با موازین حقوق بشر استخراج نمود که کاریست آن‌ها می‌تواند بین محدودیت‌های ناشی از پالایش از یک‌سو و حقوق بنیادین در یک جامعه مردم‌سالار از سوی دیگر، تعادل برقرار نماید.

این مقاله با شیوه تحلیلی - توصیفی به این نتیجه می‌رسد که رعایت اصول چهارگانه ملهم از اسناد حقوق بشری در اعمال پالایش، شامل اصل قانونی بودن، اصل هدف مشروع، اصل ضرورت و اصل تناسب، ضمن افزایش کارآمدی پالایش و کاهش زمینه توسل به اقدامات ضد پالایش توسط کاربران، می‌تواند از مداخلات بی‌رویه و غیر ضروری دولت‌ها در حقوق و آزادی‌های اساسی شهروندان جلوگیری نماید.

واژگان کلیدی: پالایش فضای مجازی، آزادی بیان و اطلاعات، حریم خصوصی، ضرورت، تناسب، هدف مشروع.

مقدمه

ایجاد محدودیت در فضای مجازی و اعمال پالایش،^۱ منحصراً ترفند رژیم‌های سیاسی مقتدر و تمامیت‌خواه نیست؛ بلکه امروزه پالایش به عنوان یک قاعده جهانی جهت تثبیت حق حاکمیت دولت‌ها در قلمرو برخط تلقی می‌شود، به طوری که تقریباً همه کشورهای جهان، بنا به ملاحظات سیاسی، عقیدتی، فرهنگی و اقتصادی خود جهت مبارزه و کنترل جرم و آسیب‌های اجتماعی در فضای مجازی، به اعمال پالایش می‌پردازند.

با این حال نمی‌توان تردید کرد که اعمال پالایش برای برخی از مصادیق حقوق بشر و آزادی‌های اساسی از جمله حق زندگی خصوصی و حق آزادی بیان و اطلاعات که تقریباً در قوانین اساسی همه کشورها و نیز اسناد مهم بین‌المللی و منطقه‌ای به رسمیت شناخته شده است، پیامدهایی دارد؛ بدین شرح که گاه با فراهم ساختن امکان زیر نظر گرفتن فعالیت‌های شهروندان در فضای مجازی و در نتیجه ضبط و نگهداری برخی از محتوای مبادله‌شده توسط کاربران که به زعم متولیان امر، محتوای غیر قانونی قلمداد می‌شوند، در «حق زندگی خصوصی» آن‌ها مداخله می‌نماید و گاه با ایجاد ممنوعیت

1. Filtering.

در دسترسی کاربران به برخی اطلاعات برخط یا با جلوگیری از امکان تبادل یا انتشار برخی محتواها در اینترنت، «محدودیت‌هایی در "حق آزادی بیان و اطلاعات" ایجاد می‌کند» (Parti & Marin, 2013: 147)؛ چرا که دسترسی به اینترنت، حتی اگر در حال حاضر، خود به عنوان یک حق بنیادین مستقل به رسمیت شناخته نشده باشد، حداقل به‌عنوان یکی از راه‌های اعمال حق آزادی بیان و اطلاعات، واجد اهمیت فراوانی است و هر گونه محدودیت در دستیابی به اینترنت، منجر به تضعیف این حق خواهد شد.

پالایش ضمن تقابل با برخی حقوق، ممکن است با برخی دیگر از حقوق بنیادین همسو باشد و رعایت این حقوق حتی ممکن است با پالایش فضای مجازی ملازمه داشته باشد. حمایت از کودکان در مقابل خشونت به ویژه خشونت‌های جنسی، از جمله آن حقوق می‌باشد؛ به طوری که امروزه به منظور حمایت از حقوق کودکان، اعمال پالایش «بر محتواهای مشتمل بر هرزه‌نگاری کودکان، به قاعده‌ای جهان‌شمول مبدل گشته است» (Zittrain & Palfrey, 2007: 20).

حقوق اشخاص در مقابل تبعیض و نیز حقوق مالکیت‌های فکری هم از جمله حقوقی است که چنانچه اعمال پالایش با هدف حمایت از این حقوق صورت گیرد، می‌تواند تحت شرایطی موجه قلمداد شود.

می‌توان گفت که منظور از پالایش فضای مجازی، جلوگیری از دسترسی به برخی صفحات وب، گروه‌های خبری و... است که از نظر هیئت حاکمه، متضمن محتوای غیر قانونی یا مجرمانه می‌باشد^۱ و فضای مجازی یا سایبری را نیز می‌توان به معنای محیط دیجیتالی با قابلیت ایجاد، تولید و تبادل اطلاعات دانست که توسط سیستم‌های اطلاعاتی و شبکه‌های ارتباطاتی الکترونیکی ایجاد می‌شود.

هدف این مقاله، ارائه اصول و شرایط پالایش عادلانه است و در این راستا، از اسناد حقوق بشری همچون اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و

۱. اصطلاح پالایش، گاه با مسدودسازی (blocking) به یک معنا تلقی می‌شوند. ولی این دو اصطلاح علی‌رغم قرابت، با هم تفاوت دارند؛ بدین شرح که مسدودسازی بر جلوگیری از دسترسی به کل یک وبگاه خاص یا کل آدرس پروتکل اینترنتی (ip) که در فهرست سیاه گنجانده شده است، دلالت دارد، در حالی که پالایش، فقط صفحات خاصی از یک وبگاه یا پروتکل اینترنتی را در بر می‌گیرد.

سیاسی، کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، کنوانسیون آفریقایی حقوق و آزادی‌های اینترنتی و... نیز برخی آرای دادگاه اروپایی حقوق بشر بهره خواهیم جست. بر این اساس، مقاله مشتمل بر دو بخش خواهد بود. در بخش اول به حقوق بنیادینی می‌پردازیم که از اعمال پالایش متأثر می‌شوند. در این مبحث بررسی خواهد شد که برخی از مصادیق این حقوق، تحت تأثیر پالایش محدود شده و حتی ممکن است نقض شوند. در حالی که برخی دیگر با اعمال پالایش، احتمال دارد که تقویت شوند. در بخش دوم مقاله، به منظور ایجاد تعادل بین محدودیت‌های ناشی از پالایش و حقوق بنیادین مذکور در فوق، اصول و ضوابطی معرفی خواهند شد که رعایت آن‌ها لازمه اعمال محدودیت بر حقوق و آزادی‌های اساسی بوده و به کارگیری آن‌ها می‌تواند از استفاده ابرازی دولت‌ها از پالایش فضای مجازی جلوگیری نماید.

لازم است اشاره شود که تا کنون پالایش در پرتو حقوق بنیادین مورد مطالعه قرار نگرفته است. هرچند در خصوص شرایط عام محدودیت‌هایی که ممکن است بر حقوق بنیادین تحمیل شود، مقالاتی به طور پراکنده به رشته تحریر درآمده است (کوچ‌نژاد، ۱۳۸۳؛ مرکز مالمبری، ۱۳۸۳) که بعضاً به فراخور بحث، مورد استفاده و استناد قرار خواهند گرفت. نیز برخی پژوهش‌ها در زمینه ابعاد فقهی پالایش نگاشته شده‌اند (برای نمونه ر.ک: اسماعیلی و نصرالهی، ۱۳۹۵؛ جاویدنیا و دیگران، ۱۳۹۴؛ حسین‌نژاد و منیری حمزه‌کلایی، ۱۳۹۶) که عمدتاً در راستای یافتن توجیهی در جهت افزایش دامنه پالایش و تأیید رویکرد سیاست‌های اتخاذی می‌باشند؛ در حالی که هدف تحقیق حاضر، ارائه اصولی در جهت جلوگیری از استفاده افراطی از پالایش است.

۱. حقوق بنیادین متأثر از پالایش

اجرای پالایش بر برخی مصادیق حقوق بنیادین، محدودیت‌هایی تحمیل کرده و این حقوق را در معرض تضعیف قرار می‌دهد و در عین حال ممکن است با حمایت‌هایی برای برخی دیگر از مصادیق حقوق و آزادی‌های بنیادین همراه باشد. گفتنی است که حقوق بنیادین، به آن دسته از حقوقی اطلاق می‌شود که در اسناد حقوق بشری (جهانی یا منطقه‌ای) لزوم احترام بدان‌ها تصریح شده و دول عضو به

تضمین رعایت آن‌ها ملزم شده‌اند (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۶: ۱۰؛ جوانی، ۱۳۸۲: ۲۳۰). این حقوق به دو دسته حقوق مطلق و حقوق مشروط تقسیم می‌شوند. حقوق بنیادین مطلق از هر نوع مداخله و محدودیتی مصون هستند؛ از این رو «به سختی می‌توان یک یا دو مورد حق بنیادین مطلق نام برد. (مثل حق حیات و حق بر شکنجه نشدن)» (گرگی، ۱۳۸۳: ۱۷). ولی حقوق مشروطی همچون حق آزادی بیان و اطلاعات یا حق حریم خصوصی، حقوقی قابل نفوذ بوده (Breindle, 2013: 18) و تحت شرایط خاص می‌توانند تحدید شوند.

پالایش ممکن است فقط بر برخی از مصادیق قسم دوم حقوق بنیادین مؤثر واقع شده و آن‌ها را محدود یا تقویت نماید که در ادامه بدان خواهیم پرداخت.

۱-۱. پالایش و نقض حقوق بنیادین

پالایش فضای مجازی، با حق آزادی بیان و اطلاعات و برخی ابعاد حریم خصوصی در تضاد می‌باشد و هر چه دولت‌ها در ایجاد محدودیت در فضای مجازی با گشاده‌دستی عمل کنند، احتمال خواهد داشت که این حقوق نقض گردند.

۱-۱-۱. تقابل پالایش با آزادی بیان

بسته به نوع بهره‌مندی کاربران از فضای مجازی، پالایش ممکن است حق آزادی بیان یا حق آزادی اطلاعات آنان، یا هر دو حق مزبور را دچار خدشه نماید. در این خصوص، کاربران فضای مجازی به دو گروه عمده کاربران منفعل و فعال قابل تقسیم هستند.

کاربران منفعل همان گونه که از نامشان پیداست، در ایجاد محتوا نقشی ایفا نمی‌کنند، بلکه صرفاً دریافت‌کننده اطلاعات منتشرشده در فضای مجازی می‌باشند. محدودیت‌های ناشی از اعمال پالایش فقط بر حق آزادی اطلاعات این کاربران اخلاص ایجاد می‌نماید.

گروه دوم از کاربران فضای مجازی، علاوه بر استفاده از فضای سایبر در جهت دریافت اطلاعات، از این ابزار در راستای تولید محتوا نیز بهره می‌برند و پالایش فضای مجازی، محدودیت‌هایی بیش از تضعیف حق آزادی اطلاعات، بر آنان تحمیل

می‌کند. به عبارت دیگر، پالایش علاوه بر اینکه می‌تواند محتوای مورد درخواست آنان را مسدود کرده و باعث محرومیتشان از حق آزادی اطلاعات شود، همچنین «ممکن است آنان را از ادامه فعالیت در تولید محتوا و در نتیجه حق آزادی بیان محروم نماید» (سلیمی، ۱۳۹۷: ۸۲).

کاربران فعال در دو دسته قابل مطالعه‌اند. بخشی از آنها در قالب رسانه‌های الکترونیکی، خبرگزاری‌ها و... فعالیت می‌کنند. بعضاً نظام‌های سیاسی به دلیل هراس از فعالیت‌های روشنگرانه گروه‌های مخالف و منتقد، این کاربران را ملزم می‌نمایند که «جهت انجام فعالیت خود از مراجع ذی‌صلاح مجوزهای لازم را کسب کنند. اتخاذ این سیاست موجب می‌شود تمام تریبون‌های خبری و اطلاع‌رسانی در دست اشخاص مورد اعتماد حکومت باقی بماند» (رضایی و بابازاده مقدم، ۱۳۹۳: ۶۲). این اشخاص در صورت انحراف از مواضع پیشین خود در مقابل هیئت حاکمه و مبادرت به افشاسازی یا انتقاد از حکومت، به سرنوشتی همچون پالایش، لغو پروانه فعالیت و... دچار می‌شوند.

به دلیل ماهیت تعامل مدار فضای سایبر و تمرکزگرا نبودن آن، تولیدکنندگان محتوا صرفاً به ارباب رسانه ختم نمی‌شوند، بلکه «همه می‌توانند بدون مزیت یا تبعیض، بدان وارد شده» (Barlow, 1996: 1) و بر خلاف رسانه‌های سنتی، بدون نیاز به کسب مجوز از نهاد خاص و با استفاده از ظرفیت‌های این فضا اعم از وبلاگ، وبگاه، صفحه اینستاگرام یا توییتر و... به تولید محتوای دلخواه خود اعم از متنی، تصویری، صوتی و... پردازند. برخی از این کاربران به ظاهر معمولی، ممکن است از این فضا به عنوان تریبونی جهت ابراز نارضایتی‌های ناشی از سوء مدیریت‌ها، تبعیض‌ها و... بهره‌جسته و بدین وسیله با به چالش کشیدن عملکرد دولتمردان، غیر مستقیم در تصمیم‌گیری‌های کشور خود سهیم باشند.

باری، نگرانی حکومت‌ها از افشاگری علیه خود، صرفاً به ارباب رسانه ختم نمی‌شود، بلکه تولید و تبادل محتوای منتقدانه توسط کاربران عادی، که بازتاب دیدگاه‌های آنان نسبت به امورات کشورشان بوده و دیگر شهروندان را نیز به همراهی می‌طلبد، بر دغدغه خاطر دولت‌ها دامن می‌زند. از این رو در اغلب موارد حکومت‌ها

سعی می‌کنند با جرم‌انگاری مبادله هر گونه محتوا و مطالب مخالف با ساختار فکری خود، به توسعه قلمرو مصادیق مجرمانه و پالایش آن پردازند و تردیدی نیست که چنین اقدامی، موجب لطمه به حق آزادی بیان این کاربران از طریق محدود نمودن آنان در فضای سایبری شود. این در حالی است که دسترسی به اینترنت، حتی اگر در حال حاضر به عنوان یک حق بنیادین مستقل به رسمیت شناخته نشده باشد، حداقل در قالب یکی از راه‌های اعمال حق آزادی بیان و اطلاعات شایان توجه است؛ به طوری که در سال ۲۰۱۱، کمیته حقوق بشر سازمان ملل متحد صراحتاً اعلام کرد:

«ماده ۱۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در خصوص حق آزادی بیان، از تمامی اشکال بیان و ابزار انتشار آن اعم از سمعی - بصری و همه اشکال الکترونیکی و اینترنتی حمایت می‌کند»^۱.

لذا می‌توان گفت که امروزه توسعه خدمات ارتباطی برخط به دلیل اهمیت آن در فراهم نمودن امکان مشارکت مردم در دموکراسی از طریق ابراز ایده‌ها و عقاید مردم، لازمه تحقق آزادی بیان به معنای واقعی کلمه است و هر گونه اقدامی که موجب عدم دسترسی به محتوا از طریق پالایش شود، بسته به نوع، میزان و قلمرو محتوای فیلترشده، می‌تواند در تعارض با آزادی بیان باشد و هر چه دامنه پالایش وسیع‌تر بوده و موضوعات بیشتری را در بر بگیرد، این حقوق بیشتر در معرض مخاطره قرار خواهند گرفت.

۲-۱-۱. تقابل پالایش با آزادی اطلاعات

اینترنت و فضای مجازی به عنوان یکی از شاخص‌های مهم توسعه فناوری اطلاعات و ارتباطات، نقش بلامنازعی در شکل‌گیری جامعه اطلاعاتی داشته و با فراهم نمودن جریان آزادانه اطلاعات و در نتیجه آن، نور تابانیدن بر عملکرد حاکمان، توسعه دموکراسی را رقم می‌زند.

امروزه یکی از اهداف تأسیس دول الکترونیک، اطلاع‌رسانی دقیق از عملکرد

1. General Comment No. 34, CCPR/C/GC/34, Adopted on 12 September 2011, Para. 12, Available at: <<https://www.2.ohchr.org>>, Visited: 10/5/2020.

دولت‌ها به مردم است که این مهم جز با تقویت زیرساخت‌های فناوری اطلاعات و ارتباطات در هر کشور و از جمله فراهم نمودن امکان دسترسی همگان به فضای مجازی میسر نمی‌شود. در واقع، کاربران فضای مجازی اعم از فعال و منفعل، با بهره‌گیری از اینترنت به اطلاعات عمومی دسترسی پیدا می‌کنند و تحدید اینترنت به علت مسدودسازی محتواهای مورد درخواست کاربران، حق دسترسی آنان به اطلاعات را تضعیف می‌نماید. «این خطر زمانی بیشتر احساس می‌شود که حکومت‌ها به دلیل در اختیار داشتن بسترهای اتصال به شبکه جهانی اطلاعات، از قدرت خود در اعمال پالایش سوءاستفاده نمایند» (بابازاده مقدم و اسدی، ۱۳۹۶: ۱۷۰).

باری اعمال محدودیت در فضای مجازی اعم از پالایش، کاهش سرعت اینترنت، کاهش پهنای باند و... به دلیل تضعیف گردش آزاد اطلاعات، در دسترسی شهروندان به اطلاعات اخلال ایجاد می‌نماید. در حالی که امروزه جایگاه فضای مجازی در دسترسی آزاد به اطلاعات، بر کسی پوشیده نیست و این امر در مقایسه با جایگاه دیگر رسانه‌ها اعم از رادیو، تلویزیون و نشریات چاپی، به راحتی قابل احراز است. با نگاهی به «تیراژ روزنامه همشهری به عنوان پرتیراژترین روزنامه ایران که نهایتاً به ۱۸۰ هزار نسخه در روز می‌رسد»^۱ و تعداد بازدید یک خبر در اینترنت، که در کسری از ثانیه توسط میلیون‌ها کاربر دیده می‌شود، می‌توان به نقش فضای مجازی در تسریع جریان آزادی اطلاعات یقین حاصل نمود و تردیدی نیست که اعمال محدودیت در این فضا در مقایسه با دیگر رسانه‌ها، به مراتب تبعات زیانبارتری در گردش اطلاعات ایجاد خواهد نمود. «آنچه بیشتر به گستره اعمال این محدودیت دامن می‌زند، گنجاندن طیف وسیعی از موضوعات مشکوک و به اصطلاح خاکستری در فهرست‌های سیاهی است» (جلالی‌فراهانی، ۱۳۸۴: ۱۵۲) که مبنای پالایش قرار می‌گیرد. چنین اقدامی عمدتاً توسط حکومت‌های تمامیت‌خواه، تحت پوشش اهدافی چون تأمین امنیت و در واقع در راستای جلوگیری از شفافیت انجام می‌گیرد و به علت منع دسترسی کاربران به برخی اطلاعات عمومی، حق آزادی اطلاعات آن‌ها را نقض می‌نماید.

۱. قابل دسترس در: <www.ensafnews.com>

۳-۱-۱. تقابل پالایش با حریم خصوصی مراسلات و داده‌های شخصی

هرچند حریم خصوصی کاربران، مستقیماً تحت تأثیر پالایش قرار نمی‌گیرد، ولی برخی از مصادیق آن ممکن است به تأسی از پالایش، به طور غیر مستقیم تضعیف گردد.

مراسلات و از جمله آن ارتباطات اینترنتی، از طریق پالایش در معرض مداخله قرار می‌گیرد؛ چون متولیان فیلتر به منظور کشف و در نتیجه پالایش محتواهای غیر قانونی، با تحت نظر گرفتن محتواهای تبادل شده بین کاربران، جمع‌آوری آن محتواها و بعضاً ذخیره‌سازی آن‌ها بدون اجازه کاربر و به روش غیر قانونی یا برای اهداف نامشروع، حق محرمانگی مراسلات اینترنتی را تضعیف می‌نمایند.

دادگاه اروپایی حقوق بشر نیز در رأی بر این امر تأکید کرده است:

«جمع‌آوری و ذخیره‌سازی اطلاعات شخصی مرتبط با برنامه‌های تلفن فرد یا ایمیل‌های او و نیز ذخیره‌سازی استفاده شخص از اینترنت بدون علم وی، دخالت در حق زندگی خصوصی و نیز حق مراسلات مندرج در ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر می‌باشد»^۱.

یکی دیگر از مصادیق حق زندگی خصوصی، که با توسعه ارتباطات و به ویژه فضای مجازی از اهمیت بیشتری برخوردار گشته و ممکن است با پالایش تضعیف شود، حریم اطلاعات شخصی می‌باشد. در صورتی که قوانین شفاف در حمایت از داده‌های شخصی وجود نداشته باشد، نهادهای دارنده اطلاعات شخصی، در ارتباط با تأمین امنیت آن اطلاعات، قانوناً تکلیفی نخواهند داشت و چه بسا از طریق این داده‌ها امکان نظارت بر فعالیت شهروندان در فضای مجازی را برای نهادهای قضایی و امنیتی به منظور کشف محتواهای مجرمانه و در نتیجه پالایش آن محتواها فراهم آورده و باعث شوند که حق مذکور به خطر افتد. از این رو برخی بر این باورند:

«دولت‌ها از بزرگ‌ترین ناقضان حریم خصوصی هستند که در دوگانگی حریم خصوصی و امنیت، معمولاً طرف امنیت را می‌گیرند و بدون اطلاع شهروندان، اقدام

1. Copland v. the United Kingdom, (Application No. 62617/00), 3 April 2007, Available at: <<https://hudoc.echr.coe.int>>, Visited: 10/7/2020.

به نظارت بر عملکرد کاربران اینترنتی کرده و با توجه برقراری امنیت و نظم عمومی، حریم خصوصی سایبری را نقض می‌نمایند» (فتحی و شاهمرادی، ۱۳۹۶: ۲۳۹).

۲-۱. پالایش و حمایت از حقوق بنیادین

توسعه اینترنت علی‌رغم دارا بودن کارایی‌های سودمند در جهت اطلاع‌رسانی، آگاهی‌بخشی و توسعه دموکراسی، کاربردهای مجرمانه‌ای نیز دارد. از این رو یکی از طرق مقابله با چنین رویکردی، به کارگیری پالایش در جهت حمایت از آن دسته از حقوقی است که با استفاده نامشروع از فضای مجازی، در معرض خطر قرار می‌گیرند. در واقع، اعمال پالایش با تضمین برخی حقوق بنیادین ملازمه دارد. این حقوق عبارت‌اند از: حقوق کودکان در مقابل هرزه‌نگاری، حقوق اشخاص در مقابل تبعیض و حقوق مالکیت‌های فکری.

۱-۲-۱. حقوق کودکان در مقابل هرزه‌نگاری

حمایت از کودکان، در چندین سند بین‌المللی از جمله پروتکل الحاقی کنوانسیون حقوق کودک در خصوص «خرید و فروش، خودفروشی و هرزه‌نگاری کودکان»، ماده ۳۴ کنوانسیون «حقوق کودک»^۱ و ماده ۲۰ کنوانسیون شورای اروپا^۲ در خصوص «حمایت از کودکان در برابر سوءاستفاده و استثمار جنسی»، مورد تأکید قرار گرفته است. بند اول ماده ۹ کنوانسیون «جرایم سایبری»^۳ نیز به طور خاص درباره حمایت کودکان در مقابل هرزه‌نگاری در فضای مجازی است. طبق این ماده از کنوانسیون، دول عضو متعهد شده‌اند هرزه‌نگاری کودکان در اینترنت را جرم‌انگاری کنند.

۱. ماده ۳۴ کنوانسیون حقوق کودک: «کشورهای طرف کنوانسیون متعهد می‌شوند که از کودکان در برابر تمام اشکال سوءاستفاده‌ها و استثمارهای جنسی حمایت کنند...».

۲. ماده ۲۰ کنوانسیون شورای اروپا: «هر یک از دول عضو متعهد می‌شوند اقدامات قانونی یا سایر اقدامات دیگر را اتخاذ نمایند تا تضمین کنند که رفتارهای زیر، که عمداً و بدون حق ارتکاب می‌یابند، مجازات می‌شوند: تولید، ارائه، در دسترس قرار دادن، توزیع و انتقال هرزه‌نگاری کودکان، تهیه هرزه‌نگاری کودکان برای خود یا اشخاص دیگر و دستیابی آگاهانه به آن از طریق فناوری اطلاعات و ارتباطات».

۳. بند اول ماده ۹ کنوانسیون جرایم سایبری: «دولت‌های عضو مکلف‌اند تولید، توزیع، عرضه، تهیه، توزیع، انتقال، داشتن و ذخیره‌سازی مطالب هرزه‌نگاری کودکان را از طریق سیستم‌های رایانه‌ای جرم‌انگاری نمایند».

نظر به جایگاه حقوق کودکان در اسناد حقوق بشری، می‌توان گفت علاوه بر اینکه حقوق کودکان در مقابل هرزه‌نگاری به سبک‌های سنتی، یکی از مصادیق حقوق بنیادین تلقی می‌شود، همچنین حمایت از آنان در مقابل هرزه‌نگاری‌های اینترنتی نیز از جمله حقوق بنیادین است؛ چرا که امروزه اینترنت به دلیل دسترسی همگان، به عنوان ارزان‌ترین و سهل‌الوصول‌ترین ابزار در جهت تهیه، تولید، توزیع، انتشار، عرضه و فروش هرزه‌نگاری کودکان، در مقایسه با ابزارهای سنتی هرزه‌نگاری، حتی متضمن آسیب بیشتری نسبت به حقوق کودکان است. در واقع هرزه‌نگاری کودکان، «روی تاریک‌تر اینترنت در جهت کاربری نامشروع از شبکه‌های اطلاعات است» (ویلیمز، ۱۳۹۱: ۴۶). بنابراین یکی از مهم‌ترین تدابیری که در فضای مجازی جهت مقابله با چنین رویکردی اتخاذ می‌شود، پالایش محتواهای مربوط به هرزه‌نگاری کودکان است؛ به طوری که چنین محتواهایی، به دلیل انزجار عمومی تقریباً در تمامی کشورهای دنیا پالایش می‌گردند.

۱-۲-۲. حقوق اشخاص در مقابل تبعیض

حمایت اشخاص در مقابل تبعیض نیز از جمله حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین محسوب می‌گردد. وجود اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای متعدد که بر اهمیت حق برخورداری از عدم تبعیض و ضرورت برخورد کرامت‌مدار دولت‌ها با همه شهروندان تصریح کرده‌اند، نظیر ماده ۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر،^۱ بند ۲ ماده ۲۰ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی،^۲ ماده ۴ کنوانسیون «رفع هر نوع تبعیض نژادی»،^۳ پروتکل الحاقی کنوانسیون جرایم سایبری در مورد «ارتکاب اعمال نژادپرستانه و بیگانه‌ستیز از طریق سیستم‌های رایانه‌ای» و...، حاکی از اساسی قلمداد شدن این حق است.

۱. ماده ۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر: «هر کس می‌تواند بدون هیچ گونه تمایز، مخصوصاً از حیث نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقیده سیاسی یا هر عقیده دیگر و همچنین ملیت، وضع اجتماعی، ثروت، ولادت یا هر موقعیت دیگر، از تمام حقوق و آزادی‌هایی که در اعلامیه حاضر ذکر شده است، بهره‌مند گردد».

۲. بند ۲ ماده ۲۰ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی: «هر گونه ترغیب به تفرقه ملی، نژادی، مذهبی که محرک تبعیض یا مخاصمه یا اعمال زور باشد، به موجب قانون ممنوع است».

۳. ماده ۴ کنوانسیون رفع هر نوع تبعیض نژادی: «... دول عضو باید برای ریشه‌کن ساختن هر قسم تبعیض نژادی، سریعاً تدابیر لازم را اتخاذ نموده و... نشر هر نوع افکار مبتنی بر تفوق یا نفرت نژادی و تحریک به تبعیض نژادی... را جرم‌انگاری نمایند».

اهمیت این حق باعث شده که بیشتر کشورها از جمله «کشورهای اروپایی و آمریکایی، جرایمی را که با انگیزه‌های نژادپرستانه ارتکاب می‌یابد، جرم نفرت‌آلود قلمداد کرده» (دارابی، ۱۳۹۵: ۵۶) و انگیزه مجرم را موجب تشدید مجازات بدانند؛ زیرا جرایم نفرت‌محور در مقایسه با جرایم دیگر، آثار مخرب‌تری دارند و علاوه بر ایجاد صدمات جسمی و روانی بر قربانی مستقیم جرم و ایجاد حس عدم امنیت در اعضای گروه متعلق به بزه‌دیده، چه بسا «موجب تحریک انتقام در گروه بزه‌دیده یا گروه‌های اقلیت شده و به دلیل تشدید تنش‌ها در جامعه، موجی از آسیب‌های اجتماعی، سیاسی و اقتصادی» (صادقی، ۱۳۹۵: ۱۹۷-۱۹۸) را ایجاد نمایند.

طبیعی است که استفاده از قابلیت رسانه‌ها در ترویج مستقیم یا غیر مستقیم تبعیض نسبت به گروه‌های خاص و «در نظر گرفتن آنان به مثابه شهروندان غیر خودی و درجه دو» (طهران طرقي، ۱۳۹۵: ۲۰)، به آثار سوء اقدامات تبعیض‌آمیز دامن می‌زند. از این بین، پیامدهای بهره‌گیری از فضای مجازی جهت اشاعه تفر و تبعیض، به دلیل تعاملی بودن آن، «ناشناس ماندن نسبی مرتکبان این فضا و جهانی بودن گستره ارتکاب بزه در آن» (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۵: ۱۳) به مراتب زیانبارتر است.

استفاده از ظرفیت‌های این فضا توسط مرتکبان اعمال نژادپرستانه و نفرت‌آلود در ترویج تفر و تبعیض باعث شده است که دولت‌ها به تاسی از اسناد حقوق بشری، در راستای حمایت قربانیان در مقابل تبعیض، محتواهایی از این دست را غیر قابل دسترس سازند و این رویکرد آنان شاید بتواند توجیه معتبری جهت اعمال پالایش فضای مجازی قلمداد شود.

۱-۲-۳. حقوق صاحبان مالکیت فکری

هرچند دو حق پیش‌گفته در مقایسه با حقوق مالکیت‌های فکری، از جایگاه مهم‌تری برخوردارند، ولی این حق هم در برخی اسناد بین‌المللی همچون بند دوم ماده ۲۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر،^۱ بند اول ماده ۱۵ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی،

۱. بند دوم ماده ۲۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر: «هر کس حق دارد از حمایت منافع معنوی و مادی آثار علمی، فرهنگی یا هنری خود برخوردار شود».

اجتماعی و فرهنگی،^۱ بند دوم ماده ۱۷ منشور حقوق اساسی اتحادیه اروپا^۲ و... مورد حمایت قرار گرفته است و شاید بتوان آن را از جمله حقوق بنیادین تلقی نمود؛ گرچه در این خصوص، نظرات مخالفی نیز وجود دارد (ر.ک: جوانی، ۱۳۸۲: ۲۳۱). در واقع محتوایی که ناقض حقوق مالکیت فکری می‌باشد، هرچند به خطرناکی محتوای قبلی نیست، ولی چنانچه اقدامات پالایش کارایی کافی جهت حمایت از این حقوق را داشته باشد، شاید بتواند موجه ارزیابی شود.

۲. اصول پالایش عادلانه

اعمال پالایش در حمایت از برخی مصادیق حقوق بنیادین، با محدودیت‌هایی برای حقوق دیگر همراه است. ایجاد تعادل و موازنه بین این مداخلات از یک‌سو و حقوق بنیادین از سوی دیگر، مستلزم این است که اعمال پالایش از اصول و شرایطی تبعیت کند که رعایت آن اصول طبق اسناد حقوق بشری اعم از جهانی و منطقه‌ای، در تحمیل هر گونه اقدامات محدودکننده بر حقوق بنیادین الزامی است.

گفتنی است که اسناد حقوق بشری، حاصل رشد فکری و همچنین نتیجه سال‌ها مبارزه بی‌وقفه نوع بشر هستند. بدیهی است هنجارها و قواعد مندرج در این اسناد، که راجع به شرایط اعمال محدودیت بر آزادی‌های بنیادین هستند، نیز بخشی از نظام بین‌الملل حقوق بشر محسوب شده و دول عضو مکلف‌اند در نظام حقوق داخلی خود به الزامات ناشی از آن‌ها گردن نهند. از این رو به منظور تضمین حقوق شهروندان به ویژه حق آزادی بیان و حق زندگی خصوصی آن‌ها و جهت خودسرانه قلمداد نشدن مداخلات دولت‌ها بر این حقوق، اعمال محدودیت در اینترنت و فضای مجازی باید با رعایت اصول مندرج در اسناد مذکور صورت گیرد. در واقع اعمال پالایش «باید با رعایت حقوق و آزادی‌های مدنی و سیاسی مردم به اجرا گذاشته شود تا بتواند جنبه

۱. بند اول ماده ۱۵ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی: «دول عضو این میثاق، حق هر کس را در امور زیر به رسمیت می‌شناسد: ... ج- بهره‌مند شدن از حمایت منافع معنوی و مادی ناشی از هر گونه اثر علمی، ادبی یا هنری که مصنف (یا مخترع) آن است».

۲. بند دوم ماده ۱۷ منشور حقوق اساسی اتحادیه اروپا: «هر کس حق مالکیت، بهره‌برداری، انتقال و به‌ارث گذاشتن دارایی‌هایی را که به صورت مشروع کسب کرده است، دارد...».

عادلانه به خود بگیرد» (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۴: ۵۶۹) و این امر زمانی محقق می‌شود که دولت‌ها در اعمال پالایش به اصول مصرح در اسناد حقوق بشری ملزم باشند.

در این اسناد، محدودیت‌های حقوق بشری به دو شیوه مختلف پیش‌بینی شده‌اند. در برخی اسناد مثل اعلامیه جهانی حقوق بشر (بند ۲ ماده ۲۹)^۱ محدودیت‌ها به طور کلی در یک ماده احصا شده‌اند، ولی در اسنادی همچون میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (بند ۲ و ۳ ماده ۱۹)^۲ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (مواد ۸ و ۱۰)^۳ و کنوانسیون آفریقایی حقوق و آزادی‌های اینترنتی (بند ۳ از اصل ۳ و نیز بند ۲ از اصل ۸)^۴ پس از به رسمیت شناخته شدن هر یک از حقوق بنیادین، محدودیت‌های مربوط به آن

۱. بند ۲ ماده ۱۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر: «هر کس در اجرای حقوق و استفاده از آزادی‌های خود، فقط تابع محدودیت‌هایی است که به وسیله قانون صرفاً جهت شناسایی و رعایت حقوق و آزادی دیگران وضع شده است تا مقتضیات صحیح اخلاقی، نظم عمومی و رفاه همگانی در یک جامعه مردم‌سالار تأمین گردد».

۲. ماده ۱۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی: «بند ۲- هر کس حق آزادی بیان دارد... بند ۳- اعمال حقوق مذکور در بند ۲ این ماده، مستلزم حقوق و مسئولیت‌های خاص است؛ فلذا ممکن است تابع محدودیت‌های معینی بشود که در قانون تصریح شده و برای امور زیر ضرورت داشته باشد: احترام به حقوق یا حیثیت دیگران، حفظ امنیت ملی یا نظم عمومی و حفظ سلامت یا اخلاق عمومی».

۳. ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، در صورتی مداخله در «حق زندگی خصوصی» را مجاز می‌داند که: «مداخلات منطبق بر قانون باشد و در یک جامعه مردم‌سالار به دلایل زیر ضروری تشخیص داده شود: حفظ امنیت ملی، ایمنی عمومی یا رفاه اقتصادی کشور، پیشگیری از هرج و مرج و ارتکاب جرایم، حمایت از سلامت و اخلاقیات یا حفظ حقوق سایرین».

بند دوم ماده ۱۰ کنوانسیون مزبور نیز مقرر می‌دارد: «از آنجا که اعمال حق آزادی بیان با وظایف و مسئولیت‌هایی همراه است، فلذا ممکن است نیازمند تشریفات، شرایط، محدودیت‌ها یا مجازات‌هایی باشد که به وسیله قانون مقرر شده و در یک جامعه مردم‌سالار به منظور اهداف زیر ضروری باشد:

- حفظ امنیت ملی، تمامیت ارضی یا ایمنی عمومی، پیشگیری از هرج و مرج یا ارتکاب جرایم، حمایت از سلامتی و اخلاقیات مردم، حمایت از آبرو یا حقوق سایرین یا جلوگیری از افشای اطلاعات محرمانه، حفظ اقتدار و بی‌طرفی دستگاه قضا».

۴. بند ۳ از اصل ۳ کنوانسیون آفریقایی حقوق و آزادی‌های اینترنتی: «حق آزادی بیان نباید در معرض هیچ محدودیتی باشد، جز آنکه به موجب قانون و برای اهداف مشروع باشد، در یک جامعه دموکراتیک ضروری و متناسب باشد و منطبق با استانداردهای بین‌المللی حقوق بشری باشد».

بند ۲ از اصل ۸ کنوانسیون مزبور: «حق حریم خصوصی اینترنتی نباید در معرض هیچ محدودیتی باشد، جز آنکه به موجب قانون مقرر شده و یکی از اهداف مشروع مندرج در قوانین بین‌المللی حقوق بشر را (نظیر اصل ۳ این بیانیه) دنبال نماید و جهت تعقیب هدف مشروع ضروری و متناسب باشد».

حق نیز به طور خاص در همان ماده قید شده‌اند.

طبق این اسناد، اصول لازم برای اعمال محدودیت بر آزادی‌های بنیادین عبارت‌اند از: «منحصراً باید به موجب قانون اعمال شود، یکی از اهداف مشروع پیش‌بینی شده در این اسناد را دنبال نماید و در یک جامعه دموکراتیک ضروری و متناسب باشد» (Article 19¹, 2016: 23).

در ادامه با عنایت به اسناد حقوق بشری، اصول پالایش عادلانه با هدف جلوگیری از نقض حقوق بنیادین ارائه خواهند شد.

۱-۲. اصل قانونی بودن محدودیت‌ها

تحلیل هر گونه محدودیت بر قلمرو آزادی شهروندان باید منطبق بر قانون باشد. پالایش نیز به عنوان یکی از روش‌های اعمال محدودیت بر آزادی افراد، از این قاعده مستثنا نخواهد بود. بدیهی است بسنده نمودن به مفاهیم کلی و فقدان ضابطه روشن مبنی بر اعمال محدودیت در قانون، زمینه مساعدی را جهت تفاسیر متعدد و در نتیجه تحمیل محدودیت‌های گسترده و ناموجه بر شهروندان مهیا خواهد نمود. از این رو ضروری است که قانون متضمن محدودیت، قابل فهم بوده و کلی و عام نباشد. همچنین باید محتوای غیر قانونی را به طور شفاف و با تعیین مصداق اعلام نماید.

در سطح بین‌المللی جهت تحلیل شرایط محدود نمودن آزادی‌های بنیادین، از مفهوم «قانون» دو برداشت متفاوت شده است؛ مثلاً در کمیته حقوق بشر و همچنین دادگاه اروپایی حقوق بشر، مفهوم ماهوی و موسع قانون مدنظر قرار گرفته است که علاوه بر قانون در معنای خاص کلمه، شامل مصوبات دیگر قوا و حتی رویه قضایی نیز می‌شود. در حالی که دادگاه آمریکایی حقوق بشر، مفهوم شکلی و مضیق آن را مورد توجه قرار داده است (کوچ‌نژاد، ۱۳۸۳: ۱۷۵).

به نظر می‌رسد برداشت مضیق از قانون جهت تضمین حقوق کاربران و جلوگیری از سوءاستفاده سایر مقامات مناسب‌تر باشد. در واقع، واگذاری اختیار پالایش به مراجع

۱. یک سازمان حقوق بشری در انگلستان است که دارای وظایف خاصی در جهت دفاع و ارتقای آزادی بیان و اطلاعات در سراسر جهان است. این سازمان نام خود را از ماده ۱۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر گرفته است و مقاله فوق، حاصل تحقیقات انجام‌یافته در سازمان مزبور است.

اداری یا قضایی،^۱ حقوق شهروندان را بیشتر در معرض تضییع قرار می‌دهد. از این رو لازم است پالایش، به موجب قانون مصوب مجلس مقرر شود. علاوه بر آن، جهت مهار قانون‌گذار در سوءاستفاده از اختیارات خود در اعمال پالایش، توسل به قانون در محدود نمودن دایره آزادی شهروندان باید بر مبنای ضوابطی استوار باشد تا ضمن نظام‌دهی به فعالیت‌های اینترنتی، حقوق بنیادین را نقض نکند. برخی این ضوابط را چنین برشمرده‌اند: ضابطه ضرر، پدرسالاری قانونی، اخلاق‌گرایی (ر.ک: محمودی‌جانکی، ۱۳۸۲: ۱۸۷). ضرر از مهم‌ترین این ضوابط است. مطابق با این ضابطه:

«انسان به خاطر هیچ عملی قابل مؤاخذه نمی‌باشد، به شرطی که عمل او به منافع کسی جز خودش آسیب نرساند» (Mill, 1859: 86).

اقدام ضرررسان ممکن است متضمن ضرر برای دیگران یا جامعه باشد و یا موجب ضرر به خود فرد شود. ممنوعیت مورد اخیر در قالب ضابطه پدرسالاری خواهد بود که بر اساس آن، آزادی افراد به منظور محافظت آن‌ها در برابر اعمال زیانبار خودشان محدود می‌شود. علاوه بر دو ضابطه فوق، در کلیه نظام‌های سیاسی، قانون‌گذاران با تکیه بر ضابطه اخلاق‌گرایی، رفتارهایی را که با اصول اخلاقی مباینت شدید دارد، غیرمجاز اعلام می‌دارند. البته در بیشتر موارد، اعمال غیر اخلاقی ضمناً موجب اضرار به غیر یا ضرر به خود فرد نیز می‌شود؛ به طوری که با معیار ضرر یا ضابطه پدرسالاری همپوشانی پیدا می‌کند. بنابراین مداخله حاکمیت به آن حیثه، مناقشه‌ای بین حقوق‌دانان برنمی‌انگیزد. آنچه مناقشه‌برانگیز است، اعمال محدودیت بر رفتارهایی است که صرفاً غیر اخلاقی بوده و فاقد هر گونه ضرر اعم از ضرر به خود یا دیگران باشد. بدیهی است حقوق‌دانان که مداخله حداکثری بر حقوق شهروندان را برنمی‌تابند، توسل بی‌رویه قانون‌گذاران به این ضابطه و در نتیجه توسعه قلمرو پالایش را محکوم می‌کنند.

اگر قانون‌گذار در تدوین قوانین مرتبط با تعیین فهرست مصادیق مجرمانه، ضابطه

۱. ماده ۲۱ قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸، تعیین فهرست مصادیق مجرمانه جهت اعمال پالایش را به کارگروه تعیین مصادیق مجرمانه که هیئتی متشکل از مسئولان ارگان‌های مختلف اعم از قضایی و اجرایی است، محول کرده است.

ضرر را مبنا قرار دهد و به دو ضابطه دیگر جز در موارد استثنایی رغبتی نشان ندهد، چنین قانونی همان کیفیتی را خواهد داشت که حقوق دانان انتظار دارند؛ زیرا گستره پالایش مبتنی بر آن قانون، دامنه محدود داشته و در نتیجه آزادی شهروندان را کمتر تضعیف خواهد کرد. شاید به این دلیل است که پالایش هرزه نگاری کودکان که عمدتاً بر مبنای ضابطه ضرر است، تقریباً مورد اجماع تمامی کشورهای دنیا بوده و مقاومت حقوق دانان مدافع آزادی را برنمی انگیزد.

۲-۲. اصل هدف مشروع

اعمال پالایش باید در جهت وصول به یک یا چند مورد از اهدافی باشد که آن اهداف در اسناد بین المللی و گاه در قوانین داخلی کشورها، جهت تحمیل هر گونه محدودیت بر حقوق اساسی شهروندان، به عنوان هدف مشروع مورد تأکید قرار گرفته اند. روشن است به صرف پیش بینی هدف یا اهدافی در اسناد بین المللی، پالایش فضای مجازی در جهت تعقیب آن موجه نخواهد بود، مگر اینکه بر اساس مطالعات متخصصان امر، پالایش در وصول بدان هدف عملاً کارآمد بوده و هدف مورد نظر، با روش های کمتر مداخله کننده، قابل وصول نباشد.

در این زمینه، اهداف مشروع مندرج در برخی اسناد مهم حقوق بشری قابل ذکر هستند.

طبق ماده ۱۹ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، جهات تحدید آزادی بیان عبارت اند از:

«احترام به حقوق یا حیثیت دیگران، حفظ امنیت ملی یا نظم عمومی و حفظ سلامت یا اخلاق عمومی».

ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نیز در صورتی مداخله در حق زندگی خصوصی را مجاز می داند که:

«به منظور حفظ امنیت ملی، ایمنی عمومی یا رفاه اقتصادی کشور، پیشگیری از هرج و مرج و ارتکاب جرایم و نیز برای حمایت از سلامت و اخلاقیات یا حفاظت از حقوق سایرین باشد».

ماده ۱۰ کنوانسیون مزبور برای توجیه محدودیت در حق آزادی بیان، علاوه بر جهات ذکر شده در ماده فوق، «حفظ تمامیت ارضی، حمایت از آبروی دیگران یا جلوگیری از افشای اطلاعات محرمانه و حفظ اقتدار و بی طرفی دستگاه قضا» را نیز اضافه می‌نماید.^۱

بسته به کنوانسیون‌هایی که کشور فیلترکننده عضو آن است و نیز بسته به نوع حقی که محدود می‌شود، لازم است بررسی شود پالایش در هر مورد، کدامین هدف مشروع یادشده در اسناد بین‌المللی را می‌تواند دنبال نماید. بدیهی است چنانچه ادعا کنیم با پالایش فضای مجازی می‌توان به همه اهداف مشروع مندرج در اسناد حقوق بشری دست یافت، قطعاً به خطا رفته‌ایم. بنابراین برخی از اهداف مذکور همچون حمایت از حقوق دیگران، حمایت از سلامت و اخلاقیات مردم و پیشگیری از وقوع جرم، از جمله اهدافی هستند که با اعمال پالایش کارآمد و بر اساس شرایطی که در ادامه مقاله بدان اشاره خواهیم نمود، شاید قابل وصول باشند.

۲-۲-۱. حمایت از حقوق دیگران

در برخی موارد، اقدام به پالایش در راستای حمایت از حقوق دیگران است. این هدف در اسناد بین‌المللی مذکور در فوق به عنوان هدف مشروع قلمداد شده است. در این خصوص، پالایش می‌تواند در جهت حمایت از منافع کاربران، ارائه‌دهندگان خدمات اینترنتی، قربانیان جرم و دارندگان حقوق مالکیت فکری باشد.

«پالایش هزینه‌نامه به منظور حمایت از سیستم خدمات اینترنتی» (Bitso, 2014: 41) و جهت حفظ موجودیت و کیفیت خدمات ایمیل صورت می‌پذیرد. پس می‌توان گفت که هرچند پالایش هزینه‌نامه از یک طرف ممکن است آزادی مخابرات و حتی حق زندگی خصوصی کاربران توزیع‌کننده هزینه‌نامه را در معرض خطر قرار دهد، ولی از طرف دیگر به نفع حمایت از آزادی مخابرات گروه دیگری از کاربران بوده و هدف آن مطابق با اسناد فوق، مشروع قلمداد می‌گردد.

چنانچه هدف از پالایش شبکه‌های وب، جلوگیری از دسترسی مردم به فایل‌هایی

۱. متن مواد این اسناد حقوق بشری، در پاورقی صفحات پیش ذکر شده است.

باشد که حقوق مالکیت فکری همچون صنعت موزیک و فیلم را نقض می‌کنند، چه بسا این اقدام علی‌رغم ایجاد محدودیت در حق آزادی بیان و حق زندگی خصوصی، حمایت از حقوق دیگران قلمداد گردد.

یکی دیگر از مصادیق پالایش که می‌تواند حمایت از حقوق دیگران تعبیر گردد، فیلتر نمودن تصاویر کودکان قربانی سوءاستفاده‌های جنسی یا قربانیان مربوط به تبعیض و تنفر نژادی است؛ با این هدف که شاید با مکتوم نمودن چهره قربانی ضمن حمایت معنوی از آن‌ها، از سوءاستفاده‌های دیگر کاربران از قربانیان این جرایم جلوگیری شود. در این موارد، «گزارشگر ویژه سازمان ملل نیز پالایش محتوا را موجه ارزیابی نموده است» (Article 19, 2016: 13).

می‌توان اذعان نمود که بدون بررسی نظر متخصصان امر، شهروندان، قربانیان جرم که تصویرشان منتشر می‌شود، همچنین نظر کسانی که تصادفاً چنین تصاویری را مشاهده می‌کنند و کسانی که به قصد دیدن این تصاویر، آن‌ها را جستجو می‌نمایند، نمی‌توان از تأمین منافع قربانیان این جرایم به علت اعمال پالایش اطمینان حاصل نمود.

۲-۲-۲. حمایت از سلامت روانی و اخلاقیات مردم

در بیشتر موارد، هدف از پالایش، حمایت از اخلاقیات یک جامعه می‌باشد. این هدف نیز در اسناد فوق‌مورد تأکید قرار گرفته است و از طریق جلوگیری مردم و به‌ویژه افراد آسیب‌پذیر جامعه، از دسترسی به محتوای غیر اخلاقی تعقیب می‌شود. از آنجا که الزامات اخلاقی در زمان و مکان متغیر می‌باشد، بنابراین تردیدی نیست که محتوای غیر اخلاقی با توجه به الگوهای داخلی، توسط هیئت حاکمه تعیین می‌شود. بر اساس دیدگاه دادگاه اروپایی حقوق بشر، «در خصوص اظهار نظر در زمینه الزامات اخلاقی، مقامات داخلی نسبت به قضات بین‌المللی در موقعیت بهتری قرار دارند»^۱. در واقع، مفهوم اخلاق در یک جامعه دموکراتیک بر اساس طرز تلقی اکثریت شهروندان آن جامعه و توسط مقامات داخلی مشخص می‌گردد. بنابراین اگر جامعه بر

1. Handyside v. the United Kingdom, (Application No. 5493/72), 7 December 1976, Available at: <<https://hudoc.echr.coe.int>>, Visited: 10/7/2020.

این اعتقاد باشد که باید با برخی محتواها به دلیل مغایرت با اخلاق عمومی مبارزه شود یا بر این باور باشد که مردم باید از دیدن چنین محتواهایی بازداشته شوند، پالایش آن محتواها شاید بتواند از اخلاقیات جامعه و نیز سلامت روانی شهروندان حمایت کند. در واقع «تعیین محتوای غیر اخلاقی بر اساس دیدگاه اکثریت نسبی جامعه، هم به تصمیم گرفته شده مشروعیت و اعتبار می‌بخشد و هم کارآمدی قاعده را افزایش می‌دهد» (محمودی جانکی، ۱۳۸۳: ۷۹۵)؛ چرا که «عبور از پالایش را به امری مذموم بدل کرده و یک تعهد درونی و همچنین نظارت از درون خانواده مخصوصاً برای کاربران با سنین پایین مهیا می‌کند» (سعد، ۱۳۹۴: ۱۵۹)؛ ضمن اینکه از دسترسی تصادفی افراد به محتواهای غیر اخلاقی مخل سلامت روانی آنان جلوگیری کرده و در نتیجه رسیدن به هدف پالایش را عملی‌تر خواهد کرد.

لازم به ذکر است که گاه نسبی بودن مفهوم اخلاق، موجب سوءاستفاده برخی دولت‌ها در توسیع دامنه اخلاق جهت به انزوا کشیدن مخالفان و مداخله بیش از مقدار نیاز در حق آزادی بیان و اطلاعات و نیز حق حریم خصوصی افراد می‌شود. از این رو برخی، «حمایت از اخلاق را توجیه شایسته و معتبری برای اعمال پالایش تلقی نمی‌کنند» (Callanan & Etc., 2009: 188). با این حال، رعایت اجماع نسبی در تعیین قلمرو محتواهای غیر اخلاقی و «اکتفای دولت‌ها به پالایش حداقلی پایگاه‌ها و شبکه‌های اجتماعی که در مجموع، محتواهای غیر اخلاقی آن‌ها بر محتواهای اخلاقی غلبه می‌کند» (رحمتی و شهریار، ۱۳۹۶: ۱۷) می‌تواند بین این هدف پالایش مبنی بر صیانت از کیان اخلاق و حقوق بنیادین فوق، تعادل ایجاد نماید.

۲-۲-۳. حفظ امنیت

تأمین امنیت از جمله اهداف مشروعی است که در هر سه سند مقرر در فوق، تصریح شده است و می‌تواند ایجاد محدودیت در حق آزادی بیان و اطلاعات یا حق حریم خصوصی را موجه جلوه دهد. تردیدی نیست که به کارگیری اینترنت در ارتکاب برخی جرایم همچون جاسوسی و تروریسم سایبری، امنیت هر کشور را به شکل گسترده‌تری در معرض مخاطره قرار می‌دهد و شاید این گونه به نظر رسد که اعمال

پالایش به منظور مقابله با چنین اقداماتی، می‌تواند در تأمین امنیت مؤثر واقع شود. در حالی که اقدامات محل امنیت عمدتاً به شکل فرامرزی، سازمان‌یافته و توسط افرادی با مهارت‌ها و توان علمی بسیار بالا رخ می‌دهند و پالایش که فقط در محدوده فضای سایبری داخل کشورها اعمال می‌گردد، نمی‌تواند راهکار مناسبی در این زمینه تلقی گردد.

۴-۲-۲. هدف پیشگیری

یکی از مهم‌ترین اهدافی که با پالایش فضای مجازی دنبال می‌شود، هدف پیشگیری است. این هدف در دو زمینه پیشگیری، اعم از پیشگیری از بزهکاری کاربران و پیشگیری از بزه‌دیدگی آنان، قابل بحث است. فرض بر این است که پالایش، با داشتن قابلیت‌هایی همچون امکان جلوگیری از انتشار فنون ارتکاب جرم، از تقلید اسلوب ارتکاب جرم توسط کاربران ممانعت به عمل می‌آورد. نیز پالایش با سخت‌تر کردن آماج جرم، شاید بتواند از بزه‌دیدگی برخی کاربران پیشگیری نماید. تأثیر پالایش در کاهش تحریک به ارتکاب جرم می‌تواند در هر دو زمینه پیشگیری مؤثر واقع شود.

ظهور اینترنت به علت فراهم آوردن ارتباطات بدون مرز «فرصت‌های جزایی مناسب‌تری جهت ارتکاب جرم در اختیار کاربران مستعد بزهکاری قرار می‌دهد» (Reyns & Henson, 2013: 311) که چه بسا بدون وجود فضای مجازی، این جرایم به منصفه ظهور نمی‌رسید یا حداقل به این سرعت و وسعت امکان تحقق پیدا نمی‌کرد. امروزه با بهره‌گیری از اینترنت، گروه‌های مجرمانه با افراد زیادی در نقاط مختلف جهان ارتباط برقرار کرده و الگوهای مجرمانه خود را ارائه می‌دهند و کاربران در اثر معاشرت با این گروه‌ها، فنون ارتکاب جرم را آموخته و تقلید می‌نمایند. از این رو «دولت‌ها که همواره در حال مطالعه و تجربه‌اندوزی برای مصون‌سازی آماج بالقوه و اتخاذ راهکارهای مناسب در مقابل این تهدیدها هستند» (نجفی ابرنآبادی، ۱۳۸۸: ۱۱)، از پالایش صفحات مجرمانه و غیر قابل دسترس نمودن محتویاتی که به آموزش جرم در فضای مجازی می‌پردازند، به عنوان شگردی «جهت انگیزه‌زدایی از تقلید و دنباله‌روی» (ابراهیمی، ۱۳۹۳: ۱۰۱/۱) در ارتکاب جرم بهره می‌برند تا بلکه بتوانند از تقلید فنون ارتکاب

جرم و در نتیجه وقوع آن پیشگیری نمایند؛ تا جایی که تقریباً همه دولت‌ها «حتی دموکراسی‌های آزادی‌خواه نیز به منظور پیشگیری از جرم، اعمال تدابیر پیچیده پالایش را جهت محدود نمودن دسترسی به اینترنت انکار نمی‌کنند» (Breindl & Etc., 2015: 3). همچنین متولیان پالایش در تلاش‌اند تا از طریق ایجاد محدودیت در دستیابی به برخی منابع اینترنتی، که با لحاظ مؤلفه‌های فرهنگی، مذهبی، اخلاقی و... از جمله مصادیق مجرمانه شناخته می‌شوند، مانع از رویارویی مجرمان و قربانیان بالقوه شده و در واقع با دشوارسازی آماج جرم، فرصت دسترسی به آنان را سلب نموده و از بزه‌دیدگی آنان پیشگیری نمایند؛ مثلاً با پالایش وبگاه‌های تبلیغاتی که بدافزارها را در قالب فایل مورد نظر کاربر پنهان نموده و قربانیان را طعمه خود می‌سازند، سعی می‌شود از دسترسی به آماج جلوگیری شده و در نتیجه خطر بزه‌دیدگی‌های برخاسته کاهش داده شود.

کاهش تحریک به ارتکاب جرم، از دیگر قابلیت‌های پالایش در جهت پیشگیری است؛ بدین شرح که گاه وجود برخی محتوای مجرمانه، کاربران را به وقوع جرم وسوسه می‌کند و چه بسا اگر عامل تحریک‌کننده نمی‌بود، آنان مرتکب جرم مورد نظر نمی‌شدند؛ مثلاً وجود محتوای مربوط به هرزه‌نگاری به ویژه هرزه‌نگاری کودکان و دسترسی اتفاقی یا عمدی کاربران به آن، باعث می‌شود حتی افرادی که منحرف جنسی نیستند، به علت تعقیب مرتب تصاویری در این خصوص، به ارتکاب خشونت‌های جنسی برخاسته علیه کودکان رغبت پیدا کنند. از این رو مسدودسازی محتویات مربوط به هرزه‌نگاری، به دلیل کاهش وسوسه‌های ارتکاب جرم، ضمن پیشگیری از ارتکاب جرم، می‌تواند دلیل منطقی برای به کارگیری این ابزار در جهت تقلیل بزه‌دیدگی کودکان قلمداد گردد.

۲-۳. اصل ضرورت در جامعه دموکراتیک

یکی از اصول لازم برای اعمال پالایش، «اصل ضرورت» است. بر اساس این اصل، از میان تدابیر متعددی که می‌تواند اهداف مشروع پیش‌گفته را تأمین نماید، باید روشی انتخاب گردد که آسیب کمتری به حقوق و آزادی‌های افراد می‌زند. همچنین

آن تدبیر باید مقتضای یک جامعه دموکراتیک باشد. نظر به فقدان معیاری جهت تشخیص اصل ضرورت، محدودیت‌هایی که برای یک جامعه دموکراتیک ضروری است، توسط حکومت‌ها معین می‌شود، اما به منظور جلوگیری از تفاسیر ضد حقوق بشری دولت‌ها از مصادیق محدودیت، تعریف آن‌ها تا جایی معتبر است که با مؤلفه‌های یک جامعه دموکراتیک مندرج در اسناد بین‌المللی منطبق باشد. با توجه به رویه قضایی غنی دادگاه اروپایی حقوق بشر در این خصوص و در راستای جلوگیری از سوءاستفاده حکومت‌ها، می‌توان از تحلیل دادگاه در تشریح این اصل الهام گرفت. بر اساس رأی دادگاه، «اصل ضرورت متضمن دو رکن است: اول اینکه هر اقدام محدودکننده باید در پاسخ به نیاز مبرم یک جامعه اتخاذ شود. دوم اینکه اقدامات اتخاذی متناسب با هدف مشروع باشد»^۱.

۲-۳-۱. پاسخ پالایش به نیاز اساسی جامعه

با توجه به هر یک از اهداف مشروع پیش‌گفته، پالایش باید کارایی کافی را جهت پاسخ به نیاز جدی جامعه‌ای که در آن اجرا می‌شود، داشته باشد. به منظور احراز این شرط در بیشتر موارد باید مطالعات و بررسی‌های کارشناسانه‌ای انجام شود تا پس از روشن شدن ابهاماتی که بدان اشاره خواهد شد، از کارکرد پالایش اطمینان حاصل شود. با پالایش هزینه‌نامه، روزانه حجم عظیمی از هزینه‌نامه‌ها فیلتر می‌شود و این امر باعث می‌شود که هم خدمات ایمیل کارکرد خود را همچنان حفظ نمایند و هم نیاز بیشتر کاربران اینترنتی از جهت آزادی مخابرات رفع گردد، پس به نظر می‌رسد که این اقدام، مطابق با الزام فوق باشد.

در اینکه آیا اجرای پالایش با هدف حمایت از صاحبان حقوق مالکیت معنوی، می‌تواند با نیاز اساسی جامعه منطبق باشد، تردید وجود دارد. بدین جهت که «پالایش P2P^۲

1. Case of Sunday Times v. the United Kingdom, 26 April 1979, (Application No. 6538/74), Quoted by: Callanan, Cormac & Etc., Internet Blocking Balancing Cybercrime Responses in Democratic Societies.

۲. نام گونه‌ای از شبکه‌های رایانه‌ای است که در آن، رایانه‌های همه در یک سطح کار می‌کنند... و هیچ دستگاهی برای مدیریت در مرکز شبکه وجود ندارد (<<https://www.digitalcitizen.life>>).

موجب می‌شود که کاربران در فاصله زمانی کوتاه با رمزگذاری فعالیت خود در اینترنت، از هر گونه نظارت بر محتوا و در نتیجه پالایش آن جلوگیری نمایند» (Callanan & Etc., 2009: 192). پالایش وب نیز به راحتی توسط کاربران یا صاحبان وبگاه دور زده می‌شود. در نتیجه پالایش با این هدف، عملاً کارایی لازم را نخواهد داشت.

در زمینه پالایش با هدف حمایت از قربانیان باید دو نکته را مدنظر قرار داد: اول اینکه در تصاویری که چهره قربانیان مشخص نیست، جهت اعمال پالایش نمی‌توان به این توجیه متوسل شد و دوم اینکه برخی اقدامات دیگر از جمله تسهیل شکایت علیه مجرمان و فراهم نمودن زمینه‌ای جهت اعلام جرم توسط شهروندان،^۱ تقویت تحقیقات جهت پیدا کردن قربانیان جرم و ارائه خدمات لازم به منظور تسکین آلام آنان در راستای جبران خسارات مادی، معنوی و حتی عاطفی،^۲ یافتن مرتکبان اعم از تهیه کنندگان تصاویر مورد نظر و منتشرکنندگان آنها به منظور تعقیب و مجازات آنان، در تأمین منافع قربانی مؤثرتر از پالایش به نظر می‌رسد.

در خصوص حمایت از سلامت و اخلاقیات جامعه، باید بررسی شود که آیا از نظر عموم مردم، منع مردم از دسترسی به محتوای غیر اخلاقی در اولویت است یا بسیج مردم به گزارش جرایمی که آن محتواها را تبلیغ می‌نمایند؟ همچنین معلوم گردد درصد جمعیتی که در این خصوص نیاز به حمایت دارند، چقدر است؟ آیا پالایش در محافظت از این افراد مؤثر است یا خیر؟ نیز بررسی شود میزان محتواهای غیر اخلاقی که هنوز در ردیف محتوای غیر قانونی قرار نگرفته و فیلتر نشده است، چقدر است؟

در مورد پیشگیری از بزهکاری و بزه‌دیدگی کاربران، باید درصد احتمالی افرادی که با اعمال پالایش ممکن است از مسیر مجرمانه روی برتابند، بررسی شود و نیز تحقیق شود آیا کسانی که با دسترسی به محتوای مجرمانه، به ارتکاب جرم گرایش پیدا کرده‌اند، در صورت مسدود بودن آن محتوا، به هیچ وجه مرتکب آن جرم نمی‌شدند؟

۱. در این راستا، اتحادیه اروپا یک خط تلفن ویژه (hotline) جهت دریافت گزارشات مردمی از وجود چنین محتواهایی اختصاص داده که مورد استقبال کاربران قرار گرفته است (Bashir & Nasrollahi, 2018: 21).

۲. به شرحی که در اعلامیه «اصول اساسی عدالت برای قربانیان جرم و سوءاستفاده از قدرت» سازمان ملل مقرر شده است.

در خصوص پیشگیری از بزه‌دیدگی نیز باید بررسی گردد ایجاد محدودیت در دسترسی به برخی منابع اینترنتی و جلوگیری از مواجهه بزه‌کاران سایبری و قربانیان بالقوه، تا چه میزانی توانسته است از بزه‌دیدگی آنان ممانعت به عمل آورد؟

در همه موارد فوق باید بررسی شود که عکس‌العمل افراد در مقابل پالایش چنین محتوایی چیست؟ آیا آن‌ها فیلترها را دور نمی‌زنند؟ یا از پروتکل‌های دیگری جهت تعقیب این تصاویر استفاده نمی‌کنند؟ به عبارت دیگر نسبت تقریبی دسترسی به محتوای غیر قانونی از طریق وبگاه‌هایی که قرار است فیلتر شوند، با میزان توزیع تقریبی آن از طریق دیگر وبگاه‌ها مقایسه گردد. در این بررسی‌ها همچنین باید روشن شود که محتواهای فیلترشده بعد از چه مدت زمان و با چه کیفیتی ممکن است دوباره ظاهر شوند؟ چنانچه ماحصل این مطالعات بتواند اثبات نماید که پالایش می‌تواند به اهداف مشروع مندرج در فوق که مورد نیاز برای یک جامعه است، دست یابد در این صورت اجرای آن مفید بوده و متضمن الزام فوق مبنی بر پاسخ به نیاز اساسی جامعه می‌باشد. در واقع بدون بررسی و شفاف‌سازی ابهامات فوق نمی‌توان به تحقق این شرط و در نتیجه ضرورت داشتن پالایش یقین حاصل نمود.

۲-۳-۲. تناسب پالایش با هدف مشروع مورد تعقیب

به منظور دستیابی به یکی از اهداف مشروع پالایش و جهت رفع نیاز اساسی جامعه، محدودیت‌های ناشی از پالایش نسبت به حقوق و آزادی‌های بنیادین باید با هدف آن متناسب باشد. بدیهی است معیار تناسب در اجرای پالایش، با توجه به هدف خاص پالایش از یک سو و کارکرد پالایش از سوی دیگر ارزیابی می‌گردد.

برای مناسب قلمداد شدن پالایش، علاوه بر اینکه باید دلایل کافی وجود داشته باشد که منفعت خاصی در خطر است و حمایت آن مستلزم مداخله از طریق پالایش است، همچنین کارکرد پالایش نیز باید مورد بررسی قرار گیرد و ثابت گردد که فناوری پالایش از لحاظ فنی قابلیت تأمین هدف مورد نظر را دارد. علاوه بر آن، «باید میزان مداخله پالایش بر حق آزادی بیان و حق حریم خصوصی مشخص شود» (Article 19, 2016: 15) و محدودیت‌های تحمیل شده بر این حقوق بتواند با حفظ منافع ناشی از آن جبران شود.

فقدان تمام یا برخی از این شرایط، به منزله نامناسب بودن پالایش و در نتیجه غیر ضروری بودن آن می‌باشد.

بدیهی است هر اقدام پالایش با توجه به هدف آن، شرایط خاصی برای مناسب قلمداد شدن می‌طلبد که به شرح زیر بررسی می‌شود:

تردیدی نیست که هزینه‌نامه، خطر واقعی برای خدمات ایمیل ایجاد می‌کند و پالایش می‌تواند از ارسال هزینه‌نامه‌های بیش از حد جلوگیری نماید. ولی با اعمال آن، حق آزادی برخی کاربران در ارسال ایمیل و بعضاً حق محرمانگی مراسلات به علت ارسال ایمیل‌های غیر قانونی محدود می‌شود. با این حال، چون این محدودیت با حفظ امکان استفاده از صندوق‌ها و پروتکل‌های ایمیل جبران می‌شود، پس چنین محدودیتی برای رسیدن به هدف مورد نظر مناسب می‌باشد.

در خصوص اعمال پالایش به منظور حمایت از حقوق مالکیت معنوی، اگر کاربران ارتباطات خود را رمزگذاری کنند، نظارت بر محتوا و پالایش آن عملاً محال شده و این بحث، سالبه به انتفای موضوع می‌شود. در صورت عدم رمزگذاری نیز می‌توان گفت که با اعمال پالایش، هزینه‌های بیشتری بر دولت و ارائه‌دهندگان خدمات اینترنتی تحمیل شده و آزادی ارتباطات و حریم خصوصی آن‌ها بیش از آنچه که برای حمایت از مالکان این حقوق لازم است، محدود می‌شود و در نهایت هم مانع از مبادله فایل‌های مورد نظر توسط کسانی که در جستجوی آن‌ها هستند، نمی‌شود. پس می‌توان گفت که اعمال پالایش در این خصوص نمی‌تواند با هدف مورد نظر مناسب باشد.

در مورد حفظ تصاویر قربانیان جرم، بی‌شک چنین تصاویری متضمن خطراتی برای قربانیان جرم می‌باشد. ولی اینکه منافع قربانیان با پالایش این تصاویر تأمین می‌شود یا نه، بستگی به موضع هر جامعه نسبت به این جرایم دارد. در جوامعی که رویکرد تدافعی نسبت به موضوع دارند، پالایش و در نتیجه جلوگیری کاربران از مشاهده چهره قربانی، در اولویت خواهد بود. ولی در جوامعی که از رویکرد تهاجمی استقبال می‌نمایند، اعتقاد بر این است که منافع قربانیان با آگاه‌تر شدن مردم نسبت به تحقق این جرایم، بیشتر تأمین می‌شود. «این موضع در آلمان توسط انجمن قربانیان علیه پالایش اینترنت اتخاذ گردیده که معتقد است پالایش چنین جرایمی، درک عمومی را نسبت به عمق

فاجعه کاهش می‌دهد» (Callanan & Etc., 2009: 201). بر اساس این دیدگاه، مشاهده چنین تصاویری، از یک طرف باعث می‌شود که کاربران، آن را به مقامات ذی صلاح جهت تعقیب مجرمان گزارش نمایند و از طرف دیگر، شهروندان حکومت‌ها را تحت فشار بگذارند تا در پیگیری چنین جرایمی جدیت بیشتری به خرج دهند.

در صورت اولویت‌بخشی به پالایش، قبل از اعمال آن باید میزان کارایی پالایش و همچنین امکان دور زدن آن توسط کاربران، مورد ارزیابی قرار گیرد و نیز به لحاظ فنی چنان سیستم پیشرفته‌ای به کار گرفته شود که از مشاهده محتواهای قانونی که دسترسی به آن‌ها لازمه حق آزادی بیان است، جلوگیری نشود.

در زمینه حمایت از سلامت و اخلاقیات جامعه، با توجه به طرز تلقی خاص هر جامعه از مفهوم اخلاقیات، ممکن است منافع اخلاقی جامعه و همچنین سلامت روانی افراد آسیب‌پذیر، به علت دسترسی به محتواهای غیر اخلاقی در مخاطره قرار بگیرد. اولین تأثیر پالایش در این خصوص، «جلوگیری از دسترسی تصادفی کاربران به محتواهایی است که در تباین با اخلاق یا سلامت افراد می‌باشد» (Ibid.: 202). ولی معمولاً پالایش نمی‌تواند از دسترسی افرادی که این محتواها را جستجو می‌نمایند، جلوگیری نماید؛ زیرا تا زمانی که محتوای مورد نظر برخط است، افراد قاصد همیشه راهی برای عبور از فیلتر پیدا می‌کنند. گفتنی است که با پالایش محتواهای مخالف سلامت روانی افراد آسیب‌پذیر، افراد غیر حساس نیز از آن مطالب محروم می‌شوند. همچنین محتواهای اخلاقی نیز ممکن است به دلیل ناکارآمدی سیستم‌های پالایش، فیلتر شوند و در نتیجه حق آزادی بیان به مقدار بیش از آنچه که برای مقابله با چنین محتواهایی لازم است، محدود گردد.

در خصوص هدف پیشگیری، اعمال پالایش زمانی می‌تواند متناسب تلقی شود که دارای چنان سازوکار پیشرفته‌ای باشد که از عدم دسترسی بیشتر بزهکاران به محتواهای غیر قانونی و مجرمانه اطمینان حاصل شود. این امر با مقایسه درصد بزهکاران و بزه‌دیدگان سایبری در زمان‌های قبل و بعد از اعمال پالایش و در نتیجه احراز کاهش نسبی آن مشخص خواهد شد؛ مشروط به اینکه اثبات گردد اعمال پالایش با کاهش کیفیت دسترسی به اینترنت یا تحمیل هزینه‌های سهمگین بر بودجه عمومی همراه نبوده

و محتواهای قانونی که دسترسی به آن‌ها شرط لازم برای استفاده از حقوق بنیادین است، مسدود نشده است. به علاوه اعمال نظارت بر ارتباطات اینترنتی جهت کشف محتوای مجرمانه، منجر به ثبت سیستماتیک همه ارتباطات اینترنتی نشده و آزادی بیان و نیز حریم زندگی شخصی شهروندان بیش از آنچه که در یک جامعه دموکراتیک جهت رسیدن به هدف فوق لازم است، آسیب ندیده است.

نتیجه‌گیری

پالایش فضای مجازی عمدتاً توسط دولت‌ها اعم از اقتدارگرا و مردم‌سالار، جهت تضمین امنیت فضای مجازی و به منظور در امان ماندن از آسیب‌های آن اعمال می‌شود. توسل به پالایش هرچند ممکن است برخی حقوق همچون حقوق کودکان در مقابل سوءاستفاده‌های جنسی و یا حقوق افراد در مقابل تبعیض را مورد حمایت قرار دهد، ولی تردیدی نیست که برخی دیگر از حقوق بنیادین از جمله حق آزادی بیان و اطلاعات، حریم خصوصی ارتباطات الکترونیکی و حریم داده‌های شخصی را مختل می‌گرداند و استفاده گسترده از آن حتی منجر به نقض این حقوق می‌گردد.

جهت حل این تعارض، لازم است هر گونه مداخله در حقوق و آزادی‌های بنیادین به صورت استثنایی و تحت شرایط و اصول خاصی که لازمه یک جامعه دموکراتیک است، صورت پذیرد. از این رو حکومتی که مدعی مردم‌سالاری است، نمی‌تواند با اعمال پالایش و تحت لوای تأمین نظم و امنیت، آزادی‌های بنیادین را محدود نماید؛ مگر اینکه به اصول چهارگانه، شامل اصل قانونی بودن، اصل هدف مشروع، اصل ضرورت، اصل تناسب و نیز شرایط لازم برای تحقق این اصول پایبند باشد.

در این راستا، پالایش باید به موجب قانون مقرر شود و محتوای مجرمانه و مصادیق آن در قانون تصریح شود. نیز پالایش باید اهدافی را دنبال نماید که آن اهداف از این حیث که برخی دیگر از حقوق اساسی شهروندان را تضمین می‌نمایند، جزء اهداف مشروع می‌باشند.

همچنین پالایش باید ضرورت داشته باشد؛ بدین صورت که اولاً، جهت رفع نیاز جدی جامعه چاره‌ای جز توسل بدان نباشد. ثانیاً، با هدف تعقیب‌شده مناسب باشد.

بدین منظور ضمن اینکه پالایش باید کارآمدی کافی جهت وصول به هدف مشروع را داشته باشد، نیز باید مقایسه‌ای بین حقوق و آزادی‌هایی که با پالایش به مخاطره می‌افتند و اهدافی که پالایش در تعقیب آن‌هاست، صورت گیرد و احراز شود که تضمین آن اهداف جز با اعمال پالایش میسر نمی‌باشد و محدودیت‌های ناشی از پالایش، بیش از آنچه که برای تأمین اهداف مورد نظر لازم است، تحمیل نمی‌شود. چنانچه ماحصل این بررسی‌ها نشان دهد که منافع حاصل از اعمال پالایش می‌تواند بر مضرات و هزینه‌های ناشی از آن غلبه نماید، در آن صورت، پالایش برای وصول به نتیجه مورد نظر مناسب و در نتیجه مشروع قلمداد خواهد شد. در صورت عدم رعایت هر یک از اصول و شرایط فوق، توجیه معتبری برای اعمال پالایش وجود نخواهد داشت.

با توجه به اهداف پالایش، می‌توان اذعان نمود که در بیشتر موارد، سیستم‌های پالایش در وصول به آن اهداف، دارای ایراداتی بوده و در نتیجه نامناسب و غیر ضروری تشخیص داده می‌شوند. بدین شرح که یا ضعف این سیستم‌ها موجب پالایش بیش از حد شده و حقوق کاربران را بیش از مقدار مورد نیاز محدود می‌نماید و یا به علت پالایش کمتر از حد مورد نیاز، پالایش نمی‌تواند محتواهایی را که باید فیلتر شوند، در بر بگیرد. در اکثر موارد به دلیل امکان دور زدن توسط کاربران، پالایش قابلیت کافی جهت وصول به هدف مورد نظر خود را ندارد. در مواردی هم برای رسیدن به هدف مورد نظر، روش دیگری غیر از پالایش که مداخلات کمتری در حقوق و آزادی‌های شهروندان داشته باشد، وجود دارد. در نتیجه اعمال آن، جز تبعات حقوق بشری نسبت به شهروندان و بار مالی هنگفت برای دولت، ارمغان دیگری نخواهد داشت.

بنابراین به نظر می‌رسد تأمین اغلب اهداف پیش گفته، با روش‌های رضایت‌بخش دیگری که متضمن کمترین هزینه و مداخله باشد، امکان‌پذیر است. این تدابیر و اقدامات که در زیر بدان‌ها اشاره می‌شود، ضمن بری بودن از ایرادات پالایش، می‌توانند در وصول به اهداف فوق با موفقیت بیشتری عمل کنند.

در جهت تأمین سلامت روانی افراد جامعه و به خصوص کودکان، از آنجا که خود مردم نیز معمولاً حاضرند به منظور تأمین سلامت روانی خود، از پاره‌ای آزادی‌های‌شان چشم‌پوشند، پس به نظر می‌رسد که چنین هدفی با واگذار نمودن ابتکار عمل به

والدین و مدیران مدارس قابل حصول باشد؛ بدین نحو که آن‌ها می‌توانند از طریق نصب نرم‌افزارهای پالایش در سیستم خود، نوع محتوایی را که کودکان بدان دسترسی دارند، کنترل کنند و در واقع با نظارت از درون خانواده، آن‌ها را از مضرات محتواهای مخمل سلامت، در امان نگه دارند.

در راستای حمایت از قربانیان هرزه‌نگاری یا قربانیان جرایم نفرت‌آلود، به نظر می‌رسد همکاری‌های بین‌المللی و مشارکت دولت‌ها در حذف تصاویر قربانیان از سرورهای دولت میزبان، به نحو بهتری می‌تواند در حمایت از آن‌ها مؤثر واقع شود؛ چون با این روش، تصاویر مورد نظر حتی از طریق فیلترشکن هم قابل دسترس نخواهد بود. ضمن اینکه این امر، دغدغه‌هایی چون پالایش بیش از حد، مداخله در قلمرو آزادی کاربران و تخصیص بودجه‌های کلان را در پی ندارد.

در جهت پیشگیری از بزهکاری و بزه‌دیدگی کاربران فضای مجازی، ظاهراً امروزه سیستم‌هایی وجود دارند که با کمک آن‌ها ضمن اینکه مرتکبان و قربانیان جرم ردیابی می‌شوند، بلکه همچنین کسانی که مرتباً محتواهای مجرمانه‌ای همچون هرزه‌نگاری کودکان را جستجو می‌کنند، رهگیری می‌گردند. این سیستم‌ها روزه‌روز پیشرفته‌تر می‌گردند و استفاده از آن‌ها در وصول به هدف فوق، مناسب‌تر به نظر می‌رسد.

همچنین تشکیل نهادهای بین‌المللی برای مبارزه با جرایم سایبری در سطح بین‌المللی، همچون پلیس بین‌الملل که نزدیک به یک قرن است برای مبارزه با جرایم بین‌المللی تشکیل شده است، تصویب مقرراتی در سطح جهانی با الگوگیری از کنوانسیون اروپایی بوداپست که در مقدمه خود جهت حمایت از جوامع در برابر جرایم سایبری، اعمال یک سیاست جنایی مشترک بین اعضای کنوانسیون را ضروری دانسته است، پایبندی دولت‌ها به تعهدات پیش‌بینی شده در نشست‌های جهانی سران جامعه اطلاعاتی مبنی بر سیاست‌گذاری در راستای ارتقای سواد اطلاعاتی شهروندان با هدف پیشگیری از بزه‌دیدگی آن‌ها در فضای سایبری، نظیر آنچه در پاراگراف ۱۱ «نقشه عمل» بدان تأکید شده است، همکاری‌های بین‌المللی کشورها در راستای حذف محتواهای مجرمانه که غیر قانونی بودن آن‌ها مورد اجماع تمام یا بیشتر کشورهاست و... در حصول هدف اخیر مبنی بر پیشگیری و مبارزه با جرم، تأثیر مثبتی خواهد داشت.

کتاب‌شناسی

۱. ابراهیمی، شهرام، *جرم‌شناسی پیشگیری*، چاپ سوم، تهران، میزان، تابستان ۱۳۹۳ ش.
۲. اسماعیلی، محسن، و محمدصادق نصرالهی، «پالایش فضای مجازی: حکم و مسائل آن از دیدگاه فقهی»، *دوفصلنامه دین و ارتباطات*، سال بیست و سوم، شماره ۱ (پیاپی ۴۹)، بهار و تابستان ۱۳۹۵ ش.
۳. بابازاده مقدم، حامد، و عباس اسدی، «اصول پالایش (فیلترینگ) پایگاه‌های اطلاع‌رسانی اینترنتی»، *فصلنامه مطالعات رسانه‌های نوین*، سال سوم، شماره ۹، بهار ۱۳۹۶ ش.
۴. جاویدنیا، جواد، علیرضا عابدی سرآسیا، و عباسعلی سلطانی، «واکاوی سیاست‌های پالایش محتوای مجرمانه (فیلترینگ) از منظر فقهی»، *دوفصلنامه دین و ارتباطات*، سال بیست و دوم، شماره ۲ (پیاپی ۴۸)، پاییز و زمستان ۱۳۹۴ ش.
۵. جلالی فراهانی، امیرحسین، «پیشگیری وضعی از جرایم سایبر در پرتو موازین حقوق بشر»، *فصلنامه تخصصی فقه و حقوق*، سال دوم، شماره ۶، پاییز ۱۳۸۴ ش.
۶. جوانی، مارگریت، «آزادی‌های بنیادین بشری در اسناد بین‌المللی»، *مجله کانون وکلای دادگستری مرکز*، شماره‌های ۱۸۰-۱۸۱، سال ۱۳۸۲ ش.
۷. حسین نژاد، سیدمجتبی، و حمیدرضا منیری حمزه کلایی، «تحلیل و بررسی فقهی اجرای فیلترینگ در فضای مجازی»، *فصلنامه حکومت اسلامی*، سال بیست و دوم، شماره ۲ (پیاپی ۸۴)، تابستان ۱۳۹۶ ش.
۸. دارابی، بهنام، «جرایم ناشی از نفرت»، *فصلنامه مطالعات تقریب مذاهب اسلامی*، دوره جدید، سال دوازدهم، شماره ۴۶، زمستان ۱۳۹۵ ش.
۹. رحمتی، حسینعلی، و حمید شهبازی، «پالایش و دشواره تراحم اخلاقی»، *فصلنامه پژوهش‌نامه اخلاق*، سال دهم، شماره ۳۷، پاییز ۱۳۹۶ ش.
۱۰. رضایی، مهدی، و حامد بابازاده مقدم، «اصول تدوین قوانین و مقررات برای اینترنت با تأکید بر مصوبات یونسکو و شورای اروپا»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، سال پانزدهم، شماره ۴۲، بهار ۱۳۹۳ ش.
۱۱. سعد، علی، «درآمدی بر سیاست‌های پالایش سایت‌های اینترنتی»، *فصلنامه مطالعات رسانه‌های نوین*، سال اول، شماره ۲، ۱۳۹۴ ش.
۱۲. سلیمی، احسان، *آسیب‌شناسی پیشگیری از جرایم سایبری در ایران*، رساله دکتری، دانشگاه قم، ۱۳۹۷ ش.
۱۳. صادقی، سالار، *بررسی حقوقی و جرم‌شناختی جرایم ناشی از نفرت (با تأکید بر مکتب جرم‌شناسی پست‌مدرن)*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تبریز، ۱۳۹۵ ش.
۱۴. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، *آزادی‌های عمومی و حقوق بشر*، چاپ هفتم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۹۶ ش.
۱۵. طهان طرقي، محمد، *تحلیل جرم‌شناسانه جرایم مبتنی بر نفرت*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه فردوسی مشهد، ۱۳۹۵ ش.
۱۶. فتحی، یونس، و خیراله شاهمرادی، «گستره و قلمرو حریم خصوصی در فضای مجازی»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۹۹، پاییز ۱۳۹۶ ش.
۱۷. کوچ‌نژاد، عباس، «محدودیت‌های حقوق بشر در اسناد بین‌المللی»، *نشریه حقوق اساسی*، سال دوم، شماره ۳، زمستان ۱۳۸۳ ش.
۱۸. گرجی، علی اکبر، «مبنا و مفهوم حقوق بنیادین»، *فصلنامه حقوق اساسی*، سال دوم، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۳ ش.

۱۹. محمودی جانکی، فیروز، «حمایت کیفری از اخلاق»، مقاله در: *علوم جنایی؛ مجموعه مقالات در تجلیل از استاد محمد آشوری*، به کوشش محمد صدر توحیدخانه مبارکه، تهران، سمت، پاییز ۱۳۸۳ ش.
۲۰. همو، مبانی، اصول و شیوه‌های جرم‌نگاری، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۲ ش.
۲۱. مرکز مالمیری، احمد، «محدودیت‌های اعمال حقوق بشر در حقوق داخلی و کنوانسیون‌های بین‌المللی»، *فصلنامه مطالعات راهبردی*، سال هفتم، شماره ۴، ۱۳۸۳ ش.
۲۲. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «از جرم‌شناسی حقیقی تا جرم‌شناسی مجازی»، *دیپاچه در: پیکا، ژرژ، جرم‌شناسی*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ چهارم، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۲۳. همو، «پیشگیری عادلانه از جرم»، مقاله در: *علوم جنایی؛ مجموعه مقالات تجلیل از دکتر محمد آشوری*، چاپ چهارم، تهران، سمت، ۱۳۹۴ ش.
۲۴. همو، «دوباره بزهکاری و جرم‌شناسی سایبری»، *فصلنامه تعالی حقوقی*، ماهنامه آموزشی دادگستری کل استان خوزستان، سال چهارم، شماره ۴۶، ۱۳۸۸ ش.
۲۵. ویلیامز، ماتیو، *بزهکاری مجازی بزه: انحراف و مقررات‌گذاری برخط*، ترجمه امیرحسین جلالی فراهانی و محبوبه منفرد، تهران، میزان، ۱۳۹۱ ش.
26. Article 19, "Freedom of Expression Unfiltered: How blocking and filtering affect free speech", 2016, Available at: <www.article19.org>, Visited: 3/12/2018.
27. Barlow, John Perry, "A Declaration of the Independence of Cyberspace", 1996, Available at: <www.scholarship.law.duke.edu>, Visited: 10/8/2020.
28. Bashir, Hassan & Mohammad Sadegh Nasrollahi, "A Comparative Study of Regulation the Filtering of Cyberspace in the US, the EU and China: Proposal for Policymaking in Iran", *Journal of Cyberspace Studies*, Vol. 2(1), 2018.
29. Bitso, Constance, "Internet Censorship in South Africa: a brief exposé of negative and positive trends", *South African Journal of Library and Information Science*, Vol. 80(1), 2014.
30. Breindl, Yana & Patrick Theiner & Andreas Busch, "Internet blocking regulation: a comparative analysis of 21 liberal democracies", *111th Annual Meeting of the American Political Science Association (Journal)*, San Francisco, 2015.
31. Breindl, Yana, "Internet Content Regulation in Liberal Democracies: A Literature Review", Institute of Political Science, George-Aggust-Universität Göttingen, 2013, Available at: <https://www.gcdh.de/fileadmin/user_upload/YBreindl_Literature_Review_Mar2013_final.pdf>.
32. Callanan, Cormac & Marco Gercke & Estelle De Marco & Hein Dries-Ziekenheiner, "Internet blocking balancing cybercrime responses in democratic societies", October 2009.
33. Case of Sunday Times v. the United Kingdom, 26 April 1979, (Application No. 6538/74), Quoted by: Callanan, Cormac & Etc., Internet Blocking Balancing Cybercrime Responses in Democratic Societies.

34. Copland v. the United Kingdom, (Application No. 62617/00), 3 April 2007, Available at: <<https://hudoc.echr.coe.int>>, Visited: 10/7/2020.
35. General Comment No. 34, CCPR/C/GC/34, Adopted on 12 September 2011, Para. 12, Available at: <<https://www.2.ohchr.org>>, Visited: 10/5/2020.
36. Handyside v. the United Kingdom, (Application No. 5493/72), 7 December 1976, Available at: <<https://hudoc.echr.coe.int>>, Visited: 10/7/2020.
37. Mill, John Stuart, *On Liberty*, Originally published 1859, Batoche Books, Kitchener, 2001.
38. Parti, Katalin & Luisa Marin, “Ensuring Freedoms and Protecting Rights in the Governance of the Internet: A Comparative Analysis on Blocking Measures and Internet Providers’ Removal of Illegal Internet Content”, *Journal of Contemporary European Research*, Vol. 9(1), February 2013.
39. Reyns, Bradford W. & Billy Henson, “Security in Digital World: Understanding and Preventing Cybercrime Victimization”, *Security Journal*, Vol. 26, 2013.
40. Zittrain, Jonathan L. & John G. Palfrey, “Access Denied: The Practice and Policy of Global Internet Filtering”, Oxford Internet Institute, Research Report No. 14, June 2007, Available at: <<https://www.oii.ox.ac.uk/archive/downloads/publications/RR14.pdf>>.

سیاست جنایی ترکیبی ایران در برابر بزهکاری زیست‌محیطی*

□ شهرداد دارابی^۱

چکیده

سیاست جنایی ترکیبی، جنبشی ضد تمرکز است که با تأکید بر پویایی و تکثر پاسخ‌های اتخاذی از جانب هیئت اجتماع در برابر بزهکاری، واضعان سیاست جنایی را در پهنه بزه‌انگاری، پاسخ‌گذاری و فرایند دادرسی به بدیل‌های تلفیقی رهنمون می‌سازد. بر این ابتننا، اگرچه پارادایم آزادی، برابری و قدرت، تعیین‌کننده مدل غالب سیاست جنایی دولت‌ها قلمداد می‌شوند، مع‌الوصف قابلیت انفکاک یا همسانی مدل سیاست جنایی ترکیبی در تکثر بزه‌انگاری، اعم از جرم‌انگاری و تخلف‌انگاری از یک‌سو و تنوع پاسخ‌گذاری و آیین دادرسی از سوی دیگر، مدل‌سازی نوین را در عرصه سیاست جنایی مطرح می‌نماید. بر این اساس، کاربست کنش‌های فرهنگی، اجتماعی یا وضعی و پاسخ‌های مدنی، اداری - انضباطی و کیفری در قبال جرایم زیست‌محیطی می‌تواند چالش‌ناشی از دستاوردهای حداقلی عرصه مبارزه با بزهکاری زیست‌محیطی را منتج به

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱/۳۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۶/۲۵.

۱. استادیار گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران
(shahrdad.darabi@yahoo.com)

کارآمدی حداکثری نموده و بهره‌وری لازم را همراه با تغییر گستره سیاست جنایی در بر داشته باشد. مطالعات مبین تجمیع مطلوب متغیرها و نوسانات پیش‌بینی شده در سیاست جنایی ترکیبی ایران در برابر بزهکاری زیست‌محیطی در گذار از پاسخ‌های کیفری صرف و استحاله این مهم در هماهنگ‌سازی راهبردهای توان‌افزا یا توان‌گیر پیشگیرانه و توسعه شبکه اداری - انتظامی و جامعه مدنی متناظر با جرایم مطروحه است.

در این نوشتار، بررسی جنبه‌ها و جلوه‌های سیاست جنایی ترکیبی در خصوص بزهکاری زیست‌محیطی و راهبردهای مؤثر این مهم در ایران تبیین می‌شود.
واژگان کلیدی: سیاست جنایی ترکیبی، بزهکاری زیست‌محیطی، بیابان‌شناسی، سیاست‌گذاری.

درآمد

بدون تردید، روند تحولات عظیم جوامع همچون صنعتی شدن، موجب تسریع تخریب محیط زیست و آلودگی آن گردیده است؛ مؤلفه‌ای که تخریب و نابودی جنگل‌ها، انقراض نسل جانوران وحشی، آلودگی هوا، آب‌ها و آلودگی صوتی، بیابان‌زایی، افزایش گازهای گلخانه‌ای و... را به دنبال داشته است.

بر اساس تحقیقات مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی تحت عنوان «بررسی تطبیقی اقتصاد محیط زیست از دیدگاه تقنینی و نظارتی در سال ۱۳۹۷»، برآورد شده است که بزهکاری زیست‌محیطی و آسیب‌های وارده سالانه، حدود هشت میلیارد و ۴۳۰ میلیون دلار به اقتصاد ایران زیان می‌رساند. برای نمونه، تنها خسارتی که از خشک شدن بخش بزرگی از تالاب‌های طشک و بختگان در استان فارس در آن سال به اقتصاد ایران وارد شده، حدود نیم میلیارد دلار (۵۰۳ میلیون دلار) بوده است (درویش، ۱۳۹۸). این امر مبین آن است که راهبرد اتخاذی توسط متولیان سیاست جنایی در برابر بزهکاری زیست‌محیطی، دستاورد معتناهایی نداشته است.

جرم زیست‌محیطی عملی است که به قصد آسیب رساندن به سیستم اکولوژیکی یا بیولوژیکی^۱ انجام می‌گیرد و هدف آن عمدتاً سودجویی می‌باشد (Clifford, 1998: 532).

۱. زیست‌بوم‌شناختی.

از این رو، محیط زیست نیز یکی از حوزه‌هایی است که حقوق کیفری با تدابیر خویش باید از آن صیانت کند و با امعان نظر به بزهکاری زیست‌محیطی که متضمن فاصله گرفتن از هنجارهای اجتماعی در قالب جرم یا تخلف است، واضعان سیاست جنایی، تصویب مقررات تقنینی یا فروتقنینی را جهت پاسخ‌گذاری مناسب در قبال بزهکاری زیست‌محیطی مطمح نظر قرار می‌دهند.

روشن است که تدابیر اتخاذی متولیان سیاست جنایی در برابر بزهکاری زیست‌محیطی، مستلزم کشف حجم واقعی اهمیت صیانت از محیط زیست به عنوان گرانیگاه توسعه پایدار و هنجارگذاری زیست‌محیطی در پرتو سیاست‌گذاری عمومی در نظام حقوقی ایران است. بر این ابتدا، حق بر محیط زیست سالم^۱ در کنار دیگر حق‌های بنیادین مانند حق حیات، حق بر سلامتی، حق بر آموزش، حق امنیت^۲ و اساسی‌سازی^۳ این مهم، مورد تأکید و تصریح قرار گرفته است، آن‌چنان که خط مشی‌گذاری زیست‌محیطی در پرتو ظرفیت‌های حقوق اساسی می‌تواند برنامه‌ریزی در این حوزه را تنظیم و تسبیق نماید.

بدین‌سان، سامان‌دهی ارزش‌گذاری و تعیین ضمانت‌اجراهای حقوقی و کیفری، از مهم‌ترین اقدامات متولیان سیاست جنایی دولت‌ها در راستای تأمین و تضمین امنیت عمومی قلمداد می‌شود. بی‌تردید براین تفکر حاکمیت نسبت به پدیده بزهکاری و مهندسی این مهم، معرّف مدلهای سیاست جنایی است.

اصطلاح سیاست جنایی توسط فوئرباخ، استاد آلمانی حقوق کیفری در سال ۱۸۰۳ یعنی آغاز سده نوزدهم به کار برده شد (لواسور، ۱۳۷۱-۱۳۷۲: ۳۹۹). این اصطلاح در مفهوم موسع به مطالعه نظری - عملی گونه‌های مختلف کنترل اجتماعی جرم و انحراف تعبیر

1. Right to healthy Environment.

۲. اصل پنجاهم قانون اساسی اشعار می‌دارد: «در جمهوری اسلامی حفاظت از محیط زیست که نسل امروز و نسل‌های بعدی باید در آن حیات اجتماعی و رو به رشدی داشته باشند، وظیفه عمومی تلقی می‌گردد. از این رو، فعالیت‌های اقتصادی و غیر آن، که با آلودگی محیط زیست یا تخریب جبران‌ناپذیر آن ملازمه پیدا می‌کند، ممنوع است». آنچه اهمیت دارد این است که در تفسیر اصل ۵۰ قانون اساسی باید حقاها را موسع و صلاحیت‌ها را مضیق تفسیر نمود (مشهدی، ۱۳۹۳: ۵۶۸).

۳. برای مطالعه بیشتر درباره موضوع اساسی‌سازی، ر.ک: نجفی ابرنآبادی، ۱۳۹۳؛ نیز ر.ک: نیازپور، ۱۳۹۳.

می‌شود (دلماز مارتی، ۱۳۹۸: ۶۹). بر این ابتننا، ناپایداری و متغیر بودن رویه‌های عملی در تناظر با مدل‌های مرجع و انعطاف‌پذیری پاسخ‌های دولتی یا جامعه‌ی با تأثیرپذیری از تحولات جامعه، متضمن گونه‌شناسی متفاوت سیاست جنایی است.

برای نمونه، سیاست جنایی ایدئولوژیک (جزمیت‌محور)، سیاست جنایی علمی و سیاست جنایی ترکیبی و تلفیقی از ایدئولوژی و دستاوردهای علمی، سیاست جنایی سختگیرانه و سیاست جنایی عادلانه، سیاست جنایی دینی، سیاست جنایی عرفی و سیاست جنایی تلفیقی (از دو رویکرد دینی - عرفی)، در پرتو معیارهای مختلف گونه‌بندی می‌شوند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۶: ۵۵۷). سیاست جنایی ترکیبی، استفاده تلفیقی انواع تدابیر ماهوی و شکلی داخلی و بین‌المللی در برابر بزه و تخلف را به ذهن متبادر می‌کند.

بنابراین، اگرچه جهت‌گیری کلی سیاست جنایی موضوعه یعنی سیاست جنایی تقنینی، قضایی و اجرایی بر اساس رویکرد سیاسی - فلسفی دولت یعنی حاکمیت مستقر به آزادی، برابری و قدرت و نیز به بزه، انحراف، کیفر، کرامت انسانی، حقوق بزه‌دیده، امنیت و... تعریف و مشخص می‌شود (همو، ۱۳۹۸: ۴۸)، اما در این میان، اجرای سیاست جنایی در عمل با قبض و بسط‌هایی همراه است که شرایط پویایی در مدل‌های سیاست جنایی را رقم می‌زند. در واقع هم‌افزایی دولت و جامعه مدنی در حوزه تأمین امنیت جامعه، پیشگیری و عقب‌راندن موج بزهکاری زیست‌محیطی، با درکی مشترک و معرفت‌شناسانه از پدیده بزهکاری همراه خواهد بود.

در عرصه بین‌المللی نیز حمایت سنتی حقوق بین‌الملل و ممنوعیت خسارات وارده به محیط زیست به سمت توسعه تدابیر حفاظتی^۱ و جرم‌انگاری این خسارات، جهت‌مند شده است (رمضانی قوام‌آبادی، ۱۳۹۰: ۵۳۳). لذا صیانت از محیط زیست به عنوان یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های جوامع داخلی، منطقه‌ای و بین‌المللی و ضرورت

۱. برای نمونه، دیوان دادگستری اروپایی در قضیه اتحادیه ملی مزرعه‌داران اظهار داشت که عدم قطعیت خطرات ناشی از اقدامات علیه جانوران زنده، نافی تدابیر حفاظتی نهادهای مربوطه نیست و ایشان می‌توانند بی‌آنکه منتظر کشف کامل واقعیت و یا شدت خطرات شوند، تمهیدات تأمینی را اتخاذ نمایند (عبداللهی، ۱۳۸۶: ۷۶).

دگرذیسی سیاست جنایی در توسعه دامنه ارزش‌گذاری و ضمانت اجراگذاری در قالب سیاست جنایی ترکیبی ساختارمند، منتج به دستاوردهای حداکثری در قبال بزهکاری زیست‌محیطی خواهد بود.

جرائم زیست‌محیطی از یک‌سو، حق بر محیط زیست سالم (نسل یا مقوله سوم حقوق بشر) را نقض می‌کند و از سوی دیگر به نظام اقتصادی جامعه صدمه می‌زند (نجفی ابرنآبادی، ۱۳۹۸: ۱۴). بنابراین با آنکه جریان سیاست جنایی در کشورهای مردم‌سالار، متکی بر اجرای متون قانونی و ارشادی اسناد مختلف داخلی و بین‌المللی توسط نهادهای رسمی و گسترش عرصه مداخله جامعه مدنی در برابر جرائم یا کزروی‌های مرتبط است، مع الوصف پویایی و فقدان ایستایی سیاست جنایی هر کشور، جامعه را حسب مقتضیات مکانی و زمانی با تحولاتی مواجه می‌سازد که این مهم می‌تواند در تغلیب دولتی یا جامعوی بودن مدل سیاست جنایی در برابر بزهکاری از جمله جرائم زیست‌محیطی مؤثر باشد.

بر این اساس، «سیاست جنایی ترکیبی»، تعبیری که دلماس - مارتی به کار برده و نجفی ابرنآبادی آن را در مقاله خود به مناسبت بررسی جرائم اقتصادی بررسی کرده است،^۱ شامل انواع جرم‌انگاری و تخلف‌انگاری در حوزه مورد نظر و نیز بهره‌گیری از ظرفیت‌های کنشی - واکنشی، دولتی - جامعوی و ملی - بین‌المللی در قبال جرائم و تخلفات مربوط، با هدف ارتقاء هر چه بیشتر کارآمدی سیاست جنایی در تأمین امنیت در قلمرو مورد نظر است؛ راهبردی نوین در عرصه مدل‌های معین با اشکال مختلف کنترل پدیده مجرمانه است که متضمن تنوع بزه‌انگاری، پاسخ‌گذاری و دادرسی است؛ الگویی که قابلیت عینیت‌بخشی در حوزه کنترل بزهکاری زیست‌محیطی را نیز داراست. بدین سان، توجه به چالش‌های ناشی از خیزش فزاینده بزهکاری زیست‌محیطی در کشور و تبیین بایسته‌های سیاست جنایی ترکیبی در قلمرو زیست‌محیطی، مهم‌ترین ضرورت نگارش این نوشتار بوده است.

پرسش اساسی آن است که سازوکارهای سیاست جنایی ترکیبی ایران در برابر بزهکاری

۱. این مفهوم در مقاله «سیاست جنایی در برابر بزهکاری اقتصادی» (نجفی ابرنآبادی، ۱۳۹۵: ۴۷۴) به کار برده شده است.

زیست‌محیطی چیست؟ برای پاسخ به این پرسش با رعایت روش توصیفی - تحلیلی، در گفتار اول جرم‌انگاری زیست‌محیطی در سیاست جنایی ترکیبی ایران، در گفتار دوم تخلف‌انگاری زیست‌محیطی در سیاست جنایی ترکیبی ایران، و در گفتار سوم پاسخ‌گذاری در برابر بزهکاری زیست‌محیطی تبیین خواهد شد.

۱. جرم‌انگاری زیست‌محیطی در سیاست جنایی ترکیبی ایران

حقوق کیفری محیط زیست در جرم‌انگاری نقض ارزش‌های این عرصه تبلور می‌یابد. قانون‌گذار پیام کیفرگذاری رفتارهایی را که با وجود ارکان عمومی جرم منجر به مسئولیت جزایی و تحمل مجازات می‌شوند، به شهروندان اعلام می‌نماید و فرایند تولید ارزش‌ها و هنجارهایی که راهبردهای حاکم بر عرصه زیست‌محیطی^۱ را سامان می‌بخشد، با بزه‌انگاری و کیفرگذاری محقق می‌شود.^۲

در این میان، مبانی جرم‌انگاری در حوزه جرایم زیست‌محیطی با تأکید بر بقای محیط زیست و صیانت از سلامت انسان در رویکردهای طبیعت‌محور و انسان‌محور ظاهر می‌شود. بدین ترتیب، بزه‌انگاری متضمن جرم‌انگاری (بزه‌انگاری کیفری) و تخلف‌انگاری (بزه‌انگاری اداری - انضباطی - انتظامی) است؛ آن‌چنان که با مشروعیت یافتن ضمانت اجرای شبکه اداری در کنار شبکه کیفری، عناصر تشکیل‌دهنده جرم زیست‌محیطی و تعیین شخص مسئول از منظر حقوق کیفری و شخص متخلف در حوزه اداری، با

۱. روشن است که تبلور حق بر محیط زیست سالم در جامعه، مبتنی بر مفهوم منفعت عمومی یا منفعت همگانی است که در آن افراد جامعه به صورت دسته‌جمعی از محیط سالم بهره‌مند می‌گردند (مشهدی، ۱۳۹۲: ۲۸). انتخاب رویکردی مناسب در تصویب مجازات‌های زیست‌محیطی با توجه به عوامل متعددی همچون سود ناشی از تخلفات زیست‌محیطی شرکت‌ها، نقش مجازات‌ها در تنزل شهرت و اعتبار شرکت‌های آلاینده محیط زیست، لزوم شناسایی عینی و قضایی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی و تقویت نهادهای نظارتی، حقوق کیفری را در رسیدن به اهدافش در این حوزه یاری می‌نماید (عبداللهی، ۱۳۸۶: ۹۹).

۲. جرایم زیست‌محیطی به اعتبار موضوع رفتار ارتكابی شامل استفاده غیر مجاز و آلوده‌سازی آب، هوا، صدا و خاک، شکار و صید غیر مجاز جانوران و تخریب، آتش زدن و تصرف عدوانی جنگل و مراتع ملی و جرایم زیست‌محیطی به اعتبار محل ارتكاب جرم، متضمن جرایم ارتكابی در مناطق پارک ملی، مناطق آثار طبیعی ملی، پناهگاه‌های حیات وحش، مناطق حفاظت‌شده، مناطق شکار ممنوع و محدوده قرق اختصاصی می‌باشد (کشاورز، ۱۳۹۹: ۶۷).

واکنش‌های تنبیهی مواجه می‌شوند. بی‌شک بزه‌انگاری در پهنه سیاست جنایی ترکیبی در نهادینه کردن ارزش‌ها و اخلاق زیست‌محیطی، نقش مؤثری را ایفا می‌کند.

باید اذعان داشت که اصل حداقل بودن حقوق جزا در تلاش است تا قلمرو مجاز مداخله کیفری را تعیین نموده و امکان حضور و زیست سایر ابزارها و نهادهای کنترل اجتماعی را مهیا سازد (غلامی، ۱۳۹۳: ۱۵). لذا حقوق کیفری به عنوان آخرین تدبیر قانونی برای صیانت از ارزش‌های زیست‌محیطی شکل می‌گیرد، اما از آنجا که طیفی از پاسخ‌های سیاست جنایی ترکیبی در برابر بزهکاری زیست‌محیطی، ناگزیر از به کارگیری الزام‌های قهرآمیز است و گاهی تهدید ناشی از اعمال مجازات‌های کیفری علیه ناقضان مقررات زیست‌محیطی، ابزاری ارزشمند در بازدارندگی عام و خاص از جرایم است، لذا در کنار علت‌شناسی وقوع جرایم زیست‌محیطی و بهره‌مندی از تدابیر پیشگیرانه جرم‌شناختی، می‌توان به اهداف حداقلی پیشگیرانه مجازات‌ها نیز امیدوار بود.

با آنکه دشواری انتساب و تعیین آستانه ضرر در جرایم زیست‌محیطی موجب شده است که ممنوعیت کیفری نتواند یک راه حل اقناع‌کننده و رضایت‌بخش باشد (روستایی و رحمانیان، ۱۳۹۶: ۲۷۳) و حوزه جرم‌انگاری و ضمانت اجراگذاری بزهکاری زیست‌محیطی با تورم قوانین^۱ مواجه است، اما غیر قابل جبران بودن قاطبه جرایم زیست‌محیطی از یک سو و یا عدم جرم‌انگاری رفتارهای تمهیدی و مقدماتی از سوی دیگر، می‌تواند منجر به تهدیدی برای وقوع این دسته از جرایم یا افزایش تبعات زیست‌محیطی در آتی شود. این امر لازم می‌نماید که قانون‌گذار حمایت کیفری خویش را مبنی بر صیانت از ارزش ذاتی محیط زیست حفظ نماید (شاملوو و همکاران، ۱۳۹۶: ۶۴). از این رو در سیاست جنایی ترکیبی باید ارزش بالقوه هنجارگذاری زیست‌محیطی محفوظ بماند.

افزون بر این، اگرچه استفاده از حقوق کیفری برای حمایت از محیط زیست در عرصه بین‌المللی نیز مناط اعتبار قرار گرفته است (Perira, 2015: 24)، روشن است که

۱. مروری بر قوانین حوزه محیط زیست در ایران و وجود حجم انبوهی از مواد قانونی در مجموعه‌های متعدد، حاکی از پراکندگی و آشفتگی در جرم‌انگاری است؛ به نحوی که تدوین مجموعه‌ای حجیم بالغ بر هزار صفحه تحت عنوان «مجموعه قوانین محیط زیست» توسط سازمان محیط زیست، گواه این مدعاست (پوربافرانی و همتی، ۱۳۹۵: ۳۵۳).

