

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## فهرست مطالب

بررسی تطبیقی جرم تجاوز جنسی در نظام حقوقی ایران و حقوق بین الملل کیفری

- ۳ ..... دانیال پاک نژاد و مهین سبحانی و حسن شاه‌ملک پور
- ۳۵ ..... مسئله‌شناسی فساد اقتصادی از منظر دغدغه‌های سیاسی - امنیتی / سکینه خانعلی پور واجارگاه
- ۵۹ ..... مطالعه جرم‌شناختی تحولات بزهکاری در پرتو بحران اقلیمی / بهزاد رضوی فرد و حامد صفائی آتشگاه
- ۸۷ ..... حبس‌گرایی و عدول از قواعد حقوقی در جرایم مواد مخدر در پرتو بخشنامه‌گرایی قضایی / جواد ریاحی
- ۱۲۵ ..... کارکردهای اصول راهبردی آیین دادرسی کیفری / محمد مهدی ساقیان و زهرا اسلامی
- ۱۵۵ ..... شناسایی حق بر توانمندسازی بزه‌دیده: مبانی و جلوه‌ها / تهمینه شاهپوری و حسین غلامی و حسنعلی مؤذن‌زادگان
- ۱۸۵ ..... رویکرد فقهی به ضمان دیه در قتل ناشی از کیفر غیر سالب حیات / سجاد عادلان طوس و علیرضا تقی پور
- دفاع از دست دادن کنترل: تحولات حقوقی قتل ناشی از تحریک شدید احساسات
- ۲۱۹ ..... جمشید غلاملو و سپیده میرمجیدی
- ۲۵۵ ..... چالش‌های تعقیب کیفری در پرتو تغییرات اشخاص حقوقی / سیدسجاد کاظمی و حامد چگینی
- افزایش جمعیت از رهگذر مداخلات کیفری؛ نگاهی به فرایند تصویب و چالش‌های اجرای قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت / محمدباقر مقدسی و مهرانگیز روستانی
- ۲۸۵ ..... تعهد گروه‌های مسلح به عدم به کارگیری کودکان زیر ۱۵ سال در مخاصمات مسلحانه با تأکید بر قضیه لوبانگا
- ۳۱۳ ..... هیئت‌الله نژندی منش و ایمان منتظری قهجاورستانی
- مزایا و چالش‌های کاربست شواهد عصب‌شناختی در دادگاه‌های کیفری
- ۳۵۱ ..... رحیم نوبهار و محمدعلی اردبیلی و راضیه همراهی

## تَجْمِیرُ حِکْمِ الْأَیَّامِ

- ۳۷۹ ..... ترجمه عربی (موجز المقالات) / کامل اسماعیل
- ۴۰۴ ..... ترجمه انگلیسی (Abstracts) / علی برهان‌زهی

## راهنمای تدوین مقالات

- مقالات باید علمی - پژوهشی، مستند و دارای نوآوری باشند.
- مقاله ارسالی بین ۶۰۰۰ تا ۹۰۰۰ کلمه حروف چینی شده باشد.
- تیتراهای 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.

## بررسی تطبیقی جرم تجاوز جنسی

### در نظام حقوقی ایران و حقوق بین‌الملل کیفری\*

- دانیال پاک‌نژاد<sup>۱</sup>
- مهین سبحانی<sup>۲</sup>
- حسن شاه‌ملک‌پور<sup>۳</sup>

#### چکیده

پس از تصویب قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲، تحولات گسترده‌ای در جرم تجاوز جنسی صورت گرفت؛ به طوری که در ماده ۲۲۴ برای اولین بار مصادیقی از عدم رضایت ذکر شد؛ مصادیقی که در قانون ۱۳۷۰ خارج از حکم زنای به عنف بود. از طرف دیگر، در اساسنامه‌های اولین دادگاه‌های بین‌المللی کیفری، اثری از جرم‌انگاری تجاوز جنسی مشاهده نمی‌گردد؛ اما این جرم به تدریج نه تنها وارد اساسنامه دادگاه‌های بین‌المللی کیفری جدیدتر گردید، بلکه دامنه تعریف آن نیز با اتکا به رویه قضایی گسترده‌تر شد. در این پژوهش به دنبال پاسخ به این سؤال هستیم که با وجود تحولات جدید، چه شباهت و تفاوتی بین

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۶/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۲/۲۸.

۱. کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه گیلان (paknezhad.daniyal@gmail.com).

۲. استادیار گروه حقوق دانشگاه گیلان (نویسنده مسئول) (m\_sobhani@guilan.ac.ir).

۳. استادیار گروه حقوق دانشگاه گیلان (h.shahmalekpour@guilan.ac.ir).

ارکان تجاوز جنسی در نظام حقوقی ایران و حقوق بین‌الملل کیفری وجود دارد؟ در این مقاله با نگاهی تطبیقی، این یافته به دست آمده است که علی‌رغم وجود آشفتگی در قوانین ایران در خصوص تجاوز جنسی، این جرم در نظام حقوقی ایران، ترکیبی از شرایط اکراه‌آمیز و رکن عدم رضایت است؛ در صورتی که در حقوق بین‌الملل کیفری، اکثر دادگاه‌ها به قوانین کشورهای تکیه زده‌اند که عدم رضایت را ملاک تحقق جرم تجاوز جنسی قرار داده‌اند. همچنین رکن رفتار جنسی در نظام حقوقی ایران به دلیل تکیه بر تعریف فقهی زنا و لواط، بسیار محدودتر از حقوق بین‌الملل کیفری است.

**واژگان کلیدی:** تجاوز جنسی، زنا به عنف، لواط به عنف، حقوق ایران،

حقوق بین‌الملل کیفری.

### مقدمه

تجاوز جنسی یکی از کهن‌ترین و خشن‌ترین جرایم جنسی می‌باشد که از ابتدای تاریخ بشریت وجود داشته است. تجاوزهای جنسی گسترده و سازمان‌یافته، یکی از مشخصه‌های اصلی جنگ‌ها از گذشته تا کنون بوده است؛ به طوری که حتی در عصر حاضر نیز شاهد ارتکاب آن در ابعاد وسیع در برخی مناطق جهان از جمله در کشورهای منطقه هستیم. با وجود این، در اساسنامه دادگاه‌های بین‌المللی نظامی توکیو<sup>۱</sup> و نورنبرگ<sup>۲</sup> (زین‌پس: دادگاه نورنبرگ و دادگاه توکیو) به عنوان اولین نسل از دادگاه‌های بین‌المللی کیفری، تجاوز جنسی جرم‌انگاری نشده است؛ اما در آراء و تصمیمات این محاکم، شواهد قابل توجهی یافت می‌شود. جرم تجاوز جنسی در قانون شماره ۱۰ شورای کنترل و اسناد بین‌المللی بعدی از جمله اساسنامه‌های دادگاه‌های بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق<sup>۳</sup> و رواندا<sup>۴</sup> (زین‌پس: دادگاه یوگسلاوی و دادگاه رواندا) وارد شد. در نهایت بعد از تصویب اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی (زین‌پس: دیوان) در سند عناصر جرم دیوان، جرم تجاوز جنسی تعریف گردید.

1. Tokyo Charter (International Military Tribunal for the Far East Charter) (1946).
2. Nuremberg Charter (Charter of the International Military Tribunal) (1945).
3. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.
4. International Criminal Tribunal for Rwanda.

اولین تعریف از جرم تجاوز جنسی به عنوان یک جرم بین‌المللی، توسط شعبه بدوی دادگاه رواندا در پرونده آکایسو صورت پذیرفت. از نظر دادگاه، تجاوز «شکلی از تهاجم است... و یک حمله جسمی از نوع جنسی است که نسبت به یک شخص تحت اجبار ارتکاب می‌یابد» (Prosecutor v. Akayesu, 1998: paras. 597-598). با صدور حکم دادگاه یوگسلاوی در پرونده فروندزیجا در همان سال، در تعریف جرم تجاوز جنسی بین دو دادگاه مزبور شکاف پدیدار شد. به موجب رأی دادگاه اخیر، تجاوز جنسی عبارت است از:

«۱. دخول جنسی، هرچند جزئی در: الف- دبر یا قُبُل بزه‌دیده توسط آلت مرتکب یا هر شیء دیگر یا ب- در دهان بزه‌دیده توسط آلت مرتکب؛ ۲- با زور، ارعاب و فشار علیه شخص بزه‌دیده یا شخص ثالث...» (Prosecutor v. Furundzija, 1998: para. 185).

تعریف اول بر خلاف تعریف اخیر، تجاوز جنسی را محدود به رفتار جنسی توأم با نفوذ در اندام‌های بدن بزه‌دیده نکرده است.

عناصر جرم دیوان در تعریف جرم تجاوز جنسی مقرر در بند ۱ پاراگراف g از ماده ۷ اساسنامه دیوان، ارکان مادی این جرم را به دو قسمت تقسیم می‌نماید. در بند اول در تعریف رکن رفتار جنسی مقرر می‌دارد:

«۱- مرتکب با رفتار منجر به دخول هرچند جزئی، به هر قسمت از بدن بزه‌دیده یا مرتکب با یک آلت جنسی، یا قسمت دبر یا قُبُل بزه‌دیده با هر شیء یا هر بخشی از بدن تجاوز می‌نماید».

تعریف عناصر جرم دیوان از رکن اول تجاوز جنسی، نه همانند تعریف اول بسیار موسع و نه همانند تعریف دوم بسیار مضیق است. در رابطه با رکن دوم جرم تجاوز جنسی به موجب عناصر جرم دیوان اعلام شده است:

«حمله باید با اجبار، تهدید به اجبار یا اکراه، مانند ترس از خشونت، تهدیدهای غیرقانونی، بازداشت، فشار روانی یا سوءاستفاده از قدرت علیه بزه‌دیده یا شخص دیگر، یا سوءاستفاده از شرایط اکراه‌آمیز، یا حمله ارتكابی علیه شخصی که قادر به ابراز رضایت حقیقی نیست، ارتکاب یابد».

در رابطه با لزوم وجود اجبار یا عدم رضایت هم بین تعاریف مذکور اختلاف وجود دارد؛ در حالی که تعاریف اولیه بر لزوم وجود اجبار برای اثبات جرم تجاوز جنسی تأکید داشته‌اند، تعریف عناصر جرم دیوان، صرف وجود شرایطی را که در آن نتوان اعلام رضایت نمود، جهت اثبات رکن دوم جرم کافی دانسته است. این در حالی است که اخیراً در نظام‌های حقوقی داخلی به منظور اثبات جرم تجاوز جنسی، صرف اثبات عدم رضایت را کافی می‌دانند.<sup>۱</sup>

در حقوق کیفری ایران در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ همانند قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ به تبعیت از کتب فقهی، بزهی با عنوان تجاوز جنسی جرم‌انگاری نشده است؛ اما می‌توان با توجه به دو عنوان مجرمانه «زنای به عنف» و «لواط به عنف» و با در نظر گرفتن تعاریف زنا و لواط مندرج در مواد ۲۲۱ و ۲۳۳ این قانون، به تعریف تجاوز جنسی رسید. به موجب ماده ۲۲۱ قانون مجازات:

«زنا عبارت است از جماع مرد و زنی که علقه زوجیت بین آن‌ها نبوده و...».

به موجب تبصره ۱ این ماده:

«جماع با دخول اندام تناسلی مرد به اندازه ختنه‌گاه در قبل یا دبر زن محقق می‌شود».

به موجب ماده ۲۳۳:

«لواط عبارت از دخول اندام تناسلی مرد به اندازه ختنه‌گاه در دبر انسان مذکر است».

به موجب مواد ۲۲۴ و ۲۳۴، هر یک از جرایم بالا در صورتی که با عنف صورت پذیرند، با مجازات اعدام مواجه خواهند شد و در واقع همان جرم تجاوز جنسی هستند، بدون اینکه قانون‌گذار در صدد تعریف جداگانه این جرم برآید؛ موضوعی که سؤال‌های بسیاری را به ویژه با بررسی تطبیقی در تعریف جرم تجاوز جنسی در سایر

۱. بر اساس تفسیر دیوان عالی ایالت کانزاس از کد جزایی کانزاس در پرونده بروکز، یک متهم می‌تواند محکوم به تجاوز جنسی شود، اگر بزه‌دیده به دلیل ترس ناشی از تهدیدهای غیر جسمی (بدون رضایت واقعی)، حاضر به رابطه جنسی با متهم شده باشد (Hanus, 2016: 1141).

نظام‌های حقوقی و حقوق بین‌الملل کیفری ایجاد خواهد نمود.

مهم‌ترین سؤال در رابطه با رکن اول جرم تجاوز جنسی است: اگر رابطه جنسی توأم با اجبار و اکراه ولو خارج از حدود مقرر در تعریف زنا و لواط بین دو نفر اتفاق افتد، آیا جرم تجاوز در نظام حقوقی ایران محقق نشده است؟ برای مثال، اگر آلت جنسی در سایر اندام‌های بدن یک انسان به اجبار وارد شود، نمی‌توان آن را مصداق جرم تجاوز جنسی دانست؟ این در حالی است که تعریف عناصر جرم دیوان از رکن رفتار جنسی به قدری موسع است که تمام صور متصور برای ارتکاب تجاوز و دخول را در بر می‌گیرد و از نظر جنسی نیز بی‌طرف است.

سؤال دوم اینکه با توجه به عدم تعریف عنف در نظام حقوقی ایران، آیا منظور از عنف همان عدم رضایت است یا صرفاً محدود به اجبار می‌شود؟ در نظام حقوق بین‌الملل کیفری نیز پاسخ به این سؤال با توجه به تفاوت‌های محسوس در تعریف رکن دوم تجاوز جنسی از لزوم وجود اجبار، عدم رضایت و یا وجود شرایط اکراه‌آمیز، نیازمند تحقیق و بررسی است. بنابراین برای پاسخ به سؤال‌های فوق، این مقاله در دو قسمت به بررسی تطبیقی بخش اول و دوم رکن مادی جرم تجاوز جنسی در دو نظام حقوق بین‌الملل کیفری و نظام حقوقی ایران خواهد پرداخت.

## ۱. رفتار جنسی در جرم تجاوز جنسی در نظام حقوقی ایران و حقوق بین‌الملل کیفری

جرم «تجاوز جنسی»، شدیدترین جرم جنسی است که هیچ‌گاه تحت این عنوان در قوانین کیفری ایران به رسمیت شناخته نشده است؛ بلکه تحت تأثیر فقه اسلامی و ذیل عنوان زنا و لواط به عنف جرم‌انگاری شده است. اصلی‌ترین بار معنایی که واژه تجاوز به همراه دارد، عنصر نارضایتی فرد مورد تجاوز است. قید جنسی که با اضافه شدن به واژه تجاوز بار معنایی خاصی در بر دارد، مربوط به تمامی اعمالی است که به جنسیت یعنی مرد یا زن بودن و وجه تمایز بارز آن اندام تناسلی، ارتباط می‌یابد (حاجی‌ده‌آبادی و همکاران، ۱۳۹۲: ۳۹). در نتیجه، تجاوز جنسی مفهومی عام است؛ زیرا به رفتارهایی چون

لواط و یا دخول آلت تناسلی به دهان نیز تسری می‌یابد. برای مثال، انواع روابط جنسی از نوع دخول، بدون اراده و میل مفعول، خواه بین زن و مرد یا بین دو مرد و یا بین یک فرد بزرگسال و یک طفل باشند، همه تجاوز جنسی محسوب می‌شوند (همان). به دلیل عدم تعریف تجاوز جنسی به عنوان یک جرم مستقل در نظام حقوقی ایران، ابتدا باید به تعریف رفتار جنسی در دو جرم زنا و لواط در نظام حقوقی ایران، و آنگاه به بررسی رکن رفتار جنسی در جرم تجاوز جنسی در حقوق بین‌الملل کیفری پرداخت.

### ۱-۱. رفتار جنسی در جرم تجاوز جنسی در نظام حقوقی ایران

علی‌رغم شیوع گسترده تجاوز جنسی به عنوان یکی از شنیع‌ترین جرایم در هر جامعه، متأسفانه این جرم در نظام حقوقی ایران به عنوان یک جرم مستقل جرم‌انگاری نشده است. تنها بعد از جرم‌انگاری زنا و لواط به عنوان جرایم جنسی توأم با رضایت طرفین، در صورت ارتکاب آن‌ها در شرایط عنف، جرم تجاوز جنسی در نظام حقوقی ایران محقق شده است. زنا یا به عنف و لواط به عنف نیز به صورت مستقل از جرایم زنا و لواط تعریف نشده‌اند، از این رو جهت تعریف تجاوز جنسی، ناچار به مراجعه به این تعاریف هستیم.

#### ۱-۱-۱. زنا

قانون مجازات اسلامی طبق ماده ۲۲۱، زنا را این گونه تعریف کرده است:

«زنا عبارت است از جماع مرد و زنی که علقه زوجیت بین آن‌ها نبوده و از موارد وطی به شبهه نیز نباشد. تبصره ۱- جماع با دخول اندام تناسلی مرد به اندازه ختنه‌گاه در قُبُل یا دُبُر زن محقق می‌شود».

چنانچه از تعریف ارائه‌شده برمی‌آید، زنا وقتی محقق می‌شود که دخول از طرف مرد نسبت به زن صورت بگیرد. پر واضح است که طبق قانون، دخول باید توسط آلت تناسلی صورت گیرد، وگرنه استفاده از اشیاء یا سایر اعضای بدن مانند انگشت شامل این تعریف نمی‌شود و فرو بردن آلت در دهان زن از این تعریف خارج است.

از موضوعات قابل تأمل قانون مجازات اسلامی ایران، حکم تبصره ۲ ماده ۲۲۱ درباره زنا یا نابالغ است. به موجب این تبصره:



«هر گاه طرفین یا یکی از آن‌ها نابالغ باشد، زنا محقق است؛ لکن نابالغ مجازات نمی‌شود و حسب مورد به اقدامات تأمینی و تربیتی مقرر در کتاب اول این قانون محکوم می‌گردد».

در نتیجه، مقنن ایران رضایت نابالغ را برای رابطه جنسی معتبر شمرده است که بسیار قابل تأمل است. زنا یک رابطه دوطرفه است؛ رابطه‌ای که دو طرف با رضایت کامل و به هدف التذاذ جنسی با یکدیگر عمل جماع را انجام می‌دهند. اگر یکی از این دو طرف نابالغ باشد، نه تنها هیچ لذت جنسی نمی‌برد، بلکه جسم و روح وی نیز لطمه و ضربه می‌بیند. شایسته است که رابطه جنسی مرد بالغ با دختر نابالغ را از مصادیق آزار و اذیت جنسی بدانیم و نه زنا؛ مجازات آن نیز شدیدتر از مجازات حدی (۱۰۰ ضربه شلاق) می‌تواند باشد (شاه‌ملک‌پور، ۱۳۹۳: ۱۹).

نکته جالب توجه دیگر در تعریف زنا در قانون مجازات اسلامی این است که نباید بین زن و مرد علقه زوجیت وجود داشته باشد. با توجه به اینکه قانون‌گذار در هیچ جای دیگری به تعریف زنای به عنف نپرداخته است، در نتیجه از نظر نظام حقوقی ایران تجاوز جنسی در رابطه بین زوجین ولو به عنف و اکراه هم باشد، محقق نمی‌گردد. این در حالی است که در سایر نظام‌های حقوقی، امکان وقوع تجاوز در روابط بین زوجین هم وجود دارد؛ برای نمونه می‌توان به نظام حقوقی آمریکا اشاره نمود. گرچه طبق قواعد کامن‌لا بنا به دلایل مختلف از جمله نظریه یگانگی<sup>۱</sup>، شخصی بودن روابط جنسی زن و شوهر و رضایت غیر قابل استرداد زن ضمن عقد نکاح، امکان تجاوز از سوی شوهر نسبت به همسر قانونی وجود نداشت، اما به تدریج با پذیرش امکان انحلال یک‌جانبه عقد نکاح از سوی زن، رضایت ضمنی وی برای رابطه جنسی ضمن عقد نکاح نیز قابل استرداد شناخته شد. این امر راه را برای پذیرش امکان وقوع تجاوز جنسی در روابط بین زوجین باز نمود؛ به طوری که در دهه‌های ۸۰ و ۹۰ قرن بیستم، تمام ایالات در آمریکا تجاوز جنسی در روابط زوجین را جرم‌انگاری نمودند و در سال ۱۹۸۶ نیز

۱. به موجب این نظریه، زن و شوهر با ازدواج، یک شخصیت حقوقی می‌شوند. در واقع، زنان شخصیت حقوقی خود را در ازدواج از دست می‌دهند و به عنوان اموال شوهر تلقی می‌شوند (Bennice & Resick, 2003: 229).

قانون سوءاستفاده جنسی فدرال، تجاوز جنسی در روابط بین زوجین را در تمام ایالات به عنوان یک جرم فدرال جرم‌انگاری نمود. گرچه قوانین برای این دسته از تجاوزهای جنسی، مجازات‌های خفیف‌تری در نظر گرفته‌اند (Bennice & Resick, 2003: 231).

در مقابل، برخی معتقدند که گرچه در تعریف زنا شرط عدم زوجیت شده است، اما این مسئله، دلیل بر چشم‌پوشی قانون‌گذار در خصوص عنف واردشده در رابطه زناشویی نیست. قاعده لاضرر نیز می‌تواند صحنه بر این امر بگذارد. فرد بزه‌دیده می‌تواند آسیب‌های وارده ناشی از عنف در زناشویی و یا آسیب‌هایی را که به سبب تعداد نامتعارف نزدیکی، شکل نامتعارف آلت تناسلی همسر و یا از طریق همبستری نامتعارف مثل وطی از دبر بر او عارض شده است، از طریق طرح شکایت ایراد صدمه و یا ایراد جراحت در دادگاه کیفری مطرح کرده و از این طریق، دیه جراحت وارده را بر اساس قانون دیه و ارش مطالبه کند. از سوی دیگر، از طریق دادگاه خانواده نیز می‌تواند با طرح مسئله به کمک ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی مبنی بر عسر و حرج، تقاضای طلاق کرده و یا مطابق ماده ۱۱۱۵ قانون مدنی جهت امنیت خود، محل زندگی‌اش را جدا سازد (گودرزی و همکاران، ۱۳۹۵: ۸۸). در پاسخ باید اعلام نمود که موارد فوق صرفاً بیانگر مسئولیت حقوقی مرد در قبال زیان وارده به همسرش هستند. بنابراین از نظر قانون‌گذار ایرانی، زنا به عنف در رابطه زوجین ارتکاب نمی‌یابد.

### ۱-۲-۱. لواط

ماده ۲۳۳ قانون مجازات اسلامی ایران در تعریف لواط بیان داشته است:  
 «لواط عبارت از دخول اندام تناسلی مرد به اندازه ختنه‌گاه در دبر انسان مذکر است».

با توجه به تعریفی که قانون‌گذار در ماده ۲۳۳ از لواط داشته است، رفتار این جرم عبارت است از اثر مجرمانه مردی که آلت رجولیت خود را در مقعد مردی دیگر به اندازه ختنه‌گاه خود داخل نماید. در نتیجه، فرو بردن انگشت یا هر وسیله دیگر غیر از آلت جنسی مردانه در مقعد یا هر قسمت از بدن مرد دیگر، عمل لواط به حساب نمی‌آید. اگر هر یک از اعمال اخیر با عنف و یا نسبت به یک پسر نابالغ ارتکاب یابند، لواط به

عنف هم محسوب نمی‌شوند؛ زیرا اصلاً در زمره تعریف لواط قرار نمی‌گیرند؛ خلئی که به شدت در نظام حقوقی ایران از جهت تعریف مضیق لواط و عدم تعریف مستقل تجاوز جنسی احساس می‌گردد.

در خصوص مجازات لواط، ماده ۲۳۴ قانون مجازات اسلامی اشعار می‌دارد: «حد لواط برای فاعل، در صورت عنف، اکراه یا دارا بودن شرایط احصان، اعدام و در غیر این صورت صد ضربه شلاق است. حد لواط برای مفعول در هر صورت (وجود یا عدم احصان) اعدام است».

بعضی در خصوص مجازات مفعول نظری داده‌اند که قابل نقد است: «سلب حیات از مفعول، چه در حال احصان باشد و چه در حال غیر احصان، کاملاً صحیح، منطقی و معقول به نظر می‌رسد؛ چرا که شاید بتوان عمل شنیع فاعل غیر محصن را توجیه نمود، لیکن عمل مفعول به هیچ عنوان قابل توجیه نخواهد بود؛ چرا که در جماع، فاعل بودن از غریزه و خصوصیات مرد است و مفعول واقع شدن از خصایص و غریزه‌های جنس زن می‌باشد. حال مردی که با عقل و اختیار می‌پذیرد این عمل را انجام دهد، مسلماً مستحق مرگ خواهد بود؛ چرا که توجیه عقلی، شرعی و منطقی برای این کار ندارد» (قنبری‌زاده، ۱۳۹۶: ۲۴).

در انتقاد به این نظر باید گفت، اگر بخواهیم از دید منطقی و عقلی به مجازات جرم لواط نگاه کنیم، رفتار هیچ کدام از فاعل و مفعول عاقلانه و منطقی نیست. همان قدر که عمل فاعل شنیع است، عمل مفعول نیز دارای قبح می‌باشد. همچنین در این خصوص نباید افراد تراجنسیتی را به فراموشی سپرد؛ امری که در هیچ کدام از مواد قانون مجازات، نه در تعریف زنا و نه لواط به آن‌ها اشاره نشده است.

## ۲-۱. رفتار جنسی در نظام حقوق بین‌الملل کیفری

در مشوره‌های دادگاه نورنبرگ و همچنین دادگاه توکیو، هیچ اشاره‌ای به خشونت جنسی نشده است. با وجود این، در رویه قضایی دادگاه توکیو شواهد حاکی از به رسمیت شناختن تجاوز جنسی به عنوان یک جنایت جنگی و جنایت علیه بشریت است؛ برای مثال، ژنرال ماتسوی<sup>۱</sup> فرمانده نیروهای ژاپنی در اشغال نانکینگ ماتسوی به

1. Iwane Matsui.

جرم جنایات جنگی و جنایت علیه بشریت به دلیل تجاوز جنسی ارتكابی نیروهایش محکوم شد (Jarvis, 2000: 5). در نتیجه، نه منشور نورنبرگ و نه توکیو حاوی ماده‌ای صریح نبوده است که جنایات جنسی را به عنوان جنایات جنگی یا جنایت علیه بشریت به رسمیت بشناسد یا بخواهد تعریفی از تجاوز جنسی ارائه دهد؛ اما تصمیم دادستانی دادگاه توکیو برای داخل کردن اعمال خشونت جنسی در اتهامات جنایات جنگی و به رسمیت شناختن تجاوز جنسی به عنوان یک جنایت جنگی، سنگ بنای جرم‌انگاری تجاوز جنسی به عنوان یک جرم بین‌المللی را بنا نهاد (Dittrich & Linggen, 2020: 125). با این حال، دادگاه‌های بعدی از جمله دادگاه‌های طبق قانون شماره ده شورای کنترل<sup>۱</sup>، زمینه محاکمه جنایتکاران جنگی نازی را که در نورنبرگ با آن‌ها برخورد نشده بود، فراهم کردند. در این سند، تجاوز جنسی به صراحت به عنوان یکی از جنایات تحت صلاحیت دادگاه شناخته شده است (Jarvis, 2000: 5)<sup>۲</sup>.

اولین تعریف از جرم تجاوز جنسی به عنوان یک جرم بین‌المللی، توسط شعبه بدوی دادگاه رواندا در پرونده آکایسو صورت پذیرفت. از نظر دادگاه، تجاوز «شکلی از تهاجم است... و یک حمله جسمی از نوع جنسی است که نسبت به یک شخص تحت اجبار ارتکاب می‌یابد» (Prosecutor v. Akayesu, 1998: paras. 597-598). «دادگاه خشونت جنسی را که شامل تجاوز جنسی می‌باشد، این گونه قلمداد می‌نماید: هر عملی است که با ماهیت جنسی نسبت به یک شخص تحت شرایط اجباری ارتکاب می‌یابد. خشونت جنسی به دخول فیزیکی محدود نمی‌شود و ممکن است شامل اعمالی گردد که دخول یا حتی تماس فیزیکی را در بر نمی‌گیرد» (Ibid.: paras. 598, 688). همان گونه که از تعریف برمی‌آید، دادگاه در تعریف تجاوز جنسی، خود را محدود به دخول جنسی نکرده و هر گونه عمل جنسی تحت شرایط اجباری را در ذیل تجاوز جنسی قرار داده است.

1. Control Council Law No. 10.

۲. «ماده ۲- هر یک از اقدامات زیر جرم شناخته می‌شود: (c) جنایات علیه بشریت. جنایات و جرایمی از قبیل قتل، نابودسازی، بردگی، تبعید، زندان، شکنجه، تجاوز جنسی یا سایر اقدامات غیر انسانی انجام شده علیه هر جمعیت غیر نظامی یا آزار و اذیت به دلایل سیاسی، نژادی یا مذهبی؛ خواه نقض قوانین داخلی کشوری باشد که در آن انجام شده است یا خیر».

از طرف دیگر، دادگاه یوگسلاوی برای اولین بار البته بدون ارائه تعریف، تجاوز جنسی را تحت بند g ماده ۵ به عنوان جنایت علیه بشریت مطرح نمود؛ لیکن این دادگاه تعریفی از تجاوز جنسی را در قضایایی که به آن رسیدگی کرده است، بیان کرده است (خاک، ۱۳۸۷: ۱۱۳). دادگاه در پرونده فروندزیجا<sup>۱</sup> ضمن دو قسمتی نمودن رکن مادی تجاوز جنسی، قسمت اول رکن مادی تجاوز را بدین گونه تعریف نمود:

«۱- دخول جنسی هرچند جزئی در: الف) دبر یا قبل بزه‌دیده توسط آلت مرتکب یا هر شیء دیگری، یا ب) دهان بزه‌دیده توسط آلت مرتکب»  
(Prosecutor v. Furundzija, 1998: para. 185).

دادگاه یوگسلاوی در قضیه کوناراج نیز در تعریف قسمت اول رکن مادی جرم تجاوز، مشابه تعریف فروندزیجا عمل نمود و به این نتیجه رسید که عمل مجرمانه تجاوز جنسی در حقوق بین‌الملل به شرح زیر است:

«الف) دخول هرچند جزئی از واژن یا مقعد بزه‌دیده توسط آلت تناسلی مجرم یا هر شیء دیگری که توسط مرتکب استفاده شده است، یا ب) در دهان بزه‌دیده توسط آلت تناسلی مجرم...» (Prosecutor v. Kunarac et al., 2002: para. 127).

این تعریف همچون بخش اول تعریف فروندزیجا از تجاوز جنسی، محدود به ارگان‌های خاصی از بدن می‌شود و همچنین برای تحقق این جرم، دخول هرچند جزئی ضرورت دارد. با وجود این، بزه‌دیده این جرم همواره کسی است که بدنش موضوع دخول واقع می‌شود (مفعول) و در واقع حالتی را که شخصی مجبور به انجام دخول جنسی شده است (فاعل مجبور)، در بر نمی‌گیرد. نکته دیگر تعریف این است که از نظر جنسی بی‌طرف است، به طوری که بزه‌دیده می‌تواند زن یا مرد یا یک تراجنس باشد.

در دادگاه ویژه سیرالئون<sup>۲</sup> در پرونده چارلز تیلور، دادگاه در تعریف تجاوز جنسی از رویه دادگاه یوگسلاوی در پرونده کوناراج تبعیت نمود (Oosterveld, 2012: 13). از نظر دادگاه، تجاوز جنسی عبارت است از:

1. Furundzija Case.
2. The Special Court for Sierra Leone.

«۱- دخول بدون رضایت، هرچند جزئی، به واژن یا مقعد مقتول توسط آلت تناسلی مجرم یا هر چیز دیگری که توسط مرتکب استفاده شده باشد، یا دهان بزه‌دیده توسط آلت تناسلی مجرم...» (Prosecutor v. Taylor, 2012: para. 415).

جالب اینجاست که دادگاه سیرالئون در پرونده قدیمی‌تر در سال ۲۰۰۹ در رسیدگی به اتهام‌های اعضای گروه راف،<sup>۱</sup> دیدگاه متفاوتی در رابطه با تعریف تجاوز جنسی پذیرفت (Oosterveld, 2012: 12). به موجب رأی دادگاه سیرالئون:

«۱- مرتکب با رفتار منجر به دخول هرچند جزئی، به هر قسمت از بدن بزه‌دیده یا مرتکب با یک آلت جنسی، یا قسمت دبر یا قبل بزه‌دیده با هر شیء یا هر بخشی از بدن تجاوز می‌نماید...» (Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao, 2009: para. 145).

این قسمت از رأی دادگاه سیرالئون در تعریف قسمت اول رکن مادی تجاوز کاملاً برگرفته از تعریف عناصر جرم دیوان است که در آن، مردی هم که مجبور به انجام رابطه جنسی با یک زن یا مرد دیگر شده است، به عنوان بزه‌دیده جرم تجاوز جنسی در نظر گرفته شده است. این اعتقاد وجود دارد که عدم اعمال بزه تجاوز در پرونده تیلور نسبت به مردانی که مجبور به انجام عمل تجاوز شده‌اند، به دلیل موانع شکلی در اصلاح کیفرخواست اولیه بوده و به هیچ وجه، بیانگر عدول دادگاه سیرالئون از تعریف موسع قبلی از جرم تجاوز نبوده است (Oosterveld, 2012: 14).

در شعب ویژه کامبوج<sup>۲</sup> (زین پس شعب کامبوج) در پرونده «۰۲/۰۰۲»<sup>۳</sup> رسیدگی به جرم تجاوز جنسی در چارچوب اتهام ازدواج اجباری صورت گرفت. این ازدواج‌ها بنا بر اجبار متهمان انجام گرفته و زنان و مردان موضوع ازدواج اجباری، فشارهای روانی و اجتماعی سنگینی را متحمل شده بودند (Fry & Sliedregt, 2020: 711-715). دادگاه کامبوج در پرونده «۰۲/۰۰۲» در تعریف رکن اول تجاوز جنسی، از همان تعریف دادگاه یوگسلاوی تبعیت نمود و تجاوز را محدود به دخول جنسی در واژن یا مقعد

1. RUF (Revolutionary United Front).

گروه شورشی مسلح که از سال ۱۹۹۱ تا ۲۰۰۲ در سیرالئون، جنگ داخلی را رهبری کردند که طی آن، کشتار، تجاوزهای جنسی گسترده و سربازگیری کودکان و جنایات دیگر ارتکاب یافت.

2. Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC).

3. Nuon Chea & Khieu Samphan.

توسط آلت جنسی یا هر شیء دیگر توسط مرتکب و یا دخول در دهان بزه دیده توسط آلت جنسی مرتکب دانست (Prosecutor v. Samphan & Chea, 2018: para. 731). همچنین با توجه به تعریف تجاوز جنسی که ملازمه با دخول به بدن بزه دیده دارد، دادگاه کامبوج بر خلاف پرونده راف در دادگاه سیرالئون و عناصر جرم دیوان، این امکان را که مردان در جریان ازدواج‌های اجباری در این پرونده به عنوان بزه دیده جرم تجاوز جنسی تلقی شوند، رد نمود و حتی مردان بزه دیده ازدواج اجباری را به عنوان بزه دیدگان سایر اعمال غیر انسانی نیز به رسمیت نشناخت؛ زیرا از نظر دادگاه، شدت اعمال ارتكابی در حد سایر اعمال غیر انسانی نبود (Fry & Slidregt, 2020: 714-716).

عناصر جرم دیوان در تعریف رکن رفتار جنسی مقرر می‌دارد:

«۱- مرتکب با رفتار منجر به دخول هر چند جزئی، به هر قسمت از بدن بزه دیده یا مرتکب با یک آلت جنسی، یا قسمت دبر یا قبل بزه دیده با هر شیء یا هر بخشی از بدن تجاوز می‌نماید».

تعریف عناصر جرم دیوان از رکن اول تجاوز جنسی، نه همانند تعریف اول دادگاه روآندا بسیار موسع و نه همانند تعریف دوم دادگاه یوگسلاوی بسیار مضیق است. نکته جالب تعریف دیوان در این است که از نظر جنسی بی طرف است و حتی احتمال ارتكاب تجاوز جنسی از طرف زنان را هم در نظر گرفته است. اما تفاوت مهم در تعریف رفتار جنسی در دیوان با دادگاه‌های پیشین در این است که لازم نیست مرتکب تجاوز جنسی حتماً فاعل باشد، بلکه امکان دارد متهم در وضعیت مفعول باشد؛ زیرا در تعریف، به دخول جنسی در بدن مرتکب هم تصریح شده است. بنابراین شخصی نیز که دیگری را به ارتكاب دخول جنسی در بدنش بر خلاف رضایتش مجبور می‌نماید، متهم به تجاوز جنسی می‌شود.

بنابراین بر خلاف رأی دادگاه کامبوج، تعریف عناصر جرم دیوان از تجاوز، قابلیت این تفسیر را دارد که مرد فاعل عمل جنسی فاقد رضایت را نیز به عنوان بزه دیده تجاوز جنسی قلمداد کنیم.

## ۲. عنف، اجبار، عدم رضایت و شرایط اکراه‌آمیز در نظام حقوقی ایران

### و نظام حقوق بین‌الملل کیفری

در قسمت دوم رکن مادی جرم تجاوز جنسی در نظام حقوقی ایران به واژه عنف یا اکراه اشاره شده است؛ در حالی که در تبصره ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی به مصادیقی از عدم رضایت اشاره شده است. در دادگاه‌های بین‌المللی کیفری هم شاهد طیفی از اجبار تا عدم رضایت هستیم تا اینکه در نهایت در دیوان کیفری بین‌المللی به شرایط اکراه‌آمیز اکتفا شده است.

### ۱-۲. زنای به عنف

در حال حاضر، بند ت ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی، مستند جرم زنای به عنف یا اکراه است که اعدام را نیز برای مرتکب در نظر گرفته است. مسئله مهمی که در حوزه جرم‌انگاری این عمل نقدپذیر است، عدم وجود تعریف مشخص و مستقل از این جرم در قوانین کیفری داخلی و متناسب با تحولات جرم‌شناختی این جرم است (فرجی‌ها و آذری، ۱۳۹۰: ۲۸۹). در مقابل، به موجب تبصره ۲ ماده ۲۲۴ قانون مجازات:

«هر گاه کسی با زنی که راضی به زنا با او نباشد، در حال بیهوشی، خواب یا مستی زنا کند، رفتار او در حکم زنا با عنف است. در زنا از طریق اغفال و فریب دادن دختر نابالغ یا از طریق ربایش، تهدید و یا ترساندن زن، اگرچه موجب تسلیم شدن او شود نیز حکم فوق جاری است».

این نوع جرم‌انگاری، با اصول اولیه قانون‌گذاری و جرم‌انگاری یک عمل تناقض آشکاری دارد؛ بدین نحو که بیان مجازات برای یک رفتار بدون در نظر گرفتن شرایط و ذکر اوصاف و چگونگی تحقق آن و یا عدم شفافیت در بیان شرایط تحقق، موجب یک تفسیر سلیقه‌ای در عمل به قانون خواهد شد (صالحی، ۱۳۹۰: ۸). سؤالی که ذیل عنوان زنای به عنف در نظام حقوقی ایران مطرح می‌شود این است که در رابطه با قسمت دوم رکن مادی این جرم، عدم رضایت ملاک قرار گرفته است یا شرایط اکراه‌آمیز؟

در اصطلاحات حقوقی، عنف عکس رفق و مدارا معرفی شده است و به عبارتی،



اقدام و واداشتن کسی بدون رضای او توأم با عمل مادی یا معنوی، عنف نامیده می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۴۷۶). برخی در تعریف زنا یا به عنف اعلام داشته‌اند:

«زنا یا به عنف ارتکاب عمل نزدیکی با یک زن یا دختر بر خلاف میل و توافق او، خواه غلبه بر تمایل او با تهدید به اعمال زور انجام گیرد، خواه به کمک دارو و یا سموم کشنده یا به دلیل نقایص عقلانی، بزه‌دیده قادر به قضاوت منطقی نبوده یا سنش پایین‌تر از سن اختیاری رضایت باشد» (اوحدی، ۱۳۸۴: ۳۰۸).

آنچه از آن به عنوان عنصر اساسی عنف می‌توان نام برد، فقدان اراده یا فقدان رضایت در بزه‌دیده است. «جبر و قهر» یا «قهر و غلبه»، دیگر مفهوم مرتبط با عنف است. قهر و غلبه اخص از عنف است؛ زیرا عنف در مفهوم کلی علاوه بر عنف مادی، شامل عنف معنوی نیز می‌شود. علی‌رغم اشتراک عنف با اصطلاحات مذکور در عنصر عدم رضایت بزه‌دیده، در اکراه، این عدم رضایت اختصاص به وجود تهدیدی از سوی مرتکب دارد و در اجبار، جبر و قهر یا قهر و غلبه نیز عدم رضایت ناشی از سلب اراده از بزه‌دیده است. بنابراین دیگر وضعیت‌هایی که بزه‌دیده فاقد اراده سالم برای ابراز رضایت است، مانند مواردی که در حالت بیهوشی قرار دارد یا مورد فریب واقع می‌شود یا فاقد قوه ادراک یا تمییز می‌باشد، مشمول عناوین قانونی اکراه یا اجبار قرار نمی‌گیرند، بلکه مصداق عنف تلقی می‌شوند. بر خلاف اکراه و اجبار، عنف اصطلاحی عام است که ناظر به تمام موقعیت‌هایی است که در آن‌ها، بزه‌دیده اراده نداشته یا اراده وی مخدوش بوده است (برهانی و دادجو، ۱۳۹۶: ۱۳۵).

در بیشتر کتب فقهی مذاهب اهل سنت، زنا یا به عنف معنون نیست، بلکه عنوان زنا یا به اکراه مطرح است؛ چنان که بهوتی می‌نویسد که اگر زنی به قهر و غلبه و یا ضرب و شتم و یا به واسطه ممنوع شدن از اکل و شرب و مضطر شدن و امثال آن، به انجام زنا مکره شود، زنا او مستوجب مجازات نیست، ولی در خصوص مرد مکره اختلاف نظر است. در نظر مالکیه، مفهوم زنا یا به عنف گسترده‌تر است و هر گونه زنا یا بدون رضایت از جمله زنا یا زن در حال خواب را مشمول حکم زنا یا به عنف می‌داند. غالباً در مبحث زنا یا به عنف، از قهر و زور و اکراه سخن به میان می‌آورند، در حالی که در بیان مالک، به مسئله غصب به معنای نارضایتی زن اشاره شده است.

در روایات وارده در منابع شیعه نیز بر مفهوم غضب امرأه تأکید شده است: «اغتصب امرأه فرجها»، یعنی زنایی که زن رضایت ندارد و به او تجاوز شده است. با این حال، عمدتاً در فتاوی شیعه به مفهوم اکراه و عنف اشاره شده است (شاه‌ملک‌پور، ۱۳۹۴: ۲۱-۲۳). شایان ذکر است که مقنن در مورد عنف و اکراه، حداقل در حدود، قلمی ثابت نداشته است؛ برای مثال در تبصره ۱ ماده ۲۱۸، و مواد ۲۲۴، ۲۳۴ و ۲۴۱ قانون مجازات، عنف جدای از اکراه آمده است. لیکن ماده ۲۵۳ همان قانون در باب قذف از بیان عنف غافل مانده و فقط به اکراه اشاره کرده است. مقنن در تبصره ۲ ماده ۲۲۴، مصادیقی را در حکم زنا به عنف شمرده است که ماهیت اساسی آن‌ها عدم رضایت است.

با بررسی ماده ۲۲۴ و تبصره ۲ آن، به این نتیجه خواهیم رسید که آنچه در قانون مجازات اسلامی ذیل عنوان زنا به عنف یا اکراهی آمده است، همان اکراه و اجبار است. شرایط اکراه‌آمیز یعنی عواملی که از مرتکب جرم علیه بزه‌دیده صادر می‌شود، که می‌توان به تحت بازداشت بودن بزه‌دیده اشاره نمود. اکراه به تنهایی مواردی را که تهدیدی صورت پذیرفته است، در بر می‌گیرد؛ در حالی که عنف با مفهومی اعم از این دو، شامل سایر موقعیت‌هایی می‌شود که بزه‌دیده اراده‌ای نداشته یا در صورت داشتن اراده، رضایتش معیوب است. در خصوص رکن عدم رضایت نیز مقنن به طور محدود فقط بعضی موقعیت‌ها را در تبصره جای داده است؛ موقعیت‌هایی که منحصر به خواب، مستی و بیهوشی می‌شود، لیکن جعل هویت همسر، ناتوانی‌های جسمی روانی و جنون در آن جای ندارد.

برای مثال، در پرونده کلاسه ۸۸۰۹۹۸۳۸۱۲۶۰۰۲۷۵، شاکیه مدعی شده است که از حدود دو سال با متهم آشنا شده و ابتدا در زیرزمین، وی را از ناحیه دبر مورد تجاوز قرار داده و سپس با تهدید به داشتن فیلم و عکس، چندین مرحله در مکان‌های مختلف به او تجاوز کرده است. شاکی علت عدم اقدام به شکایت را فقدان هر گونه دلیل دانسته است. در نهایت، دادگاه با توجه به محتویات پرونده و انکار مصرانه و مجلدانه متهم و عدم کفایت ادله، حکم بر براءة صادر کرده است؛ لیکن چون رفتار ارتكابی از ناحیه متهم، منطبق با بزه رابطه نامشروع بوده است، وی به تحمل ۹۹ ضربه شلاق تعزیری محکوم شده است (علی‌محمدی، ۱۳۹۲: ۱۲۳). همان‌گونه که مشهود است، در

این پرونده، بار اثبات ادعای زنای به عنف بر عهده زن مدعی گذاشته شده است و دادگاه صرف ادعای عدم وجود رضایت از سوی شاکیه را دلیل بر وقوع تجاوز نمی‌داند. به این ترتیب با توجه به ماده ۲۲۴ باید گفت که از نظر قانون‌گذار، عنف محدود به اکراه و شرایط اکراه‌آمیز شده است و مواردی که عدم رضایت ملاک است، در حکم زنای به عنف دانسته شده است. در واقع، قانون‌گذار نظر فقهی عنف به معنای غصب و عدم رضایت را نپذیرفته و به همین دلیل، برخی مصادیق عدم رضایت را در حکم زنای به عنف دانسته است.

## ۲-۲. اعمال در حکم زنای به عنف

با دقت در روایات وارده در زنای به عنف و اکراه، مشخص می‌شود که روایات از لزوم «غصب امرأه» سخن به میان آورده‌اند؛ یعنی به گونه‌ای که زن رضایت به این کار نداشته و به او تجاوز شده است. چنان که در *لسان العرب* نیز آمده است:

«الغصب أخذ الشيء ظلماً» (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱/۶۴۸، به نقل از: شاه‌ملک‌پور، ۱۳۹۳:

۵۲).

لذا زنای به عنف و اکراه، یکی از مصادیق «غصب امرأه» می‌باشد و مصادیق دیگری نیز می‌تواند داشته باشد؛ از قبیل زنا کردن با زنی که در خواب است، بیهوش است یا مست است.

در مورد تمثیلی و یا حصری بودن موارد ذکرشده در تبصره ماده ۲۲۴ باید گفت که علت حکم در ابتدای تبصره، «عدم رضایت» اعلام شده است و طبق اصول، علت حکم را می‌توان به تمامی مواردی که رضایت وجود نداشته باشد، تعمیم داد. اما با توجه به اینکه شدت مجازات در این جرم (اعدام) می‌باشد و همچنین ادبیات بیان در تبصره (فقد کلماتی همچون مانند، از قبیل و...)، باید به این نتیجه رسید که موارد ذکرشده در تبصره، حصری و نه تمثیلی است. قانون‌گذار خواسته در حمایت از زنای غصبی به تدوین این تبصره بپردازد، اما به سبب شدید بودن مجازات زنای با عنف یا اکراه، تنها مواردی از آن‌ها را در حکم زنای با عنف یا اکراه قرار داده است و همین اقدام برای بروز شبهه‌ای که باعث خروج سایر موارد خواهد شد، کافی است (صالحی، ۱۳۹۳: ۴۱).

به این ترتیب، مصادیق تبصره ماده ۲۲۴ به تفکیک مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

## ۲-۱. اغفال و فریب دختر نابالغ

در ابتدای امر به نظر می‌رسد که قانون‌گذار با عنوان کردن زنا از طریق اغفال و فریب دادن دختر نابالغ در تبصره فوق قصد دارد که به نوعی برقراری رابطه جنسی با دختران نابالغ را در حکم زنا به عنف قرار دهد، اما با دقت در متن این تبصره متوجه می‌شویم که قانون‌گذار چنین مقصودی نداشته است. بر اساس تبصره ۲ ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، برقراری رابطه جنسی با دختر نابالغ (که با توجه به ماده ۸۸ این قانون منظور دختر زیر سن بلوغ شرعی است)، زمانی زنا به عنف محسوب می‌شود که کودک از روی فریب و اغفال به رابطه جنسی رضایت دهد. از مفهوم مخالف این تبصره چنین برمی‌آید که برقراری رابطه جنسی با دختران نابالغ، اگر بر اثر فریب و اغفال نباشد، طبق این قانون در حکم زنا به عنف محسوب نمی‌شود. این در حالی است که به موجب ماده ۲۰۹ قانون مجازات ۱۳۰۴:

«هر کس بدون اکراه یا تهدید، هتک ناموس (مواقعه) دختری را که به سن ۱۵ سال رسیده است، نماید، جزای او حبس مجرد است از ۲ تا ۸ سال و اگر مجنی‌علیها به ۹ سالگی نرسیده باشد، به فاعل جزای کسی که به عنف یا تهدید و اکراه مرتکب شده باشد، داده می‌شود».

جای بسی تأسف است که بگوییم ماده‌ای که تقریباً ۸۰ سال پیش نگاشته شده است، به مراتب سنجیده‌تر و کامل‌تر از این تبصره محسوب می‌شود و امید است که مقنن به این امر واقف شود.

به علاوه، در تمامی روایاتی که به زنا اشاره کرده‌اند، صحبت از «امرأه» است که مراد از آن زن بالغه است و به نظر می‌رسد از رابطه جنسی یک مرد بالغ و یک دختر نابالغ بتوان به یک نوع آزار و اذیت جنسی تعبیر کرد که حتی می‌تواند با توجه به قبیح بودن آن، مجازات شدیدتری هم نسبت به زنا ساده داشته باشد (شاه‌ملک‌پور، ۱۳۹۳: ۵۴). رضایت داشتن و رضایت دادن، نیازمند بلوغ و عقل هم هست. اینکه رضایت نابالغ در انجام آمیزش جنسی پذیرفته شده است، کاملاً اشتباه می‌باشد. مگر دختر زیر ۹ سال،

تاب آمیزش جنسی با بالغ را خواهد داشت؟ مگر عقل و رشد وی به حدی رسیده است که بتواند در این باره تصمیم بگیرد؟ مؤید این مطلب که رضایت نابالغ در این جرم دارای اثر نمی‌باشد، تبصره ۲ ماده ۶۵۸ قانون مجازات اسلامی می‌باشد. این ماده مقرر می‌دارد:

«رضایت دختر نابالغ یا مجنون یا مکرهی که رضایت واقعی به زنا نداشته، در حکم عدم رضایت است.»

## ۲-۲-۲. خواب یا بیهوشی

عموم واژه اغتصاب، کلیه زناهای ناشی از اکراه و اجبار زن و نیز مواردی را که در حالت خواب یا بیهوشی با او زنا می‌شود، به شرط آنکه به آن راضی نباشد، در بر می‌گیرد؛ زیرا مفهوم غصب زن، چیزی جز نزدیکی جنسی با او در حالت عدم رضایت نیست (اکرمی، ۱۳۹۴: ۴۸). در این خصوص، فروض متعددی را می‌توان بیان کرد؛ فرض اول جایی است که مرتکب تجاوز، زن را بیهوش کرده و به او تجاوز کرده است. شکی نیست که در اینجا جرم زنا به عنف محقق شده است. اگر زن نیز خودش را به هر دلیلی بیهوش کرده باشد و سپس مرد به او تجاوز کند، اصل عدم رضایت است و متجاوز باید رضایت شخص بیهوش را اثبات نماید. فرض دوم زمانی است که زن خواب بوده، مرد به او تجاوز می‌کند و بلافاصله زن بیدار می‌شود. در این فرض نیز جرم تجاوز محقق شده است. اگر مردی با زنی در گذشته بارها مرتکب زنا شده است و موقعیتی به وجود آید که همین زن خواب بوده و زانی مجدداً قصد زنا داشته باشد، ناگهان پس از انجام دخول، زن از خواب بیدار و مدعی شود که رضایت نداشته است، در این فرض نمی‌توان رضایت زن را استصحاب کرد؛ زیرا وقوع زنا در گذشته سبب نمی‌شود که رابطه‌های لاحق را نیز با رضایت بدانیم. طبق تبصره ماده ۲۲۴، در این فرض، زنا به عنف محقق شده است و اگر متجاوز مدعی رضایت باشد، باید آن را ثابت نماید. البته متجاوز در اینجا می‌تواند ادعا کند که نسبت به عدم رضایت بزه دیده جهل داشته است و طبق تبصره ۱ ماده ۲۱۸ قانون مجازات، دادگاه موظف به بررسی و تحقیق است.

## ۳-۲-۲. مستی

همان طور که گفته شد، «غصب امرأه» مصادیق متعددی می‌تواند داشته باشد که یکی دیگر از مصادیق آن، حالت مستی زانیه است. سؤال مهمی که باید به آن پاسخ داده شود، این است که آیا می‌توان به طور مطلق گفت که مست بودن بزه‌دیده موجب تحقق جرم زنا یا به عنف می‌شود؟ بعضی نویسندگان مراحل مختلفی را در مستی از جهت هوشیاری و تأثیر از یکدیگر باز شناخته‌اند که با نشانه‌هایی همراه است (اردبیلی، ۱۴۰۰: ۱۲۶/۲). تبصره ۲ ماده ۲۲۴، مستی را در کنار بیهوشی و خواب آورده است؛ در نتیجه، منظور مقنن آن مستی بوده است که اراده و اختیار فرد را زایل کرده است. در حکم عنف دانستن در تبصره ۲ نیز مؤید همین مطلب است. بنابراین آن مستی که اراده و اختیار را زائل نکند و فقط حالت سرخوشی برای فرد مست به وجود بیاورد، از شمول تبصره ۲ خارج است.

سؤالی که در این موضوع قابل طرح است، این است که آیا بین موردی که بزه‌دیده با اختیار خود مست کرده و موردی که متجاوز به زور او را مست کرده است، باید تفاوت گذاشت یا خیر؟ در صورت اخیر (مستی با زور) قطعاً می‌توان گفت که برقراری رابطه جنسی با چنین فردی بدون رضایت وی بوده و عنوان زنا یا به عنف دارد؛ زیرا زمانی که وی را مجبور به نوشیدن مشروب الکلی می‌کنیم، فقدان رضایت را در وی ایجاد کرده‌ایم که این فقدان رضایت تا زمان بازگشت او به حالت عادی همچنان وجود خواهد داشت (جعفری، ۱۳۹۴: ۱۲۵).

در حالت نخست که فرد با اختیار خودش مست کرده است، نمی‌توان به راحتی حکم به سقوط جرم تجاوز داد؛ زیرا مستی بزه‌دیده با اختیار خود، ملازمه‌ای با داشتن رضایت برای جرم زنا ندارد. برخی معتقدند:

«مست کردن زن در مهمانی مختلط و سپس رابطه جنسی با وی، مصداق زنا یا به عنف نیست؛ زیرا فردی که آزادانه در یک مهمانی مختلط، اقدام به نوشیدن مقدار زیادی مشروب الکلی نموده، در واقع خود را تسلیم حوادث احتمالی کرده است. در واقع این زن با اقدام نخست خود که با اراده انجام داده، به اقدامات بعدی افراد حاضر در مهمانی، اعتبار ذهنی داده است» (همان).

در پاسخ باید گفت که هیچ ملازمه‌ای بین مستی (با اختیار زن) و داشتن رضایت او برای زنا نیست. چه بسا زن در مهمانی مختلط مست کرده است، اما حتی قصد و رضای رابطه جنسی با هیچ کس را در آن مکان نداشته و با اجبار به او تجاوز شود. البته مقنن در جهت حمایت از بزه‌دیده تجاوز جنسی در ماده ۲۴۱، مقررهای را وضع نموده است. طبق این مقرر، در مورد جرایم منافی با عفت، اگر احتمال ارتکاب با عنف، اکراه و... باشد، حتی در صورت نبود ادله، دادگاه باید به تحقیق و بررسی بپردازد.

#### ۴-۲-۲. ربایش، تهدید یا ترساندن زن

منظور مقنن از زنا از طریق ربایش، آن است که زنی پس از آنکه ربوده شد، مورد تجاوز جنسی قرار بگیرد. در این مورد بر خلاف تهدید یا ترساندن که مستقیماً به عمل نزدیکی جنسی مربوط می‌شود، ارتباط مستقیمی بین ربایش و نزدیکی جنسی وجود ندارد و هر یک عمل مجزایی است. به نظر می‌رسد اگر مرتکب تجاوز جنسی بتواند اثبات نماید که علی‌رغم ربودن زن، وی نسبت به عمل نزدیکی جنسی رضایت داشته است، مرتکب به زنا ساده و نه زنا با عنف محکوم خواهد شد (قتبری‌زاده، ۱۳۹۶: ۲۱). در این موقعیت، بار اثبات رضایت زن بر عهده رباینده است و با توجه به ربایش اولیه، اصل بر عدم رضایت زن است.

در انتهای تبصره ۲ ماده ۲۲۴ مقرر شده است:

«در زنا از طریق ربایش، تهدید و یا ترساندن زن، اگرچه موجب تسلیم شدن او شود نیز حکم فوق جاری است.»

با تدقیق در این مصادیق خواهیم فهمید که مقنن به دنبال حمایت از بزه‌دیده‌ای است که به دلیل شرایط سختی که در آن قرار دارد، تن به زنا داده است. زنی که ربوده شده، ممکن است بالفعل هیچ اکراه و اجباری در برقراری رابطه جنسی با او نباشد، اما شرایط اطرافش به گونه‌ای بغرنج باشد که او تسلیم خواسته‌های متجاوز شود. عبارت «اگرچه موجب تسلیم شدن او شود» در تبصره نیز بیانگر همین است که زنا با ارتکاب یافته پس از ربایش یا وجود شرایط ترس‌آور، حتی اگر سبب تسلیم شدن و رضایت زن شود، این رضایت صحیح نیست و جرم تجاوز محقق شده است.

واژه «تهدید» در تبصره ماده ۲۲۴ در ظاهر بیانگر این است که شخص مکره در صورت عدم برقراری رابطه جنسی از نوع زنا، از طرف متجاوز تهدید به خطر جانی، مالی و... شود. حال سؤال این است که مقنن در بند ت ماده ۲۲۴، «اکراه» را ذکر کرده است، مگر اکراه همواره همراه با تهدید نیست؟ در نتیجه، امر بیهوده‌ای است که قانون‌گذار یک مصداق را دو بار در یک ماده و تبصره آن، یک بار در جهت زنا به عنف و بار دوم در بیان در حکم زنا به عنف تکرار کرده باشد؛ مگر اینکه گفته شود منظور مقنن شرایط تهدیدآمیز یا همان تهدید بالقوه بوده است که جای تأمل دارد. لازم به ذکر است با توجه به اینکه در قانون سابق، این تبصره پیش‌بینی نشده بود، قضات وجود بزه آدم‌ربایی را قرینه‌ای بر اثبات تجاوز جنسی قلمداد می‌کردند. در پرونده کلاسه ۸۹۰۹۹۸۳۸۴۸۳۰۰۰۹ به اتهام آدم‌ربایی و زنا به عنف، دادگاه در بخشی از رأی خود آورده است:

«... توسل متهم ردیف اول (همراه با تبانی با متهم ردیف دوم) در اعمال حيله و فریب به عنوان یکی از مصداق آدم‌ربایی و اغفال شاکیه برای کشاندن قربانی بزه به خارج از شهر برای اجرای منویات مجرمانه خود، قطعی است» (علی‌محمدی، ۱۳۹۲: ۱۴۶).

## ۲-۳. لواط به عنف

قانون‌گذار در فرض عنف و اکراه، حد فاعل را قتل دانسته است؛ اعم از آنکه فاعل محصن باشد یا نباشد و نسبت به مفعول هم روشن است که مفعول به دلیل عنف و اکراه و عدم اختیار، مجازاتی ندارد. گرچه تبصره ۲ ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ جهت جلوگیری از بدون مجازات ماندن بعضی از روابط جنسی نامشروع تصویب شد، لذا این تبصره صرفاً در مورد جرم زنا استفاده می‌شود؛ یعنی باید گفت که همچنان بحث بر سر اینکه لواط با فرد خواب، بیهوش یا لواط با اطفال چه حکمی دارد، نامعلوم و باز است (مصطفوی، ۱۳۹۴: ۳۸). در نتیجه، مجازات اعدام برای متجاوز در لواط طبق ماده ۲۳۴، تنها در صورت عنف یا اکراه پذیرفته شده است. این گونه قانون‌گذاری خلاف تأمین حقوق بزه‌دیدگان جرم تجاوز جنسی است. اگر بیهوش کردن دختری و تجاوز به او شنیع است، تجاوز به پسری که بیهوش یا خواب است نیز به همان مقدار زشت و ناپسند می‌باشد. اگر اغفال دختر نابالغ و ارتکاب زنا شدت آن را زیاد می‌کند



و عمل مزبور را در حکم زناى به عنف قرار مى‌دهد، چرا برای اغفال پسر نابالغ چنین نیست؟ سؤال دیگر این است که چرا طبق ماده ۲۳۶، مجازات تفخیز با عنف و اکراه، برابر با تفخیزی است که با رضایت مفعول ارتکاب یافته است؟ چه تناسبی در این خصوص بین جرم و مجازات وجود دارد؟

## ۴-۲. اجبار، عدم رضایت و شرایط اکراه‌آمیز در نظام حقوق بین‌الملل

### کیفری

دادگاه رواندا در اولین تعریف از جرم تجاوز جنسی، رکن دوم آن را بدین گونه تعریف نمود:

«تجاوز... یک حمله جسمی از نوع جنسی است که نسبت به یک شخص تحت اجبار ارتکاب می‌یابد» (Prosecutor v. Akayesu, 1998: paras. 597-598).

بنابراین از نظر دادگاه رواندا به منظور تحقق تجاوز جنسی باید بزه‌دیده تحت شرایط اجباری قرار داشته باشد. در مقابل، دادگاه یوگسلاوی در پرونده فروندزیجا، رکن دوم لازم برای تحقق تجاوز جنسی را زور، ارباب و فشار علیه شخص بزه‌دیده یا شخص ثالث اعلام نمود (Prosecutor v. Furundzija, 1998: para. 185). به نظر می‌رسد که از نظر دادگاه یوگسلاوی در این پرونده برای تحقق تجاوز، رکن دوم لازم همان اجبار باشد که شرط بسیار مضیق در قیاس با شروط عدم رضایت و وجود شرایط اکراه‌آمیز است. شعبه بدوی دادگاه یوگسلاوی در پرونده کونراچ ضمن اشاره به تعاریف ارائه‌شده از تجاوز جنسی در پرونده فروندزیجا، اعلام نمود که قسمت دوم رکن مادی جرم تجاوز جنسی که در تعریف پرونده فروندزیجا آمده است، نیاز به بازتعریف دارد. شعبه یادآور شد که در هیچ یک از اساسنامه‌های دادگاه‌های بین‌المللی، جرم تجاوز جنسی تعریف نشده است؛ لذا برای تعریف آن باید به اصول کلی حقوق پذیرفته‌شده توسط نظام‌های حقوقی ملی مراجعه نمود (Prosecutor v. Kunarac et al., 2001: paras. 438-439). از نظر دادگاه بدوی، آنچه منجر به تحقق جرم تجاوز جنسی می‌شود، عدم رضایت و غیر داوطلبانه بودن ارتکاب رفتار جنسی از طرف بزه‌دیده است که به منزله نقض استقلال جنسی بزه‌دیده است (Ibid.: para. 440).

از نظر دادگاه بدوی، ارکان تشکیل دهنده قسمت دوم رکن مادی جرم تجاوز، به سه دسته تقسیم می‌شوند: ۱- اجبار یا تهدید به اجبار بزه‌دیده یا شخص ثالث (مانند قوانین کشورهای آلمان، چین و کره جنوبی)؛ ۲- اجبار یا شرایطی که بزه‌دیده به طور خاص در معرض خطر (بنا به دلایل بیماری، عدم اهلیت و...) است یا توانایی امتناع آگاهانه از رابطه جنسی (به دلیل فریب، زبردست بودن، مستی و...) وجود ندارد (مانند قوانین کشورهای سوئیس، پرتغال و فرانسه)؛ ۳- عدم رضایت بزه‌دیده (Ibid.: paras. 442-452). در اغلب نظام‌های حقوقی جهان، آنچه منجر به تحقق تجاوز جنسی می‌گردد، فقدان رضایت آزاد و حقیقی در برقراری رابطه جنسی است. طبق قانون ۱۹۷۶ انگلستان، تجاوز زمانی محقق می‌شود که یک مرد اقدام به دخول جنسی به یک زن نماید که در زمان انجام این عمل، زن بدان رضایت نداشته است و در آن زمان، مرد می‌دانسته که زن بدان عمل رضایت نداشته یا اینکه نسبت به رضایت زن بی‌مبالاتی نموده است. اجبار یا تهدید به اجبار نیاز به اثبات ندارد. همچنین در جایی که رضایت از طرق مذکور حاصل شده، رضایت حقیقی نیست. این رویکرد در نظام‌های حقوقی کانادا، نیوزیلند، استرالیا، هند و بلژیک نیز پذیرفته شده است. در نهایت، رویکردی که توسط دادگاه پذیرفته شده، این است که در تجاوز جنسی، استقلال جنسی فرد مورد تعرض قرار گرفته است؛ اعم از اینکه این نتیجه از طریق توسل به اجبار و اکراه باشد یا به هر دلیلی، رضایت حقیقی و آزادانه بزه‌دیده وجود نداشته باشد (Ibid.: paras. 453-457).

از نظر دادگاه در پرونده کوناراچ، قسمت دوم رکن مادی جرم تجاوز جنسی، همان عدم رضایت است. منظور از رضایت در اینجا، رضایت داوطلبانه و در نتیجه اراده آزاد بزه‌دیده است که با استناد به شرایط و اوضاع و احوال زمان ارتکاب جرم احراز می‌گردد. رکن معنوی جرم تجاوز جنسی هم قصد انجام رفتار جنسی با علم به عدم رضایت بزه‌دیده است (Ibid.: para. 460).

در پرونده کوچا در دادگاه یوگسلاوی نیز شعبه بدوی بعد از ملاحظه رویه‌های متفاوت دادگاه‌های پیشین در پرونده‌های فروندزیجا، کوناراچ و تعریف دادگاه رواندا از تجاوز در پرونده آکایسو، نهایتاً از رأی دادگاه در پرونده کوناراچ تبعیت می‌نماید و تحقق قسمت دوم رکن مادی جرم تجاوز جنسی را همان عدم رضایت می‌داند.

دادگاه در ادامه با اشاره به برخی پرونده‌ها مانند پرونده سلبیستی اعلام می‌دارد که شرایط اکراه‌آمیز، جزء لاینفک مخاصمات مسلحانه است. همچنین با استناد به پرونده فروندزیجا اعلام می‌دارد که هر گونه اسارتی، رضایت را زائل می‌نماید (Prosecutor v. Kvočka, 2001: paras. 175-182).

در پرونده کاردوزو<sup>۱</sup> در هیئت ویژه تی‌مور شرقی، دادگاه در زمان رسیدگی به اتهام تجاوز جنسی متهم، توجه خاصی به تعریف این جرم در آرای دادگاه‌های رواندا و یوگسلاوی و همچنین عناصر جرم دیوان داشت. دادگاه ضمن اذعان به عدم ارائه تعریف مشخص از این جرم در اساسنامه دادگاه‌های مذکور بعد از بررسی تطبیقی بین تعاریف ارائه شده، در نهایت تعریف پرونده کوناراج را پذیرفت. از نظر دادگاه، هیچ دلیلی برای عدول از این تعریف وجود ندارد. از نظر دادگاه، عنصر محوری جرم تجاوز جنسی، عدم رضایت بزه‌دیده است که با توجه به شرایط خاص ارتکاب جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت که در زمان جنگ و یا حملات گسترده علیه غیر نظامیان ارتکاب می‌یابند، تصور اعلام رضایت آزادانه برای برقراری رابطه جنسی، امری دشوار است. در این رابطه، دادگاه به بخش ۳۴.۳ مقررات ۱۵/۲۰۰۰ حکومت انتقالی سازمان ملل در تی‌مور شرقی استناد می‌نماید که قابل استناد در جرایم جنسی نیز می‌باشد. بند ب این بخش اعلام می‌دارد:

«رضایت نباید به عنوان یک دفاع مورد استناد قرار گیرد، اگر بزه‌دیده: ۱- تحت خشونت قرار گرفته یا تهدید شده است یا دلیلی برای ترس از خشونت، اجبار، بازداشت یا فشار روانی داشته باشد؛ یا ۲- بزه‌دیده به طور منطقی اعتقاد داشته باشد که اگر تسلیم نشود، ممکن است شخص دیگری این گونه تحت خشونت، تهدید یا ترس از خشونت قرار گیرد...» (Prosecutor v. Jose Cardoso, 2003: paras. 445-452).

در دادگاه ویژه سیرالئون در پرونده چارلز تیلور، دادگاه مطابق با رویه دادگاه یوگسلاوی در پرونده کوناراج در تعریف قسمت دوم رکن مادی جرم تجاوز جنسی به‌عنوان جنایت علیه بشریت طبق ماده ۲ اساسنامه دادگاه اعلام نمود که ورای هر تردید معقولی باید ارکان زیر در ارتباط با جرم تجاوز جنسی اثبات گردد؛ اینکه دخول بدون

1. Cardoso.

رضایت هرچند جزئی در اندام جنسی بزه‌دیده صورت گرفته و مرتکب قصد داشته باشد تا این دخول جنسی را انجام دهد و آگاه باشد که این عمل بدون رضایت بزه‌دیده رخ می‌دهد. رضایت بزه‌دیده باید در نتیجه اراده آزاد وی و داوطلبانه با توجه به شرایط حاکم اعلام شده باشد. در وضعیت‌هایی مانند مخاصمه مسلحانه یا بازداشت، اجبار مسلم است. اجبار یا تهدید به اجبار، ادله روشنی مبنی بر عدم رضایت هستند؛ اما اجبار رکن ذاتی جرم تجاوز نیست، بلکه شرایط دیگری به جز اجبار ممکن است که طی آن رفتار جنسی بدون رضایت صورت می‌گیرد. این امکان وجود دارد که یک شخص بنا به دلایل طبیعی، فریب یا عدم اهلیت، قادر به اعلام رضایت حقیقی نباشد. به علاوه، دادگاه به استناد ماده ۹۶ قواعد دادرسی مقرر می‌دارد که در موارد خشونت جنسی، دادگاه باید اصول ذیل را اعمال نماید: ۱- رضایت نمی‌تواند از بیانات و رفتار بزه‌دیده در جایی که اجبار، تهدید به اجبار یا سوءاستفاده از شرایط اکراه‌آمیزی که امکان اعلام رضایت حقیقی بزه‌دیده را تحلیل می‌برد، وجود دارد، استنباط گردد؛ ۲- رضایت نمی‌تواند از بیانات و رفتار بزه‌دیده در جایی که وی قادر به اعلام رضایت حقیقی نیست، استنباط گردد؛ ۳- رضایت نمی‌تواند از سکوت یا عدم مقاومت بزه‌دیده استنباط گردد (Prosecutor v. Taylor, 2012: paras. 415-417).

دادگاه سیرالئون در پرونده راف در تعریف قسمت دوم رکن مادی اعلام می‌دارد: «حمله باید با اجبار، تهدید به اجبار یا اکراه، مانند ترس از خشونت، تهدیدهای غیرقانونی، بازداشت، فشار روانی یا سوءاستفاده از قدرت، علیه بزه‌دیده یا شخص دیگر، یا سوءاستفاده از شرایط اکراه‌آمیز، یا حمله ارتكابی علیه شخصی که قادر به ابراز رضایت حقیقی نیست، ارتكاب یابد».

در این بند، دادگاه مستقیماً به سند عناصر جرم دیوان استناد می‌نماید. با وجود این، در بند چهارم از تعریف تجاوز اضافه می‌نماید که متهم می‌دانسته یا دلیلی بر آگاهی وی از اینکه بزه‌دیده فاقد رضایت است، باید وجود داشته باشد (Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao, 2009: para. 145). گرچه برخی بر این اعتقادند که رأی دادگاه سیرالئون در پرونده راف در رابطه با قسمت دوم رکن مادی جرم تجاوز جنسی، مضیق‌تر از رأی پرونده تیلور است (Oosterveld, 2012: 12)، اما به نظر می‌رسد

که با توجه به بند چهارم تعریف که در آن صراحتاً به عدم رضایت بزه‌دیده در تحقق این جرم اشاره شده است، می‌توان گفت که در اینجا نیز ملاک عدم رضایت بزه‌دیده و نه صرفاً اجبار و یا شرایط اکراه‌آمیز است.

در شعب ویژه سنگال،<sup>۱</sup> حیسن هابره<sup>۲</sup> به عنوان اولین رئیس دولت وقت شناخته می‌شود که به اتهام ارتکاب تجاوز جنسی در یک دادگاه بین‌المللی کیفری محکوم شده است. دادگاه در تعریف ارکان مادی جرم تجاوز جنسی، به همان رکن عدم رضایت در رویه دادگاه یوگسلاوی در پرونده کواچ و کوناراج استناد نمود. دادگاه تجدیدنظر نیز در تأیید حکم دادگاه بدوی اعلام نمود که در پرونده‌های جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی، شرایط اکراه‌آمیز و قهری به گونه‌ای است که امکان اعلام رضایت حقیقی غیرممکن است.<sup>۳</sup>

در دادگاه ویژه کامبوج<sup>۴</sup> در پرونده «۰۲/۰۰۲»، متهمان<sup>۵</sup> به جرم تجاوز جنسی در چارچوب ازدواج اجباری متهم شدند؛ مردان و زنانی که مجبور به ازدواج با یکدیگر در مراسم ازدواج‌های دسته‌جمعی با هدف ازدیاد نسل می‌شدند. متهمان در جهت پیشبرد سیاست‌های حزب، بعد از ازدواج اجباری، زنان و مردان را مجبور به برقراری رابطه جنسی می‌کردند که در صورت امتناع با تهدیدهای جانی مواجه می‌شدند. به این ترتیب، روابط جنسی بین زنان و مردان در شرایط اکراه‌آمیز و شرایطی که بزه‌دیده فاقد رضایت آزادانه بود، ارتکاب می‌یافت. جالب اینکه دادگاه ضمن اشاره به عناصر جرم دیوان در لزوم وجود شرایط اکراه‌آمیز به عنوان قسمت دوم رکن مادی جرم تجاوز جنسی، همچنان از رویه دادگاه یوگسلاوی در پرونده کوناراج در لزوم شرط عدم رضایت تبعیت می‌نماید (Fry & Slidregt, 2020: 711-715). دادگاه در این پرونده به رأی دیوان

1. Special Tribunal in Senegal.

2. Hissène Habré.

3. Justice delayed... but delivered - Accountability for sexual violence and the trial of Hissène Habré, 2016, <<https://www.iap-association.org/getattachment/4cf52379-01ac-41a5-ba97-8f1cf5c69cae/161011-habre-article.pdf.aspx>>.

4. Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC).

5. Nuon Chea and Khieu Samphan.

در پرونده بمبا<sup>۱</sup> نیز توجه داشته است. از نظر دیوان، لزوم قرار داشتن در شرایط اجباری می‌تواند به این معنا باشد که دادستان لازم نیست عدم رضایت بزه‌دیده را ثابت کند. با وجود این، دادگاه کامبوج اذعان نمود که برای دسته خاصی از افراد، تحت هیچ شرایطی امکان اعلام رضایت وجود ندارد. در نتیجه، دادگاه کامبوج از همان رویه قدیمی کوناراج در لزوم عدم رضایت بزه‌دیده تبعیت نمود (Ibid.: 714).

در رابطه با قسمت دوم رکن مادی جرم تجاوز جنسی به موجب عناصر جرم دیوان اعلام شده است:

«حمله باید با اجبار، تهدید به اجبار یا اکراه، مانند ترس از خشونت، تهدیدهای غیر قانونی، بازداشت، فشار روانی یا سوءاستفاده از قدرت، علیه بزه‌دیده یا شخص دیگر، یا سوءاستفاده از شرایط اکراه‌آمیز، یا حمله ارتكابی علیه شخصی که قادر به ابراز رضایت حقیقی نیست، ارتکاب یابد».

نکته جالب توجه در تعریف دیوان این است که علی‌رغم تعریف موسعی که دیوان از قسمت اول رکن مادی این جرم داشته است، در قسمت دوم صرفاً به لزوم اثبات شرایط اکراه‌آمیز اکتفا می‌نماید.

در اولین پرونده‌ای که دیوان به جرم تجاوز جنسی پرداخت، به توضیح شرایط اکراه‌آمیز در قسمت دوم رکن مادی جرم تجاوز جنسی پرداخته است. از نظر دیوان، شرایط اکراه‌آمیز در چهار دسته قرار می‌گیرند: ۱- اجبار؛ ۲- تهدید به اجبار یا اکراه، مانند ترس از خشونت، اجبار، بازداشت، فشار روانی یا سوءاستفاده از قدرت، علیه بزه‌دیده یا شخص دیگر؛ ۳- سوءاستفاده از شرایط اکراه‌آمیز؛ یا ۴- حمله ارتكابی علیه شخصی که قادر به ابراز رضایت حقیقی نیست. در تفسیر شرایط اکراه‌آمیز هم دیوان از پرونده آکایسو الهام گرفته است. بدین منظور لازم نیست که حتماً اجبار فیزیکی اثبات شود. شرایطی مانند مخاصمه مسلحانه یا حضور نیروهای مسلح در بین جمعیت غیر نظامی همگی می‌توانند مثبت این شرایط باشند. البته دیوان اضافه می‌نماید که حتماً باید سوءاستفاده مرتکب از شرایط اکراه‌آمیز جهت ارتکاب تجاوز اثبات گردد. از نظر دیوان، عدم رضایت بزه‌دیده، رکن قانونی جرم تجاوز طبق اساسنامه نیست. کارهای مقدماتی

1. Bemba.

تدوین اساسنامه، بیانگر این است که لزوم اثبات عدم رضایت بزه‌دیده، مانع اجرای عدالت نسبت به برخی متهمان خواهد شد. در واقع در جایی که اجبار، تهدید به اجبار یا سوءاستفاده از شرایط اکراه‌آمیز به اثبات می‌رسد، دیگر نیازی به اثبات عدم رضایت بزه‌دیده نیست. دیوان اثبات رکن عدم رضایت از سوی دادستان را صرفاً محدود به اشخاصی می‌نماید که بنا بر دلایل جسمی، سنی و یا فریب، قادر به اعلام رضایت حقیقی نیستند (Prosecutor v. Bemba Gombo, 2016: paras. 102-108).<sup>۱</sup> به نظر می‌رسد که صرف نظر از رأی اخیر دیوان که البته در مرحله تجدیدنظر بنا به دلایل دیگری نقض گردید، رویه قضایی دادگاه‌های بین‌المللی کیفری همگام با نظام‌های داخلی، رکن عدم رضایت را به عنوان لازمه قسمت دوم رکن مادی جرم تجاوز جنسی در نظر گرفته است که در راستای حمایت از بزه‌دیدگان جرایم جنسی است.

### نتیجه‌گیری

مطالعه نظام حقوقی ایران و نظام حقوق بین‌الملل کیفری در برخورد با جرم تجاوز جنسی حاکی از آن است که در هر دو نظام حقوقی از ابتدا تعریفی از تجاوز جنسی به عنوان یک جرم ارائه نشده است و لذا ارکان مادی این جرم در هر دو نظام حقوقی ناشناخته است.

در نظام حقوقی ایران به جای جرم‌انگاری و تعریف جرم تجاوز جنسی، به دو جرم مجزای زنا به عنف و لواط به عنف اشاره شده است، بدون اینکه از آن، تعریف جداگانه به عمل آید. بنابراین عنف در نظام حقوقی ایران تعریف نشده است و صرفاً به بیان مجازات اشد برای این جرایم و ذکر برخی مصادیق حصری در حکم عنف اکتفا شده است. نگاهی به مجموع مواد مرتبط، نویسندگان را به این نتیجه می‌رساند که منظور از عنف بر خلاف منشأ فقهی آن، همان اکراه و اجبار است؛ از آنجا که قانون‌گذار

۱. لازم به یادآوری است که محکومیت بدوی بما به استناد ماده ۲۸ اساسنامه به دلیل عدم ارائه ادله کافی جهت اثبات مسئولیت وی به عنوان یک فرمانده در اتخاذ تدابیر کافی و متناسب جهت جلوگیری از جرایم موضوع کیفرخواست از جمله تجاوز جنسی در دادگاه تجدیدنظر نقض گردید و متهم از تمام اتهام‌های وارده تبرئه گردید (Prosecutor v. Bemba Gombo, 2018).

صرفاً برخی مصادیق عدم رضایت را به صورت حصری و ذیل عنوان در حکم عنف بیان کرده است.

در رابطه با قسمت اول رکن مادی تجاوز جنسی نیز نظام حقوقی ایران به دلیل ارجاع تجاوز جنسی به تعریف فقهی زنا و لواط، تعریف بسیار مضیقی را برگزیده است؛ به طوری که بسیاری از مصادیق تجاوز جنسی را که در نظام حقوق بین‌الملل کیفری به عنوان تجاوز مسلم شناخته شده‌اند، در بر نمی‌گیرد.

در نظام حقوق بین‌الملل کیفری نیز علی‌رغم اکراه اولیه از تعریف تجاوز جنسی در اساسنامه‌های دادگاه‌های بین‌المللی، در نهایت سند عناصر جرم دیوان به عنوان اولین سند بین‌المللی، تعریف موسعی از قسمت اول رکن مادی جرم تجاوز جنسی ارائه داد که جامع تمام صور متصور این جرم اعم از جرایم ارتكابی علیه مردان و زنان باشد. با وجود این، در قسمت دوم رکن مادی جرم تجاوز جنسی، سند عناصر جرم دیوان در مقایسه با رویه قضایی بین‌المللی گویا یک قدم عقب مانده است. رویه قضایی دادگاه‌های بین‌المللی کیفری همگام با تعاریف جدید از تجاوز جنسی، آنچه را که لازمه تحقق این جرم می‌داند، عدم رضایت بزه‌دیده و لزوم حفظ احترام به استقلال جنسی بزه‌دیدگان است. رضایت برای این منظور باید رضایت آزادانه باشد، که با توجه به شرایط ارتكاب جرایم بین‌المللی، تصور چنین رضایتی دشوار است.



## کتاب‌شناسی

۱. اردبیلی، محمدعلی، *حقوق جزای عمومی*، تهران، میزان، ۱۴۰۰ ش.
۲. اکرمی، روح‌الله، «عنصر عنف در زنا از منظر فقه، حقوق جزای ایران و انگلیس»، *فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، سال سوم، شماره ۱، بهار ۱۳۹۵ ش.
۳. اوحدی، بهنام، *تمایلات و رفتارهای جنسی انسان*، چاپ پنجم، تهران، انتشارات صادق هدایت، ۱۳۸۴ ش.
۴. برهانی، محسن، و مهسا دادجو، «مفهوم و جایگاه عنف در حقوق کیفری ایران»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، سال چهاردهم، شماره ۵۳، تابستان ۱۳۹۶ ش.
۵. جعفری، مجتبی، «آخرین تحلیل انتقادی مرزهای رضایت در جرم تجاوز جنسی: حقوق موضوعه و ضرورت‌های اصلاح آن» *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال سوم، شماره ۱۰، بهار ۱۳۹۴ ش.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی علم حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶ ش.
۷. حاجی ده‌آبادی، احمد، محمدعلی حاجی ده‌آبادی، و احمد یوسفی، «بررسی مبنای ضرر در جرم‌انگاری تجاوز جنسی با رویکردی به فقه امامیه»، *دوفصلنامه پژوهشنامه حقوق کیفری*، سال چهارم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۲ ش.
۸. خاک، روناک، «جرم‌انگاری خشونت جنسی در حقوق بین الملل کیفری»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، سال بیست و پنجم، شماره ۳۹، پاییز و زمستان ۱۳۸۷ ش.
۹. شاه‌ملک‌پور، حسن، *فقه جزایی استدلالی*، تهران، میزان، ۱۳۹۳ ش.
۱۰. همو، *فقه جزایی اهل سنت؛ مقارنه با فقه شیعه*، تهران، میزان، ۱۳۹۴ ش.
۱۱. صالحی، محمدرضا، *بررسی تطبیقی جرم زنا به عنف در حقوق ایران، انگلستان و آمریکا*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز، ۱۳۹۰ ش.
۱۲. علی محمدی، عبدالرضا، *نقد و بررسی رویه قضایی (دادگاه‌های بدوی و دیوان عالی کشور) در خصوص رسیدگی به جرایم تجاوز به عنف*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه قم، ۱۳۹۲ ش.
۱۳. فرجی‌ها، محمد، و هاجر آذری، «حمایت کیفری از زنان قربانی تجاوز به عنف در حقوق ایران»، *فصلنامه رفاه اجتماعی*، سال یازدهم، شماره ۴۰، بهار ۱۳۹۰ ش.
۱۴. قنبری‌زاده، سولماز، *مفهوم‌شناسی عنف و ملاک احراز آن در جرایم به عنف*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه یاسوج، ۱۳۹۶ ش.
۱۵. گودرزی، فریبا، سیدمحمد موسوی بجنوردی، و شکوه نوایی‌نژاد، «بررسی روان‌شناختی تجاوز جنسی زناشویی با نگاهی بر جنبه فقهی و حقوقی موضوع»، *پژوهش‌نامه زنان*، سال هفتم، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۵ ش.
۱۶. مصطفوی، حمید، *ماهیت عنف، احکام و مصادیق آن در حقوق کیفری ایران*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه قم، ۱۳۹۴ ش.

### Books:

17. Dittrich, Viviane E. & Kerstin von Lingen & Philipp Osten & Jolana Makraiová (Eds.), *The Tokyo Tribunal: Perspectives on Law, History and Memory*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels, 2020.
18. Jarvis, Michelle, *Sexual Violence and Armed Conflict: United Nations Response*, United Nations, Division for the Advancement of Women, Department of Economic and Social Affairs, 2000.

**Articles:**

19. Bennice, Jennifer A. & Patricia A. Resick, "Marital Rape: History, Research, and Practice", *Trauma Violence & Abuse*, Vol. 4(3), July 2003.
20. Fry, Elinor & Elies van Sliedregt, "Targeted Groups, Rape and Dolus Eventualis: Assessing the ECCC's Contributions to Substantive International Criminal Law", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 18(3), July 2020.
21. Hanus, Elizabeth, "Rape by Nonphysical Coercion: State v. Brooks", *Kansas Law Review*, Vol. 64(5), 2016.
22. Oosterveld, Valerie, "Gender and the Charles Taylor Case at the Special Court for Sierra Leone", *William & Mary Journal of Women and the Law*, Vol. 19(1), 2012.

**Documents:**

23. Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, December 20, 1945, 3 Official Gazette Control Council for Germany 50-55 (1946).
24. ICC Element, Published by the International Criminal Court, 2011.
25. Nuremberg Charter (Charter of the International Military Tribunal) 1945.
26. Tokyo Charter (International Military Tribunal for the Far East Charter), 1946.