پاسخ‌های کیفری - به ویژه کیفر حبس - منتج به موفقیت حداکثری نبوده و کنترل جرایم زیست‌محیطی، متضمن دامنه گسترده‌ای از اقدامات کنشی، واکنشی اداری، انضباطی، مالی، مدنی، کیفری و... است. استفاده از نظام‌های حبس، فراتر از ظرفیت آن‌ها و تفاوت در ابعاد اقتصادی، اجتماعی، حکمرانی و عدالت کیفری منجر به تورم جمعیت زندان‌ها در مناطق مختلف جهان شده است (آلبرشت، ۱۳۹۵: ۴۹). به عبارت دیگر، اگرچه تقنین، برابند مراحل حفاظت از محیط زیست قلمداد می‌شود، مع‌الوصف اجرای مقررات وضع شده و تحقق اهداف قانون‌گذار توسط قوه مجریه منوط به اعمال ضمانت اجراهای مناسب توسط متولیان نظام عدالت کیفری و مقامات قضایی است.

برای نمونه، در قسمتی از ماده ۴۷ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع کشور مصوب ۱۳۴۶ تصریح شده است:

«هر کس در جنگل عمداً آتش‌سوزی ایجاد کند، به حبس جنایی از سه تا ده سال محکوم خواهد شد».

صرف نظر از اطلاق ماده که همه مرتکبان را با احراز مسئولیت کیفری، اعم از مباشر، شرکا و معاون جرم با هر میزان از سن یا جنسیت، داخل در مقام قرار می‌دهد (قاسمی، ۱۳۹۵: ۱۷۸). اگر به واسطه بی‌مبالاتی کسی اشجار متعلق به دیگری آتش بگیرد و عمدی در میان نباشد، عمل قابل مجازات نخواهد بود؛ زیرا از عبارت «عمداً آتش‌سوزی ایجاد کند» در ماده، لزوم وجود سوءنیت استنباط می‌گردد. همچنین در مواد ۴۵ و ۴۶ قانون مذکور صرفاً «بی‌مبالاتی» در ایجاد حریق در جنگل مطمح نظر قرار گرفته است.^۱ بنابراین حتی جزای نقدی هم برای بی‌مبالاتی دیده نشده است. بدین ترتیب، سیاست جنایی ترکیبی، کارآمدی پاسخ‌های واکنشی را در موارد مغفول‌مانده از منظر قانون‌گذار نیز مدنظر قرار می‌دهد.

افزون بر این، بنا بر ماده ۱۹ قانون معادن مصوب ۱۳۷۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام، هر گونه فعالیت معدنی بدون مجوز، جرمی مطلق است که به محض تحقق افعال مادی مورد نظر اعم از کشف، استخراج، برداشت و بهره‌برداری غیر مجاز مواد معدنی،

۱. حکم شماره ۱۴۹۵-۲۲/۵/۱۳۹۱ دادگاه عمومی کیفری ۲ تهران.

جرم‌انگاری شده و صرف‌نظر از تحقق نتیجه، وقوع جرم احراز می‌گردد که مطابق ذیل ماده، با مرتکب برابر قوانین و مقررات مربوطه رفتار خواهد شد. این در حالی است که تعیین نشدن مجازات مصرح و عدم احاله صریح به مواد مندرج در قانون مجازات اسلامی، موجب تشتت آرا در استناد به مواد ۵۹۸ و ۶۹۰ قانون مجازات اسلامی شده است.

از این رو، مطلوب سیاست جنایی ترکیبی ایران، تحمیل صرفِ هنجارهای الزام‌آور که منتهی به اقدامات ایجابی یا سلبی توسط تابعان حقوق جزای محیط زیست شود، نیست؛^۱ بلکه اجرای وظایف قوای سه‌گانه به صورت تفریدی و ترکیبی همزمان به عنوان راهبردی موفقیت‌آمیز است که تعیین اولویت‌ها، اثربخشی و میزان تحقق اهداف در تنظیم پاسخ‌گذاری با استفاده از همه ظرفیت‌های حقوقی و غیر حقوقی را مطمح‌نظر قرار می‌دهد. این مهم، نوعی گرده‌برداری از حقوق بشر، حقوق اداری، حقوق مدنی، حقوق پیشگیری، مساعی سازمان‌های مردم‌نهاد، تأسیسات و نهادهای نوین است که متکی به آرایش جدید در برابر جرایم زیست‌محیطی می‌باشد.

۲. تخلف‌انگاری زیست‌محیطی در سیاست جنایی ترکیبی ایران

اگرچه حمایت کیفری از ارزش‌های محیط زیست از طریق مبارزه با نقض آن‌ها و اولویت‌های جامعه در تحقق بخشیدن مبارزه علیه جرایم وضع شده است، اما سیاست جنایی ترکیبی به دنبال تفویض برخی وظایف حقوق کیفری محیط زیست به دیگر رشته‌های حقوق از جمله حقوق اداری، مدنی، صنفی و... است. شکل‌گیری حقوق تخلفات اداری یا صنفی در کنار حقوق کیفری محیط زیست، متضمن پاسخ‌های غیرسرکوبگر و غیر قضایی است که تحت عناوین تخلف انضباطی، مدنی یا اداری با صلاحیت شبه قضایی محقق می‌شود. بدین ترتیب مادامی که امکان استفاده از طیف

۱. با توجه به حاکمیت دین مبین اسلام در کشور ایران، آموزه‌های قرآن کریم نیز در خصوص پیشگیری از جرایم زیست‌محیطی متضمن رویکرد فردمحور (اعتقاد به خدا، آیه بودن مخلوقات زیست‌محیطی و اعتقاد به فواید طبیعت برای انسان) و آموزه‌های اخلاقی (کنترل درونی احترام به محیط زیست) می‌باشد (احمدی و همکاران، ۱۳۹۷: ۲۱۲).

وسعی از پاسخ‌های اداری، مدنی، تربیتی، جبرانی و... باشد، سازوکارهای سرکوبگر و سزاگرایانه اولویت نمی‌یابد.

احصاء تخلفات حوزه محیط زیست همچون: واحدهای صنعتی، تولیدی و خدماتی آلاینده محیط زیست، زنده‌گیری پرندگان وحشی، صید غیر مجاز، رهاسازی پساب شهرک‌های صنعتی و...، مصادیقی از تخلف‌انگاری در حوزه زیست‌محیطی است. براین اساس، ابلاغ اختاریه محیط زیستی برای واحدهای آلاینده و رهاکننده پساب در ابتدای امر یا جزای نقدی برای صیادان غیر مجاز، مصادیقی از ترکیب متغیرها و پاسخ‌ها در سیاست جنایی مقابله با بزهکاری زیست‌محیطی قلمداد می‌شود.

در این میان، معیار قرار دادن ضرر منبعث از کنش‌های افرادی که خسارات ناشی از رفتار آن‌ها، جلوه مادی، معنوی یا عاطفی - روانی به خود می‌گیرد، مدنظر نیست؛ زیرا گاهی خطری که متوجه جامعه است، در عین عدم همسویی با هنجارهای اجتماعی، فاقد بزه‌دیدۀ مستقیم و آسیب‌های ملموس در زمان و مکان است.

لذا نباید برخی رفتارهای مخرب زیست‌محیطی به صرف عدم تظاهر بیرونی آثار عینی مغفول واقع شوند. تخلف‌انگاری زیست‌محیطی به واسطه بروز ضررهای بالقوه و بالفعل ناشی از رفتار مرتکبان، فارغ از احراز رابطه سببیت میان عمل و خسارات وارده، عدم تقید به حصول نتیجه و توسعه رکن مادی بزهکاری زیست‌محیطی در قالب ترک فعل، منجر به تحمیل زیست‌کیفری بر شهروندان می‌شود.

بدین‌سان، ماهیت، کیفیت و مرجع پاسخ به بزهکاری زیست‌محیطی در سیاست جنایی ترکیبی با تأکید بر سامان‌دهی شبکه‌های غیر کیفری و با ضمانت اجراهای اداری، مبتنی بر تعامل و همکاری دولت، جامعه مدنی، اشخاص حقوقی و فعالان عرصه محیط زیست است. تأکید بر کاربری سازوکارهای تخلف‌انگاری و متعاقباً رسیدگی‌های اداری، به معنای نفی تدابیر، اقدامات مؤثر و بهنگام کیفری نیست، بلکه هدف از چنین تأکیدی، تلاش برای تکمیل و تأثیر بیش از پیش تدابیر کیفری در کنار اقدامات کارگزاران اداری در نظارت بر مرعی داشتن مقررات زیست‌محیطی در پهنه سیاست جنایی ترکیبی است.

برای نمونه در ماده ۲۰ قانون مدیریت پسماندها و مواد زائد ۱۳۸۳، خودروهای

تخلیه‌کننده پسماند در اماکن غیر مجاز که با اقدام خود آلودگی محیط زیست را تشدید می‌نمایند، به یک تا ده هفته توقیف محکوم می‌شوند که این مهم مستلزم عدم استناد صرف به مادهٔ عام شمول ۶۸۸ قانون مجازات اسلامی است (کشاوری، ۱۳۹۹: ۲۳۷)؛ مصداقی که متضمن پاسخ‌دهی اولیه به تخلفات زیست‌محیطی در مراجع غیر قضایی در سیاست جنایی ترکیبی است.

بدیهی است که قوای سه‌گانهٔ اجرایی، قضایی و تقنینی، نقشی انکارناپذیر در فرایند ترسیم و تنظیم سیاست‌های پاسخ‌دهی مبنی بر الزامات تقنینی و فروتقنینی پاسخ‌دهی در برابر بزهکاری زیست‌محیطی بر عهده دارند. مستند فرائقیننی مداخلهٔ نهاد قضایی در این حوزه را می‌توان در سطح اختیارات قانونی واگذار شده وفق اصل ۱۵۶ قانون اساسی مبنی بر تهیهٔ لوایح قضایی متناسب با نظام جمهوری اسلامی ایران به عنوان یکی از وظایف قوهٔ قضاییه برشمرد. افزون بر این، ریاست قوهٔ قضاییه به عنوان عالی‌ترین مقام قضایی - اداری در سلسله‌مراتب قانونی در این قوه، صلاحیت تهیهٔ بخشنامه را در حوزهٔ وظایف محوله داراست. از طریق تهیه و ابلاغ بخش‌نامه‌های قضایی همواره بخشی از ساختار سیاست‌گذاری جنایی تعیین می‌گردد. بر این اساس با توجه به رویکرد سیاست‌گذاران جنایی، نظام عدالت کیفری در این امر به طور مستقیم مداخله می‌نماید. همچنین بهره‌مندی از قوای اجرایی در عرصهٔ خط‌مشی‌گذاری و استفاده از ساختار اداری در کنترل جرایم زیست‌محیطی اجتناب‌ناپذیر است. بر این ابتننا از آنجا که از یک‌سو، قوهٔ مجریه اختیار تبیین و اجرای خط‌مشی‌های اجرایی را دارد و از سوی دیگر در ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری، به تبیین آن دسته از اموری پرداخته است که تحقق آن را موجب اقتدار و حاکمیت کشور خوانده و منافع آن بدون محدودیت شامل همهٔ اقشار جامعه می‌گردد، در بند ط مادهٔ مطروحه، حفظ محیط زیست و حفاظت از منابع طبیعی و میراث فرهنگی، در زمرهٔ نظام حاکمیتی قرار گرفته است. لذا اجرای سیاست‌های زیست‌محیطی از اختیارات دولت محسوب می‌شود که سیاست جنایی ترکیبی، هم‌افزایی قوای سه‌گانه در برابر بزهکاری زیست‌محیطی به دور از هرگونه موازی‌کاری را مطمح نظر قرار می‌دهد. بی‌شک مطالعهٔ پاسخ‌گذاری بزهکاری زیست‌محیطی در تناظر با بزه‌انگاری این مهم ضروری می‌نماید.

۳. پاسخ‌گذاری در برابر بزهکاری زیست‌محیطی

تحقق اهداف عالیّه زیست‌محیطی بدون توجه به نقش کنشگران غیر دولتی و مجریان نظام عدالت کیفری انکارناپذیر است. بر این اساس، فراهم نمودن بسترهای مناسب جهت مشارکت فعالانه کلیه عناصر ذی‌سهم با امعان نظر به علت‌شناسی وقوع جرایم زیست‌محیطی در پرتو آموزه‌های جرم‌شناختی و به کارگیری تدابیر پیشگیرانه در سیاست جنایی ضروری است.

جرم‌شناسی سبز یا جرم‌شناسی حفاظتی محیط زیست، به جرم‌شناسی جرایم زیست‌محیطی و مطالعه رویه‌ها و سیاست‌های اجتماعی که برای محیط زیست، آب، خاک، فضای سبز، جانداران دریایی، گونه‌های حیوانی و... مضر، خسارت‌بار و جرم‌زا هستند، می‌پردازد (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۷: ۲۰). در این میان، اجرای سیاست‌های زیست‌محیطی، نیازمند رویکرد پیشگیری حداکثری و مداخله حداقلی نظام کیفری^۱ با کاربست مشارکت پویای شهروندان و نقش فعال دولت به معنای اعم است.

در این نگاه، شناسایی لزوم ضرورت همگانی بر وضعیت محیط زیست، امکان مشارکت مردم در اتخاذ تصمیمات زیست‌محیطی، پاسخ‌گویی سازمان‌های دولتی، دسترسی به اطلاعات زیست‌محیطی، شفافیت، تقویت نقش بازیگران غیر دولتی، جوامع محلی و نهادهای مبتنی بر عدم تمرکز، از اهمیت بسزایی برخوردار است (مشهدی، ۱۳۹۵: ۷۱). توضیح آنکه شناسایی ماهیت و جایگاه مؤلفه‌های سیاست جنایی بر مبنای شناخت چگونگی مداخله ساختار سیاسی دولت‌ها صورت می‌پذیرد. بنابراین اگرچه برنامه‌ریزی هوشمندانه و فارغ از جزم‌اندیشی‌های محض دولت‌ها در طراحی تدابیر پاسخ‌دهی جنایی، نقش بسزایی دارد، اما محور اصلی و مبنایی هر گونه تأثیرگذاری بر ترسیم مدل‌های سیاست جنایی، رویکردهای آزادی‌مدار یا امنیت‌مدار حاکم بر فرایند شکل‌گیری سیاست‌های کنترل بزهکاری است.

بدین‌سان، همان گونه که حقوق به عنوان یک رشته مطالعاتی، با اخلاقیات، عرف، آموزه‌های علمی و نظام سیاسی هر جامعه ارتباط تنگاتنگ دارد و به نوعی تبلور

1. Maximum Prevention & Minimum Intervention of Criminal System.

فرهنگ هر کشور محسوب می‌شود (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۸: ۱۴)، سامانه پاسخ‌دهی هیئت حاکمه نیز مشتمل بر تدابیر پیشگیرانه یا سرکوبگرانه‌ای است که منبعث از برابری ساختار سیاسی، فرهنگی، اقتصادی هر کشور می‌باشد که تعیین دامنه و محدوده هنجارمندی زیست‌محیطی توسط دولت مشخص می‌شود و تضییق یا توسعه حضور دولت و جامعه مدنی را در عرصه سیاست جنایی موجب می‌گردد.

به هر رو، روابط بنیادی چهار نامتغیر سیاست جنایی، یعنی بزه و انحراف از یک سو و پاسخ دولتی و پاسخ جامعه‌ی از سوی دیگر در پرتو قانون تغلیب، مدل‌های مرجع سیاست جنایی را سامان می‌بخشد (دل‌ماس مارتی، ۱۳۹۸: ۱۲۸). اما تفوق آرایش اتخاذی در برابر بزهکاری زیست‌محیطی، اغلب به صورت پاسخ‌های منفرد دولتی شکل می‌گیرد که گرایش به شبکه‌های متعدد و بدیل را در گذار از حقوق کیفری به عنوان هسته مرکزی سیاست جنایی به محاق می‌برده است. به عبارت دیگر، ضابطه‌مند کردن حقوقی نظام عدالت کیفری تحت تأثیر اسناد الزام‌آور ساختاری که گزینه‌های سیاست جنایی را محدود به پاسخ‌های واکنشی دولت در برابر هنجارگریزی می‌نماید، شرایط گذار و تطبیق در برقراری توازن میان روابط تکمیلی و بدیل‌های جایگزین را در عرصه بزهکاری زیست‌محیطی با گسست و انقطاع مواجه می‌سازد. لذا از آنجا که ارتکاب بسیاری از جرایم زیست‌محیطی به دلیل باورهای نادرست و فرهنگ ناصوابی است که منبعث از فقدان بزه‌دیده ملموس و عدم توانایی بزه‌دیده اعتباری در دفاع از خود می‌باشد، سازوکارهای کنشی یا واکنشی سیاست جنایی ترکیبی در قبال جرایم زیست‌محیطی باید همه‌گزینه‌های مؤثر را لحاظ نماید.

۳-۱. پاسخ‌گذاری کنشی سیاست جنایی ترکیبی ایران در قبال بزهکاری

زیست‌محیطی

سیاست‌های مرسوم نظام عدالت کیفری در برابر نقض هنجارهای زیست‌محیطی که با ابزارهای واکنشی، تبییهِی و سرکوبگر به دنبال مبارزه با جرم هستند، به حداقل موفقیت‌ها نائل شده و نابسامانی‌هایی که ناشی از غیر اثربخش بودن مجازات هستند، بر اکثر واضعان سیاست جنایی آشکار شده است؛ حقیقتی که راهبرد پیشگیری از جرم را

به عنوان اولویتی مبرهن در سیاست جنایی دولت‌ها آشکار می‌سازد.

به طور کلی جامعه به دو صورت پیشگیری و سرکوبی در برابر بزهکاری واکنش نشان می‌دهد (ابراهیمی، ۱۳۹۶: ۲۹). پس فقدان یا کاهش سرمایه‌گذاری در حوزه پاسخ‌های کنشی توان‌افزا می‌تواند توسعه جرایم زیست‌محیطی و در نتیجه مداخله بیشتر دستگاه عدالت کیفری، تحمیل هزینه‌های هنگفت اقتصادی و مجازات‌های توان‌گیر را به دنبال داشته باشد.

به عبارت دیگر، احترام به حقوق اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، زیست‌محیطی و فراهم کردن زمینه آن توسط دولت‌ها، اگر به پیشگیری کامل از رفتارهای مجرمانه منجر نگردد، دست کم دامنه اشکال بزهکاری را کاهش داده و جامعه را از توسل به اقدام‌های قهرآمیز بی‌نیاز می‌کند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۶: ۵۷۸). در این میان، تأکید راهبرد سیاست جنایی ترکیبی با کاهش مقاومت دولت‌ها و نهادهای اداری در نقش‌دهی به شهروندان و سازمان‌های غیر دولتی در راستای عمومی‌سازی پیشگیری از جرایم زیست‌محیطی، جهت صیانت از محیط زیست است.

بر این اساس، جرم‌شناسی علمی برای شناخت علل و عوامل جرم و تکرار جرم، به طور عمده از مطالعات و پژوهش‌های علت‌شناسی جرم بهره می‌برد و بر اساس نتایج آن‌ها در مقام حل معمای بزهکاری برمی‌آید؛ در حالی که جرم‌شناسی نو به طور عمده به عامل‌های وضعی - فنی بزهکاری، یعنی وضعیت‌های پیش‌جنایی و نیز عوامل خطر جرم موجود نزد بزهکار تکیه می‌کند که زمینه تحقق و فرصت‌های ارتکاب جرم و تکرار جرم را آسان‌تر می‌کند (همو، ۱۳۹۲: ۷۳۰). بنابراین مهندسی تدابیر پیشگیرانه اعم از گونه‌های جامعه‌مدار یا موقعیت‌مدار با توجه به گستره جرایم زیست‌محیطی در چارچوب پیشگیری کنشی غیر تدافعی و تدافعی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱-۱-۳. تدابیر کنشی فرهنگی - اجتماعی

پیشگیری اجتماعی از گذر اقدامات توان‌افزا و مرتفع ساختن عوامل بنیادین جرم به دنبال جلوگیری از انعقاد تفکر مجرمانه در اذهان یکایک افراد جامعه است؛ راهبردی که با محور آموزش و پرورش‌مداری، ارتقاء رفاهیات و شخصیت‌سازی در تقابل

پارادایمی با پیشگیری وضعی است.

روشن است که منابع طبیعی و محیط زیست به عنوان بستر رشد و تکامل بشری، پیکره واحدی است که همه اجزای آن به هم مرتبط و پیوسته است و بقا و تکامل انسان، مستلزم بقا و حفظ تعادل و تناسب همه اجزای آن است (مهدوی و علی‌نژاد، ۱۳۹۵: ۹۴). بر این اساس، آموزش هر یک از افراد جامعه به عنوان یک شهروند یا اجتماع شهروندان در دوره‌های مختلف اعم از دوران دبستان تا دانشگاه و اختصاص این مهم در کتب درسی دوران تحصیلی از یک سو و آموزش عمومی شهروندان پیرامون حفاظت و مهربانی با محیط زیست از طریق رسانه‌های عمومی از سوی دیگر می‌تواند حجم واقعی اهمیت حفاظت از محیط زیست و پیشگیری از بزهکاری زیست‌محیطی را برای افراد جامعه ظاهر سازد. ارتقاء سطح آگاهی نسبت به محیط زیست در جهت اطلاع‌رسانی به مردم، رفتار صحیح در خصوص حفظ مسائل زیست‌محیطی، تذکر به متخلفان و مجرمان تحریک‌کننده محیط زیست و گزارش به مراجع عالی و نهادینه‌سازی این فرهنگ در جامعه از اهمیت بسزایی برخوردار است.

در این راستا، اصل هشتم قانون اساسی مقوله امر به معروف و نهی از منکر را به عنوان اقدامی فرهنگی، وظیفه‌ای همگانی و متقابل بر عهده مردم نسبت به یکدیگر، دولت نسبت به مردم و مردم نسبت به دولت می‌داند و شاخصه‌های توصیه، ارشاد، تذکر، اخطار و حق دادخواهی در مراجع قضایی توسط شهروندان و سازمان‌های مردم‌نهاد را پیش‌بینی می‌نماید. علاوه بر افراد جامعه، دولت و سازمان‌های عمومی فعال در زمینه محیط زیست در صورت مشاهده تخلفات زیست‌محیطی از سوی بخش خصوصی یا بخش عمومی، نخست با صدور اخطاریه‌های گوناگون و الزام آنان به تهیه گزارش‌های ارزیابی اثرات زیست‌محیطی طرح‌ها و پروژه‌ها، به امر به معروف و نهی از منکر به صورت زبانی و نوشتاری اقدام می‌نمایند.

با عدم متابعت متجاوزان به محیط زیست، توقف فعالیت‌های آن‌ها و توقیف متخلفان، بنا به حکم مراجع قضایی صلاحیت‌دار صورت می‌پذیرد؛ مانند آنچه در قوانین زیست‌محیطی نظیر قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست، قانون هوای پاک و... در رابطه با وظایف نهادهای عمومی ذی‌ربط در برخورد با تخلفات و جرایم

زیست‌محیطی وجود دارد (لسانی و مشهدی، ۱۳۹۷: ۱۲۹). بدین‌سان، آموزش هر یک از افراد جامعه به عنوان یک شهروند و مجموع آن‌ها تحت عنوان سازمان‌های مردم‌نهاد با استناد به حق بر محیط زیست خود در صورت مشاهده تخلفات زیست‌محیطی از سوی نهادهای عمومی، مقامات و کارکنان آن‌ها، راهبردی مؤثر در پهنه سیاست جنایی ترکیبی با تأکید بر پیشگیری اجتماعی از بزهکاری زیست‌محیطی است. شکل‌گیری سامانه جامع اطلاعات مردمی (سجام) با توجه به دغدغه‌های پیشگیری و کاهش جرایم زیست‌محیطی و در راستای استفاده از ظرفیت‌های مردمی به عنوان دیده‌بانان مشرف بر محیط زیست، امکان‌گزارش شهروندان را در خصوص تخلفات یا جرایم زیست‌محیطی در جنگل‌ها، سواحل یا عرصه‌های طبیعی دیگر فراهم می‌سازد.

اگرچه در قلمرو حقوق ایران، حق بر پیشگیری از جرم به شکل‌های مختلف مورد توجه خیرگان قانون اساسی قرار گرفته است (نیازپور، ۱۳۹۳: ۱۰۷)، مع‌الوصف فقدان ساختاری منسجم در حوزه پیشگیری از بزهکاری زیست‌محیطی از یک‌سو و تأکید بر بسترسازی اجرایی تدابیر پیشگیرانه فرهنگی - اجتماعی در سیاست جنایی ترکیبی از سوی دیگر، افزون بر طراحی ساختار مطلوب، آیین مناسب برای عملیاتی کردن آن را نیز مدنظر قرار می‌دهد.

در واقع برای پیشگیری از جرایم، به همکاری همه نهادهای رسمی و جامعه‌ی نیاز است (لازرز، ۱۳۹۶: ۱۵۰) و اگرچه سیاست جنایی مشارکتی^۱ مرزهای نزدیکی با سیاست جنایی ترکیبی دارد، اما وجه افتراق این دو در آن است که در سیاست جنایی ترکیبی، متولیان امر با دامنه گسترده‌تری مواجه هستند و ممکن است با تجویز قانون‌گذار در متون تقنینی و فروتقنینی علاوه بر مشارکت جامعه مدنی، جرم‌زدایی، کیفرزدایی و جرم‌انگاری مطلق یا نسبی و یا حضور متخلفان در مراجع اداری - انتظامی یا شبه رسمی در فرایند پاسخ‌دهی به جرایم زیست‌محیطی، تحولات متعددی محقق گردد. به عبارت

۱. در سیاست جنایی مشارکتی با همجواری زمانی و مکانی دست‌اندرکاران دولتی و جامعه‌ی، یعنی از رهگذر پیشگیری و سرکوب کیفری بزهکاری و نیز بازپذیرسازی اجتماعی بزهکاران به تأمین امنیت ناآل می‌شویم (جمشیدی، ۱۳۹۵: ۲۶). بدین ترتیب دولت و جامعه مدنی، در حوزه تدبیر و چاره‌اندیشی راجع به پدیده مجرمانه دست به تقسیم کار زده‌اند و جامعه مدنی و مردم در سیاست جنایی مشارکت می‌کنند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۶: ۴۷).

دیگر، رابطه سیاست جنایی ترکیبی و سیاست جنایی مشارکتی، عموم و خصوص مطلق است؛ یعنی همواره سیاست جنایی ترکیبی متضمن شاخصه‌های سیاست جنایی مشارکتی نیز هست، اما سیاست جنایی مشارکتی مشتمل بر سیاست جنایی ترکیبی نیست. بدین‌سان، اگرچه در سیاست جنایی مشارکتی، حضور جامعه مدنی در فرایند پاسخ‌دهی به پدیده بزهکاری شکل می‌گیرد، اما در سیاست جنایی ترکیبی علاوه بر مشارکت جامعه مدنی، دیگر ظرفیت‌ها و نهادها، مرعی داشتن ترتب و تقدم مداخله‌های جامعه‌ی - دولتی در سیاست جنایی ماهوی و شکلی در برابر جرایم و تخلفات علیه محیط زیست مدنظر قرار می‌گیرد.

۲-۱-۳. تدابیر کنشی وضعی

روشن است که علی‌رغم کاربست تدابیر مختلف پیشگیری اجتماعی و اقدامات فرهنگی در سیاست جنایی ترکیبی، ارتکاب بزهکاری زیست‌محیطی در جامعه وجود دارد. لذا تمام اقدامات پیشگیری اجتماعی از جرایم زیست‌محیطی به نتیجه نمی‌رسد و در خصوص همه بزهکاران یا افراد مترصد ارتکاب جرم نمی‌توان قائل به اقدامات توان‌افزا و اصلاحی بود.

بنابراین گونه پیشگیری وضعی یا موقعیت‌مدار به جای اقدام به تغییرات بنیادین در جامعه یا یک محله، به دنبال محدود کردن فرصت‌های ارتکاب جرم، افزایش خطر دستگیری، دشوارسازی و در نهایت به انصراف رسانیدن بزهکار بالقوه است (جندلی، ۱۳۹۵: ۸۵). بر این‌ابتنا، نصب دوربین‌های مداربسته در مراکز، جنگل‌ها، زیستگاه‌های جانوری یا در مجاورت کارخانه‌ها جهت پایش مستمر و لحظه‌ای و مراقبت از عدم ورود پساب کارخانه‌ها و فاضلاب‌های شهری و صنعتی به آب‌ها، حضور فراگیر نیروهای محیط‌بان، جنگلبان، ابطال مجوز تأسیس کارخانه‌ها و کارگاه‌هایی که ضوابط مربوط به بهداشت و مسائل زیست‌محیطی را در ساختن و تعبیه دستگاه‌های مورد نیاز خود رعایت نکرده یا مرتکب فعالیت‌های مضر علیه محیط زیست می‌شوند، مصداق‌هایی از اقدامات موقعیت‌مدار در حوزه پیشگیری از بزهکاری زیست‌محیطی است.

همچنین ضعف مدیریت مسئولان عرصه زیست‌محیطی در کنترل یا نظارت کارآمد

و بهنگام، منجر به تشدید خطر بزهکاری زیست‌محیطی در آن مکان می‌شود. بنابراین تقویت آماج جرم با به کارگیری مدیران توانمند و مجرب، ترسیم جغرافیای جنایی و اقلیمی هر مکان و منطقه به ویژه کانون‌های جرم‌خیز و مناطق بحرانی بزهکاری زیست‌محیطی که حاوی اطلاعات بومی از منابع گوناگون مرتبط با جرایم زیست‌محیطی است، در زمره تدابیر تدافعی پیشگیرانه می‌گنجد.

برای نمونه، حفظ و گسترش فضای سبز شهری و جلوگیری از تخریب آن به همراه پایش و نظارت لازم جهت جلوگیری از آلوده شدن محیط زیست، از عمده وظایف شهرداری‌ها برشمرده شده است^۱ که می‌تواند در پهنه سیاست جنایی ترکیبی در وضعیت‌های پیش‌جنایی و تصمیم بزهکاران بالقوه مؤثر واقع شود.

افزون بر این، افزایش مقرهای محیط‌بانی توسط سازمان محیط زیست، وجود محافظان جنگل (جنگلبانان)، نصب هشداردهنده‌ها و موانع نمادین و طراحی نور و روشنایی مناسب در محوطه‌هایی که قابلیت قلمروسازی را در عرصه محیط زیست دارند، می‌تواند مجرمان بالقوه جرایم زیست‌محیطی را در شرایطی قرار دهد که احساس ناامنی نموده و به دلیل در معرض دید قرار گرفتن، احتمال بیشتری بر دستگیری خویش دهند. بنابراین، واضعان سیاست جنایی ترکیبی با در نظر داشتن این مهم که عوامل موجد جرایم زیست‌محیطی، رفتار جنایی عاقلانه و متفاوت از عوامل وضعی جرایم دیگر است و وقوع این طیف از جرایم نیز در مکان‌هایی بیشتر است که در آن‌ها، فرصت‌های بزهکاری و دیگر ویژگی‌های محیطی تسهیل‌کننده رفتار جنایی وجود دارد، به دنبال حذف مسائل موجود یا چالش‌های قابل پیش‌بینی در طراحی‌های جدید بوده و نسبت به پیش‌بینی تمهیدات لازم اقدام می‌نمایند.

۲-۳. پاسخ‌گذاری واکنشی سیاست جنایی ترکیبی ایران در قبال جرایم

زیست‌محیطی

در کنار پاسخ‌های کنشی حداکثری در سیاست جنایی ترکیبی در برابر بزهکاری

۱. ماده ۵۵ قانون شهرداری‌ها مصوب ۱۳۳۴ به ۲۸ مورد از وظایف شهرداری‌ها در زمینه مسائل زیست‌محیطی شهری اشاره می‌نماید.

زیست‌محیطی، وضع ضمانت اجراهای مطلوب، متناسب و اجرای صحیح و دقیق آن‌ها در قبال هنجارگریزی مجرمان واجد اهمیت است؛ زیرا نظام عدالت کیفری همچنان به ضمانت اجرای کیفری و قدرت بازدارندگی در جرایم زیست‌محیطی اعتقاد دارد.

اگرچه به نظر می‌رسد فقدان آگاهی و حس مسئولیت‌پذیری به همراه عدم پیش‌بینی تبعات رفتار مجرمانه بزهکاران زیست‌محیطی، در نقض حقوق محیط زیست و ارزش‌هایی که در سیاهه قوانین کیفری قرار گرفته‌اند، مؤثر است (Levin & Reddy, 2012: 4)، اما پارادایم حسابگری و سنجش عقلایی مجرمان یقه‌سبز^۱ تغلیب یافته است. با وجود این در سیاست جنایی ترکیبی، مقارن با اعمال مجازات و تدابیر قهرآمیز به عنوان آخرین حربه با رویکرد کمینه‌ای، راهبرد قضازدایی یا جرم‌زدایی نسبی از بزهکاری زیست‌محیطی نیز لحاظ می‌شود.

بدین ترتیب، افتراقی‌سازی سیاست جنایی بر پایه معیار بزه، بزهکار، موقعیت مشرف به جرم، آماج و قربانی جرم محقق می‌شود (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۶: ۵۹)؛ راهبردی که مکمل سیاست جنایی ترکیبی بوده و گونه‌های بدیل را در پاسخ‌های کیفری و فرایند دادرسی در بر می‌گیرد. بر این اساس، قلمرو کیفری جرایم زیست‌محیطی در قالب ضمانت اجراهای کیفری و اداری بررسی می‌شود.

۱-۲-۳. پاسخ‌های کیفری

بدیهی است که قانون‌گذار در صیانت از ارزش‌های محیط زیست به مداخله کیفری اقدام نموده و در کنار متغیرهای اداری، مدنی، میانجیگری و...، همزمان از پاسخ‌های قهرآمیز در برابر بزهکاری زیست‌محیطی استفاده می‌نماید. در نظام حقوق کیفری ایران به طور سنتی عمده توجه قانون‌گذار متوجه مصادیق گوناگون تخریب بوده و مصادیق آلودگی و گستره جرایم زیست‌محیطی ناشی از آلاینده‌ها (به ویژه از حیث آثار و نتایج) که به مراتب بیشتر از تخریب است، کمتر مورد توجه قرار گرفته است (روستایی و رحمانیان، ۱۳۹۶: ۲۷۵). علی‌رغم پراکندگی در قوانین زیست‌محیطی، با این حال، جرم‌انگاری تهدید علیه بهداشت عمومی، جرم‌انگاری پسماند محور،

1. Green Collar Criminals.

جرم‌انگاری تخریب درختان، جرم‌انگاری آلودگی هوا، جرم‌انگاری آلودگی آب و خاک و آلودگی صوتی در راستای صیانت از محیط زیست، در سیاهه قوانین کیفری جمهوری اسلامی ایران پیش‌بینی شده است.^۱

علاوه بر این، پاسخ‌های واکنشی همچون انتشار حکم محکومیت به وسیله رسانه‌ها، مصادره اموال و انحلال شخص حقوقی مرتکب جرایم زیست‌محیطی با امعان‌نظر به شدت جرم ارتكابی و نتایج زیانبار آن می‌تواند متضمن بازدارندگی عام، خاص و شرمساری بازگرداننده باشد؛ برای نمونه، در پرونده‌ای که مربوط به سال ۱۳۹۷ و قطع ۳۴ درخت تنومند در حاشیه جاده سوسنگرد به اهواز است، فرد خاطی اقدام به قطع درختانی با عمر بیش از ۱۵ سال می‌نماید. قاضی دادگاه با استناد به ماده ۶۸۶ قانون مجازات اسلامی مبنی بر قطع اشجار منجر به تخریب محیط زیست و مواد ۲۳ و ۶۷ قانون مطروحه، محکوم‌علیه را به پرداخت جزای نقدی، یک روز حبس تعزیری، کاشت ۶۸ اصله درخت (دو برابر تعداد درختانی که از ریشه درآورده بود) در همان منطقه و همچنین مراقبت از درختان کاشته‌شده به مدت دو سال محکوم نمود (نوری، ۱۳۹۷)؛ حکمی تأثیرگذار و بازدارنده که نشان از درک کامل قاضی پرونده از حساسیت‌های امروز محیط زیست کشورمان، تسلط بر مفاد قانونی، تعامل و ارتباط نزدیک با طبیعت دارد.

روشن است که ضرورت اجرای قوانین کیفری زیست‌محیطی با در نظر داشتن جایگاه حقوق کیفری که نقش مولد ارزش‌های زیست‌محیطی یا حامی ارزش‌های در حال تولد را ایفا می‌کند، دوچندان است (عبدالهی، ۱۳۸۶: ۱۱۴). تأسی از آموزه‌های جرم‌شناسی کلاسیک مبنی بر قطعیت، حتمیت و سرعت در اعمال مجازات مجرمان زیست‌محیطی می‌تواند پیام روشنی مبنی بر اهمیت محیط زیست به افراد جامعه ابلاغ نماید.

به هر تقدیر، اگرچه در حوزه پشتیبانی کیفری از محیط زیست به جهت اولویت داشتن

۱. مواد ۶۷۵، ۶۸۴، ۶۸۶ و ۶۸۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، مواد ۱۶ و ۱۷ قانون مدیریت اجرایی پسماندها، مواد ۲، ۲۸ و ۲۹ قانون نحوه جلوگیری از آلودگی هوا مصوب ۱۳۷۴، ماده ۵۶ قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۷ از این مصادیق هستند.

اعاده وضع آسیب‌دیده به حالت پیشین، پاسخ‌های غیر کیفری سنتی برتری دارند (صبوری‌پور و احمدی، ۱۳۹۸: ۲۶۵)، اما با توجه به تأمین مطامع اقتصادی و مالی اشخاص حقوقی که با سبق تصمیم، آگاهی و سنجش مضار و منافع رفتار ارتكابی به نقض هنجارهای زیست‌محیطی دست می‌یازند، اعمال مجازات‌های نقدی قابل توجه که منطبق با نرخ تورم و نوسان‌های ارزش پول رایج است، می‌تواند واجد کارکردی مناسب و مطلوب باشد. مع‌الوصف تقدم و تأخر تصویب قوانین محیط زیست، تعارض قوانین، مداخله کیفری به صورت متشتت و ضمانت اجراهای ملایمی که از بازدارندگی معتناهی برخوردار نیست، ضرورت تدوین قانون مدون حمایت از محیط زیست^۱ - جرایم زیست‌محیطی- را بعد از اخذ بازخوردهای لازم و نهادشناسی کیفری بیش از پیش نمایان می‌سازد.^۲

با این همه، تلاش می‌شود تا به منظور تورم‌زدایی از جمعیت کیفری در مواردی که در حقوق اداری، حقوق انضباطی و... برای جرایم زیست‌محیطی پاسخ‌هایی پیش‌بینی شده است، پاسخ کیفری لغو شود و رسیدگی به آن از شمول صلاحیت عدالت کیفری خارج گردد (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۷۹: ۳۳/۱). لذا در سیاست جنایی ترکیبی باید صلاحیت و استقلال لازم جهت داوری یا رسیدگی ماهوی، به گونه‌ای در قالب قوانین طراحی و پیش‌بینی شود که مقامات اداری مرتبط حسب مورد، واجد نقش نهادهای نظارتی، اجرایی و شبه قضایی شده و حسب مورد از آیین دادرسی اداری اختصاصی برخوردار شوند. امروزه پیشنهاد رسیدگی به جرایم علیه محیط زیست فراملی در دیوان بین‌المللی کیفری^۳

۱. در دادرسی افتراقی سبز، صرف فعالیت قضات متخصص کافی به نظر نمی‌رسد، بلکه تأثیر وجود کنشگران پیراقضایی که خارج از حوزه اختیارات دست‌اندرکاران قضایی، به اقدامات ضروری و مفیدی دست می‌یازند، در تحقق عدالت زیست‌محیطی، مهم ارزیابی می‌شود (حاجی‌وند، ۱۳۹۷: ۱۳۴). مواد ۶۵ و ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، جایگاه کنشگران مدنی و سازمان‌های مردم‌نهاد را در خصوص جرایم زیست‌محیطی مد نظر قرار داده است.

۲. بر این ابتدا و با امعان نظر به ماده ۳۶ دستورالعمل ابلاغی از جانب ریاست محترم قوه قضاییه در سال ۱۳۹۸، نحوه مشارکت و تعامل نهادهای مردمی با این قوه در خصوص مشارکت در فرایند رسیدگی تصریح شده است. این مهم با در نظر داشتن توسعه مشارکت جامعه مدنی و ظرفیت مطلوب کنشگران پیشگیری از بزهکاری زیست‌محیطی می‌تواند در سیاست جنایی ترکیبی مطمح نظر قرار گیرد.

3. ICC.

نیز مطرح شده است (Lopez, 2006: 271) و حق دادخواهی و صلاحیت دادرسی متولیان عمومی و دولتی رسیدگی به جرایم زیست‌محیطی، به کنشگران خصوصی و غیر دولتی تعمیم یافته است؛ امری که موجب گسترش متولیان حفاظت از محیط زیست و تأمین امنیت فراگیر زیست‌محیطی در سیاست جنایی ترکیبی می‌گردد. در این خصوص، تشکیل پلیس زیست‌محیطی، آموزش و تخصص‌گرایی ضابطان دادگستری و قضات متخصص در حقوق محیط زیست و اختصاص محاکم ویژه در رسیدگی به جرایم زیست‌محیطی باید مورد توجه قرار گیرند.

۳-۲. پاسخ‌های اداری - انضباطی

در سیاست جنایی ترکیبی تلاش می‌شود تا ضمانت اجرای کیفری تنها پاسخ به بزهکاری زیست‌محیطی نباشد و حسب مورد در ابتدا ضمن بزه‌انگاری اداری، از ضمانت اجراهای اداری نیز به عنوان جایگزین‌های مجازات‌های کیفری محض استفاده شود؛ راهبردی که شرایط تطبیق متغیرها را در سیاست جنایی رقم می‌زند.

در تحول انطباقی مدل سیاست جنایی، نوعی جابه‌جایی درون‌مدل میان شبکه‌های دولتی یا جامعه‌ی مدل غالب سیاست جنایی، در عین حفظ و بقای ویژگی‌های روابط تشکیل‌دهنده آن مدل صورت می‌گیرد (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۶: ۵۷). لذا در سیاست جنایی ترکیبی در برابر بزهکاری زیست‌محیطی با توجه به کثرت پرونده‌های قضایی، هزینه‌های اقتصادی و آثار متعاقب رسیدگی‌های رسمی کیفری، ضمن تخلف‌انگاری، شبکه دولتی اداری جایگزین محاکم رسمی در پاسخ‌دهی به جرایم زیست‌محیطی می‌شود. وجود نهادهای مختلف مرتبط با حقوق محیط زیست همچون سازمان حفاظت محیط زیست و سازمان جنگل‌ها، مراتع و آب‌خیزداری در استفاده از ضمانت اجرای اداری در مرحله نخستین و قبل از طرح پرونده در محاکم کیفری و جریان تشریفات معمول فرایند دادرسی می‌تواند ضمن قضا‌زدایی، موجب به رسمیت شناختن صلاحیت مراجع اداری - البته با رعایت معیارهای رسیدگی عادلانه - گردد.

بنابراین عدم انطباق حقوق کیفری کلاسیک با گستره و قلمرو زیست‌محیطی و ابتدای حقوق کیفری بر اصل خطای شخصی و ضرورت احراز رکن معنوی، اعم از

عمد، قصور یا تقصیر بزه‌کاران و وجود رابطه سببیت بین رفتار ارتكابی و خسارت از یک سو و ظهور برخی آثار و خسارات وارده بر عرصه زیست‌محیطی در مدت‌های مدید از سوی دیگر، مداخله شبکه‌های اداری و انتظامی را در سیاست جنایی ترکیبی می‌طلبد.

همچنان که در لایحه قضازدایی و حذف برخی عناوین مجرمانه از قوانین که در راستای برنامه ششم توسعه از سوی معاونت حقوقی قوه قضاییه پیگیری و در کمیسیون حقوقی مجلس در حال بررسی است، صلاحیت رسیدگی به تخلفات زیست‌محیطی بر عهده هیئت‌های بدوی و تجدیدنظر سازمان حفاظت از محیط زیست قرار داده شده است که با حضور یک مقام قضایی تشکیل می‌شوند.^۱

علاوه بر این، تبصره ۲ ماده ۱۱ قانون هوای پاک مصوب سال ۱۳۹۶ تصریح نموده است که متخلفان از مصوبات و تصمیمات سازمان و کمیسیون مستقر در اداره کل حفاظت محیط زیست استان، ضمن پرداخت جریمه رفع آلایندگی، مکلف به جبران خسارت وارده می‌باشند. در صورت عدم جبران و یا تمرد از تصمیمات سازمان و یا کمیسیون، موضوع مجدداً در کمیسیون مطرح می‌شود و با تصویب کمیسیون، ضمن توقف فعالیت با شکایت اداره کل محیط زیست، متخلف به مرجع قضایی معرفی

۱. برای نمونه، در پرونده مطروحه کارخانه زمزم واقع در شهر کرمان، اهالی محل از تخلیه فاضلاب کارخانه در زمین‌های اطراف به اداره کل محیط زیست کرمان شکایت می‌کنند که پس از تأیید کارشناس، اداره کل محیط زیست طی اخطاری از کارخانه مذکور می‌خواهد تا فاضلاب خود را در محلی که توسط آن اداره تعیین می‌شود، تخلیه کند. در مورخه ۸۶/۴/۱۲ اداره کل حفاظت محیط زیست طی نامه‌ای دیگر از کارخانه می‌خواهد تا نسبت به انتقال به محل جدیدی که به سیستم تصفیه فاضلاب مجهز باشد، اقدام نماید. متعاقباً کارخانه به شهرداری اطلاع می‌دهد که از سیستم جدید فاضلاب استفاده می‌کند و شهرداری نیز موضوع را به اطلاع اداره حفاظت از محیط زیست می‌رساند. پس از بازرسی مجدد از محل اداره اظهار می‌کند که به علت عدم راه‌اندازی سیستم فاضلاب کارخانه، بررسی و نمونه‌برداری از آن ممکن نیست. پس از این امر، اداره کل محیط زیست بار دیگر از کارخانه می‌خواهد تا فاضلاب خود را به محل تعیین شده انتقال دهد. در نهایت، با احراز تخلفات و ارائه گزارش‌ها، مرکز بهداشت استان نیز طی نامه‌ای محصولات تولیدی کارخانه را آلوده به اجسام خارجی و حشرات تشخیص می‌دهد که طبق ماده ۱۲ قانون مواد آرایشی و بهداشتی اقدام می‌شود (تقی‌زاده انصاری، ۱۳۹۷: ۱۴۵)؛ مصدافی که مبتن کاهش مداخله حقوق کیفری و تقویت شبکه اداری با ضمانت اجرای پیش‌بینی شده است.

می‌شود و با حکم این مرجع، به جزای نقدی درجه چهار موضوع ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ محکوم می‌شود. مصادیق مطروحه در قالب سیاست جنایی ترکیبی، مبین طبقه‌بندی سازوکارهای پاسخ‌های واکنشی از حوزه اداری تا مراجع قضایی می‌باشد.

بدین‌سان، مراجع اداری می‌توانند در صورت عدم اجرای مقررات توسط اشخاص حقوقی یا حقیقی یا احراز تخلفاتی که به واسطه تکرار در شرایط رسیدگی قرار می‌گیرند، با ابلاغِ اخطار رسمی، مقررات مربوطه را یادآور شده و ضمن استفاده از ظرفیت‌های اجرایی سیاست جنایی ترکیبی در قالب جریمه، اجبار مالی متخلف به ایفای تعهدات و تضمین‌های الزامی اداری، در پیشگیری از تخلفات یا جرایم زیست‌محیطی آتی نقش بسزایی داشته باشند. با این وصف، تقویت مقام مستقل اداری در سیاست جنایی ترکیبی، روشی برای گذار از پاسخ‌های کیفی به اداری است که ضمن جرم‌زدایی نسبی و جلوگیری از تورم قوانین، به کاهش واکنش‌های کیفی در بدو امر می‌انجامد.

نتیجه‌گیری

راهبرد سیاست جنایی ترکیبی ایران در برابر بزهکاری زیست‌محیطی^۱ به معنای در نظر داشتنِ ضرورت حیاتی بهره‌مندی از نهادهای واسط و دستگاه‌های مکمل نظام عدالت کیفری در پاسخ به هنجارگذاری، به غیر از پلیس و قوه قضاییه از یک سو و فراهم نمودن زمینه استفاده از ظرفیت قوای اجرایی، پارلمان، جامعه مدنی، رسانه‌ها، انجمن‌ها و شهروندان در ایجاد اجماع، معطوف به هم‌افزایی متقارن از سوی دیگر است.

روشن است که سیاست جنایی ترکیبی، به معنای انتقال وظایف و تکالیف قوه قضاییه و مسئولیت‌های سایر قوا در برابر بزهکاری نیست؛ بلکه رویکردی در راستای تأمین و تضمین امنیت با ترکیب هوشمندانه پیشگیری، ضمانت اجراهای بدیل اداری - انتظامی،

۱. اکوساید (بوم‌زدایی) خطر جهانی مشترکی است که اقتصاد جهانی، امنیت انسانی، سیاست جهانی، اخلاق جهانی و امنیت محیط زیستی را تهدید جدی می‌نماید. این جنایت به دلیل گستردگی و شدت ویرانگری چشمگیر خود، جنایتی تمام‌عیار علیه توسعه پایدار است (شاملو و قلی‌پور، ۱۳۹۹: ۱۵۹).

کیفری، آیین‌های مختلف رسیدگی و تلاش در راستای بازپذیرسازی خواهد بود. بدین ترتیب، تجهیز سیاست جنایی به بخش‌های اجتماعی مختلف و استحاله نهادهای قضایی و تغییر شیوه عدالت کیفری به نفع نهادهای غیر قضایی که با توسعه زرادخانه ضمانت اجرای اداری، غیر سرکوبی و جامعوی همراه است، به دنبال تحقق سیاست جنایی ترکیبی خواهد بود.

با این حال، اگرچه قوانین جامع و بازدارنده‌ای نیاز است که به نحو مطلوب از هنجارهای زیست‌محیطی صیانت نموده و با لحاظ نمودن ضمانت‌اجراهای متنوع، انگیزه‌های اقتصادی بزهکاران زیست‌محیطی را مرتفع نماید، اما در سیاست جنایی ترکیبی، هدف غایی حفظ جایگاه حقوق کیفری به عنوان حامی ارزش‌های اساسی در جامعه است. در واقع برون‌داد کیفی و حمایتی نظام جرم‌انگاری و کیفرگذاری در برابر تعدد جرم‌انگاری و سنجه کمی مجازات‌ها رجحان می‌یابد. تلاش متولیان سیاست جنایی ترکیبی آن است که حتی‌المقدور مداخله نظام عدالت کیفری و پاسخ‌های توان‌گیر و قهرآمیز را به تعویق انداخته یا به تدابیر نهایی تبدیل نمایند؛ امری که اقبال عمومی‌سازی حفاظت از محیط زیست و اجرای رویکردهای سیاست جنایی ترکیبی را با تأکید بر فرابخشی بودن این مهم و بهره‌مندی از مشارکت مردمی و جامعه مدنی متبلور می‌سازد.

بی‌شک سیاست‌گذاری زیست‌محیطی در بستر مدل ترکیبی سیاست جنایی، به دنبال مرتفع نمودن چالش‌های ناشی از مسائل زیست‌محیطی در عرصه فضای رسمی و اجتماعی حاکم است. اهمیت صیانت از محیط زیست به مثابه ثروت عمومی و پیوندی که میان اقتصاد و حفظ محیط زیست وجود دارد، منجر به ایجاد بسترهای فرهنگی و اجتماعی لازم در جامعه از طریق حساس‌سازی افکار عمومی، تبلیغات و اطلاع‌رسانی به موقع با امعان نظر به ارزش‌های فرهنگی و اجتماعی کشور، می‌تواند ضمن مساعد نمودن زمینه مشارکت مؤثر مردمی در راستای فرایند پاسخ‌دهی به جرایم زیست‌محیطی و الزام به حضور برخی محکومان جرایم زیست‌محیطی به مشارکت در فعالیت‌های جبرانی و شرکت آن‌ها در برنامه‌های آموزشی گردد. بدین‌سان، در سیاست جنایی ترکیبی در برابر بزهکاری زیست‌محیطی تلاش می‌شود تا بر پایه اصول پیشگیری

توسط مشارکت جامعه مدنی، پاسخ‌های انتظامی در حقوق اداری، مقابله و اکنشی توسط حقوق کیفری و جبران خسارت توسط حقوق مدنی، بستر مناسبی جهت پیشگیری از فجایع زیست‌محیطی محقق شود.

بدیهی است که در حوزه مطالعات علمی سیاست‌های اقتصادی، دولت‌ها نیز می‌توانند سلامت محیط زیست را به مخاطره انداخته و منجر به شکل‌گیری مسئولیت ناشی از فعالیت‌های مخرب زیست‌محیطی دولتمردان شوند. بدین‌سان، سیاست جنایی به عنوان مهم‌ترین عرصه سیاست‌گذاری‌های کلان اجتماع در دهه‌های اخیر با امعان نظر به متغیرهای موجود و تأثیر آن‌ها بر یکدیگر، ضرورت کنترل پدیده‌ها و برخورداری از زیرساخت‌های فرهنگی و بومی، نیازمند مدل‌سازی نوین در قالب سیاست جنایی ترکیبی است؛ همچنان که حق دسترسی مردم به اطلاعات محیط زیستی و حق مشارکت در تصمیم‌گیری‌های حوزه محیط زیست و توجه واضعان سیاست جنایی ترکیبی به لایه‌های زیرین مشارکت معنادار در کنار سایر ارکان سیاست جنایی ترکیبی کارآمد، در موفقیت حداکثری کارگزاران این عرصه مفید خواهد بود.

کتاب‌شناسی

۱. آلبرشت، هانس یورگ، «تورم جمعیت زندان‌ها در مناطق مختلف جهان»، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، در: *تورم جمعیت زندان‌ها؛ در جستجوی کارآمدترین راه حل*، تهران، معاونت امور اجرایی و اطلاع‌رسانی مرکز تحقیقات استراتژیک، ۱۳۹۵ ش.
۲. ابراهیمی، شهرام، *جرم‌شناسی پیشگیری*، چاپ چهارم، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۳. احمدی، اصغر، قدرت‌الله خسروشاهی، و مجتبی میرشکار، «پیشگیری اولیه از جرایم زیست‌محیطی در آموزه‌های قرآنی»، *فصلنامه پژوهش‌های فقهی*، دوره چهاردهم، شماره ۱، بهار ۱۳۹۷ ش.
۴. پوربافرانی، حسن، و مرضیه همتی، «نقد سیاست کیفری ایران در قبال جرایم زیست‌محیطی»، *فصلنامه مجلس و راهبرد*، دوره بیست و سوم، شماره ۸۷، پاییز ۱۳۹۵ ش.
۵. تقی‌زاده انصاری، مصطفی، *حقوق محیط زیست در ایران*، چاپ هشتم، تهران، سمت، ۱۳۹۷ ش.
۶. جمشیدی، علیرضا، *سیاست جنایی مشارکتی*، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۷. جندلی، منون، *درآمدی بر پیشگیری از جرم*، ترجمه و تحقیق شهرام ابراهیمی، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۸. حاجی‌وند، امین، *آیین دادرسی کیفری سبز در ایران*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، تابستان ۱۳۹۷ ش.
۹. درویش، محمد، «خشک‌سالی کابوس هزاران ساله ایران»، ۱۳۹۸ ش.، قابل دسترس در: <https://www.dw.com>.
۱۰. دلماس - مارتی، می‌ری، *نظام‌های بزرگ سیاست جنایی*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ چهارم، تهران، میزان، ۱۳۹۸ ش.
۱۱. رضانی قوام‌آبادی، محمدحسین، «از ممنوعیت تا جرم‌انگاری خسارت وارده به محیط زیست در حقوق بین‌الملل»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، ضمیمه شماره ۵۶، زمستان ۱۳۹۰ ش.
۱۲. روستایی، مهرانگیز، و حامد رحمانیان، «جرم‌های زیست‌محیطی»، مقاله در: *دانشنامه علوم جنایی اقتصادی*، به کوشش امیرحسن نیازپور، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۱۳. شاملو، باقر، اصغر احمدی، و قدرت‌الله خسروشاهی، «بزه‌دیده‌شناسی سبز: با تأکید بر سیاست کیفری ایران»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال ششم، شماره ۲۰، پاییز ۱۳۹۶ ش.
۱۴. شاملو، باقر، و غلامرضا قلی‌پور، «اکوساید (بوم‌زدایی): جنایتی علیه توسعه پایدار»، *دوفصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، دوره پنجاهم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۹ ش.
۱۵. صبوری‌پور، مهدی، و اصغر احمدی، «جرایم علیه صخره‌های مرجانی از منظر حقوقی و بزه‌دیده‌شناختی»، *دوفصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری*، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره شانزدهم، شماره ۱۷، بهار و تابستان ۱۳۹۸ ش.
۱۶. عبدالهی، محسن، «حمایت کیفری از محیط زیست: تأملی بر بایسته‌های حقوق کیفری زیست‌محیطی»، *فصلنامه علوم محیطی*، سال پنجم، شماره ۱، پاییز ۱۳۸۶ ش.
۱۷. غلامی، حسین، *اصل حداقل بودن حقوق جزا*، تهران، میزان، ۱۳۹۳ ش.
۱۸. قاسمی، ناصر، *حقوق کیفری محیط زیست (مطالعه تطبیقی در حقوق ملی و بین‌المللی)*، چاپ دوم، تهران، خرسندی، ۱۳۹۵ ش.
۱۹. کشاورز، اسدالله، *بزهکاری سبز؛ جلوه‌ها و پاسخ‌های تقنینی و قضایی*، تهران، میزان، ۱۳۹۹ ش.

۲۰. لازرژ، کریستین، *درآمدی بر سیاست جنایی*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ ششم، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۲۱. لسانی، بهزاد، و علی مشهدی، «حفاظت از محیط زیست توسط شهروندان و سازمان‌های مردم‌نهاد در چارچوب اصول هشتم و سی و چهارم قانون اساسی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، *فصلنامه دانش حقوق عمومی*، دوره هفتم، شماره ۲۱، پاییز ۱۳۹۷ ش.
۲۲. لواسور، ژرژ، «سیاست جنایی»، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره اول، شماره ۱۱۶، ۱۳۷۱ ش.
۲۳. مشهدی، علی، «اساسی‌سازی ماهوی حق بر محیط زیست در حقوق ایران و فرانسه»، *فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره پنجم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۳ ش.
۲۴. همو، *حق بر محیط زیست سالم*، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۲۵. همو، «دولت و محیط زیست: از رویکردهای بدون دولت تا رویکردهای مشارکتی»، *فصلنامه دولت‌پژوهی*، دوره دوم، شماره ۸، زمستان ۱۳۹۵ ش.
۲۶. مهدوی، محمود، و آذر علی‌نژاد، «دموکراسی محیط زیستی: رویکرد مشارکتی در پاسخ به آسیب‌های محیط زیستی»، *دوفصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، دوره سوم، شماره ۱ (پیاپی ۶)، بهار و تابستان ۱۳۹۵ ش.
۲۷. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «تحولات جرم‌شناسی بزهکاری یقه‌سفیدها»، *دیپاچه در: دارابی، شهرداد، بزهکاری یقه‌سرخ‌ها*، تهران، میزان، ۱۳۹۸ ش.
۲۸. همو، «جرم‌شناسی در آغاز هزاره سوم»، *دیپاچه در: نجفی ابرندآبادی، علی حسین، و حمید هاشمی‌بیگی، دانشنامه جرم‌شناسی*، چاپ پنجم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۷ ش.
۲۹. همو، «حقوق تطبیقی و هماهنگ - نزدیک‌سازی نظام‌های حقوقی»، *دیپاچه در: جلوه‌هایی از مطالعه تطبیقی حقوق فرانسه و ایران*، به کوشش بهزاد رضوی فرد، تهران، دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۹۸ ش.
۳۰. همو، «درآمدی بر اساسی‌سازی حقوق کیفری»، *در: گرجی، علی‌اکبر، در تکاپوی حقوق عمومی*، تهران، جنگل، ۱۳۹۳ ش.
۳۱. همو، «درآمدی بر سیاست کیفری عوام‌گرا»، *دیپاچه در: لازرژ، کریستین، درآمدی بر سیاست جنایی*، چاپ ششم، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۳۲. همو، «درآمدی به جنبه‌های مختلف سیاست جنایی در قبال مواد مخدر»، *مقاله در: مجموعه مقالات همایش بین‌المللی علمی - کاربردی جنبه‌های مختلف سیاست جنایی در قبال مواد مخدر*، تهران، روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۹ ش.
۳۳. همو، «درباره سیاست جنایی افتراقی»، *دیپاچه در: لازرژ، کریستین، درآمدی بر سیاست جنایی*، چاپ ششم، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۳۴. همو، «سیاست جنایی از مدل‌ها تا جنبش‌ها»، *دیپاچه در: دلماس - مارتی، می‌ری، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی*، چاپ چهارم، تهران، میزان، ۱۳۹۸ ش.
۳۵. همو، «سیاست جنایی در برابر بزهکاری اقتصادی»، *مقاله در: سیاست جنایی در برابر بزهکاری اقتصادی*، به کوشش امیرحسین نیازپور، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۳۶. همو، «سیاست جنایی»، *مقاله در: دانشنامه علوم جنایی اقتصادی*، به کوشش امیرحسین نیازپور، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.

۳۷. نوری، سهیلا، «حکم سبز یک قاضی، نخستین رأی محیط زیستی»، ۱۳۹۷ ش.، قابل دسترس در: <https://www.yasa.com>.
۳۸. نیازپور، امیرحسین، «اساسی سازی حقوق پیشگیری از جرم در ایران»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال دوم، شماره ۶، بهار ۱۳۹۳ ش.
39. Clifford, Mary, *Environmental Crime: Enforcement, Policy, and Social Responsibility*, Jones & Bartlett Learning, 1998.
40. Levin, Marc A. & Vikrant P. Reddy, "Engulfed by Environmental Crimes: Over Criminalization on the Gulf Coast", Report of Texas Public Policy Foundation, 2012.
41. Lopez, Aurelie, "Criminal Liability for Environmental Damage Occurring in Times of Non-International Armed Conflict: Rights and Remedies", *Fordham Environmental Law Review*, Vol. 18, No. 2, Electronic Press, 2006.
42. Pereira, Ricardo M., *Environmental Criminal Liability and Enforcement in European and International Law*, Brill Publication, 2015.

حقوق دفاعی متهم؛

مفهوم و ابعاد مختلف آخرین دفاع متهم*

□ منصور رحمدل^۱

چکیده

در میان حقوق دفاعی متعدد متهم، آخرین دفاع را که در مرحله نهایی هر مرحله از دادرسی مبتنی بر اصل براءت مورد توجه قرار گرفته، می‌توان تکمیل‌کننده فرایند دفاع تلقی کرد. بر همین اساس، قانون‌گذار در مواد ۲۶۲، ۳۷۱ و ۳۹۹ قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ به این حق اشاره نموده است. مقاله حاضر با استفاده از روش تحلیلی در مقام پاسخ‌دهی به این سؤالات است که آیا مقامات قضایی در هر شرایطی در پایان تحقیقات، ملزم به اخذ آخرین دفاع هستند؟ آیا می‌توان در صورت احضار متهم برای اخذ آخرین دفاع و عدم حضور وی، درخواست حاضر کردن وی، و در صورت عدم حضور، وجه‌الکفاله و وجه التزام را اخذ یا وثیقه را ضبط نمود؟ یافته‌های تحقیق دلالت بر آن دارد که آخرین دفاع، حق متهم و متضمن تکلیفی برای مقام قضایی است. در احضاریه باید به اخذ آخرین دفاع بدون قید «نتیجه عدم حضور، جلب است»،

تصریح شود. مقام قضایی فقط در فرضی که نظر به بزهکاری متهم داشته باشد، ملزم به اخذ آن است. عدم اخذ آن علاوه بر تخلف انتظامی، موجب بی اعتباری رأی است. در صورت عدم حضور متهم نمی توان تأمین مأخوذه را اخذ یا ضبط نمود.

واژگان کلیدی: آخرین دفاع، متهم، حق، تکلیف.

مقدمه

وقتی از حقوق دفاعی متهم صحبت می شود، حقوق مزبور از اولین مرحله یک رسیدگی کیفری با صدور دستور تعقیب از طرف دادستان آغاز می شود و علاوه بر آنکه قانون گذار برای متهم در طی فرایند دادرسی، حقوق عدیده ای را پیش بینی کرده است، در مرحله پایانی هر مرحله از رسیدگی نیز حقی را تحت عنوان آخرین دفاع برای وی به رسمیت شناخته است. همه این امور در راستای یک دادرسی عادلانه صورت می گیرد. دادرسی عادلانه، ابعاد گوناگونی دارد و در ارتباط با حق دفاع متهم ایجاب می نماید که در صورت اسناد اتهام به شخصی، وی بتواند بدون دغدغه خاطر و به زبان قابل فهم از خود دفاع نماید و حتی دولت مکلف می شود از محل بودجه عمومی، هزینه های دفاعی وی را در قالب گرفتن وکیل تسخیری (در صورت ناتوانی از معرفی وکیل تعیینی یا امتناع وی از معرفی وکیل تعیینی) یا تعیین مترجم یا پرداخت هزینه کارشناس تأمین نماید. ممکن است این تکلیف دولت به تأمین هزینه های دفاعی متهم، غیر موجه و متناقض نماید. چون از یک طرف، شخص از طرف دولت متهم به نقض قانون جزایی می شود و از طرف دیگر، دولت باید هزینه های دفاعی وی را از محل بودجه عمومی و در واقع از جیب شهروندانی بپردازد که شخص، متهم به نقض حقوق و آزادی های آنان می شود. به نظر می رسد باید از ظاهر امر دست برداشت. واقع امر آن است که جامعه با متهم کردن فرد به نقض قانون جزایی و در واقع برای تأمین امنیت شهروندان، در مقام سلب حقوق و آزادی های وی است و نمی توان هم از متهم سلب حق و آزادی نمود و هم هزینه های این محدودیت ها را به خود متهم تحمیل نمود، هر چند باید به این مطلب توجه داشت که در اکثر اوقات، این خود متهم است که هزینه های تدارک دفاع از خود را می پردازد و فقط در موارد و شرایط استثنایی، دولت متکفل پرداخت این هزینه ها

می‌شود. مبنای دیگر لزوم تأمین امکان دفاع متهم را باید در اصل براءت دید. اقدام دولت در اسناد اتهام به متهم در جهت مخالف اصل براءت است و باید هزینه‌های نقض اصل مزبور را پردازد و حتی در فرضی که متهم در پایان رسیدگی، با منع تعقیب یا حکم براءت مواجه شود، دولت ملزم به جبران خسارات مربوط به ایام بازداشت وی خواهد شد. به این اعتبار گفته می‌شود که «هنر عدالت کیفری، در حقیقت برقراری تعادل در دو رسالت خود در قبال شهروندان است: از یک سو تضمین عادلانه حق شهروندان در برخورداری از امنیت فراگیر (جانی، مالی، اخلاقی) در برابر مجرمان، و از سوی دیگر تضمین واقعی حقوق انسانی و دفاعی شهروندان در مقابل کنشگران و نهادهای عدالت کیفری (امنیت حقوقی - قضایی)» (نجفی ابرنآبادی، ۱۳۹۱). در این راستا، مقررات آیین دادرسی کیفری حداکثر تلاش خود را برای کاربست چنین هنری به کار می‌گیرند.

بررسی تحولات قانونی مربوط به آخرین دفاع متهم دلالت بر آن دارد که در ماده ۱۶۱ قانون آیین دادرسی ۱۳۹۱ قانون‌گذار ظاهراً به قید اطلاق به لزوم اخذ آخرین دفاع از متهم اشاره کرده بود. طبق ماده مزبور:

«پس از آنکه استنطاق متهم تمام، مستنطق به متهم اعلام می‌دارد که اگر در براءت خودش باز اظهاری دارد، بنماید و پس از اظهار آخری متهم، مستنطق تحقیقات را ختم و بعد از اظهار عقیده خود در ذیل تحقیقات، امر ابلاغ آن را به مدعی العموم درج نموده، صورت تحقیقات و استنطاقات را نزد مدعی العموم محکمه ابتدایی ارسال می‌دارد».

ولی به نظر می‌رسد با توجه به حکم ماده ۱۶۱ مکرر که مقرر داشته بود:

«در امور جزایی در مواردی که مستنطق به متهم دسترسی ندارد یا به علت شناخته نشدن در محل اقامت، احضار و جلبش مقدور نیست، مستنطق می‌تواند بدون استماع آخرین دفاع در صورتی که دلایل کافی باشد، رسیدگی و قرار مقتضی صادر نماید».

ممکن بود این استنباط ایجاد شود که اخذ آخرین دفاع تکلیف نبوده است. به نظر می‌رسد در مقام نتیجه‌گیری باید گفت که عقیده کلی قانون‌گذار بر ضرورت اخذ آخرین دفاع، در فرض حضور متهم بوده، ولی در فرض عدم دسترسی به متهم یا شناخته نشدن وی، بازپرس چنین تکلیفی نداشته است.

در قسمت اخیر ماده ۱۹۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب سال ۱۳۷۸ مقرر شده بود:

«دادگاه مکلف است مفاد اظهارات طرفین دعوی و عین اظهارات یک طرف را که مورد استفاده طرف دیگر باشد و همچنین عین اظهارات شهود و اهل خبره را در صورت مجلس منعکس نماید. دادگاه پس از پایان مذاکرات به عنوان آخرین دفاع به متهم یا وکیل او اجازه صحبت داده و پس از امضای طرفین، رسیدگی را ختم می‌کند».

این ماده به قید اطلاق به لزوم اخذ آخرین دفاع، اعم از اینکه نظر دادگاه بر براءت یا محکومیت باشد، اشاره کرده بود. در بند «ک» ماده ۳ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب سال ۱۳۷۳ نیز به ضرورت اخذ آخرین دفاع اشاره و مقرر شده بود:

«پس از آنکه تحقیقات پایان یافت، بازپرس آخرین دفاع متهم را استماع نموده با اعلام ختم تحقیقات و اظهار عقیده خود، پرونده را نزد دادستان می‌فرستد. در صورتی که به عقیده بازپرس، عمل متهم متضمن جرم نبوده یا اصولاً جرمی واقع نشده و یا دلایل کافی برای ارتکاب جرم وجود نداشته باشد، قرار منع تعقیب و در صورت عقیده بازپرس بر تقصیر متهم، قرار مجرمیت درباره ایشان صادر می‌نماید و چنانچه متهم در آخرین دفاع، دلیل مؤثری بر کشف حقیقت ابراز نماید، بازپرس مکلف به رسیدگی می‌باشد».

به این ترتیب در دو ماده قانونی مورد اشاره در این قسمت، مقام قضایی در هر صورت مکلف به اخذ آخرین دفاع متهم بوده، اعم از آنکه نظر به صدور قرار مجرمیت یا منع تعقیب و حکم براءت یا محکومیت داشته باشد یا نه. ولی بدون تردید تکلیف مربوط به اخذ آخرین دفاع فقط ناظر به مواردی بوده که اتهام به متهم تفهیم شده باشد، والا صرف طرح شکایت علیه کسی، باعث ایجاد تکلیف مزبور نمی‌شود.

صرف نظر از مطالب مزبور، آنچه موضوع اصلی مقاله حاضر را تشکیل می‌دهد، فلسفه آخرین دفاع متهم است و هدف قانون‌گذار آن است که شخصی که قرار است به عنوان ناقض قوانین جزایی تعقیب، و النهایه مجازات در مورد وی اجرا شود، آخرین حرف‌های خود را بزند تا مبادا فرد بی‌گناهی به ناحق مجازات شده باشد. به عبارت

دیگر، علاوه بر دفاعیاتی که در ضمن فرایند تحقیقات و رسیدگی ارائه کرده است، در پایان تحقیقات و رسیدگی نیز برای آخرین بار از خود دفاع نماید. حکم قانون‌گذار در پیش‌بینی ضرورت اخذ آخرین دفاع از متهم را باید واجد ارزش مهم‌تر تلقی کرد. مطالعات روان‌شناسی نیز دلالت بر آن دارند که آخرین دفاعیات از طرف شنوندگان، به مدت طولانی به حافظه سپرده می‌شوند (Medwed, 2011: 915-948). شاید هم به این دلیل است که افراد سعی می‌کنند آخرین کلام از زبان آنان جاری شود. به عبارت دیگر، از نظر روانی این باور وجود دارد که آخرین کلام، قدرت اثربخشی بیشتری دارد.

بدین‌سان برای تبیین جنبه‌های مختلف بحث مربوط به آخرین دفاع متهم، در چهار گفتار به بررسی ماهیت آخرین دفاع، حق بودن آن برای متهم، تکلیف بودن آن برای مقامات قضایی، و ضمانت اجرای عدم رعایت حق و تکلیف مزبور می‌پردازیم. در گفتار اول تحت عنوان آخرین دفاع به عنوان حق، به تبیین ماهیت آخرین دفاع می‌پردازیم. منظور از ماهیت، پرداختن به آخرین دفاع به عنوان یکی از اجزای مهم دادرسی عادلانه است. در گفتار دوم از تکلیف مراجع قضایی به اخذ آخرین دفاع و تبیین مبانی قانونی این تکلیف، و در گفتار سوم به تبیین فروض مختلف در مورد حق دفاع می‌پردازیم. در این گفتار به مطالبی مانند ضرورت اخذ آخرین دفاع در فرض نقض قرارهای منع و موقوفی تعقیب و نیز اخذ آخرین دفاع توسط دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر و نیز دیوان عالی کشور در فرض صدور حکم محکومیت به استناد ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری می‌پردازیم. در گفتار چهارم به ضمانت اجرای عدم رعایت تکلیف مربوط به اخذ آخرین دفاع توسط مراجع قضایی و نقض حق آخرین دفاع متهم توسط مراجع مزبور و در آخر به نتیجه‌گیری می‌پردازیم. به این ترتیب، همه نکات مربوط به آخرین دفاع مورد بررسی قرار می‌گیرند.

نوآوری مقاله حاضر نسبت به مقالات دیگر آن است که جنبه‌های مختلف آخرین دفاع با دقت مورد بررسی قرار گرفته و به خصوص بحث مربوط به ضمانت اجرای عدم رعایت حق مزبور که در گفتار چهارم مورد بررسی قرار گرفته، از اهمیت خاصی برخوردار است.

گفتار اول: آخرین دفاع به عنوان حق

آخرین دفاع در مواد مختلف قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ مورد توجه قرار گرفته و قانون‌گذار به لزوم اخذ آخرین دفاع از متهم یا وکیل وی تصریح کرده است. در کلیه قوانین شکلی قبل از قانون آ.د.ک. سال ۱۳۹۲، همانند قانون آ.د.ک. ۱۲۹۱ و قانون آ.د.ک. سال ۱۳۷۸ نیز قانون‌گذار به این مطلب تصریح کرده بود. به نظر می‌رسد آخرین دفاع را باید همانند سکه واجد دو رو تلقی کرد که یک روی آن، تلقی آن به عنوان حق متهم و روی دیگر آن، تلقی آن به عنوان تکلیف برای مقامات قضایی است که در گفتار بعد مورد بررسی قرار خواهیم داد.

در مواد ۲۶۲، ۲۶۳، ۲۷۶، ۳۷۱، ۳۹۹ و ۴۵۱ قانون آیین دادرسی کیفری، قانون‌گذار به آخرین دفاع تصریح کرده است. مبنای این تصریح را باید در اصل ۳۷ قانون اساسی و ماده ۴ قانون آ.د.ک. در مورد توجه به اصل برائت تلقی کرد. قانون‌گذار در مواد مزبور با احتیاط در مورد محکوم شناخته شدن متهم حرکت می‌کند و به همین اعتبار است که تصریح و تأکید می‌کند چنانچه متهم در آخرین دفاع مطلبی بیان نماید که در کشف حقیقت یا برائت وی مؤثر است، مقام قضایی مکلف به رسیدگی است. چنانچه متهم در طول رسیدگی و تحقیقات، سکوت اختیار کرده باشد، این امر به معنای عدم تکلیف مقام قضایی به اخذ آخرین دفاع از وی نخواهد بود و «همچنان که متهم در طول تحقیقات و رسیدگی از حق سکوت برخوردار است، در مقام اخذ آخرین دفاع نیز از این حق برخوردار است و نمی‌توان اعمال حق را به زیان وی تفسیر نمود» (Plessis, 1988: 305-314).

هدف نهایی رسیدگی کیفری، بر خلاف رسیدگی‌های مدنی که هدف آن‌ها فصل خصومت است، کشف حقیقت است و به این اعتبار است که گفته می‌شود در رسیدگی‌های مدنی، قاضی از تحصیل دلیل ممنوع است؛^۱ ولی در امور کیفری، قاضی برای کشف حقیقت می‌تواند هر اقدامی را انجام دهد، اعم از اینکه متهم بخواهد یا نخواهد. ارجاع به کارشناسی ولو بدون درخواست متهم و پرداخت هزینه کارشناسی از

۱. حکم ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی نیز که به دادگاه اجازه داده است برای کشف حقیقت، هر اقدامی را که لازم است انجام دهد، از طرف حقوق‌دانان به جواز تحصیل دلیل تعبیر نشده است.

بیت‌المال یا استعلام از مراجع مختلف در مورد صحت و سقم قضایای مطروحه، انجام معاینه محل و تحقیقات محلی و... همگی در این راستا صورت می‌گیرند. طریقت داشتن اقرار در امور کیفری، بر خلاف دادرسی مدنی که در آن اقرار موضوعیت دارد، نیز در همین راستا ارزیابی می‌شود. لازم به ذکر است که در این مورد باید حکم ماده ۲۱۲ قانون مجازات اسلامی مورد توجه قرار گیرد که مقرر داشته است:

«در صورتی که علم قاضی با ادله قانونی دیگر در تعارض باشد، اگر علم، بین باقی بماند، آن ادله برای قاضی معتبر نیست و قاضی با ذکر مستندات علم خود و جهات رد ادله دیگر، رأی صادر می‌کند. چنانچه برای قاضی علم حاصل نشود، ادله قانونی معتبر است و بر اساس آن‌ها رأی صادر می‌شود».

بر خلاف قاضی مدنی که اساساً بر اساس دلایل ارائه شده، از ناحیه طرفین به امر قضا می‌پردازد، قاضی کیفری، مخصوصاً در مدار کشف حقیقت و حقیقت‌جویی حرکت می‌کند. او به ارزشی والاتر از آنچه که قاضی دادگاه حقوقی به آن فکر می‌کند می‌اندیشد. ارزش مورد نظر در یک پرونده کیفری، انسانیت و حیثیت و شرافت و آزادی است. این ارزش‌ها را نمی‌توان با پول ارزیابی کرد یا معامله کرد و نباید معامله کرد. قانون‌گذار نیز در دو کفه ترازو بین محکومیت و براءت، کفه براءت را همیشه سنگین‌تر می‌کند و به این اعتبار در مقام تردید، حکم به تعبیر شک به نفع متهم می‌کند. بر همین اساس، برخی با تلقی «آخرین دفاع به عنوان حقی با قدمتی چند صد ساله» (Bennett & Robbins, 2014: 735-778)، «ارائه آخرین دفاع توسط متهم را از آثار قاعده تفسیر شک به نفع متهم تلقی کرده‌اند» (Englich & Mussweiler & Strack, 2005: 705-722) و برخی با تلقی آن «به عنوان جزئی از اجزای دادرسی عادلانه» (Hines, 2004: 779-812) اهمیت آن را مورد تأکید قرار داده و معتقدند:

«برای اینکه دادرسی عادلانه تحقق یابد، متهم و در واقع عموم باید قادر به فهم رأی داده‌شده باشند و این امر تضمینی در برابر خودسری‌هاست» (Roberts, 2011: 211-235).

وجدان، قاضی را مسئول می‌شناسد و به وی تنها زمانی اجازه صدور حکم محکومیت می‌دهد که وجدانش از این جهت بیاساید و وی را ملزم می‌کند که با تکیه

بر وجدان آسوده حکم صادر کند. قاضی باید در مورد محکومیت متهم، قناعت وجدانی حاصل نماید، والا در مورد براءت، وجدان نوعاً قانع و آسوده است و وجدان انسانی از محکومیت بلاوجه یک انسان آزرده می‌شود و نه از براءت متهمی که در گناهکاری او تردید وجود دارد و به همین اعتبار است که انسان‌های با وجدان در مقابل محکومیت بی‌گناهان احتمالی ممکن است حتی در بستر بیماری دچار تشویش خاطر شوند. از این مدل رفتاری می‌توان به عدالت‌محوری تعبیر کرد. «در این مدل، محور اصلی رعایت عدالت و انصاف در اجرای قانون است. در این باره گفته می‌شود اجرای عدالت آری، اما نه هر قیمتی. بنابراین اگر در راستای اجرای عدالت، چند متهم و مجرم هم از چنگال عدالت بگریزند، اشکالی ندارد. مدل عدالت یا مدل کرامت‌محور، قضات کیفری را داوران بی‌طرفی می‌داند که به اختلاف‌های مردم با هم از یک سو، و مردم با دولت از سوی دیگر رسیدگی می‌کنند. این مدل، اولویت را به تضمین حقوق طرف‌های جرم در جریان دادرسی، یعنی برابری سلاح‌ها، دادرسی عادلانه و رفتار کرامت‌مدار با بزه‌دیده می‌دهد و می‌پذیرد که رعایت بی‌طرفی در مراحل پلیسی و قضایی و نیز عادلانه بودن نظام کیفری ممکن است به قیمت تیره یا فرار چند مجرم از پنجه عدالت و کیفر تمام شود» (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱: ۵۲-۵۴). در همین راستا قانون‌گذار بازپرس را مکلف به انجام تحقیقات به صورت بی‌طرفانه، له یا علیه متهم می‌کند.

آخرین دفاع در راستای مبانی اصل براءت و تفسیر تردید به نفع متهم و لزوم حصول قناعت وجدانی است. آخرین دفاع متهم می‌تواند در مورد کنار رفتن اصل براءت در وجدان قاضی ایجاد تردید نماید، وجدان وی را به حرکت در آورد و وی را از اعتقاد اولیه منصرف نماید. مفروض این است که مقام قضایی با متهم خصومتی ندارد و به عنوان انسانی بی‌طرف بین وی و دادستان به داوری نشسته (ماده ۹۳) و به همین اعتبار است که بر تفکیک مقام تعقیب و تحقیق تأکید می‌شود و قانون‌گذار نیز خواسته حتی‌الامکان این امر را محقق سازد و بر همین اساس در مواد عدیده قانون آیین دادرسی کیفری بر لزوم انجام تحقیقات مقدماتی تمامی جرایم توسط بازپرس تأکید می‌کند (مواد ۸۹ و ۹۲) و تحقیق را مستلزم دستور تعقیب از طرف دادستان می‌داند (مواد ۸۹ و ۹۹) و به این اعتبار گفته می‌شود:

«قاضی تحقیق نباید بین تقاضای دادستان، شاکی و متهم مبنی بر انجام تحقیق یا تحقیقات خاص تفاوت قائل شود» (آشوری، ۱۳۹۵: ۱۶۰/۱).

هرچند علی‌رغم تأکیدات مزبور، هنوز نقائص نظری و عملی زیادی در این مورد وجود دارد.

مبنای اصلی یک دادرسی کیفری را حق دفاع متهم تشکیل می‌دهد و بدون دفاع متهم، اساساً آیین دادرسی کیفری معنا ندارد. در تعریف حق دفاع گفته شده است: «حق دفاع عبارت است از مجموع تضمینات قانونی و قضایی که در سطح ملی، منطقه‌ای و بین‌المللی برای افرادی که در مظان ارتکاب بزه قرار می‌گیرند، در سراسر یک رسیدگی کیفری با هدف اتخاذ تصمیمی عادلانه و به دور از اشتباهات قضایی منظور گردیده است» (همو، ۱۳۷۶: ۱۴۴).

در متون حقوقی خارجی هم بر اهمیت این حق تأکید و گفته شده است: «حق مزبور از ارزش والایی برخوردار است و هر آن کسی که یک محاکمه کیفری را دیده باشد، به اهمیت آخرین دفاع پی می‌برد» (Ferrari, 1919: 365-380).

تمامی این مقررات عریض و طویل برای فراهم‌سازی امکان دفاع متهم و استماع آن است تا در حد معقول اطمینان حاصل شود که متهم مرتکب جرم شده است. این دفاع از بدو تا ختم را شامل می‌شود و در پایان هر مرحله از رسیدگی باید به دفاعیات متهم توجه شود. اخذ دفاع بدون توجه به مفاد آن، در حکم عدم اخذ است. آخرین دفاع، آخرین تیر متهم برای خلاصی از اتهامی است که اسناد آن به خود را ناصواب می‌داند.

گفتار دوم: آخرین دفاع به عنوان تکلیف

سؤالی که مطرح می‌شود آن است که اگر آخرین دفاع، حق متهم است، با توجه به تلازم حق و تکلیف می‌توان مقامات قضایی را مکلف به اعمال آن در مورد متهم کرد؟ بدون تردید پاسخ به این پرسش مثبت است، ولی باید دید که آیا تکلیف به اعمال این حق، ملازمه با اعمال آن در کلیه مراحل رسیدگی دارد یا فقط ناظر به مواردی است که مقام قضایی قصد اتخاذ تصمیمی خلاف جهت اصل برائت دارد؟

طبق ماده ۲۶۲ قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ ظاهراً اخذ آخرین دفاع، یک

تکلیف مطلق نیست. به این اعتبار می‌توان دو فرض را در نظر گرفت:

الف) نظر مرجع قضایی بر صدور قرار جلب به دادرسی یا محکومیت

در این حالت اخذ آخرین دفاع فقط در صورتی چنین تکلیفی وجود خواهد داشت که مرجع قضایی نظر به صدور قرار جلب به دادرسی داشته باشد. این امر از عبارت «در صورت وجود دلایل کافی بر وقوع جرم» به راحتی مستفاد می‌شود. طبق ماده مزبور: «بازپرس پس از پایان تحقیقات و در صورت وجود دلایل کافی بر وقوع جرم، به متهم یا وکیل وی اعلام می‌کند که برای براءت یا کشف حقیقت، هر اظهاری دارد به عنوان آخرین دفاع بیان کند. هر گاه متهم یا وکیل وی در آخرین دفاع، مطلبی اظهار کند یا مدرکی ابراز نماید که در کشف حقیقت یا براءت مؤثر باشد، بازپرس مکلف به رسیدگی است».

همین حکم در مرحله رسیدگی در دادگاه نیز جاری است.

ب) نظر مرجع قضایی بر منع تعقیب یا براءت متهم

در این حالت گفته می‌شود:

«قید در صورت وجود دلایل کافی بر وقوع جرم در ماده فوق، معنای روشنی دارد؛ یعنی از آنجا که هدف از اخذ آخرین دفاع متهم، شنیدن دفاع وی در برابر دلایلی است که بر خلاف اصل براءت، نشان‌دهنده ارتکاب عمل مجرمانه از جانب اوست، اگر به تشخیص بازپرس، دلایل ارائه‌شده، کافی برای نقض اصل براءت و اثبات مجرمیت متهم در دادگاه نبوده و وی بدون استماع آخرین دفاع متهم نیز اعتقاد به بی‌گناهی او داشته باشد، اخذ آخرین دفاع که گاه مستلزم ابلاغ احضاریه و صرف وقت طولانی است، ضرورت ندارد» (خالقی، ۱۳۹۷: ۲/۲۱۷).

با این حال، حتی اگر بازپرس تا قبل از احضار متهم جهت اخذ آخرین دفاع، نظر به صدور قرار جلب به دادرسی داشته باشد، این امر دلالت بر الزام وی به صدور قرار مزبور بعد از اخذ آخرین دفاع ندارد. چون طبق قسمت اخیر همین ماده ممکن است متهم یا وکیل وی در مقام آخرین دفاع مطلبی اظهار کند یا مدرکی ابراز نماید که در کشف حقیقت یا براءت مؤثر باشد و نظر بازپرس را از قرار جلب به دادرسی، به قرار منع تعقیب برگرداند.

از جمله مطالبی که متهم یا وکیل وی در آخرین دفاع ممکن است بیان نمایند، ایرادات مذکور در ماده ۳۸۸ قانون آیین دادرسی کیفری است. طبق ماده مزبور: «متهم و شاکی یا مدعی خصوصی یا وکلای آنان باید تمام ایرادها و اعتراض‌های خود از قبیل مرور زمان، عدم صلاحیت، رد دادرسی یا قابل تعقیب نبودن عمل انتسابی، نقص تحقیقات و لزوم رسیدگی به ادله دیگر یا ادله جدید و کافی نبودن ادله را ظرف مهلت مقرر به دفتر دادگاه تسلیم کنند. پس از اتمام مدت مذکور، هیچ ایرادی از طرف اشخاص مزبور پذیرفته نمی‌شود، مگر آنکه جهت ایراد پس از مهلت، کشف و یا حادث شود».

ممکن است در زمان اخذ آخرین دفاع، اتهام انتسابی به متهم به واسطه توقف تحقیقات یا رسیدگی و انقضای مدت زمان زیادی از تاریخ آخرین اقدام تعقیبی یا تحقیقی عمل مشمول مرور زمان شده باشد (هرچند ایراد مزبور از موارد ایراد مربوط به موقوفی تعقیب است نه منع تعقیب، ولی منعی برای طرح ایراد مزبور در آخرین دفاع وجود ندارد) یا شهادت شهود را زیر سؤال ببرد یا به مجعول بودن ادله اشاره و خواهان ارجاع امر به کارشناسی شود.

گفتار سوم: فروض مختلف مربوط به اخذ آخرین دفاع

در مورد اخذ آخرین دفاع و الزامی یا اختیاری بودن آن و امکان اخذ آن از وکیل متهم و نیز اقدامات بازپرس بعد از اخذ آخرین دفاع، فروض مختلفی را می‌توان مطرح نمود که به شرح زیر مورد بررسی قرار می‌دهیم:

الف) الزامی بودن اخذ آخرین دفاع در فرض نقض قرار منع تعقیب

هرچند گفته شد که آخرین دفاع در فرضی اخذ می‌شود که بازپرس نظر به صدور قرار جلب به دادرسی داشته باشد، با این حال به نظر می‌رسد که در فرض مذکور در ماده ۲۷۶، بازپرس ناگزیر از اخذ آخرین دفاع است. طبق ماده مزبور: «در صورت نقض قرار منع تعقیب و صدور قرار جلب به دادرسی توسط دادگاه، بازپرس مکلف است متهم را احضار و موضوع اتهام را به او تفهیم کند و با اخذ آخرین دفاع و تأمین مناسب از وی، پرونده را به دادگاه ارسال نماید».

الزام بازپرس به اخذ آخرین دفاع در این مورد، از صدور قرار جلب به دادرسی توسط دادگاه ناشی می‌شود و همانند حکم ماده ۲۶۲ نیست که بازپرس رأساً به ارزیابی ادله پردازد و صدور قرار جلب به دادرسی توسط دادگاه، جایگزین ارزیابی ادله توسط بازپرس می‌شود. چون بازپرس قبلاً ارزیابی خود را از ادله به عمل آورده و با صدور قرار منع تعقیب، نظر خود را بر جرم نبودن عمل یا عدم کفایت دلیل بر توجه اتهام به متهم اعلام کرده، ولی دادگاه با مردود دانستن نظر بازپرس و نقض قرار منع تعقیب، وی را ملزم به احضار متهم، صدور قرار تأمین مناسب و اخذ آخرین دفاع نموده است. به نظر برخی، «لازم نیست در احضاریه متهم نوشته شود که او را برای اخذ آخرین دفاع احضار می‌کنند»، ولی به نظر می‌رسد برای امکان تمییز بین اینکه آیا نتیجه عدم حضور جلب است یا نه و برای اینکه متهم بتواند تشخیص دهد که آیا می‌تواند از حضور امتناع ورزد (با توجه به اینکه آخرین دفاع حق متهم است و ممکن است در مقام اسقاط حق مزبور باشد) و نیز برای اینکه بازپرس بتواند اثبات نماید که به تکلیف قانونی خود برای احضار متهم جهت اخذ آخرین دفاع عمل کرده است یا نه، لازم است در احضاریه متهم مشخصاً قید شود که برای اخذ آخرین دفاع احضار می‌شود؛ ولی بر خلاف احضارهای دیگر، نمی‌توان در احضاریه نوشت که نتیجه عدم حضور جلب است.

حال سؤالی که مطرح می‌شود آن است که آیا همانند حکم ماده ۲۶۲ در فرض ماده ۲۷۶ نیز «هر گاه متهم یا وکیل وی در آخرین دفاع، مطلبی اظهار کند یا مدرکی ابراز نماید که در کشف حقیقت یا برائت مؤثر باشد»، بازپرس مکلف به رسیدگی است؟ به نظر می‌رسد باید به این سؤال پاسخ منفی داد؛ چون اگر مکلف به رسیدگی باشد، ممکن است به نتیجه‌ای خلاف آنچه دادگاه به آن رسیده است، برسد، در حالی که قانون‌گذار در این مورد خاص اجازه چنین کاری را به وی نمی‌دهد. افزون بر آن، در فرض ماده ۲۶۲، اخذ آخرین دفاع مقدم بر صدور قرار جلب به دادرسی است، در حالی که در فرض ماده ۲۷۶، اخذ آخرین دفاع مؤخر بر صدور قرار جلب به دادرسی است. به این ترتیب در فرض ماده ۲۷۶ باید اخذ آخرین دفاع را اساساً امری بی‌اثر و صرفاً واجد جنبه تشریفاتی محض تلقی کرد، مگر اینکه گفته شود آخرین دفاعی که

توسط بازپرس در فرض ماده ۲۷۶ گرفته می‌شود، توسط دادگاه مورد توجه قرار خواهد گرفت و هر گاه متهم یا وکیل وی در آخرین دفاع، مطالبی اظهار کند یا مدرکی ابراز نماید که در کشف حقیقت یا برائت مؤثر باشد، دادگاه مکلف به رسیدگی خواهد بود. به این اعتبار باید گفت که اخذ آخرین دفاع بدون ترتیب اثر دادن به نکات مهمی که متهم در راستای کشف حقیقت بیان می‌دارد، فاقد اثر عملی است. در فرض ماده ۲۷۶، قانون‌گذار امکان بررسی مدافعات متهم در آخرین دفاع را از بازپرس سلب و تصمیم‌گیری نهایی در مورد اظهارات متهم را به دادگاه واگذار نموده است.

ب) اخذ آخرین دفاع در فرض نقض قرار موقوفی تعقیب

با این حال بر خلاف فرض مزبور به نقض قرار منع تعقیب، قانون‌گذار در ماده ۲۷۷ در ارتباط با نقض قرار موقوفی تعقیب، موضع متفاوتی اتخاذ کرده است. طبق ماده مزبور: «در صورت نقض قرار موقوفی تعقیب، بازپرس مطابق مقررات و صرف نظر از جهتی که علت نقض قرار موقوفی تعقیب است، به پرونده رسیدگی و با انجام تحقیقات لازم، تصمیم مقتضی اتخاذ می‌کند».

تصمیم مقتضی ممکن است منع تعقیب یا مجدداً موقوفی تعقیب به جهتی غیر از جهت منقوض یا جلب به دادرسی باشد و در این مورد طبیعتاً حکم ماده ۲۶۲ اعمال خواهد شد و به نظر می‌رسد فقط در صورتی که نظر به صدور قرار جلب به دادرسی داشته باشد، آخرین دفاع را از متهم اخذ خواهد کرد.

در فرضی که پرونده بعد از صدور قرار جلب به دادرسی توسط دادگاه به همان شعبه ارجاع می‌شود، خطر محکومیت متهم بیشتر است تا زمانی که پرونده به شعبه دیگری ارجاع می‌شود. قاعداً نقض قرار منع تعقیب بدون لحاظ محتویات پرونده و ارزیابی شدت و ضعف دلایل له و علیه متهم امکان‌پذیر نیست و اساساً باید آن را از موارد رد دادرسی موضوع بندت ماده ۴۲۱ قانون آیین دادرسی تلقی کرد. ولی رأی وحدت رویه شماره ۵۱۷ مورخ ۱۳۶۷/۱۱/۱۸ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، «نظر دادرسی دادگاه کیفری بر قابل تعقیب دانستن متهم که ضمن رسیدگی به شکایت از قرار منع پیگرد ابراز شود، اظهار عقیده در موضوع اتهام محسوب نبوده و از موارد رد

دادرس نمی‌باشد). «رویه قضایی با استنباط از رأی وحدت رویه شماره ۵۱۷ مورخ ۱۳۶۷/۱۱/۱۸ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، صدور قرار منع پیگرد، موقوفی تعقیب، تأیید قرار منع یا موقوفی یا جلب به دادرسی در مقام حل اختلاف بین دادستان و بازپرس توسط دادگاه را اظهارنظر ماهوی نمی‌پندارد. این رویه در مورد قرارهای منع پیگرد و جلب به دادرسی، که با صدور آن به نوعی در ماهیت اظهارنظر می‌شود، چنان با منطق حقوقی سازگاری ندارد». می‌توان گفت که اظهارنظر در مورد درستی یا نادرستی قرار منع تعقیب صادرشده بدون ورود در ماهیت و ارزیابی شدت و ضعف ادله امکان‌پذیر نیست. برخی نیز معتقدند:

«این رأی بنا به ملاحظات عملی و اجرایی صادر شده است تا به لحاظ محدود بودن دادرسان در بسیاری از حوزه‌های قضایی، موانع رسیدگی برطرف شود؛ زیرا در ماهوی بودن اقدام دادگاه تردیدی نیست» (طهماسبی، ۱۳۹۶: ۴۴۲).

ج) اخذ آخرین دفاع در دادگاه

در ماده ۳۷۱، قانون‌گذار در مرحله رسیدگی در دادگاه بدوی، حکم را به طور کلی بیان و ظاهراً اعم از آنکه نظر به براءت یا محکومیت داشته باشد، دادگاه را ملزم به اخذ آخرین دفاع دانسته و مقرر داشته است:

«دادگاه مکلف است پیش از اعلام ختم دادرسی، به متهم یا وکیل او اجازه دهد که آخرین دفاع خود را بیان کند. هر گاه متهم یا وکیل وی در آخرین دفاع، مطلبی اظهار کند که در کشف حقیقت مؤثر باشد، دادگاه مکلف به رسیدگی است».

ولی به نظر می‌رسد علی‌رغم اطلاق حکم ماده مزبور و همین‌طور حکم ماده ۳۹۹ در مرحله رسیدگی در دادگاه تجدیدنظر که مقرر داشته است: «پیش از اعلام ختم رسیدگی، رئیس دادگاه یک بار دیگر به متهم یا وکیل او اجازه صحبت می‌دهد، آخرین دفاع را از متهم یا وکیل وی اخذ و سپس رسیدگی را ختم می‌کند. هر گاه متهم یا وکیل وی در آخرین دفاع، مطلبی اظهار کند که در کشف حقیقت مؤثر باشد، دادگاه مکلف به رسیدگی است»، بر خلاف نظر برخی که معتقدند قانون‌گذار «تکلیف اخذ آخرین دفاع از سوی دادگاه را منوط به وجود دلیل کافی بر وقوع جرم نکرده است» (ناجی زواره، ۱۳۹۴: ۱۰۵/۲)، باید قائل به این نظر بود که دادگاه تنها در فرضی مکلف به

اخذ آخرین دفاع خواهد بود که نظر به محکومیت متهم داشته باشد و رویه قضایی نیز غالباً بر این منوال بوده است. طبق حکم شماره ۷۵۴ مورخ ۳۰ مهر ۱۳۰۹ محکمه عالی انتظامی قضات:

«محکمه جنحه بدون اینکه آخرین دفاع را از متهم در جلسه محاکمه خواسته باشد، دفاع آخر متهم را به وسیله لایحه از وکیل او خواسته و رأی خود را بدون تشکیل جلسه و حضور متهم و دادستان صادر کرده، تخلف نیست؛ زیرا اجزاء ماده ۳۳۰ قانون اصول محاکمات جزایی به قرینه آنچه در ذیل آن مذکور است (و پس از آن هیئت محکمه برای دادن رأی به اطاق مشاوره می‌روند)، وقتی است که محکمه از چند نفر تشکیل شده باشد و قبل از ختم مذاکرات معلوم نیست که متهم محکوم یا تبرئه خواهد گردید. لذا قانون‌گذار برای رفاه حال متهم، محکمه را مکلف ساخته که قبل از اتمام مذاکرات، یک بار دیگر به متهم اجازه نطق داده شود. ولی در موقعی که محکمه جنحه را یک نفر تشکیل داده و عقیده حاکم مزبور در پایان مذاکرات بر براءت متهم بوده باشد، اجراء ماده مزبوره لغو و بی‌فایده خواهد بود و چون در این مورد، رأی قاضی بر براءت متهم بوده، خود را مستغنی از خواستن دفاع دیگری از متهم می‌دانسته و لااقل مسئله نظری و قابل بر نظر قضایی است» (شهیدی مازندرانی، ۱۳۲۷: ۲۵۵).

در بین مؤلفان نیز این نظر طرفدارانی دارد. طبق این نظر:

«اخذ آخرین دفاع در صورتی ضرورت پیدا می‌کند که قاضی تحقیق (بازپرس) عقیده به مجرمیت متهم داشته باشد و در مقام صدور قرار مجرمیت برآید» (آخوندی، ۱۳۸۴: ۱۲۷/۵).

دلیل توجیهی این استنباط آن است که اخذ آخرین دفاع، واجد فلسفه‌ای است و فلسفه آن این است که متهم آخرین حرف و کلام خود را در قبال ادعای نقض قانون بیان نماید و به همین اعتبار است که قانون‌گذار در هر سه ماده ۲۶۲، ۳۷۱ و ۳۹۹ بیان داشته است:

«هر گاه متهم یا وکیل وی در آخرین دفاع مطلبی اظهار کند که در کشف حقیقت مؤثر باشد، دادگاه مکلف به رسیدگی است».

لذا گفته می‌شود:

«بعد از اعلام آخرین دفاع از سوی متهم، نباید اظهاری از طرف شاکی یا دادستان استماع شود و نامبردگان باید هر اظهار یا مدرکی دارند، قبل از اعلام آخرین دفاع متهم ارائه کنند تا برای متهم در قالب آخرین دفاع، امکان پاسخ به آن‌ها وجود داشته باشد. خلاصه اینکه آخرین دفاع متهم، آخرین اظهار است که استماع می‌شود» (ناجی زواره، ۱۳۹۴: ۴۱۹/۱).

البته به نظر برخی:

«دادستان باید آخرین کلام را بزند و در این مورد اتفاق نظر وجود دارد. این نظر با این تئوری کلی که هر آن کسی که بار اثبات را بر عهده دارد، باید از آخرین فرصت برای صحبت کردن برخوردار باشد و از آخرین شانس برای متقاعد ساختن هیئت منصفه بهره‌مند باشد، منطبق است. تئوری مزبور به اعتبار بار سنگین اثبات که بر دوش دادستان قرار دارد، توجیه می‌شود. ولی این امر مورد انتقاد است و اعتقاد بر این است که شهروندی که آزادی یا زندگی وی در معرض خطر قرار گرفته است باید آخرین حرف را بزند» (Mitchell, 2000: 141).

به همین اعتبار، ماده ۳:۲۵۰ مقررات دادرسی کیفری ایالت فلوریدا نیز مقرر داشته که متهم باید آخرین حرف را بزند و برخی از آن به عنوان قاعده ساندویچی یاد کرده‌اند و وجه تسمیه آن به قاعده مزبور آن است که متهمانی که به غیر از اظهارات خود چیزی دیگری برای ارائه ندارند، از امتیاز ارائه اولین دفاع و دفاع مربوط به رد اتهام در نتیجه‌گیری نهایی برخوردارند و به این ترتیب دفاع دادستان در بین این دو دفاع قرار می‌گیرد که چیزی شبیه ساندویچ است (Velasco, 2004: 99-129).

عدم اخذ آخرین دفاع را که محمول بر براءت متهم است، نمی‌توان به معنای اظهار عقیده بر براءت متهم قبل از اتمام رسیدگی و اعلام رأی تلقی کرد و مشمول ماده ۳۷۲ قرار داد. طبق ماده مزبور:

«قاضی دادگاه نباید پیش از اتمام رسیدگی و اعلام رأی، در خصوص براءت یا مجرمیت متهم اظهار عقیده کند».

د) اخذ آخرین دفاع در دیوان عالی کشور

در فرضی که دیوان عالی کشور به عنوان مرجع فرجامی، اقدام به رسیدگی می‌نماید

و متوجه می‌شود که دادگاه بدوی، آخرین دفاع را از متهم اخذ ننموده است، باید طبق بند ب ماده ۴۶۴ و بند ب ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری، رأی را نقض و پرونده را جهت اخذ آخرین دفاع به شعبه صادرکننده رأی ارجاع نماید. دلیل این امر آن است که رسیدگی دیوان عالی کشور اساساً شکلی است. ولی در فرضی که دیوان عالی کشور در راستای حکم ماده ۴۷۷ اقدام به رسیدگی ماهوی می‌نماید و برای مثال، در صدد تبدیل حکم برائت به حکم محکومیت است، قاعدتاً باید متهم را جهت اخذ آخرین دفاع احضار نماید؛ به این دلیل که دیوان عالی کشور در این مورد در مقام رسیدگی ماهوی همانند دادگاه بدوی و تجدیدنظر باید کلیه حقوق دفاعی متهم را رعایت نماید.

ه) عدم ضرورت اخذ مجدد آخرین دفاع

سؤالی که در ارتباط با قسمت اخیر مواد ۲۶۲، ۳۷۱ و ۳۹۹ مطرح می‌شود آن است که اگر متهم یا وکیل وی در آخرین دفاع، مطلبی اظهار کند که در کشف حقیقت مؤثر باشد و مقام قضایی به مطلب مزبور رسیدگی نماید، چنانچه بعد از رسیدگی مجدداً نظر به صدور قرار جلب به دادرسی یا حکم محکومیت داشته باشد، آیا ملزم به اخذ مجدد آخرین دفاع می‌باشد؟

برخی به استدلال آنکه: «اخذ آخرین دفاع مجدد بدون حدوث دلیل جدید تخلف است و اخذ آخرین دفاع مجدد پس از حدوث دلیل جدید، تخلف به شمار نمی‌آید» (گلدوست جویباری و عبداللهی، ۱۳۸۸: ۲۶۸)، قائل به لزوم اخذ مجدد آخرین دفاع شده‌اند. ولی به نظر می‌رسد که باید به این سؤال پاسخ منفی داد؛ به این دلیل که گفته شد آخرین دفاع زمانی اخذ می‌شود که مقام قضایی، کفه دلایل را به ضرر متهم می‌بیند و متهم با بیان آخرین دفاع در ذهنیت مقام قضایی در ارزیابی صورت گرفته علیه خود، ایجاد تردید می‌کند، ولی وقتی مقام قضایی بعد از رسیدگی بر همان نظر قبلی خود باقی می‌ماند، در واقع در مقام بیان این مطلب است که تردید ایجاد شده برطرف شده است. افزون بر آنکه در یک پرونده بابت اتهام واحد، تعدد آخرین دفاع لازم نیست، ولی اگر اتهامات متعددی علیه متهم مطرح باشد، بدیهی است که با رعایت شرایط پیش گفته باید بابت هر کدام از اتهامات، آخرین دفاع به صورت جداگانه اخذ شود.

و) اخذ آخرین دفاع از وکیل

حکم ماده ۲۶۳ دلالت بر آن دارد که قانون‌گذار مقام قضایی را ملزم می‌داند علاوه بر احضار متهم برای ارائه آخرین دفاع، باید وکیل متهم را برای این منظور احضار نماید. طبق ماده مزبور:

«در صورتی که متهم یا وکیل وی برای اخذ آخرین دفاع احضار شود و هیچ یک از آنان بدون اعلام عذر موجه، حضور نیابد، بدون اخذ آخرین دفاع، اتخاذ تصمیم می‌شود»

در مورد اخذ آخرین دفاع از وکیل متهم، توجه به نکات زیر لازم است:
اول آنکه متهم و وکیل وی در جلسه حضور دارند و بعد از تفهیم مجدد اتهام به متهم، از وی خواسته می‌شود که آخرین دفاع خود را بیان نماید و وی آخرین دفاع خود را به وکیل خود واگذار می‌کند.

دوم آنکه متهم علی‌رغم احضار حضور نیافته، ولی وکیل وی حاضر شده است. در این حالت، امکان اخذ آخرین دفاع از وکیل متهم وجود دارد، بدون آنکه بتوان اتهام را به وکیل متهم تفهیم نمود؛ چون قانون‌گذار اجازه تفهیم اتهام به غیر خود متهم را نمی‌دهد. به این ترتیب می‌توان گفت که امکان رعایت حق متهم در مورد اخذ آخرین دفاع بدون حضور خود متهم و بدون تفهیم مجدد اتهام به متهم وجود دارد. متهمی که جهت اخذ آخرین دفاع احضار می‌شود، ولی به جای وی وکیل او حاضر می‌شود، در واقع ارائه آخرین دفاع را به وکیل خود واگذار می‌کند. به نظر می‌رسد در این مورد، فرقی بین وکیل تعیینی و تسخیری وجود ندارد و هرچند متهم اساساً در انتخاب وکیل تسخیری مدخلیتی ندارد، ولی با توجه به اطلاق حکم قانون و اقتضاء شمول حکم مزبور بر وکیل تسخیری، باید آن را ناظر به وکیل تسخیری نیز دانست.

گفتار چهارم: ضمانت اجرای آخرین دفاع

وقتی آخرین دفاع به عنوان حقی برای متهم و تکلیفی برای مقام قضایی تلقی می‌شود و هر کدام از حق و تکلیف مزبور دو روی یک سکه را تشکیل می‌دهند، این سؤال مطرح می‌شود که ضمانت اجرای حق مزبور چیست؟ این ضمانت اجرا به دو

اعتبار مطرح می‌شود:

اول آنکه اگر آخرین دفاع حق است و به متهم یا وکیل وی ابلاغ می‌شود که جهت استفاده از حق خود حضور پیدا کند، بنابراین امکان اعراض از حق وجود خواهد داشت و به این اعتبار نمی‌توان در فرض اعراض متهم از حق مزبور، وی را جلب یا به کفیل و وثیقه‌گذار وی ابلاغ نمود که وی را حاضر نماید و در صورت حاضر نکردن متهم، اقدام به اخذ وجه التزام یا وجه‌الکفاله یا ضبط وثیقه نمود. بنابراین مورد از شمول ماده ۲۲۹ که مقرر داشته است: «خواستن متهم از کفیل یا وثیقه‌گذار جز در موردی که حضور متهم برای تحقیقات، دادرسی و یا اجرای حکم ضرورت دارد، ممنوع است»، خارج است و نمی‌توان آن را از مصادیق عبارت «حضور متهم برای تحقیقات» تلقی کرد. به همین اعتبار است که ماده ۲۶۳ مقرر داشته است:

«در صورتی که متهم یا وکیل وی برای اخذ آخرین دفاع احضار شود و هیچ یک از آنان بدون اعلام عذر موجه، حضور نیابد، بدون اخذ آخرین دفاع، اتخاذ تصمیم می‌شود».

از یک طرف، احضار جهت ارائه آخرین دفاع، بیانگر عمل مقام قضایی به تکلیف قانونی خود است و از طرف دیگر، عدم حضور متهم یا وکیل وی برای ارائه آخرین دفاع، بیانگر اعمال حق و اسقاط حق مزبور توسط صاحب حق است و در این میان، معطل نماندن مرجع قضایی برای حضور متهم یا وکیل وی جهت ارائه آخرین دفاع، بهترین راه حل اتخاذشده توسط مقنن است.

دوم آنکه اگر مقام قضایی از عمل به تکلیف مربوط به اخذ آخرین دفاع در فرضی که نظر به صدور قرار جلب به دادرسی یا حکم محکومیت دارد، امتناع ورزد، ضمانت اجرای آن چیست؟ آیا این عمل وی واجد جنبه کیفری است؟ آیا می‌توان از مصادیق تبصره ماده ۴۵۵، بند ب ماده ۴۶۲ و بند ب ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری تلقی کرد که مقرر داشته‌اند عدم رعایت تشریفات قانونی و دادرسی و اصول دادرسی، موجب بی‌اعتباری رأی نیست، مگر آنکه عدم رعایت تشریفات مزبور به درجه‌ای از اهمیت باشد که به اساس رأی لطمه وارد نماید؟ با توجه به اینکه «قانون‌گذار به صورت پراکنده در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ سعی کرده است اجرای موازین دادرسی

عادلانہ را دارای ضمانت اجرا کند و از این طریق دادرسی عادلانہ و رعایت تشریفات آن‌ها را مشمول حمایت کیفری، انتظامی و اداری قرار دهد» (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۶)، باید به بیان ضمانت اجرای عدم رعایت تکلیف مربوط به عدم اخذ آخرین دفاع پرداخت.

به نظر می‌رسد چنانچه مقام قضایی عامداً از اخذ آخرین دفاع امتناع نماید، می‌توان آن را وفق ماده ۵۷۶ قانون مجازات اسلامی واجد جنبه کیفری تلقی کرد. ولی مشکل آن است که با لحاظ اصل عمدی بودن جرایم، نمی‌توان عمد مقام قضایی را احراز نمود؛ افزون بر آنکه مقام قضایی که نظر به محکومیت متهم دارد، برای رفع شبهه هم که باشد، ظاهر امر را رعایت می‌کند؛ علاوه بر آنکه چنانچه مقام قضایی در صدور حکم محکومیت متهم دچار غرض‌ورزی باشد، از حالت بی‌طرفی خارج شده و عمل وی می‌تواند مشمول ماده ۶۰۵ قانون مجازات اسلامی باشد، در حالی که «قاضی باید در جریان محاکمه و دادرسی به گونه‌ای عمل کند که هم عملاً و واقعاً بی‌طرف باشد و هم ظاهر رفتار او بی‌طرفانه باشد» (ناجی زواره، ۱۳۸۹: ۲۶۶).

از جهت دادرسی نیز عدم احضار متهم جهت اخذ آخرین دفاع یا عدم اخذ آخرین دفاع در فرض حضور متهم و النهایه صدور حکم محکومیت بدون اخذ آخرین دفاع را باید از مصادیق لطمه به اساس حکم تلقی کرد. بدیهی است این ضمانت اجرا فقط در مورد رأی بدوی مصداق پیدا می‌کند و در مورد تخلف بازپرس و قضات دادگاه تجدیدنظر، ضمانت اجرای دادرسی را نمی‌توان در قالب بطلان تحقیقات یا رأی مرحله تجدیدنظر مورد توجه قرار داد، ولی در هر حال با عدم اخذ آخرین دفاع در فرض محکومیت، مقام قضایی مرتکب تخلف انتظامی می‌شود. در این مورد می‌توان به رویه قضایی دادگاه انتظامی قضات نیز اشاره نمود. طبق دادنامه شماره ۱۸۵ مورخ ۱۳۷۵/۹/۶ دادگاه انتظامی قضات:

«بازپرس در عدم اخذ آخرین دفاع نسبت به یکی از متهمین، مرتکب تخلف شده است» (کریمزاده، ۱۳۸۵: ۳۷۴).

و طبق دادنامه شماره ۱۴ مورخ ۱۳۵۴/۴/۲۴ دادگاه انتظامی قضات نیز:
«عدم رعایت دستور ماده ۱۶۱ قانون اصول محاکمات جزایی یعنی تکلیف نکردن بازپرس به اخذ آخرین دفاع تخلف است».

طبق حکم شماره ۱۹۸۲ مورخ ۱۳۱۸/۱۲/۲۱ نیز:

«اقدام دادگاه به اصدار رأی قبل از استماع آخرین دفاع متهم، مخالف دستور ماده ۴۳۰ قانون اصول محاکمات جزایی است» (شهیدی مازندرانی، ۱۳۲۷: ۲۵۴).

در زمان حاکمیت قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری نیز گفته می‌شد:

«عدم رعایت آخرین دفاع نه تنها از موجبات نقض رأی در دادگاه‌های عالی است، بلکه مستوجب تعقیب و محکومیت انتظامی خواهد بود».

دادگاه انتظامی قضات نیز طی دادنامه شماره ۲۵۴ مورخ ۱۳۸۵/۶/۱۳ عدم اخذ آخرین دفاع را موجب تنزل یک درجه پایه قضایی دانسته است. این نوع محکومیت نشان‌دهنده اهمیت اخذ آخرین دفاع از نظر دادگاه انتظامی قضات است.

نتیجه‌گیری

هرچند گفته می‌شود که آخرین کلام از آن کسی است که اولین کلام را زده است، ولی قانون‌گذار ما به درستی آخرین کلام را به متهم واگذار کرده است؛ همو که متهم به نقض قانون جزایی است و محتویات پرونده به سمتی حرکت کرده است که وی را در منظر مقام قضایی، بزهکار جلوه می‌دهد. واگذار کردن آخرین کلام به گوینده اولین کلام، وی را در موضع برتر قرار می‌دهد، در حالی که بنا به قاعده تساوی سلاح‌ها، اولاً باید طرفین در موضع برتر قرار گیرند و ثانیاً اگر قرار بر برتری باشد، بنا به اصل برائت، این متهم است که باید در موضع برتر قرار گیرد نه دادستان. واگذاری آخرین کلام به دادستان، مانع از ارائه آخرین دفاع توسط متهم خواهد شد.

آخرین دفاع، آخرین سنگر متهم در دفاع از خود در موضع اتهام است. اهمیت این حق در حدی است که قانون‌گذار مقام قضایی را مکلف به اعمال آن در حق متهم، و تخلف از آن را واجد ضمانت اجرای انتظامی و دادرسی از نوع بی‌اعتباری رأی می‌داند. این حق در تکمیل حق دفاع متهم در فرایند دادرسی و تتمه آن است و منظور از آن این است که تا زمانی که دادرسی خاتمه نیافته است، متهم در سنگر دفاع است و

از حق دفاع برخوردار است.

الزام یا عدم الزام مقام قضایی به اخذ آخرین دفاع در طی قانون‌گذاری، تحولاتی را پشت سر گذاشته است. حسب مستفاد از قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲، اخذ آخرین دفاع تنها در فرضی الزام‌آور است که مقام قضایی نظر به صدور قرار جلب به دادرسی یا حکم محکومیت دارد و در فرض منع تعقیب یا حکم برائت یا موقوفی تعقیب، چنین الزامی وجود ندارد و رویه قضایی نیز بدین منوال است. حتی در دوره‌های قبلی قانون‌گذاری هم که ظاهر قانون حاکی از الزام به اخذ آخرین دفاع در کلیه صور تصمیم نهایی بود، در عمل رویه قضایی غالباً در فرض صدور قرار جلب به دادرسی (مجرمیت) و محکومیت آخرین دفاع را اخذ می‌کردند و حتی در فرضی هم که نظر به محکومیت متهم یا صدور قرار جلب به دادرسی داشتند، حتی اگر متهم یا وکیل وی در مقام آخرین دفاع، مطالبی که شایسته توجه باشد بیان نمی‌کردند، تصمیم نهایی الزاماً در قالب قرار جلب به دادرسی یا حکم محکومیت متجلی نمی‌شد. به این اعتبار می‌توان گفت که اخذ آخرین دفاع الزاماً به معنای صدور قرار جلب به دادرسی یا حکم محکومیت نیست.

در احضاریه متضمن دعوت متهم جهت اخذ آخرین دفاع، باید موضوع احضاریه تحت عنوان اخذ آخرین دفاع قید شود و اگر هدف مقام قضایی، احضار به منظور اخذ آخرین دفاع است، عدم قید موضوع احضاریه که نتیجه آن عدم حضور متهم باشد، می‌تواند متضمن دو اثر باشد:

اول آنکه نوعاً نتیجه عدم حضور متهم، جلب متهم است و در فرضی که منظور احضارکننده اخذ آخرین دفاع بوده، نمی‌تواند در صورت عدم حضور متهم، دستور جلب صادر نماید.

دوم آنکه متهم با ملاحظه احضاریه در مورد حضور یا عدم حضور خود تصمیم بگیرد. وقتی که احضاریه به طور کلی صادر می‌شود، متهم متوجه این امر نمی‌شود که آیا الزام به حضور دارد یا حق حضور.

سوم آنکه اگر بعداً بحث تخلف مقام قضایی از حیث عدم اخذ آخرین دفاع مطرح باشد، نمی‌تواند اثبات نماید که منظور وی از ارسال احضاریه، دعوت متهم جهت اخذ آخرین دفاع بوده است.

کتاب‌شناسی

۱. آخوندی، محمود، *آیین دادرسی کیفری*، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۸۴ ش.
۲. آشوری، محمد، *آیین دادرسی کیفری*، چاپ پنجم، تهران، سمت، ۱۳۹۵ ش.
۳. همو، «اصل برائت و آثار آن در امور کیفری»، *عدالت کیفری؛ مجموعه مقالات*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶ ش.
۴. خالقی، علی، *آیین دادرسی کیفری*، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۷ ش.
۵. شهیدی مازندرانی، موسی، *موازن قضایی (حقوقی، جزایی، اداری، امور وکلاء، دادگستری) محکمه عالی انتظامی، از نظر تخلف اداری*، تهران، چاپخانه علمی، ۱۳۲۷ ش.
۶. طهماسبی، جواد، *بایسته‌های آیین دادرسی کیفری*، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۷. کریم‌زاده، احمد، *نظارت انتظامی در نظام قضایی*، تهران، روزنامه رسمی، ۱۳۸۵ ش.
۸. گلدوست جویباری، رجبعلی، و افشین عبداللهی، «اخذ آخرین دفاع در نظام حقوق کیفری ایران»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۵۰، ۱۳۸۸ ش.
۹. ناجی زواره، مرتضی، *آیین دادرسی کیفری*، تهران، خرسندی، ۱۳۹۴ ش.
۱۰. همو، *دادرسی بی طرفانه در امور کیفری*، تهران، شهر دانش، ۱۳۸۹ ش.
۱۱. نجفی ابرنآبادی، علی حسین، «درآمدی بر پژوهش در نظام عدالت کیفری؛ فرصت‌ها و چالش‌ها»، *ماهنامه قضاوت*، شماره ۷۷، ۱۳۹۱ ش.
۱۲. همو، «گفتمان سیاست جنایی قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲»، در کتاب: *حج اندیشه، هم‌فزایی فقه و حقوق در تحقق عدالت و تعالی انسانی*، مجموعه مقالات یادنامه علمی مهاجر الی الله، استاد شهید دکتر ناصر قربان‌نیا، به کوشش نعمت‌الله الفت، چاپ دوم، قم، دانشگاه مفید، پاییز ۱۳۹۶ ش.
13. Bennett, Mark W. & Ira P. Robbins, "Last Words: A Survey and Analysis of Federal Judges' Views on Allocution in Sentencing", *Alabama Law Review*, Vol. 65(3), 2014.
14. English, Birte & Thomas Mussweiler & Fritz Strack, "The Last Word in Court—A Hidden Disadvantage for the Defense", *Law and Human Behavior*, Vol. 29, No. 6, 2005.
15. Ferrari, Robert, "Political Crime and Criminal Evidence", *Minnesota Law Review*, Vol. 3, No. 6, 1919.
16. Hines, Laura J., "Due Process Limitations on Punitive Damages: Why State Farm Won't Be the Last Word?", *Akron Law Review*, Vol. 37, 2004.
17. Medwed, Daniel S., "Closing the Door on Misconduct: Rethinking the Ethical Standards That Govern Summations in Criminal Trials", *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Vol. 38, No. 4, 2011.
18. Mitchell, John B., "Why Should the Prosecutor Get the Last Word?", *American Journal of Criminal Law*, The University of Texas School of Law, Vol. 2, No. 27, 2000.
19. Plessis, J. R. Du, "An Inquisitorial System in Practice - Visits to German Criminal Courts", *South African Law Journal*, Vol. 105, No. 2, May 1988.
20. Roberts, Paul, "Does Article 6 of the European Convention on Human Rights Require Reasoned Verdicts in Criminal Trials?", *Human Rights Law Review*, Vol. 11(2), 2011.

21. Velasco, Nicole, "Taking the "Sandwich" Off of the Menu: Should Florida Depart from Over 150 Years of Its Criminal Procedure and Let Prosecutors Have the Last Word?", *Nova Law Review*, 29(1), 2004.

جرم‌انگاری پیش‌دستانه اعمال تروریستی*

- فرهاد شاهیده^۱
- امیرحسین نیازپور^۲

چکیده

تروریسم یکی از مهم‌ترین چالش‌های عدالت کیفری در عرصه داخلی و بین‌المللی است. با افزایش جرایم تروریستی، برخی دولت‌ها در راستای حمایت از شهروندان و حفظ اقتدار حاکمیت ملی و تأمین نظم و امنیت عمومی، اقدامات نوینی را اتخاذ نموده‌اند. از این رو، تحولات گسترده‌ای در نظام عدالت کیفری کشورهای مختلف شکل گرفته است. توجه به حالت خطرناک مرتکبان و پاسخ‌های سرکوبگر، جرم‌انگاری‌ها را به سمت امنیتی شدن پیش برده است. از آنجا که پیشگیری به معنای خاص آن و جرم‌انگاری‌های سنتی به تنهایی کارآمد نیستند، تکیه بر مفهوم خطر با منطق پیش‌دستانه، حاکی از پارادایم

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۲/۱۲ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۶/۲۵.

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی (farhad_shahideh@yahoo.com).

۲. استادیار گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول) (a_niazpour@sbu.ac.ir).

جدیدی در پیشگیری از بزهکاری تروریستی در قالب جرم‌انگاری‌های نوین است. جرم‌انگاری پیش‌دستانه بیشتر ناظر بر رفتارهای مرتبط با تروریسم است و خود مرتکب و یا دیگری را در آستانه ارتکاب جرم تروریستی متوقف می‌نماید؛ بدین صورت که قانون‌گذاران به جای آنکه منتظر بمانند تا اشخاصی که در صدد ارتکاب جرم تروریستی هستند، موفق به انجام آن شوند، دامنه حقوق کیفری را گسترش می‌دهند تا مبارزه را به زمین آن‌ها بپرند. بدین سان، با ایجاد حالت فعال و آماده‌باش در حقوق کیفری، یا قلمرو حقوق کیفری را عقب‌تر از شروع به جرم و یا تبانی می‌برند و یا با جرم‌انگاری جرایم مرتبط با جرم تروریستی یا اقدامات موقتی مداخله‌ای که برای «قبل از بروز تهدید» پیش‌بینی شده‌اند، حقوق کیفری را تا حد ممکن و با هدف پیش‌دستی در مبارزه با تروریسم گسترش می‌دهند.

واژگان کلیدی: جرم‌انگاری، امنیت، تروریسم، پیشاجرم.

مقدمه

تروریسم از جمله شیوه‌های مبارزه سیاسی است که به شدت حاکمیت و امنیت کشورها را به چالش کشیده و ضمن گسترش خشونت و تهدید امنیت، بر ابعاد اقتصادی، فرهنگی، اجتماعی و سیاسی جوامع تأثیرات زیادی گذاشته و موجب گسترش ناامنی در جهان شده است. با جستجو در متون مختلف می‌توان به این نتیجه رسید که تعریف یکسانی از تروریسم وجود ندارد و بر همین اساس، برخی معتقدند که رویکردهای مختلف در زمینه تروریسم موجب شده است که احتمال رسیدن به تعریفی واحد از تروریسم برابر با صفر باشد (ناجی راد، ۱۳۸۷: ۳۳). با این حال، برخی با تمرکز بر شیوه ارتکاب و انگیزه مرتکبان، تروریسم را یک شیوه مبارزه سیاسی می‌دانند که به انگیزه ایجاد وحشت صورت می‌گیرد، نه برای نابودی افراد (اردبیلی، ۱۳۸۱: ۱۲۰-۱۲۱). در همین راستا، ممکن است این سؤال مطرح شود که چرا برخی افراد مرتکب اعمال تروریستی می‌شوند؟ در پاسخ باید گفت که یکی از مهم‌ترین دلایل ارتکاب چنین رفتارهایی، انگیزه‌های سیاسی است. مرتکبان رفتارهای تروریستی معمولاً یک مرام سیاسی دارند که با ارتکاب چنین اقداماتی، آن‌ها را در اعلان آن یاری می‌نماید. در این میان، وسیله به کار برده‌شده را نیز می‌توان به عنوان یک خصیصه نمادین به آن

اضافه نمود. بر این اساس است که در تروریسم نوعی خشونت با انگیزه‌های سیاسی نهفته است که انتشار یا ارسال پیام در آن نقش مهمی دارد (کارگری، ۱۳۹۱: ۱۷-۱۸). از دیدگاه برخی نیز:

«تروریسم، گونه‌ای از خشونت است که توأم با استفاده نظام‌مند یا تهدید به توسل به قتل، جرح و خرابکاری برای تهدید یا ترساندن گروه مورد نظر که وسیع‌تر از قربانیان آنی جرم می‌باشند، و یا به منظور ایجاد جوّ رعب و هراس صورت می‌گیرد» (نجفی ابرندآبادی و هاشم‌بیگی، ۱۳۹۷: ۲۷۲).

در این تعریف نیز نویسندگان از یک‌سو، به خشونت‌آمیز بودن تروریسم با شیوه‌های مختلف اشاره نموده و از سوی دیگر، به عدم موضوعیت بزه‌دیدگان تروریسم تأکید کرده‌اند.

به رغم اختلاف در تعریف از تروریسم، قانون‌گذاران کشورهای مختلف به این نتیجه رسیده‌اند که رویارویی با تروریسم باید با گسترش محدوده حقوق کیفری از طریق جرم‌انگاری‌های جدید صورت بگیرد. جرم‌انگاری را می‌توان فرایندی دانست که بر اساس آن، دولت رفتاری را ممنوع یا انجام آن را ضروری می‌سازد و در قبال نقض آن، به واکنش‌های کیفری و در رأس آن‌ها به مجازات متوسل می‌شود (محمودی جانکی، ۱۳۸۲: ۳۰). به عبارت دیگر، قانون‌گذار با وارد کردن یک رفتار به محدوده حقوق کیفری، اجازه مداخله در آن رفتار را می‌دهد (آقابابایی، ۱۳۸۴: ۱۱-۱۲).

جرم‌انگاری پیش‌دستانه^۱ یکی از جلوه‌های افزایش مداخله حقوق کیفری است که استفاده از اصل حداقلی و کمینه حقوق جزا را نقض می‌کند. ماهیت خطرناک و خشونت‌آمیز جرایم تروریستی و حالت خطرناک مجرمان آن، نقش مؤثری در شکل‌گیری جرم‌انگاری پیش‌دستانه داشته است. راهبرد ضد تروریسم جرم‌انگاری پیش‌دستانه که نمونه‌ای از حقوق کیفری پیشاجرم^۲ است، گستره وسیع‌تری از رفتارها و افراد را نسبت

1. Pre-emptive Criminalization.

۲. اصطلاح «پیشاجرم» (Pre-crime) از داستان کوتاه فیلیپ کی. دیک با نام گزارش اقلیت (Minority Report) در دهه ۱۹۵۰ اقتباس شده است. در داستان تخیلی دیک، پلیس که به اقدامات پیش از جرم تمرکز دارد، می‌تواند قتل‌های عمدی را که در آینده صورت می‌گیرد، پیش‌بینی نماید و مرتکبان احتمالی را قبل از وقوع قتل شناسایی نماید (Zedner, 2000: 210).

به حقوق کیفری پساجرم^۱ شامل می‌شود. جرم‌انگاری پیش‌دستانه با پیشگیری سرکوبگرانه، قلمرو و فضای مداخله سیاست جنایی را توسعه می‌دهد. عدالت پیش‌دستانه نیز با کنترل جرم از رهگذر استفاده از زور، به دنبال پیشگیری از جرایم عمدتاً هولناکی است که ممکن است در آینده ارتکاب یابند (Ashworth & Zedner, 2014: 1).^۲

به عبارت دیگر، جرم‌انگاری پیش‌دستانه در حوزه تروریسم، رویکرد پساجرم حقوق کیفری را به رویکرد پیشاجرم تغییر می‌دهد و به دنبال ادغام مفهوم امنیت در عدالت کیفری است. بدین‌سان، بر خلاف رویکرد پساجرم که فرد پس از ارتکاب جرم، وارد محدوده حقوق کیفری می‌شود، لوسیا زدینر^۳ به «پیش‌بینی خطر و حتی پاسخ‌های مقدم بر رفتار مخاطره‌آمیز و تبدیل پساجرم‌محوری عدالت کیفری به منطق پیشاجرم» اشاره می‌کند (Zedner, 2007: 261). البته در رویکرد پیشاجرم، فرایند جرم‌انگاری در یک قانون‌گذاری شتاب‌زده و هیجانی کامل می‌شود. حادثه ۱۱ سپتامبر^۴ بستری را فراهم نمود که ابتدا ایالات متحده آمریکا و سپس بسیاری از کشورها در یک فضای امنیتی و

1. Post-crime.

۲. البته باید میان پیشگیری از جرم که در ادبیات جرم‌شناسی مصطلح است و اقدامات پیش‌دستانه تمایز قائل شد. در پیشگیری از جرم، اقدامات پیشگیرانه به صورت مستقیم بر پیشگیری از جرم تمرکز می‌نماید، اما در عدالت پیش‌دستانه، هدف اصلی مقابله و رویارویی با خطرهایی است که خنثی کردن آن‌ها یک مرحله قبل از پیشگیری از ارتکاب جرم است. همچنین بر خلاف جرم‌شناسی که به علت‌شناسی و بررسی فرایند بزهکاری می‌پردازد، رویکرد پیش‌دستانه مستقیماً ناظر بر افراد و موقعیت‌های خطرناک و خطرناک است. در نهایت آنکه پیشگیری از جرم، مجموعه‌ای از اقدامات غیر قهرآمیز است که فرصت‌های ارتکاب جرم را کاهش می‌دهد، اما اقدامات پیش‌دستانه اساساً قهرآمیز و بر خلاف آزادی‌ها و میل باطنی شهروندان است و در مبارزه با تروریسم، آسیب‌های شدیدی را که در آینده وارد خواهند شد، پیش‌بینی می‌کند (اسماعیلی، ۱۳۹۶: ۳۰۸-۳۰۷؛ ابراهیمی، ۱۳۹۶: ۳۸-۴۲).

3. Lucia Zedner.

۴. با شروع قرن بیست و یکم، حادثه‌ای در جهان رخ داد که رؤیای دروغین آرامش را از ذهن بشر دور کرد. آنچه که به ظاهر در ۱۱ سپتامبر سال ۲۰۰۱ م. ارتکاب یافت، عبارت بود از ربودن چهار خط از هواپیمای خطوط هواپیمایی آمریکا توسط اعضای گروه القاعده و برخورد آن‌ها به مرکز تجارت جهانی و ساختمان پنتاگون و در نهایت کشته شدن ۳۰۰۰ نفر و زخمی شدن ۶۳۰۰ نفر. این نقطه آغازی بود برای تروریسم در قرن بیست و یکم و لرزه‌ای بر ساختار پذیرفته‌شده حقوق کیفری که بسیاری از پایه‌های آن را تغییر داد (کارگری و مهرا، ۱۳۹۷: ۵۳). بدین‌سان، نظم جهانی تحت تأثیر قرار گرفت و جرم‌انگاری‌های جدیدی در حوزه رفتارهای تروریستی ایجاد شد.

به شدت سیاست زده دست به اقداماتی تهاجمی بزنند. از این رو، جرم‌انگاری پیش‌دستانه بدین معناست که قانون‌گذار، رفتاری را که سابقه ارتکاب ندارد و هنوز رخ نداده است، اما احتمال ارتکاب آن در آینده هست، ممنوع می‌سازد. بدین سان، منظور از جرم‌انگاری پیش‌دستانه، جرم‌انگاری رفتارهایی است که صبغه کیفری ندارند (عالی‌پور، ۱۳۸۷: ۲۰۳).

ماهیت متنوع جرایم تروریستی و شدت پیامدهای آن از یک سو و جهانی بودن آن از سوی دیگر، سبب شده است که اسناد بین‌المللی و دولت‌ها، راهبردهای مختلفی را اتخاذ نمایند؛ یعنی پیشگیری از جرم، جرم‌انگاری، اقدامات ماهوی و شکلی مداخله‌ای قبل از وقوع جرم تروریستی (اقدامات پیش‌دستانه)، پاسخ‌گذاری کیفری و پاسخ‌دهی در قالب فرایندهای قضایی و نظامی.^۱ از همین رو، به حق می‌توان از سیاست جنایی افتراقی^۲ یا به تعبیر دیگر، از سیاست جنایی ترکیبی^۳ در حوزه بزهکاری تروریستی سخن به میان آورد؛ سیاست جنایی‌ای که از تمام ظرفیت‌های دولتی و جامعه‌ی ملی و بین‌المللی برای کنترل اجتماعی مصادیق بزهکاری تروریستی استفاده می‌کند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۷: ۴۷۳-۴۷۴). بر این اساس، این پرسش‌ها مطرح می‌شوند که در یک سیاست جنایی افتراقی در حوزه جرایم تروریستی، علاوه بر جرم‌انگاری‌های معمول، جرم‌انگاری پیش‌دستانه چگونه خواهد بود؟ و جلوه‌های جرم‌انگاری پیش‌دستانه در زمینه تروریسم چه هستند؟ همچنین برای ارزیابی جرم‌انگاری پیش‌دستانه باید دید که

۱. راهبردهای پیش‌دستانه مبارزه با تروریسم، با فرایند سنتی دادرسی کیفری که شامل مراحل کشف جرم و جمع‌آوری ادله اثبات آن، تعقیب، تحقیقات مقدماتی، محکومیت و سپس مجازات است، ارتباط چندانی ندارند. در مقابل، با گفتمان مدیریتی از رهگذر ایجاد اختلال، محدودیت و سلب توان بزهکاری از افراد و گروه‌های در معرض خطر ارتکاب جرایم مرتبط با تروریسم، به مبارزه با این دسته جرایم می‌پردازد.

۲. عدالت اقتضا می‌کند که حقوق کیفری در اصول، رویکرد و پاسخ‌های خود بر اساس تحولات موجود در سده بیستم بازنگری کند و بسیاری از آن‌ها را در پرتو متنوع شدن جرایم، مجازات‌ها، مجرمان و... بازتعریف نماید. فرایند افتراقی‌سازی سیاست جنایی ضمن متحول کردن اصول و راهبردهای آن، به متکثر شدن گفتمان سیاست کیفری قانون‌گذار - مفهوم مضیق سیاست جنایی - در قلمرو حقوق کیفری ماهوی و شکلی انجامید (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۵: ۵۵ و ۵۹).

3. Combinatory Criminal Policy.

یک رفتار تروریستی از چه لحظه‌ای تحت حکومت قانون جزایی قرار می‌گیرد؟ و تا چه حد رفتارهای مرتبط با جرایم تروریستی را می‌توان ذیل عنوان این رفتار اصلی قرار داد و به اصطلاح تا چه حد می‌توان حقوق کیفری را کِش داد؟

آنچه ضرورت انجام این پژوهش را توجیه می‌کند این است که تاکنون رویکرد نوین جرم‌انگاری پیش‌دستانه اعمال تروریستی در مطالعات علوم جنایی کشور تا حدودی مغفول مانده است و به جز برخی پژوهش‌هایی که بیشتر، سایر حوزه‌های رویکرد پیش‌دستانه را بررسی نموده‌اند، مطالعه جامعی از این نوع جرم‌انگاری صورت نگرفته است.^۱ بر این اساس، مقاله حاضر به دنبال آن است تا با تبیین ماهیت جرم‌انگاری پیش‌دستانه، جلوه‌های آن را در نظام کیفری ایران با مطالعه تطبیقی حقوق کیفری برخی کشورها مانند انگلستان و فرانسه و رویه قضایی آن‌ها، مورد بررسی قرار دهد. روش تحقیق، توصیفی - تحلیلی است و به لحاظ هدف، کاربردی است. جمع‌آوری اطلاعات به روش کتابخانه‌ای می‌باشد و تجزیه و تحلیل داده‌ها به روش کیفی از نوع

۱. لازم به ذکر است که در رویکرد پیش‌دستانه به تروریسم تا کنون تحقیقاتی با حوزه‌های مطالعاتی مختلف به چاپ رسیده است که بر حسب مورد با پژوهش حاضر متفاوت‌اند: ۱- «اقدامات پیش‌دستانه پارادایمی جدید در مبارزه با تروریسم» (نعمتی، سیدمرتضی حسینی، و مهدوی‌پور، ۱۳۹۸). در این مقاله نویسندگان تلاش نموده‌اند تا کنترل تروریسم و کاهش امکان ارتکاب اقدامات تروریستی را ذیل عنوان «اقدامات پیش‌دستانه» به عنوان شکل جدیدی از راهبردهای مواجهه با تروریسم بررسی نمایند. تأکید بر مفهوم و ماهیت اقدامات پیش‌دستانه، مانند بازداشت‌های پیش‌دستانه افراد مظنون به جرایم تروریستی و مبانی توجیهی آن، محورهای این مقاله را تشکیل می‌دهند؛ در حالی که در پژوهش حاضر فقط به جرم‌انگاری‌های پیش‌دستانه و جلوه‌های آن به عنوان رویکرد نوین مقابله با تروریسم پرداخته شده و متون کیفری کشورهایی مانند ایران، فرانسه، انگلستان و برخی اسناد بین‌المللی نیز در این راستا بررسی شده است. ۲- «اعمال دفاع پیش‌دستانه در مبارزه با تروریسم، نفی یا اثبات مشروعیت» (طالقانی و نامیان، ۱۳۹۲). ۳- «ارزیابی دفاع مشروع پیشگیرانه علیه تروریسم» (جلالی و زیب، ۱۳۹۷). در دو پژوهش اخیر، نویسندگان به دنبال ارزیابی دفاع مشروع پیش‌دستانه و مشروعیت یا عدم مشروعیت آن در رویارویی با تروریسم هستند. همچنین جایگاه دفاع مشروع پیش‌دستانه پس از حادثه ۱۱ سپتامبر سال ۲۰۰۱ م. با توجه به تحولات نظام بین‌المللی و در نهایت اصلاح ساختاری سازمان ملل متحد در خصوص مفاهیم دفاع مشروع تحلیل شده است. در مقام مقایسه باید گفت در حالی که در جستار حاضر، تأکید نویسندگان بر حوزه حقوق کیفری و جرم‌شناختی رویکرد پیش‌دستانه است، در دو مقاله پیش‌گفته، نویسندگان بیشتر بر جنبه‌های حقوق بین‌المللی این رویکرد تأکید دارند و از این جهت، حوزه‌های مطالعاتی متفاوت می‌باشد؛ هرچند یکی از توجیه‌های سیاست‌گذاران جنایی در جرم‌انگاری‌های پیش‌دستانه، نهاد دفاع مشروع پیش‌دستانه است که در این پژوهش نیز بررسی خواهد شد.

استدلال استنتاجی است. در این جستار، ابتدا مبانی جرم‌انگاری پیش‌دستانه اعمال تروریستی^۱ در قالب دفاع مشروع، حالت خطرناک، امنیت‌محوری، اصل احتیاط و تغییر شکل پدیده تروریسم بررسی می‌شود. سپس جلوه‌های جرم‌انگاری پیش‌دستانه، یعنی جرم‌انگاری اعمال مقدماتی، نگهداری و مالکیت، عضویت در گروه‌های تروریستی و عدم گزارش با نگاهی به رویه قضایی تبیین خواهد شد.

۱. مبانی جرم‌انگاری پیش‌دستانه اعمال تروریستی

پدیده تروریسم در عصر حاضر نشان‌دهنده تحولات در ساختارهای حقوقی، سیاسی و اجتماعی است. تحولات و بحران‌های ناشی از تروریسم، فرصت تفکر و سازگاری با آن را گرفته است. در همین راستا، تروریسم به پدیده‌ای سیال تبدیل شده است که دامنه و جغرافیای آن در آغاز سده بیست و یکم به وسعت جهان گسترش یافته است؛ چنان که می‌توان از جهانی شدن تروریسم سخن گفت (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۶: ۱۴-۱۵). در همین راستا، با افزایش ناامنی ناشی از ارتکاب جرایم تروریستی، قانون‌گذاران به روش‌های مختلف از جمله جرم‌انگاری‌های پیش‌دستانه تلاش می‌کنند تا ضمن بازگشت امنیت به جامعه، آرامش را هم جایگزین ترس ناشی از ارتکاب جرایم تروریستی نمایند.

بدین‌سان، برای شناخت بهتر جلوه‌های جرم‌انگاری‌های پیش‌دستانه در حقوق کیفری کشورهای مختلف، ابتدا باید مبانی این نوع جرم‌انگاری تبیین شود.

۱-۱. دفاع مشروع

مفهوم دفاع پیش‌دستانه، یکی از مفاهیم نسبتاً جدیدی است که در حوزه دفاع مشروع مطرح است. پس از حملات ۱۱ سپتامبر سال ۲۰۰۱ م. دولت‌ها و جامعه جهانی اقدامات تروریستی را مشابه جنگ دانستند، برای خود در برابر تروریست‌ها حق «دفاع مشروع» قائل شدند و در همین راستا، فرایند پذیرش دفاع مشروع پیش‌دستانه^۲ سرعت

۱. منظور نویسندگان از مبانی، دلایل مشروعیت و اعتبار جرم‌انگاری پیش‌دستانه است. به عبارت دیگر، مبانی در پاسخ به چرایی اعتبار جرم‌انگاری پیش‌دستانه آمده است.

2. Pre-emptive self-defence.

بیشتری پیدا نمود. طبق دکترین دفاع پیش‌دستانه،^۱ پاسخ مسلحانه به حملات قریب‌الوقوع و یا آنجا که حمله‌ای صورت گرفته است و دولت قربانی دریافته است که حملات بیشتری در حال طراحی است که در آینده انجام پذیرد، مجاز و مشروع است (گنج‌بخش و دیگران، ۱۳۹۵: ۱۱۵).^۲

در عرصه بین‌الملل، پیشگیری از صدمات ناشی از رفتارهای تروریستی از طریق پیش‌دستی نسبت به تهدیدهای موجود، منطق غالب اقدامات ضد تروریستی پس از ۱۱ سپتامبر است. در این راستا، سازمان ملل متحد و شورای امنیت سازمان ملل نسبت به گذشته با موضوع تروریسم برخوردی کاملاً متفاوت و بسیار شدید داشت. از آنجا که بخشی از سیاست‌های شورای امنیت در برابر جرایم تروریستی، بر سیاست جنایی ملی کشورها اثر می‌گذارد، این شورا در ۱۲ سپتامبر، یعنی کمتر از ۲۴ ساعت پس از واقعه تروریستی مزبور، تشکیل جلسه داد تا به این موضوع رسیدگی کند. قطعنامه ۱۳۶۸ شورای امنیت سازمان ملل متحد در سپتامبر ۲۰۰۱ به وضوح بیان می‌دارد که حملات تروریستی ۱۱ سپتامبر «همانند هر عمل تروریستی بین‌المللی دیگری، تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی محسوب می‌شوند»

۱. اقدامات پیش‌دستانه و پیشگیرانه به عنوان یکی از مباحث اصلی دفاع مشروع در حقوق بین‌الملل، نظرات متفاوتی را در این عرصه به دنبال داشته‌اند. در خصوص تمایز دفاع پیش‌دستانه (preemptive defence) با دفاع پیشگیرانه (preventive defence) در حقوق بین‌الملل می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد: ۱- آتی بودن تهدید، ویژگی اصلی کنش پیش‌دستانه است. اقدامات پیش‌دستانه بر کنشی آتی و مبتنی بر دلایلی هستند که نشان می‌دهد دشمن آماده فوری برای ضربه زدن است؛ ۲- به لحاظ مشروعیت حقوقی، حقوق بین‌الملل پیش‌دستی را بر خلاف کنش‌های پیشگیرانه اجازه می‌دهد. کنش پیش‌دستانه به مفهوم دفاع مشروع، پیش‌بینی شده در ماده ۵۱ منشور سازمان ملل متحد، بسیار نزدیک است؛ اما دفاع پیشگیرانه کنش‌هایی را در بر می‌گیرد که برای جلوگیری از یک تهدید آینده، قابل قبول ولی احتمالی به کار گرفته می‌شوند (دلماز مارتی، ۱۳۹۳: ۱۰۱۱).

۲. دفاع پیش‌دستانه توسل به زور را در چندین حالت مجاز می‌شمارد؛ حالت اول آنکه شواهد متقاعدکننده‌ای مبتنی بر وقوع یک حمله مسلحانه قریب‌الوقوع وجود داشته باشد، دوم آنکه دولتی یک بار مورد حمله مسلحانه قرار گرفته و شواهد آشکار و متقاعدکننده‌ای مبنی بر حملات آتی دشمن در اختیار داشته باشد. در این حالت نیازی به منتظر ماندن دولت قربانی نیست و آن دولت می‌تواند قبل از وقوع حملات آتی به دفاع مشروع پیش‌دستانه توسل شود؛ اما در صورت فقدان شواهد متقاعدکننده مبنی بر حملات آتی، توسل به نیروی مسلحانه تحت عنوان دفاع از خود، غیر قانونی و غیر مشروع خواهد بود (شریفی، ۱۳۸۲: ۹۶).

(عمرانی، ۱۳۸۷: ۹۴۰).^۱ با این حال، بیشتر کشورها و حقوق‌دانان، دفاع مشروع پیش‌دستانه را بدعتی خطرناک و غیر قابل پذیرش می‌دانند که با حقوق بین‌الملل معاصر سازگاری ندارد؛ زیرا اگر قرار بر توسل به دفاع مشروع به بهانه هر تهدید بالقوه‌ای باشد، صلح و امنیت بین‌المللی به شدت آسیب می‌بیند (طالقانی و نامیان، ۱۳۹۲: ۱۰۸).

در نهاد دفاع مشروع در حقوق کیفری ایران نیز با رعایت برخی شرایط توسط مدافع، پیش‌دستی پذیرفته شده است. ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، دفاع از نفس، عرض، ناموس، مال یا آزادی تن خود یا دیگری را در برابر تجاوز یا خطر فعلی یا قریب‌الوقوع با رعایت مراحل دفاع پذیرفته است. منظور از قریب‌الوقوع بودن تجاوز که مرحله قبل از فعلیت یافتن می‌باشد، وجود دلایل عینی و منطقی است مبنی بر اینکه فرد به زودی مورد حمله قرار می‌گیرد و این دلایل باید به گونه‌ای باشد که شخص مدافع، ظن غالب به حمله پیدا کند تا از وقوع حمله جلوگیری به عمل آورد (شمس ناتری و عبدالله‌یار، ۱۳۹۰: ۱۱۶).

بدین‌سان، عمل شخصی را که قبل از فعلیت یافتن خطر، اقدام به دفع آن نماید، می‌توان پیش‌دستی دانست که البته در صورت اجتماع شرایط مقرر در ماده ۱۵۶ مبنی بر ضرورت و معقول بودن دفاع، عدم نقش قبلی مدافع در وقوع تهاجم و عدم امکان توسل به قوای دولتی، عنوان دفاع مشروع خواهد داشت.

در نهایت باید گفت که اساس و بنیان جرم‌انگاری پیش‌دستانه که ریشه در مبانی دفاع مشروع در حقوق بین‌الملل دارد، وارد حقوق کیفری ملی برخی کشورها

۱. شورای امنیت سازمان ملل با تصویب قطعنامه ۱۳۶۸ و شناسایی حق ذاتی دفاع مشروع فردی یا جمعی مطابق منشور ملل متحد، به عنوان یکی از کنشگران سیاست‌گذاری در سطح بین‌المللی، ضمن کمک به تلقی نمودن واقعه ۱۱ سپتامبر به عنوان یک تجاوز نظامی، به واکنش پیش‌دستانه ایالات متحده آمریکا و برخی دیگر از کشورها به تروریسم مشروعیت بخشید. بر این اساس، اصطلاح دفاع پیش‌دستانه که انتقادات جدی به آن وارد شده است، در سند استراتژی امنیت ملی سال ۲۰۰۳ م. ایالات متحده آمریکا، مفهوم سنتی دفاع مشروع را از حمله فوری به تهدید غیر فوری گسترش داد؛ به گونه‌ای که برخی آن را دکترین بوش (Bush doctrine) می‌نامند (شریفی طرازکوهی و بارین چهاربخش، ۱۳۹۲: ۱۱).

مانند فرانسه^۱ و انگلستان شده است؛ به طوری که هرچند قوانین و تدابیر اتخاذشده در کشورهای مذکور به لحاظ جزئیات از یکدیگر متفاوت هستند، اما براینده آن‌ها، مبتنی بر پیش‌دستی و مداخله در اعمال مرتبط به جرم تروریستی است.

۲-۱. حالت خطرناک

خطرناکی یا حالت خطرناک، مفهومی است که در دوره‌های مختلف، تحت تأثیر مکاتب و آموزه‌های علوم جنایی حاکم، دچار نقش‌ها و کارکردهای متفاوتی شد. این مفهوم در اواسط سده نوزدهم، تحت تأثیر مکتب تحقیقی، با اقدام دفاع اجتماعی موجب طرد و خنثی‌سازی بزهکار می‌شد. از اواسط سده بیستم به بعد، اقدام‌های تأمینی و تربیتی، مبنای بازپروری و اصلاح مجرمان در جرم‌شناسی بالینی قرار گرفت (ایارگر، ۱۳۹۶: ۷۹). پس از شکست سیاست اصلاح و درمان بزهکاران، مهم‌ترین تحول جرم‌شناختی که منجر به تأکید بر خطرناکی و امنیت‌محور شدن نگاه به مجرم خطرناک شده است، شکل‌گیری جرم‌شناسی تخمینی/آماری/نو با رویکرد مدیریتی و با هدف کاهش و کنترل خطر بزهکاری است (رضوانی، ۱۳۹۶: ۲۹). بدین‌سان، دیدگاه امنیت‌مدار به بزهکاری موجب ایجاد تحول در مسئولیت کیفری شده است؛ به نحوی

۱. برای نمونه، قانون‌گذار فرانسه علاوه بر جرم‌انگاری‌های پیش‌دستانه، مفاهیم جدید دیگری را برای مبارزه با تروریسم وارد متون کیفری این کشور کرده است. به عبارت دیگر، به همان میزان که حقوق کیفری فرانسه در دهه‌های اخیر و در زمینه جرایم غیر امنیتی، تحت تأثیر راهبرد عقب‌نشینی حقوق کیفری قرار داشته است، در زمینه جرایم امنیتی، راهبردهای توسعه‌طلبانه، تهاجمی و پیش‌دستانه را ترجیح داده است (مجیدی، ۱۳۸۶: ۳۸۳). در همین راستا، قانون جدید مربوط به تقویت امنیت داخلی و مبارزه با تروریسم در سال ۲۰۱۷ م. به رویکرد پیش‌دستانه در حوزه تروریسم توجه زیادی کرده است: ایجاد محدوده جغرافیایی مشخص توسط برخی مقامات قانونی که در آن به منظور تأمین امنیت یک مکان یا یک مراسم در معرض خطر تروریسم، محدودیت‌هایی برای رفت و آمد تعیین می‌شود (L.226-1) یا بستن اماکن مذهبی به دستور مقامات قانونی که در آن‌ها صحبت، اندیشه‌ها، نظریه‌ها یا اقدامات تحریک‌آمیز نسبت به خشونت، ... اقدامات تروریستی و ... صورت گرفته باشد (L.228.1). برخی قواعد مبنایی در مورد تشدید مجازات نیز دچار تحولاتی شده است؛ برای نمونه، قانون‌گذار در ماده ۱۱ قانون ۳ ژوئن ۲۰۱۶ م. در خصوص تقویت مبارزه با جرایم سازمان‌یافته و تروریسم در تکرار جرم تروریستی، کیفر را کافی نمی‌داند و اقدامات نظارتی دوره تأمین را گسترش داده است. این گونه سازوکارهای پیش‌دستانه در حقوق کیفری فرانسه، نشانگر توجه سیاست‌گذاران جنایی این کشور به پیش‌دستی و کنترل رفتارهای خطرناک احتمالی است.

که به جای مفهوم تقصیر یا مجرمیت، مفهوم خطرناکی مطرح می‌شود. بر همین اساس است که جرم‌انگاری در برخی کشورها در دهه‌های اخیر و به ویژه پس از حملات تروریستی ۱۱ سپتامبر در سال ۲۰۰۱ در آمریکا نسبت به اعمال تروریستی، به سمت پیش‌دستی در برابر خطرهای احتمالی گام برداشته است.

در این راستا می‌توان میان سیاست جنایی پیش‌دستانه و سیاست جنایی ریسک‌مدار^۱ از یک سو و اقدامات تأمینی و تربیتی که در برابر حالت خطرناک اعمال می‌شوند، از سوی دیگر، ارتباط برقرار کرد؛ زیرا مفهوم خطر و اقدامات تأمینی و تربیتی در بیشتر نظام‌های حقوقی امری شناخته‌شده است و مقابله با صدمات احتمالی و کنترل خطر ارتکاب جرایم تروریستی از طریق تدابیر پیش‌دستانه به امری غیر قابل انکار تبدیل شده است. با این توضیح که نخست، گسترش مفهوم دفاع اجتماعی آدولف پرینس^۲ و استفاده قانون‌گذاران از این مفهوم برای از بین بردن هر گونه خطر قبل از آنکه بروز نماید، زمینه مداخله در موقعیت‌های خطرناک، مانند قانون کیفری مصوب ۱۹۲۶ شوروی سابق را که بر اساس آن صدور حکم به اقدامات دفاع اجتماعی منوط به ارتکاب جرم نبود، فراهم نمود (بابائی، ۱۳۹۰: ۳۰۰). دوم، ماهیت خطرناک و خشونت‌آمیز اعمال تروریستی و حالت خطرناک مرتکبان آن، نقش مؤثری در ورود مفهوم خطرناکی به فرایند جرم‌انگاری پیش‌دستانه داشته است و از همین روست که عدالت پیش‌دستانه در برخی موارد، جنبه اقدام تأمینی امنیتی یافته و حقوق کیفری نیز خشن شده است و مرتکب رفتارهای هیجانی می‌شود. سوم، سیاست جنایی پیش‌دستانه در حوزه جرایم تروریستی، از آموزه‌های مکتب جرم‌شناختی تحقیقی الهام گرفته است؛ با این تفاوت که هدف آن مکتب از پیش‌بینی حالت خطرناک، اصلاح و درمان از طریق روش‌های غیرقهرآمیز بود، در حالی که سیاست جنایی پیش‌دستانه در مقابل آن قرار دارد. یعنی ابزار سیاست جنایی پیش‌دستانه استفاده از اقدامات قهرآمیز^۳ برای کنترل جرایم تروریستی است (Ashworth & Zedner, 2014: 5). به عبارت دیگر، حالت خطرناک از

1. Risk-Oriented Criminal Policy.
2. Adolf Prins.
3. Coercive measures.

دیدگاه مکتب تحقیقی، حکایت از نوعی بیماری و تفاوت فرد با دیگران می‌کند (مثل مجرم مجنون یا بزهکار به عادت)، اما در رویکرد پیش‌دستانه، مرتکب اعمال تروریستی آگاهانه برای جامعه خطر می‌آفریند. از همین رو، سیاست جنایی پیش‌دستانه بیانگر جرم‌انگاری‌ها و اقدامات کیفری و اداری مختلفی است که با رویکرد خطرمدار، ویژگی سرکوبگریِ پاسخ‌های کیفری را به عنوان یک عامل پیش‌دستانه حفظ می‌کند. در نهایت، رویکرد خطرمدار با پیش‌بینی و محاسبه میزان خطرناکی مجرمان تروریستی از طریق سنجیدن عواملی در ارتباط با مجرم تروریستی با معیارهای ثابت و جمعی و نه فردی، آن‌ها را در گروه‌های از پیش تعیین‌شده‌ای قرار می‌دهد و به دنبال توان‌گیری^۱ آن‌هاست (طاهری، ۱۳۹۲: ۱۵۲).

۳-۱. امنیت محوری

امنیت به معنای فقدان عوامل تهدیدکننده فرد به لحاظ جسمانی و روانی و همچنین نبود عوامل ازبین‌برنده^۲ نظم است. احساس ایمنی نیز زمانی حاصل می‌شود که شهروندان احساس کنند تهدید نمی‌شوند (پاک‌نهاد، ۱۳۸۸: ۶۸-۶۹). در این راستا، از یک‌سو تروریسم یکی از مهم‌ترین چالش‌های عصر حاضر است که امنیت عمومی را به مخاطره انداخته است و از سوی دیگر، حق بر امنیت (امنیت جسمانی - مالی) امروزه یکی از حق‌های بنیادین مردم محسوب می‌شود. بر این اساس، دولت‌ها به نام و برای تأمین امنیت اشخاص و اموال در برابر بزهکاران و ناقضان قانون، از قوای قهرآمیز و غیرقهرآمیز استفاده می‌کنند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱: ۱۱).

پس از واقعه ۱۱ سپتامبر در سال ۲۰۰۱، سیاست‌گذاران جنایی به دنبال تأمین امنیت ملی از طریق حقوق کیفری داخلی هستند. امنیت ملی مفهومی است که قلمرو سرزمینی را به خطرهای خارجی نیز گسترش می‌دهد. با ورود این مفهوم به حقوق کیفری ملی، مرز میان امنیت داخلی/خارجی و اجرای قانون^۲/اقدام نظامی^۳ در حال محو شدن است. برای نمونه در راستای سیاست‌گذاری امنیت‌محور آمریکا در سال

1. Incapacitation.
2. Law enforcement.
3. Military security.

۲۰۰۲، جرج بوش بیان داشت که «امروزه تمایز میان امور داخلی و خارجی کم‌رنگ شده است» (White, 2005: 68).

ورود مفهوم سیاسی امنیت ملی به عدالت کیفری منصفانه، دستگاه عدالت کیفری را دچار چالش می‌کند. سیاست‌زدگی عدالت کیفری موجب بسته شدن چشمان فرشته عدالت می‌شود و حقوق به نازل‌ترین سطح ممکن می‌رسد و جنبه نمادین پیدا می‌کند. هنگامی که امنیت ملی، کانون توجه سیاست‌گذاران جنایی در برابر جرایم تروریستی باشد، مداخله‌نهادهای سیاسی و اجرایی در فرایند تصمیم‌گیری و اجرای تصمیم می‌تواند منجر به بهره‌برداری سیاسی از مبارزه با تروریسم، عوام‌گرایی و در نهایت، تشدید ترس از جرم در جامعه شود.

درهم‌آمیختگی روزافزون امنیت ملی و عدالت کیفری نیاز به گسترش حقوق کیفری را جدی‌تر می‌نماید. در این راستا باید بر اساس جرم‌انگاری‌های پیش‌دستانه و با هدف شناسایی خطر و مداخله قبل از ارتکاب جرم تروریستی به وضعیت پیش از جرم توجه شود. ورود مفهوم امنیت ملی در حقوق کیفری موجب رویارویی دو اصل اساسی آزادی و امنیت می‌شود. در این راستا باید بر اساس شرایط موجود که حاکی از احتمال وقوع جرایم تروریستی در هر زمان و مکان است، یکی از دو اصل را بر دیگری مقدم نمود. بر همین اساس برخی معتقدند:

«آنچه راهکار اصلی پیکار با پدیده تروریسم دانسته شده است، پشتیبانی امنیت ملی با در تنگنا گذاشتن آزادی‌ها بوده است. به راستی که بزه‌های تروریستی، به طور پنهانی و ناشناخته رخ می‌دهند و از این رو، چاره‌ای جز سختگیری و کنترل همه‌جانبه شهروندان نیست. پس در رویارویی امنیت و آزادی، این امنیت است که برتری یافته است...» (عالی‌پور، ۱۳۸۷: ۱۰).

بدین‌سان تروریسم، کانون‌گذاران را به سمت چپین جرم‌انگاری‌هایی پیش‌برده است؛ زیرا هرچند ممکن است جرایم تروریستی و بزه‌دیدگان ناشی از آن، کمتر از سایر جرایم ارتكابی در جوامع مختلف باشند، اما شدت و آثار گسترده جرایم تروریستی موجب شده است تا امنیت، مفهوم پُررنگ‌تری از آزادی به خود گرفته و افراد نیز برای داشتن امنیت، از برخی آزادی‌ها به نفع امنیت چشم‌پوشی نمایند.

۱-۴. اصل احتیاط

تروریسم به عنوان یک خطر جدی برای سلامتی و محیط زیست می‌تواند از یک سو، موجب کشته شدن انسان‌های زیادی شود و از سوی دیگر، موجب ایجاد ترس استفاده از سلاح‌های کشتار جمعی و گسترش آلودگی محیط زیست شود (نعمتی، ۱۳۹۸: ۵۰۵). امروزه تحت تأثیر تغییر دیدگاه‌های نظری و اقتضائات عملی و رخدادهای گسترده، مفهوم جرم به شکلی روزافزون در حال تغییر است. ظهور ریسک‌های اجتماعی، فنی، فناورانه و زیستی به تدریج در ادبیات جامعه‌شناسی، طرح نظریه جامعه مخاطره‌آمیز^۱ را در پی داشت.^۲ این نظریه و مفاهیم مرتبط با آن مانند اصل احتیاط، هرچند که در آغاز پیدایش خود بیشتر به منشور زیست‌محیطی شبیه بود، اما به تدریج مورد توجه پژوهشگران حوزه علوم جنایی نیز قرار گرفت. ورود به عرصه سیاست جنایی و الگوهای پاسخ‌دهی و واکنش‌های اجرایی - قضایی، خود مستلزم بازتعریف مفهوم جرم در جامعه مخاطره‌آمیز است و این تعریف، خود باعث تأثیر قرار گرفتن جهت‌دهی‌های حقوقی شد و رویکرد پیش‌دستانه به خصوص در حوزه جرایم تروریستی ظهور یافت. به موجب این جهت‌دهی‌ها، جرم در معنای اهمیت یافتن امنیت بر آزادی، کنترل‌گرایی مضاعف کیفری، شدت نسبی یافتن پاسخ کیفری، تغییر در مصادیق جرم‌انگاری شده و تداوم نظارت بر رفتارهای مخاطره‌آمیز در قالب کنترل کیفری تعبیر می‌شود (صیقل، ۱۳۹۷: ۲).

بر همین اساس، عدالت پیش‌دستانه بر مداخله‌های حقوق کیفری در پیشگیری از جرم و ماهیت سرکوبگرانه اقدامات پیشگیرانه تأکید دارد و به جای علت‌شناسی و ارزیابی ریشه‌های تروریسم، به از بین بردن تروریست‌های احتمالی تمرکز می‌کند. از این رو، ابتدا دولت ایالات متحده آمریکا و سپس برخی کشورها مانند انگلستان،

1. Risk Society.

۲. نظریه جامعه مخاطره‌آمیز، یکی از بانفوذترین نظریه‌های جامعه‌شناسی معاصر است که منشأ بسیاری از مدل‌ها و تحلیل‌های علمی از رخدادهای محیطی و بوم‌شناختی گرفته تا وقایع و تحولات اجتماعی، فرهنگی و سیاسی سه دهه گذشته تا کنون را فراهم کرده است (برای مطالعه بیشتر در این باره ر.ک: احمدی و دهقانی، ۱۳۹۴).

راهبردی را تنظیم نمودند که بر اساس آن، اقداماتی علیه تروریست‌های بالقوه با ظرفیت‌های جنایی مختلف می‌بایست صورت می‌پذیرفت. در همین راستا، جرج بوش رئیس‌جمهور آمریکا پس از حملات تروریستی ۱۱ سپتامبر بیان داشت:

«... اگر ما منتظر بمانیم تا تهدید به صورت کامل محقق شود، خیلی تأخیر کردیم، ... ما باید مبارزه را به سمت دشمن پیش ببریم، برنامه‌ریزی او را مختل کنیم و قبل از اینکه تهدیدها به فعل تبدیل شوند، با آن‌ها مقابله کنیم» (Bush, 2002).

این راهبرد که بیانگر وجود تهدید و خطرهای بالقوه در جامعه است، منجر به پیدایش و شکل‌گیری اصل احتیاط در حوزه جرایم تروریستی شد. این اصل مستلزم این است که از چشم‌انداز نامطلوب آینده به هر طریقی پیشگیری شود. یک رویکرد احتیاطی، اقدام‌هایی را از سوی قانون‌گذاران گسترش می‌دهد تا از ایجاد صدمات بالقوه^۱ پیشگیری کند. به عبارتی، راهبردهایی را به منظور محافظت در برابر آسیب‌های بالقوه ترویج می‌دهد؛ حتی اگر زنجیره‌های علت نامشخص باشند و به اینکه آیا واقعاً آسیب به بار خواهد آمد یا نه نیز اطمینانی وجود نداشته باشد. هدف سیاست پیش‌دستانه، کاهش خطر ارتکاب جرایم تروریستی از طریق به کار بردن ظرفیت‌های عدالت کیفری و پاسخ‌های قهرآمیز در برابر خطراتی است که هنوز آشکار نشده‌اند. اصل احتیاط به دنبال باز کردن دست قانون‌گذاران در مقابله با تروریسم است؛ یعنی به دنبال توجیه کافی بودن یک خطر بالقوه است. از این رو، بسیاری از جرم‌انگاری‌های پیش‌دستانه با این اصل توجیه می‌شوند؛ زیرا عدالت پیش‌دستانه به دنبال پیش‌بینی خطرهای احتمالی و سرکوب پیشگیرانهٔ رفتارهای احتمالی و مرتبط با جرم تروریستی اصلی است (Tulich, 2012: 57-58).

بسیاری از اقدامات پیش‌دستانه، با منطق اصل احتیاط همگرا هستند؛ زیرا با پیش‌بینی محتمل، اقدام به مداخله می‌کنند. احتمال‌گرایی، بیشتر بر اساس مستندات ناقص شکل می‌گیرد. حبس کردن مظنونان (برای سال‌های طولانی و بدون مدارک و مستندات قوی)، توقیف اقلیت‌های نژادی به عنوان مثال آمریکایی‌ها - ژاپنی‌ها در طول

1. Potential harms.

جنگ جهانی دوم و تخریب خانه‌های بستگان تروریست‌ها، نمونه‌هایی از احتمال‌گرایی اصل احتیاط است (Stern & Wiener, 2006: 397-398). در همین راستا، کمیسیون ملی ایالات متحده آمریکا در سال ۲۰۰۴ بیان داشت که یک برنامه راهبردی آینده‌نگر با تأثیر از اصل احتیاط، خطرها، هزینه و فایده را تحلیل می‌نماید (National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, 2004).

آنچه از اصل احتیاط در خصوص جرایم تروریستی برداشت می‌شود آن است که:

- ۱- عدم قطعیتِ حمله تروریستی، توجیهی برای انفعال در برابر خطرهای شدید محسوب نمی‌شود.
- ۲- عدم وجود دلیل کافی برای خطر، دلیل بر فقدان خطر نیست.
- ۳- بار اثبات عدم وجود خطر و عدم امکان آسیب‌رسانی آن، به عهده منشأ خطر است.
- ۴- نیاز به پیش‌بینی و تعیین رفتارهای آینده (احتمالی) تروریست‌ها، قانون‌گذاران را به سوی اصل احتیاط پیش می‌برد.
- ۵- خنثی‌سازی آسیب‌های احتمالی و کنترل خطر قبل از ارتکاب جرم ضروری است.

با توجه به آنچه در خصوص اصل احتیاط و آثار آن بر عدالت کیفری بیان شد، می‌توان گفت هنگامی که امنیت‌گرایی سرلوحه قانون‌گذاری یک کشور قرار بگیرد، آنگاه بر اساس اصل احتیاط که احتمال وجود خطر را گوشزد می‌کند، بی‌اعتمادی به تمام اعضای جامعه گسترش می‌یابد و در نتیجه، حریم خصوصی آن‌ها در معرض نقض قرار می‌گیرد.

۵-۱. تغییر شکل تروریسم

در دو دهه اخیر، تحولات و بحران‌های ناشی از تروریسم موجب ایجاد پارادایم جدیدی شده است. از آنجا که ماهیت رفتار مجرمانه در فرایند پاسخ‌دهی تأثیرگذار است، سیاست‌گذاران جنایی ابتدا باید تغییرات پدیده تروریسم را بررسی نمایند. تحولات تروریسم را باید در عواملی چون افزایش نوع سلاح‌ها و مواد منفجره، سهولت دسترسی به آن‌ها، تسهیل رفت‌وآمد به نقاط مختلف جهان و گسترش وسایل ارتباط جمعی که تروریست‌ها را در رسیدن به اهداف تبلیغاتی خود یاری می‌کنند، جستجو نمود (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۰: ۱۹۵). تروریسم مانند خطر وقوع یک بلای طبیعی،

قریب الوقوع و احتمالی است و به پدیده‌ای عادی تبدیل شده است. امروزه مرتکبان جرایم تروریستی کمتر دارای انگیزه‌های سیاسی هستند و انگیزه اصلی آنان، ایجاد ترس است. ظهور گروه تروریستی داعش، بارزترین نمونه تحولات در پدیده تروریسم است که پیش‌بینی ناپذیری جرایم تروریستی را تشدید کرده و سبب ایجاد رعب و وحشت در سراسر جهان شده است؛ به حدی که نمی‌توان برای آن مرز جغرافیایی مشخصی تعریف کرد. غیر قابل پیش‌بینی‌تر شدن تروریسم، موجب از بین رفتن مرز بین وضعیت جنگی و صلح در جوامع شده است. همچنین تغییر شکل پدیده تروریسم موجب کم‌رنگ شدن سزاگرایی در حقوق کیفری شده است؛ به نحوی که بسیاری از تروریست‌ها به دلیل ایدئولوژی خاص خود به دنبال مرگ هستند و تعداد زیادی از افراطی‌گرایان تروریست نیز در زندان وجود دارند که زندان تأثیر کمی بر آن‌ها گذاشته است و به دنبال آن هستند که پس از آزادی، با همان اعتقادات سابق بر ورود به چرخه عدالت کیفری، مرتکب رفتارهای تروریستی شوند (Van der Heide & Geenen, 2015: 169).

تحولات تروریسم و تغییر شکل اعمال تروریستی، موجب تغییر رفتار سیاست‌گذاران جنایی و شکل‌گیری تدریجی اجماع در نحوه مبارزه با آن شده است؛ امری که موجب تحقق راهبرد انقطاعی در مدل سیاست جنایی کشورهای لیبرال شده و تا اندازه‌ای این مدل را به مدل اقتدارگرایی سیاست جنایی در حوزه تروریسم نزدیک نموده است. در بسیاری از کشورها، بعضی اقلیت‌ها، ملیت‌ها و شهروندان ملی خارجی‌تبار به عنوان افراد ریسک‌دار و گروه‌های خطرناک بالقوه، فارغ از هر گونه عمل مجرمانه، تحت پایش محسوس و نامحسوس عوامل پلیسی - امنیتی قرار دارند. رویکرد سیاست جنایی به این دسته افراد و مرتکبان جرایم تروریستی، دیگر انسان‌مدار نیست و نوعی انسانیت‌زدایی از حقوق کیفری در سیاست جنایی اتفاق افتاده است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۵: ب: ۶۳). در همین راستا، ایالات متحده آمریکا به عنوان یکی از کشورهای مهاجرپذیر با تصویب قوانین سختگیرانه مانند قانون میهن‌پرستی اصلاحی ۲۰۰۶ م.، صرف بیگانگی را از عوامل امکان تجویز اقدامات تأمینی مانند شنود، اخراج از کشور و همچنین بازداشت‌های نامعین می‌داند که خلاف اصول اساسی حقوق کیفری از جمله اصل برائت است. طبق ماده ۴۱۲ قانون فوق، یک مظنون تروریستی بیگانه به

بازداشت نامعینی محکوم می‌شود که فقط شامل مظنونان تروریستی نیست، بلکه شامل همه بیگانگانی است که با عملیات تروریستی در ارتباط هستند (رضوانی، ۱۳۹۶: ۳۹).

بدین سان، تغییر شکل پدیده تروریسم، به سه جهت موجب ورود جرایم پیش‌دستانه در حقوق کیفری ضد تروریسم شده است: ۱- هدف اصلی تروریسم در قرن بیست و یکم، هراس‌افکنی در میان مردم است و انتخاب روش‌های مختلف در زمان و مکان مختلف و استفاده از هر وسیله‌ای حتی حیوانات، بر تشدید ترس از وقوع جرم تروریستی می‌افزاید. ۲- تغییر شکل تروریسم و فراگیر شدن آن، افزون بر آثار وسیع و شدیدی که به دنبال دارد، در کنار سایر عوامل مانند فشار افکار عمومی، موجب مطالبه گری امنیت بیشتر شده است. ۳- شیوه‌های جدید ارتکاب جرایم تروریستی، سازمان‌یافتگی و گسترش خطرهای آن برای امنیت اجتماع انسانی موجب شده است که واکنش‌های سنتی موجود در حقوق کیفری، ناکارآمد و یا ناقص جلوه نماید (حبیب‌زاده و حکیمی‌ها، ۱۳۸۶: ۴۸). از همین رو نباید سیاست‌گذاران جنایی را برای اتخاذ چنین سیاستی سرزنش کرد؛ زیرا سیاست جنایی پیش‌دستانه در برابر جرایم تروریستی، پاسخ به یک نیاز است. بر این اساس، هر اندازه که یک جرم فاجعه‌آمیزتر باشد، پیش‌دستی در مبارزه با آن ضروری‌تر است و به همان اندازه، پاسخ‌دهی به آن پس از وقوع بسیار دیر است.

۲. جلوه‌های جرم‌انگاری پیش‌دستانه اعمال تروریستی

صدمات و آسیب‌هایی که از رهگذر رفتارهای تروریستی به اعضای جامعه وارد می‌شود، در برخی موارد به اندازه‌ای سنگین و غیر قابل تحمل است که دیگر نمی‌توان با این تصور که ترس از مجازات، مانع از ورود چنین لطماتی به جامعه می‌شود، به مقابله با آن پرداخت؛ بلکه مقابله با خطر اعمال تروریستی، مستلزم اتخاذ تدابیری است که نه تنها ارتکاب جرایم قریب‌الوقوع توسط مجرمان احتمالی را غیر ممکن سازد، بلکه در صورت احتمال جدی ارتکاب جرم یا شروع به انجام آن، از ارتکاب یا ادامه رفتار مجرمانه پیشگیری به عمل آورد (اسماعیلی، ۱۳۹۶: ۲۹۸). همچنین اهتمام قانون‌گذاران به حفظ و تأمین ثبات سیاسی و تلاش در جهت استحکام بخشیدن به پایه‌های نظام سبب

شده است تا از یک سو، دامنه جرم‌انگاری در جرایم تروریستی تا مرحله اندیشه مجرمانه و اعمال مقدماتی پیش رود و از سوی دیگر، عناوین مجرمانه پیشین نیز دچار تغییرات جدید شود (مجیدی، ۱۳۹۳: ۲۳).

در جرم‌انگاری پیش‌دستانه، قانون‌گذاران با دشمن تلقی کردن بزهکاران به دنبال مداخله حداکثری کیفری در گستره وسیعی از رفتارهای افراد جامعه هستند.^۱ البته در

۱. لازم به ذکر است که جرایم پیش‌دستانه، با برخی جرایم در حقوق کیفری و بعضی نهادهای فقهی مشابهت‌هایی دارد:

الف) از دیدگاه حقوق کیفری پساجرم، برخی رفتارها که قابلیت ارتباط با جرایم تروریستی دارند، ممکن است جنبه مجرمانه نداشته باشند. اما با ورود سیاست‌های پیش‌دستانه به عدالت کیفری، برخی رفتارهای دور از جرم اصلی تروریستی نیز جرم‌انگاری شده‌اند. این دسته جرایم در حقوق کیفری «جرایم مانع» نامیده می‌شوند. هدف جرم‌انگاری جرایم مانع، تأمین امنیت و حفاظت از افراد جامعه است (نجفی ابرندآبادی و همکاران، ۱۳۸۳: ۲۷). در جرایم مانع، مرز میان سرکوب و پیشگیری کم‌رنگ می‌شود؛ بدین صورت که ویژگی سرکوبگر پاسخ‌های کیفری، از یک طرف به عنوان یک عامل پیشگیرانه عمل می‌کند و از طرف دیگر با جرم‌انگاری برخی رفتارهای خطرناک، جرم اصلی ارتکاب پیدا نمی‌کند و دفاع اجتماعی نیز تأمین می‌شود. جرم مانع دستاورد تعدیل نظریه حالت خطرناک (رد نظریه بزهکار مادرزاد) مکتب تحقیقی است. تأسیس جرم مانع اجازه داد تا ضرورت رکن مادی در حقوق کیفری با نظریه «حالت خطرناک پیش از جرم» سازش داده شود؛ قانون‌گذار، اعمال یا رفتارهایی را که فی‌نفسه جرم‌انگاری آن‌ها در حقوق کیفری قابل توجیه نیست، اما خطر ارتکاب جرم را در خود می‌پروراند، جرم‌انگاری می‌کند تا از این طریق مانع ارتکاب جرایم شدید یا خطرناک تروریستی شود و از آن‌ها پیشگیری نماید (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۵ الف: ۹۲۴). پیشگیری از آسیب‌های شدیدتر تروریستی و مداخله قبل از ارتکاب این جرایم، یکی از مفاهیم نوین در رویکردهای کنترل تروریسم محسوب می‌شود. به عبارت دیگر، رویکرد پیش‌دستانه با تحول در مفهوم جرم مانع، مجرمان احتمالی جرایم تروریستی را مدیریت می‌کند. از لحاظ ماهوی نیز این جرایم به مراحل بسیار مقدماتی و زودهنگام اقدام مجرمانه که حتی ممکن است مورد نظر فاعل آن نباشد، اطلاق می‌شود. همچنین این جرایم دارای عنصر مادی اعمالی است که از نظر نتیجه واقعی، پایین‌تر از شروع به جرم هستند (نجفی ابرندآبادی و همکاران، ۱۳۸۳: ۲۶). پس از مقایسه جرم‌انگاری پیش‌دستانه با جرم مانع نیز می‌توان گفت که پیشگیری از ارتکاب جرم، هدف مشترک جرم‌انگاری پیش‌دستانه و جرم‌انگاری جرایم مانع است، اما تفاوت جرم‌انگاری پیش‌دستانه با جرایم مانع آن است که در جرایم مانع، رفتارهایی که مقدمه جرم بوده، ارتکاب جرم را تسهیل می‌کنند و یک رفتار انحرافی و نابهنجار هستند، جرم‌انگاری شده‌اند، در حالی که در جرم‌انگاری پیش‌دستانه، رفتار ارتكابی ممکن است وسیله تسهیل جرم نباشد. پس هرچند با اغماض می‌توان جرم پیش‌دستانه را جرم مانع نیز محسوب کرد، اما باید آن را اعم از جرم مانع دانست؛ زیرا رویکرد پیش‌دستانه، تغییراتی در جرم مانع ایجاد کرده است و به عبارت دیگر، قانون‌گذاران جرایم مانع را گسترده‌تر کرده‌اند.

ادامه پانوست ←

این میان باید اصول مدّ نظر قانون‌گذار نیز برای تبیین مبنای جرم‌انگاری پیش‌دستانه اعمال تروریستی مشخص شود. اعمال تروریستی از جمله جرایمی هستند که متضمن ایراد آسیب و صدمات غیر قابل جبران نسبت به جامعه و شهروندان می‌باشند. بر این اساس، از یک طرف جان استوارت میل^۱ ضمن اشاره به «اصل ضرر»^۲ معتقد است:

«تنها هدفی که می‌توان به طور موجه، بر خلاف اراده فرد، به اعمال زور علیه عضو یک جامعه متوسل شد، پیشگیری از ضرر رسیدن به دیگران است» (Mill, 2003:80).

یعنی دولت زمانی می‌تواند بر خلاف اراده فرد، در زندگی او از طریق اعمال زور دخالت کند که با این دخالت، ضرر یا خطری را که متوجه دیگران است، از بین ببرد یا

→ ب) جرایم پیش‌دستانه با موضوع حرمت تبعی در قواعد فقهی «سدّ ذرایع» و «مقدمه حرام» نیز دارای برخی وجوه تشابه هستند. در فقه این سؤال وجود دارد که اگر عملی به خودی خود مباح باشد، اما در راستای ارتکاب یک عمل حرام صورت بگیرد، آیا به تبع آن واجد وصف حرمت می‌شود و کیفر دارد؟ در این خصوص، قاعده «سدّ ذرایع» مطرح است که به معنای ترک کردن و جلوگیری کردن از هر وسیله‌ای است که موجب رسیدن به حرام می‌شود. فقهای عامه معتقدند از آنجا که جلب مصالح و دفع مفاسد لازم است، برخی افعال مستقیماً حرام شده‌اند و برخی افعال مستقیماً حرام نیستند، اما از آنجا که منجر به حرام می‌شوند، شارع آن‌ها را تحریم کرده است (محمدی، ۱۳۹۷: ۲۵۷). بر این اساس، در رویکرد پیش‌دستانه نیز اعمالی وارد قلمرو حقوق کیفری می‌شوند که به تنهایی مجرمانه نیستند، اما چون منجر به رفتار تروریستی می‌شوند، جرم‌انگاری شده‌اند. همین موضوع در فقه شیعه در خصوص «مقدمه حرام» مطرح می‌شود. در این خصوص، این سؤال پیش می‌آید که آیا حرمت یک عمل، به مقدمات آن عمل نیز سرایت می‌نماید و آن‌ها نیز ممنوع و حرام می‌شوند؟ این موضوع در میان فقهای امامیه مورد اختلاف است. دلیل برخی فقها مانند ملا احمد نراقی را که معتقد به حرام بودن مقدمه حرام هستند، می‌توان در حرمت عصیانگری در انجام مقدمه حرام و پیروی از هوای نفس جستجو کرد. برخی نیز مانند آخوند خراسانی معتقدند که مقدمه حرام، حرام نیست؛ یعنی شخصی که مقدمات ارتکاب عمل حرام را تهیه می‌کند، در نهایت ممکن است یا مرتکب حرام بشود و یا آن را ترک نماید، پس وجود و عدمشان تأثیری در حصول حرام ندارد (طیبی و اطهری، ۱۳۹۵: ۱۸۳-۱۸۴). با دیدگاه پیش‌دستانه به این نظریه می‌توان گفت که مرتکبان تروریستی نیز پس از انجام مقدمات جرم، ممکن است مرتکب جرم نشوند، اما ماهیت خطرناک جرایم تروریستی و خطر بالقوه مرتکبان آن، سیاست‌گذاران جنایی را به سوی پیش‌دستی در ارتکاب این دسته جرایم و جرم‌انگاری رفتارهایی برده است که جنبه مقدماتی دارند و حتی ممکن است در نهایت منجر به ارتکاب جرم تروریستی نشوند. از این رو، جرم‌انگاری پیش‌دستانه اعمال تروریستی به آن دسته از فقهایی که معتقدند مقدمه حرام، حرام است، نزدیک‌تر است.

1. Stuart Mill.
2. Harm Principle.

کاهش دهد. از طرف دیگر، اگر سیاست‌گذاران جنایی منتظر ارتکاب جرم اصلی باشند و یا پس از اینکه شهروندان در معرض خطر جدی قرار بگیرند، مداخله قانونی را شروع نمایند، با آسیب‌های غیر قابل جبران ناشی از تروریسم مواجه خواهند شد. بدین‌سان، «اصل ضرر» به عنوان توجیه‌کننده اصلی مداخله دولت در محدود کردن آزادی افراد از طریق مداخله حقوق کیفری، اصل اساسی جرم‌انگاری پیش‌دستانه است (مجیدی، ۱۳۹۳: ۲۲). در هر حال، هدف از این نوع جرم‌انگاری، کاهش خطر ارتکاب جرایم تروریستی از طریق به کار بردن ظرفیت‌های عدالت کیفری و پاسخ‌های قهرآمیز در برابر خطراتی است که هنوز آشکار نشده‌اند (McCulloch & Tham, 2005: 410). جرم‌انگاری اعمال مقدماتی، نگهداری و مالکیت، عضویت در گروه‌های تروریستی و عدم گزارش اعمال تروریستی یا رفتارهای مرتبط با آن، از این قبیل است.

۱-۲. جرم‌انگاری اعمال مقدماتی تروریستی

عدالت پیش‌دستانه تا قبل از بروز خطر یا تهدید کاربرد دارد. هرچند برخی از اقدامات قهرآمیز که در قالب سیاست‌های پیش‌دستانه صورت می‌گیرند، به شخص مظنون، بدون نیاز به دلیل، اتهام معین و محکومیت مربوط است. بعضی از این اقدامات به شکل جرم‌انگاری «اعمال مقدماتی»^۱ هستند که قلمرو حقوق کیفری را با هدف مداخله اولیه برای کاهش فرصت ارتکاب جرم گسترش می‌دهند (Zedner, 2007: 265). در هر حال، مبنای اصرار قانون‌گذاران برای مجازات اعمال مقدماتی را می‌توان در مشکلات اثباتی در مورد عدم امکان اثبات قصد و نیت صرف مجرمانه و عدم مداخله در آزادی و حریم شخصی اشخاص جستجو کرد (کلارکسون، ۱۳۹۵: ۳۳). در خصوص ماهیت این دسته جرایم، خلاصه دیدگاه دادگاه تجدیدنظر کشور استرالیا قابل توجه است:

«اعمال مقدماتی اغلب منجر به ارتکاب جرم اصلی نمی‌شوند. سیاست جنایی قضایی این اقتضا را دارد که لازمه پیشگیری از تروریسم، افزایش گستره مسئولیت کیفری به مراحل اولیه ارتکاب جرم حتی قبل از تبانی و توافق برای ارتکاب جرم باشد»^۲.

1. Preparatory Offences.

2. *Lodhi v. Regina* (2006) NSWCCA 121, Spigelman CJ.

در همین راستا، قانون‌گذاران انگلستان برخی اعمال مقدماتی را در قالب قانون تروریسم ۲۰۰۶^۱ وارد زرادخانه کیفری این کشور نموده‌اند. انتشار بیانیه (s1) و توزیع نشریه تروریستی (s2) که بر اساس قانون مبارزه با تروریسم و افزایش امنیت ۲۰۱۹^۲ یک شخص معقول آن را به عنوان تشویق، تحریک و تروریسم بدانند، تدارک اعمال تروریستی همراه با قصد ارتکاب اعمال تروریستی یا مساعدت به دیگری برای ارتکاب چنین اعمالی، به منظور اثربخشی به این مقاصد (s5) از این قبیل هستند. اعمال مقدماتی فوق بر این اساس که می‌توانند منجر به یک حمله تروریستی شوند، جرم‌انگاری شده‌اند. در رویه قضایی انگلستان نیز دادگاه‌ها در پرونده‌هایی که اشخاص، مرتکب اعمال مقدماتی جرم تروریستی می‌شوند و حتی ممکن است در نهایت، جرم اصلی نیز ارتکاب نیابد، احکام سنگینی را صادر می‌نمایند؛ برای نمونه در سال ۲۰۰۴ م. شخصی به نام مصطفی کامل مصطفی^۳ پس از سخنرانی در مسجدی در پارک فینسبری^۴ در لندن بازداشت شد. از منزل وی نیز علاوه بر گذرنامه‌های جعلی و سلاح‌های سرد و گرم، یک کتابچه راهنمای اقدامات تروریستی کشف شد. پس از آن در سال ۲۰۰۶ م. به اتهام تحریک تفری نژادی و توزیع اسنادی که می‌توانست برای تروریست‌ها مفید باشد، به ۷ سال حبس محکوم شد (Bakker, 2006: 22). بر همین اساس، می‌توان گفت که بر خلاف حقوق کیفری پسا جرم که به جز ارتکاب جرم اصلی، شامل شروع به جرم^۵ و تبانی^۶ در ارتکاب برخی جرایم می‌شود، جرایم تروریستی به ویژه پس از سال ۲۰۰۱ م.، شامل اعمال مقدماتی نیز می‌شوند و متهم پرونده مذکور هم بر اساس همین رویکرد پیش‌دستانه محکوم شده است.

حقوق کیفری کشور فرانسه نیز جرم‌انگاری‌های پیش‌دستانه را در سال‌های اخیر تجربه کرده است. طبق ماده ۶-۲-۴۲۱ قانون مبارزه با تروریسم ۲۰۱۴^۷، رفتارهایی مانند

1. Terrorism act 2006.
2. Counter-terrorism and Border Security Act 2019.
3. Mustafa Kamel Mustafa.
4. Finsbury Park.
5. Attepmnt.
6. Conspiracy.
7. Anti Terrorism Act 2014.

نگهداری، تهیه، ساختن وسایل یا مواد خطرناک برای دیگری، جمع‌آوری اطلاعات در مورد اماکن یا اشخاص به نحوی که امکان انجام اقدامی در این اماکن و یا حمله به اشخاص و یا امکان نظارت بر این اشخاص و اماکن را فراهم آورد، جرم‌انگاری شده‌اند. در نظام کیفری ایران نیز تهیه مقدمات ارتکاب جرم، طبق ماده ۶۶۴ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵ جرم‌انگاری شده است که به جرایم تروریستی نیز قابل تسری است. طبق این ماده، هر کس عالماً عامداً برای ارتکاب جرمی اقدام به ساخت کلید یا تغییر آن نماید یا هر نوع وسیله‌ای برای ارتکاب جرم بسازد، یا تهیه کند مجرم شناخته می‌شود. بر این اساس، ساخت یا تهیه وسایلی که استفاده‌های مشروع فراوانی دارند، ممکن است برای ارتکاب جرم تروریستی به کار برده شوند، حتی اگر جرم تروریستی محقق نشود. قانون‌گذار ایران در این ماده، برخلاف قانون‌گذاران فرانسه و انگلستان که اعمال مقدماتی را به صورت افتراقی برای جرایم تروریستی جرم‌انگاری کرده‌اند، تهیه مقدمات را برای ارتکاب تمام جرایم از جمله جرم تروریستی، جرم تلقی کرده است؛ برای نمونه، عمل شخصی که با قصد ارتکاب جرم تروریستی، اقدام به تهیه مواد آتش‌زا می‌نماید، از آنجا که این عمل، وی را در موقعیت ارتکاب جرم اصلی قرار می‌دهد، به کیفر مقرر در ماده ۶۶۴ قانون مجازات اسلامی محکوم می‌شود.

آنچه از عنصر مادی جرایم فوق به دست می‌آید آن است که قانون‌گذاران انگلستان، فرانسه و ایران، برخی رفتارها مانند مداخله در تدارک برای ارتکاب جرم تروریستی و جمع‌آوری اطلاعات را قبل از اینکه به مرحله شروع به جرم برسد، اگرچه منجر به جرم اصلی تروریستی نشود، جرم‌انگاری نموده و برای آن کیفر تعیین کرده‌اند. بدین سان، از آنجا که منطق جرم‌انگاری پیش‌دستانه مبتنی بر پیش‌بینی خطر است، قانون‌گذاران برخی اعمال مقدماتی را که مستقیم یا غیر مستقیم به جرم تروریستی مرتبط است و خطر ارتکاب آن را افزایش می‌دهد، جرم‌انگاری نموده‌اند تا در ارتکاب جرم تروریستی اختلال ایجاد نمایند و فرایند ارتکاب آن را متوقف و یا حداقل به تأخیر بیندازند و در نهایت، دفاع از جامعه در برابر فعالیت‌های مجرمانه تروریستی را بیشتر تأمین نمایند.

یکی دیگر از مهم‌ترین مصادیق اعمال مقدماتی در حوزه تروریسم، جرم تأمین مالی تروریسم است. با توجه به اینکه شریان حیاتی تروریست‌ها، منابع مالی‌ای است که به آن‌ها تزریق می‌شود، قانون‌گذاران در سطح بین‌المللی و ملی به این موضوع توجه نموده‌اند تا با ضربه به حیات اقتصادی تروریست‌ها، مانع فعالیت‌های مجرمانه آن‌ها شوند. بر همین اساس، در سطح بین‌المللی با تصویب قطعنامه ۱۳۷۳^۱ در سپتامبر سال ۲۰۰۱ م، بر سرکوب تروریسم از طریق منابع و بنیان‌های مالی نیز تأکید شد. در این قطعنامه از دولت‌ها خواسته شده است تا از تأمین مالی اعمال تروریستی جلوگیری و با آن مبارزه کنند و آن را به صورت پیش‌دستانه جرم‌انگاری نمایند، منابع اقتصادی یا اندوخته‌های مالی مرتکبان اعمال تروریستی یا کسانی که برای ارتکاب اعمال تروریستی تلاش می‌کنند یا کسانی که در ارتکاب این اعمال مشارکت می‌کنند یا ارتکاب آن را تسهیل می‌کنند را فوری مسدود کنند و از تهیه منابع مالی برای گروه‌های تروریستی پیشگیری نمایند. هرچند شاید با یک نگاه سنتی بتوان گفت که اگر تروریسم جرم‌انگاری شده باشد، پس تأمین مالی آن، مصداق معاونت است و نیاز به جرم‌انگاری جدید و متورم کردن عناوین کیفری نیست؛ اما با توجه به اهمیت و گسترش جرایم تروریستی، تأمین منابع مالی (به عنوان جرم منشأ) نیز باید به صورت مستقل جرم‌انگاری شود تا از جرم اصلی پیشگیری به عمل آید. بر همین اساس، کشور ایران نیز در راستای خنثی‌سازی تهدیدهای تروریستی، با تأمین مالی تروریسم مبارزه می‌نماید. هرچند تروریسم در قوانین کیفری ایران به صورت مستقل جرم‌انگاری نشده است، اما تصویب قانون مبارزه با تأمین مالی تروریسم اصلاحی ۱۳۹۷ و قانون مبارزه با پولشویی اصلاحی ۱۳۹۷، زمینه مبارزه با تأمین مالی تروریسم را فراهم کرده است. به موجب ماده ۱ قانون مبارزه با تأمین مالی تروریسم اصلاحی ۱۳۹۷، تهیه یا جمع‌آوری وجوه یا اموال به هر طریق، چه دارای منشأ قانونی باشد یا نباشد و یا مصرف تمام یا بخشی از منابع مالی حاصله از قبیل قاچاق ارز، جلب کمک‌های مالی و پولی، اعانه، انتقال پول، خرید و فروش اوراق مالی و اعتباری، افتتاح مستقیم یا غیر مستقیم حساب

1. S/Res/1373.

یا تأمین اعتبار یا انجام هر گونه فعالیت اقتصادی اشخاص توسط خود یا دیگری برای انجام برخی اعمال یا جهت ارائه به افراد تروریست یا سازمان‌های تروریستی، تأمین مالی تروریسم است و جرم محسوب می‌شود. در فرانسه نیز حمایت مالی از اقدامات تروریستی بر اساس قانون شماره ۱۰۶۱-۲۰۰۱، از سال ۲۰۰۱ م. جرم تروریستی محسوب می‌شود. بر اساس این ماده، حمایت مالی از اقدام تروریستی از طریق فراهم کردن، جمع‌آوری یا اداره کردن وجوه و... در جهت ارتکاب یکی از اعمال تروریستی، عمل تروریستی است. در رویه قضایی فرانسه می‌توان احکامی را ملاحظه نمود که دادگاه کیفرهای شدیدی را برای صرف کمک مالی جهت انجام اقدامات تروریستی تعیین نموده است؛ برای نمونه، دادگاه با فرض مجرمیت، شخصی را که به گروه انصارالفتح^۱ جهت ارتکاب اقدام تروریستی، کمک مالی نموده بود، به ۸ سال حبس بدون امکان استفاده از آزادی مشروط تا قبل از گذراندن حداقل دوسوم حبس و مصادره اموال محکوم نمود (European Union Judicial Co-operation Unit, 2008: 19). بر همین اساس، در حقوق کیفری ایران و فرانسه نیز ضمن عدول از اصول کلی حقوق جزا و جرم‌انگاری‌های افراطی و تهاجمی، دست کنشگران عدالت کیفری جهت مداخله و اقدام زودهنگام از ارتکاب جرم تروریستی باز گذاشته شده است تا از ورود ضرر به دیگران و حاکمیت به نحو مؤثرتری حمایت شود (میرمحمدصادقی و رحمتی، ۱۳۹۴: ۹ و ۲۶). بدین سان، فرض مجرمیت نیز در جرم پولشویی در ایران و عدم توجیه منابع مالی در فرانسه که می‌توانند در راستای اعمال تروریستی باشند، قابل بررسی است. مطابق تبصره ۱ ماده ۲ قانون مبارزه با پولشویی:

«هر گاه ظن نزدیک به علم به عدم صحت معاملات و تحصیل اموال وجود داشته باشد، مانند آنکه نوعاً و با توجه به شرایط، امکان تحصیل آن میزان دارایی در یک زمان مشخص وجود نداشته باشد، مسئولیت اثبات صحت آن‌ها بر عهده متصرف است...».

در نظام کیفری فرانسه نیز طبق ماده ۳-۲-۴۲۱ قانون شماره ۲۳۹-۲۰۰۳ مورخ ۱۸ مارس

۲۰۰۳ م.:

«هر کس که با فرد یا افرادی که به ارتکاب یک یا چند عمل مذکور در مواد ۴۲۱-۱ تا ۴۲۱-۲ اقدام کرده‌اند، ارتباط مستمر داشته و قادر نباشد منابع مالی حوزه فعالیت زندگی خود را توجیه نماید، مجازات... خواهد داشت».

در این پارادایم، اصل برائت و فرض بی‌گناهی افراد دچار تحول شده است و برعکس، جرایم عمومی که افراد جامعه از پشتوانه فرض بی‌گناهی برخوردارند و احراز خلاف آن، نیازمند اثبات توسط ادله دقیق و متقن است، در جرایم تروریستی فرض بی‌گناهی کم‌رنگ شده است و ظن خطرناک بودن و تهدیدزایی به افراد مظنون تحمیل می‌شود (نعمتی، ۱۳۹۸: ۵۰۷). بر این اساس، تقدم حفظ امنیت عمومی از طریق پیش‌دستی در ارتکاب جرم، قانون‌گذاران ایران و فرانسه را به سوی جرم‌انگاری‌های بدون تقید به نتیجه و نقض اصل برائت که دارای تضمینات حقوقی متعددی برای متهم است، برده است و فرض مجرمیت را جایگزین آن نموده است.

۲-۲. جرم‌انگاری نگهداری و مالکیت

قانون‌گذار با هدف حمایت از امنیت عمومی، ممکن است تصمیم بگیرد که داشتن، نگهداری و مالکیت برخی موارد را وارد حوزه عدالت کیفری نماید. در کنار نگهداری سلاح سرد و گرم، مواد مخدر و... که معمولاً در حقوق کیفری بسیاری از کشورها جرم‌انگاری شده است، مبارزه با تروریسم در دهه اخیر موجب برخی جرم‌انگاری‌های جدید شده است. در همین راستا، بر اساس مواد ۵۷ و ۵۸ قانون تروریسم ۲۰۰۰ انگلستان که هدف اصلی آن، پیشگیری از خطر آسیب در آینده است، داشتن اطلاعاتی که احتمالاً برای شخصی که در حال تدارک رفتار تروریستی است، مفید باشد و داشتن هر چیزی که منجر به یک شک معقول شود که در راستای یک هدف مرتبط با تروریسم است، در راستای پیشگیری از تروریسم و افزایش امنیت جرم‌انگاری شده است. در رویه قضایی انگلستان نیز می‌توان احکام محکومیت برخی اشخاص را صرفاً به دلیل داشتن برخی اطلاعاتی که می‌تواند برای ارتکاب جرم تروریستی به کار برود، مشاهده نمود؛ برای نمونه، در سپتامبر سال ۲۰۱۰ م.

1. Terrorism act 2000.

اندرو رُو^۱ که یک انگلیسی‌مسلمان بود، در هنگام ترک فرانسه به سمت انگلستان، به دلیل حمل مواد منفجره و وجود دستورالعمل نحوه کارکرد خمپاره جنگی و فهرست رمزهای مشکوکی به نام «پول و فرودگاه» در رایانه شخصی‌اش، بازداشت شد و دادگاه نیز وی را به ۱۵ سال حبس محکوم نمود. هرچند در نهایت، هدف تروریستی وی در دادگاه احراز نشد. همچنین در اکتبر سال ۲۰۰۵ م. در انگلستان، اعضای یک گروه تروریستی به دلیل داشتن دستورالعمل‌های ساخت بمب و برگه‌هایی که در آن نوشته شده بود: «به جهاد خوش آمدید» و «بیمارستان = حمله»، به حبس محکوم شدند (Bakker, 2006: 20). البته برای اثبات آسان‌تر این قبیل جرایم، قانون‌گذار بار اثبات داشتن قصد مجرمانه را از دوش مقام قضایی برداشته است و معمولاً در تعریف جرایم پیش‌دستانه، عنصر مادی را به اندازه‌ای گسترش داده است که هر رفتاری را که مرتبط با رفتار تروریستی باشد و نگهداری هر چیزی را که بتواند در یک رفتار تروریستی نقش داشته باشد، شامل شود؛ مانند برخی رمزهایی که از رایانه اندرو رُو کشف شد یا نوشته‌های حاوی مطالبی مانند «به جهاد خوش آمدید». با دقت در جرایم فوق می‌توان گفت که جرم‌انگاری نگهداری و مالکیت، در تقابل با اصول دموکراسی جوامع لیبرال قرار دارد. بر همین اساس، برخی معتقدند در راستای جرم‌انگاری پیش‌دستانه، قانون‌گذاران برای نظارت بیشتر بر برخی رفتارها، آن‌ها را وارد قلمرو حقوق کیفری می‌نمایند. البته بر فرض وجود دموکراسی در جوامع لیبرال، حمایت از جرم‌انگاری‌های پیش‌دستانه بسیار مشکل خواهد بود؛ زیرا این قبیل جرایم وارد حریم شخصی اشخاص می‌شود و آزادی آن‌ها را تحت تأثیر قرار می‌دهد (Ramsay, 2013: 219). هرچند از سوی دیگر، آزادی و حریم شخصی اشخاص، مستلزم اطمینان آن‌ها از وجود امنیت است که توجیه اصلی جرم‌انگاری پیش‌دستانه در برابر رفتارهای تروریستی نیز می‌باشد. همچنین جرم‌انگاری اعمالی که تا کنون در عالم واقع ارتکاب نیافته‌اند و به عبارت دیگر، پیش‌بینی جرم آینده^۲ نگرانی‌های عملی و اخلاقی متعددی را در فرایند عدالت کیفری به وجود می‌آورد. آسیب به اصل تناسب جرم و مجازات، یکی از جدی‌ترین

1. Andrew Rowe.

2. Future Crime.

نگرانی‌های جرم‌انگاری اعمالی است که تا کنون صورت نگرفته‌اند؛ هرچند با منطق پیش‌دستانه مبنی بر اینکه قبل از ظهور یک تهدید باید به استقبال آن رفت، می‌توان این شکل از جرم‌انگاری را نیز توجیه کرد.

علاوه بر قوانین داخلی، برخی اسناد بین‌المللی نیز به جرم‌انگاری پیش‌دستانه نگهداری و مالکیت مواردی که امکان استفاده از آن در جرایم تروریستی باشد، پرداخته‌اند؛ برای نمونه، ماده ۲ کنوانسیون بین‌المللی مبارزه با اقدامات تروریستی هسته‌ای مصوب ۲۰۰۵^۱ رفتارهای مختلفی را که هر کس عمداً و بدون مجوز مرتکب شود، جرم‌انگاری نموده است که بند اول از آن جنبه پیش‌دستانه دارد.^۲ به موجب این بند:

«تصاحب مواد رادیواکتیو یا ساخت یا تصاحب وسیله‌ای هسته‌ای با قصد کشتن دیگری یا...».

این نمونه نشان می‌دهد که مقامات قانونی بین‌المللی در سطح سازمان ملل متحد نیز برای حفظ امنیت کشورها، رفتارهایی را جرم‌انگاری نموده‌اند که صرفاً احتمال ارتکاب آن‌ها در آینده وجود دارد. در همین راستا، قانون‌گذار ایران نیز در بندهای ب و پ ماده ۱ قانون تأمین مالی تروریسم مصوب ۱۳۹۴، به نگهداری عناصر، مواد هسته‌ای و سلاح‌های هسته‌ای، شیمیایی و میکروبی اشاره کرده است. هرچند به رغم شناسایی رفتارهای فوق به مثابه نمونه‌ای از اقدامات تروریستی، به عناصر مادی و روانی رفتار مذکور و کیفر آن اشاره‌ای نشده است. به عبارت دیگر، موارد فوق از جمله مصداق‌های تروریسم است و تأمین مالی آن‌ها نیز تأمین مالی تروریسم محسوب می‌شود، اما قانون‌گذار صرفاً تأمین مالی تروریسم را جرم‌انگاری نموده است. بدین سان، طبق اصل قانونی بودن جرایم که در ماده ۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز اشاره شده است، نگهداری عناصر، مواد هسته‌ای و سلاح‌های هسته‌ای، شیمیایی و میکروبی در

1. International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism 2005.

۲. کنوانسیون بین‌المللی مبارزه با اقدامات تروریستی هسته‌ای، اولین سند مهم بین‌المللی در مبارزه با تروریسم پس از واقعه ۱۱ سپتامبر است که مشتمل بر ۲۸ ماده است (برای مطالعه بیشتر درباره کنوانسیون مذکور، ر.ک: عالی‌پور، ۱۳۸۵).

قانون تأمین مالی تروریسم، جرم محسوب نمی‌شود و عنوان مجرمانه آن را حسب مورد باید در سایر قوانین و مقررات جستجو کرد (برای مطالعه بیشتر ر.ک: کوره‌پز، ۱۳۹۷).

۳-۲. جرم‌انگاری عضویت در گروه‌های تروریستی

عضویت در گروه‌های تروریستی، جزء جرایم حالت است؛ با این توضیح که این قبیل جرایم، لزوماً منتهی به مشارکت در ارتکاب جرم نمی‌شوند. در اینجا منظور از جرم حالت، جرمی است که عنصر مادی آن، حالتی روانی، اجتماعی و ناشی از شیوه زندگی و یا وضع کسی است که در یکی از دسته‌ها و جمعیت‌هایی که هدف آن برهم زدن امنیت کشور است، عضویت دارد. از این رو، قانون‌گذار با جرم‌انگاری برخی رفتارها بر آن بوده است که از وقوع جرایم هولناک‌تر ضمناً پیشگیری نماید (اردبیلی، ۱۳۹۳: ۳۰۹/۱).

جرم‌انگاری حالت با هدف پیش‌دستی بر تهدید تروریسم و جلوگیری از اقداماتی که می‌توانند مضر باشند، حتی اگر هیچ دلیلی بر ورود آسیب یا قصد ایراد آسیب وجود نداشته باشد، مانند عضویت در گروه‌هایی که تروریستی تلقی می‌شوند، از این قبیل است. در حقوق انگلستان، عضویت در گروه‌هایی که یکی از اهداف آن‌ها ترغیب و تشویق تروریسم می‌باشد، جرم‌انگاری شده است (Ashworth & Zedner, 2014: 100).
براین اساس در قانون تروریسم ۲۰۰۰ انگلستان، اگر شخصی عضو یک گروه ممنوعه باشد و یا اظهار نماید که عضو آن گروه است مجرم شناخته می‌شود (S11). در قانون جزای فرانسه نیز طبق آخرین اصلاحاتی که در سال ۲۰۱۶ م. صورت گرفته است، با اندکی تغییر نسبت به گذشته، شرکت در یک گروه متشکل یا توافق صورت گرفته برای زمینه‌سازی ارتکاب یکی از اعمال تروریستی مطرحه در قانون، عمل تروریستی محسوب می‌شود؛ برای نمونه، در پرونده معروف به شبکه چچن^۱ در سال ۲۰۰۲ م. در فرانسه، اعضای یک گروه که بیشتر فرانسوی بودند، در یکی از اردوگاه‌های چچن برای حمله به برج ایفل و یک مرکز خرید بزرگ در پاریس، آموزش دیده بودند. این گروه تروریستی قبل از ارتکاب جرم و صرفاً به دلیل عضویت در گروه تروریستی در ژوئن ۲۰۰۶ م. به ده سال حبس محکوم شدند (Bakker, 2006: 20). آنچه از محکومیت

1. Chechen Network.

این شبکه مجرمانه قابل برداشت است آنکه دادگاه با در نظر گرفتن آسیب‌های احتمالی و خطرناک عضویت در گروه‌های تروریستی، اقدام به محکومیت اعضای آن نموده است. بر همین اساس می‌توان گفت که جرم‌انگاری همکاری یا عضویت در سازمان‌هایی که ظن به تروریستی بودن آن‌ها وجود دارد و جرم‌انگاری طیف گسترده از رفتارهایی که لزوماً با رفتار خشونت‌آمیز ارتباط ندارند، اما ظن به ارتباط آن با تروریسم وجود دارد، از طریق اختلال، محدودیت و سلب توان بزهکاری، از جمله اقداماتی هستند که قانون‌گذاران در یک سازوکار پیش‌دستانه لحاظ می‌نمایند. در حقوق کیفری ایران نیز مانند انگلستان و فرانسه، صرف حضور فرد در برخی گروه‌ها یا جمعیت‌ها جرم محسوب می‌شود. بر اساس ماده ۴۹۹ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵، عضویت در یکی از دسته‌ها یا جمعیت‌ها یا شعبی که هدفشان برهم زدن امنیت کشور باشد - که می‌تواند تروریستی باشد - جرم‌انگاری شده است. همچنین طبق ماده ۱۷ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲ که به دلیل سِمَت مرتکب، دارای عنوان مجرمانه محاربه است:

«هر نظامی که برنامه براندازی به مفهوم تغییر و نابودی اساس جمهوری اسلامی ایران را طراحی یا بدان اقدام نموده و به این منظور... در چنین جمعیتی شرکت یا معاونت مؤثر داشته باشد، محارب محسوب می‌شود».

با مقایسه قوانین انگلستان، فرانسه و ایران می‌توان به این نتیجه رسید که جرم‌انگاری پیش‌دستانه در خصوص عضویت در گروه‌های تروریستی در انگلستان علاوه بر اینکه موسع‌تر است، صرف اعلام عضویت نیز بر خلاف حقوق کیفری ایران و فرانسه، جرم است. در حالی که در ایران، صرف اقرار به جرم که در ماده ۱۶۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ پیش‌بینی شده است، یکی از دلایل اثبات جرم است.

راهبرد قانون‌گذاران در این نوع جرم‌انگاری، پیش‌دستی، ارسال پیام سرزنش عمومی اهداف و روش‌های تروریستی و دادن اختیارات بیشتر به مأموران ضد تروریستی به منظور مداخله قبل از ورود هر گونه آسیب یا شروع به آن است. علاوه بر این، برای دادستان نیز اثبات عضویت متهم در گروه‌های تروریستی آسان‌تر از اثبات ارتکاب جرم عقیم یا مانع است. هرچند در جرم‌انگاری عضویت در گروه‌های تروریستی باید برخی

چالش‌ها، مانند موضوع عنصر روانی جرم حل شود؛ زیرا عضویت، مستلزم آگاهی از ماهیت گروه و یا بی‌احتیاطی در اینکه عضویت می‌تواند منجر به رفتار مجرمانه شود، می‌باشد. بر همین اساس با توجه به سازوکارهای پیش‌دستانه و تسهیل در اثبات جرم، عنصر روانی عضویت مفروض انگاشته می‌شود و قانون‌گذار ایران نیز در انتهای ماده ۴۹۹ قانون مجازات اسلامی که مقرر می‌دارد: «... مگر اینکه ثابت شود از اهداف آن بی‌اطلاع بوده است»، اصل را بر عالم بودن عضو گذاشته است. شبیه همین ضابطه، در قانون ضد تروریسم ۲۰۰۰ انگلستان نیز به کار رفته است و طبق آن، متهم باید ثابت کند که در فعالیت‌های گروه شرکت نکرده است (S11, 2, b).

۴-۲. جرم‌انگاری عدم گزارش

با توجه به جهانی شدن و رشد جرایم تروریستی و آسیب‌های جبران‌ناپذیر این دسته جرایم، توسل به کمک شهروندان و استفاده از اطلاعاتی که برخی از آنان به مناسبت شغل یا موقعیت خاص خود در اختیار دارند، به کشف و تعقیب جرم کمک می‌کند. این اقدام به نوعی موجب نزدیک شدن خواسته‌ها و افکار عمومی جامعه با سیاست کیفری می‌شود و مجموعه سیاست‌ها را با واقعیات اجتماعی همراه می‌کند (مهدی‌پور مقدم و شاملو، ۱۳۹۶: ۲۷۶). بر همین اساس، گاه قانون‌گذار ترک فعل گزارش را در برخی جرایم مانند جرایم تروریستی، موجب مسئولیت کیفری دانسته و برای تارک فعل، کیفر پیش‌بینی نموده است.

جرم ترک فعل عبارت است از ترک وظیفه‌ای که قانون‌گذار به عهده افراد گذاشته است و نیازی به تحقق نتیجه ندارد. جرم‌انگاری عدم گزارش، یکی از مهم‌ترین جرایم ترک فعل است. جرم‌انگاری عدم گزارش به توجیه خاصی نیاز دارد، از همین رو جنبه استثنایی دارد و موضوع گزارش باید به حدی اهمیت داشته باشد که قانون‌گذار مجاب شود تا به افراد عادی یا مقامات رسمی، انجام آن را تحمیل نماید. دو هدف عمده برای جرم‌انگاری عدم گزارش جرم وجود دارد که عبارت‌اند از: ممانعت از ارتکاب جرمی که در آینده احتمال وقوع آن می‌رود و دیگر اینکه گزارش جرم ممکن است به تسهیل در پاسخ‌دهی به مرتکبانی که در ارتکاب جرم نقش داشته‌اند، منجر شود (نجفی‌توانا و

فدایی، ۱۳۸۷: ۱۸۴). در این راستا، قانون‌گذاران کشورهای مختلف، عدم گزارش جرم تروریستی یا جرایم مرتبط با آن را با منطق پیش‌دستانه وارد قوانین کیفری نموده‌اند؛ برای نمونه در قانون تروریسم ۲۰۰۰ کشور انگلستان، عدم گزارش اطلاعات در خصوص عمل تروریستی که ارتکاب یافته باشد و یا قرار است در آینده ارتکاب یابد و می‌تواند منجر به بازداشت بزهکار تروریستی بالقوه شود، جرم‌انگاری شده است (S38). در حقوق کیفری فرانسه نیز ماده ۱-۴۳۴ قانون مجازات مصوب ۱۹۹۲ مقرر داشته است: «هر گاه شخصی از وقوع یا شروع به جنایتی اطلاع یابد و به رغم داشتن زمان کافی برای محدود کردن آثار جنایت یا جلوگیری از ارتکاب جنایت دیگر، مراتب را به اطلاع مقامات مسئول قضایی یا اداری نرساند... محکوم می‌شود».

بر خلاف حقوق کیفری انگلستان و فرانسه، در ایران شهروندان الزامی به گزارش و اعلام جرم ندارند و این وظیفه تنها برای برخی اشخاص پیش‌بینی شده است. بر اساس ماده ۱۴ قانون تأمین مالی تروریسم اصلاحی ۱۳۹۷، کلیه اشخاص مشمول قانون مبارزه با پولشویی موظف‌اند گزارش عملیات مشکوک به تأمین مالی تروریسم را به شورای عالی مقابله با جرایم پولشویی و تأمین مالی تروریسم موضوع ماده ۴ قانون اصلاح مبارزه با پولشویی ۱۳۹۷ ارسال کنند. بر اساس تبصره ۱ ماده ۱۴ آن: «چنانچه هر یک از اشخاص مذکور، وظایف مندرج در این قانون را انجام ندهد، به مجازات معاون جرم محکوم می‌شود و در صورتی که در انجام وظایف، مرتکب تقصیر از جمله اهمال و سهل‌انگاری شود، به یکی از مجازات‌های درجه هفت محکوم می‌شود...».

به گزارش وقوع جرم در قوانین و مقررات کیفری شکلی نیز اشاره شده است؛ برای نمونه، ماده ۶۵ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ نیز امکان شروع تعقیب را حتی در حالتی که شخص شاهد وقوع جرم نبوده باشد، در جرایم علیه امنیت داخلی یا خارجی تجویز کرده است؛ هرچند اعلام آن الزامی نمی‌باشد و در فرضی که شخص برای مثال از وقوع یک رفتار تروریستی مطلع شود و آن را اطلاع ندهد، مرتکب جرم نشده است. فرض اطلاع از وقوع جرم تروریستی در آینده و عدم گزارش آن، که دارای منطق پیش‌دستانه می‌باشد، نیز بر خلاف انگلستان و فرانسه، وارد زرادخانه کیفری ایران نشده

است. الزام به اعلام جرایم تروریستی و یا جرایم مرتبط با آن، به نهادهای رسمی متولی مبارزه با تروریسم، علاوه بر تسریع در کشف جرم و مشارکت دادن مردم در فرایند چرخه عدالت کیفری، می‌تواند منجر به پیش‌دستی در ارتکاب جرم تروریستی و ایجاد مانع در ارتکاب آن شود.