**Cases:**

27. Prosecutor v. Furundzija, Judgment, Case No. ICTY IT-95-17/1-T, 10 December 1998.
28. Prosecutor v. Hassan Sesay, Morris Kallon & Augustine Gbao, Judgment, Case No. SCSL-04-15-T, 2009.
29. Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Judgment, Case No. ICTR-96-4-T, 2 September 1998.
30. Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Judgment, No. ICC-01/05-01/08, 21 March 2016.
31. Prosecutor v. Jose Cardoso, Judgment, Case No. ETT (East Timor Tribunal) 04/2001, 05/04/2003.
32. Prosecutor v. Khieu Samphan and Nuon Chea, Judgment, Case No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 2018.
33. Prosecutor v. Kunarac, Kovac & Vukovic, Judgment, Case No. ICTY IT-96-23 & IT-96-31/1, 22 February 2001.
34. Prosecutor v. Kunarac, Kovac & Vukovic, Judgment, Case No. ICTY IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 12 June 2002.
35. Prosecutor v. Kvočka et al., Case No. ICTY, IT-98-30/1-T, 2001.
36. Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radic, Zigic & Prcac, Judgment, Case No. IT-98-30/1-T, 2 November 2001.
37. Prosecutor v. Taylor, Judgment, Case No. SCSL-03-01-T, Trial Chamber II, 2012.

## مسئله‌شناسی فساد اقتصادی

### از منظر دغدغه‌های سیاسی - امنیتی\*

□ سکینه خانعلی پور واجارگاه<sup>۱</sup>

#### چکیده

فساد اقتصادی به عنوان مجموعه‌ای از رفتارهای مجرمانه که مرتکب آن از جایگاه و موقعیت خود سوءاستفاده می‌کند و از این طریق، امتیاز یا منفعت مالی برای خود یا دیگری به ناحق به دست می‌آورد، با اثرگذاری بر سلامت نظام اقتصادی و اداری، از موضوعات حائز اهمیت است که به عنوان مسئله‌ای عمومی از سوی سیاست‌گذاران فهم می‌شود. این مسئله به دلیل چندوجهی بودن، عرصه‌ها و حوزه‌های مختلفی را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد و دغدغه‌های گوناگونی می‌آفریند که یکی از آن‌ها، دغدغه سیاسی - امنیتی است. این پژوهش برای پاسخ به این پرسش که «در فرایند قانون‌گذاری کیفری در حوزه فساد اقتصادی، دغدغه‌های سیاسی - امنیتی چگونه در مرحله تعریف مسئله نقش‌آفرینی می‌کنند؟» از روش نظریه‌پردازی داده‌بنیاد بهره برده است. یافته‌ها حاکی از این است که دو مفهوم اصلی تمامیت و مطلوبیت نظام، دغدغه سیاسی را می‌سازند و

با ارتباط یافتن با موجودیت و مشروعیت نظام، این مسئله را در ذهن کنشگران برجسته می‌نماید. این دغدغه در توجیه فساد اقتصادی به عنوان مسئله‌ای در خور سیاست‌گذاری کیفی و سوق دادن تصمیم‌گیران برای توجه به آن، به عنوان پیشرانی قدرتمند نقش‌آفرینی می‌کند.

**واژگان کلیدی:** فساد اقتصادی، قانون‌گذاری، مسئله، دغدغه سیاسی - امنیتی، نظریه‌پردازی داده‌بنیاد.

### مقدمه

فساد اقتصادی<sup>۱</sup> مانعی جدی بر سر راه رشد اقتصادی است و با توجه به اهمیت اقتصاد برای کشورها، بر مبارزه با آن تأکید می‌کنند. با این حال، شاید هیچ کشوری از آن در امان نباشد؛ زیرا این پدیده در نقطه وصل ثروت و قدرت شکل می‌گیرد و همین پیوند نیز آن را حفظ می‌کند. بنابراین تا هنگامی که این دو عامل در کنار هم وجود داشته باشند و مانند دو قطب مخالف یکدیگر را جذب کنند، وجود این پدیده قابل پیش‌بینی است.

بنا به تعاریفی که از فساد اقتصادی شده است، عنوان مجرمانه خاصی نیست، بلکه مجموعه‌ای از جرایم و سوء رفتارها با ویژگی‌های مشترک است که تحت این عنوان قرار می‌گیرند (Cf. Balboa & Medalla, 2006). به بیان دیگر، مجموعه رفتارهایی است که با انحراف از وظایف رسمی در راستای کسب منافع شخصی یا کسب موقعیت خاص، تلاش برای کسب ثروت و قدرت از طریق غیر قانونی، تحصیل منافع خصوصی به بهای از دست رفتن منافع عمومی یا استفاده از قدرت دولتی برای منافع شخصی صورت می‌گیرد (Hassan, 2004: 25). در قوانین و مقررات موجود در این حوزه در ایران نیز مقصود قانون‌گذاران و سیاست‌گذاران از فساد، سوءاستفاده از مقام، منصب، موقعیت، اختیارات، قوانین و مقررات در جهت منافع شخصی است (هاشمی قادی، ۱۳۹۰: ۹).<sup>۲</sup>

1. Corruption.

۲. تعریف مندرج در ماده ۱ «قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مبارزه با فساد، مصوب ۱۳۹۰ با اصلاحات و الحاقات بعدی» و نیز مواد ۳ و ۵ «قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری، مصوب ۱۳۶۷» درباره ارتشاء و اختلاس، از جمله این قوانین می‌باشد.

از این رو، جرایم مختلفی مانند اختلاس، ارتشاء، اخذ پورسانت (درصدانه) و تصدی بیش از یک شغل، ذیل این عنوان قرار می‌گیرند.

بنا بر اهمیت رفتارهای ذیل فساد اقتصادی، قانون‌گذاری در عرصه کنترل و مبارزه با این پدیده، پیچیدگی‌های خاصی دارد. نخستین مرحله این فرایند، لزوم شناسایی آن به‌عنوان مسئله‌ای عمومی است. در این خصوص باید گفت که افراد به‌طور معمول از میان مسائل مختلف، به مواردی توجه نشان می‌دهند که بتوانند توضیح دهند چرا مسئله مورد نظر نیاز به توجه دارد (Kingdon, 2014: 93) تا پس از شناسایی و تبیین ابعاد آن، راهکارهای مناسبی بیایند. در واقع، نخستین پرسش، چیستی مشکل است. در این مرحله، مسئله و ابعاد آن ترسیم می‌شود؛ زیرا پاسخ به هر مشکلی در گرو شناخت ابعاد گوناگون است<sup>۱</sup> (ر.ک: ایروانیان، ۱۳۹۲: ۹۴). بر این اساس، دیدگاه‌های مختلف که تا اندازه‌ای ناشی از ارزش‌های مدّ نظر تصمیم‌گیران است (Barton & Johns, 2013: 41 & 45) و می‌توان بر آن نام نگرانی یا دغدغه<sup>۲</sup> نهاد، شکل می‌گیرند و در مقابل هم قد علم می‌کنند و یکدیگر را به چالش می‌کشند و می‌کوشند از زوایای گوناگون مسئله را تعریف کنند و راهکارها را پیشنهاد دهند. این ارزش‌ها و اهداف، ناشی از مصالح یا باورهای آنان است که منجر به تلاش برای تأثیرگذاری بر فرایند قانون‌گذاری می‌شود (نجفی ابرنآبادی، ۱۳۹۲: ۱۲؛ خانعلی‌پور و اجارگاه، ۱۳۹۷ الف: ۲). بنابراین نقطه آغازین این فرایند را شاید بتوان به دغدغه‌هایی ارتباط داد که این کنشگران را به طیّ مسیر سوق می‌دهد و به نوعی نیروی محرکه آن است که در ادامه بر نوع راهکارهایی که برگزیده می‌شود، اثرگذار است. توجه به این دغدغه‌ها می‌تواند به کشف زیربنای نظری فرایند قانون‌گذاری یاری رساند. این امر، تفسیر قوانین آن حوزه را تسهیل، و چالش‌هایی را که ممکن است در آینده با آن مواجه شوند، قابل پیش‌بینی و کنترل خواهد کرد.

دغدغه‌های مختلف و کنشگری سیاستمداران در این فرایند، تا حد بسیاری به موضوع قانون‌گذاری نیز مربوط می‌شود. هر چه موضوع از حیث سیاسی مهم‌تر باشد

۱. دورکیم نیز بر شیوه استقرایی مناسب برای مشاهده خصلت‌های پدیداری تأکید می‌کند (ر.ک: بریث ناچ، ۱۳۸۷: ۱۰۲).

2. Concern.

یا منافع خاصی در آن وجود داشته باشد، فعالیت سیاستمداران پررنگ‌تر می‌شود. بنابراین اساس چالش‌های موجود در این فرایند، بر موضوع آن استوار است که «فساد اقتصادی» از موضوعاتی است که می‌تواند دغدغه‌های گوناگونی بیافریند.

یکی از دغدغه‌هایی که از سوی کنشگران عرصه قانون‌گذاری<sup>۱</sup> برای توجه به این پدیده مطرح می‌شود، رنگ و بوی سیاسی - امنیتی دارد و با ارتباط دادن معضلات امنیتی و سیاسی که این رفتارها می‌توانند به بار آورند، تلاش می‌شود تا آن را به عنوان مسئله‌ای درخور سیاست‌گذاری معرفی کنند. شاید برجسته شدن این دغدغه می‌تواند از دو امر نشئت گیرد: نخست، کنشگران اصلی عرصه قانون‌گذاری، یعنی سیاستمداران که فرایندهای قانون‌گذاری را تحت تأثیر سیاست قرار می‌دهند و حقوق کیفری نیز از این قاعده مستثنا نیست (عقیلیان، رهامی و شامبیانی، ۱۳۹۷: ۳) و موجب اثرپذیری فرایندهای قانون‌گذاری کیفری از ارزش‌ها و ایدئولوژی نظام سیاسی (سلطانی‌فر، شامبیانی و آزمایش، ۱۳۹۶: ۹۴) می‌شود. دوم، ویژگی‌های فساد اقتصادی که حوزه‌های مختلفی را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد و مرتکبان آن، اغلب افراد صاحب قدرت و نفوذ هستند؛ زیرا مرتکبان جرایم اقتصادی، نوعاً با قدرت سیاسی ارتباط یا در آن دست دارند یا به نوعی جزء طبقه حاکم هستند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۷: ۴۶۲). بنابراین توجه به نقش‌آفرینی چنین دغدغه‌ای در فرایند قانون‌گذاری فساد اقتصادی پراهمیت‌تر می‌شود؛ به ویژه آنکه یکی از جرایمی که آثار رویکردهای سیاسی - امنیتی در رسیدگی به آن‌ها ملموس است، جرایم اقتصادی و فساد است، به گونه‌ای که بخشی از این رفتارها همواره در صلاحیت دادگاه انقلاب قرار گرفته است، حال آنکه صلاحیت ذاتی این دادگاه، رسیدگی به جرایم علیه امنیت است.

این مطالعه در صدد پاسخ به این پرسش است که در فرایند قانون‌گذاری کیفری در حوزه فساد اقتصادی، دغدغه‌های سیاسی - امنیتی از چه ابعادی برخوردار است و چگونه در مرحله تعریف مسئله نقش‌آفرینی می‌کند؟ پاسخ به این پرسش می‌تواند تا اندازه‌ای چرایی امنیتی شدن برخی از جرایم اقتصادی و نزدیکی سازوکارهای دادرسی

۱. برای مطالعه در خصوص کنشگران فرایند سیاست‌گذاری کیفری، ر.ک: نیازپور، ۱۳۹۹: ۷۹۳-۸۰۱؛ خانعلی‌پور و اجارگاه، ۱۳۹۷: ۱۰۴-۷۱.

جرائم امنیتی به جرایم و فساد اقتصادی و گزینش برخی از راهکارها را در ایران نشان دهد؛ مسئله‌ای که گاه این رفتارها را به عنوان رفتارهایی حرفه‌ای و تخصصی تحت تأثیر قرار می‌دهد و با تهییج احساسات، مانع از تحلیل‌های کارشناسانه در مورد چرایی ارتکاب و نیز شیوه‌های مبارزه با آن‌ها می‌شود.

برای کشف ابعاد و چگونگی نقش آفرینی دغدغه امنیتی - سیاسی، از روش گراند تئوری<sup>۱</sup> (نظریهٔ مبنایی یا داده‌بنیاد) استفاده شده و تجزیه و تحلیل از طریق کدگذاری صورت گرفته است. نخستین ابزار گردآوری داده‌ها، مطالعه اسناد موجود مربوط به فرایند قانون‌گذاری کیفی در حوزه فساد اقتصادی پس از انقلاب (قوانین و مقررات این حوزه، مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی و مجلس خبرگان قانون اساسی، اخبار و سخنرانی‌ها با تمرکز بر مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی) بوده است. به علاوه، با توجه به اینکه برخی اسناد قابل دسترس نبود و نیز برای تکمیل و کنترل داده‌های حاصل از این اسناد، با کنشگرانی که به طریقی در این فرایند مداخله یا اطلاعاتی از آن داشتند، مصاحبه‌های عمیق صورت گرفت. به این منظور، پس از اتمام کدگذاری اسناد موجود، پرسش‌های مصاحبه استخراج شد تا علاوه بر کنترل داده‌های حاصل از تحلیل اسناد، مواردی که پژوهشگر موفق به دریافت آن‌ها از درون اسناد نشده بود، به این طریق به دست آیند. مصاحبه‌شوندگان، از هر سه قوه مقننه، مجریه و قضاییه انتخاب شدند و تمرکز بر کسانی بود که به نوعی در این فرایند درگیر هستند یا بودند. در مجموع ۲۴ مصاحبه عمیق انجام شد.

### 1. The Grounded Theory.

این روش از انواع روش‌های کیفی محسوب می‌شود. هدف نهایی این روش، ارائه و تدوین نظریه است. در این روش، پژوهشگر از شیوهٔ استقراء استفاده می‌کند؛ یعنی از جزء به کل می‌رود؛ به این صورت که از سطح مشاهده و تجربه شروع می‌کند تا به سطح انتزاع و نظریه برسد. بنابراین پژوهشگر در ابتدا نظریه‌ای در ذهن ندارد و اگر هم داشته باشد، پژوهش خود را بر اساس آن انجام نمی‌دهد. به این ترتیب، نظریه‌ای است که به طور مستقیم از دل داده‌هایی استخراج می‌شود که در جریان پژوهش به صورت منظم گرد آمده و تحلیل شده‌اند. به این منظور در این روش، مجموعه‌ای از رویه‌های نظام‌مند به کار گرفته می‌شود تا نظریه‌ای مبنایی ایجاد شود (برای آگاهی از این روش ر.ک: استراس و کوربین، ۱۳۹۳؛ فراستخواه، ۱۳۹۵).

نمونه‌گیری نیز به روش هدفمند و نظری<sup>۱</sup> انجام گرفت. به این ترتیب در مرحله نخست، یعنی مطالعه اسناد موجود، اسناد بیانگر فرایند شکل‌گیری قانون‌گذاری کیفری در حوزه فساد در ایران به شیوه نظری و هدفمند بررسی شد. در خصوص مصاحبه‌شوندگان نیز با توجه به بررسی کنشگران و مطلعان موجود، چند گروه اساتید دانشگاه‌ها، پژوهشگران مستقل و وابسته و سیاستمداران و کنشگران رسمی مخاطب قرار گرفتند.

در نهایت از درون داده‌ها و کدهای تحلیل‌شده از درون اسناد مورد مطالعه و مصاحبه‌های انجام‌شده، مفاهیم و مقولات و طبقه‌های اصلی تعیین شدند و ذیل چهار مقوله قرار گرفتند که عبارت‌اند از: وابستگی سیاسی، ابزار براندازی، بی‌اعتمادی مردم نسبت به نظام سیاسی و درنهایت، تبلیغات داخلی و بین‌المللی علیه نظام. این چهار مقوله نیز دو طبقه اصلی آسیب به تمامیت نظام سیاسی (مبحث اول) و آسیب به وجهه (حیثیت) نظام سیاسی (مبحث دوم) را تشکیل دادند. بر این اساس، تحلیل‌هایی که دو طبقه اصلی را ایجاد کردند، در قالب دو مبحث ارائه می‌شوند تا سیر روایی ایجاد دو طبقه اصلی تبیین شود.

### ۱. فساد اقتصادی؛ آسیب به تمامیت نظام سیاسی

یکی از مهم‌ترین مسائلی که امنیت سیاسی را دستخوش تعرض می‌نماید، تهدید علیه تمامیت نظام است. از این رو، رفتارهایی که تهدیدی علیه این تمامیت باشند، دل‌نگرانی شدیدی ایجاد می‌کنند. بدین ترتیب، گاه مسائل اقتصادی از چنان اهمیتی برخوردار می‌شوند که ابعاد آن می‌تواند به تمامیت نظام سیاسی لطمه وارد کند. البته این مسئله در قوانین دهه ۱۳۶۰ با شدت بیشتری خودنمایی می‌کند (ر.ک: افتخار جهرمی و کبریتی، ۱۳۹۶: ۵۱۲) و نمایندگان وقت مجلس شورای اسلامی در آن زمان تلاش می‌نمودند تا نشان دهند که مشکل مورد نظر، جنبه سیاسی و امنیتی به خود گرفته است. از این رو در تعابیر آنان، تهدید علیه نظام، تهدید علیه انقلاب، مخالفت با نظام و حتی ضربه به

1. Theoretical and Purposive Sampling.



نظام تکرار می‌شود (ر.ک: مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴/۶/۱۲: ۳۱؛ ۱۳۶۹/۴/۲۵: ۳۳) تا جایی که بر اساس ماده ۴ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷<sup>۱</sup> امکان تحقق افساد فی الارض با ارتکاب این جرایم پیش‌بینی شد. این دغدغه در قانون مجازات اخلا لگران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳۶۹ بیشتر نمایان شد و مطابق ماده ۲ این قانون، چنانچه رفتارهای پیش‌بینی شده در ماده ۱ به قصد ضربه زدن به نظام یا مقابله با آن یا علم به مؤثر بودن آن باشد، مجازات مفسد فی الارض را به همراه خواهد داشت. بدین‌سان، دو بعد (وابستگی سیاسی) و «ابزار براندازی» در ادراک و تعریف مسئله به خدمت گرفته شدند.

### ۱-۱. وابستگی سیاسی

یکی از مسائلی که همواره امنیت سیاسی کشورها را تهدید می‌کند، وابستگی به خارج از کشور است. از این رو، اغلب دولت‌ها تلاش می‌کنند تا از قید وابستگی به کشورهای خارجی رهایی یابند و برای تأمین استقلال خود، زیر بار هر تعهدی نمی‌روند. یکی از شعارهای اصلی انقلاب اسلامی ایران نیز «استقلال کشور» از بیگانه بود.

بر این اساس، از آنجا که برخی رفتارهای مشتمل بر فساد می‌توانند عامل چنین وابستگی باشند، مورد توجه قرار گرفتند. از مصادیق بارز آن نیز «اخذ پورسانت در معاملات خارجی» است. این رفتار، همان‌طور که از نظر اقتصادی به تولید داخلی ضرر می‌رساند، به مرور می‌تواند کشور را نیازمند برخی از کالاهای تجملی و غیر ضروری و در نتیجه وابسته به کشورهای دیگر سازد. نمایندگان در تبیین این جنبه فساد، به خطرات بالقوه‌ای که می‌تواند در آینده با خود به همراه داشته باشد، اشاره می‌کردند.

۱. «ماده ۴- کسانی که با تشکیل یا رهبری شبکه چند نفری به امر ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مبادرت ورزند، علاوه بر ضبط کلیه اموال منقول و غیر منقولی که از طریق رشوه کسب کرده‌اند به نفع دولت و استرداد اموال مذکور در مورد اختلاس و کلاهبرداری و رد آن حسب مورد به دولت یا افراد، به جزای نقدی معادل مجموع آن اموال و انفصال دائم از خدمات دولتی و حبس از پانزده سال تا ابد محکوم می‌شوند و در صورتی که مصداق مفسد فی الارض باشند، مجازات آن‌ها، مجازات مفسد فی الارض خواهد بود».

به‌زعم آنان، این مسئله علاوه بر فرهنگ، بر اقتصاد و مواضع سیاسی کشور نیز تأثیر می‌گذارد (ر.ک: مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۲/۱۱/۱۹: ۲۴).

به علاوه، از لطمه سیاسی ناشی از این رفتارها نیز نمی‌توان چشم پوشید. این مفهوم در فرایند تصویب «قانون ممنوعیت اخذ پورسانت در معاملات خارجی» مصوب ۱۳۷۳، در نظر قانون‌گذاران برجسته شد. از این دریچه، رفتارهایی نظیر اخذ پورسانت، مشکل برجسته‌ای در ارتباط با فساد محسوب می‌شوند؛ زیرا خدشه قابل توجهی به کل نظام وارد می‌کنند. به همین جهت نیز نمایندگان بر این باور بودند که تداوم آن‌ها به صلاح کشور نیست و نیازمند برخورد جدی می‌باشد (ر.ک: مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، ۱۳۷۲/۳/۲: ۲۵).

یکی از این ضررها که جنبه سیاسی - امنیتی دارد و به صراحت در جریان تصویب قانون پیش گفته توسط نمایندگان به آن اشاره شد، «جاسوس‌پروری» است. از این منظر، به دلیل سودی که اخذ پورسانت برای کارگزار به همراه دارد، ممکن است به مرور به عامل بیگانه تبدیل شود و در این راستا، بیش از اینکه به صرفه و صلاح کشور توجه داشته باشد، به سمت بیگانه تمایل پیدا کند و برای کسب این مبلغ، به انعقاد قرارداد پردازد (مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۲/۱۱/۱۹: ۲۴). در واقع، امکان تبدیل کارگزار به جاسوس بیگانه، یکی از مهم‌ترین مفاهیمی است که ذیل مقوله لطمه سیاسی مطرح می‌شود. امروزه اطلاعات اقتصادی از چنان اهمیتی برخوردارند که نبض کشورها در گرو حفاظت از آن‌ها قرار گرفته است.

چنین گزاره‌هایی در فرایند تصویب قانون پیش گفته از سوی نمایندگان طراح به‌منظور توجه ممنوعیت اخذ پورسانت مطرح می‌شد (همان). در واقع، گرچه اخذ پورسانت در معاملات خارجی نوعی رفتار اقتصادی است، اما تبعات و آسیب‌های سیاسی - امنیتی که از نظر سیاست‌گذاران با خود به همراه دارد، یکی از مهم‌ترین عوامل طرح این قانون بود.

## ۲-۱. ابزار براندازی

جریان‌شناسی مشکلاتی که ذهن سیاست‌گذاران را به خود مشغول می‌کند، نشان

می‌دهد مسئله‌ای که همراه با دغدغه‌ای سیاسی باشد، سریع‌تر می‌تواند آنان را به سوی پذیرش آن به عنوان مشکل سوق دهد. فساد نیز از جمله مسائلی است که دغدغه سیاسی برای نظام به همراه داشته است تا جایی که برخی در ادبیات براندازی، آن را یکی از مؤلفه‌های جنگ نرم دانسته‌اند (برای آگاهی از نظر اندیشمندان مختلف، ر.ک: سیف و خجسته، ۱۳۹۲: ۱۰، ۱۵، ۱۶ و ۲۷). از این منظر، دلیل اصلی که فساد به مشکلی عمومی تبدیل شد، ورود آن به ادبیات سیاسی بود. در غیر این صورت، در قالب قراردایی میان دو نفر باقی می‌ماند. همین امر هم موجب شده است که در حال حاضر، فساد از یک مسئله اقتصادی به مسئله‌ای امنیتی تبدیل شود. به نظر می‌رسد که این رویکرد در میان قانون‌گذاران جمهوری اسلامی ایران نیز شکل گرفته است. از منظر یکی از کارشناسانی که سال‌ها در مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی و کمیسیون‌های مجمع تشخیص مصلحت نظام فعالیت داشته است:

«اول، در درازمدت توسعه سیاسی را به چالش می‌کشد و همه فکر می‌کنند که حکومت فاسد است و دوم، در کوتاه‌مدت حیثیت و اعتبار نظام را از بین می‌برد. حیثیت نظام را از بین بردن می‌تواند دستمایه هر گونه تغییر و تحول بیرونی یا درونی باشد. جمهوری اسلامی اگر بخواهد از بین برود، توسط فساد از بین می‌رود» (مصاحبه‌شونده شماره ۱۳).

بر این اساس، بحران اصلی که فساد با خود به همراه می‌آورد و برای قانون‌گذاران از اهمیت برخوردار است، اعتمادزدایی و مشروعیت‌زدایی از نظام است. در واقع، رخداد آن به اعتبار حاکمیت نزد مردم خدشه وارد می‌کند.

آکرمن در بیان پیامدهای فساد، معتقد است که جلوه‌های فساد عاملی برای کاهش مشروعیت دولت‌ها و تضعیف دموکراسی است؛ زیرا ممکن است شهروندان تصور کنند که دولتمردان، خود بزرگ‌ترین فروشندگان هستند (Rose-Ackerman, 2001: 45)؛ گزاره‌هایی که در مصاحبه‌های متعددی به آن اشاره شد (مصاحبه‌های شماره ۴، ۱۲، ۱۶ و ۱۸)؛ به ویژه آنکه مانع از تحقق آرمان‌های انقلاب می‌شود؛ زیرا یکی از دلایل اصلی انقلاب، وجود فساد ساختاری در نظام سیاسی سابق بود و انتظار می‌رفت که انقلاب با اصل، ریشه‌ها و تجلیات آن برخورد کند (مصاحبه شماره ۱۰). از این رو، سیاست‌گذاران

با تعریف این مشکل به دنبال بازیابی مشروعیت و مقبولیت خود هستند. از منظر برخی، این مسئله در چند سال اخیر، بیش از همه ذهن قانون‌گذاران را به خود مشغول کرده است:

«هر وقت کشور به بحران می‌خورد، به این فکر می‌کنید که دولت حق شما را نمی‌دهد و همین امر موجب می‌شود که مسئله عدالت دولت زیر سؤال رود. این گونه می‌شود که هر که پول بیشتری داشته، عدالت را به سوی خودش برده و این اعتماد جامعه را از بین می‌برد و بین کسانی که از پول منتفع شدند و کسانی که منتفع نشدند، شکافی ایجاد می‌شود که این شکاف موجب اعتمادزدایی از حاکمیت می‌شود و اگر این وضعیت ادامه پیدا کند، می‌تواند منجر به مشروعیت‌زدایی شود. در ایران هم ضرورت اصلی در حال حاضر، همین است» (مصاحبه‌شونده شماره ۴).

در واقع، این پدیده جهت‌پیکان خود را به سمت حاکمیت هدف‌گیری می‌کند. در این موقعیت، کسانی که دغدغه نظام دارند، تمام تلاش خود را به خرج می‌دهند تا آسیبی به آن وارد نشود. مسئولان هر کشوری همواره به نظام و موجودیت آن حساسیت نشان داده‌اند و به نوعی می‌توان گفت که خط قرمز هر نظامی، تهدیداتی است که حفظ نظام را با مشکل مواجه می‌کند. دلیل آن به گفته مصاحبه‌شونده شماره ۲۰ این است که باید نظامی باشد تا مسئولینی بتوانند در آن حکومت کنند. به این ترتیب، از آنجا که فساد یکی از مؤثرترین عواملی است که می‌تواند حکومت‌ها را به آخر خط برساند، سیاستمداران می‌کوشند تا از این طریق، از سقوط نظام جلوگیری کنند.

مطالعات تجربی کینگدان نشان می‌دهد که تصمیمات معمولاً برای پاسخ به بحران‌ها شکل می‌گیرند. گویی، فرایند قانون‌گذاری در پی خاموش کردن آتش بوته‌هاست و نه در پی ایجاد یک آتش‌نشان خوب. در واقع باید بحران واقعی‌ای رخ دهد که تصمیم‌گیران رسمی نتوانند آن را نادیده انگارند (Kingdon, 2014: 95). این امر را می‌توان در ارتباط با تشکیل دادگاه‌های ویژه اقتصادی از طریق استیذان از مقام رهبری نیز مشاهده کرد. در واقع، آنچه در سال ۱۳۹۷ رئیس قوه قضاییه وقت را به سمت تشکیل چنین نهادی سوق داد، احساس خطری بود که از ارتکاب جرایم اقتصادی و فساد در حوزه ارزی شکل گرفته بود؛ تا جایی که مدیریت کلان دستگاه قضایی را به اینجا

کشاند که با گذر از اصول و تشریفات پیچیده آیین دادرسی کیفری، این دادگاه‌ها را به مدت دو سال به صورت فوق‌العاده و با روش افتراقی تشکیل دهد (رستمی، ۱۴۰۰: ۳۰۵). البته شرایط جامعه که ارتکاب این رفتارها را ذیل عنوان «جنگ اقتصادی» قرار می‌داد (نشاط‌ریز، مالیر و حیدری، ۱۴۰۰: ۲۱۶) نیز بی‌تأثیر نبود؛ زیرا در هنگام جنگ، شرایط معمول به کنار می‌روند و کشورها به سوی به کار بستن راهکارهای ویژه برای پاسخ به بحران متمایل می‌شوند. در واقع، فهم مسئله در بستر شرایط فوق‌العاده یعنی جنگ اقتصادی، موجب شد که مسئولان قضایی به عنوان بخشی از سیاست‌گذاران کیفری، فساد و جرایم اقتصادی را به عنوان مقوله‌ای امنیتی فهم کنند و پیرو آن، از راهبرد فوق‌العاده تشکیل دادگاه‌های ویژه با قواعد دادرسی افتراقی استفاده کنند که در شرایط معمول می‌بایست از طریق تصویب قانون شکل می‌گرفت.

در توجیه تدوین و تصویب قوانین این حوزه بیش از هر دلیل دیگری بر این مهم استناد شده است. یکی از کارشناسان فعال در این حوزه بیان می‌کند:

«این طوری می‌توانستیم سیاستمداران را با خودمان همراه کنیم و موجب می‌شد تا بپذیرند» (مصاحبه‌شونده شماره ۱۳).

به واقع، هنگامی که بحث نظام و امکان براندازی آن پیش می‌آید، مقاومت‌ها در برابر آن شکسته می‌شود. سیاست‌گذاران هم با توجه به اهداف بلندمدت خود، به این نتیجه رسیده‌اند که ادامه وضعیت همراه با فساد، چیزی برای آن‌ها باقی نمی‌گذارد. از این رو متقاعد می‌شوند که باید به مبارزه با این پدیده پردازند.

البته در کنار این امر، مؤلفه دیگری که باز امنیت را دستخوش تهدید می‌کند، بی‌اعتمادی است که از ارتکاب این رفتارها در میان مردم شکل می‌گیرد. در مفهوم ایجابی از امنیت، مسئله مهم رضایت است؛ یعنی امنیت درون‌ساز و مشارکتی که از طرف تابعان آن نظام سیاسی قبول، تأیید و حمایت شود. در این رویکرد، تأکید بر عوامل داخلی از جمله عوامل اقتصادی، محیط زیستی، دانش فنی، روابط دولت و ملت و... است (آقابابی، ۱۳۹۹: ۱۸۳). موشکافی در آثار سیاسی و شیوه ارتکاب فساد، حکایتگر آن است که به سه مقوله اعتقادات، اعتبار قانون و کارآمدی نظام، خدشه جدی وارد می‌کند. به زعم مصاحبه‌شونده شماره ۱۲، اگر حکومت دینی که برای

اصلاح امور آمده است، فاسد شود، اعتقاد و اعتماد از بین می‌رود و در این صورت، حکومت تضعیف می‌گردد. به علاوه، هر فسادی با نقض قانون ملازمه دارد و اگر قانونی اعتبار خود را از دست دهد، پایه دیگر مشروعیت نظام نیز متزلزل می‌شود. در کنار این دو پایه، کارآمدی نیز اهمیت دارد. چنانچه دولتی به منظور دستیابی به اهدافی خاص بر سر کار آید، اما در عمل نتواند آن‌ها را محقق کند، مشروعیتش در نظر مردم به چالش کشیده می‌شود و خطر اعتراضات مدنی گسترده را به همراه دارد. به همین دلیل، سیاستمداران همواره به افکار عمومی توجه دارند. مطابق گفته‌های این مصاحبه‌شونده که از تصمیم‌گیران این عرصه بود، این پدیده هنگامی به عنوان مسئله معرفی و وارد دستور کار سیاسی شد که عموم نسبت به این امر مطالباتی را مطرح کردند. از این جهت به نظر می‌رسد تعریف مسئله، تا حدی برای پاسخ‌گویی به افکار عمومی صورت گرفته است.

بنابراین، فساد با ایجاد مشکلات اجتماعی و خواست مبارزه با تبعیض و نابرابری، تلنگر مهمی به سیاستمداران است که تداوم این وضعیت، مشروعیت نظام و انقلاب را تهدید می‌کند. حتی در دوران کنونی نیز این مسئله صبغه سیاسی پیدا کرده است. در این شرایط، موجودیت کشور و نظام تهدید می‌شود. به نظر می‌رسد که این امر بیش از سایر موارد برای سیاستمداران اهمیت دارد؛ زیرا برآن‌اند که با مبارزه با فساد، مشروعیت خود را احیا کنند. بدین ترتیب، یک بحران اجتماعی به بحرانی سیاسی تبدیل می‌شود. در کنار این امر، مقوله دیگری که جنبه دیگری از تعریف مسئله را تبیین می‌کند، آسیب‌هایی است که از ارتکاب مصادیق فساد اقتصادی بر وجهه نظام سیاسی یک کشور وارد می‌شود.

## ۲. فساد، آسیب به وجهه نظام سیاسی

از اموری که ذیل مسائل سیاسی به آن اهمیت داده می‌شود، وجهه یا آبروی نظام است که از شقوقی برخوردار است؛ نخست، وجهه و اعتبار نظام در مقابل مردم همان کشور، و دیگری وجهه آن در صحنه بین‌المللی است. هر دو شق پیش گفته برای کشورها مهم هستند؛ زیرا یکی ضامن بقای کشور و دیگری ضامن روابط و وجهه

بین‌المللی آن است.

با این حال، وجهه نظام در برابر مردم معمولاً اثرات عمیق‌تری بر آینده و مطلوبیت نظام خواهد داشت. این موضوع در کشورهایی که از جنبه‌های ارزشی برخوردارند، بیشتر خودنمایی می‌کند، تا جایی که نفوذ قوانین و مقررات تصویب‌شده، منوط به پذیرش حاکمیت حاکم از سوی مردم شده است. این امر به قدری اهمیت دارد که حتی از منظر فقهای اسلامی مانند شیخ مفید، اگر حاکم مقبولیت مردمی نداشته باشد، حکومتش بی اعتبار و غیر نافذ است (سیدحسینی تاشی، ۱۳۸۶: ۱۳۴-۱۳۷).

بر این اساس، مقوله وجهه و اعتبار سیاسی به مواردی اشاره دارد که می‌تواند بر مطلوبیت نظام در داخل کشور یا عرصه بین‌الملل اثرگذار باشد. آبروی سیاسی ذیل دغدغه سیاسی در جریان تعریف مسئله فساد توسط کنشگران به کار گرفته شد. از این منظر، دو مفهوم بی‌اعتمادی مردم و تبلیغات علیه نظام برای تبیین این بُعد مورد توجه قرار گرفت.

## ۱-۲. بی‌اعتمادی مردم نسبت به نظام سیاسی

از مهم‌ترین پایه‌های هر نظام سیاسی، اعتماد مردم به آن است. این امر به ویژه در کشورهایی که نظام سیاسی آن‌ها مبتنی بر مردم‌سالاری است، اهمیت بیشتری پیدا می‌کند. سیاستمداران می‌کوشند تا به هر طریق، این اعتماد را به دست آورند و حفظ کنند. بنابراین هرآنچه که این ارتباط را مخدوش سازد یا در معرض تهدید قرار دهد، مهم جلوه می‌کند. در تعریف مسئله فساد نیز تلقی مردم و حامیان و بانیان انقلاب و نگاه آن‌ها به این مسئله مطرح شد. از این دید، چنین رفتارهایی بر نگاه مردم نسبت به انقلاب و نظام تأثیر می‌گذارد و موجب نارضایتی و دل‌سردی و حتی در مواردی، انحراف مردم از آرمان‌های انقلاب و نظام می‌شود. در این موارد، زاویه دید قانون‌گذاران به مقوله نگرانی و عقب‌گرد مردم توجه دارد.<sup>۱</sup> در این راستا، به گزاره‌هایی چون دل‌سردی مردم، انحراف مردم انقلابی، بدبینی نسبت به انقلاب و حتی منافات با آرمان‌های

۱. به نظر برخی اندیشمندان این عرصه، کنشگران سیاسی هنگامی وارد صحنه می‌شوند که نگرانی عمومی ایجاد شده باشد؛ زیرا آنان بیش از هر چیز به نگرانی‌های مردم توجه دارند (Solomon, 2014: 34).

انقلاب اشاره شده است (ر.ک: *مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی*، ۱۳۶۹/۴/۲۵: ۳۰ و ۳۳). البته این نگاه‌های سیاسی تا حد بسیاری بیانگر فضای سال‌های نخستین انقلاب اسلامی بود<sup>۱</sup> که در گفتمان نمایندگان مجلس شورای اسلامی به مناسبت بررسی و تصویب قوانینی چون «قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری، مصوب ۱۳۶۴» و «قانون مجازات اخلا لگران در نظام اقتصادی کشور، مصوب ۱۳۶۷» به بهترین شکل خودنمایی می‌کرد. بر همین اساس، تلاش می‌شد تا با طرح ابعاد مسئله از زاویه تهدید علیه نظام و تأثیر آن بر دیدگاه مردم، به اهمیت آن اشاره شود. البته این نگاه در جریان تصویب قوانین دهه‌های بعد مانند «قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل، مصوب ۱۳۷۳» نیز خودنمایی می‌کرد. از این منظر، تصدی مشاغل مختلف با توجه به نارضایتی که به بار می‌آورد، منجر به خدشه به شأن و شخصیت کارگزار جمهوری اسلامی می‌شود تا جایی که آن را مغایر با مصالح نظام می‌دانستند و حتی به نظر برخی نمایندگان مجلس، اعطای چندین شغل به یک نفر با توجه به ناتوانی وی در انجام درست و وظیفه می‌تواند موجب وهن نظام و نارضایتی مردم شد (ر.ک: *مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی*، ۱۳۷۳/۶/۲۹: ۲۷؛ ۱۳۷۳/۶/۳۰: ۲۵ و ۲۸-۲۷).

این مفهوم بیش از هر چیز، بر مردم و دیدگاه آنان تأکید دارد؛ زیرا مهم‌ترین سرمایه هر کشوری مردم آن و قوی‌ترین پشتیبان نیز اعتماد آنان به نظام است. بنابراین هر پدیده‌ای که میان مردم و حکومت فاصله بیفکند، با خدشه به این اعتماد، آن حکومت را از این سرمایه محروم می‌نماید. از منظر برخی نمایندگان، امروز جو حاکم بر جامعه دال بر وجود فساد فراوانی است، ولی مسئولان می‌خواهند از مردم مخفی کنند. همین امر نیز موجب بی‌اعتمادی مردم نسبت به دولتمردان شده و نظام جمهوری اسلامی ایران را در معرض اتهام قرار داده است (ر.ک: *مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی*، ۱۳۸۴/۱۰/۵: ۱۲-۱۳؛ ۱۳۸۵/۳/۲۳: ۲۱). به علاوه، فرصت ایجاد و دامن زدن به شایعات را برای سودجویان فراهم کرده است. حال آنکه شفافیت می‌تواند از این مشکل پیشگیری کند. ولی این فضای مبهم، تمامی تلاش‌ها و خدمات حکومت را متزلزل کرده است و

۱. به گفته برخی از مسئولان آن دوران، در اوایل انقلاب، جو مبارزه حاکم بود و این جو بر همه حوزه‌ها تأثیر گذاشته بود (احمدی امویی، ۱۳۸۵: ۱۰).



حتی در بلندمدت می‌تواند منجر به تغییر نگاه مردم نسبت به کل حاکمیت شود. در فضای پر از ابهام و غیر شفاف، مردم اعتماد و رضایت خود را به راحتی نسبت به حاکمیت و دستگاه‌های حکومتی از دست می‌دهند و به ناامیدی دچار می‌شوند (مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۱/۶/۱۷؛ ۱۳۸۲/۵/۱۴؛ ۱۳۸۵/۳/۲۳؛ ۲۲؛ برای دیدن نظر مشابه ر.ک: فرجیها و مقدسی، ۱۳۹۵؛ ۱۲۴۸/۲). یکی از نمایندگان، این مسئله را در بیانات خود این گونه عنوان می‌کرد:

«این فعالیت‌های مجرمانه که کشور را تهدید می‌کند، اعتماد را از بین می‌برد، مردم نسبت به حاکمیت احساس نارضایتی پیدا می‌کنند؛ زیرا می‌ترسند حاکمیت هم رضای باشد به بعضی از درآمدها...» (مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۲/۵/۱۴).

در واقع، رفتارهای مشمول فساد، موجب کاهش میزان اعتماد افراد جامعه به نهادهای رسمی و قانونی حکومت و در نهایت، تردید در مشروعیت آن می‌شود. از منظر این نمایندگان، تأخیر از سوی مجلس علاوه بر صحنه نهادن بر این امر، بر دیدگاه عموم نسبت به مجلس نیز مؤثر است. بنابراین با همدردی با توده مردم باید این حمایت و پایگاه مردمی را حفظ کرد (همان).

در کنار این فضای مبهم، واقعیت‌هایی دال بر خیانت برخی کارگزاران به بیت‌المال، عامل دیگری است که به اعتماد مردم نسبت به کارگزاران خدشه وارد کرده و موجبی برای کاهش اعتبار اجتماعی آن‌ها شده است (مصاحبه‌شوندگان شماره‌های ۱ و ۱۹). با توجه به اینکه در این رویکرد، محور اصلی فساد، تعرض به اعتماد عمومی است، بسته به اینکه این اعتماد نسبت به کدام نهادها در جامعه شکل گرفته باشد، بستر فساد گسترش می‌یابد؛ هرچند نوع نظام سیاسی نیز در تعیین حدود و ثغور آن دخالت دارد.

با این حال، این وقایع هنگامی حساسیت‌برانگیزتر شد که دستگاه قضایی به عنوان پناهگاه شهروندان به فساد متهم شد؛ حال آنکه به گفته یکی از مصاحبه‌شوندگان: «دستگاه قضایی به عنوان آخرین مرجعی که حل اختلاف و فصل خصومت می‌کند، باید جایی باشد که مردم به آن اعتماد داشته باشند و بتوانند حرف آخر را در آن بزنند» (مصاحبه‌شونده شماره ۱).

واقع امر این است که آلودگی مرجع قضایی به فساد، موجب احساس بی‌پناهی در مردم می‌شود و این مشکل به طور برجسته‌تری خودنمایی می‌کند.

بنابراین آلودگی کارگزاران و خیانت نسبت به امانت سپرده‌شده به آن‌ها، موجب برجسته شدن مشکل از سوی مردم شد که نتیجه‌ای جز بی‌اعتمادی به این کارگزاران به همراه نداشت. در واقع، ارتکاب این رفتارها در مجموعه حاکمیت باعث شد که در نظر مردم، دولت به طور کلی از پاکدستی خارج شود و نسبت به آن بی‌اعتمادی شکل گیرد. این بی‌اعتمادی به مرور، یکی از مهم‌ترین ارکان نظام یعنی جمهوریت آن را تحت الشعاع قرار داد. البته با توجه به پیوستگی اسلامیت و جمهوریت نظام، بر رکن اسلامیت آن نیز اثرات منفی بر جای گذارد.

در واقع در این جریان، اعتماد اجتماعی نقض شده، و دولت سرمایه اجتماعی خود را تا حد بسیاری از دست داده و این امر بر اقتدار آن مؤثر است. از این رو، قانون‌گذاران با جدیت از طریق بیان این مشکل، به دنبال بازیابی این سرمایه اجتماعی از دست‌رفته هستند. این مسئله را یکی از مدیرانی که در فرایندهای قانون‌گذاری حضوری فعال داشته است، به خوبی بیان می‌کند:

«دولت ورشکسته اجتماعی است و مردم به دولت بی‌اعتماد هستند. در بخش‌های دولتی اگر بهترین کارها را انجام دهی، باز هم باید قسم و آیه بخوری که قصد بدی نداری که عامل آن، همین فسادهاست؛ زیرا فساد سرمایه اجتماعی را از بین می‌برد. لذا عاقل‌ترین دولت‌ها، دولت‌هایی هستند که فساد را از بین ببرند» (مصاحبه‌شونده شماره ۸).

به تعبیر یکی از نمایندگان پیشین مجلس شورای اسلامی نیز:

«فساد بزرگ‌ترین رهنمی است که به جان کشور افتاده و مثل زالویی دارد می‌مکد و این بدن را تضعیف می‌کند و به اعتماد عمومی جامعه آسیب می‌رساند» (مصاحبه‌شونده شماره ۱۷).

البته از مشکلاتی که این وضعیت می‌تواند با خود به همراه داشته باشد، احتمال دچار شدن به عوام‌گرایی است. در چنین وضعیت‌هایی، انگیزه و ضرورت سیاست‌گذاری بیشتر پاسخ به این نارضایتی می‌شود. در واقع، محرک اصلی همان نارضایتی است که

در مردم به وجود آمده است. از نظر مصاحبه‌شونده شماره ۱۴ باید آن‌قدر منتظر ماند تا این نارضایتی، تجلی بیرونی پیدا کند تا سیاست‌گذاران به فکر چاره بیفتند. در غیر این صورت، به طور خودجوش این فرایند را رصد نمی‌کنند تا در زمان لازم، نسبت به آن راهکار سنجیده‌ای اتخاذ نمایند. گویی، مسئله باید به حد انفجار برسد تا به نگرانی برای آنان تبدیل شود. از این رو، سیاست‌گذاران تنها در قبال این مطالبه عمومی تمایل پیدا می‌کنند که چنین مسائلی را مطرح نمایند و فرایند قانون‌گذاری آن را در پناه مقوله بی‌اعتمادی مردم به نظام به جریان بیندازند.

## ۲-۲. تبلیغات داخلی و بین‌المللی علیه نظام

در دنیای امروز، تبلیغات نقش اساسی در ایجاد انگاره‌های ذهنی افراد ایفا می‌کنند. این ویژگی، آن را به ابزار مطلوبی در بازی‌های سیاسی تبدیل کرده است، تا جایی که صحبت از جنگ رسانه‌ای می‌شود. افراد دغدغه‌دار سیاسی نیز در تعریف مشکل، به بدگویی‌هایی اشاره کردند که از نظام صورت می‌گرفت و تصویب چنین قوانینی به ویژه در سال‌های نخستین پس از انقلاب، تا حدی مقابله با این افراد است. این مسئله از منظر برخی به قدری اهمیت دارد که مهم‌ترین بُعد مسئله را بعد سیاسی آن تلقی می‌کنند:

«مسئله، اول از بعد سیاسی مطرح است. متأسفانه هنوز گروهک‌هایی که به اسم و نام در جامعه وجود ندارند، ولی در پشت نقاب‌هایی و با نفوذ در بعضی از اماکن هنوز چهره خودشان را نشان می‌دهند، از این مسئله کمال سوءاستفاده را می‌کنند. یعنی می‌آیند کاخ‌ها را نشان می‌دهند، در برابرش کوخ‌ها را نشان می‌دهند، شکم‌باره‌های سرمایه‌دار را معرفی می‌کنند و افراد مستضعف را هم نشان می‌دهند و بعد از این طریق تلاش می‌کنند نظام را زیر سؤال ببرند که این نظام دارد در خط سرمایه‌داری حرکت می‌کند. ما تا کی می‌خواهیم این بهانه را به دست این عوامل ضد اسلام و انقلاب بدهیم؟...» (مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۲/۴/۵: ۲۵).

بنابراین جرم‌انگاری در این حوزه، بیانگر نوعی واکنش سیاسی به دغدغه‌های جمعی در مورد رفتارهای نابهنجار است که از طریق تبلیغات رسانه‌های جمعی در کانون توجه قرار می‌گیرد (سمیعی زنور، حبیب‌زاده و صابر، ۱۳۹۵: ۲۸). گویی، وضعیتی که از ارتکاب جرایم ذیل فساد در جامعه رخ می‌دهد، موجب زیر سؤال رفتن نظام می‌شود و

به دست «دشمنان» بهانه می‌دهد. آنان می‌توانند از این طریق با تبلیغ‌های خود به نظام آسیب برسانند. در حالی که نظام اسلامی، نظامی است که همواره بر دفاع از محروم تأکید داشته و از رفع محرومیت سخن رانده است و سیره عملی بزرگان آن نیز بیانگر این حقیقت است. در فرایند تصویب «قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی»، این گونه استدلال شد که اجرا نشدن اصول مندرج در قانون اساسی و به ویژه اصل ۴۹، دستاویز مطلوبی برای دشمنان است تا از آن علیه نظام استفاده کنند.

همان طور که در فرایند تصویب «قانون اصلاح تبصره ۱ ماده ۱۸۸ قانون دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری ۱۳۷۸ و الحاق سه تبصره به آن» نیز یکی از نمایندگان مجلس شورای اسلامی این گونه به این مسئله اشاره می‌کند:

«شرایطی ایجاد کرده که این همه تلاشی که انقلاب اسلامی و نظام مقدس جمهوری اسلامی انجام داد، در معرض اتهام است. گروه‌ها برای اینکه از هم انتقام بکشند، یک طوری نسبت به عملکرد دولت‌ها حرف زدند که تو گویی فرصت برای مفاسد ایجاد شده. اگر چهار تا مفسده‌ای بود، این قدر این بزرگ شده، تبلیغات شده که اساس نظام جمهوری اسلامی در خطر قرار گرفته است» (مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۵/۳/۲۳: ۲۱).

بیشترین تأکید این جنبه بر توجه به فساد به عنوان دستاویزی برای جریان‌های سیاسی و اثرگذاری در این عرصه است. همین امر موجب اهمیت آن برای کشور می‌شود؛ به ویژه آنکه از این دریچه نیز دو جنبه ملی و بین‌المللی قابل شناسایی است. دغدغه، اتهاماتی است که در عرصه داخلی و بین‌المللی می‌تواند نسبت به نظام وارد شود و بی‌توجهی به مسئله، موجب اتهام نبود اراده مبارزه با فساد و ایجاد جو نامطلوب می‌شود. نماینده دیگری در فرایند تصویب «قانون مبارزه با پولشویی، مصوب ۱۳۸۸»،<sup>۱</sup> به صراحت به این امر اشاره می‌کند:

«این لایحه از جهت آثار... و به خصوص در ابعاد سیاسی خیلی مؤثر است. فردای همین روز، ممکن است بدخواهان بنویسند که مجلس به لایحه مبارزه با مفاسد اقتصادی رأی نداد» (مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۲/۵/۱۴).

۱. این قانون در سال ۱۳۹۷ اصلاح شده است.

افرادی که این دغدغه را داشتند، توجه مجلس شورای اسلامی را به ابعاد فرامرزی این مسئله نیز جلب کردند و به مواردی چون شکل‌گیری اتهامات بین‌المللی نسبت به ایران اشاره نمودند. از این منظر، رهاورد بی‌توجهی به این پدیده، بروز این اتهام است که ایران کشوری مطلوب برای ارتکاب مصادیق فساد و ورود اموال ناپاک است. این مسئله در همکاری‌های بین‌المللی چالش‌زاست (ر.ک: مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۱/۶/۱۷؛ ۱۳۸۲/۵/۱۴؛ ۱۳۸۳/۱/۳۰) و بر حیثیت اقتصادی کشور در مجامع بین‌المللی خدشه وارد می‌کند. به این ترتیب، بی‌توجهی به این حوزه، مواد اولیه مناسبی برای تبلیغ علیه نظام در هر دو سطح ملی و بین‌المللی برای مخالفان و معارضان فراهم می‌آورد که در بلندمدت، پایه‌های نظام را متزلزل می‌کند.

البته باید گفت که چنین تبلیغاتی، هنگامی مؤثر خواهد بود که شفافیت لازم در درون کشور وجود نداشته و سازوکارهای پایشی و رصد نهادهای مختلف دچار اختلال شده باشد. بنابراین وجود چنین تبلیغاتی در کنار فضای غیر شفاف داخلی مؤثر خواهد بود و تلاش طرفداران شفافیت، گام مهمی در بی‌اثرسازی بازی‌های رسانه‌ای دالّ بر القای فساد است. همین امر نیز موجب شده است که در کشورهای مختلف، ادراک فساد از وقوع حقیقی فساد بالاتر باشد.

## نتیجه‌گیری

کارویژه اصلی مرحله تعریف مشکل، تبیین و تشخیص ابعاد مختلف مسئله است. در این مرحله باید به دنبال تعیین شاخص‌هایی بود که در تعریف آن به خدمت گرفته می‌شود. در تکاپوی تعریف مشکل فساد اقتصادی، یکی از دغدغه‌های که خودنمایی می‌کند، تهدید علیه نظام اسلامی و حیثیت آن است که می‌توان از آن به دغدغه سیاسی - امنیتی تعبیر نمود. بنابراین، مؤلفه اصلی دغدغه سیاسی، امنیت نظام سیاسی است. آنچه که شاخص‌های عامل مسئله را تشکیل می‌دهد، عبارت‌اند از: تهدید علیه استقلال نظام، مخالفت با نظام، ضربه به نظام، تبدیل کارگزار به عامل بیگانه، ایجاد وابستگی به خارج از کشور، خطر براندازی، آسیب به وجهه نظام، ایجاد فضای مبهم سیاسی، شکل‌گیری بی‌اعتمادی در مردم و اتهام به نظام در اثر تبلیغات داخلی یا خارجی.

در پاسخ به پرسش پژوهش مبنی بر اینکه در فرایند قانون‌گذاری کیفری در حوزه فساد اقتصادی، دغدغه‌های سیاسی - امنیتی از چه ابعادی برخوردارند و چگونه در مرحله تعریف مسئله نقش‌آفرینی می‌کنند؟ باید گفت که عوامل گفتمان‌ساز مطرح‌شده، دو مفهوم اصلی تمامیت و مطلوبیت نظام را می‌سازند. بر این اساس، بی‌توجهی به این عوامل و تداوم این مسئله موجب خدشه به مطلوبیت و مشروعیت نظام می‌شود و آن را به عنوان رویه پذیرفته‌شده از سوی حاکمیت معرفی می‌کند. در واقع، جلوه مشروع فساد اقتصادی از سوی حاکمیت بر مطلوبیت نظام تأثیر منفی خواهد گذاشت. چنین امری، به تهدید نسبت به کل نظام منجر می‌شود که به صورت فشار از درون یا برون، تمامیت آن را به خطر می‌اندازد؛ زیرا پایه‌های پوسیده چندان طاقت تحمل وزن آنچه را که بر آن‌ها استوار می‌شود، نخواهند داشت. از همین زاویه نیز لزوم مداخله جدی قانون‌گذار در این عرصه توجیه می‌شود.

بنابراین گرانیگاه، امنیت سیاسی است که در پی تدارک ساختار و تشکیلات حکومت است تا از هر گونه رفتار محلّ نظام جلوگیری نماید (کوشا، ۱۳۹۰: ۸۷۰). این رویکرد را باید برگرفته از اندیشه‌های مندرج در ایدئولوژی سیاسی حاکم بر جامعه دانست (ایروانیان، ۱۳۹۲: ۲۲)؛ زیرا بخشی از باورها و ارزش‌های به کار گرفته‌شده در قانون‌گذاری کیفری تحت تأثیر این ایدئولوژی قرار می‌گیرد. از این رو، اگرچه مصادیق فساد با ماهیت اقتصادی یا مالی جلوه‌گر می‌شود، اما از این منظر، بُعد امنیت سیاسی می‌یابد. به این ترتیب، از این دیدگاه مشکل بیشتر از آنکه اقتصادی باشد، سیاسی و امنیتی است و دغدغه اصلی نیز انقلاب و نظام جمهوری اسلامی ایران است.

در واقع در فرایند قانون‌گذاری کیفری در حوزه فساد اقتصادی، دغدغه‌های سیاسی - امنیتی با ارتباط دادن آن به موجودیت و مشروعیت نظام، این مسئله را در ذهن کنشگران این عرصه برجسته نمود. ولو آنکه تمامی کسانی که در این خصوص داعیه مقابله با فساد داشتند، تنها به مبارزه نمی‌اندیشیدند و گاه منویات دیگری نیز در این میان به چشم می‌خورد. با این حال، دغدغه سیاسی - امنیتی در این فرایند در توجیه فساد اقتصادی به عنوان مسئله‌ای در خور سیاست‌گذاری کیفری و سوق دادن تصمیم‌گیران به توجه به آن، به عنوان پیشرانی قدرتمند نقش‌آفرینی کرد؛ زیرا تمامیت و مطلوبیت نظام

تا حدی تأمین‌کننده مصالح و منافع خود سیاست‌گذاران نیز هست و این نوع از دغدغه‌ها راحت‌تر از سوی آن‌ها دریافت و فهم می‌شود؛ به ویژه آنکه برخی حیات و مشروعیت سیاسی خود را در گرو حفظ نظام می‌دانند؛ از همین رو نیز پاسخ سریع‌تری به آن می‌دهند. بنابراین با تمسک به چنین دغدغه‌ای، پذیرش مسئله به عنوان مسئله قانون‌گذاری و ورود به ادبیات کیفی با سهولت بیشتری امکان‌پذیر می‌شود که در حوزه تعریف ابعاد مسئله فساد اقتصادی این اتفاق رخ داد. البته قابل ذکر است که شناسایی مسئله از این بعد، تبعاتی به همراه خواهد داشت که یکی از آن‌ها، گزینش راهکارهایی امنیت‌مدارانه بوده است؛ زیرا این نوع مسئله‌شناسی، راه را بر توجیه به کار بستن آن گونه راهکارها هموار می‌کند.

## کتاب‌شناسی

۱. آقابابایی، حسین، «امنیت»، در: *دانشنامه سیاست‌گذاری حقوقی*، به کوشش لعیان جنیدی و امیرحسین نیازپور، تهران، معاونت حقوقی رئیس‌جمهور، ۱۳۹۹ ش.
۲. احمدی امویی، بهمن (به کوشش)، *اقتصاد سیاسی جمهوری اسلامی*، تهران، گام نو، ۱۳۸۵ ش.
۳. استراس، آنسلم، و جولیت کوربین، *اصول روش تحقیق کیفی؛ نظریه‌مبنایی - رویه‌ها و شیوه‌ها*، ترجمه بیوک محمدی، چاپ سوم، تهران، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، ۱۳۹۳ ش.
۴. افتخار جهرمی، گودرز، و کیمیا کبریتی، «ستاد مبارزه با مفاسد اقتصادی»، در: *دانشنامه علوم جنایی اقتصادی*، به کوشش امیرحسین نیازپور، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۵. ایروانیان، امیر، «سیاست جنایی، پیشینه تاریخی، ساختار و ویژگی‌ها»، در: *تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقاله‌ها)*، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۶. بریث ناچ، سیموس، *جرم و مجازات از نظرگاه دورکیم*، ترجمه محمدجعفر ساعد، تهران، خرسندی، ۱۳۸۷ ش.
۷. خانعلی‌پور و اجارگاه، سکینه، «کنشگران فرایند قانون‌گذاری کیفری ایران در حوزه فساد و جرایم اقتصادی»، در: *سیاست جنایی در برابر بزهکاری اقتصادی (مجموعه مقالات برگزیده همایش ملی سیاست جنایی ایران در زمینه جرایم اقتصادی)*، به کوشش امیرحسین نیازپور، تهران، میزان، ۱۳۹۷ ش. (ب)
۸. همو، *نظریه‌مهندسازی قانون‌گذاری کیفری ایران در حوزه فساد*، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی تهران، ۱۳۹۷ ش. (الف)
۹. رستمی، هادی، «سیاست جنایی بخشنامه‌مدار در فرایند دادرسی کیفری»، *فصلنامه مجلس و راهبرد*، سال بیست و هشتم، شماره ۱۰۸، زمستان ۱۴۰۰ ش.
۱۰. سلطانی‌فر، غلامرضا، هوشنگ شامبیاتی، و علی آزمایش، «تأثیر ایدئولوژی بر قبض و بسط حقوق کیفری»، *مجله تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل*، سال دهم، شماره ۳۷، پاییز ۱۳۹۶ ش.
۱۱. سمیعی زنور، حسین، محمدجعفر حبیب‌زاده، و محمود صابر، «تحلیل جرم "اخلال در نظام اقتصادی کشور" از طریق قبول سپرده اشخاص در حقوق ایران»، *دوفصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری*، سال سیزدهم، شماره ۱۱، بهار و تابستان ۱۳۹۵ ش.
۱۲. سیدحسینی تاشی، سیدصادق، *رابطه جرم و گناه*، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۶ ش.
۱۳. سیف، الله‌مراد، و محمد خجسته، «ظرفیت‌ها و محدودیت‌های مدیریت بحران در صحنه جنگ نرم اقتصادی دشمن علیه جمهوری اسلامی ایران»، *فصلنامه مطالعات راهبردی بسیج*، سال شانزدهم، شماره ۶۰، پاییز ۱۳۹۲ ش.
۱۴. عقیلیان، سیدناذر، محسن رهامی، و هوشنگ شامبیاتی، «اثر ایدئولوژی بر ارگونومی قانونی سیاست تقنینی: مروری بر ارگونومی قانونی»، *فصلنامه ارگونومی*، سال ششم، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۷ ش.
۱۵. فراستخواه، مقصود، *روش تحقیق کیفی در علوم اجتماعی با تأکید بر «نظریه برپایه» (گرناند تئوری GTM)*، چاپ سوم، تهران، آگاه، ۱۳۹۵ ش.
۱۶. فرجیها، محمد، و باقر مقدسی، «پاسخ‌های کیفری عوام‌گرایانه به مفاسد اقتصادی»، در: *دایرة‌المعارف علوم جنایی (مجموعه مقاله‌های تازه‌های علوم جنایی)*، کتاب دوم، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۱۷. کوشا، جعفر، «امنیت اقتصادی با تأکید بر پیشگیری و مبارزه با قاچاق کالا و پولشویی»، در: *فصلنامه تحقیقات حقوقی (یادنامه شادروان دکتر رضا نوربها)*، ضمیمه شماره ۵۶، زمستان ۱۳۹۰ ش.



۱۸. مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، دوره اول، جلسه ۴۸۳، ۱۳۶۲/۴/۵.
۱۹. مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، دوره اول، جلسه ۵۷۵، ۱۳۶۲/۱۱/۱۹.
۲۰. مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، دوره دوم، اجلاسیه دوم، جلسه ۱۶۸، ۱۳۶۴/۶/۱۲.
۲۱. مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، دوره سوم، اجلاسیه سوم، جلسه ۲۵۷، ۱۳۶۹/۴/۲۵.
۲۲. مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، دوره چهارم، جلسه ۱۱۳، ۱۳۷۲/۳/۲.
۲۳. مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، دوره چهارم، جلسه ۲۵۴، ۱۳۷۳/۶/۲۹.
۲۴. مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، دوره چهارم، جلسه ۲۵۵، ۱۳۷۳/۶/۳۰.
۲۵. مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۱/۶/۱۷.
۲۶. مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۲/۵/۱۴.
۲۷. مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۳/۱/۳۰.
۲۸. مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۴/۱۰/۵.
۲۹. مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، جلسه ۲۲۸، ۱۳۸۵/۳/۲۳.
۳۰. نجفی ابرنآبادی، علی حسین، «درآمدی بر پژوهش در نظام عدالت کیفری: فرصت‌ها و چالش‌ها»، در: *بایسته‌های پژوهش در نظام عدالت کیفری (مقالات برگزیده نخستین همایش ملی پژوهش در نظام عدالت کیفری؛ فرصت‌ها و چالش‌ها)*، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۳۱. همو، «سیاست جنایی در برابر بزهکاری اقتصادی»، در: *سیاست جنایی در برابر بزهکاری اقتصادی (مجموعه مقالات برگزیده همایش ملی سیاست جنایی ایران در زمینه جرایم اقتصادی)*، به کوشش امیرحسن نیازپور، تهران، میزان، ۱۳۹۷ ش.
۳۲. نشاسته‌ریز، سهراب، محمود مال میر، و مسعود حیدری، «از "جهانی شدن" تا کاربست "سیاست جنایی دشمن مدار" در رسیدگی به جرایم اقتصادی»، *مجله حقوق پزشکی*، دوره پانزدهم، شماره ویژه‌نامه نوآوری حقوقی، ۱۴۰۰ ش.
۳۳. نیازپور، امیرحسن، «کنشگران دولتی سیاست‌گذاری حقوقی»، در: *دانشنامه سیاست‌گذاری حقوقی*، به کوشش لغیا جنیدی و امیرحسن نیازپور، تهران، معاونت حقوقی رئیس‌جمهور، ۱۳۹۹ ش.
۳۴. هاشمی قادی، سیدحسین، اثرکنترل فساد مالی بر رشد اقتصادی در منتخبی از کشورهای در حال توسعه، پایان‌نامه کارشناسی ارشد علوم اقتصاد - اقتصاد نظری، دانشکده علوم اقتصادی و اداری دانشگاه مازندران، بهمن ۱۳۹۰ ش.
35. Balboa, Jenny & Erlinda M. Medalla, "Anti-Corruption and Governance: The Philippine Experience", Asia-Pacific Economic Cooperation (APEC) Study Centre Consortium Conference, Viet Nam, Ho Chi Minh City, 23-24 May 2006.
36. Barton, Adrian & Nick Johns (Eds.), *The Policy-Making Process in the Criminal Justice System*, New York & London, Routledge, 2013.
37. Hassan, Shaikat, "Corruption and the Development Challenge", *Journal of Development, Policy and Practice*, Vol. 1(1), 2004.
38. Kingdon, John W., *Agendas, Alternatives and Public Policies*, 2<sup>nd</sup> Ed., Pearson New International Edition, 2014.
39. Rose-Ackerman, Susan, "Political corruption and democratic structures", in: Arvind

- K. Jain (Ed.), *The Political Economy of Corruption*, New York & London, Routledge, 2001.
40. Solomon, Peter H., "The Making of Criminal Law in Russia and the West: The Policy Process, Administration, and the Role of Experts", *Public Administration Issues* (Special Issue), January 2014.



آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره هیجدهم، شماره ۲۲، پاییز - زمستان ۱۴۰۰  
نوع مقاله: علمی - پژوهشی (۵۹-۸۶)

## مطالعه جرم‌شناختی

# تحولات بزهکاری در پرتو بحران اقلیمی\*

- بهزاد رضوی فرد<sup>۱</sup>
- حامد صفائی آتشگاه<sup>۲</sup>

### چکیده

به گرمایش زمین، تغییر اقلیم و پیامدهای ناشی از آن‌ها نسبت به انسان‌ها و محیط زیست، بحران اقلیمی گفته می‌شود. از جمله پیامدهای بحران اقلیمی، تغییر در رفتار انسان‌ها به ویژه تحول در نرخ و نوع بزهکاری است. با وجود این، غفلت از بحران اقلیمی به عنوان مهم‌ترین بحران قرن حاضر موجب شده که به طور سنتی این مؤلفه در بررسی تحول بزهکاری نادیده گرفته شود. شواهد زیادی وجود دارند که مطابق آن‌ها هر یک از عناصر تغییر اقلیمی نظیر بارش، دما، رطوبت و مه، منجر به تحول در نرخ و نوع بزهکاری می‌شوند. نویسندگان

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۲/۶ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۲/۲۸.

- این مقاله برگرفته از رساله دکتری (در حال نگارش) نویسنده دوم با راهنمایی نویسنده اول در دانشگاه علامه طباطبائی است.
۱. دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران (نویسنده مسئول) (bzoudlaw.110@gmail.com).
  ۲. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران (safaci@live.com).

برای پاسخ به این پرسش که تغییر اقلیم و بحران حاصل از آن، چه تأثیری بر تحول بزهکاری دارد، از چهار مؤلفه بهره بردند. بنابراین جهت شناسایی و تأیید رابطه موصوف، مؤلفه‌های جغرافیامحور، فعالیت‌محور، ساختارمحور و سازمان‌اجتماعی‌محور به عنوان رویکردهای شاخصی از جرم‌شناسی انتخاب شدند. دلیل گزینش این رویکردها، ارتباط بیشتر آن‌ها با بحران اقلیمی و تأکید پژوهش‌های پیشین بر این رویکردها در پرتو روش مطالعاتی فراترکیب بود. بر این پایه، مطابق یافته‌های نوشتار حاضر، بحران اقلیمی منجر به «بزه‌دیدگی اقلیمی» شهروندان شده و این قربانیان، بزهکاران آینده خواهند بود. بدین‌سان مقابله با بحران اقلیمی را می‌توان در کنار مزایای بی‌شماری که برای محیط زیست و سلامتی انسان دارد، موجب کاهش بزهکاری در سطح جامعه دانست. از این رو سیاست‌گذاری اقلیمی و بزه‌انگاری رفتارهای اقلیم‌ستیز حکومت - شرکت‌هایی که اقدام به تولید کربن و توسعه گازهای گلخانه‌ای در سطح جهان می‌کنند، ضرورت دارد.

**واژگان کلیدی:** بزهکاری اقلیمی، تغییر اقلیمی، رویکردهای جرم‌شناسی، نرخ بزهکاری، فشارهای اقلیمی.

## درآمد

بحران اقلیمی<sup>۱</sup> به عنوان یکی از مهم‌ترین مشکلات، چالش‌ها و جریانات در دنیای معاصر مطرح است. منظور از بحران اقلیمی، گرمایش زمین، تغییر اقلیم و پیامدهای ناشی از آن‌ها نسبت به انسان‌ها و محیط زیست است. تغییر در شاخص‌های آب و هوایی نظیر دما، رطوبت، وزش باد و بارندگی، منجر به بحران اقلیمی در طول زمان می‌گردد. این بحران در طول زمان منجر به افزایش دمای زمین، کاهش یخ‌ها در قطب زمین و یخچال‌های کوهستانی می‌شود. همچنین فراوانی و شدت تغییرات سهمگین آب و هوا نظیر طوفان‌ها، خشکسالی، سیل و بارش و در نهایت تغییرات پوشش گیاهی، در نتیجه بحران حاضر است. سطح دریا نیز به دلیل گرم شدن اقیانوس‌ها و ذوب شدن یخ‌های زمین در حال افزایش است (Wiseman, 2021: 21-22). بر اساس مشاهدات «دیرینه‌اقلیم‌شناسی»<sup>۲</sup>

1. Climate Crisis.

۲. Paleoclimatology: شاخه‌ای از اقلیم‌شناسی است که به مطالعه وضعیت اقلیم گذشته زمین می‌پردازد که ابزارهای اندازه‌گیری مستقیم در آن کارایی ندارند.

در حوزه تغییراتی که از پایان آخرین عصر یخبندان رخ داده است، اقلیم بسیار سریع و حدود ده برابر سریع‌تر از تغییرات طبیعی آب و هوا تغییر می‌کند (ماسلین، ۱۳۹۲). این شواهد به وضوح به بحران اقلیمی طی نیم قرن گذشته اشاره می‌کند که عمدتاً ناشی از فعالیت‌های انسانی است.<sup>۱</sup> بر این اساس، امروزه به جای استفاده از اصطلاح «تغییر اقلیمی»، از «بحران اقلیمی» برای اشاره به وضعیت خطرناک پیش‌آمده استفاده می‌شود تا توجه بیشتری را جلب کند؛ چرا که شاهد ظهور آثار بحران اقلیمی بر ابعاد مختلف زندگی مردم و اکوسیستم هستیم.

از مهم‌ترین نتایج و پیامدهای گرم شدن زمین در ایران، خشکسالی، نابودی دریاچه‌های داخلی (مانند دریاچه ارومیه) و کمبود آب (خشک شدن دریاچه هامون سیستان) در کنار تنش‌های آبی است (رضایان قیبه‌باشی و همکاران، ۱۳۹۶: ۱۶۴). حال آنکه برنامه‌های منسجمی در جهت مقابله با گرمایش زمین و بحران اقلیمی ناشی از آن در ایران عملیاتی نشده است. با وجود این، بسیاری از رهبران ملی و جهانی به این نتیجه رسیده‌اند که بحران اقلیمی به یکی از مهم‌ترین موضوعات پیش روی بشریت تبدیل شده است. بحران پیش‌گفته، مسائل فراوانی مانند قاچاق انسان، قاچاق حیوانات، قاچاق خاک و گیاهان، جنگل‌زدایی، آلودگی فراملی، نابرابری‌های اجتماعی، کوچ اجباری، حاشیه‌نشینی، فقر و نزاع بر سر غذا را برای جرم‌شناسی پدیدار ساخته است (وایت، ۱۳۹۵: ۸۷-۱۰۰؛ همچنین رک: گرجی‌فرد، ۱۳۹۵). از این رو، بحران اقلیمی ابعاد و آثار متعددی دارد که هر یک از آن‌ها ممکن است از گذر سازوکارهای خاصی بر بزهکاری در سطح داخلی، منطقه‌ای و بین‌المللی تأثیرگذار باشند.

بررسی جرم‌شناختی «تحولات بزهکاری» در پرتو «پیامدهای بحران اقلیمی» و

۱. اقلیم بر اثر عواملی چون غلظت گازهای گلخانه‌ای حاصل از فعالیت‌های بشر و نیز مؤلفه‌های طبیعی دچار تغییر می‌شود. عوامل طبیعی مانند نوسان‌های برون‌داد خورشیدی و سرمایش اقلیمی، موجب تغییر طبیعی اقلیم شده‌اند (ماسلین، ۱۳۹۲: ۲۵). از این رو، تفکیک تغییرات طبیعی اقلیم از تغییرات صورت‌گرفته به دست بشر ضرورت دارد. پس هرچند نمی‌توان تأثیر طبیعت را بر تغییر اقلیم نادیده انگاشت، اقلیم‌شناسان بر این باورند که تغییرات صورت‌گرفته عمدتاً به دلیل فعالیت‌های بشر رخ داده است. مطالعات نشان می‌دهد که حدود ۹۷ نفر از ۱۰۰ دانشمند فعال اقلیمی، با استناد به شواهدی قطعی موافق‌اند که انسان‌ها باعث گرمایش جهانی می‌شوند (Romm, 2018: 9). امروزه کنترل آن دسته از رفتارهای انسان‌ها که موجب تغییر اقلیم می‌شوند، در مرکز نقل مطالعات رشته‌های مختلف علوم اجتماعی قرار دارد.

رابطه این دو، بحثی نوپیدا در پهنه علوم جنایی محسوب می‌شود. در همین چارچوب، پیوند بین بزهکاری و بحران اقلیمی را می‌توان از دو زاویه مورد مطالعه قرار داد؛ از یک منظر، برخی از بزهکاری‌ها مانند انتشار گازهای گلخانه‌ای کودکان، ناشی از تغییر اقلیم<sup>۱</sup> هستند. از زاویه‌ای دیگر، برخی رفتارها مانند انتشار گازهای گلخانه‌ای توسط شرکت‌های نفتی منجر به گرم شدن کره زمین<sup>۲</sup> می‌شوند<sup>۳</sup> (وایت، ۱۳۹۹: ۲۰۲-۲۰۳).

با تأکید بر این نکته که گرمایش زمین و بحران اقلیمی عمدتاً ناشی از فعالیت‌های انسانی به ویژه تولید و سوزاندن سوخت‌های فسیلی توسط شرکت‌ها،<sup>۴</sup> کشاورزی و دامپروری صنعتی و همچنین تغییر کاربری اراضی است، تأکید می‌شود که هدف نوشتار حاضر، تمرکز بر دسته نخست از روابط بزهکاری و اقلیم است. بنابراین پژوهش حاضر با طرح این پرسش انجام شده است که تغییر اقلیم و بحران حاصل از آن، چه تأثیری بر بزهکاری دارد؟ در همین زمینه باید توجه داشت که پاسخ به این پرسش، از منظر چندین رویکرد و نظریه جرم‌شناختی امکان‌پذیر است. با وجود این، نوشتار حاضر محدود به چهار رویکرد جرم‌شناسی شده است. دلیل گزینش این رویکردها از بین ده‌ها

1. Consequences of Climate Change for Crime.

2. Causes of Global Warming as a Crime.

۳. گفتنی است که امروزه می‌توان از «بزهکاری اقلیمی» حکومت - شرکت‌ها سخن گفت. بزهکاری اقلیمی حکومت - شرکت‌ها منجر به بحران اقلیمی در مناطق مختلف جهان می‌شود؛ با این توضیح که به طور خلاصه به آن دسته از رفتارهای زیانبار منجر به «بحران اقلیمی»، «بزهکاری اقلیمی» گفته می‌شود. در برخی از نظام‌های سیاسی، بخش عمده‌ای از بزهکاران در واقع قربانی سیاست‌ها و شیوه حکمرانی حکومت‌اند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۶: ۵۷۱). از این دریچه می‌توان تأثیر «بزه‌دیدگی اقلیمی» شهروندان را بر بزهکاری آن‌ها مطرح کرد. کارنامه جرم‌شناسی‌های علمی روی هم رفته منفی است (همو، ۱۳۹۷: ۱۷) و این جرم‌شناسی‌ها به آسیب‌ها و صدمات شدیدی که مهم‌ترین ارزش‌های یک ملت را خدشه‌دار می‌کنند، نمی‌پردازند (همو، ۱۳۹۰: ۱۰۲۷). موضوع حاضر نیز نیازمند رویکردی نوین در مطالعات جرم‌شناسی است. از این رو امروزه از گرایش‌های نوینی نظیر «جرم‌شناسی اقلیمی»، «جرم‌شناسی حکومت - شرکتی»، «آسیب‌اجتماعی‌شناسی/زمین‌پوشی» (ر.ک: بوکلی و کوتزه، ۱۴۰۰)، جهت گذر از محدودیت‌های جرم‌شناسی‌های علمی سخن به میان می‌آید.

۴. در همین زمینه اخیراً به تأثیر متفاوت مونوکسید کربن بر افراد اشاره شده است. کروز و همکارانش بر این باورند که با افزایش سطح مونوکسید کربن، مجرمان سیاه‌پوست و مرد به احتمال زیاد به بزه‌دیدگان آسیب جسمی وارد می‌کنند؛ زیرا مجرمان سیاه‌پوست و مرد به دلیل تفاوت‌های نژادی و جنسیتی‌شان، در برابر اثرات خشنوت‌آمیز آلودگی هوا آسیب‌پذیرترند (Cruz et al., 2022: 450).

رویکرد و نظریه جرم‌شناسی، ارتباط بیشتر آن‌ها با بحران اقلیمی و تأکید پژوهش‌های پیشین بر این رویکردها در پرتو الگوگیری از روش فراترکیب<sup>۱</sup> بود. فراترکیب به عنوان زیرمجموعه‌ای از فرامطالعه<sup>۲</sup>، از گذر بررسی و ادغام پژوهش‌های کیفی (و گاه کمی) پیشین به ایجاد زمینه پژوهش کمک می‌کند. به دیگر سخن، در این روش با بهره‌گیری از مطالعات مرتبط پیشین، مطالعه جدیدی شکل می‌گیرد. پس نتایج پژوهش‌های پراکنده و جزیره‌ای، با این روش یکپارچه شده و با کنار هم قرار دادن آن‌ها به حل مسئله و چارچوب‌سازی پژوهشی جدید اقدام می‌شود.

در پژوهش حاضر نیز از آنجایی که بررسی تحولات ناظر بر بزهکاری، با چندین رویکرد جرم‌شناختی امکان‌پذیر بود، با هدف انتخاب مهم‌ترین رویکردهای جرم‌شناختی مرتبط با سؤال پژوهش، مطالعات پیشین گردآوری و طبقه‌بندی شدند. خروجی این مطالعات در قالب چهار رویکرد طبقه‌بندی شده است. بدین‌سان مؤلفه‌های جغرافیا محور، فعالیت محور، فشار محور و سازمان اجتماعی محور به عنوان رویکردهایی شاخص از جرم‌شناسی انتخاب شده‌اند و ارتباط بحران اقلیمی با بزهکاری از گذر این رویکردها در ۴ بند مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

**۱. پیامدهای بحران اقلیمی بر بزهکاری در پرتو رویکرد جغرافیای جنایی**  
رویکرد جغرافیای جنایی با استفاده از گردآوری آمار جنایی و تلفیق آن با شرایط آب و هوایی و اقلیمی آن منطقه، به مطالعه بزهکاری می‌پردازد. عمده تمرکز مطالعات این حوزه بر آب و هوا و دماست و همواره برخی از دانشمندان بر این باور بوده‌اند که بین افزایش دما و ارتکاب جرم همبستگی وجود دارد. جریان‌ساز اصلی این حوزه، میشل گری و آدولف کتله<sup>۳</sup> هستند.<sup>۴</sup> در طول قرن نوزدهم، گری در فرانسه و کتله در

1. Meta-Synthesis.

2. Meta-Study.

3. Lambert Adolphe Jacques Quetelet.

۴. البته برخی بر این باورند که دانشمند بلژیکی آدولف کتله، «قانون حرارتی بزهکاری» را تدوین کرد و برخی دیگر نظریه فوق را محصول مشترک کتله و گری می‌دانند (ر.ک: رایجیان اصلی، ۱۳۹۷: ۸۶). با توجه به مطالب ارائه‌شده در مقاله حاضر، دیدگاه نخست دقیق‌تر به نظر می‌رسد.

بلژیک در حدود سال ۱۸۳۱، فراوانی جنایات علیه اشخاص را در مناطق گرم‌تر و در ماه‌های گرم‌تر مشاهده کردند. افزون بر این، جرایم علیه اموال در ماه‌های زمستان و در مناطق سردتر افزایش یافته بود. کتله این مشاهدات را در قانون حرارتی بزهکاری<sup>۱</sup> مفهوم‌سازی کرد. نه گری و نه کتله احساس نمی‌کردند که شرایط اقلیمی، علت اصلی بزهکاری است. با این حال برداشت‌های این دو از مطالعات آماری بزهکاری، زمینه تولد جغرافیای جنایی را فراهم ساخت (نجفی ابرنآبادی، ۱۴۰۰: ۱۸). سایر محققان اروپایی در اواخر قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم، یافته‌های این دو را تأیید کردند و البته پذیرفتند که آب و هوا علت اصلی بزهکاری نیست (Cohen, 1941: 36). در همین راستا، فصل اول کتاب *مرد/انسان بزهکار لومبروزو* (۱۹۱۱)، «تأثیرات هواشناسی و اقلیم بر جرم» را توصیف می‌کند. وی با استفاده از آمار تجاوز جنسی و قتل در انگلستان و ایتالیا و مطالعه خود در مورد شورش‌های سیاسی، در نهایت به این نتیجه رسید که این جرایم بیشتر در ماه‌های تابستان به وقوع می‌پیوندند (Carbone-Lopez & Lauritsen, 2013: 401). بیش از یک قرن بعد از کتله، در سال ۱۹۸۶ جیمز روتن<sup>۲</sup> طی مقاله «احیای جبرگرایی»، تحقیقات در مورد رابطه اقلیم و رفتار را در چهار مدل جبر اقلیمی، رد/مردودسازی<sup>۳</sup> عوامل اقلیمی، واسطه‌گری فرهنگی اثرات اقلیمی، و مدل احیاشده<sup>۴</sup> طبقه‌بندی کرد: جبرگرایان عوامل اجتماعی و فرهنگی را در نظر نمی‌گرفتند و ادعا می‌کردند که آب و هوا، عامل اصلی مؤثر بر رفتار مجرمانه از جمله خودکشی است. جبر اقلیمی توسط منتقدانی مورد حمله قرار گرفت که معتقد بودند همبستگی‌های بین اقلیم و رفتار، ساختگی است یا آن‌ها را تصادفی نامیدند. اکثر منتقدان استدلال کردند که همبستگی بین اقلیم و رفتار، ناشی از عوامل اجتماعی و فرهنگی است. همچنین می‌توان دسته دوم را «جبرگرایی فرهنگی» نامید؛ زیرا منتقدان، عوامل دیگر (مثلاً بیولوژیکی، اقتصادی) را در نظر نگرفتند (Rotton, 1986: 346-354).

1. Thermic Law of Crime/ Thermic Law of Delinquency.
2. James Rotton.
3. Dismissal.
4. Redux.



سوروکین<sup>۱</sup> در نقدی از «مکتب جغرافیایی»، جبرگرایان را به دلایلی همچون اشتباه گرفتن «همبستگی» با «علیت»، ناهماهنگی در انتخاب نمونه‌هایشان، تعمیم بیش از حد، نادیده گرفتن استثنائات در قاعده‌های کلی بیان‌شده و عدم توجه به عوامل اجتماعی و فرهنگی به باد انتقاد گرفت (Sorokin, 1928: 99-193; Rotton, 1986: 350). رویکرد سوم به رهبری دورکیم، تأثیر غیر مستقیم عوامل اقلیمی را می‌پذیرد. تعداد کمی از منتقدان جبرگرایی جغرافیایی، راه دورکیم را پیروی کرده و پیشنهاد می‌کنند که هر گونه تأثیراتی که اقلیم ممکن است داشته باشد، توسط عوامل فرهنگی مانند فراوانی و شدت تعامل اجتماعی، واسطه می‌شود. البته دورکیم همبستگی بین آب و هوا و رفتار را رد نکرد. از نظر وی، افراد در روزهای طولانی، بیشتر از روزهای کوتاه سال با دیگران مواجه می‌شدند و این افزایش فراوانی تماس‌های اجتماعی بود که باعث می‌شد تعداد نامتناسبی از افراد در طول ماه‌های بهار و تابستان جان خود را از دست بدهند. اگرچه مدل‌های دوم و سوم از نظر مفهومی متمایزند، اما به پیش‌بینی‌های یکسان منجر می‌شوند. مدتی، نه جغرافی‌دانان و نه جرم‌شناسان، پژوهش در مورد اقلیم و رفتار مجرمانه را به عنوان حوزه پرسشگری مشروع نپذیرفتند. به تعبیر سوروکین، انتقام «گناهان پدران»<sup>۲</sup> (جبرانگاران اقلیمی) را از فرزندان گرفتند! (Rotton, 1986: 353-354). لیکن به نظر می‌رسد طی چند دهه اخیر، علاقه دوباره‌ای به مطالعه در حوزه همبستگی بین متغیرهای اقلیمی و رفتار مجرمانه شکل گرفته است.

بنابراین می‌توان گفت که پس از فراز و فرودهایی، تا دهه هشتاد میلادی، دانشمندان علوم اجتماعی تمایلی به پرداختن به رابطه بین اقلیم و رفتار انسان نداشته‌اند، که تا حدی به دلیل بی‌اعتباری ناشی از افراط و تفریط جبرگرایان در چنین مطالعاتی است (Harries & Stadler, 1983: 235). اما امروزه می‌توان از احیای مطالعات این حوزه سخن گفت. هرچند نسخه‌های فعلی مکتب جغرافیایی جرم را نمی‌توان ضرورتاً جبرگرا دانست، لیکن آنچه اهمیت دارد، گسترش پژوهش‌ها در حوزه ارتباط دما، آب و هوا، اقلیم و بزهکاری است. امروزه صحبت از تأثیر غیر مستقیم آب و هوا بر بزهکاری است. تغییر آب و هوا با اثرگذاری بر تعاملات اجتماعی اشخاص، نرخ و نوع جرایم را دچار تغییر و

1. Sorokin.

2. Sins of the Fathers.

تحول کرده است.<sup>۱</sup> مطالعات تجربی عمدتاً از این نتیجه حمایت می‌کنند که بین آب و هوا و فعالیت‌های مجرمانه، رابطه علیت وجود دارد.<sup>۲</sup> یکی از این پژوهش‌های تجربی، مربوط به نیوزلند می‌شود. آمار جنایی این اثر از طریق پلیس نیوزیلند به دست آمده است. هوروکز و همکارش<sup>۳</sup> برای بررسی تأثیر آب و هوا بر جرایم مختلف (از قبیل انواع خشونت، تجاوز، سوء مصرف مواد مخدر و روانگردان، تخریب، سرقت، کلاهبرداری و...) از داده‌های جرایم گزارش شده ۴۳ ناحیه پلیس در سراسر نیوزیلند از سال ۲۰۰۰ تا ۲۰۰۸ استفاده کردند (Horrocks & Menclova, 2011). کار تجربی آن‌ها نشان می‌دهد که آب و هوا عامل تعیین‌کننده مهمی در تعداد جرایم ثبت شده است. به طور خاص، دما و بارندگی هر دو بر تعداد جرایم خشونت‌آمیز ثبت شده تأثیر دارند.