نتیجه‌گیری

ماهیت پیشگیرانه پارادایم نوین پیش‌دستانه مبتنی بر پیشگیری از خطرات و تهدیدات آتی است. مهم‌ترین موضوع در خصوص جرم‌انگاری‌های پیش‌دستانه، استثنایی بودن این تدابیر است. استثنایی بودن تمهیدات پیش‌دستانه به این معناست که جرم‌انگاری پیش‌دستانه باید در موارد استثنایی و به صورت مضیق صورت بگیرد و با رفع شدن شرایط آسیب‌زا، تا حد ممکن از این قبیل رفتارها جرم‌زدایی صورت بگیرد. قانون‌گذاران از یک سو با توجه به مبانی احتیاطی، مدیریت خطر، تسهیل در تعقیب و اثبات جرم مرتکبان و کاهش خسارات، مبادرت به جرم‌انگاری‌های پیش‌دستانه می‌کنند و از سوی دیگر با سازوکارهای پیش‌دستانه و مصلحت‌اندیشی‌های سیاسی، موجب دور شدن حقوق کیفری از کارکرد اصلی خود و تبدیل رویکرد پسینی آن به رویکرد پیشینی شده‌اند.

محدودیت‌ها و پیچیدگی‌های اجرایی و قضایی اثبات جرایم سنتی تروریستی، گسترده بودن آثار جرایم تروریستی، مدیریت خطر ناشی از تروریسم، کاهش هراس از جرایم تروریستی، کاهش هزینه‌های مبارزه با تروریسم، حمایت از شهروندان و افزایش امنیت، جرم‌انگاری‌های پیش‌دستانه را ضروری‌تر می‌نماید. بدین سان برای رویکرد پیش‌دستانه سیاست‌گذاران جنایی باید مبنای فایده‌گرایی را برگزید؛ زیرا علاوه بر گسترش صلح و امنیت، به دنبال دفاع اجتماعی نیز هست.

لزوم اختصاص جرم‌انگاری‌های جداگانه برای رویارویی با تروریسم، به سیاست‌گذاران جنایی ایران نیز قابل تسری است. در این راستا می‌توان به بند ح ماده ۱۰۵ قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۱۴ اشاره کرد که دلالت بر به کارگیری همه امکانات جمهوری اسلامی ایران برای مقابله با

خشونت‌گرایی، تروریسم و افراط‌گرایی دارد. بدین‌سان، یکی از مهم‌ترین امکاناتی که برای مقابله با تروریسم می‌توان به کار گرفت، جرم‌انگاری پیش‌دستانه اعمال تروریستی در قالب قانون مستقل ضد تروریسم و یا پیش‌بینی فصلی جداگانه در قانون مجازات اسلامی کنونی است. برای نمونه پیشنهاد می‌شود که برخی رفتارها، مانند عدم گزارش عمل تروریستی که ارتکاب یافته است و یا شخص اطلاع دارد که قرار است در آینده ارتکاب یابد، وارد متون کیفری ایران شود. البته نباید از این موضوع غافل شد که جرم‌انگاری‌های پیش‌دستانه، قانون‌گذاران را موفق به ایجاد یک آرامش و امنیت مقطعی می‌نماید که ممکن است در پس آن انگیزه‌های سیاسی، انتخاباتی و عوام‌گرایانه نیز باشد؛ زیرا در دهه‌های اخیر، سیاست‌گذاری در حوزه کنترل اجتماعی جرایم تروریستی از دستگاه عدالت کیفری به سوی سیاستمداران نیز کشیده شده است؛ به نحوی که می‌توان به سیاست‌زدگی بزهکاری تروریستی اشاره کرد. از همین رو، به دلیل رشد جرایم تروریستی و تأثیر آن بر ایجاد ترس از جرم میان شهروندان، امروزه در وعده‌های انتخاباتی، سیاست‌های کنترل جرم و وعده اقدامات پیش‌دستانه در حوزه جرایم تروریستی، نقش مؤثری در سرنوشت رقابت‌های انتخاباتی دارد. اما پس از مدتی، همین قبیل اقدامات قابلیت بحران‌زایی دارند و منجر به تضعیف مدل جرم‌انگاری در بزهکاری تروریستی و به حاشیه راندن سایر پاسخ‌ها و اقداماتی می‌شوند که می‌توانند در بلندمدت آثار مثبتی در راستای کاهش جرایم تروریستی داشته باشند. همچنین جرم‌انگاری‌های پیش‌دستانه ممکن است عدالت کیفری را با چالش‌های حقوق بشری و اخلاقی نیز روبه‌رو نمایند؛ بدین‌صورت که این دسته جرایم ممکن است ابزاری برای تعدی به حریم خصوصی شهروندان شوند و در این میان برخی دولت‌ها به بهانه تأمین امنیت و از طریق جرم‌انگاری‌های پیش‌دستانه، بسیاری از حقوق و آزادی‌های افراد را وارد قلمرو حقوق کیفری نمایند و فضای جامعه را با سوءظن عمومی مواجه نمایند. پس رویکرد پیش‌دستانه باید در موارد اضطراری اجرا شود؛ زیرا علاوه بر تورم قوانین کیفری، به دلیل کنترل گسترده رفتارهای اجتماعی می‌تواند منجر به بی‌اعتمادی شهروندان به قوانین ضد تروریسم و در نتیجه متروک ماندن جرایم پیش‌دستانه شود.

کتاب‌شناسی

۱. آقابابایی، حسین، «گفت‌و‌مان فقهی و جرم‌انگاری در حوزه جرایم علیه امنیت ملت و دولت»، فصلنامه فقه و حقوق، سال دوم، شماره ۵، تابستان ۱۳۸۴ ش.
۲. ابراهیمی، شهرام، جرم‌شناسی پیشگیری، چاپ چهارم، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۳. احمدی، حبیب، و رودابه دهقانی، «آراء و اندیشه‌های اولریش بک (نظریه پرداز جامعه مخاطره آمیز)»، فصلنامه توسعه اجتماعی، دوره دهم، شماره ۲، زمستان ۱۳۹۴ ش.
۴. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، چاپ سی و سوم، تهران، میزان، ۱۳۹۳ ش.
۵. همو، «مفهوم تروریسم»، مقاله در: تروریسم و دفاع مشروع از منظر اسلام و حقوق بین الملل (مجموعه مقالات و سخنرانی‌های ارائه شده به همایش)، تهران، روزنامه رسمی، ۱۳۸۱ ش.
۶. اسماعیلی، محمد، «عدالت پیشگیرنده: مهار جرم در بستر نظام حقوقی»، دوفصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره چهارم، شماره ۲ (پیاپی ۹)، پاییز و زمستان ۱۳۹۶ ش.
۷. بابائی، محمدعلی، جرم‌شناسی بالینی، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۰ ش.
۸. پاک‌نهاد، امیر، سیاست جنایی ریسک‌مدار، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۹. جلالی، محمود، و رضا زیب، «ارزیابی دفاع مشروع پیشگیرانه علیه تروریسم»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره بیست و سوم، شماره ۸۲، تابستان ۱۳۹۷ ش.
۱۰. حبیب‌زاده، محمدجعفر، و سعید حکیمی‌ها، «ضرورت جرم‌انگاری تروریسم در حقوق کیفری ایران»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره یازدهم، شماره ۲ (پیاپی ۵۱)، تابستان ۱۳۸۶ ش.
۱۱. دلماس مارتی، میری، «پارادایم جنگ علیه جرم؛ مشروع ساختن امر غیرانسانی»، ترجمه روح‌الدین کرد علیوند، مقاله در: تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقاله‌ها)، کتاب اول، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۳ ش.
۱۲. رضوانی، سودابه، مفهوم خطرناکی در گستره علوم جنایی، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۱۳. شریفی، محسن، «تحول مفهوم دفاع مشروع در حقوق بین الملل، با تأکید بر تحولات بعد از ۱۱ سپتامبر»، فصلنامه سیاست خارجی، سال هفدهم، شماره ۱ (پیاپی ۶۵)، بهار ۱۳۸۲ ش.
۱۴. شریفی طرازکوهی، حسین، و ویکتور بارین چهاربخش، «دفاع مشروع بازدارنده در قرن بیست و یکم»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال پانزدهم، شماره ۴۰، پاییز ۱۳۹۲ ش.
۱۵. شمس ناتری، محمد ابراهیم، و سعید عبدالله‌یار، حالت ضرورت و دفاع مشروع، تهران، مجد، ۱۳۹۰ ش.
۱۶. صیقل، یزدان، مطالعه حقوقی - جرم‌شناختی جرم در جامعه مخاطره آمیز، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۷ ش.
۱۷. طالقانی، حسین، و پیمان نمایان، «اعمال دفاع پیش‌دستانه در مبارزه با تروریسم: نفی یا اثبات مشروعیت»، فصلنامه مطالعات بین‌المللی پلیس، دوره چهارم، شماره ۱۶، زمستان ۱۳۹۲ ش.
۱۸. ظاهری، سمانه، سیاست کیفری سختگیرانه، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۱۹. طبیبی، مرتضی، و مهرداد اطهری، «جرایم ناقص: واکاوی سازوکارهای آموزه‌های فقهی و حقوقی»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال هفتم، شماره ۲ (پیاپی ۱۴)، پاییز و زمستان ۱۳۹۵ ش.
۲۰. عالی‌پور، حسن، «تروریسم هسته‌ای»، فصلنامه مطالعات راهبردی، دوره نهم، شماره ۳۳، پاییز ۱۳۸۵ ش.
۲۱. همو، توازن میان امنیت و آزادی‌های فردی در مقابله با جرایم تروریستی، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۷ ش.

۲۲. عمرانی، سلمان، «پارادایم "جنگ علیه تروریسم" و کرامت انسانی»، *فصلنامه سیاست خارجی*، سال بیست و دوم، شماره ۴ (پیاپی ۸۸)، زمستان ۱۳۸۷ ش.

۲۳. کارگری، نوروز، *درون‌مایه‌های تروریسم*، تهران، میزان، ۱۳۹۱ ش.

۲۴. کارگری، نوروز، و نسرین مهرا، «روان‌شناسی اقدامات تروریستی: هراس و هراس‌افکنی»، *فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری*، شماره ۳۶، تابستان ۱۳۹۷ ش.

۲۵. کلارکسون، کریستوفر، *تحلیل مبانی حقوق جزای عمومی*، ترجمه حسین میرمحمدصادقی، چاپ دوم، تهران، جنگل جاودانه، ۱۳۹۵ ش.

۲۶. کوره‌پز، حسین، *پاسخ کیفری به بیوتروریسم در حقوق ایران، اسناد بین‌المللی و سایر کشورها*، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۷ ش.

۲۷. گنج‌بخش، محمود، رضا موسی‌زاده، و حسین آل کجیاف، «حمایت از زنان قربانی ترور در حقوق بین‌الملل: در پرتو مفهوم نظم اجتماعی و بین‌المللی»، *دوفصلنامه مطالعات زن و خانواده*، دوره چهارم، شماره ۱ (پیاپی ۷)، بهار و تابستان ۱۳۹۵ ش.

۲۸. مجیدی، سیدمحمود، «جرم‌نگاری تهاجمی فرانسه در جرایم تروریستی»، *فصلنامه نامه مفید*، دوره سیزدهم، شماره ۶۴، اسفند ۱۳۸۶ ش.

۲۹. همو، *حقوق کیفری اختصاصی تطبیقی؛ جرایم علیه امنیت*، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۳ ش.

۳۰. محمدی، ابوالحسن، *مبانی استنباط حقوق اسلامی؛ اصول فقه*، چاپ پنجاه و هشتم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۹۷ ش.

۳۱. محمودی جانکی، فیروز، *مبانی، اصول و شیوه‌های جرم‌نگاری*، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران، ۱۳۸۲ ش.

۳۲. مهدی‌پور مقدم، علیرضا، و باقر شاملو، «تحلیل حقوقی اعلام جرم در تعقیب کیفری»، *دوفصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، دوره چهارم، شماره ۲ (پیاپی ۹)، پاییز و زمستان ۱۳۹۶ ش.

۳۳. میرمحمدصادقی، حسین، «ملاحظات در باب تروریسم»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره چهارم، شماره‌های ۳۳-۳۴، بهار تا زمستان ۱۳۸۰ ش.

۳۴. میرمحمدصادقی، حسین، و علی رحمتی، «مصادیق عدول از اصول کلی حقوق کیفری در جرایم علیه امنیت»، *فصلنامه راهبرد*، سال بیست و چهارم، شماره ۷۶، پاییز ۱۳۹۴ ش.

۳۵. ناجی راد، محمدعلی، *جهانی‌شدن تروریسم*، تهران، وزارت امور خارجه، ۱۳۸۷ ش.

۳۶. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، *تقریرات درس جامعه‌شناسی جنایی*، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، نیم‌سال تحصیلی ۸۴-۱۳۸۳ ش. (بازنگری شده در سال ۱۳۹۱ ش.)، قابل دسترس در: <www.lawtest.ir>

۳۷. همو، «جرم‌شناسی حقوقی (درآمدی بر جرم‌شناسی حقوق کیفری عمومی)»، مقاله در: *دایرةالمعارف علوم جنایی*، کتاب دوم، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش. (الف)

۳۸. همو، «جنایات بین‌المللی و جرم‌شناسی»، *دیباچه در: جرم‌شناسی فراملی*، به کوشش حمیدرضا نیکوکار، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.

۳۹. همو، «درباره امنیت‌شناسی (از حق بر امنیت تا حق بر تأمین)»، *دیباچه در: رضوانی، سودابه، مدیریت انسان‌مدارریسک جرم*، تهران، میزان، ۱۳۹۱ ش.

۴۰. همو، «سیاست جنایی؛ از مدل‌ها تا جنبش‌ها»، *دیباچه در: دل‌ماس - مارتی، میری، نظام‌های بزرگ*

- سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش. (ب)
۴۱. همو، «سیاست جنایی در برابر بزهکاری اقتصادی»، مقاله در: سیاست جنایی در برابر بزهکاری اقتصادی، به کوشش امیرحسن نیازپور، تهران، میزان، ۱۳۹۷.
۴۲. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، محمدجعفر حبیب‌زاده، و محمدعلی بابائی، «جرایم مانع (جرایم بازدارنده)»، فصلنامه مدرس علوم انسانی (ویژه‌نامه حقوق)، دوره هشتم، شماره ۴ (پیاپی ۳۷)، زمستان ۱۳۸۳ ش.
۴۳. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، و حمید هاشم‌بیک، دانشنامه جرم‌شناسی، چاپ پنجم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۷ ش.
۴۴. نجفی توانا، علی، و حسن فدایی، «الزام افراد عادی به گزارش جرم در حقوق ایران و فرانسه»، فصلنامه حقوق اسلامی، سال پنجم، شماره ۱۹، زمستان ۱۳۸۷ ش.
۴۵. نعمتی، لیلا، راحله سیدمرتضی حسینی، و اعظم مهدوی‌پور، «اقدامات پیش‌دستانه پارادایمی جدید در مبارزه با تروریسم»، دوفصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره چهل و نهم، شماره ۲ (پیاپی ۱۳)، پاییز و زمستان ۱۳۹۸ ش.
46. Ashworth, Andrew & Lucia Zedner, *Preventive Justice*, Oxford University Press, 2014.
47. Bakker, Edwin, *Jihadi Terrorists in Europe*, Netherlands Institute of International Relations Clingendael, 2006.
48. Bush, George W., *The National Security Strategy of the United States of America*, Washington, The White House, 2002.
49. European Union Judicial Cooperation Unit, "Terrorism Convictions Monitor", Issue 3, 2008.
50. McCulloch, Jude & Joo-Cheong Tham, "Secret State, Transparent Subject: The Australian Security Intelligence Organization in the Age of Terror", *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, Vol. 38(3), 2005.
51. Mill, John Stuart, *On Liberty (Rethinking the Western Tradition)*, New Haven, Yale University Press, 2003.
52. National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, "The 9/11 Commission Report", 2004.
53. Stern, Jessica & Jonathan B. Wiener, "Precaution Against Terrorism", *Journal of Risk Research*, Vol. 9(4), 2006.
54. Tulich, Tamara, "Prevention and Pre-emption in Australia's Domestic Anti-terrorism Legislation", *International Journal For Crime, Justice and Social Democracy*, Vol. 1(1), 2012.
55. Van der Heide, Liesbeth & Jip Geenen, "Preventing Terrorism in the Courtroom – The Criminalization of Preparatory Acts of Terrorism in the Netherlands", *Security and Human Rights*, Vol. 26, 2015.
56. White, J., "Terrorism in Transition", in: Philip Reichel (Ed.), *Handbook of*

- Transnational Crime and Justice*, Thousand Oakes, California, Sage Publications, 2005.
57. Zedner, Lucia, "Pre-Crime and Post-Criminology?", *Theoretical Criminology*, Vol. 11(2), 2007.
58. Id., "The Pursuit of Security", in: Tim Hope & Richard Sparks (Eds.), *Crime, Risk and Insecurity: Law and Order in Everyday Life and Political Discourse*, London & New York, Routledge, 2000.



مسئولیت کیفری ناشی از انتقال ویروس کرونا در نظام کیفری ایران (با تأکید بر مخاطره جانی اشخاص)*

□ محسن شریفی^۱

چکیده

شکل گیری موج‌های معتابه بیماری کووید ۱۹ و فزونی مبتلایان و جان‌باختگان انسانی ناشی از آن، وضعیت بغرنجی را فراروی جامعه ایران همچون بسیاری از کشورهای درگیر این پدیده قرار داده است. به رغم تکاپوی درخور ویروس‌شناسان و متخصصان حوزه سلامت در تدوین و ابلاغ پروتکل‌های بهداشتی و نیز آموزش همگانی برای مدیریت این بحران زیستی، بسا اشخاصی، بی‌توجه به ضابطه‌ها و زنهادهای داده‌شده، در شکل‌های مختلف به انتقال یا انتشار این ویروس به افراد معین یا نامعینی اقدام، و متعرض تمامیت جسمانی‌شان شوند. در این صورت، بررسی تبعات قضیه و شناسایی مسئولیت کیفری آن‌ها موضوعیت می‌یابد.

این نوشتار با رویکردی توصیفی - تحلیلی به تبیین این مسئله و بُعدهای جنایی آن پرداخته است. ماحصل کار نشان می‌دهد که انتساب گونه‌های جنایت‌های

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱/۲۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۶/۲۵.

۱. استادیار مؤسسه آموزش عالی طبهرستان و مدرس دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز
(mohsen.sharifi181@gmail.com)

عمد، شبه عمد و خطای محض به عامل انسانی انتقال‌دهنده حسب موقعیت ذهنی و کیفیت رفتار وی ممکن، و مسئولیت تبعات آن متوجه اوست. این گفته البته بدین معنا نیست که مداخله نهاد‌های حقوقی نمی‌تواند منتج به رخدادهای جنایی گردد. برعکس، در صورت احراز رابطه علیت بین رفتار این اشخاص و نتیجه‌های مورد اشاره و نیز اثبات عنصر تقصیر، راه برای تحمیل دیه و تعزیر بر آنان هموار است.

واژگان کلیدی: ویروس کرونا، انتقال، جنایت عمدی، جنایت شبه عمد، جنایت خطئی.

مقدمه

مسئولیت کیفری در شکل بالفعل، به معنای تحمل تبعات جزایی رفتار مجرمانه، و در وضعیت بالقوه به معنای اهلیت پذیرش تبعات جزایی این گونه رفتار است (میرسعیدی، ۱۳۹۰: ۲۲-۲۱/۱؛ اردبیلی، ۱۳۹۹: ۱۰۴/۱-۱۰۵). تبیین این مضمون درباره رفتار اشخاص و گروه‌هایی که ممکن است در این برهه حساس، با فعل یا ترک فعل مسبوق به خواست یا خطای خود، به انتقال ویروس کرونا اقدام و از این طریق، علاوه بر تهدید بهداشت عمومی، هر یک از قسم‌های جنایت را نسبت به تمامیت جسمانی اشخاص به منصفه ظهور رسانند، اهمیت مضاعفی دارد. بدیهی است که شناخت کار اینان در وضعیت کنونی که اضطراب ناشی از این عارضه پیچیده و عالم گیر، به تغییر بنیادین سبک زندگی آن‌ها در آغازین دهه سوم قرن بیست و یکم انجامیده، پررنگ تر به نظر می‌رسد (شاملو، ۱۳۹۹: ۱۱۳).

در نظام کیفری ایران، مقرره‌های موجودی چون قانون طرز جلوگیری از بیماری‌های آمیزشی و واگیردار مصوب ۱۱ خرداد ۱۳۲۰، به رغم مکلف نمودن وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی به اجرای طرح‌هایی به منظور مقابله با مرض‌های همه گیر و آمیزشی از جامعیتی که باید، برخوردار نیستند؛ چه، گذشته از بازدارنده نبودن ضمانت اجراهای پیش‌بینی شده برای انتقال‌دهندگان آن‌ها به سبب خفیف بودن، درباره آثار جنایی از جمله مرگ ناشی از این امر و مسئولیت کیفری مترتب بر آن ورودی نکرده و فاقد حکمی مشخص در این خصوص اند. به اضافه، به نحو حصری از بیماری‌هایی

چند از جمله ایذر، سوزاک و سفلیس نام برده‌اند و همین، شمولشان را نسبت به بیماری کووید ۱۹ ممتنع کرده است.^۱ با این وصف، چاره کار رجوع به قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ - که نوآوری‌های آن در قیاس با قانون پیشین خود، کم هم نیست - و مطالعهٔ مبحث‌های مرتبط با معیارهای ناظر به احراز رابطهٔ استناد و ضوابط حاکم بر شکل‌گیری نوع‌های جنایت و پیوندی است که با موضوع بحث دارند.

باری، نظر به اینکه این قانون در ماده‌های مختلفی چون ۴۹۲، ۵۰۰، ۵۲۶، ۵۲۹ و ۵۳۱ بر مؤلفهٔ تقصیر و وجود رابطهٔ علی بین دو پدیدهٔ مادی یعنی رفتار و نتیجه در اسناد معنوی و مادی جرم به فاعل تأکید دارد، احراز این وقایع در رابطه با مرگ یا آسیب بدنی انسان مبتلا شده به ویروس کرونا، تحمیل مسئول کیفری به عامل انتقال اعم از شخص حقیقی یا حقوقی را تقویت می‌کند. در این صورت، نمی‌توان تفاوت معناداری بین شخصی که به سبب چاه‌کندن یا شلیک نمودن و یا هر شکل سنتی دیگر، فرد یا افرادی را به گام مرگ کشانده است، با شخص آلوده‌ای که به رغم علم به وضعیت خود و آثار نامطلوب آن بر جان و جسم دیگران، از طریقی چون دست دادن و یا ترشحات دستگاه تنفسی به وسیله عطسه یا سرفه، ویروس مورد اشاره را از فاصلهٔ نزدیک به انسانی منتقل کرده، و به سبب از کار افتادن ریهٔ او موجب تلفش می‌گردد، قائل شد. نامحسوس بودن این سلول خطرآفرین، صرف‌نظر از گمانه‌ها دربارهٔ منشأ آن،^۲ و وجود فاصلهٔ زمانی بین زمان سرایت آن و تحقق نتیجه هم، تأثیری در رابطهٔ استناد نخواهد گذاشت؛ مگر اینکه این اتصال با مداخلهٔ عاملی مؤثر و غیر قابل پیش‌بینی، به گونه‌ای بگسلد که مانع به وقوع پیوستن جرم تام و در نتیجه، مسئولیت کیفری مرتکب شود.

۱. با وجود این، برخی قائل به تمثیلی بودن بیماری‌های ذکرشده در مقرره‌اند (مظفری و میرزایی مقدم، ۱۳۹۹: ۳۸۶).

۲. گفتنی است که به اعتقاد سازمان بهداشت جهانی، همهٔ شواهد نشان از آن دارد که خاستگاه چنین ویروس همه‌گیری، خفاش‌های موجود در کشور چین هستند، نه اینکه دست‌ساختهٔ بشر باشد. آنچه محل پرسش و بایستهٔ پژوهش است، چگونگی انتقال آن به انسان است که هنوز در پردهٔ ابهام قرار دارد.

<<https://per.euronews.com/2020/04/21/who-coronavirus-animal-origin-not-manipulated-or-produced-laboratory>>.

گذشته از بُعد مادی موضوع، مسئله این است که به اعتبار رکن معنوی، انتساب سنخ‌های جنایت اعم از عمد و غیر عمد به اشخاص ناقل، بدون مانع است یا با چالش روبه‌روست؟ همچنین آنجا که پای نهادهای دولتی و عمومی در سرایت بیماری در میان باشد، وضعیت چگونه است و به طور مشخص، آیا می‌توان آن‌ها را به واسطه تقصیر پرسنل تحت اختیار و یا اتخاذ خط‌مشی و سیاست خطا کارانه، قادر به تکوین هر دو جنبه این جنایت و به تبع، سزاوار مجازاتی مستقل از افراد دانست؟

این نوشتار کوشیده است تا ضمن تحلیل موضوع‌های مرتبط با بحث، در صدد پاسخ به این پرسش‌ها برآید. بر این پایه، ساختار آن بدین نحو است که در بندهای نخست تا سوم، به چگونگی ایجاد جنایت‌های نام‌برده از جانب اشخاص حقیقی پرداخته شده است. در بند آخر نیز امکان‌سنجی تحقق همین وضعیت در مورد دولت و نهادهای حقوقی مطمح نظر قرار گرفته است.

۱. مخاطره جانی و جسمانی اشخاص از رهگذر انتقال ویروس کرونا

شمار مرگ و میرهای ناشی از بیماری کووید ۱۹، تا ۵ درصد مبتلایان آن متغیر است. در این میان، ضریب خطر برای افراد مسن و افراد دچار بیماری‌های مزمن مانند نارسایی قلبی و اختلال‌های عروقی به مراتب بیش دیگران است و هر آن ممکن است دچار علائم شدید تنفسی و مرگ شوند. در مقام مقایسه، میزان مهلک بودن این عارضه در افراد بالای ۶۰ سال دارای وضعیت این‌چنینی، ۴/۵ درصد فراتر از افراد پایین‌تر از این محدوده سنی (۱/۴ درصد) است. در مجموع، ۸۰ درصد از گزارش‌های ناظر به مرگ‌های ناشی از این رویداد، مربوط به نفوس بالای ۶۵ سال است که نگران‌کننده است (Nikolich-Zugich et al., 2020: 505, 514; Verity et al., 2019: 669). به این ترتیب می‌توان بر قابلیت ایراد صدمه و نیز کشندگی این ویروس تحت شرایطی صحه‌گذار و حسب مؤلفه‌هایی مانند رکن معنوی انتقال‌دهنده، خصوصیت ویروس مورد اشاره، وضعیت مجنی‌علیه و شرایط و اوضاع و احوال پیرامونی، از امکان تحقق نتیجه‌های زیر سخن گفت.

۱-۱. جنایت عمد

میان انواع جنایات از حیث رکن مادی وجه تمایزی نیست؛ چه، همگی آن‌ها برای ایجاد، محتاج رفتار فیزیکی، شرایط و اوضاع و احوال، نتیجه و رابطه علیت بین دو مورد اخیرند (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۸: ۲۶؛ صادقی، ۱۳۹۴: ۲۵۶). در چارچوب این بحث نیز رفتار مجرمانه می‌تواند مشتمل بر هر اقدامی اعم از فعل یا ترک فعل منجر به انتقال ویروس به اشخاص از جانب عامل به شکل مباشرت یا تسبیب باشد؛ مثل اینکه فرد آلوده به کرونا، از طریق دادن تنفس دهان به دهان به دیگری، بیماری‌اش را سرایت دهد، یا در یک رستوران بیرون‌بر، غذای سفارش داده شده توسط یکی از مشتریان، پیشتر توسط یکی از آشپزهای حامل ویروس آلوده شده باشد. همین‌طور رفتار دانشجوی ساکن در خوابگاهی که به رغم آگاهی‌اش از ابتلای به کرونا، از ترک محیط مزبور و معرفی خود به مراکز درمانی امتناع می‌ورزد و باعث ابتلای دیگران می‌شود. حتی ممکن است فرایند انتقال از طرف شخص غیر بیمار و به فرض از مجرای فروش وسایل آغشته به این ویروس مسری صورت پذیرد. در این حالت‌ها، اگر در یک فرایند علی، رفتار ارتكابی منجر به مرگ یا صدمه به عضو یا منفعت مبتلاشوندگان شود، رکن مادی جنایت کامل خواهد بود. آنچه می‌ماند، تمییز نوع جنایت است که بستگی تام به قصد مرتکب و ظهور صریح یا ضمنی آن در پرتو خصوصیت فعل به کار گرفته شده به شرح زیر دارد.

۱-۱-۱. جنایت عمد مسبوق به قصد

صرف نظر از شیوه‌های مختلف انتقال بیماری از جمله از مجرای انسان به انسان که خود می‌تواند به طریق مستقیم یا غیر مستقیم باشد، و یا به واسطه اشیا که ویروس بر روی آن‌ها تا حدی ماندگاری دارد (حکمت‌نیا، ۱۳۹۹: ۱۲)، چنانچه عمل منتهی به سرایت، از روی اراده و اختیار و به منظور تحقق نتیجه‌ای چون جان سپردن منتقل‌الیه باشد، جنایت شکل گرفته عمد و مشمول بند الف ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی است. در این صورت، فرقی نخواهد کرد که ویروس منتقل شده (به عنوان نمود رفتار مرتکب) برای برخی به ندرت کشنده باشد، مثل آنجا که منتقل‌الیه شخصی نُه ساله و فاقد

بیماری جانبی است، و یا برعکس، نسبت به افرادی خاص از جمله کهن سالان و یا مبتلایان به بیماری‌های زمینه‌ای، نوعاً مرگبار باشد.^۱ همین حکم جاری خواهد بود اگر مخاطبِ قاصد، فرد یا جمع معین یا نامعینی باشد. مورد نخست مانند آنکه وی بیماری خود را به طور مستقیم یا غیر مستقیم به همسرش در منزل و یا به همکار خود در محل خدمت منتقل نماید و سبب مرگ وی شود. مورد دوم نیز مثل اینکه او به نیت مرگ هر کس و فارغ از هر انگیزه‌ای، اقدام به آلوده‌سازی اشیا و وسایل در منطقه‌هایی از شهر نماید که در معرض استفاده معمول و متعارف ایشان است، و البته منجر به نتیجه شود. پوشیده نماند که احراز رابطه استناد بین انتقال بیماری مورد بحث و نتیجه مرتب بر آن، نه امری آسان که فرایندی توأم با صعوبت است. موجب این امر، محسوس نبودن رفتار فیزیکی فاعل، فاصله زمانی گاه طولانی میان زمان انتشار ویروس و زمان ایجاد صدمه یا مرگ بزه‌دیده، مداخله وقایع احتمالی قطع‌کننده رابطه مزبور اعم از فعل اختیاری قربانی یا شخص دیگر و یا رویدادی طبیعی است. بدین منظور ضرورت دارد که دادگاه با اهتمام به بُعدهای فنی و حقوقی موضوع، بر این پیچیدگی فائق آید و به حقیقت استناد رهنمون شود. به تجویز ماده ۵۰۱ قانون مجازات اسلامی، غیر مادی بودن رفتار صورت گرفته، مانعی برای انتساب نتیجه به فاعل نیست و حسب مورد می‌توان وی را به ارتکاب جنایت عمدی محکوم کرد. اشاره قانون‌گذار در این ماده به رفتاری چون هراس و تأثیر آن بر وضعیت مجنی علیه نیز نه از حیث طریقت، که از باب موضوعیت است و بدین خاطر نمی‌توان مسئله سرایت بیماری را از شمول آن خارج دانست.

با این توضیح، اگر معلوم شود که شخصی بر حسب شواهد و قرائن اطمینان‌آوری چون نتیجه آزمایش پزشکی و میکروبی، مبتلا به بیماری کووید ۱۹ است و با وجود اطلاع از این امر، با انجام فعل (مثل دست دادن و روبوسی کردن) یا ترک فعل (مانند عدم استفاده از ماسک)، شخص دیگری را که طبق معاینه‌های صورت گرفته، پیش از

۱. وری بحث نوین بیماری کووید ۱۹، از حیث نظری، برخی از فقهای شیعه (محمد بن مکی، ۱۳۹۱: ۲۴۸/۱) و نیز گروهی از متفکران دینی اهل سنت (بهسنی، ۱۳۴۳: ۹۳-۹۴)، به جز موارد توسل به ابزار به طور نوعی کشنده، قائل به تحقق قتل عمد نیستند. اساس این نظر آن است که همزمانی تحقق مرگ با فعل به‌طور نادر کشنده را نه منتسب به آن، بلکه به عامل صلاحیت‌دار دیگری منتسب می‌دانند که به هر دلیل بر قاضی پنهان مانده است.

این واقعه بیمار نبوده است، آلوده سازد و سبب آسیب به وی گردد، برخوردار از مسئولیت کیفری خواهد بود. با حصول این شرایط، دیگر فاصله زمانی میان رفتار مرتکب و تبعات آن، عاملی تعیین کننده و برخوردار از درجه اهمیت نخواهد بود (ماده ۴۹۳ قانون مجازات اسلامی). بدیهی است اگر در بین سلسله عامل‌های در طول هم قرار گرفته، سبب قطع کننده‌ای حادث شود، انتساب ماحصل رفتارها به ناقل منتفی است؛ مثل آنجا که دریافت کننده ویروس، متعاقب حدوث عارضه طبیعی (همچون ایست قلبی) و یا رفتار عامدانه شخصی (مانند شلیک گلوله) یا همراه با خطای وی (مثل تجویز داروی اشتباه) فوت نماید. البته در حالتی که سرایت بیماری مورد نظر در عرض دیگر عامل‌ها، انتقال گیرنده را دچار چنین سرانجامی کند، مستند به ماده ۵۳۳ قانون بالا، ضمان ناقل از باب شرکت پابرجاست. البته راه برای بروز دیدگاه مخالف نیز بسته نخواهد بود. بسا استدلال شود که وجه مجرمانه ناظر به این ویروس، نیازمند قانون خاص است؛ چرا که نمی‌توان هر بیماری را با ماده‌های ۲۹۰ و بعد آن تحلیل کرد و به مثابه یک ضربه مشخص وارد شده به شخص تصور نمود و اثر آن را نسبت به همه ولو بیماران زمینه‌ای برابر دانست. فرایند درمانی بیماران به عنوان واقعیت بسیار اثرگذار، نکته‌ای نیست که بتوان از آن چشم پوشید و مورد تحلیل قرار نداد. گذشته از این، در شرایطی که انگار دولت، راهبرد ابتلای گله‌ای را در نظر گرفته است، اصرار برای انطباق همه موردها بر ماده ۲۹۱ به بعد نیز موجه نمی‌نماید. با وجود این، به نظر می‌رسد قانون مورد اشاره با وضع ماده‌هایی چون ۴۹۲، ۵۰۶ و ۵۳۵، نشان داده است که تحقق جنایت عمدی از رهگذر تسبیب و توجه قصاص به مسبب واجد رکن روانی، با مانعی روبه‌رو نیست. اگرچه از میان صاحب‌نظران به ویژه متقدم، هستند کسانی که با اتخاذ موضعی متفاوت، برای مرتکب ضمانی فراتر از دیه قائل نشده‌اند (طوسی، ۱۳۴۶: ۱۸۷/۳). گفتنی است با وجود قصد بر جنایت و برقراری رابطه سببیت بین انتقال بیماری به بزه‌دیده و مرگ یا آسیب به عضو یا منفعت او، وجود فاصله زمانی هرچند زیاد، مؤثر در مقام نیست. با این همه، بعضی از فقهای عظام با اتخاذ رویکردی مخالف و از سر احتیاط عنوان کرده‌اند:

«حکم به قتل عمد، مشروط به این است که فاصله زمانی زیادی از ابتلا تا فوت مجنی علیه نباشد» (مکارم شیرازی، قابل دسترسی در: <<https://makarem.ir>>).

قانون مجازات اسلامی در ماده ۴۹۳، با ترجیح نظریه علمی رابطه استناد (صادقی، ۱۳۹۴: ۱۲۱-۱۲۳؛ فروغی و دیگران، ۱۳۹۴: ۱۳۰) بر نظریه عرفی ناظر به این قضیه، به فاصله زمانی مورد اشاره وقعی تنهاده است (روشن و صادقی، ۱۳۹۰: ۱۳۱). در نظام‌های حقوقی دیگری مثل انگلستان هم که پیشتر با توسل به قاعده یک سال و یک روز، مرگ مجنی علیه پس از این مدت، به عامل دیگری غیر از رفتار مرتکب نسبت داده می‌شد، از سال ۱۹۹۶ به این سو، تغییر موضع ایجاد شده است (به نقل از: میرمحمدصادقی، ۱۳۹۸: ۸۶). همچنین مسئولیت کیفری سرایت‌دهنده عالم و عامد، تحت الشعاع آگاهی مجنی علیه نسبت به نیت و وضعیت او قرار نگرفته و زائل نخواهد شد. بدین ترتیب اگر بزه دیده به‌رغم چنین معرفتی، تن به رابطه جنسی کنترل‌نشده با بیمار برخوردار از سوءنیت داده و در اثبات آن، ویروس موصوف از طریق ارتباط تنفسی و ملامسه - و نه لزوماً آمیزش - به وی منتقل شود و او فوت کند، خودکشی‌ای صورت نگرفته و فرد ناقل همچنان متهم به جنایت عمد است. محلی از اعراب نداشتن استناد به قاعده اقدام در چنین مواردی، به سبب شرافت تن و نفس آدمی، و مجاز نبودن صاحبش در ورود صدمه به آن، مگر در شرایط خاصی مانند رضایت بیمار به عمل طبی و جراحی از سوی پزشک یا تراضی افراد به پذیرش حوادث ناشی در عملیات ورزشی با توجه به ضوابط مذکور در ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی است (اردبیلی، ۱۳۹۹: ۱۱۶/۱).

با وجود این، اگر مجنی علیه پس از ابتلا به بیماری و پیش از مرگ، از حق قصاص گذشت کرده یا به مصالحه تن در دهد، منشأ اثر بوده و اولیای دم نمی‌توانند نسبت به قصاص جانی یا مطالبه دیه ادعایی داشته باشند. از این رو که پس از رفتار مرتکب، مقتضی قصاص ایجاد شده است و گذشت متأخر قربانی، مصداق اسقاط مالیم‌یجب نیست. همین تلقی توسط قانون‌گذار و مأخوذ از نظر برخی فقها (طوسی، ۱۳۵۱: ۱۷۰/۷)، در ماده ۳۶۵ قانون یادشده منعکس شده است. شایان ذکر است چنانچه ملازمه بین انتقال ویروس و نتیجه مطمح نظر، وجود بیماری جانبی در مجنی علیه ولو با قابلیت کشندگی، تأثیری در مسئولیت کیفری مرتکب نداشته و از اتهام جنایت عمد خلاصش

نخواهد کرد. پس فاعلی که جنایتی را اراده می‌کند، باید بزه‌دیده خود را همان طور که هست بپذیرد و استنادش به اینکه وی به عنوان مثال از بیماری سرطان رنج می‌برده، وجهی ندارد؛ زیرا در این قضیه، آنچه به عنوان عاملی پویا و برقرارکننده رابطه علیت مؤثر قابل شناسایی است، رفتار او و نه وضعیت قربانی به عنوان سبب ایستاست. مگر اینکه بیماری پیشین بزه‌دیده برای او جز آخرین رمق حیات باقی نگذاشته باشد که در این صورت، اقدام مرتکب، جنایت بر مرده محسوب می‌شود و مشمول ماده ۳۷۲ قانون مجازات اسلامی است.^۱ این‌ها همه، بر فرض قرار گرفتن سلسله عامل‌ها در طول هم‌اند؛ وگرنه در حالتی که فوت بزه‌دیده، محصول اجتماع عرضی هر دو بیماری کرونا و سرطان باشد، شرکت در جنایت شکل گرفته است و اولیای دم پس از پرداخت نیمی از دیه به سرایت‌دهنده، قادر به قصاص او خواهند بود. حال اگر به رغم قرار نداشتن قربانی در حیات غیر مستقر، علت مرگ او، نه دریافت ویروس کرونا که همان سرطان پیشین او باشد، اتهام فاعلی که به این شکل قصدش معلق می‌ماند، شروع به قتل عمد است.

فرع دیگر مسئله، روشن شدن مسئولیت اشخاصی است که به هر شکل، بانی برپایی اجتماع‌های هنری، ورزشی، مذهبی، شادی و یا هر گردهمایی دیگری می‌شوند و از این طریق، موجبات انتقال ویروس از انسانی به انسان دیگر و بروز تبعات بالا را فراهم می‌آورند. پاسخ‌های احتمالی بر این فرض متصور است. نخست اینکه چنین عاملی در مقایسه با شخص دوم که در قامت مباشر ظاهر شده و کار انتقال را انجام داده است، مسببی است که در صورت قوی‌تر بودن از مباشر به هر روی، ضامن و مشمول قسم اخیر ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی خواهد بود. احتمال دوم، ناظر به معاون دانستن تشکیل‌دهنده اجتماع است؛ چه اینکه در عمل، رفتار وی تمهیدی در راستای ارتباط ناقل و انتقال‌گیرنده است. بدیهی است که در این حالت، احراز وحدت قصد میان او و شخص ناقل وفق تبصره ماده ۱۲۶ قانون مورد اشاره، ضروری و تعیین‌کننده است؛

۱. اگرچه ماده مورد اشاره، منشأ حیات غیر مستقر را آسیب انسانی معرفی کرده است، اما خصوصیتی در آن نیست که قابل تسری به عامل‌های طبیعی نباشد؛ چرا که قانون‌گذار نه در مقام ذکر مأخذ این حیات، که در صدد توصیف آن است (برای مطالعه بیشتر ر.ک: میرمحمدصادقی، ۱۳۹۸: ۸۸-۹۸؛ صادقی، ۱۳۹۴: ۵۷-۶۳).

شرطی که البته اثبات آن با توجه به اینکه به طور معمول برگزارکنندگان اجتماع‌ها چنین منظوری را دنبال نمی‌کنند، دشوار می‌نماید. حتی علم تشکیل دهندهٔ تجمع، به تحقق نتیجهٔ زیانبار نیز با توجه به تصریح تبصرهٔ مزبور بر عنصر قصد، برای معاون دانستن وی نمی‌تواند کافی به مقصود باشد (محمدی جورکویه، ۱۳۹۹: ۲۱۴-۲۱۵). در صورتی که رفتار شخص مورد بحث با هیچ یک از عنوان‌های یادشده منطبق نگردد، عنوانی فراتر از نقض مصوبه‌های ستاد ملی کرونا با ضمانت اجراهای انضباطی خاص خود نخواهد یافت.

۱-۱-۲. جنایت عمد مسبوق به علم

وضع همیشه این گونه نیست که اشاعه‌دهندهٔ بیماری واگیرداری چون کرونا، قصد صریحی برای تلف نمودن یا ایراد صدمهٔ کمتر از نفس به قربانی را داشته باشد. با این همه، ممکن است که هر یک از نتیجه‌های مزبور محقق شود و دربردارندهٔ این پرسش که عنوان جنایت مربوط، عمد خواهد بود یا غیر عمد؟ تنویر این مطلب خود در گرو ارزیابی قابلیت یا عدم قابلیت کشندگی یا سایر آسیب‌های جسمانی این بیماری نوپدید است. این گفته از آن روست که قانون مجازات اسلامی در دو حالت مختلف، جنایت را به رغم عدم تعلق قصد آشکار بدان، عمدی قلمداد کرده است:

نخست، مرتکب با علم به تأثیر، متوسل به فعلی شود که نسبت به عموم انسان‌ها به طور نوعی موجب جنایت یا مشابه آن شود. در این فرض، آگاهی وی تا زمان اثبات خلاف آن در دادگاه، جز در موردی که موضع آسیب حساس است و عرف بدان ناآگاه، مفروض است (بند ب و تبصرهٔ یک مادهٔ ۲۹۰ قانون م.ا.). پس اگر شخص مبتلا بداند و ویروسی که حامل آن است، در قبال برخی به طور نوعی مهلک است و با وجود این، آن را به دیگری منتقل کند، مانند کسی است که رفتار مقتضی جنایت را با آگاهی بر ترتب نتیجه، نسبت به فردی انجام دهد. این گفته از آن روست که ویروس کرونا برای اشخاص سالم به طور معمول غیر جنایت‌بار است و نسبت به اشخاص آسیب‌پذیر به طور نوعی مستعد این نتیجه. پس اگر به فرض، متخصصان به خطرناکی ویروس مزبور نسبت به اشخاصی مانند دارندگان دیابت یا سن بالا زنده‌دار داده باشند و فرد مبتلا به رغم

این آگاهی، ویروس را به چنین شخصی منتقل کند و موجب مرگش شود، جانی عمد محسوب می‌شود (محمدی جورکویه، ۱۳۹۹: ۲۰۹). با این توضیح، ایده کسانی که جنایت شکل گرفته از این طریق را عاری از رکن معنوی تصور نموده و محدود به رکن مادی کرده‌اند (روشن و صادقی، ۱۳۹۰: ۱۱۶)، قابل نقد می‌نماید؛ زیرا علم جانی به خصوصیت جنایت بار بودن رفتار خویش، قصد ضمنی است که همچون قصد صریح می‌تواند مفید رکن روانی جنایت عمدی باشد. از همین روست که قانون‌گذار به موجب ماده ۱۴۴ قانون مجازات اسلامی و طی حکم کلی، ایجاد عموم جرم‌های مقید را منحصر به قصد نتیجه نکرده و از رهگذر علم مرتکب به وقوع آن نیز مقذور دانسته است (مرادی و شهبازی، ۱۳۹۴: ۴۹).

دوم، آنجا که مرتکب دست به رفتاری زند که نه راجع به همه، بلکه نسبت به انسان‌های خاص با توجه شرایط زمانی و مکانی یا به واسطه وضعیت سنی یا داشتن بیماری، نوعاً جنایت‌آمیز و وی نیز بدان آگاه باشد. در این فرض، اثبات علم جانی به این خصوصیت‌ها بر عهده مدعی است (بند پ و تبصره ۲ ماده ۲۹۰ قانون م.ا.). همان طور که نمودار به‌روز شده تا پانزدهم فروردین ۱۳۹۹ نشان می‌دهد به طور میانگین سه تا پنج درصد مبتلایان این بیماری توان مقاومت در برابر آن را نداشته و سرانجام فوت می‌کنند.^۱

به این ترتیب می‌توان نتیجه گرفت، فعل جانی -انتقال ویروس همه‌گیر کرونا- نسبت به افراد به خصوصی نظیر سالمندان و دارندگان بیماری‌های زمینه‌ای به ویژه حاد، کشنده بوده و مشمول بند پ ماده بالا می‌شود. از این رو، در صورت اثبات علم او به این موضوع، اقدامش ولو با انگیزه احسان (موضوع ماده ۵۱۰ قانون م.ا.)، مصداق قتل عمد است؛ برای مثال، شخصی که از آغشته بودن خود به این ویروس خطرناک آگاه باشد و به‌رغم این، به منظور عیادت به خانه سالمندان مراجعه کند و بدون رعایت ضوابط احتیاطی، از نزدیک با آنان همنشین و متعاقب آن، مرگ کسی را موجب شود، مستحق قصاص است. وضعیت‌های پیش‌جنایی این‌چنینی، با وجود داشتن نقش تسریعی در

1. <<https://www.khabaronline.ir/news/1348620>>; <<https://www.isna.ir/news/99020302412>>.

حصول نتیجه، در اصل مسئولیت مرتکب در قبال جنایت عمدی مدخلیتی ندارند؛ جز اینکه در صورت انتفاء قصاص به هر سبب و رسیدن نوبت به اعمال تعزیر موضوع ماده ۶۱۲ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات)، به عنوان کیفیات مخفف موضوع ماده ۳۸ این قانون قابل احتساب‌اند.

اگرچه آیات عظام و مراجع تقلید با وجود تصریح به لزوم رعایت توصیه‌های بهداشتی، هنوز در مورد تحقق این شکل از جنایت اظهار نظر صریحی نکرده‌اند؛ اما از موضع پیشین آن‌ها راجع به تبعات دیگر بیماری‌های مسری پرخطر می‌توان به اهمیت قصد غیرمستقیم از منظر آنان پی برد. برای نمونه، آیه‌الله فاضل لنکرانی در پاسخ به پرسشی در این باره عنوان کرده است:

«در این فرض که بیمار عمداً دیگری را آلوده می‌کند و فوت دیگری مستند به اوست، وی مرتکب قتل شده است و بعید نیست در صورتی که علم به موضوع داشته باشد، از مصادیق قتل عمدی باشد.»

در عین حال، اقلیتی مثل آیه‌الله موسوی اردبیلی، اسناد جنایت عمدی به بیمار ناقلاً ایدز را مگر در صورت داشتن قصد صریح از جانب او جایز شمرده‌اند (به نقل از: فروغی و دیگران، ۱۳۹۴: ۱۴۰).

همچنین امکان‌سنجی تحقق شروع به جنایت عمدی از سوی کسانی که به رغم نداشتن نیت صریح، آنان را در معرض تحقق نتیجه جنایی نسبت به دیگری قرار می‌دهد نیز پُر اهمیت می‌نماید؛ مانند فردی که به رغم آگاهی از مثبت بودن پاسخ آزمایش خود در رابطه با بیماری کووید ۱۹ و علم به پیامد مرگبار آن برای انسان‌های دارای وضعیت خاص، به انگیزه صله رحم در صدد دیدار با مادر بزرگ خویش در آسایشگاهی برمی‌آید و بدون توجه به هشدارهای پرسنل و علامت‌های هشدار «ورود ممنوع» الصاق شده به درب ورودی، در شرف ورود به آسایشگاه قرار می‌گیرد و دست آخر، توسط عوامل انتظامی آن محیط دستگیر و از این امر بازداشته می‌شود. این مسئله البته مختص بحث بالا نبوده و در موارد دیگر نیز قابل تسری است؛ همچنان که ممکن است شخصی در هنگام ضربه زدن با مشت به گیجگاه دیگری به قصد تنبیه و نه کشتن وی، به واسطه واکنش به موقع و فنی شخص دارای هنرهای رزمی مستقر در آن محل، ناکام بماند.

به هر روی، شماری از صاحب نظران با تمسک به ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی در باب شروع به جرم و انگشت تأکید نهادن بر عبارت «قصد ارتکاب جرم»، به این پرسش پاسخ منفی داده و گفته‌اند در این حالت‌ها، چون هنوز صدمه‌ای به بار ننشسته است، فقط در پرتو قصد و نیت صریح بر جنایت می‌توان مرتکب را در آستانه تحقق نتیجه، سزاوار عقوبت دانست (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۸: ۱۰۱-۱۰۲).^۱ این برداشت اما قابل نقد می‌نماید؛ چرا که اطلاق واژه «قصد»، مُشعر به هر دو قسم نیت صریح و ضمنی است و قرینه این مدعا ماده ۱۴۴ قانون مورد اشاره است که در مقام صدور حکمی عام در مورد عموم جرایم مقید از جمله قتل اشعار می‌دارد:

«... در جرایمی که بر اساس قانون منوط به تحقق نتیجه است، قصد نتیجه یا علم [قصد تبعی] به وقوع آن نیز باید محرز شود» (محمدخانی، ۱۳۹۵: ۲۵۳/۱-۲۵۹).

گذشته از این، منطقی نمی‌نماید که مرتکب را در صورت تحقق نتیجه، به مجازات اشدی چون مرگ به اتکای قصد تبعی محکوم کرد، اما به واسطه همان قصد و با درجه خطری مشابه، سزاوار تحمل مجازاتی اخف (حبس درجه چهار) در صورت نافرجام ماندن عملیات اجرایی ندانست.

۲-۱. جنایت‌های غیر عمد

از این روی که مقوله سلامت در زمره اولویت‌های نخست جامعه، صرف نظر از متغیرهایی مانند سن، جنس و قومیت افراد قرار دارد، ایجاب می‌نماید که با تهدیدکنندگان غیر عمدی آن از طریق انتقال ویروس کرونا، به مقصود تحقق عدالت و بازدارندگی، برخورد کیفری صورت گیرد. بسا، صدمه‌های جانی و جسمانی وارد شده به قربانی، متأثر از بی احتیاطی و بی‌مبالاتی (تقصیر) ناقل ویروس مورد نظر و یا در موقع‌هایی منبعث از رفتار مبتنی بر خطای محض وی باشد. بر این اساس، دو مورد مزبور به تفکیک مورد تبیین قرار می‌گیرند.

۱. وفق این ماده: «هر کس قصد ارتکاب جرمی کرده و شروع به اجرای آن نماید، لکن به واسطه عامل خارج از اراده او قصدش معلق بماند، به شرح زیر مجازات می‌شود...».

۱-۲-۱. جنایت شبه عمد

گاه مختصات رفتار منجر به سرایت بیماری، نه منطبق با ضوابط ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی، بلکه موافق با یکی از معیارهای مذکور در ماده ۲۹۱ و در نتیجه، تخصیص عنوان جنایت شبه عمد به خود است؛ از جمله اینکه ممکن است انتقال ویروس از طرف مرتکب به مجنی علیه، بدون قصد مستقیم یا ضمنی جنایت صورت پذیرد و بر سبیل اتفاق، منجر به سلب حیات یا دیگر صدمه‌های جسمانی بر او گردد. به عبارتی در این فرض، فاعل در حالی که قصد فعل واقع شده بر مجنی علیه بدون نتیجه منظور را دارد، رفتارش مشمول بندهای ب و پ ماده ۲۹۰ نیست؛ مانند اینکه معلم مبتلا به کووید ۱۹ بدون قصد جنایت، از طریق دست دادن با دانش‌آموز هشت‌ساله، ویروس را به وی منتقل کند و به وجهی هرچند نادر موجب فوت او شود. در هر شکل، رکن مادی این نوع جنایت از حیث رفتار فیزیکی، موضوع جرم، نتیجه و رابطه استناد همچون جنایت عمدی است و تفاوت را باید در رکن روانی آن‌ها جست‌وجو نمود؛^۱ با ذکر این مطلب که جنایت شبه عمد آنجا که از طریق مباشرت صورت می‌گیرد، می‌تواند واجد یا فاقد خطا باشد، اما در حالتی که از طریق تسبیب واقع می‌شود، تقصیر، جزء لاینفک شرایط تحقق آن است (صادق، ۱۳۹۴: ۲۶۱). حالت اخیر مثل اینکه شخصی میوه آلوده به ویروس موصوف را بدون قصد ایراد صدمه به دیگری که سن پایینی دارد و فاقد هر گونه بیماری ریوی است، تقدیم کند و او پس از مصرف، دچار مرگ شود.

افزودنی است بر خلاف نظر برخی (آقایی‌نیا، ۱۳۹۶: ۱۷۱)، در تحقق جنایت مورد نظر از هر طریق - از جمله انتقال بیماری - بنا بر تأکید صورت گرفته در بند الف ماده ۲۹۱ این قانون، قصد ایقاع فعل نسبت به شخص معین، بر خلاف جنایت عمدی موضوع ماده ۲۹۰ که می‌تواند متوجه فرد یا افراد نامعین از یک جمع باشد، ضروری است. تصور شود که شخص مبتلا به کرونا، برای نجات عده‌ای از نوجوانان در حال غرق در رودخانه‌ای - که چنین بیماری‌ای نسبت به آن‌ها اغلب کشنده نیست - اقدام کند و از

۱. بدین خاطر بیشتر فقیهان اسلامی جنایت شبه عمد را ترکیبی از عمد در فعل و خطای در نتیجه توصیف کرده‌اند (نجفی، ۱۳۸۸: ۳/۴۲).

داخل قایقش، دست خود را به سمت جمع و نه شخص معلومی دراز نماید و در نهایت، موفق به خارج کردن یکی از آن‌ها از آب شود. حال اگر پس از چندی، فرد نجات‌یافته به سبب دریافت ویروس از فرد ناجی، جان خود را از دست دهد، قتل صورت گرفته خطای محض و نه شبه عمد به نظر می‌رسد.

مصادق دوم جنایت شبه عمدی از مجرای بیماری واگیردار زمانی شکل می‌گیرد که مسبوق به جهل شیوع‌دهنده آن نسبت به موضوع باشد. چندان که ممکن است شخصی به قصد قتل، وسیله‌های خصوصی و مورد استفاده فرد دیگری را که مهدورالدم می‌پندارد، در غفلت او آغشته به ویروس کرونا نماید و وی پس از استفاده از آن‌ها فوت کند. حال اگر از یک سو، معلوم نشود که خون مجنی علیه هدر بوده و از دیگر سو، اعتقاد صادقانه مبتنی بر اشتباه مرتکب به این امر احراز شود، مستند به بند ب ماده ۲۹۱ قانون مجازات اسلامی، جنایت صورت گرفته از گونه نام‌برده است. همچنین است موقعی که شخصی به دلیل خصومت با دیگری، بنای آلوده کردن حیوان او را داشته باشد، اما به اشتباه، صاحبش را آلوده سازد و سبب مرگ او شود.

شکل سوم این نوع جنایت، ناظر به بند پ ماده ۲۹۰ قانون بالا و مربوط به حالتی است که شخصی بی‌آنکه مجموعه اقدام‌هایش منطبق با معیارهای پیش‌گفته راجع به جنایت عمدی باشد، بر پایه تقصیر، موجب ورود ویروس تنفسی کشنده‌ای به بدن دیگری و مرگ وی شود. ضابطه تقصیر نیز همانی است که در ماده ۴۵ این قانون بیان و مشتمل بر بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی با جلوه‌هایی چون مسامحه، غفلت، عدم مهارت و عدم رعایت انتظامات دولتی دانسته شده است. شبیه آنجا که شخص مبتلا، در اتاق استادان دانشکده‌ای به هنگام صحبت تلفنی و برای سهولت امر، اقدام به برداشتن ماسک خود نموده و به تبع آن، قطره‌های آلوده منتشر شده از عطسه‌اش، استاد سالمندی را آلوده سازد و در نهایت باعث فوت او شود. همین طور، خدمتکار بیمارستانی که به دلیل ضد عفونی نکردن اتاق بیمار کرونایی فوت شده، موجب ابتلای یکی از پزشکان و جان باختن او گردد. ضمانت اجرای این قبیل تخطی‌های نتیجه‌مدار، پرداخت دیه و تحمل حبس تعزیری از سوی عامل است.

۲-۲-۱. جنایت خطای محض

موقعیت‌های سه‌گانه‌ای زمینه‌ساز تحقق این نوع جرم و تفاوت معنادار آن با گونه‌های پیشین است. یکی از آن‌ها، کشتن یا ایراد نقص بر عضو یا منفعت بزه‌دیده بدون وجود قصد فعل و قصد نتیجه نسبت به وی از جانب مرتکب است؛ مانند آنکه شخصی بنای انتقال ذرات ویروس کرونا به فرد معینی را داشته باشد، اما به نحو اتفاقی، فرد دیگری آلوده شود و آسیب ببیند؛ مثلاً یک منشی به قصد قتل رئیس خود، برگ‌های اکالیپتوس آغشته به این ویروس را درون دستگاه بخور مستقر در اتاق او بریزد و لحظه‌هایی پیش از آغاز ساعت رسمی اداری، آن را روشن کند و سپس با گرفتن مرخصی ساعتی از معاون اداره، از محل خارج شود. ولی بر خلاف تصور او، به دلیل تغییر مدیریت و عدم آگاهی وی از این امر، شخص دیگری در اتاق ریاست حاضر شود و بر اثر استنشام قطره‌های آلوده بیمار شود و در نهایت به جهت داشتن شرایط سنی و جسمی نامطلوب کشته شود. فرض دیگر اینکه فردی ماسک و دستکش آلوده به ویروس را در بسته‌بندی به ظاهر بهداشتی و به منظور استفاده و ابتلای فردی خاص و قتل او بر روی پیشخوان هیئت رئیسه سالن همایش بگذارد، اما شخص دیگری به سبب نیاز، از آن استفاده کند و پس از دو هفته بستری شدن، به واسطه درگیر شدن ریه‌اش با ویروس فوت نماید.

اینک باید دید که آیا می‌توان در این موردها، مرتکب را افزون بر شناخت به عنوان جانی خطئی نسبت به شخص دوم، در رابطه با شخص نخست نیز متهم به شروع به جنایت عمدی کرد؟ پیشتر، عده‌ای در تبیین رابطه استناد بین دیگر بیماری‌های واگیردار و نتیجه حاصل از آن، که فرق ماهوی با بیماری کنونی ندارد، با معقول ندانستن تفهیم دو اتهام به وی به سبب رفتاری واحد، به این پرسش پاسخ منفی داده‌اند (فروغی و دیگران، ۱۳۹۴: ۱۴۵). این نظر از آن رو در خور نقد است که خطر فعلیت‌یافته مرتکب را که موقعیت بزه‌دیده نخست را تا آستانه مرگ یا آسیب بدنی به پیش برده، نادیده می‌گیرد. بی‌گمان، اگر نبود مداخله عامل خارجی در بزنگاه آخر، قصد فاعل در مورد هدف نخست معلق نمی‌ماند.

چنان که مشخص است، در این شق از جنایت نیز فاعل از قصد فعل برخوردار

است و آنچه در مورد او صادق نیست، قصد رفتار واقع شده بر معنی علیه بنا بر حکم بند پ ماده ۲۹۲ قانون مجازات اسلامی است. البته مثال ذکر شده در این بند - قصد رها کردن تیری به سمت شکار و برخورد با انسانی - دلالت بر این ندارد که جنایت مورد اشاره، مشمول حالتی چون نمونه بالا - که فاعل نیت ایراد فعل نسبت به انسانی دارد اما سرانجام شخص دیگری مورد اصابت قرار می‌گیرد، نیست؛ زیرا در هر دو حالت، نتیجه به دست آمده، مد نظر فاعل نبوده است. شایان ذکر است که اگر مرتکب علم به این داشته باشد که به طور نوعی، دیگری آماج اقدامش واقع می‌شود، جنایت واقع شده، نه خطای محض که عمدی به حساب می‌آید (تبصره این ماده)؛ نظیر صورتی که وی در محیطی متراکم به قصد آلوده‌سازی شخص الف، مایع حاوی ویروس کرونا را بیفشاند، اما عاقبت، شخص ب که در کنار اوست، آلوده شده و صدمه ببیند.

جنبه دیگر جنایت خطای محض توسط مجنون و صغیر اعم از ممیز و غیر ممیز شکل می‌گیرد. در این نوع، آنچه مدخلیت دارد، خصوصیت سنی و روانی مرتکب فارغ از رکن روانی اوست که حسب مورد می‌تواند عمد یا شبه باشد. بدین خاطر قانون مجازات اسلامی پیشین به درستی جنایت منتسب به اینان را در حکم خطئی معرفی کرده بود (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۳: ۸۷). بر خلاف نظر کسانی که رفتار افراد یاد شده در نقض اوامر و نواهی قانون‌گذار را به سبب مقرون نبودن با عنصر اراده، جرم نمی‌پندارند (عوض، ۱۹۸۰: ۴۳۳) باید گفت که این قشر، از سطح نازل ادراک و اراده برای تکوین رکن معنوی و در نتیجه ارتکاب جرم برخوردارند؛ اما مانع مسئولیت کیفری آنان در چنین وضعی، عدم بهره‌مندی از مرتبه بالای ادراک است. به یک معنا، این قبیل انسان‌ها در حالی که از اهلیت جرمی یا جنایی به واسطه داشتن اراده حداقلی و توان برقراری رابطه ذهنی با رفتار مجرمانه بهره‌مندند، از اهلیت جزایی برای مؤاخذه گردیدن به جهت نداشتن اراده معتبر و رشد جزایی بایسته بی‌نصیب‌اند (موسوی مجاب، ۱۳۹۸: ۱۹۵-۱۹۶؛ میرسعیدی، ۱۳۹۰: ۱/۵۲-۶۴).

با این استدلال، اگر فرد هشت‌ساله‌ای با وجود دیدن تعلیم درباره فاصله‌گذاری فیزیکی و چگونگی استفاده از وسیله‌های بهداشتی از سوی والدین، بر پایه بی‌احتیاطی و عدم رعایت ضوابط، به اتاق کوچک پدر بزرگ سالمند و در حال استراحت خود

وارد شود و در مدت توقفش در آن فضا، ویروس را از طریق جریان هوا به او منتقل و باعث بیماری و سپس مرگش گردد، مطابق بند ب ماده ۲۹۲ قانون پیش گفته، باعث جنایت خطئی شده است. همچنین است آنجا که شخص مجنونی که خود به واسطه گرفتن کرونا در ایزوله به سر می‌برد، در موقعیتی اقدام به فرار نماید و به منظور کشتن یکی از مسئولان تیمارستان که به دفعات از او رفتار نامهربانانه دیده است، وارد اتاق کارش شده و با برداشتن ماسک از روی صورت وی، علاوه بر عطسه نمودن از فاصله نزدیک، دستان آلوده خود را بر چشمان و بینی این شخص بکشد و بر اثر انتقال ویروس، سبب درگذشت او پس از یک ماه شود.

بعد سوم جنایت مورد نظر در موقعیت‌هایی چون خواب یا بیهوشی مرتکب رخ می‌دهد (بند الف ماده ۲۹۲ قانون م.ا.); مثل اینکه شخص مبتلا به چنین بیماری عفونی‌ای، در حال خواب‌گردی، به اشیای مختلفی دست بزند و آلودگی حاصل از آن، پیرمرد ناآگاه به این موضوع را بر اثر استفاده، به ورطه بیماری و سپس مرگ کشاند. با وجود این، اگر فاعل با علم به اینکه وضعیت او نسبت به جسم و جان دیگری آسیب‌زاست، به اقدام‌های این‌چنینی دست زند، جنایتش عمد خواهد بود (تبصره این ماده); نظیر وقتی که فردی با وجود آگاهی از داشتن بیماری خواب‌گردی و نیز کووید ۱۹، از رفتن به اردوی زیارتی که بدان دعوت گردیده، خودداری نکند و سپس در اثر پرسه زدن به هنگام خواب در مکان‌های مختلف محل اقامت، موجب انتقال ویروس و فوت زائر دارای دیابت شود.

۲. مسئولیت کیفری دولت، بیمارستان‌ها و نهادهای عمومی در قبال

انتقال ویروس کرونا

مسئولیت کیفری مجموعه‌های متشکل از جمله کانون‌ها، انجمن‌ها، مؤسسه‌ها، مرکزهای درمانی و نهادهای عمومی در قبال جنایت‌های ناشی از سرایت ویروس پر قدرت کرونا به افراد، از آن رو شایسته بررسی است که جملگی در زمره اشخاص حقوقی، و به حکم ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی، در ردیف تابعان حقوق کیفری قرار دارند. اگرچه طرح چنین موضوعی در اثنای گفته‌های پیشین هم ممکن می‌نمود،

اما به سبب اهمیت بُعدهای آن و نیز ضرورت تفکیک میان گونه‌های اشخاص مزبور از حیث شرایط توجه مسئولیت به آن‌ها، بیانی مستقل از قضیه را بایسته‌تر می‌نمود. واقعیت این است که امروزه به تناسب توسعه شخصیت‌های حقوقی و سیطره آن‌ها بر بیشتر شئون مادی و معنوی بشر و در اختیار گرفتن منابع‌های قدرت، ثروت و خطر، شکل‌گیری جرم‌های سترگی نظیر جنایت علیه اشخاص به انحای مختلفی مانند نشر عمدی یا سهل‌انگاری و ویروس‌بیماری مورد بحث از رهگذر فعالیت‌ها و اقدام‌های دور از واقع نیست. از این رو باید دید که آیا انتساب همه جرم‌های علیه تمامیت جسمانی از جمله قتل عمد به اشخاص یادشده میسر است یا نه؟ در این زمینه، آیا نوع‌های مختلف موجودهای حقوقی، از اهلیت جنایی برخوردارند و مسئولیت کیفری رفتار خود را متقبل خواهند شد یا بین آن‌ها تفاوت وجود دارد؟

اگرچه قانون‌گذار در سال ۱۳۹۲ به موجب قانون مجازات اسلامی، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را از جنبه استثنایی پیشین خارج و بدان عمومیت بخشید، اما از جهت‌هایی، همچنان دامنه آن را محدود نگاه داشته است. توضیح اینکه اگر موضوع به اشخاص حقوقی حقوق خصوصی نظیر شرکت‌های تجاری و مؤسسه‌های غیر تجاری مربوط باشد، بدون هیچ تفاوتی، آن‌ها را به واسطه جرم مستوجب تعزیری مانند تهدید علیه بهداشت عمومی - صرف نظر از آسیب جسمانی به اشخاص - که نماینده قانونی آن‌ها به نام یا در راستای منافعشان مرتکب شود، مسئول اعلام کرده و حسب شدت جرم و نتیجه‌های زیانبار، آماج یک یا دو ضمانت اجرای موضوع ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی قرار داده است.^۱ همچنان که ممکن است پیمانکاری به خدمت گرفته‌شده، در دفع ضایعات بهداشتی جمع‌آوری‌شده‌ای مثل دستکش‌ها و ماسک‌های مستعمل و آلوده، اصولی را که باید، رعایت نکرده و وضعیتش مشمول ماده ۶۸۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ شود. اما اگر سرانجام انتقال یا انتشار ویروس، مرگ فرد یا افراد

۱. ضمانت اجرای پیش‌بینی‌شده در این ماده عبارت‌اند از: انحلال شخص حقوقی، مصادره کل اموال، ممنوعیت از یک یا چند فعالیت شغلی یا اجتماعی به طور دائم یا حداکثر برای مدت پنج سال، ممنوعیت از دعوت عمومی برای افزایش سرمایه به طور دائم یا حداکثر برای مدت پنج سال، ممنوعیت از اصدار برخی از اسناد تجاری حداکثر برای مدت پنج سال، جزای نقدی و انتشار حکم محکومیت به وسیله رسانه‌ها.

و یا صدمه‌هایی نظیر اختلال در دستگاه تنفسی و ریه آن‌ها باشد، در انتساب مسئولیت کیفری به این سنخ از اشخاص حقوقی باید تفکیک قائل شد؛ به طوری که اگر از یک سو، خطای جزایی شخص حقوقی محرز شود و از دیگر سو، بین رفتار وی و آسیب ایجادشده رابطه علیت برقرار باشد، جنایت منتسب به آن، شبه عمد محسوب می‌شود. بدین اعتبار، وی مطابق تبصره ماده ۱۴ و ماده ۲۰ قانون یادشده، شایسته محکومیت به دیه و تعزیر است. بنابراین اگر وضع این گونه باشد که هنگام استفاده از ماسک‌های غیر استاندارد تولیدی یک شرکت توسط شهروندی جاهل به این نقص، عفونت به بیرون منتشر و سبب مرگ وی شود، چنین شخص حقوقی‌ای، متهم به ارتکاب جنایت یادشده است. افزون بر این، همچون رویدادهایی از طریق ترک فعل نیز ممکن می‌نماید؛ مثل آنجا که بیمارستانی پیش از ضد عفونی کردن اتاق‌ها، اشیاء و لباس‌ها، اقدام به پذیرش بیمار نماید و در نتیجه این رفتار، فردی بر اثر دریافت ویروس فوت نماید. اما اینکه اساس دیدگاه قانون‌گذار در تبصره ماده ۱۴ و انتساب جنایت شبه عمدی به اشخاص حقوقی، ملهم از نظریه نمایندگی^۱ (شریفی، ۱۳۹۸: ۱۱۷-۱۲۲) یا نظریه مسئولیت مافوق و کار فرماست^۲ (رفیع‌زاده، ۱۳۹۴: ۱۵۳)، مطلبی است که تشریح آن، به نوشتاری مستقل نیازمند است.

اما توجه اتهام جنایت عمد به شخصیت‌های حقوقی ذکرشده که به مقصود آسیب به جان یا جسم انسان معین یا نامعین از یک جمع یا یک جمع معین یا نامعین، اقدام به انتقال این مرض مسری پرخطر به آن‌ها نمایند، به رغم اطلاق کلام قانون‌گذار در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی دشوار است و این تلقی، نه به لحاظ عدم امکان تصور عقلی پیدایی این پیامد، که به جهت مانع قانونی در پیش روی آن است؛ چه، ضمانت اجراهای کیفری تعیین شده در این قانون برای اعمال بر اشخاص حقوقی (مندرج در ماده ۲۰)، به دلالت تبصره ماده ۱۴، ویژه جرم‌های تعزیری‌اند و نه شرعی. با وجود این،

۱. بر پایه این دیدگاه، اشخاص حقوقی به طور غیر مستقیم و از طریق رفتار نماینده خود منشأ اثر بوده و رکن‌های مادی و معنوی جرم را تحقق می‌بخشند.

۲. بر اساس این رویکرد، اشخاص حقوقی به طور غیر مستقیم و از طریق رفتار کلیه پرسنل خود در حیطه وظیفه استخدامی، قابلیت ارتکاب جرم و پذیرش مسئولیت کیفری را دارند.

نظر به تعزیری بودنِ معاونت در جنایت مورد گفت‌وگو، متهم ساختن شخصِ مشخص حقوقی در این خصوص، با مانعی روبه‌رو نیست. بدیهی است که در این صورت، اتهام مباشرت در جنایت، معطوف به نمایندهٔ انسانیِ مقصر خواهد بود. با این حال برخی، عدم امکانِ اعمال قصاص بر اشخاص حقوقی را نه موجبی برای انتفاء انتساب جنایت به آن‌ها، که سببی برای جایگزینیِ تعزیر با اخذ وحدت ملاک از مادهٔ ۶۱۲ می‌دانند (موسوی مجاب و رفیع‌زاده، ۱۳۹۴: ۶۰-۶۱). طبیعی است که نظر به ماهیت انسانیِ مجازات پیش‌بینی شده در مادهٔ مزبور (حبس)، ضمانت اجرای قابل اجرا در حق شخص حقوقی را ناگزیر باید از میان مورد‌های مندرج در مادهٔ ۲۰ گزینش و اعمال کرد.

آنچه می‌ماند، روش شدن وضعیت مسئولیت کیفری رفتار دولت در قبال انتقال چنین همه‌گیری و تحقق نتیجه‌های زیانبار بالاست. اگرچه منشأ این پدیده در قوهٔ قهریه نهفته است، اما این واقعیت، وظیفهٔ چنین نهاد مقتدر و صاحب جایگاهی را در اطلاع‌رسانی به موقع و اتخاذ تدبیرهای بهداشتی لازم برای صیانت از سلامت شهروندان برابر اصل ۲۹ قانون اساسی سلب نمی‌کند. سرزنش‌پذیری دولت در عدم تأمین الزام‌های پزشکی و بهداشتی و منجر به مردن یا صدمه دیدن انسان‌ها بر اساس هر قسم بی‌احتیاطی یا سهل‌انگاری، موضوعیت می‌یابد. اینکه نکوهشی این‌چنین، موجبی صرف برای مسئولیت مدنی این مرجع در جبران خسارت‌های مادی و روانی با مبانی مربوط به خود است^۱ یا افزون بر آن، زمینه‌ساز مسئولیت کیفری او نیز خواهد بود، محل نزاع است. بسیاری از نظام‌های حقوقی از جمله انگلستان (Wells, 2011: 99-101) و فرانسه (روح‌الامینی، ۱۳۸۷: ۱۵۰)، با تحمیل مسئولیت اخیر بر دولت بر اساس دلیلی‌هایی مانند حفظ و استمرار حاکمیت، بی‌فایده بودن مجازات کردن این نهاد، نبود ضمانت اجراهای مناسب و عدم خدشه به خدمات عمومی، مخالفت نموده‌اند. با این حال، آن‌ها در وضعیتی که دولت به تصدیگری و انجام فعالیت‌های قابل تفویض به اشخاص حقوقی حقوق خصوصی و اشخاص حقیقی از جمله حمل و نقل، بهداشت و درمان و ساختمان‌سازی مشغول و از این رهگذر باعث جرمی گردد، موضع خود را تعدیل کرده

۱. مبانی چندگانهٔ توجیه‌کنندهٔ این مسئولیت عبارت‌اند از: نظریهٔ قرارداد اجتماعی، همبستگی اجتماعی، واقع‌گرایی سیاسی (برای مطالعهٔ بیشتر ر.ک: مهرا، ۱۳۹۹: ۱۴۵-۱۴۸).

و مبتنی بر اصل مساوات اشخاص در برابر حقوق کیفری، برای وی مسئولیت کیفری قائل شده‌اند (شریفی، ۱۳۹۴: ۱۶۷-۱۷۲).

قانون‌گذار ایران نیز در تبصره ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی با تصریح به اینکه: «مجازات موضوع این ماده، در مورد اشخاص حقوقی دولتی و یا عمومی غیر دولتی در مواردی که اعمال حاکمیت می‌کنند، اعمال نمی‌شود»، مشابه این رویکرد را برگزیده است. بنابراین اگر یک نهاد دولتی مثل نیروی انتظامی در کشف جرم و تعقیب و گریز متهم، مرتکب جرمی مثل تخریب اموال دیگران گردد، مصون از مسئولیت کیفری است. درست همین شخص حقوقی، اگر در فرایند ساختمان‌سازی برای پرسنل، مرتکب جعل سند، کلاهبرداری، تقلب مالیاتی یا هر جرم دیگری شود، به اعتبار مفهوم مخالف این تبصره، برخوردار از این نوع مسئولیت است. شایان ذکر است که اطلاق تبصره ماده ۱۴ قانون مورد اشاره^۱، این اجازه را می‌دهد که اقدام‌های مبتنی بر خطای اشخاص مورد ذکر، چه در مقام اعمال حاکمیت و چه در راستای تصدی، در صورت منجر به مرگ یا صدمه جسمانی دیگران شدن، موجب شکل‌گیری جنایت شبه عمد و تثبیت مسئولیت آن‌ها بر پرداخت دیه گردد. این مقرره از آن رو قابل دفاع است که از یک طرف، به برابری همگان در پیشگاه قانون وقعی می‌نهد و از طرف دیگر، حاوی این پیام است که قدرت، نه موجبی برای مصونیت، که سببی بر مسئولیت صاحب آن است. بنابراین اگر در زمان همه‌گیری کرونا که توأم گردیده با اعلام ممنوعیت فعالیت‌های غیر حیاتی اشخاص حقیقی و حقوقی از جانب ستاد ملی مبارزه با کرونا، نهادی چون وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی اقدام به برگزاری نمایشگاه کتاب به صورت حضوری نماید و این امر سبب نشر ویروس و مرگ یا لطمه به اجزای تنفسی فرد یا افراد بازدیدکننده گردد، جنایت صورت گرفته بر پایه چنین بی‌احتیاطی‌ای، شبه عمد و منسوب به اوست. همچنین دور از ذهن نیست که چنین بازتاب‌هایی، مسبوق به ترک فعل نهادی خاص باشد؛ مثل اینکه سازمان زندان‌ها به رغم شیوع بیماری کووید ۱۹ در زندان یک منطقه، نسبت به کسب نظر پزشکی قانونی، اعطای مرخصی به زندانیان

۱. مطابق این تبصره: «چنانچه رابطه علیت بین رفتار شخص حقوقی و خسارت وارد شده احراز شود، دیه و خسارت قابل مطالبه خواهد بود...».

در معرض ابتلا و در صورت لزوم، تحت درمان قرار دادن مبتلایان در محیط درمانی، برابر با ماده ۵۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری اقدام ننماید. همین طور ممکن است که برگزاری برخی تجمع‌ها به شرط کاربست پروتکل‌های ناظر به سلامت مجاز باشد؛ اما نهاد دعوت‌کننده با وجود داشتن تکلیف بر رعایت همهٔ موردهای ایمنی، از این امر امتناع کند و سبب ایجاد نتیجه‌های یادشده شود. در این موردها، به دلیل انطباق چنین رفتارهایی با شرایط مندرج در ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی از جمله داشتن وظیفهٔ خاص مبتنی بر فعل (مراعات دستورهای بهداشتی)، توانایی بر انجام این مهم، و تحکیم پیوند علیت بین چنین ترک فعلی و جنایت تحقق‌یافته، مسئولیت کیفری متوجه موجود حقوقی است. احراز رابطهٔ علیت بین این گونه کنش‌های منفی - که مصداق‌هایی از سببیت‌اند و نه مباشرت^۱ - و نتیجه‌های ناصواب، از آن روست که جایگاه آن‌ها از ترک فعل محض تمیز داده شود.

مطلب‌های پیش‌گفته دربارهٔ سازمان‌ها و بنیادهای حقوقی حقوق عمومی غیر دولتی نیز صادق بوده و آن‌ها هم جز در مقام اعمال حاکمیت، به واسطهٔ جرم صورت‌داده از طرف نمایندهٔ قانونی خود، مسئولیت کیفری نیابتی خواهند داشت. حال، پرسش این است که چنانچه نهاد عمومی چون شهرداری، انجام فعالیت سازمانی خود مثل جمع‌آوری زباله‌های منطقه‌ای را به شرکت پیمانکاری از بخش خصوصی محول نماید و سپس به سبب عدم رعایت اصول بهداشتی در حین انجام کار، ویروس کرونا به رهگذر دارای بیماری زمینه‌ای منتقل و منجر به مرگ او گردد، مسئولیت کیفری بر عهدهٔ پیمانکار است یا نهاد تفویض‌کنندهٔ فعالیت؟ در خصوص این موضوع و دیگر موردهای مشابه که تفویض فعالیت به نهادی دیگر مغایرت قانونی نداشته باشد، به نظر می‌رسد که مسئولیت کیفری متوجه پیمانکار باشد و همو باید محکوم به پرداخت دیه و تحمل تعزیر گردد.^۲ پاسخ به این پرسش که: «اگر دادگاه نخستین، نه شخص حقوقی

۱. برای آگاهی بیشتر در این باره و به طور کلی تبیین امکان وقوع جنایت به وسیلهٔ ترک فعل، ر.ک: صادقی و جودکی، ۱۳۹۵: ۹۹-۱۲۰.

۲. فارغ از موضوع کرونا، برای آگاهی دربارهٔ نحوهٔ مسئولیت کیفری دولت و شهرداری در رویهٔ قضایی ر.ک: نشست قضایی قضات مازندران، کد نشست ۱۳۹۸-۶۶۳۴ (<<https://www.neshast.org>>).

پیمانکار، بلکه مدیر آن را محکوم کند، آیا مدیر جدید خواهد توانست نسبت به حکم اعتراض نماید یا نه؟^۱، به سبب تفکیک شخصیت حقیقی از حقوقی، منفی است. با همین استدلال، اگر مدیر محکوم، اقدام به پژوهش خواهی کند، دادگاه تجدیدنظر قادر نیست با توجیه تقصیر پیمانکار، حکم را تغییر داده و وی را محکوم نماید.

نتیجه‌گیری

توسل به سازوکارهای حقوق کیفری و به خدمت گرفتن ضمانت اجرای آن برای تقابل با اشخاصی که با نادیده انگاشتن قواعد مربوط، به طور مستقیم یا غیر مستقیم در انتشار بیماری کووید ۱۹ دخیل و سلامت جسمانی افراد را به مخاطره می‌افکنند، به منظور حفظ منافع عمومی جامعه و حمایت از بزه‌دیدگان اجتناب‌ناپذیر می‌نماید. کاربست این رویکرد در کنار اعمال سیاست اجتماعی ناظر به رعایت دقیق پروتکل‌های ایمنی و به کار گماردن توصیه‌های سازمان بهداشت جهانی و وزارت بهداشت کشور از سوی اشخاص حقیقی و حقوقی، طریق‌های بایسته کنترل اوضاع نابسامان ناشی از این بلا یولوژیک است. بر اساس راهبرد نخست، انتقال توأم با قصد بیماری یادشده به فرد معین، یا فرد یا افرادی نامعین از یک جمع و حتی فرد یا جمعی نامعین که هرآینه می‌تواند منجر به فوت، نقص عضو و یا لطمه به منافع شخص یا اشخاص و در نتیجه تحقق جنایت عمدی گردد، مستلزم مجازات قصاص و در این میان، وجود فاصله زمانی میان رفتار مرتکب و نتیجه ناشی از آن، متغیری بی‌تأثیر است. از طرفی، چون حسب نظر متخصصان و داده‌های آماری، چنین ویروسی نسبت به مبتلایان کهن سال و دارندگان بیماری زمینه‌ای نوعاً مرگبار یا آسیب‌زننده به جسم به ویژه اعضای داخلی است، اشاعه به دیگری بدون قصد صریح بر نتیجه نیز با علم به سببیت آن، موجب انتساب این نوع جنایت به فاعل است. در نبود ویژگی‌های مذکور و نیز در وضعیتی که سرایت منتهی به نتیجه، محصول تقصیر و یا جهل مرتکب نسبت به موضوع^۱ باشد، جنایت شکل گرفته، شبه عمد است. حال اگر گزند وارد بر جان و جسم دیگری

۱. البته خطا در هویت (موضوع ماده ۲۰۴ قانون م.ا.) که به نظر، نوعی از جهل به موضوع (مثل مهدورالدم بودن بزه‌دیده) است، از این حکم مستثنا و متضمن جنایت عمد خواهد بود.

از رهگذر آلودگی به این نوع ویروس، ریشه در عمد یا خطای کودک یا شخص مجنون، یا خطای در هدف از سوی کنشگر و یا اقدام شخص در هنگام خواب با بیهوشی داشته باشد، جنایت شکل گرفته، خطای محض خواهد بود. پوشیده نماند که دو مورد اخیر، در صورت علم مرتکب به تحقق نتیجه و اقدام به رغم این علم، جلوه عمد به خود می‌گیرند. گذشته از این‌ها، اگر مرتکب به قصد خاص اخلال گسترده در نظم عمومی یا با علم به آن، اقدام به پخش ویروس مورد اشاره در سطح جامعه نماید، مفسد فی الارض محسوب و مشمول ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی می‌گردد. در این حال، جنایت علیه اشخاص جنبه حق‌اللهی و غیر قابل گذشت به خود گرفته و نه تنها برای مباشر، که برای معاون هم کیفر اعدام در پی دارد. اگرچه نظر به سنگینی مجازات اعدام، اصلاح ماده نام‌برده و تنویر مفهوم‌هایی چون «گسترده» و «وسیع»، جهت پرهیز از تفسیر به رأی قضایی در خور اهمیت است.

بدین گونه در پرتو تدبیرهای پیش‌بینی شده در قانون، امکان تعقیب کیفری و مجازات متخلفان حوزه مورد بحث فراهم است. البته این، به معنای کفایت مقررهای موجود در کنترل تلاطم ناشی از بیماری کووید ۱۹ نیست و نیل به نتیجه‌ای مطلوب، منوط به بازاندیشی در برخی موردهاست؛ از جمله، ضرورت تحول بنیادین در قانون طرز جلوگیری از بیماری‌های آمیزشی و بیماری‌های واگیردار مصوب سال ۱۳۲۰ از جهت قلمرو، شدت‌بخشی به ضمانت‌اجراهای کیفری مندرج در آن و غیر قابل گذشت اعلام کردن جرم انتقال بیماری و یا اساساً وضع قانونی نوین و جامع‌الاطراف؛ به گونه‌ای که متضمن جرم‌انگاری نفس اشاعه ویروس کرونا در هر دو شق عمدی و غیر عمدی (مبتنی بر غفلت و تقصیر)، همراه با ضمانت‌اجراهای درخور و مستثناسده از شمول نهادهای ارفاقی‌ای چون تخفیف، تعلیق و مرور زمان باشد. همین‌طور وجوب جرم‌انگاری رفتار کسانی که از علائم این بیماری برخوردارند و با وجود این، خود را به مراکز درمانی معرفی نکرده و یا در صورت قرنطینه شدن، اقدام به فرار می‌کنند.

کتاب‌شناسی

۱. آقایی‌نیا، حسین، *جرایم علیه اشخاص*، چاپ شانزدهم، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۲. اردبیلی، محمدعلی، *حقوق جزای عمومی*، چاپ شصتم، تهران، میزان، ۱۳۹۹ ش.
۳. بهسنی، احمد فتحی، *الجرایم فی الفقه الاسلامی*، چاپ ششم، بیروت، دار الشرق، ۱۹۸۸ م.
۴. حاجی ده‌آبادی، احمد، «بررسی فقهی - حقوقی جنایات ارتكابی توسط صغیر با تأکید بر قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲)»، *فصلنامه شورای فرهنگی اجتماعی زنان و خانواده*، سال هفتم، شماره ۶۶، ۱۳۹۳ ش.
۵. حکمت‌نیا، محمود، «مبانی اخلاقی، فقهی و حقوقی الگوی مواجهه ملی با بیماری‌های همه‌گیر یا تأکید بر کرونا»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، شماره ۶۴، بهار ۱۳۹۹ ش.
۶. روح‌الامینی، محمود، «دگرگونی‌های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در نظام حقوقی ایران و فرانسه»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، سال چهارم، شماره ۱۶، بهار ۱۳۸۷ ش.
۷. روشن، محمد، و محمد صادقی، «ضمان ناشی از انتقال بیماری جنسی»، *فصلنامه فقه پزشکی*، سال سوم، شماره‌های ۷-۸، تابستان و پاییز ۱۳۹۰ ش.
۸. شالمو، باقر، «بازخوانی سیاست جنایی پیشگیرانه در پرتو پاندمی کووید-۱۹ و تئوری آشوب»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی* (ویژه‌نامه حقوق و کرونا)، شماره ۹۰، تابستان ۱۳۹۹ ش.
۹. شریفی، محسن، «تأملی بر مدل‌های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی (مطالعه نظام‌های کیفری آمریکا، استرالیا و ایران)»، *فصلنامه مطالعات حقوقی*، دوره یازدهم، شماره ۱، بهار ۱۳۹۸ ش.
۱۰. صادقی، محمدهادی، *جرایم علیه اشخاص*، چاپ بیست و یکم، تهران، میزان، ۱۳۹۴ ش.
۱۱. طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران، المكتبة المرتضویه، ۱۳۴۶ ش.
۱۲. عوض، عوض محمد، *قانون العقوبات (التقسیم العام)*، اسکندریه، دار المطبوعات الجامعیه، ۱۹۸۰ م.
۱۳. فروغی و دیگران، «نحوه احراز مسئولیت کیفری در بیماری‌های واگیردار و جرایم قابل انتساب»، *فصلنامه حقوق پزشکی*، سال نهم، شماره ۳۵، زمستان ۱۳۹۴ ش.
۱۴. محمد بن مکی، *لمعه دمشقیه*، ترجمه و تبیین علی شیروانی، چاپ چهل و چهارم، قم، دار الفکر، ۱۳۹۱ ش.
۱۵. محمدخانی، عباس، *عنصر روانی جرم*، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۱۶. محمدی جورکویه، علی، «مسئولیت ناشی از انتقال بیماری واگیر و ویروس»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، دوره هفدهم، شماره ۶۴، بهار ۱۳۹۹ ش.
۱۷. مرادی، حسن، و علی شهبازی، «عنصر معنوی قتل عمد در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال چهارم، شماره ۱۳، ۱۳۹۴ ش.
۱۸. مظفری، مصطفی، و مرتضی میرزایی مقدم، «بررسی حقوقی نحوه عملکرد و مسئولیت دولت در جبران خسارات ناشی از بحران کووید-۱۹»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی* (ویژه‌نامه حقوق و کرونا)، شماره ۹۰، تابستان ۱۳۹۹ ش.
۱۹. موسوی مجاب، سید ذرید، «تأثیر اراده بر مسئولیت جنایی»، *دانشنامه مسئولیت کیفری: مقاله‌های برگزیده همایش ملی تحولات مسئولیت کیفری در نظام حقوقی ایران*، به کوشش محسن شریفی، ۱۳۹۸ ش.
۲۰. موسوی مجاب، سید ذرید، و علی رفیع‌زاده، «دامنه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال چهارم، شماره ۱۳، زمستان ۱۳۹۴ ش.
۲۱. میرسعیدی، سیدمنصور، *مسئولیت کیفری؛ جلد اول: قلمرو و ارکان*، تهران، میزان، ۱۳۹۰ ش.

۲۲. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ دوم، قم، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۸۸ ش.

23. Nikolich-Zugich Janko, et al., "SARS-CoV-2 and COVID-19 in older adults: what we may expect regarding pathogenesis, immune responses, and outcomes", *GeroScience, Official Journal of the American Aging Association (AGE)*, Vol. 42(2), 10 Apr. 2020, Available at: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s11357-020-00186-0>>.
24. Verity, Robert, et al., "Estimates of the Severity of Coronavirus disease 2019: a model-based analysis", *The Lancet Infectious Diseases*, Vol. 20(6), 01 June 2020, Available at <[https://www.thelancet.com/action/showPdf?pii=S1473-3099\(20\)30243-7](https://www.thelancet.com/action/showPdf?pii=S1473-3099(20)30243-7)>.
25. Wells, Celia, "Corporate Criminal Liability in England and Wales: Past, Present, and Future", in: Mark Pieth & Radha Ivory (Eds.), *Corporate Criminal Liability; Emergence, Convergence, and Risk*, Springer, Dordrecht, March 2011.

مؤلفه‌های قطعنامه شورای امنیت در گرو تفسیر مقررات اساسنامه در رویه قضایی دیوان کیفری بین‌المللی؛ از کارکرد تا دستاوردهای آن در وضعیت سودان*

□ جواد صالحی^۱

چکیده

قطعنامه شورای امنیت در وضعیت سودان، شامل مؤلفه‌های پنهان است که شناسایی و اعتبارسنجی آن‌ها مستلزم تفسیر اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی است. مطالعه مؤلفه‌های قطعنامه شورای امنیت از زاویه مقررات اساسنامه در رویه قضایی، از اهداف و موضوع این نوشتار است. روش مطالعه از نوع توصیفی تحلیلی و با اتکاء به رویه قضایی در وضعیت سودان و تئوری‌های مرتبط با مقررات اساسنامه است. سؤال اصلی پژوهش این است که قطعنامه شورای امنیت در وضعیت سودان، واجد چه کارکرد و دستاوردهایی در آیین مقررات اساسنامه است؟ یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که قطعنامه شورای امنیت در وضعیت سودان، شامل مؤلفه‌هایی از جمله: ایجاد صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی، انتفاء مصونیت بین‌المللی و لزوم همکاری دولت‌ها با دیوان کیفری بین‌المللی است. کارکرد این الزامات در نتیجه تفسیر مقررات اساسنامه باعث شده است تا

دولت غیر عضو سودان، به مثابه دولت عضو دیوان کیفری بین‌المللی تلقی شود. بنابراین رد ادعای عدم عضویت دولت سودان در دیوان کیفری بین‌المللی، انتفاء بایسته‌های حقوق بین‌الملل عرفی در ارتباط با مصونیت بین‌المللی و ممنوعیت خودداری دولت‌ها از همکاری با دیوان کیفری بین‌المللی، از دستاوردهای حاصل از تفسیر قطعنامه شورای امنیت در پرتو مقررات اساسنامه و رویه قضایی دیوان کیفری بین‌المللی در وضعیت سودان است.

واژگان کلیدی: رویه قضایی، قطعنامه شورای امنیت، صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی، انتفاء مصونیت بین‌المللی، دولت غیر عضو دیوان بین‌المللی کیفری.

مقدمه

دیوان کیفری بین‌المللی (زین‌پس، دیوان یا دیوان کیفری)، سَمبل عدالت کیفری بین‌المللی منطبق بر اراده دولت‌های عضو و پذیرش اساسنامه آن (زین‌پس، اساسنامه ژم یا اساسنامه) است. سازوکارهای رسیدگی به جرایم بین‌المللی اتباع یا واقع در قلمرو سرزمینی دولت‌های عضو دیوان کیفری، محدود به سه طریق شامل: ۱- خودارجاعی (ر.ک: مواد (a) ۱۳ و ۱۴ اساسنامه)، ۲- تشخیص دادستان دیوان کیفری بین‌المللی (زین‌پس، دادستان) (ر.ک: مواد (c) ۱۳ و ۱۵ اساسنامه) و ۳- ارجاع از سوی شورای امنیت حسب اختیارات فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد (ر.ک: ماده (b) ۱۳ اساسنامه) می‌باشند. دو شیوه اول، متکی به عضویت دولت در دیوان کیفری هستند که جرم از سوی اتباع یا در قلمرو سرزمینی آن دولت رخ داده است؛ لیکن طریق سوم، تابع این محدودیت نیست و به‌صرف وقوع جرم در صلاحیت دیوان کیفری محتمل و موجد صلاحیت برای دیوان کیفری است. این سازوکارها علی‌رغم تفاوت ساختاری، از اصول و مقررات واحد اساسنامه تبعیت می‌کنند و از این حیث با یکدیگر تفاوتی ندارند. نفی مصونیت فرد تحت تعقیب از مقامات سیاسی و دارای مصونیت بین‌المللی، یکی از اصول اساسنامه است که در هر سه شیوه و برای دستگیری متهم و شروع محاکمات وی در دیوان کیفری ضرورت دارد. این مفهوم از مقررات ماده (۱) ۲۷ اساسنامه قابل استنباط است که کارکرد آن منصرف از شیوه به جریان افتادن پرونده ذیل یکی از این طرق در دیوان کیفری است.

این رویکرد با هدف و فلسفه ایجادِ دیوان کیفری برای مبارزه با بی‌کیفرمانی مرتکبان جرایم شدید بین‌المللی نیز منطبق است.

اما صرف‌نظر از لزوم این تشریفات، این مسئله از حیث اجرایی با ابهاماتی مواجه است. ابهام در این است که چطور می‌توان مقررات ماده (۱) ۲۷ اساسنامه را با اتکاء به قطعنامه شورای امنیت سازمان ملل متحد (زین‌پس، قطعنامه یا قطعنامه شورای امنیت) به دولت غیر عضو دیوان کیفری تسری داد؟ در حالی که دولت غیر عضو با عدم عضویت در اساسنامه، از شمول مقررات آن خارج است. زوال مصونیت مقامات سیاسی بر حسب مقررات ماده (۱) ۲۷ اساسنامه، متوجه دول عضو اساسنامه و مورد قبول آن‌هاست. اما قطعنامه شورای امنیت در ارجاع وضعیت مجرمانه و لزوم تبعیت از مقررات اساسنامه، متوجه دولت غیر عضو اساسنامه است. این وضعیت در ارتباط با جرایم بین‌المللی شدید که از سوی رئیس دولت غیر عضو دیوان کیفری ارتکاب می‌یابد، بیشتر محل اختلاف است؛ چرا که دولت متبوع متهم، تحت ریاست همان متهم یا مظنون به ارتکاب جرایم بین‌المللی شدید است و همکاری برای دستگیری و تحویل متهم ضمن انتفاء مصونیت وی از طریق آن دولت وجود ندارد. استدلال این دولت‌ها معمولاً در مقابل چنین شرایطی این است که دولت متبوع آن‌ها از اعضای دیوان کیفری نیست و لذا از انتفاء مصونیت مقامات سیاسی به موجب مقررات اساسنامه تبعیت نمی‌کند. البته همکاری دولت‌های دیگر همچنان گزینه محتمل است که رئیس دولت دیگر در مقام متهم به ارتکاب جرایم بین‌المللی شدید را بر اساس مقررات ماده (۱) ۹۸ اساسنامه دستگیر و برای محاکمه به دیوان کیفری مسترد نمایند. لیکن آن دولت‌ها نیز با مانع معیارهای حقوق بین‌الملل عرفی در ارتباط با رعایت مصونیت رئیس دولت مواجه هستند.

بنابراین رئیس آن دولت که متهم به ارتکاب جرایم بین‌المللی است، از منظر سایر دولت‌ها نیز از مصونیت‌های مقرر در حقوق بین‌الملل عرفی برخوردار است. مصونیت آن رئیس دولت به دلیل عدم عضویت دولت متبوع وی در دیوان کیفری تا پایان برخورداری از سمت سیاسی زوال‌ناپذیر است. قطعنامه شورای امنیت نسبت به چنین متهمی، از موجبات ایجاد صلاحیت برای دیوان کیفری است، اما مشخص نیست که

قطعنامه شورای امنیت می‌تواند دول عضو و غیر عضو دیوان کیفری اعم از دولت متبوع متهم یا سایر دولت‌ها را به تبعیت از مقررات ماده (۲) ۲۷ اساسنامه و خودداری از رعایت معیارهای حقوق بین‌الملل عرفی در حفظ مصونیت بین‌المللی متهم در زمان همکاری با دیوان کیفری به موجب مقررات ماده (۱) ۹۸ اساسنامه ملزم نماید. این در حالی است که از یک طرف، دول غیر عضو دیوان کیفری، ملزم به تبعیت از معیارهای حقوق بین‌الملل عرفی هستند و به دلیل عدم عضویت در دیوان کیفری ملزم به تبعیت از مقررات ماده (۲) ۲۷ اساسنامه نیستند. از طرف دیگر دول عضو دیوان کیفری، به تبعیت از مقررات ماده (۲) ۲۷ اساسنامه ملزم هستند، لیکن به دلیل تعهدات موازی در حقوق بین‌الملل عرفی نمی‌توانند بر اساس مقررات ماده (۱) ۹۸ اساسنامه در الغاء مصونیت متهم و دستگیری و تحویل وی به دیوان کیفری، همکاری مؤثری داشته باشند. این وضعیت برای آن‌ها در ارتباط با دستگیری متهمی که دولت متبوع وی از اعضای دیوان کیفری نیست و آن متهم همزمان از مصونیت بین‌المللی نیز برخوردار است، به مراتب سخت‌تر است که موضوع این نوشتار قرار گرفته است.

قطعنامه ۱۵۹۳ شورای امنیت در ارجاع وضعیت سودان به دیوان کیفری، نمونه‌ای از این وضعیت و مجموعه‌ای از تعهدات در ارتباط با نادیده گرفتن مصونیت عمر البشیر رئیس دولت سودان است؛ در حالی که به نظر می‌رسد قطعنامه شورای امنیت در وضعیت سودان دارای مؤلفه‌های مستقل از مقررات اساسنامه دیوان کیفری است، لیکن این مؤلفه‌ها مستلزم شناسایی و اعتبارسنجی بر اساس مقررات اساسنامه در رویه قضایی دیوان کیفری هستند. از این حیث، قطعنامه شورای امنیت در ارتباط با مقررات مواد ۲۷ و (۱) ۹۸ اساسنامه، واجد کارکرد و دستاوردهایی مؤثر است. لذا شناسایی و اعتبارسنجی مؤلفه‌های قطعنامه شورای امنیت برای فراهم شدن زمینه بهره‌برداری از آن‌ها در پرتو مقررات اساسنامه و تحقق عدالت کیفری بین‌المللی از این طریق ضروری و واجد اهمیت است.

بررسی ابعاد این وضعیت، از اهداف این نوشتار است که با روش توصیفی تحلیلی مدّ نظر قرار گرفته است.

سؤال اصلی پژوهش این است که قطعنامه شورای امنیت در وضعیت سودان، واجد

چه کارکرد و دستاوردهایی در آیین مقررات اساسنامه است؟ پاسخ به این سؤال ابتدا مستلزم بررسی قطعنامه شورای امنیت و تعهد به همکاری با دیوان کیفری، در ادامه بررسی قطعنامه شورای امنیت و تعهد به انتفاء مصونیت عمر البشیر می‌باشد تا دستاوردهای تطبیقی آن به عنوان الگویی قابل تعمیم به وضعیت پرونده‌های قابل ارجاع از سوی شورای امنیت به دیوان کیفری در فرض برخورداری عامل جرم از مصونیت مقرر در آموزه‌های حقوق بین‌الملل عرفی ارائه شود.

۱. قطعنامه شورای امنیت و تعهد به همکاری با دیوان کیفری

تأسیس دیوان کیفری، بزرگ‌ترین دستاورد حرکت جامعه بین‌الملل به سوی استقرار عدالت کیفری است. همکاری دولت‌های عضو با دیوان کیفری برای نیل به اهداف مقرر در اساسنامه و تشکیلات آن، واجد اهمیت است. دیوان کیفری دارای نیروی پلیس برای دستگیری یا زندان برای بازداشت یا تحمل مجازات حبس مرتکبان جرایم بین‌المللی نیست. دادستان دیوان کیفری و نیروهای تحت امر و مستقر وی در دادسرای دیوان کیفری در جمع‌آوری دلایل، دسته‌بندی و تحلیل آن‌ها برای نتیجه‌گیری نهایی یا واحدهای حمایت از شهود و بزه‌دیدگان برای تأمین امنیت شهود و بزه‌دیدگان در معیت دیوان کیفری به مأموریت محوله می‌پردازند. این وضعیت، نافی ضرورت همکاری دولت‌ها با دیوان کیفری در سایر امور از جمله: جمع‌آوری دلایل مجرمانه، دستگیری و تحویل متهم یا اعزام شهود یا اجرای مجازات محکوم‌علیه نیست (ر.ک: ماده ۸۶ اساسنامه). لیکن تعهد یک دولت به همکاری با دیوان کیفری در دستگیری و تحویل عامل جرم شدید بین‌المللی، تابع الزامات اساسنامه آن و منوط به عضویت آن دولت در اساسنامه است. اما تمام دولت‌ها در اساسنامه دیوان کیفری عضویت ندارند، در حالی که ممکن است تبعه آن‌ها مرتکب جرم بین‌المللی شود که رسیدگی به آن در صلاحیت دیوان کیفری است.

در این شرایط ضروری است که دولت متبوع مرتکب جرم بین‌المللی، به جرایم تبعه رسیدگی کند، وگرنه جامعه بین‌الملل خواستار رسیدگی به آن وضعیت با اتکاء به اصل

صلاحیت تکمیلی دیوان کیفری و تحقق معیار همان فرد، همان رفتار است (ذاکر حسین، ۱۳۹۸: ۳۷۹). صلاحیت تکمیلی دیوان، مبین این مفهوم است که دیوان کیفری از طریق مقتضی با احراز قصور دولت ذی‌صلاح از اعمال صلاحیت کیفری در وضعیت مجرمانه خاص، اعمال صلاحیت می‌کند (شریعت‌باقری، ۱۳۹۷: ۶۹). این وضعیت، نافی همکاری‌های لازم دولت‌ها با دیوان کیفری پس از اعمال صلاحیت دیوان نیست. هرچند که این تکلیف بر اساس ماده ۸۶ اساسنامه، فقط برای دولت‌های عضو دیوان کیفری است، لیکن ممکن است که همکاری دولت غیر عضو نیز از طریق قطعنامه شورای امنیت توجیه شود. این تئوری بر اساس هدف اصلی از تشکیل دیوان کیفری و طرق مختلف اعمال صلاحیت دیوان تأیید می‌شود که در مقدمه و مواد اساسنامه آن مبنی بر پایان بی‌کیفرمانی مرتکبان جرایم شدید بین‌المللی اعلام شده است. مرتکبان جرایم شدید بین‌المللی، ولو اینکه از صاحبان قدرت و دارای مصونیت بین‌المللی باشند، باید در قبال رفتارهای مجرمانه خود پاسخ‌گو باشند، تا اینکه بزه‌دیدگان این جرایم، به تحقق عدالت کیفری در سطح بین‌المللی امیدوار شوند و دیوان کیفری هم از این طریق به مشروعیت خویش نائل شود و موقعیت خود را در عرصه بین‌المللی تثبیت کند.

این موقعیت جلوه‌ای از برقراری تعادل میان صلح و عدالت کیفری بین‌المللی برای حمایت از معیارهای حقوق بشری است (سلیمی ترکمانی، ۱۳۹۶: ۱۶۸). لذا واگذاری صلاحیت دیوان در رسیدگی به وضعیت سودان نیز مستلزم همکاری در دستگیری و تحویل عامل جرم به دیوان کیفری است. اما انفعال دولت‌ها حسب تجربه جامعه بین‌المللی دور از ذهن نیست. مستمسک دولت‌ها در این شرایط، همان موقعیت عامل جرم در رأس یا بدنه دولت حاکم است که از مصونیت سیاسی هم برخوردار است. لذا مصونیت سیاسی عامل جرم، گاهی مانع از همکاری دولت متبوع وی با دیوان کیفری است، در جایی که متهم دارای بالاترین مقام سیاسی در آن دولت است. مصونیت شخصی رؤسای دولت‌ها به نحو مقرر در آموزه‌های حقوق بین‌الملل عرفی تا پایان دوره خدمت به رسمیت شناخته شده است. اما این شرایط تا زمانی است که این افراد از سوی دیوان کیفری تحت تعقیب قرار نگرفته باشند، هرچند که مصونیت آن‌ها از منظر

قضات دیوان کیفری تا پایان دوره خدمت، نزد محاکم داخلی آن دولت همچنان محفوظ است (ICC, 2011: 41). بنابراین زائل شدن مصونیت رؤسای دولت‌ها به محض تحت تعقیب قرار گرفتن آن‌ها در دیوان کیفری، از مسائل اصلی و پذیرفته شده است. از این رو، انتفاء مصونیت مرتکبان جرایم بین‌المللی و دستگیری و تحویل آن‌ها به دیوان کیفری بلاشکال است (ICC, 2013: 13). لیکن همین شرایط هم مربوط به تبعه دولتی است که آن دولت در دیوان کیفری عضویت دارد. لذا هم آن دولت مکلف به انتفاء مصونیت عامل جرم است و هم سایر دولت‌ها با مانع مصونیت متهم مواجه نیستند. لیکن اگر دولت متبوع متهم از اعضای اساسنامه نیست، زوال مصونیت متهم از سوی آن دولت و دول ثالث در زمان همکاری با دیوان نسبت به اتباع خارجی باید با احتیاط باشد.