در ایران نیز هرچند پژوهش‌های اندکی در مورد رابطه دما و جرم انجام شده است، نتیجه مطالعه‌ای نشان داد که قانون حرارتی کتله، از این نظر که جرایم علیه اشخاص در فصول گرم و جرایم علیه اموال در فصول سرد سال بیشتر رخ می‌دهند، در تمامی شهرستان‌های مورد مطالعه (شیراز، آباده، لارستان) برقرار است. اما قانون مذکور از این حیث که در مناطق سردسیر، جرایم علیه اموال و در مناطق گرمسیر، جرایم علیه اشخاص بیشتر رخ می‌دهند، چندان قابل تعمیم نبوده و تنها در مورد شهرستان لارستان به عنوان ناحیه گرمسیری مصداق داشت (عبادی‌نژاد و همکاران، ۱۳۹۹: ۱۹۳). اما آنچه که فراتر از صرف تغییر دما اهمیت دارد و طی سال‌های اخیر، توجه پژوهشگران را به خود جلب کرده است، تأثیر «بحران اقلیمی» بر رفتارهای مجرمانه است. بحران اقلیمی، آثار بلندمدت‌تری نسبت به صرف تغییر دما دارد. مطالعه مارس و موفت<sup>۵</sup> تأثیر بحران اقلیمی

۱. در همین زمینه می‌توان از «فصلی‌بودن» بزهکاری (Seasonality of Crime) نیز سخن گفت (برای آگاهی بیشتر ر.ک: Carbone-Lopez & Lauritsen, 2013).

۲. البته در یکی از پژوهش‌ها، روتون و همکارش به این نتیجه رسیدند که برخلاف پژوهش‌های قبل، نرخ وقوع جرم در هوای بسیار گرم افزایش نمی‌یابد (Rotton & Cohn, 2000)؛ لیکن امروزه این دیدگاه در اقلیت قرار دارد.

3. James Horrocks & Andrea Kutinova Menclova.

۴. برخی جرایم مانند خشونت خانگی ممکن است گزارش نشوند؛ از این رو در زمینه شناسایی، پژوهش و مداخله نظام عدالت در این حوزه، محدودیت‌های جدی وجود دارد.

5. Dennis M. Mares & Kenneth W. Moffett.

بر سطح خشونت را در ۵۷ کشور تأیید می‌کند. در این پژوهش، آن‌ها کشورهای غربی و غیر غربی را نمونه‌برداری کردند تا بررسی کنند که آیا دمای گرم‌تر با نرخ بالاتر قتل مرتبط است یا خیر؟ نتایج نشان داد که هر درجه سانتیگراد افزایش دمای سالانه آن کشور، با افزایش تقریباً ۶ درصدی متوسط قتل در همان کشور همراه است. این مطالعه نشان می‌دهد که بحران اقلیمی ممکن است موجب افزایش خشونت در مناطقی شود که پیش از این رقم بالای قتل را شاهد بودند و تحت تأثیر سایر شرایط نامطلوب اجتماعی قرار داشتند (Mares & Moffett, 2016: 297). «در سطح جهانی به ازای هر درجه سانتیگراد افزایش دمای سالانه در یک کشور معمولی، پیش‌بینی می‌شود که قتل به طور متوسط حدود ۵/۹ درصد افزایش یابد» (Ibid.: 308). با این حال، هنگامی که کشورها بر اساس منطقه از هم تفکیک شدند، نتایج متفاوتی به دست آمد. نتایج مطالعه اخیر، از پژوهش‌های پیشین در مورد ارتباط بین بحران اقلیمی و خشونت حمایت می‌کند. با این حال با توجه به نتایج حاصل شده، تأثیر بحران اقلیمی بر سطح خشونت در بین کشورهای مختلف یکسان نیست. برخی مناطق ارتباط معناداری بین گرم شدن هوا و قتل‌ها نشان ندادند (به ویژه کشورهای شوروی سابق) و برخی مناطق دیگر مانند کشورهای آفریقایی، ارتباط بسیار بالایی را نشان دادند (Ibid.). این دو طی پژوهش دیگری در سال ۲۰۱۹، مانند مطالعه قبلی، با در نظر گرفتن نتایج مربوط به شاخص‌های تغییر اقلیم، ارتباط مثبتی بین دمای غیر عادی و جرایم مختلف پیدا کردند (Mares & Moffett, 2019: 520). اما نتایج جدید آن‌ها افزون بر این، «تغییرات ماهانه» قابل توجهی را در این رابطه نشان می‌دهد. اگر نتایج آن‌ها قابل تعمیم باشد، گمان می‌رود که در سال‌های اخیر، بحران اقلیمی سالانه حدود ۷۵۰۰۰ جرم به مجموع جرایم ایالات متحده اضافه کرده است. «قتل‌ها در ماه‌های گرم‌تر سال (ژوئن و جولای) بیشترین افزایش را نشان می‌دهند. با وجود این، در ماه‌هایی از زمستان که هوا به طور غیر عادی گرم بوده، افزایش قابل توجه قتل گزارش شده است» (Ibid.). این امر افزون بر تأیید مطالعات پیشین مبنی بر تأثیر دما بر بزهکاری، نشانگر این است که ماه‌های سرد یا گرم به خودی خود تأثیری بر بزهکاری ندارند؛ بلکه آنچه حائز اهمیت است، دمای بالای غیر عادی است.

## ۲. پیامدهای بحران اقلیمی بر بزهکاری در پرتو تغییر فعالیت‌های روزمره

نظریه فعالیت‌های روزانه/روزمره با در نظر گرفتن سه مؤلفه، به علت‌شناسی بزهکاری می‌پردازد. این نظریه با پذیرش مجرمان به عنوان انسان‌های منطقی و مسئولیت‌پذیر، بر این باور است که بزهکار هزینه و فایده احتمالی جرم را می‌سنجد. البته زمانی یک انگیزه مجرمانه ظهور می‌یابد که هدف مناسبی در برابرش قرار داشته باشد. آنچه بیش از همه اهمیت دارد، وضعیتی است که بزه‌دیده و بزهکار در آن لحظه کنار هم قرار می‌گیرند، نه اینکه یک بزهکار در گذشته چگونه زندگی کرده است؛ چرا که برای وقوع جرم افزون بر وجود بزهکاری با انگیزه، به فرصت نیز نیاز هست (Lee, 2013: 1). البته باید آن هدف مناسب، محافظ نامناسبی نیز داشته باشد که نتواند برای جلوگیری از وقوع جرم مداخله کند. بدین‌سان می‌توان ضلع سوم این نظریه را تکمیل کرد. بنابراین سه مؤلفه را می‌توان به عنوان سه ضلع این نظریه یاد کرد: بزهکار بالقوه،<sup>۱</sup> هدف/قربانی مناسب، و فقدان نگهبان قادر به محافظت از اهداف.<sup>۲</sup> بحران اقلیمی لااقل بر یکی از این سه ضلع تأثیرگذار خواهد بود و بر اساس مؤلفه‌های یادشده می‌توان الگوهای متفاوت بزهکاری را انتظار داشت. دما با تغییر رفتار اجتماعی بر بزهکاری تأثیر می‌گذارد و هوای گرم‌تر در زمستان و کمبود بارندگی در تابستان به عنوان پیامدهای بحران اقلیمی بر رفتار اجتماعی افراد تأثیر می‌گذارند. همچنین یکی از اثرات بحران اقلیمی افزایش مهاجرت است؛ زیرا برخی مناطق به دلیل خشکسالی برای کشاورزی و دامداری نامناسب‌اند و مناطق ساحلی با بالا آمدن آب دریاها غیر قابل سکونت می‌شوند. در اثر مهاجرت ناشی از بحران اقلیمی، نگهبانان رسمی مانند پلیس و نگهبانان غیر رسمی مانند اعضای خانواده و محله حذف شده و فرصت بزهکاری فراهم می‌شود. در این وضعیت، اهداف بدون محافظ می‌مانند و در نتیجه ممکن است به دلیل فقدان نگهبان مناسب، بحران اقلیمی موجب افزایش نرخ بزهکاری شود (Crank, 2015: 111).

۱. فلسون و کوهن ابتدا از تعبیر «دارای انگیزه» استفاده کردند. لیکن در کارهای بعدی خود «مرتکب احتمالی» را جایگزین آن کردند. بنابراین عوامل فیزیکی در فردی که تمایل مجرمانه هم ندارد، می‌تواند انگیزه‌های لازم را ایجاد نماید (پاک‌نهاد، ۱۳۹۹: ۲۴۳).

2. Potential Offender, Suitable Target, Absence of a Capable Guardian.

از آنجایی که تعاملی بین بزهکار با انگیزه و هدف مناسب وجود دارد، آن هدف طبیعتاً یک مال نیز می‌تواند باشد (Pereira et al., 2016: 117). باید پذیرفت که اگر هوا مناسب باشد، افراد ممکن است تمایل بیشتری برای بیرون رفتن از خانه یا ترک آن در تعطیلات داشته باشند. نظریه فعالیت‌های روزانه کوهن و فلسون که در بالا توضیح داده شد، نشان می‌دهد که چگونه این امر ممکن است بر فعالیت مجرمانه از طریق احتمال مواجهه با یک هدف مناسب، یک مجرم با انگیزه و عدم وجود نگهدارنده مناسب در برابر جرم تأثیر بگذارد. در زمستان، افراد بیشتری به خیابان‌ها می‌آیند و در تابستان، گرمای شدید، افراد را خانه‌نشین می‌کند. پس در آب و هوای گرم زمستانی، احتمال کمتری وجود دارد که افراد در خانه‌های خود باشند، بنابراین احتمال حضور یک نگهدارنده مناسب کاهش می‌یابد و همین ضعف، احتمال دستگیری را کاهش داده و در نتیجه هزینه‌های مورد انتظار را کاهش و تعداد جرایم علیه اموال را افزایش می‌دهد (Horrocks & Menclova, 2011: 233). لیکن نظریه فوق در این زمینه صراحت ندارد و باید نسخه‌های جدیدی از آن با محوریت بحران اقلیمی تولید شده و توسعه پیدا کنند. ابهام اصلی اینجاست که اگر دما افزایش یابد، آیا افزایش نگهدارنده (یعنی افزایش هزینه‌های مورد انتظار بزهکار) با افزایش اهداف و انگیزه مناسب (یعنی افزایش سودمندی مورد انتظار بزهکار) مقابله می‌کند؟ نظریه فعالیت‌های روزانه در این مورد مبهم است (Ibid.: 232). البته مطالعات فوق روی «دما» متمرکز شده بودند و از سایر متغیرهای اقلیمی غافل بودند. متغیرهای اقلیمی (دما، رطوبت نسبی، بارندگی، سرعت باد و مه) و خشکسالی نیز در پژوهش‌های دیگر مورد توجه قرار گرفته است، اما تأثیرات آن‌ها در درجه اول بر جرایم علیه اموال است و اغلب در جوامع کم‌درآمد دیده می‌شود و در درجه دوم، کار جرم‌شناسان قبلی روی سایر متغیرهای اقلیمی (رطوبت، سرعت باد و...) تا حد زیادی بی‌نتیجه بوده و نتایج متناقضی داشته است (به نقل از: Hu et al., 2017: 1042).

۱. برخی مخاطرات طبیعی نظیر خشکسالی، یکی از پیچیده‌ترین و در عین حال آرام‌ترین مخاطرات طبیعی است که در ایران به طور مداوم رخ می‌دهد. می‌توان نتایج خشکسالی را پیش‌بینی نمود، اما معمولاً برنامه‌های پیشگیری از اثرات شدید خشکسالی در تمام دنیا و به ویژه در ایران اجرا نمی‌شوند (یزدان‌پناه و منفرد، ۱۳۹۱: ۸۷).

یافته‌های برمن و همکارانش نیز فرضیه فعالیت‌های روزانه را اعتبار می‌بخشد؛ با این حال نشان می‌دهند که شرایط بسیار گرم، شرط لازم برای تأثیر دما بر رفتار نیست (Berman et al., 2020: 6) و ممکن است فردی حتی در شرایطی که بسیار گرم نیست، اما گرم‌تر از حالت عادی است، مرتکب جرم شود.

البته تأثیر بحران اقلیمی بر فعالیت‌های روزانه صرفاً از طریق دما نیست؛ بلکه این بحران بر سایر متغیرهای اقلیمی نیز تأثیرگذار است. مطالعه‌ای در تانگشان<sup>۱</sup> چین، تأثیر قوی سایر متغیرهای اقلیمی را بر نرخ بزهکاری نشان می‌دهد. در این مطالعه مشخص شد افزون بر دما که یکی از مهم‌ترین متغیرهای اقلیمی است، رطوبت نسبی<sup>۲</sup> نیز با انواع خاصی از جرایم مرتبط است و همبستگی قابل توجهی با نرخ بزهکاری دارد (Hu et al., 2017: 1047).

درک اثرات مه بر تغییرات روزانه نرخ بزهکاری پیچیده است. طی پژوهشی دیگر در پکن (Shen et al., 2020: 7) با این استدلال که روزهای مه‌آلود ممکن است به قاتلان کمک کند تا با استفاده از کاهش دید حاصل شده به هدف خود برسند، همبستگی بین تغییرات مه و قتل در آنجا مثبت ارزیابی شد؛ به ویژه در زیر مه شدید، دستگیر کردن مجرمان برای پلیس دشوارتر است و این ممکن است انگیزه مجرمان را برای ارتکاب قتل بیشتر کند. بنابراین رابطه بین تغییرات روزانه قتل و روزهای مه‌آلود مثبت است. همبستگی بین تغییرات روزانه مه و جرایم علیه اموال نیز معنادار است؛ اما در مقایسه با سایر متغیرهای اقلیمی، اثرات مه بر جرایم علیه اموال ناچیز است. قاتلان نه تنها تحت تأثیر متغیرهای آب و هوا قرار می‌گیرند، بلکه تحت تأثیر عقلانیت محدود<sup>۳</sup> خود قرار می‌گیرند؛ یعنی شرایط اقلیمی موجب محدود شدن قاتل شده و وی یا تصمیم به قتل نمی‌گیرد یا با محدودیت زمانی و اطلاعاتی در تصمیم‌گیری مواجه می‌شود.

1. Tangshan.
2. Relative Humidity.
3. Bounded Rationality.

### ۳. پیامدهای بحران اقلیمی بر بزهکاری در پرتو رویکرد فشار

حدود یک قرن است که «فشار»<sup>۱</sup> مورد توجه نظریه‌پردازان جامعه‌شناسی (دورکیم، مرتون، اگنیو و...) و در پی آن جرم‌شناسان قرار گرفته است. مبنای نظریه فشار، نظریه بی‌هنجاری<sup>۲</sup> دورکیم است. متفکران بعدی نظیر رابرت مرتون، از نظریه بی‌هنجاری/آنومی دورکیم استفاده کردند. نظریه مرتون، آغازی بر گسترش نظریه‌پردازی بر پایه مفهوم فشار بود. وی بر این باور بود که افراد به یکی از شیوه‌های پنج‌گانه «همنوایی»، «نوآوری»، «آداب‌پرستی»، «خلوت‌گزینی» و «نافرمانی»، به این بی‌هنجاری واکنش نشان می‌دهند (برنارد و همکاران، ۱۳۹۲: ۱۹۴-۱۹۵).<sup>۳</sup> در ادامه کار وی، نسخه‌های دیگری از نظریه ارائه شد؛ از جمله می‌توان به نظریه فشار نهادی، نظریه عمومی فشار و نظریه محرومیت نسبی اشاره داشت.<sup>۴</sup>

فشارهای خاصی که در این نظریه مورد بحث قرار می‌گیرند، شامل عدم دستیابی به اهداف ارزشمند مثبت (مثلاً پول یا موقعیت/مقام)، از بین رفتن محرک‌های با ارزش مثبت (مثلاً از دست دادن دارایی ارزشمند) و قرار گرفتن در معرض محرک‌های ناامیدکننده (مثلاً بزه‌دیدگی به عنوان رخدادی آسیب‌زننده به فرد) است (Agnew, 1992: 47). فشارهای تجربه‌شده و فشارهای مورد انتظار و پیش‌بینی‌شده<sup>۵</sup> متعددی در سطوح مختلف جوامع انسانی وجود دارند که بر پایه همین نظریه اگنیو، مورد مطالعه قرار گرفته‌اند. لیکن آنچه امروزه بیش از پیش باید مورد توجه قرار گیرد، حجم فزونی‌یافته فشارها در پی بحران اقلیمی است. بحران اقلیمی، افراد را در معرض طیف وسیعی از عوامل استرس‌زا قرار می‌دهد که منجر به بزهکاری می‌شود. این فشارها منجر به احساسات منفی مانند خشم، ناامیدی و ترس می‌شوند و فرد به دنبال پاسخ دادن به آن

1. Strain.

2. Anomie.

۳. برای مطالعه تفصیلی در این باره به منابع جرم‌شناسی نظری رجوع شود (برای نمونه در منابع فارسی ر.ک: برنارد و همکاران، ۱۳۹۲؛ پاک‌نهاد، ۱۳۹۹؛ همچنین در منابع انگلیسی ر.ک: (Morris & Huck, 2013; McCoy & Pugh, 2013; Agnew, 2017).

4. Institutional Anomie Theory, General Strain Theory, Relative Deprivation Theory.

5. Anticipated Strain.

است. این پاسخ چه‌بسا در قالب بزهکاری نمایان می‌شود. برای درک مبنای این استدلال لازم است که فشارهای ناشی از بحران اقلیمی (فشارهای اقلیمی) تبیین شوند. این فشارها را در چهار دسته به شرح زیر می‌توان طبقه‌بندی کرد:

### ۱-۳. فشارهای اقلیمی ناشی از تغییر دما

بحران اقلیمی منجر به تغییر در وضعیت آب و هوا به ویژه افزایش غیر عادی دما شده و افزایش دما نیز منجر به افزایش فشار می‌شود. امروزه افزایش دما از دو جهت، موجب نگرانی اقلیم‌شناسان شده است. افزایش روزافزون حداکثر دما از یکسو و افزایش حداقل دما از سوی دیگر، منبع فشار شناخته می‌شود. مطالعات آزمایشگاهی نشان می‌دهد که دمای بالا باعث افزایش پرخاشگری می‌شود. اگنیو استدلال می‌کند که:

«دمای بالا یک عامل استرس‌زاست و مستقیماً با افزایش سطح تحریک‌پذیری یا عصبانیت، بر بزهکاری تأثیر می‌گذارد. تأثیر دما بر جرم غیر خطی است؛ به طوری که دما تنها پس از عبور از یک نقطه آستانه خاص یا وجود یک سری روزهای بسیار گرم، جرم را افزایش می‌دهد. همچنین شواهد نشانگر تأثیر بیشتر دما در مناطق روستایی به دلیل فعالیت در فضای باز است. در عین حال، نباید از مناطق کم‌پروردار غافل بود؛ چرا که دسترسی به فضاهای دارای تهویه مطبوع آن‌ها محدودتر است. از این رو در روزهایی که شاهد افزایش غیر عادی دما هستیم، سطح فشار بر افراد بالا رفته و به ویژه نرخ وقوع جرایم خشونت‌آمیز خیابانی از قبیل ضرب و جرح و قتل بالا می‌رود» (Id., 2011: 27).

دمای بالای روزانه البته می‌تواند با تأخیر چند ساعته و چند روزه نیز موجب افزایش ارتکاب جرم شود؛ با این توضیح که افزایش دما منجر به ایجاد فشارهایی در طی طول روز شده و این فشارهای تجمیع‌شده در قالب‌هایی نظیر خشونت خانگی ظهور پیدا می‌کنند.

### ۲-۳. فشارهای اقلیمی ناشی از مخاطرات طبیعی

جهان طی سال‌های اخیر شاهد افزایش مخاطرات طبیعی بوده است. این مخاطرات را می‌توان در دو دسته مخاطرات ناگهانی (زلزله، سیل، طوفان و...) و مخاطرات تدریجی و پیش‌رونده (نظیر خشکسالی) طبقه‌بندی کرد. افزایش مخاطرات طبیعی در



سراسر جهان، حجم عظیمی از فشارها را به جوامع وارد ساخته است. پژوهش‌های متعددی در خصوص تأیید این فرضیه که بحران اقلیمی بر این مخاطرات طبیعی مؤثر است یا نه، صورت پذیرفته است.<sup>۱</sup> به طور خلاصه می‌توان بیان داشت که قریب به اتفاق نتایج، پشتیبان ایده تأثیر بحران اقلیمی بر مخاطرات طبیعی هستند.

مطابق گزارش هیئت بین‌الدولی تغییرات اقلیمی، از اوایل قرن حاضر پیش‌بینی شده بود که سلامت انسان‌ها از گرمایش جهانی به طور مستقیمی متأثر خواهد شد و افزایش رخدادهای شدید اقلیمی، خطرات فزاینده‌ای بر سلامت انسان‌ها خواهد داشت (وایت، ۱۳۹۸: ۴۰۰). تأثیرات امواج گرما به عنوان یکی از مخاطرات طبیعی، به گرم‌زدگی و بیماری‌های جسمی قابل درمان محدود نشده و گاه منجر به بیماری‌های روانی و مرگ هم می‌شود. طی پژوهشی، تعداد روزانه مرگ و میر در ۱۶ کشور اروپایی جمع‌آوری شد. مرگ و میر تابستانی برای دوره مرجع ۱۹۹۸-۲۰۰۲ و ۲۰۰۳ مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفت. مقایسه نتایج این دو دوره نشان داد که بیش از ۷۰ هزار مرگ و میر در اروپا طی تابستان ۲۰۰۳ رخ داده که این موارد افزون بر آن تعدادی است که پیش‌بینی شده بود (Robine et al., 2008). همین امر نشانگر عمق فجایع اقلیمی و تأثیرات فراتر از انتظار آن‌هاست. افزایش قدرت و آثار فاجعه‌بار مخاطرات طبیعی، موجب ورود عواطف منفی بر افراد جامعه می‌شود. از یکسو امروزه تعداد مخاطرات طبیعی نظیر خشکسالی افزایش یافته و از سوی دیگر، آثار این پدیده‌ها بر طبیعت و در نهایت بر افراد جامعه رو به فزونی نهاده است. امروزه جهان شاهد آتش‌سوزی‌های گسترده ناشی از خشکسالی و کاهش بارش‌هاست. این آثار، منجر به افزایش فشار، عواطف منفی و استرس بر آن جامعه آسیب‌دیده می‌شود. به عبارت دیگر، مخاطرات طبیعی نه تنها به خودی خود با فشارهایی همراه هستند، بلکه منجر به انبوهی از فشارهای اضافی از جمله آسیب فیزیکی، مرگ افراد نزدیک، تخریب خانه و اموال، از دست دادن وسیلهٔ امرار معاش، آسیب به زیرساخت‌های حیاتی و اختلال در فعالیت‌های روزمره می‌شوند. همچنین شواهد نشان می‌دهد که این مخاطرات باعث افزایش اختلال استرس

۱. در همین راستا برای مطالعه در منابع فارسی ر.ک: الوانکار و همکاران، ۱۳۹۵؛ کریمی و همکاران، ۱۳۹۷؛ همچنین در منابع انگلیسی ر.ک: Banholzer et al., 2014; Seager, 2014; Thomas, 2017.

پس از سانحه و همچنین عواطف منفی مانند خشم و افسردگی می‌شوند (Norris et al., 2002, as cited in: Agnew, 2011: 28). بدین ترتیب مخاطرات طبیعی، افزون بر آسیب‌های جسمانی و مادی، منبع فشارهای روانی نیز محسوب می‌شوند که همین امر می‌تواند زمینه‌ساز بزهکاری شود.

### ۳-۳. فشارهای اقلیمی ناشی از کمبود دسترسی به آب و غذا

غذا یک حق بشری بوده و نیاز اساسی هر انسان است. بحران اقلیمی تأثیر مستقیمی بر تولید غذا و دسترسی به آن دارد. شکی نیست که بحران اقلیمی باعث سرعت بخشی به فرسایش، بیابان‌زایی و کاهش تولید محصولات کشاورزی و دامداری شده و به طور ضمنی بر حق غذای میلیون‌ها نفر در سراسر جهان خدشه وارد می‌کند (Gkatzos, 2017: 54). پیامدهای بحران اقلیمی بر امنیت غذایی در مقیاس‌های جهانی، منطقه‌ای و محلی قابل توجه‌اند. برآورد می‌شود که حدود ۱ میلیارد نفر از ساکنان کشورهای در حال توسعه، برخی از انواع کمبود در تأمین مواد غذایی خود را تجربه می‌کنند و بحران اقلیمی احتمالاً خطر این کمبود را افزایش می‌دهد (Jackson et al., 2013: 61). بحران اقلیمی دست کم از دو منظر قابلیت اثرگذاری منفی بر حق غذا<sup>۱</sup> را دارد؛ نخست، این تغییرات چه‌بسا تأثیر قابل توجهی بر توان تولید غذا خواهد داشت که در نهایت می‌تواند منجر به آسیب‌هایی همچون گرسنگی، سوء تغذیه، بیماری و مرگ شود. دوم، در حال حاضر پیام‌هایی در مورد نیاز به تغییر رفتار فردی با هدف کاهش عوامل انسانی بحران اقلیمی منتشر می‌شوند (از قبیل انتشار کربن)<sup>۲</sup> لیکن تأثیر چندانی ندارند و نسبت به آن‌ها باید بازنگری صورت پذیرد (مک‌مالین، ۱۳۹۶: ۳۸۱).

امروزه همراه با رشد جمعیت جهان، دسترسی به آب نیز چالش‌برانگیز شده و نیاز به غذا در کنار کمبود منابع آبی، بحران‌های متعددی را شکل داده که در نتیجه آن‌ها شاهد «جنگ‌های آبی»<sup>۳</sup> در آینده خواهیم بود. سیاست‌های ناظر بر حوزه غذا باید با پیشبرد اهداف انسانی ریشه‌کنی فقر شدید و گرسنگی، در خدمت بشریت باشند.

1. Right to Food.
2. Carbon Emission.
3. Water Wars.

با این حال، این اهداف اخیراً توسط عوامل نوظهور همچون بحران اقلیمی، کمبود آب و بحران انرژی به چالش کشیده شده‌اند. پژوهش‌ها نشان می‌دهند که چالش آب می‌تواند وضعیت بفرنجی را برای امنیت غذایی، گرسنگی، فقر و اکوسیستم به وجود آورد و چنانچه اقدامات هماهنگی آغاز نشود، این امر منجر به شکاف غذایی عمیقی خواهد شد و در نهایت چالش‌های بیشتری را برای امنیت غذایی آینده ایجاد خواهد کرد (Hanjra & Qureshi, 2010: 374). برای افزایش امنیت غذایی آینده باید از همین امروز برنامه‌ریزی و سرمایه‌گذاری کرد. «این امر نیاز به اقدام در چند جبهه، از جمله مهار بحران اقلیمی، حفظ زمین و حفاظت از آب، کاهش رد پای انرژی<sup>۱</sup> در سیستم‌های غذایی، توسعه و اتخاذ انواع مختلف تاب‌آوری اقلیمی، مدرن‌سازی زیرساخت‌های آبیاری، بهسازی تجارت مواد غذایی بین‌المللی و پاسخ دادن به چالش‌های دیگر جهانی دارد» (Ibid.: 365). بدین سان هرچند درک وضعیت فعلی باید عامل محرکی برای سیاست‌گذاری و اقدامات عملی در این زمینه باشد، در کشورهای پیشرفته و دارای ذخایر آبی مناسب، اهمیت و ارزش آب مورد توجه قرار نگرفته و حتی در حقوق جزا کمتر مورد مطالعه قرار گرفته و از دید بسیاری از جرم‌شناسان خارج است (بریسمن و ساوس، ۱۳۹۶: ۸۹). چالش عدم دسترسی آسان به آب و غذای کافی، موجب ورود عواطفی منفی به افراد جامعه می‌شود. مصاحبه‌های عمیقی در نیجریه انجام شده که نشان می‌دهد ۹۰ درصد از پاسخ‌دهندگان در وضعیت‌های بدی زندگی می‌کنند که بقا در آن‌ها مشکل‌ساز شده و حتی برخی از خانواده‌ها مجبورند بر اساس ساختارهای غذایی خاصی زندگی کنند:

الف- بدون غذا در صبح، بدون غذا در بعد از ظهر و غذای کم یا ناکافی در عصر (۱-۰-۰).

ب- غذای کم یا ناکافی در صبح، بدون غذا در بعد از ظهر و بدون غذا در عصر (۰-۰-۱).

ج- بدون غذا در صبح، غذای کم یا ناکافی در بعد از ظهر و بدون غذا در عصر (۰-۱-۰) (Folami, 2011: 44).

در چنین جامعه‌ای که اهداف و ابزارها هم‌کفو یکدیگر در دسترس نیستند، باید

انتظار داشت که افراد جهت دستیابی به اهداف مشروع خود (در اینجا دسترسی به آب و غذا)، حتی به ابزارهای نامشروع متوسل شوند؛ در حالی که جامعه در وضعیت پایداری قرار دارد، غالب مردم «همنوایی» را دنبال می‌کنند (پاک‌نهاد، ۱۳۹۹: ۸۲). بدیهی است که در چنین وضعیتی، نرخ ارتکاب جرم به دلیل فشارهای موجود افزایش نمی‌یابد؛ حال آنکه وقتی دسترسی کافی به آب و غذا نیست، نباید توقع پذیرش وضعیت موجود را داشت. بدین‌سان طبقه پایین جامعه برای دستیابی به بدیهی‌ترین حق خود احتمالاً به روش‌های دیگری نظیر «نوآوری»، «آداب‌پرستی»، «خلوت‌گزینی» و «نافرمانی» روی می‌آورند. افراد با روش‌هایی نظیر تکدی‌گری، شورش و سرقت، در برابر این فشارها و برای دستیابی به آب و غذا واکنشی مجرمانه نشان می‌دهند.

### ۳-۴. فشارهای اقلیمی ناشی از فروپاشی ساختارهای اقتصادی

بحران اقلیمی، ساختارهای اقتصادی کشورهای آسیب‌دیده را مورد هدف قرار می‌دهد، بسیاری از افراد شغل خود را از دست می‌دهند و سبک اقتصادی جدیدی شکل می‌گیرد. از دست دادن شغل موجب می‌شود که حتی چالش بهره‌کشی از کودکان، روسپیگری و استثمار کودکان توسط والدینشان مطرح گردد. نظام اقتصادی آزاد، فرصتی را برای استثمار کودکان فراهم ساخته و کودکان ابزار درآمدزایی والدین شده‌اند. این مشکل در مقایسه با آنچه در ساختار اجتماعی سنتی کشورها وجود داشت، قابل مقایسه نیست (Folami, 2011: 44)؛ چرا که آن زمان، کودکان به عنوان ابزاری اقتصادی برای تولید بیشتر ثروت توسط والدین در مزارع و کارگاه‌های شخصی دیده می‌شدند، در حالی که امروزه از کودکان بهره‌کشی اقتصادی می‌شود (Ibid.).

فشارهای اقتصادی ناشی از بحران اقلیمی صرفاً منجر به جرایم مالی/اقتصادی نمی‌شوند، بلکه عدم کنترل فشارهای روانی باعث جرایم خشونت‌آمیز و اختلافات میان‌فردی نیز می‌شود. از این رو امروزه در برخی از روستاهای آسیب‌دیده از بحران اقلیمی، افزایش درگیری بر سر آب کشاورزی مشهود است. از دیدگاهی دیگر، این فشارها محدود به بزهکاری یقه‌آبی‌ها نمی‌شود و بحران اقلیمی، یقه‌سفیدان و شرکت‌ها را نیز تحت فشار قرار می‌دهد. فشارهایی همچون ناتوانی از دستیابی به اهداف اقتصادی

از مسیرهای قانونی منجر به بحران اقتصادی شده و چنانچه این فشارها در سطح گسترده‌ای وجود داشته باشد و ناعادلانه تلقی شود، به جرایم یقه‌سفیدی و شرکتی نظیر اختلاس منتهی می‌شوند (سیمپسون و ویزبرد، ۱۳۹۲). پیکرو و لانگتون<sup>۱</sup> در سال ۲۰۰۷ رابطه میان فشار و بزهکاری یقه‌سفیدان را از گذر پژوهشی تجربی در حوزه‌های مختلفی مانند ارتشاء، اختلاس، کلاهبرداری، جرایم بازار اوراق بهادار، تخلفات مالیاتی و تقلب در مؤسسات اعتباری تأیید کردند (Langton & Piquero, 2007: 6). امروزه جهان شاهد طیف وسیعی از بزهکاری‌های متأثر از بحران اقلیمی در حوزه‌های مختلف جرایم علیه مصرف‌کنندگان، نظیر جعل علامت استاندارد مواد غذایی، تولید مواد خوراکی بدون مجوز، استثمار جوامع محلی و نیز جرایم یقه‌سرخ‌هاست. برای مثال، مطالعات متعدد نشان می‌دهد که در فرایند توسعه نفت نیجریه، تنها تعداد انگشت‌شماری از اوگونی‌ها (یکی از جوامع محلی نیجریه) از استخراج آن سود برده‌اند؛ در حالی که آن‌ها ساکن و مالک زمین‌های یکی از بزرگ‌ترین مناطق نفت‌خیز هستند. اثرات نامطلوب این استخراج شامل تخریب گسترده محیط زیست و حتی نسل‌کشی علیه اوگونی‌هاست (Shinsato, 2005: 193). همه این‌ها و نیز آمیختگی زیاد روابط دولت نیجریه و صنعت نفت، شواهدی برای اثبات ارتکاب بزه اقلیمی هستند.

#### ۴. پیامدهای بحران اقلیمی بر بزهکاری در پرتو رویکرد بی‌سازمانی اجتماعی

موجودات زنده در زیستگاه طبیعی خود در نوعی «تعادل طبیعی» زنگی می‌کنند و هر فرد برای بقای خود در جامعه دارای رابطه‌ها و وابستگی‌ها باید بکوشد (برنارد و همکاران، ۱۳۹۲: ۱۶۵-۱۶۶). مطابق آنچه رویکرد بوم‌شناسی جنایی نیز بدان تأکید دارد، شهرها را می‌توان به محله‌ها یا مناطق مختلفی تقسیم کرد که بر اساس ویژگی‌های فیزیکی و اجتماعی خاص خود از یکدیگر متمایزند. این ویژگی‌ها به نوبه خود با رقم بزهکاری مرتبط‌اند. رابرت پارک و ارنست برگس<sup>۲</sup> تجزیه و تحلیل بوم‌شناختی محله‌های شیکاگو

1. Langton & Piquero.

2. Robert E. Park & Ernest W. Burgess.

را آغاز کردند. از آن زمان به بعد، نوع تحلیل آن‌ها رویکرد «بوم‌شناسی اجتماعی» نامیده شد. پارک و برگس شیکاگو را به پنج ناحیهٔ متحد‌المرکز تقسیم کردند که از قسمت مرکزی شهر در مرکز دایره‌ها به مناطق دورافتادهٔ شیکاگو در دایرهٔ بیرونی تقسیم می‌شد. آن‌ها متوجه شدند که این مناطق از نظر ویژگی‌های فیزیکی و اجتماعی بسیار متفاوت‌اند؛ برای مثال، نواحی بیرونی دارای خانه‌های ثروتمندتر و خیابان‌های بزرگ‌تر بودند، در حالی که مناطق داخلی دارای خانه‌های فقیرتر و شلوغ‌تر و سایر علائم بی‌سازمانی اجتماعی بودند (Barkan, 2014: 185). فرایندهای اجتماعی اثربخش بر حیات اجتماعی شیکاگو به نوعی از جریان‌ات اکولوژیک حاکم بر آمریکا متأثر شده و بازتوزیع جمعیت بی‌شک مهم‌ترین دلیل بر رشد انفجاری جمعیت در شهر شیکاگو بوده که عمدتاً در قالب مهاجرپذیری، این شهر را به عنوان شهری چندملیتی معرفی کرد (محمدی ده‌چشمه، ۱۳۹۱: ۳۶-۳۷). اولین ساکنان شهر شیکاگو را بیشتر بومیان سیاه‌پوست شکل می‌دادند و این در حالی است که در سال ۱۸۴۵، تعداد ساکنان غیر بومی در شهر شیکاگو رو به فزونی نهاد؛ به گونه‌ای که اکثر آن‌ها را غیر بومیانی از آلمان، ایرلند و کشورهای اسکاندیناوی تشکیل دادند (همان: ۳۷). همین وضعیت منجر به بی‌سازمانی اجتماعی<sup>۱</sup> در شهر شیکاگو شد. از این نظر، «جامعه» از بی‌سازمانی شدید اجتماعی رنج می‌برد. این مناطق، محله‌های در حال گذار بودند و مهاجران فقیر و دیگران در آن جابه‌جا می‌شدند و ساکنان قدیمی آنجا را ترک می‌کردند؛ نرخ بالای طلاق، خانه‌های فرسوده و برخی از مشکلات دیگر، مشخصه این محله‌ها بود.

مفهوم بی‌سازمانی اجتماعی برای نخستین بار در کارِ توماس و زنانیکی<sup>۲</sup> به سال ۱۹۲۷ ظاهر شد. این دو مشکلاتی را که مهاجران لهستانی در شیکاگو با آن مواجه بودند، ثبت کردند؛ شهری بزرگ و شلوغ که بسیار متفاوت از مناطق کوچک روستایی کشورشان بود. این‌ها مناطق باثباتی بودند که تغییرات کمی در آن‌ها اتفاق افتاده بود، در حالی که شیکاگو در اوایل دهه ۱۹۰۰ دستخوش تغییراتی سریع بود. در چنین شرایطی، مهاجران دریافتند که روش‌های قدیمی دیگر کارساز نیستند و فرزندان آن‌ها با تأثیرات جدید و تضعیف

1. Social Disorganization.

2. William L. Thomas & Florian Znaniecki.

خواستگاه‌های خانوادگی و سنتی کنترل اجتماعی مواجه شدند (Barkan, 2014: 185). بنابراین بزهکاری در محله‌های لهستانی شیکاگو بسیار رایج‌تر از کشورشان شد و در چنین شرایطی، نظریه پردازان معتقد بودند که نرخ بالای بزهکاری در شیکاگو اجتناب‌ناپذیر است (Ibid.). البته مهاجرت در علوم اجتماعی و مردم‌شناسی، بر مبنای علل مختلفی تحلیل شده است. دو دسته عوامل اصلی را می‌توان برای مهاجرت شناسایی کرد. مهاجرت گاهی به دلیل عوامل جاذبه‌ی جامعه‌ی مقصد است. از این رو فرد مهاجر با نگاهی فایده‌مدارانه، جامعه مقصد را انتخاب می‌کند. از دیگر سو، مهاجرت طبیعتاً علی نیز در جامعه مبدأ دارد؛ پس باید عامل دیگری را نیز مدنظر داشت (عوامل دافعه). البته نظریه‌پردازان مختلف، هر یک از زاویه‌ای خاص به این موضوع پرداخته‌اند. اورت<sup>۱</sup> معتقد به نظریه جذب و دفع است. با توجه به کم‌اهمیت بودن دسته‌ای از عوامل برای عده‌ای، ممکن است افراد مختلف تأثیرات متفاوتی را از بین موانع بپذیرند. به عقیده وی، عوامل مؤثر در تصمیم به انجام مهاجرت عبارت‌اند از: (نقه‌کا، ه همکا، ا،،، ۱۳۸۹: ۸۲):



شکل شماره ۱: عوامل مؤثر بر مهاجرت

به طور سنتی در تحلیل این عوامل، از بحران اقلیمی سخن میان نمی‌آمد؛ لیکن امروزه بحران اقلیمی عامل دافعه مهمی جهت فشار بر مهاجرت از جامعه مبدأ به شمار می‌آید. روند رو به رشد مهاجران و آوارگان اقلیمی،<sup>۲</sup> از گسترش پیامدهای بحران اقلیمی در سطح برخی از مناطق جهان حکایت دارد.<sup>۳</sup>

امروزه بحران اقلیمی با تحت فشار قرار دادن آسیب‌دیدگان اقلیمی مانند کشاورزان، عامل مهمی در حوزه مبدأ مهاجران/آوارگان محسوب می‌شود. با افزایش دمای زمین، بسیاری از گیاهان به دلیل قرار نگرفتن در دوره سرما، توانایی تولید مثل خود را از دست

1. Everett.

2. Climate Refugee.

۳. البته توجه به تمایزات مفهومی مرتبط با مهاجرت اقلیمی حائز اهمیت است؛ چرا که اصطلاحات پناهندگان اقلیمی، مهاجران اقلیمی، آوارگان اقلیمی و... باهم متفاوت‌اند، هرچند تشخیص عملی آن دشوار است.

می‌دهند (رشیدی و قوشچی، ۱۳۹۲: ۵۲). بنابراین به طور مشخص‌تر، بخش کشاورزی در برابر بحران اقلیمی آسیب‌پذیرتر است. دگرگونی در متغیرهایی مانند بارندگی و دما پس از بحران اقلیمی اجتناب‌ناپذیر است و همین مسئله تأثیر قابل توجهی بر تولید محصول کشاورزی خواهد داشت. همچنین تحول در این متغیرهای آب و هوایی، تأثیر مستقیم و غیر مستقیمی بر تولید مواد غذایی خواهد داشت (Guntukula & Goyari, 2021: 121). پیش‌بینی می‌شود که «بحران اقلیمی به شدت بهره‌وری کشاورزی را در کشورهای گرم در حال توسعه کاهش دهد و آن را در مناطق معتدل افزایش دهد. البته تخصیص مجدد نیروی کار در بخش‌های مختلف کشاورزی می‌تواند تأثیرات کل این تغییرات را کاهش دهد؛ لیکن تأثیرپذیری کشاورزی از تغییر اقلیم، غیر قابل چشم‌پوشی است» (Nath, 2019: 1). کشاورزان دیروز به آوارگان و مهاجران اقلیمی امروز تبدیل می‌شوند. این افراد پس از خروج از مبدأ، با مشکل ادغام در جامعه مقصد مواجه گشته و همین امر، نقطه عطفی در آغاز روند ورود به آسیب‌های اجتماعی و سوق به سوی ارتکاب انحراف و جرم از سوی آن‌ها به حساب می‌آید. آسیب‌دیدگان اقلیمی پس از مهاجرت/آوارگی، معمولاً به مناطق کم‌برخوردار و فقیرتر جامعه مقصد مهاجرت می‌کنند؛ حال آنکه این، سرآغازی بر ورود به فضای بزهکاری است.

به دیگر سخن، تأثیر مهاجرت بر میزان بزهکاری، غیر مستقیم است. مهاجرت منجر به بی‌نظمی اجتماعی شده و این به نوبه خود باعث افزایش ارتکاب جرم می‌شود. گفته می‌شود که سطح بالای بزهکاری، نتیجه یک «بستر اکولوژیک» است که دقیقاً در نتیجه بی‌سازمانی اجتماعی، قادر به اعمال کنترل کافی بر رفتار ساکنان نیست. از این روی تحت تأثیر فروپاشی اجتماعی ناشی از این زمینه‌ها، جامعه به عنوان یک عامل کنترل اجتماعی وجود خود را از دست می‌دهد و رفتار مجرمانه نه تنها قابل تحمل، بلکه حتی در مواقعی پذیرفته می‌شود (Solivetti, 2010: 28). پس مطابق این نظریه، فقر و فرهنگ پایین مهاجر/آواره اقلیمی، عامل بزهکاری او نیست، بلکه عامل جرم را باید در محیط جستجو کرد. در این زمینه، فقر عاملی مرتبط در تعیین محل زندگی فرد مهاجر است؛ اما این فرض که فقر ارتباطی مستقیم با بزهکاری دارد، اشتباه است (Ibid.). مهاجران اقلیمی با سکونت‌گزیدن در مناطقی خاص، با فضایی مواجه می‌شوند



که نابسامانی فیزیکی و نابسامانی اجتماعی را هر آن تجربه می‌کنند و از سوی دیگر، کنترل اجتماعی در این مناطق مهاجرنشین به حداقل ممکن می‌رسد؛ در نتیجه افزایش نرخ ارتکاب جرم دور از انتظار نخواهد بود.

## نتیجه‌گیری

از جمله اهداف جرم‌شناسی و سیاست جنایی، کاهش نرخ ارتکاب جرم است. اگر هدف سیاست‌گذاری جنایی، کاهش نرخ جرایم باشد، درک اینکه چگونه بحران اقلیمی بر بزهکاری تأثیر می‌گذارد، می‌تواند بر سیاست جنایی در ساحت‌های مختلف آن، اعم از تقنین و اجرا تأثیرگذار باشد. وانگهی جرم‌شناسان و سیاست‌گذاران جنایی به طور سنتی از بحران اقلیمی به مثابه یکی از عوامل مؤثر بر ارتکاب جرم غفلت ورزیده‌اند. بحران اقلیمی با تأثیرگذاری بر اشخاص، فرایندها و ساختارهای اجتماعی و اقتصادی به عنوان کنشگر/متغیر مهمی باید مورد توجه قرار گیرد؛ چرا که امروزه در نتیجه بحران اقلیمی، تعداد زیادی از مردم، شغل، مسکن و دارایی‌های خود را از دست می‌دهند، مجبور به ترک تحصیل شده و با آوارگی اقلیمی و فروپاشی ساختارها، خانواده‌هایشان نیز از هم می‌پاشد. از دیگر سو، هنگامی که دمای روزانه از حالت عادی خارج می‌شود، احتمال ارتکاب جرم بالا می‌رود و در نتیجه، بحران اقلیمی منجر به افزایش نرخ ارتکاب جرم خواهد شد. با این توضیح، امروزه می‌توان از تحول بزهکاری و ضرورت بازاندیشی در نظریه‌های جرم‌شناسی در پرتو بحران اقلیمی سخن گفت. نظریه‌های جرم‌شناسی در طول تاریخ دچار تحول شده و نسخه‌های جدیدتری از بسیاری از نظریه‌ها ارائه گشته است. چه بسا سخن از تحول نظریه‌های جرم‌شناسی در پرتو مهم‌ترین بحران قرن حاضر، در خدمت تحلیل واقع‌بینانه‌تر بزهکاری قرار داشته باشد. البته تأثیر بحران اقلیمی محدود به ارتکاب جرم نیست؛ بلکه ممکن است بر احتمال دستگیر شدن و همچنین بر چندین عامل تعیین‌کننده دیگر در رفتار مجرمانه تأثیر بگذارد. به عبارت دیگر، حتی تحقیقات جنایی نیز متأثر از پیامدهای بحران اقلیمی است. تحلیل جرم‌شناختی آمار جنایی در پرتو بحران اقلیمی، اطلاعات ارزشمندی را در اختیار پلیس و سیاست‌گذاران جنایی جهت تخصیص منابع و اجرایی‌سازی سیاست‌های جنایی در سطوح خرد و کلان می‌گذارد. بدین‌سان

سیاست‌گذاران جنایی باید با توجه به تحولات بزهکاری، اقدام به طرح‌ریزی سیاست‌های کنترل بزهکاری متناسب با شرایط جدید جهان و آن منطقه نموده و در زمان‌ها و مکان‌های متأثر از بحران اقلیمی (شرایط آب و هوایی بد، مخاطرات اقلیمی و...)، اقدامات پیشگیرانه «اقلیم‌بنیاد» را برنامه‌ریزی و اجرا کنند.

با رویکردی دیگر، مقابله با بحران اقلیمی را می‌توان در کنار مزایای بی‌شماری که برای محیط زیست و سلامتی انسان دارد، موجب کاهش بزهکاری در سطح جامعه دانست. از این رو سیاست‌گذاری اقلیمی و بزه‌انگاری رفتارهای اقلیم‌ستیز حکومت - شرکت‌هایی که اقدام به تولید کربن و توسعه گازهای گلخانه‌ای در سطح جهان می‌کنند، ضرورت دارد. این در حالی است که سیاست‌گذاران جنایی همچون اکثر جرایم حکومت - شرکت‌ها، مطالعه بحران اقلیمی را عموماً در دستور کار قرار نداده‌اند و در پی چنین غفلتی، «سیاست جنایی اقلیمی» نادیده انگاشته شده است.

هرچند برخی از پژوهش‌های جرم‌شناسی نشان می‌دهند که ارتباط مثبتی بین بحران اقلیمی و بزهکاری وجود دارد، مطالعات کمی ماهیت فصلی این پیوند را بررسی کرده‌اند. تحقیقات اخیر اقلیم‌شناسی نشان می‌دهد که بحران اقلیمی ممکن است در زمان‌های مختلف سال تأثیرات متفاوتی داشته باشد. حال آنکه این پرسش نیز که: تأثیر بحران اقلیمی بر بزهکاری ممکن است تا چه حدی به زمان‌های خاصی از سال بستگی داشته باشد؟ مورد غفلت جرم‌شناسی واقع شده است. در پی این تحولات که طی چند دهه آینده بیشتر هم خواهد شد، شاهد تأثیرگذاری بیش از پیش بحران اقلیمی بر فعالیت‌های انسان‌ها خواهیم بود. از این رو، مطالعات بیشتری در این حوزه باید انجام شود. همچنین از آنجایی که یافته‌های پژوهش حاضر معطوف به حوزه خاصی از بزهکاری نبود، پیشنهاد می‌شود که پژوهش‌های آینده در مورد رابطه بحران اقلیمی با بزه‌ها، بزه‌دیده‌ها، بزهکاران و بزهکاری‌ها به طور ویژه مطالعات گسترده‌تری داشته باشند تا در پرتو تعامل چارچوب‌های نظری توسعه‌یافته و ادبیات تجربی تولیدشده، پیوند عمیقی بین مطالعات «جرم‌شناسی» و «بحران اقلیمی» برقرار شود.<sup>۱</sup>

۱. از این رو، پیوند بین جرم‌شناسی‌های انتقادی و علوم اقلیمی، ایجادکننده مطالعات میان‌رشته‌ای نوینی خواهد بود (در مورد گونه‌های جرم‌شناسی انتقادی ر.ک: نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۷: ۱۹-۴۲).

## کتاب‌شناسی

۱. الوانکار، سیدرضا، فرزانه نظری، و ابراهیم فتاحی، «تأثیر تغییر اقلیم بر شدت و دوره بازگشت خشکسالی‌های ایران»، فصلنامه تحلیل فضایی مخاطرات طبیعی، سال سوم، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۵ ش.
۲. برنارد، تامس، جفری اسنپیس، و الکساندر جرولد، جرم‌شناسی نظری ولد، ترجمه علی شجاعی، ویراست ششم، تهران، دادگستر، ۱۳۹۲ ش.
۳. بریسمن، اوی، و نیگل ساوس، جرم‌شناسی فرهنگی سبزه، راهبردهای جدید در جرم‌شناسی انتقادی، ترجمه اسمعیل رحیمی نژاد و مهدی بابایی، تهران، مجد، ۱۳۹۶ ش.
۴. بوکلی، آوی، و جاستین کوزته، زمبولوژی؛ بازپیوند جرم و آسیب اجتماعی، ترجمه هانیه هژبرالساداتی، تهران، میزان، ۱۴۰۰ ش.
۵. پاک‌نهاد، امیر، دانشنامه جرم‌شناسی نظری، تهران، میزان، ۱۳۹۹ ش.
۶. رایجیان اصلی، مهرداد، درآمدی بر جرم‌شناسی، تهران، سمت، ۱۳۹۷ ش.
۷. رشیدی، طاهر، و قوشچی، فرشاد، تغییرات اقلیمی و سیاست‌های جهانی (با تأکید بر نقش اتحادیه اروپا)، تهران، جهاد دانشگاهی، ۱۳۹۲ ش.
۸. رضایان قیه‌باشی، احد، علی اصغر پورعزت، و محمدرضا حافظ‌نیا، «آینده‌پژوهی تهدیدهای نظامی - امنیتی ناشی از تغییر اقلیم در ایران؛ با استفاده از روش چرخ آینده»، فصلنامه آینده‌پژوهی دفاعی، سال دوم، شماره ۴، بهار ۱۳۹۶ ش.
۹. سیمپسون، سالی اس.، و دیوید ویزبرد (ویراستاران)، جرم‌شناسی جرایم یقه‌سفیدان، ترجمه حمیدرضا دانش‌ناری و آزاده صادقی، تهران، مجد، ۱۳۹۲ ش.
۱۰. عبادی‌نژاد، سیدعلی، محمدرضا پورغلامی سروندانی، علی اصغر محمدپور، و علی اصنانلو، «تحلیل اقلیمی تأثیر میانگین فصلی دما بر وقوع جرایم - مطالعه موردی: استان فارس؛ شهرستان‌های شیراز، آباده، لارستان»، فصلنامه اطلاعات جغرافیایی (سپهر)، سال بیست و نهم، شماره ۱۱۵، پاییز ۱۳۹۹ ش.
۱۱. کریمی، مصطفی، سیف‌اله کاکای، و سمیه رفعتی، «شرایط و مخاطرات اقلیمی آینده ایران در تحقیقات اقلیمی»، تحلیل فضایی مخاطرات محیطی، سال پنجم، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۷ ش.
۱۲. گرجی‌فرد، حمیدرضا، جرم‌شناسی سبزه، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۱۳. ماسلین، مارک، گرمایش جهانی، ترجمه ماندانا فرهادیان، تهران، فرهنگ معاصر، ۱۳۹۲ ش.
۱۴. محمدی ده‌چشمه، مصطفی، «نگرشی بر ناگفته‌های مکتب شیکاگو در مطالعات شهری»، فصلنامه اطلاعات جغرافیایی (سپهر)، سال بیست و یکم، شماره ۸۴، زمستان ۱۳۹۱ ش.
۱۵. مک‌مالین، کوین، حق بر غذا (حقوق ناظر بر مواد غذایی): چارچوب‌های داخلی، اروپایی و بین‌المللی، ترجمه سودابه رضوانی و محبوبه منفرد، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۱۶. نجفی ایرندآبادی، علی حسین، «از جرم‌شناسی تا آسیب اجتماعی‌شناسی»، در: فصلنامه تحقیقات حقوقی (یادنامه شادروان دکتر رضا نوربها)، ضمیمه شماره ۵۶، زمستان ۱۳۹۰ ش.
۱۷. همو، «پیشگیری عادلانه از جرم»، در: علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، تهران، سمت، ۱۳۹۶ ش.
۱۸. همو، «جرم‌شناسی در آغاز هزاره سوم (درآمد و ویراست دوم، سوم و چهارم)»، دیپاچه در: نجفی ایرندآبادی، علی حسین، و حمید هاشم‌بیکی، دانشنامه جرم‌شناسی، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۷ ش.

۱۹. همو، «درآمدی بر جرم‌شناسی انتقادی و گونه‌های آن»، در: *دانشنامه جرم‌شناسی محکومان*، به کوشش عباس شیری، تهران، میزان، ۱۳۹۷ ش.
۲۰. همو، «نقش ریاضیات در آغاز و گسترش مطالعات علمی جرم»، *دیپاچه در: دایرةالمعارف ریاضیات و علوم جنایی*، به کوشش مریم عباچی، تهران، میزان، ۱۴۰۰ ش.
۲۱. نقره کار، عبدالحمید، مهدی حمزه‌نژاد، و محسن دهقانی تفتی، «بررسی تأثیر محیط طبیعی بر رفتار و اخلاق از دید متفکران اسلامی و نتایج آن در طراحی محیط مصنوع»، *دوفصلنامه معماری و شهرسازی آرماتشهر*، سال سوم، شماره ۵، پاییز و زمستان ۱۳۸۹ ش.
۲۲. وایت، راب، *جرایم زیست‌محیطی فراملی؛ به سوی جرم‌شناسی جهان‌بوم*، ویراسته قادر زارع مهدوی، برگردان حمیدرضا دانش‌ناری، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۲۳. همو، *جرم‌شناسی تغییر اقلیم*، ترجمه و تحقیق یزدان صیقل و امیر ایرانی، تهران، جاودانه - جنگل، ۱۳۹۹ ش.
۲۴. همو (ویراستار)، *مباحثی درباره‌ی جامعه‌شناسی محیط زیست*، ترجمه مهدی فرهنگ‌نژاد، تهران، ثالث، ۱۳۹۸ ش.
۲۵. یزدان‌پناه، مسعود و نوذر منفرد، «واکاوی درک امکان‌پذیری مدیریت خشکسالی با استفاده از تحلیل مسیر: مورد مطالعه کارشناسان سازمان جهاد کشاورزی استان بوشهر»، *علوم ترویج و آموزش کشاورزی ایران*، سال هشتم، شماره ۱، آذر ۱۳۹۱ ش.
26. Agnew, Robert, "Dire forecast: A theoretical model of the impact of climate change on crime", *Theoretical Criminology*, Vol. 16(1):21-42, 2011.
27. Id., "Foundation for a General Strain Theory of Crime and Delinquency", *Criminology*, Vol. 30(1):47-88, 1992.
28. Id., "General Strain Theory", in: Brent Teasdale & Mindy S. Bradley (Eds.), *Preventing Crime and Violence*, Springer International Publishing, 2017.
29. Banholzer, Sandra & James Kossin & Simon Donner, "The Impact of Climate Change on Natural Disasters", in: Zinta Zommers & Ashbindu Singh (Eds.), *Reducing Disaster: Early Warning Systems for Climate Change*, Dordrecht, Springer Netherlands, 2014.
30. Barkan, Steven E., *Criminology: A Sociological Understanding*, 5<sup>th</sup> Ed., Harlow, Essex, Pearson, 2014.
31. Berman, Jesse D. & Jude Bayham & Jesse Burkhardt, "Hot under the collar: A 14-year association between temperature and violent behavior across 436 U.S. counties", *Environmental Research*, Vol. 191:110181, 2020.
32. Carbone-Lopez, Kristin & Janet Lauritsen, "Seasonal Variation in Violent Victimization: Opportunity and the Annual Rhythm of the School Calendar", *Journal of Quantitative Criminology*, Vol. 29(3):399-422, 2013.
33. Cohen, Joseph, "The Geography of Crime", *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 217(1):29-37, 1941.
34. Crank, John P., *Crime, Violence, and Global Warming*, Elsevier, 2015.

35. Folami, Olakunle Michael, "Criminal Exploitation of Children in Contemporary Nigeria", *Revista de Asistență Socială*, Vol. 10(2):39-49, 2011.
36. Gkatzos, Dimitrios, *Investigating the Issues of Climate Change and Child Rights with the Support of a Web-Based Learning Environment*, PhD Thesis, University of Crete, 2017.
37. Guntukula, Raju & Phanindra Goyari, "Climate Change Effects on the Crop Yield and Its Variability in Telangana, India", *Studies in Microeconomics*, Vol. 8(1):119-148, 2021.
38. Hanjra, Munir A. & M. Ejaz Qureshi, "Global water crisis and future food security in an era of climate change", *Food Policy*, Vol. 35(5):365-377, 2010.
39. Harries, Keith D. & Stephen J. Stadler, "Determinism Revisited: Assault and Heat Stress in Dallas, 1980", *Environment and Behavior*, Vol. 15(2):235-256, 1983.
40. Horrocks, James & Andrea Kutinova Menclova, "The effects of weather on crime", *New Zealand Economic Papers*, Vol. 45(3):231-254, 2011.
41. Hu, Xiaofeng & Jiansong Wu & Peng Chen & Ting Sun & Dan Li, "Impact of climate variability and change on crime rates in Tangshan, China", *Science of the Total Environment*, Vol. 609:1041-1048, 2017.
42. Jackson, Michael & Brian V. Ford-Lloyd & Martin L. Parry (Eds.), *Plant Genetic Resources and Climate Change*, Massachusetts, Boston, Cabi, 2013.
43. Langton, Lynn & Nicole Leeper Piquero, "Can general strain theory explain white-collar crime? A preliminary investigation of the relationship between strain and select white-collar offenses", *Journal of Criminal Justice*, Vol. 35(1):1-15, 2007.
44. Lee, Joongyeup, "Routine Activities and Crime", in: Jay S. Albanese (Ed.), *The Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, UK, Oxford, Blackwell Publishing Ltd., 2013.
45. Mares, Dennis M. & Kenneth W. Moffett, "Climate Change and Crime Revisited: An Exploration of Monthly Temperature Anomalies and UCR Crime Data", *Environment and Behavior*, Vol. 51(5):502-529, 2019.
46. Id., "Climate change and interpersonal violence: a 'global' estimate and regional inequities", *Climatic Change*, Vol. 135(2):297-310, 2016.
47. McCoy, Tana & Mandi Pugh, "Strain Theory", in: Jay S. Albanese (Ed.), *The Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, UK, Oxford, Blackwell Publishing Ltd., 2013.
48. Morris, Camie & Jennifer L. Huck, "General Strain Theory", in: Jay S. Albanese (Ed.), *The Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, UK, Oxford, Blackwell Publishing Ltd., 2013.
49. Nath, Ishan Brownell, *The Food Problem and the Aggregate Productivity Consequences of Climate Change*, The University of Chicago, 2019.

50. Pereira, Débora V.S. & Martin A. Andresen & Caroline M.M. Mota, "A temporal and spatial analysis of homicides", *Journal of Environmental Psychology*, Vol. 46:116-124, 2016.
51. Robine, Jean-Marie & Siu Lan K. Cheung & Sophie Le Roy & Herman Van Oyen & Clare Griffiths & Jean-Pierre Michel & François Richard Herrmann, "Death toll exceeded 70,000 in Europe during the summer of 2003", *Comptes Rendus Biologies*, Vol. 331(2):171-178, 2008.
52. Romm, Joseph J., *Climate Change: What Everyone Needs to Know*, 2<sup>nd</sup> Ed., Oxford University Press, 2018.
53. Rotton, James, "Determinism Redux: Climate and Cultural Correlates of Violence", *Environment and Behavior*, Vol. 18(3):346-368, 1986.
54. Rotton, James & Ellen G. Cohn, "Violence is a curvilinear function of temperature in Dallas: A replication", *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 78(6):1074-1081, 2000.
55. Seager, Joni, "Disasters Are Gendered: What's New?", in: Zinta Zommers & Ashbindu Singh (Eds.), *Reducing Disaster: Early Warning Systems for Climate Change*, Dordrecht, Springer Netherlands, 2014.
56. Shen, Bing & Xiaofeng Hu & Huanggang Wu, "Impacts of climate variations on crime rates in Beijing, China", *Science of The Total Environment*, Vol. 725:138190, 2020.
57. Shinsato, Alison Lindsay, "Increasing the Accountability of Transactional Corporations for Environmental Harms: The Petroleum Industry in Nigeria", *Northwestern Journal of Human Rights*, Vol. 4(1):186-209, 2005.
58. Solivetti, Luigi M., *Immigration, Social Integration and Crime: A Cross National Approach*, Routledge-Cavendish, 2010.
59. Sorokin, Pitirim Alexandrovich, *Contemporary sociological theories, (Harper's social science series)*, England, Oxford, Harper, 1928.
60. Thomas, Vinod, *Climate Change and Natural Disasters: Transforming Economics and Policies for a Sustainable Future*, New York, Routledge, 2017.
61. Wiseman, John, *Hope and Courage in the Climate Crisis: Wisdom and Action in the Long Emergency*, Cham, Springer, 2021.

# حبس‌گرایی و عدول از قواعد حقوقی در جرایم مواد مخدر در پرتو بخشنامه‌گرایی قضایی\*

□ جواد ریاحی<sup>۱</sup>

## چکیده

بررسی تحولات دهه ۱۳۹۰ خورشیدی، آشکارا از گرایش قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران به تعدیل رویکرد سختگیرانه قبلی نسبت به مصرف‌کنندگان مواد مخدر و روانگردان و مرتکبان جرائم مربوط به آن حکایت دارد. در این زمینه، یکی از اقدامات قابل توجه، «ماده واحده الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر» مصوب ۱۳۹۶ است. با وجود این، هرچند صدر ماده واحده که درباره کیفر اعدام است، نشان‌دهنده رویکرد کاهشی و تخفیفی است، اما تبصره آن که درباره حبس‌های بیش از ۵ سال است، دارای یک رویکرد سختگیرانه است. صرف‌نظر از رویکرد سختگیرانه تبصره، پژوهش حاضر به روش توصیفی تحلیلی، در صدد بررسی رویه قضایی سختگیرانه‌تر و شدت‌گرایانه‌تری است که به دنبال تصویب و لازم‌الاجرا شدن ماده واحده الحاقی و تبصره آن در میان دادگاه‌های

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۷/۱۹ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۲/۲۸.

این مقاله برگرفته از طرح پژوهشی با شماره ۱۵۶۶۴-۲۱۵۲۸۲ است که با حمایت مالی دانشگاه حضرت آیه‌الله العظمی بروجردی انجام شده است.

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه حضرت آیه‌الله العظمی بروجردی (riahi@abru.ac.ir).

انقلاب شکل گرفته و در یکی از بخشنامه‌های ریاست وقت قوه قضائیه ریشه دارد. نتایج تحقیق نشان می‌دهد که آن قسمت از بخشنامه مورد بررسی که قضات را از اعمال تخفیف به کمتر از حداقل مقرر قانونی ممنوع کرده است، به دلایل متعددی همچون مغایرت با مقررات قانون مبارزه با مواد مخدر و دلالت‌های عقلی حاصل از بررسی روند تصویب ماده واحده الحاقی و اصول مهم حقوقی از جمله اصل کیفی سازی قوانین، لازم‌الاجرا نبوده و شایسته ابطال است.

**واژگان کلیدی:** کیفر حبس، اصل حاکمیت قانون، مواد مخدر و روانگردان، تخفیف مجازات.

### مقدمه

قانون گذار ایران در سال‌های پس از انقلاب اسلامی، رویکرد سختگیرانه‌ای را نسبت به مصرف‌کنندگان مواد مخدر و روانگردان و مرتکبان جرائم مربوط به آن (از قبیل حمل، نگهداری، خرید و فروش و...) در پیش گرفت و حدود سه دهه، این سختگیری را با شدت تمام اعمال کرد.<sup>۱</sup> با این حال، تحولات دهه ۱۳۹۰ خورشیدی، آشکارا از گرایش مقنن به تعدیل رویکرد سختگیرانه قبلی حکایت دارد.

در این زمینه، یکی از اقدامات قابل ذکر طرحی بود که از طرف ۱۴۶ نفر از نمایندگان مجلس شورای اسلامی با عنوان «طرح الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر» با یک فوریت تقدیم هیئت رئیسه مجلس دهم شد و به تصویب رسید (علیزاده، ۱۳۹۶: ۱). هرچند شاهبیت ماده واحده الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶، صدر مقرر الحاقی است، اما تبصره ماده واحده الحاقی نیز به نوبه خود مقرر مهمی است که به لحاظ آثاری که بر احکام حبس داشته، در خور توجه است.

۱. با توجه به تجربه‌های تاریخی، بعید نیست که هراس از جرائم مربوط به مواد مخدر در میان مردم از یکسو و نگاه منفی به اصلاح و درمان و اعتماد افراطی به کیفر در میان سیاست‌گذاران، از عوامل مهم چنین رویکرد سختگیرانه‌ای باشد؛ چنان که در دنیای غرب از دهه ۱۹۷۰ میلادی به این سو، انتقادات کوبنده و پیاپی نسبت به بازپروری از یکسو، و افزایش بزهکاری و گسترش جرائم خشونت‌آمیز از سوی دیگر، موجب گردید که رسانه‌های گروهی و بعضی از سیاستمداران دست به دست هم داده و با استناد به عوامل فوق، از طریق ایجاد احساس ترس و ناامنی در بین مردم، زمینه رویگردانی از اصلاح و درمان و بازگشت به سرکوبی و کیفر را هموار سازند (ر.ک: آنسل، ۱۳۹۵: ۶۷-۹۵).



علی‌رغم صدر مقررہ الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶ که نسبت به کیفر اعدام، نشان‌دهنده یک رویکرد تخفیفی و کاهشی و به تعبیر دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۷۶۵ مورخ ۱۳۹۶/۰۷/۱۲ «به حال مرتکب مساعدتر است»، تبصره ذیل آن با یک رویکرد سختگیرانه و شدت‌گرایانه، برخی از مرتکبان جرائم مواد مخدر و روانگردان را از برخورداری از نهادهای ارفاقی محروم کرده و مقرر داشته است:

«در مورد جرائم موضوع این قانون که مجازات حبس بیش از پنج سال دارد، در صورتی که حکم به حداقل مجازات قانونی صادر شود، جز در مورد مصادیق تبصره ماده ۳۸، مرتکب از تعلیق اجرای مجازات، آزادی مشروط و سایر نهادهای ارفاقی به استثنای عفو مقام معظم رهبری مذکور در بند ۱۱ اصل یکصد و دهم (۱۱۰) قانون اساسی بهره‌مند نخواهد شد و در صورتی که حکم به مجازات بیش از حداقل مجازات قانونی صادر شود، دادگاه می‌تواند بخشی از مجازات حبس را پس از گذراندن حداقل مجازات قانونی به مدت پنج تا ده سال تعلیق کند».

اینکه چرا در یک طرح قانون‌گذاری که به انگیزه اصلاح رویکرد سختگیرانه قبلی در زمینه مبارزه با مواد مخدر و روانگردان ارائه گردید، چنین تبصره سختگیرانه و شدت‌گرایانه‌ای گنجانده شد که حداقل به لحاظ رویکرد، با صدر طرح در تناقض آشکار است، خود بحث مفصلی را می‌طلبد که در راستای اهداف پژوهش حاضر نیست. این پژوهش در صدد نقد و بررسی رویه قضایی سختگیرانه‌تر و شدت‌گرایانه‌تری است که به دنبال تصویب و لازم‌الاجرا شدن ماده واحده الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶، در میان دادگاه‌های انقلاب شکل گرفته است.

پس از تصویب ماده واحده الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶، چالش‌های اجرایی آن، ریاست وقت قوه قضاییه را بر آن داشت تا با صدور بخشنامه<sup>۱</sup> شماره ۹۰۰۰/۴۸۲۴۴/۱۰۰ مورخ ۱۳۹۶/۱۰/۱۷، مراجع قضایی ذیربط را نسبت به سازوکارهای اجرای آن مقررہ ارشاد نماید. بر این اساس، ماده ۱۲ آن بخشنامه که ناظر به تبصره ماده واحده الحاقی است، مقرر می‌دارد:

۱. برای رعایت اختصار، در ادامه به استعمال واژه «بخشنامه» اکتفا شده، شماره و تاریخ بخشنامه یادشده ذکر نمی‌شود.

۱۲- در اجرای تبصره ماده واحده، 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 (مدّ ظله العالی)، 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 باقی مانده حبس را صرفاً تعلیق نماید».

بدین ترتیب از آن زمان تا کنون، رویه‌ای در محاکم انقلاب و تجدیدنظر شکل گرفته است که بر اساس آن، در مواردی که مجازات حبس مقرر در قانون مبارزه با مواد مخدر بیش از ۵ سال باشد، حتی با وجود جهات متعدد تخفیف، متهم از تخفیف محروم شده و حکم به حداقل یا بیشتر از آن صادر می‌شود.

برخی نویسندگان در تأیید این رویکرد چنین ابراز کرده‌اند:

«هدف قانون‌گذار این بود که با توجه به کنار گذاشتن اکثر مجازات‌های اعدام و حبس ابد که باعث ضعیف شدن برخورد با قاچاقچیان مواد مخدر و روانگردان‌ها می‌شود، در عوض حبس باقی‌مانده از نهادهای ارفاقی که باعث کاهش آن می‌شود، استثنا شود. در واقع، حبس باقی‌مانده به طور کامل اجرا شود. پس باید به قصد قانون‌گذار در این خصوص توجه شود. افزون بر آن، به کار بردن لفظ عام سایر نهادهای ارفاقی که شمول کلی بر همه ارفاق‌های قانونی به جز دو مورد استثناسده دارد، نشان می‌دهد که نباید هیچ نهاد ارفاقی جز دو مورد استثناسده را از شمول تبصره خارج کرد؛ زیرا در این موارد باید به اصل و قاعده عام عمل کرد و در موارد استثنا به قدر متیقن و موارد نص اکتفا کرد» (ذبحی، ۱۳۹۹: ۱۱۶).

به باور ایشان، قائل شدن به اینکه اعمال تبصره ماده واحده الحاقی ناظر به بعد از صدور حکم محکومیت است و در زمان صادر کردن حکم، دادگاه می‌تواند هر گونه نهاد ارفاقی از جمله تخفیف مجازات را اعمال کند، نقض غرض و ترجیح بلامرجح است؛ زیرا اگر دادگاه هنگام صادر کردن حکم بتواند هر گونه نهاد ارفاقی را صادر

کند، اما پس از آن ممنوع باشد، اساس تبصره ماده واحده الحاقی از اثر می افتد و لذا تفاوتی بین شمول ممنوعیت هر گونه نهاد ارفاقی، چه در زمان صدور حکم و چه بعد از آن نیست (همان: ۱۱۸).

این همه در حالی است که محروم نمودن متهم از تخفیف مجازات با تمسک به بخشنامه یادشده، با محذورات متعددی روبه روست؛ از جمله اینکه ممنوعیت تعیین مجازات کمتر از حداقل مجازات قانونی، با دلالت ظاهری تبصره ماده واحده الحاقی مغایرت دارد. این به نوبه خود بدین معناست که بخشنامه مورد بررسی با عبور از مرزهای مجاز، وارد حوزه تقنین شده و با ورود به صلاحیت مجلس شورای اسلامی، اقدام به قانون گذاری کرده است. این امر بر اساس دلالت های التزامی ناشی از سیر تقنین ماده واحده الحاقی و قاعده تفسیر مضیق قوانین جزایی نیز قابل اثبات است.

حال با این همه پشتوانه های حقوقی قوی و متقن، اینکه چرا از سوی ریاست وقت قوه قضاییه چنین بخشنامه ای صادر شده، محل تأمل است و این سؤال را مطرح می کند که تناقض میان حکم ماده ۱۲ بخشنامه مذکور و دلایلی که به آن ها اشاره شد، چگونه قابل رفع است؟ آیا می توان آن ها را به نوعی جمع کرد یا اینکه نتایج بررسی و تحقیق، برتری یکی از آن ها را اثبات خواهد کرد؟ تحقیق حاضر به هدف بررسی این مسئله و یافتن پاسخ پرسش های مربوط به آن سامان خواهد یافت.

اعتبار بخشنامه موضوع تحقیق از چهار جهت قابل بررسی است: نخست از جهت ارتباط بخشنامه با قوانین عادی مرتبط؛ دوم از حیث اختیارات مرجع صدور بخشنامه؛ سوم از بُعد سیر تاریخی فرایند تصویب ماده واحده الحاقی؛ و چهارم از منظر اصول و قواعد حقوق کیفری. از این رو، مطالب در چهار بخش به شرح زیر سازماندهی شده است:

۱. مغایرت با تبصره ماده ۴۵ و ماده ۳۸ قانون مبارزه با مواد مخدر؛
۲. تجاوز به صلاحیت ویژه مقنن و تعدی از اختیارات قانونی؛
۳. دلالت های التزامی ناشی از فرایند تصویب مقرر؛
۴. مغایرت بخشنامه با اصول و قواعد حقوق کیفری.

## ۱. مغایرت با تبصره ماده ۴۵ و ماده ۳۸ قانون مبارزه با مواد مخدر

ماده ۱۲ بخشنامه قوه قضاییه از جهات عدیده چون دلالت‌های التزامی ناشی از سیر تقنینی ماده واحده الحاقی، اصل کیفی‌سازی قوانین، اصل فردی‌سازی قوانین و نیز قاعده تفسیر مضیق قوانین جزایی، محل ایراد و اشکال است؛ اما از آشکارترین اشکال‌هایی که به ماده ۱۲ بخشنامه مذکور وارد است، یکی مغایرت آن با ظاهر تبصره قانون الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶ و دیگری مغایرت آن با ماده ۳۸ قانون مبارزه با مواد مخدر است.

### ۱-۱. مغایرت بخشنامه با تبصره ماده واحده

یکی از بدیهیات حقوق این است که کارکرد تصویب‌نامه‌ها و بخشنامه‌ها و آیین‌نامه‌ها، وضع مقررات جزئی و ترتیب اجرای قوانین مصوب مجلس قانون‌گذاری است (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۹۹: ۲۸۸)؛ زیرا صلاحیت اصلی قوه مقننه، وضع قوانین و صلاحیت اصلی ادارات، اجرای قانون است و اگر به اداره‌ای صلاحیت صدور آیین‌نامه یا بخشنامه تفویض شده، این صلاحیت در عرض و موازی صلاحیت قانون‌گذاری قوه مقننه نیست؛ بلکه امری استثنایی و فرعی است (زرشگی، ۱۳۹۵: ۳). از این رو، چنان که برخی نوشته‌اند:

«بخشنامه همانند دیگر مقررات مصوب دولت باید در حدود قواعد مافوق خود مانند قانون اساسی، شرع و قوانین عادی صادر شده و نباید با آن‌ها مغایرتی داشته باشد» (عباسی، ۱۴۰۰: ۵۹).

در واقع، تدوین و وضع تصویب‌نامه‌ها و بخشنامه‌ها و آیین‌نامه‌ها اصالت نداشته و تابع و محدود به قوانین مصوب مجلس قانون‌گذاری است؛ بدین معنا که بر اساس آن‌ها نه می‌توان قاعده حقوقی جدیدی را (مغایر با قانون) وضع کرد و نه می‌توان قواعدی را که قوه مقننه وضع کرده، تغییر داد (کاتوزیان، ۱۴۰۰: ۱۲۹).

بنابراین دولت و مؤسسه‌های دولتی (مانند قوه قضاییه)، حق ندارند به بهانه تکمیل قانون و وضع آیین‌نامه و تصویب‌نامه یا بخشنامه، مقرراتی وضع کنند که مخالف روح قانون باشد و یا از فرصت استفاده کرده و با ورود به صلاحیت خاص قانون‌گذار، قواعد

جدیدی را وضع کنند یا حقوق ناشی از قانون را محدود سازند؛ بلکه آنها تنها مجازند که در حدود قانون خاص یا در چارچوب قوانین دیگر، به وضع مقررات صرفاً اجرایی و تشریفاتی بپردازند تا قانون در عمل قابل اجرا شود (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۹۹: ۲۹۰).

حال اگر ماده ۱۲ بخشنامه قوه قضاییه با ظاهر تبصره قانون الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶ مقایسه شود، آشکار می‌شود که بخشنامه مزبور برخلاف تبصره یادشده، قاعده جدیدی را درباره مجازات مرتکبان جرائم مواد مخدر و روانگردان وضع کرده و حکم جدیدی را انشا کرده که با تبصره مذکور اساساً مغایرت دارد. مطابق ماده ۱۲ بخشنامه یادشده، در اجرای تبصره ماده واحده، چنانچه مجازات قانونی جرم بیش از پنج سال حبس باشد، تعیین مجازات کمتر از حداقل مجازات قانونی جرم ممنوع است.

از دقت در متن ماده ۱۲ بخشنامه یادشده روشن می‌شود که بخشنامه، حالات قابل تصور را در خصوص مواردی که مجازات هر یک از جرائم مذکور در قانون مبارزه با مواد مخدر بیش از ۵ سال حبس است، به سه حالت تقسیم کرده و حکم هر حالت را نیز بیان کرده است:

حالت اول، تعیین مجازات کمتر از حداقل مقرر قانونی که بخشنامه مزبور چنین حالتی را ممنوع کرده و قضات را از صدور چنین احکامی بر حذر داشته است؛  
حالت دوم، تعیین حداقل مقرر قانونی که چنین اقدامی برای قضات مجاز است؛  
و حالت سوم، تعیین مجازاتی بیش از حداقل مقرر قانون که این اقدام نیز مجاز محسوب شده است.

حال اگر متن تبصره قانون الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶ نیز با دقت مطالعه شود، ملاحظه می‌شود که حالت‌های سه‌گانه بالا (و نه لزوماً احکام مترتب بر آنها) از آن قابل برداشت است؛ یعنی مطابق آن تبصره نیز هر گاه مجازات حبس مقرر در قانون مبارزه با مواد مخدر بیش از ۵ سال باشد، قاضی دادگاه پس از احراز وقوع جرم و انتساب آن به متهم یا متهمان و به هنگام تعیین نوع و میزان مجازات، با سه حالت روبه‌رو خواهد بود: صدور حکم به کمتر از حداقل مقرر در قانون، صدور حکم به حداقل مقرر قانونی، و صدور حکم به مجازاتی بیشتر از حداقل مقرر.

با این حال، از نظر حکم هر یک از حالت‌های سه‌گانه یادشده، اختلاف فاحشی بین تبصره قانون الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶ و بخشنامه وجود دارد که مربوط به حالت اول است. به عبارت دیگر، اگرچه حکم حالت‌های دوم و سوم در تبصره و بخشنامه یکی است و در واقع، بخشنامه همان حکم مقرر در تبصره یادشده برای حالت‌های دوم و سوم را تکرار کرده است، اما درباره حالت اول، یعنی حالت صدور حکم به کمتر از حداقل مقرر قانونی، حکمی که در بخشنامه مذکور آمده است، به کلی با آنچه از تبصره ماده واحده الحاقی برداشت می‌شود، مغایرت دارد؛ زیرا بخشنامه صراحتاً «تعیین مجازات کمتر از حداقل مجازات قانونی جرم را ممنوع کرده است»، در حالی که تبصره مذکور نه تنها به این حکم تصریح نکرده و یا حتی در این باره سکوت نکرده است، بلکه بر جواز کاستن از حداقل مقرر در قانون و برخورداری دادگاه از این اختیار دلالت دارد.

قانون‌گذار در ابتدای تبصره ماده واحده الحاقی، از عبارت «در صورتی که حکم به حداقل مجازات قانونی صادر شود» استفاده کرده است که یک عبارت شرطی و دارای مفهوم است. منطوق این عبارت متضمن حکم حالت دوم است، اما مفهوم آن ناظر به حالت اول و حکم آن است و آن مفهوم چیزی نیست جز اینکه «در صورتی که حکم به حداقل مجازات قانونی یا بیشتر از آن صادر نشود، محکوم‌علیه مشمول عموماً سایر مقررات قانونی بوده و می‌تواند از نهادهای ارفاقی و نهادهایی مانند تخفیف مجازات بهره‌مند گردد». به بیان دیگر، تبصره در مقام بیان این امر است که محرومیت از نهادهای ارفاقی، مربوط به زمانی است که قاضی با توجه به معیارهای تعیین مجازات تعزیری، حداقل مجازات یا بیشتر از آن را تعیین می‌کند، اما در عین حال، قانوناً از اختیار فروکاستن از حداقل قانونی برخوردار است.

در واقع، بخشنامه دامنه استثنائات مقرر در تبصره ماده واحده الحاقی را بدون دلیل گسترش داده است، و حال آنکه ضابطه کلی تفسیر قوانین خاص و استثنایی آن است که از تعمیم و توسعه قلمرو استثنا اجتناب شده، به مدلول منطوقی و قدر متیقن آن اکتفا شود و نباید در مقام تفسیر از طریق توسل به قیاس و استحسان و مصلحت، زمینه توسعه دایره اعمال آن‌ها را فراهم کرد (امیدی، ۱۳۹۴: ۱۴۵).

بنابراین علی‌رغم آنچه در بند الف ماده ۱۲ بخشنامه مورد اشاره آمده مبنی بر اینکه: «تعیین مجازات کمتر از حداقل مجازات قانونی جرم ممنوع است»، تبصره ماده واحده الحاقی نه تنها متضمن چنین حکمی نیست، بلکه به لحاظ مفهومی و به دلالت ظاهر عبارات آن، تقلیل حبس به کمتر از حداقل مقرر در قانون، از اختیارات دادگاه کیفری است.

### ۲-۱. مغایرت بخشنامه با ماده ۳۸ قانون مبارزه با مواد مخدر

با توجه به اینکه ممکن است چنین به نظر برسد که مقررات تبصره ماده واحده الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر و روانگردان، ناظر به مرحله اجرا بوده، با ماده مزبور تعارضی نداشته باشد، در اینجا برای تبیین بیشتر مسئله پژوهش، تعامل تبصره ماده ۴۵ الحاقی با ماده ۳۸ قانون مبارزه با مواد مخدر به اختصار بررسی می‌شود.

مطابق ماده ۳۸ قانون مبارزه با مواد مخدر و روانگردان:

«دادگاه می‌تواند در صورت وجود جهات مخففه، مجازات‌های تعزیری مقرر در این قانون را تا نصف حداقل مجازات آن جرم تخفیف دهد. در صورتی که مجازاتی فاقد حداقل باشد، همان مجازات تا نصف تخفیف می‌یابد. میزان تخفیف در احکام حبس ابد ۱۵ سال خواهد بود و در مورد مجازات اعدام، تقاضای عفو و تخفیف مجازات به کمیسیون عفو ارسال خواهد شد.»

بر پایه این مقرر، تا پیش از لازم‌الاجرا شدن ماده واحده الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر، حدود اختیارات دادگاه‌های انقلاب در تخفیف مجازات‌های تعزیری براساس مقرر اخیر مشخص می‌گردید و اصل برخورداری آن مراجع از اختیار تخفیف کیفر تعزیری تا حدود مقرر در ماده ۳۸ قانون مرقوم، مفروغ‌عنه و مورد اتفاق حقوق دانان و رویه قضایی بود.

به نظر می‌رسد پس از تصویب و لازم‌الاجرا شدن ماده واحده الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر نیز این مقرر (ماده ۳۸) بتواند راهنمای خوبی برای تشخیص دیدگاه صحیح‌تر در زمینه اختیار دادگاه‌ها در کاهش حداقل مجازات‌های مقرر در قانون از باب تخفیف و تبدیل مجازات باشد.

توضیح اینکه حکم مقرر در بند الف ماده ۱۲ آن بخشنامه که ناظر به تبصره ماده واحده الحاقی است، مبنی بر ممنوعیت دادگاه‌های انقلاب از تعیین مجازات کمتر از حداقل مجازات قانونی جرم، تنها در صورتی قابل توجیه است که تبصره ماده واحده الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر و روانگردان، ماده ۳۸ آن قانون را به طور ضمنی نسخ کرده باشد، در حالی که چنین ادعایی با منطبق و اصول حقوقی سازگار نیست؛ زیرا همان طور که برخی حقوق‌دانان گفته‌اند:

«حجیت ظاهر قانون مانع از آن است که عموم آن بی‌جهت تخصیص یابد یا اطلاق آن بدون ضرورت مقید گردد... اراده عموم و اطلاق این گونه دستورها منطقیاً مفروض است و جز به استناد دلیل و جز در موارد اقتضای ضرورت یا ترتب نتایج ناروا نمی‌توان چنین فرضی را ابطال نمود. بر این اساس، هر تفسیری که نتیجه آن تخصیص عموم یا انصراف اطلاق قانون باشد، بدون آنکه مبتنی بر وجهی منطقی باشد، ناروا خواهد بود» (همان: ۱۴۰).

در واقع، منطبق حقوق اقتضا دارد که تا حد امکان میان قوانین جمع گردد و نمی‌توان به صرف وجود تعارضات ظاهری، یکی از طرفین تعارض را منسوخ دانست. به علاوه، نسخ قانون نیازمند دلایل قطعی و روشن است و نمی‌توان به صرف بروز تردید در انصراف اراده مقنن از یک مقرر، آن را منسوخ محسوب نمود؛ چرا که در جایگاه شک و تردید، اصل عدم نسخ قانون سابق است.

بنابراین در مسئله تحقیق حاضر نیز اقتضای منطبق و اصول حقوقی، جمع میان تبصره ماده واحده الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر و روانگردان با ماده ۳۸ آن قانون است و جمع به این روش حاصل می‌شود که در زمینه تخفیف مجازات، مقررات ماده ۳۸ قانون مبارزه با مواد مخدر و روانگردان را ناظر به مرحله صدور حکم و تعیین کیفر دانست و مقررات تبصره ماده واحده الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر و روانگردان را ناظر به مرحله اجرای مجازات تلقی کرد.

چنین رویکردی منطقی و به لحاظ حقوقی با این استدلال قابل توجیه است که از یکسو، مقررات تبصره یادشده در ممنوعیت دادگاه‌های انقلاب از تعیین مجازات کمتر از حداقل مجازات قانونی جرم صراحتی ندارد و از سوی دیگر، در آن مقرر به



نهادهایی مانند تعلیق اجرای مجازات و آزادی مشروط اشاره شده که غالباً ناظر به مرحله اجرای حکم هستند و نه مرحله صدور حکم و تعیین کیفر.

در واقع، چنان که برخی از نویسندگان همسو با نظریه شماره ۲۱۶۳/۹۶/۷ مورخ ۱۳۹۶/۰۹/۱۴ اداره حقوقی قوه قضائیه نوشته‌اند، هرچند قانون‌گذار تعریفی از نهادهای ارفاقی ارائه نداده است، اما با عنایت به دو مصداقی که در قانون ذکر شده (تعلیق اجرای مجازات و آزادی مشروط) و استثناهایی که آورده (مصادیق تبصره ماده ۳۸ و عفو مقام معظم رهبری) و با توجه به عبارت «حکم... صادر شود» که در صدر و ذیل تبصره یادشده ذکر شده است، نهادهای ارفاقی را باید شامل هر نوع ارفاقی دانست که نخست، پس از صدور حکم (تعیین مجازات) به محکوم علیه اعطا می‌شود و دوم، دادگاه به موجب قانون مکلف به اعطای آن نبوده، از اختیارات آن مرجع باشد (خلیل‌زاده و حسنی، ۱۳۹۸: ۱۲۳).

## ۲. تجاوز به صلاحیت ویژه مقنن و تعدی از اختیارات قانونی

از مهم‌ترین اشکال‌هایی که به ماده ۱۲ بخشنامه مذکور وارد است، یکی تجاوز به حریم اختیارات مجلس شورای اسلامی و آن هم به صلاحیت ویژه قانون‌گذار است، و دیگری عدول از اختیارات قانونی راجع به صدور بخشنامه است که در ادامه بررسی می‌شود.

### ۱-۲. نقض صلاحیت ویژه قانون‌گذار

نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران با پذیرش نظام تفکیک قوا، برترین جایگاه را به قانون و در رأس آن قانون اساسی داده و بر اساس آن، اصل «خروج از حدود اختیارات قانونی» را به عنوان یکی از جهات نقض اعمال و تصمیمات غیر قانونی مقامات اداری پذیرفته است (ملکوتی هاشجین، ۱۳۹۳: ۱۷۷). هرچند مقتضیات اداره امور عمومی ایجاب می‌کند که حدی از اختیارات به مقامات اداری اعطا شود تا به تناسب موضوع، امور اجرایی سازمان متبوع خود را مدیریت نمایند، اما آنگاه که صلاحیت‌های اعطاشده یا مستثناشده به صورت دقیق مشخص شده و حالت تکلیفی داشته باشد، مقام اداری مجال اندکی برای اعمال صلاحیت دارد و در صورت تخطی از وظایف یا

خودداری از اعمال اختیار، بر اساس نظریه‌های کلاسیک حقوق اداری به ویژه نظریه «قانونی بودن» می‌تواند موضوع نظارت قضایی قرار گیرد (پژوهشکده حقوق عمومی و بین‌الملل، ۱۳۹۲: ۱۱۷). از این رو، ایراد بخشنامه مورد بررسی، تنها ناهماهنگی میان حکم مقرر در ماده ۱۲ آن با تبصره ماده واحده الحاقی نیست؛ بلکه این بخشنامه از این حیث که «صلاحیت ویژه» قوه مقننه را نقض کرده نیز محل ایراد جدی است.

توضیح اینکه بر اساس اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها که به اذعان بسیاری از حقوق دانان از اصول مسلم، مهم و بنیادین حقوق کیفری است (گلدوزیان، ۱۳۹۸: ۹۳؛ صناعی، ۱۳۸۸: ۱۸۲/۱؛ قیاسی و دیگران، ۱۳۹۴: ۳۶/۲) و در اصولی از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، از جمله اصول ۲۲ و ۳۶ مورد تأکید قرار گرفته است، این از مسلمات حقوق کیفری است که «قاضی حق ندارد بدون وجود یک متن صریح قانونی، مجازاتی را تعیین کند یا میزان آن را تغییر دهد» (آقایی جنت‌مکان، ۱۳۹۷: ۱۸۹/۲) و قاضی نه تنها در تشخیص وصف مجرمانه، بلکه «در تعیین مجازات نیز باید به متن قانونی استناد نماید و هر گاه قانون‌گذار در تعیین مجازات عمل مجرمانه غفلت نموده باشد، قاضی نمی‌تواند از طریق قیاس برای آن مجازات تعیین کند» (باهری، ۱۳۹۹: ۱۳۸).

بنابراین تعیین نوع و میزان کیفرها در «صلاحیت ویژه» قوه مقننه است و معیار حدود اختیارات دادگاه برای تشخیص و تعیین نوع و میزان مجازات قابل اجرا برای هر جرم، قانون مصوب مجلس قانون‌گذاری است و تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌ها در این خصوص مرجعیتی ندارند.

یکی از حقوق دانان معاصر پس از تقسیم آیین‌نامه‌های دولتی به آیین‌نامه‌های اجرایی و آیین‌نامه‌های مستقل، در این زمینه می‌نویسد:

«اختیار وضع آیین‌نامه مستقل ناشی از ماهیت وظایف اجرایی قوه مجریه است؛ ولی اختیار مزبور مطلق و نامحدود نیست و در مواردی می‌توان آیین‌نامه مستقل وضع کرد که آن موارد، مربوط به صلاحیت ویژه قوه مقننه نباشد... مطابق قانون اساسی، اموری که جزء صلاحیت ویژه قانون‌گذار و از وظایف ویژه او هستند و در نتیجه، هیچ مقامی جز او حق دخالت و تصمیم در آن را ندارد، عبارت‌اند از: تعیین حدود حقوق و آزادی‌های عمومی، تعیین ضوابط مالکیت شخصی، تصویب بودجه کل کشور، تصویب مالیات‌ها، تعیین جرائم [و] مجازات‌ها، ...» (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۹۹: ۲۹۱).

با این حال، علی‌رغم همه آنچه گفته شد، بخشنامه قوه قضاییه با تعرض به حریم قوه مقننه و عبور از مرزهای مجاز حقوقی و قانونی، به وضع قاعده جدید درباره اختیارات دادگاه‌ها در تعیین مجازات کمتر از حداقل مقرر قانونی پرداخته، اختیار تقلیل کیفر حبس را از قضات دادگاه‌ها سلب کرده و اختیارات ایشان را به تعیین حداقل مجازات مقرر در قانون یا بیشتر از آن محدود کرده است.

## ۲-۲. تجاوز از اختیارات قانونی

درباره اینکه آیا اساساً قوه قضاییه صلاحیت صدور بخشنامه را دارد یا خیر، اختلاف نظری میان حقوق دانان وجود دارد (ر.ک: ملکوتی هاشجین، ۱۳۹۳: ۱۸۰؛ راسخ، ۱۳۹۰: ۲۴؛ استوارسنگری، ۱۳۸۸: ۶۷؛ محمودی، ۱۳۸۴: ۹۹). در این قسمت از پژوهش حاضر، بدون ورود به اختلاف نظر یادشده کوشش می‌شود تا با پیش‌فرض قرار دادن دیدگاه موافقان، بخشنامه موضوع پژوهش را از منظر نادیده گرفتن حدود صلاحیت صدور بخشنامه بررسی نماید.

امروزه با عنایت به اصول ۱۵۷ و ۱۵۸ قانون اساسی که بر اساس آن‌ها رئیس قوه قضاییه می‌تواند به وضع مقرره پردازد، بر اساس دلایل دیگری همچون نظریه تفسیری شورای نگهبان<sup>۱</sup> نیز می‌توان اثبات نمود که قوه قضاییه برای تمشیت امور اداری و اجرایی آن قوه، اختیار وضع مقرره و از جمله صدور بخشنامه دارد. با این حال، ریاست قوه در اعمال این اختیار، فارغ از ضابطه و مبسوط‌الید نیست و موظف به رعایت حدودی است که در قوانین برای وضع مقرره توسط اداره برای امور اداری پیش‌بینی شده است.

به عبارت دیگر، با توجه به اینکه در حقوق عمومی و اداری، اصل بر عدم صلاحیت مقامات عمومی و اداری است، به جز آن بخش از صلاحیت‌هایی که به موجب قانون به آن مقامات اعطا شده است، بنابراین صدور بخشنامه نیز به مثابه یک عمل اداری،

۱. مطابق نظریه تفسیری شورای نگهبان به شماره ۹۰/۳۰/۴۳۴۸۵ مورخ ۱۳۹۰/۰۶/۰۲: «بدیهی است رئیس قوه قضاییه نمی‌تواند برای دستگاه‌های خارج از این قوه آیین‌نامه وضع نماید، اما می‌تواند در حدود اختیارات مذکور در قانون اساسی، آیین‌نامه تصویب کند. در این صورت، آیین‌نامه مصوب ایشان برای همه دستگاه‌ها لازم‌الاتباع است.»

نشئت گرفته از قانون است و این اعمال قانون‌گذاری است که موجد اعمال اداری است و اعمال اداری تابع عمل قانون‌گذاری است (موسی‌زاده، ۱۳۹۸: ۸۲ و ۱۵۲؛ انصاری، ۱۳۹۷: ۱۵۳). برای تشخیص حدود صلاحیت ریاست قوه قضاییه در صدور بخشنامه می‌توان به مبانی صلاحیت رجوع کرد؛ زیرا دلایل یادشده (اصول ۱۵۷ و ۱۵۸ قانون اساسی، نظریه تفسیری شورای نگهبان و...) نه تنها اصل صلاحیت قوه قضاییه را در صدور بخشنامه اثبات می‌کند، بلکه بر اساس آن‌ها، حدود آن صلاحیت نیز ترسیم می‌گردد. بر این اساس، چنان که برخی از حقوق‌دانان تصریح کرده‌اند:

«از مبانی قانونی موجهه وضع مقرر در قوه قضاییه چنین برمی‌آید که صلاحیت قوه قضاییه در وضع مقرر، به اجرا و اداره ساختار و وظایف قضا محدود است. بنابراین هر گونه وضع مقرر خارج از این حدود، مغایر با اصول و مبانی قانونی است و مقرر وضع شده را از درجه اعتبار ساقط می‌کند» (راسخ و همکاران، ۱۳۹۴: ۹۸).

بنابراین رعایت حدود اختیارات توسط مقامات صلاحیتدار، از جمله شرایط مهم اعتبار مقررات اداری و از جمله بخشنامه است و اگر این مهم رعایت نشده و مقام واضع بخشنامه با تجاوز از حدود اختیارات و دخالت در حوزه قانون‌گذاری قوه مقننه و نقض اصل تفکیک قوا، به وضع مقرر پرداختد، چنین تصمیمات و مصوباتی دارای اعتبار نخواهد بود (موسی‌زاده، ۱۴۰۰: ۱۶۲).

با توجه به آنچه گفته شد، هر گاه رئیس قوه قضاییه در صدور بخشنامه از حدود صلاحیت خود فراتر رفته، ضوابط قانونی مربوط را نادیده گیرد، دو محذور پیش می‌آید که یکی شکلی و دیگری ماهوی است. از یک جهت، به دلیل اینکه حدود نهادی و تشریفات قانونی وضع قانون رعایت نشده، بخشنامه صادره از نظر شکلی مغایر قانون است؛ از بُعد دیگر، به دلیل اینکه بخشنامه وارد قلمروی شده و در آن به تعیین قاعده حقوقی مستلزم حق یا تکلیف برای سایر اشخاص پرداخته است، به لحاظ ماهوی قانون نقض شده است.

صدور بخشنامه به خودی خود امر نامطلوبی نیست؛ بلکه از لوازم اعمال ریاست بر قوه قضاییه و مدیریت امور مربوط به آن است. با این حال، در سال‌های اخیر گرایش به صدور بخشنامه از سوی رئیس قوه قضاییه رو به فزونی نهاده و به نظر می‌رسد که

یک روند غیر عادی پیدا کرده است (برای آگاهی بیشتر ر.ک: رستمی، ۱۴۰۰: ۲۹۷-۳۲۱) و بیم آن می‌رود که افراط در اعمال آن اختیار، با تجاوز از حدود آن اختیار همراه گردد و همچون بخشنامه موضوع پژوهش حاضر، به وضع قاعده در اموری بپردازد که در صلاحیت ریاست قوه قضاییه نیست.

نتیجه برخی از تحقیقات نشان می‌دهد:

«نظام عدالت کیفری ایران که به واسطه حجم انبوه پرونده‌های قضایی و افزایش اشکال بزهکاری درگیر نوعی بحران است، از نیمه دوم دهه ۹۰ خورشیدی با شیب ملایمی با گذار از سیاست جنایی تقنینی به سیاست جنایی بخشنامه‌ای گام نهاد که ثمره آن فروگذاشتن قواعد قانونی و گرایش به اداری‌سازی فرایند کیفری و ایجاد نظام سلسله‌مراتبی از رهگذر مقررات گذاری است» (همان: ۳۱۷).

این بخشنامه پس از تصویب ماده واحده الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶ و برای کمک به رفع مشکلات ناشی از اجرای آن صادر شد. اما بررسی مقررات آن نشان می‌دهد که این بخشنامه به امور اجرایی و ساختاری مقید نمانده و در بخشی از آن (بند الف ماده ۱۲)، به وضع قاعده در زمینه تخفیف کیفر پرداخته که در صلاحیت قوه قضاییه نیست. اعمال کیفر و تخفیف و تبدیل و تشدید آن یک عمل قضایی است که در چارچوب قانون صورت می‌پذیرد و مسلماً خارج از امور اداری است و لذا وضع قاعده در این حوزه از اختیارات ریاست قوه قضاییه خارج است.

### ۳. دلالت‌های التزامی ناشی از فرایند تصویب مقرر

یکی از دلایل روشن و قطعی که بر نادرستی ماده ۱۲ بخشنامه مورد بررسی دلالت دارد، دلالت‌های التزامی است که از بررسی پیش‌نویس‌های طرح «الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر»، صورت مذاکرات مجلس شورای اسلامی با شورای نگهبان و اظهارنظرهای کارشناسی درباره طرح و به طور کلی از تحقیق درباره فرایند تصویب طرح یادشده حاصل می‌گردد.

اگر به آنچه در پیش‌نویس طرح یک فوریتی «الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر» که در مورخ ۱۳۹۵/۰۹/۱۶ منتشر شده و به ریاست وقت مجلس شورای

اسلامی تقدیم شده، مراجعه شود، ملاحظه می‌شود که متن تبصره ماده واحده الحاقی در پیش‌نویس طرح، از آنچه که در قالب قانون منتشر شده و امروزه لازم‌الاجراست، فاصله خیلی زیادی داشته و در فرایند پریپیچ و خم تصویب، دخل و تصرفات زیادی در آن شده است.<sup>۱</sup> در جریان تصویب طرح در مجلس شورای اسلامی، متن تبصره دستخوش اصلاحات قابل توجهی شد که تبصره جدید را از آنچه در پیش‌نویس طرح وجود داشت به کلی متمایز نمود.<sup>۲</sup>

مقایسه دو مقررہ نشان می‌دهد که تبصره ماده واحده الحاقی مصوب ۱۳۹۶/۰۵/۲۲ دارای اصلاحات و تغییراتی به شرح زیر است:

- اصلاح معیار «حبس بیش از دو سال» به «حبس بیش از پنج سال» در صدر مقررہ؛
- اصلاح مدت تعلیق در ذیل مقررہ از «مدت ده تا پانزده سال» به «مدت پنج تا ده سال»؛
- حذف عبارت «مرتکب الزاماً باید حداقل مجازات قانونی را طی کند» از متن تبصره؛
- حذف عبارت‌های «معافیت»، «تخفیف»، «تبدیل» و «مرخصی از زندان» از متن تبصره؛

- حذف عبارت «این قانون شامل دارندگان محکومیت قطعی فعلی نیز می‌شود» از انتهای تبصره؛

- افزودن عبارت «در صورتی که حکم به حداقل مجازات قانونی صادر شود» به متن تبصره؛

۱. تبصره ماده واحده الحاقی در پیش‌نویس طرح مقرر می‌داشت: «در مورد جرائم موضوع این قانون که حبس بیش از دو سال دارد، مرتکب الزاماً باید حداقل مجازات قانونی را طی کند و کمتر از این مدت به جز تبصره ماده ۳۸ این قانون، مشمول معافیت، تخفیف، تبدیل، آزادی مشروط، مرخصی از زندان و سایر نهادهای ارفاقی نخواهد شد. در صورتی که حکم به مجازات بیش از حداقل مجازات قانونی باشد، دادگاه می‌تواند بخشی از مجازات حبس را پس از گذراندن حداقل مجازات قانونی به مدت ده تا پانزده سال تعلیق کند. این قانون شامل دارندگان محکومیت قطعی فعلی نیز می‌شود».

۲. مطابق تبصره ماده واحده الحاقی مصوب ۱۳۹۶/۰۵/۲۲: «در مورد جرائم موضوع این قانون که مجازات حبس بیش از پنج سال دارد، در صورتی که حکم به حداقل مجازات قانونی صادر شود، جز در مورد مصادیق تبصره ماده ۳۸، مرتکب از تعلیق اجرای مجازات، آزادی مشروط و سایر نهادهای ارفاقی بهره‌مند نخواهد شد و در صورتی که حکم به مجازات بیش از حداقل مجازات قانونی صادر شود، دادگاه می‌تواند بخشی از مجازات حبس را پس از گذراندن حداقل مجازات قانونی به مدت پنج تا ده سال تعلیق کند».

- افزودن عبارت «تعلیق اجرای مجازات» به متن تبصره.

با وجود این، اصلاح و تغییر تبصره طرح الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶ در این مرحله متوقف نشد و در فرایند نظارت شورای نگهبان نیز تبصره یادشده دستخوش اصلاح قرار گرفت.<sup>۱</sup> اصلاحات به عمل آمده در قانون الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر، در گزارش شماره ۹۶۰۷۰۶۳ مورخ ۱۳۹۶/۰۷/۲۴ از طرف مجمع مشورتی حقوقی پژوهشکده شورای نگهبان و در گزارش شماره ۱۵۸/ف/۹۶ مورخ ۱۳۹۶/۰۷/۲۴ از طرف مجمع مشورتی فقهی آن پژوهشکده مورد تأیید قرار می‌گیرد که در نتیجه آن، سرانجام قانون یادشده در جلسه مورخ ۱۳۹۶/۰۷/۲۶ به تأیید شورای نگهبان می‌رسد.

حال نسبت به اصلاحات و تغییرات قابل توجه، اساسی و متعددی که در فرایند تصویب تبصره قانون الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶ رخ داده است، به دو گونه می‌توان قضاوت کرد. یکی قضاوت ساده‌انگارانه مبنی بر اینکه همه آن اصلاحات و تغییرات را حمل بر مسامحه و بی‌دقتی قانون‌گذار کرد! که چنین رویکردی نه تنها با فرض حکیم بودن مقنن و در مقام بیان بودن او ناسازگار است، بلکه به دلایلی که پس از این گفته خواهد شد، از نظر عقلی نیز پذیرفتنی نمی‌باشد. اما قضاوت دوم اینکه این تغییرات را ناشی از حکمت تقنینی و واقع‌بینی ناشی از توجه به واقعیت‌های اجتماعی مربوط به آثار و عواقب اجرای تبصره ماده واحده الحاقی دانست.

چنان که برخی از حقوق‌دانان نیز تصریح کرده‌اند:

«به عنوان یک قاعده یا فرض سنتی مقبول، باید گفت که قانون متنی مبتنی بر عقل است. خردمندی، فرزاندگی و حقوق‌دانی قانون‌گذار مفروض است... اعتقاد به چنین فرضی مانع از آن است که قانون به گونه‌ای تفسیر شود که نتیجه آن، انتساب لغو و بیهوده‌گویی به قانون‌گذار باشد. بنابراین هر شرح و تفسیری که متضمن اسناد لغو و

۱. به منظور تأمین نظر شورای نگهبان، عبارت جدیدی به متن تبصره قانون الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر افزوده می‌شود و به تصویب مجلس می‌رسد که شرح آن از این قرار است: «در تبصره بند ت بعد از عبارت نهادهای ارفاقی، عبارت به استثنای عفو مقام معظم رهبری، مذکور در بند ۱۱ اصل ۱۱۰ قانون اساسی اضافه می‌شود».

بیهوده‌گویی به قانون‌گذار باشد و فرض خردورزی و قانون‌دانی او را ابطال نماید، خودبه‌خود محکوم به رد و بطلان است... بر این اساس از میان دو تفسیر که یکی متضمن لغو و بیهوده گفتن و دیگری مبتنی بر فرض دانایی و خردمندی قانون‌گذار است، دومی را باید برگزید» (امیدی، ۱۳۹۴: ۱۴۲).

بنابراین بر اساس رویکرد دوم که بر دلایل متعدد و روشنی استوار است، از یکسو نادرستی بخشنامه و از سوی دیگر، استحقاق متهمان جرائم مواد مخدر و روانگردان دارای حبس بیش از ۵ سال بر برخورداری از تخفیف مجازات (در صورت وجود جهات تخفیف) و وجود اختیارات قضایی در این خصوص اثبات می‌گردد.

### ۱-۳. گسترده‌گی اصلاحات به عمل آمده

نخستین دلیلی که رویکرد دوم را اثبات می‌نماید، گسترده‌گی تغییرات و اصلاحاتی است که در فرایند تصویب، در تبصره ماده واحده الحاقی به عمل آمده که صرف‌نظر از افزودن عفو مقام معظم رهبری به تبصره در آخرین اصلاح، شامل سه مورد حذف عبارت، دو مورد افزایش عبارت و دو مورد اصلاح میزان حبس و مواعد زمانی تعلیق است. چنان که در سطور پیشین نیز اشاره شد، مقایسه تبصره ماده واحده الحاقی در لایحه سال ۱۳۹۵ با تبصره ماده واحده الحاقی مصوب ۱۳۹۶/۰۵/۲۲ مجلس شورای اسلامی نشان می‌دهد که این مقرره مشمول اصلاحات و تغییرات زیادی شده است. بی‌تردید، منطقاً چنین تغییرات گسترده‌ای نمی‌تواند از روی غفلت یا تسامح و بدون هدف و واقع‌بینی صورت گرفته باشد و هر عقل سلیمی که از امور تقنین آگاه باشد، تأیید می‌کند که این تغییرات ناشی از بحث‌های کارشناسی، با تأمل بر آثار و عواقب مقررات و واقعیت‌های اجتماعی صورت گرفته است. البته آنچه در این قسمت مورد تأکید است، تعدد و کثرت نسبی اصلاحات به عمل آمده است که عقل از پذیرش تصادفی یا تسامحی بودن آن ابا دارد.

### ۲-۳. جهت‌گیری اصلاحات به عمل آمده

دلیل دیگر، درک عقلانی‌ای است که از توجه به جهت‌گیری تغییرات به عمل آمده در فرایند تصویب تبصره یادشده حاصل می‌گردد. در سال ۱۳۹۵، همزمان با ارائه طرح



«الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر» از سوی تعدادی از نمایندگان به مجلس دهم شورای اسلامی، اظهارنظر درباره مقررات آن از سوی موافقان و مخالفان شروع شد و برخی از کارشناسان، متخصصان و دست‌اندرکاران امر مبارزه با مواد مخدر، مفاد تبصره ماده واحده را از نظر اثر قابل توجه آن بر افزایش آمار زندانیان، افزایش هزینه‌های دولت، دشوار شدن مدیریت زندان و احتمال گرفتار شدن آن به بحران، مورد انتقاد قرار داده و به نمایندگان مجلس از این جهت هشدار دادند.

از جمله، مدیرکل وقت دفتر حقوقی و امور مجلس ستاد مبارزه با مواد مخدر با بیان اینکه قانون الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر (ماده ۴۵) از ۲۳ آبان‌ماه ۱۳۹۶ لازم‌الاجرا می‌شود، در خصوص آن چنین ابراز کرده است:

«... در این قانون نکته‌ای وجود دارد که محکومین جرائم مواد مخدر [را] از نهادهای ارفاقی معاف کرده است. قوه قضاییه طبق قانون، محکومین جرائم مواد مخدر را در شرایطی متفاوت از محکومین دیگر جرائم در اردوگاه‌های خاص ماده ۴۲ نگهداری می‌کند که شرایط آن متفاوت و عادی و سخت است و خبری از تعلیق در مجازات و آزادی مشروط در آن نیست... از دیگر مواردی که با اجرای این قانون پیش‌بینی می‌شود، افزایش تعداد زندانیان است که مغایرت جدی با سیاست‌های مرتبط با کاهش جمعیت کیفری زندان‌ها دارد و این از جمله ایراداتی بود که طی جلسات متعدد کارشناسی در مجلس و نهادهای ذیربط به آن اشاره شد، اما توجهی به آن نشد. وقتی جمعیت کیفری زندان‌ها افزایش پیدا کند، بار مالی، بودجه و اعتبارات نگهداری نیز افزایش خواهد یافت و این موضوعی است که متوجه سازمان زندان‌هاست که اگر نتواند اعتبارات لازم خود را در بودجه سال جاری پیش‌بینی کند، این سازمان را که متولی امر زندانیان است با مشکلات عدیده‌ای مواجه خواهد کرد» (علیزاده، ۱۳۹۶: ۱).

در نتیجه همین هشدارها و تذکرها و توجه به آثار نامطلوب افزایش آمار زندانیان و احتمال بحرانی شدن وضعیت زندان‌های کشور بود که نمایندگان مجلس شورای اسلامی با انجام چند اصلاح اساسی و قابل توجه، کوشش کردند که مقررات تبصره ماده واحده الحاقی را با شرایط و امکانات زندان‌ها و نظام کیفری متناسب کنند و از خطرات احتمالی‌ای که کارشناسان به ایشان خاطر نشان کرده بودند، اجتناب کنند.

از این رو، حذف عبارت انتهایی تبصره ماده واحده الحاقی در طرح پیشنهادی مبنی

بر اینکه «این قانون شامل دارندگان محکومیت قطعی فعلی نیز می‌شود»، به این قصد بوده است که با لازم‌الاجرا شدن آن، تا حد امکان از افزایش جمعیت کیفری زندان‌ها اجتناب شود؛ زیرا این عبارت با افزایش مدت ماندگاری محکومان قبلی، اثر مستقیمی بر افزایش آمار محکومیت‌های حبس داشته، به تبع آن وضعیت زندان‌های کشور را دچار وخامت می‌کرد.

همچنین افزایش معیار میزان حبس از ۲ سال به ۵ سال در صدر مقرر از یکسو، و حذف عبارت «الزاماً باید حداقل را طی کند» از متن تبصره یادشده، بی‌تردید با در نظر گرفتن انتقادهای کارشناسان و صاحب‌نظران و به انگیزه کاستن از آثار افزایش آمار محکومیت‌های حبس و تورم جمعیت کیفری زندان‌ها و به تبع آن گسترش مشکلات اقتصادی، بهداشتی، فرهنگی و مدیریتی زندان‌ها بوده است؛ زیرا با توجه به اینکه حدود نیمی از جمعیت زندان‌های کشور را محکومان جرائم مواد مخدر و روانگردان تشکیل می‌دهند، تردیدی وجود نداشت که در صورت عدم اصلاح آن مقررات سختگیرانه، آمار محکومان جرائم مواد مخدر و روانگردان در مدت کوتاهی پس از لازم‌الاجرا شدن قانون الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر، دو یا چند برابر شده، اوضاع زندان‌ها از کنترل مدیران آن خارج و موجب یک بحران اجتماعی می‌گردید.

از این رو مقنن با علم و آگاهی از آثار و عواقب ناگوار و احتمالاً جبران‌ناپذیر مقررات سختگیرانه تبصره یادشده، متن آن را مورد تجدیدنظر اساسی قرار داده، با افزایش میزان حبس به بیش از ۵ سال و حذف الزام تحمل حداقل کیفر حبس، بار دیگر، بر اختیارات دادگاه‌ها بر تقلیل حبس به کمتر از حداقل مقرر قانونی یا تبدیل آن و استحقاق متهم بر تخفیف (در صورت وجود جهات تخفیف) صحه گذاشت.

### ۳-۳. حذف «تخفیف و تبدیل» از متن تبصره

از دیگر دلالت‌های التزامی که نادرستی بخشنامه را اثبات می‌کند، ادراک عقلی است که از دقت در چرایی حذف عبارت‌های «تخفیف و تبدیل» از متن تبصره به دست می‌آید. چنان که پیش از این گفته شد، قانون‌گذار آگاهانه عبارت «الزاماً باید

حداقل مجازات قانونی را طی کند» را از متن تبصره حذف کرد تا این الزام نابه‌جا موجب محدودیت محاکم در تعیین واکنش تعزیری مناسب نباشد و قضات دادگاه‌ها همچون گذشته بتوانند در صورت احراز جهات تخفیف، کیفر حبس را تخفیف داده یا به مجازات مناسب دیگری تبدیل کنند. بدیهی است که این هدف مقنن محقق نمی‌شد، مگر اینکه عبارت‌های «تخفیف و تبدیل» نیز از متن تبصره حذف می‌شد؛ زیرا «تخفیف مجازات» و «کاستن از حداقل مجازات» دو روی یک سکه است و در واقع، تخفیف زمانی معنا می‌یابد که قاضی کیفر را از حداقل مقرر در قانون تقلیل دهد. بنابراین مقنن با حذف عبارت «الزاماً باید حداقل مجازات قانونی را طی کند» از یکسو، و سپس حذف عبارت‌های «تخفیف و تبدیل» از سوی دیگر، تردیدی باقی نگذاشت که اراده او بر این تعلق گرفته است که متهمان جرائم مواد مخدر و روانگردان که مجازات حبس ایشان بیش از ۵ سال حبس است نیز بتوانند مانند دیگران، در صورت وجود جهات تخفیف، از تخفیف و یا تبدیل مقتضی بهره‌مند شده، مجازاتی کمتر از حداقل را تجربه کنند.

### ۳-۴. حذف «معافیت» و «مرخصی از زندان» از متن تبصره

دلیل دیگری که در اینجا می‌توان بدان اشاره کرد، حذف عبارت‌های «معافیت» و «مرخصی از زندان» از متن تبصره ماده واحده الحاقی است. بر خلاف تصور تهیه‌کنندگان پیش‌نویس طرح الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر، مرخصی از زندان بیش از آنکه یک «نهاد ارفاقی» باشد، دارای کارکرد اصلاحی و مدیریتی است. توجه به انواع مرخصی زندانیان و مقررات قانونی مربوط نشان می‌دهد که هدف از اعطای مرخصی به زندانیان، گاهی تکریم و تشویق ایشان به مداومت بر حسن رفتار و ترغیب ایشان به اصلاح، گاهی کمک به اصلاح ذات‌البین در جرائم حق‌الناسی، گاهی ابراز واکنش انسان‌دوستانه و همراهی با احساسات انسانی در حوادث تلخ و شیرین زندگی و گاهی مدیریت جمعیت زندان‌هاست. از این رو، مقنن در اقدامی به‌جا، آگاهانه و به دلیل اینکه نهاد مرخصی زندانیان را یک نهاد ارفاقی یا صرفاً ارفاقی ندانسته، از متن مقرر حذف کرده است.

اما حذف معافیت از متن تبصره ماده واحده الحاقی دلیل دیگری دارد. توضیح اینکه مطابق ماده ۳۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲:

«در جرائم تعزیری درجه‌های هفت و هشت در صورت احراز جهات تخفیف، چنانچه دادگاه پس از احراز مجرمیت، تشخیص دهد که با عدم اجرای مجازات نیز مرتکب اصلاح می‌شود در صورت فقدان سابقه کیفری مؤثر و گذشت شاکی و جبران ضرر و زیان یا برقراری ترتیبات جبران آن می‌تواند حکم به معافیت از کیفر صادر کند».

بنابراین یکی از شرایط اساسی بهره‌مندی محکوم‌علیه از معافیت کیفری آن است که جرم ارتكابی از جرائم تعزیری و دارای درجه هفت یا هشت باشد که مطابق ماده ۱۹ آن قانون، میزان حبس آن بیش از شش ماه نمی‌تواند باشد، و این یعنی حتی اگر مجازات قانونی جرم مرتکب، شش ماه و یک روز باشد، امکان اعمال معافیت از کیفر درباره او وجود ندارد تا چه رسد به اینکه اراده مقنن در تبصره ماده واحده الحاقی بر این قرار گرفته که شدت عمل خود را نسبت به مجرمانی اعمال کند که مجازات حبس ایشان بیش از پنج سال است. به بیان دیگر، امکان اعمال معافیت از کیفر درباره مجرمان موضوع تبصره ماده واحده الحاقی، سالبه به انتفاع موضوع است و از این رو، حذف عبارت معافیت از متن تبصره یادشده نیز کاملاً آگاهانه و منطقی بوده است.

### ۳-۵. افزودن «تعلیق اجرای مجازات» به متن تبصره

سرانجام، آخرین دلیلی که در اینجا می‌توان بیان کرد، ادراکات عقلی است که از تأمل بر دلایل افزودن عبارت «تعلیق اجرای مجازات» به متن تبصره برای انسان حاصل می‌گردد. اینکه چرا این عبارت در پیش‌نویس طرح الحاقی یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر که در سال ۱۳۹۵ به مجلس شورای اسلامی ارائه شد، وجود نداشت، معلوم نیست؛ اما اینکه چرا نمایندگان مجلس شورای اسلامی، آن را به تبصره ماده واحده الحاقی افزوده و پیش از عبارت «آزادی مشروط» آوردند، با اندکی تأمل و در نظر گرفتن دیگر تغییرات و اصلاحات مقرر قابل درک است.

چنان که پیش از این گفته شد، تبصره ماده واحده الحاقی در پیش‌نویس طرح مقرر می‌داشت:

«در مورد جرائم موضوع این قانون که حبس بیش از دو سال دارد، مرتکب الزاماً باید حداقل مجازات قانونی را طی کند و کمتر از این مدت به جز تبصره ماده ۳۸ این قانون، مشمول معافیت، تخفیف، تبدیل، آزادی مشروط، مرخصی از زندان و سایر نهادهای ارفاقی نخواهد شد. در صورتی که حکم به مجازات بیش از حداقل مجازات قانونی باشد، دادگاه می‌تواند بخشی از مجازات حبس را پس از گذراندن حداقل مجازات قانونی به مدت ده تا پانزده سال تعلیق کند. این قانون شامل دارندگان محکومیت قطعی فعلی نیز می‌شود».

با توجه به عبارت صدر متن پیشنهادی و تصریح آن به الزام به تحمل حداقل مجازات قانونی در کنار واژه‌های معافیت، تخفیف، تبدیل، آزادی مشروط و مرخصی از زندان، تردیدی وجود نداشت که از نظر تهیه‌کنندگان پیش‌نویس طرح، منظور از «سایر نهادهای ارفاقی» در آن مقرر، هر گونه نهادی بود که مرتکب جرم را از تحمل تمام یا بخشی از مجازات می‌رهاند یا به نوعی کیفر او را کاهش می‌داد و از این رو، تعلیق اجرای مجازات نیز مشمول آن می‌بود.

اما بعد از آنکه قانون‌گذار برای پرهیز از افراط در حبس‌گرایی و آثار و عواقب ناگوار آن تصمیم گرفت از اصرار بر الزام به تحمل حداقل مجازات قانونی و سلب اختیار تخفیف مجازات از قضات دست کشیده و حتی معیار میزان حبس را نیز به جای ۲ سال به ۵ سال افزایش دهد، عبارات «مرتکب الزاماً باید حداقل مجازات قانونی را طی کند»، «معافیت»، «تخفیف»، «تبدیل» و «مرخصی از زندان» از تبصره ماده واحده قانونی حذف گردید و عبارت «تعلیق اجرای مجازات» افزوده شد.

بنابراین چنین تغییر و تحولی به لحاظ منطقی، دست کم می‌تواند دو دلیل داشته باشد: دلیل نخست اینکه مقنن با تصریح به تعلیق اجرای مجازات در صدد بوده است تا به یکی از گریزگاه‌های رایج مرتکبان جرائم مواد مخدر و روانگردان تصریح کرده، به منتقدان طرح الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر - که از جهت کاهش موارد اعدام به این طرح ایراد کرده و آن را موجب افزایش جرائم مواد مخدر و روانگردان می‌دانستند - اطمینان دهد که این طرح با تشدید مقررات ناظر به کیفر حبس، آثار منفی کاهش کیفر اعدام را خنثی خواهد کرد.

اما دومین دلیل که در پژوهش حاضر دارای اهمیت بیشتری است، این است که مقنن با حذف عبارات «مرتکب الزاماً باید حداقل مجازات قانونی را طی کند»، «معافیت»، «تخفیف»، «تبدیل» و «مرخصی از زندان» از یکسو، و تصریح به یکی دیگر از مصادیق نهادهای ارفاقی (تعلیق اجرای مجازات)، خواسته است مقصود خود از نهادهای ارفاقی را شفاف‌تر کند.

به عبارت دیگر، افزودن عبارت تعلیق اجرای مجازات پیش از عبارت آزادی مشروط در تبصره مقررده یادشده بدین معناست که مقصود مقنن از «سایر نهادهای ارفاقی» در تبصره ماده واحده الحاقی، نهادهایی است که مربوط به مرحله اجرای مجازات است، نه نهادهایی همچون تخفیف و تبدیل مجازات که هنگام تعیین مجازات به کار می‌رود. بر این اساس، عبارت «سایر نهادهای ارفاقی» علاوه بر آنچه در تبصره مذکور آمده، شامل مواردی از قبیل «نظام نیمه‌آزادی» یا «قرار گرفتن تحت سامانه‌های الکترونیکی» است.

از این رو، افزودن عبارت «تعلیق اجرای مجازات» به متن تبصره یادشده، به نوعی حاکی از استحقاق متهم بر تقلیل حداقل مجازات قانونی (در صورت وجود جهات تخفیف) و جواز تخفیف مجازات حبس‌های بیش از ۵ سال در جرائم مواد مخدر و روانگردان و در نتیجه نادرستی ماده ۱۲ بخشنامه است.

#### ۴. مغایرت بخشنامه با اصول و قواعد حقوق کیفری

بخشنامه‌ها به مثابه مقررات فروتقینی در دستگاه‌های دولتی جایگاه قدرتمندی دارند و تنظیم فعالیت‌های اداری در گرو عمل به آن‌هاست و بخشنامه‌های اداری دستگاه قضایی نیز از این قاعده مستثنا نیستند (رستمی، ۱۴۰۰: ۳۱۲). با این همه، بخشنامه‌های قضایی آن دستگاه نیز مانند بخشنامه‌های اداری آن باید به قوانین مصوب مجلس و قانون اساسی پای‌بند بمانند و نمی‌توانند جانشین آن‌ها باشند. با این همه، بخشنامه مورد بررسی از حیث مغایرت با اصول و قواعد حقوق کیفری، از جمله کیفی‌سازی قوانین کیفری، فردی‌سازی مجازات‌ها و تفسیر مضیق قوانین جزایی، محل نقد است.

## ۱-۴. مغایرت با کیفی سازی قوانین کیفری

منظور از کیفی سازی قوانین کیفری این است که قوانین جزایی باید در تعیین جرائم و مجازات آن‌ها، دقیق، منسجم، شفاف، واضح و صریح بوده، به آسانی در دسترس باشند. دیوان اروپایی حقوق بشر نیز کیفی سازی قوانین کیفری را دربردارنده سه معنای «قابلیت دسترسی و دقت»، «صراحت و شفافیت» و «قابلیت پیش‌بینی» دانسته، از آن‌ها به لزوم شفافیت قانون تعبیر می‌کند (موسوی، ۱۳۹۷: ۱).

قطعیت و شفافیت قوانین جزایی، از الزامات اصل قانونمندی و مستلزم آن است که هر یک از جرائم و مجازات‌ها با نهایت صراحت و دقت توسط قانون‌گذار تقنین شود. از این رو، جرم‌انگاری بازبافت و دامنه‌دار و کیفری - اداری شدن، یا به تعبیری آیین‌نامه‌ای شدن پیکره جرم و نهادهای جزایی، از رویگردانی از اصل قانونمندی حکایت دارد (صفاری و همکاران، ۱۴۰۰: ۱۵۷).

اصل قانونی بودن، همان قدر که در تعیین نوع جرم کاربرد دارد، در تعیین نوع و میزان مجازات نیز معتبر است. اصل قانونی بودن مجازات‌ها، همزمان چه برای قانون‌گذار که به تعیین مجازات‌ها می‌پردازد و چه برای دادرس که فقط به موجب قانون می‌تواند حکم مجازات صادر کند و چه برای مجریان که مجازات مورد حکم را اجرا می‌کنند، تکالیفی ایجاد می‌کند (اردبیلی، ۱۴۰۰: ۵۲/۳).

بر این اساس، امروزه جلوه نوینی از اصل قانونمندی یا حاکمیت قانون مطرح شده که بر خلاف دیدگاه‌های قبلی، اساساً خود «قانون» را آماج انتقاد قرار داده، تأکید می‌نماید که صرف اتکاء به قانون برای تضمین حقوق بشر کافی نیست و رسالت قانون‌گذار با تقنین خاتمه نمی‌یابد؛ بلکه کیفی سازی قانون به اندازه وضع قانون دارای اهمیت است و آن مستلزم پرهیز از وضع قوانین خودسرانه و قیوم‌آبانه و پایبندی به اصل شفافیت قانون است (مؤذن‌زادگان و رهدارپور، ۱۳۹۷: ۱۹۴).

کیفی سازی قوانین، مستلزم چهار اصل شفافیت، انسجام، سهولت دسترسی، و اعتماد مشروع است. مورد اخیر در واقع، برآیند سه مورد نخست است و حاکی از اطمینان شهروندان به نظام حقوقی است. همچنین وجه مشترک همه آن چهار اصل،

این است که قوانین برای همه افراد جامعه قابل فهم و قابل استفاده باشد و در عین حال، به آسانی بتوانند به آن‌ها دست یابند (ویژه، ۱۳۹۰: ۱۸۳).

از این رو، جهت گیری توسعه هنجارهای حقوقی باید به سمت رعایت منافع افراد جامعه بوده، شهروندان باید به شیوه‌ای شفاف و ساده از حقوق و تکالیف خود آگاه باشند و بتوانند نتایج اعمال خود را پیش‌بینی کنند. این آرمان با کیفی‌سازی قوانین محقق شده، با تضمین آزادی‌های مشروع و قطعیت هنجارهای حقوقی، اعتماد و اطمینان به نظام حقوقی را به ارمغان می‌آورد.

در ادبیات حقوقی، «قطعیت قانون» و «اصل آزادی» به عنوان مبانی کیفی‌سازی قوانین مطرح شده است (دریجانی و همکاران، ۱۳۹۹: ۱۷۹؛ ربانی و همکاران، ۱۳۹۷: ۳۶۰). منظور از قطعیت قانون این است که به جز نهاد قانون‌گذاری هر جامعه که مطابق قانون اساسی آن جامعه، حق وضع قواعد حقوقی را دارد، سایر نهادهای حاکم در جامعه چنین حقی را ندارند و باید از شهروندان درباره آنچه به نام قانون از سوی چنان نهادهایی وضع می‌شود، حمایت کرد. اصل آزادی نیز از حقوق اولیه هر فرد انسانی است که مورد تأکید اسناد بین‌المللی مربوط به حقوق بشر و نیز قوانین اساسی کشورهای مختلف از جمله ایران است. اصل آزادی اقتضا دارد که همواره به عنوان یک اصل باقی بماند و تنها در صورت ضرورت باید محدود شود و استثناهایی بر آن وارد شود (مؤذن‌زادگان و رهدارپور، ۱۳۹۷: ۱۹۴).

بنابراین اگر نهادهای مختلف حاکمیتی در جامعه، هر یک از جهتی قاعده‌ای را برخلاف اصل آزادی وضع کنند و رفته رفته قلمرو آن را محدود و محدودتر نمایند، و یا حتی خود قانون‌گذار جامعه با وضع قوانین غیر دقیق و مبهم و با استعمال الفاظ غامض و کلی، راه را برای تفسیرهای گوناگون و توسعه مدلول قانون باز گذارد، قانون فاقد کیفیت و شفافیت لازم بوده و در واقع، کیفی‌سازی قوانین محقق نشده است.

با توجه به آنچه گفته شد، کیفی‌سازی در امور جزایی در قالب اصل شفافیت قانون تجلی می‌یابد و تأکید آن بیش از هر چیز بر لزوم پرهیز از قانون‌گذاری‌های مبهم، مجمل، ناقص و استفاده از الفاظ بحث‌انگیز و دو یا چندپهلوسست. به علاوه، کیفی‌سازی قوانین در ارتباط با امور جزایی مستلزم آن است که مراجع قضایی و اجرایی



در مقام اجرای قانون، خود را هم عرض مقنن تلقی نکرده، از وضع قواعدی که موجب تحدید آزادی شهروندان است و قانون درباره آن صراحتی ندارد، پرهیزند و به جای آن، پایبند به مراد مقنن بوده، از سیاست‌گذاری‌هایی که با مقصود مقنن مغایرت دارد، پرهیز کرده، سبب بروز تفسیرهای گوناگون و موجب تبعیض و تضییع حقوق شهروندان نشوند.

حال با عنایت به مفهوم و الزامات ناشی از اصل کیفی‌سازی قوانین، بخشنامه مورد بررسی از چند جهت محل ایراد و اشکال است. مهم‌ترین ایراد آن است که بخشنامه یادشده، از سوی مقام و نهادهی غیر از نهاد قانون‌گذاری صادر شده و در حوزه‌ای که قانون، آزادی عمل و اختیار به قضات داده، به وضع قاعده پرداخته و با تحدید اختیارات قضایی، عملاً آزادی مردم را نیز تحدید کرده است. ایراد دیگر این است که این تحدید آزادی بر خلاف اصل کیفی‌سازی قوانین، از سوی مقام و نهادهی به عمل آمده که نماد دفاع از آزادی‌های فردی است.

و بالاخره اشکال دیگری که وجود دارد آن است که این اقدام (وضع ماده ۱۲ بخشنامه) که در مغایرت آشکار با ماده ۳۸ و تبصره ماده ۴۵ قانون مبارزه با مواد مخدر و روانگردان است، بر خلاف اصل شفافیت قوانین کیفری، موجبات ابهام در قلمرو اختیارات قضایی در حوزه تخفیف مجازات را فراهم کرده، سبب تشتت آراء قضایی و اختلاف نظر محاکم و به دنبال آن تزلزل در اصل تساوی افراد در برابر قانون شده است.

#### ۲-۴. مغایرت با فردی‌سازی مجازات‌ها

اگرچه از بحثی که در قسمت پیشین درباره مبانی شرعی تعیین مجازات تعزیری مطرح شد، مغایرت بخشنامه با قاعده تفرید یا فردی‌سازی مجازات‌ها نیز قابل استنباط است، اما چون این قاعده در حقوق کیفری به عنوان یک قاعده مستقل مطرح و بر آن تأکید شده، در اینجا به طور جداگانه مطرح می‌شود و مغایرت بخشنامه مورد بررسی با آن تبیین می‌گردد.

دستاوردهای رشته‌های علمی چون پزشکی، زیست‌شناسی، روان‌شناسی، جامعه‌شناسی و روان‌پزشکی نشان داده است که افراد از نظر افکار، نگرش‌ها و ویژگی‌های روانی از

یکدیگر متمایزند و با توجه به اختلاف‌های عمیق میان ایشان، نمی‌توان برای همه بزهکاران، یک نوع مجازات و یا یک نوع اقدام تأمینی در نظر گرفت. در واقع، کیفر یا اقدام تأمینی که ممکن است موجب اصلاح یک بزهکار شود، می‌تواند در بزهکار دیگر هیچ اثری نداشته یا حداکثر تأثیر کمی داشته باشد. به همین جهت، فردی‌سازی مجازات‌ها مدت‌هاست که مورد توجه دانشمندان حقوق و علوم جنایی قرار گرفته است (احمدی ابروی، ۱۳۷۷: ۱۵۱).

سیاست فردی کردن مجازات به ویژه در مواردی که کیفرهای ثابت، تعیین میزان مجازات مناسب را دشوار می‌سازد، ایجاب می‌کند که قاضی در این گونه موارد، ابزاری در اختیار داشته باشد تا به این مقصود برسد، و کیفیات مخفف از جمله این ابزارهاست که قاضی با استفاده از آن می‌تواند مجازات را با شخصیت بزهکار منطبق کرده، عدالت را با عنایت به افکار عمومی اجرا کند (اردبیلی، ۱۴۰۰: ۱۴۵/۳).

چنان که برخی از پژوهشگران نیز نوشته‌اند:

«اصل تناسب مجازات با مجرم که از آن به اصل فردی کردن مجازات‌ها یا تفرید مجازات‌ها نیز یاد می‌شود، بیانگر تکامل حقوق جزا در تعیین مجازات متناسب است. تفرید مجازات‌ها ناشی از تحول حقوق کیفری، در مسیر توجه به فاعل عمل مجرمانه و شخصیت اوست. آنچه مسلم است اینکه فردی ساختن کیفر، به طور قطعی هنگامی ایجاد شد که مقرر گشت در حکم قاضی بدان اشاره شود؛ یعنی قاضی مختار باشد بر اساس ویژگی‌های شخص بزهکار، کیفر را تشدید کند یا تخفیف دهد، به نحوی که اجرای عدالت منصفانه‌تر بوده و همراه با ترمیم و جبران خسارت باشد» (یزدیان جعفری، ۱۳۹۸: ۲۸۹-۲۹۲).

به باور حقوق‌دانان، فردی‌سازی واکنش‌های جزایی و تعیین مجازات متناسب با جرم، خواه از سوی قانون‌گذار و خواه از سوی دادرس دادگاه، که امر دقیق و مهمی است و از راهکارهای دستیابی به عدالت کیفری است، در سطوح مختلف قانون‌گذاری، قضایی و اجرایی قابل تحلیل است (آقایی جنت‌مکان، ۱۳۹۷: ۱۹۴/۲).

تفرید یا فردی‌سازی مجازات‌ها در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران نیز مورد توجه جدی قانون‌گذار بوده است؛ زیرا چنان که پیش از این نیز گفته شد، مقنن

دست کم در مواد ۱۸ و ۳۸ قانون مجازات اسلامی، صریحاً از لزوم توجه قاضی به برخی معیارها در تعیین جنس و میزان مجازات سخن به میان آورده است. در واقع، یکی از سازوکارهای مهم اجرایی کردن ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی، نهاد تخفیف مجازات است که در مقررات عمومی آن در مواد ۳۷ و ۳۸ قانون مجازات اسلامی پیش‌بینی شده است.

بی‌تردید تحقق قاعده فردی‌سازی مستلزم آن است که قاضی در هر پرونده، واکنش جزایی را با شخصیت، سن و جنسیت مرتکب یا مرتکبان و با وضعیت اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی ایشان متناسب کند و چنان که ملاحظه می‌شود، قانون‌گذار به درستی در این مقرر، معیارهای متعددی را پیش‌بینی کرده که تعیین مجازات متناسب بدون توجه به آن‌ها ممکن نیست و در نظر گرفتن همه آن‌ها به هنگام تعیین جنس و میزان مجازات تعزیری ضروری است.

البته از آنجا که مبسوط‌الید بودن قاضی به نحو مطلق، خود موجب برخی مفاسد بوده، محدودراتی را به دنبال دارد، ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی کوشش نموده تا با تعیین چارچوب‌هایی برای تخفیف، این نهاد را ضابطه‌مند ساخته و مصالح عمومی را با مصالح فردی آشتی دهد.

به این ترتیب، تلاش قانون‌گذار بر این بوده تا با وضع مقررات ناظر به تخفیف مجازات‌های تعزیری، تا حد امکان از معایب اعمال مجازات‌های ثابت از پیش تعیین شده برای مجرمانی که هر کدام تفاوت‌های زیادی با یکدیگر دارند، اجتناب کرده، به قاعده فردی‌سازی جامه عمل بپوشانند. بر اساس مقررات یادشده، قاضی این توانایی را دارد که در راستای قاعده فردی‌سازی، در هر پرونده، واکنش جزایی را با شخصیت، سن و جنسیت مرتکب یا مرتکبان و با وضعیت اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی ایشان متناسب کرده، مجازاتی را معین نماید که احتمال بیشتری دارد موجب اصلاح ایشان و پیشگیری از تکرار جرم گردد.

بدیهی است که ایجاد محدودیت و یا ممنوعیت برای قاضی در زمینه به کارگیری نهاد تخفیف مجازات، معنایی جز تعطیلی قاعده فردی‌سازی مجازات‌ها ندارد؛ زیرا با ممنوع یا محدود شدن قاضی از اعمال جهات تخفیف، مجازات‌ها بر اساس

مجازات‌های قانونی تعیین می‌شوند که آن‌ها نیز به نوبه خود نوعاً بر اساس معیار شدت جرم تعیین شده‌اند و در نتیجه آن، سایر معیارها از قبیل وضعیت روانی، اجتماعی، خانوادگی، مالی و... به حاشیه رفته، مجازات‌ها تک‌بُعدی می‌شوند. نتیجه این امر نیز چیزی جز شدت گرایانه و سختگیرانه شدن سیاست کیفری نخواهد بود که امروزه تحت تأثیر یافته‌های جرم‌شناختی و کیفرشناختی، به شدت مورد انتقاد بوده، کارآمدی آن در پیشگیری از بزهکاری جداً مورد تردید است.

حال اگر این وضعیت (تعطیل شدن قاعده فردی‌سازی) در مواردی باشد که نتیجه آن، اعمال مجازات حبس یا افزایش مدت آن باشد، نتایج خطرناک و آثار زیانبار آن برای فرد و جامعه دوچندان است؛ زیرا کیفر حبس به خصوص در شرایط کنونی جامعه ما، واجد مفاسد بسیاری است که تا حد امکان باید از آن پرهیز شود یا به تعبیر اسناد بین‌المللی به عنوان آخرین راه حل استفاده شود (امیرارجمند، ۱۳۸۶: ۳۶۴) و به لحاظ شدت ذاتی حبس و مفاسد تبعی آن، برای بسیاری از مجرمان مناسب نبوده و حتی ممکن است در زمینه اصلاح آن‌ها اثر معکوس داشته باشد.

این همه در حالی است که بخشنامه این مهم را نادیده گرفته و با ممنوع کردن قاضی از اعمال جهات تخفیف، قاعده فردی‌سازی را نقض کرده است. آنچه این نقض فاحش را خطرناک‌تر می‌سازد، آن است که این ممنوعیت درباره مجازات حبس در مورد جرائم مواد مخدر و روانگردان است که از یکسو، حدود نیمی از جمعیت کیفری زندان‌ها را تشکیل می‌دهد و از سوی دیگر، تعداد بزهکاران اتفاقی و غیر خطرناک که استحقاق کیفر حبس را ندارند، در میان این قبیل از محکومان کم نیست.

#### ۴-۳. مغایرت با تفسیر مضیق قوانین جزایی

در این قسمت، بخشنامه از حیث مغایرت با قاعده تفسیر مضیق قوانین جزایی مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد. برخی نویسندگان قاعده تفسیر مضیق قوانین جزایی را از نتایج اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها دانسته و برخی به عنوان موضوعی مستقل شناسایی کرده‌اند؛ اما به هر حال، همه نویسندگان در اهمیت این قاعده و لزوم تمسک به آن در موارد تردید تأکید کرده‌اند. در ادامه، ابتدا توضیح مختصری درباره این قاعده

ارائه می‌شود و سپس ماده ۱۲ بخشنامه یادشده، بر اساس آن بررسی و نقد می‌شود. یکی از قواعد مشهور و کاربردی حقوق کیفری، قاعده تفسیر مضیق قوانین جزایی است. برخی حقوق‌دانان در تبیین این قاعده گفته‌اند:

«قضات کیفری باید متن قانونی را به طور محدود یا مضیق تفسیر کنند و حق تفسیر موسع آن را ندارند. این اصل به عنوان تفسیر مضیق قوانین جزایی شناخته شده است» (نوربها، ۱۳۹۷: ۸۹).

همچنین برخی با تفصیل بیشتر به تبیین این قاعده پرداخته، نوشته‌اند: «اصل در تفسیر قوانین جزایی آن است که مضیق و محدود به منطوق صریح قانون باشد و این امر همان گونه که اشاره شد، نتیجه منطقی اصل قانونی بودن جرائم است؛ زیرا اگر قاضی بتواند با تفسیر موسع، مواردی را که صریحاً در قانون پیش‌بینی نشده، مورد مجازات قرار دهد، لازم می‌آید عملی که مستقیماً مورد حکم قانون قرار نداشته، مجازات گردد» (صانعی، ۱۳۸۸: ۱۲۰/۱).

تفسیر وسیع قوانین جزایی، به طوری که از حدود مقاصد مقنن فراتر رفته و در صدد ارائه تفسیری متناسب با تحولات اجتماعی باشد، به معنای پذیرش اختیار قضات کیفری در تعیین مجدد اوصاف مجرمانه و تعیین دوباره مجازات قابل اعمال برای جرائم است که دو اشکال بزرگ را به همراه دارد: یکی اینکه آزادی فردی تهدید می‌شود و بیم آن می‌رود که قاضی تحت تأثیر موارد خاص قرار گرفته، از روی خودسری و استبداد حقوق فردی را محدود سازد و مشقتی غیر قانونی را فراهم آورد؛ دوم آنکه قطعیت تفسیر قضایی تا مرحله‌ای که به صورت رویه قضایی بیرون آید، به زودی امکان‌پذیر نیست و در طول این مدت، افراد جامعه در مورد اعمالی که احتمالاً مشمول تفسیر قضایی می‌شود، در بلاتکلیفی به سر می‌برند که موجب می‌شود وصف عمل در زمان ارتکاب معلوم نباشد و در عین حال، ارتکاب آن عمل در دوره بلاتکلیفی قابل مجازات باشد (باهری، ۱۳۹۹: ۱۴۳-۱۴۴؛ گلدوزیان، ۱۳۹۸: ۹۹).

به همین دلیل است که یکی از پیشگامان مکتب کلاسیک در اثر مشهور خود -رساله جرائم و مجازات‌ها- در این باره چنین می‌نویسد:

«در باره هر جرم، قاضی باید به تشکیل یک قیاس کامل مبادرت کند؛ کبرای این قیاس قانون کلی، و صغرای آن باید مطابقت یا مغایرت عمل با قانون باشد و نتیجه هم برائت یا کیفر متهم. وقتی قاضی مجبور شد یا خواست به قیاس دومی دست زند، روزنه شک و تردید گشوده خواهد شد. هیچ چیز خطرناک‌تر از این اصل متبع و عام نیست که روح قانون باید به مشورت خواننده شود. قبول این اصل، ایجاد شکاف در برابر سیل آراء گوناگون است» (بکاریا، ۱۴۰۰: ۴۶-۴۷).

تردید نیست که تبصره ماده واحده الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶ در زمره قوانین جزایی است و از این رو، قاعده تفسیر مضیق نیز شامل آن می‌گردد. بنابراین اگر همه آنچه پیش از این درباره عدم ممنوعیت تعیین مجازات کمتر از حداقل قانونی گفته شد، پذیرفته نشود، دست کم استدلال‌های یادشده این اثر را دارد که در بحث ممنوعیت یا جواز تعیین مجازات کمتر از حداقل قانونی موضوع تبصره ماده واحده الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶، تردیدهای جدی و قابل اعتنایی را مطرح می‌سازد که تنها راه برون‌رفت از آن‌ها، توسل به قاعده تفسیر مضیق قوانین جزایی خواهد بود.

بنابراین اگر با توجه به سابقه تقنینی تبصره ماده واحده الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶ و یا نحوه نگارش آن، به خصوص قید «سایر نهادهای ارفاقی»، این سؤال مطرح شود که آیا در خصوص مجازات‌های حبس بیش از ۵ سال، قاضی دادگاه می‌تواند در صورت وجود جهات تخفیف مجازات، حبس را به کمتر از حداقل قانونی تخفیف دهد یا خیر؟ مقتضای تفسیر مضیق آن است که عبارت «سایر نهادهای ارفاقی» به طور موسع و اعم از تخفیف و تبدیل تفسیر نشود؛ بلکه به نحو مضیق تفسیر شده، فقط شامل نهادهایی باشد که مربوط به مرحله اجرای حکم است؛ یعنی نهادهایی مانند آزادی مشروط و تعلیق اجرای مجازات که در تبصره یادشده بدان‌ها تصریح شده، یا نظام نیمه‌آزادی یا مراقبت الکترونیکی که بدان‌ها تصریح نشده، اما با نهادهای مصرح (آزادی مشروط و تعلیق اجرای مجازات) از این حیث که مربوط به مرحله اجرای حکم هستند، سنخیت دارند.

به دیگر سخن، اقتضای قاعده تفسیر مضیق قوانین جزایی این است که تبصره

ماده واحده الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶ به گونه‌ای تفسیر نشود که ممنوعیت ناشی از آن، شامل نهادهای جزایی مربوط به مرحله گزینش واکنش جزایی متناسب (مرحله تعیین مجازات تعزیری) به ویژه تخفیف مجازات گردد.

## نتیجه‌گیری

از امور بدیهی و از جمله ساده‌ترین انتظارات مردمی از دستگاه قضایی یک کشور، احترام به قانون و پاسداری از حقوق مردم - و از جمله ایشان، متهمان و محکومان - است. از این رو، صدور بخشنامه‌ها، دستورالعمل‌ها یا آیین‌نامه‌هایی که این مهم در تنظیم و تدوین و تصویب آن‌ها رعایت نشده باشد، از سوی دستگاهی که وظیفه ذاتی آن پاسداری از قانون، حمایت از مظلومان و اجرای حق و عدالت است، موجب وهن آن دستگاه در انظار عمومی و بی‌اعتمادی مردم به کارآمدی آن است.

در سالیان اخیر، گرایش به اداره امور با صدور بخشنامه‌های متنوع و متعدد و به تعبیر برخی نویسندگان، آیین‌نامه‌ای شدن حقوق کیفری، در قوه قضاییه رو به فزونی نهاده است، که این رویکرد نامطلوب، چنان که در متن تحقیق اثبات گردید، از جهات گوناگونی همچون تعرض به صلاحیت ویژه قانون‌گذار، مغایرت با اصول حقوقی مانند کیفی‌سازی قوانین کیفری و شفافیت قوانین جزایی محل اشکال بوده، در عمل زمینه استبداد نهادهای قضایی و اجرایی و تحدید و تضییع حقوق و آزادی‌های افراد جامعه را فراهم می‌کند. این امر همچنین، تشتت آراء قضایی و اختلاف رویه محاکم را به دنبال داشته، هزینه‌های مادی و معنوی هنگفتی را بر دستگاه قضایی و بودجه عمومی تحمیل می‌نماید و آن را در سستی فرو برده، از پرداختن به اولویت‌ها باز می‌دارد.

ماده ۱۲ بخشنامه صادره از ریاست وقت قوه قضاییه، از مقرراتی است که در تنظیم و تدوین و تصویب آن به قدر کافی دقت نشده و در نتیجه، از اواخر سال ۱۳۹۶ تا کنون بر خلاف اصول و قواعد حقوق کیفری و بدون توجه به یافته‌های علوم جرم‌شناسی و کیفرشناسی، رویه سختگیرانه و نامعقولی در زمینه جرائم مواد مخدر و روانگردان که مجازات قانونی آن‌ها بیش از ۵ سال حبس است، ایجاد شده است.

بررسی‌های به عمل آمده در این پژوهش نشان می‌دهد که ماده ۱۲ بخشنامه پیش‌گفته

که قضات محاکم انقلاب را از اعمال جهات تخفیف و تعیین مجازات کمتر از حداقل مجازات قانونی جرم ممنوع کرده، به دلایل زیر لازم‌الاجرا نبوده و شایسته ابطال است:

- مغایرت با تبصره ماده واحده قانون الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶؛

- مغایرت با ماده ۳۸ قانون مبارزه با مواد مخدر و روانگردان اصلاحی ۱۳۸۹؛

- نقض صلاحیت ویژه قوه مقننه مبنی بر صلاحیت تقنین در حوزه جرائم و مجازات‌ها؛

- تحدید آزادی افراد در قلمروی که مقررات فوق‌الذکر اختیار تحدید آن را به مقامات قضایی واگذار کرده است؛

- نقض قاعده فردی‌سازی مجازات‌ها از راه تحدید اختیارات قضایی و سلب اختیار تخفیف از ایشان؛

- مغایرت با ادراکات عقلی ناشی از بررسی فرایند تصویب ماده واحده الحاقی در مجلس شورای اسلامی.

در اینجا تأکید بر این نکته ضروری است که وجود عبارات تخفیف و الزام به تعیین حداقل در پیش‌نویس طرح و متون اولیه قانون، هیچ دلالتی بر لزوم پابندی به آن در شرایط کنونی ندارد؛ زیرا پابندی به آن تنها در این صورت موجه است که آن الزامات و ممنوعیت‌ها به نوعی در قانون فعلی ملحوظ بوده و در تقدیر گرفته شوند و قانون به طور ضمنی بر آن‌ها دلالت داشته باشد و یا نبود آن‌ها در قانون فعلی، حمل بر اشتباه مقنن و تضاد یا تسامح باشد. در حالی که بر اساس استدلال‌های گذشته، هیچ کدام از این توجیحات قابل قبول نیست و مقنن هر یک از عبارات را آگاهانه و هدفمند حذف کرده و حذف آن‌ها در هر مورد بنا به دلایلی عمدتاً معقول و موجه بوده است.

همچنین بنا به دلایلی که در متن تحقیق گذشت، به ویژه دلالت ظاهری تبصره ماده واحده قانون الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶، دلالت‌های التزامی ناشی از بررسی سیر تقنین آن مقرر و یا دست کم به اقتضای تفسیر مضیق قوانین جزایی و با حاکمیت قاعده درء، عبارت «نهادهای ارفاقی» مذکور در متن تبصره ماده واحده قانون الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶ را نیز نمی‌توان به معنایی اعم از تخفیف که نتیجه آن الزامی بودن تحمل حداقل مجازات



قانونی و سلب اختیار از دادگاه بر تخفیف کیفر است، تفسیر کرد؛ بلکه آن عبارت حداکثر بر نهادهای جزایی مربوط به مرحله اجرای حکم مانند نظام نیمه‌آزادی و مراقبت الکترونیکی قابل تفسیر است.

با عنایت به آنچه گفته شد، پیشنهادهای زیر در خور توجه است:

نخستین پیشنهادی که می‌توان مطرح کرد این است که دیوان عدالت اداری به عنوان تنها مرجع قضایی ابطال بخشنامه‌های اداری، ماده ۱۲ بخشنامه شماره ۹۰۰۰/۴۸۲۴۴/۱۰۰ مورخ ۱۳۹۶/۱۰/۱۷ را به دلیل مغایرت آن با قوانین و اینکه مرجع تصویب با نقض صلاحیت ویژه مقنن، مقررهای را خارج از حدود اختیارات خویش وضع نموده، ابطال نماید. اما با توجه به قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۰/۰۹/۲۲، این پیشنهاد قابل اجرا نیست؛ زیرا مطابق تبصره ماده ۱۲ آن قانون، آیین‌نامه‌ها، بخشنامه‌ها و تصمیمات رئیس قوه قضاییه از شمول صلاحیت دیوان خارج است.<sup>۱</sup> به این ترتیب، به عنوان یک راهکار دیگر می‌توان از آن بخشنامه نزد کمیسیون اصل ۹۰ قانون اساسی مجلس شورای اسلامی شکایت کرد یا از خود رئیس قوه قضاییه، الغاء آن را تقاضا نمود.

همچنین پیشنهاد می‌شود تا زمانی که ماده ۱۲ بخشنامه رسماً ابطال یا نسخ یا الغاء نشده، قضات محاکم انقلاب بر اساس تکلیف مقرر در اصل ۱۷۰ قانون اساسی، از اجرای آن قسمت از مقرر مزبور که مخالف قوانین بوده و خارج از حدود اختیارات مرجع تصویب وضع شده، خودداری کنند.

۱. از آنچه گفته شد، درستی دیدگاه آن دسته از منتقدان تبصره ماده ۱۲ قانون دیوان عدالت اداری آشکار می‌گردد؛ زیرا در مواردی که با نقض صلاحیت ویژه مقنن، از سوی رئیس قوه قضاییه بخشنامه‌ای مخالف با قانون صادر شود، مرجعی برای ابطال آن وجود ندارد و به این صورت، بر خلاف اصول حقوق عمومی و اداری، بخشنامه در جایگاهی فراتر از قانون قرار می‌گیرد. هرچند می‌توان از چنین بخشنامه‌هایی نزد کمیسیون اصل ۹۰ قانون اساسی مجلس شورای اسلامی شکایت، یا نزد خود رئیس قوه اعتراض کرد، اما به دلیل مرجع قضایی نبودن کمیسیون مزبور و نداشتن تخصص لازم و نیز به دلیل ذینفع بودن رئیس قوه قضاییه در نتیجه دعوی، به نظر نمی‌رسد که چنین سازوکارهایی در عمل ثمربخش باشد.

### کتاب‌شناسی

۱. آقایی جنت‌مکان، حسین، حقوق کیفری عمومی، تهران، جنگل جاودانه، ۱۳۹۷ ش.
۲. آنسل، مارک، دفاع اجتماعی، ترجمه محمد آشوری و علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۵ ش.
۳. احمدی ابهری، سیدمحمدعلی، اسلام و دفاع اجتماعی، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۷ ش.
۴. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، تهران، میزان، ۱۴۰۰ ش.
۵. استوارسنگری، کورش، «مفهوم دولت در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، نشریه حقوق اساسی، سال ششم، شماره ۱۱، تابستان ۱۳۸۸ ش.
۶. امید، جلیل، تفسیر قانون در حقوق جزا، تهران، مخاطب، ۱۳۹۴ ش.
۷. امیرارجمند، اردشیر، مجموعه اسناد بین‌المللی حقوق بشر، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۶ ش.
۸. انصاری، ولی‌الله، کلیات حقوق اداری، تهران، میزان، ۱۳۹۷ ش.
۹. باهری، محمد، نگرشی بر حقوق جزای عمومی، تهران، مجد، ۱۳۹۹ ش.
۱۰. بکاریا، سزار، رساله جرائم و مجازات‌ها، ترجمه محمدعلی اردبیلی، تهران، میزان، ۱۴۰۰ ش.
۱۱. پژوهشکده حقوق عمومی و بین‌الملل، نظارت قضایی بر اعمال صلاحیت‌های اختیاری، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۲ ش.
۱۲. خلیل‌زاده، ایرج، و میثم حسینی، محشای قانون مبارزه با مواد مخدر، تهران، خرسندیان، ۱۳۹۸ ش.
۱۳. دریجانی، میترا، حمید دلیر، و سیدمهدی احمدی موسوی، «آسیب‌شناسی اصل شفافیت در قلمرو قانون‌گذاری کیفری ایران و ارتباط آن با حکمرانی خوب»، فصلنامه جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال سوم، شماره ۱ (پیاپی ۹)، بهار ۱۳۹۹ ش.
۱۴. ذبحی، حسین، شرح و بررسی ماده ۴۵ الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۹ ش.
۱۵. راسخ، محمد، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، تهران، دراک، ۱۳۹۰ ش.
۱۶. راسخ، محمد، ریحانه کوششکار، و فائزه عامری، وضع مقرر در قوه قضاییه، تهران، دراک، ۱۳۹۴ ش.
۱۷. ربانی، محمد، مهدی هوشیار، و امیرحسین راهگشای، «مبانی و تضمینات اصل قانونمندی دادرسی در نظام کیفری ایران و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر»، فصلنامه تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره ۴۲، زمستان ۱۳۹۷ ش.
۱۸. رستمی، هادی، «سیاست جنایی بخشنامه‌مدار در فرایند دادرسی کیفری»، فصلنامه مجلس و راهبرد، سال بیست و هشتم، شماره ۱۰۸، زمستان ۱۴۰۰ ش.
۱۹. زرشگی، محمد، «مفهوم صلاحیت ویژه قانون‌گذار»، کنفرانس بین‌المللی هزاره سوم و علوم انسانی، ۱۳۹۵ ش.، قابل دسترس در پایگاه مرکز اطلاعات علمی جهاد دانشگاه به نشانی <<https://www.sid.ir/fa/seminar/ViewPaper.aspx?id=22707>>.
۲۰. صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸ ش.
۲۱. صفاری، علی، زینب لکی، و راضیه صابری، «تنزل جایگاه اصل قانونمندی کیفری در پرتو آیین‌نامه‌ای شدن رکن قانونی جرائم»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتاد و پنجم، شماره ۱۱۵، پاییز ۱۴۰۰ ش.
۲۲. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران، سمت، ۱۳۹۹ ش.

۲۳. عباسی، بیژن، *حقوق اداری*، تهران، دادگستر، ۱۴۰۰ ش.
۲۴. علیزاده، علی، «مصاحبه با خبرگزاری ایسنا»، ۱۳۹۶/۸/۱۵، قابل دسترس در خبرگزاری ایسنا به نشانی <<https://www.isna.ir/news/96081508952>>.
۲۵. قیاسی، جلال‌الدین، عادل ساریخانی، و قدرت‌الله خسروشاهی، *مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی (اسلام و حقوق موضوعه)*؛ جلد دوم: ارکان جرم، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۴ ش.
۲۶. کاتوزیان، ناصر، *مقدمه علم حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۴۰۰ ش.
۲۷. گلدوزیان، ایرج، *بایسته‌های حقوق جزای عمومی*، تهران، میزان، ۱۳۹۸ ش.
۲۸. محمودی، جواد، «تأملی بر نظریه تفسیری شورای نگهبان درباره صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری»، *فصلنامه حقوق اساسی*، سال سوم، شماره ۵، زمستان ۱۳۸۴ ش.
۲۹. ملکوتی هنجین، سیدحسین، «تأملی بر تفسیر اصل "خروج از حدود اختیارات قانونی" در دکترین حقوق اداری انگلیس و ایران»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، سال یازدهم، شماره ۴۰، بهار ۱۳۹۳ ش.
۳۰. موسوی، سید رضا، «بررسی اصل شفافیت در حقوق کیفری»، ۱۳۹۷/۹/۱۶، قابل دسترس در وبگاه اعتلای ایران به نشانی <<http://etelayeiran.ir/provinces/10-lorestan/social/1779>>.
۳۱. موسی‌زاده، ابراهیم، *حقوق اداری*، تهران، دادگستر، ۱۳۹۸ ش.
۳۲. موسی‌زاده، رضا، *حقوق اداری (۱-۲)*؛ کلیات و ایران، تهران، میزان، ۱۴۰۰ ش.
۳۳. مؤذن‌زادگان، حسنعلی، و حامد رهدارپور، «اصل شفافیت قانون» و جایگاه آن در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر و حقوق کیفری ایران»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، سال بیست و سوم، شماره ۸۱، بهار ۱۳۹۷ ش.
۳۴. نوربها، رضا، *زمینه حقوق جزای عمومی*، تهران، میزان، ۱۳۹۷ ش.
۳۵. ویژه، محمدرضا، «نظارت مراجع صیانت از قانون اساسی بر تضمین اصل شفافیت قوانین»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، سال دهم، شماره ۱۹، بهار و تابستان ۱۳۹۰ ش.
۳۶. یزدیان جعفری، جعفر، *چرایی و چگونگی مجازات*، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۸ ش.



## کارکردهای اصول راهبردی

### آیین دادرسی کیفری\*

- محمدمهدی ساقیان<sup>۱</sup>
- زهرا اسلامی<sup>۲</sup>

#### چکیده

قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، مواد ۲ تا ۶ را به برخی از اصول راهبردی آیین دادرسی کیفری اختصاص داده است. پیش‌بینی این اصول که معرف استقرار «مدل دادرسی منصفانه» است، باعث گردیده قانون‌گذار از یکسو به تعهد بین‌المللی خویش، ناشی از اسناد بین‌المللی جامعه عمل‌پوشاند و از سوی دیگر به دغدغه جامعه حقوقی به رعایت لوازم دادرسی منصفانه و ارتقاء آن در نهادها و مراحل مختلف فرایند کیفری، پاسخ مثبت دهد. بدین ترتیب، کارکرد مهم این اصول همانا تلطیف و کنترل اقدامات قهرآمیز کنشگران کیفری علیه حقوق و آزادی‌های بنیادین افراد جامعه است. این اصول در تمامی مراحل مختلف آیین دادرسی کیفری، همه مقررات آن و همه مراجع کیفری (عمومی، اختصاصی) و شبه قضایی حکومت دارد. با توجه به اینکه قانون‌گذار سخنی از قلمرو، شرایط و

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۵/۳ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۲/۲۸.

۱. استادیار دانشگاه تهران (نویسنده مسئول) (msaghian@ut.ac.ir).

۲. کارشناس ارشد حقوق بین‌الملل (eslami3040@yahoo.com).

آثار این اصول در هنگام اعمال و اجرای آن‌ها در جریان فرایند کیفری به میان نیاورده، این مقاله بر آن است تا با مطالعه کارکردها و اهمیت این اصول، راهکارهای عملی جهت ارتقاء پیام قانون‌گذار در دو سطح تقنینی و رویه قضایی ارائه دهد.

**واژگان کلیدی:** اصول راهبردی، فرایند کیفری، دادرسی منصفانه، حقوق متهم، حقوق بزه‌دیده، بطلان تصمیمات قضایی، دیوان عالی کشور.

### مقدمه

یکی از مهم‌ترین نوآوری‌های قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، پیش‌بینی برخی از اصول راهبردی آیین دادرسی کیفری در فصل اول از بخش اول و در مواد ۲ تا ۷ آن، ذیل عنوان «تعریف آیین دادرسی کیفری و اصول حاکم بر آن» است. این ماده که مجموعه‌ای از اصول آیین دادرسی (اصل قانونی بودن آیین دادرسی کیفری، اصل ترافعی، اصل تساوی سلاح‌ها، اصل برائت، اصل کرامت انسانی، اصل آگاهی از حقوق و...) را به خود اختصاص داده است، در واقع به دنبال تبیین فلسفه و زیربنای سیاست جنایی شکلی ایران بوده و روح و جهت‌گیری قوانین و مقررات آن را تشکیل می‌دهد (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۶: ۶۰۸).

این اصول راهبر به بیان ژان پرادل:

«اندیشه‌های واجد ارزش و اعتبار قاعده‌مند (هنجاری) هستند که بر اخلاق یا فایده اجتماعی استوار هستند. حال از این اصول، پیامدهای متنوع فنی ناشی می‌شوند که آن‌ها نیز خود، قاعده‌مند (هنجاری) می‌باشند» (Pradel, 2006-2007: 324).

در تعریف دیگر، اصول راهبردی به مجموعه‌ای از قواعد بنیادین دارای ارزش برتر اطلاق می‌شود که پایه و اساس ضروری یک فرایند کیفری مبتنی بر رعایت حقوق اشخاص را تشکیل می‌دهد (Desportes et Lazerges-Cousquer, 2012: 120). سه ویژگی مهم با ثبات بودن، اهمیت داشتن و انعطاف‌پذیر بودن، از سوی نویسندگان برای اصول راهبردی ارائه شده است (Vergès, 2000: 307). برای مطالعه بیشتر ر.ک: باقری‌نژاد، ۱۳۹۴: ۳۷ و بعد؛ تدین و باقری‌نژاد، ۱۳۹۹: ۲۱۹ و بعد). اگرچه این اصول برای اولین بار به طور یکجا در ابتدای قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ پیش‌بینی شده‌اند (برای مطالعه بیشتر ر.ک: آشوری،

۱۳۹۸: ۱۷/۱ و بعد: طهماسبی، ۱۳۹۵: ۵۲/۱ و بعد: خالقی، ۱۳۹۹: رستمی، ۱۳۹۷: ۳۴ و بعد)، اما سابقاً در اسناد بین‌المللی حقوق بشری مانند اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶) و کنوانسیون حقوق کودک که ایران نیز به آنها پیوسته است و همچنین در مقررات فراتقنینی داخلی همچون اصول ۳۲ تا ۳۸ قانون اساسی، مورد شناسایی قرار گرفته‌اند (آشوری، ۱۳۹۷: ۱۸؛ نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۶: ۶۰۸).<sup>۱</sup> به عبارت دیگر، اصول راهبردی کیفری سابقاً در پرتو بین‌المللی - اساسی شدن مورد شناسایی قرار گرفته و آیین دادرسی کیفری را ناگزیر از جذب و دریافت برخی از آنها در میان هنجارهای شکلی خود نموده است (برای مطالعه بیشتر ر.ک: نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۹: ۶۰۸؛ Henrion, 2001: 50).

دسته‌بندی اصول راهبردی در مواد ۲ تا ۶ این قانون، تابع نظم و ترتیب خاصی نیست،<sup>۲</sup>

۱. در مورد مقررات تقنینی می‌توان به تبصره ۲ ماده ۲۱۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری ۱۳۷۸ و بند ۲ ماده واحده قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی ۱۳۸۳ اشاره کرد. اگرچه مبنای پیش‌بینی این اصول، مفاد اسناد بین‌المللی حقوق بشری بوده است، با وجود این به نظر می‌رسد منبع عمده الهام نویسندگان قانون، ماده مقدماتی قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه، مصوب ۱۵ ژوئن ۲۰۰۰ بوده که مجموعه‌ای از اصول دادرسی منصفانه را پیش‌بینی نموده است.

۲. در پهنه حقوق تطبیقی، برای دسته‌بندی اصول راهبردی آیین دادرسی کیفری، معیارهای متعددی از سوی نویسندگان ارائه شده است که تا اندازه‌ای جایگاه و اهمیت این اصول را مشخص می‌نماید. برخی نویسندگان، این اصول را به دو دسته «اصول راهبردی ناظر بر حمایت از جامعه» و «اصول راهبردی ناظر بر حمایت از افراد» تقسیم نموده‌اند. بر اساس این تقسیم‌بندی، در دسته اول، اصل کشف حقیقت و دستیابی به مرتکب جرم به منظور اعمال مجازات قانونی و اصل تسریع در رسیدگی که متضمن اقدامات قضایی لازم در مهلت معقول و مناسب است، قرار می‌گیرد و در دسته دوم، یعنی اصول ناظر بر حمایت از افراد، اصل برائت و اصل حقوق دفاعی مورد توجه قرار گرفته است (Pradel, 2006-2007: 325). برخی دیگر از نویسندگان فرانسوی، بیش از ۲۰ اصل راهبردی را مورد شناسایی قرار داده و آن‌ها را در هفت عنوان جداگانه به شرح زیر طبقه‌بندی نموده‌اند:

اول- اصل برائت: با توجه به اهمیت این اصل باید یک جایگاه مستقل و کامل برای آن در نظر گرفت؛ زیرا اصل برائت، سرچشمه و مبنای سایر اصول راهبردی محسوب شده و شایسته است که آن را در رأس کلیه اصول راهبردی قرار داد.

دوم- اصول راهبردی محوری یا عرضی با اثر و اهمیت عمومی که تنظیم، تدوین و اجرای قواعد آیین دادرسی کیفری را هدایت می‌کنند و عبارت‌اند از: اصل قانونی بودن آیین دادرسی کیفری، اصل تساوی سلاح‌ها، اصل تناسب، اصل کرامت انسانی و ...

اما احترام به اصل یا فرض برائت<sup>۱</sup> و رعایت تضمینات مربوط به یک دادرسی منصفانه<sup>۲</sup> را می‌توان به عنوان دو رویکرد و دیدگاه اصلی قانون‌گذار در این مواد استخراج نمود.

→ سوم- اصول راهبردی ناظر به سازمان‌دهی مراجع کیفری شامل: اصل استقلال مراجع کیفری، اصل حق مراجعه به قضات حرفه‌ای، اصل تعدد قاضی، اصل اختصاصی شدن مراجع کیفری کودکان و نوجوانان، اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق و مقام صدور رأی، اصل بی‌طرفی، اصل دو مرحله‌ای بودن رسیدگی و... چهارم- اصول راهبردی ناظر به دسترسی به مراجع کیفری که عبارت‌اند از: اصل حق دسترسی طرف‌های دعوی به قاضی جهت بررسی درستی اتهام، اصل حق دسترسی به قاضی جهت اعمال اقدامات قهرآمیز، اصل حق برخورداری از مساعدت قضایی و...

پنجم- اصول راهبردی ناظر به الزامات مربوط به جریان فرایند کیفری مانند اصل حق رسیدگی به اتهام در مهلت معقول، اصل حق منع بازداشت فراتر از یک مهلت معقول، اصل حق علنی بودن دادرسی و قاعده منع محاکمه مجدد.

ششم- اصول راهبردی ناظر به رعایت انصاف در فرایند کیفری شامل اصل تساوی سلاح‌ها، اصل ترافعی، اصل رعایت حقوق دفاعی و اصل تضمین حقوق بزه‌دیدگان.

هفتم- اصول راهبردی ناظر به دلیل شامل: اصول مربوط به تحصیل دلیل، اصل مربوط به آزادی دلایل، اصل مشروعیت و قانونی بودن تحصیل دلیل و اصل اقناع وجدانی (برای اطلاعات بیشتر ر.ک: Desportes et Lazerges-Cousquer, 2012: 120).

۱. به موجب این اصل که در ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری پیش‌بینی شده است، متهم درگیر در فرایند کیفری همواره بی‌گناه تلقی می‌شود و دادستان موظف است که اتهام و ادله اتسالی را به اثبات رساند و متهم نیازی به اثبات بی‌گناهی خود ندارد. همچنین در هنگامی که متهم دلایل و یا قرائنی را مبنی بر بی‌گناهی خود ابراز می‌کند، الزامی به اثبات آن‌ها نداشته، بلکه دادستان مکلف است عدم وجود آن‌ها را به اثبات رساند.
۲. در مورد اصولی که منصفانه بودن یک دادرسی را تضمین و تقویت می‌نمایند و در تمامی مراحل فرایند کیفری و مقررات آیین دادرسی کیفری، قابل اعمال هستند، می‌توان اصل برابری سلاح‌ها (ماده ۲)، اصل مهلت معقول دادرسی، حق برخورداری از دادگاه مستقل و بی‌طرف (ماده ۳) اصل تناسب و اصل کرامت انسانی (ماده ۴)، اصل ترافعی و اصل حقوق دفاعی (ماده ۵) و اصل تکلیف کنشگران کیفری به آگاه ساختن حقوق پیش‌بینی شده طرف‌های دعوی در قانون (ماده ۶) را استخراج نمود. البته جای خالی برخی از اصول راهبردی به ویژه اصل مشروعیت تحصیل دلیل، در بین این اصول احساس می‌شود (Vouvray et Giudicelli-Delage, 2001: 435). گفتنی است که نویسندگان قانون آیین دادرسی کیفری در کنار واژه «حقوق دفاعی» از واژه‌های «حقوق طرفین» و «حقوق خود» نیز استفاده کرده‌اند. رعایت حقوق دفاعی که به عنوان یک اصل کلی حقوقی مورد پذیرش قرار گرفته است، در برخی کشورها دارای اعتبار اصول فراتقنینی (اساسی) می‌باشد. برای نمونه، شورای قانون اساسی فرانسه در این خصوص معتقد است: «اصل رعایت حقوق دفاعی متهم، یکی از اصول بنیادین شناسایی شده توسط قوانین جمهوری که مورد تأیید مقدمه قانون اساسی ۱۹۴۶ و مقدمه قانون اساسی ۱۹۵۸ قرار گرفته است، می‌باشد و به ویژه در قلمرو کیفری قابل اعمال و اجرا بوده و از لوازم وجود یک دادرسی عادلانه، منصفانه که توازن بین حقوق طرف‌ها را تضمین می‌کند، محسوب می‌گردد» (تصمیم ۲۸ ژوئیه ۱۹۸۹ شورای قانون اساسی فرانسه. ر.ک: Ambroise-Casterot et Bonfils, 2011: 163 ets.).