لیکن این وضعیت تا زمانی است که قطعنامه‌ای از سوی شورای امنیت برای ارجاع جرم تبعه دولت غیر عضو اساسنامه صادر نشده باشد که تعهد موازی همکاری با دیوان کیفری را برای دولت متبوع متهم و سایر دولت‌ها ایجاد می‌کند؛ چنان که لزوم همکاری دولت‌ها با دیوان کیفری در پرتو قطعنامه، به معنای انتفاء مصونیت عامل جرم و تحویل وی به دیوان کیفری است؛ با این تفاوت که این تعهد برای دول غیر عضو، بر اساس مؤلفه‌های قطعنامه شورای امنیت است. اما الزام همکاری دول عضو با دیوان کیفری در این شرایط بر اساس مقررات اساسنامه و تبعیت توأمان از مقررات مواد (b) ۱۳، (۲) ۲۷ و (۱) ۹۸ اساسنامه است؛ همان طور که هدف از وضع ماده (۱) ۹۸ اساسنامه، جلوگیری از مواجهه دولت‌های عضو با تکالیف متناقض از جمله تعهد به همکاری با دیوان کیفری در دستگیری و تحویل عامل جرم در مقابل تعهد به احترام به مصونیت بین‌المللی دیگر دولت‌ها و مقامات رسمی آن‌هاست. بنابراین الزام دولت‌ها به همکاری با دیوان کیفری نباید در تعارض با دیگر تعهدات وی در عرصه بین‌الملل باشد. منصرف از اینکه دولت‌های غیر عضو بر اساس ماده (۱) ۹۸ اساسنامه، مخاطب آراء دیوان کیفری نیستند. آن‌ها در وضعیت سودان، مخاطب قطعنامه شورای امنیت هستند، هرچند که به رعایت مؤلفه‌های حقوق بین‌الملل عرفی در ارتباط با مصونیت رئیس جمهور بر مسند قدرت نیز به طور کلی متعهد هستند. چنان که برخی معتقدند

که دیوان کیفری بر اساس مقررات ماده (۱) ۹۸ اساسنامه، از تقاضای همکاری دولت عضو دارای تعهدات متناقض در حقوق بین‌الملل عرفی بر رعایت مصونیت دیپلماتیک افراد یا مصونیت دولت ثالث غیر عضو منع شده است (امامیان و عزیز، ۱۳۹۷: ۹۳). این وضعیت در مورد دول آفریقایی در ارتباط با دولت سودان و رئیس‌جمهور آن پیچیده‌تر است. دول آفریقایی با تعهد ثالثی نیز مواجهه هستند که احترام به مصونیت بین‌المللی عمر البشیر را تقویت می‌کند. دول آفریقایی بر اساس مصوبات اتحادیه آفریقا ملزم به عدم همکاری با دیوان کیفری شده‌اند و ضمانت اجرای مصوبات اتحادیه آفریقا، ماده (۲) ۲۳ قانون اساسی اتحادیه آفریقا است (African Union, 2015: 18) که ابزارهای تنبیهی را برای دولت‌های عضو خود در نظر گرفته است که احیاناً از دستورات اتحادیه آفریقا در ارتباط با خودداری از همکاری با دیوان کیفری در دستگیری و تحویل عمر البشیر تبعیت نمی‌کنند. اما در این شرایط، دستورات اتحادیه آفریقا به خاطر تقابل با مفاد قطعنامه شورای امنیت کارایی ندارد؛ چرا که قطعنامه شورای امنیت به موجب مقررات ماده (b) ۱۳ اساسنامه، مبنای تعهد مستقل دولت‌ها و برتر از تمام تعهدات نقیض آن برای همکاری با دیوان کیفری است، اعم از اینکه دولت‌های مخاطب قطعنامه از اعضای دیوان کیفری یا اتحادیه آفریقا باشند یا نباشند.

۲. قطعنامه شورای امنیت و عبور از الزامات حقوق بین‌الملل عرفی

قطعنامه شورای امنیت در وضعیت سودان، خطاب به تمام دولت‌ها نیست. در قطعنامه شورای امنیت به لزوم همکاری دولت سودان و دولت‌های درگیر در وضعیت دارفور اشاره شده است. در مرحله اول، دولت سودان به عنوان دولت متبوع متهم به ارتکاب جرم بین‌المللی در صلاحیت دیوان کیفری، مکلف به همکاری با دیوان کیفری برای فراهم شدن مقدمات محاکمه عامل جرم است. لذا دولت سودان به تبعیت از مقررات ماده (۱) ۲۷ اساسنامه در الغاء مصونیت تبعه سیاسی و دستگیری و تحویل وی به دیوان کیفری دارای تکلیف است. هرچند که دولت سودان، عضو دیوان کیفری نیست، لیکن به استناد قطعنامه شورای امنیت، در حکم عضو دیوان قرار گرفته است (Tladi, 2015^B: 1043). وضعیت سودان از سوی شورای امنیت به دیوان کیفری ارجاع

شده است و همکاری دولت سودان با دیوان کیفری در گرو تبعیت از مقررات اساسنامه است. این در حالی است که رویه قضایی دیوان کیفری نشان می‌دهد که مصونیت عمرالبشیر بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی محفوظ است، لیکن به اتکاء قطعنامه شورای امنیت زائل است (ICC, 2014: 29). اما احتمال انتفاء مصونیت عمرالبشیر از سوی دولت سودان وجود ندارد، در حالی که آن دولت در آن زمان، تحت ریاست عمرالبشیر بوده است.

عمرالبشیر در سال ۲۰۱۹ از قدرت ساقط و خلع شده است. لذا او دیگر از مصونیت بین‌المللی برخوردار نیست و محاکمات او در دیوان کیفری هم با چنین مانعی مواجه نیست. لیکن دیوان کیفری از سال ۲۰۰۵ تا ۲۰۱۸ درگیر مسئله انتفاء مصونیت او و لزوم همکاری دولت‌های عضو و غیر عضو دیوان کیفری در دستگیری و تحویل وی برای شروع محاکمات به استناد قطعنامه شورای امنیت بوده است. این رویکرد و دوره زمانی طولانی، حاوی تئوری‌ها و تجربه‌هایی است که پشتوانه عملکرد دیوان کیفری در وضعیت‌های مشابه در آینده است. لذا بررسی ابعاد آن برای ترسیم چشم‌انداز فعالیت دیوان کیفری با اتکاء به تجربیات گذشته، واجد اهمیت و کارکرد است، هرچند که دیگر نسبت به عمرالبشیر به اندازه سابق مؤثر و کارآمد نباشد. چنان که دولت موقت سودان نیز اعلام کرده است که عمرالبشیر را برای محاکمه به دیوان کیفری تحویل می‌دهد، اما با وضعیت فعلی عمرالبشیر و رویکرد دولت جدید سودان، هنوز هم این وعده محقق نشده است و چه‌بسا هم محقق نشود. البته سقوط دولت عمرالبشیر، بر احتمال همکاری بیشتر دول عضو یا غیر عضو دیوان کیفری در تحویل وی به دیوان کیفری مؤثر است که واجد مؤلفه‌های دیگری می‌باشد که از موضوع این نوشتار خارج است و پرداختن به آن مجال دیگری را می‌طلبد. لذا در این شرایط، انتفاء مصونیت عمرالبشیر از سوی سایر دولت‌ها و همکاری در دستگیری و تحویل وی به دیوان کیفری موضوعیت دارد. لیکن زوال مصونیت عمرالبشیر از سوی سایر دول غیر عضو اساسنامه تا زمان ریاست وی بر دولت سودان نیز مفقود بوده است. دول غیر عضو اساسنامه، متعهد به رعایت معیارهای حقوق بین‌الملل عرفی در ارتباط با مصونیت بین‌المللی رئیس دولت تا پایان دوره خدمت وی هستند و در این ارتباط، از مقررات

اساسنامه تبعیت نمی‌کنند.

قاعده مصونیت دولت‌ها و مقامات عالی‌رتبه آن‌ها، مُنبعث از اصل برابری حاکمیت دولت‌ها و از اصول اساسی نظم حقوقی بین‌المللی است. اما قطعنامه شورای امنیت در وضعیت سودان، خلاف آن را توقع داشته است. لذا نادیده گرفتن الزامات حقوق بین‌الملل عرفی از سوی دول غیر عضو اساسنامه در انتفاء مصونیت و دستگیری و تحویل عمر البشیر، ناشی از مقررات ماده (۱) ۲۷ اساسنامه نیست. چنان که ماده (۲) ۲۷ اساسنامه در نفی مصونیت رئیس دولت متهم به ارتکاب جرایم بین‌المللی پیش روی دیوان کیفری بر الزامات حقوق بین‌الملل عرفی نسبت به دول غیر عضو اساسنامه تأثیری ندارد. الزامات حقوق بین‌الملل عرفی دارای مرزهای متمایز از قلمرو مقررات ماده (۲) ۲۷ اساسنامه است و برای دولت‌های غیر عضو دیوان کیفری، از اعتبار بیشتری برخوردار است. تعهدات ناشی از اساسنامه، ناشی از اصل نسبی بودن معاهدات است و فقط نسبت به طرفین معاهده تعهدآور است، اما حقوق بین‌الملل عرفی، جایگاه قانون را در حقوق بین‌الملل ایفا می‌نماید و نسبت به همه دولت‌ها الزام ایجاد می‌نماید؛ چنان که مؤلفه‌های حقوق بین‌الملل عرفی از منظر برخی، خط مُنقسم میان دول عضو و غیر عضو دیوان کیفری در عرصه بین‌الملل است (Tladi, 2015^A: 496). لذا معیارهای حقوق بین‌الملل عرفی، مؤید مصونیت بین‌المللی رؤسای دولت‌های غیر عضو است، هرچند که این وضعیت نسبت به دول عضو اساسنامه مؤثر نیست. همچنان که اتحادیه آفریقا معتقد است که کارکرد ماده (۲) ۲۷ اساسنامه فقط نسبت به دول عضو دیوان کیفری مؤثر است (African Union, 2012: 2). از این حیث، دول غیر عضو دیوان کیفری، مشمول مقررات حقوق بین‌الملل عرفی و امتیازات مرتبط با مصونیت بین‌المللی هستند و مقررات اساسنامه دیوان کیفری بر دول غیر عضو بی‌تأثیر است. لذا مصونیت مقامات دولتی، حق دولت متبوع آن‌هاست تا زمانی که به عضویت اساسنامه درنیامده‌اند. اساسنامه دیوان کیفری تنها اعضای خود را ملزم به لغو مصونیت اعطایی به مقامات دولتی متبوع و نادیده گرفتن الزامات حقوق بین‌الملل عرفی در این زمینه می‌نماید.

به بیان دیگر، مقررات اساسنامه نمی‌تواند حقوق متعارف دول غیر عضو را زائل

کند، در حالی که آن‌ها محفوظ بودن و اعمال آن را در حق خویش با عدم عضویت در اساسنامه اعلام کرده‌اند. از این رو، دستگیری و محاکمه رئیس دولت غیر عضو، از چالش‌های پیش روی دیوان کیفری بین‌المللی در عبور از الزامات حقوق بین‌الملل عرفی برای پیشبرد مأموریت‌های محوله است. دیوان کیفری بر این اساس نمی‌تواند به جنایت رؤسای دولت‌های غیر عضو حتی با ارجاع شورای امنیت رسیدگی کند، مگر اینکه به باور برخی، اعمال مقررات ماده (۱) ۹۸ اساسنامه را از دولت‌های عضو دیوان تقاضا کند (عبدالمالکی، راعی دهقی، محمودی و آرش‌پور، ۱۳۹۸: ۱۳۰۹). چنان که اتحادیه آفریقا بر این باور است که ماده (۱) ۹۸ اساسنامه، بخشی از سند تأسیس دیوان کیفری است که نمی‌تواند مصونیتی را لغو کند که حقوق بین‌الملل عرفی به مقامات سیاسی دولت‌های غیر عضو دیوان کیفری اعطا کرده است (African Union, 2012: 2). تقاضای اخیر اتحادیه آفریقا بر صدور نظریه مشورتی در ارتباط با مصونیت رئیس دولت از دیوان بین‌المللی دادگستری، بر همین اساس است (Kersten, 2018: 1). اگرچه احتمال تنش میان دو دیوان کیفری و دیوان دادگستری در مسئله تعهدات بین‌المللی دولت‌ها بعید نیست (Du Plessis & Tladi: 2017: 1)، لیکن برخی معتقدند که استدلال آتی دیوان بین‌المللی دادگستری در تفسیر ماده ۹۸ اساسنامه، از چارچوب تفسیر دیوان کیفری تبعیت می‌کند (Akande, 2016: 1).

این در حالی است که برتری قطعنامه شورای امنیت بر تمام تعهدات بین‌المللی دیگر دولت‌ها همچنان محفوظ و مبنای انتفاء مصونیت متهم به جنایات بین‌المللی است؛ چنان که تعهدات دول غیر عضو دیوان کیفری در انتفاء مصونیت افراد متهم به ارتکاب جرایم بین‌المللی به موجب قطعنامه شورای امنیت با دیگر تعهدات آن‌ها در رعایت مصونیت این افراد به موجب مقررات حقوق بین‌الملل عرفی در تعارض نیست (Mhango, 2017: 553). از این حیث، لزوم همکاری دولت غیر عضو مرتکب جرایم بین‌المللی در الغاء مصونیت، دستگیری و تحویل وی به دیوان کیفری منتفی است؛ چراکه دول غیر عضو مشمول مقررات حقوق بین‌الملل عرفی هستند، قبل از اینکه مشمول مقررات اساسنامه قرار گیرند که به عضویت آن درنیامده‌اند. این وضعیت برای تمام دول غیر عضو دارای شرایط دسترسی آسان به مرتکب جرایم بین‌المللی یکسان

است. اما این تئوری مقبولیت ندارد و از سوی دیوان کیفری در وضعیت سودان رد شده است. تعارض تعهدات بین‌المللی در مصاف با قطعنامه شورای امنیت در ارجاع جرایم رئیس‌جمهور متهم به ارتکاب جرایم بین‌المللی برای محاکمه به دیوان کیفری مرتفع است؛ چرا که مؤلفه‌های قطعنامه شورای امنیت با اتکاء به مقررات مواد ۲۵ و ۱۰۳ منشور سازمان ملل متحد بر دیگر تعهدات ناشی از حقوق بین‌الملل عرفی برتری و اولویت دارد (ICC, 2015: 6). مقررات ماده ۱۰۳ منشور سازمان ملل متحد (زین‌پس، منشور) حاکی از اولویت تعهدات ناشی از منشور بر تعهدات بین‌المللی عرفی راجع به مصونیت مقامات دولتی است؛ منصرف از اینکه اساسنامه به اعتقاد برخی، هیچ عذری را برای عدم همکاری دولت‌ها با دیوان کیفری در دستگیری و تحویل افراد تحت تعقیب پیش‌بینی نکرده است (Maunganidze & du Plessis, 2015: 70). پر واضح است که وقتی عدالت کیفری بین‌المللی ایجاب می‌کند، مؤلفه‌های حقوق بین‌الملل عرفی در حفظ مصونیت رئیس‌جمهور در مسند قدرت نباید مُخل استناد دیوان کیفری به مقررات ماده (۱) ۹۸ اساسنامه و سپس توسل به ماده (۲) ۲۷ اساسنامه باشند که با یکدیگر وجه اشتراک دارند.

۳. قطعنامه شورای امنیت و تعهد به انتفاء مصونیت عمر البشیر

برخی معتقدند که استدلال قابل توجهی بر غیر قابل تعرض بودن^۱ یا نفی مصونیت رئیس‌جمهور متهم به ارتکاب جرایم بین‌المللی وجود ندارد (Weatherall, 2019: 1). این در حالی است که فقط الزامات ناشی از قطعنامه شورای امنیت در این ارتباط کافی است؛ چنان که قطعنامه شورای امنیت در وضعیت سودان، جلوه‌ای از اعمال اختیارات شورای امنیت در تعلیق آموزه‌های حقوق بین‌الملل عرفی راجع به رعایت مصونیت رئیس دولت نزد محاکم بین‌المللی کیفری است (Du Plessis, 2010: 79). اما این نظریه

۱. غیر قابل تعرض (inviolability) منفک از مصونیت (immunity) است، لیکن مصونیت و غیر قابل تعرض دو روی سکه حقوق بین‌الملل عرفی نسبت به رئیس‌جمهور در مسند قدرت هستند. هر کدام از این مفاهیم دارای کارکرد و ابعاد متمایزی هستند. لذا مصونیت باعث می‌شود تا دادگاه خارجی از اعمال صلاحیت کیفری نسبت به رئیس‌جمهور در مسند قدرت منع شود و غیر قابل تعرض بودن امتیازی است که از مداخله فیزیکی مقامات دولت داخلی جلوگیری می‌کند.

مخالفانی هم دارد. قدرت و اختیارات شورای امنیت از منظر اتحادیه آفریقا، شامل الغای مصونیت شخصی رئیس دولت غیر عضو در اساسنامه دیوان کیفری نیست (African Union, 2012: 2). منصرف از اینکه شورای امنیت حتی در فرض سوءاستفاده از اختیارات به مسئله الغای مصونیت عمر البشیر در قطعنامه هم تصریح نکرده است؛ چرا که شورای امنیت، یک رکن سیاسی و مسئله الغاء مصونیت عمر البشیر دارای وصف قضایی و از چارچوب صلاحیت‌های شورای امنیت خارج است. این وضعیت باعث شکل‌گیری دو گروه تئوری شده است. تئوری گروه اول این است که حفظ یا الغاء مصونیت مقرر در آموزه‌های حقوق بین‌الملل در وضعیت پیش روی دیوان کیفری، از عناصر شاکله قطعنامه شورای امنیت است و لذا تصریح به آن در متن قطعنامه نیاز نیست (Kreb, 2012: 251). اما تئوری گروه دوم با تلفیق دو مؤلفه فقدان اختیار شورای امنیت بر الغای مصونیت شخصی و فقدان تصریح به نفی مصونیت عمر البشیر در قطعنامه شورای امنیت حاکی از آن است که مصونیت عمر البشیر در قطعنامه الغاء نشده است و نفی ضمنی آن هم بی‌معناست (Tladi, 2015^B: 1044). این در حالی است که هر دو تئوری در مسئله لزوم همکاری دولت‌ها با دیوان کیفری وجه اشتراک دارند.

اما لزوم همکاری دولت سودان با دیوان کیفری بدون لغو مصونیت عمر البشیر هم کاربرد ندارد (Kahombo, 2015: 194). تقابل دو تعهد، شامل تعهد به دستگیری و تحویل مجرم بین‌المللی از یک طرف و رعایت مصونیت وی برابر آموزه‌های حقوق بین‌الملل عرفی از طرف دیگر، مانع از اجرای مؤلفه‌های قطعنامه است؛ چنان که گستره تعهدات دولت سودان در ارتباط با نفی مصونیت عمر البشیر هم در قطعنامه شورای امنیت به باور اقلیت قضات شعبه پیش‌محاكمه مشخص نیست. آن‌ها معتقدند که بر اساس قطعنامه شورای امنیت نمی‌توان راجع به نفی مصونیت عمر البشیر اظهارنظر قطعی کرد (ICC, 2017^A: 64; also: ICC, 2017^B: 3). این مسئله از دشواری‌های پیش روی دیوان کیفری در متقاعد کردن دول عضو و غیر عضو بر همکاری در دستگیری و تحویل عمر البشیر است. این در حالی است که برقراری ارتباط میان ارجاع وضعیت با مسئله انتفاء مصونیت عمر البشیر، از بنیان‌های اساسی قطعنامه است و عبور از آن،

مستلزم پذیرفتن تسری قاعده اذن در شیء، اذن در لوازم آن است؛^۱ بدین معنا که شورای امنیت با تأکید بر لزوم همکاری دولت سودان با دیوان کیفری، قائل به رفع موانع پیش روی این همکاری یعنی مصونیت عمر البشیر و لغو آن است. در غیر این صورت، تصریح به لزوم همکاری بدون رفع موانع آن، باعث ناکارآمد بودن قطعنامه شورای امنیت در ارجاع وضعیت سودان به دیوان کیفری و کاربست دیگر مؤلفه‌های آن است؛ چنان که موضوع و هدف قطعنامه شورای امنیت در همکاری با دیوان کیفری حاکی از لزوم دستگیری و تحویل عوامل جنایات دارفور سودان است که پیش شرط آن، الغای مصونیت احتمالی افراد دخیل است که پس از ارجاع وضعیت به دیوان کیفری، ایجاد صلاحیت برای دیوان کیفری و شروع تحقیقات مقدماتی دادستان و صدور احکام دستگیری عوامل جنایت از سوی شعبه پیش محاکمه مشخص و قابل اجرا می‌شوند.

بنابراین لزوم انتفاء مصونیت عمر البشیر نزد دولت سودان و سایر دول غیر عضو دیوان کیفری، مستند به قطعنامه شورای امنیت است. از این حیث، موقعیت عمر البشیر به عنوان رئیس دولت غیر عضو، هیچ تأثیری در صلاحیت دیوان کیفری ندارد. این الزام ناشی از ارجاع شورای امنیت حسب مقررات ماده (b) ۱۳ اساسنامه در تعامل و همکاری با دیوان کیفری است. این شرایط ناشی از عضویت سودان در سازمان ملل متحد و الزام آن دولت در تبعیت از مقررات ماده ۲۵ منشور سازمان ملل متحد در مواجهه با قطعنامه‌های شورای امنیت است. ادعای تعارض احتمالی چنین تعهدی با سایر تعهدات بین‌المللی سودان و دیگر دولت‌ها نیز سالب به انتفاء موضوع است. تمام معاهدات بین‌المللی در تقابل با الزامات منشور سازمان ملل متحد از کار می‌افتند. لذا اولویت تعهدات معاهده‌ای ناشی از فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد در ارجاع

۱. البته این تئوری با رفتار عملی برخی از دول عضو در شورای امنیت نادیده گرفته شده است؛ چنان که چین و ایالات متحده که خود از اعضای شورای امنیت هستند و از اعضای اساسنامه نمی‌باشند، به عنوان نمونه، در زمان عزیمت و ورود عمر البشیر به قلمرو سرزمینی آن‌ها در عمل از لزوم همکاری با دیوان کیفری در دستگیری و تحویل عمر البشیر مستثنا تلقی شده‌اند. چه بسا این رفتار آن‌ها، حاکی از عدول ضمنی آن‌ها از قطعنامه‌ای باشد که چند سال قبل و تحت شرایط آن زمان صادر کرده‌اند و اینک آن شرایط برای آن‌ها متفاوت شده است؛ چنان که رفتار آن‌ها در مهمان‌نوازی از عمر البشیر، مؤید این تفسیر است.

وضعیت سودان به دیوان کیفری و مقتضیات آن در همکاری دولت‌ها با دیوان کیفری محفوظ است. این استدلال، متکی به مقررات ماده ۱۰۳ منشور سازمان ملل متحد است که حاکی از برتری تعهدات ناشی از منشور سازمان ملل متحد بر تمام تعهدات ناشی از دیگر موافقت‌نامه‌های بین‌المللی است. از این رو، تفسیر قطعنامه شورای امنیت با در نظر گرفتن مقررات مواد ۲۵ و ۱۰۳ منشور سازمان ملل متحد، به رفع موانع الغاء مصونیت عمر البشیر و فراهم شدن زمینه محاکمه وی در دیوان کیفری منتهی می‌شود.

نتیجه‌گیری

افراد دارای مصونیت از دولت‌های عضو در دیوان کیفری، مشمول مقررات ماده (۱) ۲۷ اساسنامه و مسلوب از مصونیت هستند. این وضعیت، از اراده آن دولت‌ها استنتاج می‌شود که در زمان امضا و تصویب اساسنامه در نظام حقوقی داخلی به الزامات و تبعات عضویت در اساسنامه دیوان کیفری واقف شده و آن‌ها را پذیرفته‌اند. تصویب اساسنامه به معنای صرف نظر کردن دولت‌های عضو از مصونیت اعطایی به مقامات سیاسی به نحو مقرر در حقوق بین‌الملل عرفی است تا زمینه تعقیب و محاکمه جرایم بین‌المللی آن‌ها در دیوان کیفری فراهم شود. اما این قاعده در ارتباط با ارجاع وضعیت‌های مجرمانه از سوی شورای امنیت وجود ندارد؛ چرا که تحمل عواقب منفی تعقیب عوامل جرایم شدید بین‌المللی و شروع محاکمات آن‌ها در دیوان کیفری، خارج از اراده دولت متبوع متهم است که این وضعیت را با عدم عضویت در اساسنامه دیوان نخواستند. اما این شرایط برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی، ناگزیر و از منظر تنظیم‌کنندگان اساسنامه و روح جمعی دولت‌های عضو آن تعمدی است؛ گویا تمام دولت‌های عضو خواسته‌اند تا عدم عضویت سایر دولت‌ها، مانع از اعمال صلاحیت دیوان کیفری از طریق سوم نباشد. شرح وظایف سازمان ملل متحد در حفظ صلح و امنیت بین‌المللی، با مقررات ماده (b) ۱۳ اساسنامه گره خورده است. قطعنامه شورای امنیت در وضعیت سودان و بر اساس فصل هفتم منشور واجد چنین موقعیتی است. اقدامات شورای امنیت بر اساس فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد از موضوعاتی است که مورد قبول تمام دولت‌های عضو سازمان ملل متحد است، هرچند که برخی از

این دولت‌ها در دیوان کیفری عضو نباشند. ارجاع وضعیت مجرمانه از سوی شورای امنیت به موجب مقررات ماده (b) ۱۳ اساسنامه به معنای تسری مقررات اساسنامه در ارتباط با ایجاد صلاحیت کیفری و لزوم همکاری دولت‌ها با دیوان کیفری و پذیرش ضمنی مقررات ماده (۱) ۲۷ اساسنامه به طور عام، و در ارتباط با سلب مصونیت از افراد تحت تعقیب به طور خاص است. از این حیث، فرقی میان دول عضو و غیر عضو دیوان کیفری نیست؛ چرا که مبنای ارجاع وضعیت مجرمانه از سوی شورای امنیت برای تضمین تعقیب جرایم بین‌المللی شدید است که از دو طریق اول ناممکن شده است. لیکن ضرورت آن همچنان برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی احساس می‌شود. در غیر این صورت برای تحت تعقیب قرار دادن مقامات سیاسی دارای تابعیت دولت عضو دیوان کیفری که به ارتکاب جرم مظنون هستند یا جرایم ارتكابی در قلمرو سرزمینی دولت‌های عضو دیوان کیفری، نیازی به مداخله شورای امنیت و تصویب قطعنامه در این ارتباط نیست.

در این شرایط اگر مبارزه با بی‌کیفرمانی از طریق ارجاع وضعیت از سوی شورای امنیت نیز با مانع سلب مصونیت مقرر در ماده (۲) ۲۷ اساسنامه و عدم همکاری دول عضو با دیوان بر اساس ماده (۱) ۹۸ اساسنامه مواجه شود، آن زمان اعمال صلاحیت دیوان از طریق ارجاع وضعیت مجرمانه از طرف شورای امنیت بی‌معنا و فاقد کارکرد مؤثر است. این در حالی است که سازوکار ارجاع وضعیت مجرمانه از سوی شورای امنیت، ضامن احتراز از این وضعیت است. بنابراین برقراری ارتباط میان مواد (۲) ۲۷ و (۱) ۹۸ اساسنامه در ارتباط با دولت غیر عضو سودان، ناشی از ارجاع وضعیت با صدور قطعنامه شورای امنیت است. قطعنامه شورای امنیت در رویه قضایی، پل ارتباطی دیوان کیفری با وضعیت مجرمانه دولت غیر عضو است که دیوان کیفری از هیچ طریق دیگری، واجد چشم‌اندازی برای اعمال صلاحیت کیفری، تعقیب و محاکمه عوامل آن نیست. بر این اساس، اعمال صلاحیت دیوان کیفری در وضعیت سودان، منبث از قطعنامه شورای امنیت و متکی به مقررات اساسنامه است که دارای لوازم عرفی است. هرچند که مقررات اساسنامه فقط نسبت به دولت عضو قابل اجراست. لیکن این قاعده را قطعنامه شورای امنیت و ایجاد صلاحیت دیوان در وضعیت ارجاع‌شده از این طریق

بر هم می‌زند. قطعنامه شورای امنیت، واجد صلاحیت برای دیوان کیفری و مجوز اتکاء به مقررات اساسنامه در وضعیت سودان همانند دولت عضو است. بر این اساس، انتفاء مصونیت بین‌المللی و لزوم همکاری دولت‌ها با دیوان کیفری بین‌المللی در این ارتباط ضروری و از دستاوردهای اصلی حاصل از تفسیر قطعنامه شورای امنیت در پرتو مقررات اساسنامه و رویه قضایی دیوان کیفری بین‌المللی در وضعیت سودان است. بنابراین ادعای عدم عضویت دولت سودان در دیوان کیفری بین‌المللی مسموع نیست. بایسته‌های حقوق بین‌الملل عرفی در ارتباط با مصونیت بین‌المللی، مانع از تعقیب و محاکمه عمر البشیر در دیوان کیفری نیست. خودداری دولت‌ها اعم از سودان و دیگر دولت‌ها از همکاری با دیوان کیفری بین‌المللی در دستگیری و تحویل عمر البشیر قابل قبول نیست. وضعیت فعلی عمر البشیر و خلع وی از قدرت فقط با دستاورد دوم یعنی انتفاء مصونیت وی مرتبط است که باعث شده است مسئله انتفاء مصونیت وی، دیگر در دیوان کیفری موضوعیت نداشته باشد. لیکن دو مسئله دیگر، شامل ادعای عدم عضویت دولت سودان و خودداری از همکاری با دیوان کیفری، همچنان با وضعیت فعلی عمر البشیر محل بحث و قابل اتکاء است.

کتاب‌شناسی

۱. امامیان، معصومه و ستار عزیزی، «چالش حقوقی اجرای قاعده عدم مصونیت سران دولت‌ها نزد دیوان کیفری بین‌المللی؛ با تأکید بر پرونده عمر البشیر»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال نهم، شماره ۱۸، ۱۳۹۷ ش.
۲. ذاکر حسین، محمدهادی، «صلاحیت تکمیلی در رویه قضایی دیوان کیفری بین‌المللی؛ وحدت شخص و موضوع»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره چهل و نهم، شماره ۲، ۱۳۹۸ ش.
۳. سلیمی ترکمانی، حجت، «تأملی بر ظرفیت‌های دیوان بین‌المللی کیفری در حمایت از حقوق بشر»، مجله آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۱۳، ۱۳۹۶ ش.
۴. شریعت باقری، محمدجواد، حقوق کیفری بین‌المللی، چاپ پانزدهم، تهران، جنگل، ۱۳۹۷ ش.
۵. عبدالمالکی، مهدی، مسعود راعی دهقی، امیر محمودی و علیرضا آرش‌پور، «قاعده عرفی مصونیت سران دولت‌ها؛ ارزیابی ماده ۲۷ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در پرتو قضیه سودان»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره چهل و نهم، شماره ۴، ۱۳۹۸ ش.

Books and Articles:

6. Akande, Dapo, "An International Court of Justice Advisory Opinion on the ICC Head of State Immunity Issue", *The Individualisation of War; Reconfiguring the Ethics, Law, and Politics of Armed Conflict*, 2016, Available at: <<https://iow.eu.eu/2016/05/02/an-international-court-of-justice-advisory-opinion-on-the-icc-head-of-state-immunity-issue/>>.
7. Du Plessis, Max, *The International Criminal Court that Africa Wants*, Pretoria, 2010.
8. Du Plessis, Max & Dire Tladi, *The ICC's immunity debate – the need for finality*, EJIL: Talk!, Blog of the European Journal of International Law, 2017, Available at: <<https://www.ejiltalk.org/the-iccs-immunity-debate-the-need-for-finality/>>.
9. Kahombo, Balingene, "The Theory of Implicit Waiver of Personal Immunity: Commentary on the Decision on the Obligation for South Africa to Arrest and Surrender President Omar al-Bashir of Sudan to the International Criminal Court", *Journal of Law in Africa*, Vol. 18, 2015.
10. Kersten, Mark, *Negotiated Engagement-The African Union, the International Criminal Court, and Head of State Immunity, Justice in Conflict*, 2018, Available at: <<https://justiceinconflict.org/2018/03/05/negotiated-engagement-the-african-union-the-international-criminal-court-and-head-of-state-immunity/>>.
11. Krebs, Claus, "The International Criminal Court and Immunity under International Law for States not Party to the Court's Statute", in: Morten Bergsmo and Ling Yan (eds.), *State Sovereignty and International Criminal Law*, Beijing, 2012.
12. Maunganidze, A. Otilia & Anton du Plessis, "The ICC and the AU", in: Carsten Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, 2015.



13. Mhango, D. Ntombizozuko, "South Africa's Dilemma: Immunity Laws, International Obligations and the Visit by Sudan's President Omar Al-Bashir", *Washington International Law Journal*, Vol. 26(3), 2017.
 14. Tladi, Dire, "The Duty on South Africa to Arrest and Surrender President Al-Bashir under South African and International Law, A Perspective from International Law", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 13(5), 2015^B.
 15. Tladi, Dire, "The International Criminal Court and the Duty to Arrest and Surrender: The Case of Omar Al-Bashir in South Africa", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Vol. 10, 2015^A.
 16. Weatherall, Thomas, *Inviolability Not Immunity: Re-evaluating the Execution of International Arrest Warrants by Domestic Authorities of Receiving States*, 2019, Available at: <<https://academic.oup.com/jicj/advance-article-abstract/doi/10.1093/jicj/mqz011/5485110>>.
- Documents:**
17. African Union, Decision Assembly/AU/Dec.547 (XXIV) on the progress report of the Commission on the implementation of previous decisions on the International Criminal Court, Doc. Assembly/AU/18 (XIV), 24th ordinary session, Addis-Ababa (Ethiopia), 30-31 Jan. 2015.
 18. African Union, Decision of Pre-Trial Chamber I of the International Criminal Court pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Alleged Failure by the Republic of Chad and the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of President Al-Bashir of the Republic of the Sudan, 2012.
 19. International Criminal Court, Decision Following the Prosecutor's Request for an Order Further Clarifying that the Republic of South Africa is under the Obligation to Immediately Arrest and Surrender Al-Bashir, ICC-02/05-01/09, 13 June 2015.
 20. International Criminal Court, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Al-Bashir, ICC-02/05-01/09, 12 Dec. 2011.
 21. International Criminal Court, Decision Regarding Omar Al-Bashir's Potential Travel to the United States of America, ICC-02/05-01/09-162, 18 Sep. 2013.
 22. International Criminal Court, Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by DRC with the request by the Court for the arrest and surrender of Al-Bashir, ICC-02/05-01/09-195, 9 Apr. 2014.
 23. International Criminal Court, Minority Opinion of Judge Marc Perrin de Brichambaut,

ICC-02/05-01/09-302-Anx, 6 June 2017^A.

24. International Criminal Court, Minority Opinion of Judge Marc Perrin de Brichambaut,

ICC-02/05-01/09-309-9-Anx-t-ENG, 11 Dec. 2017^B.

25. Security Council, Resolution No. 593, 31 Mar. 2005.



بازاندیشی شرط برابری دین در قصاص در پرتو آرای فقهی*

- سیدمصطفی محقق داماد^۱
- سیدمحسن موسوی فر^۲
- کاظم خسروی^۳

چکیده

ثبوت قصاص در قتل عمدی، مستلزم شرایطی است که یکی از این شرایط، برابری مرتکب و مجنی علیه در «دین» می‌باشد. این شرط از این جهت معرکه آرای فقهای اسلامی قرار گرفته است که سه طایفه از روایات در رابطه با آن وجود دارند؛ چنان که فقهای شیعی با طرد روایات مبتنی بر قصاص قاتل مسلمان در قبال کافر ذمی (دسته اول)، قائل به عدم قصاص قاتل مسلمان به صورت مطلق (دسته دوم)، یا قصاص در صورت قتل اعتیادی مسلمان در برابر کافر ذمی (دسته سوم) شده‌اند. اینان با حمل روایات مثبت قصاص به مورد قتل اعتیادی، به

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۲/۲۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۶/۲۵.

۱. استاد دانشگاه شهید بهشتی (mdamad@me.com).

۲. استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی (dr.moosavifar@gmail.com).

۳. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علوم اسلامی رضوی (نویسنده مسئول) (khosravi.kazem@gmail.com).

اطلاقات برخی از آیات قرآن کریم همچون آیه نفی سیل و همچنین اجماع فقها استناد می‌ورزند. با این حال به نظر می‌رسد که دلایل آنان در عدم ثبوت قصاص قاتل مسلمان به صورت مطلق یا به صورت غیر اعتیادی، با اشکالات جدی مواجه است؛ به طوری که با انصراف روایات مذکور به کافر حربی، نهایتاً در مواجهه با قتل عمدی مسلمان در قبال کافر ذمی، چاره‌ای جز حکم به ثبوت قصاص نخواهد بود.

واژگان کلیدی: قصاص، قتل، کافر ذمی، مسلمان.

مقدمه

از مهم‌ترین شرایط ثبوت قصاص، «شرط برابری» است؛ بدین معنا که بین مرتکب و مجنی علیه باید از حیث دین، جنسیت، عقل و حریت برابری وجود داشته باشد. در بین فقهای اسلامی، شرط برابری در دین با اختلاف اندکی پذیرفته شده است. چنانچه اگر نظر مطرود شیخ صدوق در *المقنع* و ابوحنیفه از فقهای اهل سنت را نادیده انگاریم (ر.ک: طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۴۰/۱۶؛ حسینی عمیدی، ۱۴۱۶: ۶۹۷/۳؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۵۹۳-۵۹۲/۴؛ شرباصی، ۱۳۷۴: ۱۳۰؛ فتوحی بهنسی، ۱۳۸۴: ۴۱)، سایر فقها با اعراض از روایاتی که دلالت بر تساوی مسلمان و کافر در ثبوت قصاص دارند، کفر مقتول را مانعی برای ثبوت قصاص مسلمان می‌دانند. تنها اختلاف در این است که برخی از آنان فقط در صورتی که مسلمان به قتل کافر ذمی عادت کرده باشد، قصاص را ثابت می‌دانند. توضیح اینکه فقها به عللی همچون: [۱] مخالفت روایات دال بر ثبوت قصاص قاتل مسلمان با اطلاعات برخی آیات قرآن کریم همچون آیه نفی سیل، که هر گونه سلطه و برتری کافر بر مسلمان را مردود می‌شمارد و قصاص مسلمان با درخواست و اجازه اولیای دم مقتول کافر نیز که از بالاترین سلطه‌ها می‌باشد و همچنین [۲] وجود طایفه دیگری از روایات که قصاص قاتل مسلمان را در مانحن‌فیه جایز نمی‌داند، حکم به عدم قصاص در این مورد داده‌اند. در مقابل، عده‌ای دیگر از فقها، اطلاق آیات و روایات مبنی بر عدم قصاص را با طایفه دیگری از روایات که دلالت دارد بر ثبوت قصاص قاتل مسلمانی که به قتل اهل ذمه عادت کرده است، تخصیص می‌زنند. همچنین اینان علاوه بر حمل روایات دال بر ثبوت قصاص (مطلق) بر روایات ثبوت

قصاص در صورت قتل اعتیادی (مقید)، روایات ثبوت قصاص به صورت مطلق را محمول بر تقیه می‌دانند (حسینی عاملی، بی‌تا: ۱۸/۱۱؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۴۱/۱۶؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۵۰/۴۲؛ مدنی کاشانی، ۱۴۱۰: ۵۶؛ سبحانی، ۱۴۳۳: ۱۶۷).

قانون‌گذار ایرانی نیز از یک سو با وضع ماده ۳۰۱ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲، کفر مقتول را مانعی برای ثبوت قصاص مسلمان دانسته و از سوی دیگر با توجه به تبصره ماده فوق‌الذکر، مسلمان بودن مجنی‌علیه را دلیلی بر عدم ثبوت قصاص مرتکب غیر مسلمان ندانسته است.^۱ بر همین مبنا اگر مسلمانی مرتکب جنایت عمدی بر کافر بشود، به علت عدم تساوی در دین، قصاص نخواهد شد؛ در حالی که جنایات عمدی کافر بر مسلمان، مستحق قصاص می‌باشد. منتها قانون‌گذار با وضع ماده ۳۱۰ ق.م.ا. این شائبه را ایجاد نموده که بر خلاف نظر مشهور فقها، قتل کافر ذمی، مستأمن یا معاهد توسط هر شخصی حتی مسلمان، مستوجب قصاص خواهد بود. بدین صورت که در قسمت دوم ماده فوق‌الذکر صرفاً جنایات ارتكابی مسلمان، ذمی، مستأمن یا معاهد بر «غیر مسلمانانی که ذمی، مستأمن یا معاهد نیستند»، با عدم ثبوت قصاص، مستوجب تعزیر دانسته شده است. وانگهی به استناد مفهوم مخالف این فقره از ماده، جنایات اشخاص فوق‌الذکر بر «غیر مسلمانانی که ذمی، مستأمن یا معاهد می‌باشند»، مستوجب قصاص خواهد بود. در هرحال در این مقاله با روش توصیفی - تحلیلی پس از ذکر دلایل فقهایی که قائل به عدم ثبوت قصاص به صورت مطلق و همچنین ثبوت قصاص در صورت قتل اعتیادی بوده‌اند، به کنکاش و بازنگری در آن و نهایتاً به تحلیل مواد قانونی مربوطه می‌پردازیم.

۱. نظریه عدم قصاص به صورت مطلق

برخی فقهای شیعه معتقدند که در صورت قتل عمدی کافر ذمی توسط مسلمان، در هیچ صورتی قصاص ثابت نشده و وی ملزم به پرداخت دیه و همچنین به خاطر حرمت تکلیفی عملش، مستحق تعزیر خواهد بود. چنانچه ابن ادریس حلی روایات دال بر

۱. ماده ۳۰۱: «قصاص در صورتی ثابت می‌شود که مرتکب، پدر یا از اجداد پدری مجنی‌علیه نباشد و مجنی‌علیه، عاقل و در دین با مرتکب مساوی باشد. تبصره- چنانچه مجنی‌علیه مسلمان باشد، مسلمان نبودن مرتکب، مانع قصاص نیست.»

قصاص قاتل مسلمانی که به قتل اهل ذمه عادت کرده است را مخالف با آیات قرآن و اجماع فقهای شیعه می‌داند (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳۵۲/۳؛ نیز ر.ک: طوسی، ۱۴۰۷: ۱۴۵/۵؛ طبرسی، ۱۴۱۰: ۳۰۴/۲). همچنین برخی فقها، قول به قصاص مسلمان در صورت اعتیاد به قتل اهل ذمه را به صورت «قیل» آورده، آن را ضعیف پنداشته‌اند و قائل به عدم ثبوت قصاص به صورت مطلق شده‌اند (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۴/۲۲؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳۵۲/۳؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۸۸/۱۱؛ قطن حلی، ۱۴۲۴: ۵۴۰/۲؛ حلی، ۱۴۱۳: ۶۰۵/۳؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۴: ۳۴۶-۳۴۵/۴). اینان به ادله‌ای استناد نموده‌اند که به بررسی آن می‌پردازیم.

۱-۱. اطلاق برخی از آیات

گفتنی است که هیچ آیه‌ای از قرآن کریم به عدم قصاص قاتل مسلمان در برابر قتل کافر (اعم از ذمی و غیر آن) تصریح نکرده است. بلکه اطلاق برخی از آیات، دلیل بر مدعای آنان می‌باشد. اولین آیه مورد استناد، آیه نفی سبیل (نساء/ ۱۴۱) می‌باشد. ^۱ از آنجایی که آیه مذکور هر گونه تسلط کافران بر مؤمنان را همراه با تأکید، مورد نهی قرار داده است، لذا قصاص مسلمان توسط کافر، نوعی تسلط بوده که مشمول نهی آیه قرار می‌گیرد (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳۵۲/۳؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۵۹۳/۴؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۱۲۷/۲؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۸۷/۱۱). با این توضیح که مفهوم آیه، نهی از تسلط کافر بر مؤمن دانسته شده است؛ چه اینکه اگر دارای مفهوم خبری باشد، بدین معنا که در هیچ زمانی کافران در دنیا بر مؤمنان مسلط نشده‌اند، این سخن مستلزم کذب خواهد بود (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۴۶/۵).

صاحب ریاض و صاحب جواهر نیز روایات تسویه بین مسلمان و کافر در ثبوت قصاص را مخالف با این آیه دانسته‌اند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۴۱/۱۶؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۵۰/۴۲). بنابراین آیه فوق‌الذکر، ناظر به نهی سلطه در تمام احکام از جمله قصاص مسلمان به خاطر قتل کافر که از بالاترین استیلاها می‌باشد، دانسته شده است (مدنی کاشانی، ۱۴۱۰: ۵۴).

آیه ۲۰ سوره مبارکه حشر نیز از دیگر آیاتی است که اطلاق آن مورد استناد فقها

۱. «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا».

قرار گرفته است.^۱ اطلاق آیه مذکور مشعر بر این است که مسلمان و کافر از هیچ لحاظ با هم مساوی نیستند. بنابراین نباید مسلمان را به خاطر قتل کافر قصاص نمود. چنانچه برخی به خاطر دلالتِ عموم در عباراتِ نکره در سیاق نفی (لا یستوی)،^۲ عدم مساوات بین مسلمان و کافر را از همه جهت حتی قصاص می‌دانند. این در حالی است که این عمومیت، شامل مساوات (یستوی) نمی‌شود (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۵۹۳/۴).

۲-۱. روایات

دلیل دوم برای عدم ثبوت قصاص در مسئله، روایات می‌باشد؛ همچنان که شیخ طوسی در خلاف، روایات را -البته بدون ذکر آن‌ها- دلیلی بر مدعای خود می‌داند (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۴۶/۵). به طور کلی این روایات را می‌توان به دو دسته تقسیم نمود: دسته اول روایاتی هستند که در آن لفظ «کافر» به صورت مطلق آمده است. این روایات عموماً از اهل سنت نقل شده‌اند که پیامبر ﷺ فرمود: «مسلمان به خاطر کافر به قتل نمی‌رسد»^۳ (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۳/۱۴؛ جزیری و دیگران، ۱۴۱۹: ۴۱۸/۵). بنابراین با توجه به اینکه ذمی نیز کافر می‌باشد، شامل نهی مذکور در این روایات قرار می‌گیرد. وانگهی در عدم قصاص قاتل مسلمان به خاطر قتل «کافر حربی»، شک و شبهه‌ای وجود ندارد تا قائل به تخصیص روایات مذکور به «کافر حربی» باشیم (جزیری و دیگران، ۱۴۱۹: ۴۱۸-۴۱۹/۵).

دسته دوم روایاتی هستند که به طور خاص اشاره به عدم قصاص قاتل مسلمان به خاطر قتل کافر «ذمی» می‌نمایند. روایت محمد بن قیس از امام صادق علیه السلام^۴ از این

۱. «لَا يَسْتَوِي أَصْحَابُ النَّارِ وَأَصْحَابُ الْجَنَّةِ أَصْحَابُ الْجَنَّةِ هُمُ الْفَائِزُونَ».

۲. «یستوی» نکره است که با «لا» نفی شده است.

۳. «لا یقتل مسلم بکافر» (متقی هندی، ۱۴۰۹: ۶/۱۵، ح ۳۹۸۱۸) یا «لا یقتل مؤمن بکافر» (همان: ح ۳۹۸۱۷). همچنین در این باره، این روایت نیز قابل ذکر است: «ما روی قتادة عن الحسن عن قیس بن عباد قال: انطلقت أنا والأشتر إلى علی عليه السلام فقلنا له: هل عهد إليك رسول الله شيئاً لم يعهده إلى الناس عامة؟ قال: لا، إلا ما فی کتابی هذا، فأخرج کتاباً من قراب سيفه فإذا فيه: المؤمنون تكافأ دماؤهم وهم يد علی من سواهم، ألا لا یقتل مؤمن بکافر ولا ذو عهد فی عهده» (طبرسی، ۱۴۱۰: ۳۰۴-۳۰۵/۲؛ فتحی بهنسی، ۱۳۸۴: ۴۶).

۴. «لا یقاد مسلم بدمی فی القتل ولا فی الجراحات ولكن یؤخذ من المسلم جنايته للدمی علی قدر دية الدمی ثمانمائة درهم» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۸۰/۱۹، باب ۴۷ من ابواب القصاص فی النفس، ح ۵).

قبیل می‌باشد (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۳/۱۴).

۳-۱. اجماع

سومین دلیل نظریه فوق، اجماع می‌باشد. چنانچه بسیاری از فقیهان به عدم قصاص مسلمان در قبال قتل کافر ذمی به صورت مطلق، ادعای اجماع نموده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۴۶/۵؛ طبرسی، ۱۴۱۰: ۳۰۴/۲؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳۵۲/۳؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۲/۱۴؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۴۰/۱۶؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۱۲۷/۲؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۸۷/۱۱؛ حسینی عاملی، بی‌تا: ۱۸/۱۱).

در بین فقهای اهل سنت نیز برخی معتقدند از آنجایی که در عدم قصاص عضو مسلمان به خاطر کافر ذمی، اجماع وجود دارد، پس به طریق اولی در نفس نیز قصاص جاری نمی‌گردد (جزیری و دیگران، ۱۴۱۹: ۴۱۸/۵).

۲. نظریه ثبوت قصاص به صورت نسبی (قتل اعتیادی)

برخی فقها معتقدند تنها در صورتی که مسلمان به قتل اهل ذمه عادت کرده باشد، اولیای دم ذمی می‌توانند بعد از ردّ فاضل دیه مسلمان، وی را قصاص نمایند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۴۰/۱۶؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۱۲۷/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۵۰/۴۲؛ حسینی عمیدی، ۱۴۱۶: ۶۹۷/۳؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۲۸/۷؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۱۵/۲؛ موسوی خویی، ۱۴۲۴: ۷۳/۴۲). ادله اینان را می‌توان چنین برشمرد:

۱-۲. روایات

در این روایات بیان شده است که اگر مسلمانی، اهل ذمه‌ای را بکشد، قصاص نمی‌شود، مگر اینکه به قتل اهل ذمه عادت کرده باشد.^۱ ایشان در واقع اطلاق آیات و

۱. «محمد بن یعقوب عن محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد بن علی بن الحکم و غیره عن أبان بن عثمان عن إسماعیل بن الفضل قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن دماء المجوس واليهود والنصارى، هل عليهم وعلى من قتلهم شيء إذا غشوا المسلمين وأظهروا العداوة لهم؟ قال: لا، إلا أن يكون متعمداً لقتلهم. قال: وسألته عن المسلم هل يقتل بأهل الذمة وأهل الكتاب إذا قتلهم؟ قال: لا، إلا أن يكون معتاداً لذلك، لا يدع قتلهم، فيقتل وهو صاغر» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۰۷/۲۹، باب ۴۷ من ابواب القصاص؛ نیز ر.ک: همان: ۱۰۹/۲۹).

روایات مبنی بر عدم قصاص را به استناد این روایات تخصیص می‌زنند (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۵۳/۴۲).

۲-۲. اجماع

صاحب جواهر بعد از ذکر اینکه در رابطه با این نظر، مخالفت قابل اعتنایی بین فقها ندیده است، مدعی اجماع به هر دو قسم آن (منقول و محصل) می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۵۰/۴۲؛ نیز ر.ک: طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۴۰/۱۶؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۸۸/۱۱؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۵۹۲/۴). چنانچه صاحب *مفتاح الکرامه* نیز بیان داشته است:

«در رابطه با این حکم فقط ابن ادریس مخالف اجماع است که ضرری نمی‌زند؛ زیرا اجماع ابن ادریس، اجماع عام است که با روایات مربوط به قتل مسلمان در صورت اعتیاد، تخصیص زده می‌شود» (حسینی عاملی، بی‌تا: ۱۸/۱۱).

همچنین شهید ثانی در *مسالك* از این جهت به مخالفت ابن ادریس وقعی نمی‌نهد که معتقد است هیچ اجماعی وجود ندارد، مگر اینکه یک یا دو نفر با آن مخالف باشند^۱ (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۵۶-۵۵/۱۰).

۳. ارزیابی نظریه‌ها

همان طور که گذشت، فقهای شیعه قائل به عدم ثبوت قصاص قاتل مسلمان در برابر قتل اهل ذمه -مطلقاً یا در صورت عدم اعتیاد- بودند؛ به طوری که روایات دالّ بر ثبوت قصاص را مخالف اطلاق برخی از آیات قرآن کریم دانسته یا آنان را با طایفه دیگری از روایات که ثبوت قصاص را منحصر به صورت اعتیاد می‌دانست، تقیید می‌زدند. به همین علت نظر کسانی همچون شیخ صدوق از متقدمان فقها را که قائل به تساوی بین مسلمان و ذمی در ثبوت قصاص بودند، مورد اعتنا قرار نمی‌دادند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۴۰/۱۶؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۵۳/۴۲؛ حسینی عمیدی، ۱۴۱۶: ۶۹۷/۳).

با این حال در بین فقهای اهل سنت، ابوحنیفه و پیروانش همچون ابویوسف،

۱. عجیب این است که شهید ثانی به رغم اینکه قول به قتل مسلمان در صورت اعتیاد را در *مسالك* اجماعی می‌داند، در کتاب *الروضه* آن را به صورت «قیل» و ضعیف نقل می‌کند. این در حالی است که نگارش *الروضه* بعد از *مسالك* بوده است (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۵۶-۵۵/۱۰).

محمد، زفر، ابن ابی لیلی و عثمان البتی، تفاوتی میان مسلمان و کافر ذمی قائل نبوده و حکم به قصاص قاتل مسلمان می‌دهند (ر.ک: شرباصی، ۱۳۷۴: ۱۳؛ فتحی بهنسی، ۱۳۸۴: ۴۱؛ نیز ر.ک: طوسی، ۱۴۰۷: ۱۴۵/۵). برخی از معاصران آنان نیز اختلاف بین فقها را ناشی از اختلاف در تفسیر روایات دانسته و آن تفسیری را که تفاوتی بین مسلمان و ذمی قرار نداده و با عمومات نص همخوانی داشته، ترجیح می‌دهند (عوده، ۱۴۰۲: ۵۲۳/۱).

به نظر می‌رسد در حال حاضر با توجه به لزوم همزیستی مسلمانان با سایر ادیان و تأثیر عنصر زمان در استنباط احکام اسلامی و همچنین با توجه به وجود روایات متعددی که دلالت بر ثبوت قصاص در مانحن‌فیه دارند، بازنگری و واکاوی در دلایل فقهای شیعی امری ضروری باشد.

۱-۳. مفاد آیات

هر دو گروه از فقها، روایات مربوط به ثبوت قصاص را مخالف با اطلاقات آیات دانسته بودند؛ بدین صورت که قصاص قاتل مسلمان به خاطر کافر ذمی، نوعی استیلاي کفار بر مسلمانان و مساوی دانستن مسلمان با کافر بوده که مورد نهی آیات قرار گرفته است. در این رابطه باید گفت که اولاً آیات مذکور، اشاره به نفی سلطه و سبیل و نفی تساوی بین مسلمان و کفار در آخرت دارند. مؤید این مطلب وجود عبارت «فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ» در صدر آیه نفی سبیل است؛ چنان که ابن جریر از حضرت علی (ع) نقل کرده است که حضرت فرمود: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا»، یعنی در آخرت. بنابراین برای تخصیص عموم «النفس بالنفس» و نیز «الحرّ بالحرّ»، محتاج دلیل قاطعی هستیم که ظهورش اقوی از ظهور عام باشد، که در مانحن‌فیه به علت انصراف آیه به آخرت منتفی است (محقق داماد، ۱۳۹۶: ۶۵). همچنین عبارت «أَصْحَابُ النَّارِ وَأَصْحَابُ الْجَنَّةِ» در آیه مربوط به عدم تساوی مسلمان و کافر، به روشنی دلالت بر مقام آخرت دارد. لذا مفهوم آیات این است که مؤمن مادامی که به لوازم ایمان پایبند باشد، جایگاه بالاتری از کفار در آخرت دارد. این امر در آیات دیگری از قرآن کریم نیز صراحتاً مورد اشاره قرار گرفته است.^۱

۱. «وَلَا تَهِنُوا وَلَا تَحْزَنُوا وَأَنْتُمْ الْأَعْلَوْنَ إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ» (آل عمران / ۱۳۹).

ثانیاً: بر فرض قبول که آیات مربوط به مقام دنیا باشند، مراد این است که مؤمنان با توجه به راه راستین و ایمان واقعی که دارند، در مقام بیان استدلال و احتجاج نسبت به کفار برتری داشته و تحت سلطه آنان واقع نخواهند شد (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۳۹-۳۸/۲۶).
ثالثاً: آیات نهی سلطه و سبیل کفار بر مؤمنان و عدم مساوات آنان را بدون دلیل و عذر شرعی مورد تأکید قرار داده‌اند. لذا قصاص مسلمان به خاطر قتل عمدی کافر ذمی که در حمایت حکومت اسلامی قرار داشته و محقون الدم بوده، از شمول آیات خارج می‌باشد. به همین علت است که اگر مسلمانی، اموال کافر ذمی را تلف نماید، اثبات دین و الزام وی به جبران خسارت، سبیل و سلطه غیر شرعی نخواهد بود.^۱ (همان؛ سبحانی، ۱۴۳۳: ۱۶۵).

رابعاً: آیات دیگری از قرآن کریم، تصریح به تساوی همه انسان‌ها اعم از مسلمان و کافر در برابر یکدیگر دارند. وانگهی این آیات که در مقام تشریح حکم قصاص بوده‌اند، با وجود اشاره به شرایط دیگر همچون حریت و جنسیت، برابری در دین را شرط ندانسته و تفاوتی میان مسلمان و کافر در ثبوت قصاص نگذاشته‌اند.^۲ چنانچه ابوحنیفه نیز برای عدم تفاوت بین مسلمان و کافر در ثبوت قصاص، به همین آیات استناد نموده است (فتحی بهنسی، ۱۳۸۴: ۴۱؛ نیز ر.ک: محقق داماد، ۱۳۹۶: ۷۰). همچنین برخی در رابطه با آیه شریفه «وَأَكْفُمُ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةً» معتقدند که تحقق معنای «حیاء» با قصاص قاتل مسلمان در برابر کافر، بلیغ‌تر از قصاص مسلمان در برابر مسلمان است؛ زیرا عداوت دینی همواره یکی از علت‌های درگیری و قتل می‌باشد. لذا عدم شرطیت دین در ثبوت قصاص، باعث جلوگیری از وقوع بسیاری از قتل‌ها خواهد شد (شرباصی، ۱۳۷۴: ۱۳۲).

۱. بنابراین قیاس این مسئله با پدری که از اموال فرزندش بدون احتیاج به آن سرقت نموده، ولی دستش قطع نمی‌شود، مع الفارق است (مدنی کاشانی، ۱۴۱۰: ۵۴-۵۵)؛ زیرا عدم قطع دست پدر در سرقت حدی از اموال فرزندش، به دلیل خاص (روایات) است. در حالی که همان‌طور که در ادامه به آن خواهیم پرداخت، روایات مطروحه در این زمینه از بیان این مطلب قاصر است.
۲. «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرْبُ بِالْحَرْبِ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْفَى بِالْأَنْفَى»؛ نیز: «وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ». از آنجایی که شریعت انبیای سابق مادامی که به وسیله پیامبر ﷺ نسخ نشده باشد، در حکم شریعت وی محسوب می‌شود، اطلاق آیه اخیرالذکر، مقتضی قصاص قاتل مسلمان در برابر قتل عمدی کافر ذمی می‌باشد.

۲-۳. وجود روایات دالّ بر ثبوت قصاص

در بین دو طایفه از روایات مبتنی بر عدم قصاص قاتل مسلمان - عدم قصاص مطلقاً و عدم ثبوت قصاص قتل غیر اعتیادی - روایاتی وجود دارند که صراحتاً حکم به قصاص قاتل مسلمان در مانحن فیه می‌دهند.^۱ منتها فقهای شیعه بنا به دلایلی از این روایات اعراض نمودند که شایسته بررسی است.

۱-۲-۳. حمل روایات مطلق بر مقید

از آنجا که روایات دالّ بر ثبوت قصاص، ضعف سندی نداشته تا بدین علت طرد شوند،^۲ لذا فقها این روایات را به مورد قتل اعتیادی حمل نموده و به نوعی قائل به جمع بین این دو طایفه از روایات شده‌اند (خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۲۸/۷؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۵۰/۴۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۴۱/۱۶؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۳/۱۴؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۸۸/۱۱؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۳۹/۲۶).

اما این روش جمع، از چند جهت محل اشکال است: اولاً: اینکه لسان روایاتی که دلالت بر ثبوت قصاص بعد از ردّ فاضل دیه دارند، منصرف از این حمل است. وانگهی متبادر از روایات، انجام قتل به صورت اتفاقی است نه اعتیادی.

ثانیاً: جواز قتل در صورت اعتیاد، نیازی به ردّ فاضل دیه ندارد؛ چه اینکه در این صورت حتماً باید امام علیه السلام آن را در روایات ذکر می‌کرد (سبحانی، ۱۴۳۳: ۱۶۷).

ثالثاً: تحقق قتل به صورت اعتیادی، امری نادر و استثنایی است. لذا حمل روایات مطلق به موارد قتل اعتیادی که به ندرت اتفاق می‌افتد، صحیح نخواهد بود؛ زیرا

۱. «وبالإسناد عن یونس عن ابن مسکان عن أبی عبد الله علیه السلام قال: إذا قتل المسلم یهودیاً أو نصرانیاً أو مجوسیاً، فأرادوا أن یقیدوا ردّوا دية المسلم وأقادوه».

«وعنه وعن زرعة عن سماعة عن أبی عبد الله علیه السلام فی رجل قتل رجلاً من أهل الذمة، فقال: هذا حدیث شدید لا یحتمله الناس، ولكن یعطى الذمّی دية المسلم ثم یقتل به المسلم».

«وعن عدّة من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن محمد عن الحسن بن سعید عن فضالة بن آیوب عن أبی المغراء عن أبی بصیر عن أبی عبد الله علیه السلام قال: إذا قتل المسلم النصرانی، فأرادوا أهل النصرانی أن یقتلوه قتلوه وأدّوا فضل ما بین الدیتین» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۰۷/۲۹-۱۰۸).

۲. جهت بررسی تفصیلی سند روایات ر.ک: اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۴/۱۴-۲۵.

عبارات مطلق به منزله قانون بوده و موارد خروج از آن باید غلبه داشته باشد (خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۲۹/۷؛ محقق داماد، ۱۳۹۶: ۷۷).

رابعاً: در هیچ کدام از روایات مبتنی بر ثبوت قصاص در صورت اعتیاد قاتل مسلمان، بر خلاف روایات مبتنی بر ثبوت قصاص، اشاره‌ای به ردّ فاضل دیه نشده است. لذا به نظر می‌رسد این دو روایت موضوعاً متفاوت هستند؛ به طوری که روایات ثبوت قصاص، قتل مسلمان را از باب قصاص دانسته، و روایات ناظر بر قتل مسلمانی که به قتل اهل ذمه عادت نموده است، آن را از باب حد افساد فی الارض می‌دانند. لذا حمل این دو به خاطر تفاوت در موضوع، صحیح نخواهد بود.^۱

علاوه بر این، دلالت روایات مبتنی بر عدم قصاص قاتل مسلمان به صورت مطلق نیز محل تأمل است. توضیح اینکه این طایفه از روایات را می‌توان به دو دسته تقسیم نمود: دسته اول روایاتی هستند که حکم به عدم قصاص مسلمان به خاطر قتل مطلق «کافر» داده‌اند.^۲ دسته دوم روایاتی هستند که قصاص مسلمان را به خاطر قتل «کافر ذمی» جایز نمی‌دانند.^۳

اما در رابطه با روایات دسته اول، به نظر می‌رسد باید مراد از کافر را کافر حربی بدانیم؛ زیرا جمله دوم: «ولا ذو عهد فی عهده»، به جمله اول: «لا یقتل مؤمن بکافر» عطف می‌شود. به عبارت دیگر، مفاد روایت این گونه است که «لا یقتل مؤمن ولا ذو عهد فی عهده بکافر حربی»؛ یعنی مسلمان و کافر ذمی به خاطر قتل کافر حربی قصاص نمی‌شود. در واقع، عبارت معطوف «ولا ذو عهد فی عهده» که همان ذمی می‌باشد، لفظ کافر را به کافر حربی تخصیص می‌زند. بدین صورت برای رعایت تساوی بین معطوف و معطوف علیه، خبر هر دو جمله یکی بوده و آن عدم قتل آنان به خاطر

۱. برای دیدن نظر فقهایی که قتل مسلمان در این مورد را مجازات حدی می‌دانند، ر.ک: اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۷/۱۴؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۵۷-۵۶/۱۰؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۲/۲.

۲. «ما روی قتادة عن الحسن عن قیس بن عباد قال: انطلقت أنا والأشتر إلى علیّ بن ابی طالب فقلنا له: هل عهد إلیک رسول الله شیئاً لم یعهده إلى الناس عامّة؟ قال: لا، إلا ما فی کتابی هذا، فأخرج کتاباً من قراب سیفه فإذا فیہ: المؤمنون تکافأ دماؤهم وهم یؤد علی من سواهم، ألا لا یقتل مؤمن بکافر ولا ذو عهد فی عهده» (طبرسی، ۱۴۱۰: ۳۰۵-۳۰۴/۲؛ فتحی بهنسی، ۱۳۸۴: ۴۶).

۳. «لا یقاد مسلم بذمّی فی القتل ولا فی الجراحات ولكن یؤخذ من المسلم جنايته للذمّی علی قدر دية الذمّی ثمانمائة درهم» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۸۰/۱۹، باب ۴۷ من ابواب القصاص فی النفس، ح ۵).

قتل کافر حربی می‌باشد.

برخی از اهل تسنن از این جهت با این عطف مخالف‌اند که اگر مراد از کافر را حربی بدانیم، فایده‌ای بر روایت مترتب نمی‌شود؛ زیرا در عدم قصاص قاتل مسلمان به خاطر قتل کافر حربی، هیچ شک و شبهه‌ای وجود نداشته که نیازی به ذکر آن در روایت باشد (جزیری و دیگران، ۱۴۱۹: ۴۱۸/۵-۴۱۹). این اشکال از این جهت قابل اعتنا نخواهد بود که با عطف مذکور، روایت صرفاً در مقام بیان عدم قصاص مسلمان به خاطر قتل کافر حربی نیست، بلکه مسئله مهم‌تر یعنی عدم قصاص کافر ذمی در برابر کافر حربی مشخص خواهد شد.

ناگفته نماند که برخی با توجه به شأن صدور این روایت، حکم به عدم ثبوت قصاص مسلمان را منحصر به قتل کفار دوران جاهلیت می‌دانند؛ چنانچه مردی از قبیله بنی خزاعه در روز فتح مکه، مردی از قبیله بنی‌هذیل را بدخل الجاهلیه به قتل می‌رساند. لذاست که پیامبر ﷺ می‌فرماید:

«أَلَا إِنَّ كُلَّ دِمِّ كَانٍ فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَهُوَ مَوْضِعٌ تَحْتَ قَدَمَيْ هَاتَيْنِ، لَا يَقْتُلُ مُؤْمِنٌ كَافِرًا وَلَا ذُو عَهْدٍ فِي عَهْدِهِ» (فتحی بهنسی، ۱۳۸۴: ۴۷).

به همین علت قصاص در احکام القرآن، موضوع این دو حدیث را در دو قسمت می‌داند؛ یکی اینکه مؤمن در مقابل کافری که قبل از اسلام به دست مسلمان کنونی کشته شده، قصاص نمی‌شود و دوم اینکه معاهد در مقابل غیر معاهد کشته نمی‌شود (جصاص، ۱۴۰۵: ۱۷۶-۱۷۷).

اما در رابطه با دسته دوم روایات که صراحتاً به عدم قصاص مسلمان در برابر قتل کافر ذمی پرداخته بودند، استناد به این روایات را از چند جهت قابل خدشه می‌دانیم: نخست اینکه از یک سو با وجود روایات دال بر ثبوت قصاص قاتل مسلمان که موافق با اصل مساوات شریعت بین مسلمانان و ذمیان است و از سوی دیگر، مخالفت روایات دال بر عدم ثبوت قصاص قاتل مسلمان با اطلاقات برخی از آیات قرآن کریم در تساوی همگان در ثبوت قصاص همچون: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرْبِيِّ بِالْحَرْبِ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأُنْثَى﴾ و ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾، باید از روایات عدم ثبوت قصاص قاتل مسلمان در قبال قتل عمدی کافر ذمی اعراض نمود.

دوم اینکه روایات اخیرالذکر را باید حمل بر تقیه نمود که در ادامه به توضیح آن می‌پردازیم.

۳-۳. حمل روایات بر تقیه

یکی از دلایل دیگری که فقها حکم به عدم قصاص قاتل مسلمان در برابر قتل کافر ذمی می‌دهند، حمل روایات دالّ بر ثبوت قصاص بر تقیه بوده است. لذا معتقدند که این روایات برای موافقت با مذهب اهل تسنن (ابوحنیفه) و از روی تقیه صادر شده‌اند (حسینی عاملی، بی‌تا: ۱۸/۱۱؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۴۱/۱۶؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۵۰/۴۲؛ مدنی کاشانی، ۱۴۱۰: ۵۶؛ سبحانی، ۱۴۳۳: ۱۶۷). از متن فقها چنین برمی‌آید که علت حمل این روایات بر تقیه، مخالفت این روایات با اطلاعات آیات و برخی دیگر از روایات بوده است. حال آنکه همان طور که قبلاً نیز بدان پرداختیم، این روایات مخالفتی با آیات قرآن نداشته، بلکه همسو با آیات دیگری از قرآن می‌باشند و روایات معارض نیز به دلایل ذکرشده، تاب و توان مقابله با این روایات را نداشتند. همچنین بنا به دلایل زیر، حمل روایات مذکور بر تقیه خالی از وجه خواهد بود:

۱- در بین مذاهب چهارگانه اهل سنت تنها ابوحنیفه و برخی از شاگردانش همچون ابویوسف^۱ قائل به ثبوت قصاص در این مورد هستند و دیگر مذاهب آنان (مالکیه، شافعیه، حنبلیه) با نظری مخالف کرده و اعتقاد به عدم ثبوت قصاص دارند (فتحی بهنسی، ۱۳۸۴: ۴۷-۴۱؛ شرباصی، ۱۳۷۴: ۱۳۰-۱۳۳). در زمان امام صادق ع نیز که حضرت در مدینه حضور داشت، مذهب رسمی آن زمان مذهب مالکی بوده است. مالکیه در این رابطه، قائل به عدم ثبوت قصاص قاتل مسلمان بوده‌اند، مگر اینکه مسلمان از روی حیله و نیرنگ، ذمی را به قتل برساند که در این صورت قصاص ثابت می‌شود (شرباصی، ۱۳۷۴: ۱۳۰). با وجود این، حمل روایات امام صادق ع - که مبنی بر ثبوت قصاص مسلمان بودند- بر تقیه، که در مخالفت آشکار با مذهب رسمی مدینه بوده است، به

۱. چنان که منقول است، او که از قضات هارون الرشید بوده، برای وی می‌نویسد: «یبنی یا امیر المؤمنین أیدک الله، أن تتقدّم فی الرفق بأهل ذمّة نبيك وابن عمك محمد ص الله والتفقد لهم حتى لا يظلموا، ولا يؤذوا ولا يكلفوا فوق طاعتهم، ولا يؤخذ شيء من أموالهم إلا بحق يجب عليهم. فقد روى عن رسول الله أنه قال: من ظلم معاهداً أو كلفه فوق طاعته فأنا حجيجه» (فتحی بهنسی، ۱۳۸۴: ۴۰).

خاطر اختلاف با نظر ابوحنیفه که در عراق فتوا می‌داده، بسیار بعید و دور از ذهن به نظر می‌رسد. این در حالی است که به شهادت تاریخ، فتاوی‌ای ابوحنیفه عموماً در بین علمای آن دیار نیز مورد قبول واقع نمی‌شد؛^۱ به طوری که وی همواره با کسانی همچون سفیان بن سعید ثوری از علمای کوفه و از طرفداران حدیث و شریک بن عبدالله نخعی قاضی کوفه و محمد بن عبدالرحمن بن ابی لیلی اختلاف نظر و درگیری داشته است. ابن حزم نیز گفته‌های ابوحنیفه و پیروانش را کذب محض دانسته و خطیب بغدادی در کتابش با عبارات تند و زنده‌ای بر ابوحنیفه و پیروانش تاخته است (در این رابطه همچنین ر.ک: مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۱۳۹).

۲- ذکر عبارت «هذا حدیث شدید لا یحتمله الناس» در روایت امام صادق علیه السلام که دلالت بر ثبوت قصاص دارد،^۲ مخالف با نظر فقهای شیعه مبنی بر حمل این روایات بر تقیه است. وانگهی این قرینه لفظیه، مؤید این مطلب است که حکم به ثبوت قصاص از آن رو که مخالف با نظر حکومتی آن عصر است، نمی‌تواند مورد تحمل و قبول آنان قرار بگیرد. لذا منطقی آن است که روایات دالّ بر عدم ثبوت قصاص مسلمان حمل بر تقیه شوند.

۳- در رابطه با ثبوت قصاص مسلمان به خاطر قتل کافر ذمی، روایات دیگری وجود

۱. چنانچه در مخالفت با این فتوا، اشعاری سروده شده است که علاوه بر مخالفت علمای آن عصر، نشان از عدم مقبولیت این حکم در بین جامعه نیز دارد:

یا قاتل المسلم بالکافر	جار علی الدین أبو یوسف
جرت وما العادل کالجائر	بقتله المسلم بالکافر
یا من بیغداد و اطرافها	فاسترجعوا و ابکوا علی دینکم
من فقهاء الناس أو شاعر	واصطبروا فالأجر للصابر

یا این شعر:

أبا یوسف خنت حکم الکتاب	ألم یقل الله لن یجعلنا
بفتواک فی قتلک المسلمین	وجاء به سید المرسلین

(ر.ک: نجفی، ۱۴۰۴: ۱۵۰/۴۲؛ حسینی شیرازی، بی تا: ۱۲۲).

۲. «وبالإسناد عن یونس عن ابن مسکان عن أبی عبد الله علیه السلام قال: إذا قتل المسلم یهودیاً أو نصرانیاً أو مجوسیاً، فأرادوا أن یقیدوا ردّوا دية المسلم وأقادوه».

«وعنه عن زرعة عن سماعة عن أبی عبد الله علیه السلام فی رجل قتل رجلاً من أهل الذمة، فقال: هذا حدیث شدید لا یحتمله الناس، ولكن یعطى الذمی دية المسلم ثم یقتل به المسلم» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۰۸-۱۰۷/۲۹).

دارند که از پیامبر ﷺ و حضرت علیؓ نقل شده‌اند.^۱ چنان که در روایت اخیر، حضرت علیؓ به این دلیل حکم به ثبوت قصاص می‌دهد که خون ذمی با دادن جزیه، همسان خون مسلمان شده است. لذا این اشکال فقها که این روایات به خاطر فتوای ابوحنیفه از روی تقیه صادر شده‌اند، بی‌مورد خواهد بود.

۳-۴. اجماع

همان طور که قبلاً گذشت، هر دو گروه از فقها، یکی از دلایل عدم ثبوت قصاص قاتل مسلمان به صورت مطلق و ثبوت قصاص قتل اعتیادی مسلمان را اجماع دانسته بودند. اما این اجماع پذیرفتنی نیست؛ زیرا اولاً اجماع مطرح شده منقول بوده است و همان طور که می‌دانیم اجماع منقول حجیت ندارد. ثانیاً مستند اجماع آن‌ها روایات است. لذا اجماع مدرکی و فاقد اعتبار می‌باشد. به عبارت دیگر از آنجا که دلیل بر اجماع فقها، وجود روایات در این زمینه بوده است، لذا مستند آنان را باید روایات دانست و بنابراین اجماع موضوعیت نخواهد داشت. ثالثاً با وجود اختلاف فتاوایی که بین فقها در این مسئله وجود دارد، ادعای اجماع عجیب به نظر می‌رسد. توضیح اینکه در رابطه با قصاص یا عدم قصاص قاتل مسلمان، دو نظر بین فقها وجود دارد. نظر اول قائل به عدم قصاص به صورت مطلق است و نظر دوم در صورت عادت مسلمان به قتل اهل ذمه، وی را مستحق قصاص می‌داند. پر واضح است که این دو نظر کاملاً همسان نیستند. لذا ادعای اجماع از سوی هر کدام از این دو نظر قابل خدشه می‌باشد.

در هر حال قانون‌گذار ایرانی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ بنا به دلایل قابل توجیه، صراحتاً به بیان عدم قصاص قاتل مسلمان در قبال قتل کافر ذمی نپرداخته و تنها در برخی از مواد، اشاره‌ای به موضوع دین قاتل یا مقتول کرده بود؛ چنان که در ماده ۲۰۷

۱. این روایات عموماً از اهل سنت نقل شده‌اند، مانند: «ما روی عن الأوزاعی عن یحیی بن ابی کثیر عن سلمة عمّ ابی هریره أنّ رسول الله خطب يوم فتح مکة، فقال: ألا ومن قتل قتيلاً فولّيه بخير النظرين بين أن يقتص أو يأخذ الدية» (ر.ک: فتحي بهنسی، ۱۳۸۴: ۴۲-۴۳). شوکانی نیز در نیل الاوطار از حضرت علیؓ چنین نقل می‌کند: «واستدلوا بما أخرجه الطبرانی: أنّ علياً أتى برجل من المسلمين قتل رجلاً من أهل الذمة، فقامت عليه البيّنة، فأمر بقتله. فجاء أخوه فقال: إني قد عفوت عنه. قال عليؓ: فلعلهم قد هدّدوك وفرّقوك وقرعوك؟ قال: لا، ولكن قتله لا يرد علي أخى وعرضوا لي ورضيت. قال عليؓ: أنت أعلم، من كانت لذمتنا فدمه كدمنا وديته كديتنا» (شرباصی، ۱۳۷۴: ۱۲۹).

قانون مزبور آمده بود: «هر گاه مسلمانی کشته شود، قاتل قصاص می‌شود» یا در ماده ۲۰۹ همین قانون بیان شده بود: «هر گاه مرد مسلمانی عمداً زن مسلمانی را بکشد، محکوم به قصاص است». با این حال، دادگاه‌های کیفری بنا بر اصل ۱۶۷ قانون اساسی و مطابق صراحت ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸، در رابطه با این مسئله، موظف به رجوع به منابع یا فتاوای معتبر اسلامی بودند که در این زمینه، نظریه مشهور فقها مبنی بر عدم قصاص قاتل مسلمان می‌باشد. بر همین مبناست که اداره حقوقی قوه قضاییه در رابطه با وضعیت قتل شخص بهایی یا کلیمی، در یک نظریه مشورتی مقرر نموده است: «در خصوص قتل عمدی شخص بهایی از حیث قصاص یا دیه، با توجه به ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی در امور کیفری تصمیم‌گیری می‌شود. در مورد شخص وهابی نیز در صورت تردید، مرجع قضایی به همین نحو اقدام می‌نماید. ولی از حیث جنبه عمومی جرم، مقررات ماده ۲۰۸ ق.م.ا. اطلاق دارد و حاکم بر قضیه است»^۱.

چنان که در پرونده‌های مطروحه در این زمینه نیز که در آن‌ها متهم مسلمان و مقتول کلیمی بوده است، دادگاه به استناد «عدم تناسب مذهبی از لحاظ اسلام بین متهم و متوفی» و با استناد به ماده ۲۰۷ قانون فوق‌الذکر، علی‌رغم احراز قتل عمدی و تقاضای اولیای دم، قصاص را ساقط دانسته و متهم را به دیه و تعزیر محکوم نموده است.^۲ قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نیز در ماده ۳۰۱ صراحتاً ثبوت قصاص را منوط به تساوی قاتل و مقتول در دین دانسته است. البته در تبصره ماده فوق آمده است: «چنانچه مجنی علیه مسلمان باشد، مسلمان نبودن مرتکب، مانع قصاص نیست».

بنابراین با توجه به صراحت ماده فوق در رعایت تساوی در دین برای ثبوت قصاص، دلالت به مفهوم مخالف بند دوم ماده ۳۱۰ همین قانون مبنی بر ثبوت قصاص قاتل مسلمان در برابر قتل کافر ذمی بی‌مورد است. توضیح اینکه در بند دوم ماده فوق آمده است: «... اگر مسلمان، ذمی، مستأمن یا معاهد، بر غیر مسلمانی که ذمی، مستأمن یا معاهد نیست، جنایتی وارد کند، قصاص نمی‌شود...».

۱. نظریه ۷۳۳۲۷-۷/۲۸-۱۱/۱۳۸۸. نیز ر.ک: نظریه شماره ۲۲۱۵/۹۲/۷ مورخ ۱۹/۱۱/۹۲ شماره پرونده ۹۲-۱/۱۸۶-۱۵۷۶.

۲. ر.ک: شعبه ۷۱ دادگاه کیفری استان تهران در پرونده کلاسه ۸۹/۷۱/۰۰۶۵ و پرونده کلاسه ۸۸/۷۱/۷۹.

مفهوم مخالف این بند آن است که اگر مسلمان، بر غیر مسلمانی که ذمی، مستأمن یا معاهد است، جنایتی وارد کند، قصاص خواهد شد. در این رابطه گفتنی است فارغ از اینکه مفهوم داشتن تمامی جملات شرطیه، محل بحث و تردید می‌باشد، با توجه به صراحت ماده ۳۰۱ در لزوم تساوی در دین برای ثبوت قصاص، اخذ مفهوم از این ماده صحیح نخواهد بود. شاید به همین علت است که حقوق دانان نیز بدون اشاره به مفهوم مخالف ماده فوق، به استناد موادی همچون ماده ۳۰۱ قانون م.ا.، قتل کافر اعم از ذمی، مستأمن و معاهد توسط مسلمان را مستوجب قصاص ندانسته‌اند (ر.ک: میرمحمدصادقی، ۱۳۹۹: ۱۵۷؛ صادقی، ۱۳۹۳: ۲۱۶؛ آقایی‌نیا، ۱۳۹۲: ۱۷۰). بنابراین شایسته است که قانون‌گذار با توجه به پشتوانه غنی فقهی در این زمینه که مورد بحث قرار گرفت، این مقررات را مورد اصلاح و بازبینی قرار دهد.^۱

نتیجه‌گیری

مشهور فقهای امامیه و سایر فقهای اهل سنت به غیر از ابوحنیفه، به استناد لزوم شرط برابری دین، قتل عمدی کافر توسط مسلمان را مستحق قصاص ندانسته‌اند؛ هرچند که کافر از اهل ذمه بوده و جان و مالش در حمایت حکومت اسلامی باشد. با وجود این، اگر کافری، مسلمانی را عمداً به قتل برساند، مستحق قصاص خواهد بود؛ حتی اگر آن کافر، ذمی یا در حکم آن (مستأمن یا معاهد) باشد. این در حالی است که عدم قصاص مسلمان به خاطر قتل غیر مسلمانی که با دلایلی همچون پرداخت جزیه، انعقاد قرارداد مبنی بر سکونت در شهرهای اسلامی، دعوت کشورهای اسلامی از آنان یا ورود به کشورهای اسلامی با رعایت شرایط قانونی مثل توریست‌ها و نمایندگان سیاسی و غیر سیاسی سایر کشورها و...، جان و مال و حیثیت مادی و روانی آنان، مورد حمایت حاکمیت کشور اسلامی پذیرنده قرار گرفته است، با موازین انصاف و عدالت سازگاری نخواهد داشت. افزون بر اینکه این حکم درون‌فقهی از آن جهت قابل خدشه می‌باشد که با برخی از قواعد حقوق فطری یا همان قواعد برون‌فقهی همچون اصل کرامت بشری و اصل

۱. چنانچه ماده ۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ و ماده ۲ میثاق حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ سازمان ملل متحد و همچنین اصل ۱۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، هر گونه تبعیض را از حیث رنگ، نژاد، دین و... نفی نموده و همگان را در برابر قانون مساوی دانسته است.

مساوات در تعارض آشکار است. حال آنکه این قواعد برون‌فقهی و فطری به شهادت همگان، برتر از سایر قواعد بوده و هیچ قاعده‌ای توان تعارض و مقابله با آن‌ها را نخواهد داشت. لذاست که واکاوی و مذاقه در ادله فقهای اسلامی که تساوی در دین را شرط ثبوت قصاص دانسته بودند، امری ضروری و اجتناب‌ناپذیر می‌نمود.

به نظر می‌رسد منشأ اختلاف را باید در وجود روایات متعارض در این زمینه جست‌وجو نمود؛ به طوری که در کنار روایات مبتنی بر عدم قصاص مسلمان در قبال قتل کافر ذمی یا ثبوت قصاص در قتل اعتیادی مسلمان، روایاتی وجود دارند که حکم به تساوی مسلمان و کافر ذمی و نهایتاً ثبوت قصاص می‌دهند. با وجود این، فقها بنا به دلایلی همچون مخالفت این روایات با اطلاقات برخی از آیات قرآن کریم، حمل آن‌ها به موارد قتل اعتیادی مسلمان و یا صدورشان از روی تقیه، از این روایات اعراض نموده‌اند. این در حالی است که آیات متعددی از قرآن کریم، دلالت بر تساوی و وجوب حفظ کرامت همه انسان‌ها داشته و چه‌بسا با توجه به همخوانی فتوای حکومتی با روایات دال بر عدم قصاص قاتل مسلمان، این روایات را بتوان حمل بر تقیه نمود.

بنابراین همان‌طور که سایر روایات نیز بدان تأکید ورزیده‌اند، در بهره‌مندی انسان‌ها از حقوق شهروندی و آنچه مربوط به زندگی دنیوی‌شان می‌شود، هیچ عاملی سبب امتیاز و افتراق آنان نخواهد بود و همگان از حقوق و امتیازات مساوی برخوردار می‌باشند. وانگهی آنچه معیار تمیز و تفکیک بین شهروندان نسبت به حقوق و امتیازات شهروندی آنان خواهد بود، میزان پایبندی و احترام و التزام آنان به قوانین و مقررات است. لذا مادامی که پیروان سایر ادیان و یا حتی افرادی که اعتقاد به آیین خاصی ندارند، با پایبندی به قوانین و مقررات حکومت اسلامی، خطری از سوی آنان متوجه حکومت اسلامی و سایر شهروندان نگردد، همچون سایر مسلمانان محقون‌الدم محسوب می‌شوند. وانگهی روایاتی که دلالت بر عدم ثبوت قصاص مسلمان دارند، مربوط به کفاری می‌باشند که با نقض قوانین و مقررات، به حاکمیت کشورهای اسلامی تعرض و تعدی نموده و با آنان وارد جنگ شده‌اند. بنابراین شایسته است که قانون‌گذار ما نیز به پشتوانه غنی فقهی در این زمینه، با عدم شرطیت و تأثیر دین در بهره‌مندی افراد از حقوق شهروندی، معیار تفاوت را مسالم و مقاتل بودن دانسته و در قوانین مربوط بازنگری نماید.

کتاب شناسی

۱. آقایی نیا، حسین، جرایم علیه اشخاص (جنایات)، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۲. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۴. جزیری، عبدالرحمن بن محمد عوض و دیگران، کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه و مذهب اهل البيت (علیهم السلام)، بیروت، دار الثقلین، ۱۴۱۹ ق.
۵. جصاص، ابوبکر احمد بن علی رازی، احکام القرآن، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۵ ق.
۶. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۷. حسینی روحانی، سید محمدصادق، فقه الصادق (علیه السلام)، قم، دار الكتاب - مؤسسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۱۲ ق.
۸. حسینی شیرازی، سید محمد، الفقه - کتاب القصاص، قم، دار القرآن الکریم، بی تا.
۹. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۱۰. حسینی عمیدی، سید عمیدالدین عبدالمطلب بن محمد اعرج، کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۱۱. خوانساری، سید احمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۱۲. سبحانی، جعفر، احکام القصاص فی الشریعة الاسلامیة الغراء، قم، مؤسسه الامام الصادق (علیه السلام)، ۱۴۳۳ ق.
۱۳. شریباصی، احمد، القصاص فی الاسلام، مطابع دار الکتب العربی مصر، ۱۳۷۴ ق.
۱۴. صادقی، محمد هادی، جرایم علیه اشخاص، تهران، میزان، ۱۳۹۳ ش.
۱۵. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالادلة، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۱۶. طبرسی، امین الاسلام ابوعلی فضل بن حسن، المؤلف من المختلف بین ائمة السلف، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۱۷. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۱۸. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، حاشیه سید محمد کلاتر، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۱۹. عاملی جزینی، محمد بن جمال الدین مکی، غایة المراد فی شرح نکت الارشاد، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۲۰. علامه حلی، جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ارشاد الاذهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۲۱. عوده، عبدالقادر، التشریح الجنائی الاسلامی مقارناً بالقانون الوضعی، بی جا، مؤسسه البعثة، ۱۴۰۲ ق.
۲۲. فاضل هندی، بهاء الدین محمد بن حسن اصفهانی، کشف اللثام والابهام عن قواعد الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.

۲۳. فتحی بهنسی، احمد، *القصاص فی الفقه الاسلامی*، قاهره، الشركة العربية للطباعة و النشر، ۱۳۸۴ ق.
۲۴. فخرالمحققین حلی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۲۵. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، *مفاتیح الشرائع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، بی تا.
۲۶. قطان حلی، شمس الدین محمد بن شجاع، *معالم الدین فی فقه آل یاسین*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۴ ق.
۲۷. متقی هندی، علاء الدین علی بن حسام الدین، *کنز العمال فی سنن الاقوال و الافعال*، تصحیح الصفوة السقاء، بیروت، مؤسسه الرساله، ۱۴۰۹ ق.
۲۸. محقق داماد، سیدمصطفی، *فقه استدلالی جزایی تطبیقی*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۶ ش.
۲۹. مدنی کاشانی، رضا، *کتاب القصاص للفقهاء و الخواص*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳۰. مکارم شیرازی، ناصر، *دائرة المعارف فقه مقارن*، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۷ ق.
۳۱. موسوی خمینی، سیدروح الله، *تحریر الوسيله*، قم، دار العلم، بی تا.
۳۲. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج (موسوعة الامام الخوئی)*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۴ ق.
۳۳. میر محمد صادقی، حسین، *جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص*، تهران، میزان، ۱۳۹۹ ش.
۳۴. نجفی، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.

ارزیابی انتقادی

مستندات حکم اعدام در زنا با همسر پدر

(بند ب ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲)*

- حمید مؤذنی بیستگانی^۱
- محمدرضا کیخا^۲

چکیده

مطابق بند ب ماده ۴۲۲ قانون مجازات اسلامی، «زنا با همسر پدر» موجب اعدام زانی است. این قانون، مستند به فتوای مشهور فقهای امامیه است که پس از بیان فرعی با موضوع «زنا با محارم» - به عنوان یکی از عوامل ثبوت حد قتل -، فرع دومی را با موضوع «زنا با زن پدر» مطرح ساخته و آن را نیز یکی دیگر از موجبات ثبوت حد قتل برشمرده‌اند. البته در بیانات فقها، گاهی فرع دوم به عنوان یکی از مصادیق فرع اول و گاهی به عنوان یکی از عوامل مستقل و مجزا بیان شده است، در حالی که اساساً به نظر می‌رسد تعیین مجازات اعدام برای چنین جرمی قطعی نیست؛ چرا که برخی دیگر از فقیهان در نظری متناقض، این عمل را مستوجب مجازات قتل نمی‌دانند. لذا باید دید که دلیل فقها و قانون مجازات بر حد اعدام در این خصوص چیست؟

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۶/۲۵.

۱. دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان (moazzeni62@gmail.com).
۲. دانشیار دانشگاه سیستان و بلوچستان (نویسنده مسئول) (kaykha@hamoon.usb.ac.ir).

این پژوهش که به روش توصیفی تحلیلی انجام شده، نشان می‌دهد که مبنای این دیدگاه و قانون، روایت خاصی است که قابل خدشه می‌باشد؛ چرا که علاوه بر اعراض فقها از بخشی از آن و نقدهای وارده برسند این روایت، بنای شریعت و قانون نیز بر احتیاط تام در مورد دماء می‌باشد. همچنین قاعده درء و اصل برائت و استصحاب نیز مؤید لزوم احتیاط در دماء و نیز لزوم تحفظ بر نفوس محترم می‌باشد. در نتیجه به نظر می‌رسد که شایسته است بند ب ماده ۲۲۴ حذف گردد.

واژگان کلیدی: بند ب ماده ۲۲۴، زنا با محارم، همسر پدر، اعدام.

۱. مقدمه

اعدام، سنگین‌ترین مجازاتی است که قانون‌گذار جهت مقابله با یک جرم می‌تواند در نظر بگیرد؛ چرا که این مجازات - بر خلاف سایر مجازات‌ها از قبیل حبس و امانت آن - فرصت حیات را از انسان می‌گیرد. آنچه از بیانات شارع مقدس به دست می‌آید، احتیاط تامی است که نسبت به تحفظ بر دماء ابراز داشته است. جعل قواعدی نظیر قاعده درء و تأکید بر اصولی نظیر لزوم احتیاط و تحفظ در دماء و نفوس، تدابیری است که قانون‌گذار در شریعت اسلامی اتخاذ نموده است. از این رو بهره‌گیری مناسب از این قواعد ارزشمند، می‌تواند بر کارکردافزایی نظام کیفری اسلام بیفزاید. قواعد و اصول مذکور، همگی هدف واحدی را دنبال می‌کنند و آن اینکه یک نظام منسجم و کارآمد کیفری، علاوه بر آنکه می‌بایست از ابزارهایی بهره‌گیرد که به صورت جدی بازدارنده باشند، لازم است در حد امکان از تمسک به مجازات‌های سنگینی نظیر اعدام - که مستلزم سلب حیات است - جز در مواردی که دلیل قطعی بر اثبات حدّ وجود دارد، پرهیزند. بنابراین ضرورت دارد مواردی را که دیدگاه واحدی درباره آنها وجود ندارد، با وسواس بیشتری مورد کاوش قرار داده و احتیاط مورد نظر شرع مقدس را رعایت کنیم. از این رو مطابق بند ب ماده ۴۲۲ قانون مجازات اسلامی، «زنا با زن پدر» موجب اعدام زانی است. این قانون، مستند به فتوای مشهور فقهای امامیه است که پس از بیان زنا با محارم به عنوان یکی از عوامل ثبوت حدّ قتل، فرع دومی را با موضوع «زنا با زن پدر» مطرح ساخته و آن را نیز یکی دیگر از موجبات ثبوت حدّ قتل

برشمرده‌اند. البته در بیانات فقها، گاهی فرع دوم به عنوان یکی از مصادیق فرع اول و گاهی به عنوان یکی از عوامل مستقل و مجزا بیان شده است، در حالی که اساساً به نظر می‌رسد تعیین مجازات برای چنین جرمی قطعی نیست. به همین جهت فقیهی چون فاضل آبی، ثبوت حکم قتل برای زنا با همسر پدر را مصداق تهجم بر دماء می‌داند که محصول تقلید از پیشینیان است. وی در این باره می‌نویسد:

«حق آن است که تهجم بر دماء به واسطه فتوا بر ریختن خون نشاید، مگر به واسطه وجود دلیل، وگرنه آنجا که پای دلیل در میان نباشد، تقلیدی است که به دنبال یک ادعا صورت پذیرفته است»^۱ (۱۴۱۷: ۵۴۵/۲).

شهید ثانی نیز ملحق کردن همسر پدر به محارم را مصداق تحکم و زورگویی می‌داند (عاملی جعی، ۱۴۱۰: ۶۳/۹). بنابراین لازم است ادله و مبانی این بند قانونی مورد بررسی قرار گیرد. پرسش اساسی این است که مستند شرعی حد قتل در مورد زنا با زن پدر کدام است؟ و در صورت تعارض با قواعد دیگر فقهی، کدام حاکم خواهد بود؟ در این پژوهش با بررسی ادله عام و خاص که در این باب وارد شده و نیز ضمن ارائه دیدگاه‌های مختلف و بررسی آن‌ها، به نظر می‌رسد مطابق قاعده احتیاط در دماء، حکم اعدام در دیدگاه مشهور فقها و بند ب ماده ۴۲۲ قانون مجازات اسلامی قابل خدشه می‌باشد. جهت آشکار شدن وجه منطقی فهرست مباحث، لازم است ابتدا به بیان کیفیت سازماندهی و سیر بحث پردازیم. بنابراین در راستای تحصیل نتیجه و پاسخ به پرسش مطرح در این پژوهش، ابتدا به بیان دیدگاه‌های موجود درباره زنا با همسر پدر پرداخته و پیش از بیان دیدگاه مختار، لازم است ابتدا تمام آنچه را که قابلیت دارد مستند قول به وجوب قتل زانی با همسر پدر قرار گیرد، ارائه نموده و مورد تحلیل و ارزیابی قرار دهیم. مستندات قول به وجوب قتل، منحصر در سه دلیل است:

دلیل اول، اخبار عام و مطلق است که به صورت مطلق به بیان حکم زنا با محارم پرداخته و حکم آن را قتل با شمشیر دانسته است. از آنجایی که موضوع اصلی در این اخبار، مفهوم «محرم» است، به بیان دیدگاه‌های موجود در باب مفهوم‌شناسی محرم

۱. «والحق أن الدماء لا يتهجم على الفتوى بسفكها، إلا لدليل وإلا يقلد مجرد الدعوى».

پرداخته و پس از ارائه ادله آن‌ها در این زمینه و بررسی‌های آن‌ها، دیدگاه خود را درباره مفهوم‌شناسی محرم در این اخبار تبیین خواهیم کرد.

دلیل دوم بر وجوب قتل زانی با همسر پدر، خبر خاص است که به صورت خاص، بحث زنا با زن پدر را مطرح نموده و حکم آن را اعدام دانسته است. در ادامه به نقد این دلیل می‌پردازیم.

دلیل سوم، اجماع می‌باشد که توسط برخی فقها ادعا شده است. ضمن تبیین این دلیل، به نقد و بررسی آن اقدام خواهیم کرد.

در پایان به بیان دیدگاه مختار پرداخته و پس از بیان مستندات دیدگاه مختار، به نتیجه‌گیری خواهیم پرداخت.

۲. دیدگاه‌های موجود درباره حکم زنا با همسر پدر

فقه‌های امامیه از نظر بیان حکم زنا با همسر پدر و کیفیت بیان آن، چهار دیدگاه دارند:

۱-۲. دیدگاه اول: وجوب قتل

برخی فقها صریحاً مجازات زنا با همسر پدر را قتل دانسته‌اند. شیخ طوسی در

النهایه ابتدا به بیان حکم زنا با محارم پرداخته، می‌نویسد:

«اما آنکه قتلش در حال -محصن باشد یا غیر محصن، حر باشد یا عبد، مسلمان باشد یا کافر، پیر باشد یا جوان- واجب است، کسی است که با محرم خودش -اعم از مادر، دختر، خواهر، دختر خواهر، دختر برادر، عمه و یا خاله- دخول کند. چنین شخصی در هر حال باید کشته شود» (۱۴۰۰: ۱۰/۶۹۲).

سپس به بیان حکم زنا با همسر پدر پرداخته می‌نویسد:

«کسی که با همسر پدر زنا کند نیز در هر حال باید کشته شود؛ خواه محصن باشد یا غیر محصن» (همان: ۶۹۳).

این ادویس نیز عیناً به همین حکم اشاره می‌کند؛ با افزودن این نکته که ثبوت حکم قتل، نافی اجرای حد شلاق نیست؛ زیرا دلیلی بر سقوط آنچه به وسیله آیه «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي»

فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ (نور / ۲) ثابت شده، وجود ندارد (ابن ادريس حلی، ۱۴۱۰: ۴۳۸/۳). ابن حمزه طوسی در الوسيله ضمن تفصیل بین دو دسته زنانهایی که احصان و عدم احصان در آنها یکسان و یا موجب تعدد حکم است، به بیان حکم زنا با مادرزن می‌پردازد و این زنا را داخل در قسم اول می‌داند که در ثبوت حکم قتل، تفاوتی بین احصان و عدم احصان وجود ندارد (۱۴۰۸: ۴۱۰).

برخی دیگر از فقها نظیر ابن سعید حلی (۱۴۰۵: ۵۵۰)، ابن بزّاج طرابلسی (۱۴۰۶: ۵۱۹/۲)، علامه حلی (۱۴۱۰: ۱۷۲/۲)، فخرالمحققین حلی (۱۳۸۷: ۴۷۷/۴) و ابن فهد حلی (۱۴۱۰: ۳۹۹) همین دیدگاه را اختیار کرده‌اند. صاحب جوهرپرس از نقل کلام محقق حلی که قول به وجوب قتل در زنا با مادرزن را به «قیل» نسبت داده است (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۴۱/۴)، گویی در مقام اشکال به چنین شکلی از نقل می‌پردازد و همین دیدگاهی را که محقق با تعبیر «قیل» بیان نموده، حجت می‌داند (نجفی، بی‌تا: ۳۱۶/۴۱). ابن زهره حلبی این دیدگاه را مطابق اجماع فقها دانسته است (۱۴۱۷: ۴۲۱).

۲-۲. دیدگاه دوم: عدم وجوب قتل

برخی دیگر از فقها صریحاً حکم به عدم وجوب قتل می‌کنند. همان طور که در بیان دیدگاه قبلی اشاره کردیم، محقق حلی قول به وجوب قتل در زنا با مادرزن را به «قیل» نسبت می‌دهد (۱۴۰۸: ۱۴۱/۴) و البته مقصود خود از «قیل» را در المختصر بیان می‌کند و می‌نویسد: «شیخ، زنا با مادرزن را به زنا با محارم ملحق کرده است» (همو، ۱۴۱۸: ۲۱۵/۱). بدین ترتیب دانسته می‌شود که مقصود وی از قیل در شرایع، شیخ طوسی است. بیان محقق به هر دو شکلی که در شرایع و مختصر ارائه کرده، حکایت از ضعف این دیدگاه از منظر وی دارد. در شرایع حکم به وجوب قتل را به «قیل» نسبت می‌دهد و در المختصر صرفاً به نقل دیدگاه شیخ و عدم تأیید آن می‌پردازد. از همین رو فاضل آبی در شرح کلام وی در المختصر می‌نویسد:

«الحاق نظر مذکور به شیخ، به جهت فقدان دلیل بر حکم مذکور است» (۱۴۱۷: ۵۴۴/۲).

فاضل آبی در ادامه شرح کلام محقق، ثبوت حکم قتل برای زنا با همسر پدر را

مصدقاً تهجم بر دماء می‌داند که محصول تقلید از پیشینیان است. وی در این باره می‌نویسد:

«حق آن است که تهجم بر دماء به واسطه فتوا بر ریختن خون نشاید، مگر به واسطه وجود دلیل، وگرنه آنجا که پای دلیل در میان نباشد، تقلیدی است که به دنبال یک ادعا صورت پذیرفته است»^۱ (همان: ۵۴۵/۲).

اشتهاردی در تعلیقه‌ای که بر کشف الرموز دارد به تبیین این فراز از کلام فاضل آبی می‌پردازد و می‌نویسد:

«ظاهراً مراد وی این است که اگر هجوم آوردن بر یک فتوا جایز باشد، لازم می‌آید که متأخران، مجرد دعاوی پیشینان را تقلید کنند»^۲ (همان).

البته به نظر می‌رسد این تبیین، با اندکی اشکال مواجه باشد؛ زیرا درست است که فاضل آبی در مقام نقد تقلید محض از پیشینیان است، لکن مقصود وی از تهجم، تهجم بر فتوا نیست، بلکه تهجم بر دماء است. به هر حال، فاضل آبی تصریح به مردود بودن دیدگاه ثبوت قتل می‌کند، لکن محقق صرفاً به نقل اقوال می‌پردازد و دیدگاه خود را ارائه نمی‌کند؛ گویی در این مسئله توقف نموده است. لذا دیدگاه ایشان را به عنوان دیدگاه سوم - مبنی بر توقف در مسئله - بیان کرده‌ایم.

شهید ثانی نیز تمایل به همین دیدگاه دوم یعنی عدم ثبوت حد قتل در زنا با مادرزن دارد. ایشان در حاشیه ارشاد می‌نویسد:

«ملحق نمودن همسر پدر به دیگر محارم دلیلی ندارد، ضمن اینکه زنا با افراد مماثل آن نظیر همسر فرزند، از تحت حکم مذکور خارج هستند» (عاملی جبعی، ۱۴۱۴: ۱۹۶/۴).

وی مشابه همین سخن را در الروضة البهیه دارد و می‌نویسد:

«ملحق کردن همسر پدر به محارم و عدم الحاق دیگر محارم بالمصاهره، تحکم و زورگویی است» (همو، ۱۴۱۰: ۶۳/۹).

۱. «والحقُّ أنَّ الدماء لا يتهجم على الفتوى بسفكها، إلاَّ للدليل وإلاَّ يقلد مجرد الدعوى».
۲. «الظاهر أنَّ المراد منه أنه لو جاز التهجم على الفتوى، يلزم أن يقلد المتأخرون مجرد الدعوى التي ادعاهها المتقدمون».

محقق خوانساری نیز همین دیدگاه را برگزیده است (۱۴۰۵: ۲۶/۷).

۳-۲. دیدگاه سوم: توقف

فقهایی هستند که در این مسئله توقف کرده و صرفاً به نقل اقوال بسنده نموده‌اند. محقق حلی در شرائع پس از آنکه زنا با محارم را مستوجب حکم قتل می‌داند، می‌نویسد:

«همچنین این حکم برای زنا با همسر پدر نیز گفته شده است» (۱۴۰۸: ۱۴۱/۴).

ایشان در *المختصر النافع* صرفاً ابراز می‌دارد که شیخ، زنا با همسر پدر را به زنا با محارم ملحق ساخته است (همو، ۱۴۱۸: ۲۱۵/۱) و خود ایشان اظهارنظری در این زمینه نمی‌کند. علامه حلی در *قواعد* می‌نویسد:

«زنا با همسر پدر طبق یک دیدگاه، مستوجب قتل است» (۱۴۱۳: ۵۲۶/۳).

۴-۲. مواجهه چهارم: سکوت

برخی فقها اساساً متعرض فرع مذکور نشده‌اند و نسبت به حکم آن نفیاً و اثباتاً سخنی ندارند؛ یعنی در موضعی که به بیان موجبات حد قتل پرداخته‌اند، زنا با زن پدر را به عنوان یکی از مواردی که موجب حد قتل باشد، به حساب نیاورده‌اند. شیخ مفید (۱۴۱۳: ۷۸۱)، سید مرتضی (شریف مرتضی، ۱۴۱۵: ۵۲۷) و سلار دیلمی (۱۴۰۴: ۲۵۵) نیز از این قسم هستند.

۳. روایات مربوط به این فرع

قبل از ورود به بحث و بیان دیدگاه‌های مختلف و بررسی ادله ایشان، سزاوار است که ابتدا به روایاتی که قابلیت دارند مستند دیدگاه‌های مختلف واقع شوند، اشاره کنیم. در این زمینه دو دسته اخبار عام و خاص داریم.

۱-۳. اخبار مطلق و عام

برخی روایات به صورت مطلق به بیان حکم «زنا با محارم» پرداخته و حکم آن را قتل به وسیله شمشیر دانسته‌اند؛ نظیر روایت جمیل بن ذراج که می‌گوید: به امام ع قتل

عرض کردم کسی که با محرم زنا کند، چگونه کشته می‌شود؟ امام فرمود: گردن او با شمشیر زده می‌شود (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۱۴/۲۸). اخبار دیگری نیز به همین مضمون وارد شده که نظر به یکسانی محتواها، از ذکر آنها خودداری می‌کنیم.

۲-۳. خیر خاص

روایتی که در خصوص «زنا با زن پدر» وارد شده است، موثقه اسماعیل بن ابی‌زیاد است مبنی بر اینکه نزد امیرالمؤمنین (علیه السلام) از مردی شکایت شد که با همسر پدر خویش زنا کرده بود. آن حضرت وی را که - غیر محسن بود - رجم نمود (طوسی، ۱۴۰۷: ۴۸/۱۰). این تنها روایتی است که در این زمینه وارد شده است. تمام روایان خبر مذکور، امامی و مورد توثیق هستند، لکن نظر به حضور خود اسماعیل بن زیاد که بنا بر مشهور، عامی و البته مورد توثیق است، خبر مذکور را موثقه دانسته‌اند (مازندرانی حائری، ۱۴۱۶: ۹۰/۱).

۴. تمسک به اخبار عام و نقد آنها

جهت اثبات حکم قتل برای «زنا با همسر پدر»، گاهی به اخبار عام و گاهی به اخبار خاص تمسک شده است. مطابق اخبار عام، زنا با محارم مستوجب قتل است. حال، تمسک به این اخبار، در صورتی موجه و مقبول است که مقصود از محرم در اخبار مذکور را مطلق محارم نسبی و سببی بدانیم تا در این صورت نتیجه گرفته شود که زنا با همسر پدر نیز مشمول ادله مذکور می‌گردد. نظر به همین ذواحمالین بودن معنای محارم، برخی فقهای معاصر که به بحث از دلالت ادله در فرض محل بحث پرداخته‌اند، بحث را بنا بر هر دو احتمال - یعنی مطلق‌انگاری محرم نسبت به نسبی و سببی و یا اختصاص آن به محارم نسبی - دنبال کرده‌اند (تبریزی، ۱۴۱۷: ۱۰۵). جهت بررسی امکان استناد به این دسته اخبار، لازم است در ابتدا به بحث و بررسی پیرامون مقصود شارع از محرم در ادله مذکور پردازیم.

۵. مقصود از «محرم» در اخبار این باب

مهم‌ترین پرسشی که در مقام شناخت مفاد و دلالت اخبار عام مذکور باید پاسخ

داده شود این است که مقصود از «مَحْرَم» در این اخبار چیست؟ وقتی گفته می‌شود زنا با محارم، مستوجب قتل است، آیا مقصود از محرم، صرفاً محارم نسبی است یا اعم از نسبی و رضاعی و یا اعم از محارم سه‌گانه نسبی، رضاعی و مصاهره‌ای؟ در این باره سه نظریه وجود دارد:

۵-۱. نظریه اول (نظریه مشهور): موضوع بودنِ خصوص محارم نسبی

به مشهور فقها نسبت داده شده که وجوب قتل در زنا با محارم، مختص زنا با محارم نسبی است (موسوی خویی، بی‌تا: ۲۳۳/۴۱). قائلان به این دیدگاه را می‌توان از جهت نحوه تبیین حکم مسئله، بر دو قسم دانست:

برخی فقها صریحاً ابراز داشته‌اند که مراد از محرم در حکم مذکور، محرم نسبی است. فاضل آبی در کشف الرموز تصریح می‌کند که مراد از محرم در این بحث، محرم نسبی است، وگرنه لازم می‌آید حکم مذکور را به تمام محارم تسری دهیم، حال آنکه چنین نیست (۱۴۱۷: ۵۴۵/۲). ابوصلاح حلبی (۱۴۰۳: ۴۰۵)، علامه حلی (۱۴۱۳: ۱۷۲/۲)، فاضل هندی (۱۴۱۶: ۴۳۶/۱۰) و طباطبایی حائری (۱۴۱۸: ۴۳۷/۱۵) نیز محرم را در فرع ذکور، مقید به قید «نسبی» کرده‌اند.

برخی دیگر از فقها پس از بیان حکم زنا با محارم، به ذکر مثال‌هایی بسنده می‌کنند که همگی از مصادیق محارم نسبی هستند. شیخ مفید در مقنعه می‌نویسد: «کسی که با محارم خود نظیر عمه، خاله، دختر برادر و دختر خواهر خود زنا کند، گردنش زده خواهد شد» (۱۴۱۳: ۷۷۸).

شیخ طوسی در *النهایه* (۱۴۰۰: ۶۹۲/۱۰)، ابن ادریس حلی (۱۴۱۰: ۴۳۷/۳)، قاضی ابن بَرّاج طرابلسی (۱۴۰۶: ۵۱۹/۲) و محقق حلی (۱۴۰۸: ۲۱۵/۱)، برخی از فقهای هستند که در مقام تمثیل، صرفاً به بیان مصادیقی از محارم نسبی اکتفا کرده‌اند. تمثیل ایشان به محارم نسبی اشعار به آن دارد که ایشان حکم مذکور را منحصر در زنا با محارم نسبی می‌دانند.

۵-۱-۱. بررسی ادله نظریه اول (موضوع بودنِ خصوص محارم نسبی)

گفتیم که مطابق دیدگاه مشهور، وقتی گفته می‌شود حکم زنا با محارم قتل است، مقصود از محرم، تنها محارم نسبی می‌باشد. ادله ایشان بر دیدگاه مذکور عبارت‌اند از:

دلیل اول: تبادل

بنا به تصریح اصولیان، معنایی که پس از شنیدن لفظ -بی هیچ قرینه‌ای- به ذهن سبقت گیرد، معنای موضوع‌له لفظ خواهد بود (سبحانی، ۱۴۲۴: ۱۰۳/۱). فاضل هندی در *کشف اللثام*، لفظ محرم را متبادر به محرم نسبی می‌داند. نظر به اینکه *کشف اللثام*، شرح بر *قواعد الاحکام* است، جهت تبیین بیان ایشان ابتدا به نقل کلام علامه در *قواعد* می‌پردازیم. علامه *حلی* در *قواعد الاحکام*، وجوب قتل را در چهار مورد ثابت می‌داند که اولین مورد را چنین بیان می‌کند:

«من زنی بذات محرم كالأم والبنت والأخت والعمّة والخالة وبنت الأخ وبنت الأخت نسباً» (۱۴۱۳: ۵۲۶/۳).

و بدین ترتیب محرم را مقید به محارم نسبی می‌سازد. فاضل هندی در شرح کلام ایشان می‌نویسد:

«از آنجایی که تهجم بر دماء مشکل است، ایشان حکم را منحصر در محارم نسبی -ونه سببی و رضاعی- دانسته است...؛ زیرا آنچه از لفظ *محرم* به ذهن تبادل می‌کند، خصوص محارم نسبی است».

البته ناگفته نماند که علامه در ادامه، زنا با زن پدر را ملحق به زنا با محارم دانسته و حکم به ثبوت قتل در فرض مذکور کرده است و فاضل هندی نیز از این الحاق حکم توسط علامه غفلت نورزیده و به آن اشاره کرده است. لکن الحاق مذکور، نظر به اطلاق و شمولیت محرم نسبت به محرم سببی نیست، بلکه نظر به دلیل خاصی است که در باب زنا با همسر پدر وارد شده است. از این رو، مطابق بیان علامه در *قواعد* و شارح کلام ایشان یعنی فاضل هندی در *کشف اللثام*، لفظ محرم به محارم نسبی تبادل دارد (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۴۳۶/۱۰).

شهید ثانی نیز در *مسالك* به این تبادل اشاره می‌کند و می‌نویسد:

«متبادر از لفظ *محرم*، خصوص محرم نسبی است» (عاملی جیبی، ۱۴۱۳: ۳۶۱/۱۴).

بنابراین بر پایه این ادعا، از آنجایی که با شنیدن لفظ محرم، خصوص محارم نسبی به ذهن سبقت می‌گیرد، خود این تبادل، دلیل بر آن است که لفظ محرم برای خصوص

محارم نسبی وضع شده است.

دلیل دوم: لزوم احتیاط در دماء^۱

از آنجایی که «بنای شارع در مورد دماء بر احتیاط تامّ است» (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۴/۴۵۲)، در جایی که متعلق حکم قتل، با شک و شبهه مواجه شود، مقتضای ادله احتیاط در دماء آن است که از فتوا به ثبوت حکم قتل پرهیز کرد.

دلیل سوم: انصراف^۲

بر فرض که لفظ محرم برای خصوص محارم نسبی وضع نشده باشد، بلکه دارای معنای عام و فراگیر باشد، لکن بی‌شک انصراف به خصوص محارم نسبی دارد. منشأ انصراف را خواه کثرت وجودی بدانیم و خواه کثرت استعمال، در هر صورت، ادعای انصراف لفظ محرم در معنای محرم نسبی بجاست؛ چرا که هم اکثر مصادیق خارجی محرم، محارم نسبی هستند و هم لفظ محرم، کثرت استعمال در محرم نسبی دارد.

۵-۲. نظریه دوم: موضوع بودن محارم نسبی و رضاعی

مقصود از محرم، اعم از نسبی و رضاعی است. شیخ طوسی در خلاف (۱۴۰۷الف: ۵/۳۸۶)، ابن سعید حلی (۱۴۰۵: ۵۴۹)، علامه حلی در تبصره (۱۴۱۱: ۱۴۱) و شهید ثانی (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۹/۶۳) قائل به این نظریه‌اند.

۵-۲-۱. بررسی ادله نظریه دوم (موضوع بودن محارم نسبی و رضاعی)

دلیل اول: اطلاق ادله

در تقریب استدلال به اطلاق ادله گفته می‌شود لفظ محرم در ادله این باب، مطلق است و تمام محارم سه‌گانه را در بر می‌گیرد؛ لکن از آنجایی که اجماع بر خروج محارم مصاهره‌ای از تحت حکم مذکور داریم، چنین نتیجه می‌گیریم که مقصود از محرم، تنها محارم نسبی و رضاعی است (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۹/۶۴).

۱. ر.ک: فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۱۰/۴۳۶.

۲. ر.ک: موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷: ۱/۴۱۱.

نقد: اگر لفظ به گونه‌ای باشد که با شنیدن آن، ذهن ما به سوی یک فرد و یا یک صنف از لفظ مطلق متوجه شود و به سوی معنای گسترده آن معطوف نشود، اصطلاحاً لفظ مذکور، انصراف به همان معنای خاص پیدا می‌کند. به تصریح اصولیان، «انصراف داشتن لفظ، مانع از تمسک به اطلاق آن است» (غروی نائینی، ۱۳۵۲: ۵۳۲/۱). از آنجایی که «بی‌تردید اکثر استعمالاتی که لفظ محرم دارد، استعمال در محرم نسبی است، همین کثرت استعمال، موجب انصراف لفظ و مانع از اطلاق آن می‌شود» (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷: ۴۱۱/۱).

دلیل دوم: تمسک به قاعده عمومی «احمة الرضاع کلحمة النسب»^۱

قاعده مذکور، مستفاد از ادله باب رضاع است (آل بحر العلوم، ۱۴۰۳: ۱۲۸/۳). مطابق قاعده مذکور، محرمیتی که از طریق رضاع حاصل شود، محکوم به تمام احکامی است که در محرمیت نسبی وجود دارد. بنابراین همان طور که زانی با محارم نسبی، محکوم به قتل است، زانی با محارم رضاعی نیز محکوم به قتل خواهد بود.

نقد: درباره مفاد نبوی مذکور، اختلاف نظر وجود دارد. برخی فقها معتقد به عموم تنزیل در حدیث مذکور هستند؛ یعنی اگر محرم رضاعی به منزله محرم نسبی قرار داده شده است، این تنزیل در تمام جهات است، یعنی محارم رضاعی در تمام جهات، به منزله محارم نسبی هستند. شیرری زنجانی این دیدگاه را به مشهور متقدمان نسبت می‌دهد (۱۴۱۹: ۴۹۵۵/۱۵). شیخ انصاری نیز آن را به اندکی از متأخران نسبت داده است (۱۴۱۵: ۳۲۹). در مقابل، اکثر متأخران نظیر شیخ انصاری، عمومیت تنزیل در حدیث مذکور را قبول ندارند (همان). بنابراین تمسک به عمومیت تنزیل در حدیث مذکور، تمسک به یک بحث اختلافی است که خودش اول کلام است.

۵-۳. نظریه سوم: موضوع بودن مطلق محارم

محقق خوبی معتقد است که محرم، تمام محارم سه‌گانه نسبی، سببی و رضاعی را در بر می‌گیرد (موسوی خوبی، بی‌تا: ۲۳۳/۴۱).

۱. عاملی جعی، ۱۴۱۰: ۶۴/۹.

۵-۳-۱. بررسی ادله نظریه سوم (موضوع بودن مطلق محارم)

مطابق دیدگاه سوم، لفظ محرم در فرع مذکور، شامل تمام محارم سه گانه - اعم از محارم نسبی، سببی و رضاعی - می شود. مهم ترین دلیلی که می توان برای این دیدگاه بیان کرد:

اولاً: اطلاق ادله و فقدان هر گونه دلیلی مبنی بر تقیید محرم در موارد مذکور قبل است.

نقد: همان طور که قبلاً بیان کردیم، لفظ «محرم» در دیدگاه های مذکور، انصراف به محارم نسبی دارد. این انصراف، مستند به کثرت استعمال لفظ محرم در محارم نسبی است. بر فرض که کثرت وجودی را نیز منشأ انصراف بدانیم، اکثر افراد خارجی محارم، نسبی هستند. بنابراین خواه منشأ انصراف را صرف کثرت استعمال بدانیم و یا آن را اعم از کثرت استعمال و یا کثرت وجودی بدانیم، در هر صورت، تردیدی در انصراف لفظ محرم وجود ندارد. به عبارت دیگر، «وجود قدر متیقن در مقام تخاطب، مانع از تمسک به اطلاق خواهد بود» (مشکینی اردبیلی، ۱۳۷۴: ۲۴۹).

جهت اینکه می گوئیم لفظ محرم، کثرت استعمال در محرم نسبی دارد، این است که کثرت های وجودی گاهی منجر به کثرت استعمال می گردند و میان آنها تلازم وجود دارد و آن در جایی است که یک واژه از الفاظی باشد که استعمال آن در ادبیات و فرهنگ جامعه رواج و تداول دارد. در چنین فرضی گاه از کثرت وجودی، کثرت در استعمال لازم می آید. لفظ محرم، از این قسم واژگان است که نظر به رواج استعمال آن میان متشرعه از سویی و نیز کثرت وجودی محارم نسبی از سوی دیگر، سبب شده تا کثرت وجودی محارم نسبی به کثرت استعمال این واژه در محارم نسبی بینجامد.

البته ناگفته پیداست حتی «در آن فرض که قائل به تلازم بین کثرت وجود و کثرت استعمال شویم، باز در هر حال، آنچه منشأ انصراف تلقی می گردد، همان کثرت استعمال است و خود کثرت وجود را به خودی خود موجب انصراف نمی شناسیم» (آل شیخ راضی، ۱۴۲۶: ۳/۳۵)؛ «زیرا انصرافی که صرفاً بر پایه کثرت وجودی باشد، هرگز موجب ناتمام ماندن مقدمات حکمت و به تبع آن، از بین رفتن اطلاق لفظ نمی گردد» (صدر، ۱۴۱۷: ۷/۵۲۷).

ثانیاً: استدلال درباره ثبوت حکم قتل برای زانی با همسر پدر بدین شرح است که فقها پس از بیان «حکم قتل برای زانی با محارم»، بلافاصله فرع دومی تحت عنوان «حکم قتل برای زانی با همسر پدر» را مطرح می‌کنند. از آنجایی که فرع دوم از مصادیق فرع اول است و همسر پدر از محارم سببی می‌باشد، دانسته می‌شود که موضوع فرع اول، مطلق محارم - اعم از نسبی و سببی - است.

نقد: استدلال مذکور، بر پایه این ادعاست که مطرح ساختن فرع دوم، صرفاً از باب بیان یکی از مصادیق فرع اول باشد، حال آنکه چنین ادعایی ثابت نیست؛ زیرا چه بسا دلیل اینکه فقها، بحث از زنا با همسر پدر را به صورت مجزا و مستقل مطرح کرده‌اند، تمسک به ادله خاصی است که پیرامون زنا با همسر پدر وارد شده است. در ادامه به ارائه ادله مذکور و نقد آن‌ها خواهیم پرداخت. کما اینکه قانون‌گذار در ماده ۴۲۲ قانون مجازات اسلامی نیز با تصریح به مواردی که حکم آن‌ها قتل است، ابتدا به محارم نسبی اشاره می‌کند و سپس به همسر پدر، اما از دیگر محارم سببی و رضاعی نامی نمی‌برد. بنابراین پس از نقد ادله دیدگاه‌های دوم و سوم دانسته می‌شود که دیدگاه مشهور - مستند به تبادل، انصراف و لزوم احتیاط در دماء - از قوت لازم برخوردار است. لذا می‌گوییم که مقصود از محرم، خصوص محارم نسبی است. نتیجه آنکه نمی‌توان مستند به اخبار عام، حکم به ثبوت قتل در زانی با همسر پدر نمود.

۶. تمسک به اخبار خاص و نقد آن

همچنین در دیدگاه موافقان، حدّ قتل برای زنا با همسر پدر، مستند به یک خبر خاص نیز می‌گردد که مربوط به زنا با همسر پدر است. مطابق اخبار عمومی، زنا با محرم، مستوجب حدّ قتل دانسته شده است که به تفصیل، شمولیت ادله عام مذکور را نسبت به زنا با همسر پدر، مورد نقد و تحلیل قرار دادیم. در اینجا به ارائه و بررسی خبر خاصی که مربوط به زنا با همسر پدر است، می‌پردازیم. متن حدیث بدین شرح می‌باشد که نزد امیرالمؤمنین علیه السلام از مردی شکایت شد که با همسر پدر خویش زنا کرده بود و آن حضرت وی را رجم نمود (طوسی، ۱۴۰۰: ۶۹۲/۱۰).

نقد: آنچه حدیث مذکور، متضمن آن است، ثبوت حکم رجم برای زنا با همسر پدر

است، حال آنکه مشهور فقها، زنا با همسر پدر را مستوجب قتل با شمشیر دانسته‌اند. از این رو دانسته می‌شود که مشهور از مفاد حدیث مذکور اعراض نموده‌اند. به عبارت دیگر، خبر مذکور مشتمل بر دو حکم است؛ حکم اول، بیان اصل حدّ زنا که قتل می‌باشد و دیگری بیان کیفیت قتل که رجم می‌باشد. نظر به مردود بودن تبعض در حجیت، نمی‌توان خبر واحد را که مشتمل بر بیان دو حکم است، در یک بخش از مفادش حجت بدانیم، اما در بخش دیگرش حجت ندانیم. محقق خوانساری علاوه بر آنکه سند حدیث مذکور را ضعیف می‌داند، می‌نویسد که اکثر فقها بر خلاف آن فتوا داده‌اند (۱۴۰۵: ۲۶/۷). مطلب ایشان، اشاره به همان حکم رجم است که در خبر مذکور تصریح شده، لکن اکثر قریب به اتفاق فقها، فتوا به آن نداده‌اند.

۷. تمسک به اجماع و نقد آن

بنا به گفته ابن زهره حلبی، اجماع فقها بر آن است که زنا با همسر پدر، مستوجب حدّ قتل است (۱۴۱۷: ۴۲۱)؛ به همین جهت، برخی فقها نظیر صاحب جواهر (نجفی، بی‌تا: ۷۷۸/۴۱)، یکی از ادله حجیت حکم مذکور یعنی ثبوت حکم قتل برای زنا با همسر پدر را اجماع فقها بر فرع مذکور دانسته‌اند.

نقد

اولاً: با توجه به اقوالی که پیرامون فرع مذکور بیان کردیم، دانسته شد که اساساً اجماعی در این باب وجود ندارد.

ثانیاً: اجماع مذکور، اجماع منقول به خبر واحد است که حجیت چنین اجماعی اول کلام و محل اختلاف آراء است.

ثالثاً: بر فرض که بپذیریم پیرامون فرع مذکور، اتفاق نظر وجود دارد و نیز اجماع منقول به خبر واحد را حجت بدانیم، لکن آنچه مسلم و مفروض می‌باشد این است که اجماع مدرکی یا محتمل‌المدرک، فاقد حجیت است (مصطفوی، ۱۴۲۶: ۶/۱). البته وجود مدرک، زمانی مضر به اعتبار و حجیت اجماع خواهد بود که فتوای فقها، مستند به آن مدرک باشد. در نتیجه مناط حجیت اجماع را که همانا کاشفیت آن از قول معصوم است، مخدوش سازد. نظر به آنچه گذشت، دانسته شد مدرکی که مجمعی به آن

تمسک جسته‌اند، معلوم است و می‌دانیم که مجمعین به همین مدارکی که بیان شد، استناد کرده‌اند. در نتیجه، اجماع مذکور فاقد اعتبار خواهد بود و باید مدرک مورد استناد بررسی شود.

۸. دیدگاه مختار

دانسته شد که مطابق شهرت قریب به اجماع فقهای امامیه، زنا با همسر پدر مستوجب حدّ قتل است. ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی نیز در بند ب تصریح می‌کند که «زنا با زن پدر موجب اعدام زانی است». ادله فقهای امامیه بر دیدگاه مذکور، یکی اخبار عامی بود که زنا با محارم را مستوجب عقوبت می‌دانست. دیگری خبر واحدی بود که مطابق آن امیرالمؤمنین علیه السلام زنا با پدر را مستوجب رجم دانست. با توجه به اینکه خبر واحد مذکور، با اعراض مشهور مواجه شده است، دانسته می‌شود که عمده دلیل فقهای امامیه بر ثبوت حدّ قتل در زنا با همسر پدر، اخبار عام است. حال که به تفصیل، دلالت اخبار عمومی مذکور را نقد کردیم و گفتیم که لفظ محرم در اخبار مذکور، تبادر و یا انصراف به محارم نسبی دارد، دانسته می‌شود که حکم مذکور فاقد دلیل است. از این رو، ادله ما بر عدم ثبوت حدّ قتل در فرض مذکور عبارت‌اند از:

دلیل اول: تمسک به قاعده درء

جهت تبیین کیفیت استدلال به قاعده درء می‌گوییم که قاعده درء، هم در موارد شبهات موضوعیه و هم در موارد شبهات حکمیه جاری می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۳/۳۴۳). یکی از عوامل مشتبه شدن حکم، اجمال دلیل است. ما که به صورت مستدلّ گفتیم لفظ محرم در اخبار مذکور، تبادر به محرم نسبی و یا لااقل انصراف به محرم نسبی دارد. بنابراین لفظ محرم هیچ اجمالی ندارد، بلکه کاملاً مبین است و فاقد هر گونه اطلاق و شمولیتی نسبت به محارم سببی نظیر همسر پدر دارد. بر فرض که تبادر و یا انصراف مذکور را نپذیریم، لااقل حکم به اجمال لفظ محرم در ادله مذکور می‌کنیم. در موارد اجمال، اولاً لازم است به قدر متیقن یعنی خصوص محارم نسبی بسنده کنیم. ثانیاً از آنجایی که اجمال دلیل، از عوامل شبهه حکمیه است و در مواردی

که حکم مشتبه می‌شود، حکم به ثبوت قتل، خلاف احتیاط است و به تعبیر برخی فقها، «تهجّم علی الدماء» (هجوم بردن بر خونریزی) است (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۳۰۵/۲۷). به موجب قاعده درء می‌گوییم در فرع مذکور که ثبوت حدّ قتل مشتبه است، حکم به احتیاط و اجتناب از فتوا به قتل می‌کنیم.

دلیل دوم: مراجعه به اصل عملی در فرض فقدان دلیل معتبر

در فرض فقدان دلیل اجتهادی بر ثبوت حکم می‌بایست به ادله فقهاتی یعنی اصول عملیه مراجعه نمود (سبحانی، ۱۴۲۴: ۵۸۵/۳). با توجه به نقد ادله این باب و اثبات فقدان هر گونه دلیل شایسته جهت اثبات حدّ قتل برای زانی با همسر پدر، لازم است به اصل عملی متناسب مراجعه کنیم (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳۹۹/۳). اصل عملی متناسب با بحث ما هریک از موارد ذیل می‌تواند باشد:

اصل عملی برائت

در جایی که شخصی، با همسر پدر خود زنا کرده باشد، حاکم شرع شک می‌کند که آیا نسبت به اجرای حدّ قتل وظیفه دارد یا نه؟ از آنجایی که این مورد، از مصادیق موضوعات فاقد دلیل است و شک در اصل حکم پیدا می‌کند و نیز نظر به اینکه موارد شک در اصل تکلیف، مجرای اصل برائت است، حکم به عدم وجوب اجرای حدّ بر حاکم شرع می‌شود.

اصل عملی استصحاب

شخصی که مرتکب زنا با همسر پدر شده، تا پیش از ارتکاب چنین خطایی، محقون‌الدم بود و ریختن خونس هیچ وجهت شرعی نداشت. پس از ارتکاب گناه مذکور، شک می‌کنیم که آیا چنین شخصی از محقون‌الدم بودن خارج شده و مهدورالدم گردیده یا اینکه همچنان حفظ نفس او به عنوان نفس محترمه واجب است؟ نظر به وجود حالت سابقه، چنین فرعی مجرای اصل استصحاب خواهد بود؛ لذا حکم به بقای حرمت نفس او می‌شود.

نتیجه‌گیری

از مباحث مطروحه دانسته شد که بند ب ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی - مبنی بر ثبوت حدّ اعدام در مورد زنا با همسر پدر- فاقد دلیل معتبر است. دلیل خاصی که برخی فقها جهت اثبات حکم مذکور ارائه کردند، علاوه بر ضعف سندی، با اعراض مشهور فقها مواجه شده است. ادله عام نیز که موضوع آن‌ها زنا با محرم است، دلالت بر ثبوت حدّ قتل در زنا با همسر پدر ندارند؛ زیرا محرم، تبادر و یا انصراف به محرم نسبی دارد. بر فرض که اجمال داشته باشد، در موارد اجمال لازم است به قدر متیقن - یعنی اثبات حدّ اعدام صرفاً در مورد زنا با محارم نسبی- بسنده نمود.

بنابراین نظر به فقدان هر گونه دلیلی بر ثبوت حدّ اعدام درباره زنا با همسر پدر، دیدگاه مختار آن است که به موجب قاعده درء و نیز به مقتضای اصل برائت و اصل استصحاب، ثبوت حدّ اعدام در فرض مذکور، فاقد وجاهت شرعی به نظر می‌رسد. لذا می‌بایست حکم به عدم وجوب قتل در فرض زنا با همسر پدر شود. از این رو نظر به لزوم احتیاط در دماء و نیز به جهت لزوم تحفظ بر نفوس محترمه، اصلاح بند ب از قانون ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی ضرورت دارد.

کتاب شناسی

۱. آل بحر العلوم، سیدمحمد بن محمدتقی، بلغة الفقيه، چاپ چهارم، تهران، مكتبة الصادق عليه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۲. آل شیخ راضی، محمدطاهر، *بداية الوصول في شرح كفاية الاصول*، چاپ دوم، قم، دار الهدی، ۱۴۲۶ ق.
۳. ابن ادریس حلّی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۴. ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزيز بن نحیر، *المهذب*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۵. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، *الوسيلة الى نيل الفضيلة*، قم، کتابخانه آية الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ق.
۶. ابن زهره حلبی، سیدحمزة بن علی حسینی، *غنية النزوع الى علمى الاصول والفروع*، قم، مؤسسه امام صادق عليه السلام، ۱۴۱۷ ق.
۷. ابن سعید حلّی، یحیی، *الجامع للشرائع*، قم، مؤسسه سیدالشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ ق.
۸. ابن فهد حلّی، جمال الدین احمد بن محمد اسدی، *المقتصر من شرح المختصر مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه*، ۱۴۱۰ ق.
۹. ابوصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم الدین، *الكافی فی الفقه، تصحیح رضا استادی*، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین عليه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۱۰. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *کتاب النکاح*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۱۱. تبریزی، جواد بن علی، *اسس الحدود والتعزیرات*، قم، دفتر مؤلف، ۱۴۱۷ ق.
۱۲. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الى تحصيل مسائل الشریعه*، قم، مؤسسه آل البيت عليه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۱۳. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۱۴. سبحانی، جعفر، *ارشاد العقول الى مباحث الاصول*، تقریر محمدحسین حاج عاملی، قم، مؤسسه امام صادق عليه السلام، ۱۴۲۴ ق.
۱۵. سلار دیلمی، ابویعلی حمزة بن عبدالعزيز، *المراسم العلویة والاحکام النبویة*، تصحیح محمود بستانی، قم، منشورات الحرمین، ۱۴۰۴ ق.
۱۶. شبیری زنجانی، سیدموسی، *کتاب نکاح*، جلد پانزده، قم، رای پرداز، ۱۴۱۹ ق.
۱۷. شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی، *الانتصار فی انفرادات الامامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۱۸. صدر، سیدمحمدباقر، *بحوث فی علم الاصول*، تقریرات حسن عبدالساتر، بیروت، الدار الاسلامیه، ۱۴۱۷ ق.
۱۹. طباطبائی حائری، سیدعلی بن محمد، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*، قم، مؤسسه آل البيت عليه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۲۰. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق. (الف)
۲۱. همو، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى*، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ ق.
۲۲. همو، *تهذیب الاحکام*، تحقیق سیدحسن موسوی خراسان، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق. (ب)

٢٣. عاملى جبعى (شهيد ثانى)، زين الدين بن على، الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقيه، قم، كتاب فروشى داورى، ١٤١٠ ق.
٢٤. همو، حاشية الارشاد، قم، دفتر تبليغات اسلامى، ١٤١٤ ق.
٢٥. همو، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، قم، مؤسسة المعارف الاسلاميه، ١٤١٣ ق.
٢٦. علامه حلى، جمال الدين حسن بن يوسف بن مطهر اسدى، ارشاد الاذهان الى احكام الايمان، قم، دفتر انتشارات اسلامى، ١٤١٠ ق.
٢٧. همو، تبصرة المتعلمين فى احكام الدين، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامى، ١٤١١ ق.
٢٨. همو، قواعد الاحكام فى معرفة الحلال والحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامى، ١٤١٣ ق.
٢٩. غروى نانينى، محمد حسين، اجود التقريرات، تقرير سيد ابوالقاسم موسى خويى، قم، مطبعة العرفان، ١٣٥٢ ق.
٣٠. فاضل آبى، زين الدين حسن بن ابى طالب يوسفى، كشف الرموز فى شرح المختصر النافع، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامى، ١٤١٧ ق.
٣١. فاضل هندى، بهاء الدين محمد بن حسن اصفهانى، كشف اللثام والابهام عن قواعد الاحكام، قم، دفتر انتشارات اسلامى، ١٤١٦ ق.
٣٢. فخرالمحققين حلى، ابوطالب محمد بن حسن بن يوسف، ايضاح الفوائد فى شرح مشكلات القواعد، قم، اسماعيليان، ١٣٨٧ ق.
٣٣. مازندراني حائرى، ابو على محمد بن اسماعيل، منتهى المقال فى احوال الرجال، قم، مؤسسة آل البيت (عليه السلام) لاحياء التراث، ١٤١٦ ق.
٣٤. محقق حلى، نجم الدين جعفر بن حسن هذلى، المختصر النافع فى فقه الاماميه، چاپ ششم، قم، مؤسسة المطبوعات الدينيه، ١٤١٨ ق.
٣٥. همو، شرائع الاسلام فى مسائل الحلال والحرام، چاپ دوم، قم، اسماعيليان، ١٤٠٨ ق.
٣٦. مشكيني اردبيلى، على، اصطلاحات الاصول ومعظم ابحاثها، چاپ ششم، قم، الهادى، ١٣٧٤ ق.
٣٧. مصطفى، سيد محمد كاظم، القواعد الفقيهيه، قم، المركز العالمى للدراسات الاسلاميه، ١٤٢٦ ق.
٣٨. مفيد، محمد بن محمد بن نعمان عكبرى بغدادى، المقنعه، قم، كنگره جهانى هزاره شيخ مفيد، ١٤١٣ ق.
٣٩. مكارم شيرازى، ناصر، الفتاوى الجديده، چاپ دوم، قم، مدرسه امام على بن ابى طالب (عليه السلام)، ١٤٢٧ ق.
٤٠. موسى اردبيلى، سيد عبد الكريم، فقه الحدود والتعزيرات، چاپ دوم، قم، مؤسسة النشر لجامعة المفيد (عليه السلام)، ١٤٢٧ ق.
٤١. موسى خويى، سيد ابوالقاسم، مباني تكملة المنهاج، بغداد، جامعة بغداد، بى تا.
٤٢. موسى سبزوارى، سيد عبد الاعلى، مهذب الاحكام فى بيان الحلال والحرام، چاپ چهارم، قم، مؤسسة المنار - دفتر معظم له، ١٤١٣ ق.
٤٣. نجفى، محمد حسن بن باقر، جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بيروت، دار احياء التراث العربى، بى تا.

واکوی سیاست جنایی قانون‌گذار در

ماده ۴۵ الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر*

- سیددرید موسوی مجاب^۱
- رسول احمدزاده^۲
- سینا رستمی^۳

چکیده

در نظام کیفری ایران، از همان ابتدا سیاست جنایی واحدی در زمینه مبارزه با جرایم مواد مخدر اتخاذ نشده است؛ گاهی قانون‌گذار با وضع قوانین سختگیرانه، به شدت با این موضوع به مقابله پرداخته و در برخی زمان‌ها حتی اقدام به جرم‌زدایی از برخی جرایم سابق کرده است. قانون‌گذار در آخرین ماده الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶/۰۷/۱۲، تلاش کرده تا گستره شمول کیفر اعدام نسبت به مرتکبان جرایم مواد مخدر را کاهش دهد؛ سیاستی که همسو با فشارهای بین‌المللی و در تقابل با ایده شدت کیفر مدّ نظر قانون‌گذار قرار گرفته است تا در چارچوب آن

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۳/۱۶ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۶/۲۵.

۱. استادیار دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس (d.mojab@modares.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه تربیت مدرس (نویسنده مسئول)

(rahmadzadeh@live.com).

۳. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه تهران (sinarostami.1372@yahoo.com).

به هدف عقلانی کردن نظام واکنش کیفری در مواد مخدر دست یابد. در این مقاله، ضمن تحلیل مبانی این تغییر رویکرد، ابعاد سیاست جنایی تقنینی ایران در مقابله با بزهکاری مواد مخدر بررسی می‌شود. واقعیت، حاکی از آن است که اگرچه قانون‌گذار در پی تعدیل کیفر مرتکبان جرایم مواد مخدر بوده است، اما تغییرات موجود در عمل، منجر به افزایش سختگیری و تشدید رویکرد کیفری در قبال این دسته از مجرمان شده است. در واقع، برآورد این پژوهش حاکی از آن است که سیاست جنایی اتخاذی توسط قانون‌گذار بر خلاف پندار نخستین از ماده واحده الحاقی، اگرچه در برخی موارد تعدیل‌کننده به نظر می‌رسد، در عمل گاهی منجر به سختگیری و شدت عمل کیفری شده است.

واژگان کلیدی: سیاست جنایی، قانون‌گذاری، مواد مخدر، اعدام، سختگیری کیفری.

مقدمه

مواد مخدر یکی از عوامل مهم بیماری اقتصادی و به خطر افتادن بهداشت و سلامت جوامع بشری است. قاچاق مواد مخدر و بلای خانمان‌سوز اعتیاد و مصرف انواع مخدر سنتی و صنعتی، بیش از دویست میلیون انسان عصر فراصنعتی را در جهان به اسارت گرفته است. ایران نیز به دلیل موقعیت خاص جغرافیایی و قرار گرفتن در همسایگی بزرگ‌ترین تولیدکننده مواد مخدر در جهان (افغانستان)، همیشه با معضل مواد مخدر مواجه بوده و این مشکل باعث شده است تا قانون‌گذاران و سیاست‌گذاران کشورمان در طول سال‌ها، اقدامات مختلفی را در جهت مبارزه با این مشکل به کار گیرند. این مبارزه دارای ابعاد مختلفی بوده که واکنش کیفری، بخش عمده‌ای از آن را به خود اختصاص می‌دهد. مبارزه با مواد مخدر در ایران، یکی از مهم‌ترین حوزه‌های سیاست جنایی محسوب می‌شود. بررسی خاستگاه قانون مبارزه با مواد مخدر، نشان‌دهنده وجود رویکردهای سختگیرانه در تصویب قوانین کیفری در حوزه مواد مخدر است.^۱ به طور خاص، اولین

۱. البته سیاست جنایی در قبال مواد مخدر، از رویکرد دوگانه مبتنی بر تمایز میان دو پدیده اعتیاد و قاچاق و جرایم مرتبط با مواد مخدر پیروی می‌کند؛ به گونه‌ای که در مورد اعتیاد، «سیاست بازپروری و درمان» را وا می‌دارد و برعکس در قلمرو قاچاق و جرایم مرتبط با مواد مخدر، بیشتر بر «سیاست سرکوبگرانه» تأکید می‌کند (ر.ک: نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۴: ۲/۲۴۰).

قانونی که مجازات‌های سختگیرانه از جمله اعدام و حبس‌های طولانی‌مدت را برای بزهکاران جرائم مواد مخدر مقرر کرد، قانون اصلاح قانون منع کشت خشخاش و استعمال تریاک (مصوب ۱۳۳۸) است. پس از انقلاب اسلامی نه تنها از دامنه شدت برخوردار با جرائم مواد مخدر کاسته نشده است، بلکه می‌توان شدیدترین احکام مصوب در این زمینه را در قانون تشدید مجازات مرتکبان جرائم مواد مخدر (مصوب ۱۳۵۹) یافت. پس از آن تا کنون هرچند اصلاحات اندکی در قانون مبارزه با مواد مخدر صورت گرفته، ولی همچنان مجازات‌های سختگیرانه از جمله اعدام برای مقابله با بزهکاران مواد مخدر باقی مانده است (صادقی و همکاران، ۱۳۹۶: ۸۲).

در این راستا، قانون مبارزه با مواد مخدر که سوم آبان ماه سال ۱۳۶۸ توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام به تصویب رسید، چند مرتبه مورد اصلاح قرار گرفته^۱ که در آخرین مورد، ماده واحده‌ای به آن الحاق گردیده است.^۲ در نسخه اولیه طرح، مجازات اعدام تنها برای سرکردگان باندهای مواد مخدر در نظر گرفته شده بود. بعد از ارائه طرح اولیه توسط کمیسیون قضایی - حقوقی مجلس، شائبه کاهش بازدارندگی قوانین جزایی در قبال مواد مخدر مطرح شد و پس از جرح و تعدیل‌هایی که صورت گرفت، در نهایت طرح به شکل حاضر تصویب شد.^۳ بر اساس این ماده واحده که تحت عنوان ماده ۴۵ به قانون مبارزه با مواد مخدر الحاق گردید، اعمال مجازات اعدام منوط به وجود یکی از شروط مندرج در بندهای الف، ب، پ و ت این ماده شده است. ضمن آنکه مجازات حبس ابد در صورت احراز یکی از شرایط چهارگانه پیشین، به کیفر اعدام تبدیل می‌شود. بر اساس این طرح، افرادی که به خاطر حمل و نگهداری مواد مخدر به اعدام محکوم شده‌اند، در صورتی که دادگاه آن‌ها را مفسد فی الارض

۱. تاریخ وضع و نسخ مکرر قوانین و آیین‌نامه‌های مربوط به کنترل مواد مخدر به قدری شایع بوده است که برخی نویسندگان «متحول بودن» حقوق جزای مواد مخدر را جزء ویژگی‌های عمومی آن برشمرده‌اند (ر.ک: همو، ۱۳۷۹: ۱۶/۱).
۲. بر اساس صدر ماده واحده «قانون الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر»، ماده واحده الحاقی به عنوان ماده ۴۵ الحاقی و ماده ۴۵ قبلی، به ماده ۴۶ تبدیل شده است.
۳. اضافه شدن قید وزن به عنوان مبنای تعیین کیفر و باقی ماندن مجازات اعدام به عنوان عامل بازدارنده از ارتکاب جرم، از مهم‌ترین محورهای مورد تأکید قوه قضاییه بود.

تشخیص ندهد، از مجازات اعدام معاف خواهند شد. افرادی هم که کمتر از صد کیلوگرم تریاک و گراس، و کمتر از دو کیلوگرم هروئین و کوکائین داشته باشند، دیگر مشمول مجازات اعدام نخواهند شد. اما استفاده از سلاح به قصد مقابله با مأموران پلیس، داشتن نقش سردستگی یا سرمایه‌گذاری در گروه‌های مواد مخدر و استفاده از کودکان کمتر از ۱۸ سال در این راه، همچنان مجازات اعدام در پی خواهد داشت.

معتقدان به جواز اعدام مرتکبان جرایم مواد مخدر، چهار دسته بودند که عده‌ای از باب تعزیر، برخی از باب افساد فی الارض، گروهی از باب محاربه و در نهایت دسته‌ای دیگر از باب تعزیرات حکومتی، مشروعیت این مجازات را تفسیر و توجیه می‌کردند. اما به طور کلی، ادله در دو دسته کلی اعدام‌های حدی و اعدام‌های تعزیری قابل دسته‌بندی هستند. در فقه امامیه، مجازات تعزیری باید از حد کمتر باشد و مشهور فقهای امامیه بر این عقیده‌اند. بنابراین در جرایم مستلزم تعزیر، اعدام جایز نیست. در منابع فقهی و روایی، تعزیر شرعی منصوص به عنوان اعدام وجود ندارد و هیچ گونه مبنا و مستند شرعی برای مجازات‌های اعدام تعزیری دیده نمی‌شود. هدف از تعزیر، تنبیه، سرزنش و اصلاح مجرم است؛ نه اینکه هدف معدوم کردن مرتکب باشد (حبیبی‌تبار و حبیبی، ۱۳۹۳: ۹۰). بنابراین بر همین مبنا، مجازات اعدام از شیوه تعزیرگونه به حد افساد فی الارض تغییر یافت. باری، پس از چند دهه سیاست کیفری سختگیرانه در قبال مواد مخدر، مجلس شورای اسلامی با تصویب ماده ۴۵ الحاقی قانون مبارزه با مواد مخدر در سال ۱۳۹۶ با ادعای کاهش اعدام، به نوعی اقدامات قانون‌گذاران سابق را به چالش کشیده است.^۱ پیش از این در تعیین مجازات‌ها، به میزان قبح اجتماعی عمل، کرامت انسانی، موازین حقوق بشری و اصل عدالت که از معیارهای تناسب بین جرم و

۱. از منظر جامعه‌شناسی کیفری، دگرگونی در کمیت (میزان و شدت) یا کیفیت (نوع و ماهیت) مجازات‌ها با توجه به برآورد ارزشی قانون‌گذار از اجرای آن‌ها در سطح اجتماع، همواره مشهود است. قانون‌گذار حسب مقتضیات زمان و با عنایت به میزان اثربخشی مجازات‌ها تلاش می‌کند ماهیت یا دست کم شیوه اجرای آن‌ها را در راستای فایده‌مندی بیشتر تغییر دهد. در این ارتباط، ماده ۴۵ الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر شایان توجه است. اقدام قانون‌گذار مبنی بر تغییر کیفر اعدام به کیفر غیرسالب حیات جز در موارد مستثنا، در پرتو نظریه نیلز کریستی مبنی بر تحول ارزش کیفری قابل تحلیل است. ارزش کیفری به مثابه شدتی است که جامعه برای کیفر - با توجه به تغییر واقع در آن - قائل است (برای مطالعه بیشتر در این باره ر.ک: کریستی، ۱۳۹۷: ۲۱ و ۴۱).

مجازات تلقی می‌شوند، توجه کافی نشده بود. وضع مجازات‌های اعدام و حبس‌های طولانی مدت برای خیلی از این جرائم، حکایت از سیاست سرکوب و طرد مرتکبان بدون توجه به تناسب و اهداف مجازات‌ها به ویژه اثر بازدارندگی آن داشت (اکبری، ۱۳۹۳: ۱۳؛ برای مطالعه تفصیلی در این حوزه ر.ک: صبوری‌پور، ۱۳۹۸: ۱۷۱ به بعد). بر این اساس، از منظر موافقان، بزرگ‌ترین دستاورد این طرح، کاهش گستره اعمال مجازات اعدام نسبت به مرتکبان جرایم مواد مخدر است.^۱

با این حال، بررسی دقیق ماده الحاقی مذکور بیانگر آن است که بر خلاف نظر موافقان که آن را نوعی تعدیل کیفری در سیاست جنایی جدید اتخاذی توسط

۱. برای مثال، به اعتقاد برخی حقوق دانان، این ماده واحده موجب کاهش شمار صف مرگ مواد مخدر شده است. توضیح آنکه یکی از تغییرات مهم مطابق ماده ۴۵ الحاقی، تبدیل مجازات احکام قطعی اعدام است. به موجب این ماده، حکم‌های سابق اعدام که تا لازم‌الاجرا شدن قانون (۱۳۹۶/۸/۲۳) قطعی گردیده بودند، اگر یکی از شرایط بندهای الف تا ت ماده مذکور را نداشته باشند (مسلحانه نباشند یا مرتکب، نقش سردستگی یا پشتیبانی مالی یا سرمایه‌گذاری یا... را نداشته باشد یا محکوم، سابقه قطعی اعدام، حبس ابد یا حبس بیش از پانزده سال نداشته باشد) به حبس درجه یک بیش از بیست و پنج سال تا سی سال و جزای نقدی درجه یک بیش از یک میلیارد ریال تا دو میلیارد ریال و ضبط اموال ناشی از جرایم مواد مخدر تبدیل و تقلیل می‌یابند. چنانچه هدف مقنن، تعیین تکلیف محکومان اعدام مواد مخدر و تحصیل رضایت مدعیان خارجی حقوق بشر بود می‌توانست از طرق کمیسیون‌های عفو و... به مقصود خود نائل گردد؛ همان‌گونه که دادستان کل کشور، دستورالعمل (تعیین تکلیف فوری محکومان اعدام جرایم مواد مخدر) را به رئیس قوه قضائیه پیشنهاد کردند و براساس آن می‌بایست کمیسیون‌های ویژه عفو و تخفیف مجازات محکومان جرایم مواد مخدر در تمام استان‌ها تشکیل می‌گردید تا با توجه به شرایط مجرمان و سوابق کیفری آن‌ها، پیشنهاد عفو به رئیس قوه قضائیه انجام می‌شد.

همچنین گفته شده است تصویب این ماده منجر به بی‌عدالتی خواهد شد و این بی‌عدالتی بیشتر در جایی خودنمایی می‌کند که در طول سال‌ها قبل از تصویب این ماده، حکم اعدام تعداد قابل توجهی از محکومان با وزن کمتر اجرا گردیده است، اما عده‌ای که به جهت داشتن وکیل قوی یا... اجرای مجازاتشان به تأخیر افتاده است، از مجازات قانونی خود رهایی می‌یابند (ذبحی، ۱۳۹۷: ۲۶). ضمناً نباید فراموش کرد که اگرچه این ماده در خصوص محکومان به اعدام، نوعی تخفیف محسوب می‌شود، اما نسبت به محکومان حبس ابدی که حائز یکی از شرایط بندهای مندرج در ماده باشند، نوعی تشدید مجازات شمرده می‌شود. از سویی در قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۶۷، تنها در ماده ۹ از حکم مفسد فی الارض که عنوانی حدی است، بهره می‌برد، لکن در ماده ۴۵، کلیه مشمولان مجازات اعدام و حبس ابد مشمول تبصره‌های الف، ب، پ و ت را در حکم مفسد فی الارض می‌داند و نظر به قطعیت اجرای حدود و احکام سختگیرانه آن، مقنن با ادبیات شدیداللعن تری به استقبال محکومان مواد مخدر می‌رود.

قانون‌گذار می‌دانند، سختگیری و شدت عمل کیفری بر اساس ماده مذکور نمایان‌تر است. توسعه مصادیق مجازات اعدام، گسترش جهات مشدده قانونی و عینی و کاهش گستره بهره‌مندی از نهادهای ارفاقی، مواردی است که نیم‌رخ سختگیرانه ماده الحاقی را بیشتر از جنبه‌های تعدیل‌گرایانه آن نشان می‌دهد. بر این اساس در پژوهش پیش رو به شیوه‌ای توصیفی و تحلیلی، ابعاد سختگیرانه ماده الحاقی مذکور جهت رد ایده تعدیل‌گرایانه بودن آن بررسی می‌شود.

۱. سختگیری کیفری هدفمند؛ توسعه مفهومی و مصادیقی مجازات اعدام

بررسی تاریخ تحولات قوانین مربوط به کنترل و مبارزه با مواد مخدر در حقوق ایران نشان می‌دهد که ظاهراً در هیچ دوره‌ای، سیاست جنایی تقنینی سنجیده و مطلوبی در دست نبوده و اصلاح و تغییر مکرر قوانین مربوط به این حوزه، در پی دستیابی به یک سیاست جنایی کارآمد انجام می‌شده است. قانون‌گذار ایرانی در آخرین اصلاحیه، با الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر تحت عنوان ماده ۴۵ الحاقی، در راستای تعدیل پاسخ واکنشی نسبت به جرایم مستوجب اعدام گام برداشته است که به نظر می‌رسد مذاقه در متن ماده واحد، خلاف این امر را به اثبات می‌رساند. در این مبحث، تحولات به وجودآمده در خصوص مجازات اعدام، مورد کنکاش قرار می‌گیرد.

۱-۱. توسعه دامنه جرایم مستوجب اعدام

در آخرین اصلاحیه قانون‌گذار در مفاد قانون قبل در حوزه جرایم و مجازات‌ها، ۱۲ نوع اعدام در بندها و مفاد مختلف تعریف شده بود که در قانون الحاقی جدید و تحت عنوان ماده ۴۵ قانون مبارزه با مواد مخدر، اعدام مشروط به موارد بندهای الف، ب، پ و ت شده است. برخی حقوق‌دانان، این قانون را کاهش مجازات قلمداد نکرده‌اند، بلکه نوعی اصلاح کلی قانون می‌دانند؛ لذا این اختلاف بین آن‌ها وجود دارد که از زمان لازم‌الاجرا شدن این قانون، آیا قضات صادرکننده رأی مجدداً باید رسیدگی ماهوی به این پرونده‌ها داشته باشند یا اینکه تنها به اصلاح حکم منتهی خواهد شد. نظریه مشورتی شماره ۲۲۵۲/۹۶/۷ مورخ ۱۳۹۶/۰۹/۲۲، این ماده واحد را مبتنی بر تخفیف

دانسته و اظهار می‌دارد:

«قانون جزا علی‌الاصول برای جرایم ارتكابی زمان پس از لازم‌الاجرا شدن آن وضع می‌شود. صدر ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز بر همین اصل تأکید دارد. اما برابر ذیل آن، «چنانچه پس از وقوع جرم، قانونی مبنی بر تخفیف یا عدم اجرای مجازات یا اقدام تأمینی یا تربیتی یا از جهاتی مساعدتر به حال مرتکب وضع شود، نسبت به جرایم سابق بر وضع آن قانون تا صدور حکم قطعی، مؤثر است. هرگاه به موجب قانون سابق حکم قطعی لازم‌الاجرا صادر شده باشد، به ترتیب زیر عمل می‌شود.» با توجه به مراتب فوق، قانون الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶/۷/۱۲ نیز علی‌الاصول برای جرایم ارتكابی زمان پس از لازم‌الاجرا شدن آن وضع شده است، اما چون مبتنی بر تخفیف است، نسبت به مرتکبان قبل از آن هم باید اجرا شود...».

از فحوای متن رئیس قوه قضاییه در بخشنامه این قانون نیز برمی‌آید که ماده واحده را حداقل در برخی از موارد، مساعد به حال متهم و مخفف از قانون مبارزه با مواد مخدر ۱۳۶۷ دانسته‌اند. رأی وحدت رویه شماره ۷۶۵ نیز ماده ۴۵ الحاقی را مخفف از قوانین سابق دانسته است.^۱

۱. رأی وحدت رویه شماره ۱۳۹۶/۰۸/۳۰-۷۶۵ هیئت عمومی دیوان عالی کشور راجع به شرایط اعمال مجازات مرتکبین جرائم مواد مخدر با رعایت ماده واحده قانون الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶/۰۷/۱۲: مستفاد از مقررات ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲، چنانچه پس از وقوع جرم، قانونی مبنی بر تخفیف یا عدم اجرای مجازات یا اقدامات تأمینی و تربیتی یا از جهاتی مساعدتر به حال مرتکب وضع شود، نسبت به جرائم سابق بر وضع آن قانون تا صدور حکم قطعی مؤثر خواهد بود. چون مقررات ماده واحده قانون الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶/۰۷/۱۲ از حیث شرایط محکومیت مرتکبین جرائم مواد مخدر به مجازات اعدام، نسبت به مقررات سابق این قانون به حال مرتکب مساعدتر است، لذا در مقام رسیدگی به فرجام‌خواهی کسانی که مطابق مقررات قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۷۶ به مجازات اعدام محکوم شده‌اند، دادنامه معترض‌عنه به استناد شق ۴ بند ب ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری نقض، و پرونده جهت رسیدگی و صدور حکم با لحاظ شرایط قانونی اخیرالتصویب، به شعبه هم‌عرض دادگاه صادرکننده رأی منقوض ارجاع خواهد شد. بر این اساس رأی شعبه پنجاهم دیوان عالی کشور در حدی که با این نظر انطباق دارد، صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود. این رأی طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاه‌ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است.

به نظر می‌رسد در این دوره قانونی در نظام عدالت کیفری ایران، رویکرد سهلگیرانه نسبت به مواد مخدر تحت الزامات و فشارهای بین‌المللی و همچنین افزایش بیش از اندازه شمار مصرف‌کنندگان، به تدریج جای خود را به راهبردهای سختگیرانه داده است. اما به رغم اینکه در نگاه اول ماده واحده الحاقی، موارد و شمار جرایم مستوجب کیفر اعدام را کاهش داده است، اما به اعتقاد نگارندگان، ماده واحده الحاقی موجب شده است تا در برخی موارد، گستره شمول مجازات اعدام افزایش یابد و به عبارت دیگر توسعه در مفهوم منجر به افزایش مصادیق شده است.

قانون‌گذار مفهوم قاچاق مسلحانه را که در ماده ۱۱ قانون مبارزه با مواد مخدر ذکر شده بود، توسعه مفهومی داده است؛ به نحوی که حتی استفاده از سلاح سرد برای اطلاق قاچاق مسلحانه کافی است. به تعبیر دیگر، مقنن در تعریف سلاح در این بند، سلاح را شامل سلاح سرد و سلاح و مهمات موضوع قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیر مجاز مصوب ۱۳۹۰/۰۶/۰۷ می‌داند. این در حالی است که سابقاً از الفاظ موجود در قانون، امکان این نوع از تفسیر وجود داشت که تنها قاچاق مسلحانه با سلاح گرم، مشمول مجازات اعدام است، اما مقنن با تصریح به سلاح سرد، به این اختلاف در تفسیر ماده پایان داده است. به علاوه در این بند بیان شده است «به قصد مقابله با مأموران» سلاح همراه داشته باشد، که این موضوع به توسعه جرم‌انگاری منجر می‌شود؛ زیرا قبلاً تنها به سلاح کشیدن برای قاچاق مسلحانه اشاره شده بود، در حالی که به موجب این بند ماده ۴۵ الحاقی، حتی صرف «قصد مقابله» کافی است.

۲-۱. مشروعیت بخشی به کیفر اعدام در پرتو مجازات مفسد فی الارض

قانون‌گذار بعد از انقلاب، هر گاه با مشکل تعیین مجازات اعدام مواجه بوده است، به برخی مفاهیم مورد اختلاف و تفسیرپذیر از جمله مفسد فی الارض یا محارب تمسک جسته است. توجه به این نکته حائز اهمیت است که در ادبیات فقهی، باب مجزایی به این حد افساد اختصاص نیافته است؛ چه آنکه حتی بر حسب ظاهر در هیچ یک از کتب فقهی، بحث مستقلی تحت عنوان افساد فی الارض آورده نشده است

(موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲: ۳/۳۱۵). بنا بر همین اختلاف فتاوا در آرای فقهی پس از پیروزی انقلاب اسلامی، رئیس شورای عالی قضایی وقت از امام خمینی استفتایی به عمل می‌آورد و در پی جواز ایشان در رجوع به نظر فقهی آیه‌الله منتظری،^۱ شورای عالی قضایی با صدور بخشنامه‌ای^۲ مقرر می‌دارد:

«محکومیت به مجازات اعدام در رابطه با مواد مخدر، در صورتی صحیح و منطبق با موازین اسلامی است که فعالیت مجرم در حدی باشد که موجب انطباق عنوان مفسد فی الارض بر او گردد؛ یعنی فعالیت او در امر توزیع و حمل و مانند آن‌ها سبب فساد در ناحیه یا منطقه‌ای از زمین شود» (مرکز تحقیقات فقهی، ۱۳۸۲: ۱/۱۷۴).

در جریان تصویب قانون مبارزه با مواد مخدر نیز همین رویکرد نادر پذیرفته می‌شود و برای برخی از رفتارهای مجرمانه آن قانون بر اساس حد افساد فی الارض مجازات اعدام تعیین می‌شود.

از سویی قانون‌گذار در سال ۱۳۹۲، حد افساد فی الارض را به صورت جداگانه مورد جرم‌انگاری قرار داده بود و با تبیین ارکان مادی و معنوی آن در ماده ۲۸۶، افساد فی الارض را به صورت عام و گسترده به عنوان حدّ مصرح، وارد قوانین جزایی ایران کرده بود. تصریح به مجازات‌ها بر حسب درجه‌بندی مجازات‌ها در ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی و بیان عبارت «مفسد فی الارض» در متن واحده الحاقی، نشان از الگوپذیری قانون‌گذار از قانون مجازات اسلامی دارد. قانون‌گذار با عدم ذکر مجازات اعدام در ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی که در مقام احصای مجازات تعزیری است، این امر را مسلم دانسته که اساساً اعدام نمی‌تواند در قالب مجازات تعزیری، مورد حکم قرار گیرد. بنابراین هر مجازات اعدامی که در قوانین خاص ذکر شده است، باید جزء

۱. متن استفتاء به این شرح است: «باسمه تعالی؛ حضرت آیه‌الله العظمی امام خمینی (دام عزّه) اعدام شخص مفسد که در نظر مبارک مورد احتیاط است، به نظر آیه‌الله منتظری جایز است و این مسئله در محاکم قضایی مورد احتیاج است. اگر اجازه می‌فرمایید، در مراجع قضایی طبق نظر ایشان عمل شود. ادام الله عمرکم الشریف. ۱۳۶۶/۰۶/۰۹ عبدالکریم موسوی». در ادامه، پاسخ امام خمینی نیز به شرح زیر آمده است: «باسمه تعالی؛ مجازید بر طبق نظر شریف ایشان عمل نمایند. ۱۳۶۶/۰۷/۰۹ روح‌الله الموسوی الخمینی» (موسوی خمینی، ۱۳۸۹: ۲۰/۳۹۷).

۲. بخشنامه شماره ۴۳۳۸۳/۱-۱۶/۹/۱۳۶۱ شورای عالی قضایی.

قلمرو حدود قلمداد شود. جرایم مستوجب اعدام قانون مبارزه با مواد مخدر نیز از این قاعده مستثنا نیستند و قانون‌گذار به خوبی به این امر تصریح داشته است.

در راستای سیاست جنایی تقنینی کلان جمهوری اسلامی، مجازات‌ها در ماده ۴۵ قانون مبارزه با مواد مخدر کیفی‌سازی شده و با توجه به احکام شریعت تدوین شده‌اند و صدر این ماده اشعار دارد که مرتکبین جرائمی که در این قانون، دارای مجازات اعدام یا حبس ابد هستند، در صورت احراز یکی از شرایط ذیل، در حکم مفسد فی الارض می‌باشند و به مجازات اعدام و ضبط اموال ناشی از مواد مخدر یا روان‌گردان محکوم و در غیر این صورت حسب مورد، «مشمولین به اعدام» به «حبس درجه یک تا سی سال» و جزای نقدی درجه یک تا دو برابر حداقل آن، و «مشمولین به حبس ابد» به حبس و جزای نقدی درجه دو، و در هر دو مورد به ضبط اموال ناشی از جرایم مواد مخدر و روان‌گردان محکوم می‌شوند. ماده واحده الحاقی با صراحت، مرتکبان جرایم مواد مخدر را مشروط به احراز یکی از شروط بندهای چهارگانه آن، در حکم مفسد فی الارض دانسته و مشمول کیفر اعدام کرده است و عجیب آنکه شورای محترم نگهبان بدون هیچ اشکالی بر آن مهر تأیید گذارده است. این امر که یکی از جلوه‌های سیاست جرم‌انگاری حداکثری محسوب می‌گردد، یکی از راهکارهای به کار گرفته شده به منظور گسترش قلمرو دامنه جرم‌انگاری از طریق توسعه در رکن قانونی و مادی جرم می‌باشد (مجیدی و تاج‌آبادی، ۱۳۹۸: ۲۹۶).

این سختگیری بر مرتکبان جرایم مواد مخدر در «حدانگاری» بزه، عملاً موجب می‌گردد که نتوان هیچ گونه تخفیف یا تشدید یا تعلیق مجازاتی را اجرا نمود؛ چرا که در جرایم حدی، نوع و میزان مجازات مشخص است و باید اجرا گردد. با الحاق این ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر برای توجیه و مشروعیت بخشی به کیفر اعدام، برخی جرایم مواد مخدر مصداق جرم حدی «مفسد فی الارض» و مستحق کیفر اعدام دانسته شده‌اند. به رغم اینکه این قانون در محدود کردن محکومیت‌های اعدام، گام بزرگی برداشته است، ولی اگر تا کنون رویکرد انتقادی به سیاست‌های کیفری و نیز کیفرگذاری و کیفردهی به جرایم مواد مخدر با استناد به ماهیت تعزیری این جرایم، لغو کیفر اعدام را ممکن‌تر می‌دانست، با حدانگاری این جرم، وضعیت بیش از پیش دشوار

شده است (غلاملو، ۱۳۹۷: ۱۵۵).

از سوی دیگر، مقنن با تصویب ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، افساد فی الارض را به صورت علی حده جرم‌انگاری کرده و مصادیق آن را بیان نموده است. بر همین اساس مشخص نیست که در حکم دانستن بندهای الف تا ت قانون الحاقی، چه معنایی می‌تواند داشته باشد، اما آنچه مشخص است اینکه جرم‌انگاری رفتارها بدین نحو، با اصول و فنون قانون‌گذاری در تضاد کامل است و مناسب بود که مقنن، یا مواردی را در نظر بگیرد که جزء مصادیق ماده ۲۸۶ بوده یا اینکه با معیارها و ملاک‌های مندرج در این ماده تناسب داشته باشد. بر همین اساس به نظر می‌رسد بندهای الف تا ت مندرج در قانون الحاقی، هیچ‌گونه شباهتی به ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی که مصادیق این جرم را به صورت حصری بیان نموده است، ندارد و از این حیث مشخص نیست که مقنن بنا بر کدام ملاک و معیار، این بندها را در حکم افساد فی الارض دانسته است؛ برای مثال، بند الف قانون الحاقی بیش از آنکه به جرم افساد فی الارض شباهت داشته باشد، به جرم محاربه شبیه‌تر است. این در حالی است که در خصوص عنوان مجرمانه افساد فی الارض نیز خود دارای اجمال و ابهام مفهومی هستند و تطبیق مفهوم آن بر مصادیق ذکرشده در ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی آسان نبوده و نیازمند بررسی و نظردهی افراد متخصص و خبره و آگاه در آن زمینه است (ر.ک: برهانی و احمدزاده، ۱۳۹۷: ۲۱۶). از سوی دیگر، مقنن با در حکم افساد فی الارض انگاشتن برخی از مصادیق ارتکاب جرایم مربوط به مواد مخدر و خاتمه دادن به بحث حدی یا تعزیری بودن مجازات اعدام در قبال ارتکاب این جرایم، اقدام به اصلاح ماده ۳۸ این قانون نکرده است. توضیح آنکه مطابق ماده ۳۸ این قانون، امکان ارسال پرونده محکومان به اعدام به کمیسیون عفو وجود دارد؛ حال آنکه طبق ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی، اسقاط حد تنها از طریق توبه و شرایط مندرج در آن ماده ممکن است. اگرچه می‌توان چنین تفسیر کرد که کمیسیون عفو مکلف است در صورت ارجاع پرونده، تنها شرایط و ضوابط مندرج در ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی را مدنظر قرار دهد، اما شایسته بود که مقنن ماده ۳۸ قانون مبارزه با مواد مخدر را نیز اصلاح می‌نمود و باب تفاسیر متعدد و متفاوت را نمی‌گشود.

۳-۱. تشدید مجازات معاون جرم

بند ب ماده ۴۵ الحاقی، به استفاده از اطفال و نوجوانان کمتر از هجده سال یا مجانین برای ارتکاب جرم اشاره کرده است. در بند ب ماده ۴۵ الحاقی، با اشاره به لغت «استفاده» به نوعی قانون‌گذار، تشویق و ترغیب طفل و نوجوان را نیز علاوه بر جنبه اجبار و تهدید (موضوع ماده ۳۵ همان قانون) مدنظر قرار داده و هر گونه سوءاستفاده از این قشر را جرم‌انگاری کرده و سبب گردیده تا دامنه شمول جرایم گسترده‌تر گردد. همچنین به موجب این بند، قانون‌گذار پشتیبانی مالی را - که به نوعی معاونت و تشویق در ارتکاب جرایم مواد مخدر است - به نحوی جرم‌انگاری و توسعه داده است که حتی شاید گاهی خود مباشر جرم مواد مخدر، مجازات اعدام نداشته باشد، اما فردی به جهت پشتیبانی مالی، در حکم مفسد فی الارض قرار گرفته و به مجازات اعدام محکوم گردد؛ در صورتی که به موجب ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ متهم به حداکثر مجازات شدیدترین جرم ارتكابی توسط گروه محکوم می‌شود. این تغییر رویکرد تقنینی در جهت سیاست مقابله بدون تسامح با فعالان و بازی‌گردانان مواد مخدر بوده و قانون‌گذار به موازات پیشرفت‌های جوامع کنونی، تشکیل باندها و گروه‌های مافیایی حرفه‌ای برای ارتکاب جرائم مواد مخدر، کشف مواد مخدر با اوزان بالا با حامی و پشتیبان خارج از صحنه ارتکاب جرم چنین اقدامی کرده است. همچنین به دلیل ایجاد حالت خطرناک در اطفال و نوجوانان به لحاظ شخصیت‌تدریجی ایشان و سهولت در آموزش رفتار مجرمانه و سهولت در ارتکاب جرم توسط مجانین به لحاظ عدم سلامت روان، ارتکاب جرم به واسطه این افراد را از مصادیق افساد فی الارض دانسته است.

هرچند در جرم‌انگاری و کیفرگذاری رفتارهای معاون جرم، نوعاً از رویکرد عاریه‌ای استفاده می‌شود و زمانی معاون قابل مجازات است که عمل مباشر دارای وصف مجرمانه باشد (اردبیلی، ۱۳۹۵: ۵۸/۲)، اما به لحاظ اهمیت موضوع، قانون‌گذار چنین وضعیتی را خوشایند نمی‌بیند و معاونت در جرم را به صورت مستقل از عمل مباشر، جرم‌انگاری کرده و قابل مجازات می‌داند (مجیدی و تاج‌آبادی، ۱۳۹۸: ۳۰۹).

۲. گسترش عوامل مشدده شخصی و عینی اعدام‌ساز

علل و جهاتی که باعث تشدید مجازات می‌شود، کیفیات یا علل مشدده مجازات‌ها نامیده شده است. به عبارت دیگر، این علل اوضاع و احوالی هستند که با جرم خاصی مقارن می‌گردند و موجبات تشدید مجازات همان جرم را فراهم می‌کنند که به کیفیات مشدده شخصی و عینی تقسیم می‌شوند. کیفیات مشدده عینی به رکن مادی جرم ارتباط می‌یابند و بر اساس کیفیات مشدده شخصی، مجازات به لحاظ خصوصیت شخص مرتکب تشدید می‌شود. مقنن ایرانی با الحاق ماده ۴۵ و در نظر گرفتن عواملی همچون سوابق کیفری مرتکب و نیز حمل سلاح، عوامل مشدده مجازات ارتکاب جرایم مربوط به مواد مخدر را گسترش داده است.

۱-۲. گسترش دامنه اثرگذاری سوابق کیفری مرتبط

مجرمانی که پس از ارتکاب جرم در مسیر قانونی محاکمه و محکوم می‌شوند، در صورت تکرار جرم در مواردی که قانون معین نموده است، مشمول مقررات تشدید مجازات می‌گردند. با توجه به خاص بودن قانون مبارزه با مواد مخدر، قواعد ناظر بر تکرار جرایم مواد مخدر و تشدید مجازات مرتکبان آن با جرایم عمومی متفاوت است. دادگاه در تشدید مجازات بر اثر تکرار جرم مواد مخدر، ملزم به رعایت مقررات در قانون مبارزه با مواد مخدر می‌باشد و عدم رعایت این ضوابط، موجب نقض رأی می‌گردد (ذبحی، ۱۳۹۷: ۲۰۲). مقنن ب موجب بند پ ماده ۴۵ الحاقی، به گسترش بی‌حد و حصر مقررات تکرار جرم اقدام نموده است؛ بدین صورت که چنانچه محکوم در گذشته، سابقه مجازات اعدام داشته که به هر دلیلی به مجازات دیگر تبدیل شده و یا دارای سابقه مجازات‌های حبس ابد و یا حبس بیش از پانزده سال بوده و علت آن مربوط به هر یک از جرایم مواد مخدر باشد، بدون توجه به عنصر قانونی مورد استناد در حکم سابق، بر اساس این بند، محکوم به مجازات اعدام خواهد بود؛ در حالی که پیش از تصویب ماده ۴۵ الحاقی، فرد در صورت تکرار یک موضوع واحد و با شرایط تجاوز از میزان مشخص مواد مخدر، به مجازات اعدام محکوم می‌گردید و وجود سوابق دیگر موضوع قانون مبارزه با مواد مخدر، تأثیری در صدور مجازات اعدام

برای وی نداشت.

با تصویب ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲، به نظر می‌رسید که رویکرد کلی مقنن نسبت به ماده ۳۹ قانون مبارزه با مواد مخدر اصلاحی ۱۳۸۹ تغییر یافته است و عموماً قانون جزایی، قابل تسری به این حوزه به نظر می‌رسید. اما با تصویب الحاقیه مشخص می‌گردد که مقنن همچنان سوابق کیفری محکومان را هرچند ناچیز و مربوط به بیش از سی سال قبل باشد، مدنظر دارد که این امر به دور از عدالت به نظر می‌آید (پیرایی، ۱۳۹۸: ۷۱).

۲-۲. تسری مجازات حامل سلاح به سایر شرکا

بر اساس بند الف ماده ۴۵ الحاقی، در مواردی که مباشر جرم و یا حداقل یکی از شرکا حین ارتکاب جرم سلاح کشیده یا به قصد مقابله با مأموران، سلاح گرم و یا شکاری به همراه داشته باشند، مجازات همه افراد دخیل در ارتکاب جرم اعدام خواهد بود.

از سیاق نگارش بند الف به نظر می‌رسد که مقنن حتی اصل را بر علم و اطلاع شرکا از وجود سلاح یا قصد استفاده از سلاح قرار داده و بار اثبات عدم علم را بر عهده متهم گذاشته است که بر خلاف قاعده مقرر در ماده ۱۴۴ قانون مجازات اسلامی مبنی بر «لزوم احراز قصد مرتکب در رفتار مجرمانه» است. این امر بر خلاف ماده ۱۱ قانون مبارزه با مواد مخدر خواهد بود و اختیار قضات را در تفسیر به نفع متهم محدود می‌سازد. چون قبلاً رویه قضایی در خصوص اعمال مجازات مذکور در ماده ۱۱ بر شرکا و افرادی که همراه خود سلاح نداشتند، تردید می‌کرد؛ در حالی که به موجب این بند ماده ۴۵ الحاقی، حتی اگر یکی از افراد سلاح کشیده یا به قصد مقابله با مأموران، همراه خود سلاح گرم یا شکاری داشته باشد، این امکان تفسیری را فراهم می‌کند که مجازات همه افراد شریک در جرم را اعدام قرار دهد. به این ترتیب اگر حامل سلاح مجنون باشد و شریک دیگر از حمل سلاح آگاه نباشد، رافع مسئولیت کیفری نیست. لازم به ذکر است که این نوع از نگارش مواد قانونی مسبوق به سابقه نیز می‌باشد و مقنن در کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ در مواد قانونی

متعددی نیز به همین نحو مواد قانونی را نگارش کرده است. مورد دیگر اینکه محدود کردن این بند به سلاح، موجب خروج موضوعی سایر اقسام خطرآفرین از جمله اسید، گازهای اشک آور و شوکر شده است و اصلاح این بند لازم به نظر می‌رسد.

۳. کاهش گستره بهره‌مندی از نهادهای ارفاقی

به منظور فردی‌سازی مجازات در جهت تأمین هرچه بهتر اهداف کیفر، باید ابزارهای لازم در اختیار قضات وجود داشته باشد (یزیدیان، ۱۳۸۵: ۴۲). از این رو اصل تفرید قضایی، راهکاری برای تعدیل اصل قانونی بودن جرم و مجازات است (پورقهرمانی و نگهدار، ۱۳۹۷: ۲۳۴) و در اکثر نظام‌های حقوقی، به کارگیری نهادهای ارفاقی در خصوص متهمان امکان‌پذیر می‌باشد. در عین حال، گاهی مقنن سعی می‌کند با استفاده از شیوه ناتوان‌سازی و محروم کردن متهمان از تدابیر ارفاقی، برقراری امنیت عمومی را بیشتر تضمین نماید. بر همین اساس، بررسی‌های جرم‌شناختی در خصوص مبارزه با مواد مخدر حاکی از آن است که مقنن ایرانی خواسته یا ناخواسته با وضع مجازات‌های سنگین و شدید، سیاست جنایی تسامح صفر یا بدون تسامح را در پیش گرفته است، ولی نتایج به دست آمده نشان می‌دهد که اهداف مورد انتظار حاصل نگردیده است؛ به گونه‌ای که می‌توان گفت سیاست جنایی حاکم بر جرایم مواد مخدر اساساً مبتنی بر سیاست سرکوب و کیفر می‌باشد (اکبری، ۱۳۹۳: ۱۰). تحلیل جرم‌شناختی از این ماده واحد نشان‌دهنده این مسئله است که مقنن در رویکرد نوین خود نسبت به مرتکبان جرایم مواد مخدر، بهره‌مندی از نهادهای ارفاقی را کاهش داده است، اما از سوی دیگر در خصوص اعمال مجازات تنها به معیارهای کمی توجه نکرده است.^۱

۱. برای تعیین شدت مجازات در جرائم مواد مخدر عموماً از دو معیار استفاده می‌شود: نخست، معیار آسیب ناشی از جرم. بر این اساس، کیفر باید بر اساس میزان آسیبی که از جرم ایجاد می‌شود، تعیین شود. در جرائم مواد مخدر، میزان این آسیب بر اساس میزان و کمیت مواد برآورد می‌شود (Von Hirsch: 1996)؛ یعنی هر چه میزان مواد بیشتر باشد، جرم شدیدتر و به موازات آن مجازات شدیدتر تعیین می‌شود. نظام کیفری ایران، از جمله نظام‌هایی است که در این حوزه بر مبنای ضابطه میزان مواد مخدر عمل می‌نماید و عدم رعایت آن توسط قضات، سبب نقض رأی و تخلف قضایی می‌باشد (ذبحی، ۱۳۹۷: ۶۲).

در این قسمت به بررسی این موضوع با ملاحظه قواعد عام قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ خواهیم پرداخت.

۳-۱. امکان سنجی بهره‌مندی از نهادهای ارفاقی در جرایم مواد مخدر

در نگاه اول، قانون‌گذار در قانون الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر، گستره شمول نهادهای ارفاقی^۱ را مضیق کرده است. اما این کاهش گستره بهره‌مندی از نهادهای ارفاقی را باید با نظر به مفاد تبصره ماده واحده مضیق تفسیر کرد. توضیح

→ در سال‌های ۱۳۷۶ و ۱۳۸۹ این قانون اصلاحیه‌هایی را در پی داشت، اما تغییر چندانی در شدت مجازات‌ها ایجاد نشد؛ تا اینکه با تصویب ماده ۴۵ الحاقی، اقدامات قانون‌گذاران سابق به چالش کشیده شد. با توجه به اینکه تأکید صرف بر معیار کمی، نتایجی همچون بی‌مجازات ماندن عرضه‌کنندگان اصلی مواد مخدر، یکسان‌انگاشتن کیفر حاملان مواد با مالکان مواد، سرزنش‌پذیرتر دانستن خرده‌فروشان مصرف‌کننده نسبت به سایر خرده‌فروشان و... را در بر داشت (صادقی و همکاران، ۱۳۹۶: ۸۱-۱۰۳)، قانون‌گذار ایرانی بر خلاف رویکرد قبلی خود که متضمن تأکید بر رویکرد سختگیرانه‌ای بود و میزان کمی مواد را به عنوان معیار اصلی در تعیین میزان کیفرها قرار داده بود، در ماده واحده الحاقی علاوه بر میزان کمی مواد مخدر، عوامل کیفی دیگری همچون: حمل سلاح، سردستگی، استفاده از اطفال و سابقه قبلی را در تعیین کیفر اعدام مدخلیت داده است. بنابراین شاهد تغییر سیاست جنایی تقنینی از معیار کمی صرف به معیارهای کیفی ناظر بر شدت سرزنش‌پذیری مرتکبان جرایم مواد مخدر هستیم و در ماده واحده الحاقی، میزان کمی مواد مخدر نیز دستخوش تغییر شده است.

البته همچنان با اصلاحات حاضر نیز می‌توان ناهمناوبی سیاست جنایی تقنینی و سیاست جنایی قضایی را در اعمال مجازات اعدام در خصوص بند ت ماده واحده الحاقی انتظار داشت؛ چرا که در بسیاری از موارد آن‌چنان که قانون‌گذار در اتاق شیشه‌ای خود بر اساس معیار کمی، رفتاری را مستوجب واکنش شدید می‌داند، سزاوار آن نیست؛ زیرا به قول استاد کاتوزیان، دادرسان که با وقایع خارجی به طور مستقیم روبرو هستند، عدالتی را که اخلاق عمومی به وجود آورده است، روشن‌تر احساس می‌کنند و از آن الهام می‌گیرند. قاضی، نماینده دولت است و به نام او تصمیم می‌گیرد، ولی به عنوان «انسان» از محیط خود متأثر می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۱/۶۶۵).

۱. در اینکه مقصود قانون‌گذار از نهادهای ارفاقی چیست، نظریه مشورتی شماره ۲۲۵۲/۹۶/۷ مورخ ۹۶/۹/۲۲ در بند ۳ به این پرسش پاسخ داده است: «مقتن در ماده واحده الحاقی یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶/۷/۱۲، اصطلاح «نهادهای ارفاقی» را به کار برده و تعریفی از آن ارائه نداده است، ولی با توجه به دو مصدق که ذکر کرده است (تعلیق اجرای مجازات و آزادی مشروط) و استثناهایی که آورده است (مصادیق تبصره ماده ۳۸ و عفو مقام معظم رهبری مذکور در بند ۱۱ اصل ۱۱۰ قانون اساسی)، و با توجه به عبارت «حکم... صادر شود» مذکور در صدر و ذیل این تبصره، به نظر می‌رسد شامل هر نوع ارفاقی است که اولاً، پس از صدور حکم (تعیین مجازات) به محکوم علیه اعطا شود؛ ثانیاً، مرجع قضایی به موجب قانون مکلف به اعطای آن نباشد (اختیاری باشد)».

آنکه تبصره مزبور هیچ اشاره‌ای به حبس‌های کمتر از پنج سال نمی‌کند که باید آن‌ها را همچنان مشمول احکام قانون مجازات اسلامی دانست. ثانیاً در خصوص حبس‌های بالغ بر پنج سال تنها در خصوص احکامی که به حداقل مجازات قانونی محکوم شده‌اند، کلیه نهادهای ارفاقی از جمله تعلیق اجرای مجازات و آزادی مشروط به استثنای عفو رهبری را ملغی دانسته است؛ اما در خصوص مواردی که حکم به مجازات به بیش از حداقل مجازات قانونی صادر شود، صرفاً به امکان تعلیق مجازات اشاره کرده است. به عبارت دیگر در خصوص امکان آزادی مشروط و سایر نهادهای ارفاقی حبس‌های بالغ بر ۵ سالی که حکم به بیش از حداقل مجازات صادر می‌شود، نفیاً و اثباتاً سخنی نرانده است که از اطلاق ماده به نظر می‌رسد می‌توان بخش دوم تبصره را در خصوص آزادی مشروط و سایر نهادهای ارفاقی به جز تعلیق اجرای مجازات مشمول عمومات قانون مجازات اسلامی دانست.

به هر رو، با توجه به این اصل کلی که قاضی می‌تواند از کلیه نهادهای ارفاقی استفاده نماید، مگر اینکه قانون‌گذار تصریح به ممنوعیت آن نماید و اینکه تفسیر در جهت تضییق حقوق متهم در قوانین جزایی پذیرفته نیست، بنابراین می‌توان گفت که نهادهای مذکور در تبصره ماده ۴۵ الحاقی مربوط به مرحله اجرای حکم است و هیچ ارتباطی به مرحله دادرسی ندارد (اعظمی چهاربرج، ۱۳۹۷: ۱۲۶). حتی اگر این شبهه مطرح شود که سکوت قانون مبارزه با مواد مخدر در مقام بیان بوده است و وقتی برخی از نهادهای ارفاقی را ذکر می‌کند و برخی دیگر را ذکر نمی‌کند، از این سکوت می‌توان عدم جریان سایر مقررات را استنباط نمود، در پاسخ می‌توان گفت که سکوت قانون‌گذار در این قانون، با توجه به بیانی بوده که در سایر قوانین وجود داشته است و ذکر مقررات خاص برای برخی از نهادهای ارفاقی از آن جهت بوده است که عدم جریان مقررات عام در این جرایم را مورد نظر داشته است (برای مطالعه بیشتر ر.ک: بهره‌مند، احمدزاده و رستمی، ۱۳۹۶: ۴۹).

۲-۳. وضعیت نهادهای ارفاقی با توجه به سیاست جنایی قضایی

مقنن در تحدید گستره شمول نهادهای ارفاقی در جرایم مواد مخدر، بسیار جزئی

عمل کرده است و شاهد آنیم که مقنن در امکان استفاده محکوم از نهادهای ارفاقی، سیاست سختگیرانه‌تری را دنبال می‌کند. نشانه‌های سیاست اصلاح و درمان، به وضوح در بند پنجم اصل ۱۵۶ قانون اساسی مورد اشاره قرار گرفته است؛ امری که در قانون مجازات اسلامی به وسیله نهادهای ارفاقی نمود پیدا کرده است. لذا ضرورت وجود نهادهای ارفاقی با تبیین اهداف مجازات‌ها و ضرورت اصلاح و درمان مجرمان و توجه قانون‌گذار به این امر در قانون اساسی به عنوان بالاترین سند نظام حقوقی و قوانین عادی مادر همچون قانون مجازات اسلامی اثبات می‌شود. به طور کلی، میزان انطباق واقعیت‌های اجتماعی با نظام قضایی و قوانین موجود را می‌توان در میزان استفاده از نهادهای ارفاقی دانست. با توجه به اینکه به استثنای جرایمی که مجازات اعدام برای آن‌ها پیش‌بینی شده، رویکرد قانون مبارزه با مواد مخدر نسبت به سایر جرایم، رویکردی تعزیرمحور است و مطابق با نص صریح ماده ۳۸ مجازات‌های تعزیری در این قانون مورد استفاده و استناد قرار گرفته شده است، لکن در ماده‌واحد سال ۱۳۹۶، قانون‌گذار با عدول از سیاست اصلاح و درمان، با حذف برخی از نهادهای ارفاقی به سیاست سزاگرایانه متمایل شده است. بخشنامه شماره ۹۰۰۰/۴۸۲۴۴/۱۰۰ اجرای قانون الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶/۱۰/۱۶ رئیس قوه قضاییه در بند ۱۲ مقرر می‌دارد:

«... چنانچه مجازات تعیین شده بیش از حداقل مجازات قانونی جرم باشد، دادگاه می‌تواند بعد از گذراندن حداقل مجازات قانونی جرم، تمام یا قسمتی از باقی‌مانده حبس را صرفاً تعلیق نماید»^۱.

۱. متن کامل بند ۱۲ بخشنامه اخیرالذکر به این شرح است: «در اجرای تبصره ماده‌واحد چنانچه مجازات قانونی جرم بیش از پنج سال حبس باشد، دادگاه در مقام تعیین مجازات، مکلف به رعایت نکات ذیل است: الف) تعیین مجازات کمتر از حداقل مجازات قانونی جرم ممنوع است. ب) در صورتی که حداقل مجازات قانونی جرم تعیین شود، به جز تخفیف مقرر در تبصره ماده ۳۸ قانون و عفو مقام معظم رهبری (مدظله‌العالی)، مذکور در بند ۱۱ اصل یکصد و دهم قانون اساسی، اعمال هر گونه ارفاق قانونی از قبیل تعلیق مجازات، آزادی مشروط، تخفیف مجازات موضوع ماده ۴۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری ممنوع است و چنانچه مجازات تعیین شده بیش از حداقل مجازات قانونی جرم باشد، دادگاه می‌تواند بعد از گذراندن حداقل مجازات قانونی جرم، تمام یا قسمتی از باقی‌مانده حبس را صرفاً تعلیق نماید».

البته بطلان این حرف، مطابق مطالب پیش گفته آشکار است و برداشت آیین نامه خلاف مقصود قانون گذار است.

از سوی دیگر، سیاست جنایی قضایی نیز گفتمان سیاست جنایی تقنینی در خصوص شمول نهادهای ارفاقی به مرتکبان موضوع قانون را شدت می بخشد؛ از جمله در رأی وحدت رویه شماره ۷۶۴ مورخ ۱۳۹۶/۰۸/۰۹ که پیرو پرونده مورد اتهام مواد مخدر محکوم به حبس ابد صادر گردید، امکان تخفیف در خصوص مجازات های حبس ابد را به دلیل عدم امکان محاسبه نصف مجازات منتفی دانسته است، یا قسمت دوم بند ۱۲ دستورالعمل رئیس قوه قضاییه مورخ ۱۳۹۶/۱۰/۱۶ که امکان اعمال ماده ۴۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ در جرایم مواد مخدر را ممنوع ساخته است که به نظر می رسد این بند عیناً تبصره ماده ۴۵ الحاقی را بیان نموده و تنها تخفیف ماده ۴۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری را به عنوان یکی از سایر نهادهای ارفاقی به آن ملحق نموده است که این امر نیز بر خلاف تفسیر مضیق در قوانین کیفری بوده و به نوعی دامنه شمول حکم تبصره را گسترش داده، به نحوی که تبصره مذکور مرحله صدور حکم را نیز شامل شود.

نتیجه گیری

مهم ترین هدف قانون گذار ایرانی از اجرای اعدام برای جرایم مواد مخدر بین سال های ۱۳۵۸ و ۱۳۷۷ ارباب و بازدارندگی بوده است. اما آمارها حاکی از ناکارآمدی این سیاست در تأمین هدف بوده است. افزایش ۱۷ برابری کشفیات مواد مخدر و ۲۰ برابر شدن دستگیرشدگان جرایم مواد مخدر در این بازه زمانی، ۲ برابر شدن اعدام شدگان از سال ۱۳۶۲ تا ۱۳۷۴ (اکبری، ۱۳۷۹: ۳۰۵/۱) و جانشینی پسر ارشد یا برادر رئیس باندهای قاچاق مواد مخدر پس از اعدام وی (غلامی، ۱۳۸۲: ۱۵۸)، نشانگر مؤثر نبودن اعدام در کاهش جرم و افزایش فعالیت قاچاقچیان به تناسب افزایش اجرای اعدام بوده است. این امر در نهایت مورد توجه شایسته قانون گذار قرار گرفت. با این حال باید توجه داشت که معیار دقیقی برای ارزیابی بازدارندگی کیفر اعدام وجود ندارد؛ چرا که روش ارزیابی دقیق بازدارندگی این مجازات آن است که این مجازات از نظام ضمانت

اجراهای کیفری حذف شود و در صورت افزایش میزان جرایم مستوجب اعدام بعد از لغو این مجازات، می‌توان به اثر بازدارندگی اجتماعی آن پی برد. در غیر این صورت می‌توان گفت که وجود این مجازات تأثیری در بازدارندگی جمعی ندارد (Hood, 1989: 125). در اولین اظهارنظر پس از لازم‌الاجرا شدن قانون الحاق ماده واحده، مدیرکل دفتر حقوقی و امور مجلس ستاد مبارزه با مواد مخدر در اظهارنظر رسمی خود، اجرای این قانون را موجب افزایش قاچاق مواد مخدر و روان‌گردان‌ها، افزایش جمعیت کیفری و زندانیان جرایم مواد مخدر تلقی کرده است.^۱ بدیهی است این برداشت که از سوی یک مقام مسئول در حوزه مبارزه با مواد مخدر در وبگاه رسمی ستاد مرکزی مبارزه با مواد مخدر منتشر شده است، منعکس‌کننده برآیند نظرات و دیدگاه‌های مسئولان حوزه اجراست که به نظر می‌رسد با سیاست‌های دستگاه تقنینی کشور در تعارض است و براساس دیدگاه مقام‌های اجرایی چه‌بسا تشدید کیفر اعدام بازدارندگی بیشتری دارد. در این میان، آثار مخرب مواد مخدر و روان‌گردان و شدت و وسعت روزافزون آن در کشور، لزوم برخوردی مناسب، هماهنگ و منطقی را به صورتی همه‌جانبه می‌طلبد. در این رهگذر بدون داشتن مقرراتی همه‌سونگر و منطبق با وضعیت فعلی و پیش‌بینی آینده قاچاق مواد مخدر و افراد درگیر در آن توأم با ضمانت اجرایی دقیق، متناسب و علمی، امکان کامیابی را غیر ممکن می‌سازد.

عدم هماهنگی بین سازمان‌های ذی‌ربط در امر مبارزه با مواد مخدر و ناکارآمد نشان دادن سیاست‌های اتخاذشده و پیش‌داوری نسبت به قوانین، بعضاً موجب خنثی شدن راهکارها و تدابیر پیش‌بینی‌شده توسط قانون‌گذار می‌شود و این از نواقص سیاست جنایی جامع است.

قانون‌گذار ایرانی در آخرین اصلاحیه قانون مبارزه با مواد مخدر صرفاً دست به اصلاح حوزه واکنشی زده و هیچ دستاوردی برای حوزه کنشی و سیاست کیفری پیشگیرانه ندارد. در حالی که می‌توانست معایب قانون قبلی را برطرف کند و برای مبارزه مؤثر با مواد مخدر، به زمینه‌ها و جنبه‌های مختلف از جمله نقش فقر، بیکاری و

۱. متن کامل مصاحبه در وبگاه <<http://www.dchq.ir>>، تاریخ مراجعه: ۱۳۹۷/۰۵/۰۳.

تبعیض، شرایط اجتماعی و فرهنگی، سازوکار اقتصادی قاچاق و توزیع مواد مخدر، ارزش افزوده و انگیزه‌های قاچاق و مسائلی از این دست نیز توجه نماید. در هر حال، سیاست جنایی تقنینی جدید حاکی از حرکت قانون‌گذار به سمت کاستن از دایره جرایم مستوجب اعدام، استفاده از ادبیات تقنینی قانون مجازات اسلامی، عبور از معیار کمی صرف به معیار کمی - کیفی و مشروعیت بخشیدن به مجازات اعدام با توسل به عنوان حد افساد فی الارض می‌باشد.

در وضعیت قبلی قانون مبارزه با مواد مخدر که گاه حمل ۳۱ گرم مواد مخدر صنعتی را مستوجب کیفر اعدام می‌دانست، قضات دادگاه‌های انقلاب با کوچک‌ترین شبهه‌ای، در پی تعدیل کیفر سنگین اعدام بودند. به نظر قضات، کارایی مجازات اعدام مورد تردید بود و فاصله بین سیاست جنایی قضایی از سیاست جنایی تقنینی در ایران از جمله دلایل ضرورت تجدیدنظر در مجازات مذکور تلقی می‌گردید (آشوری، ۱۳۷۹: ۳۳۷/۱). لذا با خروج بسیاری از افرادی که در نوبت اعدام قرار داشتند، تحول بسیار عظیمی رخ داد. قضات که غالباً اعتقادی به مجازات اعدام برای جرایم مواد مخدر با توجه به واقعیات جامعه نداشتند، از این قانون استقبال نموده و پرونده‌های سابق مورد بازبینی قرار گرفت و در موارد متعدد به نفع متهمان تفسیر گردید و به نظر می‌رسد با این ماده واحده الحاقی، سیاست جنایی قضایی روی خوشی به قانون نشان دهد.

با وجود این، ملاحظه نتایج حاصل از اعمال سیاست اعدام در جرایم مواد مخدر صرفاً گویای ناکارآمدی این سیاست بوده است، اما لزوماً از آن نمی‌توان نتیجه گرفت که راه حل، حذف این کیفر در چنین جرایمی است، بلکه هر گونه تصمیم و راهکار دیگری در هر حال باید مبتنی بر ارزیابی باشد.

کتاب‌شناسی

۱. آشوری، محمد، «نتیجه‌گیری کلی همایش بین‌المللی علمی - کاربردی جنبه‌های مختلف سیاست جنایی در قبال مواد مخدر»، مجموعه مقالات (سخنرانی‌های داخلی)، تهران، روزنامه رسمی کشور، ۱۳۷۹ ش.
۲. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، چاپ بیستم، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۳. اعظمی چهاربج، حسین، تحلیلی بر ماده ۴۵ الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر؛ با تکیه بر نحوه اعمال آن در مراجع قضایی، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۷ ش.
۴. اکبری، حسین، «مطالعه نظری - عملی کیفر مرگ در حقوق مواد مخدر ایران»، همایش بین‌المللی علمی - کاربردی جنبه‌های مختلف سیاست جنایی در قبال مواد مخدر، تهران، روزنامه رسمی کشور، ۱۳۷۹ ش.
۵. اکبری، عباسعلی، «بررسی و نقد سیاست جنایی حاکم بر جرایم مواد مخدر در ایران با تأکید بر اصلاحیه سال ۱۳۸۹ قانون مبارزه با مواد مخدر»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال پنجم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۳ ش.
۶. برهانی، محسن، و رسول احمدزاده، «معیارهای ناظر بر شناسایی مفسد فی الارض با تأکید بر جرایم مواد مخدر»، دوفصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره چهارم و هشتم، شماره ۲ (پیاپی ۱۱)، پاییز و زمستان ۱۳۹۷ ش.
۷. بهره‌مند، حمید، رسول احمدزاده، و سینا رستمی، «واکاوی نهادهای ارفاقی در جرایم مواد مخدر»، مجله کارآگاه، سال نهم، شماره ۳۹، تابستان ۱۳۹۶ ش.
۸. پورقهرمانی، بابک، و ایرج نگهدار، «ارزیابی رویکرد قضات به اعمال نهادهای ارفاقی جدید»، دوفصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره چهارم و هشتم، شماره ۲ (پیاپی ۱۱)، پاییز و زمستان ۱۳۹۷ ش.
۹. پیرایی، حامد، بحران در سیاست جنایی ایران در قبال مبارزه با مواد مخدر، پایان‌نامه کارشناسی ارشد فقه و حقوق جزا، دانشگاه دامغان، ۱۳۹۸ ش.
۱۰. حبیبی تبار، جواد، و ضامن علی حبیبی، «مبانی فقهی مجازات اعدام در جرایم مواد مخدر»، کاوشی نو در فقه اسلامی، سال بیست و یکم، شماره ۲، ۱۳۹۳ ش.
۱۱. ذبحی، حسین، شرح جامع قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۶۷ با اصلاحات و الحاقات بعدی در نظم حقوقی جدید، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۷ ش.
۱۲. صادقی، آزاده، محمد فرجیها، محمدجعفر حبیب‌زاده، و جلیل امید، «پیامدهای تعیین کیفر در جرائم مواد مخدر بر پایه کمیت مواد در نظام تقنینی ایران و ایالات متحده آمریکا»، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دانشگاه تربیت مدرس، دوره بیست و یکم، شماره ۱، بهار ۱۳۹۶ ش.
۱۳. صبوری‌پور، مهدی، عقلانیت در ارتکاب جرم، تهران، میزان، ۱۳۹۸ ش.
۱۴. غلاملو، جمشید، «تحلیل عوامل بی‌عدالتی کیفری در جرایم مواد مخدر»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۰۳، پاییز ۱۳۹۷ ش.
۱۵. غلامی، حسین، تکرار جرم؛ بررسی حقوقی - جرم‌شناختی، تهران، میزان، ۱۳۸۲ ش.
۱۶. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷ ش.
۱۷. کریستی، نیلز، دگرش ارزش کیفری، ترجمه سیددردید موسوی معجب، تهران، بهنامی، ۱۳۹۷ ش.

۱۸. مجیدی، سید محمود، و فاطمه تاج آبادی، «تکنیک‌های جرم‌انگاری امنیت‌مدار در حقوق کیفری ایران»، *مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، شماره ۲۱، ۱۳۹۸ ش.
۱۹. مرکز تحقیقات فقهی، *مجموعه بخشنامه‌های شورای عالی قضایی (۱۳۵۹-۱۳۶۸)*، قم، معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، ۱۳۸۲ ش.
۲۰. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *صحیفه امام*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۹ ش.
۲۱. موسوی گلپایگانی، سیدمحمد رضا، *الدّر المنضود فی احکام الحدود*، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۲ ق.
۲۲. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «درآمدی به جنبه‌های مختلف سیاست جنایی در قبال مواد مخدر»، مقاله در: *مجموعه مقالات همایش بین‌المللی علمی - کاربردی جنبه‌های مختلف سیاست جنایی در قبال مواد مخدر*، تهران، روزنامه رسمی، ۱۳۷۹ ش.
۲۳. همو، «سیاست جنایی»، مقاله در: *علوم جنایی؛ گزیده مقالات آموزشی برای ارتقای دانش دست‌اندرکاران مبارزه با مواد مخدر در ایران*، کمیته معاضدت قضایی ستاد مبارزه با مواد مخدر و جرم سازمان ملل متحد در ایران، تهران، سلسبیل، ۱۳۸۴ ش.
۲۴. یزدیان، جعفر، «اصل فردی کردن مجازات‌ها؛ تبعیض فاحش یا عدالتی عادلانه‌تر»، *مجله حقوق اسلامی*، شماره ۱۱، ۱۳۸۵ ش.
25. Hood, Roger, *The Death Penalty: A Worldwide Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1989.
26. Von Hirsch, Andrew, "Extending the Harm Principle: 'Remote' Harms and Fair Imputation", in: A. P. Simester & A. T. H. Smith (eds.), *Harm and Culpability*, Oxford University Press, 1996.

جرم انگاری بین المللی زیست بوم زدایی*

- احمد نصر اصفهانی^۱
- لیلا رئیسی^۲
- علیرضا آرش پور^۳

چکیده

همگام با توسعه حقوق بین الملل در دو حوزه کیفری و محیط زیست، مفهوم زیست بوم زدایی / اکوساید / ژئوساید، نیز توسط اندیشمندان ابداع و به کار گرفته شد. این مفهوم که به تخریب و آسیب رسانی گسترده، بلندمدت و شدید به محیط زیست توجه دارد، در چند دهه اخیر محور بحث‌ها و نظریه پردازی‌های گوناگون شده و در اساسنامه ICC به شکلی محدود به عنوان یکی از مصادیق جنایات جنگی مورد شناسایی قرار گرفته است. علاوه بر آن، اساسنامه دیوان این قابلیت را دارد که برخی

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۲/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۶/۲۵.

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین الملل، گروه حقوق، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد اصفهان، ایران (a_nasresfahani@yahoo.com).
۲. دانشیار و عضو هیئت علمی، گروه حقوق، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد اصفهان، ایران (نویسنده مسئول) (raisi.leila@gmail.com).
۳. دانشیار و عضو هیئت علمی، گروه حقوق، دانشگاه اصفهان (a.arashpour@ase.ui.ac.ir).

مصادیق زیست‌بوم‌زدایی را در قالب ابزار ارتکاب جنایت علیه بشریت یا نسل‌زدایی نیز شناسایی کند. با وجود این، به دلایلی از جمله ماهیت متفاوت جرایم زیست‌محیطی و عدم پوشش کامل مصادیق زیست‌بوم‌زدایی از سوی اساسنامه، ضرورت دارد که این مفهوم به عنوان یک جرم مستقل مورد شناسایی و جرم‌انگاری بین‌المللی قرار گیرد. این پژوهش با به کارگیری روش توصیفی - تحلیلی به دنبال توجیه چرایی این جرم‌انگاری و بیان دلایل ضرورت آن و بررسی چالش‌های پیش روی آن و ارائه راهکارهایی در این زمینه است. امروز می‌توان ادعا کرد که مقابله با زیست‌بوم‌زدایی، یکی از ارزش‌های بنیادین جهانی و یکی از تعهدات عام‌الشمول بین‌المللی است که جرم‌انگاری آن در سطح بین‌المللی، امری ضروری و اجتناب‌ناپذیر شده است.

واژگان کلیدی: اکوساید، جرم‌انگاری بین‌المللی، جرم مستقل، حقوق بین‌المللی کیفری، آسیب زیست‌محیطی.

مقدمه

در سده‌های اخیر همگام با صنعتی شدن جوامع و پیشرفت فناوری‌ها و رشد و توسعه فعالیت‌های تجاری و اقتصادی، دست‌اندازی‌های بشر در طبیعت نیز بیشتر گردید. علاوه بر آن جنگ‌ها و مناقشات داخلی و بین‌المللی نیز عاملی برای تخریب و نابودی زیست‌بوم‌ها و زیستگاه‌ها و منابع آبی و جنگل‌ها شدند. مجموعه این عوامل باعث شده‌اند تا امروزه حفاظت از طبیعت و محیط زیست به یکی از دغدغه‌های اصلی بشر تبدیل شود و ارزش‌ها و هنجارهای ویژه و نوینی برای حفاظت از آن پدیدار گردد و پاسداری و مراقبت از آن به عنوان یکی از ارزش‌های برتر جوامع انسانی متجلی شود (عبداللهی، ۱۳۸۶: ۹۸). احترام به این ارزش برتر تا به جایی گسترش یافته که حمایت از آن، از سطح ملی و داخلی فراتر رفته و بسیاری از آلوده‌سازی‌های محیط زیست علاوه بر داشتن مسئولیت بین‌المللی مدنی (آرش‌پور، ۱۳۹۲: ۱۸ و ۴۳-۴۱) با لحاظ شرایطی، واجد جنبه کیفری نیز شناخته شده است.

با وجود این، از آنجایی که فرایند جرم‌انگاری در اختیار دولت‌ها قرار دارد و دولت‌ها از این فرایند معمولاً به عنوان ابزاری جهت تأمین منافع و پیگیری سیاست‌های مدنظر خود استفاده می‌کنند، این امر باعث شده تا جرم‌انگاری در حوزه آسیب‌های زیست‌محیطی آن گونه که لازم و بایسته است اتفاق نیفتد. دولت‌ها و گروه‌های

صاحب قدرت و شرکت‌های قدرتمند، اصلی‌ترین عامل تخریب محیط زیست و ایراد ضرر و آسیب به محیط زیست هستند. لیکن به خاطر آنکه اختیار جرم‌انگاری در دستان دولت‌ها قرار دارد و قوانین مربوطه توسط دولت‌ها وضع و تصویب می‌شوند و همچنین به خاطر نفوذ و ارتباطاتی که میان گروه‌های قدرت و ثروت به ویژه شرکت‌های چندملیتی با دولت‌ها وجود دارد، عملاً امکان جرم‌انگاری در حوزه آسیب‌های زیست‌محیطی بسیار محدود شده است (وایت، ۱۳۹۵: ۴۱-۴۳ و ۱۷۹). به همین خاطر در واکنش به این وضعیت، امروزه در جرم‌شناسی رویکردی انتقادی مطرح شده که تلاش می‌کند با فراتر رفتن از رویکرد قانون‌محور در جرم‌شناسی مرسوم، جرم زیست‌محیطی را به گونه‌ای دیگر تعریف کند (همان: ۴۴ و ۶۹-۷۰؛ گرجی فرد، ۱۳۹۵: ۱۰۸-۱۲۵). این رویکرد انتقادی که به آن جرم‌شناسی زیست‌محیطی یا سبز گفته می‌شود و در دسته گرایش‌های ذات‌باور در جرم‌شناسی قرار می‌گیرد^۱ به دنبال آن است که جرم زیست‌محیطی را نه در حصار تعاریف قانونی که همواره ابزاری در اختیار صاحبان قدرت و ثروت است، بلکه با فراتر رفتن از آن، با لحاظ مفهوم موسّع ضرر و جایگزین کردن اصل منع اضرار به محیط زیست، به جای اصل قانونمندی جرم و مجازات، تعریف و شناسایی کند (وایت، ۱۳۹۵: ۶۶-۶۸؛ دانش‌ناری و مرادفر، ۱۳۹۴: ۶۰-۶۷؛ گرجی فرد، ۱۳۹۵: ۱۱۵-۱۲۵). نتیجه تلاش فعالان عرصه محیط زیست و حقوق بشر در سطح ملی و بین‌المللی و به ویژه رویکرد جرم‌شناسان انتقادی به مسئله جرایم زیست‌محیطی باعث شده تا برای مقابله با آسیب‌های زیست‌محیطی، جرمی بین‌المللی تحت نام «اکوساید»^۲ یا «زیست‌بوم‌زدایی» مطرح

۱. برای آشنایی با گرایش‌های ذات‌باور و نسبیّت‌باور ر.ک: گسن، ۱۳۷۹.
۲. از لحاظ ریشه لغوی، برخی واژه «ecocide» را حاصل ترکیب دو واژه «oikos» یونانی به معنای «خانه یا بوم» و «caedere» لاتین به معنای «تخریب یا کشتن» می‌دانند که معنای اصطلاحی آن «تخریب محل زندگی» است (Wijdekop, 2016). برخی دیگر معتقدند که این اصطلاح از روی واژه «genocide» شبیه‌سازی شده و معنای «کشتن محیط زیست» را می‌دهد (Smith, 2013: 60). در هر حال، این مفهوم حاصل ترکیب دو واژه «eco» به معنای بوم و «ide» به معنای تخریب و کشتن است که در زبان فارسی می‌توان واژه ترکیبی «زیست‌بوم‌زدایی» به معنای تخریب و نابودسازی اکوسیستم و محیط زیست را برای آن پیشنهاد کرد. البته برخی صاحب‌نظران در کنار اصطلاح اکوساید، اصطلاح «genocide» را نیز مطرح کرده‌اند (Berat, 1993: 343) که آن هم واژه‌ای شبیه‌سازی شده از روی genocide است و معنای تحت‌اللفظی آن، زمین‌زدایی یا زیستگاه‌زدایی است. اما از نظر مفهومی تقریباً معادل همان اکوساید یا زیست‌بوم‌زدایی است.

شود. در بین اندیشمندان حقوقی، مطرح‌ترین چهره‌هایی که در حوزه زیست‌بوم‌زدایی اقدام به نظریه‌پردازی کرده‌اند، لین بیرات،^۱ مارک آلن گری^۲ و پولی هیگینز^۳ هستند که با نوشتن مقالاتی، ابعاد مختلف حقوقی این قضیه را تشریح و ارزیابی کرده‌اند.^۴ بسیاری از سیاست‌گذاران جنایی نیز با تأثیر از یافته‌های جرم‌شناسی و با رویکردی حقوق بشرمحور تلاش می‌نمایند چنین جرمی در عرصه تقنینی یا قضایی^۵ شناسایی و رسمیت پیدا کند.^۶

اصطلاح اکوساید یا زیست‌بوم‌زدایی اولین بار در حدود سال ۱۹۷۰ در جریان جنگ ویتنام ابداع و به کارگیری شد (Zierler, 2011; Lay et al., 2015: 433). در این جنگ، ایالات متحده اقدام به استفاده از سموم علف‌کش در مقیاس وسیع کرده بود. نتیجه این اقدام، فاجعه‌بار بود و منجر به نابودی بخش وسیعی از پوشش گیاهی کشور ویتنام شد. نتیجه تحقیقات این موضوع را ثابت می‌کرد. این مسئله عاملی شد تا برای اولین بار اصطلاح اکوساید در جریان کنفرانس جنگ و مسئولیت بین‌المللی که در واشنگتن برگزار گردید، پیشنهاد شود (Ibid.). در سال ۱۹۷۳ نیز پروفسور ریچارد فالک^۷ که کارشناس حقوق بین‌الملل در زمینه جرایم جنگی بود، پیش‌نویس یک کنوانسیون بین‌المللی در زمینه جنایت اکوساید را منتشر کرد. وی در این پیش‌نویس با اشاره به نواقص موجود در کنوانسیون نسل‌زدایی (ژنوساید)، ضرورت وضع مقرراتی برای جرایم محیط زیستی را یادآور شد. با این حال این طرح، اکوساید را صرفاً در محدوده جرایم

1. Lynn Berat.

2. Mark Allan Gray.

3. Polly Higgins.

4. Berat, 1993; Allan Gray, 1995; Higgins, 2010.

۵. مقام‌های مسئول در سیاست جنایی، طیف وسیعی از قوای عمومی شامل قانون‌گذاران، مقامات اداری و مقامات قضایی اعم از مقامات دادسرا و دادگاه را در برمی‌گیرند (لواسور، ۱۳۷۱-۱۳۷۲: ۴۱۳-۴۲۱).

۶. برای مثال، تقاضای دادستان دیوان بین‌المللی کیفری برای صدور دستور بازداشت عمر البشیر رئیس‌جمهور سابق سودان را، که به واسطه تخریب لوازم حیات و آلوده‌سازی منابع آبی مردم دارفور به نسل‌زدایی متهم شده بود، می‌توان در همین راستا ارزیابی کرد. ر.ک:

ICC, Prosecutor v. Omar Al-Bashir, 4 March 2009; ICC, Prosecutor v. Omar Al-Bashir, 12 July 2010.

7. Richard A. Falk.

جنگی که به صورت عمدی رخ دهند، مورد توجه قرار می‌داد و مقرراتی برای زمان صلح نداشت (Gauger et al., 2012: 5-6؛ قلی‌پور و مهرا، ۱۳۹۹: ۵۷-۵۸). تلاش‌ها در این رابطه ادامه پیدا کرد تا اینکه کمیسیون حقوق بین‌الملل^۱ در دهه ۸۰ میلادی پیش‌نویس موادی را در زمینه جرایم علیه صلح و امنیت بشری، آماده و ارائه نمود. ماده ۲۶ این پیش‌نویس مقرر می‌کرد: هر فردی که عمداً دستور دهد یا باعث بروز آسیب گسترده، بلندمدت و شدید به محیط زیست طبیعی شود، به خاطر آن محکوم خواهد شد. البته این ماده در سال ۱۹۹۶ از طرح مذکور حذف شد (Ibid.: 9-10) و صرفاً اکوساید جنگی و آنچه در بستر مخاصمات مسلحانه واقع می‌شود، در ذیل ماده ۸ اساسنامه رم، مورد جرم‌انگاری قرار گرفت (قلی‌پور و مهرا، ۱۳۹۹: ۶۵-۷۱). با وجود این، دیوان این قابلیت را دارد تا با استناد به برخی مواد اساسنامه، بسیاری از تخریب‌کنندگان محیط زیست را در چارچوب اعمالی همچون «هدایت عمدی حملات بر ضد اهداف غیر نظامی» یا «کاربرد سم و سلاح‌های سمی» یا «سایر گازها و سیالات و مواد و ابزار مشابه در جنگ» که می‌توانند مستقیم یا غیر مستقیم با تخریب و آلوده‌سازی هوا و آب و زمین همراه شوند، به عنوان جنایتکار جنگی تحت تعقیب قرار دهد. همچنین این توان و ظرفیت وجود دارد تا بتوان برخی از موارد نقض حق بهره‌مندی از محیط زیست سالم و یا تخریب گسترده آن را، اگر به قصد نابودسازی تمام یا بخشی از یک گروه قومی، نژادی، ملی، مذهبی صورت گیرد، طبق ماده ۶ و در قالب جرم نسل‌زدایی تحت تعقیب قرار داد. در قضیه عمر البشیر، یکی از اتهامات وی ایجاد عامدانه وضعیتی برای برخی گروه‌های دارفوری از طریق تخریب یا آلوده‌سازی منابع آبی و غذایی آن‌ها اعلام شده که این امر می‌توانسته به نابودی فیزیکی آن‌ها بینجامد. دادستان دیوان در تقاضای بازداشت وی تلاش کرد تخریب محیط زیست و آلوده‌سازی منابع آبی و لوازم حیات مردم دارفور را به عنوان یکی از عناصر اساسی تشکیل‌دهنده جرم نسل‌زدایی معرفی کند. هرچند که شعبه مقدماتی دیوان در سال ۲۰۰۹ به هنگام صدور قرار بازداشت عمر البشیر، اتهام نسل‌زدایی را نپذیرفت (ICC, Prosecutor v. Omar Al-Bashir, 2009: 93, 207)، اما

1. ILC.

بعداً شعبه تجدیدنظر دیوان، دلایل دادستان را موجّه و قابل قبول تشخیص داد و از شعبه مقدماتی خواست تا قرار بازداشت متهم را به اتهام نسل‌زدایی نیز صادر کند، که نهایتاً این قرار در سال ۲۰۱۰ صادر شد (ICC, Prosecutor v. Omar Al-Bashir, 2010: 32-40). تخریب محیط زیست را می‌توان در قالب جنایت علیه بشریت نیز مورد توجه قرار داد. در واقع از آنجا که نقض جدی حقوق بشر، عنصر محوری در تعریف جنایات علیه بشریت است (Pérez-León-Acevedo, 2017: 152) و در جریان زیست‌بوم‌زدایی هم نقض گسترده حق بهره‌مندی از محیط زیست سالم و مجموعه‌ای از حقوق بنیادین انسانی روی می‌دهد، لذا اگر آلوده‌سازی و تخریب محیط‌زیست عمداً و به قصد ایجاد رنج عظیم و صدمه شدید به جسم و روح افراد غیر نظامی صورت گیرد و این موضوع در جریان یک حمله گسترده یا سازمان‌یافته واقع شده باشد، احتمالاً بتوان آن را از مصادیق «دیگر اعمال غیر انسانی» موضوع ماده ۷ اساسنامه دیوان تلقی کرده و به عنوان مصداقی از جنایت علیه بشریت تحت تعقیب قرار داد.