افزون بر این، دلایل پیش‌بینی این اصول در ابتدای قانون آیین دادرسی کیفری و قلمرو و آثاری که اجرای آن‌ها به دنبال دارد نیز از سوی تصمیم‌گیرندگان سیاست جنایی روشن نگردیده است و بنابراین پرسش‌های فراوانی در خصوص تصویب این اصول در ابتدای قانون آیین دادرسی کیفری مطرح می‌شود: چه دلیلی باعث تصویب اصول راهبردی در ابتدای قانون و نه در سایر مواد آن بوده است؟ آیا این اصول، ارزش حقوقی فراتر از سایر مقررات آیین دادرسی کیفری دارند؟ این اصول چه کارکرد (سودمندی و فایده) و رسالتی را در بطن آیین دادرسی کیفری بر عهده دارند؟ آیا قانون‌گذار با تصویب این اصول به دنبال کنترل و بازدارندگی از سوءاستفاده و اقدامات کنشگران عدالت کیفری است که به بهانه حفظ نظم و مبارزه با بزهکاری، حقوق و آزادی‌های فردی اشخاص را تضییع می‌نمایند؟ نقش رویه قضایی در خصوص نظارت بر رعایت تشریفات دادرسی منصفانه در طول فرایند کیفری از گذر استناد به این اصول چیست؟ آیا سیاست جنایی شکلی قضایی با گفتمان سیاست جنایی قانون‌گذار در این خصوص منطبق می‌باشد؟ در صورت نقض و مخدوش شدن این اصول در فرایند رسیدگی، چه ضمانت اجرایی قابل اعمال است؟ برای پاسخ به برخی از این پرسش‌ها، در بخش الف از اهمیت کارکردهای معنوی - آموزشی اصول راهبردی سخن به میان می‌آید. همچنین با توجه به اینکه اصول راهبردی آیین دادرسی کیفری در تمامی مراحل مختلف فرایند کیفری و در همه مقررات قانون آیین دادرسی کیفری حاکمیت داشته و بنابراین تأثیر بنیادین بر نظام دادرسی و جریان فرایند کیفری خواهند داشت، بررسی کارکردهای حقوقی نیز مناسب به نظر می‌رسد (بخش ب). با این حال، به رغم نقش و رسالت مهم این اصول در پهنه آیین دادرسی کیفری، کارکردهای آن در رویه قضایی چندان مورد استقبال و پذیرش قرار نگرفته است (بخش ج).

### الف) کارکردهای آموزشی اصول راهبردی

مهم‌ترین پرسشی که اقدام بدیع قانون‌گذار در پیش‌بینی اصول راهبردی به دنبال دارد، مربوط به کارکرد و مناسب بودن شناسایی این اصول در ابتدای قانون آیین دادرسی کیفری است. این پرسش در هنگام تصویب این اصول در کشور فرانسه نیز مطرح

گردید و اختلاف نظرهای زیادی در خصوص ضرورت تصویب این اصول یا عدم آن در ابتدای قانون آیین دادرسی کیفری این کشور و در یک ماده مقدماتی را به دنبال داشت. بر طبق دیدگاه نخست، پیش‌بینی این اصول در ابتدای قانون آیین دادرسی کیفری، حشو و زائد بوده و متضمن تکرار اصولی است که سابقاً در مقررات مختلف پیش‌بینی گردیده‌اند و بنابراین تنها می‌تواند باعث زیبایی و آرایش این قانون شود. افزون بر این، پیش‌بینی و دسته‌بندی این اصول در ابتدای قانون از این جهت که کاملاً با اصول پیش‌بینی شده در اسناد بین‌المللی حقوق بشر و قانون اساسی منطبق نیست، می‌تواند باعث سردرگمی و بی‌نظمی گردد (Lazerges, 2006: 71). لیکن در نگرش دیگر، پیش‌بینی این اصول در ابتدای قانون آیین دادرسی کیفری، کارکرد صرفاً آخباری نداشته و یک اطلاعیه سیاسی محسوب نمی‌شود. در واقع، همان گونه که در قانون مجازات هر کشور، پاره‌ای از اصول راهبردی مانند اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری، اصل اجرای فوری قواعد مساعد و... مورد شناسایی قرار گرفته‌اند، پیش‌بینی این اصول در قانون آیین دادرسی کیفری که زیربنا و گرانگه سیاست جنایی شکلی را ترسیم کرده و جهت‌گیری و مقررات آن را تشکیل می‌دهد، ضروری به نظر می‌رسد (Vergès, 2007: 327).

نخست اینکه به رسمیت شناختن این اصول در ابتدای قانون آیین دادرسی کیفری، از آن جهت حائز اهمیت است که بر خلاف مقررات سابق که این اصول را به طور پراکنده پیش‌بینی نموده‌اند، به طور یکجا و مستقل مورد شناسایی قرار گرفته و یکدست شده‌اند و بنابراین بر پیوستگی عمیق و پایدار بنیان‌های قانون آیین دادرسی کیفری تأکید می‌ورزند. همچنین تکرار این اصول در ابتدای قانون آیین دادرسی کیفری، مراجعه شهروندان و کنشگران فرایند کیفری به مفاد و پیام این چند ماده را که جنبه راهنمای معنوی - آموزشی برای آن‌ها دارد، آسان‌تر می‌سازد (Desportes et Lazerges-Cousquer, 2012: 121). در مجلس سنا نیز بیشتر بر استفاده هرمونوتیک و معنای پنهان این ماده تأکید گردید و بر عهده مفسر است که از ظاهر ماده فراتر رفته و گفتمان پنهان آن را استخراج نماید (Lazerges, 2006: 71). بدین‌سان قانون آیین دادرسی کیفری، دیگر تنها منحصر به قواعد و مقررات فنی و تکنیکی (مقررات عادی) نبوده و در کنار آن‌ها اصول و مقررات ویژه‌ای

وجود دارند که می‌توان آن‌ها را تحت عنوان «اصول راهبردی فرایند کیفری» دسته‌بندی کرد (Vergès, 2007: 327). اصولی که به تعبیر کربونیه، روح و تار و پود آیین دادرسی کیفری محسوب شده و جهت گیری قوانین و مقررات فنی و تکنیکی را به عهده دارد (Giudicelli, 2003: 123). همچنین به تعبیر کریستین لازرژ، این ماده همانند مربی که راهنمای مسیر بوده و جهت را نشان می‌دهد، همچون چراغ راهنما مسیر را به کنشگران در طول فرایند کیفری نشان داده و آن را قابل فهم‌تر و دسترس‌پذیرتر می‌نماید (Lazerges, 2006, 71). طبیعتاً این اصول، تکرار اصولی نیستند که در اسناد فراملی پیش‌بینی شده‌اند، بلکه از یک اهمیت هنجاری مستقل برخوردارند. بدین سان متنی که مادهٔ مقدماتی اثناء نموده است، نه یک مادهٔ مقدماتی به قانون آیین دادرسی کیفری بوده و نه یک ضمیمه یا پیوست آن به شمار می‌آید؛ بلکه یک مادهٔ مستقل و تمام‌عیار از قانون آیین دادرسی کیفری است که در واقع، جزء محتوای قانون محسوب می‌شود. این ماده با هدف توجیه آن دسته از مواد قانون آیین دادرسی کیفری که مربوط به دادرسی منصفانه است، آورده نشده است، بلکه خود، یک مادهٔ مستقل از مواد مربوط به دادرسی منصفانه است. بنابراین نمی‌توان این ماده را مقدمهٔ توجیهی قانون‌گذار برای سایر مواد قانون آیین دادرسی کیفری تلقی نمود؛ بلکه این ماده خود از نظر حقوقی، اهمیتی برابر با دیگر مواد این قانون دارد (Giudicelli, 2003: 123).

دوم اینکه اصول راهبردی که همانند مقررات زیربنایی و بنیادین عمل می‌کنند، می‌توانند توسط کنشگران کیفری (ضابطان، دادرسان دادسراها و دادگاه‌ها) در تفسیر و اجرای مقررات فنی و عادی مورد استفاده قرار گیرند. امید قانون‌گذار نیز آن بود که این ماده مورد توجه رویهٔ قضایی قرار گیرد و از آن استفادهٔ حقوقی شود. بدین ترتیب در موارد ابهام در مواد و مقررات آیین دادرسی کیفری می‌توان از روح و پیام این اصول الهام گرفت و با یک تفسیر موسع که موافق با روح این اصول صورت می‌پذیرد، تردید مربوط به اجرای یک مقررات فنی را در چارچوب اجرای عدالت برطرف نمود (Vergès, 2007: 327). برای مثال در حقوق داخلی، عبارت ذیل مادهٔ ۴۶ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ به عنوان یک قاعدهٔ فنی - تکنیکی مقرر می‌دارد:

«... در هر حال ضابطان نمی‌توانند بیش از ۲۴ ساعت متهم را تحت نظر قرار دهند».

ابهام در این مقررات، این پرسش را به دنبال می‌آورد که آیا قانون‌گذار در این ماده به دنبال دادن جواز به ضابطان برای تحت نظر قرار دادن متهم بدون اخذ دستور مقام قضایی بوده و یا صرفاً به دنبال تعیین حداکثر مدتی است که ضابطان، مجاز به تحت نظر قرار دادن متهم می‌باشند؟ در چنین بستری است که در پرتو تفسیر اصول راهبردی مندرج در ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ یعنی اصل برائت و اصل تناسب (برای مطالعه بیشتر ر.ک: آشوری، ۱۳۹۷: ۳۳) باید نتیجه گرفت که مقررات مزبور تنها در مقام تعیین مدت برای ضابطان است که مجاز به تحت نظر قرار دادن متهم می‌باشند و بنابراین نمی‌توان از آن، جواز تحت نظر قرار دادن متهم را بدون اخذ دستور مقام قضایی استنتاج کرد؛ به ویژه اینکه مقررات مواد ۴۷ و ۴۹ قانون مزبور بر لزوم رعایت اصل برائت و اصل تناسب که به موجب آن اقدامات محدودکننده و سالب آزادی باید به موجب حکم قانون و تنها در موارد ضرورت و وجود قرائن و امارات قوی بر ارتکاب جرم و همچنین با رعایت مقررات و تحت نظارت مقام قضایی صورت پذیرد، تأکید می‌ورزد.<sup>۱</sup>

سوم اینکه قاضی کیفری می‌تواند با الهام از روح و پیام اصول راهبردی موجود، یک مقررۀ جدید حقوقی مرتبط خلق و ایجاد کند. در واقع، این اصول به مثابه یک مکمل در نظام آیین دادرسی کیفری عمل می‌کند که راهنمای دادرس برای برطرف نمودن خلأهایی است که قانون برای آن‌ها پاسخی ارائه نداده است. این رسالت اصول راهبردی، گاهی از گذر ایجاد یک قاعدۀ فنی و تکنیکی جدید منطبق با این اصول بوده و گاهی نیز از تفسیر موسعی که قاضی کیفری از این اصول به دست می‌دهد، ناشی می‌گردد؛ برای مثال می‌توان به مقررات قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه که امکان رسیدگی مجدد به یک تصمیم کیفری قطعی که بر اثر مراجعه شخص محکوم علیه به دیوان اروپایی حقوق بشر به وجود آمده است، اشاره نمود. ۷ ماده از قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه (مواد ۶۲۱-۱ و بعد)<sup>۲</sup> به این رسیدگی ویژه در دیوان عالی کشور

۱. ر.ک: نظریۀ مشورتی شماره ۱۳۰۳/۹۴/۷ مورخ ۱۳۹۴/۵/۲۷ اداره حقوقی قوه قضاییه.

۲. به موجب این مقررات، شخص محکوم در صورت محکومیت کشور فرانسه در دیوان اروپایی حقوق بشر می‌تواند ظرف مدت یک سال به کمیسیونی مرکب از ۷ قاضی دیوان عالی کشور مراجعه کند. این کمیسیون در صورتی که شخص را ذیحق تشخیص داد، پرونده را برای رسیدگی مجدد به شعبه دیگری ارجاع می‌دهد.

اختصاص یافته است. این مقررات منحصرأً به وضعیت محکومی که حق استفاده از این رسیدگی مجدد (اعاده دادرسی) را دارد، پرداخته است و نقش بزه‌دیدگان را در فرایند این رسیدگی مجدد مورد توجه قرار نداده است.

بدین‌سان، این مقررات در خصوص حضور بزه‌دیدگان در این فرایند با ابهام و خلأ قانونی روبه‌رو بوده و بنابراین مشکلات فراوانی در هنگام اجرای آن قابل تصور خواهد بود. اما در مقابل این خلأ قانونی، کمیسیون مربوط به رسیدگی مجدد به پرونده در تصمیمی مهم در ۱۶ اکتبر ۲۰۰۳ با استناد به مادهٔ مقدماتی قانون آیین دادرسی کیفری چنین استدلال می‌نماید:

«نظر به مادهٔ مقدماتی قانون آیین دادرسی کیفری و نظر به اینکه به موجب این مقررات، دادرسی کیفری باید منصفانه و توافقی باشد و توازن بین حقوق طرفین را تضمین کند و اینکه مقام قضایی، عهده‌دار آگاه نمودن و رعایت حقوق بزه‌دیدگان در طول فرایند دادرسی کیفری است و از این امر نتیجه می‌شود که مدعیان خصوصی که متقاضی حضور خود در جریان رسیدگی مجدد بوده‌اند، حق حضور در جلسهٔ رسیدگی علنی کمیسیون بررسی مجدد را داشته و می‌توانند ملاحظات شفاهی یا کتبی خود را ارائه نمایند.»

بدین ترتیب، در این تصمیم ملاحظه می‌شود که چگونه قاضی کیفری، نقش بسیار خلاقانه‌ای در خصوص خلق و ایجاد قاعدهٔ حقوقی جدید که موضوعیت خود را از اصول راهبردی موجود به دست می‌آورد، ایفا می‌نماید (Vergès, 2007: 327).

در حقوق ایران، قانون‌گذار در مادهٔ ۱۹۰، بازپرس را مکلف نموده تا حق برخورداری از وکیل را پیش از شروع تحقیق، به متهم ابلاغ و تفهیم نماید و در تبصرهٔ این ماده، سلب حق همراه داشتن وکیل و عدم تفهیم این حق به متهم را به ترتیب با مجازات انتظامی درجهٔ هشت و سه، واجد ضمانت اجرا نموده است؛ ولی در خصوص تفهیم چنین حقی به بزه‌دیدگان سکوت نموده و حمایت از آنان را در این مرحله به فراموشی سپرده است. بی‌گمان چنین رویکردی نقض اصل همترازی حقوق شاکی و متهم را به دنبال داشته و با دل‌نگرانی قانون‌گذار مبنی بر استقرار دادرسی منصفانه از گذر تساوی سلاح‌ها که به ویژه در مواد ۱ و ۲ قانون آیین دادرسی کیفری به آن تأکید

شده است، در تعارض آشکار می‌باشد. در چنین بستری است که دادرسی کیفری می‌تواند از ترکیب چند اصل راهبردی به ویژه اصل تساوی سلاح‌ها (مواد ۱ و ۲) و اصل اطلاع‌رسانی به بزه‌دیده درباره حقوق خود در طول فرایند کیفری (ماده ۶)، قاعده فنی و حقوقی جدیدی را ایجاد نماید که بر اساس آن، مقام قضایی مکلف به تفهیم و ابلاغ چنین حقی به بزه‌دیده نیز باشد.

سرانجام این اصول به قاضی کیفری اجازه می‌دهد در مواردی که برخی مقررات فنی - تکنیکی (عادی) قانون آیین دادرسی کیفری با این اصول در تعارض بوده و اجرای آن‌ها متضمن نقض تشریفات یک دادرسی منصفانه است، از اجرای آن‌ها خودداری نماید و با این اقدام و نظارت خود بر اجرای یک دادرسی منصفانه در سراسر فرایند کیفری جامعه عمل پوشاند. برای مثال، مواد ۴۶۸ و ۴۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری در حالی که حق حضور دائمی دادستان کل کشور یا نماینده وی را در رسیدگی فرجامی در دیوان عالی کشور، و اظهار نظر مستدل و مستند و مکتوب آن‌ها را نسبت به نقض یا ابرام رأی معترض‌عنه و یا فرجام‌خواسته به رسمیت شناخته است، طرفین دعوی یا وکلای آنان را از چنین امتیاز مهمی محروم کرده است. بر این اساس، در موارد پیش گفته شده که اولاً، حضور طرفین یا وکلای آنان تنها به تشخیص شعبه و در صورت لزوم امکان‌پذیر است؛ ثانیاً، در صورت حضور آنان در شعبه دیوان عالی کشور تنها می‌توانند با اجازه رئیس شعبه مطالب خود را اظهار کنند و بر خلاف دادستان کل یا نماینده او، حق ارائه لایحه کتبی مستدل و مستند در خصوص نقض یا ابرام رأی معترض‌عنه یا فرجام‌خواسته را ندارند؛ ثالثاً، بر خلاف اصل ترافیعی برای متقاضی فرجام و یا وکیل او، اطلاع از لایحه دادستان و یا پاسخگویی به آنان پیش‌بینی نشده است؛ به ویژه اینکه امکان دارد در این اظهارات کتبی، دیدگاهی خنثی و بی‌طرفانه وجود نداشته باشد.

در حقوق فرانسه، وضعیت مشابه آنچه در مقررات پیش گفته مشاهده شد، وجود داشته است. پیش از شروع جلسه رسیدگی در شعبه دیوان عالی کشور، دادیار دیوان عالی کشور حق داشت که به پرونده حاوی نظر مستشار تهیه‌کننده گزارش درباره درستی فرجام دسترسی داشته باشد. همچنین وی در جلسه‌های مقدماتی پیش از جلسه رسیدگی (به همراه رئیس دیوان و رئیس شعبه رسیدگی‌کننده) شرکت نموده و بدون

داشتن حق رأی در جریان شور برای صدور رأی حضور می‌یافت. دیوان اروپایی حقوق بشر در پرونده راینهارد و سلیمان قائد<sup>۱</sup> علیه فرانسه بر این باور است که هر سه رویه عملی، مخالف دادرسی عادلانه بوده و متضمن نقض اصل برابری سلاح‌ها میان دادسرا و درخواست‌کننده فرجام است. سرانجام تحت تأثیر آرای صادره از دیوان استراسبورگ، دیوان عالی کشور فرانسه از سال ۲۰۰۲، رویه خود را تغییر داده است. از این پس، دادیار دیوان عالی کشور در جلسه مقدماتی و جلسه مربوط به شور برای صدور رأی حضور نداشته و پرونده فرجام‌خواهی نیز به همان شکل و با همان شرایط مربوط به طرف‌های دعوی (متهم و بزه‌دیده) در اختیار وی قرار می‌گیرد<sup>۲</sup> (ساقیان، ۱۳۸۵: ۸۰).

## ب) کارکردهای حقوقی اصول راهبردی

اصول راهبردی، قواعد هنجارمندی هستند که تأثیر اساسی بر روی نظام دادرسی و همچنین فرایند کیفری دارند. این اصول، خطوط اساسی آیین دادرسی را ترسیم نموده و در نتیجه الزامات، ممنوعیت‌ها و چارچوب‌هایی که از سوی این اصول تعیین می‌گردند، در صورت نقض با ضمانت اجرا همراه خواهند بود. این اصول بر روی کلیه عناصر فرایند کیفری (اقدامات ضابطان، تحقیقات، اسناد و مدارک ارائه‌شده و کنشگران) تأثیر گذاشته و رفتارهایی که رعایت آن‌ها را مخدوش می‌سازد باید با ضمانت اجراهای پیش‌بینی شده روبه‌رو شود. تأثیر این اصول گاهی بر روی اقدامات و تدابیر صورت‌گرفته در مراحل مختلف فرایند کیفری بوده و گاهی بر روی رفتار کنشگران مختلف فرایند کیفری (ضابطان و دادرسان) خواهد بود (Vergès, 2000: 386).

در مورد نخست، کنشگران کیفری به موجب قانون، به کلیه اقدامات و تدابیر تحقیقاتی که برای کشف حقیقت، مفید ارزیابی می‌کنند، اقدام می‌نمایند و باید در انجام این

۱. دیوان اروپایی حقوق بشر، ۳۱ مارس ۱۳۹۸، راین‌هارد و سلیمان قائد علیه کشور فرانسه (Reinhardt et Slimane-Kaïd v. France)، پاراگراف ۱۰۵.

۲. این رویه دیوان اروپایی حقوق بشر، از آن جهت که دادرسی دیوان عالی کشور در این زمینه، یکی از طرف‌های دعوی انگاشته نمی‌شود و در حقیقت به منزله یک حقوق‌دان محض انجام وظیفه می‌کند و نظر وی تأثیری در تصمیم دادرسان ندارد، مورد انتقاد برخی از حقوق‌دانان فرانسه قرار گرفته است (برای نمونه ر.ک: پرادل و دیگران، ۱۳۹۲: ۵۶۳).

تحقیقات خواه به نفع یا ضرر شخص، فرقی نگذارند.<sup>۱</sup> با وجود این، برای اینکه این تحقیقات از اعتبار برخوردار باشد، رعایت پاره‌ای از شروط و تشریفات شکلی و ماهوی از سوی مقامات قضایی مربوطه الزامی است که عدم رعایت آن‌ها، با ضمانت اجرای پیش‌بینی شده روبه‌رو خواهد شد. اصول راهبردی در بسیاری از موارد، شرایط و تشریفات پیش‌بینی نموده است که اقدامات و تحقیقات انجام‌شده در طول جریان رسیدگی کیفری از مرحله تحقیقات مقدماتی تا مرحله دادرسی و صدور حکم را از اعتبار برخوردار می‌سازد؛ برای نمونه، دلایل ارائه‌شده علیه شخص در پرونده باید از طریق شیوه‌های مشروع جمع‌آوری گردد و چنانچه ادله جمع‌آوری‌شده، به کرامت و حیثیت او آسیب وارد کند یا با نقض حریم خصوصی وی به دست آورده شود، در معرض بی‌اعتباری قرار گرفته و یا کارایی و اثر خود را از دست می‌دهد (تدین، ۱۳۹۲: ۱۳۳ و ۲۳۳). احترام به اصل مشروعیت تحصیل دلیل، در اصل ۳۶ قانون اساسی به رسمیت شناخته شده و اجبار اشخاص به شهادت، اقرار یا سوگند، ممنوع و چنین ادله‌ای فاقد ارزش و اعتبار دانسته شده است. همین سیاست با شفافیت تمام در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ نیز پذیرفته شده است. به موجب ماده ۶۰ این قانون، بازجویی‌های همراه با اجبار، اکراه، اغفال و فریب بی‌اعتبار است. همچنین قانون‌گذار در ماده ۱۹۵ قانون مزبور، بازپرس را از طرح پرسش‌های تلقینی یا همراه با اغفال، اکراه و اجبار متهم منع نموده است.

افزون بر این، در پرتو اصل ترافعی، محکومیت یک شخص نمی‌تواند بر مبنای اتهامات، دلایل و اظهاراتی صادر شود که در جلسات رسیدگی به وی تفهیم نشده و امکان پاسخگویی و به مناقشه کشیدن آن‌ها فراهم نگردیده است. بنابراین عدم رعایت این اصل راهبردی می‌تواند رسیدگی قضایی را در معرض بطلان و بی‌اعتباری قرار داده و از موجبات نقض رأی به شمار آید. قانون‌گذار این اصل بنیادین را در ماده ۵ قانون آیین دادرسی کیفری پیش‌بینی نموده و سپس در مواد ۱۹۲ و ۳۵۹ همین قانون، مورد تأکید قرار داده است.

۱. ماده ۹۳ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر می‌دارد: «بازپرس باید در کمال بی‌طرفی و در حدود اختیارات قانونی، تحقیقات را انجام دهد و در کشف اوضاع و احوالی که به نفع یا ضرر متهم است، فرق نگذارد».



برخی دیگر از اصول راهبردی، ناظر به ویژگی‌های کنشگران کیفری بوده و بر اقدامات انجام‌شده توسط آنان نظارت می‌نمایند (Vergès, 2000: 386). در این خصوص باید به اصل بی‌طرفی و نتیجه‌مهم آن یعنی تفکیک وظایف مقامات قضایی اشاره نمود که رعایت آن، مانع نابرابری طرف‌های دعوی در طول فرایند کیفری خواهد شد. اصل تفکیک وظایف مقامات قضایی به عنوان یک اصل راهبردی در ماده‌ی مقدماتی قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه به رسمیت شناخته شده است. مطابق بند ۱ این ماده:

«دادرسی کیفری باید تفکیک میان مراجع تعقیب دعوی عمومی و مراجع صدور رأی را تأمین و تضمین کند».

پیدااست اگرچه این بند به تفکیک میان مقام تعقیب و مقام صدور رأی اشاره نموده است، اما به موجب یکی از آثار مهم اصول راهبردی که خلق یک مقررۀ جدید حقوقی بر اساس روح و پیام این اصول است، تفکیک وظایف را باید شامل تفکیک مقام تحقیق از مقام تعقیب نیز دانست. با وجود این، رعایت این اصل مهم در پهنۀ آیین دادرسی کیفری ایران در دوره‌های مختلف قانون‌گذاری با فراز و نشیب‌های زیادی همراه بوده است. قانون‌گذار ایران نخستین‌بار در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۲۹۱، این اصل را مورد شناسایی قرار داده و تحقیقات مقدماتی جرایم در صلاحیت دادگاه‌های جنحه و جنایت را به بازپرس محول نموده بود. این سیاست در اصلاحات مقررات قانون آیین دادرسی کیفری تغییر یافت و به دلیل تراکم پرونده در شعب بازپرسی، ضمن انحصار بازپرس در انجام تحقیقات مقدماتی جرایم مهم، اختیار انجام تحقیقات مقدماتی در امور جنحه به دادستان واگذار گردید. پس از انقلاب و کنارگذاری قانون مجازات عمومی ۱۳۵۲ و ایجاد تغییر در گونه‌بندی جرایم (جنایت، جنحه و خلاف) انجام تحقیقات مقدماتی در جرایم مهم نیز به دادیاران تحقیق واگذار گردید و بدین‌سان، تفکیک میان مقام تعقیب و تحقیق از میان برداشته شد. این شیوه بعدها در قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب ۱۳۸۱ تا حدودی تعدیل گردید و تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق در جرایم موضوع صلاحیت دادگاه کیفری استان شناسایی گردید؛ اما همچنان در مورد جرایم خارج از صلاحیت این دادگاه و همچنین جرایمی که رسیدگی به آن‌ها به طور مستقیم در دادگاه صورت می‌گیرد، امکان انجام تحقیقات

مقدماتی برای دادستان (مقام تعقیب) نیز پیش‌بینی گردید و به این ترتیب، قانون‌گذار از به رسمیت شناختن این اصل به طور کامل خودداری ورزید (آشوری، ۱۳۹۲: ۹۵).

با تصویب قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، ابتدا تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق از رهگذر ماده ۹۲ شناسایی شد. مطابق ماده مذکور:

«تحقیقات مقدماتی تمام جرایم بر عهده بازپرس است. در غیر جرایم مستوجب مجازات‌های مقرر در ماده ۳۰۲ این قانون، در صورت نبود بازپرس، دادستان نیز دارای تمام وظایف و اختیاراتی است که برای بازپرس تعیین شده است».

بر پایه این مقررات، از آنجایی که امکان مداخله دادستان در تحقیقات مقدماتی جرایم مزبور آنگاه امکان‌پذیر بود که در حوزه قضایی مربوط به بازپرس وجود نداشته باشد و به این ترتیب، با توجه به وجود بازپرس در اکثر حوزه‌های قضایی، اصل صلاحیت بازپرس در انجام تحقیقات مقدماتی همه جرایم به رسمیت شناخته شده بود، اما با تصویب اصلاحات برخی از مواد قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ در تاریخ ۱۳۹۴/۴/۲۶ و جایگزین نمودن واژه «کمبود بازپرس» به جای «نبود بازپرس»، رعایت این اصل مهم و راهبردی به عنوان یکی از جلوه‌های موازین دادرسی منصفانه نادیده انگاشته شد. بدین ترتیب ملاحظه می‌شود که چرا قانون‌گذار در مواد ۲ تا ۶ قانون آیین دادرسی کیفری، اصل تفکیک وظایف مقامات قضایی را مورد شناسایی قرار نداده است.

در هر دو مورد، نقض موازین دادرسی منصفانه، نیاز به پاسخ‌گذاری واکنشی متناسب داشته و معمولاً در برخی از کشورها مانند فرانسه، بطلان اقدامات و تحقیقات انجام‌شده را به دنبال دارد. در گستره آیین دادرسی کیفری ایران، به طور کلی و در ماده‌ای واحد، ضمانت اجراهای ویژه‌ای برای نقض این اصول به رسمیت شناخته نشده است؛ اما در پاره‌ای موارد به منظور حمایت از تشریفات دادرسی منصفانه، نقض این اصول با ضمانت اجرا همراه بوده است.<sup>۱</sup> در حوزه ضمانت اجرایی حقوقی

۱. قانون‌گذار به صورت پراکنده در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، نقض رعایت تشریفات دادرسی منصفانه را با ضمانت اجراهای مدنی (ماده ۷)، کیفری (ماده ۷)، انتظامی و اداری (مواد ۳، ۶ و تبصره ماده ۱۹۰) مقرر نموده است (برای مطالعه بیشتر ر.ک: ساقیان، ۱۳۹۵: ۱۹؛ نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۶: ۶۰۵ و بعد).

(بطلان تصمیم قضایی)<sup>۱</sup>، قانون آیین دادرسی کیفری ۱۲۹۱ و قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری ۱۳۷۸، آن را به عنوان پاسخ‌گذاری صریح و مستقیم عدم رعایت اصول راهبردی، مورد توجه قرار نداده و تنها قانون‌گذار به صورت کلی در چند ماده سعی کرده عدم اجرای موازین دادرسی را مشمول ضمانت اجرای بطلان و بی‌اعتباری قرار دهد؛ برای نمونه، قانون آیین دادرسی کیفری ۱۲۹۱ در فصل ششم<sup>۲</sup> با عنوان «در محاکم جنایی» و در ماده ۳۶۸ سلب حق تعیین وکیل مدافع از متهم را باعث بطلان حکم شناخته بود. همین رویکرد در ماده ۱ قانون راجع به محاکمات جنایی ۱۳۰۹ و تبصره ۲ ماده واحده مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام در خصوص انتخاب وکیل توسط اصحاب دعوی مصوب ۱۳۷۰/۷/۱۱ نیز به رسمیت شناخته شده بود.

در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ نیز اگرچه به شکل رساتری به این ضمانت اجرا توجه شده است، اما بطلان و بی‌اعتباری به عنوان یک قاعده عمومی در مواردی که حقوق اساسی یکی از طرف‌های دعوی مورد تعرض قرار می‌گیرد، مورد توجه قرار نگرفته است و رویه قضایی نیز تنها در چارچوب تجدیدنظرخواهی و فرجام‌خواهی نسبت به آراء، به استناد عدم رعایت تشریفات دادرسی که از اهمیت برخوردار است، مبادرت به نقض رأی صادره می‌نماید.

نخست، در خصوص بطلان قانونی، این ضمانت اجرا تنها در موارد بسیار جزئی مورد شناسایی قرار گرفته است؛ برای نمونه، ماده ۶۰ این قانون، اجبار و اکراه متهم و استفاده از کلمات موهن، طرح پرسش‌های تلقینی یا اغفال‌کننده و پرسش‌های خارج از موضوع اتهام در طول مدت بازجویی توسط ضابطان دادگستری را با ضمانت اجرای بطلان همراه نموده است. این ضمانت اجرا در تبصره ماده ۱۹۰ قانون مزبور نیز تا پیش از اصلاحات مورخ ۱۳۹۴/۳/۲۴ پیش‌بینی گردیده بود. به موجب تبصره ماده مذکور:

۱. در این مقاله، تکیه بر ضمانت اجرای مهم و ویژه آیین دادرسی کیفری یعنی بطلان و بی‌اعتباری اقدامات و تصمیمات قضایی می‌باشد.

۲. مواد ۳۶۱ تا ۴۲۹ این فصل در مردادماه ۱۳۳۷ نسخ و قانون جدید در این سال تصویب گردید.

«سلب حق همراه داشتن وکیل یا عدم تفهیم این حق به متهم، موجب بی‌اعتباری تحقیقات می‌شود».

دوم اینکه بطلان‌های ذاتی و بالقوه و یا قضایی که مصادیق آن‌ها توسط قانون‌گذار تعیین نشده، اما رویه قضایی می‌تواند در موارد عدم رعایت اصول راهبردی آیین دادرسی کیفری و یا نقض حقوق دفاعی طرف‌های دعوی تصمیمات و اقدامات قضایی صورت گرفته را باطل اعلام کند، نیز چندان مورد توجه قرار نگرفته است. البته همان گونه که ملاحظه گردید، عدم رعایت تشریفات دادرسی (تبصره ماده ۴۵۵ در تجدیدنظرخواهی)، عدم رعایت اصول دادرسی (بند ب ماده ۴۶۴ در جهات فرجام‌خواهی) و یا عدم رعایت تشریفات قانونی (بند ب ماده ۴۶۹ در فرجام‌خواهی)، چنانچه به درجه‌ای از اهمیت بوده که موجب عدم اعتبار قانونی رأی گردد، از جهات تجدیدنظرخواهی و فرجام‌خواهی بوده که رویه قضایی بر پایه این مقررات، آن را به عنوان دلیلی برای نقض و رسیدگی مجدد به آراء صادره و نه به عنوان ابطال فرایند تحقیقات و دادرسی مورد توجه قرار می‌دهد. حال پرسش این است که ملاک و ضابطه رویه قضایی در مورد «درجه اهمیت» با توجه به سکوت قانون‌گذار در تعیین معیاری برای تفکیک تشریفات مهم از غیر مهم چیست؟ دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۱۰۷۹ مورخ ۱۳۳۷/۲/۳۰ عقیده دارد:

«... مستنبط از اصول و قواعد کلی نقض حکم ناظر به جهاتی است که تخلف به اندازه‌ای مهم باشد که در حکم محکمه مؤثر شود و در اثر تجدید رسیدگی به منظور حفظ حقوق اصحاب دعوی و یا ضمانت قانونی جبران گردد؛ از قبیل عدم تشکیل محاکم مطابق مقررات قانونی یا عدم صلاحیت ذاتی یا عدم اجرای محاکمه علنی یا سرّی در موارد مقرر یا مستدل نبودن حکم یا مسامحه و امتناع دادگاه از انشای رأی و تعیین تکلیف نسبت به خواسته هر یک از اصحاب دعوی یا وجود تناقض در احکام صادره یا عدم توجه به دلایل به منظور اثبات و یا دفاع از دعوی و سایر امورات مهمه که خللی بر ارکان حکم وارد نسازد، والا نقض در اثر علل غیر مهم، جز تراکم و رسیدگی مجدد در دادگاه دیگر که مایه تطویل و اشغال اوقات محاکم و جامعه می‌باشد، نتیجه‌ای نخواهد داشت...» (کشاورز صدر، ۱۳۴۸: ۴۱۳).

بدین ترتیب ملاحظه می‌شود که از نظر دیوان عالی کشور، نقض حکم و تجدید

رسیدگی در این موارد، یا مربوط به عدم رعایت قواعد آمره و نظم عمومی مانند عدم صلاحیت ذاتی دادگاه رسیدگی کننده بوده و یا اقدامات لطمه‌زننده از سوی کشتگران کیفری به حقوق دفاعی طرف‌های دعوی (شاکی و متهم) است. با وجود این، رأی دیوان عالی کشور در برابر این پرسش که چه معیاری برای تفکیک این دو نفع مهم یعنی نظم عمومی و منافع خصوصی وجود دارد، پاسخ قطعی نداشته است. اینکه نقض تدابیر قانونی یا عدم رعایت تشریفات اساسی که نظم عمومی را مختل می‌سازد، می‌تواند نقض حکم و تجدید رسیدگی را بدون نیاز به شکایت و ایراد طرف‌های دعوی و بدون اینکه لطمه‌ای به حقوق آنان وارد نموده باشد، رأساً توسط مقامات قضایی به همراه داشته باشد نیز به تنهایی نمی‌تواند تردید دادگاه‌ها را در تشخیص تشریفات مهم از غیر مهم «... که یک شاخص ذهنی و شخصی است تا عینی...» (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۶: ۶۰۵)، برطرف سازد. این ابهام و پیچیدگی به ویژه در مواردی که عدم تشریفات دادرسی و قانونی منجر به لطمه به حقوق دفاعی طرف‌های دعوی می‌گردد، دوچندان خواهد بود. در عرصه آیین دادرسی کیفری تطبیقی، حقوق فرانسه بطلان و بی‌اعتباری یک اقدام صورت گرفته بر خلاف تشریفات و مقررات قانونی را تنها هنگامی تجویز نموده است که این اقدام باعث لطمه و ضرر به منافع یکی از طرف‌های دعوی شده باشد. براین اساس، رویه قضایی سه معیار را که وجود ضرر در آن‌ها منتفی است، مورد توجه قرار داده است: نخست، مواردی را که نقض تشریفات قانونی کم‌اهمیت به نظر می‌رسد و یا اینکه این لطمه در ادامه جبران و ترمیم گردیده، به نحوی که حقوق طرف‌های دعوی در شرایط مشابه با آنچه قانون پیش‌بینی کرده است، تضمین گردد، نمی‌توان از موارد لطمه به حقوق دفاعی تلقی نمود (Desportes et Lazerges-Cousquer, 2012: 1300).

بدین ترتیب، عدم دعوت از وکیل شخص تحت اتهام در موارد ابلاغ گزارش کارشناسی، به شرطی که وکیل مزبور متعاقباً از مفاد پرونده مطروحه در نزد شعبه تحقیق آگاهی یافته و بتواند تمام ملاحظه‌های مورد نظر خود را ارائه نماید، از موارد بطلان و بی‌اعتباری شناخته نمی‌شود.<sup>۱</sup> همچنین عدم رعایت مهلت پنج روزه کاری در خصوص دعوت از

1. Crim, 14 mars 1988, D. 1988, somm. p. 136, obs. Pradel.

وکیل جهت مطالعه پرونده، در حالی که احضاریه شش روز قبل از استماع اظهارات متهم برای او ارسال شده و یا اینکه وکیل مهلت کافی برای تدارک دفاع خود داشته است، از موارد بطلان تحقیقات انجام شده بدون حضور وکیل مدافع تلقی نمی‌گردد.<sup>۱</sup> بر اساس معیار دوم، مواردی که نقض قواعد حمایت‌کننده از طرف‌های دعوی، تأثیری در موقعیت آن‌ها در فرایند رسیدگی به وجود نمی‌آورد نیز نمی‌تواند از موارد لطمه به حقوق دفاعی آنان تلقی گردد؛ برای نمونه، در موردی که اظهارات شخص تحت اتهام توسط یک کارشناس بدون رعایت مقررات ماده ۱۶۴ قانون آیین دادرسی کیفری شنیده می‌شود، اما این شخص پاسخی به پرسش‌هایی که کارشناس از او نموده نمی‌دهد<sup>۲</sup> و یا شخصی که بدون رعایت شرایط پیش‌بینی شده در ماده ۱۰۵ این قانون، به عنوان شاهد و مطلع اظهاراتی را بیان می‌کند که متضمن هیچ گونه مطلبی بر علیه او نیست.<sup>۳</sup> در همین چارچوب، تفتیش و بازرسی منزل و ضبط اشیاء مرتبط با بزه ارتكابی در غیاب شخص ذینفع در صورتی که پس از ارائه این اشیاء در مدت تحت نظر به شخص مزبور، اعتراضی نسبت به منشأ این اشیاء صورت نگیرد، نمی‌تواند از موارد لطمه به حقوق دفاعی او قلمداد شود.<sup>۴</sup> همچنین اشتباه بازپرس در خصوص محاسبه شروع مدت تحت نظر که تمدید شده است، در صورتی که مجموع مدت تحت نظر این شخص از مدت قانونی آن تجاوز نکرده باشد، از موارد کم‌اهمیت تلقی می‌شود.<sup>۵</sup> سرانجام در مواردی که وکیل یکی از طرف‌ها و در برخی موارد شخص ذینفع، از نقض تشریفات مربوط به انجام یک اقدام در فرایند دادرسی مطلع شده، اما هیچ گونه اعتراضی در این خصوص به عمل نمی‌آورند، استناد به بطلان، پذیرفته نخواهد شد. در واقع در این مورد، فرض بر این است که هیچ گونه لطمه‌ای به منافع و حقوق دفاعی افراد وارد نگردیده و حتی یک انصراف ضمنی از سوی شخص ذینفع یا وکیل او تلقی می‌گردد (Desportes et Lazerges-Cousquer, 2012: 1301).

1. Crim, 15 nov 1993, B. no 337.

2. Crim, 10 nov 1977, D. 1978, p. 621.

3. Crim, 11 juill 1995, B. no 225.

4. Crim, 15 juill 2000, B. no 229.

5. Crim, 15 févr 2000, B. no 68.

به نظر می‌رسد در رویه قضایی ایران نیز در پرتو اصول راهبردی آیین دادرسی کیفری، امکان استناد به بطلان و بی‌اعتباری تحقیقات در مواردی که اصول و تشریفات رسیدگی (برای مطالعه بیشتر ر.ک: رحمدل، ۱۳۹۷: ۱۵۷ و بعد) و همچنین حقوق بنیادین طرف‌های دعوی نقض می‌شود، وجود دارد و باید در راستای تقویت این حق مهم و اساسی گام برداشت؛ برای نمونه، در مرحله تحقیقات مقدماتی، تأخیر در تفهیم حقوق شخص تحت نظر توسط ضابطان (ماده ۵۲)، تأخیر بیش از یک ساعت ضابطان در آگاه نمودن دادستان از مشخصات سجلی شخص تحت نظر و علت تحت نظر قرار گرفتن وی (ماده ۴۹)، بازداشت شخص در جرایم مشهود از سوی ضابطان بدون وجود قرائن و امارات قوی بر ارتکاب این جرایم از سوی وی و تجاوز از مدت قانونی تحت نظر توسط ضابطان (ماده ۴۶)، سلب حق همراه داشتن وکیل و عدم تفهیم این حق به متهم توسط بازپرس (ماده ۱۹۰)، سلب حق مطالعه یا دسترسی به تمام یا برخی از اوراق، اسناد و مدارک پرونده بدون صدور قرار عدم دسترسی به پرونده (ماده ۱۹۱)، نقض اصل مصونیت ارتباطات مخابراتی افراد و محکومان بدون رعایت مقررات و تشریفات مربوط (ماده ۱۵۰)، استفاده از شیوه‌هایی که بر خلاف الزامات قانونی مربوط به مشروعیت تحصیل دلیل به لحاظ ماهیت آن‌ها منجر به نقض حقوق دفاعی افراد می‌شود و یا استفاده از اغفال و فریب برای اثبات بزهکاری (ماده ۱۹۵)، سلب حق تذکر از وکیل متهم در صورت طرح سؤالات تلقینی یا سایر موارد خلاف قانون توسط بازپرس (تبصره ماده ۱۹۵)، اجبار شخص به شهادت و یا اجبار به شهادت از طریق توسل به خواب مصنوعی (اصل ۳۸ قانون اساسی)، انتخاب افرادی به عنوان اهل خبره در حوزه‌هایی که کارشناس رسمی دادگستری متخصص وجود دارد و یا استفاده از افرادی به عنوان کارشناس که کارشناس رسمی دادگستری نبوده و یا دارای صلاحیت در رشته مربوط نیستند (ماده ۱۵۶)، نقض اصل ترافعی از گذر کتمان هویت و مشخصات شاهد از متهم و سلب حق جرح شاهد از سوی وی (تبصره ۲ ماده ۲۱۴) و ...

در مرحله دادرسی نیز می‌توان به عدم ارسال تصویر کیفرخواست برای متهم و یا سلب حق دسترسی به پرونده جهت تدارک دفاع (مواد ۳۴۲ و ۳۵۱)، عدم تعیین وکیل برای متهم فاقد تمکن مالی در صورت درخواست وی (ماده ۳۴۷)، عدم تعیین وکیل برای

بزه‌دیده فاقد تمکن مالی از سوی دادگاهی که ضرورت تعیین آن را احراز نموده است (تبصره ماده ۳۴۷)، رسیدگی بدون حضور وکیل تسخیری متهم در جرایم موضوع بندهای الف تا ت ماده ۳۰۲، عدم استماع دفاعیات وکیل متهم در موارد عدم حضور متهم در جلسه دادگاه (ماده ۳۵۰)، پرسش از متهم راجع به قبول یا رد اتهام انتسابی بدون اینکه دادستان یا نماینده وی دلایل خود را برای اثبات اتهام انتسابی ارائه نموده باشند (ماده ۳۵۹)، بر خلاف ترتیب مقرر در ماده مزبور، دفاعیات متهم وکیل او به عنوان آخرین نفر پیش از اعلام ختم دادرسی استماع نگردد و یا به مطالب آن‌ها در آخرین دفاع که در کشف حقیقت مؤثر است، رسیدگی نشود (ماده ۳۷۱)، استماع شهادت شهود بدون رعایت تشریفات اتیان سوگند (ماده ۳۲۳)، سلب حق پرسش از شاهد طرف دیگر دعوی که دادگاه شهادت او را استماع نموده است (ماده ۲۳۶) و...

### ج) کارکردهای قضایی اصول راهبردی

رویکرد رویه قضایی به ویژه دیوان عالی کشور به اصول راهبردی، به رغم گذشت چند سال از تصویب آن‌ها، مبهم و نامشخص بوده و بی تفاوتی در استناد به این اصول، حکایت از خودداری از دادن یک نقش واقعی و راهبر به این اصول دارد. شاید از نگاه دیوان عالی کشور، این اصول تکرار و بازتولید برخی مقررات سابق بوده و فاقد هر گونه نوآوری و فایده عملی است. بررسی برخی آرای صادره از دادگاه‌های تجدیدنظر و دیوان عالی کشور حاکی از این است که مراجع مزبور، یا تنها مقررات تکنیکی - فنی را مورد استناد قرار داده و اراده‌ای در استناد به اصول راهبردی نداشته‌اند و یا اینکه با استناد به اصول کلی دادرسی، هیچ گونه اشاره مستقیمی به مواد ۲ تا ۶ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ به جز اصل برائت (ماده ۴) صورت نگرفته است؛ برای نمونه، استناد به اصول کلی دادرسی بدون اشاره مستقیم به مواد ۲ تا ۶ قانون آیین دادرسی کیفری در رأی وحدت رویه شماره ۷۵۶ مورخ ۱۴/۱۰/۱۳۹۵ دیوان عالی کشور کاملاً روشن است. در این پرونده، اختلاف بین دو شعبه دادگاه انقلاب تهران در مورد این موضوع بوده است که آیا تخفیف موضوع ماده ۴۴۲ قانون



آیین دادرسی کیفری<sup>۱</sup> تنها مربوط به تعزیرات قابل تجدیدنظر در دادگاه‌های تجدیدنظر است (مجازات‌های تعزیری درجه چهار تا هفت) و یا اینکه تعزیرات قابل فرجام (مجازات‌های تعزیری درجه یک تا سه) را نیز شامل می‌شود؟ دیوان به منظور برخورداری شخص محکوم به حبس ابد از مقررات ماده مزبور که به موجب آن محکوم علیه می‌تواند با توافق دادگاه صادرکننده حکم، ضمن اسقاط فرجام خواهی خود از تخفیف مجازات تا یک چهارم برخوردار گردد، استناد به اصول راهبردی مشخصی را ضروری نمی‌بیند. از این رو، در رأی صادره بدون استناد به اصول راهبردی خاص (مواد ۶۰۱)، تسری حکم ماده ۴۴۲ قانون مزبور نسبت به محکومیت‌های قابل فرجام را منطبق با موازین قانونی و اصول کلی دادرسی می‌داند.

بدین ترتیب دیوان عالی کشور از نقش خود در خصوص ارتقای فرهنگ قضایی در توسعه اصول راهبردی آیین دادرسی کیفری غافل مانده است. در واقع، دیوان عالی کشور با بی‌اعتنایی نسبت به اصول مزبور، از یکی از گفتمان‌های جدید در حقوق کیفری ایران یعنی رعایت تشریفات دادرسی منصفانه در پرتو استناد به اصول مزبور و در نتیجه از یاددهی و آموزش آن به دادرسان زبردستی چشم‌پوشی نموده است.

افزون بر این، ملاحظه می‌شود که گفتمان دیگر قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ یعنی شیوه حل اختلاف‌های کیفری بر اساس رویکرد توافقی شدن که از نتایج مهم آن، کاهش یا کوتاه کردن مداخله نظام کیفری بوده، مورد توجه دیوان عالی کشور قرار نگرفته است. ماده ۱ قانون آیین دادرسی کیفری در کنار هدف توان‌گیرانه - سزادهی به بزهکار (هدف کلاسیک)، صلح میان طرفین را به عنوان راهبرد توافقی شدن عدالت تصالحو پیش‌بینی نموده است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۶: ۶۰۵). این توافق و سازش از یکسو به اصلاح ذات‌البین و حل اختلاف کیفری بین شاکی و متهم می‌پردازد و از سوی دیگر، شامل سازش میان مقام قضایی و متهم (محکوم) یعنی قراردادی شدن عدالت

۱. به موجب مقررات این ماده، در صورتی که محکوم علیه پیش از پایان مهلت تجدیدنظر خواهی، حق تجدیدنظر خواهی خود را اسقاط و یا درخواست تجدیدنظر را مسترد نماید، دادگاه تا یک چهارم مجازات تعیین شده را کسر می‌کند.

کیفری می‌گردد که نتیجه آن حذف (تعلیق تعقیب) یا کوتاه کردن فرایند کیفری (سازش در چارچوب ماده ۴۴۲) است.<sup>۱</sup>

بدین‌سان، هیئت عمومی دیوان عالی کشور در برابر این پرسش که آیا پیش‌بینی اصول راهبردی در ابتدای قانون آیین دادرسی کیفری، متضمن نفع و فایده هستند، پاسخ منطقی نداده است. آنچه در این تصمیم مشخص است، بی‌اعتنایی دیوان به یکی از مهم‌ترین اصول راهبردی یعنی اصل تسریع در رسیدگی یا مهلت معقول دادرسی است.

اهمیت این اصل به عنوان یکی از مصادیق دادرسی منصفانه برای نویسندگان قانون آیین دادرسی کیفری که از مفاد اسناد بین‌المللی کیفری حقوق بشری مانند ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و حمایت از آزادی‌های بنیادین و همچنین از قوانین داخلی برخی کشورها از جمله ماده مقدماتی قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه آگاهی داشتند تا بدانجا بوده که ماده ۳ قانون آیین دادرسی کیفری را به آن اختصاص داده‌اند.<sup>۲</sup> در رویه قضایی نیز سال‌هاست که دغدغه قوه قضاییه، کوتاه نمودن جریان دادرسی است که می‌تواند از علت‌های مختلفی از جمله تورم قوانین کیفری، نقص تشکیلات و نامتناسب بودن آن با انبوه پرونده‌های در جریان رسیدگی، عدم پیش‌بینی سازوکارهای ناظر به حذف یا کوتاه شدن جریان دادرسی و به ویژه عدم استقبال مقامات قضایی از این نهادها ناشی گردد.

در آرای متعدد دیگر نیز دیوان عالی کشور بدون استناد به اصل توافعی، تصمیمات صادره از دادگاه کیفری استان را با این استدلال که دادستان یا نماینده وی در جلسات

۱. گفتنی است که بر اساس رأی وحدت رویه شماره ۷۲۲ مورخ ۱۳۹۷/۰۹/۲۰، تفسیر هیئت عمومی دیوان عالی کشور ماهیت توافقی مقررات مزبور را مدنظر نداشته، بلکه با توجه به سیاق عبارات ماده ۴۴۲، اعمال تخفیف را برای دادگاه تکلیف دانسته است.

۲. گفتنی است در کنار سازوکارهای جدید که به طور معمول طول فرایند رسیدگی را حذف می‌نماید، مانند بایگانی کردن پرونده (ماده ۸۰)، تعلیق تعقیب و سازش کیفری (ماده ۸۱) و میانجیگری کیفری (ماده ۸۲)، قانون‌گذار در سال ۱۳۹۲ مقررات سابق ماده ۶ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری (ماده ۴۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری فعلی) را که اجرای آن باعث حذف یک مرحله از فرایند کیفری می‌گردد، حفظ نموده است.

رسیدگی دادگاه حاضر نبوده و از وی دعوت به عمل نیامده است، نقض می‌کند.<sup>۱</sup> در پرونده دیگری، شخص متقاضی اعاده دادرسی مدعی است که در مرحله تحقیقات مقدماتی در دادسرا، اتهام وی جعل و استفاده از سند مجعول تفهیم شده و بر این اساس نیز دفاع و آخرین دفاع اخذ و کیفرخواست صادر گردیده است؛ در مقام رسیدگی، دادگاه اتهام‌های انتسابی وی را تغییر و آن را مشارکت در بزه انتقال مال غیر (کلاهبرداری) تشخیص داده است، اما بدون تفهیم اتهام و وصف کیفری جدید، وی را بر اساس اتهام جدید محکوم می‌نماید. دیوان عالی کشور با پذیرش درخواست اعاده دادرسی متقاضی تأکید می‌نماید که این اقدام دادگاه بدوی بر خلاف تشریفات و موازین آمره دادرسی کیفری صورت گرفته است و هرچند دادگاه اختیار تبیین نوع اتهام را بر خلاف آنچه در کیفرخواست آمده است، دارد، اما لازمه آن رعایت موازین قانونی با ملحوظ داشتن حقوق دفاعی متهم است و چنین اقدامی ملاحظه نمی‌گردد.<sup>۲</sup> بدین ترتیب، دیوان عالی کشور اعاده دادرسی شخص نسبت به حکم دادگاه بدوی را با توجه به مغایرت آن با تشریفات و موازین آمره دادرسی کیفری می‌پذیرد؛ اما استناد به اصل ترافعی را که به موجب آن متهم باید از اتهام علیه خود و دلایل آن آگاه شده و بتواند آن‌ها را به مناقشه بکشد، ضروری نمی‌بیند. این بی‌تفاوتی نسبت به استناد به اصول راهبردی در هنگامی که دیوان عالی کشور عقیده دارد که رسیدگی به اتهامات داخل در صلاحیت اضافی الزاماً باید توأم با صدور کیفرخواست صورت گیرد نیز مشاهده می‌شود. برای نمونه، شخصی به اتهام لواط ایقابی، سرقت، ایراد ضرب و جرح عمدی تحت پیگرد قرار می‌گیرد؛ دادگاه کیفری استان با توجه به اینکه جرم مهم‌تر (لواط) در صلاحیت اوست، به سایر جرایم نیز به تبع جرم اصلی بدون اینکه نیاز به صدور کیفرخواست در مورد آن‌ها باشد، رسیدگی می‌کند؛ این تصمیم مورد فرجام‌خواهی قرار می‌گیرد و دیوان

۱. برای نمونه ر.ک: مرکز استخراج و مطالعات رویه قضایی، ۱۳۹۶: ۱۳۳، رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۱۰۰۰۱۶۴ مورخ ۱۳۹۳/۰۳/۱۰ صادره از شعبه ۲۷ دیوان عالی کشور؛ مرکز استخراج و مطالعات رویه قضایی، ۱۳۹۷: ۱۰۴، رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۱۰۶۰۱۱۳۶ مورخ ۱۳۹۳/۰۸/۱۰ صادره از شعبه ۳۳ دیوان عالی کشور.  
 ۲. برای نمونه ر.ک: مرکز استخراج و مطالعات رویه قضایی، ۱۳۹۷: ۷، رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۱۰۶۰۰۹۵۴ مورخ ۱۳۹۳/۰۷/۰۶ صادره از شعبه ۳۳ دیوان عالی کشور؛ همان: ۸۴، رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۰۱۳۱۳ مورخ ۱۳۹۳/۰۸/۰۴.

عالی کشور ضمن پذیرش فرجام‌خواهی، رأی دادگاه کیفری استان را نقض می‌نماید، با این استدلال که برابر تبصره ۳ ماده ۳ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، رسیدگی به اتهامات سرقت و ایراد ضرب و جرح عمدی بدون صدور کیفرخواست فاقد وجاهت قانونی است.<sup>۱</sup>

بدین‌سان با توجه به وجود یک مقررات فنی - تکنیکی شفاف که پذیرش فرجام‌خواهی را توجیه می‌نماید، دیوان عالی کشور از استناد به اصل راهبردی مهم دو مرحله‌ای بودن<sup>۲</sup> رسیدگی که بر اساس آن به اتهامات شخص ابتدا باید در دادسرا رسیدگی به عمل آید و پس از صدور کیفرخواست، دادگاه شروع به رسیدگی کیفری نماید، بی‌تفاوت می‌ماند. این رویکرد در رأی صادره از شعبه ۱۴ دیوان عالی کشور نیز قابل مشاهده است. در این پرونده، دادگاه کیفری استان بدون صدور کیفرخواست، به اتهام مشارکت در آدم‌ربایی رسیدگی و اصدار رأی نموده است. از نظر دیوان، تنها پرونده‌های موضوع جرایم مشمول حد زنا، لواط، جرایم تعزیری درجه هفت و هشت و جرایم مربوط به اطفال و نوجوانان زیر پانزده سال بدون نیاز به کیفرخواست مستقیماً در دادگاه مزبور مطرح می‌شوند و «رسیدگی توأمان دادگاه در موضوع مطروحه به جرایم لواط و آدم‌ربایی، موجب لغو حکم مقنن در خصوص مورد که از قواعد آمره است، نخواهد شد». بدین‌سان، دیوان عالی کشور فرجام‌خواهی شخص ذینفع نسبت به رأی صادره را می‌پذیرد؛ اما نه بر اساس اصل راهبردی دو مرحله‌ای بودن رسیدگی، بلکه بر اساس تبصره ۳ ماده ۳ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب که تنها جرایم مشمول حد زنا و لواط را به طور مستقیم قابل طرح در دادگاه کیفری استان می‌داند.<sup>۳</sup>

به این ترتیب، کارنامه دیوان عالی کشور به رغم تلاش پاره‌ای از دادرسان<sup>۴</sup> در

۱. همان: ۱۹۳، رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۷۹۱۰۶۰۰۲۹۸ مورخ ۱۳۹۳/۰۳/۱۲ صادره از شعبه ۳۳ دیوان عالی کشور.

۲. اصل دو مرحله‌ای بودن رسیدگی، در ماده مقدماتی قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه به رسمیت شناخته شده است.

۳. برای نمونه ر.ک: همان: ۱۳۳، رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۷۴۰۰۲۲۱ مورخ ۱۳۹۳/۰۲/۲۴ صادره از شعبه ۳۵ دیوان عالی کشور؛ همان: ۲۴۶، رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۶۴۰۰۰۷۲ مورخ ۱۳۹۳/۰۳/۳۱ صادره از شعبه ۳۳ دیوان عالی کشور.

۴. برای مطالعه بیشتر ر.ک: اداره وحدت رویه دیوان عالی کشور، ۱۳۹۷: ۱۱۵۱-۱۱۶۶.

نهادینه کردن دو گفتمان جدید قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ (گفتمان دادرسی منصفانه و گفتمان عدالت تصالحي - سازشی<sup>۱</sup>)، حاکی از عدم استقبال از این دو گفتمان است. به بیان دیگر، سیاست جنایی شکلی قضایی در این خصوص، منطبق با گفتمان سیاست جنایی قانون گذار نبوده و دغدغه قانون گذار در استقرار مفاهیم و مدل‌های جدید رسیدگی کیفری، مورد توجه دیوان عالی کشور قرار نگرفته است.

### نتیجه گیری

نوآوری مهم قانون گذار در پیش‌بینی اصول آیین دادرسی کیفری در فصل اول از بخش اول «کلیات» قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، زمینه تحول حقوق و آزادی‌های فردی شهروندان را در فرایند کیفری فراهم آورده است. این اصول به عنوان نگرهبان و ناظر دقیق و تیزبین آیین دادرسی کیفری عمل می‌نماید که اولین هدف آن، جلوگیری و محدودسازی اقدامات قهرآمیز و خودسرانه پلیسی - قضایی است که به مناسبت مبارزه با بزهکاری و کشف حقیقت، حقوق و آزادی‌های اشخاص را که در اسناد بین‌المللی، قانون اساسی و مقررات و قوانین آیین دادرسی کیفری شناسایی شده، در معرض تضییع قرار می‌دهند.

این اصول از یکسو به حقوق و آزادی‌های فردی و به طور کلی کرامت انسانی مربوط می‌شوند و از سوی دیگر، حقوق بزه‌دیده را نیز مورد توجه قرار می‌دهند. بدین ترتیب، حقوق طرف‌های دعوی تضمین و تقویت شده و در نتیجه، کیفیت دادرسی منصفانه ارتقا می‌یابد و بر دغدغه قانون گذار در استقرار مفهوم و لوازم مدل دادرسی عادلانه پا کر که بر اساس آن رسیدگی‌های کیفری باید منصفانه و توافقی باشد، تأکید می‌ورزد<sup>۲</sup> (Henrion, 2001: 50). در پرتو این اصول است که هدف مهم و دیرینه آیین دادرسی کیفری یعنی اجرای عدالت و حمایت از حقوق بنیادین اشخاص از گذر برقراری توازن و سازش میان استقرار و حفظ نظم عمومی و شناسایی و دستگیری مرتکبان

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک: نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۶: ۶۰۵ و بعد.

۲. این مبنا در هنگام تصویب ماده مقدماتی قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه در ۱۵ ژوئن ۲۰۰۰ م. مورد توجه قانون گذار فرانسه نیز بوده است (Cf. Henrion, 2001: 50).

جرم از یکسو و رعایت حقوق و آزادی‌های فردی در برابر کنشگران و نهادهای عدالت کیفری از سوی دیگر تحقق می‌یابد (Hélie, 1866: 4, cite par: Pradel, 2006-2007: 324).

رسالت و کارکرد عمده اصول راهبردی آیین دادرسی کیفری به عنوان قواعد هنجارمند ضروری، به منظور تفسیر صحیح و ابهام‌زدایی از قوانین فنی و تکنیکی قانون آیین دادرسی کیفری بوده و همچنین نظارت بر چگونگی اجرای این مقررات در طول فرایند کیفری است. این اصول در تمامی مراحل مختلف فرایند کیفری و همه مقررات قانون آیین دادرسی کیفری و همه مراجع کیفری عمومی و اختصاصی و شبه قضایی (قلمرو کیفری) حکومت دارد. اهمیت این اصول با توجه به تنوع و افزایش بیش از پیش مقررات فنی و تکنیکی و همچنین اصلاحات متعدد در قوانین آیین دادرسی کیفری احساس می‌شود. این اصول که ریشه در اسناد بین‌المللی حقوق بشر و قانون اساسی دارند، دارای ارزش فرائقینی بوده و به تعبیر یکی از حقوق‌دانان، به سطح اصول فراملی حقوق کیفری ارتقا یافته‌اند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۹: ۶۰۸). در نتیجه، رعایت آن‌ها از سوی قانون‌گذار و کنشگران فرایند کیفری الزامی است و نقض آن‌ها با ضمانت اجراهای کیفری، اداری، انتظامی و به ویژه بطلان (ضمانت اجرای حقوقی) همراه است. بدین‌سان، این اصول رسالت نظارتی و کنترل بر تصویب قوانین آیین دادرسی کیفری دارند و قانون‌گذار باید این اصول را به هنگام تصویب قوانین در نظر بگیرد، چندان که مقررات فنی و تکنیکی قانون در ادامه اصول راهبردی و منطبق با آن اصول شکل گیرد. در واقع، قانون‌گذار تحت نفوذ اصول راهبردی، مقید به رعایت خطوط اساسی ترسیم‌شده توسط آن‌ها خواهد بود و بدین‌سان است که بیش از پیش، فرایند پیوستگی و همگرایی قوانین عادی با هنجارهای فرائقینی تحقق می‌یابد.

همچنین ارزش فرائقینی این اصول باعث می‌شود که در صورت مغایرت میان یکی از این اصول با یک مقررۀ فنی و تکنیکی، مقام قضایی این اصول را در اولویت قرار داده و اعمال نماید. با وجود این، کارنامه کنشگران عدالت کیفری به ویژه دیوان عالی کشور، حکایت از استقبال قابل توجهی از این گفتمان ندارد و شعب دیوان در آراء و تصمیم‌های خود، استناد به اصول راهبردی را چندان مورد توجه نمی‌دهند.

در حالی که دیوان عالی کشور به مناسبت رسیدگی‌های خود می‌تواند با تفسیر

اصول موجود و استخراج اصول مرتبط جدید، مقررات فنی و تکنیکی قانون آیین دادرسی کیفری را تفسیر و تکمیل کرده و همزمان الزامات اساسی جدیدی را برای مراجع قضایی پایین دستی و قانون‌گذار وضع نماید. نظرات و ملاحظات تفسیری دیوان عالی کشور در این چارچوب، جنبه تعلیماتی و آموزشی در جهت رعایت حقوق اساسی اشخاص برای قانون‌گذار و رویه قضایی داشته و می‌تواند به استقرار و ارتقاء دادرسی منصفانه بینجامد. بدین ترتیب، دیوان با تصمیمات، آراء و تفسیرهای خود در واقع، سیاست جنایی شکلی قضایی را با سیاست جنایی تقنینی منطبق نموده و به تعارض‌هایی که میان سیاست جنایی تقنینی و سیاست جنایی قضایی شکلی وجود دارد، خاتمه می‌دهد. نهادینه کردن این اصول، کنترل و تلطیف اقدامات دست‌اندرکاران سیاست جنایی در ایجاد و متنوع کردن ضابطان خاص و مراجع کیفری اختصاصی، گسترش اختیارات آن‌ها و آیین دادرسی کیفری ویژه و افتراقی را - که تهدیدی علیه حقوق بنیادی افراد محسوب شده و بیش از گذشته مورد توجه قرار گرفته است - در پی خواهد داشت. اصول راهبردی آیین دادرسی کیفری را نمی‌توان یک مقررۀ حقوق کیفری شکلی دانست؛ بلکه مقرره‌ای بوده که به آزادی‌های عمومی اشخاص مربوط می‌شود و به بیان لارگیه، یک کلاس درس آیین دادرسی کیفری در نهایت چیزی جز کلاس درس آزادی‌های عمومی که به درستی تدریس شود، نیست (Larguier, 1999: 2).

کتاب‌شناسی

۱. آشوری، محمد، *آیین دادرسی کیفری*، چاپ بیست و یکم، تهران، سمت، ۱۳۹۸ ش.
۲. همو، *مجموعه مقالات عدالت کیفری (۲)*، تهران، دادگستر، ۱۳۹۲ ش.
۳. اداره وحدت رویه دیوان عالی کشور، *مذاکرات و آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور، سال ۱۳۹۵*، بخش دوم، تهران، اداره کل وحدت رویه و نشر مذاکرات هیأت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۹۷ ش.
۴. باقری‌نژاد، زینب، *اصول آیین دادرسی کیفری*، تهران، خرسندی، ۱۳۹۴ ش.
۵. پرادل، ژان و دیگران، *حقوق کیفری شورای اروپا*، ترجمه محمد آشوری، تهران، خرسندی، ۱۳۹۲ ش.
۶. تدین، عباس، *تحصیل دلیل در آیین دادرسی کیفری*، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۷. تدین، عباس، و زینب باقری‌نژاد، «هستی‌شناسی اصول بنیادین دادرسی کیفری»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، دوره نهم، شماره ۳۳، زمستان ۱۳۹۹ ش.
۸. خالقی، علی، *نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری*، تهران، شهر دانش، چاپ پانزدهم، ۱۳۹۹ ش.
۹. رحمدل، منصور، «تشریفات قانونی و دادرسی و آثار مترتب بر عدم رعایت آن‌ها در امور کیفری»، *دوفصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری*، دوره پانزدهم، شماره ۱۵، بهار و تابستان ۱۳۹۷ ش.
۱۰. رستمی، هادی، *آیین دادرسی کیفری*، تهران، میزان، ۱۳۹۷ ش.
۱۱. ساقیان، محمدمهدی، «اصل برابری سلاح‌ها در فرایند کیفری (با تکیه بر حقوق فرانسه و ایران)»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۵۶-۵۷، پاییز و زمستان ۱۳۸۵ ش.
۱۲. همو، «تحولات حقوق بزه‌دیده (شاکی) در مرحله تحقیقات مقدماتی»، در: *مجموعه مقالات همایش آیین دادرسی کیفری، بنیان‌ها، چالش‌ها و راهکارها*، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۵ ش.
۱۳. طهماسبی، جواد، *آیین دادرسی کیفری*، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۱۴. کشاورز صدر، سیدمحمدعلی (گردآورنده)، *آیین و رویه دادرسی کیفری*، تهران، ابن سینا، ۱۳۴۸ ش.
۱۵. مرکز استخراج و مطالعات رویه قضایی، *مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عالی کشور (کیفری)*، بهار ۱۳۹۳، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۶ ش.
۱۶. مرکز استخراج و مطالعات رویه قضایی، *مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عالی کشور (کیفری)*، مهر، آبان و آذر ۱۳۹۳، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۷ ش.
۱۷. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «بین‌المللی - اساسی شدن اصول حقوق کیفری» در: *دانشنامه سیاستگذاری حقوقی*، به کوشش لعیا جنیدی و امیرحسین نیازپور، تهران، معاونت تدوین، تقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی رئیس‌جمهور، ۱۳۹۹ ش.
۱۸. همو، «گفتمان سیاست جنایی قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی کیفری، ۱۳۹۲»، در: *حج اندیشه؛ هم‌فزایی فقه و حقوق در تحقق عدالت و تعالی انسان*، به کوشش نعمت‌اله الفت، قم، دانشگاه مفید، ۱۳۹۶ ش.

19. Ambroise-Castérot, Coralie et Philippe Bonfils, *Procédure pénale*, 1<sup>e</sup> éd., Paris, Presses Universitaires de France – PUF, 2011.
20. Crim, 10 nov 1977, D. 1978, p. 621.
21. Crim, 11 juill 1995, B. no 225.
22. Crim, 14 mars 1988, D. 1988, somm. p. 136, obs. Pradel.
23. Crim, 15 févr 2000, B. no 68.



24. Crim, 15 juill 2000, B. no 229.
25. Crim, 15 nov 1993, B. no 337.
26. Desportes, Frederic et Laurence Lazerges-Cousquer, *Procédure Penale*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, 2012.
27. Giudicelli, André, “Chroniques — Chronique de jurisprudence; Procédure pénale”, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (RSC)*, Janvier-Mars 2003.
28. Hélie, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, Tome I, 1866.
29. Henrion, Hervé, “L'article préliminaire du code de procédure pénale: vers une «théorie législative» du procès pénal?”, *Archives de politique criminelle*, n° 23, 2001.
30. Larguier, Jean, *Procédure pénale*, 17<sup>ème</sup> éd., Editions Dalloz, 16 janvier 1999.
31. Lazerges, Christine, “De l'écriture à l'usage de l'article préliminaire du Code de procédure pénale”, *Le champ penal*, Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof, Dalloz, 2006.
32. Pradel, Jean, *Procédure pénale*, Paris, Cujas, 2006-2007.
33. Vergès, Etienn, “L'effet normatif de l'article préliminaire du Code de procédure pénale”, in: *Mélanges offerts à Raymond Gassin*, PUAM, 2007.
34. Id., *Les principes directeurs du proces judiciaire; Etude d'une catégorie juridique*, These, Université d'Aix-Marseille, Décembre 2000.
35. Vouvray, P. et Geneviève Giudicelli-Delage, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (RSC)*, 2001.



## شناسایی حق بر توانمندسازی بزه‌دیده؛ مبانی و جلوه‌ها\*

- ته‌مینه شاهپوری<sup>۱</sup>
- حسین غلامی<sup>۲</sup>
- حسنعلی مؤذن‌زادگان<sup>۳</sup>

### چکیده

ضرورت تحقق رشد پس از آسیب برای بزه‌دیده و تلفیق آن با مفهوم حق، موجب پیدایش حق بر توانمندسازی است. پژوهش حاضر با روش تحلیلی - توصیفی و با استفاده از ابزار کتابخانه‌ای به مفهوم‌سازی حق بر توانمندسازی با مؤلفه‌های تغییر پیش فرض از جبران به توانمندسازی، عبور از اصل همترازی حقوق متهم و بزه‌دیده و الزام مشارکت متقارن حکومت و بزه‌کار در فرایند توانمندسازی پرداخته است. یافته‌های تحقیق حاکی از آن است که این حق، مبتنی بر نظریاتی

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۸/۲۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۲/۲۸.

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران (نویسنده مسئول) (tahminehshahpuri@yahoo.com).
۲. استاد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران (gholami1970@yahoo.com).
۳. دانشیار حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران (moazenzadegan@gmail.com).

چون قرارداد اجتماعی، رفاه اجتماعی و نظریه آسیب اجتماعی شناختی بر ضرورت پذیرش مستقیم مسئولیت حاکمیت در توانمندسازی بزه‌دیده استوار است. همچنین نظریه‌های عدالت ترمیمی و انصاف که از منظر ضرورت ترمیم آسیب‌ها و نقش آن در ایجاد احساس تحقق عدالت و پیشگیری از بزه‌دیدگی مجدد، به تحلیل الزام بازتوانی بزه‌دیده می‌پردازند. عینی‌سازی حق بر توانمندسازی نیز نیازمند جلوه‌هایی قانونی در عرصه فراملی و ملی است. بررسی این جلوه‌ها نشان داد که اگرچه در طول زمان، جلوه‌های توانمندی بزه‌دیده افزایش یافته است، اما همچنان تا رسیدن به تحقق مؤلفه‌های حق بر توانمندسازی منطبق با اصول پیش گفته فاصله وجود دارد.

**واژگان کلیدی:** حق، حق بر توانمندسازی، بزه‌دیده، مؤلفه توانمندسازی، مبانی نظری حق بر توانمندسازی، جلوه‌های حق بر توانمندسازی.

### مقدمه

جرم معضلاتی را برای بزه‌دیدگان مستقیم و آسیب‌دیدگان غیر مستقیم ناشی از آن ایجاد کرده و حق زندگی بهتر برای همه<sup>۱</sup> را که لازمه دارا شدن سایر حقوق فردی و اجتماعی است، از آنان سلب می‌نماید؛ بدین معنا که چالش‌های حاصل از بزه‌دیدگی، اثرات مستقیم و غیر مستقیمی اعم از آثار جسمی، روانی، اجتماعی و اقتصادی بر جای می‌گذارد که نه تنها بزه‌دیدگان، بلکه خانواده آنان و جامعه را نیز درگیر می‌کند.<sup>۲</sup> آنچه امروزه در قالب خدمات به بزه‌دیدگان در نظام‌های قضایی ارائه می‌شود، در مفهوم جبران قابل شناسایی است (رایجیان اصلی، ۱۳۹۸: ۶۲) که نمی‌تواند به معنای کامل، احیاکننده حقوق بزه‌دیده باشد و توجه به این خلأ، زمینه تغییر مسیر را از جبران به توانمندسازی فراهم می‌کند. توانمندسازی مفهومی چندبعدی و میان‌رشته‌ای است. علوم مدیریتی، مددکاری اجتماعی، روان‌شناسی و روان‌پزشکی از جمله علمی هستند که از منظر توانمندسازی به انسان نگریسته‌اند. در این میان، علوم جنایی نیز از این مقوله دور نمانده است. لذا توانمندسازی در حوزه حقوق کیفری نیز بی‌سابقه نیست؛ بزه‌دیده

1. Attaining a better life for all.
2. *National Policy Guidelines for Victim Empowerment*, 2012.

به عنوان یک عامل تعیین کننده در چرخه جنایی و شخصی که به واسطه ارتکاب جرم، دچار انواعی از آسیب‌ها اعم از آسیب‌های مستقیم و غیر مستقیم، ثانوی و مشدد، دوچندان، مکرر و مرکب شده، مورد توجه جرم‌شناسان و به طور خاص، بزه‌دیده‌شناسان بوده است<sup>۱</sup> (اساتید حقوق کیفری و جرم‌شناسی سراسر کشور، ۱۳۹۳: ۴۶۲). با وجود آسیب‌پذیری بالای بزه‌دیده در میان سایر بازیگران عرصه علوم جنایی، بررسی‌های تاریخی نشان می‌دهد که توجه به بزه‌دیدگان و نیازهای آنان، مؤخر بر سایر عناصر چرخه جنایی بوده است (وان دیک، ۱۳۸۷: ۴۳۱-۴۵۹).

توجه به جایگاه بزه‌دیده از سال ۱۹۴۱ توسط «فون هنتینگ» آغاز شد. وی به مطالعه نظری انواع بزه‌دیده، ارتباط متقابل او با بزه‌کار و نقش وی در وقوع جرم پرداخت. این مطالعات توسط دانشمندانی چون مندلسون، اسکافر و وولفگانگ با رویکرد سرزنش بزه‌دیده ادامه یافت (خدادی، ۱۳۹۸: ۱۵). اما در رویکردهای نوین بزه‌دیده‌شناسی با تمرکز بر بزه‌دیده‌شناسی علت‌شناسانه و بزه‌دیده‌شناسی حمایتی، مسیر به سمت توجه به نیازهای بزه‌دیدگان و حمایت آنان تغییر کرد (نجفی ابرندآبادی و همکاران، ۱۳۸۴: ۱۵). ترمیم آلام بزه‌دیده و حمایت از او با تردید در صحت سرزنش‌پذیری او به واسطه دخالت انواعی از عامل‌های تضعیف‌کننده اجتماعی، اقتصادی و... مطالعات را به سمت توانمند کردن بزه‌دیده تغییر داد و موجب ورود ادبیات توانمندسازی در علوم بزه‌دیده‌شناختی گردید.

با این حال، گسترش مطالعات بزه‌دیده‌شناسی، تشکیک در نقش بزه‌دیده در فرایند تکوین جرم و آسیب‌پذیری او در برابر انواعی از آسیب‌های موجود، اندیشه توانمندسازی و ضرورت آن را در قالب شناسایی حق قوت داده است. آنچه از مفهوم حق بر توانمندسازی در مقاله حاضر مدّ نظر است، با تمرکز بر سه مؤلفه نظریه‌پردازی شده و

۱. استفاده از وصف‌های مختلف برای بزه‌دیدگی، نشان‌دهنده حجم آسیب‌هایی است که از جنبه‌های مختلف ممکن است بر بزه‌دیده تحمیل شود؛ بزه‌دیدگی دوچندان، آسیب‌های مستقیم ناشی از جرم و آسیب‌های ثانوی ناشی از مواجهه با نهاد عدالت کیفری است. بزه‌دیدگی همزمان، تجربه همزمان آسیب‌ها به‌عنوان مثال تجاوز جنسی، خشونت فیزیکی و آسیب روانی است. بزه‌دیدگی دوباره، تکرار بزه‌دیدگی کودکان در بزرگسالی و بزه‌دیدگی مرکب، انتظار هر لحظه بزه‌دیده برای تکرار بزه‌دیدگی است (اساتید حقوق کیفری و جرم‌شناسی سراسر کشور، ۱۳۹۳: ۲۲۳، ۴۶۲ و ۱۱۱۵).

از مفهوم جبران که تا به امروز در مطالعات بزه‌دیده‌شناسی مدّ نظر بوده است، متفاوت است.

تغییر پیش‌فرض<sup>۱</sup> از جبران به توانمندسازی، اولین مؤلفه از حق بر توانمندسازی است. چارچوب علوم حقوقی مبتنی بر پیش‌فرض‌هایی است که ماهیت و هدف آن را به نمایش می‌گذارد (حیدری، ۱۳۹۰: ۷۲) و تحلیلی خاص از مفهوم عدالت ارائه می‌دهد؛ درک درست از عدالت متوقف بر آگاهی نسبت به این پیش‌فرض‌هاست. مسلم آنکه رهیافت‌های مربوط به نظام عدالت کیفری از پیش‌فرض‌های مرجع تبعیت می‌کند که بیانگر شیوه نگرش به این سیستم است. چنانچه پیش‌فرض نظام عدالت کیفری، تأکید بر مجازات و حتی پیشگیری از جرم باشد، همچنان بزه‌دیده در این فرایند مغفول است و نمی‌تواند یکی از اولویت‌های نظام عدالت کیفری قرار گیرد. تغییر این پیش‌فرض به سمت بزه‌دیده بر رویکردی استوار است که در واقع، توانمند شدن بزه‌دیده، همان تحقق عدالت است. نتیجه این تغییر چنین خواهد شد که نیازهای بزه‌دیده در قالب توانمند شدن، برآیند اصلی نظام عدالت کیفری خواهد بود و کلیه توان و ابزارهای این نهاد در خدمت بزه‌دیده قرار خواهد گرفت.

مؤلفه دوم حق بر توانمندسازی، تقدم اصل رفتار منصفانه نسبت به بزه‌دیده است. متأثر از تغییر پیش‌فرض در نظام عدالت کیفری به ضرورت تحقق توانمندسازی و معرفی آن به عنوان الگوی اصلی و مناسب سیاست‌گذاری جنایی، اصل همترازی حقوق بزه‌دیده و متهم<sup>۲</sup> در مرحله شروع فرایند مداخله نظام عدالت کیفری نیز بر هم خورده و گرایش جدیدی از مفهوم دادرسی عادلانه بر پایه مفهوم حق بر توانمندسازی شکل

۱. پیش‌فرض عبارت است از آنچه در آغاز هر پژوهش، اقامه برهان یا بحثی، بدیهی و پذیرفته‌شده تلقی می‌گردد. پیش‌فرض‌ها به صورت خودآگاه یا ناخودآگاه، همواره در پس تمامی فعالیت‌های نظری و عملی پنهان هستند و در تاریخ جمعی هر حوزه تخصصی، در لابه‌لای نوشتارها، در ذهن پژوهشگران یا در شرایط اجتماعی‌ای که پژوهشگران در آن به تولید علم و دانش مشغول‌اند، حک شده‌اند. پیش‌فرض، بیانیه یا قضیه‌ای است که به عنوان حقیقت پذیرفته می‌شود.

۲. اصل همترازی حقوق بزه‌دیده و متهم که پیشتر در مقاله‌ای با عنوان «بازاندیشی دادرسی دادگرانه در پرتو اصل همترازی حق‌های بزه‌دیده و متهم» مفهوم‌سازی شده است، به معنای هنجار راهبردی کلی حقوق بشری است که شناسایی و احقاق حق‌های بزه‌دیده و متهم در دادرسی دادگرانه را با یکدیگر سازش می‌دهد (رایجیان اصلی، ۱۳۹۳: ۱۴۲).

خواهد گرفت؛ به گونه‌ای که در گفتمان جدید حقوق کیفری، جایگاه اصلی و اساسی را به خود اختصاص دهد. لازم به ذکر است که رابطه دوسویه حق متهم و بزه‌دیده در گذرگاه تاریخی، منجر به شکل‌گیری اصل همترازی (نه در معنای برابری) شده است؛ از یکسو، عدم خدشه‌ناپذیری حق‌های بزه‌دیده مانند حق بر جبران و کرامت انسانی در تقابل با حق‌های متهم و از سوی دیگر، عدم خدشه‌ناپذیری حق‌های متهم به ویژه حق‌های دفاعی در فرایند درست قانونی و دادرسی دادگرانه (رایجیان اصلی، ۱۳۹۳: ۱۴۳). با این حال، سؤالی که ایجاد می‌شود این است که چطور فردی که از منظر جرم، دچار تعدی به حقوق خود بر خلاف حق و عدالت گردیده و آسیب دیده است، می‌تواند با سایر افراد دخیل در واقعه جنایی همتراز باشد؟ به نظر می‌رسد استفاده از مفهوم همترازی برای بزه‌دیده در شرایط کنونی فرایند مداخله نظام عدالت کیفری نیازمند تغییر است. برای درک بهتر این دیدگاه می‌توان بزه‌دیده را به مثابه بیمار اورژانسی در نظر گرفت که ممکن است شخصاً به بیمارستان مراجعه نکند و نهادهای درمانی به محض اطلاع، فارغ از هر شرایطی، ملزم به یاری‌رسانی بوده و برای رفع حالت ضروری و نجات بیمار باید به محل حادثه مراجعه نمایند. در این حالت، تمام تلاش کادر درمان و کلیه امکانات موجود درمانی در خدمت بیمار بوده تا بتوانند به رفع حالت خطرناک بپردازند. در این مرحله، درمان نهایی بیمار مورد نظر نبوده و آنچه در اتخاذ روش پزشک مؤثر است، رفع حالت خطرناک و ایجاد شرایط باثبات تا رسیدن به درمان نهایی است. برای بزه‌دیده نیز برخورد اولیه با نظام عدالت کیفری این گونه باید باشد.

مؤلفه نهایی، الزام مشارکت متقارن و همزمان در تحقق حق بر توانمندسازی بزه‌دیده است. تحقق مفهوم مشارکت متقارن به معنای تقارن در ریسک و مسئولیت، چه از جانب حاکمیت و چه بزه‌کار است؛ از منظر بزه‌کار بدین معناست که مجرم در فرایند توانمندسازی بزه‌دیده، مداخله فعال و به اصطلاح «پوست در بازی»<sup>۱</sup> داشته باشد. حضور بزه‌کار نباید تنها به فرایند دادرسی و تحمل مجازات خلاصه شود و در فرایند

۱. این اصطلاح برگرفته از کتابی تحت همین عنوان (*Skin in the Game*) از نسیم طالب است. برای فهم بهتر آن می‌توان این عبارت را به وضعیت قماربازی تشبیه کرد که با هر تصمیم و اقدام ممکن است تمام آورده خود را از دست بدهد.

توانمندسازی، تعامل با عوامل درمان و خانواده بزه‌دیده، کمک‌رسانی و مشارکت، حضور فعال در این فرایند و در معنای کلی، درگیر نگاه داشتن بزه‌کار تا حصول توانمندسازی برای بزه‌دیده است. ایجاد این مشغولیت برای بزه‌کار که از شاخص‌های نظریه کنترل هیرشی است، فرصت ارتکاب مجدد جرم را نیز از او سلب می‌نماید.

مفهوم مشارکت متقارن برای حکومت‌ها از دو جنبه قابل بررسی است؛ از یکسو، حکومت و نهادهای متولی آن، که در تحلیل کلان به واسطه به کارگیری سیاست‌های نادرست زمینه ارتکاب جرم را فراهم می‌کنند، در حاشیه بازی قرار داشته، تنها نظاره‌گر هستند و در معرض خطر مسئولیت قرار ندارند. از سوی دیگر، چنانچه حاکمیت در مقابل تولید جرم احساس مسئولیت نکند و در قبال بهره‌مندی از ابزار قدرت، خطر حاصل از آن و مسئولیت توانمند کردن بزه‌دیده را که محصول عدم توانمندی حکومت در اجرای وظایف خود است، نپذیرد، نتیجه، فقدان احساس مسئولیت در بازتوانی بزه‌دیده خواهد بود. چگونه ممکن است که حکومت‌ها از ابزار قدرت اجتماعی بهره‌مند شوند، اما مسئولیت حاصل از آن را نپذیرند؟ یا عدم توانایی در به کارگیری صحیح از ابزارهای قدرت برای او ایجاد مسئولیت نکند؟ لذا حق بر توانمندسازی بزه‌دیده، ضمانت پاسخگو کردن نظام عدالت کیفری به عنوان بازوی اجرایی حکومت برای تحقق عدالت است.

با این توضیح، هدف پژوهش حاضر علاوه بر شناسایی مؤلفه‌های حق بر توانمندسازی، پاسخ به این سؤال است که حق بر توانمندسازی بزه‌دیده بر پایه چه نظریاتی استوار است؟ تا پس از آن مبتنی بر توجیه نظری بتوان به پرسش بعدی، یعنی بررسی جلوه‌های حق بر توانمندسازی بزه‌دیده در نظام حقوق فراملی و ملی و ارزیابی آن‌ها پاسخ داد.

### ۱. مبانی نظری حق بر توانمندسازی بزه‌دیدگان

شناخت مبانی و نظریات پایه‌ای، برای ایجاد چارچوب‌های ذهنی و منطقی حق بر توانمندسازی بزه‌دیده لازم است. در تأکید بر نقش حکومت در بازتوانی بزه‌دیده، نظریات متقدم در حمایت دولتی از او، زمینه فکری را برای لزوم توجه به این حق نشان می‌دهد که در واقع تکامل یافته تفکر اندیشمندانی است که به حقوق بزه‌دیده در راستای جبران خسارت او، در فرض عدم جبران کامل بزه‌کار توجه داشته‌اند. پس از آن



با گذشت زمان و توجه بیشتر به نقش بزه‌دیده در فرایند عدالت کیفری و بزه‌دیده‌محوری در ادبیات نوین جرم‌شناسی، درختی تنومند با شاخه‌های فراوان شکل گرفته است که نشان می‌دهد نظریه‌های متأخر، سهم بیشتری برای بزه‌دیده و ترمیم آسیب‌های او قائل شده‌اند. فهم حق بر توانمندسازی به عنوان یک نظریه، نیازمند شناخت این سیر نظری است که برخی حکومت‌محور و برخی عدالت‌محورند.

### ۱-۱. نظریات حکومت‌محور توجیه‌کننده حق بر توانمندسازی

همان‌طور که پیشتر بیان شد، تأکید حق بر توانمندسازی، بر مشارکت حکومت و پذیرش مسئولیت در این فرایند است و همین‌مبنا، وجه تسمیه آن به نظریات حکومت‌محور است که محور اساسی آن‌ها، توجیه نظری نقش حکومت در تحقق حق بر توانمندسازی است. لذا برخی نظریات نیز با توجیه ضرورت پاسخگو بودن حکومت‌ها در قبال بزه‌دیدگان، به لزوم مشارکت او پرداخته‌اند.

#### ۱-۱-۱. نظریه قرارداد اجتماعی

مبنای توجه این نظریه به دولت، گذار از وضع طبیعی به وضع مدنی است. فرایند گذار اجتماعی، تحولاتی را در انسان و جامعه ایجاد کرده که پایه شکل‌گیری مسئولیت در جوامع مدرن است.<sup>۱</sup> با وجود تفاوت در مبنای پذیرش قرارداد اجتماعی در میان اندیشمندان فلسفه حقوق،<sup>۲</sup> آنچه بر آن توافق نظر وجود دارد، لزوم وجود دولت و حکومت برای کنترل اجتماعی است که حضورش متعذر است و نیاز جامعه مدنی انسانی؛ بین منافع مختلفی که موجب شکل‌گیری رابطه اجتماعی می‌شود، وجه مشترک وجود دارد و اگر این موارد نبود که همه منافع به آن مربوط شوند، هیچ جامعه‌ای وجود نداشت. بر

۱. جامعه ابتدا دارای ساختاری ساده بوده است. به عبارت دیگر، جامعه و دولت یا حیات سیاسی و اجتماعی، چنان‌که در دولت‌شهر ارسطو نیز دیده می‌شود، یکی بوده‌اند. اما به تدریج که جامعه پیچیده می‌شود، نهادهای مختلف دیگری مانند دولت، مذهب، اقتصاد و آموزش و بسیاری از نهادهای فرعی دیگر مانند دستگاه قضایی و پلیس متولد می‌شوند که مسئولیت برقراری نظم اجتماعی و تنظیم مناسبات اجتماعی بین انسان‌ها با یکدیگر و با دولت را به عهده می‌گیرند. اولین نهادی که انسان موفق به ایجاد آن شد و با تأسیس آن توانست از «وضع طبیعی» عبور کند و به «وضع مدنی» برسد، همان نظام سیاسی یا دولت است (سبزه‌ای، ۱۳۸۶: ۶۸).

۲. این تفاوت اندیشه در نظریات هابز، جان لاک و روسو دیده می‌شود (عالم، ۱۳۸۵: ۸۷-۱۹۹).

همین نفع مشترک است که جامعه باید اداره شود و قرارداد اجتماعی اثراتی دارد که بدون آن‌ها غیر ممکن است که به حیاتش ادامه دهد. مبتنی بر باور معتقدان این دیدگاه، افراد جامعه مدنی نوین در ازای حفظ آزادی‌های فردی، امنیت اجتماعی و اقتصادی و تضمین تحقق عدالت، برخی از حقوق خود از جمله حق اعمال عدالت خصوصی را به دولت واگذار می‌کنند. تحلیل دیدگاه حاضر نشان می‌دهد که دولت در ازای محدود کردن حقوق و آزادی‌های فردی و برخورداری از حق حاکمیت که برای اعمال آن گهگاه متوسل به زور و قوای قهریه نیز می‌شود، متعهد به حمایت و محافظت از افراد جامعه بوده است و قصور و شاید در بعضی شرایط، تقصیر و عمد دولت در عدم ایفای تعهد، موجب مسئولیت دولت در قبال بزه‌دیده است. همان‌طور که مجازات کردن مجرم قرارداد ویژه است که در مقابل رفتار غیر اخلاقی و غیر قانونی او، با ابزارهای حکومتی داده می‌شود و به عنوان دشمن شناخته می‌شود (Rousseau, 1780-1789: 9)،<sup>۱</sup> سوی دیگر این قرارداد، انسانی است که با نقض آن دچار نوعی از آسیب‌ها گردیده است.

### ۱-۲. نظریه رفاه اجتماعی

ارائه تعریف دقیق از مفهوم رفاه اجتماعی، چندان آسان به نظر نمی‌رسد و اندیشمندان این حوزه در تعریف آن دچار اختلاف نظر هستند. توسعه، عدالت و نقش اجتماعی مردم (هزارجریبی و صفری شالی، ۱۳۹۱: ۱۶)، از بین بردن فقر و محرومیت (باری، ۱۳۸۰: ۱۶۱)، دستیابی به زندگی مطلوب، توزیع ثروت (Lovuolo, 2009: 29)، گسترش و تقویت سازمان‌های اشتراکی (همتی، ۱۳۸۹: ۲۶۶)، آزادی انتخاب و ثبات اجتماعی (رشنوادی و دهنوی، ۱۳۸۷: ۲۴)، مؤلفه‌هایی است که از مفهوم رفاه اجتماعی ارائه شده است؛ اما باید دانست که رفاه اجتماعی، ابعاد گوناگونی در دو جنبه عینی و ذهنی دارد و تنها شامل مؤلفه‌های اقتصادی نیست.

دولت‌ها در مسیر تحقق رفاه اجتماعی باید به دنبال تشکیل جامعه‌ای باشند که

۱. این منبع از نسخه ویرایش شده در سال ۲۰۱۲ در وبگاه <www.rousseauonline.ch> استخراج شده است.

سیاست کیفری، نقش کمتری در آن ایفا کند و در مقابل، تلاش به سمت تشکیل جامعه‌ای همبسته با توزیع بهتر درآمد، مسکن، تحصیلات، محیط کار و فرهنگ برود تا در نتیجه این اقدامات، جرم کاهش یابد (Gallo & Svensson, 2019: 24). لذا با این رویکرد، دولت بیش از هر اقدام واکنشی باید به تحقق سیاست‌های رفاهی به عنوان بخشی از ابزارهای سیاست جنایی اهتمام ورزد؛ اما نقص عملکرد دولت‌ها به عنوان متولیان جامعه و مسئولان تحقق رفاه اجتماعی، در بسیاری موارد نه تنها منجر به ایجاد فضای برابر در برخورداری افراد از فرصت‌های اجتماعی نمی‌گردد، بلکه زمینه بروز جرم را نیز فراهم می‌کند. در برخی نظریات جامعه‌شناسی جنایی، مجرم محصول شرایط و سیاست‌های غلط اقتصادی - اجتماعی است. دولت که متولی تعیین و اجرای این سیاست‌هاست، چنانچه نتواند به درستی به وظایف خود عمل کند، موظف است نتیجه آن را بر عهده بگیرد. لذا در تحلیل این نظریه، بزهکاران محصول ناکارآمدی در حصول رفاه اجتماعی برای همگان و بزه‌دیده‌ی شرایطی هستند که اراده مجرم را تحت تأثیر قرار داده و به سمت ارتکاب جرم کشانده است. در رابطه با بزه‌دیده نیز فقدان توجه لازم به نیازهای اجتماعی، زمینه بروز آسیب را فراهم می‌کند؛ فردی که از رهگذر یک جنایت رنج می‌برد، در واقع قربانی بی‌توجهی طولانی‌مدت جامعه به فقر و بی‌عدالتی اجتماعی است، و توجه به جبران برای بزه‌دیده، نه یک مسئله از سر لطف بلکه یک حق است (Goldberg, 1970: 164). به طور کلی بر اساس این دیدگاه، مفهوم بزه‌دیده و بزهکار تفاوت چندانی ندارند و هر دو جمعیت در اجتماع ساخته شده‌اند و در این مفهوم کلی، به عنوان قربانی شناخته می‌شوند که هویتشان از طریق یک فرایند عمومی، بر ساخت شده است (Dwyer, 2000: 22-24). با این حال نمی‌توان انکار کرد که جایگاه بزه‌دیده به عنوان فردی که به حقوق بنیادین او از جانب بزهکار تجاوز شده است، از اهمیت بیشتری برخوردار است. نقش آموزه‌های رفاه اجتماعی برای بزه‌دیدگان از سال ۱۹۷۰ با ایجاد برنامه‌های جبران در نیوزیلند، انگلیس و ایالات متحده آمریکا با تأکید بر پرداخت غرامت آغاز شد. غرامت بزه‌دیده به عنوان موضوع رفاه اجتماعی مطرح شد (Ibid.: 28) تا از طریق منابع عمومی بتوان بخشی از آسیب‌های وارده را پوشش داد. لذا بزه‌دیده به عنوان آسیب‌دیده جرم، نیازمند دریافت انواعی از خدمات

عمومی است که دولت موظف به ارائه آن‌هاست. در عین حال، یکی دیگر از زمینه‌های گرایش به برنامه‌های جبران دولتی برای بزه‌دیده، این اعتقاد بود که پیشگیری از جرم به عنوان یکی از مهم‌ترین وظایف دولت‌ها در تأمین رفاه اجتماعی است. با این پیش‌فرض، بروز جرائم در جامعه نشان می‌دهد که دولت در انجام این وظیفه اهمال ورزیده و سیاست جنایی مؤثری را اتخاذ نکرده است (Ashworth, 1986: 106). لذا وظیفه‌ای بر جبران خسارت برای دولت ایجاد می‌کند که به عنوان ابزار همدردی و نگرانی دولت برای افرادی که بدون تقصیر فردی، بزه‌دیده واقع شده‌اند، شناخته می‌شود. در توجیه این الزام اساسی، نظریه وظیفه اجتماعی توجیه معتبری است (Davies, 1991: 1-24).

### ۱-۱-۳. نظریه آسیب اجتماعی شناختی

جرم‌شناسی که کار خود را با مطالعه علمی پدیده مجرمانه از جوانب مختلف آغاز کرد، در ادامه مسیر از سال ۱۹۶۶ میلادی، با دور شدن از خاستگاه اصلی خود، جنبه مبارزاتی پیدا کرد و توجه خود را به نقش نظام سیاسی حاکم، صاحبان قدرت و ثروت از یکسو و نظام کیفری حاکم از سوی دیگر متمرکز کرد؛ بدین تحلیل که جرم، نه واقعیت ارزشی هنجارهای حاکم، بلکه ابزاری برای سوءاستفاده اصحاب قدرت است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۰: ۱۰۲۴). آسیب اجتماعی شناختی با رویکردی انتقادی‌تر مسیر پیشین را ادامه می‌دهد، بدین توضیح که اساساً جرم تنها یکی از مصادیق آسیب‌ها و صدمات اجتماعی است و باید تمام صدمات اجتماعی که عموماً دولت‌ها و دولت‌شرکت‌ها مرتکبان آن هستند، موضوع قرار گیرد. ناتوانی نظام کلان اجرایی در مدیریت مسائل اساسی اجتماعی و تولید انواع نابسامانی اجتماعی از طریق سوء کارکرد مدیران ذیربط، حکمرانی نامناسب و بد و ایجاد هزینه‌های گزاف اقتصادی - اجتماعی، از جمله عوامل آسیب‌زای اجتماعی است. حکمرانی نامطلوب نه تنها جامعه را به سمت تعالی و حذف عوامل آسیب‌زا نخواهد برد، بلکه خود به عامل ایجاد آسیب تبدیل شده و زمینه بروز انواعی از جرائم را ایجاد می‌کند که گاهی انسان را برای بقاء، ناگزیر از دست زدن به اعمالی می‌کند که تعرض به حقوق دیگران محسوب می‌شود؛ شیوع ناکارآمدی و

آسیب ناشی از آن در نتیجه حکمرانی نامطلوب، سبب بروز بحرانی می‌گردد که از آن تحت عنوان چرخه آسیب‌دیدگی - آسیب‌زایی نام برده می‌شود (غلامی، ۱۳۹۹: ۸۴۶).

با نگاه آسیب اجتماعی شناختی، جایگاه اخلاقی و به تبع آن جرم شناختی بزه‌دیدگان از موقعیت ویژه‌ای برخوردار است (Mill, 1985: 119). در این مفهوم، رویکرد آسیب‌شناسانه مبتنی بر به حداقل رساندن آسیب است و در نهایت، بررسی‌ها اخلاقی مبتنی بر انتقادات وارد بر جرم‌شناسی و تضاد میان جرم و آسیب، نشان از شایستگی مفهوم آسیب‌شناسانه بر بزه‌دیدگان دارد<sup>۱</sup> که مورد غفلت و نادیده‌گیری قرار گرفته‌اند؛ نادیده گرفتن وقتی است که فرد توسط دیگری یا دولت یا مقامی که مسئول مراقبت از اوست، به خوبی مراقبت نمی‌شود (Khare, 2016: 30-31). همچنین این رشته مطالعاتی، آسیب‌ها و صدماتی را که از ناهمگونی ساختارهای سیاسی و اقتصادی به عنوان تولیدکننده‌های تجربه بی‌عدالتی ناشی می‌شود، موضوع بررسی و مطالعه قرار می‌دهد (Hillyard & Tombs, 2008: 15). بدین ترتیب، امکان حمایت از آسیب‌دیدگانی وجود دارد که اگرچه در تعریف قانونی جرم نگنجدند، اما از رهگذر رفتارهای آسیب‌زا که عموماً خاصیت پنهانی بودن دارند، فراهم می‌گردد. همچنین ریشه‌های آسیب بر بزه‌دیدگان در کنترل یا پیشگیری از آن اهمیت می‌یابد. نگاه ریشه‌ای به مفهوم آسیب سبب می‌شود که از بروز آسیب‌های بعدی جلوگیری به عمل آید. دولت‌ها نه فقط بازیگری در صحنه اجتماعی، بلکه خود درگیر خواهند شد و باید در مقابل منشأ ایجاد آسیب واکنش مناسب داشته باشند و مانع ایجاد آن شوند. چنانچه تنها جرم را از منظر قانونی آن بررسی کنیم، متوجه خواهیم شد که بسیاری از قربانیان حذف خواهند شد. علاوه بر آن، نه تنها بزه‌دیدگان مستقیم این آسیب‌ها، بلکه بزه‌دیدگان غیر مستقیم نیز در پرتو حمایت قرار گرفته و هر کس که به نوعی از آسیب‌های پیش‌گفته رنج می‌برد، در گستره بزه‌دیدگان قرار خواهد گرفت. تغییر در گستره بزه‌دیدگان با تغییر مفهوم بزه به آسیب، امکان دستیابی به عدالت و به تبع آن توجه به جبران آسیب‌های وارده در قالب توانمندسازی را فراهم می‌کند.

۱. در خصوص ملاحظات اخلاقی در گذار از جرم‌شناسی به رویکرد آسیب اجتماعی‌شناسی، ر.ک:

Lasslett, 2010: 13-14.

## ۲-۱. نظریات عدالت محور حق بر توانمندسازی بزه‌دیده

برخی نظریات با تمرکز بر آسیب‌های وارد بر بزه‌دیده، از حیث ضرورت ترمیم آن‌ها در پیشگیری از ایجاد حس بی‌انصافی، سوق دادن بزه‌دیده به سمت تحقق انتقام خصوصی و ترمیم رابطه آسیب‌دیده انسانی نگریسته‌اند تا با رفع زمینه‌های آسیب، علاوه بر تحقق عدالت، به بازتوانی بزه‌دیده نیز پرداخته شود. تعامل و سازگاری نظریات پیش رو با مفهوم کلیدی عدالت، وجه تسمیه آن به نظریات عدالت‌محور است که در مباحث بعدی به تحلیل آن‌ها پرداخته می‌شود.

### ۱-۲-۱. نظریه عدالت ترمیمی و توانمندسازی بزه‌دیده

عدالت ترمیمی به عنوان یکی از اساسی‌ترین نظریات متمرکز بر بزه‌دیده در فرایند دادرسی کیفری است که به نقش بزه‌دیده به عنوان یکی از سهامداران این فرایند در ایجاد توافق میان بزه‌کار، بزه‌دیده و جامعه می‌پردازد.

به نظر کنسرسیوم بریتانیایی عدالت ترمیمی، «عدالت ترمیمی به دنبال برقراری تعادل میان دغدغه‌ها و نگرانی‌های بزه‌دیده و جامعه [محلی] همراه با نیاز به بازگرداندن و یکپارچه کردن دوباره بزه‌کار با جامعه است» (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۲: ۲۳).

در تبیین اصول عدالت ترمیمی، حمایت از بزه‌دیده و التیام و بهبودی او در اولویت است؛ اولویت سیاست‌گذاری‌ها و اقدامات نظام عدالت کیفری، احیای جایگاه فراموش‌شده بزه‌دیده بوده و بازتوانی بزه‌دیده یکی از عناصر کلیدی این رویکرد است (غلامی، ۱۳۹۹: ۲۳۲). توجه به تعریف مارشال از عدالت ترمیمی به خوبی نمایانگر این بعد از رویکرد حاضر است: با استفاده از روش‌های متعلق به عدالت ترمیمی می‌توان به اجماع برای موارد مشابهی نائل آمد که ممکن است در آینده رخ دهند. به عبارت دیگر در فرایند عدالت ترمیمی با ایجاد حس پاسخگویی کامل و مستقیم در بزه‌کار، نه تنها رابطه بین بزه‌دیده و بزه‌کار ترمیم می‌شود، بلکه می‌توانیم در موارد مشابه، خسارت‌های حاصل از وقوع بزه را جبران نموده و نسبت به پیشگیری از ارتکاب بزه در آینده نیز چاره‌اندیشی کنیم (رایت، مارشال، مایز و دیگران، ۱۳۸۸: ۹۴).

کلیه آموزه‌های فوق در نظریه عدالت ترمیمی با رویکردهای عملی همراه است؛

بدین معنا که این نظریه موظف است راهکارهایی را برای ترمیم و بازتوانمندی ارائه کند؛ برای مثال، یکی از ابزارهای پیشنهادی این نظریه، کنفرانس‌های خانوادگی برای کاهش میزان خشونت خانگی است. توجه به این سازوکار با رویکرد درمان‌های خانواده‌محور می‌تواند موجب رشد تأثیر بازدارندگی شود. در تحلیل کارکرد این روش می‌توان از نظریات روان‌شناسی رفتاری - شناختی یادگیری اجتماعی استفاده نمود؛ تغییر شیوه تعاملات میان اعضای خانواده از طریق آموزش، قالب‌بندی دوباره نهاد خانواده، بازسازی شناختی رفتارها و تعامل مبتنی بر مشارکت، موجب تجدید ساختار و بهبود احساسات متقابل اعضای خانواده می‌شود (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۲: ۱۵). همچنین میانجیگری میان بزه‌دیده و بزه‌کار، فرصتی را برای تبادل دیدگاه‌ها میان آنان فراهم می‌آورد. این روش با تأکید بر درمان، مسئولیت‌پذیری و بازسازی، یکی از گسترده‌ترین اقدامات عدالت ترمیمی است. این هم‌اندیشی از طریق آشکار شدن دیدگاه‌های بزه‌دیده، مسئول شناختن بزه‌کار، بازپرداخت زیان و یافتن پاسخ برای پرسش‌های بزه‌دیده، به بازسازی رابطه بزه‌کار - بزه‌دیده می‌پردازد. افزون بر اینکه کاهش بزه‌دیدگی‌های ثانویه ناشی از مداخله در فرایند قضایی و کاهش احساس خشم و ترس در بزه‌دیده در این شیوه، از بارزترین تأثیرات توانمندکننده است. اگرچه زمینه‌هایی از میانجیگری کیفری در حقوق کیفری پیشین ایران قابل مشاهده بود، قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ ظرفیت‌های نوینی را ایجاد کرده است. مهم‌ترین آن در ماده ۸۲ این قانون تعریف و تبیین شده است:

«در جرائم تعزیری درجه شش، هفت و هشت که مجازات آن‌ها قابل تعلیق است، مقام قضایی می‌تواند به درخواست متهم و موافقت بزه‌دیده یا مدعی خصوصی و با اخذ تأمین متناسب، حداکثر دو ماه مهلت به متهم بدهد تا برای تحصیل گذشت شاکی یا جبران خسارت ناشی از جرم اقدام کند. همچنین مقام قضایی می‌تواند برای حصول سازش بین طرفین، موضوع را با توافق آنان به شورای حل اختلاف یا شخص یا مؤسسه‌ای برای میانجیگری ارجاع دهد...».

این نوع از میانجیگری، میانجیگری همراه با نظارت قضایی است که در مراحل دادرسی و با نظارت مقام قضایی قابل اجرا خواهد بود. متعاقب این اقدام، آیین‌نامه‌ای

نیز در سال ۱۳۹۵ با نامه آیین‌نامه میانجیگری در امور کیفری به تصویب رسید که شیوه اجرای میانجیگری را به تفصیل بیان نموده است. این فرایند، میزان توجه بیشتر قانون‌گذار ایران به آموزه‌های عدالت ترمیمی و جایگاه جدی‌تر آن را در ادبیات تخصصی حقوق کیفری ایران نشان می‌دهد (همان: ۱۸).

بدین ترتیب، عدالت ترمیمی جایگزین مناسبی را به بزه‌دیدگان برای فرایند خصمانه‌ای که به طور سنتی، منافع و نیازهای آن‌ها را نادیده گرفته است، ارائه می‌دهد. اگرچه بزه‌دیدگان در چارچوب‌های حقوقی و غیر حقوقی، انواعی از حمایت‌ها را نیز برخوردار باشند و ارائه خدمات به آن‌ها بهبود پیدا کند، به ندرت فرایند سنتی عدالت کیفری به آن‌ها این احساس را می‌دهد که شریک عدالت هستند. لذا عدالت ترمیمی و کاربست‌های آن به بزه‌دیدگان این فرصت را می‌دهد که به عنوان شرکای برابر با نمایندگان جامعه، به سایر دست‌اندرکاران عدالت در بهبود روند آن پیوندند. این نکته که بزه‌دیده به عنوان یکی از سهامداران فرایند در نظر گرفته می‌شود، نشان‌دهنده تغییرات مثبت نقش‌های سنتی و ارتقاء جایگاه بزه‌دیده است.

### ۱-۲-۲. نظریه انصاف و حق بر توانمندسازی بزه‌دیده

نظریه انصاف، یک نظریه مبتنی بر روان‌شناسی اجتماعی است که بر علل و نتایج درک مردم از انصاف و بی‌انصافی در روابط خود با دیگران تمرکز دارد. این نظریه که خود نیز برخاسته از ادراکات و اصل‌های اقتصادی است، توسط ج. استاسی آدامز در ارتباط با دادوستدهای مادی و مالی بین کارکنان و کارفرمایان در دنیای کار تدوین شد. در واقع آدامز این نظریه را برای تشریح انصاف در روابط بین فردی کارفرمایان و کارگران معرفی کرد (Adams, 1963: 422-436).

اهمیت اصل انصاف که منجر به شکل‌گیری آن به عنوان یک نظریه گردید، بدین خاطر است که بسیاری از ابعاد انواع رابطه فرد را تحت تأثیر قرار می‌دهد و اثر خود را در تمام شئون زندگی بر جای می‌گذارد. ادراکات افراد پیرامون انصاف و میزان عمل متقابل فرد مقابل، ارتباطات، احساسات، تصمیمات و فعالیت‌های افراد را نسبت به اجتماع و یا به طور خاص و در یک رابطه محدود، نسبت به طرف مقابل شکل می‌دهد



(Adams & Jacobsen, 1964: 19-25). با توجه به صورت‌بندی جدید والسטר، نظریه انصاف علاوه بر تأثیر در مبادله‌های اجتماعی، نه تنها در دنیای کار، بلکه برای تحلیل مبادله در عرصه‌های اجتماعی متعدد به کار رفته است؛ از جمله در زمینه روابط بزهکار و بزه‌دیده و در سطحی وسیع‌تر تعامل بزه‌دیده با نظام عدالت کیفری که واسطه میان او با بزهکار و به واقع، نماینده او در احقاق حق از دست‌رفته‌اش است (Walster & Others, 1973: 151). طبق این نظریه، انسان‌ها بین خود و افراد دیگری که در تعامل با آنان هستند، از لحاظ دو عامل عمده درون‌دادها<sup>۱</sup> و بازده‌ها<sup>۲</sup> دست به تحلیل رابطه می‌زنند و نتیجه این تحلیل می‌تواند در احساس انصاف در رابطه تأثیرگذار باشد (Adams, 1965: 268).

بدین ترتیب، ارتباط اصول پیش گفته با حق بر توانمندسازی بزه‌دیده، در رابطه او با نظام عدالت کیفری است؛ فرضیه‌ها و گزاره‌هایی که بزه‌دیده با توجه به شرایط خود از نظام عدالت کیفری ساخته است، می‌تواند منجر به حس بی‌انصافی در او گردد که منبعی از تنش، کاهش حس انگیزش، پایین آمدن آستانه تحمل ناشی از حس بی‌انصافی است که این آسیب‌ها، علاوه بر آسیب‌های ناشی از جرم به عنوان بزه‌دیدگی دومین شناخته می‌شود. همچنین مطابق با این نظریه، ادراک بی‌انصافی موجب بی‌ثباتی در فرد می‌گردد و احساس نارضایتی ناشی از آن، احساس تعهد و تعلق را از بین می‌برد (Schafer & Keith, 1980: 430-435). همین گزاره می‌تواند در روابط بزه‌دیده با نظام عدالت کیفری متصور باشد. بی‌تفاوتی نظام به وضعیت بزه‌دیده و ایدئولوژی نابرابر موجود، اثر مستقیمی بر احساس ناتوانی بزه‌دیده می‌گذارد. اگرچه تعیین میزان نارضایتی، متناسب با متغیرهایی چون جنس، محیط، فرهنگ و مذهب می‌تواند متغیر باشد و امکان تعمیم‌پذیری آن در همه حالات وجود ندارد، اما دستاورد این نظریه، فارغ از

۱. درون‌دادها متشکل از چیزهایی هستند که به ارزشمندی یک شخص در یک رابطه مساعدت می‌کنند. در یک موقعیت کاری، درون‌دادها احتمالاً عبارت‌اند از: تجربه پیشین، دانش، مهارت‌ها، ارشدیت و تلاش شخص.

۲. بازده‌ها عبارت‌اند از: دریافت‌های ادراک‌شده شخص از یک رابطه، یعنی آنچه به باور شخص از آن رابطه نصیب او می‌شود. در دنیای کار، بازده‌های اصلی احتمالاً عبارت‌اند از: پاداش‌هایی از قبیل حقوق یا دستمزد و مزایای جانبی، قدرشناسی، و منزلت دریافتی از سوی دیگران.

محدودیت‌های آن، تأثیر احساس نارضایتی بر روابط میان‌فردی و سازمانی است. اصول نظریه انصاف اثبات می‌کند که میان احساس توانمند بودن و توانمند شدن، با احساس عدالت رابطه وجود دارد و حق بر توانمند شدن بزه‌دیده در گرو ایجاد بسترهای انصاف در روابط اجتماعی، از جمله رابطه میان بزه‌دیده و بزه‌کار و رابطه با نظام عدالت کیفری است.

## ۲. جلوه‌های حق بر توانمندسازی بزه‌دیدگان

پس از شناسایی حق بر توانمندسازی، مؤلفه‌های آن و مبانی نظری شناسایی این حق، به دنبال بررسی جلوه‌های آن در نظام حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی بوده تا بدین روش، به این سؤال پاسخ داده شود که چه جلوه‌هایی از این حق در ابزارهای موجود حقوقی وجود دارد؟ و تا چه میزان ابزارهای حقوقی موجود به این حق جامه عمل پوشانده‌اند؟ لذا ابتدا در نظام حقوق بین‌الملل و سپس در حقوق داخلی به بررسی این جلوه‌ها پرداخته خواهد شد.

### ۱-۲. جلوه‌های فراملی حق بر توانمندسازی بزه‌دیدگان

گسترش حقوق بزه‌دیدگان با توجه نهادهای بین‌المللی چون سازمان ملل متحد و دیوان جنایی بین‌المللی با رویکرد حقوق بشری به حقوق این دسته از سهامداران فرایند کیفری بیش از پیش جلوه‌گر گردید (نیازمند، رایجیان اصلی و ساقیان، ۱۳۹: ۲۴). بدین ترتیب حقوق بشر بزه‌دیده‌مدار با تکیه بر چارچوب‌های قوانین بین‌المللی و منطقه‌ای به عنوان بررسی هنجارهایی که ورای مرزهای یک کشور، مورد تشویق و تأیید است، اهمیت پیدا کرد.

### ۱-۱-۲. جلوه‌های بین‌المللی حق بر توانمندسازی

اعلامیه جهانی حقوق بشر از منظر منبع بودن برای سایر حقوق و سیر تکامل آن به سمت توجه به حق‌داری بزه‌دیده به عنوان یک انسان، حائز اهمیت است که با به رسمیت شناختن حیثیت، کرامت و حقوق برابر انسان‌ها به عنوان اساس تصویب سایر اسناد بین‌المللی بوده و به دنبال ایجاد برابری و رفتار منصفانه نسبت به کلیه اشکال

تبعیض و نسبت به کلیه افرادی است که به هر شکل، موضوع ظلم و نابرابری قرار گرفته‌اند. اگرچه در زمان تصویب این سند، بزه‌دیده هنوز جایی در مطالعات جرم‌شناسی نداشته است و طبیعتاً نمی‌توانسته در اعلامیه جهانی حقوق بشر نیز جای داشته باشد، اما به نوعی می‌توان سازمان ملل متحد را پیشگام معرفی بزه‌دیده‌شناسی حمایتی در پهنه سیاست‌گذاری جنایی به شمار آورد (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۷۵: ۳۴۱). همچنین میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی که در زمره مهم‌ترین اسناد بین‌المللی در حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی است، منعکس‌کننده حقوق معروف به نسل اول حقوق بشر است. حق جبران عملی نقض حق، حتی توسط کارگزاران دولتی ناقض حق، حق تظلم‌خواهی آنان در مراجع صالح، تضمین اجرای حقوق بزه‌دیدگان مندرج در ماده (۳) ۲ میثاق، از جمله این ابزارهاست. علاوه بر منابع فوق، اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای دیگری به طور خاص به بزه‌دیده پرداخته‌اند که ضرورت توانمندسازی بزه‌دیده در آن‌ها مورد اشاره قرار گرفته است.

اصول اساسی عدالت برای بزه‌دیدگان و قربانیان سوءاستفاده از قدرت ۱۹۸۵، مهم‌ترین سند پس از اسناد پیشین در حیطه حقوق بزه‌دیدگان است که با انسجام‌بخشی به حقوق بزه‌دیدگان، نظام عملی جبران را برای آنان در حیطه حقوق بین‌الملل ترسیم نمود. گسترش مفهوم بزه‌دیده به قربانیان سوءاستفاده از قدرت، امکان توانمندسازی و جبران را برای بزه‌دیدگان بیشتری فراهم نموده است؛ زیرا منظور از این بزه‌دیدگان، کسانی هستند که به طور فردی یا جمعی در اثر افعال یا ترک فعل‌هایی - که نقض قوانین جزایی ملی محسوب نمی‌شود، اما نقض هنجارهای بین‌المللی به رسمیت شناخته شده و مربوط به حقوق بشر محسوب می‌گردد، دچار آسیب‌های جسمی، روحی، اختلال عاطفی، زیان‌های اقتصادی و نقض حقوق اساسی شده‌اند. تأکید بر حمایت از بزه‌دیدگان دومین، تسهیل فرایندهای پاسخ‌دهی قضایی با آگاهی‌بخشی به قربانیان، تنظیم زمان جریان دادرسی، اجازه ابراز نظرات و علایق بزه‌دیدگان، تدارک مساعدت‌های مناسب برای بزه‌دیده، حمایت از حریم خصوصی و تأمین سلامت و بهداشت آنان و استفاده از روش‌های حل اختلاف غیر رسمی مقرر گردیده است؛ موارد فوق، ابزارهای نوینی بودند که این سند نسبت به اسناد پیش‌دست خود در راستای توانمند کردن بزه‌دیده از آن‌ها

بهره برده است. نزدیک شدن این سند به مؤلفه‌های پیش گفته توانمندسازی از حیث عملی ساختن مشارکت متقارن در شیوه جبران خسارت از رهگذر جبران دولتی و تشکیل صندوق‌های جبران خسارت برای بزه‌دیدگان است.<sup>۱</sup>

سند دیگر، اصول و دستورالعمل‌های اساسی حقوق و احکام بزه‌دیدگان نقض گسترده حقوق بشر بین‌المللی و نقض جدی حقوق بشردوستانه بین‌المللی ۲۰۰۵ (۲۰۰۶)، یکی از پیشرفته‌ترین اسناد مرتبط با حقوق بزه‌دیدگان اصول فوق است که این اصول به جای ایجاد تعهدهای حقوقی ماهوی، از نظرگاه حقوق بزه‌دیده‌مدار تنظیم شده و «سازوکارها، جهت‌ها، رویه‌ها و شیوه‌هایی برای اجرای تعهدهای حقوقی موجود بر پایه حقوق بین‌المللی حقوق بشر و حقوق بشردوستانه» را فراهم می‌سازد (بسیونی، ۱۳۹۳: ۱۱۸). علاوه بر تأکید بر حمایت نسبت به حامیان بزه‌دیده، بزه‌دیدگان گروهی، سازمان‌ها و نهادهایی که آماج جرم قرار گرفته‌اند، پیش‌بینی سازوکارهای جبران از حیث تمرکز بر حقوق بزه‌دیده و تقدم او در فرایند دادرسی کیفری از رهگذر ابزارهایی چون دسترسی برابر و کارآمد به دادگری، حق جبران مناسب، کارآمد و فوری در برابر زیان وارده در اشکال مختلف و حق بر دانستن حقیقت، تجلی یافته است. اصل تناسب جبران با زیان وارده، تدارک جبران توسط دولت‌ها در فرض عدم امکان جبران توسط شخص غیر دولتی، تشکیل صندوق‌های جبران خسارت و شناسایی احکام خارجی برای جبران، از دیگر اصول توانمندسازی بیان شده در این سند است.

پیش‌نویس کنوانسیون ۲۰۱۰ سازمان ملل متحد بزه‌دیدگان در ۲۵ ماده نیز حق بر توانمندسازی بزه‌دیدگان را کامل‌تر کرده و ملاک‌های گوناگونی را در زمینه حق‌های بزه‌دیدگان و حمایت از آنان طراحی نموده است که نسبت به اعلامیه ۱۹۸۵، نوآورانه محسوب می‌شود (رایجیان اصلی، ۱۳۹۸: ۱۷۷). روند جبران در این سند، بر پایه مفهوم ترمیم بنا شده است که معنای موسع‌تری از صرف پرداخت غرامت در اشکال مختلف خود

۱. در این موارد، دولت تلاش می‌نماید تا خسارت مالی این افراد را جبران کند. قربانیان باید کمک‌های ضروری مادی، پزشکی، روحی و اجتماعی را به وسیله امکانات و ابزار دولتی، داوطلبانه، اجتماعی و بومی دریافت نمایند و در عین حال، متولیان اجراکننده سند باید آموزش‌های لازم را در این خصوص دیده باشند (ماده ۱۶).

دارد. به نظر می‌رسد توجه این سند به تغییر واژگانی ترمیم، به شناسایی گستردگی آثار بزه‌دیدگی نظر دارد تا با استفاده از ابزارهای بازسازی و تسهیل دسترسی به منابع، شرایط بازتوان‌سازی را برای بزه‌دیده کوتاه‌تر و جامع‌تر نماید. همچنین تأکید سند بر دادگری‌های ترمیمی با استفاده از سامانه‌های جامع بومی، یکی دیگر از ابزارهای توانمند سند حاضر است که امکان تفویض اختیار محلی در حل اختلاف را با تمرکز بر نیازهای بزه‌دیده فراهم می‌آورد. مشارکت اجتماع‌مدار در پاسخگو کردن مرتکب، توانمندسازی بزه‌دیده و ترمیم ارتباطات انسانی، از آثار ملموسی است که استفاده از سازوکارهای ترمیمی فراهم می‌آورد. افزون بر آنکه احساس اشتراک سهم بزه‌دیده در فرایند توانمندسازی در کنار استفاده از سایر روش‌های فردی و گروهی توانمندسازی می‌تواند در ایجاد احساس کنترل به عنوان آخرین گام توانمندسازی مؤثر باشد. فزاینده‌ی و استمرار تسهیل دسترسی به خدمات از رهگذر اندیشه‌های توانمندساز، پیش‌فرض اصلی تدوین سند حاضر با نگاه به بزه‌دیدگی‌های فردی و گروهی است. در تحلیل وضعیت پرداخت غرامت، سطح مسئولیت دولت تا جایی است که این جبران از سوی بزه‌کار یا دیگر منابع به طور کامل در دسترس نباشد. لذا همچنان حکومت به عنوان گزینه فرعی مسئولیت و در حاشیه آن قرار گرفته است که از این حیث، با مؤلفه‌های توانمندسازی فاصله دارد.

## ۲-۱-۲. جلوه‌های منطقه‌ای حق بر توانمندسازی

در خصوص اسناد و رهنمودهای منطقه‌ای نیز می‌توان به کنوانسیون اروپایی جبران خسارت از بزه‌دیدگان جرائم خشونت‌آمیز ۱۹۸۳، کنوانسیون آفریقایی حقوق بشر و توده‌ها ۱۹۸۶، رهنمودهای سیاست ملی برای توانمندسازی بزه‌دیدگان آفریقایی جنوبی ۲۰۰۲، دستورالعمل جامع حمایت از بزه‌دیدگان و شهود ایالات متحده آمریکا ۲۰۰۵، دستورالعمل پارلمان اروپا در انتشار استانداردهای مربوط به حقوق، حمایت و حفاظت از بزه‌دیدگان جرم ۲۰۱۲ اشاره کرد. در این اسناد نیز ابزارهایی چون تشکیل صندوق دولتی جبران خسارت برای بزه‌دیدگان، فرایندسازی جبران از هنگام قبل از وقوع جرم تا احیای مجدد بزه‌دیده، ضرورت آموزش به مداخله‌گران درمان و سلامت آنان، تأکید بر جبران عملی برای بزه‌دیده، توجه به ایجاد بسترهای مشارکت، دسترسی به منابع و

تقویت آن توسط دولت در راستای تحقق مشارکت متقارن حکومت در توانمندسازی، تأکید بر نقش سازمان‌های غیر دولتی در تقویت حمایت از بزه‌دیده و توجه به بررسی‌های بالینی و پزشکی آنان، زمینه تحقق حق بر توانمندسازی را برای بزه‌دیدگان فراهم آورده است. در تحلیل ابزارهای موجود در جلوه‌های منطقه‌ای موجود نیز چنین قابل تحلیل است که فرایند توانمندسازی تنها محدود به دسترسی به منابع و تقویت مشارکت و آگاهی بزه‌دیده نیست، اگرچه این ابزارها مقدمه اصلی دستیابی به حق است. مهم‌ترین مقطع در حصول توانمندسازی یعنی کنترل و احیای آن در زندگی بزه‌دیده، نیازمند توجه نهادهای حاکمیتی و به ویژه نظام عدالت کیفری است. تثبیت چنین پیش‌فرضی، نیازمند حضور فعال و مؤثر بزه‌کار در فرایند احیای کنترل و حکومت به عنوان مسئول مستقیم بر توانمند کردن بزه‌دیده است و نباید حکومت را تنها ناظر و مدیر این رابطه دانست. لذا لازم است جلوه‌های قانونی لازم برای تحقق چنین مشارکتی، و بودجه و تخصص لازم برای آن مورد توجه و پیش‌بینی قرار گیرد.

## ۲-۲. جلوه‌های ملی حق بر توانمندسازی بزه‌دیدگان

شناسایی حق بر توانمندسازی، علاوه بر اسناد بین‌المللی که هنجارهای جهان‌شمول می‌سازند، نیازمند درج در قوانین داخلی و پایبندی دولت‌ها به اصول توانمندساز است. مبنایی بودن اصول توانمندسازی نشان می‌دهد که این اصول در تمام عرصه‌های اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و عدالت کیفری لازم‌الرعایه‌اند و دستیابی به یک عرصه، نیازمند تعامل و بسترسازی در سایر عرصه‌هاست. نکته دیگری که اهمیت بررسی بزه‌دیده‌شناسانه این مقررات را نمایان می‌سازد، غلبه رویکردهای حکومتی در حقوق داخلی است. ناگزیر، مفهوم جرم در حقوق داخلی تعریف می‌شود و ابزارهای دستیابی به آن‌ها نیز از گذرگاه حقوق داخلی قابل شناسایی و اجراست. اما این مسئله نشان‌دهنده این خطر نیز هست که بسیاری از ابزارهای توانمندساز که از رهگذر مطالعات بین‌المللی و فراملی مورد شناسایی قرار می‌گیرند، به واسطه تعارض با منافع حاکمیت مغفول واقع شوند. لذا ارزیابی نظام‌های حاکم داخلی با شاخص‌ها و مؤلفه‌های حق بر توانمندسازی می‌تواند نشان دهد که نظام‌های حقوق داخلی تا چه میزان توانمندساز هستند.

مهم‌ترین سند در عرصه حقوق داخلی، که نشان‌دهنده چارچوب‌های اصلی حاکمیت است، قانون اساسی است. التزام حاکمیت در مقدمه این سند و در بعضی اصول چون اصل ۳، ۲۰ و ۲۲ به فراهم کردن زمینه‌های تحقق عدالت اجتماعی قابل توجه است، اما عدم اشاره مستقیم به بزه‌دیده در وظایف مندرج نظام عدالت کیفری در اصل ۱۵۶ نیز جلوه‌گری می‌کند؛ زیرا فقدان رویکرد اساسی‌سازی حقوق بزه‌دیدگان، یکی از موانع دستیابی به توانمندسازی محسوب می‌شود و نشان می‌دهد که اساساً پایه‌های نظام عدالت کیفری در ایران بدون در نظر گرفتن نقش بزه‌دیده در فرایند تحقق و اجرای عدالت شکل گرفته است. مسلماً تعیین پیش‌فرض‌های اصلی ساختار حکومت، در قانون اساسی تبیین و توصیف می‌شود تا بر اساس آن در قوانین عادی و قوانین اجرایی، به عملی ساختن آن پیش‌فرض‌ها دست یافت. سطح کلان مباحث و تنقیح سیاست جنایی در قبال هر موضوعی نیز در اسناد بالادستی چون قانون اساسی امکان‌پذیر است (شیری، ۱۳۹۷: ۱۰۴). عدم پیش‌بینی جایگاه برای بزه‌دیده در ساختار قانون اساسی به منظور اساسی‌سازی حقوق او<sup>۱</sup> نشان می‌دهد که مقوله توانمندسازی در حیطه عدالت کیفری می‌تواند مبنادار و اصولمند باشد. لازم به ذکر است که اساسی‌سازی حق با اعتبار فرائقینی دادن به حقوق بزه‌دیده، این پدیده حقوقی را نظام‌مند کرده و در جایگاه مناسب‌تری قرار می‌دهد. همان‌طور که بررسی فرایند اساسی‌سازی نشان می‌دهد، سیاست‌گذاران نسل جدید در حیطه حقوق اساسی به الزام دولت‌ها به تأسیس مراجع قضایی مستقل، علاوه بر عدالت قضایی عمومی، اداری و قضایی نظامی روی آورده‌اند تا قربانیان نقض حقوق بنیادین بتوانند با اقدامی اساسی‌تر علیه دولت‌ها، به اصلاح ساختارها بپردازند و تقاضای جبران خسارت کنند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۹: ۲۵۴). با اتخاذ چنین رویکردی که موجب خروج قانون اساسی از حیطه حقوق عمومی و نزدیک شدن آن به حیطه سایر عرصه‌های حقوق می‌شود، مرز

۱. اساسی‌سازی یا اساسی‌گرایی حقوق، یک جنبش حقوقی است که از سده هجدهم میلادی به صورت نظام‌یافته و برای صیانت از حق‌ها و آزادی‌های بنیادین شهروندان در برابر قدرت عمومی، وارد گستره حقوق شده است تا به هنجارهای عادی، ارزش و اعتبار هنجار اساسی داده شود (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۳: ۹۸۸).

خاکستری میان این عرصه‌های جدا از هم حقوق ایجاد کرده است. تأثیر آن نیز در حیطه حقوق کیفری، به کیفری شدن حقوق اساسی و اساسی شدن حقوق کیفری یعنی جذب و ادغام اصول اساسی تأسیسی و رویه‌ای در قوانین و مقررات کیفری منجر شده است (همو، ۱۴۰۰: ۵۵-۵۹). ایجاد چنین کنترل بیرونی و تضمین قواعد از طریق وجود انوعی از این سازوکارها موجب ارتقاء حقوق بشری قواعد ملی و همگام‌سازی آن با قواعد فراملی و در سطحی بالاتر، تغییر رویه حاکمیت‌ها در سطح حکمرانی و ارزیابی مشروعیت آن از این منظر می‌شود. جایگاه بزه‌دیده به عنوان آسیب‌پذیرترین عنصر موجود در عرصه عدالت جنایی، اهمیت توجه به جایگاه او را دوچندان می‌کند؛ به گونه‌ای که امروز حقوق کیفری مدرن در پی افتراقی‌سازی سیاست جنایی که به دلایل مختلفی اجتناب‌ناپذیر می‌نماید،<sup>۱</sup> به دنبال تفاوت در برخورد سیاست جنایی با انواعی از بزه‌دیدگان است که در بسیاری موارد به لحاظ آسیب‌پذیری بزه‌دیده، جنبه حمایتی نسبت به آنان دارد؛ امری که در قانون اساسی ایران چنین ظرفیتی وجود ندارد.

در عرصه سیاست جنایی ملی توانمندسازی بزه‌دیده، قوانین توسعه کشور نیز قابل توجه است. احیاء و توسعه بخش‌های محروم و تعادل منطقه‌ای در مدیریت قضایی، توسعه تشکیلات قضایی از طریق ایجاد منابع مالی لازم، ضرورت بررسی‌های جرم‌شناسی،<sup>۲</sup> تلاش در جهت تحقق عدالت اجتماعی، اصلاح ساختار نظارتی اجرایی و قضایی کشور در جهت تحقق اهداف برنامه، توسعه امنیت قضایی، بازرنگری و اصلاح قوانین و مقررات جهت تسهیل و تسریع هر چه بهتر امور،<sup>۳</sup> زمینه‌سازی مشارکت زنان در توسعه کشور با سازمان‌دهی فعالیت‌های مطالعاتی مشترک با دستگاه‌های مسئول در قوه قضاییه، طرح‌های لازم برای تسهیل امور حقوقی و قضایی زنان،<sup>۴</sup> توجه خاص به بزه‌دیده

۱. در این خصوص می‌توان به تحول جوامع از مکانیک به ارگانیک، تحولات صنعتی و اقتصادی، جهانی شدن اقتصاد و فرهنگ و سیاست، تأسیس سازمان‌های بین‌المللی چون سازمان ملل متحد، ارتقاء جهانی جایگاه حقوق بشر و حمایت‌های حقوق ملی و فراملی از حقوق و آزادی‌های فردی و... اشاره کرد (همو، ۱۴۰۰: ۵۵-۵۹).

۲. این اصطلاح عیناً در بند ۸ اهداف کلی قانون برنامه اول توسعه اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و تبصره ۱۷ آن آمده است.

۳. بند ۱۳ قانون برنامه دوم توسعه....

۴. بند ۶۴ قانون برنامه سوم توسعه....



در برنامه چهارم توسعه با تصویب لایحه‌ای با عنوان لایحه بزه‌دیدگان اجتماعی، توجه به مقوله کاهش آسیب‌های اجتماعی و برنامه‌های پیشگیرانه نسبت به آن<sup>۱</sup> از جلوه‌هایی است که مستقیم و غیر مستقیم در توانمندسازی بزه‌دیدگان مؤثر است. با ملاحظه ۶ سند پیشین و ارزیابی تأثیر آن‌ها در تحقق عدالت اجتماعی، جایگاه ایران در دستیابی به اهداف چندان مطلوب به نظر نمی‌رسد. مقایسه وضعیت کشور در شاخص‌های اقتصادی، بهداشتی، آموزشی و رفاه اجتماعی با کشورهای سند چشم‌انداز در سال ۲۰۱۹ گویای آن است که کشور ایران در میان ۲۴ کشور حوزه سند چشم‌انداز، در جایگاه بیست و سوم در نرخ تورم، جایگاه هجدهم در نرخ بیکاری و جایگاه بیستم در درصد مشارکت زنان در نیروی کار قرار گرفته است (صمدیان و سلطانی‌نژاد، ۱۳۹۹) که نشان از عملکرد ضعیف و نامتناسب کشور در تحقق اهداف سند چشم‌انداز دارد. لذا به نظر می‌رسد با وجود اکتفای قوانین در این حوزه، در عمل چندان وضعیت مطلوبی نه در حوزه عدالت اجتماعی و نه در حوزه عدالت کیفری و به طور خاص، امکان یا عدم امکان توانمندسازی برای اقشار آسیب‌پذیر به ویژه بزه‌دیدگان مشاهده نمی‌شود.

قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۸۲ نیز از دیگر قوانین مهم حوزه توانمندسازی است. این قانون، نقطه عطفی در تغییر ساختارهای نظام تأمین اجتماعی محسوب می‌شود که منشأ آن از قانون برنامه سوم توسعه ایجاد شده است؛ اگرچه این قانون در عمل توفیق چندان نداشته است (وصالی، صفری شالی، معیری، ۱۳۹۴: ۳۶-۱). اما در مقام شناسایی و تصویب قانون دارای کاربست‌های قابل توجهی است که در فرض وجود بسترهای لازم در عرصه عمل، می‌توانست به تحقق عدالت اجتماعی و به تبع آن، توانمندسازی در عدالت کیفری بینجامد. توجه به نقش نهادهای بیمه‌ای است که می‌تواند در شرایط اقتصادی و کاهش فشارهای مالی ناشی از ناتوانی نقش قابل توجهی داشته باشد.

مهم‌ترین عرصه تجلی جلوه‌های توانمندساز خاص بزه‌دیده قوانین کیفری است. قانون مجازات اسلامی که در سال ۱۳۹۲ تغییراتی را به خود دیده است، نسبت به قوانین

۱. ماده ۸۰ قانون برنامه ششم توسعه.

سابق بر وضع خود، توجه بیشتری به نقش و جایگاه بزه‌دیده داشته است؛ مواردی چون لزوم در نظر گرفتن جایگاه بزه‌دیده در صلاحیت کیفری بین‌المللی، توجه به انواعی از کاربست‌های رویکرد عدالت ترمیمی چون جبران خسارت بزه‌دیده در نهادهای پاسخ‌دهی به مرتکب جرم چون آزادی مشروط، تعلیق و تعویق مجازات، اقدامات مرتکب پس از ارتکاب جرم، اقدام در جهت صلح با بزه‌دیده و تأثیر آن در تخفیف مجازات مرتکب، نقش گذشت بزه‌دیده و گسترش موارد آن در قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹، از جمله جلوه‌های توانمندساز این قانون است. موارد مذکور، اگرچه گامی مثبت به سمت آموزه‌های بزه‌دیده‌شناسی محسوب می‌شود، اما شناسایی حقوق ذاتی بین‌المللی برای بزه‌دیده چون حق بر شناسایی او به عنوان بزه‌دیده، حق بر آگاهی، مشارکت، دسترسی به عدالت و سایر حقوق بشر مبتنی بر حقوق طبیعی، همچنان در قوانین ماهوی ایران وجود ندارد. لذا نمی‌توان مدعی بود که حقوق بزه‌دیده آن‌چنان که باید، در قوانین عادی لحاظ گردیده است تا بتوان از حد اعلای آن، یعنی حق بر توانمندسازی بزه‌دیده صحبتی به میان آورد. لازم به ذکر است که نه تنها این قانون با عدم شناسایی حقوق مدون برای بزه‌دیده، الزام قانونی بر آگاهی او از حقوق موجود، عدم مشارکت صحیح و کامل او در فرایند دادگری، دسترسی به منابع لازم برای بازگشت بزه‌دیده به شرایط نزدیک به زندگی پیش از بزه‌دیده شدن، گامی در جهت احیای کنترل به عنوان توانمند کردن او بر نمی‌دارد، بلکه همین عدم شناسایی صحیح، او را به سمت ناتوانی و احساس فقدان قدرت در التیام آسیب‌های وارده خواهد برد. لذا به نظر می‌رسد که حمایت تقنینی و قضایی لازم، نه تنها برای توانمندسازی بزه‌دیده بلکه به طریق اولی حتی در شناسایی حقوق بنیادین او نیز انجام نگرفته است. در حیطه حصول مشارکت متقارن حکومت نیز قانون مجازات اسلامی در مواردی محدود و مشخص به شناسایی جبران توسط دولت (در قالب پرداخت‌های مالی تحت عنوان دیه از بیت‌المال) پرداخته است و اساساً نسبت به سایر نیازهای بزه‌دیدگان، به طور خاص ضرورت توانمند کردن او بی‌توجه است.

قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ نیز دیگر قانون مورد نظر است که به دنبال تضمین اجرای صحیح فرایند دادرسی کیفری، مهم‌ترین نمود از نظام عدالت کیفری است.

بررسی این قانون به خوبی نشان می‌دهد که قانون‌گذار تا چه میزان، دغدغه بزه‌دیده را به عنوان مهم‌ترین انگیزه برای تحقق عدالت دارد. این قانون که تقریباً قانون جدیدی محسوب می‌شود، با تحولاتی در حقوق شکلی بزه‌دیده همراه بوده است، اما همچنان بزه‌دیده عاملی منفعل در این فرایند محسوب می‌شود. تعریف نیازمحور و نه حق‌محور بزه‌دیده، سبب نادیده‌انگاری ظلم بر او به مثابه انسان است. همچنین با تعبیر بزه‌دیده به شاکی یا مدعی خصوصی، تمرکز قوانین به جای بزه‌دیده بر عاملی قرار گیرد که او را موضوع بزه‌دیدگی قرار داده است، دیگر نیاز به درخواست بزه‌دیده برای مطالبه خسارت و تغییر او به شاکی خصوصی وجود ندارد. نظام عدالت کیفری خود را موظف می‌داند که به نمایندگی از بزه‌دیده در مقاطع مختلف فرایند دادرسی، به دنبال رفع عامل بزه‌دیدگی و جبران آن از تمام جوانب باشد و در این حالت، بزه‌دیده نه تنها عاملی منفعل تا زمان درخواست خود به نظام عدالت کیفری نخواهد بود، بلکه این حق اوست که به تماشای اجرای عدالت توسط بازوهای اجرایی آن با تمام قوا باشد.

قانون کاهش مجازات حبس تعزیری به عنوان جدیدترین قانون که در سال ۱۳۹۹ به تصویب رسید نیز مقرراتی را تصویب کرد که تغییرات شگرفی در حوزه حقوق و به طور خاص بزه‌دیده ایجاد کرد. در تحلیل این قانون از منظر حق بر توانمندسازی می‌توان به نکات مثبت و توانمندساز و در مقابل نکات منفی اشاره کرد. ارتقاء نقش کنشی بزه‌دیده در تعیین مجازات‌ها و مشارکت فعال او در این حوزه از منظر گسترش جرائم قابل گذشت حائز اهمیت است. یکی از انتقاداتی که بر حقوق جنایی از نظرگاه بزه‌دیده وارد است، عدم توجه آن به جایگاه بزه‌دیدگان در تبیین مسئولیت جنایی و بنیان‌های عقلانی کیفر است؛ به گونه‌ای که ماهیت ارزش‌های مورد حمایت حقوق جنایی به دیدگاه‌های بزه‌دیدگان درباره تعیین کیفر، بهای چندان نمی‌دهد. برخی دانشمندان علم حقوق معتقدند که کیفر باید به سزا باشد؛ بدین معنا که می‌تواند بر پایه بنیان‌های سزادهی به‌سزایی باشد یا ابزاری برای حمایت اجتماعی سودمند باشد (فلچر، ۱۳۸۷: ۳۰۳). از این منظر، ماده ۱۱ قانون کاهش مجازات با اصلاح ماده ۱۰۴ قانون مجازات اسلامی با گسترش دامنه شمول تأثیرگذاری بزه‌دیده و کنش فعال او در تصمیم‌گیری و احترام به جایگاه او در فرایند سزادهی، توانمندساز محسوب می‌شود؛ اما نباید از این نکته نیز

غافل بود که در سزادهی مرتکب، نباید خطر و خطرناکی رفتار مجرم بر مبنای نقض هنجارها را نیز در نظر نگرفت و یک عنصر در تصمیم‌گیری را فدای دیگری کرد. لذا کیفری را می‌توان بهینه به حساب آورد که تمامی عناصر را در تعادل و تناسب با هم به کار گرفته باشد. مواردی چون کاهش شمول مرور زمان در جرائم با سطح خطرناکی بالا، قرار موقفی تعقیب به لحاظ گذشت یک سال از تاریخ اطلاع جرم توسط بزه‌دیده که در بسیاری جرائم چون کلاهبرداری، جعل یا خیانت در امانت با تطمیع بزه‌دیده<sup>۱</sup> و با وعده‌های فراوان، طرح شکایت به تعویق می‌افتد و افزایش جرائم در صلاحیت دادگاه‌ها به واسطه کاهش مجازات‌ها، امکان دادخواهی را از او سلب می‌نماید و به نوعی، نه تنها بزه‌دیده محور تصمیم‌گیری یا تصمیم‌سازی نهاد عدالت کیفری نبوده، در فرایند اجرای عدالت نیز نادیده گرفته شده و اساساً حق بر به رسمیت شناخته شدن بزه‌دیده و حق او بر شنیده شدن که مصادیق فراحق بر توانمندسازی است، به فراموشی سپرده شده است.<sup>۲</sup>

۱. این جرائم که عموماً توسط مجرمان یقه‌سفید ارتکاب می‌یابند، با این پدیده مواجه هستند که این افراد با توان مذاکره و هوش بالا، بزه‌دیده را به راحتی فریب داده و با خریدن فرصت، امکان طرح شکایت را نیز عقب می‌اندازند. همچنین باید همواره توجه داشت که این مجرمان از قانون نیز آگاه‌اند و با اطلاع از چنین بی‌حکمتی‌های قانونی، از مجازات شدن فرار می‌کنند.

۲. برای نمونه می‌توان به نظریه مشورتی شماره ۴۳۱/۹۹/۷ مورخ ۱۳۹۹/۰۴/۱۸ اشاره کرد که عملاً به واسطه تصویب قانون کاهش مجازات حبس تعزیری، امکان دادخواهی به یکباره از بزه‌دیده سلب شده است. مطابق ماده ۱۱ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری در جرائمی که به ماده ۱۰۴ قانون مجازات اسلامی الحاق و جزء جرائم قابل گذشت محسوب شده‌اند، آیا ماده ۱۰۶ قانون مجازات اسلامی جاری است؟ یا اینکه غیر قابل گذشت بودن این جرائم تا قبل از این اصلاحیه، مانع و عذر موجهی تلقی می‌شود؟ و آیا این قانون شکلی نیز عطف به ماسبق می‌شود؟

پاسخ سؤال ۳- مبدأ مرور زمان شکایت در ماده ۱۰۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مشخص شده است و قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹، حکم خاصی در خصوص مبدأ مرور زمان شکایت ندارد و از سوی دیگر، تغییر وصف جرم غیر قابل گذشت به جرم قابل گذشت در قانون لاحق در ماده ۱۰۴ قانون مجازات اسلامی اصلاحی ۱۳۹۹، از مصادیق قوانین مساعد به حال متهم موضوع ماده ۱۰ این قانون محسوب می‌شود. بنابراین در فرض استعلام که شاکی تا تاریخ لازم‌الاجرا شدن قانون لاحق (قانون کاهش مجازات حبس تعزیری) شکایت خود را مطرح نکرده است، چنانچه تا این تاریخ، مواعد مذکور در ماده ۱۰۶ این قانون سپری شده باشد، موجب قانونی جهت تعقیب کیفری متهم وجود نداشته و باید قرار موقفی تعقیب صادر شود.

## نتیجه گیری

حق بر توانمندسازی به عنوان نسلی جدید از حقوق بزه دیده، با تأکید بر مسئولیت مستقیم حکومت در توانمند کردن او از طریق عناصری چون رفاه، دسترسی، آگاهی بخشی و مشارکت، به دنبال احیای کنترل برای بزه دیده و رسیدن به شرایط مطلوب است. شرایط مطلوب، نه تنها بازگشت بزه دیده به شرایط پیش از جرم است، بلکه تلاش بر رفع آسیب های پیشین و فراهم کردن موجبات رشد پس از آن است. پژوهش حاضر در پاسخ به سؤال تحقیق مبنی بر تبیین نظری حق بر توانمندسازی، بایستگی شناسایی این حق را مطابق با نظریاتی می داند که برخی بر مسئولیت حکومت به عنوان متولی اجرای این حق، مانند نظریات قرارداد و رفاه اجتماعی و نظریه آسیب اجتماعی شناختی تأکید داشته و برخی با تمرکز بر بازتوانی بزه دیده از طریق جبران آسیب ها، به فرایند حق بر توانمندسازی با تکیه بر مفهوم کلیدی عدالت مانند نظریات عدالت ترمیمی و انصاف نظر داشته اند. با توجه به این پاسخ نظری، رویکرد پیشنهادی پژوهش، تحقق حق بر توانمندسازی با تغییر بنیادین در پیش فرض های نظام عدالت کیفری است تا با ایجاد بسترهای تصمیم سازی فعال برای بزه دیده و پذیرش مسئولیت متقارن برای حاکمیت، زمینه های آن را فراهم سازد. تحقق این مهم نیز با شناسایی ضمانت اجرای ملموس مسئولیت برای حکومت امکان پذیر است. لذا ایجاد آثار عینی پذیرش مسئولیت ناشی از حق بر توانمندسازی لازم است تا با پایبندسازی نظام عدالت کیفری به نتایج سیاست های خود در قبال بزه دیدگان، در فرایند سیاست گذاری و اجرای آن، احساس تعلق و مسئولیت نماید. یکی از ابزارهای عینی سازی این حق، جلوه های قانونی آن است که با بررسی جلوه های ملی و فراملی در پژوهش حاضر نیز چنین نتیجه حاصل شد که اگرچه جلوه های موجود، بخشی از مؤلفه های حق بر توانمندسازی بزه دیدگان را جامه عمل می پوشاند، اما همچنان تا تحقق کامل آن فاصله وجود دارد. لذا پیشنهاد دیگر آن است که عینی سازی حق در قالب انواعی از اشکال حقوق قانونی، نیازمند شکل گیری یک فرااخلاق حقوقی به عنوان منشأ و اساس کلیه مقرره های قانونی مرتبط با بزه دیده است و چنانچه این فرااخلاق با عنوان حق بر توانمندسازی بزه دیده، پیش فرض اصلی نظام عدالت کیفری قرار گیرد، موجب تغییر کلیه سیاست گذاری ها و سیاست گذاری های بعدی خواهد بود.

## کتاب‌شناسی

۱. اساتید حقوق کیفری و جرم‌شناسی سراسر کشور، *دانشنامه بزه‌دیده‌شناسی و پیشگیری از جرم*، ج ۲، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، مرکز تحقیقات کاربردی پلیس پیشگیری ناجا و نشر میزان، ۱۳۹۳ ش.
۲. باری، نورمن بی.، *رفاه اجتماعی*، ترجمه سیداکبر میرحسینی و سیدمرتضی نوربخش، تهران، سمت، ۱۳۸۰ ش.
۳. بسیونی، محمدشریف، *بزه‌دیده‌شناسی (جلد دوم: شناسایی بین‌المللی حق‌های بزه‌دیدگان)*، ترجمه مهرداد رایجیان اصلی، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۳ ش.
۴. حیدری، غلامرضا، «پیش‌فرض‌های معرفت‌شناختی علم‌سنجی»، *فصلنامه کتابداری و اطلاع‌رسانی*، دوره چهاردهم، شماره ۱ (پیاپی ۵۳)، بهار ۱۳۹۰ ش.
۵. رایت، مارتین، تونی مارشال، مایکل مایز و دیگران، *عدالت ترمیمی*، ترجمه امیر سماواتی پیروز، تهران، خلیلیان، ۱۳۸۸ ش.
۶. رایجیان اصلی، مهرداد، «بازاندیشی دادرسی دادگرنه در پرتو اصل همترازی حق‌های بزه‌دیده و متهم»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال دوم، شماره ۷، تابستان ۱۳۹۳ ش.
۷. همو، *بزه‌دیده‌شناسی (جلد یکم: درس‌گفتارهای تألیفی)*، چاپ دوم، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۸ ش.
۸. رشونادی، یعقوب، و مجید دهنوی، «نقش بیمه‌های عمر در افزایش رفاه و عدالت اجتماعی»، *ماهنامه تازه‌های جهان بیمه*، شماره‌های ۱۲۱-۱۲۲، تیر و مرداد ۱۳۸۷ ش.
۹. سبزه‌ای، محمدتقی، «جامعه مدنی به مثابه قرارداد اجتماعی: تحلیل مقایسه‌ای اندیشه‌های هابز، لاک و روسو»، *فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست*، سال نهم، شماره ۲۲، بهار و تابستان ۱۳۸۶ ش.
۱۰. صمدیان، فرزانه، و الهه سلطانی‌نژاد، «بایسته‌های راهبردی تدوین برنامه هفتم توسعه (با نگاهی به آسیب‌شناسی برنامه‌های توسعه قبلی و شرایط ویژه اقتصاد کشور)»، *مدیریت پژوهش‌های اقتصادی*، تهران، مرکز پژوهش‌های اتاق ایران، دی‌ماه ۱۳۹۹.
۱۱. عالم، عبدالرحمن، *بنیادهای علم سیاست*، چاپ چهاردهم، تهران، نی، ۱۳۸۵ ش.
۱۲. غلامی، حسین، «سیاست جنایی برای جامعه آسیب‌دیده؛ مبانی و راهبردها»، در: *دانشنامه سیاست‌گذاری حقوقی*، به کوشش لعلیا جنیدی و امیرحسین نیازپور، تهران، معاونت حقوقی رئیس‌جمهور، ۱۳۹۹ ش.
۱۳. همو، *کیفرشناسی؛ کلیات و مبانی پاسخ‌شناسی جرم*، دیباچه هانس یورگ آلبرشت، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۹۹ ش.
۱۴. فلچر، جرج بی.، «جایگاه بزه‌دیدگان در نظریه سزادهی»، ترجمه مهرداد رایجیان اصلی، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۶۲-۶۳، بهار و تابستان ۱۳۸۷ ش.
۱۵. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «از جرم‌شناسی تا آسیب اجتماعی‌شناسی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی (یادنامه شادروان دکتر رضا نوربها)*، ضمیمه شماره ۵۶، زمستان ۱۳۹۰ ش.
۱۶. همو، «از عدالت کیفری "کلاسیک" تا عدالت "ترمیمی"»، *مجله تخصصی الهیات و حقوق (آموزه‌های حقوقی)*، سال سوم، شماره ۳-۴ (پیاپی ۹-۱۰)، پاییز و زمستان ۱۳۸۲ ش.
۱۷. همو، «بین‌المللی - اساسی شدن اصول حقوق کیفری»، در: *دانشنامه سیاست‌گذاری حقوقی*، به کوشش لعلیا جنیدی و امیرحسین نیازپور، تهران، معاونت حقوقی رئیس‌جمهور، ۱۳۹۹ ش.
۱۸. همو، «درآمدی بر اساسی‌سازی حقوق کیفری»، در: *در تکاپوی حقوق عمومی*، به کوشش علی‌اکبر گرجی ازندریانی، تهران، جنگل، ۱۳۹۳ ش.

۱۹. همو، «درباره سیاست جنایی افتراقی»، دیپاچه در: لازرژ، کریستین، درآمدی بر سیاست جنایی، برگردان علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، میزان، ۱۴۰۰ ش.
۲۰. همو، «سیاست جنایی سازمان ملل متحد»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۱۸، ۱۳۷۵ ش.
۲۱. همو، «میانجیگری کیفری: جلوه‌ای از عدالت ترمیمی»، دیپاچه در: عباسی، مصطفی، افق‌های نوین عدالت ترمیمی؛ میانجیگری کیفری، تهران، دانشور، ۱۳۸۲ ش.
۲۲. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، حسین غلامی، فیروز محمودی، و قاسم محمدی، «عدالت برای بزه‌دیدگان» (میزگرد)، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۲-۵۳، پاییز و زمستان ۱۳۸۴ ش.
۲۳. هزارجریبی، جعفر، و رضا صفری شالی، آنا تومی رفاه اجتماعی، تهران، جامعه و فرهنگ، ۱۳۹۱ ش.
۲۴. همتی، فریده، سیاست اجتماعی (نظریه‌های کلاسیک، مدرن، پست‌مدرن و مطالعات مقایسه‌ای)، تهران، جامعه‌شناسان، ۱۳۸۹ ش.
25. Adams, J. Stacy, "Inequity in Social Exchange", in: L. Berkowitz (Ed.), *Advances in Experimental Social Psychology*, Vol. 2:267-299, New York, Academic Press, 1965.
26. Id., "Toward an understanding of inequity", *Journal of Abnormal & Social Psychology*, Vol. 67(5):422-436, 1963.
27. Adams, J. Stacy, & Patricia R. Jacobsen, "Effects of wage inequities on work quality", *Journal of Abnormal and Social Psychology*, 69(1):19-25, 1964.
28. Dwyer, Peter, *Welfare Rights And Responsibilities: Contesting social citizenship*, UK, The Policy Press, Bristol, 2000.
29. Gallo, Carina & Kerstin Svensson, *Victim Support and the Welfare State*, Routledge, 2019.
30. Goldberg, A. J., "Preface: Symposium on Governmental Compensation for Victims of Violence", *Southern California Law Review*, Vol. 43:164-182, 1970.
31. Hillyard, Paddy & Steve Tombs, "Beyond Criminology?", in: *Criminal Obsessions: Why harm matters more than crime*, Centre for Crime and Justice Studies, 2<sup>nd</sup> Ed., London, Kings College, 2008.
32. Khare, Rishika, "Benefits that a Zemiological Approach can bring to the Study of Global Crime and Insecurity", *International Research Journal of Social Sciences*, Vol. 5(5):30-32, 2016.
33. Lasslett, Kristian, "Crime or social harm? A dialectical perspective", *Crime, Law and Social Change*, Vol. 54(1):1-19, Springer, Published online: 3 June, 2010.
34. Lo Vuolo, Rubén M., "Social Exclusion Policies and Labour Markets in Latin America", in: Katja Hujo & Shea McClanahan (Eds.), *Financing Social Policy: Mobilizing Resources for Social Development*, New York, Palgrave Macmillan, 2009.
35. Mill, John Stuart, *On Liberty*, London, Penguin Classics, 1985.
36. *National Policy Guidelines for Victim Empowerment*, United Nation Office on Drugs and Crime, European Union, 2012.

37. Rousseau, Jean-Jacques, *Du Contrat Social, ou principes du droit politique*, in: *Collection complète des oeuvres*, vol. 1, in-4°, Genève, 1780-1789, édition en ligne <www.rousseauonline.ch>, version du 7 octobre 2012.
38. Schafer, Robert B. & Patricia M. Keith, "Equity and depression among married couples", *Social Psychology Quarterly*, Vol. 43(4):430-435, 1980.
39. Walster, Elaine & Ellen Berscheid & G. William Walster, "New directions in equity research", *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 25(2), 1973.





## رویکرد فقهی به

# ضمان دیه در قتل ناشی از کیفر غیر سالب حیات\*

- سجاد عادل‌یان طوس<sup>۱</sup>
- علیرضا تقی‌پور<sup>۲</sup>

### چکیده

یکی از مسائل مهم در حوزه فقه کیفری اسلام که فقها درباره آن به اظهار نظر پرداخته‌اند، ثبوت یا انتفای ضمان دیه نسبت به محکوم علیه محکوم‌الدمی است که به سبب اجرای مجازات غیر سالب حیات به قتل می‌رسد. در این باره چهار دیدگاه وجود دارد: مشهور فقها معتقدند که هیچ گونه ضمانی در خصوص قتل به واسطه تمامی گونه‌های مجازات (یعنی حد، قصاص و تعزیر) متصور نیست و خون مقتول هدر می‌باشد؛ بعضی با تفکیک میان حد الله و حد الناس، تلف در اثر سنخ اخیر را ضمان آور قلمداد کرده‌اند؛ شماری بر این باورند که راجع به هلاکت از باب تعزیر می‌توان قائل به ضمان گردید و سرانجام، خوانساری نسبت به دیدگاه مشهور تردید جدی روا می‌دارد، هرچند این امر منجر به صدور فتوا

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۲/۲۸.

۱. دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران (s.jd.adeliyan@gmail.com).

۲. دانشیار گروه حقوق دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران (نویسنده مسئول)

(a.taghipour@basu.ac.ir)

به خلاف آن نمی‌شود. نوشتار حاضر که به روش کتابخانه‌ای و با رویکرد تحلیلی - انتقادی سامان یافته است، به واکاوی دیدگاه‌های مزبور و مستندات آن‌ها می‌پردازد و در نهایت با برگزیدن دیدگاه ثبوت دیه نسبت به مطلق کیفرها، آن را با تکیه بر پاره‌ای از ادله ثابت می‌نماید.

**واژگان کلیدی:** ضمان دیه، فقه مقاصدی، محقون‌الدم، مصلحت عامه،

وجوب احتیاط.

### مقدمه

با پیروزی انقلاب ۱۳۵۷ ایران و تشکیل نظام جمهوری اسلامی، اندیشه استیلای حاکمیت دینی به واقعیت پیوست و بسیاری از اصول، قواعد و مقررات جزایی اسلام که پیشتر در لابه‌لای سطور قرآن و کتب روایی و فقهی محصور مانده بودند، گاه به دور از بررسی موشکافانه، در قوانین کیفری گنجانده شدند و داخل در ساحت جامعه گشتند. یکی از این موارد، ماده ۴۸۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ است. این ماده انعکاسی است از آرای متشقت فقهای امامیه نسبت به مسئله ضمان در جایی که حین یا پس از اجرای مجازات - اعم از قصاص عضو، حد غیر مستوجب سلب حیات یا تعزیر، آسیبی بیشتر از آنچه مورد حکم بوده و در طبیعت کیفر نهفته است، به محکوم علیه وارد آید، یا به رغم غیر سالب حیات بودن مجازات، به قتل وی بینجامد. در این حالت، «چنانچه قتل یا صدمه، عمدی یا مستند به تقصیر باشد، مجری حکم حسب مورد به قصاص یا دیه محکوم می‌شود. در غیر این صورت، در مورد قصاص و حد، ضمان منتفی است و در تعزیرات، دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود».

اختلاف‌نظراتی پیرامون این مطلب در فقه عامه هم به چشم می‌خورد. جمهور فقهای اهل سنت در حدود، قائل به عدم ضمان هستند (جمعی از نویسندگان، ۱۴۰۸: ۲۵۵/۱۲). اجماعی راجع به تعزیرات وجود ندارد و شافعیه بر خلاف رأی مشهور، معتقد به ضمان است (شافعی، ۱۴۲۲: ۴۳۲/۷). همچنین درباره قصاص، حنفیه با اتخاذ دیدگاه مقابل رأی مشهور، ورثه مقتول را مستحق دریافت دیه از عاقله مُقْتَصِّلَه می‌دانند (جزیری، ۱۴۲۴: ۲۴۱/۵).

شایان ذکر است که راجع به مسئله این پژوهش، تا کنون دو مقاله به رشته تحریر

درآمده است. نخستین مقاله، «بررسی انتقادی قاعده لا دینه لِمَن قَتَلَهُ الْحَدَّ» (قنبدیلی و عابدی سراسیا، ۱۳۹۷) نام دارد که صرفاً متمرکز بر حد است. عمده اشکالات وارده به نوشته مذکور را می‌توان به این شرح مطرح نمود که نگارندگان، روایات مستند قول مشهور را بدون واکاوی پذیرفته و حتی برای خبر حلبی، بدون توجه به رأی بسیاری از فقها، تعبیر «صحیح» را به کار برده‌اند (همان: ۸۰)؛ تعزیر را مشمول در قلمرو قاعده مورد ادعا دانسته و برای آن دلیل تراشیده‌اند؛ محقق خوانساری را در این قضیه صاحب فتوا دانسته و بعضاً در مقام استدلال به روایات ضعیف استناد کرده‌اند (خبر اصبح بن نباته و خبر محدث نوری به نقل از قاضی نعمان مغربی) (همان: ۸۶-۸۷). عنوان مقاله دوم، «ضمان در صدور و اجرای احکام منجر به سلب حیات» (آل طاهها و دیگران، ۱۳۹۹) است. این مقاله نیز با ایرادات متعددی روبه‌روست؛ از جمله اینکه نویسندگان نسبت به بررسی احادیث مورد استناد دیدگاه مشهور اهمال ورزیده‌اند؛ در یک موضع به حدیثی مشکوک السند (خبر ابوالعباس) و در موضعی دیگر به حدیثی ضعیف (خبر اصبح بن نباته) تمسک جسته‌اند (همان: ۹ و ۱۵-۱۶)؛ بعضاً عبارات عربی را به نادرستی ترجمه کرده‌اند، مانند عبارت فاضل لنکرانی درباره مدلول روایت ابوالعباس که نویسندگان به سبب برگردان ناصواب خود، آن را در تقابل با نظر محقق خوبی نشان داده‌اند (همان: ۱۰)؛ در یک جا، حدیثی را به خاطر ضعف یکی از روات آن (یعنی حسن بن صالح ثوری) بی‌اعتبار شمرده‌اند (همان: ۱۳)، اما در جایی دیگر، به حدیث همان راوی ضعیف ادعایی استناد کرده (همان: ۱۰) و روایتی را نیز بدون ذکر منبع نقل کرده‌اند (همان: ۱۶) که در هیچ یک از جوامع روایی شیعه وجود ندارد.

بی‌تردید صحت نتیجه هر تحقیقی منوط به صحت مقدمات آن است؛ امری که راجع به دو اثر مزبور صدق نمی‌کند.

سؤال اصلی مقاله حاضر این است که مستندات حکم فقهی‌ای که ماده ۴۸۵ ق.ا.م.ا بر پایه آن تنظیم و تصویب شده است، تا چه اندازه توانایی توجیه حکم مزبور را دارند؟ فرضیه مقاله نیز این است که مستندات حکم فقهی مندرج در ماده ۴۸۵ ق.ا.م.ا. نه تنها توانایی ثابت کردن آن حکم را ندارند، بلکه از سوی دیگر، با برخی اصول و قواعد مسلم فقهی در تعارض‌اند. در همین راستا، نوشتار پیش رو آهنگ آن دارد تا با

موازین فقه استدلالی، به کنکاش نگرش‌های فقیهان شیعه در مسئله مزبور پرداخته (گفتار نخست) و با استمداد از پاره‌ای ادله و مؤیدات، دیدگاه معقولی را ارائه نماید (گفتار دوم).

## ۱. اقوال فقها و بررسی و نقد مستندات آنها

در این گفتار، ضمن تبیین دیدگاه‌های موجود در قضیه مورد پژوهش از خلال متون فقهی، ادله‌ای که علما در راستای توجیه نظریه مقبول خود به آنها تمسک جسته‌اند، در سنجه بحث و بررسی گذارده خواهد شد.

### ۱-۱. دیدگاه نخست: هدر بودن خون محکوم علیه در خصوص «تمامی مجازات‌ها»

مطابق با اندیشه مشهور فقهای امامیه، چنانچه اجرای مجازات مادون نفس، با وجود رعایت ضوابط شرعی (مانند زمان مخصوص اجرای مجازات) و عدم تقصیر از سوی مجری حکم، منجر به تلف محکوم علیه گردد، خون مقتول هدر است و حق قصاص یا اخذ دیه منتفی می‌باشد. ابن ادریس حلی می‌نگارد:

«من قتله القصاص أو الحدّ، فلا قود له ولا دية» (۱۴۱۰: ۳۶۱/۳)؛ کسی که در اثر قصاص یا حد کشته شود، قصاص و دیه‌ای برای او نیست.

شهادت اول بیان می‌دارد:

«من قتله الحدّ أو التعزیر فهدر» (عاملی جزینی، ۱۴۳۵: ۳۲۲/۱۳)؛ کسی که اجرای حد یا تعزیر، او را به قتل رساند، خونش هدر است.

در توضیح و تکمیل این سخن، شهید ثانی می‌افزاید:

«یعنی عَوْضی برای جان او نیست؛ خواه آن حد به خاطر زیر پا گذاشتن حَقِّ الله باشد یا حَقِّ الناس» (عاملی جبعی، ۱۴۳۷: ۳۳۸/۴-۳۳۹).

### ۱-۱-۱. قرآن

یکی از دلایلی که در کلام فقها برای تأیید این دیدگاه آمده، «قاعده احسان» است (برای نمونه، رک: موسوی سبزواری، ۱۴۳۰: ۲۹۱/۲۷ و ۵۷/۲۸ و ۱۰۴). مفاد قاعده، نخست

برگرفته از قرآن کریم (توبه / ۹۱) می‌باشد.

این قاعده ناظر بر ارتباط انسان‌ها با یکدیگر بوده و اغلب آنگاه مطرح می‌شود که کسی فعلی را با انگیزهٔ پسندیده - اعم از جلب منفعت یا دفع مفسده - نسبت به فردی مشخص انجام دهد و باعث ایراد خسارت به وی گردد؛ یعنی غرض نیکوکار صرفاً متوجه متضرر باشد. موسوی گلپایگانی معتقد است:

«بی‌گمان کسی که حد شرعی بر او جاری می‌گردد یا قصاص می‌شود، اجرای این کیفر، هدفی جز تطهیر وی از گناهش ندارد و احسان نسبت به اوست، و هیچ سبیلی بر محسنان نیست» (۱۳۸۶: ۳۳۷/۲).

بعضی فقیهان به طور خاص، سرایت حد قطع ید را غیر مضمونه دانسته و علت چنین حکمی را احسان بودن عقوبت مزبور نسبت به سارق بیان نموده‌اند (همان: ۴۲۸/۱: مرعشی نجفی، ۱۴۲۴: ۳۷۷).

شیخ جعفر کاشف‌الغطاء نیز فعل زیانبار حدّاد را از آن روی شایستهٔ عدم ضمان تلقی کرده است که از بزرگ‌ترین احسان‌هاست؛ چرا که موجب رهایی مجرم از سختی‌های اخروی می‌شود (حلی نجفی، ۱۳۱۹: ۱۲۸).

افزون بر این، برخی علما بر پایهٔ آیهٔ مزبور به نحو دیگری استدلال کرده‌اند. ایشان با استفادهٔ عام از عبارت «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ»، تعلیلی از جنس ارتباط انسان با خدا مطرح ساخته و اظهار داشته‌اند: از آنجا که امام در مقام فرمانبرداری از اوامر الهی و به طور خاص اجرای احکام کیفری اوست، محسن بوده و هیچ‌گونه مسئولیتی بر دوش وی نیست (برای مثال، ر.ک: فیض کاشانی، ۱۴۱۰: ۱۰۹/۲). به اقتضای نگرش‌های یادشده، خطاب «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» قضیهٔ حقیقیه‌ای است که به عدد افراد موضوع به قضایای متعددی منحل می‌گردد؛ بدین معنا که هر کس در خارج یافت شود که عنوان محسن بر او صدق کند، هیچ ضمان و غرامتی متوجه احسان صادر از او نیست (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۵/۴) و مؤاخذه و اسائهٔ چنین فردی به حکم عقل و استفهام انکاری «هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ» (رحمن / ۶۰) قبیح است.

با وجود این، هر دو استدلال قابل مناقشه است؛ زیرا احسان تنها موجبی برای زوال مسئولیت مجری کیفر است و منافاتی با پرداخت دیه از بیت‌المال ندارد؛ بلکه جمع بین

«قاعدهٔ احسان و عدم سبیل بر محسنان» و «قاعدهٔ احترام خون مسلمان و هدر نرفتن آن» ایجاب می‌کند که دینهٔ مقتول از بیت‌المال پرداخت گردد. خوانساری (۱۴۰۵: ۱۶۱/۷) نیز با آوردن دو مثال نقض، در سقوط ضمان به صرف محسن بودن تردید کرده است؛ برای مثال، هر گاه یابندهٔ لقطه آن را به عنوان صدقه به فقیری بدهد، در حالی که صاحب مال را بشناسد و بداند که او راضی نیست، ضامن است.

۲-۱-۱. سنت

مهم‌ترین دلیل شکل‌گیری دیدگاه هدر بودن خون محکوم‌علیه و فتوای بسیاری از فقها به آن، اخباری است که در این خصوص در جوامع حدیثی شیعه نقل گشته و مفاد آن‌ها بر معنایی واحد دلالت دارد:

۱- «عن أبي الصباح الكناني، عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ قَتَلَهُ الْقِصَاصُ، لَهُ دِيَةٌ؟ فَقَالَ: لَوْ كَانَ ذَلِكَ لَمْ يُقْتَصَّ مِنْ أَحَدٍ، وَقَالَ: مَنْ قَتَلَهُ الْحَدُّ فَلَا دِيَةَ لَهُ» (حز عاملی، ۱۴۳۸: ۶۳/۲۹)؛ ابوصباح کنانی گوید: از امام صادق عليه السلام پرسیدم: اجرای قصاص باعث کشته شدن شخصی شده است، آیا دیه‌ای دارد؟ فرمود: اگر چنین بود، کسی قصاص نمی‌شد، و کسی که اجرای حد باعث قتلش شود، دیه‌ای ندارد.

در سند روایت، شخصی به نام «محمد بن فضیل» وجود دارد که ظاهراً منظور از او، محمد بن فضیل ازدی صیرفی می‌باشد (سیستانی، ۱۴۳۷: ۵۰۲/۲). شیخ طوسی (۱۴۳۰: ۳۴۳ و ۳۶۵) و علامه حلّی (۱۴۳۱: ۳۹۳) وی را تضعیف نموده‌اند. وانگهی، فاضل موحدی لنکرانی با تکیه بر استدلالی که در کتاب *تفصیل الشریعه* بیان می‌کند، در خصوص میزان دلالت لفظ «القصاص» چنین نتیجه می‌گیرد:

«فإنَّ الظاهر أنَّ المراد بقتل القصاص للرجل ليس هو قتله بالسراية بالقصاص في الطرف بل قتله بالقصاص الموجب للقتل» (۱۴۲۷: ب: ۳۱۵).

مطلب لازمی که باید در اینجا متذکر شد، این است که با مراجعه به مصدر اصلی‌ای که شیخ حرّ عاملی این خبر را از آنجا اقتباس کرده (کلینی‌رازی، ۱۴۳۴: ۳۳۱/۱۴)، درمی‌یابیم در این حدیث واژه «أحد» نیز وجود دارد که حرّ عاملی در متن کتابش

نیاورده است؛ هرچند مصححان در پاورقی به آن اشاره نموده‌اند. اهمیت این نکته بدان خاطر است که منظور از «أَحَدٌ» در تعلیل «لَمْ يَقْتَصَّ أَحَدٌ مِنْ أَحَدٍ»، اجراکننده مجازات می‌باشد. پس طبق قاعده «العلّة تعمّم وتخصّص»، انتفای ضمان مذکور در این روایت و سایر روایات مشابه، اختصاص به همو می‌یابد، نه اینکه مسئولیت حکومت نیز در پرداخت غرامت منتفی باشد. افزون بر این روایت، خبر مشابه دیگری نیز در الکافی از زید شحام از امام صادق علیه السلام منقول است (همان: ۳۲۹/۱۴) که «ضعیف» می‌باشد؛ به این علت که علما یکی از رجال آن به نام مفضل بن صالح را به شدت جرح کرده‌اند: «ضَعِيفٌ كَذَّابٌ يَضَعُ الْحَدِيثَ» (مامقانی، ۱۳۶۹: ۲۶۹).