در تحقیقات و پژوهش‌هایی که تا کنون انجام شده، ابعاد مختلف جرایم زیست‌محیطی و جایگاه آن‌ها در اساسنامه ICC مورد بررسی قرار گرفته‌اند. با وجود این، این پژوهش‌ها در زمینه توجیه چرایی جرم‌انگاری زیست‌بوم‌زدایی و یا دلایل ضرورت این جرم‌انگاری در قالب یک جرم مستقل بین‌المللی و بررسی چالش‌هایی که پیش روی آن قرار دارند، ساکت و یا ناقص و نارسا هستند. لذا نوآوری تحقیق حاضر نسبت به کتب و مقالاتی که تا کنون نگاشته شده‌اند، در این است که تلاش کرده ضمن کنکاش در منافع و ارزش‌های مورد حمایت در جرم‌انگاری زیست‌بوم‌زدایی، دلایلی که ضرورت جرم‌انگاری زیست‌بوم‌زدایی را به عنوان یک جرم مستقل بین‌المللی توجیه می‌نماید، بیان و سپس چالش‌هایی را که پیرامون چنین اقدامی مطرح می‌شوند، مورد ارزیابی و تجزیه و تحلیل قرار دهد.

بر همین اساس این پژوهش به دنبال پاسخ به چندین پرسش است از جمله اینکه ضرورت جرم‌انگاری زیست‌بوم‌زدایی به عنوان یک جرم مستقل بین‌المللی چیست؟ چه منافع و مصالحی با جرم‌انگاری زیست‌بوم‌زدایی مورد حمایت قرار می‌گیرد؟ و چالش‌ها و مسائل و مشکلات احتمالی که این فرایند با آن‌ها روبه‌رو خواهد شد، چه هستند و راه

حل‌های پیشنهادی برای رفع آن‌ها چیست؟ در ادامه در دو بخش به این مسائل پرداخته خواهد شد.

۱. چرایی و ضرورت جرم‌انگاری بین‌المللی زیست‌بوم‌زدایی

یکی از اصول بنیادین در حقوق کیفری، اصل «کاربرد کمینه حقوق کیفری» یا «جرم‌انگاری کمینه‌ای» است که به موجب آن، توسل به حقوق کیفری و جرم‌انگاری یک عمل، تنها هنگامی مجاز است که امکان استفاده از راه حل‌ها و ضمانت اجراهای دیگر از قبیل ضمانت اجراهای مدنی یا اداری یا سیاسی فراهم نباشد و جرم‌انگاری، آخرین راه حل و چاره‌نهایی کار باشد. به تعبیر دیگر، قلمرو جرم‌انگاری باید محدود به مواردی باشد که منافع حیاتی و اساسی شهروندان و جامعه لطمه دیده است و راه دیگری جز حمایت کیفری از آن وجود نداشته باشد (پوربافرانی، ۱۳۹۲: ۲۸-۲۹ و ۳۱؛ شمی و شهباز، ۱۳۹۴: ۱۹؛ شمس‌ناتری و دیگران، ۱۳۹۰: ۲۷۱). اگر قانون‌گذار در زمان جرم‌انگاری، از محدوده منافع اساسی شهروندان و جامعه فراتر برود، نتیجه آن تورم کیفری و افزایش بدون جهت عناوین مجرمانه و تحدید حقوق بنیادین افراد و تحمیل هزینه‌های مختلف سیاسی و اقتصادی و اجتماعی خواهد بود (پوربافرانی، ۱۳۹۲: ۳۰). با وجود این، در رابطه با زیست‌بوم‌زدایی، سخن گفتن از اصل جرم‌انگاری کمینه‌ای یا کاربرد کمینه حقوق کیفری چندان اهمیتی ندارد؛ زیرا جرم‌انگاری زیست‌بوم‌زدایی علاوه بر کاهش آسیب‌ها و ضررهای زیست‌محیطی می‌تواند عاملی برای حمایت کامل‌تر از حقوق بشر و به طور خاص حق بهره‌مندی از محیط زیست سالم باشد.

جرم‌انگاری به خودی خود با محدودسازی حقوق بشر و سلب و نقض آن در ارتباط است (شمس‌ناتری و دیگران، ۱۳۹۰: ۲۶۸). از این رو دخالت در حقوق و آزادی‌های افراد و استفاده از قدرت برای محدودسازی آن‌ها، نیازمند توجیه چرایی آن است. به همین خاطر، جرم‌انگاری یا باید به منظور نفی و دفع «ضرر» انجام شود و یا به جهت حمایت از «ارزش‌های بنیادین جامعه» صورت گیرد (برهانی و رهبرپور، ۱۳۹۰: ۴۸-۵۲؛ گسن، ۱۳۷۹: ۶۴). حال پرسش این است که در جرم‌انگاری زیست‌بوم‌زدایی، کدام ضرر دفع می‌شود و یا کدامین ارزش‌ها پاس‌داشته می‌شوند؟

حقوق بنیادین بشر، نمونه بارز ارزش‌های بنیادین انسانی و در زمره تعهدات عام‌الشمول در جوامع امروزی است که احترام به آن و تضمین آن، از جمله تعهدات دولت‌ها و کلیه اعضای جامعه بین‌المللی است. تعهدات حقوق بشری انواع مختلفی از تعهدات، از عدم مداخله گرفته تا تعهدات ایجابی و حمایت‌گرایانه را در بر می‌گیرد. در این میان، یکی از اقسام تعهدات ایجابی که موجب حمایت مؤثرتر از حقوق بنیادین بشر می‌شود، تعهد به حمایت کیفری است. حتی تهدید به اقدامات کیفری هم عاملی بازدارنده در این حوزه است. در واقع همان‌طور که گفته شده، حمایت کیفری عنصر ضروری هر گونه سیاست جامع حقوق بشری است (تاموشات، ۱۳۹۸: ۴۳۷-۴۴۱).

از سوی دیگر بر اساس موازین حقوق بشر از جمله بند ۲ ماده ۲۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر و یا بند ۳ ماده ۱۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، حقوق و آزادی‌های انسان را می‌توان به خاطر رعایت حقوق و آزادی‌های دیگران، مقتضیات اخلاقی، نظم عمومی، رفاه اجتماعی و امنیت عمومی، با محدودیت مواجه ساخت؛^۱ البته مشروط به آنکه این محدودسازی بر اساس قانون و در یک روند دموکراتیک ایجاد شده باشد.^۲ پس جرم‌انگاری اگر به خاطر رعایت حقوق شهروندان و یا رعایت نظم و امنیت باشد، مغایرتی با رعایت حقوق بشر ندارد (حکیمی نصرآبادی و نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۷: ۴۴، ۴۹-۵۰ و ۵۶-۵۸). در ادامه، ارزش‌ها و منافع اساسی که در جرم‌انگاری زیست‌بوم‌زدایی مورد حمایت هستند، بررسی و سپس دلایلی که وجود زیست‌بوم‌زدایی را به عنوان جرمی مستقل، لازم و ضروری می‌نمایند، مورد ارزیابی قرار می‌گیرند.

۱-۱. ارزش‌ها و منافع مورد حمایت در جرم‌انگاری بین‌المللی زیست‌بوم‌زدایی

در حقوق کیفری همواره یک سلسله ارزش‌ها و منافع اساسی مورد حمایت هستند

۱. البته فرایند محدودسازی حقوق بشر، ناظر به حقوق غیر مطلق است. وگرنه حقوق مطلق مثل حق حیات، منع شکنجه، منع بردگی و چند نمونه دیگر را که در بند ۲ ماده ۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی از آن‌ها یاد شده، نمی‌توان تحت هیچ شرایطی محدود یا معلق ساخت.
۲. ماده ۲۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر، بند ۲: «هر کس در اجرای حقوق و استفاده از آزادی‌های خود، فقط تابع محدودیت‌هایی است که به وسیله قانون، منحصرأ به منظور تأمین شناسایی و مراعات حقوق و آزادی‌های دیگران و برای مقتضیات صحیح اخلاقی و نظم عمومی و رفاه همگانی، در شرایط یک جامعه دموکراتیک وضع گردیده است.

که جرم‌انگاری برای حمایت و صیانت از آن‌ها صورت می‌گیرد؛ مثلاً در جرم قتل، ارزش مورد حمایت، حیات انسان است یا در جرم سرقت، منفعت مورد حمایت، حق مالکیت و لوازم آن است (گسن، ۱۳۷۹: ۸۹-۹۰). در جرایم زیست‌محیطی و به ویژه در زیست‌بوم‌زدایی هم مجموعه‌ای از ارزش‌ها و منافع اساسی مورد توجه هستند که جرم‌انگاری برای حمایت از آن‌ها صورت می‌گیرد.

۱-۱-۱. طبیعت و محیط زیست به عنوان یک ارزش ذاتی

بسیاری از صاحب‌نظران معتقدند که طبیعت و محیط زیست دارای ارزش ذاتی است و به صورت خودبنیاد و نه به خاطر منافعی که برای زندگی انسان دارد، ارزش حفاظت دارد. وقتی می‌گوییم چیزی ارزش ذاتی دارد، به این معناست که آن ارزش، وابسته به هدف یا موجود دیگری نیست، بلکه به خودی خود و مستقل از منافع و مضار آن ارزشمند است (فهیمی و مشهدی، ۱۳۸۸: ۱۹۷-۲۰۰) و در نتیجه آزادی ما در بهره‌برداری از طبیعت، منوط به حفاظت از طبیعت و محیط زیست به عنوان یک ارزش بالذات است.

نظریه‌های مربوط به ارزش ذاتی طبیعت، امر جدیدی نیستند و می‌توان ریشه‌های آن را در باورهای برخی ملل قدیمی و آیین‌های کهن جستجو کرد. در مجموعه اسناد بین‌المللی موجود در حوزه محیط زیست نیز ردّ پای رویکرد معتقد به ارزش ذاتی طبیعت را مشاهده می‌کنیم که در کنار رویکرد ابزاری و انسان‌محورانه، برای طبیعت ارزش و اعتبار ذاتی نیز قائل است؛ مثلاً در مقدمه کنوانسیون رامسر راجع به تالاب‌ها^۱ (۱۹۷۱) با بیان اینکه تالاب‌ها منابع غیر قابل جبران هستند، بر ارزش ذاتی این منابع تأکید شده است. یا در کنوانسیون سایتس^۲ (۱۹۷۳) با ذکر عبارت گونه‌های غیر قابل جایگزین، بر ارزش ذاتی این قبیل حیوانات و گیاهان تأکید شده است. در منشور جهانی طبیعت^۳ (۱۹۸۲) نیز ضمن اشاره به اینکه انسان پاره‌ای از طبیعت است و زندگی

1. The Ramsar Convention on Wetlands, 1971.

2. CITES (The Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora), 1973.

3. World Charter for Nature, 1982.

او وابسته به آن می‌باشد، طبیعت را به عنوان یک موجود دارای ارزش بالذات مورد توجه و احترام قرار داده است. در کنوانسیون تنوع زیستی^۱ (۱۹۹۲) نیز به ارزش ذاتی تنوع زیستی اشاره شده است.

جرم‌انگاری زیست‌بوم‌زدایی، ارزش ذاتی طبیعت را تحکیم و احترام هر چه بیشتر به مفهوم حقوق ذاتی طبیعت و شناسایی حقوق زیستی برای کلیه موجودات را به ارمغان می‌آورد. امروزه در بسیاری از اسناد بین‌المللی، آسیب‌رسانی گسترده، شدید و بلندمدت به محیط زیست ممنوع اعلام شده است. این ممنوعیت یکی از تعهدات عام‌الشمول زیست‌محیطی (مضانی قوام‌آبادی، ۱۳۹۰: ۵۴۹) و حتی یکی از قواعد آمره بین‌المللی است و این موضوع آن را به یکی از ارزش‌های مهم و اساسی مورد حمایت بین‌المللی تبدیل کرده است که برای جلوگیری از نقض آن، جرم‌انگاری آن امری واجب و لازم تلقی می‌شود.

۲-۱-۱. کرامت انسانی و حقوق بنیادین بشر

یکی دیگر از مواردی که در حقوق جزا و به ویژه در جرایم زیست‌محیطی به عنوان یک منفعت واجب و یک ارزش مهم مورد حمایت قرار گرفته، انسان و حقوق بنیادین اوست. انسان از آن جهت که انسان است، دارای احترام است و نیازهای انسانی و اجتماعی‌اش باید تأمین شده و محترم شمرده شود. حق‌های بشری ریشه در کرامت و منزلت ذاتی انسان دارند که اگر تأمین شوند، کرامت انسانی تأمین شده است (اسلامی، ۱۳۹۷: ۱۳-۲۲). این حقوق مجموعه گسترده‌ای از حق‌های بشری را در بر می‌گیرند. حق بهره‌مندی از محیط زیست سالم، حق حیات و حق بر سلامتی، از جمله این حقوق هستند که با جرایم زیست‌محیطی مورد خدشه و تجاوز قرار می‌گیرند.

نتیجه قطعی و محتوم زیست‌بوم‌زدایی، محروم شدن از محیط زیست سالم است. بهره‌مندی از محیط زیست سالم، از جمله حقوق انسانی است که در قالب نسل سوم یا به تعبیر بهتر نوع سوم حقوق بشر نمایان شده است. تخریب و آلوده‌سازی محیط زیست می‌تواند تأثیرات منفی قابل توجهی بر تحقق حق بهره‌مندی از محیط زیست

1. The Convention on Biological Diversity - Rio, 1992.

سالم بر جای گذارد. همچنین امروزه تحلیلی وجود دارد که بهره‌مندی از محیط زیست سالم را صرف نظر از یک حق نسل سومی به برخی از حقوق نسل اول و دوم، همچون حق حیات، حق حفظ تمامیت جسمانی و روانی، حق دسترسی به بالاترین استاندارد قابل حصول بهداشتی، حق داشتن استانداردهای مناسب و کافی از زندگی شامل آب و غذای مناسب، حق برخورداری از اطلاعات زیست محیطی فرو می‌کاهد و به آن‌ها ارجاع می‌دهد؛ به این معنا که بهره‌مندی از محیط زیست سالم، از لوازم یا از نتایج پذیرش چنان حقوقی است (نصراصفهانی و رئیس، ۱۳۹۶: ۸۹-۱۰۶). دیوان اروپایی حقوق بشر از جمله مراجعی است که تلاش کرده با استفاده از روش «تفسیر پویا و تکاملی»^۱ آلودگی‌های غیر مجاز ناشی از انتشار ضایعات صنعتی و... را به نقض حقوقی از قبیل حق حیات، حق برخورداری از مسکن مناسب و حریم خصوصی یا حتی حق منع به کارگیری رفتارهای رنج‌آور و غیر انسانی گره بزند (همان: ۹۹-۱۰۳). بنابراین جرم‌انگاری افعال زیست بوم‌زدایانه به طور مستقیم به تضمین حقوق بنیادین بشر منجر خواهد شد.

۳-۱-۱. صلح و امنیت بین المللی

یکی از منافع مورد حمایت در جرم‌انگاری زیست بوم‌زدایی می‌تواند حفظ صلح و امنیت بین المللی باشد. ماده ۲۴ منشور ملل متحد، مسئولیت حفظ صلح و امنیت بین المللی را بر عهده شورای امنیت نهاده است (زیمو و همکاران، ۱۳۹۴: ۷۳۲/۱-۷۵۵). یکی از مواردی که امروزه در رویه شورای امنیت به عنوان تهدید علیه صلح و امنیت بین المللی مورد توجه قرار گرفته و از نتایج توسعه حقوق بین الملل در این حوزه است، گره خوردن نقض جدی حقوق بشردوستانه با تهدید علیه صلح و امنیت بین المللی است. در همین رابطه، شورای امنیت در برخی قطعنامه‌های خود که بر اساس فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد صادر کرده، نقض جدی حقوق بشردوستانه را به عنوان تهدیدی برای صلح و امنیت بین المللی مورد اشاره قرار داده است؛ مثلاً در قطعنامه مربوط به تأسیس دیوان بین المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق (۱۹۹۳)، این شورا با اشاره به نقض جدی و گسترده حقوق بشردوستانه بین المللی در قلمرو یوگسلاوی

1. Dynamic and evolutionary interpretation.

سابق، تصمیم گرفت برای پیگرد قضایی افرادی که مسئول نقض جدی این حقوق در خاک یوگسلاوی بوده‌اند، یک دیوان بین‌المللی تأسیس شود^۱ و یا در قطعنامه مربوط به تأسیس دیوان بین‌المللی کیفری برای رواندا (۱۹۹۴) نیز پس از اشاره به موارد نقض جدی و گسترده حقوق بشر دوستانه و یادآوری اینکه که ادامه این وضعیت، تهدیدی برای صلح و امنیت بین‌المللی است، دستور تأسیس دیوانی را به منظور تحت تعقیب قرار دادن افراد متهم به نسل‌زدایی و دیگر موارد نقض جدی حقوق بین‌الملل بشر دوستانه که در قلمرو کشور رواندا و یا توسط شهروندان رواندایی روی داده، صادر کرد.^۲ در سال ۲۰۰۵ نیز این شورا در قطعنامه ارجاع وضعیت دارفور به دیوان بین‌المللی کیفری با اشاره به گزارش کمیته بین‌المللی تحقیق در مورد نقض مقررات بین‌المللی حقوق بشر دوستانه و حقوق بشر در دارفور و تأکید بر اینکه وضعیت در سودان همچنان تهدیدی برای صلح و امنیت بین‌المللی است (راعی، ۱۳۹۳: ۲۸۶-۳۲۳)، تصمیم گرفت که وضعیت دارفور به دیوان ارجاع شود.^۳

در جریان زیست‌بوم‌زدایی، حقوق بشر به صورت جدی و گسترده مورد نقض قرار می‌گیرد. همچنین یکی از قواعد حقوق بشر دوستانه بین‌المللی، ممنوعیت آسیب‌های گسترده، بلندمدت و شدید به محیط زیست طبیعی در جریان مخاصمات مسلحانه است. علاوه بر آن‌ها به دلیل آثار و ابعاد فرامرزی آلودگی‌های زیست‌محیطی، بسیاری از تعهدات عام‌الشمول بین‌المللی یا اصول و رویه‌های زیست‌محیطی همچون منع آسیب فرامرزی هم نقض می‌شوند، که همه این‌ها می‌توانند به خودی خود موجب برهم خوردن صلح و امنیت بین‌المللی گردند. از این رو در صورت وقوع یک زیست‌بوم‌زدایی می‌توان بالقوه از تهدید شدن صلح و امنیت بین‌المللی سخن به میان آورد؛ در حالی که با جرم‌انگاری آن می‌توان به حفظ صلح و امنیت بین‌المللی یاری رساند.

۲-۱. ضرورت مستقل بودن جرم زیست‌بوم‌زدایی از سایر عناوین مجرمانه

امروزه حقوق بین‌الملل، زیست‌بوم‌زدایی را به شکلی محدود و صرفاً در قالب یک

1. S/RES/808, 1993 & S/RES/827, 1993.
2. S/RES/955, 1994.
3. S/RES/1593, 2005.

جنایت جنگی به رسمیت شناخته است. برخی دیگر از اقسام زیست‌بوم‌زدایی نیز قابلیت آن را دارند که در قالب وسیله و مقدمه‌ای برای تحقق برخی دیگر از جرایم بین‌المللی از قبیل جنایت علیه بشریت و نسل‌زدایی مورد توجه و رسیدگی قرار گیرند. با وجود این، این میزان اندک حمایت کیفری از محیط زیست نه تنها کافی نیست، بلکه برعکس بی‌اهمیت بودن و بی‌ارزش تلقی شدن محیط زیست و طبیعت را فرا یاد می‌آورد. این در حالی است که فعالیت‌ها و اعمال زیست‌بوم‌زدایانه از یک سو کل جامعه بین‌المللی را متأثر می‌کند و قربانی آن، کل بشریت، گیاهان و گونه‌های مختلف جانوری است، و از سوی دیگر مواجهه و برخورد با آن، نیازمند همکاری تمامی اعضای جامعه بین‌المللی است و می‌دانیم که این دو ویژگی، شرط بین‌المللی تلقی شدن یک جرم است (شبث، ۱۳۸۴: ۳۸). از این رو بر اساس دلایلی که در ادامه ذکر می‌شود، ضرورت دارد تا زیست‌بوم‌زدایی نه در قالب سایر جرایم، بلکه به عنوان یک جرم مستقل شناسایی و در دستور کار مراجع بین‌المللی قرار گیرد.

اما چرا جرم‌انگاری زیست‌بوم‌زدایی به عنوان یک جرم مستقل بین‌المللی، امری ضروری است. دلایل آن را می‌توان در چند بند توضیح داد.

۱-۲-۱. حجم رو به رشد آسیب‌های زیست‌محیطی و آثار طولانی‌مدت آن‌ها

امروزه به لحاظ گسترش اکتشافات و استخراج و بهره‌برداری از معادن در خشکی و دریا و همچنین به لحاظ توسعه صنعت کشاورزی و لزوم سدسازی و کنترل آب‌ها، همچنین به لحاظ توسعه صنایع و تولید محصولات پتروشیمی و تولید موادی بر اثر اصلاح ژنتیکی و امثال آن‌ها، حجم بسیار گسترده و رو به افزایشی از تخریب‌های زیست‌محیطی و آلوده‌سازی هوا و خاک و آب را در مناطق مختلف جهان مشاهده می‌کنیم. تخریب‌ها و آلوده‌سازی‌های زیست‌محیطی بر بسیاری از امور مرتبط با زندگی فردی یا اجتماعی انسان‌ها تأثیر می‌گذارند؛ مثلاً تغییرات اقلیمی که حاصل برخی از فعالیت‌های زیست‌بوم‌زدایانه است، بر منابع آب، سلامتی، تنوع زیستی و مسائل امنیتی و اجتماعی و کشاورزی و اقتصاد و بسیاری امور دیگر، تأثیرات قابل توجهی بر جای می‌گذارد (فرج‌زاده، ۱۳۹۸: ۶۱-۴۳۲). این قبیل فعالیت‌های زیست‌بوم‌زدایانه اغلب به دلیل

استفاده از تجهیزات و فناوری‌های جدید، تأثیرات ویرانگر و جبران‌ناپذیری بر روی طبیعت و محیط زیست باقی می‌گذارند که متأسفانه تا سال‌ها، بسیاری از آثار و نتایج آن نامعلوم باقی می‌مانند. بعد از فاجعه اتمی نیروگاه چرنوبیل در اوکراین، اعلام شد که جریان باد، آلودگی هسته‌ای را به مناطق دیگری از اروپا گسترش داده است. بر اساس تحقیقاتی که چندی پیش در آلمان انجام شد، مشخص شد که ۳۲ سال بعد از فاجعه چرنوبیل هنوز در آلمان آلودگی رادیواکتیو وجود دارد و در قارچ‌های وحشی در ایالت بایرن در جنوب آلمان، میزان بالایی از عنصر رادیواکتیو سزیوم ۱۳۷ قابل مشاهده است.^۱ یکی دیگر از موارد قابل اشاره در این خصوص، تولید و مصرف محصولات تراریخته^۲ است که به خاطر پیامدهای ناشناخته و تأثیر آن‌ها بر تنوع ژنتیکی گیاهان و جانوران و آثار منفی احتمالی دیگر بر حیات و سلامت موجودات، به عنوان شکل جدیدی از آسیب‌های زیست‌محیطی مورد توجه جرم‌شناسان زیست‌محیطی قرار گرفته است (چاه‌آبی و گرجی فرد، ۱۳۹۶: ۲۶-۲۹).

علاوه بر جنبه‌های ناشناخته و بلندمدت، امروزه برخی از این آسیب‌ها، نسل‌های آینده را نیز تحت تأثیر قرار می‌دهد. پدیده آسیب‌های فرانسلی^۳ که در حقوق بین‌الملل کیفری مطرح شده است (ICC, The Prosecutor v. Germain Katanga, 2017)، می‌تواند در خصوص آسیب‌های ناشی از زیست‌بوم‌زدایی نیز تعمیم یافته و به کار گرفته شود.

۱-۲-۲. ماهیت متفاوت جرایم زیست‌محیطی

محیط زیست قلمرو گسترده‌ای را شامل می‌شود و مسائل مختلفی از آب و هوا و خاک و معادن و جنگل‌ها و دریاها و... را در بر می‌گیرد. این باعث می‌شود تا جرایم ارتكابی در خصوص آن نیز از تنوع و البته ماهیت متفاوتی نسبت به سایر جرایم برخوردار باشد. این ماهیت متفاوت، هم از جهت عناصر لازم برای تحقق این قبیل جرایم و هم از جهت قربانی و بزه‌دیده آن‌ها قابل توجه است. اگر برای مثال در جرایم جنگلی یا جنایات علیه بشریت، بزه‌دیده و مجنی‌علیه معمولاً افراد مشخص انسانی

۱. به نقل از خبرگزاری دویچه‌وله فارسی، ۱۸ اکتبر ۲۰۱۸، قابل دسترس در: <<http://p.dw.com/p/36jd7>>.

2. Genetically modified products.

3. Transgenerational harms.

هستند، در جرایم زیست‌محیطی، بزه‌دیده و مجنی‌علیه در قدم اول خود طبیعت و محیط زیست است و افراد انسانی غیر مستقیم و با واسطه، قربانی این جرایم تلقی خواهند شد (نجفی اسفاد و جلالیان، ۱۳۹۱: ۲۱۲-۲۱۶). بزه‌دیدگان انسانی نیز شامل نسل‌های حال و آینده هستند که بر اثر پیامدهای ناشی از تغییرات شیمیایی و فیزیکی و میکروبیولوژیکی و روان‌شناختی آسیب دیده یا خواهند دید (وایت، ۱۳۹۵: ۲۰۹ و ۲۱۳). همین امر باعث می‌شود تا کشف و بررسی میزان آسیب‌های وارده، نوع آسیب‌ها و آثار آن‌ها، نیازمند بهره‌گیری از متخصصان زیست‌شناسی، پزشکی و علوم مرتبط با آن‌ها شود و تحقیقات علمی، نقش برجسته‌تری نسبت به تحلیل‌های حقوقی صرف در این خصوص داشته باشد. از طرف دیگر، عناصر و ارکان تحقق چنین جرایمی نیز با ارکان و عناصر تحقق جرایم بین‌المللی دیگر، تفاوت‌های عمده‌ای دارد که اقتضا می‌کند به جرایم زیست‌محیطی به شکلی متفاوت نگریسته شود.

۳-۲-۱. واکنش مناسب در قبال نقض جدی حقوق بشر

همان‌طور که گفته شد، حمایت از انسان و حقوق بنیادین او یکی از ارزش‌ها و منفعت‌های اساسی و حیاتی در جرم‌انگاری زیست‌بوم‌زدایی است. در جریان زیست‌بوم‌زدایی از یک سو نقض جدی حق بهره‌مندی از محیط زیست سالم رخ می‌دهد و از سوی دیگر همراه با زیست‌بوم‌زدایی، مجموعه‌ای از حقوق بنیادین انسانی همچون حق حیات، حق بهره‌مندی از بهداشت و سلامتی، حق بر هوای پاک یا حق برخورداری از آب سالم، مورد نقض جدی و گسترده قرار می‌گیرند (نصراصفهانی و رئیس، ۱۳۹۶: ۸۹-۱۰۶). در واقع نقض حق بهره‌مندی از محیط زیست سالم در همپوشانی با حقوق نسل اول و دوم، زیست‌بوم‌زدایی و جرایم زیست‌محیطی را متبلور می‌سازند (Lay et al., 2015: 439-440; Sheth, 2016: 3-4). برخی از این نقض‌ها بسیار گسترده و فاحش هستند و جرم‌انگاری زیست‌بوم‌زدایی صرفاً در قالب محدود یک جنایت جنگی یا در قالب وسیله ارتکاب برخی جنایات دیگر، به هیچ عنوان واکنش مناسب و درخوری برای نقض‌های گسترده‌ای که رخ می‌دهد، نیست. صرف اعلام نقض تعهد از سوی مراجع قضایی یا شبه قضایی یا محکومیت از سوی مراجع سیاسی بین‌المللی نیز

به هیچ عنوان کافی برای حمایت از شأن و کرامت انسانی و تضمین حقوق بنیادین او نیست. لازم است تا همانند نسل‌زدایی، ارتکاب زیست‌بوم‌زدایی نیز به دلیل آنکه موجب نقض گسترده و جدی حقوق بشر می‌گردد، به عنوان یک جرم مستقل مورد توجه و شناسایی بین‌المللی قرار گیرد. جرم‌انگاری زیست‌بوم‌زدایی موجب پیشگیری از نقض حقوق بشر و یا دادن پاسخ مناسب به نقض‌های جدی حقوق بشر خواهد شد.

۱-۲-۴. عدم پوشش کامل اساسنامه رم نسبت به همه مصادیق زیست‌بوم‌زدایی
 اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری در ماده ۸ خود، زیست‌بوم‌زدایی را صرفاً در زمان مخاصمات مسلحانه بین‌المللی، آن هم مشروط بر آنکه در قالب یک حمله عمدی و با علم به حمله رخ داده باشد و ضرورت‌های نظامی نیز آن را توجیه نکند، به عنوان یکی از مصادیق جنایت جنگی مورد شناسایی قرار داده است (Dörmann, 2003: 161, 169). این در حالی است که بسیاری از رفتارهای زیست‌بوم‌زدایانه در زمان صلح یا در زمان مخاصمات مسلحانه داخلی که از قضا امروزه نوع قالب مخاصمات مسلحانه است، رخ می‌دهد و همان آسیب‌ها و آثار و نتایج می‌تواند در زمان مخاصمات مسلحانه داخلی هم به وجود آید. علاوه بر این، همان خسارت‌ها و آسیب‌ها و آثار و نتایج می‌تواند در شرایط غیر جنگی و در زمان صلح نیز از سوی دولت‌ها، سازمان‌ها یا شرکت‌های خصوصی پدید آید. هیچ تمایز معقول و قابل قبولی نمی‌توان میان آسیب‌های زیست‌محیطی زمان مخاصمه مسلحانه بین‌المللی با آسیب‌های زیست‌محیطی زمان مخاصمات مسلحانه داخلی یا زمان صلح مشاهده کرد. با این حال، اساسنامه رم این قبیل اعمال زیست‌بوم‌زدایانه را تحت پوشش خود قرار نمی‌دهد. به همین خاطر ضروری است تا برای پوشش کامل‌تر زیست‌بوم‌زدایی، جرم‌انگاری آن به عنوان یک جرم مستقل در دستور کار بین‌المللی قرار گیرد.

۲. چالش‌های پیش رو در جرم‌انگاری بین‌المللی زیست‌بوم‌زدایی
 در فرایند جرم‌انگاری به صرف توجیه چرایی و بیان دلایل ضرورت آن، جرم‌انگاری محقق نمی‌شود، بلکه در عمل، مسائل و مشکلات و چالش‌هایی وجود دارند که پیش

از جرم‌انگاری یا همزمان با آن باید بدان‌ها پاسخ داده شود. در ادامه، چند چالش اصلی پیش رو در فرایند جرم‌انگاری زیست‌بوم‌زدایی مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۱-۲. مقاومت دولت‌ها و شرکت‌های بزرگ چندملیتی در برابر جرم‌انگاری

جرایم محیطی ممکن است توسط اشخاص مختلفی اعم از حقیقی یا حقوقی ارتکاب یابند. اما عمده این جرایم توسط دولت‌ها و شرکت‌های قدرتمند چندملیتی روی می‌دهند (وایت، ۱۳۹۵: ۱۸۶ و ۱۹۹-۲۰۲). در واقع بزهکاران و مرتکبان جرایم زیست‌محیطی به ویژه جرایم فرامرزی، یا دولت‌ها هستند که اختیار جرم‌انگاری را در داخل کشورهای خود به دست دارند، یا اشخاص و سازمان‌های صاحب نفوذ و شرکت‌های قدرتمندی هستند که با تأثیرگذاری بر نهادهای قانون‌گذاری و قضایی، امکان جرم‌انگاری اعمال و رفتارهای خود را به حداقل رسانده و یا در صورت جرم‌انگاری، به شکلی از شدت مجازات قانونی خواهند گریخت (دانش‌ناری، ۱۳۹۲: ۶۹-۷۱). علاوه بر این، یکی دیگر از اتفاقاتی که معمولاً در این حوزه رخ می‌دهد، تباری و همکاری دولت‌ها با برخی از گروه‌ها و شرکت‌های صاحب قدرت و ثروت در ارتکاب این قبیل جرایم است (وایت، ۱۳۹۵: ۲۰۰). در واکنش به این وضعیت، امروزه بسیاری از جرم‌شناسان زیست‌محیطی معتقدند به دلیل آنکه دولت‌ها و گروه‌ها و شرکت‌های صاحب قدرت، عامل اصلی آسیب‌های زیست‌محیطی هستند و از آنجایی که فرایند جرم‌انگاری نیز در اختیار خود دولت‌ها قرار دارد، باید برای تعریف جرم زیست‌محیطی و جرم‌انگاری در این حیطه، طرح دیگری درانداخت و با رها کردن اصل قانونی بودن جرم و مجازات، جرم زیست‌محیطی را با لحاظ مفهوم موسع ضرر توجیه و تبیین کرد (همان: ۴۱-۴۳، ۷۱-۷۳ و ۲۵۰-۲۵۲؛ دانش‌ناری و مرادفر، ۱۳۹۴: ۶۰-۶۷؛ گرجی‌فرد، ۱۳۹۵: ۱۱۵-۱۲۵). به اعتقاد ایشان، هر گونه ضرر زیست‌محیطی حتی اگر به صورت قانونی وارد شده باشد، نیز جرم است (وایت، ۱۳۹۵: ۴۱)؛ مثلاً قطع درختان قدیمی حتی اگر با مجوز قانونی هم صورت گیرد، به اعتقاد ایشان نوعی ضرر به محیط زیست بوده (همان: ۶۶-۶۸) و در نتیجه جرم تلقی خواهد شد. البته راهکار این گروه صرفاً تا جایی که جنبه ترغیبی و تبلیغی داشته باشد و باعث به صدا درآمدن زنگ خطر برای نهادهای

عدالت در جهان شود، پذیرفتنی است. در غیر این صورت، خود عاملی جهت نقض حقوق بشر به ویژه نقض حق بر دادرسی عادلانه خواهد شد. ضمن اینکه هرج و مرج قضایی احتمالی را که در پی آن به وجود خواهد آمد، نباید از نظر دور داشت. به همین خاطر، راهکار درست برای جرم‌انگاری جرایم زیست‌محیطی به ویژه زیست‌بوم‌زدایی، نه در جایگزین کردن اصل منع اضرار به محیط زیست به جای اصل قانونمندی جرم و مجازات، بلکه در خروج فرایند جرم‌انگاری و قضاوت از اختیار دولت‌ها به عنوان ابزاری جهت تأمین منافع سیاسی و اقتصادی آنهاست. در سطح بین‌المللی نیز این مقاومت و مخالفت دولت‌ها در مقابل جرم‌انگاری زیست‌بوم‌زدایی مشاهده می‌شود؛ مثلاً در جریان تدوین پیش‌نویس مواد راجع به «جرایم علیه صلح و امنیت بشری»، در کمیسیون حقوق بین‌الملل، ماده ۲۶ این پیش‌نویس که مقرر می‌کرد: «هر فردی که عمداً دستور دهد یا باعث بروز آسیب گسترده، درازمدت و شدید به محیط زیست طبیعی شود، به خاطر آن محکوم خواهد شد»، به دلیل مخالفت و فشار چند کشور بزرگ، توسط رئیس کمیسیون با تصمیم یک‌جانبه و بدون رأی‌گیری، از کل پیش‌نویس حذف گردید (Gauger et al., 2012: 9-10).

با این حال، اعضای جامعه بین‌المللی صرفاً دولت‌ها نیستند و سازمان‌های بین‌المللی اعم از دولتی، غیر دولتی و حتی اشخاص حقیقی و گروه‌ها نیز در روند توسعه حقوق بین‌الملل و ایجاد قواعد و مقررات بین‌المللی، نقش ایفا می‌کنند. فعالیت سازمان‌های بین‌المللی و فشار فعالان حقوق بشر و حامیان محیط زیست برای جرم‌انگاری اکوساید و ایجاد دادگاهی بین‌المللی برای تعقیب و محاکمه بزهکاران زیست‌بوم‌زدایی، چنین امری را محقق خواهد نمود و مقاومت دولت‌ها و شرکت‌های بزرگ چندملیتی را در هم خواهد شکست.

۲-۲. لزوم پذیرش مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی و دولت‌ها

مرتکبان زیست‌بوم‌زدایی، طیف وسیعی از عواملان و آمران اعم از اشخاص حقیقی یا اشخاص حقوقی را در بر می‌گیرند. در خصوص مسئولیت اشخاص حقیقی، امروزه حقوق بین‌الملل کیفری، دو مبنای مسئولیت برای ایشان پذیرفته است؛ یکی مسئولیت

کیفری بابت اعمالی که افراد رأساً و شخصاً چه به صورت مباشرت و چه به صورت مشارکت یا معاونت انجام می‌دهند، و دیگری مسئولیت کیفری افراد بابت اعمالی که زیردستان و افراد تحت امر آن‌ها مرتکب می‌شوند. این نوع اخیر، تحت عنوان مسئولیت مافوق یا مسئولیت فرمانده نیز نام‌گذاری شده است (برای مطالعه بیشتر ر.ک: نجفی ابرندآبادی، ۱۳۷۳؛ نیز: نژندی‌منش، ۱۳۹۴).

چالش اصلی اما در پذیرش مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی به ویژه دولت‌ها در سطح بین‌المللی است. همان‌طور که گفته شد، عمده جرایم زیست‌محیطی توسط دولت و بخش‌های دولتی و عمومی و شرکت‌های تجاری بزرگ ارتکاب می‌یابد و در واقع مهم‌ترین آلوده‌کننده محیط زیست، خود دولت و شرکت‌های بزرگ هستند (وایت، ۱۳۹۵: ۱۹۹-۲۰۲؛ گرجی‌فرد، ۱۳۹۵: ۱۷۹). آلودگی‌های ناشی از صنعت نفت و گاز و آلودگی‌های ناشی از کارخانه‌ها و گارگاه‌ها و نیروگاه‌های دولتی و آلودگی‌های ناشی از تولید بنزین‌های بنزن‌دار، از جمله این مواردند (حاجی‌وند و دیگران، ۱۳۹۷: ۶۹-۷۱). دولت‌ها به خاطر ضرورت توسعه اقتصادی و اجتماعی در زمان صلح و همچنین ضرورت‌های دفاعی و نظامی در زمان درگیری‌های نظامی، همواره با محیط زیست در جدال و پیکار هستند. هرچند امروزه دولت‌ها در قالب مفهوم توسعه پایدار، موظف به رعایت ملاحظات زیست‌محیطی و ارزیابی پیامدهای طرح‌های توسعه‌ای خود می‌باشند و یا در چارچوب مقررات حقوق بشر دوستانه، مکلف به حفاظت از محیط زیست طبیعی در جریان مخاصمات مسلحانه هستند، اما عدم شناسایی مسئولیت کیفری برای خود دولت‌ها، آن‌ها را در عمل به صورت نهادی غیر پاسخ‌گو درآورده که هیچ ضرورتی به رعایت اصول و رویه‌های زیست‌محیطی از جمله اصل احتیاط و پیشگیری و یا اصل ارزیابی پیامدهای زیست‌محیطی در اجرای اقدامات خود نمی‌بینند.

در بحث مسئولیت کیفری دولت‌ها، دولت در معنای عام آن و به عنوان یک شخص حقوقی که دارای شخصیت حقوقی مستقل از کارکنان و مقامات آن است، مدنظر است؛ به نحوی که حتی محاکمه و مجازات کارکنان و مقامات آن هم موجب سلب مسئولیت از خود دولت نخواهد شد (عبداللهی، ۱۳۸۲: ۵۴-۵۷؛ باقرزاده، ۱۳۷۹: ۴۳-۴۵). البته بر خلاف بحث مسئولیت مدنی، فعلاً هیچ رویه قضایی و کنوانسیون جهانی یا

منطقه‌ای در زمینه پذیرش مسئولیت کیفری برای دولت‌ها وجود ندارد. تنها جایی که مبحث مسئولیت کیفری دولت‌ها در آن مطرح شده بود، ماده ۱۹ پیش‌نویس طرح مسئولیت دولت‌ها بود که در سال ۱۹۷۶ به این طرح اضافه شد و نهایتاً پس از گزارش مخبر کمیسیون، از طرح نهایی حذف شد. در این ماده اعلام شده بود:

«اگر رعایت یک تعهد بین‌المللی برای صیانت از منافع جامعه بین‌المللی آن‌چنان ضروری باشد که جامعه بین‌المللی در کلیت خود، نقض آن را به عنوان یک جنایت شناسایی کرده باشد، چنین نقضی جنایت بین‌المللی محسوب می‌شود».

در بندهای دیگر این ماده هم اعلام شده بود که این جنایت می‌تواند از نقض شدید تعهدات بین‌المللی که برای حفاظت از محیط زیست انسانی یا حمایت از بشریت یا حفظ صلح و امنیت بین‌المللی دارای اهمیت اساسی هستند، ناشی شده باشد (اسپیندی، ۱۳۸۵: ۲۷۷-۲۷۸؛ نجفی ابرندآبادی، ۱۳۷۳: ۱۹۱-۱۹۵؛ عبداللهی، ۱۳۸۲: ۵۱-۵۴). بر این اساس با توجه به اینکه زیست‌بوم‌زدایی موجب نقض شدید تعهدات دولت‌ها در حوزه محیط زیست می‌شود و این قبیل تعهدات در زمره تعهداتی هستند که واجد اهمیت اساسی برای جامعه بین‌المللی اند و همین‌طور به لحاظ نقش ویژه‌ای که اشخاص حقوقی به ویژه دولت‌ها یا شرکت‌های بزرگ در ارتکاب زیست‌بوم‌زدایی بازی می‌کنند و امکان مخفی شدن آن‌ها پشت شخص یا اشخاص حقیقی به لحاظ تبانی با آن‌ها وجود دارد، همچنین به لحاظ آنکه جبران بسیاری از آسیب‌های وارده از جانب اشخاص حقیقی به خاطر هزینه‌های بالا و ناتوانی این اشخاص امکان‌پذیر نیست، ضروری است تا برای اشخاص حقوقی نیز به خاطر ارتکاب زیست‌بوم‌زدایی قائل به مسئولیت کیفری شد. البته در شناسایی چنین مسئولیتی برای اشخاص حقوقی و مقصر تلقی کردن آن‌ها، دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد. برخی قائل به مسئولیت نیابتی و غیر مستقیم برای شخص حقوقی هستند و برخی دیگر وفق نظریه همانندسازی، معتقد به مسئولیت مستقیم شخص حقوقی به خاطر تقصیر مدیران ارشد آن هستند (شریفی و دیگران، ۱۳۹۲: ۷۳-۶۰). با این حال به دلیل ناتوانی و نارسایی نظریه‌های فوق در توجیه مسئولیت برای اشخاص حقوقی، امروزه نظریه دیگری شکل گرفته که قائل به تقصیر جمعی است و تحت عنوان نظریه مسئولیت سازمانی، مسئولیت شخص حقوقی را نه در تقصیر یک

فرد خاص مثل مدیرعامل، بلکه در عملکرد سازمانی آن شخص حقوقی جستجو می‌کند (همان: ۷۹-۷۳). این مبنا برای مسئولیت شخص حقوقی به ویژه اشخاص حقوقی بزرگ، تحولی در بحث مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی به وجود می‌آورد و بر همین اساس، تسری دادن مسئولیت کیفری زیست‌بوم‌زدایی به اشخاص حقوقی، امکان محاکمه شرکت‌های بزرگ و حتی بسیاری از سازمان‌ها و دولت‌ها را فراهم می‌آورد.

با این حال جامعه بین‌المللی هنوز از آمادگی لازم برای پذیرش و به کارگیری نظریه مسئولیت کیفری دولت برخوردار نیست. هرچند به نظر می‌رسد روند توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل به سمتی است که می‌توان به فراهم شدن شرایط و رفع موانع در آینده امیدوار بود.

۲-۳. ابهام در تعریف دقیق عناصر سازنده رکن مادی زیست‌بوم‌زدایی

در ارائه تعریف از رکن مادی زیست‌بوم‌زدایی، اختلاف نظرهای زیادی وجود دارد. برخی مثل «یان بیرات» آن را مانند نسل‌زدایی (ژنوساید) به معنای تخریب عامدانه تمام یا بخشی از زیست‌بوم جهانی می‌دانند که از این طرق حاصل می‌شود: ۱. کشتار اعضای یک گونه؛ ۲. وارد کردن آسیب جدی جسمی یا روحی به اعضای یک گونه؛ ۳. ایجاد شرایطی برای حیات یک گونه که موجب نابودی جسمی آن گونه کلاً یا جزئاً شود؛ ۴. تحمیل شرایطی که مانع زاد و ولد شده یا باعث تولدهای ناقص در آن گونه گردد (Berat, 1993: 343). برخی نیز همچون خانم «پولی هیگینز» آن را به معنای آسیب گسترده به زیست‌بوم یا تخریب یا از دست دادن زیست‌بوم یک سرزمین توسط عوامل انسانی یا عوامل دیگر می‌دانند، به نحوی که بهره‌مندی مسالمت‌آمیز از آن سرزمین توسط ساکنانش به شدت کاهش یابد (Higgins, 2010: 64). برخی نیز همچون «مارک آلن گری» زیست‌بوم‌زدایی را نقض عمدی یا غیر عمدی حقوق بنیادین بشر از راه ورود «آسیب»^۱ به محیط زیست می‌دانند، به نحوی که این آسیب، جدی و گسترده و بلندمدت و دارای پیامدهای بین‌المللی و زیانبار باشد (Allan Gray, 1995: 216-219).

از مجموع تعاریف فوق، قدر متیقن می‌توان محور اصلی در رکن مادی زیست‌بوم‌زدایی

را آسیب‌رسانی گسترده، بلندمدت و شدید به تمام یا بخشی از محیط زیست دانست، به نحوی که موجب محرومیت از بهره‌مندی از محیط زیست سالم شود. این با تعریفی که کمیسیون حقوق بین‌الملل در ماده ۲۶ پیش‌نویس طرح مواد راجع به صلح و امنیت بشری از جرم محیط‌زیستی ارائه کرده بود و همچنین با عبارتی که در پاراگراف ۳ ماده ۳۵ و همچنین ماده ۵۵ پروتکل الحاقی اول به کنوانسیون‌های ژنو آمده، نیز انطباق دارد. در آن مواد، آسیب‌های گسترده، بلندمدت و شدید به محیط زیست طبیعی ممنوع اعلام شده است. دیوان بین‌المللی دادگستری در نظریه مشورتی ۱۹۹۶ خود در خصوص کاربرد سلاح هسته‌ای نیز این موضوع را مورد اشاره قرار داده است.^۱ ماده ۱ کنوانسیون منع به کارگیری نظامی یا خصمانه فنون تغییر محیط زیست^۲ مصوب ۱۹۷۶ نیز از دولت‌های عضو می‌خواهد تا از کاربرد نظامی شیوه‌های تغییر محیط زیست که دارای آثار گسترده، بلندمدت یا شدید می‌باشد به عنوان ابزاری برای نابودسازی، آسیب‌رسانی یا ایراد صدمه به هر دولت عضو دیگر خودداری نمایند. ماده ۸ (۲-ب-۴) اساسنامه رم نیز آسیب شدید، بلندمدت و گسترده به محیط زیست را به عنوان رکن اساسی یکی از مصادیق جنایت جنگی بیان کرده است. با این حال، ابهامات در خصوص معنای دقیق این مفاهیم و اینکه آیا مجموع این سه وصف با هم، سازنده یک زیست‌بوم‌زدایی هستند و یا هر کدام به تنهایی می‌تواند یک زیست‌بوم‌زدایی را محقق کند، همچنان باقی است (رمضانی قوام‌آبادی، ۱۳۹۰: ۵۳۹-۵۴۳)، که در ادامه به آن‌ها پرداخته می‌شود.

به کارگیری این اوصاف برای آسیب زیست‌محیطی، یک دلیل مشخص دارد و آن اینکه تهیه‌کنندگان آن اسناد خواسته‌اند این نوع آسیب‌ها را از انواع دیگری که زودگذر و بی‌اثر یا کم‌اثر به شمار می‌روند، جدا ساخته و متمایز نمایند. بر همین مبنا برای ارائه تعریفی از زیست‌بوم‌زدایی به عنوان یک جرم بین‌المللی می‌توان بخشی از عنصر مادی آن را وجود آسیب‌های زیست‌محیطی گسترده، بلندمدت و شدید در نظر گرفت. این

1. ICJ, legality of the threat or use of NUCLEAR WEAPONS, 1996.

2. UN Documents, Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques, 1976.

قبیل آسیب‌ها به طور خودکار باعث محروم شدن افراد از یک محیط زیست سالم می‌شوند. بر این اساس، عنصر مادی زیست‌بوم‌زدایی به عنوان یک جرم مستقل را می‌توان این گونه تعریف کرد: «محروم‌سازی از محیط زیست سالم از طریق ایراد آسیب گسترده، بلندمدت و شدید به محیط زیست و یا عدم پیشگیری از ورود این قبیل آسیب‌ها». در ادامه، نکات مطرح در تعریف فوق مورد بررسی و ارزیابی قرار می‌گیرند.

۲-۳-۱. گسترده^۱

آسیب زیست‌محیطی^۲ باید گسترده باشد. واژه گسترده که مترادف با واژگانی همچون پهناور و وسیع و فراگیر است، در اساسنامه رم یا در پروتکل اول الحاقی به کنوانسیون ژنو تعریف نشده، اما برخی تفسیرهای مراجع بین‌المللی تا حدودی از آن رفع ابهام نموده است. به اعتقاد کمیسیون حقوق بین‌الملل، واژه «گسترده» به اندازه و مقیاس آن منطقه جغرافیایی که بر اثر آن آسیب تحت تأثیر قرار گرفته، اشاره دارد (ILC, 1991: 107). برخی نظریه‌پردازان مانند خانم هیگینز هم گسترده را شامل منطقه‌ای در مقیاس چند صد کیلومتر مربع معرفی می‌کنند (Higgins, 2010: 61-76). در رویه قضایی، این واژه در سیاق وصف یک آسیب زیست‌محیطی تعریف نشده، اما در جریان بررسی شرایط لازم برای تحقق جنایت علیه بشریت، از این واژه تعاریفی ارائه شده است. یکی از شرایط لازم برای تحقق یک جنایت علیه بشریت این است که اقدامات مربوطه در قالب یک تعرض گسترده یا سازمان‌یافته رخ داده باشد. دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در برخی قضایا از جمله قضیه کوناراج^۳ یا قضیه تادیچ^۴ به تعریف واژه «گسترده» پرداخته و آن را ناظر بر این دانسته که ماهیت یک حمله و شمار قربانیان آن دارای مقیاس وسیع باشد (ICTY, Kunarac et al., 2001: 428; ICTY, Kunarac et al., 2002: 94; ICTY, Prosecutor v. Dusko Tadic, 1997: 648).

1. Widespread.
2. Environment Damage.
3. Kunarac.
4. Tadic.

در قضیه پریسیچ^۱ نیز دیوان مزبور، گسترده بودن را ناظر به مقیاس حمله، بزرگی آن و شمار قربانیان دانسته است (ICTY, Prosecutor v. Momčilo Perišić, 2011: 86). دادگاه روآندا نیز در قضیه آکایسو^۲ واژه «گسترده» را به معنای فراگیر بودن، وسیع بودن و مکرر بودن جرایم ارتكابی دانسته است (ICTR, Prosecutor v. Akayeso, 1998: 580). در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری نیز در ماده ۷ در تعریف جنایت علیه بشریت، یکی از شرایط لازم برای تحقق آن، وجود یک حمله و تعرض «گسترده» یا سازمان‌یافته اعلام شده است. در ذیل همین ماده در توضیح تعرض گسترده، آن را عبارت از رفتاری مشتمل بر ارتكاب چندین عمل از اعمال ممنوعه دانسته است. همچنین واژه گسترده از جانب دیوان بین‌المللی کیفری در اشاره به شمار زیاد قربانیان و مقیاس جغرافیایی وسیع کاربرد یافته است (ICC, The Prosecutor v. Al-Tuhamy Mohamed Khaled, 2013: 5). در مجموع همان طور که مشاهده می‌شود، مفهوم گسترده در سه معنا به کار رفته و ناظر به این سه معنا می‌باشد: ۱. «منطقه وسیع جغرافیایی»؛ ۲. «شمار و تعداد زیاد قربانیان»؛ ۳. «میزان اعمال ارتكاب‌یافته». بر همین مبنا، منظور از آسیب زیست‌محیطی گسترده را نیز می‌توان عبارت از هر گونه آسیبی دانست که یا در مقیاس وسیع جغرافیایی آثاری را از خود بر جای گذارده باشد یا اینکه آثار برجای‌مانده بسیار زیاد و دارای ابعاد مختلف باشد یا اینکه نوع آسیب‌های وارده متنوع و گوناگون باشد.

۲-۳-۲. بلندمدت^۳

این واژه که یکی دیگر از اوصاف آسیب زیست‌محیطی است، به معنای ماندگاری یک وضعیت در مدت زمانی طولانی است. کمیسیون حقوق بین‌الملل در گزارش خود در سال ۱۹۹۱ به توضیح مفهوم «بلندمدت» پرداخته است. کمیسیون مذکور، واژه بلندمدت را به معنای ماهیت طولانی مدت اثرات وارده می‌داند و آن را از حالتی که صرفاً احتمال ورود خسارت برای مدت طولانی پس از ورود آسیب وجود دارد، متمایز می‌کند (ILC, 1991: 107; Dörmann, 2003: 175). در واقع به اعتقاد کمیسیون، وصف

1. Momcilo Pericic.
2. Akayeso.
3. Long-term.

بلندمدت ناظر به اثرات آسیبی است که ایجاد شده و برای مدت زمان طولانی باقی خواهد ماند. برخی حقوق‌دانان نیز بلندمدت را به معنای لااقل یک فصل از سال می‌دانند (Higgins, 2010: 61-76). البته در گزارش کمیته بین‌المللی صلیب سرخ به مجمع عمومی ملل متحد در سال ۱۹۹۳ اعلام شده دلایل قابل توجهی وجود دارد که نشان می‌دهد واژه بلندمدت، ناظر به چندین دهه است. لیکن نهایتاً این کمیته یادآور شده که باب تفسیر در مورد اینکه آسیب بلندمدت و گسترده و شدید چیست و آسیب قابل قبول چه آسیبی می‌باشد، باز است و تعیین دقیق دامنه و دوره زمانی برخی اعمالی که موجب آسیب زیست‌محیطی می‌شوند، اصلاً کار آسانی نیست (Dörmann, 2003: 175). از این رو به نظر می‌رسد معنای بلندمدت را باید با لحاظ اوضاع و احوال قضایای مطروحه و آسیب وارده به طور جداگانه مورد بررسی قرار داد و نمی‌توان یک معیار دقیق و از قبل تعیین شده برای همه موارد ارائه کرد.

۲-۳-۳. شدید^۱

واژه «شدید» اصولاً برای توصیف چیزی که دارای آثار قابل توجه و مهم است، به کار برده می‌شود. تأکید بر وجود این وصف برای آسیب زیست‌محیطی نیز از آن جهت است که آسیب‌های جزئی و کم‌اهمیت را از گردونه کار خارج کند. وصف شدت ناظر بر مقدار و میزان آسیبی است که وارد می‌شود. برخی صاحب‌نظران معنای واژه شدید را ناظر بر اختلال یا آسیب جدی یا قابل توجه به حیات انسانی و منابع و دارایی‌های طبیعی می‌دانند (Higgins, 2010: 64). به نظر می‌رسد بتوان بر همین اساس آسیب زیست‌محیطی شدید را آن نوع از آسیب دانست که باعث اختلال در عملکردهای طبیعی محیط زیست شده و یا تغییرات جدی و قابل توجه در وضعیت عادی آب و هوا و خاک به وجود می‌آورد.

۲-۳-۴. عدم پیشگیری از ورود آسیب‌های زیست‌محیطی

عدم پیشگیری از ورود آسیب‌های زیست‌محیطی نیز می‌تواند به خودی خود عنصر

1. Severe.

مادی برخی از مصادیق زیست‌بوم‌زدایی باشد. دلایلی که ضرورت جرم‌انگاری زیست‌بوم‌زدایی را توجیه می‌کنند، منطقاً جرم‌انگاری عدم پیشگیری از ورود آسیب‌های زیست‌محیطی را هم موجّه و ضروری می‌سازند؛ به نحوی که به منظور رفع خطرات مسلم ناشی از زیست‌بوم‌زدایی می‌توان کوتاهی در انجام اقدامات پیشگیرانه را که خواه به صورت عمدی و خواه بر اثر بی‌احتیاطی و بی‌توجهی باعث بروز آسیب شدید و گسترده و بلندمدت به محیط زیست می‌شود، جرم و قابل مجازات تلقی نمود. در اینجا آسیب زیست‌محیطی هنوز به شکل گسترده، شدید و بلندمدت وارد نشده و فرد متهم به دلیل ترک فعلی که واجد آثار خطرناک بر محیط زیست است، مورد محاکمه و مجازات قرار می‌گیرد. به موجب یکی از اصول مطرح در حقوق بین‌الملل محیط زیست که در برخی از آرای دیوان بین‌المللی دادگستری از جمله در قضیه کارخانه‌های خمیر کاغذ یا در قضیه ناگی ماروش مورد تأکید قرار گرفته، دولت‌ها متعهد هستند پیش از اجرای پروژه‌ها و طرح‌های توسعه‌ای خود، ارزیابی‌های مناسب را از پیامدهای زیست‌محیطی آن به عمل آورند؛ به نحوی که اگر اجرای آن طرح باعث آثار و آسیب‌های زیست‌محیطی می‌شود، از اقدام به آن خودداری نمایند (ICJ, Pulp-Mills on the River Uruguay: 2010; ICJ, Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project, 1997).

حال اگر شخصی از رعایت این اصل خودداری کند و ارزیابی‌های مربوطه را به انجام نرساند و یا علی‌رغم انجام ارزیابی، به دلایل یا انگیزه‌های مختلف از اجرای آن امتناع کند، این شخص باید به دلیل نادیده گرفتن خطر و ریسک زیست‌بوم‌زدایی، با واکنش تنبیهی روبه‌رو گردد. لازمه اجتناب از خطر و ریسک زیست‌بوم‌زدایی، جرم‌انگاری مقدمات زیست‌بوم‌زدایی است. به همین دلیل، عدم ارزیابی پیامدها یا عدم توجه به نتایج ارزیابی‌ها نیز باید به عنوان مقدمه زیست‌بوم‌زدایی به خاطر عدم پیشگیری از وقوع زیست‌بوم‌زدایی جرم تلقی شود. در این عنوان مجرمانه، عنصر روانی می‌تواند هم به صورت عمد و هم به صورت بی‌توجهی و سهل‌انگاری متجلی شود.

نتیجه‌گیری

جرم‌انگاری زیست‌بوم‌زدایی، تحقق حقوق بشر و به ویژه حق بهره‌مندی از محیط

زیست سالم را به شکل جدی‌تری مورد حمایت قرار می‌دهد. لازمه پاسخ به نگرانی‌های عصر حاضر که تخریب و آلوده‌سازی محیط زیست، یکی از پدیده‌های شایع در آن است، وجود یک سیاست جنایی حقوق بشرمحور است که بتواند با هدف دستیابی هر چه بیشتر به حقوق بشر، از آلوده‌سازی‌های زیست‌محیطی و ویران‌سازی‌های طبیعت که به طور مستقیم حقوق گوناگون انسان‌ها را تحت‌الشعاع قرار می‌دهند، جلوگیری کند و این امر نیازمند سیاست‌گذارانی در حوزه‌های تقنین و اداری و قضایی است که با مشارکت جامعه مدنی و مردم بتوانند راه رسیدن به این هدف را هموار سازند. همچنین ارزش ذاتی طبیعت که از قدیم در باورهای بسیاری از ملل و فرهنگ‌ها ریشه دارد، با چنین جرم‌انگاری پاس داشته می‌شود و حتی صلح و امنیت بین‌المللی نیز با این فرایند حمایت می‌گردد و از نقض صلح و امنیت بین‌المللی یا تهدید آن، پیشگیری به عمل می‌آید. امروزه می‌توان ادعا کرد که مقابله با زیست‌بوم‌زدایی، یکی از ارزش‌های بنیادین جهانی و یکی از تعهدات عام‌الشمول بین‌المللی است که جرم‌انگاری آن، سیاستی ضروری و اجتناب‌ناپذیر جهت حمایت مؤثرتر از طبیعت و بشریت است.

زیست‌بوم‌زدایی به خاطر آثار ماندگار و بلندمدت و جبران‌ناپذیری که بر روی طبیعت و محیط زندگی بر جای می‌گذارد، موضوع واکنش‌های متنوع بین‌المللی شده که از جمله آن‌ها، ممنوعیت بین‌المللی و سپس جرم‌انگاری آن در جریان یک مخاصمه مسلحانه بین‌المللی است. با این حال، تعقیب و محاکمه زیست‌بوم‌زدایی‌های جنگی و یا حتی تعقیب و محاکمه زیست‌بوم‌زدایی‌هایی که به عنوان وسیله ارتکاب جنایت علیه بشریت و یا نسل‌زدایی به کار می‌روند، بنا به دلایلی که در متن مقاله بیان شد، نمی‌تواند از حجم رو به رشد تخریب‌ها و آلوده‌سازی‌های محیط زیست در سطح جهان جلوگیری کند و لذا کاملاً ضروری است که این پدیده به صورت مستقل در سطح بین‌المللی جرم‌انگاری شود تا در پی آن بتوان حمایت بهتری از بشر و حقوق بشر و طبیعت و حقوق طبیعت به عمل آورد.

مهم‌ترین چالش پیش رو در فرایند جرم‌انگاری زیست‌بوم‌زدایی، مقاومت و مخالفت دولت‌ها و شرکت‌های بزرگ است که به خاطر منافع اقتصادی و تجاری و یا

سیاسی و امنیتی خود، از جرم‌انگاری زیست‌بوم‌زدایی تا حد امکان جلوگیری می‌کنند که راهکار مقابله با آن نیز فشار افکار عمومی در سطح بین‌المللی به ویژه از طریق فعالان حقوق بشر و حامیان محیط زیست است تا با تبیین و روشن‌گری درباره ضرورت چنین جرم‌انگاری، دولت‌ها و صاحبان قدرت را ناچار به عقب‌نشینی کنند.

یکی از راهکارهای بین‌المللی در این زمینه، اصلاح اساسنامه رم است؛ به نحوی که زیست‌بوم‌زدایی به عنوان پنجمین جنایت خطیر بین‌المللی، داخل در حوزه صلاحیت این دیوان گردد. هرچند جرایم بین‌المللی دیگری مثل تروریسم و هراس‌افکنی، در رقابت جدی برای حضور در لیست جرایم داخل در صلاحیت دیوان قرار دارند، اما تلاش و فشار سایر اعضای جامعه بین‌المللی در نشست بعدی اصلاح اساسنامه رم، می‌تواند امکان پذیرش و شناسایی چنین جرمی را به عنوان یک جرم مستقل در اساسنامه رم فراهم آورد.

علاوه بر آن، یکی دیگر از راهکارها، تدوین و تصویب معاهدات مستقل بین‌المللی در سطوح منطقه‌ای در زمینه جرم‌انگاری این پدیده است که می‌تواند به شناسایی تدریجی چنین جرمی در سطح جهانی منجر شود.

کتاب‌شناسی

۱. آرش پور، علیرضا، *مسئولیت بین‌المللی نقض تعهدات زیست‌محیطی*، تهران، انتشارات جنگل - جاودانه، ۱۳۹۲ ش.
۲. اسپندی، مارینا، «پیرامون ارتکاب جرم از سوی دولت و مسئولیت کیفری او»، ترجمه سیدعلی هنجنی، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره نهم، شماره ۱۳۶، ۱۳۸۵ ش.
۳. اسلامی، رضا، *آیا حقوق بشر؟*، چاپ دوم، تهران، مجد، ۱۳۹۷ ش.
۴. باقرزاده، محمدرضا، «بحثی درباره مسئولیت کیفری دولت»، *فصلنامه معرفت*، شماره ۳۶، آبان و مهر ۱۳۷۹ ش.
۵. برهانی، محسن، و محمدرضا رهبرپور، «چرایی جرم‌انگاری در قلمرو اخلاق زیستی»، *فصلنامه حقوق*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره چهل و یکم، شماره ۴، ۱۳۹۰ ش.
۶. پوربافرانی، حسن، «بایدها و نبایدهای جرم‌انگاری در حقوق کیفری ایران»، *فصلنامه مجلس و راهبرد*، دوره بیستم، شماره ۷۵، ۱۳۹۲ ش.
۷. تاموشات، کریستیان، *حقوق بشر؛ از آرمان‌گرایی تا واقع‌گرایی*، ترجمه و نگارش حسین شریفی طرازکوهی، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۹۸ ش.
۸. چاه‌آبی، غلامرضا، و حمیدرضا گرجی‌فرد، «بررسی ابعاد جرم‌شناسی مواد تراریخته، از منظر جرم‌شناسی سبز»، *فصلنامه قضاوت*، شماره ۹۱، پاییز ۱۳۹۶ ش.
۹. حاجی‌وند، امین، علیرضا میرکمالی، فرشید صفری، و امید سروی سرمیدانی، «مسئولیت کیفری دولت در قبال جرایم زیست‌محیطی در ایران: ضرورت‌ها و چالش‌ها»، *فصلنامه علوم محیطی*، دوره شانزدهم، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۷ ش.
۱۰. حکیمی نصرآبادی، حمزه، و علی حسین نجفی ابرندآبادی، «میانی جرم‌انگاری اقدامات علیه محیط زیست از منظر حقوق بشر»، *مجله گفتمان حقوقی*، دوره پانزدهم، شماره ۳۴، ۱۳۹۷ ش.
۱۱. دانش‌ناری، حمیدرضا، «رویکردی انتقادی به جرایم زیست‌محیطی فرامرزی»، *فصلنامه مطالعات بین‌المللی پلیس*، شماره ۱۵، پاییز ۱۳۹۲ ش.
۱۲. دانش‌ناری، حمیدرضا، و علی مرادفر، «جرم‌شناسی جهان‌بوم؛ رهیافتی نوین در مطالعات جرم‌شناسی بین‌المللی»، *فصلنامه مطالعات بین‌المللی پلیس*، شماره ۲۱، بهار ۱۳۹۴ ش.
۱۳. راعی، مسعود، *مسئولیت بین‌المللی دولت در قبال افراد و گروه‌ها در پرتو رویه قضایی*، قم، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۹۳ ش.
۱۴. رضوانی قوام‌آبادی، محمدحسین، «از ممنوعیت تا جرم‌انگاری خسارات وارده به محیط زیست در حقوق بین‌الملل»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، شماره ۵۶، ۱۳۹۰ ش.
۱۵. زیما، برونو و همکاران، *شرح منشور سازمان ملل متحد*، ترجمه هیبت‌الله نژندی‌منش و دیگران، تهران، خرسندی، ۱۳۹۴ ش.
۱۶. شبت، ویلیام ا.، *مقدمه‌ای بر دیوان کیفری بین‌المللی*، ترجمه سیدباقر میرعباسی و حمید الهوتی نظری، تهران، جنگل، ۱۳۸۴ ش.
۱۷. شریفی، محسن، محمدجعفر حبیب‌زاده، محمد عباسی تفرشی، و محمد فرجی‌ها، «انتساب مسئولیت کیفری به اشخاص حقوقی در نظام کیفری ایران و انگلستان»، *دوفصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری*، شماره ۶، ۱۳۹۲ ش.

۱۸. شمس ناتری، محمدابراهیم، سیدوحید ابوالمعالی الحسینی، و زهراسادات علیزاده طباطبایی، «ویژگی‌های جرم‌انگاری در پرتو اسناد و موازین حقوق بشر»، *فصلنامه راهبرد*، دوره بیستم، شماره ۵۸، ۱۳۹۰ ش.

۱۹. شمعی، محمد، و سارا شهپاز، *جرم‌انگاری حداکثری*، تهران، جنگل، ۱۳۹۴ ش.

۲۰. عبداللهی، محسن، «چالش‌های مسئولیت کیفری دولت از منظر کمیسیون حقوق بین‌الملل»، *دوفصلنامه پژوهش‌های حقوقی*، شماره ۳، ۱۳۸۲ ش.

۲۱. همو، «حمایت کیفری از محیط زیست؛ تأملی بر بایسته‌های حقوق کیفری محیط زیست»، *فصلنامه علوم محیطی*، دوره پنجم، شماره ۱، پاییز ۱۳۸۶ ش.

۲۲. فرج‌زاده، منوچهر، و الهام قاسمی فر، *مبانی تغییر آب و هوا (اقلیم) و پیامدهای آن*، تهران، انتخاب، ۱۳۹۸ ش.

۲۳. فهیمی، عزیزالله، و علی مشهدی، «ارزش ذاتی و ارزش ابزاری در فلسفه محیط زیست»، *فصلنامه علمی پژوهشی دانشگاه قم*، سال یازدهم، شماره ۱، ۱۳۸۸ ش.

۲۴. قلی‌پور، غلامرضا، و نسرین مهرا، «جنایت اِکوساید: گذشته، حال و آینده»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال هشتم، شماره ۳۰، بهار ۱۳۹۹ ش.

۲۵. گرجی فرد، حمیدرضا، *جرم‌شناسی سبز*، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.

۲۶. گسن، رمون، «آیا جرم وجود دارد؟»، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، شماره‌های ۲۹-۳۰، ۱۳۷۹ ش.

۲۷. لواسور، ژرژ، «سیاست جنایی»، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، شماره‌های ۱۱-۱۲، ۱۳۷۱-۱۳۷۲ ش.

۲۸. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «مسئولیت کیفری بین‌المللی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، شماره ۱۵، ۱۳۷۳ ش.

۲۹. نجفی اسفاد، مرتضی، و عسکر جلالیان، «ضرورت تأسیس دادگاه بین‌الملل محیط زیست جهت حمایت کیفری و حقوقی از محیط زیست در مقابل خسارات وارده در جنگ ۲۲ روزه غزه»، *فصلنامه راهبرد*، شماره ۶۳، ۱۳۹۱ ش.

۳۰. نژندی‌منش، هیبت‌الله، *حقوق بین‌الملل کیفری در رویه قضایی*، تهران، خرسندی، ۱۳۹۴ ش.

۳۱. نصراصفهانی، احمد، و لیلا رئیسی، «حق بهره‌مندی از هوای پاک در رویه مراجع بین‌المللی»، *دوفصلنامه حقوق تطبیقی دانشگاه مفید قم*، شماره ۱۰۸، ۱۳۹۶ ش.

۳۲. وایت، راب، *جرایم زیست‌محیطی فراملی؛ به سوی جرم‌شناسی جهان‌بوم*، ترجمه حمیدرضا دانش‌ناری، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.

33. Allan Gray, Mark, "The International Crime of Ecocide", *California Western International Law Journal*, Vol. 26, No. 2, Art. 3. 1995.

34. Berat, Lynn, "Defending the Right to a Healthy Environment: Toward a Crime of Genocide in International Law", *Boston University International Law Journal*, Vol. 11, 1993.

35. Dörmann, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Sources and Commentary, Cambridge University Press, 2003.



36. Gauger, Anja & Mai Pouye Rabatel-Fernel & Louise Kulbicki & Damien Short & Polly Higgins, *Ecocide is the missing 5th Crime Against Peace*, London, Human Rights Consortium, 2012.
37. Higgins, Polly, *Eradicating Ecocide: Laws and Governance to Prevent the Destruction of Our Earth*, Shephard-Walwyn, London, 2010.
38. ICC, Prosecutor v. Omar Al-Bashir, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, ICC-02/05-01/09-3, 4 March 2009.
39. ICC, Prosecutor v. Omar Al-Bashir, Judgment on the Appeal of the Prosecutor against the "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al-Bashir", ICC-02/05-01/09-OA, 3 February 2010.
40. ICC, Prosecutor v. Omar Al-Bashir, Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest, ICC-02/05-01/09 12 July 2010.
41. ICC, The Prosecutor v. Al-Tuhamy Mohamed Khaled, Warrant of Arrest for Al-Tuhamy Mohamed Khaled ICC-01/11-01/13, 18 April 2013.
42. ICC, The Prosecutor v. Germain Katanga, Order for Reparations Pursuant to Article 75 of the Statute, No. ICC-01/04-01/07, 24 March 2017.
43. ICJ, Case Concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), Judgment, 25 September 1997.
44. ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996.
45. ICJ, Pulp-Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, 2010.
46. ICTR, Prosecutor v. Akayeso, Judgment, 2 September 1998.
47. ICTY, Kunarac et al., IT-96-23 & 23/1, Appeal Judgment, 2002.
48. ICTY, Kunarac et al., IT-96-23 & 23/1, Trial Judgment, 2001.
49. ICTY, Prosecutor v. Dusko Tadic "DULE", IT-94-1-T, 1997.
50. ICTY, Prosecutor v. Momčilo Perišić, IT-04-81-T, 2011.
51. ILC, Yearbook of the International Law Commission, Report of the Commission to the General Assembly on the Work of Its Forty-Third Session A/CN.4/SR.2241, A/CN.4/SER.A/1991/Add.1.
52. Lay, Bronwyn & Laurent Neyret & Damien Short & Michael Urs Baumgartner & Antonio A. Oposa, Jr., "Timely and Necessary: Ecocide Law as Urgent and Emerging", *The Journal Jurisprudence* 28, December 2015.
53. Pérez-León-Acevedo, Juan Pablo, "The Close Relationship Between Serious Human Rights Violations and Crimes Against Humanity: International Criminalization of Serious Abuses", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 17, BJV, Instituto de

Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2017.

54. Sheth, K. N., *Environmental Rights As Human Rights - Focus of International Law*, January 2016.
55. Smith, Tara, "Creating a Framework for the Prosecution of Environmental Crimes in International Criminal Law", *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law*, Published online on: 23 May 2013.
56. Tomuschat, Christian, Document on crimes against the environment, ILC(XLVIII)/DC/CRD.3, 27 March 1996.
57. UN Documents, Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques, 1976, Available at: <<http://www.un-documents.net/enmod.htm>>.
58. Wijdekop, Femke, "Against Ecocide: Legal Protection for Earth", Great Transition Initiative, August 2016.
59. Zierler, David, *The Invention of Ecocide: Agent Orange, Vietnam and the scientists who changed the way we think about the environment*, London, The University of Georgia Press, 2011.



چالش‌های پیش روی

صلاحیت اضافی دادگاه کیفری یک*

- اسماعیل هادی تبار^۱
- عیسی ولی‌زاده^۲

چکیده

صلاحیت دادگاه کیفری یک در ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و ماده ۹ قانون مبارزه با تأمین مالی تروریسم مصوب ۱۳۹۴ احصا شده است. اما این دادگاه علاوه بر صلاحیت اصلی، صلاحیت اضافی نیز دارد. ماده‌های ۳۱۳ و ۳۱۴ قانون آ.د.ک. ۱۳۹۲ مصادیق آن می‌باشند که به جرائم ارتكابی در صلاحیت دادگاه کیفری دو به جهت صلاحیت اضافی، در دادگاه کیفری یک رسیدگی می‌شوند. با توجه به صلاحیت اضافی دادگاه کیفری یک، در رویه قضایی در مراحل مختلف تحقیقات مقدماتی، رسیدگی و اعتراض با چالش‌هایی مواجه شده است. از یافته‌های تحقیق اینکه چنانچه وکیل تسخیری در رابطه با جرائم موجب مجازات مندرج در بندهای الف، ب، پ، ث ماده ۳۰۲

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۲/۳۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۶/۲۵.

۱. استادیار گروه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، بابلسر (نویسنده مسئول)
(e.haditabar@umz.ac.ir)

۲. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه مازندران (valizadehissa@yahoo.com).

قانون آ.د.ک. تعیین گردد و در حین رسیدگی، دادگاه بزه ارتكابی را خفیف‌تر تشخیص دهد، وکیل مورد نظر همچنان حق دفاع در پرونده را حتی راجع به جرائم خفیف‌تر در این حالت دارا می‌باشد.

نوشتار حاضر به روش توصیفی - تحلیلی با جمع‌آوری منابع کتابخانه‌ای و بررسی آرای قضایی، به برجسته ساختن این چالش‌ها پرداخته و در نهایت راهکارهای عملی برای برون‌رفت از این چالش را به متولیان سیاست‌گذاری جنایی پیشنهاد می‌دهد. از مهم‌ترین یافته‌های نوشتار حاضر، عدم نیاز به تشریفات قانونی خاص در صلاحیت اضافی می‌باشد.

واژگان کلیدی: دادگاه کیفری یک، آیین دادرسی، صلاحیت نسبی، صلاحیت اضافی، رسیدگی مستقیم.

مقدمه

قانون‌گذار در بخش سوم راجع به دادگاه‌های کیفری، دادگاه‌های کیفری را براساس ماده ۲۹۴ قانون آ.د.ک. به پنج نوع تقسیم نموده است که عبارت‌اند از: دادگاه کیفری یک، دادگاه کیفری دو، دادگاه انقلاب، دادگاه اطفال و نوجوان و دادگاه‌های نظامی. یکی از موضوعات مهم محاکم اعم از حقوقی و کیفری، بحث صلاحیت می‌باشد. «صلاحیت» در لغت به معانی شایستگی، درخوری، سزاواری و اهلیت آمده است (دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۵۰۵؛ عمید، ۱۳۸۱: ۱۳۶۵۲؛ حامدی ربانی، بی‌تا: ۳۳۶). در ترمینولوژی حقوق، «صلاحیت» به معنای اختیار قانونی یک مأمور رسمی برای انجام پاره‌ای از امور مانند صلاحیت دادگاه‌ها و صلاحیت مأمور دولت در تنظیم سند رسمی آمده است و صلاحیت «دادرسی» یک دادگاه نسبت به اموری که می‌تواند به آن‌ها رسیدگی کند و در قلمروی که می‌تواند اقدام به رسیدگی نماید به عنوان صلاحیت دادگاه در نظر گرفته شده است (جعفری لنگرودی، بی‌تا: ۴۰۷). در راستای ماده ۲۶ قانون آ.د.ک.، تشخیص صلاحیت یا عدم صلاحیت هر دادگاه نسبت به دعوایی که به آن رجوع شده است با همان دادگاه است. اگرچه صلاحیت از سوی قانون‌گذار به طور صریح و شفاف تعریف نگردیده است، ولی با نگرش به قانون و کلمات درج‌شده در مواد قانونی از جمله مواد ۳۰۱، ۳۰۲، ۳۰۴، ۳۰۶، ۳۰۷، ۳۱۰، ۴۰۳ و ۵۱۰ قانون

آ.د.ک. و مواد ۱۰ تا ۱۷ و ۲۰ تا ۲۵ قانون آ.د.م. به نظر می‌رسد می‌توان چنین نتیجه‌گیری کرد که صلاحیت عبارت است از اختیاری که قانون به مرجع قضایی اعطا می‌کند که بر اساس آن به دعوایی رسیدگی نماید.^۱

با توجه به مصادیق مطروحه در قانون آ.د.ک. به نظر می‌رسد صلاحیت را می‌توان به ذاتی، محلی، شخصی و نسبی تقسیم نمود که در عرض یکدیگر قرار دارند و در کنار آنها، صلاحیت اضافی در طول آنها قرار دارد. در راستای ماده ۳۰۱ قانون آ.د.ک.، دادگاه کیفری دو حق رسیدگی به تمام جرائم را دارد، مگر آنچه را که قانون استثنائاً در صلاحیت محاکم دیگر قرار داده باشد. در واقع با توجه به ماده فوق، صلاحیت دادگاه کیفری دو نسبت به سایر محاکم، عام می‌باشد و اصل بر صلاحیت دادگاه کیفری دو می‌باشد؛ مگر در مواردی خاص که قانون‌گذار به طور صریح آن را از صلاحیت دادگاه کیفری دو خارج ساخته و در صلاحیت دادگاهی دیگر قرار دهد.^۲

مطابق موارد مندرج در ماده ۳۰۲ قانون آ.د.ک. مصوب سال ۱۳۹۲ و قانون مبارزه با تأمین مالی تروریسم مصوب سال ۱۳۹۴، صلاحیت دادگاه کیفری یک به شرح ذیل می‌باشد:

- ۱- جرائم موجب مجازات سلب حیات،
- ۲- جرائم موجب حبس ابد،
- ۳- جرائم موجب مجازات قطع عضو و جنایت عمدی علیه تمامیت جسمانی با میزان نصف دیه کامل یا بیش از آن،
- ۴- جرائم موجب مجازات تعزیری درجه ۳ و بالاتر،
- ۵- جرائم سیاسی و مطبوعاتی،
- ۶- جرائم مربوط به تأمین مالی تروریسم.

۱. آشوری در تعریف صلاحیت کیفری اظهار داشت: صلاحیت کیفری را می‌توان به شایستگی و نیز تکلیف مرجع قانونی در رسیدگی به یک دعوای کیفری تعبیر کرد.
 ۲. مثل موارد احصاشده در ماده ۳۰۳ قانون آ.د.ک. راجع به دادگاه انقلاب و یا موارد مطروحه در ماده ۳۰۲ قانون آ.د.ک. راجع به دادگاه کیفری یک.

فارغ از مباحث صلاحیت ذاتی، محلی و شخصی، آنچه به موضوع ما مربوط است و در طرح پرونده در دادگاه‌های کیفری یک مؤثر است، صلاحیت نسبی و اضافی می‌باشد. صلاحیت نسبی بر خلاف نظر بعضی از حقوق‌دانان که آن را در زمره انواع صلاحیت درج نکرده‌اند (مصدق، ۱۳۹۶: ۲۵۱) و حتی عده‌ای آن را در واقع صلاحیت محلی تلقی نموده‌اند (خالقی، ۱۳۹۷: ۲۰) و عده‌ای آن را با صلاحیت ذاتی اشتباه گرفته و صلاحیتی دانسته‌اند که قانون‌گذار با توجه به میزان مجازات برای مرجع قضایی تعیین می‌کند (گلدوست جویباری، ۱۳۹۵: ۲۵۴؛ جوانمرد، ۱۳۹۶: ۲۰)، به نظر می‌رسد صلاحیت نسبی که به گونه‌ای در مقابل صلاحیت ذاتی قرار دارد، ولی از حیث صلاحیت محلی با آن یکسان می‌باشد، عبارت از صلاحیتی است که قانون‌گذار با توجه به نوع جرم یا میزان مجازات قانونی یا سن و یا سمت مرتکب تبیین می‌کند.

در حال حاضر، این نوع صلاحیت در محاکم کیفری یک و دو، دادگاه نظامی یک و دو قابل ملاحظه است و همچنین با توجه به جرائم قابل تجدیدنظر که بعضی در محاکم تجدیدنظر مرکز استان قابل تجدیدنظرند (۴۲۶ قانون آ.د.ک.) و بعضی هم مرجع فرجام‌خواهی و اعتراض به آن‌ها دیوان عالی کشور می‌باشد (۴۲۸ قانون آ.د.ک.)، صلاحیت دو مرجع مذکور را می‌توان صلاحیت نسبی تلقی نمود. صلاحیت اضافی را حقوق‌دانان استثنایی بر صلاحیت محلی دادگاه تلقی نموده‌اند (باری، ۱۳۹۷: ۳۳۹) و معتقدند که صلاحیت اضافی صرفاً صلاحیت مازاد برای دادگاه محل وقوع جرم برای رسیدگی به جرمی است که در حوزه آن اتفاق نیفتاده است. به نظر می‌رسد هرچند صلاحیت اضافی می‌تواند به عنوان استثنایی بر قاعده صلاحیت محلی در راستای ماده ۳۱۰ قانون آ.د.ک. در نظر گرفته شود، ولی صرفاً شامل این امر نمی‌گردد؛ بلکه صلاحیت اضافی شامل صلاحیت ذاتی و نسبی نیز می‌گردد و مصداق بارز این امر، تبصره ماده ۳۱۲ و تبصره یک و دو ماده ۳۱۴ قانون آ.د.ک. می‌باشد. دادگاه کیفری یک مطابق ماده ۲۹۶ قانون فوق‌الذکر با تعدد قاضی تشکیل می‌گردد و به جرائم مندرج در ماده ۳۰۲ قانون مذکور و ماده ۹ قانون مبارزه با تأمین مالی تروریسم می‌پردازد. مقنن در فصل چهارم بخش سوم به مسائل راجع به رسیدگی در دادگاه کیفری یک پرداخته و مواد ۳۸۲ تا ۴۰۵ را به این امر اختصاص داده است. دادگاه

کیفری یک با توجه به ساختار و صلاحیت‌های احصاشده در سیستم قضایی ما امری جالب توجه است.^۱

هرچند دادگاه کیفری یک به لحاظ تاریخی با توجه به قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو و شعب دیوان عالی کشور مصوب سال ۱۳۶۸ مسبوق به سابقه می‌باشد، ولی غالب علمای حقوق و اهل فن در نوشتار خود به این دادگاه نپرداخته‌اند و عده قلیلی هم که به این دادگاه توجه کرده‌اند، در بیان مطالب و نوشتار خود به صورت موشکافانه و دقیق، مسائل مربوط به این دادگاه را بررسی و تجزیه و تحلیل نموده‌اند و از همین رو، منابع علمی کافی برای استفاده در دسترس دانشجویان، اساتید، قضات و اهل فن نمی‌باشد. با توجه به اینکه قانون آیین دادرسی کیفری از تاریخ ۱۳۹۴/۴/۱ قابلیت اجرا پیدا نموده است و در محاکم ما بدان استناد می‌گردد، در طی چند سال اخیر، در عمل شاهد نقائص و چالش‌هایی راجع به مسائل متعددی از جمله صلاحیت، صلاحیت اضافی، روند و ترتیب رسیدگی در دادگاه کیفری یک می‌باشیم.

از این رو در این نوشتار، چالش‌های مربوط به صلاحیت اضافی نسبی در دادگاه کیفری یک در مراحل تحقیقات مقدماتی، رسیدگی و اعتراض به عنوان مباحث اصلی مورد بررسی قرار می‌گیرد و در ذیل مباحث با عناوین فرعی و در قالب گفتار، به فروض قابل تصور راجع به مسائل مطروحه و راه حل اصولی و منطقی در مراحل مذکور پرداخته می‌شود.

۱. با بررسی سوابق آیین دادرسی کیفری در کشور ما از بدو تدوین قوانین محاکمات جزایی مصوب ۱۲۹۱/۵/۳۰ شمسی تا قبل از تصویب قانون اخیر، ما شاهد دادگاه کیفری یک در قالب نام‌هایی همچون دادگاه جنایی و کیفری استان می‌باشیم که در هر دوره‌ای، از ساختار و تشکیلات خاصی برخوردار بوده است. ولی موادی که در دادگاه جنایی ایران در سال ۱۲۹۱ ش. با اصلاحات ۱۳۳۷ تدوین گردیده بود، به مراتب مناسب‌تر نسبت به زمان‌های دیگر است و به نظر می‌رسد که شاکله و پایه قانون اخیر راجع به دادگاه کیفری یک، نشئت گرفته از این قانون (قوانین محاکمات جزایی ۱۲۹۱ ش.) می‌باشد؛ البته با این توصیف که در قانون جدید به نسبت قانون سابق، ما شاهد تغییراتی از جمله در تعدد قاضی رسیدگی کننده از پنج نفر به سه نفر و در روند رسیدگی از جمله در ضبط صوتی محاکمات دادگاه کیفری یک و دایره صلاحیت آن می‌باشیم.

مبحث ۱: چالش‌های صلاحیت اضافی در مرحله تحقیقات مقدماتی

در این مبحث ابتدا به صلاحیت ذاتی دادگاه کیفری یک در جرائم جنسی و متعاقب آن به بحث صلاحیت اضافی نسبی و اسباب ایجاد آن و در ادامه به تبعات صلاحیت اضافی در مرحله تحقیقات مقدماتی می‌پردازیم.

۱-۱. صلاحیت ذاتی دادگاه کیفری یک در جرائم جنسی

با توجه به تصریح قانون‌گذار در ماده ۳۰۶ قانون آ.د.ک.، جرائم منافی عفت به‌طور مستقیم در دادگاه صالح رسیدگی می‌شود و در تبصره ماده فوق‌الذکر اشاره شده که منظور از جرائم منافی عفت در این قانون، جرائم جنسی حدی، همچنین جرائم رابطه نامشروع تعزیری مانند تقبیل و مضاجعه است.

با توجه به ماده فوق و تبصره آن و مواد ۲۲۱، ۲۲۴، ۲۲۶، ۲۳۳، ۲۳۵ و ۲۳۸ قانون م.ا. ۱۳۹۲ و ماده ۶۳۷ قانون م.ا. ۱۳۷۵ بخش تعزیرات، جرائم جنسی که به‌طور مستقیم در دادگاه کیفری مطرح می‌گردند، عبارت‌اند از: زنا اعم از محصن و غیر محصن، لواط (اکراهی و غیر اکراهی)، تفخیز، مساحقه و رابطه نامشروع مادون زنا اعم از اکراهی و غیر اکراهی.

در رابطه با همجنس‌گرایی، اغلب قضات بزه مذکور را همچون سایر جرائم جنسی با توجه به نوع فعل که به قصد التذاذ جنسی می‌باشد، در راستای تبصره ماده ۳۰۶ قانون م.ا. ۱۳۹۲ جزء جرائم جنسی و اعمال منافی عفت در نظر گرفته، معتقدند چنانچه بدو در رابطه با این موضوع شکایت طرح گردد، در صلاحیت دادگاه کیفری دو می‌باشد و به‌طور مستقیم در این دادگاه بررسی می‌گردد؛ چرا که مجازات مقرر چنین جرائمی در ماده ۲۳۷ قانون م.ا.، شلاق تعزیری درجه شش است. طبیعی است با توجه به بند ۱ ماده ۳۰۲ قانون آ.د.ک.، جرائم منافی عفتی بدو در دادگاه کیفری یک قابل طرح هستند که مشمول مجازات سلب حیات باشند و حال چنانچه موضوع شکایت بدو تحت عنوان لواط در دادگاه کیفری یک مطرح گردد و دادگاه کیفری یک در حین تحقیقات مقدماتی، موضوع مطروحه را همجنس‌گرایی تشخیص دهد، به‌عنوان صلاحیت اضافی نسبی به آن رسیدگی می‌نماید. شاید این فرض متصور باشد که

دادگاه کیفری یک در چنین حالتی، ملزم به صدور قرار عدم صلاحیت به دادگاه کیفری دو می‌باشد و قادر به ادامه تحقیقات نیست، ولی به نظر می‌رسد چنین نظری با اصول حقوقی و قانونی منطبق نمی‌باشد و رویه عملی محاکم هم چنین نظری را نمی‌پذیرد و آراء صادره از سوی دادگاه کیفری یک در این خصوص و تأیید آن از سوی دیوان، مؤید این نظر می‌باشد؛ زیرا آنچه برای دادگاه کیفری یک موجب ایجاد صلاحیت می‌گردد، موضوع شکایت ابتدایی شاکی است^۱ (مثلاً زنای به عنف)، و موضوعی که دادگاه در حین تحقیقات پی به آن ببرد (مثلاً رابطه نامشروع مادون زنا یا اکراهی) موجب تغییر در صلاحیت آن نمی‌گردد. از طرف دیگر پس از پایان تحقیقات مقدماتی، دادگاه ملزم است راجع به موضوع شکایت اولیه شاکی (زنای به عنف که آن را متوجه متهم نمی‌داند) اظهار نظر نماید و قرار منع تعقیب صادر نماید و سپس راجع به موضوع خفیف‌تر یعنی رابطه نامشروع مادون زنا یا اکراهی، قرار رسیدگی صادر نماید و در مرحله بعد یعنی مرحله رسیدگی راجع به موضوع قرار رسیدگی (رابطه نامشروع مادون زنا یا اکراهی) رسیدگی نموده و حکم مقتضی صادر نماید، و اگر ما در چنین حالتی بر این باور باشیم که دادگاه کیفری یک، به موضوع شکایت اولیه شاکی (زنای به عنف) توجه ننماید و اگر آن را رابطه نامشروع مادون زنا یا اکراهی تشخیص دهد و اقدام به قرار عدم صلاحیت به کیفری دو ننماید، آیا این امر موجب تضییع حق و حقوق شاکی نمی‌گردد و شاکی که در چنین حالتی، راجع به موضوع شکایت وی نفیاً و اثباتاً اظهار نظر نگردیده است، به چه مرجعی مراجعه نماید و اگر قائل باشیم که دادگاه کیفری یک، راجع به زنای به عنف قرار منع تعقیب صادر کند و راجع به رابطه نامشروع مادون زنا یا اکراهی اقدام به عدم صلاحیت به دادگاه کیفری دو نماید، حال با توجه به قابل اعتراض بودن قرار منع تعقیب در دیوان و احتمال نقض آن از سوی دیوان و طرح مجدد موضوع در دادگاه کیفری یک، در چنین حالتی دچار تششت آرا و

۱. بر اساس دادنامه شماره ۹۱۰۸۴۰۹۷۰۹۱۰۹۹۷۰۷-۱۱/۱۳۹۱ صادره از شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور، چنانچه پرونده‌ای با عنوان زنا به دادگاه کیفری استان ارجاع گردد، ولی این دادگاه آن را رابطه نامشروع مادون زنا تشخیص دهد، دادگاه کیفری استان باید حکم صادر نماید و موجبی برای صدور قرار عدم صلاحیت نخواهد بود.

تضاد در امر نمی‌گردیم؟ در نتیجه به نظر می‌رسد صرف اینکه موضوع شکایت شاکی بدو در صلاحیت دادگاه کیفری یک باشد و حتی اگر دادگاه در حین تحقیقات متوجه گردد که جرم مطروحه از سوی شاکی با آنچه که متهم مرتکب گردیده، تطابق ندارد و بلکه خفیف‌تر می‌باشد، مجاز به صدور قرار عدم صلاحیت نیست و اصولاً یکی از مواردی که بحث صلاحیت اضافی نسبی برای دادگاه کیفری یک مطرح می‌گردد، در همین حالت می‌باشد و مؤید این نظر، رویه محاکم و آراء صادره از سوی دیوان عالی کشور می‌باشد و به نظر می‌رسد دادگاه کیفری یک در حین تحقیقات مقدماتی، در صورتی قادر به صدور عدم صلاحیت است که موضوع شکایت شاکی در جرائمی که نیاز به رسیدگی مستقیم دارد، بدو مشمول صلاحیت دادگاه کیفری یک نباشد (مثل تفخیزد و یا زناى فاقد شرایط احصان) و دادگاه در این حالت مجاز به صدور قرار عدم صلاحیت می‌باشد و ماده ۴۰۳ قانون آ.د.ک. اختصاص به جرائمی دارد که با کیفرخواست در دادگاه کیفری یک مطرح می‌گردند، و دادگاه در زمان جلسه مقدماتی و قبل از تصمیم مبنی بر قرار رسیدگی، موضوع را در صلاحیت دادگاه کیفری یک تشخیص ندهد و اقدام به صدور قرار عدم صلاحیت بنماید و از همین روست که چنین قرارى قابل اعتراض از سوی دادستان می‌باشد.^۱

همجنس‌گرایی توسط اُنات، در هر صورت در صلاحیت دادگاه کیفری دو است؛ مگر آنکه متهمه یا متهمان دارای جرائم متعدد دیگری باشند که بعضی از آن‌ها در صلاحیت دادگاه کیفری یک باشد که در این حالت، همجنس‌گرایی آن‌ها نیز به عنوان

۱. در پرونده کلاسه ۸۰۰۰۰۱ شعبه ششم دادگاه کیفری یک استان مازندران، شکایتی مبنی بر لواط به عنف مطرح شد. دادگاه در حین تحقیقات مقدماتی، موضوع را در حد همجنس‌گرایی تشخیص داد و پس از ختم تحقیقات مقدماتی، طی دادنامه شماره ۸۸۰۰۱۵۱ در رابطه با موضوع همجنس‌گرایی، قرار رسیدگی صادر نمود و متعاقباً راجع به عمل لواط به عنف، قرار منع تعقیب صادر کرد و در مرحله بعد (رسیدگی) طی دادنامه شماره ۸۸۰۰۱۵۵ راجع به موضوع قرار رسیدگی (همجنس‌گرایی)، اقدام به صدور حکم مبنی بر محکومیت متهم به تحمل ۷۴ ضربه شلاق تعزیری در راستای ماده ۲۳۷ قانون م.ا. ۱۳۹۲ صادر نمود. لازم به ذکر است که بدو شعبه ۳۷ دیوان عالی کشور طی دادنامه شماره ۱۳۵۸_۰۰۰۹۲۵۲_۳/۹-۱۳۹۴ راجع به حل اختلاف فیما بین شعبه ۱۰۷ دادگاه جزایی شهرستان بابل و دادگاه کیفری استان مازندران در رابطه با رسیدگی به موضوع اتهام مطروحه (همجنس‌گرایی) با توجه به موضوع شکایت اولیه شاکی (لواط ایقابی)، آن را در صلاحیت دادگاه کیفری استان دانست.

صلاحیت اضافی در دادگاه کیفری یک مطرح می‌شود.

شایان ذکر است در جرائمی که به طور مستقیم در دادگاه کیفری مطرح می‌گردند، دادگاه در دو مرحله «تحقیقات مقدماتی» و «رسیدگی»، اقدام به بررسی موضوع می‌نماید؛ هرچند عده‌ای از علمای حقوق، مرحله تحقیقات مقدماتی توسط دادگاه را صرفاً مرحله شکلی و اداری تلقی نموده‌اند (رستمی، ۱۳۹۷: ۲۸۷). ولی به نظر می‌رسد دادگاه در این مرحله، اقدام به کار قضایی می‌نماید. در واقع، دادگاه کاری را انجام می‌دهد که دادسرا به عنوان مرجع تحقیق راجع به پرونده‌هایی که نزدش مطرح هستند، انجام می‌دهد. در این حالت، دادگاه پس از پایان تحقیقات مقدماتی چنانچه عمل انتسابی به متهم جرم نباشد یا ادله کافی برای اثبات جرم مطروحه وجود نداشته باشد و یا به جهات قانونی دیگر، متهم قابل تعقیب نباشد، با توجه به ماده ۳۸۳ قانون آ.د.ک. حسب مورد، اقدام به صدور قرار منع تعقیب و یا موقوفی تعقیب می‌نماید و در غیر این صورت، قرار رسیدگی صادر می‌نماید. چنانچه دادگاه موضوع را از نظر صلاحیت شخصی و ذاتی در صلاحیت خود نداند، اقدام به قرار عدم صلاحیت به مراجع ذیصلاح می‌نماید و در رابطه با محل وقوع جرم، دو فرض قابل تصور است:

الف) چنانچه جرم در خارج از حوزه استانی دادگاه کیفری یک به وقوع پیوسته باشد، اقدام به قرار عدم صلاحیت به شایستگی محل وقوع جرم استان مورد نظر می‌نماید. ب) اگر جرم در حوزه استانی دادگاه کیفری یک که در یکی از شهرهای آن مستقر می‌باشد، به وقوع پیوندد، هرچند در حوزه تقسیم کاری وی نباشد، این دادگاه در صورت ارجاع پرونده به آن، قادر به صدور قرار عدم صلاحیت نمی‌باشد؛ زیرا صلاحیت این دادگاه استانی می‌باشد و صرفاً قادر به ارسال پرونده به مقام ارجاع با توجه به حوزه تقسیم کار جهت ارجاع مجدد به دادگاهی که جرم در حوزه تقسیم کار آن به وقوع پیوسته است، می‌باشد. نمونه آن پرونده کلاسه ۸۸۰۰۰۲۳ مطروحه در شعبه ۶ کیفری یک استان مازندران مستقر در بابل می‌باشد که شاکی الف علیه متهمان ب و ج دایر بر رابطه نامشروع در شهرستان نکا مطرح نمود که دادگاه کیفری یک مستقر در بابل طی دادنامه شماره ۸۸۰۰۱۱۶ و در قالب تصمیم با توجه به محل وقوع جرم (شهرستان نکا) که از جهت تقسیم کار، محل وقوع جرم در حوزه دادگاه کیفری یک

شهرستان ساری بوده، پرونده را از آمار کسر و به مقام ارجاع (معاون رئیس کل استان) ارسال نمود تا مجدداً به شعبه مورد نظر ارجاع دهد. دادگاه پس از صدور قرار، اقدام به رسیدگی راجع به موضوع قرار رسیدگی صادره می‌نماید و پس از اعلام ختم رسیدگی در این مرحله، نسبت به صدور حکم مقتضی اعم از محکومیت یا برائت اقدام می‌نماید.

۲-۱. حدود تعمیم صلاحیت اضافی در مرحله تحقیقات مقدماتی

با توجه به ماده ۳۰۲ قانون آ.د.ک.، جرائم منافی عفت که مشمول مجازات سلب حیات باشند، بدو در دادگاه کیفری یک مطرح می‌گردند و چنانچه موضوعی تحت عنوان «زنای دارای شرایط احصان» در دادگاه کیفری یک مطرح گردد و پس از انجام تحقیقات مقدماتی، دادگاه به این نتیجه برسد که عمل ارتكابی، عنوان مجرمانه دیگری دارد که در صلاحیت دادگاه کیفری یک نیست، در راستای تبصره ۲ ماده ۳۱۴ قانون آ.د.ک.، دادگاه کیفری یک ملزم به ادامه تحقیقات می‌باشد و این در واقع یک نوع صلاحیت اضافی از سوی قانون‌گذار برای دادگاه کیفری یک است.

مشکلاتی که در این مرحله می‌تواند برای دادگاه کیفری یک ایجاد گردد: ۱. راجع به موضوعاتی است که هرچند در صلاحیت دادگاه کیفری یک نمی‌باشد، ولی به تبع صلاحیت اضافی مطروحه در مرحله تحقیقات مقدماتی به دادگاه کیفری یک جهت رسیدگی ممکن است تحمیل گردد؛ ۲. ابهام در نحوه تصمیم از سوی دادگاه کیفری یک پس از پایان تحقیقات مقدماتی.

طبیعی است که صلاحیت اضافی یک امری استثنایی بوده و نمی‌توان آن را توسعه داد. با این حال، مسئله‌ای که می‌توان در اینجا مطرح نمود^۱ آن است که چنانچه متهمی در مرحله تحقیقات مقدماتی در دادگاه کیفری یک، که پرونده‌اش به عنوان صلاحیت اضافی در حال بررسی است، پرونده دیگری تحت عنوان موضوعاتی در دادسرا داشته باشد که مشمول صلاحیت دادگاه کیفری یک «ماده ۳۰۲ قانون آ.د.ک. و قانون

۱. مثلاً چنانچه بزه منافی عفت در دادگاه کیفری یک و در مرحله تحقیقات مقدماتی در حال بررسی باشد و دادگاه در حین تحقیقات به این نتیجه برسد که مجرم مشمول مجازات در حد دادگاه کیفری یک نیست و دادگاه کیفری هم در راستای تبصره ۲ ماده ۳۱۴ قانون آ.د.ک. به عنوان صلاحیت اضافی به آن رسیدگی نماید.

مبارزه با تأمین مالی تروریسم» مصوب ۱۳۹۴ نباشد و منجر به صدور کیفرخواست گردد، به کدام دادگاه کیفری جهت رسیدگی باید ارجاع گردد؛ کیفری دو یا یک؟ به نظر می‌رسد در این رابطه دو فرض متصور است:

فرض نخست، چون صلاحیت اضافی، خود امری استثنایی است که با توجه به وجود صلاحیت اصلی بر دادگاه کیفری یک تحمیل می‌گردد، نمی‌توان دایره استثنا را توسعه داد و جرائم دیگر همین متهم را که مشمول صلاحیت اصلی دادگاه کیفری یک نمی‌گردد، به عنوان صلاحیت اضافی دیگر به صلاحیت اضافی اولیه مطروحه در دادگاه کیفری یک تحمیل نمود؛ چرا که اصل بر صلاحیت دادگاه کیفری دو است و روند رسیدگی در دادگاه کیفری یک، پیچیده‌تر از دادگاه کیفری دو می‌باشد؛ در نتیجه موضوع اخیر باید در دادگاه کیفری دو مطرح گردد و چنانچه هر دو موضوع در هر دو دادگاه منجر به حکم محکومیت گردد و به مرحله قطعیت برسد، می‌توان همچون سایر موارد در راستای ماده ۵۱۰ قانون آ.د.ک. عمل نمود.

در مقابل فرض اول، فرض دیگر این است که هرچند موضوع کیفرخواست در قضیه مطروحه، بزه‌ی است که در صلاحیت دادگاه کیفری دو می‌باشد، ولی با توجه به اینکه موضوع شکایت اولیه مطروحه در دادگاه کیفری یک به عنوان مثال، مربوط به منافی عفت، در بدو امر مشمول مجازات سلب حیات مندرج در ماده ۳۰۲ قانون آ.د.ک. بوده و دادگاه پس از تحقیقات اولیه به این نتیجه رسیده که در حد مجازات سلب حیات نیست و بلکه بزه خفیف‌تر می‌باشد، با این حال، به عنوان صلاحیت اضافی به ادامه تحقیقات راجع به آن می‌پردازد؛ چون صلاحیت ابتدایی برای این دادگاه ایجاد شده و کماکان حق اعتراض راجع به قرار منع تعقیب برای شاکی باقی است و چنانچه دیوان عالی کشور قرار منع تعقیب مورد نظر را نقض نماید، مجدداً همان موضوع در دادگاه کیفری یک طرح و بررسی می‌گردد. در نتیجه نمی‌توان با توجه به مطالب مطروحه، صلاحیت اضافی دیگر را قابل طرح در دادگاه کیفری یک ندانست و از طرف دیگر مواد ۳۱۰ و ۳۱۱ قانون آ.د.ک. راجع به رسیدگی به جرائم متعدد متهم با رعایت صلاحیت ذاتی در دادگاه واحد، تقویت‌کننده نظر اخیر می‌باشد و به نظر می‌رسد که فرضیه و روش اخیر، صائب و موجه می‌باشد.

۳-۱. نحوه تصمیم‌گیری از سوی دادگاه کیفری یک پس از پایان

تحقیقات مقدماتی

در مورد ابهام در نحوه تصمیم دادگاه پس از پایان تحقیقات مقدماتی، سؤالی که می‌توان مطرح نمود آن است که اگر دادگاه کیفری یک در جرائم مستقیمی که نزدش مطرح گردید، همانند زنا‌ی دارای شرایط احصان، پس از انجام تحقیقات مقدماتی عمل ارتكابی را در حد زنا‌ی واجد شرایط احصان تشخیص نداده و زنا را فاقد شرایط احصان و یا رابطه نامشروع مادون زنا تشخیص دهد، در تصمیم نهایی خود چگونه باید عمل نماید؟

در خصوص موضوع اخیرالذکر متأسفانه نه تنها نظریه‌ای از سوی علمای حقوق ارائه نگردیده، بلکه روش عملی واحدی هم در محاکم وجود ندارد. از این رو دادگاه‌ها دو رویه مختلف اتخاذ نموده‌اند که هر یک از روش‌های اتخاذشده علاوه بر مزایا، معایب خاص خود را دارا می‌باشد که دادگاه‌ها را با چالش مهمی می‌نماید.

رویه اول: تعدادی از محاکم کیفری یک پس از پایان تحقیقات مقدماتی، چنانچه بزه انتسابی را در راستای شکایت اولیه ندانسته و بلکه خفیف‌تر تشخیص دهند، بدون اظهارنظر راجع به موضوع شکایت اولیه شاکی، صرفاً راجع به بزه‌ی که خود احراز نموده‌اند، قرار رسیدگی صادر می‌نمایند.