۲- «عن السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: مَنْ أَقْضَى مِنْهُ [فَمَاتَ] فَهُوَ قَتِيلُ الْقُرْآنِ» (حزّ عاملی، ۱۴۳۸: ۶۴/۲۹)؛ سکونی گوید: امام صادق علیه السلام فرمود: کسی که قصاص شود [و بمیرد]، کشته قرآن است.

علامه مجلسی (۱۴۰۹: ۲۴/۲۱۵) این حدیث را «ضعیف علی المشهور» ارزیابی کرده و در توضیح عبارت «فَهُوَ قَتِيلُ الْقُرْآنِ» سه احتمال را مطرح می‌نماید؛ از جمله اینکه شاید مراد از آن، رفع جرح از شخصی باشد که حکم قصاص جانی را اجرا می‌کند و محکوم علیه به سبب سرایت قصاص جان می‌سپارد؛ بدین خاطر که در حقیقت، این قرآن است که باعث این حادثه می‌شود (ر.ک: بقره/ ۱۷۹؛ مانده/ ۴۵)، نه مجری قصاص. مطابق این برداشت، خون مقتول هدر نبوده و پرداخت دیه وی بر دوش حکومت از محل بیت‌المال است. همچنین با وجود احتمالات، استدلال بر پایه این روایت خدشه‌دار می‌شود (إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال). به علاوه، باید گفت که این خبر صریح در مقصود نیست؛ زیرا اشاره‌ای به انتفای ضمان در فرض قتل به دلیل اجرای قصاص - اعم از نفس و عضو - نمی‌کند، بلکه به ظاهر صرفاً در مقام بیان این نکته است که قصاص منجر به قتل، مستند به حکم قرآن است.

محقق خوبی در خصوص مدلول این خبر اظهار می‌کند:

«متفاهم عرفی از این روایت به مناسبت حکم و موضوع، این است که یقیناً هر گاه به قتل رساندن [فردی] به موجب فرمان الهی باشد، هیچ گونه اقتصاص و دیه‌ای در مورد آن متصور نیست» (موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۳۷۱/۱).

از عبارت «كَلَّمَا إِذَا كَانَ الْقَتْلُ بِأَمْرِ إِلَهِيَّ» فهمیده می‌شود که به اعتقاد ایشان، مدلول این خبر قتل به واسطه قصاص نفس را در بر می‌گیرد نه قصاص عضو؛ چرا که حکمی از جانب خداوند مبنی بر جواز قتل مجنی در قصاص عضو وجود ندارد. از این رو، استناد به خبر مذکور در مسئله مورد کاوش اصولاً نابه‌جاست. به علاوه، محدث نوری روایت مشابهی را از کتاب *جعفریات* نقل می‌کند که آن نیز به واسطه وجود شخصی مجهول به نام «عبدالله» در ابتدای سلسله اسناد، فاقد اعتبار است (نوری طبرسی، ۱۴۱۲: ۲۳۳/۱۸).

۳- «عن محمد بن مسلم، عن أحدهما عليه السلام - في حديث - قال: وَمَنْ قَتَلَ الْقِصَاصُ فَلَا دِيَّةَ لَهُ» (حز عاملی، ۱۴۳۸: ۶۴/۲۹)؛ محمد بن مسلم گوید: امام باقر یا صادق عليه السلام فرمود: کسی که اجرای قصاص باعث قتلش شود، دیه‌ای ندارد.

این روایت را گرچه از لحاظ سندی «صحیح» دانسته‌اند (مجلسی، ۱۴۰۷: ۴۴۴/۱۶)، اما از جهت دلالتی ناقص است؛ چون تنها از عدم دیه نسبت به «قصاص» سخن گفته و اشاره‌ای به حد و تعزیر نمی‌کند. افزون بر این، محمدباقر بهبودی در *گزیده تهنیدب*، ذیل این حدیث می‌نویسد:

«توجه: در این گونه موارد، خونبها از خزانه مسلمان پرداخت می‌شود» (طوسی، ۱۳۷۰: ۳۵۵/۵).

۴- «عن معلى بن عثمان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: مَنْ قَتَلَ الْقِصَاصُ، أَوْ أَحَدٌ لَمْ يَكُنْ لَهُ دِيَّةٌ» (حز عاملی، ۱۴۳۸: ۶۵/۲۹)؛ معلى بن عثمان گوید: امام صادق عليه السلام فرمود: کسی که اجرای قصاص یا حد موجب قتلش شود، دیه‌ای برای او نیست.

مجلسی ثانی حکم به «صحت» این حدیث کرده و می‌نویسد:  
 «ويدل على عدم لزوم الدية بسراية القصاص في الجراحات، وقيامه الحدود غير القتل إذا مات بها من غير تفریط» (۱۴۰۷: ۳۹۲/۱۶).

با وجود این، موسوی اردبیلی (۱۴۲۷: ۶۹۴-۶۹۵) به سند این حدیث خدشه وارد می‌آورد که اسناد شیخ طوسی به جعفر بن بشیر در مشیخه مذکور نیست، و در صورتی که در *الفهرست* وجود داشته باشد نیز نام ابن ابی‌جید در آن قرار دارد که تصریحی بر توثیق یا مدح او در کتب رجال نشده است.



در مقام بررسی منصفانه باید گفت که هیچ یک از دو ایراد موسوی اردبیلی وارد نیست. نخست، طریق شیخ به جعفر بن بشیر در *الفهرست* آمده که بدین شرح است:

«أخبرنا به ابن أبي جيد، عن ابن الوليد، عن محمد بن الحسن الصفار والحسن بن متيل، عن محمد بن الحسين بن أبي الخطاب، عن جعفر بن بشير» (طوسی، ۱۴۲۲: ۹۲).

دوم، بنا به گزارش منابع متأخر رجال شیعه، ابن ابی جید فردی قابل اطمینان است و روایات وی «حسن» یا «صحیح» به شمار می آیند (بحرالعلوم طباطبایی، ۱۳۶۳: ۸۳/۳-۸۷؛ موسوی خویی، ۱۴۱۳: ۲۷۷/۱۲).

سوم، به گفته سید محسن امین (۱۴۰۶: ۱۶۰/۸-۱۶۱)، جای هیچ شک و شبهه‌ای در وثاقت و جلالت ابن ابی جید قمی نیست؛ زیرا او از مشایخ اجازه و معتمدین نجاشی و شیخ طوسی بوده و عدم تصریح قدما به وثاقت وی، به علت پیدایش کیفیتی نزد آنها بوده است که طبیعتاً نیازی نمی دیدند از وثاقتش سخن گویند.

۵- «عن أبي العباس، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألتُه عَمَّنْ أُقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدُّ [فَمَاتَ]، أَيُقَادُ مِنْهُ؟ أَوْ تُؤَدَى دِيْنُهُ؟ قَالَ: لَا، إِلَّا أَنْ يُزَادَ عَلَى الْقَوْدِ» (حرّ عاملی، ۱۴۳۸: ۶۵/۲۹)؛ ابوعباس گوید: از امام صادق عليه السلام راجع به کسی پرسیدم که حد بر او اقامه شده [و منجر به مرگش گشته] است؛ آیا از مجری حد قصاص گرفته می شود؟ یا دیه مقتول پرداخت می شود؟ فرمود: خیر، مگر اینکه [بیش از آنچه استحقاق محکوم علیه است] بر قصاص افزوده گردد.

درباره سند این روایت، چهار نگرش وجود دارد: علامه مجلسی (۱۴۰۷: ۵۹۴/۱۶) آن را «مجهول» ارزیابی کرده است؛ علی اکبر غفاری در تحقیق *تهذیب الاحکام* آن را «موثق یا حسن» (طوسی، ۱۳۸۶: ۳۲۱/۱۰) شمرده است؛ برخی همچون حسینی روحانی (۱۴۳۵: ۲۳/۴۰) و طباطبایی حائری (۱۴۳۱: ۱۴۰/۱۴) آن را «موثق» دانسته و بعضی دیگر مانند موسوی خویی (۱۴۳۰: ۱۰۱/۴۲) و تبریزی (۱۴۲۶: ۲۵۴) آن را «صحیح» به حساب آورده اند. در میان روایات این حدیث، اسم «محمد بن عیسی» دیده می شود که مقصود محمد بن عیسی بن عبید بن یقظین است و پیرامون شخصیت و منقولات وی اختلاف نظر وجود دارد (ر.ک: ایزدی فرد و همکاران، ۱۳۹۵). نام دیگری که به چشم می خورد و به معرکه آرای علما مبدل گردیده، داود بن حصین است. نجاشی (۱۴۱۸: ۱۵۹)

او را «ثقه» دانسته است؛ اما شیخ طوسی (۱۴۳۰: ۳۳۶) و ابن عقده (علامه حلّی، ۱۴۳۱: ۳۴۵) اعتقاد دارند که او فاسدالمذهب (واقفی) می‌باشد. بعضی مانند مامقانی (۱۴۲۷: ۱۵۸-۱۵۶/۲۶) توثیق نجاشی را ترجیح داده و برخی دیگر همچون شهید ثانی (عاملی جعی، ۱۴۰۸: ۱۳۱) با تکیه بر جرح شیخ طوسی، وی را «ضعیف» به شمار آورده‌اند؛ تعدادی از قبیل موسوی خوئی (۱۴۱۳: ۱۰۳/۸) و شیخ موسی عباسی زنجانی (۱۴۳۹: ۲۱۵/۴) راه جمع بین قولین را در پیش گرفته و او را «غیر امامی ثقه» قلمداد نموده‌اند و علامه حلّی (۱۴۳۱: ۳۴۵) نیز در خصوص وی ابراز می‌دارد: «الأقوی عندی التوقف فی روایتہ».

فاضل موحدی لنکرانی پیرامون مدلول حدیث اظهار می‌نماید:

«از این روایت، عدم ثبوت قصاص و انتفای دیه نسبت به کسی که حد یا قصاص باعث قتلش شود، استفاده می‌گردد» (۱۴۲۷: ب: ۱۸۸).

با این حال، باید نظر وی را با توجه به متن روایت فهم کرد؛ بدین گونه که پرسشگر فقط از مسئولیت مجری حد، از امام صادق علیه السلام سؤال کرده است؛ چنان که ضمیر متصل «ه» در «مِئْه» که به همو برمی‌گردد، گویای این نکته می‌باشد. از این جهت، خبر مذکور نص در فقدان مسئولیت حدّاد است و ربطی به رفع ضمان از بیت‌المال ندارد.

۶- «محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: مَنْ قَتَلَهُ الْقِصَاصُ بِأَمْرِ الْإِمَامِ فَلَا دِيَةَ لَهُ فِي قَتْلِ وَلَا جِرَاحَةَ» (حرّ عاملی، ۱۴۳۸: ۶۵/۲۹)؛ محمد بن مسلم گوید: امام باقر علیه السلام فرمود: کسی که به فرمان امام قصاص شود و به قتل رسد، دیه‌ای برایش نیست؛ خواه قصاص از جنس قتل باشد یا جراحت.

علامه مجلسی (۱۴۰۷: ۵۹۶/۱۶) و غفاری (طوسی، ۱۳۸۶: ۳۲۲/۱۰) از حدیث‌شناسان، و مرعشی نجفی (۱۴۱۹: ۳۳۹/۲) و میرزا جواد تبریزی (۱۴۲۶: ۲۴۷) از فقها، به‌درستی حکم به «مجهول» بودن این خبر کرده‌اند. علت آن نیز وجود محمد بن عبدالله بن هلال در زمره رجال این حدیث است که ناشناخته می‌باشد. همچنین دلالت این روایت بر فتوای مشهور محل مناقشه است؛ زیرا همان ایراد وارد به حدیث محمد بن مسلم (خبر شماره ۳) نسبت به این خبر نیز صادق است.

۷- «عن الحلبيّ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: أَيُّمَا رَجُلٍ قَتَلَهُ الْحُدُّ أَوْ الْقِصَاصُ، فَلَا دِيَةَ لَهُ»

حزّ عاملی، ۱۴۳۸: ۶۵/۲۹؛ حلبی گوید: امام صادق علیه السلام فرمود: هر کسی که بر اثر اجرای حد یا قصاص کشته شود، دیه‌ای ندارد.

حول سند این روایت، چهار نظر ابراز شده است: بسیاری نظیر علامه حلّی (۱۴۳۵: ۳۳۶/۹)، مقدس اردبیلی (اردبیلی نجفی، ۱۴۰۳: ۳۶۳/۱۳) و خوانساری (۱۴۰۵: ۱۶۰/۷) آن را «حسن»، و بعضی مانند موسوی خویی (۱۴۳۰: ۳۷۷/۴۱ و ۱۰۱/۴۲) و سید عبدالاعلی موسوی سبزواری (۱۴۳۰: ۵۷/۲۸) آن را «صحیح» شمرده‌اند؛ صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۳۴: ۷۴۷/۴۲) آن را «صحیح یا حسن»، و یکی از فقهای معاصر (زارعی سبزواری، ۱۴۳۶: ۴۷۴/۷) آن را «معتبره» دانسته است. این خبر با لفظ «أی» آغاز می‌گردد که از صیغ عموم بوده و ادات مختص عام بدلی است. بدین سان از روایت مزبور می‌توان قاعده‌ای کلی مبنی بر انتفای دیه در حدود و قصاص استخراج نمود.

محقق خویی به این حدیث در بحث از شرط پنجم قصاص (محقون‌الدم بودن مقتول) استناد کرده و در خصوص مدلول آن می‌نگارد:

«فإنّها تدلّ علی أنّه لا قود ولا دية فی ذلك مطلقاً؛ أي سواء أكان قتله من جهة الارتداد أو الزنا أو اللواط أو قتل النفس المحترمة» (موسوی خویی، ۱۴۳۰: ۱۰۰/۴۲-۱۰۱).

به قرینه جرایم معنونه و همچنین دو عبارت دیگری که در همان مبحث آمده است («کون القتل سائغاً للقاتل» و «دم المقتول یكون عندئذٍ هدراً»)، می‌توان پی برد که در اینجا، ایشان مقدار دلالت الفاظ «الحدّ» و «القصاص» را محدود به حدود موجب سلب حیات و قصاص نفس دانسته است.

نکته: راجع به مدلول کلی روایات استنادی این دیدگاه، دو احتمال از سوی برخی مطرح شده است:

نخست، «در صورت اعتقاد به قطعی بودن دلالت این روایات، می‌توان آن‌ها را سبب تخصیص ادله حرمت خون مسلمان دانست. اما به نظر می‌رسد نمی‌توان این روایات را نص دانست؛ زیرا شاید منظور «لم یکن له دية علی القاتل یا لم یکن له دية علی غیر بیت المال» باشد. این فرض اگرچه مخالف ظاهر و اصل عدم تقدیر است، لکن ادله حرمت خون مسلمان که ظاهراً ابناء از تخصیص دارد و همچنین اهمیت بسیار

بالای بحث دماء و نفوس نزد شارع مقدس می‌تواند مبین این امر باشد. بر این اساس، باید روایات را ظاهر بدانیم نه نص» (قندیلی و عابدی سرآسیا، ۱۳۹۷: ۸۱).

دوم، می‌توان در میزان دلالت روایات تردید کرد که شاید مراد از عدم ضمان دیه درباره قصاص یا حد، دیه قصاص یا حد ناظر به نفس باشد؛ مانند اینکه کسی را از باب قصاص بکشند یا حد قتل بر کسی اجرا گردد، نه آنچه که از سرایت رخ بدهد. پس استدلال برای ادخال سرایت در مدلول اخبار ساقط می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۳۹۱: ۲۲۷/۳). در نقد این مطلب می‌توان گفت: چنین احتمالی فقط نسبت به حدیث ابوصباح کنانی (خبر شماره ۱) صدق می‌کند و در باب دیگران مردود است؛ چرا که اولاً، این برداشت جداً خلاف ظاهر است و خود مکارم شیرازی نیز به این ایراد اذعان داشته است. ثانیاً، کسی که به خاطر اجرای قصاص نفس یا حد مستوجب سلب حیات کشته می‌شود، استحقاق آن را دارد و بدیهی است که دیه‌ای به وی تعلق نگیرد. از این رو، هیچ فایده‌ای بر بیان آن توسط معصوم ع که از سخن لغو مصون می‌باشد، مترتب نیست.

### ۱-۳-۱. نفی خلاف و اجماع

برخی فقها برای حکم عدم ضمان درباره محکوم علیه محقون‌الدمی که به واسطه مجازات کشته شده، ادعای عدم خلاف (طوسی، ۱۴۴۰: ۱۸۴/۵؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۳۸۹/۴؛ موسوی خویی، ۱۴۳۰: ۳۷۷/۴۱) و اجماع (ابن زهره حلی، ۱۴۱۷: ۴۲۰) کرده‌اند. در نقد این دلیل می‌توان گفت:

نخست، با التفات به اقوال متفاوت موجود در مسئله، مشخص می‌گردد که دو ادعای پیش گفته ثابت نیست؛ افزون بر اینکه اصولاً در مورد اجماع، مشکل اساسی ناظر به امکان تحصیل صغرای آن است؛ یعنی مدعی اجماع محصل حداکثر می‌تواند ادعا کند که در مسئله مخالفی نیافته است، و روشن است که «نبود مخالف»، غیر از «اتفاق نظر همه» است؛ چرا که اطلاع از تألیفات و نظرات تمام فقها در همه اعصار و اشراف بر آرای همه ایشان ممکن نیست. به همین دلیل، بسیاری از بزرگان علم اصول، ضمن بحث از اجماع محصل و بعد از قبول حجیت کبری، متعرض این نکته شده‌اند که این، کبرای بدون صغراست (حمدالهی و دیگران، ۱۳۹۸: ۴۱).

دوم، این اجماع منقول به خبر واحد است که حجیت آن محل نزاع است. سوم، اگر صغرای اجماع را به دیده اغماض بنگریم، مدرکی بودن اجماع ادعایی، اشکال کبروی آن است. در نتیجه، احادیثی که فتاویٰ مُجمعین مبتنی بر آنها می‌باشد، مناط حجیت اجماع را که همانا کاشفیت از رأی معصوم علیه السلام است، مخدوش می‌سازد. سرانجام، بنا به گفتهٔ مرعشی نجفی (۱۴۱۵: ۳۴۲/۱)، اجماع مصطلحی که پرده از قول معصوم علیه السلام برمی‌دارد، نادر همچون معدوم است. افزون بر این، اجماع منقول نیز داخل در ظن مطلق می‌گردد، پس حجت نیست؛ خصوصاً اینکه بسیاری از اجماعات بی‌گمان از نوع مدرکی - و نه تعبدی - هستند. پس در آن هنگام، به مدارک شرعیه رجوع می‌کنیم و اجماع مؤید است، نه اینکه اصالتاً دلیل مستقلی محسوب گردد.

#### ۴-۱-۱. اصل براءت

دلیل فقهاتی «براءت»، از دیگر مستندات معتقدان به اندیشهٔ مشهور است (برای مثال، ر.ک: طوسی، ۱۴۴۰: ۵/۵۹۳). محل جریان اصل مذکور، جایی است که شک در اصل وجود تکلیف باشد. در مانحن فیه، با شبههٔ وجوبیهٔ حکمیه روبه‌رویم؛ یعنی پس از حدوث قتل به سبب اجرای صحیح کیفر غیر مستوجب سلب حیات، شک می‌کنیم که آیا لازم است به وراثت مقتول دیه پرداخت گردد یا خیر؟ در این صورت به دلیل فقدان نص در اشتغال ذمه، حکم به براءت ذمه از تکلیف مشکوک می‌کنیم. شیخ انصاری پیرامون چگونگی برخورد علما با این قسم از شک می‌نویسد:

«والمعروف من الأخبارین هنا موافقة المجتهدين فی العمل بأصل البراءة وعدم وجوب الاحتیاط» (۱۴۳۸: ۲/۱۴۲).

با وجود این، مراجعه به اصول عملیه همچون براءت، تنها زمانی میسور است که دلیل اجتهادی در مورد حکم موضوع مدّ نظر در دست نباشد (الأصل دلیل حیث لا دلیل)؛ زیرا دلیل اجتهادی بر دلیل فقهاتی مقدم است و مادامی که دلیل در موردی حضور داشته باشد، نوبت به اصل نمی‌رسد. بدین سان با عنایت به استناد فقهای طرفدار این نظریه به قرآن و نیز وجود روایات متعدد، اصل براءت، سالبه به انتفای موضوع است و جایی برای اتکای به آن باقی نمی‌ماند. وانگهی، حق این است که اصل براءت، توانایی

ایستادگی و مقاومت در برابر عمومات و اطلاعات ادله قصاص و دیه را ندارد؛ زیرا حتی با فرض اینکه هیچ دلیل اجتهادی‌ای در میان نباشد، محکوم به مجازات غیر سالب حیات فردی محقون‌الدم است که فقط به میزان مجازات مقدرشده مستحق رنج و آسیب است. پس هر گونه آسیب اضافی موجب ضمان بوده و باید جبران شود.

۱-۱-۵. قاعدة «الجواز الشرعی ینافی الضمان»

واژه «ضمان» در معنای رایج، مترادف با واژه «مسئولیت» است و تعریف آن عبارت است از: «ثبوت اعتباری چیزی در ذمه کسی به حکم شارع». هدف از ایجاد مسئولیت و ضمان، جبران زیان‌های وارده و برقراری قسط و عدل می‌باشد. در این حوزه، قواعد فقهی متعددی وجود دارد که یکی از آنها، قاعدة «الجواز الشرعی ینافی الضمان» است (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۲۰۱/۱-۲۰۲). مفاد قاعدة بدین شرح است که اجازه شارع نسبت به انجام یا ترک کاری، هرچند آن فعل یا ترک فعل به ورود خسارت به دیگری بینجامد، قابل جمع با ضمان نیست. اینکه شارع از یکسو اجازه دهد و از سوی دیگر ضامن بداند، با هم منافات دارند. بنابراین اگر مکلفی به سبب انجام یا ترک امری که جواز شرعی دارد، زیانی به دیگری وارد سازد، ضامن خسارات وارده نخواهد بود؛ چون که اجازه شارع رافع مسئولیت و ضمان است. این قاعدة فقهی در مسئله مورد پژوهش نیز دستاویزی برای توجیه نگرش انتفای ضمان قرار گرفته است. برای نمونه، مقدس اردبیلی می‌گوید که اجرای حد فعلی جایز، بلکه واجب است (اردبیلی نجفی، ۱۴۰۳: ۳۶۳/۱۳)؛ از این روی، مسئولیتی مبنی بر پرداخت دیه بر دوش قاتل (یعنی مجری حد) و بیت‌المال نیست؛ یا شهید ثانی می‌نویسد که علت عدم ثبوت دیه نسبت به کشته هر دو گونه مجازات‌های حدی و تعزیری، آن است که: «فعل سائغ أو واجب فلا یتعقبه الضمان» (عاملی جبعی، ۱۴۲۹: ۴۷۲/۱۴). به طور کلی، مقصود این است که چون خداوند متعال با تشریح جزایی، کیفردهی بزهکاران را اجازه داده و بلکه آن را در زمره تکالیف شرعی نهاده است، هیچ ضمانتی در قبال هر گونه آسیب مازادی که به سبب آن رخ دهد، متصور نمی‌باشد.

شیخ محمد سند در نقد این قاعدة می‌گوید:

«جواز بلکه وجوب، منافاتی با ضمان ندارد، مانند خوردن مال غیر در سال قحطی؛ زیرا حفظ نفس واجب است، اما منافاتی با ضمان پرداختن قیمت آن مال به صاحب ندارد؛ چرا که الضرورات تقدر بقدرها» (سند، ۱۴۲۳: ۳۹).

امام خمینی در این باره می‌نگارد:

«اباحه شرعی‌ای که به اجماع ثابت گردیده، تلازمی با عدم ضمان ندارد و متیقن از آن، فقط ثبوت اباحه است نه سلب ضمان؛ مثل اباحه خوردن مال دیگران هنگام ضرورت که صرف این اباحه تصرف، موجب نفی ضمان اتلاف و ضمان ید نیست» (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۲۸۲/۱).

همچنین درباره ثبوت دیه به نفع کسی که به دلیل اجرای مجازات یا تأدیب فوت می‌کند، می‌توان چنین استدلال کرد که مشروعیت مجازات و تأدیب، موجب سقوط و رفع ضمان در صورت وقوع قتل نمی‌شود و هیچ‌گونه منافاتی میان جواز کیفر و تبییه و ثبوت دیه بر کیفردهنده و تأدیب‌کننده نیست؛ زیرا جواز حکمی تکلیفی است - به این معنا که فاعل آن، مرتکب معصیت نشده و در پیشگاه خداوند عقاب نمی‌شود - و منافاتی با ثبوت ضمان که حکمی وضعی است، ندارد.

**۲-۱. دیدگاه دوم: تفصیل میان حق الله و حق الناس در خصوص «حدود»**

در مقابل دیدگاه مشهور راجع به حدود، تعداد معدودی از فقها با امعان نظر به تقسیم‌بندی دوگانه «حق الله» و «حق الناس»، بر این باورند که اگر هلاکت محکوم علیه محقون الدم به سبب اقامه حدی باشد که صرفاً به حق الله باز می‌گردد، خون وی بهایی ندارد؛ اما در ارتباط با حدودی که جنبه حق الناس دارند (شامل کذف و سرقت) و اجرایشان به تلف مجازات شونده می‌انجامد، می‌توان به ضمان ملتزم گشت. شیخ مفید نخستین فقیهی می‌باشد که از این اندیشه پیروی کرده است. ایشان در *المقنعه* می‌آورد:

«کسی که امام مسلمین او را از باب حد، در رابطه با حقی از حقوق الله شلاق بزند و وی به این واسطه بمیرد، دیه‌ای برایش نیست؛ ولی اگر [امام مسلمین] او را از باب حد یا تأدیب، در رابطه با حقوق الناس شلاق بزند و منجر به مرگش گردد، ضامن دیه مقتول می‌باشد» (مفید، ۱۴۳۱: ۷۴۳/۱۴).

شیخ طوسی (۱۳۸۰: ۳۴۷/۴-۳۴۸) در *الاستبصار*، پس از نقل خبر زید شحام و خبر حلبی می‌نویسد که این دو حدیث به طور عام وارد شده‌اند که هم حَقَّ الله و هم حَقَّ الناس را در بر می‌گیرند؛ با این حال، سزاوار است که هر دوی آن‌ها را با روایت حسن بن صالح تخصیص زده و بگوییم: هر گاه اجرای حدی از حدود الهی موجب قتل فردی شد، دیه‌ای برای وی از محل بیت‌المال ثابت نیست، و اگر فردی به خاطر اقامه حدی از حدود آدمیان جان سپرد، خونهای او بر دوش بیت‌المال است. ایشان در حالی این سخن را می‌گویند که در سایر کتب خویش، موافق با دیدگاه مشهور فتوا داده است.

تابعان نگرش حاضر برای توجیه رأی خود، استدلال می‌کنند که اخبار وارده حول قضیه به دو دسته تقسیم می‌شوند: دسته اول به طور مطلق دلالت بر عدم پرداخت دیه به کشته حد یا قصاص دارند؛ اما دسته دوم میان «حدود الله» و «حدود الناس» تمایز قائل شده و مقتولِ سنخ اخیر را مستحق دریافت غرامت می‌دانند. بنابراین روایات گونه دوم، احادیث عام دسته نخست را تخصیص می‌زنند. این اخبار مَحْصَص که یگانه مستند دیدگاه تفصیل در حدود هستند، به شرح زیر می‌باشند:

۱- «عن الحسن بن صالح الثوری، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: كَانَ عَلِيُّ عليه السلام يَقُولُ: مَنْ ضَرَبْتَاهُ حَدًّا مِنْ حُدُودِ اللَّهِ فَمَاتَ فَلَا دِيَّةَ لَهُ عَلَيْنَا وَمَنْ ضَرَبْتَاهُ حَدًّا فِي شَيْءٍ مِنْ حُقُوقِ النَّاسِ فَمَاتَ فَإِنَّ دِيَّتَهُ عَلَيْنَا» (کلینی رازی، ۱۴۳۴: ۳۳۲/۱۴-۳۳۳)؛ از حسن بن صالح ثوری از امام صادق عليه السلام منقول است که حضرت علی عليه السلام می‌فرمود: کسی که حدی از حدود الله را بر وی جاری سازیم و آن شخص بمیرد، پس دیه او بر عهده ما نیست؛ و کسی که وی را بابت چیزی از حقوق الناس حد بزنیم و آن شخص بمیرد، پس همانا دیه‌اش بر عهده ماست.

بسیاری از فقها از ناحیه سند، به خبر معنونه اعتراض کرده و آن را قابل اتکا و استناد

ندانسته‌اند. برای نمونه، محقق خوینی می‌نویسد:

«این روایت به دلیل ضعف سندش به حسن بن صالح ثوری، به هیچ وجه امکان استدلال به آن و اعتماد بر آن در استنباط حکم شرعی وجود ندارد» (موسوی خوینی، ۱۴۳۰: ۲۶۳/۴۲).



این در حالی است که مجلسی اول (۱۴۲۹: ۹۵/۱۷) صریحاً خبر ذکر شده را «صحیح» می‌خواند. افزون بر این، بعضی پژوهشگران علوم قرآن و حدیث از رهگذر شواهد و قرائن تاریخی و نیز اقوال رجال‌شناسان، نشان داده‌اند که «حسن بن صالح» معتقد به مذهب امامیه بوده است (ر.ک: رحمان ستایش و فرجامی، ۱۳۹۰). در نتیجه، این روایت برخلاف عقیده اکثریت علما معتبر است. همچنین، ممکن است توهم شود که اعراض مشهور از این روایت، مانع استناد به آن است که در پاسخ می‌توان گفت: اعراض مشهور چه نسبت به سند و چه دلالت، موجب وهن حدیث نمی‌شود (ر.ک: علی محمدی و حسینی، ۱۳۹۹).

شیخ طوسی در *تهذیب الاحکام*، پس از گزارش حدیثی از امام صادق (ع) درباره مقدار آب گُر، آن را نمی‌پذیرد؛ زیرا «الراوی له الحسن بن صالح و هو زیدی بترى متروک العمل بما یختص بروایته» (فرجامی، ۱۳۹۴: ۴۶۶-۴۶۷). ایشان در *الاستبصار* نیز این روایت را نقل کرده و می‌گوید:

«الحسن بن صالح راوی هذا الحدیث زیدی بترى متروک الحدیث فیما یختص به» (طوسی، ۱۳۸۰: ۳۵/۱).

حال جای خُرده‌گیری دارد که فقیه نامداری به سان شیخ الطائفه، دچار تناقض گشته و با وجود اینکه راوی مطمح نظر را تضعیف نموده و منقولات او را متروک‌العمل پنداشته، اما در نگرش کنونی از باور خویش عدول کرده و با تکیه بر حدیث همان راوی نامعتبر، حکم صادر کرده است.

۲- مشابه روایت یادشده را شیخ صدوق (۱۴۲۹: ۷۲/۴) نیز در *الفقیه* با اندکی تفاوت به نحو «مرسل» آورده است. علما پیرامون وثاقت سندی و قابلیت عمل به مضمون این خبر، موضع همسانی ندارند؛ تعدادی از قبیل تبریزی (۱۴۲۹: ۳۲۶)، موسوی خویی (۱۴۳۰: ۳۷۷-۳۷۸) و موسوی اردبیلی (۱۴۲۷: ۶۹۶/۲) اعتقاد دارند که ارسال این خبر، مایه ضعف و مانع اعتماد به آن است؛ فاضل موحدی لنگرانی (۱۴۲۷: الف: ۶۱۲) سند خبر را می‌پذیرد، اما می‌گوید که «این روایت به اعتبار اعراض مشهور و فتوا به خلافش، مجالی برای اعتماد بر آن باقی نمی‌ماند»؛ لیکن منتظری (۱۴۰۹: ۳۶۷/۲) با اتخاذ رویکردی نسبتاً سهل‌گیرانه، چنین استدلال می‌نماید:

«نسبت دادن قاطعانه متن حدیث به امام علیه السلام توسط صدوق، دلالت بر ثبوت آن نزد وی دارد؛ وگرنه این طرز بیان به جهت حرمت گفتار و انتساب بدون علم، خصوصاً نسبت به امام علیه السلام جایز نبود. وانگهی، زنجیره سند تا ثوری صحیح بوده و ابن محبوب از اصحاب اجماع است و شاید تمامی این موارد برای اعتماد به خبر مزبور کفایت کند؛ اگرچه ثوری، خود از فرقه زیدیه بتریه بوده و وثاقتش ثابت نشده است. از ظاهر عبارت شیخ طوسی در الاستبصار نیز برمی آید که او بر این خبر اعتماد کرده و اخبار دسته اول را حمل بر آن نموده و در نتیجه، تفصیل را پذیرفته است. به هر تقدیر، احوط در باب حدود، قبول دیدگاه تفصیل به خاطر جمع بین اخبار می باشد.»

فارغ از مناقشات سندی، بعضی از حیث دلالی گفته اند که فرقی ندارد مورد از حقوق الله تعالی باشد یا حقوق الناس، و آنچه را که راجع به ثبوت دیه در مورد دوم وارد شده است (نظیر کلام حضرت علی علیه السلام)، می توان حمل بر مطلق رجحان - غیر از وجوب یا استحباب شرعی - نمود (موسوی سبزواری، ۱۴۳۰: ۲۷/۲۹۱)؛ به این معنا که امام علیه السلام خویش را ملزم به یک حکم امتنانی کرده و فرموده است که اگر اجرای حد الناس از سوی ما به مرگ محدود بینجامد، خودمان - از باب لطف و مرحمت - دیه مقتول را می پردازیم. در نقد این نظر می توان بیان داشت که از یک طرف، چنین برداشتی خلاف ظاهر است؛ از طرف دیگر، تشکیک در نص بودن روایات موجهه دیدگاه نفی مطلق ضمان و مخالفت آن دیدگاه با اصول و قواعدی مانند «احترام خون مسلمان» و «لزوم احتیاط در امور مهمه»، و همچنین بایستگی اکتفا به قدر متیقن (حق الله)، ایجاب می کند که در صورت فقدان وجه جمع بهتر، نظریه تفصیل مقبول باشد؛ چرا که توانسته حداقل در بخشی از مدلول، بین دو دسته اخبار و ادله معارض آن‌ها جمع نماید.<sup>۱</sup>

### ۳-۱ دیدگاه سوم: هدر نبودن خون محکوم علیه در خصوص «تعزیر»

شیخ طوسی در الخلاف می نویسد:

«إذا عَزَّرَ الإمام رجلاً فأذی إلى تلفه، لم يجب علیه الضمان» (۱۴۴۰: ۳/۵۰۴).

ایشان در جای دیگر نیز می گوید که هر گاه امام کسی را که تعزیر کردنش واجب

۱. شایان ذکر است که وجه جمع بهتری وجود دارد که در گفتار دوم (دیدگاه مختار) تفصیلاً به آن خواهیم پرداخت. پس دیدگاه حاضر نیز پذیرفتنی نیست.

یا جایز است، تعزیر کند و این فعل، منجر به مرگ تعزیرشونده گردد، چیزی بر عهده او نمی‌باشد (همان: ۴۹۳/۵). با وجود این، ایشان در المیسوط با عدول از این فتوا، قائل به ضمان گشته و این رأی را مطابق با احتیاط می‌خواند (همو، ۱۳۸۷: ۶۳/۸).

فقها برای توجیه انضمام تعزیر به حد، و تبعاً تعمیم حکم مصرح در روایات به آن، دلایل مختلفی آورده‌اند؛ تعدادی از قبیل موسوی گلپایگانی (۱۴۱۴: ۴۰۱-۴۰۰/۲) و فاضل موحدی لنکرانی (۱۴۲۷ الف: ۴۸۵) معتقدند که مراد از کلمه «الحدّ» در لسان روایات نافی دیه از کشته حد، معنای عام آن (مطلق عقوبت) است که شامل تعزیر هم می‌شود؛ هرچند برخی به این نگرش ایراد کرده‌اند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷: ۶۹۸/۲؛ منتظری، ۱۴۰۹: ۳۶۸/۲). بعضی به الغاء خصوصیت استناد نموده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸: ۳۹۴-۳۹۳)؛ منتها اگر این استدلال صحیح باشد، باید بتوان با توسعه در مصادیق متعلق حکم، تأدییات شرعی را نیز مشمول دانست، مخصوصاً که برخی از جمله محقق حلی (۴۳۴/۲: ۱۴۲۵) و مغنیه (۱۴۲۱: ۱۳۸/۱ و ۲۶۸/۲، ۲۹۵) تأدیب را تعزیر می‌دانند؛ حال آنکه چنین امری مورد پذیرش علمای شیعه نیست (نجفی، ۱۴۳۴: ۱۰۴۴/۴۲). نگرش سومی نیز از سوی موسوی خویی (۱۴۳۰: ۲۶۳/۴۲) ارائه شده که خالی از قوت نمی‌باشد. وی با بهره‌وری از روش تنقیح مناط، استدلال می‌نماید که گرچه مورد نصوص، مختص حد و قصاص است، اما تردیدی در الحاق تعزیر به آن دو وجود ندارد:

«فإنّ الملاك فی ذلك هو كونه من شؤون حكومة الحاكم، والمفروض أنّ التعزیر كالحّد من شؤون حكومته».

پاره‌ای از فقها با دیدگاه مشهور راجع به انتفای دیه در تعزیر منجر به قتل به مخالفت برخاسته‌اند. منتظری می‌گوید:

«تعزیر و تأدیب از یکسو، مقدار خاصی برایشان مشخص نشده، بلکه تعیین حد و مقدار آن‌ها به دست حاکم یا ولی می‌باشد. مضاف بر این، غرض از اجرای آن‌ها، ادب کردن همراه با حفظ سلامت متخلف است. پس زمانی که اجرای تعزیر یا تأدیب، منتهی به مرگ متخلف گردد، می‌توان گفت که این حادثه مستند به خطا یا اشتباه حاکم یا ولی در تعیین مقدار ضربات تعزیر یا تنبیه است. از این رو، ضمان ثابت می‌شود؛ هرچند در مورد حاکم، ضمان بر بیت‌المال استقرار می‌یابد نه بر خود او، آن‌سان که خبر اصبع بن نباته بر این مطلب گواهی می‌دهد: "قَصَى

أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّ مَا أَحْطَأَتِ الْقَضَاءُ فِي دَمٍ أَوْ قَطَعَ فَهُوَ عَلَى بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ «  
 (۱۴۰۹: ۳۶۵/۲).

به دیگر سخن، فوت به سبب اقامه حدِ مادون نفس مستند به حکم الهی است؛ چراکه میزان حدود در شرع مقدس مقرر گردیده، ولی اندازه تعزیر و تأدیب اجتهادی بوده و بستگی به نظر حاکم یا ولی دارد. بدین سان، تلف فرد خاطی متوجه ایشان بوده و ناشی از کیفردهی و تنبیه به میزان نامناسب است. نکته دیگری که راجع به سخن ایشان وجود دارد، استناد به خبر ضعیف «اصبغ بن نباته» برای ثابت کردن ضمان بیت‌المال در فرض قتل ناشی از اجرای تعزیر است. این خبر را شیخ طوسی (۱۳۸۶: ۳۶۲/۶) و شیخ صدوق (۱۴۲۹: ۷/۳) نقل کرده‌اند. طریق شیخ الطائفه به اصبغ بن نباته در خصوص این روایت «مرسل» است و طریق صدوق نیز طبق نظر صاحب جامع الرواة به جهت حسین بن علوان الکلبی و عمرو بن ثابت (اردبیلی غروی حائری، ۱۴۰۳: ۵۳۱/۲) و طبق نظر موسوی خویی (۱۴۱۳: ۱۳۵/۴) به جهت محمد بن علی ماجیلویه، «ضعیف» است. با وجود این، همین قضاوت حضرت علی علیه السلام را کلینی رازی (۱۴۳۴: ۴۹۵/۱۴) و طوسی (۱۳۸۶: ۲۳۳/۱۰) با سندی معتبر به نقل از امام باقر علیه السلام نیز آورده‌اند که می‌توان در مقام استناد به آن متمسک شد.

منتظری همچنین می‌افزاید:

«به علت فرمایش امام علیه السلام مبنی بر اینکه «خون مسلمان هدر نمی‌رود»، قاعده اولیه اقتضا می‌کند که در تعزیرات و تأدیبات، ضمان برقرار باشد» (۱۴۰۹: ۳۶۸/۲).

یکی دیگر از فقیهان می‌نویسد:

«تعزیر مستلزم قتل غیر جایز است و اگر حاکم در عمل خویش معذور باشد، پس از [مصادیق] خطای حاکم به شمار می‌آید و مشمول موردی می‌گردد که دال بر این است که آنچه حاکمان [نسبت به آن] خطا کنند، در بیت‌المال است» (قائمی، ۱۴۲۷: ۲۰۳-۲۰۴/۲).

ابن سعید حلّی (۱۴۰۵: ۵۵۹) اظهار می‌کند که احوط در باب تعزیر، پایبندی به ضمان از محل بیت‌المال است. شیخ طوسی در یکی از آرای خود، تعزیر را «ضرب تأدیب» دانسته (۱۳۸۷: ۶۳/۸) و درباره تأدیب هم معتقد است که: «إِنَّمَا أُبِيحَ بِشَرِّطِ

السلامة) (همان: ۶۶/۸). حاصل اینکه تنها استدلال قابل اعتنا برای سرایت حکم حد و قصاص به تعزیر، «تنقیح مناط» است که آن نیز یارای معارضه با براهین طرفداران ضمان در خصوص تعزیر را ندارد. در نتیجه باید به منطوق اخبار (یعنی حد و قصاص) بسنده نمود.

#### ۱-۴. دیدگاه چهارم: تردید مبنایی نسبت به حکم مشهور در خصوص «حد»

این نگرش از سوی سیداحمد خوانساری ارائه شده است. ایشان از اساس نسبت به هدر بودن خون فردی که به خاطر اجرای «حدّ مادون نفس» به قتل می‌رسد، تردید کرده است. بنا به نظر وی، از یکسو چنین شخصی مهدورالدم نیست که ضمان را درباره‌اش منتفی بدانیم، بلکه محقون‌الدم است؛ از سوی دیگر، اخباری که راجع به عدم مهدوریت خون مسلمان وارد شده‌اند، ظاهراً اباء از تخصیص دارند. بنابراین، نمی‌توان از مفاد اخبار مزبور دست کشید و خون مسلمان را بی‌احترام نمود (خوانساری، ۱۴۰۵: ۵۱/۷ و ۱۶۱).

دیدگاه خاص خوانساری نسبت به امر خطیر دماء، نتایج مهمی را در پی دارد. نخستین پیامد، عدم اعتماد به مطلق خبر واحد است. وی می‌نگارد:

«وفی مقام شبهة أُخرى وهى أنّ اعتبار خبر الثقة أو العدل مع توثيق بعض علماء الرّجال أو تعدیله من جهة بناء العقلاء أو الاستفادّة من بعض الأخبار لا یخلو عن الإشکال فی الدّماء مع شدّة الاهتمام فی الدّماء، ألا ترى أنّ العقلاء فی الأمور الخطیرة لا یکتفون بخبر الثقة مع اکتفائهم فی غیرها» (همان: ۳۵/۷).

دومین پیامد، مضیقۀ در فتوادهی به علت اتخاذ دو مبنای احتیاط کامل در دماء و عدم حجیت خبر واحد است. از این رو، به قرینه جملۀ «والمسئلة مشکلة» (همان: ۱۶۱/۷) و نیز عدم افتای صریح ایشان به ضمان، می‌توان پی برد که در این قضیه احتیاط واجب دارند، نه فتوا به خلاف مشهور فقها. همچنین شایان ذکر است که عبارات محقق خوانساری در مانحن‌فیه، فقط ناظر به حد است و ایشان سخنی از قصاص و تعزیر به میان نیاورده‌اند.

## ۲. دیدگاه مختار

نظریه برگزیده نوشتار حاضر، ثبوت دیه از محل بیت‌المال برای مقتولی می‌باشد که به جهت اجرای کیفرِ مادون نفس فوت می‌کند؛ خواه در حَقِّ الله باشد یا حَقِّ الناس، و خواه منشأ این واقعه سرایت حد قطع یا قصاص عضو باشد یا عدم تاب‌آوری محکوم‌علیه در زمان اقامه حد یا تعزیر. این دیدگاه مستظهر به ادله و مؤیداتی است که به آن‌ها می‌پردازیم:

### ۱-۲. ادله مبنایی

#### ۱-۲-۱. قاعدهٔ امرهٔ احترام خون مسلمان و هدر نرفتن آن

حق حیات به منزلهٔ بدیهی و بنیادی‌ترین حق انسان، در شریعت و حیانی اسلام به رسمیت شناخته شده و مورد اهتمام تام و حمایت گسترده قرار گرفته است. نمونه‌ای از آموزه‌های مربوط به این حق، «ارزشمندی و احترام خون مسلمان و عدم بطلان آن» است که می‌توان آن را به مثابهٔ قاعده‌ای آمره و تخطی‌ناپذیر تلقی نمود که برای صیانت از هدر رفتن خون مسلمان جاری می‌شود و از این رهگذر، حتی را برای مقتول در نظر می‌گیرد. مفاد قاعدهٔ مذکور چنین است که هر گاه مسلمان محقون‌الدمی کشته شود، ولی امکان قصاص قاتل یا استیفای دیه وجود نداشته باشد، خون وی پایمال نمی‌شود و باید دیهٔ مقتول از بیت‌المال جبران گردد. در حقیقت، این قاعده بیانگر اهمیتی است که از ناحیهٔ حکم وضعی متوجه خون است و اگر به وضعی بودن پرداخت دیه از بیت‌المال قائل نباشیم، ممکن است منجر به تضییع خون مسلمان شود؛<sup>۱</sup> در حالی که این قاعده تخصیص‌ناپذیر است. عبارت مشهور آن که در احادیث تجلی یافته، «لَا يَبْطُلُ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ» می‌باشد و مدرک آن، نصوص روایی متعددی است که در این باب وارد شده‌اند (ر.ک: اسکندری، ۱۳۹۴). نکته مهم دربارهٔ قاعدهٔ مزبور این است که جملهٔ «لَا يَبْطُلُ»، علت حکم پرداخت دیه است نه حکمت آن. توضیح اینک:

۱. اگر گفته شود که مستفاد از روایات، حکم تکلیفی است، به فرض محال که حکومت از پرداخت دیه خودداری کرده و با حکم تکلیفی مخالفت کند، تکلیف زایل می‌شود؛ زیرا اصولیان می‌گویند که امتثال و عصیان از مسقطات تکلیف‌اند. پس برای انسداد راه بطلان خون مسلمان، چاره‌ای نیست جز اینکه بگویم بیت‌المال مدیون اولیای دم است.

«هر گاه قانون‌گذار پس از بیان حکم، در همان دلیل یا دلیلی دیگر، به علت و فلسفه آن نیز اشاره کند، به گونه‌ای که فهم و برداشت نوع مخاطبان (عرف عام) از بیان قانون‌گذار، این باشد که حکم مذکور در دلیل دائرمدار علت مذکور در آن است (و اگر در بیان قانون‌گذار فرد خاصی تعلق گرفته، به دلیل تعلق آن حکم به خصوص آن فرد نیست، بلکه به خاطر غلبه یا بودن آن فرد در سؤال سائل و امثال این‌ها بوده است، وگرنه موضوع واقعی حکم مذکور در دلیل، تمام افرادی هستند که علت حکم در آن‌ها وجود دارد)، در این صورت استناد فقیه به این دلیل و جریان حکم مذکور در آن به سایر مواردی که در دلیل صریحاً ذکر شده از آن‌ها به میان نیامده است، لکن علت مذکور در دلیل، در آن‌ها وجود دارد، از باب تطبیق عام بر فرد است نه از باب قیاس و اسرای حکم از موضوعی به موضوعی دیگر» (علیدوست، ۱۳۹۹: ۳۰۲).

از این رو، هنگامی که در قضایای گوناگون، معصوم عَلَيْهِ السَّلَامُ با بیان «لَا يَبْطُلُ دَمُ امْرِي مُسْلِمٍ» به پرداخت خونبهای مقتول از بیت‌المال حکم می‌کند، طبیعی است که مخاطبان از این سخن چنین برداشت کنند که در اسلام قانون عامی وجود دارد که نباید خون مسلمان هدر برود و این برداشت معتبر است؛ زیرا به اتفاق علما، مرجع در تفسیر نصوص شرعی، عرف عام است. در نتیجه، اگر فقیهی تنها یک روایت به عنوان مدرک این قاعده در دست داشته باشد و مورد منصوص آن هم مثلاً فرار قاتل در قتل عمد باشد، چنانچه وی از این مورد منصوص فراتر رفته و در موارد دیگری - نظیر قتل در اثر مجازات غیر سالب حیات - نیز فتوا به لزوم پرداخت دیه از بیت‌المال دهد، در این کار هیچ قیاسی نکرده، بلکه عموم مستفاد از دلیل را بر موارد مختلف تطبیق داده است؛ گویی که شارع از ابتدا گفته باشد: «خون مسلمان هدر نمی‌رود»، و فقیه با استناد به این قاعده کلی، در مورد منصوص در دلیل و غیر آن، به پرداخت دیه حکم کند. همچنین، ممکن است ایراد گرفته شود که مواردی وجود دارند که ظاهراً نقیضی بر ادعای استثنای پذیرایی این قاعده‌اند؛<sup>۱</sup> پس باید به منطوق اخبار بسنده کرد. یکی از محققان

۱. مثلاً خداوند متعال می‌فرماید: «... فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوِّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ قَبِيَّةٍ مُؤْمِنَةٍ...» (نساء / ۹۲)؛ اگر مقتول از قومی باشد که دشمنان شما هستند [و کافرند]، ولی خود مقتول باایمان بوده، [قاتل تنها] باید یک بردهٔ مؤمن را آزاد کند [و پرداختن خونبها لازم نیست]. در اینجا، با وجود اینکه مقتول، مسلمان محقون‌الدم است، اما مطابق نص آیه، دیه‌ای برای وی ثابت نیست.

در پاسخ به این ایراد می‌نویسد:

«موارد مذکور بر فرض صحت حکم در آن‌ها، مواردی هستند که تخصصاً از قاعده خارج‌اند؛ یعنی در این موارد به حکم شارع، فرد مضمون‌الدم نیست، نه اینکه محقون‌الدم باشد و خون او پایمال شود» (اسکندری، ۱۳۹۴: ۱۵۳).

به تحقیق، اصل بر مضمون‌الدم بودن هر فرد محقون‌الدم است، مگر اینکه خلاف آن در هر موردی به طور خاص از سوی شارع اعلام گردد. تنها دلیل قابل توجه در خصوص انتفای ضمان نسبت به کشته کیفر غیر سالب حیات، پاره‌ای از احادیث هستند که غیر قابل اعتماد بودن اکثر آن‌ها در جای خود نشان داده شد. به علاوه، چنان که ثابت گشت، این احادیث فقط در مقام ابراء ذمه مجری مجازات از مسئولیت هستند. بدین سان، اصل فوق به قوت خود جاری است و قاعده «لا یبطل»، ذمه حکومت را نسبت به پرداخت دیه مشغول می‌کند.

## ۲-۱-۲. انگاره و جوب احتیاط در امور مهمه

احتیاط قسمی از اصول چهارگانه عملیه است. این اصل به معنای انجام تمامی احتمالات است تا نسبت به فراغت ذمه مکلف از تکلیف مجهول یا مشکوک، یقین حاصل شود.

«حَسَنِ احتیاط» به معنای رجحان احتیاط در نزد عقل و شرع است؛ چنان که شیخ انصاری اظهار می‌دارد:

«هیچ شکی در حکم عقل و نقل به رجحان احتیاط مطلقاً نیست» (۱۴۳۸: ۱۳۷/۲).

در میان اصولیان، مشهور و حتی به گفته برخی (موسوی قزوینی، ۱۴۲۶: ۴۱/۶) اجماعی است که «الاحتیاط حَسَنٌ علی کُلِّ حال»؛ یعنی حتی در مواردی که مکلف می‌تواند واقع را درک کند و حجت معتبر بر حکم واقعی را در اختیار دارد، احتیاط مطلوب است، چه رسد به مواردی که نسبت به آن‌ها شک و شبهه وجود دارد.

هرچند عمل بر اساس احتیاط به طور کلی پسندیده است، اما رعایت آن درباره پاره‌ای موارد که به «امور مهمه» معروف‌اند، لازم است؛ برای نمونه، یکی از شارحان

کفایة الاصول می‌نویسد:



«وجوب الاحتياط في الأمور المهمّة لدى الشارع كالفروج والدماء ونحوهما» (حسيني بزدی فیروزآبادی، ۱۳۹۲: ۴/۱۲۱).

یا سید محمد محقق داماد می گوید:

«وجوب الاحتياط في الأمور المهمّة كالأموال والنفوس والفروج ونظائرها» (۱۳۸۲: ۲/۳۰۱).

حال با عنایت به اینکه بنای اسلام در خصوص دماء بر احتیاط تام است (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۴/۴۵۲) و ادله قائلان به عدم ضمان نیز تکافوی اثبات مدعای ایشان را نمی کند، لازم است دیه آسیب مازادی که بیش از استحقاق محکوم علیه به او وارد می آید، از محل بیت المال تأمین گردد.

## ۲-۲. مؤیدات

### ۱-۲-۲. نگره فتوای کارآمد

یکی از مسائل چالش برانگیزی که نظام حقوقی ایران همواره پس از انقلاب با آن مواجه بوده، اختلاف فتاوی فقهای امامیه است. اهمیت این مسئله از آن روست که ایران یک حکومت دین سالارانه اسلامی است؛ شیوه‌ای از زمامداری که در آن، دین اسلام در عرصه‌های مختلف جامعه‌ی و حاکمیتی (مانند عرصه حقوقی و قضایی) به مثابه عنصری محوری، کلیدی و پویا ایفای نقش می کند. نظریات گوناگونی در جهت علاج این مسئله ارائه شده است که یکی از آنها «فتوای کارآمد» می باشد. این نظریه را می توان با التفات به دو مقدمه به اثبات رساند:

مقدمه نخست: چنانچه یک فقیه با تتبع در ادله استنباط احکام، مطلبی را دریابد، هرچند برداشت او با دیگر فقیهان ناهمسان باشد، نمی توان استنباط وی را مخالف اسلام تلقی نمود. این نکته، نتیجه مستقیم مشرب کلامی تخطئه است.

مقدمه دوم: از میان تمامی آرای فقهی موجود - که هیچ یک با اسلام مغایرتی ندارد، باید همانی را برگزید که سازگار با «منفعت عمومی» است؛ یعنی نظری که در تأمین مصالح و دفع مفساد، بیشترین کارایی را برای آحاد مردم داشته باشد و در نتیجه، برای حل مشکلات فردی و اجتماعی، اقوی از سایر نظرات باشد. این را می توان «فتوای

کارآمد» دانست.

احتمالاً نخستین شخصیت از فقهای شیعه که نظریه «فتوای منطبق با منفعت عمومی» را طرح کرده، سیدمحمدباقر صدر است. به موجب نظریه مزبور، «بر خلاف باب تقلید فردی، که در هنگام اختلاف فتوا باید به فقیه اعلم رجوع نمود، در مسائل اجتماعی این مصلحت عامه است که مرجح انتخاب یک فتوا به حساب می‌آید» (جهانگیری و بنایی خیرآبادی، ۱۴۰۰: ۱۰۱). شهید صدر در یکی از مکتوبات خویش با عنوان «مروری فقهی - مقدماتی بر پیش‌نویس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران» می‌آورد:

«هر موضعی از شریعت که بیش از یک اجتهاد<sup>۱</sup> در مورد آن وجود داشته باشد، دایره [مشمول بر تمامی] آن گزینه‌های متعدد برآمده از اجتهاد مشروع از حیث قانون اساسی معتبر است، و انتخاب یک گزینه خاص از [میان] این گزینه‌ها، موقوف به قوه مقتضای می‌باشد که امت [مسلمان] در پرتو مصلحت عامه عهده‌دار آن است» (۱۴۰۳: ۱۰).

در همین راستا، استفتایی به شرح زیر از مراجع تقلید گردید که پاسخ برخی از ایشان به آن، تأییدگر دیدگاه مختار این مقاله است:

پرسش: اگر اجرای مجازات (حد غیر مستوجب سلب حیات، قصاص عضو یا تعزیر) منجر به مرگ محکوم علیه گردد، بدون آنکه تقصیری متوجه مأمور اجرای حکم باشد، خون چنین شخصی هدر است یا به وی دیه تعلق می‌گیرد؟ در صورت تعلق دیه، مسئول پرداخت آن به وراثت متوفی کیست؟  
بیات زنجانی:

«در فرض سؤال، اجراکننده اگر قصور یا تقصیری در اجرا داشته باشد، به دیه و یا قصاص محکوم است. در غیر این صورت، دیه آن بر بیت‌المال است. مطابق نقل تواریخ از نحوه قضاوت امیرالمؤمنین (علیه السلام)، به روشنی به دست می‌آید که قاضی و اجراکننده حکم طوری باید عمل کنند که نه حقی از کسی ضایع شود و نه آسیبی وارد گردد، چه رسد به اینکه موجب قتل نفس شود» (سؤال شماره ۴۰۸۴، پاسخ به تاریخ ۱۹/۴/۱۴۰۰).

۱. منظور رأیی است که فقیه از مجرای اجتهاد به بدان دست می‌یابد.

مکارم شیرازی:

«اگر تقصیر و قصوری در کار نباشد، دیه او از بیت‌المال پرداخته می‌شود» (سؤال شماره ۹۲۷۶۶، ۱۴۰۰/۳/۱۳، پاسخ به تاریخ ۱۴۰۰/۳/۱۳).

شیری زنجانی:

«اگر ضارب تخلف نکرده باشد، دیه بر او نیست و از بیت‌المال پرداخت می‌شود» (سؤال شماره ۹۲۷۶۶، پاسخ به تاریخ ۱۴۰۰/۴/۲۲).

علوی بروجردی:

«اگر مرگ مستند به مجازات مذکور باشد، دیه متوفی بر عهده حاکم شرع است» (سؤال شماره ۳۴۷۸، پاسخ به تاریخ ۱۴۰۰/۳/۲۶).

گرامی:

«اگر تقصیر نبود، حکومت می‌دهد» (سؤال شماره ۷۳۰۳، پاسخ به تاریخ ۱۴۰۰/۴/۲۳).

مظاهری:

«دیه دارد و از بیت‌المال پرداخت می‌شود» (سؤال شماره ۴۷۰۷۹، تاریخ ۱۴۰۰/۳/۱۳).

## ۲-۲-۲. مقاصد شریعت

متون معتبر دینی و عقل سلیم بر هدفمند بودن شریعت اسلام دلالت دارند. علمای فریقین نیز بر این امر اتفاق دارند که احکام اسلام تابع مصالح و مفاسد واقعی بشریت‌اند؛ هرچند بسیاری از آن‌ها - به ویژه در فقه امامیه - تا همین جا بیشتر پیش نمی‌آیند. اصطلاح «مقاصد شریعت» به معنای «اهداف خداوند از تشریح مقررات اعتباری و عملی در دین اسلام» است (علیدوست، ۱۳۹۹: ۶۹). این اصطلاح، نخست از سوی اهل سنت استعمال شد و به تدریج در تشیع نیز رواج یافت. نخستین عالم امامی که آن را به کار برد، محقق حلّی بود. وی هرچند کشف مصالح را دور از دسترس انسان می‌دانست، ولی «مقاصد شرع» را در بعضی موارد معتبر دانسته بود (علیشاهی، ۱۳۹۰: ۲۲۵ به بعد). مسلمانان از همان آغاز نزول قرآن، متوجه اهداف این دین حنیف و احکام آن شدند و می‌دیدند که قرآن کریم به صراحت هدف پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ را «رحمت جهانی»، غرض نماز را «بازدارندگی از فحشا» و مقصود قصاص را «حیات اجتماعی» معرفی کرده است.

در واقع همین اشارات و تعلیل‌های قرآنی بود که عالمان اسلامی را واداشت تا نظریه‌ای منسجم درباره مقاصد شریعت ارائه دهند.

ریشه بسیاری از معضلات فقه اسلامی را می‌توان در عدم التفات و غفلت فقیهان نسبت به مقاصد شریعت در هنگام فتوادهی جست. آنان که غافلانه از کنار این مهم می‌گذرند، در حقیقت با حربه جزئیات شریعت و نصوص خاص به کلیات و مبانی شریعت خسارات جبران‌ناپذیری وارد می‌نمایند. عالمانی که به مصالح ضروری و معتبره شریعت واقف‌اند، هرگز بدون اعتنا به آن‌ها فتوا نمی‌دهند؛ بلکه پیامدهای احکام خویش را می‌سنجند، مقتضیات زمان و مکان را مطمح‌نظر دارند و همواره در اجتهادهای خود بازاندیشی می‌کنند.

چنین رویکردی در یکی دو قرن اخیر، مورد استقبال علمای شیعه قرار گرفته است. برای نمونه، فقیه برجسته شیخ محمدجواد مغنیه (۱۳۷۲: ۱۵۲-۱۵۴) می‌نویسد: اگر کسی به تحقیق در آیات و احادیث احکام پردازد و در معانی و اسرار آن‌ها تدبر کند، درمی‌یابد که تشریح اسلامی بر اصول و مبادی عامه‌ای استوار است. او ۱۴ مورد از این اصول و مبادی عامه را برمی‌شمارد که در این میان، یکی از مهم‌ترین آن‌ها، «حفظ و پاسداری از خون انسان‌ها» است. ایشان در ادامه می‌نگارد:

«هر فتوایی با مبدهی از مبادی یادشده توافقی پیدا کند، مورد اعتراض و طعن قرار گرفته و جایز نیست آن را به اسلام و شریعت منسوب کرد...؛ بلکه اگر روایتی با این مبادی تعارض پیدا کرد، یا باید آن را توجیه کرد و یا کنارش گذاشت... شگفتا، با اینکه همه فقیهان سنی و شیعه به این مبادی عامه ایمان و اذعان دارند و معتقدند شریعت اسلامی بر آن‌ها بنیاد شده است و در پرتو آن‌ها احکام و شریعت اسلامی جهت می‌یابد، برخی فتاوا از آن‌ها صادر شده و در کتاب‌هایشان آمده که با هیچ کدام از این مبادی سازگار نمی‌باشد. سوگمندانه چنین احکامی کم هم نمی‌باشند».

به خوبی روشن است که نفی مطلق ضمان در رابطه با فرد محقون‌الدمی که به جهت مجازات غیر سالب حیات جان می‌دهد، خلاف مقصد شریعت و مصلحت ضروری «حفظ نفس محترمه» است که بسیار مورد اهتمام شارع بوده و از اهمّ واجبات است.

## نتیجه گیری

از خوانش مطالب فوق می توان دریافت که تنها دلیل قابل اعتنای دیدگاه مشهور، «سنت» است. مذاقه در یکایک اخبار مستند این دیدگاه آشکار می نماید که فقط دو مورد از روایات یادشده صحیحه اند و بقیه از لحاظ سندی و یا دلالی درخور تأمل و درنگ می باشند. وانگهی، از یکسو این اخبار ظاهر هستند و از سوی دیگر، تعلیل موجود در روایت ابوصباح کنانی، بنا به قاعده «العلّة تعمّم وتخصّص» به باقی اخبار مشابه نیز عمومیت می یابد. از این رو، احادیث مورد استناد این دیدگاه - اعم از آن دو روایت صحیحه و غیر آن - تنها در مقام رفع ضمان از مجری کیفر خواهند بود، نه رفع ضمان از دوش بیت المال.

بررسی مستندات دیدگاه تفصیل که دو حدیث هستند، حکایت از آن دارد که گرچه خبر صدوق مرسله است، اما روایت حسن بن صالح ثوری بر خلاف نظر اکثر فقیهان به لحاظ سندی قابل اعتماد است. بدین سان، خیر مزبور این صلاحیت را دارد که به عنوان مخصّص دو صحیحۀ دیدگاه مشهور واقع شود و قتل به جهت حدود الناس را از شمول حکم عام مهدوریت خون کشته مجازات خارج کند؛ چرا که امام علیه السلام به ثبوت دیه در این باره تصریح کرده است. با وجود این، دیدگاه مزبور پذیرفتنی نیست؛ زیرا نظر مطلوب تری (دیدگاه مختار) نیز وجود دارد.

امکان سنجی گنجاندن «تعزیر» در حیطة حکم حد و قصاص، چنین می نمایاند که از بین استدلال های مطرح شده، تنها برهان قابل دفاع، «تنقیح مناط» است؛ هرچند استدلال مذکور با دو مانع جدی روبه روست که توانایی ایستادگی در برابر آنها را ندارد: نخست، می توان قتل به واسطه اجرای تعزیر را مستند به خطای حاکم در تعیین ضربات دانست؛ زیرا تعیین تعداد ضربات تعزیر بر خلاف حد، اجتهادی است (التعزیر بما یراه الحاکم). دوم، اساساً اقامه تعزیر مشروط به سالم ماندن کیفرشونده است؛ چرا که در حقیقت ماهیت تأدیبی دارد؛ پس تعزیر تخصصاً از شمول موضوع عام خارج می شود. دیدگاه مختار این مقاله، ثبوت دیه از محل بیت المال برای قتل ناشی از اجرای هر مجازات مادون قتل است. این دیدگاه با تکیه بر قاعده «احترام خون مسلمان» و انگاره

«وجوب احتیاط در امور مهمه» ثابت می‌شود. همچنین فتاوی برخی از فقهای معاصر و همسویی این نظر با مقصد شریعت از حفظ نفس محترمه، از مؤیدات این دیدگاه‌اند. در پایان لازم است قانون‌گذار با تجدیدنظر در ماده ۴۸۵ ق.ا.م.ا، آن را به شکل زیر اصلاح نماید:

«هر گاه محکوم به قصاص عضو، حد غیر مستوجب سلب حیات یا تعزیر، در اثر اجرای مجازات کشته شود یا صدمه‌ای بیش از مجازات مورد حکم به او وارد گردد، چنانچه قتل یا صدمه عمدی یا مستند به تقصیر باشد، مجری حکم حسب مورد به قصاص یا دیه محکوم می‌شود. در غیر این صورت، در مورد تمامی مجازات‌ها دیه از بیت‌المال پرداخت می‌گردد».

## کتاب شناسی

۱. آل طاها، سیدحسین، حسین آقایی جنت مکان، و عارف بشیری، «ضمنان در صدور و اجرای احکام منجر به سلب حیات»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتاد و چهارم، شماره ۱۱۱، پاییز ۱۳۹۹ ش.
۲. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابن زهره حلبی، سیدحمزة بن علی حسینی، غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ ق.
۴. ابن سعید حلی، یحیی بن احمد، الجامع للشرائع، قم، مؤسسه سیدالشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ ق.
۵. اردبیلی غروی حائری، محمد بن علی، جامع الرواة و اذاحة الاشتباهات عن الطرق و الاسناد، بیروت، دار الاضواء، ۱۴۰۳ ق.
۶. اردبیلی نجفی (مقدس اردبیلی)، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الانهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۷. اسکندری، رضا، ضمنان خون مسلمان، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۳۹۴ ش.
۸. امین، سیدمحسن، اعیان الشیعه، چاپ دوم، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۰۶ ق.
۹. انصاری، مرتضی بن محمد امین، فرائد الاصول، چاپ بیست و سوم، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۸ ق.
۱۰. ایزدی فرد، علی اکبر، علی اکبر ربیع نتاج، و سیدمجتبی حسین نژاد، «نقد نگره تضعیف محمد بن عیسی بن عبید بن یقظین»، فصلنامه تحقیقات علوم قرآن و حدیث، سال سیزدهم، شماره ۲ (پیاپی ۳۰)، تابستان ۱۳۹۵ ش.
۱۱. بحر العلوم طباطبایی، سیدمحمد مهدی، رجال السید بحر العلوم المعروف بالفوائد الرجالیه، تهران، مکتبه الصادق علیه السلام، ۱۳۶۳ ش.
۱۲. تبریزی، میرزا جواد بن علی، تفتیح مبانی الاحکام: الحدود و التعزیرات، چاپ سوم، قم، دار الصدیقه الشهیده علیه السلام، ۱۴۲۹ ق.
۱۳. همو، تفتیح مبانی الاحکام: القصاص، چاپ دوم، قم، دار الصدیقه الشهیده علیه السلام، ۱۴۲۶ ق.
۱۴. جزیری، عبدالرحمن بن محمد عوض، الفقه علی المذاهب الاربعه، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۲۴ ق.
۱۵. جمعی از نویسندگان، الموسوعه الفقهیه، چاپ دوم، کویت، وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیه، ۱۴۰۸ ق.
۱۶. جهانگیری، محسن، و محمدعلی بنای خیرآبادی، «فتاوی معیار در قانون گذاری؛ انطباق با مصالح الزامی»، دوفصلنامه آموزه های فقه مدنی، سال سیزدهم، شماره ۲۳، بهار و تابستان ۱۴۰۰ ش.
۱۷. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، چاپ چهارم، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام لایحای التراث، ۱۴۳۸ ق.
۱۸. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، فقه الصادق علیه السلام، قم، آیین دانش، ۱۴۳۵ ق.
۱۹. حسینی یزدی فیروزآبادی، سیدمرتضی، عنایة الاصول فی شرح کفایة الاصول، چاپ دوم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۲ ق.
۲۰. حلی نجفی (کاشف الغطاء)، جعفر بن خضر، الحق المبین فی تصویب المجتهدین و تخطئة الاخباریین، تهران، احمد شیرازی، ۱۳۱۹ ق.

۲۱. حمدالهی، عارف، محسن جهانگیری، و عبدالرضا اصغری، «تحلیل فقهی ماده ۵۹۰ قانون مجازات اسلامی در تعیین مقدار دیهٔ پلک‌ها»، *دوفصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری*، سال شانزدهم، شماره ۱۸، پاییز و زمستان ۱۳۹۸ ش. ق.
۲۲. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، چاپ دوم، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۴۰۵ ق.
۲۳. رحمان ستایش، محمداکظم، و اعظم فرجامی، «واکاوی مذهب و روایات "حسن بن صالح" در کتب امامیه»، *دوفصلنامه مطالعات قرآن و حدیث*، دوره پنجم، شماره ۱ (پیاپی ۹)، پاییز و زمستان ۱۳۹۰ ش. ق.
۲۴. زارعی سبزواری، عباس علی، *القواعد الفقهية فی فقه الامامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۳۶ ق.
۲۵. سند، محمد، *فقه الطب و التضحّم النقديّ*، بیروت، مؤسسة أم القرى للتحقیق و النشر، ۱۴۲۳ ق.
۲۶. سیستانی، سیدمحمدرضا، *قیسات من علم الرجال*، بیروت، دار المورخ العربی، ۱۴۳۷ ق.
۲۷. سیوری حلّی (فاضل مقداد)، *جمال‌الدین مقداد بن عبدالله، التفتیح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
۲۸. شافعی، ابوعبدالله محمد بن ادريس، *الأمّ، المنصوره*، دار الوفاء، ۱۴۲۲ ق.
۲۹. صدر، سیدمحمدباقر، *الاسلام بقود الحیاة*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۳۰. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *من لایحضره الفقیه*، چاپ پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۹ ق.
۳۱. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۳۱ ق.
۳۲. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الاستبصار فیما اختلف من الاخبار*، تحقیق و تصحیح علی اکبر غفاری، قم، دار الحدیث للطباعة و النشر، ۱۳۸۰ ش. ق.
۳۳. همو، *الفهرست*، چاپ دوم، قم، نشر الفقه، ۱۴۲۲ ق.
۳۴. همو، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
۳۵. همو، *تهذیب الاحکام فی شرح المقنعة للشیخ المفید*، تحقیق علی اکبر غفاری، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۸۶ ش. ق.
۳۶. همو، *رجال الطوسی*، چاپ پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۳۰ ق.
۳۷. همو، *کتاب الخلاف*، چاپ پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۴۰ ق.
۳۸. همو، *گزیده تهذیب*، ترجمه و تحقیق محمدباقر بهبودی، تهران، کویر، ۱۳۷۰ ش. ق.
۳۹. عاملی جبعی (شهید ثانی)، *زین الدین بن علی، الرعاية فی علم الدراییه*، چاپ دوم، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ق.
۴۰. همو، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه*، چاپ دوازدهم، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۷ ق.
۴۱. همو، *مسائل الافهام فی تفتیح شرائع الاسلام*، چاپ چهارم، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۲۹ ق.
۴۲. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، *اللمعة الدمشقیه فی فقه الامامیه*، چاپ دوم، قم، مرکز العالی للعلوم و الثقافة الاسلامیه، ۱۴۳۵ ق.
۴۳. عباسی زنجانی، موسی، *الجامع فی الرجال*، قم، مؤسسه ولی العصر علیه السلام للدراسات الاسلامیه، ۱۴۳۹ ق.
۴۴. علامه حلّی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *خلاصة الاقوال فی معرفة الرجال*، چاپ چهارم، قم، نشر الفقه، ۱۴۳۱ ق.



۴۵. همو، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعة*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۳۵ ق.
۴۶. علیدوست، ابوالقاسم، *فقه و مصلحت*، چاپ هفتم، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۹ ش.
۴۷. علیشاهی، ابوالفضل، *مفهوم و حجیت مذاق شریعت در فرایند استنباط احکام فقهی*، قم، بوستان کتاب، ۱۳۹۰ ش.
۴۸. علی محمدی، طاهر، و سیدمحمد حسینی، «حجیت سنجی اعراض مشهور»، *فقه و مبانی حقوق اسلامی*، سال پنجاه و سوم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۹ ش.
۴۹. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة: الحدود*، چاپ سوم، قم، مرکز فقه الائمة الأطهار علیهم السلام، ۱۴۲۷ ق. (الف)
۵۰. همو، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة: القصاص*، چاپ سوم، قم، مرکز فقه الائمة الأطهار علیهم السلام، ۱۴۲۷ ق. (ب)
۵۱. فخرالمحققین حلی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۵۲. فرجامی، اعظم، *زیدیة و حدیث امامیه*، قم، دار الحدیث، ۱۳۹۴ ش.
۵۳. فیض کاشانی، محمدمحسن بن شاه مرتضی، *مفاتیح الشرائع*، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۵۴. قاننی، محمد، *المبسوط فی فقه المسائل المعاصرة: المسائل الطبیة*، قم، مرکز فقه الائمة الأطهار علیهم السلام، ۱۴۲۷ ق.
۵۵. قندیلی، سیدحسین، و علیرضا عابدی سراسیا، «بررسی انتقادی قاعده لا دینه لیمَن قَتَلَهُ الحَدَّ»، *فصلنامه فقه و اصول*، سال پنجاهم، شماره ۴ (پیاپی ۱۱۵)، زمستان ۱۳۹۷ ش.
۵۶. کاشف الغطاء، محمدحسین بن محمدرضا، *تحریر المجله*، چاپ دوم، تهران، المجمع العالمی للتقریب بین المذاهب الاسلامیه، ۱۴۳۲ ق.
۵۷. کلینی رازی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، چاپ سوم، قم، دار الحدیث، ۱۴۳۴ ق.
۵۸. مامقانی، عبدالله، *تلخیص مقباس الهدایه*، تلخیص و تحقیق علی اکبر غفاری، تهران، دانشگاه امام صادق علیه السلام، ۱۳۶۹ ش.
۵۹. همو، *تنقیح المقال فی علم الرجال*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۲۷ ق.
۶۰. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، *مرآة العقول فی شرح اخبار آل رسول*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۹ ق.
۶۱. همو، *ملاذ الاخبار فی فهم تهذیب الاخبار*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۷ ق.
۶۲. مجلسی، محمدتقی، *روضه المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه*، قم، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۲۹ ق.
۶۳. محقق حلی، نجم الدین ابوالقاسم جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، چاپ یازدهم، بیروت، دار القارئ، ۱۴۲۵ ق.
۶۴. محقق داماد، سیدمحمد، *المحاضرات: مباحث فی اصول الفقه*، قم، مبارک، ۱۳۸۲ ش.
۶۵. مرعشی نجفی، سیدشهاب الدین، *احکام السرقة علی ضوء القرآن و السنه*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۲۴ ق.
۶۶. همو، *القصاص علی ضوء القرآن و السنه*، ج ۱، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۱۵ ق.
۶۷. همو، *القصاص علی ضوء القرآن و السنه*، ج ۲، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۱۹ ق.

۶۸. مغنیه، محمدجواد، «روشی نو در استنباط احکام»، ترجمه عبدالرضا ایزدپناه، فصلنامه فقه (کاووشی نو در فقه سابق)، پیش شماره ۱، بهمن ۱۳۷۲ ش.
۶۹. همو، فقه الامام جعفر الصادق علیه السلام: عرض و استدلال، چاپ دوم، قم، انصاریان، ۱۴۲۱ ق.
۷۰. مفید، ابوعبدالله محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، موسوعة الشيخ المفید: المقنعه، قم، دار الهدی، ۱۴۳۱ ق.
۷۱. مکارم شیرازی، ناصر، انوار الفقاهة فی شرح تحریر الوسيلة: کتاب الحدود، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۱ ش.
۷۲. همو، انوار الفقاهة: کتاب الحدود و التعزیرات، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۱۸ ق.
۷۳. منتظری، حسینعلی، دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الاسلامیه، چاپ دوم، بیروت، الدار الاسلامیه، ۱۴۰۹ ق.
۷۴. موسوی اردبیلی، عبدالکریم، فقه الحدود و التعزیرات، چاپ دوم، قم، دانشگاه مفید، ۱۴۲۷ ق.
۷۵. موسوی بجنوردی، سیدمحمدحسن بن آقابزرگ، القواعد الفقهیه، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۷۶. موسوی خمینی، سیدروح الله، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۷۷. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، معجم رجال الحدیث و تفصیل طبقات الرواة، چاپ پنجم، قم، مرکز نشر الثقافة الاسلامیه فی العالم، ۱۴۱۳ ق.
۷۸. همو، منهاج الصالحین، چاپ بیست و هشتم، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
۷۹. همو، موسوعة الامام الخوئی: مبانی تکملة المنهاج، چاپ چهارم، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۳۰ ق.
۸۰. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، قم، دار التفسیر، ۱۴۳۰ ق.
۸۱. موسوی قزوینی، سیدعلی، تعلیقه علی معالم الاصول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۶ ق.
۸۲. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، الدر المنضود فی احکام الحدود، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۴ ق.
۸۳. همو، تقریرات الحدود و التعزیرات [منبع الکترونیکی]، قم، مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ۱۳۸۶ ش.
۸۴. نجاشی، ابوالحسن احمد بن علی بن احمد بن عباس، رجال النجاشی (فهرست اسماء مصنفی الشیعه)، چاپ ششم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۸۵. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۳۵ ق.
۸۶. نوری طبرسی، میرزا حسین بن محمدتقی، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، چاپ سوم، بیروت، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۲ ق.

## دفاع از دست دادن کنترل؛

### تحولات حقوقی قتل ناشی از تحریک شدید احساسات\*

□ جمشید غلاملو<sup>۱</sup>

□ سپیده میرمجیدی<sup>۲</sup>

#### چکیده

دفاع از دست دادن کنترل، دفاعی نو و ویژه برای مرتکبانی است که بر اثر رفتارهای تحریک‌آمیز بزه‌دیده، کنترل خود را از دست داده و او را به قتل می‌رسانند و در صورت استناد موفقیت‌آمیز به این دفاع نسبی، به جای قتل عمدی به قتل غیر عمدی محکوم می‌شوند. این دفاع که عمدتاً در حقوق کشورهای با نظام کامن‌لای می‌مطرح، و در سال ۲۰۰۹ به موجب قانون عدالت و کارآگاهان پزشکی قتل به طور مشخص وارد قوانین کیفری انگلستان شد، جایگزین دفاع تحریک شده است. مسئله اصلی این مقاله بررسی این سؤال است که چرا دفاع تحریک نسخ شد و ماهیت و شرایط دفاع از دست دادن کنترل چیست؟ تحلیل

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۸ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۲/۲۸.

۱. استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول) (jamshid.gholamloo@ut.ac.ir).

۲. استادیار پژوهشکده مطالعات سیاسی، روابط بین‌الملل و حقوق، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی (sepideh.mirmajidi@gmail.com).

این مسئله با رویکرد تطبیقی به حقوق کیفری ایران و با روش تحلیلی - توصیفی نشان داد که در دفاع جدید تلاش شده است تا مشکلات دفاع سنتی تحریک برطرف شود. گرچه در هر دو دفاع، از دست دادن کنترل رکن اساسی است، اما برای مثال، محرک ترس از خشونت شدید که در دفاع تحریک، محرک واجد شرایطی برای دفاع محسوب نمی‌شد، اکنون همانند محرک خشم پذیرفته شده و شرط ناگهانی بودن از دست دادن کنترل نیز حذف شده است. با وجود این، در عمل همچنان برخی مشکلات و موانع استناد به این دفاع برای برخی مرتکبان باقی است که مهم‌ترین آن‌ها تأکید زیاد بر از دست دادن کنترل و اتخاذ معیار نوعی برای احراز آن است. به نظر می‌رسد شاید آگاهانه، تصمیم‌گیری و حل بسیاری از جزئیات به قضات و هیئت منصفه واگذار شده است تا آن‌ها با در نظر گرفتن تمامی واقعیت‌های هر پرونده، تصمیمی عادلانه بگیرند. همچنان که به رغم عدم پیش‌بینی دفاع از دست دادن کنترل در قوانین جزایی ایران، دادگاه‌ها در عمل به آن بی‌توجه نبوده و گاه تلاش کرده‌اند با تفسیرهای موسع خود، از ظرفیت‌های قانونی موجود برای تبدیل قتل عمدی به قتل غیر عمدی (شبه عمدی) استفاده کرده و مرتکبان را از کیفر قصاص رها سازند.

**واژگان کلیدی:** از دست دادن کنترل، تحریک، دفاع، خشونت، قتل.

### مقدمه

در جرم قتل عمدی، گاهی با مرتکبانی روبه‌رو می‌شویم که مدعی‌اند به واسطه رفتارهای ناموجه مقتول، به قدری احساساتشان تحریک شده است که کنترل خود را از دست داده و او را به قتل رسانده‌اند. گرچه در گفتمان علمی و حقوقی ایران، وقتی از چنین قتل‌هایی سخن به میان می‌آید، اغلب به قتل زنان توسط مردان با انگیزه‌های ناموسی و حیثیتی و یا به قتل مردان توسط زنان موسوم به کتک‌خورده اشاره می‌شود (برای نمونه رک: حبیب‌زاده و میرمجیدی، ۱۳۹۱ الف: ۱۱۷-۱۵۴)، اساساً از نظر حقوق کیفری فرقی نمی‌کند که تحریک‌کننده و تحریک‌شونده، یعنی به ترتیب قاتل و مقتول، از چه جنسیتی باشند. در نتیجه، مرتکب و بزه‌دیده ممکن است مرد و زن یا همجنس باشند. پرسش این است که حقوق کیفری چه پاسخی به این گونه از مرتکبان می‌تواند داشته باشد؛ نه فقط حقوق، بلکه به طور کلی اخلاق و عدالت؟ (Cf. Edwards, 2019: 450-472)

از یکسو، با فردی مواجه هستیم که مرتکب قتل عمدی شده، و از سوی دیگر، او را به اندازه قاتلی که با انگیزه‌هایی همچون سودجویی و انتقام‌ورزی و حسادت، انسانی را کشته، قابل سرزنش نمی‌یابیم. به هر حال، حقوق دانان و سیاست‌گذاران جنایی جوامع گوناگون، دهه‌هاست که در پی برگزیدن پاسخی عادلانه به این معضل حقوقی - اجتماعی برآمده‌اند.

از نظر تاریخی، برخی کشورها در قوانین جزایی خود با پیش‌بینی این وضعیت ویژه، دفاعی اختصاصی به نام تحریک/تحریک‌شدگی<sup>۱</sup> را پیش‌بینی کرده‌اند که چنانچه مرتکب بتواند شرایط مقرر برای این دفاع را ثابت کند، مشمول تخفیفی محسوس شده و به جای محکومیت به قتل عمدی که مستلزم شدیدترین کیفر (حبس ابد اجباری) است، به مجازات قتل غیر عمدی ارادی (قتل عمد در حکم غیر عمد) محکوم می‌شود.<sup>۲</sup> نکته مهم این است که در آموزه دفاع تحریک، از دست دادن کنترل، یا به صراحت رکن این دفاع محسوب می‌شود، مانند قانون قتل مصوب ۱۹۵۷<sup>۳</sup> انگلستان، یا در عمل وجود آن ملاک تصمیم‌گیری دادگاه‌ها و هیئت منصفه برای احراز دفاع محسوب شده است؛ به نحوی که اکنون پس از اینکه شرایط این دفاع در طول سال‌ها به گونه‌ای قابل توجه تحول یافته، تأکید از معیار تحریک کافی به معیار از دست دادن کنترل تغییر پیدا کرده است. نمونه بارزش انگلستان است که با نسخ دفاع سنتی تحریک، دفاع جدید «از دست دادن کنترل»<sup>۴</sup> را با تغییراتی در سال ۲۰۰۹ تأسیس و تصویب کرده است که پیوندها و همسانی‌های زیادی با دفاع تحریک دارد.

در واقع، گرچه تأسیس دفاع تحریک مفید بوده و تا اندازه‌ای عدالت را برقرار کرده است، اما کاستی‌هایی داشت که موجب اعمال تغییرات و اصلاحاتی شد. در این پژوهش، با رویکردی تطبیقی و مطالعه آرای قضایی، تحلیل خواهد شد که چرا دفاع از دست دادن کنترل، جایگزین دفاع تحریک گردید و دفاع جدید اکنون با چه مشکلاتی

1. Provocation defense.

2. See: Coroners and Justice Act 2009, at: <<https://www.legislation.gov.uk>>.

3. Homicide Act 1957.

4. Loss of self-control defense.

روبه‌روست و چه پیامدهای حقوقی در برداشته است؟ مسئله‌ای که در پژوهش‌های انجام‌گرفته پیشین درباره دفاع تحریک بررسی نشده است.<sup>۱</sup> در این مقاله، ابتدا دو مفهوم دفاع تحریک‌شدگی و بزه‌دیده‌شناسی علمی به عنوان پیشینه و مبنای دفاع از دست دادن کنترل بررسی گردیده‌اند. سپس شرایط و ارکان دفاع از دست دادن کنترل و مسائلی که با آن روبه‌روست، تحلیل شده‌اند که اهمیت آن به تازگی و نو بودن این دفاع مربوط می‌شود و سرانجام در این ارتباط، گفتمان تقنینی و قضایی ایران با بررسی قوانین و نمونه آرای قضایی و مشروح مذاکرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور مورد نقد و مطالعه قرار گرفته است که به دلیل عدم پیش‌بینی مشخص دفاع موضوع بحث در حقوق کیفری ایران و تفاوت‌های موجود، بخشی مستقل به آن اختصاص یافته است.