در این حالت از آنجایی که بزه مطروحه در دادگاه کیفری یک به عنوان صلاحیت اضافی رسیدگی می‌گردد، طبیعتاً دادگاه مذکور شرایط و روند رسیدگی را که قانون‌گذار در مواد ۳۸۴، ۳۸۷ و ۳۸۹ قانون آ.د.ک. الزامی دانسته، رعایت نمی‌کند و در مرحله رسیدگی، پس از رسیدگی راجع به بزه اخیر و اعلام ختم رسیدگی، ضمن اظهارنظر راجع به بزه مطروحه در قرار رسیدگی صادره، راجع به موضوع شکایت اولیه شاکی که مبنای ایجاد صلاحیت دادگاه کیفری یک به عنوان صلاحیت اصلی در بدو امر بوده هم اظهارنظر نموده و در راستای ماده ۳۸۳ قانون آ.د.ک. در این خصوص قرار منع تعقیب صادر می‌نماید.

طبیعتاً با توجه به وجود موضوع شکایت اولیه شاکی، مرجع تجدیدنظر چنین آرای‌ی،

دیوان عالی کشور می‌باشد.^۱

رویه دوم: تعدادی از محاکم دیگر برعکس رویه فوق، پس از اتمام تحقیقات مقدماتی و اعلام ختم آن، راجع به شکایت اولیه شاکی -زنای واجد شرایط احصان- که اعتقاد به عدم ارتکاب بزه مورد نظر دارند، در راستای ماده ۳۸۳ قانون آ.د.ک. قرار منع تعقیب صادر می‌نمایند. متعاقباً راجع به بزه خفیف‌تری که خود تشخیص داده‌اند و

۱. در پرونده کلاسه ۹۵۰۱۲۳ مطروحه در شعبه ششم دادگاه کیفری یک استان مازندران شکات به ولایت قهری از فرزندانشان، شکایتی تحت عنوان لواط به عنف نسبت به فرزندانشان را علیه فردی طرح نمودند و به اتفاق اظهار داشتند با توجه به اینکه متهم مذکور در نانویی کار می‌کند، با کشاندن فرزندانشان به نانویی، مرتکب عمل زشت و قبیح لواط در حد دخول به آن‌ها شده است. دادگاه به انجام تحقیقات مقدماتی اقدام نموده و مبادرت به استماع اظهارات اطفال مورد نظر کرد. یکی از اطفال اظهار داشت که... متهم به من گفت شلوارت را پایین بیاور که من درنیاوردم و می‌خواست شلوار مرا پایین بیاورد که من فرار کردم. طفل دیگر گفت که متهم کمر وی را ماساژ می‌داده و می‌خواسته است شلوار مرا پایین بیاورد که من فرار کردم... متهم در ادامه، شدیداً منکر ادعای اطفال مورد نظر گردید. دادگاه پس از انجام تحقیقات مقدماتی به این نتیجه رسید که متهم مذکور، مرتکب عمل لواط به عنف نگردیده، بلکه عمل وی در حد همجنس‌گرایی بوده است و در نهایت پس از انجام تحقیقات مقدماتی بدون اظهار نظر راجع به موضوع لواط به عنف، طی قرار شماره ۹۶۰۰۰۲۵-۹۶/۱۲/۹-۹۶ راجع به اتهام همجنس‌گرایی قرار رسیدگی صادر نمود و سپس در مرحله رسیدگی، پس از بررسی موضوع قرار رسیدگی «همجنس‌گرایی» طی دادنامه شماره ۸۸۰۰۰۵۸-۹۶/۳/۲۹-۹۶ و در راستای ماده ۲۳۷ ق.م.ا. حکم به محکومیت متهم مورد نظر به تحمل ۷۴ ضربه شلاق تعزیری صادر نمود و به منظور تکمیل و تنظیم مجازات و با توجه به ماده ۲۳ قانون فوق، مشارالیه را از اقامت و فعالیت در روستای اطفال مورد نظر به مدت دو سال منع نمود. در ادامه، دادگاه راجع به موضوع شکایت اولیه شکات، دال بر لواط به عنف به لحاظ انکار شدید متهم و عدم ارائه دلیل و مدرک متقن از سوی شکات مستنداً به ماده ۴ قانون آ.د.ک. و اصل برائت، حکم به برائت صادر نمود. رأی فوق با اعتراض متهم و وکیل وی مواجه گردید که پرونده در شعبه ۳۱ دیوان عالی کشور مطرح گردید که دیوان طی دادنامه شماره ۹۶/۷/۱۱-۹۶/۲۲۹-۹۶ به علت عدم اظهار نظر از سوی دادگاه کیفری یک در مرحله تحقیقات مقدماتی و قرار رسیدگی صادره راجع به موضوع شکایت اولیه شکات (لواط به عنف) چنین نظر داد: «صرف نظر از اینکه با توجه به قرار رسیدگی شماره ۹۶۰۰۰۲۵-۹۶/۱۲/۹-۹۶ دادگاه که موضوع اتهام ادعای شکات را صرفاً در حد همجنس‌گرایی به عنف و اکراه تشخیص، و در راستای ماده ۳۸۳ قرار رسیدگی صادر کرده است، صدور حکم برائت متهم از اتهام ارتکاب عمل لواط نسبت به اطفال مورد نظر در دادنامه شماره ۸۸۰۰۰۵۸-۹۶/۳/۲۹-۹۶ فاقد وجهت قانونی و خلاف ضابطه موضوع ماده ۳۸۳ از قانون فوق‌الذکر بوده است و موقعیت اتهام اخیرالذکر قبل از صدور قرار رسیدگی بوده و می‌بایست عندالاقضاء قرار منع تعقیب صادر می‌گردید...». رأی مذکور به نوعی بیانگر صحت تصمیم دادگاه در مرحله تحقیقات مقدماتی می‌باشد، ولی صدور حکم برائت در مرحله رسیدگی را راجع به موضوع شکایت اولیه جایز ندانسته و اعتقاد دارد که باید قرار منع تعقیب در این خصوص صادر گردد.

به عنوان صلاحیت اضافی به ادامه تحقیقات آن پرداخته‌اند، اقدام به صدور قرار رسیدگی می‌نمایند. طبیعی است که قرار منع تعقیب صادره، قابل اعتراض در دیوان عالی کشور می‌باشد.^۱ شایان ذکر است که در چنین روشی، تشریفات رسیدگی مندرج در مواد ۳۸۴، ۳۸۷ و ۳۸۹ قانون آ.د.ک. رعایت نمی‌گردد. هرچند این روش از نظر قانونی منطبق بر قوانین آ.د.ک. می‌باشد،^۲ ولی دارای عیب عمده‌ای است؛ زیرا از یک طرف دادگاه با قرار منع تعقیبی مواجه است که قابل اعتراض از سوی شاکی در دیوان عالی کشور می‌باشد و چه بسا با اعتراض از سوی شاکی در دیوان عالی کشور نقض گردد، و از طرف دیگر با قرار رسیدگی‌ای مواجه است که باید به آن رسیدگی نماید. اگر دادگاه کیفری یک، اقدام به رسیدگی نسبت به موضوع قرار رسیدگی به عنوان صلاحیت اضافی نماید و پس از ختم رسیدگی، حکم به محکومیت متهم یا متهمان در راستای تفهیم اتهام بزه اخیر - زنای فاقد شرایط احصان و یا رابطه نامشروع مادون زنا- نماید^۳ و در صورتی که قرار منع تعقیب از سوی دیوان - راجع به موضوع زنا- واجد شرایط احصان- نقض شود، با وجود حکم اخیر محکومیت صادره راجع به همین متهمان که به عنوان صلاحیت اضافی از سوی دادگاه کیفری یک صادر گردیده است، چگونه عمل نماییم؟ و اگر حکم اخیر به مرحله قطعیت رسیده و اجرا گردیده باشد،

۱. رأی وحدت رویه شماره ۷۶۸/۹۷/۱/۲۱.

۲. در پرونده کلاسه ۹۸۰۳۰۹/۱۶، فردی شکایتی علیه همسرش و مردی دیگر، مبنی بر زناي واجد شرایط احصان مطرح نمود که دادگاه پس از انجام تحقیقات مقدماتی و ختم مرحله تحقیقات مقدماتی طی قرار شماره ۹۸/۱۱/۸-۸۸۰۰۳۲۳ بدو^۱ راجع به رابطه نامشروع و مادون زنا به استناد ماده ۳۸۳ قرار رسیدگی صادر نمود و در رابطه با موضوع زناي واجد شرایط احصان (شکایت اولیه شاکی) به لحاظ انکار مؤکد و مستمر متهمان و فقدان دلایل شرعی و قانونی و به استناد ماده ۳۸۳ صدرالذکر، قرار منع تعقیب صادر نمود و سپس دادگاه در مرحله رسیدگی طی دادنامه شماره ۹۸/۱۱/۸-۸۸۰۰۳۲۳ با توجه به محتویات پرونده از جمله اظهارات شاکی خصوصی و ارائه پرینت مکاتبات و عکس‌هایی راجع به متهمان فوق‌الذکر، اقرار و اعتراف صریح متهمان مذکور در مرحله تحقیقات مقدماتی و رسیدگی و... در راستای ماده ۶۳۷ قانون ا.م. بخش تعزیرات، حکم به محکومیت هر یک از متهمان مذکور به تحمل ۹۹ ضربه شلاق تعزیری و ایضاً در مورد متهم ردیف دوم «آقای...» به منظور تکمیل مجازات در راستای ماده ۲۳ قانون ا.م. ۱۳۹۲، حکم به اقامت اجباری به مدت دو سال در منطقه سراوان نمود. رأی صادره حضوری و از تاریخ ابلاغ ظرف مهلت بیست روز قابل فرجام‌خواهی در دیوان عالی کشور بود.

۳. صرف‌نظر از اینکه مرجع تجدیدنظر حکم اخیر دادگاه تجدیدنظر مرکز استان باشد.

در صورتی که با نقض قرار منع تعقیب از سوی دیوان عالی کشور مواجه شویم، دچار چه مشکلاتی می‌گردیم؟ و اگر بر فرض در نظر داشته باشیم که پس از صدور قرار منع تعقیب صبر شود تا وضعیت قرار مذکور از نظر قطعیت مشخص گردد، با توجه به ابهام در مدت تصمیم‌گیری از سوی دیوان راجع به امر مذکور، وضعیت موضوعی که راجع به آن قرار رسیدگی صادر گردیده و پرونده مطروحه در این خصوص چه می‌شود؟ آیا این امر سبب اطاله دادرسی و افزایش آمار موجودی و متعاقباً تضعیف حقوق مردم نمی‌گردد؟ به نظر می‌رسد در قضیه مطروحه، رویه اول موجه و منطقی باشد؛ البته در آرای محاکم از هر دو روش استفاده می‌شود.

لازم به ذکر است زمانی که جرمی با کیفرخواست تحت عنوان صلاحیت اضافی در دادگاه کیفری یک مطرح می‌گردد، این مشکل حادث نمی‌شود؛ زیرا در معیت چنین جرمی (صلاحیت اضافی) جرم دیگری وجود دارد که به عنوان صلاحیت اصلی دادگاه کیفری یک می‌باشد، وگرنه چنین کیفرخواستی (صرف صلاحیت اضافی) قابل ارجاع به دادگاه کیفری یک نمی‌باشد که شرح آن در قسمت بعدی بیان می‌گردد.

مبحث ۲. ایرادات صلاحیت اضافی در مرحله رسیدگی

مرحله رسیدگی در دادگاه کیفری یک در سه حالت متصور است:

- الف) بعد از تنظیم کیفرخواست از سوی دادستان در رابطه با جرائم مندرج در ماده ۳۰۲ قانون آ.د.ک. و قانون مبارزه با تأمین مالی تروریسم مصوب ۱۳/۲/۱۳۹۴؛
- ب) پس از صدور قرار جلب به دادرسی صادره از سوی دادگاه کیفری یک؛
- ج) پس از صدور قرار رسیدگی از سوی دادگاه در رابطه با جرائمی که مستقیم در دادگاه کیفری یک مطرح می‌گردند.

در باره قسمت سوم، در بحث‌های قبلی توضیحات لازم داده شد و از تکرار آن خودداری می‌شود. نظر به اینکه صلاحیت اضافی در مراحل «کیفرخواست و جلب دادرسی» در راستای صلاحیت اصلی مطرح می‌گردد، طبیعی است که در رابطه با موضوع صلاحیت‌های اضافی در بدو امر و راجع به موضوع ارجاع به دادگاه کیفری یک، چالشی متصور نیست؛ زیرا بر اساس تبصره ۱ ماده ۳۱۴ قانون آ.د.ک.، دادگاه کیفری

یک جهت رسیدگی به صلاحیت اضافی ملزم به رسیدگی است. ولی از نظر روند رسیدگی از جمله حدود اختیارات وکیل تسخیری در چنین حالتی و تهیه گردش کار و نحوه رسیدگی به جرائم معاون، قابل بررسی و امعان نظر می‌باشد.

۱-۲. لزوم انتخاب وکیل تسخیری و حدود اختیار وی

قانون‌گذار در ماده ۳۸۴ قانون آ.د.ک. مدیر دفتر دادگاه کیفری یک را ملزم نموده که چنانچه متهم فاقد وکیل در پرونده باشد، به وی اعلام نماید تا نسبت به تعیین وکیل در ظرف مهلت ۱۰ روز پس از ابلاغ اخطاریه اقدام نماید. حال چنانچه متهم به این امر اقدام نکند، دادگاه مکلف است که نسبت به تعیین وکیل تسخیری برای وی اقدام نماید.

در چنین مواقعی با توجه به رویه غالب محاکم، کانون در راستای درخواست دادگاه، اقدام به تعرفه وکیل تسخیری برای متهم می‌نماید. حال مسئله این است که مسئولیت وکیل مورد نظر به چه نحو می‌باشد؟

در این مورد دو فرض متصور است: ۱. معرفی نامه کانون برای وکیل تحت عنوان وکیل تسخیری متهم در پرونده، نمایانگر این است که مشارالیه همانند وکیل تعیینی بوده و اختیارات کامل قانونی جهت دفاع از متهم و کلیه اتهامات نام‌برده در پرونده اعم از اتهامات مشمول مجازات مندرج در ماده ۳۰۲ قانون آ.د.ک. و قانون مبارزه مالی تروریسم به عنوان صلاحیت اصلی و همچنین اتهاماتی که تحت عنوان صلاحیت اضافی نسبی در دادگاه کیفری یک مطرح می‌گردند، را دارا می‌باشد.

در مقابل نظر فوق، فرض دیگر این است که تعیین وکیل تسخیری با توجه به صراحت قانون در ماده ۳۸۴ قانون آ.د.ک. در مورد جرائم بندهای الف، ب، پ و ت ماده ۳۰۲ این قانون می‌باشد و اختیار وی در دفاع از موکل خویش، محدود به جرائمی است که مشمول مجازات در بندهای صدرالذکر می‌گردند.

لازم به ذکر است که مطابق این نظریه، مجازات متهمی که مرتکب بزه تأمین مالی تروریسم گردد و محارب یا مفسد فی الارض شناخته شود، طبیعتاً با توجه به مجازات مقرر قانونی راجع به افراد مذکور که مشمول بند الف ماده ۳۰۲ قانون آ.د.ک.

می‌گردند، وکیل تسخیری نام‌برده حق دفاع و مداخله راجع به چنین اتهاماتی را دارد و در غیر این صورت، چون مجازات وی درجه پنج تعزیری است و مشمول بندهای مورد نظر در ماده ۳۸۴ قانون آ.د.ک. نمی‌گردد، همانند سایر جرائم نام‌برده که مشمول بندهای مذکور نیستند و تحت عنوان صلاحیت اضافی در دادگاه کیفری یک بررسی می‌گردند، حق دفاع و مداخله ندارد.

با توجه به نگارش ماده ۳۸۴ قانون آ.د.ک. به نظر می‌رسد که قصد قانون‌گذار در خصوص این جرائم و قید «پس از صدور قرار رسیدگی» در ماده ۳۸۴ فوق‌الذکر بر این است که موضوع قرار رسیدگی مطروحه باید شامل جرائمی باشد که مجازات آن‌ها در حد سلب حیات است؛ در غیر این صورت، قانون‌گذار باید در نگارش قانون به طور صریح ذکر می‌نمود: «در مورد کلیه جرائمی که در دادگاه کیفری یک مطرح می‌گردد، در صورت عدم تعرفه وکیل از سوی متهم، دادگاه ملزم به تعیین وکیل تسخیری می‌باشد»، در حالی که به چنین امری اشاره نکرده است.

حال با پذیرش نظریه اخیر^۱ مسئله‌ای که در این خصوص مطرح می‌گردد و موجب اتخاذ روش‌های متفاوت می‌شود آن است که اگر موضوعی بر اساس کیفرخواست و یا قرار رسیدگی صادره در راستای جرائم اخیرالذکر در دادگاه کیفری یک، به عنوان صلاحیت اصلی مطرح گردد و در نهایت دادگاه پس از رسیدگی و متعاقباً ختم رسیدگی به این نتیجه برسد که بزه ارتكابی از سوی متهم، همان‌عنوانی نمی‌باشد که در کیفرخواست و یا قرار رسیدگی قید گردیده، بلکه بزه دیگری است که مشمول مجازات مندرج در ماده ۳۰۲ قانون آ.د.ک. نیست و خفیف‌تر از آن است و دادگاه با توجه به ماده ۳۸۰ و تبصره ۲ ماده ۳۱۴ قانون آ.د.ک. اقدام به رسیدگی و صدور حکم نماید، در چنین وضعیتی، وکیل تسخیری علی‌رغم اینکه در مرحله رسیدگی و تفهیم اتهام، اقدام به دفاع از موکل خویش نموده است، آیا حق و وظیفه اعتراض به چنین حکمی را دارد؟

۱. اینکه وکیل تسخیری صرفاً در جرائمی که در راستای ماده ۳۰۲ قانون آ.د.ک. و شق اول ماده ۲ قانون مبارزه مالی با تروریسم، «مجازات محاربه و افساد فی الارض» را در دادگاه کیفری یک دارند، حق و تکلیف جهت دفاع از موکل خویش را دارد.

برای مثال اگر در کیفرخواست، اتهام مطروحه سرقت حدی قید گردد، ولی دادگاه پس از رسیدگی به این نتیجه برسد که بزه ارتكابی سرقت حدی نبوده، بلکه سرقت تعزیری می‌باشد و یا در قرار رسیدگی اتهام متهم، تجاوز به عنف قید گردیده، ولی دادگاه در مرحله رسیدگی، عمل مورد نظر را رابطه نامشروع مادون زناى اكراهى تشخیص دهد، آیا وکیل تسخیری در مرحله آخرین دفاع راجع به اتهام سرقت تعزیری و یا رابطه نامشروع مادون زناى اكراهى به متهم، حق دفاع از موكلش راجع به اتهامات اخیرالذکر و متعاقباً حق اعتراض به حکم محکومیت متهم راجع به موضوع سرقت تعزیری یا رابطه نامشروع اكراهى را دارا می‌باشد؟

بدیهی است که در شقّ اول، دادگاه راجع به موضوع سرقت حدی با توجه به موضوع کیفرخواست، و در شقّ دوم هم راجع به تجاوز به عنف با توجه به موضوع قرار رسیدگی، حکم به برائت صادر می‌نماید^۱ و با توجه به برائت‌های مورد نظر، مرجع تجدیدنظر و اعتراض حکم‌های مذکور، دیوان عالی کشور می‌باشد. از طرفی چنانچه

۱. دادگاه نظر به موضوع کیفرخواست که مورد ادعای دادستان به عنوان مدعی‌العموم و... می‌باشد و موجب طرح موضوع در دادگاه کیفری یک گردیده است، ملزم است چنانچه بزه مورد ادعا را امر دیگری تشخیص داد، ضمن صدور حکم محکومیت راجع به موضوعی که خود تشخیص داده، راجع به موضوع مندرج در کیفرخواست حکم برائت صادر نماید و مجاز نیست بدون اظهار نظر راجع به موضوع کیفرخواست، صرفاً راجع به موضوعی که خود تشخیص داده، حکم محکومیت صادر نماید؛ همانند اینکه کیفرخواست پیرامون قتل عمدی باشد و دادگاه قتل غیر عمدی تشخیص دهد، دادگاه نمی‌تواند بدون اظهار نظر و صدور حکم برائت راجع به قتل عمدی صرفاً حکم به محکومیت راجع به قتل غیر عمدی نماید و این امر از یک طرف وضعیت اعتراض شاکی و دادستان را راجع به موضوع کیفرخواست که در ارتباط به آن رأی صادر نگردیده است، مبهم می‌نماید و از طرف دیگر، دیوان را در مرحله فرجام‌خواهی راجع به موضوعی که نقیماً و اثباتاً اظهار نظر ننموده است (قتل عمدی) با بلا تکلیفی مواجه می‌نماید. برای نمونه، در دادنامه شماره ۱۳۹۷/۱۰/۱-۸۸۰۰۲۵۳ صادره از سوی شعبه ۶ دادگاه کیفری یک که در رابطه با موضوع کیفرخواست قتل عمدی صادر گردید، دادگاه در حین رسیدگی، قتل را عمدی تشخیص نداد و بلکه غیر عمدی دانست، از این رو، بدو با اعتقاد به غیر عمدی بودن عمل متهم در راستای اصل برائت و ماده ۴ قانون آ.د.ک. ۱۳۹۲ ضمن حکم به برائت متهم بابت اتهام قتل عمدی، در راستای مواد ۲۶۵، ۲۹۱، ۵۴۹، ۵۵۵ و ماده ۶۱۶ قانون م.ا. ۱۳۷۵ بخش تعزیرات، حکم به محکومیت متهم مورد نظر به تحمل ۳ سال حبس تعزیری با احتساب ایام بازداشت قبلی بابت جنبه عمومی قتل غیر عمدی و پرداخت دیه کامل مرد مسلمان در حق اولیای دم قانونی مقتول نمود و دادنامه مذکور در شعبه ۲۹ دیوان عالی کشور بررسی و طی دادنامه شماره ۱۳۹۸/۲/۲۹-۹۸۰۹۹۷۰۹۰۹۳۰۰۳۶ ابرام گردید که در واقع مؤید نظر نگارنده مسئول در این خصوص می‌باشد.

شاکی به حکم برائت‌های صادره اعتراض نماید، طبیعی است با توجه به موضوعاتی که مورد حکم برائت واقع گردیده‌اند، وکیل تسخیری حق دارد که در راستای اعتراض شاکی، از موکل خویش در صورت لزوم و یا با ارائه لوایح دفاع نماید.

اما مشکل عمده راجع به قسمت دوم، حکم مبنی بر محکومیت موکلش می‌باشد که اگر بخواهیم نظر گروه دوم را که اختیارات وکیل تسخیری را محدود به صلاحیت اصلی می‌دانند، بپذیریم، بالتبع در چنین حالتی و در مرحله آخرین دفاع و متعاقباً اعتراض به حکم محکومیت، نباید به وکیل تسخیری اجازه مداخله بدهیم. ولی عملاً رویه جاری در محاکم آن است از آنجایی که در زمان تعرفه کانون و با توجه به موضوع کیفرخواست و یا قرار رسیدگی، وکیل دارای چنین حقی بوده است، با تغییر موضوع اتهام از سوی دادگاه، تزلزلی در حدود اختیارات و وظایف وکیل تسخیری ایجاد نمی‌گردد و همچنان حق دفاع از موکل خویش راجع به جرائم خفیف‌تر و متعاقباً اعتراض به حکم محکومیت در این خصوص را دارا می‌باشد و به نظر می‌رسد که چنین روشی معقول و منطقی است.

۲-۲. چالش در تهیه گردش کار راجع به موضوع صلاحیت اضافی

یکی از وظایف اصلی دادگاه کیفری یک قبل از ورود به مرحله رسیدگی، تهیه گزارشی جامع از پرونده می‌باشد که در ماده ۳۸۹ قانون آ.د.ک. به طور صریح بدان اشاره گردیده است. مسئله‌ای که در اینجا قابلیت طرح دارد آن است که آیا گردش کار شامل کلیه اتهامات متهم است اعم از موضوعاتی که مشمول صلاحیت اصلی و اضافی نسبی مطروحه در پرونده می‌گردند، یا صرفاً راجع به موضوعی می‌باشد که واجد صلاحیت اصلی هست و نیازی به تهیه گردش کار راجع به موضوع واجد صلاحیت اضافی نیست؟

در این مورد، دو روش حاکم است: ۱. تعدادی از محاکم با توجه به نحوه نگارش قانون در ماده ۳۸۹ قانون آ.د.ک.، تهیه گزارش از پرونده - گردش کار - را برای کلیه اتهامات متهم ضروری می‌دانند و این امر را جزء وظایف اصلی دادگاه کیفری یک قبل از ورود در ماهیت امر می‌دانند. در مقابل این روش، محاکمی نیز هستند که گردش کار

را صرفاً راجع به جرائمی می‌دانند که مشمول مجازات مندرج در ماده ۳۰۲ قانون آ.د.ک. شوند و راجع به جرائم دیگری که به عنوان صلاحیت اضافی توأم با صلاحیت اصلی در دادگاه کیفری یک مطرح می‌گردند و همچنین نسبت به حالتی که صرفاً صلاحیت اضافی نسبی در دادگاه کیفری یک در حال بررسی است، لازم نمی‌دانند. به نظر می‌رسد در جایی که صلاحیت اضافی توأم با صلاحیت اصلی جهت رسیدگی در دادگاه کیفری یک مطرح می‌گردد، با حالتی که صرف صلاحیت اضافی نسبی به تنهایی در دادگاه کیفری یک مطرح می‌گردد، باید قائل به تفکیک شد؛ زیرا با توجه به نوع نگارش قانون از سوی قانون‌گذار در ماده ۳۸۹ قانون آ.د.ک. و اینکه گردش کار، نمایانگر جریان پرونده و روند تحقیقات راجع به اتهامات متهم می‌باشد و در تشخیص امر به دادگاه و کسانی که به هر دلیلی با پرونده مطروحه سروکار دارند، کمک شایانی می‌کند، تمییز جرائم اصلی و اضافی منطقی به نظر نمی‌رسد؛ ولی در مواردی که پرونده در دادگاه کیفری یک در مرحله رسیدگی صرفاً تحت عنوان صلاحیت اضافی می‌باشد، می‌توان جرائم اصلی را از اضافی تمییز داد. طبیعتاً به منظور جلوگیری از اطلاع دادرسی بی‌مورد و نظر به اینکه نفس چنین جرائمی که اصولاً در دادگاه کیفری دو مطرح می‌گردند، بدون تنظیم گردش کار در دادگاه کیفری دو رسیدگی می‌گردد، در این حالت هم نیاز به گردش کار نیست و بدون تهیه گردش کار و سایر تشریفات مربوط به دادگاه کیفری یک، قابل رسیدگی در دادگاه کیفری یک می‌باشد.

۲-۳. مسائل راجع به جرائم معاون جرم در مرحله رسیدگی

قانون‌گذار در ماده ۱۲۶ قانون م.ا.، بدون تعریف از واژه معاونت در جرم، فقط به مصادیق بزه مذکور و متعاقباً در ماده ۱۲۷ قانون مذکور راجع به مجازات معاون جرم با توجه به نوع بزه ارتكابی از سوی مباشر پرداخته است که بر اساس ماده اخیر، نوع مجازات معاون، تابع نوع بزه ارتكابی از سوی مباشری می‌باشد که معاون در بزه انجام شده، اقدام به معاونت نموده است. با توجه به ماده ۳۱۱ قانون آ.د.ک.، معاون جرم در دادگاهی محاکمه می‌شود که صلاحیت رسیدگی به اتهام متهم اصلی را دارد؛ مگر اینکه در قوانین خاص، ترتیب دیگری مقرر شده باشد.

در قوانین کیفری گاهی بزه معاونت به عنوان بزه‌ی مستقل در نظر گرفته شده است. طبیعی است که در چنین مواردی، معاون تابع بزه مباشر نمی‌باشد؛ بلکه بزه‌های مذکور گرچه در غالب معاونت تعریف شده، ولی مرتکب آن مباشر مستقل قلمداد می‌گردد که با توجه به مجازات مقرر در مواد اخیر، علی‌الاصول بعد از صدور کیفرخواست، در دادگاه کیفری دو و گاهی انقلاب مطرح می‌گردد و نمی‌تواند مشمول بحث ما مبنی بر صلاحیت اضافی بزه معاون در راستای بزه مباشر با توجه به ماده ۳۱۱ قانون آ.د.ک. گردد.

در مواردی نیز گرچه بزه معاون در راستای بزه مباشر و ظاهراً به عنوان صلاحیت اضافی در دادگاه کیفری یک مطرح می‌گردد، ولی چنانچه بزه ارتكابی مباشر به گونه‌ای باشد که مشمول مجازات سلب حیات باشد، به تبع مجازات معاون چنین جرمی در راستای بند الف ماده ۱۲۷ قانون م.ا. حبس تعزیری درجه دو یا سه است که نظر به بند ت ماده ۳۰۲ قانون آ.د.ک. فی‌نفسه در صلاحیت دادگاه کیفری یک است و تغییر در وضعیت مباشر، تأثیری در صلاحیت راجع به بزه معاون چنین جرمی ندارد.

مسئله دیگر در این زمینه، موردی است که پرونده راجع به مباشر و معاون در دادگاه کیفری یک جهت رسیدگی مطرح و در حال بررسی باشد و بزه ارتكابی مباشر به گونه‌ای باشد که مشمول مجازات بند الف و ب ماده ۳۰۲ قانون آ.د.ک. نگردد که در این صورت، تبعاً مجازات معاون بزه مورد نظر هم مشمول بند الف ماده ۱۲۷ قانون م.ا. ۱۳۹۲ نمی‌گردد. حال در چنین وضعیتی، اگر بزه راجع به مباشر به عللی - مثل فوت مباشر - منجر به صدور قرار موقوفی از سوی دادگاه گردد، تأثیری در وضعیت پرونده معاون که در راستای صلاحیت اضافی در دادگاه کیفری یک مطرح گردیده، ایجاد نمی‌نماید؛ زیرا در زمان رسیدگی دادگاه کیفری یک به تبع بزه مباشر دارای صلاحیت راجع به بزه معاون به عنوان صلاحیت اضافی بوده است و با از بین رفتن موضوع صلاحیت اصلی، موجبات رسیدگی راجع به موضوع صلاحیت اضافی زائل نمی‌گردد و دادگاه کیفری یک در چنین حالتی، ملزم به ادامه رسیدگی به بزه معاون به عنوان صلاحیت اضافی می‌باشد و مواد ۲۳۴ و ۴۰۳ قانون آ.د.ک. دقیقاً مؤید این امر می‌باشند.

با این حال در این مورد، مشکل در حالتی ایجاد می‌گردد که پرونده در مرحله تحقیقات مقدماتی باشد و به بزه مباشر به عللی همچون فوت وی نتوان رسیدگی نمود و از طرف دیگر مجازات معاون با توجه به بزه ارتكابی مباشر، مشمول مجازات بند الف ماده ۱۲۷ قانون م.ا. نگردد و مشمول بند ب یا پ ماده مذکور باشد و تحت عنوان صلاحیت اضافی به همراه بزه مباشر، قابل طرح در دادگاه کیفری یک باشد؛ همانند معاونت در سرقت حدی که طبیعتاً مجازات معاون در حالت فوق، حبس تعزیری درجه پنج و به عنوان صلاحیت اضافی قابل طرح در دادگاه کیفری یک به همراه بزه مباشر می‌باشد.

با این حال، با بسته شدن پرونده راجع به مباشر در دادسرا و عدم صدور کیفرخواست راجع به بزه مباشر و صرف صدور کیفرخواست راجع به اتهام معاون به شرحی که در فوق توضیح داده شد، آیا قابل طرح در دادگاه کیفری یک می‌باشد یا نه^۱؟ در چنین مواردی که صرفاً پرونده با صدور کیفرخواست راجع به معاون در دادگاه مطرح می‌گردد، دو فرض قابل تصور است:

۱- با توجه به تبعیت بزه معاون از مباشر و نظر به اینکه رسیدگی به بزه معاون و متعاقباً اتخاذ تصمیم راجع به بزه وی، نیاز به بررسی بزه مباشر نیز دارد و علی‌رغم مختومه شدن پرونده راجع به مباشر در دادسرا، لازم است دادگاه به منظور نقش معاون در بزه ارتكابی مباشر و وجود سایر شرایط از جمله وحدت قصد و تقدم و تقارن زمانی بین رفتار معاون و مباشر در بزه ارتكابی از سوی مباشر، راجع به اتهام مباشر و ارتكاب یا عدم ارتكاب آن عمل، صرف‌نظر از اظهارنظر در این زمینه پردازد و طبیعی است این ارتباط تنگاتنگ بین فعل مباشر و معاون که لازم و ملزوم همدیگرند و نظر به اینکه بزه

۱. صرف‌نظر از دیدگاه‌های مختلف راجع به بزه معاون - عده‌ای از حقوق‌دانان آن را مستقل و عده‌ای دیگر آن را عاریه‌ای می‌دانند- با توجه به قوانین جزایی ایران به این نتیجه می‌رسیم که بزه معاونت در ایران بیشتر از تئوری عاریه‌ای تبعیت می‌کند و حتی مجازات راجع به معاون در ماده ۱۲۷ قانون م.ا. و ارتباط آن با بزه ارتكابی از سوی مباشر و همچنین مرجع صلاحیت رسیدگی به بزه معاون مندرج در ماده ۳۱۱ قانون آ.د.ک. به طور تلویحی بیانگر این امر است؛ صرف‌نظر از مواردی که معاونت در ارتكاب جرم با توجه به تصریح قانون‌گذار در قانون م.ا. مصوب سال ۱۳۷۵ بخش تعزیرات به عنوان بزه مستقل قلمداد گردیده که در بحث‌های قبلی به آن اشاره شد.

مباشر در صلاحیت دادگاه کیفری یک است و دادگاه کیفری دو، مُجاز به ورود راجع به فعل مباشر نمی‌باشد و از طرفی چه بسا با بررسی موضوع، معاون به مباشر تبدیل گردد و خود مستقلاً یا مشترکاً مرتکب بزه‌های مطروحه شده باشد که صرفاً در صلاحیت دادگاه کیفری یک می‌باشد، به نظر می‌رسد که پرونده جهت رسیدگی به بزه معاون در چنین حالتی با توجه به مطالب مطروحه باید در دادگاه کیفری یک مطرح گردد.

۲- در مقابل، فرض دیگری که قابل تصور است اینکه از آنجا که به بزه معاون در دادگاه واحد (دادگاهی که به بزه مباشر رسیدگی می‌نماید) به عنوان صلاحیت اضافی رسیدگی می‌گردد و در قضیه مطروحه، مباشری وجود ندارد و کیفرخواست صرفاً راجع به معاون جرم می‌باشد و از طرف دیگر، مجازات معاون با توجه به موضوع کیفرخواست، مشمول مجازات بند الف ماده ۱۲۷ قانون م.ا. نمی‌باشد که به طور مستقل در دادگاه کیفری یک مطرح شود، بلکه مشمول بندهای دیگر ماده مذکور می‌گردد که علی‌الاصول در صلاحیت دادگاه کیفری دو است،^۱ در نتیجه پرونده مطروحه باید در دادگاه کیفری دو طرح گردد و طرح این موضوع که در چنین حالتی رسیدگی به اتهام معاون، نیاز به بررسی پرونده مباشر جرم دارد و رسیدگی به موضوع مباشر در صلاحیت دادگاه کیفری یک می‌باشد، به طریق اولی نمی‌تواند نافی صلاحیت دادگاه کیفری دو گردد؛ زیرا همان طور که دادگاه کیفری یک با مختومه شدن پرونده مباشر در دادسرا - به استناد قرار موقوفی تعقیب - نسبت به رسیدگی بزه نام‌برده جهت انطباق و بررسی عمل معاون اقدام نمی‌نماید، بلکه به مطالعه و بررسی آن بدون اظهار نظر ماهوی اقدام می‌کند، طبیعتاً همین کار را دادگاه کیفری دو می‌تواند در قالب ملاحظه و مطالعه پرونده استنادی مباشر انجام دهد. همان گونه که در عمل، بسیاری از دادگاه‌های حقوقی جهت اتخاذ تصمیم نسبت به مطالعه کیفری و برعکس اقدام می‌نمایند.

۱. همچنین در راستای ماده ۳۰۱ قانون آ.د.ک. که اصل بر صلاحیت دادگاه کیفری دو می‌باشد و رسیدگی در صلاحیت دادگاه کیفری یک و مراجع دیگر نیاز به تصریح دارد و رسیدگی به صلاحیت اضافی در دادگاه کیفری یک به طور استثنایی صورت می‌گیرد و نمی‌توان دایره شمول آن را بدون دلیل توسعه داد.

اگرچه به نظر می‌رسد این نظریه با منطق حقوقی سازگارتر باشد، ولی به نظر می‌رسد از آنجایی که بزه معاونت در نظام حقوقی ایران عاریه‌ای است و بزه معاون ناشی از بزه مباشر می‌باشد و بزه مباشر در مسائل مطروحه در صلاحیت دادگاه کیفری یک است و با توجه به تعدد قاضی در دادگاه کیفری یک که درصد خطا کمتر می‌باشد و متعاقباً مرجع فرجام‌خواهی آن که دیوان عالی کشور است و از طرف دیگر، رعایت اصل احتیاط و عدالت و انصاف حکم می‌کند که پرونده در دادگاه کیفری یک مطرح گردد.

مبحث ۳. مسائل مربوط به صلاحیت اضافی در مرحله اعتراض

در مورد اعتراض راجع به صلاحیت اضافی باید گفت که در دو مرحله قابل تصور است:

- ۱- اعتراض به قرار منع یا موقوفی تعقیب صادره از سوی دادسرا،
- ۲- اعتراض به آراء صادره از سوی دادگاه (فرجام‌خواهی).

۱-۳. اعتراض به قرارهای صادره از سوی دادسرا

با توجه به ماده ۲۷۰ قانون آ.د.ک.، قرارهای صادره از سوی بازپرس از جمله قرار منع و موقوفی تعقیب، قابل اعتراض می‌باشد^۱ و مرجع رسیدگی به اعتراض مطروحه براساس ماده ۲۷۱ قانون مذکور، دادگاهی است که صلاحیت رسیدگی به آن اتهام را دارد.^۲ در صورتی که شاکی، شکایتی علیه فردی طرح نماید که موضوع اتهامات متهم متعدد باشد و در دادسرا راجع به هر دو موضوع، قرار منع تعقیب صادر گردد، با توجه به موضوع یکی از اتهامات به عنوان صلاحیت اصلی - مثلاً سرقت حدی-، به تبع آن موضوع دیگر - مثلاً توهین- به عنوان صلاحیت اضافی جهت رسیدگی به اعتراض در دادگاه کیفری یک مطرح گردد. دادگاه کیفری یک پس از بررسی اعتراض مطروحه

۱. در راستای ماده ۲۷۰ قانون آ.د.ک. ۱۳۹۲، قرارهای بازپرس در موارد زیر قابل اعتراض است: الف- قرار منع و موقوفی تعقیب و اناطه به تقاضای شاکی، ب- قرار بازداشت موقت، ابقا و تشدید تأمین به تقاضای متهم، پ- قرار تأمین خواسته به تقاضای متهم.

۲. به طور استثنای در صورت فقدان دادگاه کیفری یک و انقلاب در محل، قرارهای قابل اعتراض در صلاحیت این دادگاه‌ها، در دادگاه کیفری دو همان محل قابل بررسی می‌باشد.

ممکن است یکی از تصمیمات ذیل را بگیرد:

الف) پس از مطالعه و بررسی پرونده به این نتیجه برسد که تصمیم دادسرا راجع به هر دو موضوع درست بوده و اقدام به تأیید آن بنماید و یا اینکه برعکس، تصمیم دادسرا درست نبوده و اقدام به نقض و متعاقباً دستور جلب به دادرسی راجع به هر دو موضوع صادر نماید که در عمل، جهت رسیدگی‌های بدوی بعدی با مشکل مواجه نمی‌گردیم.

ب) فرض دیگر این است که دادگاه پس از رسیدگی به اعتراض به این نتیجه برسد که قرار منع تعقیب راجع به موضوع توهین - به عنوان صلاحیت اضافی - به شکل صحیح و قانونی صادر گردید و اقدام به تأیید آن بنماید، ولی راجع به موضوع سرقت حدی قرار صادره را نقض و جلب به دادرسی صادر کند که در چنین حالتی با توجه به اینکه موضوع سرقت حدی در صلاحیت دادگاه کیفری یک است، پس از جلب به دادرسی و جهت رسیدگی در دادگاه کیفری یک به مشکلی بر نمی‌خوریم.

ج) دادگاه ضمن رسیدگی به اعتراض به این نتیجه برسد که قرار منع تعقیب صادره راجع به سرقت حدی، به درستی از سوی دادسرا صادر گردیده و اقدام به تأیید آن بنماید، ولی راجع به موضوع توهین که به عنوان صلاحیت اضافی در نزد وی مطرح می‌باشد، نظر به نقض قرار و صدور جلب به دادرسی داشته باشد. در اینجا دو مسئله به عنوان چالش و مشکل مطرح می‌گردد: اول اینکه آیا در چنین حالتی، دادگاه کیفری یک قادر به نقض قرار راجع به موضوع توهین و صدور جلب به دادرسی صرفاً در این خصوص می‌باشد یا نه؟ و با فرض مجاز بودن، موضوع مطروحه در مرحله بعد رسیدگی باید در کدام دادگاه مطرح گردد؟ در این خصوص دو فرض متصور می‌باشد:

فرض اول این است که چون موضوع صلاحیت اضافی با توجه به وجود صلاحیت اصلی، قابل طرح در دادگاه کیفری یک می‌باشد، در زمانی که دادگاه در موقع اعتراض، اعتقادی به صحت قرار منع تعقیب راجع به موضوع صلاحیت اصلی داشته باشد^۱ به تبع مجاز نیست راجع به موضوع صلاحیت اضافی اظهار نظر نماید؛ بلکه در

۱. چون در عمل از این به بعد، حق رسیدگی به این موضوع و پرونده مطروحه را پس از اظهار نظر ندارد.

این وضعیت باید موضوع رسیدگی به اعتراض صلاحیت اضافی در دادگاه کیفری دو مطرح گردد.

فرض دیگری که قابل تصور می‌باشد اینکه از آنجایی که در زمان اعتراض با وجود صلاحیت اصلی، موضوع صلاحیت اضافی مطرح گردیده است و دادگاه کیفری یک صالح جهت رسیدگی به اعتراض راجع به هر دو موضوع بوده، صرف اعتقاد و نظر دادگاه کیفری یک مبنی بر تأیید قرار منع تعقیب راجع به موضوع صلاحیت اصلی -سرقت حدی- نافی رسیدگی به اعتراض راجع به موضوع صلاحیت اضافی -توهین- که در حال بررسی در مرحله اعتراض می‌باشد، نیست.^۱

به نظر، فرض اخیر منطقی به نظر می‌رسد. سطر آخر ماده ۲۷۳ قانون آ.د.ک. بیانگر این امر است که صرف تأیید قرار منع تعقیب از سوی دادگاه کیفری یک، موجب مختومه گردیدن موضوع پرونده و قطعی گردیدن امر نمی‌گردد و چه بسا با اعتراض مجدد شاکی، تصمیم دادگاه کیفری یک در مرجع اعتراض نقض گردد و مجدداً پرونده راجع به همان موضوع به جریان بیفتد. در نتیجه با توجه به عدم قطعیت تصمیم دادگاه کیفری یک راجع به موضوع صلاحیت اصلی و مفتوح بودن پرونده، به ناچار دادگاه کیفری یک ملزم به اظهارنظر در مرحله اعتراض به قرار منع تعقیب راجع به موضوع صلاحیت اضافی می‌باشد.

در مورد مرجع رسیدگی آن بعد از صدور جلب به دادرسی باید اذعان داشت اگر اعتقاد به فرض اول داشته باشیم که در چنین حالتی دادگاه کیفری یک صالح به رسیدگی و اظهارنظر به اعتراض راجع به موضوع صلاحیت اضافی نمی‌باشد و در صلاحیت دادگاه کیفری دو می‌دانند، طبیعتاً پس از صدور جلب به دادرسی، آن را صرفاً در صلاحیت دادگاه کیفری دو می‌دانند و مشکلی مطابق این نظریه ایجاد نمی‌گردد. ولی آن دسته از قضات و افرادی که معتقدند کماکان دادگاه کیفری یک ملزم است در چنین وضعیتی راجع به موضوع صلاحیت اضافی در مرحله اعتراض به قرار منع تعقیب، بررسی و اظهارنظر نماید، راجع به مرجع رسیدگی پس از صدور جلب

۱. در واقع با ایجاد صلاحیت در مرحله اعتراض تا اظهارنظر نهایی راجع به هر دو موضوع، صلاحیت برای دادگاه کیفری یک باقی است.

به دادرسی اختلاف نظر دارند. عده‌ای بر این باورند همان گونه که در مرحله صدور جلب به دادرسی، دادگاه کیفری یک دارای صلاحیت برای این امر بوده است، همچنان پس از تکمیل اقدامات از سوی دادسرا، دادگاه مذکور صرفاً صالح به رسیدگی راجع به موضوع جلب به دادرسی می‌باشد و شایسته نیست دادگاه دیگری - کیفری دو - به جلب دادرسی که از سوی دادگاه کیفری یک صادر گردیده و هیچ گونه نقشی در صدور جلب به دادرسی مورد نظر نداشته، رسیدگی نماید. در مقابل، عده‌ای دیگر معتقدند هر چند قرار جلب به دادرسی از سوی دادگاه کیفری یک صادر گردیده است، ولی این امر نافی صلاحیت دادگاه کیفری دو جهت رسیدگی به آن، در مرحله بعد از صدور جلب به دادرسی و تکمیل پرونده از سوی دادسرا نمی‌باشد.

به نظر می‌رسد دیدگاه گروه اخیر منطقی باشد؛ زیرا در زمان رسیدگی به اعتراض منع تعقیب با وجود موضوع صلاحیت اصلی در حد دادگاه کیفری یک، طبیعتاً رسیدگی به موضوع صلاحیت اضافی برای این دادگاه متصور بوده است. در واقع دادگاه کیفری یک، زمانی به موضوع صلاحیت اضافی نسبی رسیدگی می‌کند که توأم با صلاحیت اولیه و اصلی این دادگاه باشد. ولی در فرض مذکور، پس از جلب به دادرسی، صرفاً راجع به موضوع صلاحیت اضافی دیگر، موضوع صلاحیت اصلی دادگاه کیفری یک باقی نمی‌ماند که دادگاه به موضوع جلب دادرسی مورد نظر به عنوان صلاحیت اضافی رسیدگی نماید و از طرفی، صرف صدور قرار جلب به دادرسی از سوی شعبه یک دادگاه، همان شعبه دادگاه را ملزم به رسیدگی در مرحله بعد نمی‌کند، بلکه چه بسا در شعبه دیگر دادگاه مطرح گردد و از طرف دیگر جلب به دادرسی صادره از سوی دادگاه را به گونه‌ای شبیه قرار جلب به دادرسی و متعاقباً کیفرخواست از سوی دادسرا تلقی می‌نمایند. از آنجایی که موضوع صرفاً در حد دادگاه کیفری دو می‌باشد و همان طور که کیفرخواست با توجه به موضوع مذکور قابل ارجاع به هر یک از شعب دادگاه کیفری دو بوده است، در چنین حالتی جلب به دادرسی صادره از سوی دادگاه کیفری یک راجع به موضوع صرفاً صلاحیت اضافی، پس از تکمیل اقدام از سوی دادسرا قابل ارجاع به هر یک از شعب دادگاه کیفری دو جهت رسیدگی می‌باشد.

۲-۳. مسائل مبتلابه در مرحله فرجام‌خواهی

اعتراض به آرای صادره از سوی دادگاه کیفری یک، در دو حالت متصور است:

۱- نسبت به آرای که از سوی دادگاه کیفری یک در مقام رسیدگی به اعتراض نسبت به قرار منع تعقیب یا موقوفی تعقیب صادره از سوی دادسرا و در قالب تأیید قرار مذکور صورت می‌گیرد؛

۲- فرجام‌خواهی از سوی اصحاب دعوی یا نماینده قانونی آن‌ها یا دادستان نسبت به آراء صادره از سوی دادگاه کیفری یک که در مرحله رسیدگی صادر می‌گردد.

در مورد بند اول به صراحت ماده ۲۷۳ قانون آ.د.ک.، تصمیم دادگاه در این خصوص قطعی است؛ مگر در مورد قرارهای منع یا موقوفی تعقیب در جرائم موضوع بندهای الف، ب، پ و ت ماده ۳۰۲ این قانون. در نتیجه با توجه به صراحت قانون مذکور، قرارهایی که راجع به صلاحیت اضافی در دادگاه کیفری یک مطرح گردیده و به تأیید این دادگاه رسیده‌اند، قطعی بوده و قابل فرجام‌خواهی نمی‌باشند و با توجه به عدم فرجام‌خواهی خودبه‌خود دچار چالش در این مرحله نمی‌شویم.

در مورد بند دوم، اعتراض به آرای صادره در سه حالت قابل تصور است که در ذیل بیان می‌شوند:

الف) زمانی که موضوعی تحت عنوان صلاحیت اضافی در دادگاه کیفری یک به همراه صلاحیت اصلی مطرح گردد و پس از ختم رسیدگی راجع به هر دو موضوع، حکم واحد اعم از محکومیت و یا برائت صادر گردد. طبیعی است که در چنین حالتی از نظر فرجام‌خواهی، خواه از سوی متهم یا شاکی و یا دادستان صورت گیرد، با توجه به مراتب مطروحه به هر دو موضوع جهت رسیدگی به اعتراض در دیوان عالی کشور رسیدگی می‌گردد.^۱

ب) مشکل زمانی ایجاد می‌گردد که دادگاه کیفری یک راجع به موضوع صلاحیت اصلی -مانند سرقت حدی- حکم به برائت صادر نماید و راجع به موضوع صلاحیت اضافی -توهین- حکم به محکومیت صادر گردد که در این حالت طبیعی

۱. در واقع دیوان هم به تبع صلاحیت اصلی، راجع به صلاحیت اضافی بررسی و اظهار نظر می‌نماید.

است که شاکي یا دادستان در صدد فرجام‌خواهی راجع به حکم برائت باشند و با توجه به موضوع حکم برائت که مشمول جرائم مندرج در ماده ۳۰۲ قانون آ.د.ک. می‌گردد، با توجه به ماده ۴۲۸ همین قانون در دیوان عالی کشور مطرح می‌گردد. حال چنانچه متهم در صدد اعتراض به محکومیت راجع به بزه موضوع صلاحیت اضافی -توهین- باشد، مرجع اعتراض آن، کدام یک از دادگاه‌های تجدیدنظر مرکز استان یا دیوان عالی کشور می‌باشد؟

در این خصوص، دو فرض به ذهن می‌رسد: ۱- نظر به اینکه آرای صادره از سوی دادگاه کیفری یک قابل فرجام‌خواهی است و در راستای مواد ۴۲۷ و ۴۲۸ قانون آ.د.ک. و صراحت ماده ۴۶۲ این قانون، که مرجع فرجام‌خواهی دیوان عالی کشور می‌باشد، در نتیجه آرای صادره از سوی دادگاه کیفری یک راجع به هر موضوع اعم از صلاحیت اصلی و یا اضافی با توجه به مرجع صدور رأی بدوی -دادگاه کیفری یک- لازم است جهت فرجام‌خواهی به دیوان عالی کشور ارسال گردد. در واقع، ملاک این گروه جهت مرجع اعتراض، مرجع رسیدگی بدوی است و به موضوع اتهام مورد اعتراض توجهی ندارند. در مقابل، فرض دیگر این است که جهت تشخیص مرجع اعتراض، لازم است به موضوعی که مورد اعتراض واقع گردیده، توجه نمود، نه به مرجع صادرکننده رأی بدوی. طبق این فرضیه چنانچه رأی صادره از سوی دادگاه کیفری یک راجع به موضوعات و جرائم مندرج در ماده ۳۰۲ قانون آ.د.ک. و قانون مبارزه مالی با تروریسم باشد، با توجه به صلاحیت اصلی دادگاه کیفری یک راجع به این امور در راستای مواد ۴۲۷ و ۴۲۸ قانون آ.د.ک. و رأی وحدت رویه شماره ۷۶۸-۲۱/۱/۹۷، باید جهت فرجام‌خواهی در دیوان عالی کشور مطرح گردد و چون دیوان عالی کشور، عالی‌ترین مقام قضایی کشور است و صرفاً با توجه به صراحت ماده ۴۲۸ قانون آ.د.ک. به موضوعاتی رسیدگی می‌کند که به عنوان صلاحیت اصلی در دادگاه کیفری یک منجر به صدور رأی شده است، در نتیجه به صرف طرح اعتراض راجع به موضوع صلاحیت اضافی، نمی‌توان آن را جهت فرجام‌خواهی در دیوان مطرح کرد؛ زیرا همان گونه که در مورد این موضوع، چنانچه در دادگاه کیفری دو رسیدگی می‌گردید، مرجع تجدیدنظر آن دادگاه تجدیدنظر مرکز استان بود، متعاقباً در صورتی هم که از سوی دادگاه کیفری یک

راجع به چنین موضوعی رأی صادر گردد، تغییری در مرجع تجدیدنظر آن ایجاد نمی‌شود و همچنان مرجع تجدیدنظر آن، دادگاه تجدیدنظر مرکز استان می‌باشد. هرچند بعضی از آراء صادره از سوی دیوان عالی کشور مؤید این فرض می‌باشد، ولی به نظر می‌رسد با توجه به اینکه بیشتر مستشاران دادگاه کیفری یک از دادگاه تجدیدنظر استان می‌باشند و در بعضی از استان‌ها (استان گیلان و ایلام) شعبی از دادگاه تجدیدنظر را جهت رسیدگی به پرونده‌های کیفری یک اختصاص داده‌اند، اختصاص دادگاه تجدیدنظر به عنوان مرجع اعتراض در چنین حالتی موجه نباشد و در نتیجه، فرض نخست مناسب می‌باشد.^۱ البته این نکته بایسته یادآوری است در حالتی که راجع به صلاحیت اصلی از سوی دادگاه کیفری یک، حکم محکومیت صادر گردد و در رابطه با صلاحیت اضافی، حکم براءت صادر گردد و متهم به حکم تسلیم گردد و دادستان و شاکی هیچ گونه اعتراضی در رابطه با جنبه محکومیت حکم صادره نداشته باشند و صرفاً معترض راجع به حکم براءت مطروحه باشند - صلاحیت اضافی - چالش‌های مورد نظر مطرح می‌گردد که با توضیحات صدرالذکر نیازی به توضیح مجدد در این خصوص نمی‌باشد.

نتیجه‌گیری

پس از بررسی و تأمل در مواد آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲ و قانون مبارزه مالی با تروریسم مصوب سال ۱۳۹۴ به این نتیجه می‌رسیم که هرچند از زمان

۱. در پرونده کلاسه ۹۷۰۳۷۰ شعبه ۶ کیفری استان مازندران، شکایتی دائر بر لواط به عنف مطرح شد. دادگاه در مرحله تحقیقات مقدماتی، موضوع را تفخیز به عنف تشخیص داد و در این خصوص قرار رسیدگی صادر نمود و سپس در مرحله رسیدگی راجع به اتهام اخیر طی دادنامه شماره ۸۸۰۰۰۸۰ مورخه ۱۳۹۸/۳/۲۵ حکم به محکومیت متهم مورد نظر به تحمل ۱۰۰ ضربه شلاق حدی صادر نمود. رأی مذکور مورد اعتراض متهم واقع گردید که پرونده در شعبه سی و هفتم دیوان عالی کشور مطرح گردید و شعبه مذکور طی دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۰۹۲۵۳۰۲۱۹۷ مورخه ۱۳۹۸/۵/۳۰ اظهار داشت: نظر به اینکه آرای قابل فرجام به صورت حصری در ماده ۴۲۸ قانون آ.د.ک. بدان تصریح شده و صلاحیت اضافی مقرر در تبصره دو ماده ۳۱۴ همان قانون قابل تسری به مرجع فرجام نمی‌باشد و بدین لحاظ جرائمی که مجازات آن مشمول ماده صدرالذکر نبوده، در دادگاه تجدیدنظر استان که به موجب مدلول ماده ۴۲۶ قانون مذکور مرجع صالح به درخواست تجدیدنظر از کلیه آرای غیر قطعی کیفری است، بوده و از این رو فرجام‌خواهی متهم قابل طرح در دیوان عالی کشور نمی‌باشد.

تصویب قانون آیین دادرسی کیفری و متعاقباً رسیدگی به امور مهم و جنایی در کشور ایران بیش از یک قرن می‌گذرد و در طی این مدت مدید، دچار تحولات مختلفی با توجه به شرایط زمان و همچنین شرایط قوای حاکمه گردیده است، اما قانون‌گذار در نگارش قانون اخیر، غالب قوانین را از قانون موقتی اصول محاکمات جزایی مصوب ۱۲۹۱ شمسی - با اصلاحات سال ۱۳۳۷ - گرفته و خود را به طور دقیق با نیازهای روز جامعه منطبق نکرده است و به نظر می‌رسد قبل از تدوین قانون و در زمان تهیه پیش‌نویس، کار دقیق کارشناسی ننموده است. اصلاح قانون مذکور در سال ۱۳۹۲ و در واقع قبل از اجرایی شدن آن، دقیقاً بیانگر صحت ادعای نگارندگان این مقاله می‌باشد و ضروری بود قانون‌گذار با بررسی دقیق وضع جامعه و نیازمندی‌های آن در مسائل کیفری و مطالعه تطبیقی قوانین گذشته راجع به ساختار دادگاه جنایی و روند رسیدگی در آن، نسبت به تدوین قانون جامع و کامل در این خصوص اقدام می‌نمود که مشمول اصل اولیه قانون‌گذاری - جامعیت افراد و مانعیت اغیار - بوده باشد. اما قانون مذکور دارای چنین اوصافی نیست؛ هرچند در رابطه با موضوع صلاحیت اصلی دادگاه مذکور، در ماده ۳۰۲ قانون فوق و ماده ۹ قانون مبارزه مالی با تروریسم، موارد را احصا کرده و روند رسیدگی و تشریفات مربوط به آن را در مواد ۳۸۴، ۳۸۸، ۳۸۹ و ۳۹۱ قانون مذکور بیان نموده است. از آنجایی که دادگاه مذکور در راستای ماده ۳۱۴ قانون آ.د.ک. ۱۳۹۲ علاوه بر صلاحیت اصلی دارای صلاحیت اضافی نیز می‌باشد و عملاً محاکم در بعضی از موارد به صلاحیت اضافی توأم با صلاحیت اصلی در پرونده رسیدگی می‌نمایند و همچنین با توجه به تکلیف قانونی، در بعضی مواقع و در مرحله رسیدگی صرفاً به جرمی به عنوان صلاحیت اضافی رسیدگی می‌نمایند و نظر به اینکه در قانون آ.د.ک. ۱۳۹۲ در رابطه با روند رسیدگی و تشریفات صلاحیت اضافی ای که توأم با صلاحیت اصلی و یا به تنهایی در دادگاه مطرح می‌گردد، تعیین تکلیف نگردیده است، از این رو محاکم با چالش‌هایی در این خصوص از جمله در مورد تعیین وکیل تسخیری، ایرادات تهیه گردش کار و مرجع اعتراض مواجه می‌گردند و به نظر نگارندگان با توجه به فروض مطرح شده در متن، دو مورد باید از هم تفکیک گردند: ۱- در حالتی که صلاحیت اضافی توأم با صلاحیت اصلی در دادگاه کیفری یک مطرح می‌گردد،

به نظر می‌رسد در کنار الزام به رعایت تشریفات قانونی راجع به صلاحیت اصلی در دادگاه کیفری یک راجع به جرائمی که به عنوان صلاحیت اضافی توأم با صلاحیت اصلی در دادگاه کیفری یک مطرح می‌گردند، رعایت تشریفات مورد نظر بهتر باشد و در مرحله رسیدگی بدوی و مراحل بعدی رسیدگی پرونده را برای افرادی که با آن سروکار دارند تسهیل می‌بخشد. ۲- در موردی که جرمی صرفاً به عنوان صلاحیت اضافی در مرحله رسیدگی در دادگاه کیفری یک مطرح می‌گردد، همانند اینکه موضوع قرار رسیدگی در رسیدگی مستقیم پس از پایان تحقیقات مقدماتی صرفاً رابطه نامشروع مادون زنا یا اکراهی باشد، به منظور جلوگیری از اطاله دادرسی بی‌مورد و نظر به اینکه همین جرائم در دادگاه کیفری دو اصولاً بدون نیاز به تشریفات مورد نظر رسیدگی می‌گردند، در نتیجه ضرورتی به تشریفات مورد نظر نمی‌باشد و شایسته بود که قانون‌گذار به این امر در قالب تبصره‌ای اشاره می‌نمود.

در رابطه با مرحله فرجام‌خواهی نیز به نظر می‌رسد تفکیک فوق‌الذکر منطقی نباشد و آراء صادره راجع به صلاحیت اضافی نیز در دیوان قابل طرح می‌باشد. موضوع وکیل تسخیری یکی از مباحث چالشی در دادگاه کیفری یک می‌باشد، صرف نظر از اینکه به نظر نگارندگان، وکالت تسخیری با توجه به مفهوم و ماهیت آن و قصد قانون‌گذار صرفاً دارای جنبه حمایتی برای متهم می‌باشد و با عقد وکالت فرق دارد و همچنین اختیاری برای وکیل و متعاقباً متهم در پذیرش و رد آن متصور نمی‌باشد.

اولاً الزام دادگاه برای تعیین وکیل تسخیری در صورت عدم تعرفه وکیل از سوی متهم، اختصاص به جرائم مندرج در ماده ۳۰۲ قانون آ.د.ک. دارد و دادگاه ملزم به تعیین وکیل تسخیری راجع به سایر جرائم متهم (صلاحیت اضافی) نمی‌باشد. حال چنانچه وکیلی به عنوان وکیل تسخیری برای متهم لحاظ گردد و متهم مورد نظر علاوه بر جرائم مشمول صلاحیت اصلی دادگاه کیفری یک، مرتکب جرائم دیگری گردیده که توأمان به عنوان صلاحیت اضافی در دادگاه کیفری یک مطرح می‌باشد، نظر به رویه حاکم و نگارندگان، چنین وکیلی صرفاً حق دفاع از موکل خویش را راجع به جرائمی دارا می‌باشد که به عنوان صلاحیت اصلی در دادگاه کیفری یک مطرح هستند (که بر اساس همین جرائم به عنوان وکیل تسخیری تعیین گردید) و راجع به صلاحیت اضافی

مطروحه دارای چنین حق و اختیاری نمی‌باشد. حال چنانچه وکیل تسخیری در رابطه با جرائم موجب مجازات مندرج در بندهای الف، ب، پ و ت ماده ۳۰۲ قانون آ.د.ک. تعیین گردد و در حین رسیدگی، دادگاه بزه ارتكابی را خفیف‌تر تشخیص دهد، به گونه‌ای که موجب مجازات‌های مندرج در بندهای صدرالذکر نگردد، به نظر می‌رسد وکیل مورد نظر همچنان حق دفاع و مداخله در پرونده را حتی راجع به جرائم خفیف‌تر در این حالت دارا می‌باشد و رویه محاکم نیز بر همین منوال می‌باشد؛ زیرا با توجه به حق ایجادشده برای وکیل در بدو امر جهت دفاع از متهم، با تغییر اتهام در مرحله رسیدگی و تنزل آن به درجه پایین‌تر، حق مورد نظر جهت دفاع از متهم در مراحل رسیدگی و حتی اعتراض به آراء صادره در این خصوص زائل نمی‌گردد.

در پایان امیدواریم متولیان سیاست‌گذاری جنایی قبل از تدوین قانون با افراد زبده‌ای که با مسائل کیفری جامعه ارتباط تنگاتنگ دارند، از جمله قضات، وکلا و اساتید دانشگاه، مشورت لازم را نموده و در عمل از نظریه‌های مشورتی ارائه‌شده استفاده بهینه را بنمایند تا در تدوین قوانین، شاهد این گونه نقائص نباشیم که ناگزیر به اصلاح آن در موارد متعدد گردیم.

کتاب‌شناسی

۱. آشوری، محمد، *آیین دادرسی کیفری*، تهران، سمت، ۱۳۹۸ ش.
۲. باری، مجتبی، *آیین دادرسی کیفری دانشگاهی*، تهران، کتاب آوا، ۱۳۹۷ ش.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، چاپ سی و دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، بی تا.
۴. جوانمرد، بهروز، *آیین دادرسی کیفری*، چاپ چهارم، تهران، جاودانه، ۱۳۹۶ ش.
۵. حامدی ربانی، اصغر، *فرهنگ فارسی به فارسی سعدی*، تهران، سعدی، بی تا.
۶. خالقی، علی، *آیین دادرسی کیفری*، چاپ سی و هشتم، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۷ ش.
۷. رستمی، هادی، *آیین دادرسی کیفری*، تهران، میزان، ۱۳۹۷ ش.
۸. گلدوست جویباری، رجب، *آیین دادرسی کیفری*، چاپ هفتم، تهران، جنگل، ۱۳۹۵ ش.
۹. مصدق، محمد، *آیین دادرسی کیفری بر مبنای آخرین اصلاحات قانون مصوب ۱۳۹۴*، تهران، جنگل، ۱۳۹۶ ش.

موجز المقالات

تحديات إثبات قضية الاغتصاب في العملية الجنائية الإيرانية

- محمود إسپانلو (طالب دكتوراه في القانون الجنائي وعلم الجريمة بجامعة آزاد الإسلامية، كركان)
- إيرج گلدوزيان (أستاذ متقاعد في جامعة طهران)
- كيومرث كلاتري (أستاذ بجامعة مازندران)

إن إثبات جميع العناصر المادية للاغتصاب يتطلب تقديم الأدلة، لذلك سيتم في هذه الدراسة النظر في التحديات الموجودة في طريقة تنظيم أدلة الإثبات، وذلك بالاستفادة من التجارب القضائية. تظهر الدراسات أن دليلي شهادة الشهود والإقرار هما من الأدلة غير الفعالة في إثبات قضية الاغتصاب؛ لأنه تم فرض العديد من القيود على هذين السببين من قبل المشرع، مما أثر على قيمتها الإثباتية. لذلك تقوم هذه المقالة بدراسة حالة الاعترافات الناقصة والمرفوضة، والإقرار لدى الجهات الفاعلة الأخرى من غير القضاة وتعقيدات شهادة الشهود، بما في ذلك المشاهدة في الشهادة وإمكانية العدول عن الشهادة في قضية الاغتصاب، أما علم القاضي فيعتبر من أهم الأدلة بسبب اتساع الأدلة العلمية، حيث تم استخلاص نماذج من هذه الأدلة بالاستعانة بالخبرة القضائية، على الرغم من أن مراجعة الإجراءات القضائية تُظهر أن الشبهة تلقى بظلالها على جميع

العناصر الماديّة لجريمة الاغتصاب، ومن الأسباب الرئيسيّة لنقض الحكم لدى المحكمة العليا وبسبب الاستناد الواسع للشبهة، هو تعرض حقوق الضحايا لتهديد شديد. الكلمات الأساسيّة: الاعتداء الجنسيّ، علم القاضى، الإقرار، الشهادة، الشبهة، المجنىّ عليه.

تنقية الفضاء السيبرانيّ فى ضوء وثائق حقوق الإنسان

- ليلا پورنجفى قوشچى (طالبة دكتوراه فى القانون الجنائى وعلم الجريمة بجامعة آزاد الإسلاميه، تبريز)
- حسين فخر (أستاذ مشارك فى كليّة القانون والعلوم الاجتماعيه بجامعة تبريز)
- بابك پورقهرمانى (أستاذ مشارك بجامعة آزاد الإسلاميه، قسم مراغة)

تنقية الفضاء السيبرانيّ لدعم بعض الحقوق والحريّات الإنسانيّة، مصحوباً بتدخّل فى الحقّ فى حرّيّة التعبير والمعلومات، وكذلك بعض جوانب الخصوصية، وقد يؤدى عدم الامتثال للمبادئ والقواعد فى تطبيقه إلى انتهاك هذه الحقوق. من خلال النظر فى الوثائق الإقليمية والدولية، يمكن استنباط معايير للتنقية من أجل الحصول على نموذج يتوافق مع معايير حقوق الإنسان، حيث يمكن لاستخدامه أن يحقّق التوازن بين القيود الناتجة عن التنقيح من جهة، وبين الحقوق الأساسيّة فى مجتمع ديمقراطيّ من جهة ثانية. توصّلت هذه المقالة المكتوبة بمنهج وصفيّ - تحليليّ أنّ مراعاة المبادئ الأربعة المستوحاة من وثائق حقوق الإنسان فى ممارسة التنقية، بما فى ذلك مبدأ الشرعية، ومبدأ الهدف المشروع، ومبدأ الضرورة والتناسب، ضمن زيادة كفاءة التنقية وتقليل اللجوء إلى تدابير مكافحة التطهير من قبل المستخدمين، يمكن أن يمنع التدخّل الحكومى غير الضرورىّ فى الحقوق والحريّات السياسيّة للمواطنين.

الكلمات الأساسيّة: تنقية الفضاء السيبرانيّ، حرّيّة التعبير والمعلومات، الخصوصية، الضرورة، التناسب، الهدف المشروع.

سياسة إيران الجنائية تجاه الانحراف البيئيّ

- شهرداد دارابى
- أستاذ مساعد بجامعة آزاد الإسلاميه، قسم قم

السياسة الجنائية المختلطة هي حركة لا مركزية، تركز على ديناميكية وتعدد الاستجابات المتخذة من قبل هيئة المجتمع ضد الانحراف، تقود صانعي السياسات الجنائية في مجال الانحراف والمساءلة وعملية التقاضى إلى البدائل المدمجة. لهذا السبب، وعلى الرغم من اعتبار نموذج الحرّية والمساواة والسلطة هو الذى يحدّد النموذج السائد للسياسة الجنائية للحكومات؛ ومع ذلك فإنّ قابليّة فصل أو تجانس نموذج السياسة الجنائية المدمجة فى تعدّد التجريم، بما فى ذلك الإجرام والانحراف من جهة، وتنوّع الاستجابات وأصول المحاكمات من جهة أخرى، يقدم نموذجاً جديداً فى مجال السياسة الجنائية. وعلى ذلك يمكن أن يؤدّى تطبيق الإجراءات الثقافية والاجتماعية أو الوضعية، والاستجابات المدنية والإدارية والتأديبية والجنائية تجاه الجرائم البيئية، إلى تعاظم التحدى المتمثل بالحد الأدنى من الإنجازات فى مجال مكافحة الانحراف البيئى، ويزيد من الإنتاجية جنباً إلى جنب مع تغييرات واسعة فى نطاق السياسة الجنائية. تظهر الدراسات أنّ التجميع المناسب للمتغيرات والتقلبات المتوقعة فى السياسة الجنائية الإيرانية المدمجة تجاه الانحراف البيئى، من خلال الاستجابات الجنائية البحتة وتحويل هذه المسألة الهامة فى تنسيق استراتيجيات التمكين أو تعزيز الإجراءات الوقائية وتطوير الشبكة الإدارية - التأديبية والمجتمع المدني بما يتوافق مع الجرائم المطروحة. تبحث هذه المقالة فى جوانب السياسة الجنائية المشتركة ومظاهرها فيما يتعلّق بالانحراف البيئى، وتبين الاستراتيجيات الفعّالة لهذا الأمر فى إيران.

الكلمات الأساسية: السياسة الجنائية المختلطة، الانحراف البيئى، المساواة، صنع السياسات.

حقوق الدفاع للمتهم: المفهوم والجوانب المختلفة للدفاع الأخير

للمتهم

□ منصور رحمدل

□ أستاذ مساعد بجامعة آزاد الإسلامية، قسم طهران المركزى

من بين حقوق الدفاع العديدة للمتهمين، يمكن اعتبار الدفاع الأخير الذى يُنظر إليه فى المرحلة النهائية من كلّ مرحلة من مراحل المحاكمة على أساس مبدأ البراءة، مكملاً

لعملية الدفاع. وعليه فقد أشار المشرّع إلى هذا الحقّ في المواد ٢٦٢، ٣٧١ و ٣٩٩ من قانون أصول المحاكمات الجنائية للعام ١٣٩٢ شمسي (٢٠١٣ م). تحاول هذه المقالة المكتوبة بمنهج تحليليّ الإجابة على هذه الأسئلة المتعلقة بما إذا كانت السلطات القضائية ملزمة في نهاية التحقيقات بتقديم دفاع أخير في كافّة الشروط؟ هل يمكن في حال استدعاء المتهّم لتلقّي دفاعه الأخير ولم يحضر، الطلب منه الحضور، وفي حال عدم حضوره هل يمكن الحصول على الكفالة ووجه الضمان أو مصادرتها؟ تشير نتائج البحث إلى أنّ الدفاع الأخير هو حقّ المتهّم وينطوي على واجب للسلطة القضائية. يجب التصريح في الاستدعاء بأخذ الدفاع الأخير دون تسجيل نتيجة عدم حضور الجلب. ولا تلتزم السلطة القضائية بالحصول عليها إلا إذا كانت متعلقة بالتهّم. عدم الحصول على الدفاع الأخير، بالإضافة إلى أنّه مخالفة تأديبية، فإنّه يبطل الحكم. وفي حال عدم حضور المتهّم لا يمكن أخذ الكفالة أو مصادرتها.

الكلمات الأساسية: الدفاع الأخير، المتهّم، الحقّ، التكليف.

التجريم الاستباقيّ للأعمال الإرهابية

- فرهاد شاهيدة (طالب دكتوراه في القانون الجنائيّ وعلم الجريمة بجامعة الشهيد بهشتي)
- أمير حسن نيازپور (أستاذ مساعد بجامعة الشهيد بهشتي)

يعتبر الإرهاب واحد من أهمّ تحدّيات العدالة الجنائية على الصعيدين المحليّ والدوليّ. مع تزايد الجرائم الإرهابية قامت بعض الحكومات باتخاذ إجراءات جديّة لحماية المواطنين والمحافظات على قوّة السيادة الوطنيّة وضمان النظام والأمن العامّ. ومن هنا حدثت تغييرات واسعة النطاق في نظام العدالة الجنائية في مختلف البلدان. إنّ الاهتمام بالحالات الخطيرة للجناة، والردود القمعية تحركت بالتجريمات نحو الأمن. بما أنّ الوقاية بمعناها الخاصّ، والتجريم بالطريقة التقليدية وحدها ليست فعّالة، فإنّ الاعتماد على مفهوم الخطر مع المفاهيم الاستباقيّة، يشير إلى أحد النماذج الجديدة في منع الجريمة الإرهابية في إطار التجريمات الجديدة. إنّ التجريم الاستباقيّ يركّز بشكل أكبر على السلوكيات المتعلقة بالإرهاب، ويوقف الجاني نفسه أو الآخرين الذين على وشك ارتكاب جريمة إرهابية. بهذه الطريقة وبدل أن ينتظر المشرّعون نجاح أولئك الذين

يسعون لارتكاب جريمة إرهابية، فإنهم يعملون على توسيع نطاق القانون الجنائي لنقل المواجهة إلى ملعبهم. وبالتالي، ومع إيجاد حالة نشطة وجاهزة في القانون الجنائي، فإنهم إما ينقلون مجال القانون الجنائي إلى ما قبل بداية الجريمة والتواطؤ، أو عن طريق تجريم الجرائم المتعلقة بجريمة الإرهاب، أو وضع تدابير التدخل المؤقت «قبل ظهور التهديد»، فإنها توسع نطاق القانون الجنائي إلى أقصى حد ممكن بهدف أخذ زمام المبادرة في مكافحة الإرهاب.

الكلمات الأساسية: التجريم، الأمن، الإرهاب، قبل الجريمة.

المسؤولية الجنائية الناتجة عن انتقال فيروس كورونا في النظام الجنائي الإيراني (مع التركيز على الخطر على الحياة)

□ محسن شريفى

□ أستاذ مساعد بمعهد طبرستان للتعليم العالى

أدى تشكّل موجات كبيرة من مرض كوفيد تسعة عشر وزيادة أعداد المصابين والخسائر البشرية الناجمة عنه، إلى وضع حالة معقدة أمام المجتمع الإيراني مثل العديد من الدول الأخرى التى تعانى من هذه الظاهرة. على الرغم من الجهود الحثيثة لعلماء الفيروسات والأخصائيين فى مجال الصحة فى تطوير وإبلاغ البروتوكولات الصحيّة، وكذلك التثقيف العام لإدارة هذه الأزمة البيولوجية، إلا أنّ هناك الكثير من الأشخاص الذين تجاهلوا القواعد والتعليمات المقدّمة، وساهموا بطريقة أو بأخرى فى نشر هذا الفيروس ونقله إلى أشخاص معيّنين أو غير محدّدين، وتعرّضوا لسلامتهم الجسديّة. فى هذه الحالة، يصبح التحقيق فى عواقب القضية وتحديد مسؤولياتهم الجنائية أمراً مهمّاً. تقدّم هذه المقالة المكتوبة بمنهج وصفى - تحليلي شرحاً لهذه المسألة وأبعادها الجنائية. تُظهر نتيجة العمل أنّه فى النهاية يمكن أن تُنسب أنواع الجرائم المقصودة والمتعمّدة وشبه المتعمّدة والخطأ البحث إلى الفاعل البشرى الناقل حسب حالته العقليّة وطبيعة سلوكه، وهو المسؤول عن العواقب. هذا لا يعنى بالطبع أنّ تدخل المؤسسات القانونيّة لا يمكن أن يؤدّى إلى أحداث إجرامية. على العكس من ذلك، إذا كان هناك علاقة سببيّة بين سلوك هؤلاء الأشخاص والنتائج المذكورة، وكذلك إثبات عنصر الذنب يمهد الطريق لفرض الدية عليهم.

الكلمات الأساسية: فيروس كورونا، نقل، جريمة عمدية، جريمة شبه عمدية، الجنحة.

مكونات قرار مجلس الأمن فيما يتعلق بتفسير أحكام النظام الأساسي في الإجراءات القضائية للمحكمة الجنائية الدولية؛ من وظيفتها إلى إنجازاتها في السودان

□ جواد صالحى

□ أستاذ مشارك بجامعة بيام نور، طهران

إن قرار مجلس الأمن بشأن الوضع في السودان يحتوى على عناصر خفية يتطلب تحديدّها والتحقّق منها تفسير النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. الغرض من هذا البحث وموضوعه دراسة مكونات قرار مجلس الأمن من منظور أحكام النظام الأساسي في الإجراءات القضائية. منهج الدراسة وصفيّ - تحليليّ ويعتمد على الإجراءات القضائية في الوضع السودانيّ والنظريات المتعلقة بأحكام النظام الأساسي. والسؤال الأساسي للبحث ما هي وظيفة وإنجازات قرار مجلس الأمن حول السودان وفي مرآة أحكام النظام الأساسي؟ تُظهر نتائج البحث أنّ قرار مجلس الأمن بشأن الوضع في السودان يتضمنّ عناصر مثل: إيجاد اختصاص للمحكمة الجنائية الدولية، إلغاء الحصانة الدولية وضرورة تعاون الحكومات مع المحكمة الجنائية الدولية. أدى تطبيق هذه المتطلبات في نتيجة تفسير أحكام النظام الأساسي، إلى اعتبار حكومة السودان غير العضو بمثابة دولة عضو في المحكمة الجنائية الدولية. لذلك، فإنّ رفض ادعاء عدم عضوية الحكومة السودانية في المحكمة الجنائية الدولية، وإلغاء مقتضيات القانون الدوليّ العرفيّ فيما يتعلق بالحصانة الدولية، ومنع استئناف الحكومات عن التعاون مع المحكمة الجنائية الدولية، هي من الإنجازات الناتجة عن تفسير قرار مجلس الأمن في ضوء قرارات النظام الأساسي والإجراءات القضائية للمحكمة الجنائية الدولية في الوضع السودانيّ.

الكلمات الأساسية: الإجراءات القضائية، قرار مجلس الأمن، اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، إلغاء الحصانة الدولية، الدولة غير العضو في المحكمة الجنائية الدولية.

إعادة النظر في شرط مساواة الدين في القصاص في ضوء الآراء الفقهية

٣٤٥

- سيّد مصطفى محقق داماد (أستاذ بجامعة الشهيد بهشتي)
 - سيّد محسن موسى فر (أستاذ مساعد بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)
 - كاظم خسروي (طالب دكتوراه في القانون الجنائي وعلم الجريمة)
- إن إثبات القصاص في القتل العمد يتطلّب شروطاً، ومن بين تلك الشروط المساواة بين المرتكب والمجنيّ عليه في «الدين». ويرجع هذا الشرط إلى جدل الفقهاء في أنّ هناك ثلاث مجموعات من الروايات المتعلقة بذلك. إذا كان فقهاء الشيعة برفضهم الروايات المبنية على قصاص القاتل المسلم تجاه الذمّي الكافر (الفئة الأولى)، فإنّهم يقبلون بعدم قصاص القاتل المسلم بشكل مطلق (الفئة الثانية)، أو القصاص في حالة القاتل المسلم المدمن تجاه الكافر الذمّي (الفئة الثالثة). إنّهم يستندون في حمل الروايات المثبتة للقصاص في حالة القتل الاعتياديّ إلى إطلاقات بعض آيات القرآن الكريم مثل آية نفي السبيل، وكذلك إجماع الفقهاء. ولكن يبدو أنّ أدلّتهم في عدم ثبوت قصاص القاتل المسلم بشكل مطلق أو بشكل غير اعتياديّ، تواجه مشاكل عديدة. بحيث أنّه مع انصراف الروايات المذكورة إلى الكافر الحربيّ، فإنّه لن يكون هناك خيار في النهاية في مواجهة القتل العمد للمسلم تجاه الكافر الذمّي سوى إثبات القصاص.
- الكلمات الأساسيّة: القصاص، القتل، الكافر الذمّي، المسلم.

تقييم نقديّ لوثائق عقوبة الإعدام في الزنا مع زوجة الأب

(الفقرة ب من المادة ٢٢٤ من قانون العقوبات الإسلاميّ ١٣٩٢ شمسيّ)

- حميد مؤذنيّ بيستكانيّ (طالب دكتوراه في الفقه ومبادئ القانون الإسلاميّ)
 - محمّد رضا كيخا (أستاذ مشارك بجامعة سيستان وبلوشستان)
- وفقاً للفقرة ب من المادة ٤٢٢ من قانون المجازات الإسلاميّ فإنّ «الزنا بزوجة الأب» يستوجب إعدام الزاني. ويستند هذا القانون إلى الفتوى الشهيرة لفقهاء الإماميّة والتي طُرحت بعد شرح فرع تحت عنوان «زنا المحارم» باعتباره أحد العوامل التي تثبت حدّ القتل، تمّ ذكر فرع ثان تحت عنوان «الزنا مع زوجة الأب» حيث اعتبروه أيضاً أحد العوامل التي توجب ثبوت حدّ القتل. طبعاً في أقوال الفقهاء يُذكر الفرع الثاني كأحد

مصاديق الفرع الأول، وأحياناً يعبر عنه كواحد من العوامل المستقلة والمنفصلة، بينما يبدو في الأساس أنّ تحديد عقوبة الإعدام لمثل هذه الجريمة ليس مؤكّداً، لأنّ بعض الفقهاء في رأي متناقض لا يعتبرون أنّ هذا العمل يستوجب القتل. لذلك يجب في هذا الخصوص معرفة ما هو دليل الفقهاء وقانون العقوبات على حدّ الإعدام؟ يظهر هذا البحث الذي تمّت كتابته بمنهج وصفيّ - تحليليّ أنّ أساس هذا الرأي والقانون هو رواية خاصّة يمكن الطعن فيها، لأنّه بالإضافة إلى إعراض الفقهاء عن جزء منها، والانتقادات الواردة على سند هذه الرواية، فإنّ بناء الشريعة والقانون قائمان على الاحتياط في الدماء. كما أنّ قاعدة الدرء ومبدأ البراءة والاستصحاب تؤيّد ضرورة الاحتياط في الدماء وكذلك ضرورة المحافظة على النفوس محترمة، وبالتالي يبدو أنّه من المناسب حذف الفقرة ب من المادّة ٢٢٤.

الكلمات الأساسية: الفقرة ب المادّة ٢٢٤، زنا المحارم، زوجة الأب، الإعدام.

تحليل السياسة الجنائية للمشرّع

في المادّة ٤٥ الملحقه بقانون مكافحة المخدرات

- سيّد دريد موسويّ مجاب (أستاذ مساعد بجامعة تربيت مدرّس)
- رسول أحمد زادة (طالب دكتوراه في القانون الجنائيّ وعلم الجريمة بجامعة تربيت مدرّس)
- سينا رستمى (طالب دكتوراه في القانون الجنائيّ وعلم الجريمة بجامعة طهران)

لم يتمّ منذ البداية في النظام الجنائيّ الإيرانيّ اعتماد سياسة جنائيّة واحدة في مجال مكافحة جرائم المخدرات؛ في بعض الأحيان تعامل المشرّع مع هذا الموضوع بشدّة من خلال سنّ قوانين صارمة، وفي بعض الحالات حاول حتّى إلغاء تجريم بعض الجرائم السابقة. حاول المشرّع في المادّة الأخيرة من تعديل قانون مكافحة المخدرات المصادق عليه بتاريخ ١٢/٧/١٣٩٦ شمسيّ (٢٣/٩/٢٠١٧ م). تقليص نطاق عقوبة الإعدام لمرتكبي جرائم المخدرات، وهي سياسة قام المشرّع بوضعها بما يتماشى مع الضغوط الدوليّة ويتعارض مع فكرة شدّة العقوبة، ليحقّق في إطار ذلك هدف ترشيد نظام ردّ الفعل الجنائيّ على المخدرات. في هذه المقالة وضمن تحليل أسس هذا التغيير في النهج، تمّت دراسة أبعاد السياسة الجنائيّة التشريعيّة الإيرانيّة في مكافحة جريمة المخدرات.

والحقيقة هي أنه على الرغم من أن المشرع سعى لتخفيف عقوبة مرتكبي جرائم المخدرات، إلا أن التغييرات الموجودة في الممارسة أدت إلى زيادة شدة وتكثيف النهج الجنائي تجاه هذه المجموعة من المجرمين. في الواقع يشير تقييم هذه الدراسة إلى أن السياسة الجنائية المتخذة من قبل المشرع، وخلافاً للمادة الأولى التكميلية، وعلى الرغم من أنها تبدو في بعض الحالات معدلة، إلا أنها عملياً أدت أحياناً إلى تشديد الإجراءات الجنائية وخطورتها.

الكلمات الأساسية: السياسة الجنائية، التشريع، المخدرات، الإعدام، التشدد الجنائي.

التجريم الدولي للإبادة البيئية

- أحمد نصر إصفهاني (طالب دكتوراه في القانون الدولي)
- ليلا رئيسي (أستاذ مشارك بجامعة آزاد الإسلامية، قسم أصفهان، خوراسكان)
- علي رضا آرش پور (أستاذ مشارك بجامعة أصفهان)

بالتزامن مع تطوير القانون الدولي في المجالين الجنائي والبيئي، فقد أبدع العلماء مفهوم الإبادة البيئية / الإيكوسايد (الإضرار المتعمد للبيئة) / الإبادة الجماعية واستخدموه. كان هذا المفهوم الذي يركز على الضرر البيئي واسع النطاق وطويل الأمد والشديد، محوراً للكثير من البحوث والتنظير في العقود الأخيرة، وتم ذكره بشكل محدود في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية كمثل على جرائم الحرب. بالإضافة إلى ذلك فإن النظام الأساسي للمحكمة لديه القدرة على تحديد بعض حالات النظام الإيكولوجي كوسيلة لارتكاب جرائم ضد الإنسانية أو الإبادة الجماعية. ومع ذلك ولأسباب منها الطبيعة المختلفة للجرائم البيئية، وعدم إحصاء النظام الأساسي للمحكمة لمصاديق النظم البيئية، فمن الضروري الاعتراف بهذا المفهوم كجريمة مستقلة وتجريمه دولياً. يسعى هذا البحث بمنهج وصفي - تحليلي إلى تبرير سبب هذا التجريم، وشرح أسباب ضرورته، ودراسة التحديات التي تواجهه، وتقديم الحلول في هذا المجال. اليوم يمكن القول أن مواجهة تدمير النظم البيئية هي أحد القيم العالمية الأساسية، وواحدة من الالتزامات الدولية العالمية، والتي أصبح تجريمها ضرورياً وحثماً على المستوى الدولي.

الكلمات الأساسية: الإضرار المتعمد للبيئة، التجريم الدولي، الجريمة المستقلة، القانون الجنائي الدولي، أضرار البيئة.

التحديات التي تواجه الإختصاص الإضافي للمحكمة الجنائية الأولى

□ إسماعيل هادي تبار (أستاذ مساعد بجامعة مازندران)
 □ عيسى ولي زادة (طالب دكتوراه في القانون الجنائي وعلم الجريمة بجامعة مازندران)

إن اختصاص المحكمة الجنائية الأولى مذكور في المادة ٣٠٢ من قانون أصول المحاكمات الجنائية المعتمد عام ١٣٩٢ شمسي (٢٠١٣ م.)، والمادة ٩ من قانون مكافحة تمويل الإرهاب المصادق عليه عام ١٣٩٤ شمسي (٢٠١٥ م.). إلا أن هذه المحكمة تمتلك اختصاصاً إضافياً بالإضافة إلى اختصاصها الرئيسي، فالمادتان ٣١٣ و ٣١٤ من قانون أصول المحاكمات الجنائية للعام ١٣٩٢ شمسي هما أمثلة على القضايا التي يتم فيها النظر في الجرائم التي تقع ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الثانية في المحكمة الجنائية الأولى. بسبب الاختصاص الإضافي للمحكمة الجنائية الأولى، فقد واجهت الإجراءات القضائية تحديات في مختلف مراحل التحقيق الأولى والمحاكمة والاستئناف. من نتائج البحث أنه إذا تم تعيين محام بديل في الجرائم التي أدت إلى العقوبة المنصوص عليها في الفقرات ألف، ب، پ، ث من المادة ٣٠٢ من قانون أصول المحاكمات الجنائية، وأثناء المحاكمة وجدت المحكمة أن الجريمة أخف وطأة، فإن للمحامي المذكور حق الدفاع في القضية حتى فيما يتعلق بالجرائم الأخف في هذه القضية. قام هذا البحث المكتوب بمنهج وصفي - تحليلي من خلال جمع مصادر المكتبة ومراجعة الآراء القضائية، بتسليط الضوء على هذه التحديات، وفي النهاية يقترح على المسؤولين عن صنع السياسة الجنائية حلولاً عملية للتغلب على تلك التحديات. من أهم النتائج التي توصلت إليها هذه المقالة عدم وجود شكليات قانونية خاصة في الاختصاص الإضافي.

الكلمات الأساسية: المحكمة الجنائية الأولى، أصول المحاكمات، الصلاحية النسبية، الصلاحية الإضافية، المحاكمة المباشرة.

finally offers practical solutions to overcome this challenge to those in charge of criminal policy-making. One of the most important findings of the present article is the lack of need for special legal formalities (due process of law) in additional jurisdiction.

Keywords: *Criminal Court One, Procedure, Relative jurisdiction, Additional jurisdiction, Direct trial.*

Keywords: *Ecocide, International crime, Independent crime, International Criminal Law, Environmental harm.*



Challenges Facing the Additional Jurisdiction of the Criminal Court One

- *Esmail Haditabar (Assistant professor at University of Mazandaran)*
- *Issa Valizadeh (PhD student in Criminal Law & Criminology)*

Jurisdiction of Criminal Court One is enumerated (reckoning; computation) in Article 302 of the Code of Criminal Procedure enacted in 1392 and Article 9 of the Law on anti-terrorism financing enacted in 1394 (2016). However, in addition to the main jurisdiction, this court also has additional jurisdiction and articles 313 and 314 of the Criminal Procedure Code of 1392 (2014) are examples of crimes committed under the jurisdiction of the Criminal Court Two for additional jurisdiction in the Criminal Court One. Due to the additional jurisdiction of Criminal Court One, the judicial procedure has faced challenges in the various stages of the preliminary inquiries, trial (proceedings) and objection. One of the findings of the researching is that if the public defender (defender au officio service, court appointed advocate) in connection with the crimes causes the punishment mentioned in paragraphs A, B, C, D of Article 302 of the Code of Criminal Procedure and during the trial the court finds the crime milder (lenient), the lawyer in question has still the right to defend in the case even for less serious crimes in this case. The present article descriptively-analytically, by gathering library resources and reviewing judicial opinions, highlights these challenges and

Keywords: *Criminal policy, Legislation, Drugs, Execution, Criminal hardening.*

International Ecological Criminalization

- *Ahmad Nasr Esfahani (PhD student in International Law)*
- *Leila Raisi (Associate professor at Islamic Azad University, Isfahan Branch)*
- *Alireza Arashpour (Associate professor at University of Isfahan)*

Along with the development of international law in both criminal and environmental fields, the concept of ecosystem/ ecocide/ geocide was also invented and used by thinkers. This concept, which focuses on widespread, long-term, and severe environmental damage, has been the subject of much debate and theorizing in recent decades and has been limitedly recognized in the ICC Articles of association as an example of war crimes. In addition, the Statute of the Court has the ability to identify some instances of ecosystem as tools for crimes against humanity or genocide. However, for reasons such as the different nature of environmental crimes and the lack of full coverage of ecosystem cases by the statute, it is necessary for this concept to be recognized as an independent crime and internationally criminalized. This research by using descriptive-analytical method seeks to justify the reason for this criminology and to state the reasons for its necessity and to examine the challenges facing it and to provide solutions in this field. Today, it can be argued that conflicting ecosystems is one of the fundamental global values and one of the universal international obligations, the criminalization of which has become necessary and inevitable at the international level.



Analysis of the Legislator's Criminal Policy in (the Appended) Article 45 of the Addendum to the Anti-Narcotics (Narcoterrorism) Law

- *Seyyed Doraid Mousavi Mojab (Assistant professor at Tarbiat Modares Univ.)*
- *Rasul Ahmadzadeh (PhD student in Criminal Law & Criminology)*
- *Sina Rostami (PhD student in Criminal Law & Criminology)*

From the very beginning, in the Iranian penal system, a single criminal policy has not been adopted in the field of anti-narcotics (Narcoterrorism, combating drug) crimes that at times, the legislature has dealt severely with this issue by enacting strict laws, and at times has even tried to decriminalize some former crimes. In the last article of the amendment to the Anti-Narcotics Law enacted on 1396/07/12 (2018/10/04), the legislator has tried to reduce the scope of the death penalty for perpetrators of drug crimes, a policy that is in line with international pressures and in contrast to the idea of severity of punishment in order to achieve the goal of rationalizing the criminal response system to drugs. In this article, while analyzing the principles of this change of approach, the dimensions of Iran's legislative criminal policy against drug delinquency are examined. The fact is that although the legislature sought to reduce the punishment of perpetrators of drug crimes, changes in practice have led to an increase in the severity and intensification of the criminal approach to this group of criminals. In fact, the assessment of this study indicates that the criminal policy adopted by the legislator, contrary to the first notion of the single subject bill, although in some cases it seems reducing, in practice has sometimes led to strictness and severity of criminal action.

famous fatwa of the Imami jurists, who, after stating a sub-theme on the subject of “incest” -as one of the factors to prove the fixed punishment of (hadd) murder- introduced a second sub-theme on the subject of “adultery with a father’s wife” (Zinā, unlawful sexual intercourse with the spouse of the father) and it is also considered as another proof of the hadd (the fixed punishment) of murder. Of course, in the statements of the jurists, sometimes the secondary matter is stated as one of the examples of the first matter and sometimes as one of the independent and separate factors, while basically it seems that the determination of the death penalty for such a crime is not definite; Because some other jurists in a contradictory theory, do not consider this act to be punishable by death. Therefore, it is necessary to see what the reason of the jurists and the law on the death penalty in this regard is. This research, which has been done by descriptive-analytical method, shows that the basis of this view and law is a special narration that can be questioned; because in addition to the jurists denying from a part of it and criticisms of it, sharia and law are also based on absolute prudence about blood. The rule of warding off (Adriwuu alhudud bialshabahat, Ward off the fixed punishments on the strength of shubha as much as you can) and the presumption of innocence rule and principle of continuity also confirm the irrevocability for caution (prudence) in blood and also the irrevocability to protect the respected population. Therefore, it seems appropriate to remove paragraph (b) of Article 224.

Keywords: *Paragraph (b) of Article 224, Adultery with incest (Zinā, unlawful sexual intercourse), Father’s spouse, Execution.*



absolutely (second category), or retaliation in the case of a habitual murder of a muslim murderer against the tributary (dhimmi) infidel (third category). These narrations by attributing narrations tending to corroborate retaliation in the case of habitual murder, they refer to the absoluteness of some verses of the Holy Quran, such as the verse of denying (no) domination (Allah will by no means give the unbelievers a way against the believers), as well as the consensus of the jurists. However, it seems that their reasons for not proving (ascertaining) the retaliation of a Muslim murderer, absolutely or non- habitually, face serious problems. So that by renouncing the mentioned narrations to the infidel deserving to be fought with, finally in the face of the intentional killing (deliberate killing) of a Muslim against a dhimmi infidel (Tributary infidel), there will be no choice but to prove (ascertain) retribution.

Keywords: *Retaliation, Murder, Tributary (dhimmi) infidel, Muslim.*

Critical Evaluation of the Documents of the Death Sentence in Adultery with the Spouse of the Father (Paragraph (b) of Article 224 of the Islamic Penal Code of 1392 (2013))

- *H. Moazzeni Bistagani (PhD in Jurisprudence and Principles of Islamic Law)*
- *Muhammad Reza Kaykha (Associate professor at Sistan & Baluchestan Univ.)*

According to paragraph (b) of Article 422 of the Islamic Penal Code, “adultery (Zinā, unlawful sexual intercourse) with the spouse of the father” results in the execution of an adulterer (fornicator, the man guilty of adultery). This law is based on the

member state of the International Criminal Court. Thus, the dismissal of the claim of non-membership of the Sudanese government in the International Criminal Court, the termination of the obligations of customary international law in relation to international immunity and the prohibition of governments refusing to cooperate with the International Criminal Court are achievements of interpreting the Security Council resolution in the light of the provisions of the Statute and the procedure of the International Criminal Court in the situation in Sudan.

Keywords: *Judicial procedure, Security Council resolution, Jurisdiction of the International Criminal Court, Termination of international immunity, Non-member government of the International Criminal Court.*

Rethinking (Reassessment) the Condition of Equality of Religion in Retaliation in the Light of Jurisprudential Opinions

- *Seyyed Mostafa Mohaghegh Damad (Professor at Shahid Beheshti University)*
- *Seyyed Mohsen Moosavifar (Assistant professor at Razavi University)*
- *Kazem Khosravi (PhD student in Criminal Law & Criminology)*

Proof of retaliation (qi.sas) in premeditated murder requires conditions, one of which is the equivalence of the perpetrator and the victim in “religion”. This condition is due to the controversy of Islamic jurists that there are three sects of narrations in relation to it. Thus, the Shiite jurists, by rejecting the narrations based on the retaliation of the Muslim killer against the Dhimmi infidel (first category), have been believed in the non-retaliation of the Muslim killer



The Components of the Security Council Resolution Depend on the Interpretation of the Provisions of the Statute in the Jurisprudence of the International Criminal Court; From Its Function to Its Achievements in the Situation of Sudan

□ *Javad Salehi*

□ *Associate professor at Payame Noor University, Tehran*

The resolution of the Security Council on the situation in Sudan contains hidden components, the identification and validation of which requires the interpretation of the Statute of the International Criminal Court. The purpose and subject of this article is to study the components of the Security Council resolution from the perspective of the provisions of the Statute in the judicial procedure. The study method of this research is descriptive-analytical and relies on judicial procedure in the situation in Sudan and theories related to the provisions of the Statute. The main question of the research is what function and achievements does the Security Council resolution have in the situation of Sudan in the mirror of the statute provisions? The research findings show that the Security Council resolution on the situation in Sudan includes components such as; the establishment of the jurisdiction of the International Criminal Court is the termination of international immunity and the necessity for governments to cooperate with the International Criminal Court. The function of these obligations as a result of the interpretation of the provisions of the Statute has led to the non-member government of Sudan being considered as a

The emergence and formation of significant waves of Covid-19 disease and the increase in the number of patients (infected people) and human casualties caused by it, has put a complicated situation facing the Iranian society as in many countries involved in this phenomenon. Despite the efforts of virologists and health professionals in developing and communicating (notifying) health protocols as well as public education for the management of this biological crisis, many individuals, regardless of the rules and limitations, in different forms transmit or spread the virus to specific or unspecified individuals, and expose their physical integrity. In this case, investigating the consequences of the case and identifying their criminal responsibility becomes relevant. This article uses a descriptive-analytical approach to explain this issue and its criminal dimensions. The result of the work shows that at any moment, it is possible to attribute the types of intentional, quasi-intentional crimes and unintentional (accidental) crime to the transmitting human agent according to his mental position and the quality of his behavior, and he is responsible for the consequences. This does not mean, of course, that the intervention of legal institutions cannot end to criminal events. On the contrary, if there is a causal relationship between the behavior of these people and the mentioned results, as well as proving the element of guilt, the way is clear for imposing diya (blood money, financial compensation) and discretion punishment (ta'zir) on them.

Keywords: *Corona virus, Transmission, Intentional crime, Quasi-intentional crime, Unintentional (accidental) crime.*

place in the criminal justice system of different countries. Paying attention to the dangerous state (dangerousness) of the perpetrators and repressive responses has led criminals to become more secure. Since prevention in its specific sense and traditional criminalizations (criminologies) are not effective lonely, relying on the concept of danger with preconceived (preemption, anticipation) notion implies a new paradigm in preventing terrorist delinquency in the form of new criminalizations. Premeditated (anticipated) criminality focuses on terrorism-related behaviors and stops the perpetrator himself or herself on the verge of committing a terrorist crime. Instead of waiting for those who seek to commit a terrorist crime to succeed, legislatures are expanding the scope of criminal law to bring the struggle to their knees. Thus, by creating an active and prepared state in criminal law, they either move the realm of criminal law beyond the attempt of a crime or collusion (conspiracy), or by criminalizing crimes related to a terrorist crime or temporary intervention measures, intended for “before the threat”, extend criminal law as far as possible with the aim of preemption (anticipation) in the fight against terrorism.

Keywords: *Criminalization (criminalizing), Security, Terrorism, Pre-crime (precrime).*

Criminal Liability for Transmission of Corona Virus in the Iranian Penal System (With Emphasis on the Risk to Life)

- *Mohsen Sharifi*
- *Assistant professor at Tabarestan Higher Education Institute*

a complement to the defense process. Accordingly, the legislator has mentioned this right in Articles 262, 371 and 399 of the Criminal Procedure Code of 1392 (2014). The present article uses an analytical method to answer the questions of whether judicial authorities are required to make a final defense at all times at the end of a proceeding. If the accused is summoned to receive his last defense while he is not present, is it possible to request his presence while he is not present, to obtain the amount fixed in the courtship bon and the recognizance (penal sum) or to seize the bail? The findings of the researching indicate that the final defense is the right of the accused and includes a duty (obligation) for the judicial authority. The summons must specify the last defense without result, which is the absence of a summons. The judicial authority is obliged to obtain (get) it only if it is related to the accused. Failure to obtain it, in addition to disciplinary violations, invalidates the verdict. In the absence of the accused, existing security of the accused cannot be obtained or confiscated (abjudged).

Keywords: *Last defense, Accused, Right, Obligation (duty).*

Pre-trial Criminalization of Terrorist Acts

- *Farhad Shahideh (PhD student in Criminal Law & Criminology)*
- *Amir Hassan Niaz Poor (Assistant professor at Shahid Beheshti University)*

Terrorism is one of the most important challenges of criminal justice in the domestic and international arena. With the increase in terrorist crimes, some governments have taken new measures to protect citizens and maintain the authority of national sovereignty and ensure public order and security. Hence, extensive changes have taken

and delinquency on the one hand and the variety of responses and procedure on the other hand, introduces a new modeling in the field of criminal policy. Accordingly, the function of cultural, social, or statutory actions and civil, administrative, disciplinary, and criminal responses to environmental crimes can maximize the challenge of achieving the minimum achievements in the fight against environmental crime and include the necessary productivity along with changing the scope of criminal policy. Studies showing (are explanatory for) the optimal integration of variables and fluctuations predicted in Iran's combined criminal policy against environmental delinquency through mere criminal responses and the transformation of this important issue in the coordination of empowerment or preventive strategies and developing the administrative-disciplinary network and civil society is relevant to the crimes in question. This article examines the aspects and effects of a combined criminal policy regarding environmental delinquency and effective strategies in Iran.

Keywords: *Combined criminal policy, Environmental delinquency, Respondology, Policy making.*

Accused's Defense Rights; The Concept and Different Dimensions of the Accused's Last Defense

□ *Mansour Rahmdel*

□ *Assistant professor at Islamic Azad University, Central Tehran Branch*

Among the many defense rights of the accused, the last defense, which is considered in the final stage of each stage of the trial based on the presumption of innocence principle, can be considered as

constraints of refinement on the one hand and fundamental rights in a democratic society on the other. This article concludes with an analytical-descriptive method that the observance of the four principles inspired by human rights documents in the practice (exercise, applying) of refining, including the principle of legality, the principle of legal purpose, the principle of necessity and the principle of proportionate, while increasing the efficiency of refinement and reducing the grounds for resorting to anti-refining measures by users can prevent unnecessary interference by governments in the fundamental rights and freedoms of citizens.

Keywords: *Cyberspace refinement, Freedom of expression and information, Privacy, Necessity.*

Iran's Combined Criminal Policy Towards Environmental Delinquency

□ *Shahrdad Darabi*

□ *Assistant professor at Islamic Azad University, Qom Branch*

Combined criminal policy is a decentralized movement that, by emphasizing the mobility and multiplicity of responses adopted by the community body against delinquency, guides criminal policy legislators in the areas of criminalization, respond making, and litigation process into integrated alternatives. Although, according to this, the paradigm of freedom, equality and power is considered as determined dominant model of criminal policy of governments. As far as it goes, the ability of separating or homogeneity of the combined criminal policy model in the multiplicity of criminalization, including criminality



of witness testimony, including the observance of testimony and the possibility of deviating (withdrawal) from testimony in a rape case. However, Personal knowledge of the judge, in terms of the extent of circumstantial evidence, is one of the most important indications that examples of this evidence have been extracted using judicial experience. However, a review of judicial procedure shows that suspicion casts a shadow over all the material elements (actus reus) of the crime of rape (sexual assault) and one of the main reasons for the breach of the verdict in the Supreme Court is that the rights of the victims have been severely threatened due to the widespread citation of suspicion.

Keywords: *Rape (Sexual assault), Personal knowledge of the judge, Confession, Testimony, Suspicion, Victim.*

Refinement of Cyberspace in the Light of Human Rights Documents

- *Leila Pournajafi Ghouschi (PhD student in Criminal Law & Criminology)*
- *Hossein Fakhr (Associate professor at University of Tabriz)*
- *Babak Pourghahramani (Associate prof. at Islamic Azad Univ., Maragheh)*

The refinement of cyberspace in support of some human rights and freedoms is accompanied by interference with the right to freedom of expression and information, as well as some aspects of privacy, and failure to comply with the principles and rules in its application may even lead to violations of these rights. By considering regional and international documents, it is possible to derive criteria for refining in order to achieve a model that complies with human rights standards which its function can be balanced between the

Abstracts

Challenges of Proving a Rape (Sexual Assault) Case in the Iranian Criminal Process (Procedure)

- *Mahmoud Spanlou (PhD student in Criminal Law & Criminology)*
- *Iraj Goldouzian (Retired professor at University of Tehran)*
- *Keyumars Kalantari (Professor at University of Mazandaran)*

Proof of all the actus reus (material elements) of rape requires the presentation of evidence, so in this study, the challenges in the way of organizing the evidence, using judicial experience, were examined. Studies show that two indications of witness testimony and confession are ineffective reasons in proving a rape case; because many restrictions on these two reasons have been imposed by the legislature, which has affected their probative power. Therefore, this study examines the status of incomplete and denied confessions and confessions of other non-judge actors of tribunal and the complexities

Table of contents

Challenges of Proving a Rape (Sexual Assault) Case in the Iranian Criminal Process (Procedure)/ Mahmoud Spanlou & Iraj Goldouzian & Keyumars Kalantari	3
Refinement of Cyberspace in the Light of Human Rights Documents Leila Pournajafi Ghouschi & Hossein Fakhr & Babak Pourghahramani	35
Iran's Combined Criminal Policy Towards Environmental Delinquency/ Shahraddar Darabi ..	69
Accused's Defense Rights; The Concept and Different Dimensions of the Accused's Last Defense/ Mansour Rahmdel	99
Pre-trial Criminalization of Terrorist Acts/ Farhad Shahideh & Amir Hassan Niaz Poor	123
Criminal Liability for Transmission of Corona Virus in the Iranian Penal System (With Emphasis on the Risk to Life)/ Mohsen Sharifi	161
The Components of the Security Council Resolution Depend on the Interpretation of the Provisions of the Statute in the Jurisprudence of the International Criminal Court; From Its Function to Its Achievements in the Situation of Sudan/ Javad Salehi	189
Rethinking (Reassessment) the Condition of Equality of Religion in Retaliation in the Light of Jurisprudential Opinions Seyyed Mostafa Mohaghegh Damad & Seyyed Mohsen Moosavifar & Kazem Khosravi	209
Critical Evaluation of the Documents of the Death Sentence in Adultery with the Spouse of the Father (Paragraph (b) of Article 224 of the Islamic Penal Code of 1392 (2013)) Hamid Moazzeni Bistagani & Muhammad Reza Kaykha	229
Analysis of the Legislator's Criminal Policy in (the Appended) Article 45 of the Addendum to the Anti-Narcotics (Narcoterrorism) Law Seyyed Doraid Mousavi Mojab & Rasul Ahmadzadeh & Sina Rostami	249
International Ecological Criminalization Ahmad Nasr Esfahani & Leila Raisi & Alireza Arashpour	273
Challenges Facing the Additional Jurisdiction of the Criminal Court One Esmail Haditabar & Issa Valizadeh	305
Translation of Abstracts:	
Arabic Translation/ Kamel Esmail	339
English Translation/ Muhammad Hossein Golyari	364