## ۱. پیشینه و مبنای دفاع از دست دادن کنترل

دفاع از دست دادن کنترل، مسبق به دفاع تحریک بوده و در واقع، نسخه بازبینی‌شده آن است. بنابراین در تحلیل دقیق آن، آگاهی از آموزه‌ها و رویه‌های مربوط به قتل ناشی از تحریک بزه‌دیده و دفاع تحریک، مفید و بلکه ضروری‌اند. پیش از بررسی دفاع تحریک، گفتنی است که از منظر بزه‌دیده‌شناسی (شاخه علمی) به وضعیت‌هایی که مقتول با رفتارهای خود موجب برانگیختگی مرتکب و واکنش جنایی او علیه خود می‌شود، در قالب مفاهیمی مانند «بزه‌دیده مقصر» توجه شده است (رایجیان اصلی، ۱۳۹۹: ۲۳۳-۲۳۶؛ رحیمی‌نژاد، ۱۳۹۷: ۱۶۸-۱۶۹؛ برجس و دیگران، ۱۳۹۵: ۹۶). مفهوم «شتاب‌دهندگی بزه‌دیده»<sup>۲</sup> نیز دقیقاً تعبیری نسبتاً همسان از نقش بزه‌دیده در بزه‌دیدگی خود بر اثر ارتکاب رفتاری تحریک‌آمیز است (فرضی‌پور، رایجیان اصلی و دارابی، ۱۴۰۰: ۹۹؛ شیری، ۱۳۹۳: ۱۴۱/۲). البته بر خلاف تحریک که با بزه‌دیده‌ای مقصر و سرزنش‌پذیر مواجه هستیم،

۱. برای نمونه در پژوهش‌های زیر، تحولات اخیر دفاع تحریک و تأسیس جدید دفاع از دست دادن کنترل و مسائل مرتبط با آن، که موضوع این مقاله است، تحلیل نشده‌اند: پوربافرانی و حیدریان دولت‌آبادی، ۱۳۹۹: ۳۳-۵۶؛ جوان‌جعفری و شاهیده، ۱۳۹۲: ۱۲۷-۱۵۴؛ پاک‌نهاد، ۱۳۸۵: ۹۹-۱۰۳.

2. Victim precipitation.

در شتاب‌دهندگی لزوماً این گونه نیست و ممکن است بزه‌دیده بدون اینکه مرتکب تقصیر یا رفتار سرزنش‌آمیزی شده باشد، در بزه‌دیدگی خود نقش ایفا کند؛ مانند ایجاد موقعیت‌هایی توسط بزه‌دیده که به سبب زندگی عادی افراد مربوط می‌شود و خطر بزه‌دیدگی را افزایش می‌دهد (شاهیده، ۱۳۹۳).

شرایط قوانین مربوط به تحریک‌شدگی در کشورهای که دفاع تحریک را در قوانین جزایی خود پیش‌بینی کرده‌اند، متفاوت است که این امر، تعمیم دقیق ارکان این دفاع را کمی دشوار می‌کند؛ مثلاً بسیاری از ایالت‌های آمریکا، رکن «خشم ناگهانی»<sup>۱</sup> را که در نظام‌های کامن‌لایی مسبوق به سابقه است، حفظ کرده‌اند و اتهام قتل عمدی مرتکب، معمولاً با وجود سه شرط، به قتل غیر عمد ارادی/قتل عمد در حکم غیر عمدی<sup>۲</sup> تقلیل می‌یابد: نخست، از نظر ذهنی لازم است که متهم در حالت خشم ناگهانی بسیار شدیدی که قرار گرفته، مرتکب قتل شده باشد؛ دوم، از نظر عینی شرط است که این خشم خیلی شدید، معلول تحریک کافی<sup>۳</sup> باشد؛ سوم، لازم است که متهم فرصتی برای آرامش یافتن نداشته باشد (Buchhandler-Raphael, 2020: 1823). برخی حقوق‌دانان این شروط را این گونه بیان کرده‌اند: ۱- باید اثبات شود که تحریک متعارفی وجود داشته است، مانند ضرب و جرح شدید، منازعه و زنا یا مرد متأهل؛ ۲- اثبات شود که متهم در عمل تحریک شده است؛ ۳- اثبات شود که انسان متعارفی که به این نحو تحریک می‌شود، در فاصله زمانی میان تحریک و قتل به آرامش باز نمی‌گردد؛ ۴- اثبات شود که متهم نباید در عمل در آن فاصله زمانی به آرامش رسیده باشد (لفیو، ۱۳۹۷: ۱۹۲).

گرچه در ظاهر شرطی وجود ندارد که مستلزم اثبات این امر باشد که فرد تحریک‌شده باید کنترل خود را از دست داده باشد تا بتواند از دفاع تحریک استفاده کند، اما در تفسیر حقوق‌دانان و در رویه قضایی آن را شرط می‌دانند. مفهوم از دست دادن کنترل اغلب توسط دادگاه‌ها هنگام تبیین این معیار استفاده می‌شود که آیا تحریک به اندازه

#### 1. Heat of passion.

همان طور که گفته خواهد شد، در انگلستان به موجب قانون ۲۰۰۹، بر خلاف دفاع تحریک، ناگهانی بودن برای استفاده از دست دادن کنترل شرط نیست.

#### 2. Voluntary manslaughter.

#### 3. Adequate provocation.

کافی شدید و از نظر عینی معقول و متعارف بوده است؟ بر این پایه، تحریک فقط زمانی کافی است که یک فرد متعارف یا عادی به طور مشابه کنترل خود را در نتیجه تحریک از دست بدهد. در برخی قوانین، نظریه از دست دادن کنترل به رکن آرامش یافتن پیوند زده می‌شود. بر این اساس، شرط استفاده از دفاع تحریک این خواهد بود که متهم باید پیش از فاصله بین تحریک و ارتکاب قتل که در آن فردی با عقل و خلق و خوی عادی، آرامش خود را بازمی‌یابد، مرتکب قتل تحریک کننده شده باشد (ibid.).

همچنین در مورد اینکه آیا مرتکبان باید حتماً کنترل کامل خود را از دست بدهند تا بتوان ادعای تحریک‌شدگی آن‌ها را پذیرفت، رویکردها متفاوت است؛ برای مثال در برخی از حوزه‌های قضایی ایالات متحده آمریکا، قاتلان تحریک شده ملزم نیستند تا ناتوانی کامل خود را در کنترل رفتار اثبات کنند، بلکه کافی است اثبات کنند که افراد عادی نیز در شرایط مشابه به همین ترتیب تحریک شده و می‌شوند. با این حال، برخی دیگر از حوزه‌های قضایی، متهم را ملزم به اثبات ناتوانی کامل در اعمال کنترل خود می‌کنند. بر پایه نظر این دادگاه‌ها، برای اینکه پذیرش تحریک از نظر عینی معقول و متعارف باشد، متهمان باید اثبات کنند که هنگام ارتکاب جرم، کنترلشان را از دست داده بوده و قادر به خودداری از ارتکاب قتل نبوده‌اند. آن‌ها همچنین وضعیت روانی وخیم متهم را در نظر می‌گیرند و بر این نظرند که از دست دادن کنترل، یک نوع اختلال روانی یا احساسی شدید است؛ ... حالتی که بر قابلیت قضاوت و تصمیم‌گیری فرد به گونه‌ای غلبه می‌کند که موجب می‌شود تا او به نحوی کنترل‌نشده رفتار کند (Cf. Litton, 2014: 725 & 733).

می‌توان گفت رویکردی قائل است که قتل ناشی از تحریک‌شدگی متعارف به رغم وجود قصد و سوءنیت، به جهت از دست دادن کنترل عادی خود به قتل غیر عمدی تقلیل می‌یابد و رویکرد دیگر با ناکافی دانستن اثبات از دست دادن کنترل عادی، بر این باور است که مرتکب «باید اثبات کند که خشم او تا آنجا کشیده شده که توان طبیعی او را برای بررسی و تحلیل افکار مربوط به قتل سلب نموده است، نه اینکه فقط کنترل عادی خود را که او را قادر به مقاومت در مقابل هر تحریکی به کشتن دیگری می‌سازد، از بین برده است» (لفیو، ۱۳۹۷: ۱۹۱) که طبیعتاً رویکردی سختگیرانه محسوب می‌شود.



تحریک‌شدگی مرتکب در انگلستان، یک دفاع کاملاً کامن‌لایی است که بر از دست دادن ناگهانی و موقت کنترل خود، متعاقب پرونده دافی در سال ۱۹۴۹<sup>۱</sup> استوار گردید. نخستین تعریف تحریک نیز در همین پرونده ارائه شد که آن را این‌گونه توصیف می‌کرد:

«برخی رفتارها یا مجموعه‌ای از رفتارهای انجام‌شده [یا کلمات بیان‌شده] ... که در هر شخص متعارفی و به طور واقعی نسبت به متهم، باعث از بین رفتن ناگهانی و موقتی کنترل خود شود؛ به نحوی که متهم را چنان متأثر سازد که موجب شود او برای لحظاتی تسلطی بر ذهنش نداشته باشد» (Holton & Shute, 2007: 50).

ملاحظه می‌شود که در این تعریف کلاسیک، از دست دادن کنترل کاملاً در قلب دفاع تحریک قرار دارد؛ همان دیدگاهی که بعداً در بخش ۳ قانون قتل ۱۹۵۷ اعمال و دفاع قانونی تحریک پیش‌بینی گردید.

دفاع تحریک به عنوان یک دفاع کیفری با منشأ کامن‌لایی، در نوشته‌های حقوق‌دانان کیفری ایران بیشتر به عذر تحریک مشهور است که اغلب هر گاه در مقام تحلیل قتل در فراش موضوع ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی (کتاب پنجم تعزیرات) برآمده‌اند (اردبیلی، ۱۴۰۰: ۱۳۳/۳؛ سلیمی، ۱۳۸۴)، از یکسو درباره علت و مبنای معافیت شوهری که همسرش را با مردی در حال زنا می‌بیند، به چنین نهادی اشاره می‌کنند و از سوی دیگر، به نمونه‌های خارجی چنین معافیتی به ویژه در حقوق کیفری فرانسه استناد کرده‌اند (صمدی، ۱۳۴۰: ۶۹-۵۹؛ رحمدل، ۱۳۸۴: ۱۵۹-۱۸۲).<sup>۲</sup> البته برخی با این تفسیر موافق نیستند و معافیت شوهر را در قتل فراش، صرف‌نظر از مبنای آن، حکم فقهی و از باب جهت خاص سقوط کیفر قصاص بیان می‌کنند (سبزواری‌نژاد، ۱۳۹۵: ۴۰۵/۳؛ غلامی، ۱۳۹۶: ۱۷۵). برخی مهدورالدم بودن مقتولان،<sup>۳</sup> و برخی دیگر از حقوق‌دانان نیز ماهیت حقوقی

1. R v Duffy, 1949.

۲. گفتنی است که بر خلاف قانون ۱۸۱۰، چنین مقرره‌ای در قانون جزای کنونی فرانسه موجود نیست و در واقع، ارتکاب قتل توسط مرد به خاطر تحریک ناگهانی ناشی از خیانت همسر، دیگر دفاع یا عذر محسوب نشده و مرتکب به مجازات قتل عمدی محکوم می‌شود.

۳. بر مبنای حکم ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی و یکی از شروط کیفر قصاص که در منابع فقهی معتبر نیز مورد اشاره قرار گرفته است (از جمله: نجفی، ۱۳۹۲: ۱۴۷/۲).

معافیت مرتکب را اجازه قانون دانسته‌اند (آقای‌نیا، ۱۳۹۹: ۲۸۲). به نظر می‌رسد حکم ماده ۶۳۰ و مجازات نشدن شوهر به خاطر قتل زانی و زانیه، انطباق دقیقی با دفاع مشروع ندارد؛ از جمله اینکه رعایت ترتب دفاع و متناسب بودن آن شرط نیست. افزون بر این، صرف نظر از هر ماهیت حقوقی قابل تصور برای آن، شرایط این ماده خواسته یا ناخواسته با ارتکاب قتل بر اثر تحریک شدگی، قرابتی محسوس و مستقیم دارد و چه بسا از نظر پیشینه فقهی در تشریح چنین حکمی نیز مؤثر بوده است (صادقی، ۱۳۹۹). در واقع، مردی که همسرش را در آغوش مردی دیگر در حال زنا مشاهده می‌کند و در اثر خشم و عصبانیت ناگهانی<sup>۱</sup> ناشی از چنین خیانت عاطفی و حیثیتی، آن‌ها را به قتل می‌رساند، از نظر قانونی به نوعی معذور محسوب شده است. در حقوق کیفری ایران با توجه به صراحت ماده یادشده، مرتکب در چنین شرایطی، به طور کلی فاقد هر گونه مسئولیت کیفری بوده و البته به موجب همین ماده مجاز به کشتن است و بر همین پایه، به نوعی از جهات اباحه/موجهه نسبی است. گرچه قتل در فراش به عنوان یکی از موانع مسئولیت کیفری در بخش چهارم قانون مجازات اسلامی بیان نشده است، ولی با توجه به اینکه با تصریح ماده ۳۰۲ و تبصره ۱ آن، مرتکب مشمول هیچ مجازاتی اعم از کیفر قصاص، دیه و تعزیر نمی‌شود و حتی به حکم ماده ۶۳۰، اجازه قانونی ارتکاب قتل نیز به او داده شده، از نظر حقوقی می‌توان آن را نوعی عامل زائل‌کننده مسئولیت کیفری محسوب کرد؛<sup>۲</sup> یعنی بر خلاف دفاع یا عذر تحریک در نظام کامن‌لایی که دفاعی نسبی است و مسئولیت را کلاً منتفی نمی‌سازد، مرتکب در ماده فوق هیچ گونه مسئولیت کیفری ندارد.

به هر حال، حقوق کیفری کنونی ایران در ارتباط با دفاعیات مانع مسئولیت کیفری یا موجب کاهش مسئولیت کیفری، بر این ایده استوار است که یا مرتکب واجد ارکان مسئولیت کیفری (عقل و بلوغ و اراده مندرج در ماده ۱۴۰ قانون مجازات اسلامی) بوده

۱. جمله‌های «در حال زنا... مشاهده کند» و «در همان حال آنان را به قتل برساند»، نوشته شده در ماده ۶۳۰، دلالت روشن و آشکاری بر ناگهانی و آنی بودن مشاهده و قتل دارد.

۲. برای دیدن نظر مخالف که حکم ماده ۶۳۰ را عذر یا عامل معاف‌کننده کیفر و نه مسئولیت تفسیر می‌کند، ر.ک: اردبیلی، ۱۴۰۰.

و دارای مسئولیت تام است و یا با فقدان ارکان مسئولیت (مانند دفاع مشروع، جنون و اکراه)، به طور کلی فاقد مسئولیت کیفری است. بدین سان برای وضعیت‌های بینابینی که متأثر از اخلال نسبی در عقل و ادراک و اراده و... هستند، مانند قتل ناشی از تحریک‌شدگی، قائل به معذوریت برای مسئولیت‌پذیری کیفری نیست. گفتنی است که آنچه در بند پ ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی به عنوان یکی از جهات کیفیات مخففه مجازات پیش‌بینی شده است، از یکسو منحصر به جرایم تعزیری است و شامل قتل عمدی که مستلزم کیفر قصاص است، نمی‌شود و از سوی دیگر تنها متوجه کاهش یا تبدیل مجازات است، نه مانع یا کاهش‌دهنده مسئولیت.

به هر روی، حکم ماده ۶۳۰، نه تمام مسئله ارتکاب قتل و سایر جنایات در وضعیت تحریک‌شدگی را پوشش می‌دهد، و نه دفاع تحریک و از دست دادن کنترل، محدود به شرایطی است که در این ماده آمده است. به همین جهت است که می‌توان مدعی شد حقوق کیفری ایران از بُعد هنجاری و تقنینی، به ارتکاب قتل در وضعیت طغیان شدید احساساتی مانند خشم و ترسی که از مقتول نشئت می‌گیرد و خود عاملش است، چندان نیندیشیده و به بیانی ساده، مسئله را عمداً یا سهواً ندیده است. با وجود این، دادگاه‌ها در هنگام محاکمه و صدور رأی، به قتل‌هایی که بر اثر تحریک‌شدگی مرتکب توسط مقتول رخ داده است، بی‌توجه بوده و آن را به عنوان بخشی از واقعیات پرونده مدّ نظر قرار می‌دهند، گرچه از نظر قانونی، مجال چندانی برای تأثیر آن در حکم صادره نمی‌یابند.<sup>۱</sup> همان طور که پیشتر گفته شد، دفاع تحریک با تحولاتی روبه‌رو شده که بیش از همه در انگلستان جلوه تقنینی و مشخصی پیدا کرده است و این دفاع در سال ۲۰۰۹ و به موجب بخش‌های ۵۴ تا ۵۶ قانون عدالت و کارآگاهان پزشکی قتل<sup>۲</sup> نسخ شده و دفاع از دست دادن کنترل جایگزین آن گردیده است که شرایط این دفاع جدید مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱. برای نمونه، در مشروح مذاکرات برخی آرای وحدت رویه اضرائی هیئت عمومی دیوان عالی کشور، به طور مشخص به تحریک‌شدگی قاتل و از دست دادن کنترل توجه شده است که در ادامه مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

۲. در این مقاله زین‌پس، قانون ۲۰۰۹.

## ۲. شرایط دفاع از دست دادن کنترل

در جرم قتل، گاه شرایطی وجود دارند که گرچه وجودشان مانع تحقق مسئولیت کیفری مرتکب نمی‌شوند، اما مسئولیت کیفری او را به نحوی محسوس کاهش می‌دهند. دفاعیات از دست دادن کنترل، تحریک و مسئولیت کاهش‌یافته<sup>۱</sup> از همین دسته‌اند. براینده موفقیت‌آمیز این نوع از دفاع، معمولاً محکومیت به جرم و مجازاتی خفیف‌تر است؛ ولی از نظر حقوقی با موضوع تخفیف مجازات تفاوت داشته و در حوزه مسئولیت کیفری قرار می‌گیرد و به طور مشخص، مسئولیت مرتکب را از قتل عمدی به قتل غیر عمدی تقلیل می‌دهد. باید توجه داشت که کیفر حبس ابد اجباری در حقوق کیفری انگلستان و کشورهای مشابه، امکان قانونی تخفیف مجازات را دشوار می‌سازد. به نظر می‌رسد به همین علت است که دفاعیاتی ویژه همچون مسئولیت کاهش‌یافته و تحریک و از دست دادن کنترل، تنها درباره جرم قتل عمدی مطرح شده تا با تقلیل مسئولیت قاتل از قتل عمدی به غیر عمدی، دادگاه ملزم به تعیین کیفر حبس نباشد.

بنابراین با در نظر گرفتن این مسئله که دفاع از دست دادن کنترل، نوعی دفاع جزئی، نسبی یا ناقص<sup>۲</sup> (Elliott & Quinn, 2014) است، باید ارکان و شرایط آن مورد بررسی قرار گیرد. به طور خلاصه، دفاع از دست دادن کنترل بر مبنای حقوق کیفری انگلستان، بخش ۵۴ قانون ۲۰۰۹، سه عنصر اساسی دارد:

نخست، قتل باید در نتیجه از دست دادن کنترل مرتکب رخ داده باشد؛ اما در عین حال نباید در نتیجه تمایل مرتکب به انتقام‌جویی ارتکاب یافته باشد. دوم، از دست دادن کنترل باید معلول یک محرک واجد شرایط<sup>۳</sup> باشد. این محرک واجد شرایط می‌تواند ناشی از ترس متهم از خشونت‌دیدگی شدید (محرک ترس) یا ناشی از اعمال یا گفته‌هایی باشد که شرایط فوق‌العاده سخت و وخیمی را ایجاد کرده و باعث می‌شود تا متهم

1. Diminished responsibility.

گفتنی است که دفاع مسئولیت کاهش‌یافته، دفاعی مستقل محسوب شده و متفاوت از دفاع تحریک و از دست دادن کنترل است (ر.ک: حبیب‌زاده و میرمجیدی هسجین، ۱۳۹۱: ۳۱-۵۲).

2. Partial defense.

3. Qualifying trigger.

احساس موجهی پیدا کند که مورد ستم‌دیدگی شدید قرار گرفته است (محرک خشم)، یا به واسطه خیانت جنسی همسر باشد. سوم، باید ادله‌ای وجود داشته باشد که اثبات کند فردی با جنسیت و سن متهم، با میزان عادی و متعارف تحمل و خویش‌داری و در شرایط متهم، ممکن بود در همان شرایط، همان واکنش یا واکنشی مشابه با متهم را نشان می‌داد (Parsons, 2015: 94).

دو عامل از دست دادن کنترل و وجود محرک واجد شرایط، ماهوی‌اند و شرط سوم تقریباً شکلی و اثباتی است؛ یعنی شرط وجود ادله‌ای که اثبات کند هر فردی با جنسیت و سن مرتکب و با درجه متعارف تحمل و خویش‌داری و در شرایط مرتکب، عیناً یا مشابه با او واکنش نشان می‌داد.

## ۱-۲. محرک‌های واجد شرایط

اینکه چه محرک‌هایی می‌توانند برای از دست دادن کنترل پذیرفتنی باشند، به طور مشخص احصا نشده‌اند، ولی رویه قضایی حاکم بر دفاعیات تحریک و دفاع از دست دادن کنترل، احساسات شدیدی همچون خشم، ترس، استیصال و ناامیدی را که معلول رفتارهای ناموجهی مانند خشونت‌دیدگی شدید<sup>۱</sup> و خیانت جنسی باشند، به عنوان عاملی قابل قبول و متعارف مورد پذیرش قرار می‌دهند که البته همچنان تعریف کاملاً مشخصی نیز از احساسات شدید یادشده ارائه نشده است.

یکی از محرک‌های واجد شرایط، احساس خشم<sup>۲</sup> است که البته در نسخه‌های قدیمی دفاع تحریک نیز مورد پذیرش بود؛ یعنی وقتی حرف‌های خاصی گفته یا رفتارهایی توسط قربانی انجام شده باشد که منجر به شرایط خیلی خطرناکی شود، به نحوی که موجب شود مرتکب (تحریک‌شونده) احساس موجهی پیدا کند که تحت ظلم شدید قرار گرفته است، برانگیخته‌شدن او پذیرفتنی می‌شود. به عبارت دیگر، با محرک خشم باید ثابت شود که از دست دادن کنترل، مربوط به رفتار یا رفتارهایی است که انجام شده یا چیزهایی است که گفته شده (یا هر دو) که اولاً، وضعیتی با ویژگی

۱. اعم از خشونت‌های بدنی مانند ضرب و جرح و خشونت‌های روانی مانند گفتارها و اظهارات آزاردهنده و تحقیرآمیز.

2. Anger.

فوق‌العاده شدید ایجاد کرده و ثانیاً، باعث شده متهم برای خود توجیه کند که تحت ستم شدید قرار گرفته است. اما پرسش این است که چه رفتارهایی، شرایطی را به وجود می‌آورد که ماهیت فوق‌العاده شدید و دشواری داشته و مورد ستم واقع شدن را برای مرتکب موجه می‌سازد؟ روشن است که این رفتارها یا گفته‌های قربانی که موجب خشم و در نتیجه، تحریک مرتکب به ارتکاب جرم علیه او می‌شود، باید ناموجه و در عین حال معقول برای واکنش شدیدی همچون جرم باشد؛ مانند ضرب و جرح و خشونت‌دیدگی‌های شدید مرتکب یا نزدیکان او توسط مقتول.

بنابراین، هر رفتار و گفتار ناخوشایندی از سوی بزه‌دیده، تحریک موجهی برای ارتکاب جرم علیه او محسوب نمی‌شود. عبارت‌های خشونت شدید و شرایط وخیم و احساس موجه‌مورد ظلم شدید واقع شدن در بخش ۵۵ قانون ۲۰۰۹، به خوبی بیانگر این ایده است؛ برای مثال، اگر زنی از خروپف همسرش به ستوه آمده و او را به قتل برساند یا اگر مردی به خاطر پرچانگی کردن همسرش (صرف‌نظر از محتوای حرف) خشمگین شده و او را بکشد، بعید است که بتواند از مزیت دفاع از دست دادن کنترل بهره‌بردارد. در مثال‌های یادشده، گرچه خروپف و پرچانگی کردن، ناخوشایند و معمولاً عصبی‌کننده هستند، ولی به نظر نمی‌رسد که بتوانند عاملی قابل قبول برای قتل فرد توسط همسر یا فرزند گردند و بتوان قاتل را سزاوار استفاده از دفاع دانست. همین‌طور چنانچه پدری از فرزندش به خاطر اهمال در انجام تکالیف درسی و بازی با تلفن همراه خشمگین شده و بر اثر خشم زیاد، کنترلش را از دست بدهد و او را به قتل برساند، نمی‌تواند از دفاع از دست دادن کنترل خود برای رهایی از مجازات قتل عمدی استفاده کند. با این حال به نظر می‌رسد دشنام دادن و پرتاب لیوان توسط مقتول به سمت قاتل، آنگاه شروع به کتک زدن و دنبال کردن او تا حیاط خانه و ایراد ضرب با آچار چرخ بر پهلو وی و نهایتاً دنبال کردن او تا خیابان و کوبه‌های اطراف و شکافته شدن گوش مرتکب بر اثر اصابت آچار چرخ که به شهادت شهود نیز رسیده است، مصداق روشنی از رفتار و گفتار تحریک‌آمیز بزه‌دیده باشد (پرونده شماره ۸۳/۲۸۸ج۱۰۱، قابل دستیابی در سامانه ملی آرای قضایی).

گاه احساس شدیدی که در خشونت‌دیده شکل می‌گیرد، خشم و عصبانی شدن

نیست، بلکه احساس ترس و یا استیصال است. یکی از مشکلات دفاع تحریک سنتی این بود که تنها به احساس خشم ناشی از رفتارهای مقتول توجه می‌کرد و آن را موجبی احتمالی برای از دست دادن کنترل و در نتیجه، بهره‌مندی از دفاع می‌دانست. بدین‌سان برای مثال و به طور مشخص، زنانی که به واسطه احساس ترس شدید حاصل از خشونت‌دیدگی، مرتکب قتل آزارگر خود می‌شدند، موفق به استناد به دفاع تحریک و کاهش مسئولیت خود نمی‌شدند. در قانون ۲۰۰۹ و دفاع از دست دادن کنترل، ترس<sup>۱</sup> برای نخستین بار به عنوان دلیلی برای از دست دادن کنترل مورد قبول قرار گرفت (بخش ۵۵ قسمت ۳). همین‌جا لازم به بیان است که در دفاع سنتی تحریک، ناگهانی بودن از دست دادن کنترل به واسطه محرک‌های واجد شرایط ضروری بود که این شرط دست‌کم مانعی جدی برای مرتکبان زن در استناد به دفاع تحریک محسوب می‌شد. حال آنکه به رغم وجود اشتراکات زیاد، شرایط زنان خشونت‌دیده‌ای که آزارگر خود را می‌کشند، حسب هر پرونده، منحصر به فرد است. برای مثال، بر خلاف یک مرد خشمگین، یک زن عصبانی احتمالاً بدون اینکه خشمی جنون‌وار از خود نشان دهد، ممکن است خونسرد رفتار کرده و آزارگرش را در حال خواب و زمانی که دیگر خشوتی وجود ندارد، بکشد؛ مانند پرونده خانم ربکا ملون<sup>۲</sup> در سال ۲۰۱۲ که در کمال خونسردی همسرش را که مشغول صحبت با تلفن بود و هیچ رفتار خشونت‌آمیزی نداشت، با شلیک گلوله به قتل رساند و سپس روی کاناپه نشست، سیگاری روشن کرد و جان دادن همسرش را تماشا کرد. تحقیقات نشان داد که ملون، قربانی خشونت‌های مستمر همسرش بود، ولی او ناامید از عدم موفقیت در استناد به دفاع مشروع و نیز دفاع تحریک، ترجیح داد برای خلاصی از مجازات قتل عمدی درجه نخست، با دادگاه معامله کند<sup>۳</sup> و در قبال اقرار به جرم، به قتل عمدی درجه دوم با بیست سال حبس محکوم شود (Buchhandler-Raphael, 2020: 1817). بر همین اساس، در قانون ۲۰۰۹ (به‌موجب بخش ۵۴ قسمت ۲)، شرط ناگهانی بودن از دست دادن کنترل حذف شده و

1. Fear.
2. Rebekah Mellon.
3. Plea agreement.

دیگر شرط نیست.

افزون بر خشونت‌دیدگی شدید، خیانت جنسی<sup>۱</sup> نیز یک محرک واجد شرایط برای تحریک‌شدگی قابل قبول برای استفاده از دفاع از دست دادن کنترل است. حتی سخنی که دلالت بر خیانت جنسی باشد نیز همانند رفتار خیانت‌آمیز می‌تواند پذیرفتنی باشد. در بخش ۵۵(۶)(a) قانون ۲۰۰۹، خیانت جنسی صراحتاً محرکی واجد شرایط برای خشم و تحریک‌شدگی در نظر گرفته شده است. در حقوق کیفری ایران نیز مطابق با ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی (کتاب پنجم تعزیرات)، چنانچه مردی زناي زنش با دیگری را مشاهده کند و زانی و زانیه را به قتل برساند، مجازات نخواهد شد و شاید به تعبیری درست‌تر فاقد مسئولیت کیفری خواهد بود. در واقع، حکم این ماده مصداقی از خشم بسیار شدید و ناگهانی است که مرد با مشاهده خیانت جنسی زن خود به آن دچار می‌شود و با از دست دادن کنترل خود، دست به ارتکاب قتل عمدی می‌زند. البته این فرض صرفاً زمانی با دفاع از دست دادن کنترل منطبق خواهد بود که مرد به گونه‌ای خشمگین شده باشد که واقعاً کنترلش را از دست بدهد، حال آنکه چنین موضوعی شرط بهره‌مندی از حکم ماده ۶۳۰ با توجه به اطلاق آن نیست.

مطابق با بخش ۵۴ قانون ۲۰۰۹، باید ادله کافی وجود داشته باشد که وجود محرک‌های واجد شرایط و از دست دادن کنترل را اثبات کند. در واقع، قاضی باید به اقتناع برسد که ادله کافی برای طرح هر یک از این دو رکن فوق وجود دارد. در این صورت، بر عهده دادستان است که خلاف آن را ثابت کند و هیئت منصفه را متقاعد کند که یک یا چند مورد از شرایط فوق وجود نداشته است. به نظر می‌رسد آنچه در این میان می‌تواند «معقول بودن واکنش مرتکب در برابر رفتار و گفتار تحریک‌آمیز بزه‌دیده» را ارزیابی کند، بررسی عملکرد روانی مرتکب است؛ زیرا نشانه‌های پاره‌ای از بیماری‌های روانی، ارتباط مستقیمی با ابراز و احساس شدید خشم و ترس از سوی مرتکب دارد. در واقع، گرچه ممکن است واکنش مرتکب بر پایه یک معیار عینی و نوعی در برابر کنش بزه‌دیده، کافی برای «تحریک‌شدگی» وی قلمداد نگردد، ولی توسل به یک معیار

1. Sexual infidelity and Adultery.



شخصی و توجه به شرایط مرتکب، به خوبی از عهده اثبات تحریک شدگی وی برآید. به همین علت، قانون ۲۰۰۹ با در نظر گرفتن سن و جنسیت و به طور کلی شرایط مرتکب برای احراز تحریک شدگی و از دست دادن کنترل، تا اندازه‌ای به معیار شخصی توجه کرده است.

## ۲-۲. از دست دادن کنترل خود

شرط از دست دادن کنترل، دیگر رکن مهم دفاع قدیمی تحریک و دفاع جدید از دست دادن کنترل در انگلستان و دیگر کشورهای کامن‌لایی است، و مرتبط با آن، اتخاذ معیار نوعی و انسان متعارف است که مورد انتقادهای مهمی شد و به نظر می‌رسد به رغم اصلاحات سال ۲۰۰۹ همچنان پابرجاست (در این باره ر.ک: همین مقاله، بخش ۳). آنچه مسلم است، بر اساس دفاع از دست دادن کنترل، مرتکب تنها زمانی از مسئولیت قتل عمدی مبرا خواهد شد که اثبات شود کنترلش را از دست داده بود؛ ولی قانون ۲۰۰۹ هیچ تعریفی برای از دست دادن کنترل در بخش ۵۴(۱)(a) ارائه نکرده است. برای نمونه در پرونده مارک داوز<sup>۱</sup> در سال ۲۰۱۲، وقتی داوز وارد خانه‌اش شد، همسرش خانم چسل<sup>۲</sup> و آقای پتارد<sup>۳</sup> را دید که هر دو کاملاً لباس بر تن روی مبل با هم خوابیده بودند. وقتی داوز همسرش را دید که با پتارد روی مبل دراز کشیده و پاهایشان در هم پیچیده شده است، به هم ریخت. همسرش بیدار شد و گفت: «قضیه آن چیزی که تو فکر می‌کنی، نیست»؛ اما داوز با مشت به صورت پتارد کوبید و بطری کنار دستش را به سوی او پرتاب کرد. پتارد هم بطری را به سوی او پرت کرد؛ ولی داوز باز به او مشت زد که با حمله پتارد مواجه شد. داوز این بار وارد آشپزخانه شد و چاقویی برداشت که پتارد عقب‌نشینی کرد. خانم چسل بین آن‌ها رفت و داوز او را به یک طرف هل داد و درب به او خورد. پتارد دوباره با بطری به طرفش آمد، ولی داوز که ترسیده بود، گردن پتارد را گرفت و به او چاقو زد و او را کشت. داوز مدعی شد که با زدن یک ضربه چاقو به شکم مقتول، هرگز قصد قتل او و یا ایراد آسیب شدید به او را نداشته است؛ اما

1. R v Dawes.
2. Chessell.
3. Pethard.

در نهایت، او به قتل عمدی محکوم گردید. وی در دادگاه به دفاع مشروع استناد کرد و به دفاع از دست دادن کنترل متمسک نشد؛ زیرا ادله نشان می‌داد که هیچ محرک واجد شرایطی در دسترس داوز نبود و در واقع شخصاً به خشونت‌های پتارد نسبت به خودش دامن زده بود. تجدیدنظرخواهی او نیز با این استدلال‌های قاضی دادگاه تجدیدنظر رد شد: هیچ شواهد کافی وجود نداشت مبنی بر اینکه داوز کنترل خود را از دست داده باشد. او ادله‌ای ارائه نکرد که پتارد را از روی خشم و عصبانیت کشته باشد. او بیشتر شوکه شده بود تا خشمگین. هیئت منصفه دفاع مشروع او را به دلایلی رد کرد و در عین حال، به این نتیجه نرسید که اقدامات وی در نتیجه از دست دادن کنترلش بوده است (Parsons, 2015: 95).

پرونده فوق نشان می‌دهد که مفهوم از دست دادن کنترل، همچنان گنگ است. به نظر می‌رسد بر خلاف استدلال دادگاه، داوز خشمگین بود، نه شوکه شده؛ خشمی که به از دست دادن کنترل او دامن می‌زد، اما این خشم به اندازه‌ای نبود که اصلاً متوجه رفتارش نشود. گویی در قانون ۲۰۰۹، در از دست دادن کنترل حاصل از خشم، معیار و آستانه تحمل ناپذیری خیلی زیادی تعیین شده است؛ خشمی که آن قدر باید شدید باشد که عملاً قصد مرتکب (رکن روانی جرم قتل عمدی) را زائل کند. حکمی که درباره پرونده جول<sup>۱</sup> در سال ۲۰۱۴ صادر شد و معیاری که در این پرونده اعمال گردید، تا اندازه‌ای عدول از معیار سختگیرانه اعمال شده در پرونده داوز را نشان می‌دهد. در این پرونده اعلام شد که از دست دادن کنترل، به معنای از دست دادن توانایی اقدام مطابق با قضاوت درست یا از دست دادن قدرت استدلال عادی است (Ibid.).

مسئله بعدی در این ارتباط، معیار ارزیابی از دست دادن کنترل است. آیا ملاک از دست دادن کنترل، شخص مرتکب است (معیار شخصی) یا یک انسان متعارف (معیار نوعی)؟ در قانون ۲۰۰۹، از یکسو به سن و جنس مرتکب اشاره صریح شده است و از سوی دیگر به انسان متعارف. به نظر می‌رسد گرچه سن و جنس متغیرهای شخصی هستند، ولی معیار انسان متعارف، تردیدی در اتخاذ رویکرد نوعی باقی نمی‌گذارد.

1. R v Jewell, 2014.

در واقع، قانون صرفاً دو متغیر ذاتی همه انسان‌ها، یعنی جنسیت و سن مرتکب را مورد توجه قرار داده است. بنابراین چنانچه مرتکبی مدعی شود که حین ارتکاب جرم مست بوده و این مسئله، موجب تحریک‌شدگی بیشتر و از دست دادن زودتر کنترلش شده، موفق نخواهد شد از دفاع از دست دادن کنترل استفاده کند؛ زیرا معیار، انسان متعارف با سن و جنسیت مرتکب است، نه انسان مست. به هر حال، برگزیدن معیار نوعی در قانون ۲۰۰۹ مشکلاتی ایجاد کرده است که مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

### ۳. معیار نوعی احراز دفاع و مسئله زنان

چه نسخه سنتی دفاع تحریک و چه نسخه جدید آن، یعنی دفاع از دست دادن کنترل، به رغم اینکه برای رفع مشکلات ناشی از استناد به دفاعیات عامی همچون دفاع مشروع تأسیس شده‌اند، در عمل با مسائلی روبه‌رو هستند و برخی مرتکبانی را که در وضعیت تحریک بزه‌دیده، او را به قتل می‌رسانند، مورد حمایت کامل و عادلانه قرار نمی‌دهند. انحصار به احساس خشم، ناگهانی بودن، شرط از دست دادن کنترل و معیار نوعی برای احراز از دست دادن کنترل، مهم‌ترین مسائلی است که دفاع تحریک قدیمی با آن مواجه بود که از برخی جهات حتی همچنان در نسخه‌های اصلاح‌شده و جدید آن، یعنی دفاع از دست دادن کنترل در انگلستان، پابرجاست. پیکان پیامدهای این مشکلات عمدتاً مرتکبان زن را نشانه می‌گیرد و زنان‌اند که در استناد به این دفاع دچار مشکل می‌شوند و در نتیجه، زیان می‌بینند.

گرچه نه دفاع تحریک و نه دفاع از دست دادن کنترل از نظر قانونی و حقوقی جنسیت‌محور نیستند و هم زنان و هم مردان را در بر می‌گیرند، اما در عمل، یکی از مشکلات عملی اصلی، سوگیری جنسیتی آن است که در نتیجه، بسیاری از زنان را از دسترسی به این دفاع محروم می‌کند. به طور مشخص، نسخه قدیمی دفاع تحریک در انگلستان، فقط احساس خشم را محرکی قابل قبول در نظر می‌گرفت و این عملاً در خدمت و به سود مردان بود که اغلب از روی عصبانیت و خشم مرتکب جرم می‌شوند؛ زیرا احساس خشم بیشتر در مردان نمایان می‌شود تا زنان. طغیان احساسات در زنان در

چنین وضعیت‌های دشواری، اغلب بر پایه احساس ترس، ناامیدی<sup>۱</sup> یا درماندگی<sup>۲</sup> غیر قابل تحمل شکل می‌گیرد، نه خشم. نتیجه عملی‌اش، بی‌بهره ماندن زنان در استفاده از دفاعیات ویژه است؛ زیرا به نظر نمی‌رسد که واکنش مرتکبی را که بر پایه احساس شدید ترس از خطر تحریک‌کننده و آزارگر، مرتکب قتل می‌شود، بتوان معلول از دست دادن ناگهانی کنترل دانست. در واقع، معمولاً فرد ترسیده بر خلاف قاتل خشمگین، در ظاهر بر خود کنترل دارد و همین مسئله باعث می‌شود که قتل ارتكابی آن‌ها، به جای اینکه معلول از دست دادن کنترل باشد، اقدامی از پیش برنامه‌ریزی شده و انتقام‌جویانه تلقی شود (Clough, 2016: 281)؛ مسئله‌ای که بخش ۵۴ قسمت ۴ قانون ۲۰۰۹، قتل با انگیزه انتقام را از شمول دفاع از دست دادن کنترل خارج کرده است.

این مسئله به ویژه در مواردی که زنان خشونت‌دیده، آزارگر خود را به قتل می‌رسانند، بیشتر نمایان می‌شود. در اوایل دهه ۱۹۹۰ میلادی، پرونده‌های زیادی از زنان یاد شده که در مرحله رسیدگی بدوی به قتل عمدی محکوم شده بودند، در مرحله تجدیدنظر مطرح شد. در بیشتر موارد، تجدیدنظرخواهی آن‌ها پذیرفته می‌شد و حکم قتل غیر عمدی، جایگزین قتل عمدی می‌گردید، ولی نه لزوماً به دلیل پذیرش دفاع تحریک؛ زیرا فاقد شرایط مقرر برای استناد به دفاع تحریک بودند. مانند پرونده اهلوالیا<sup>۳</sup> در سال ۱۹۹۲ که مرتکب بر اثر سال‌ها خشونت‌دیدگی شدید توسط همسرش، سرانجام او را در خواب به آتش کشید و به قتل رساند (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۵: ۱۸۹). این وضعیت منحصر به حقوق انگلستان نبوده و نیست. در کانادا، یک قاضی در گزارش خود اشاره کرد که برخی از زنانی که در حال گذراندن حبس ابد هستند، ممکن است واقعاً در مقام دفاع مشروع، دست به ارتکاب قتل زده باشند و برخی دیگر نیز به دلیل احساس پشیمانی و نه بر اساس واقعیت‌های پرونده، به جرم انتسابی اقرار کرده‌اند (Ibid.: 281). این مشکل با اصلاحات جدید در حقوق کیفری انگلستان، تا حد زیادی رفع شده و وضعیت زن کتک‌خورده‌ای که در اقدامی خلاص‌کننده و از سر استیصال

1. Hopelessness.  
2. Desperation.  
3. Ahluwalia, 1992.

و در ماندگی، برای حفظ جان خود مرتکب قتل خشونتگر می‌شود، بر اساس بخش ۵۵(۶)(a) و احساس ترس از خشونت شدید قابل تفسیر و انطباق است.

افزون بر این، شرایط دیگر مقرر در بند ۳ قانون قتل ۱۹۵۷ نیز مانع بهره‌مندی زنان از دفاع تحریک می‌شد؛ زیرا نه تنها احراز از دست دادن کنترل ضروری بود، بلکه معیار نوعی دفاع نیز مستلزم این بود که مرتکب باید با یک فرد معقول و متعارف سنجیده شود تا اگر یک فرد متعارف نیز در شرایطی که مرتکب دست به ارتکاب قتل زده، ممکن بود همان کار را انجام دهد، بتوان به دفاع از دست دادن کنترل استناد کرد. حال اگر مبنای ارزیابی، انسان متعارف و معیار نوعی باشد، آیا می‌توان واکنش زنی را که به واسطه خشونت‌های شدید و پیوسته همسرش، او را در خواب به قتل می‌رساند، قابل قبول و معقول دانست؟ بعید است؛ چرا که نوعاً یک فرد متعارف، زمانی که تحت خشونت آنی قرار ندارد، کنترلش را از دست نمی‌دهد و دست به ارتکاب قتل نمی‌زند، جز اینکه او نیز همانند مرتکب به مدت طولانی مورد اذیت و آزار مقتول قرار گرفته باشد و بدین‌سان بتواند به طور متعارف، احساس ترس از خشونت دیدگی شدید را تجربه و با پیش‌بینی آن، واکنشی پیش‌دستانه علیه خشونتگر (تحریک‌کننده) نشان دهد. بنابراین بدون درک چنین وضعیتی، اصولاً رفتار مرتکب غیر منطقی و غیر متعارف تلقی خواهد شد. حال آنکه با بررسی دقیق‌تر، این گونه به نظر نمی‌رسد و آنچه در واقع رخ می‌دهد، بسیار متفاوت است؛ زیرا احتمالاً پاسخ زن آزاردیده، واکنشی آرام به خشونت دیدگی‌اش خواهد بود و به جای اینکه به طور متعارف تصور شود که در فاصله بین آخرین اقدام تحریک‌آمیز قربانی و واکنش مرگبار مرتکب، فرصتی برای آرام شدن و فروکش کردن احساسات دردناک باشد، ممکن است زمان طغیان احساساتی چون ترس و خشم و استیصال و ناامیدی باشد و قتلی رخ دهد (ibid.: 283; Clough, 2010)؛ دقیقاً همان واقعیتی که در بخش ۵۵(۶)(a) قانون ۲۰۰۹ پیش‌بینی شده و قتل در چنین وضعیتی، مشمول استفاده از دفاع از دست دادن کنترل قرار گرفته است. بر همین اساس، در انگلستان به موجب قانون ۲۰۰۹، اولاً شرط ناگهانی بودن حذف شد؛ ثانیاً احساس ترس از خشونت شدید به احساس خشم شدید افزوده شد و ثالثاً برای احراز از دست دادن کنترل، متغیر سن و جنس تحریک‌شونده در کنار معیار نوعی قرار گرفت

تا معیار نوعی کمی تعدیل گردد و مهم‌تر آنکه واژه «شرایط»<sup>۱</sup> مرتکب جایگزین واژه «ویژگی‌ها»<sup>۲</sup> شد؛ به این معنا که همه شرایطی که فرد را به سمت طغیان احساسات شدید و ارتکاب قتل هدایت می‌کند، در نظر گرفته می‌شود. بخش ۵۴(۱)(c) با الزام هیئت منصفه به در نظر گرفتن شرایط متهم، توجه را از ویژگی‌های مرتکب و تمایل برای تحلیل روان‌شناختی یا پزشکی او که اغلب به دنبال رویکرد ویژگی متهم می‌آید، به سمت شرایط او می‌برد. با وجود این، برخی حقوق‌دانان بر این باورند که رکن مرکزی دفاع جدید این قانون، یعنی از دست دادن کنترل، همچنان برجسته است و موجب ناسازگاری وضعیت مرتکبان زن با این دفاع می‌شود؛ برای مثال به باور سوزان ادواردز،<sup>۳</sup> حتی با شمول احساس ترس به عنوان محرک واجد شرایط، تا زمانی که در قانون (بخش ۵۵ قسمت ۴) «بسیار شدید بودن» شرط لازم برای محرک از دست دادن کنترل باشد و همین‌طور تا زمانی که «احساس موجه شدیداً مورد ظلم واقع شدن» قرار است بر اساس دلایل و معیارهای نوعی مورد قضاوت قرار گیرد، مشکلات همچنان ادامه خواهد داشت. مشکلات دیگری نیز از این الزام ناشی می‌شود که میزان و ظرفیت کنترل بر خود که به نام‌های تحمل و مدارا بیان می‌شود و از متهم انتظار می‌رود، باید بر اساس دلایل و معیارهای نوعی تعیین گردد. به طور مشخص، زن کتک‌خورده و آزاردیده‌ای که با انتخاب دفاع تحت بخش ۵۵(۳) (ترس از خشونت شدید) یا بخش ۵۵(۴)(a) و (b) قانون، یا ترکیبی از هر دو روبه‌روست، مجبور است تا هیئت منصفه را نسبت به توجیه‌پذیر بودن احساس شدیداً مورد ظلم بودن خود قانع کند. مشکل این خواهد بود که زن آزاردیده تحت بخش ۵۵(۴)، شرایط خود را وخیم بداند و احساس موجه شدیداً مورد ظلم بودن را نیز داشته باشد، اما آخرین رفتار تحریک‌آمیز مقتولی که برای مثال در حالت خواب و نه اعمال خشونت کشته می‌شود، در حد شدیدی نباشد. از این گذشته، وقتی بین آخرین رفتار مقتول و قتل، فاصله زمانی وجود داشته باشد، ممکن است هیئت منصفه بر اساس ارزیابی نوعی خود، با نظر متهم که قتل به دلیل از دست دادن کنترل

1. Circumstances.
2. Characteristic of a defendant.
3. Susan Edwards.

موجه است، موافق نباشد. گرچه ممکن است دفاع زنان کتک خورده با مفهوم ترس از خشونت شدید مندرج در بخش ۵۵(۳) مؤثرتر عمل کند، اما احساس ترس نیز مانند احساس خشم، در صورتی موجب پذیرش دفاع می‌شود که خشونت شدیدی وجود داشته باشد. این امر عاملی محدودکننده است و احتمال استنادی موفقیت‌آمیز به دفاع از دست دادن کنترل بر اساس احساس ترس را کم می‌کند. بنابراین شاید لازم باشد که دفاع از دست دادن کنترل را در راستای هر دو قسمت ۳ و ۴ بخش ۵۵ در نظر گرفت و تفسیر کرد و قضات و هیئت منصفه به این درک برسند که واکنش یک زن آزاردیده به خشونت آزارگرش لزوماً تابع شدت آخرین عمل خشونت‌بار مقتول نیست، بلکه ارزیابی خطر خشونت‌دیدگی برای او بر پایه تجربه از خشونت‌های مکرر قبلی و انتظارش از میزان خشونت قریب‌الوقوع خشونتگر است (Edwards, 2010).

برخی کشورها برای کم کردن هر چه بیشتر مشکلات در این زمینه، دفاع مستقلی را برای زنانی که در اثر تحریک بزه‌دیده، او را می‌کشند، پیش‌بینی کرده‌اند؛ برای مثال، در ایالت کویزنلند استرالیا به موجب قانون ۳۰۴B مصوب ۲۰۰۸ که از ۲۰۱۰ اجرایی شده، برای قربانیان خشونت خانگی شدید که عمداً آزارگر خود را با این باور معقول که کشتن او برای حفظ جانشان ضروری است، به قتل می‌رسانند، دفاع نسبی ویژه پیش‌بینی شده است. اگر این دفاع موفقیت‌آمیز باشد، مرتکب به جای قتل عمدی که کیفرش حبس ابد اجباری است، به قتل غیر عمدی محکوم خواهد شد. در این صورت، قاضی در تعیین کیفر آزادی عمل خواهد داشت (Edgely & Marchetti, 2011: 126).

به رغم مشکلات یادشده، به نظر می‌رسد در مجموع، همه تحولات انجام گرفته و تمامی تلاش‌های صورت گرفته برای هر چه بیشتر پاسخگو کردن حقوق کیفری برای در نظر گرفتن همه جوانب قتل‌های ناشی از غلبه احساسات شدید و از دست دادن کنترل خود، نتایج مفید و مشکل‌گشایی به همراه داشته‌اند. شاید علت اینکه با وجود وضع قوانین جدید، همچنان برخی ابهامات و مسائل باقی است، بیشتر به ماهیت و طبع ارتکاب قتل در چنین وضعیت‌هایی برمی‌گردد تا ضعف قوانین؛ زیرا هر پرونده‌ای متفاوت از پرونده دیگر است و ناگزیر، تفسیر دادگاه‌ها که در عمل، با جزئیات و واقعیات هر پرونده در ارتباط مستقیم‌اند، راهگشاتر از وضع قوانین مفصل است.

## ۴. دفاع از دست دادن کنترل در گفتمان تقنینی و قضایی ایران

مطالعه مقررات عمومی قانون مجازات اسلامی نشان می‌دهد که گفتمان تقنینی حاکم بر نظام عدالت کیفری ایران در خصوص توجه به ضرورت برخورد های افتراقی با مرتکبانی که بر اثر تحریک بزه دیده مشخصاً مرتکب قتل وی شده‌اند، امکان دسترسی به هدف مزبور را فراهم نمی‌کند و بند پ ماده ۳۸ قانون نیز اساساً با محدود نمودن قلمرو موضوعی تخفیف تنها به جرایم مستوجب تعزیر، سالبه به انتفای موضوع می‌شود.

### ۱-۴. نادیده انگاشتن دفاع از دست دادن کنترل

از نظر پیشینه تقنینی، در قانون مجازات عمومی سال ۱۳۵۲ به شرایط ذهنی مرتکب، دست کم در قالب اختلالات روانی غیر از جنون، توجه شده و با رسمیت بخشی به «اختلال نسبی» قوه تمیز یا اراده در برابر «اختلال تام»، به نوعی مسئولیت نسبی مرتکب پذیرفته شده بود. این تفکیک در قانون راجع به مجازات اسلامی سال ۱۳۶۱ و نیز قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ دیده نشد و قانون گذار در ماده ۱۴۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ تنها به وضعیت جنون توجه کرد و آن دسته از اختلالات روانی را که موجب سلب کامل اراده یا قوه تمیز و ادراک باشند، مانع مسئولیت مرتکب دانست. بدین سان در حال حاضر از نظر قانونی، ارزیابی مرتکب فقط در دو سر طیف جنون کامل (فقدان کامل اراده و شعور) و سلامت کامل امکان پذیر می‌باشد. در نتیجه، به طور کلی وضعیت های غیر عادی دیگری که اخلاص نسبی در اراده و ادراک ایجاد کنند، تأثیری در مسئولیت کیفری مرتکبان ندارند.

همچنین از نظر تقنینی و بر پایه قوانین جزایی کنونی ایران، با مرتکبی که در نتیجه غلبه احساسات شدیدی مانند خشم، ترس یا درماندگی ناشی از رفتار تحریک آمیز بزه دیده، در وضعیتی که به صورت نسبی (و نه کلی) کنترلی بر اراده و تسلطی بر ذهن خویش ندارد، مرتکب قتل بزه دیده ای که عامل تحریک مرتکب است می‌گردد، همانند یک انسان مختار و با اراده آزاد برخورد می‌شود و دقیقاً پرسش آن است که آیا می‌توان از نظر منطقی و عدالت و نیز ضرورت انطباق قواعد شرعی و فقهی با قواعد عقلی، اهلیت و تقصیر تام جزایی را برای چنین فردی متصور بود؟ ناگزیر سطره رویکرد قانون گذار



بر گفتمان قضایی نیز اغلب راه را بر تفسیر علمی از وضعیت مرتکبانی که در شرایط فوران خشم یا ترس ناشی از رفتار و گفتار بزه دیده، اقدام به قتل وی می کنند، بسته است. در پرونده‌ای (دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۹۴۰۰۸۹۷، قابل دستیابی در سامانه ملی آرای قضایی)، مرتکب پس از فحاشی و کتک کاری توسط مقتول، با وی درگیر شده و در شرایطی که تعداد ضربات وارده را به یاد نمی آورد، با ضربات متعدد چاقو او را به قتل می‌رساند. محتویات پرونده نشان می‌دهد که مرتکب پس از این عمل متواری نمی‌شود، بلکه با رها کردن آلت قتاله در محل، مقتول را جهت مداوا به بیمارستان منتقل می‌کند. در این پرونده، محرک خشم ناگهانی و موقتی ناشی از رفتارهای تحریک‌آمیز و آزارگرایانه مقتول، موجب می‌شود که مرتکب بلافاصله اقدام به قتل تحریک‌کننده کند. یعنی نه تنها این پرونده با شرایط دفاع جدید از دست دادن کنترل در انگلستان منطبق است، بلکه همان مؤلفه‌های دفاع سنتی تحریک‌شدگی نیز در این پرونده به روشنی پیداست: از بین رفتن ناگهانی و موقتی کنترل مرتکب بر اثر خشم شدید ناشی از رفتار تحریک‌کننده، بدون فرصتی برای آرام شدن.<sup>۱</sup> در اظهارات مرتکب نیز خشم شدید وی بر اثر رفتارهای تحریک‌آمیز و غیر قابل تحمل مقتول چنین بیان شده است:

«به من تلفن زد و فحاشی کرد. گفت کجایی؟ گفتم سر کوجه... هستم. آمد آنجا، مرا کتک زد. من به علت ناراحتی عصبی که دارم، نتوانستم خودم را کنترل کنم... با چاقویی که مادرم داده بود آن را تیز کنم... چشم‌هایم را بستم و دیگر نفهمیدم چه شد. چشم‌هایم را باز کردم، دیدم که... به روی زمین افتاده، او را بلند کردم و با پسرعمه‌اش... به بیمارستان بردم».

مرتکب در جای دیگر می‌گوید:

«متأسفانه به علت ناراحتی اعصابی که دکترها می‌گویند دارم، با... برادرش درگیری لفظی داشتم و او رفت به الف [مقتول] گفت. الف هم می‌دانست که مریضم و تازه از بیمارستان روانی آمدم. حتی برای دیدنم به بیمارستان آمد. ولی الف نرسیده، شروع

۱. بدیهی است انطباق واقعیت‌های عینی پرونده با شروط دفاع تحریک‌شدگی در عالم نظر، به هیچ روی به معنای پذیرش قطعی این دفاع در صورت طرح در دادگاه و نافی ضرورت احراز موضوعی آن در دادگاه نیست.

به زدن من کرد... یک ضربه چاقو به پهلو وی زد، را یادم هست. ولی نمی‌دانم دقیقاً چند ضربه چاقو زدم».

گذشته از شروط مشخص دفاع تحریک‌شدگی، دفاع از دست دادن کنترل و نیز اظهارات مرتکب، وی بنا به گواهی پزشکی قانونی و اظهارات وکیل پرونده نیز مبتلا به اختلال شخصیتی مرزی بوده است. یعنی حتی اگر هر رفتار و گفتار آزاردهنده‌ای را از سوی بزه‌دیده، کافی برای تحریک مرتکب ندانیم، مطابق با ملاک‌های راهنمای تشخیصی و آماری بیماری‌های روانی (DSM-IV-TR)، یکی از نشانه‌های بارز اختلال شخصیتی مرزی، بی‌ثباتی هیجانی، واکنش‌پذیری آشکار خُلق مانند تحریک‌پذیری، اضطراب شدید و حمله‌ای، نامتناسب و شدید بودن خشم یا دشواری در تسلط بر خشم شدید (تندخو شدن‌های پیاپی، خشمگین بودن دائمی و نزاع‌های مکرر) است (انجمن روان‌پزشکی آمریکا، ۱۴۰۰). بر پایه مطالعه وضعیت مبتلایان به این اختلال، به نظر می‌رسد آنان تقریباً همیشه در بحران باشند. چرخش‌های سریع خُلق در این بیماران، نزاع‌طلبی ناگهانی در آنان را افزایش می‌دهد و مهم‌تر آنکه اگر نسبت به دوستان صمیمی خود احساس سرخوردگی کنند، خشم بسیار زیادی ابراز می‌کنند؛ همانند آنچه از متهم این پرونده پس از رفتارهای تحریک‌آمیز (فحاشی و کتک کاری) دوست صمیمی‌اش سر می‌زند. از این رو، به نظر می‌رسد بتوان رفتار مقتول را در تحریک و طغیان خشم مرتکب مؤثر دانست.

با این همه، دادگاه رسیدگی‌کننده با این استدلال که ابتلا به اختلال شخصیت مرزی، تأثیری بر مسئولیت کیفری مرتکب ندارد، «صحت عقل و شعور و اختیار متهم در اقدام به درگیری و ایراد جرح با چاقو نسبت به مقتول» را محرز می‌داند؛ آن هم در شرایطی که مراد از تحریک‌شدگی یا از دست دادن کنترل، شرایطی نیست که مرتکب به طور کامل قادر به تشخیص، شناخت و تصمیم‌گیری نباشد و نتیجه عمل خود را نداند و درست به همین علت است که آن را دفاع نسبی در برابر دفاعیات کاملی چون دفاع مشروع می‌خوانند. ولی قانون‌گذار با سکوت در برابر چنین وضعیت‌های روانی بینایی، دسترسی به عدالت را برای این قبیل بزهکاران دشوارتر نموده است.

در پرونده‌ای دیگر (دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۸۰۰۴۲۰، قابل دستیابی در سامانه ملی آرای

قضایی) نیز که متهم، مدعی روابط ناسالم میان مقتول و کارگرش و همچنین سابقه اختلاف و درگیری فیزیکی قبلی با مقتول به همین سبب می‌باشد، رفتار و گفتار تحریک‌آمیز مقتول و تبعاً شور و هیجان ناگهانی متهم ناشی از تحریک‌شدگی شدید به روشنی پیداست و دیوان عالی کشور نیز در اظهارنظری، تقصیر و تحریک از سوی بزه‌دیده را پذیرفته است. اهمیت این پرونده صرف‌نظر از نتیجه نهایی آن، از آن روست که به خوبی نشان می‌دهد چگونه با سکوت قانون در پیش‌بینی دفاعیات نسبی چون از دست دادن کنترل و در فرضی که دفاع مشروع به علت عدم تناسب حمله با دفاع، در دادگاه پذیرفته نشود، ممکن است فقدان این شرط تناسب، عملاً مساوی با قتل عمد تلقی شود.

یکی از شاهدان ماجرا، عامل محرک خشم مرتکب را چنین بیان می‌کند:

«من با ع [مقتول] روی چمن نشسته بودیم که یک دفعه م [متهم] و آن دیگری که سوار موتورسیکلت بود به میدان... نزدیک شدند که ع، م را صدا زد و م سریع از موتور پیاده شد. من به ع گفتم ول کن. ع تسمه شلوارش را بیرون آورد و من جلوی ع را خواستم بگیرم که ع من را کنار زد و بدو بدو به سمت م رفت و تسمه را زد به م و م هم چاقوی به شکم ع زد و فرار کرد».

شاهد دیگری هم می‌گوید:

«وقتی نزدیک میدان... رسیدیم، صدایی آمد و گفتم: هوی بیا. نگاه برگرداندم، دیدم جوانی با یک نفر دیگر، داخل مثلی قبل از میدان... نشسته، اما توجهی نکردیم و به حرکت ادامه دادیم. ناگهان م از ترک موتور من پرید پایین و به ما گفت: شما بروید. ما به حرکت ادامه دادیم».

مرتکب خود در این باره می‌گوید:

«من دور فلکه... می‌گشتم با دوستانم که ع را دیدم. داشتیم می‌رفتیم که مشاهده نمودم ع و یک نفر دیگر در مثلی میدان... نشسته بودند که من و او همدیگر را دیدیم. به من گفت: وایستا [بایست]. من هم کنار خیابان ایستادم و از موتورسیکلت پیاده شدم که او هم بلافاصله کمر بند شلوارش را باز کرد و به سمت من دوید. من هم چاقو را درآوردم تا دیگر جلوتر نیاید که به من نزدیک شد و با کمر بند به گردن من کوبید و چاقو هم در دست راست من بود... رفیق او سعی می‌کرد جلوی ع را

بگیرد. او دست‌بردار نبود. خواست کمر بند دومی را به من بزنند. در حالی که چاقو دستم بود، او را هل دادم عقب که در همین لحظه، چاقو داخل شکمش رفت... من هم دیدم چاقو پر از خون است، ترسیدم و رفتم... من نمی‌خواستم او را بکشم».

در گزارش پزشکی قانونی نیز آثار کمر بند روی گردن متهم ملاحظه شده است. هرچند دادگاه بدوی با بیان اینکه: «اقدام متهم در مقابل عمل مقتول (زدن ضربه با کمر بند به ناحیه گردن متهم)، دفاع مشروع و متناسبی محسوب نمی‌گردد»، گویی اصل دفاع را هرچند نامتناسب، محرز می‌داند و با بیان اینکه «هرچند قتل عمدی را با سبق تصمیم قبلی به نحوی که با بند الف ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی انطباق یابد»، محرز نمی‌داند، ولی در نهایت حکم به قصاص متهم می‌دهد. با دفاع وکیل تسخیری مبنی بر آغاز درگیری از سوی مقتول، فقدان قصد مرتکب بر قتل و شدت عصبانیت و عدم اراده و اختیار ناشی از ضربه وارده از سوی مقتول به سر و گردن وی، پرونده در دیوان عالی کشور طرح می‌شود. قضات دیوان با عنایت به اینکه آغازگر دعوا و محرک خشم مرتکب، خود مقتول بوده است و با اعتقاد به دفاعی بودن اقدام مرتکب حتی با وجود تجاوز از حد تناسب، قصاص را منتفی و پرونده را به همان شعبه ارجاع می‌دهند:

«با توجه به اظهارات شاهدان مآو قع... که همراه مقتول بوده، ع با دیدن متهم او را صدا کرده و بلافاصله کمر بند خود را باز کرده و با شتاب به سوی نامبرده رفته و با کمر بند او را مورد ضرب و جرح قرار داده است و متهم هم متقابلاً از چاقو استفاده کرده است که این امر مشعر به در مقام دفاع بودن او دارد و دادگاه محترم هم که در رأی خود تصریح دارد: "اقدام متهم در مقابل عمل مقتول [زدن ضربه با کمر بند به ناحیه گردن متهم] دفاع مشروع و متناسبی محسوب نمی‌گردد." ظاهراً اصل دفاع را قبول دارد ولی نامتناسب می‌داند و از این جهت، رأی دادگاه به نظر اجمال و ابهام دارد که با توجه به مقررات تبصره ۲ ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی، در صورتی که نفس دفاع صدق کند، لکن از مراتب آن تجاوز شود، قصاص منتفی است، ایجاب می‌کرده است که ادعای دفاع متهم کاملاً بررسی تا اصل دفاع و یا تناسب آن نفیاً و یا اثباتاً روشن و سپس رأی مقتضی صادر می‌شد».

به نظر می‌رسد با توجه به تبصره ۲ ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی، بتوان چنین نتیجه گرفت که چه بسا قانون‌گذار گرچه ناخواسته و به صورت ضمنی، ماهیت دفاعیات

نسبی چون تحریک‌شدگی یا از دست دادن کنترل را پذیرفته است؛ زیرا عدم رعایت تناسب در دفاع به صراحت موجبی برای تحمل مسئولیت کیفری تام قتل عمدی و تعیین حکم قصاص برای مرتکب نیست، بلکه اشاره به وضعیتی میان مسئولیت کامل و معافیت کامل دارد.

#### ۲-۴. توجه به دفاع از دست دادن کنترل در آرای هیئت عمومی دیوان عالی

با وجود آراء یادشده و به رغم عدم پیش‌بینی دفاعیات نسبی در قوانین مجازات اسلامی، مشروح مذاکرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور که منتهی به صدور چندین رأی وحدت رویه اصراری شده است، گاه دلالت بر اتخاذ رویکردی متفاوت دارد؛ به گونه‌ای که می‌توان توجه قضات عالی‌رتبه دیوان عالی به قتل در وضعیت تحریک‌شدگی و از دست دادن کنترل را به روشنی دید. در این آرای وحدت رویه، قضات دیوان از یکسو با مرتکبانی مواجه بودند که مرتکب قتل عمدی شده و شرایط استفاده از دفاعیات تامی مانند دفاع مشروع را نداشتند و از سویی دیگر، وضعیت قتل ارتكابی آن‌ها متفاوت از قاتلان عادی بود و دلایلی وجود داشت که دلالت می‌کرد رفتارهای مقتول باعث شده بود تا آن‌ها تحمل و کنترل خود را از دست داده و دست به ارتکاب قتل بزنند. حال آنکه روشن است از نظر قانونی، امکانی برای کاهش مسئولیت در قتل عمدی برای قضات وجود ندارد. از همین رو، مطالعه مذاکرات این آراء نشان می‌دهد که قضات تلاش کرده‌اند تا با درک ماهیت واقعی ارتکاب قتل در وضعیت تحریک‌شدگی و از دست دادن متعارف کنترل، تفسیرهایی ارائه دهند که گرچه انطباق دقیقی با دفاع از دست دادن کنترل ندارد، سرانجامش تبدیل قتل عمدی موجب قصاص به قتل غیر عمدی (شبه عمدی) و رهایی مرتکب از قصاص باشد.

برای نمونه حسب رأی وحدت رویه شماره ۱۳۸۱/۹/۵-۱۳ (اصراری)، جرم ارتكابی مردی که دوست صمیمی‌اش را پس از (شروع به) تجاوز جنسی به همسرش به قتل رساند، با استناد به تبصره ۲ ماده ۲۹۵ سابق (بند ب ماده ۲۹۱ کنونی<sup>۱</sup>)، یعنی قتل با

۱. به موجب بند ب ماده ۲۹۱، قتل با اعتقاد اشتباه به مهدورالدم بودن بزه‌دیده، از مصادیق جهل/اشتباه موضوعی محسوب شده و نوع قتل از عمدی به شبه عمدی تغییر و تقلیل می‌یابد.

اعتقاد به مهدورالدم بودن بزه‌دیده، به جای قتل عمدی، به قتل شبه عمدی تغییر یافت. در این پرونده، قاتل مدتی پس از اقدام به تجاوزِ مقتول نسبت به همسرش، او را که برای محاکمه به دادگستری آورده بودند، با چاقویی که در لباسش پنهان کرده بود، به قتل رساند. مرتکب که در دادگاه بدوی محکوم به قصاص نفس شده بود، در مرحله فرجام‌خواهی، به وضعیت او و دفاعش مبنی بر اینکه: «با اینکه به قانون مراجعه کرده و شکایت نمودم، ولی نتوانستم [تجاوز به ناموسم را] تحمل کنم، شخصاً اقدام به قتل او کردم»، توجه شد (مذاکرات و آراء هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۸۵: ۲۷۸/۸). نظر برخی از قضات هیئت عمومی این بود که قتل ارتكابی با توجه به گذشت زمان و برنامه‌ریزی مرتکب، انتقام‌جویی بوده است نه اعتقاد به مهدورالدم بودن و دیگر احساسات. این عضو این گونه استدلال می‌کند:

«آیا می‌توانیم بگوییم اعتقاد او به مهدورالدم بودن مقتول، اعتقاد صحیحی است؟ یا [برعکس] احساسات او تحریک شده و بیش از اندازه لازم از خود غیرت و حمیت می‌خواهد نشان دهد و عصبانیت و غضب و تمایلات تحریک‌شده خود را می‌خواهد این گونه ارضا نماید؟» (همان: ۲۸۲).

با وجود این، هیئت عمومی در نهایت بر خلاف دیدگاه مزبور چنین استدلال می‌کند: «با توجه به محتویات پرونده، عمل ناجوانمردانه و نامشروع غلامرضاً [مقتول]... و اثراتی که عمل او در اراده و تفکر متهم گذاشته، موجب شده است که متهم به انگیزه دفاع از ناموس، خود را مجاز به قتل متجاوز به ناموس خویش بداند... لذا طبق تبصره ۲ ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی در این قبیل موارد، قتل از نوع شبیه عمد بوده و قاتل مستوجب پرداخت دیه است...» (همان: ۲۸۷).

ملاحظه می‌شود که هیئت عمومی دقیقاً در رأی وحدت رویه خود به تأثیر رفتار ناموجه و تحریک‌آمیز مقتول بر قاتل (اقدام به تجاوز جنسی به همسر مرتکب) توجه کرده و با اینکه قتل ارتكابی حتی شرایط دفاع از دست دادن کنترل را نیز ندارد، فراتر از آن عمل کرده و قتل را با استناد به ماده قانونی در دسترس، از عمدی به غیر عمدی تقلیل می‌دهد تا عملاً تفاوتی بین ارتكاب قتل در شرایط مختلف گذاشته باشد.

در رأی وحدت رویه دیگری به شماره ۴-۲۹/۲/۱۳۸۳ هیئت عمومی دیوان با

در نظر گرفتن احساسات و هیجانات ناشی از رفتار تحریک‌آمیز بزه‌دیده و از دست دادن کنترل مرتکب، قتل عمدی را با همان استنادات رأی پیش گفته، به شبهه عمدی تغییر داد و قصاص را منتفی کرد. در این پرونده، برادر مقتول که شاهد کشته شدن برادرش توسط مقتول بوده، او را ابتدا با چاقو و پس از فرار، با تفنگ به قتل می‌رساند و دادگاه بدوی حکم به قصاص می‌دهد. یکی از اعضای هیئت عمومی بر پایه طغیان احساسات مرتکب، او را مستحق قصاص ندانسته و استدلال می‌کند:

«چون برادر ایشان [مرتکب] جلوی چشمش کشته شده، تحت تأثیر احساسات و عواطف و هیجانات روحی، مرتکب این کار شده، فلذا عمل انتسابی می‌تواند از مصادیق تبصره ۲ ماده ۲۹۵ (بند ب ماده ۲۹۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲) باشد (مذاکرات و آراء هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۸۶: ۶۴/۱۰).

عضوی دیگر بر خلاف این دیدگاه بر این باور است:

«طرح مسائلی از قبیل تأثیر و هیجان روحی ناشی از قتل برادر و توجیه قتل تحت این عناوین صحیح نیست و تجویز این امر موجب بروز هرج و مرج در جامعه می‌شود» (همان: ۶۶).

نظریه دادستان کل کشور در این پرونده جالب توجه است. ایشان با در نظر گرفتن

هیجانات قاتل و خروج از حالت عادی، او را مستحق قصاص نمی‌داند:

«متهم پرونده که حاضر در صحنه و ناظر کشته شدن برادر بوده، طبعاً از حالت عادی و عقلانیت خارج و مبادرت به انتقام‌جویی کرده، هرچند نامبرده به لحاظ موازین شرعی و قانونی، ولی دم و صاحب حق قصاص نبوده، اما برادر وقتی شاهد قتل برادر [ش] باشد، عرفاً خود را ذی‌حق می‌داند» (همان: ۷۰).

هیئت عمومی با پذیرفتن همین دیدگاه، با این استدلال قتل را شبهه عمدی در نظر

می‌گیرد:

«... با عنایت به اظهارات حاجی [مرتکب]... در جلسات دادرسی که پس از مشاهده کشته شدن برادرش توسط عبدالخدر [مقتول] به تعقیب قاتل پرداخته و بعد از لحظاتی، او را از ناحیه سر مورد هدف قرار داده و به قتل رسانده است و کشتن قاتل برادرش را به فرمان الهی، حق خود می‌دانسته و با این تصور و تحت تأثیر هیجانات حاصله، به کشتن قاتل برادرش اقدام... بنا بر جهات مذکور، قصاص از

متهم ساقط می‌باشد» (همان: ۷۱-۷۲).

این آراء دلالت آشکاری دارد که اگر قانون، وضعیت‌های بینابین را نادیده انگاشته است، قضاات در عمل نتوانسته‌اند ندیده بگیرند و گهگاه با استدلال‌ها و روش‌های مختلف، عملاً همانند نظام‌های حقوقی‌ای که دفاعیات تحریک و از دست دادن کنترل را پیش‌بینی کرده‌اند، با استناد به دفاع جهل/اشتباه موضوعی مفاد بند ب ماده ۲۹۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، مسئولیت کیفری مرتکبان قتل عمدی را کاهش داده‌اند.

باید توجه داشت که گاه اختلال روانی مرتکب و نه جنون او، وقتی با رفتارهای تحریک‌آمیز مقتول همراه می‌شود، وضعیت دشواری ایجاد می‌کند که عدم توجه به آن شاید نتیجه عادلانه‌ای نداشته باشد. برای نمونه در پرونده‌ای (دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۱۰۶۰۰۷۸۸، قابل دستیابی در سامانه ملی آرای قضایی) مشاهده می‌شود که پزشکی قانونی اختلال روانی متهم را با علائم جنون محرز نمی‌داند که مفهوم مخالف آن، یعنی چه‌بسا اختلال روانی غیر از جنون محرز بوده و مرتکب مبتلا به بیماری روانی دیگری جز جنون بوده که در عصبانیت او به دلیل توهین‌های همسرش به وی، سپس مصرف ۴۰ تا ۵۰ قرص آرام‌بخش از سوی متهم، آنگاه خودزنی و در نهایت قتل همسر بی‌تأثیر نبوده باشد. در واقع، ارتباط بحث با دفاع از دست دادن کنترل این است که چنانچه فردی بدون اینکه مجنون محسوب شود، به یکی از اختلالات روانی مبتلا باشد و در اثر رفتارها و گفتارهای تحریک‌آمیز بزه‌دیده، کنترلش را از دست داده و او را بکشد. از یکسو از نظر قانونی، دفاعیات تامی مانند جنون در دسترس او نخواهند بود و از سوی دیگر، مسئولیت تام او نیز شاید چندان عادلانه به نظر نرسد. در مشروح مذاکرات رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور (اصراری) به شماره ۱۳-۱۳۸۰/۸/۲۹، این مسئله قابل برداشت است. در این پرونده، زنی (همسر دوم مقتول) پس از اینکه از تصمیم قطعی شوهرش برای طلاق دادن مطمئن می‌شود، در خواب او را با کلنگ به قتل می‌رساند. او می‌گوید:

«حدود سه مرتبه بلند شدم و تصمیم به کشتن وی گرفتم، فشار خونم بالا آمد و دفعه سوم کلنگ را که در اتاق بود، برداشتم و... حدود چهل روز قبل با دست به بینی من



زد و استخوان بینی‌ام شکست و چند مشت هم به سر من زده بود و به همین خاطر می‌خواستم دست او را قطع کنم...» (مذاکرات و آراء هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۸۴: ۲۸۸/۷).

گرچه پزشکی قانونی، او را مبتلا به بیماری اسکیزوفرنی و مجنون تشخیص داد و سوابق ابتلا و بستری او به خاطر بیماری اسکیزوفرنی نیز مسلم بود، در نهایت دادگاه با استعلام‌های بیشتر و تنها به خاطر عدم محرز دانستن جنون مرتکب حین ارتکاب جرم، او را به قصاص محکوم نمود که هیئت عمومی نیز همین حکم را تأیید کرد. این رأی کمی سختگیرانه به نظر می‌رسد؛ زیرا دو واقعیت عمومی نیز همین حکم را خیلی کم‌رنگ کرد: نخست، سابقه قطعی جنون مرتکب، و دوم، تأیید جنون او توسط پزشکی قانونی، هرچند که بعداً توسط کمیسیون پزشکی نفی و با تردید مواجه شد.

پیش‌بینی دفاعیاتی مانند مسئولیت کاهش‌یافته در بخش دوم قانون قتل مصوب ۱۹۵۷ انگلستان و جدیدتر از آن، دفاع ارتکاب قتل تحت تأثیر اختلالات شدید ذهنی یا عاطفی<sup>۱</sup> در ماده ۳-۲۱۰ قانون جزای الگوی ایالات متحده (آقای‌نیا و محمودی‌جانکی، ۱۴۰۰: ۱۷۵)، در راستای دیدن چنین مرتکبانی است که نه مجنون‌اند تا از دفاع جنون استفاده کنند و نه از وضعیت روانی مناسبی برخوردارند. بنابراین با در نظر گرفتن وضعیت روانی و عاطفی نامساعد مرتکبان، هر دو دفاع فوق به عنوان دفاع نسبی ویژه قتل عمدی، قتل را از عمدی به غیر عمدی کاهش می‌دهد.

در هر صورت، این قبیل پرونده‌ها بخش مهمی از حجم پرونده‌های قتل را به خود اختصاص می‌دهند. بدیهی است که اشاره به این موارد، به هیچ روی به معنای دفاع از متهم یا توجیه رفتار مجرمانه وی و یا حتی قبول هر رفتاری برای طغیان خشم و ایجاد احساس ترس در مرتکب نیست؛ بلکه بر این مهم تأکید دارد که اگر دفاعیات نسبی از جمله دفاع از دست دادن کنترل و حتی همان دفاع سنتی تحریک در گفتمان تقنینی ایران به رسمیت شناخته می‌شد، چه بسا سرنوشت دیگری بر محور عدل و انصاف در انتظار این قبیل مرتکبان بود.

1. Extreme Mental and Emotional Disturbance (EMED).

## نتیجه‌گیری

دفاع از دست دادن کنترل، گرچه در حقوق کیفری ایران، به طور مشخص و مستقل جنبه تقنینی به خود نگرفته، به عنوان یک دفاع نسبی و جزئی، به تازگی البته در چهره جدید، وارد قوانین جزایی کشورهای با نظام حقوقی کامن‌لای شده است. کاربرد این دفاع تنها نسبت به اتهام قتل قابل استناد است و بدون اینکه مسئولیت کیفری مرتکب را منتفی سازد، قتل عمدی را به قتل غیر عمدی تبدیل ساخته و به نوعی مسئولیت مرتکب را کاهش می‌دهد که از همین روی، دفاع کاملی محسوب نمی‌شود. این دفاع نوآورانه در واقع در پاسخ به مشکلاتی بود که در دفاع تحریک وجود داشت. اینکه چرا چنین تغییر تقنینی شکل گرفت و این دگرگونی قانون‌گذاری کیفری، چقدر مؤثر بوده و با چه مسائل حقوقی روبه‌روست، مسئله بسیار مهمی است. در حقوق کیفری ایران، گرچه بند پ ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی، رفتار و گفتار تحریک‌آمیز بزه‌دیده را از جهات تخفیف در مجازات‌های تعزیری اعلام کرده، هنوز توجهی دقیق و جامع به مسئولیت کیفری مرتکبان قتل در وضعیت طغیان احساسات شدید ناشی از تحریک بزه‌دیده نداشته است؛ چرا که از یکسو در قوانین جزایی، تفصیل و تبیینی از ارتکاب جرم در وضعیت طغیان احساسات شدید ناشی از تحریک‌شدگی و از دست دادن کنترل ارائه نشده و از سوی دیگر، ماده ۳۸ نیز افزون بر انحصار به جرایم تعزیری، تنها جهتی برای تخفیف اختیاری مجازات محسوب می‌شود، نه دفاعی ویژه برای کاهش مسئولیت کیفری. به همین علت در قانون، ارکان و شرایطی برای آن بیان نشده است؛ حال آنکه دفاعیات مبتنی بر احساسات شدید ناشی از تحریک بزه‌دیده، مبتنی بر شرایط مشخص و مهمی همچون محرک‌های واجد شرایط، متعارف بودن و از دست دادن کنترل است. به نظر می‌رسد حکم ماده ۶۳۰ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی، گرچه از نظر آثار حقوقی با دفاع از دست دادن کنترل متفاوت است و بر خلاف آن که دفاعی نسبی است، مرتکب را از هر گونه مسئولیت و مجازاتی معاف می‌کند، از نظر ماهیتی بسیار به قتل ناشی از تحریک‌شدگی نزدیک بوده و در واقع، به خیانت جنسی زوجه به عنوان یکی از محرک‌های قابل قبول دفاع از دست دادن کنترل توجه کرده است.

ایده این مقاله آن است که قاتلانِ تحریک‌شده‌ای که به طور متعارف کنترلشان را از دست می‌دهند و تحریک‌کننده را می‌کشند، از نظر اخلاقی، قابلیت سرزنش کمتری دارند؛ زیرا قابل درک است که در برخی شرایط، افراد چنان تحت تأثیر احساسات شدید قرار می‌گیرند که اغلب افراد عادی در همان وضعیت دشوار، به طور مشابه کنترل خود را از دست می‌دهند. برای استفاده از دفاع از دست دادن کنترل، لازم است که محرکی قابل قبول وجود داشته باشد و لازم است که کنترل بر خود، از دست رفته باشد. اما چه تعیین مفهوم و معیارهای اثباتی دقیق محرک‌های قابل قبول و چه از دست دادن کنترل، با سختی همراه بوده است؛ به ویژه که در قانون عدالت و کارآگاهان پزشکی قتل ۲۰۰۹ انگلستان، شرط ناگهانی بودن نیز ضروری پنداشته نشده است. قانون فوق، توضیح چندانی در این رابطه نداده و این رویه قضایی است که عهده‌دار تفسیر و تطبیق قتل‌های رخ داده و ادعاهای مرتکبان برای استفاده از دفاع از دست دادن کنترل می‌باشد. پیش از قانون سال ۲۰۰۹، ترس محرکی قابل قبول برای استفاده از دفاع تحریک نبود که همین مسئله، انتقاد حقوق‌دانان را در پی داشت که چرا احساس خشم می‌تواند جرم ارتكابی فرد تحریک‌شده علیه تحریک‌کننده را توجیه کند، ولی سایر احساسات مشابه مانند احساس ترس، فاقد این ویژگی بوده و مرتکبی که به واسطه احساس ترس از قربانی، او را به قتل می‌رساند، به مجازات قتل عمدی محکوم می‌شود.

حتی درک معاصر از دفاع سنتی تحریک نیز رکن از دست دادن کنترل خود را سنگ بنای این دفاع نسبی می‌داند. قضات در بررسی اینکه آیا اتهام قتل عمدی به قتل غیر عمدی قابل تقلیل است یا نه، بر این رکن تکیه می‌کنند تا مشخص سازند که آیا متهم پس از برانگیختگی شدید احساسی، کنترل خود را از دست داده بوده و آیا یک فرد معقول و متعارف نیز احتمالاً کنترل خود را در شرایط مشابه از دست می‌داد؟ اما برای تصمیم‌گیری قضایی، مشکل این است که مشخص نیست در چه سطحی از برانگیختگی ناشی از احساس ترس و خشم و... آستانه خویشتن‌داری و تحمل فرد فرو می‌ریزد و کنترلش بر خود، از دست‌رفته محسوب می‌شود. به هر حال، شرط است که باید ادله‌ای وجود داشته باشد که اثبات کند فردی با جنسیت و سن متهم، با درجه متعارف و عادی تحمل و خویشتن‌داری و در شرایط متهم، ممکن است در همان

شرایط، همان واکنش یا واکنشی مشابه با متهم (معیار نوعی) را نشان دهد. قاضی باید قانع شود که ادله کافی برای طرح هر یک از دو رکن وجود محرک واجد شرایط و از دست دادن کنترل وجود داشته است. در این صورت، بر عهده دادستان است که هیئت منصفه را متقاعد کند که یک یا چند مورد از شرایط فوق وجود نداشته است.

در مجموع، حقوق کیفری به این اجماع رسیده است که وقتی فردی بر اثر رفتارهای آزاردهنده بزه دیده به شدت برانگیخته شده و به نحوی قابل درک و متعارف کنترلش را از دست می‌دهد و او را می‌کشد، سزاوار ارفاق و تخفیف است. به نظر می‌رسد بخش زیادی از ابهامات حقوقی و عملی موجود و شرایط گاه سخت استناد به این دفاع، به ماهیت دفاع از دست دادن کنترل برمی‌گردد؛ زیرا مرز باریکی بین ارتکاب قتل در وضعیت از دست دادن کنترل موجه با وضعیت‌هایی مانند انتقام خصوصی وجود دارد و حقوق کیفری بیم آن دارد که نکند با پیامدهای ناخواسته‌ای مواجه گردد. شاید به همین علت است که عمداً تصمیم‌گیری درباره بسیاری از جزئیات را به قضات و اعضای هیئت منصفه واگذار کرده تا آن‌ها با در نظر گرفتن همه واقعیت‌های پرونده که چه بسا از پرونده‌ای به پرونده دیگر منحصر به فرد باشد، اتخاذ تصمیم کنند. همچنان که گرچه در حقوق کیفری ایران برای ارتکاب قتل در وضعیت تحریک‌شدگی و از دست دادن کنترل، جز شرایط استثنایی ماده ۶۳۰، به طور مشخص دفاعی پیش‌بینی نشده است، در عمل مشروح مذاکرات برخی آرای وحدت رویهٔ اصراری هیئت عمومی دیوان عالی کشور نشان داد که گاه گفتمان قضایی، خلأ موجود در گفتمان تقنینی را تا اندازه‌ای جبران و تلاش کرده است تا با تفسیرهای کم و بیش موسعی مانند پذیرش دفاع قتل به اعتقاد مهدورالدم بودن مقتول (موضوع اشتباه موضوعی مندرج در بند ب ماده ۲۹۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و تبصره ۲ ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰)، مسئولیت مرتکب را از قتل عمدی به غیر عمدی (شبه عمدی) تقلیل دهد تا او به جای کیفر قصاص، به دیه و تعزیر محکوم شود؛ شبیه آنچه در دفاعیات از دست دادن کنترل و تحریک اتفاق می‌افتد.

## کتاب‌شناسی

۱. آقای نی، حسین، *جرایم علیه اشخاص (جنایات)*، چاپ هجدهم، تهران، میزان، ۱۳۹۹ ش.
۲. آقای نی، حسین، و فیروز محمودی جانکی (مترجمان)، *قانون جزای نمونه ایالات متحده آمریکا و یادداشت‌های توضیحی*، تهران، میزان، ۱۴۰۰ ش.
۳. اردبیلی، محمدعلی، *حقوق جزای عمومی*، چاپ بیست و چهارم، تهران، میزان، ۱۴۰۰ ش.
۴. انجمن روان‌پزشکی آمریکا، *راهنمای تشخیصی و آماری اختلال‌های روانی؛ DSM-5*، ترجمه فرزین رضاعی و همکاران، چاپ هشتم، تهران، ارجمند، ۱۴۰۰ ش.
۵. برجس، آن‌ولبرت و دیگران، *بزه‌دیده‌شناسی؛ نظریه‌ها و کاربردها*، ترجمه حمیدرضا ملک‌محمدی، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۶. پاک‌نهاد، امیر، «عذر تحریک؛ مبانی و آثار، مطالعه‌ای در حقوق ایران و انگلستان»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۵۴، بهار ۱۳۸۵ ش.
۷. پوربافرانی، حسن، و محمدجواد حیدریان دولت‌آبادی، «قتل ناشی از تحریک بزه‌دیده در الگواره حقوق کیفری ایران»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، شماره ۴۱، بهار ۱۳۹۹ ش.
۸. جوان‌جعفری، عبدالرضا، و فرهاد شاهیده، «رفتار و گفتار تحریک‌آمیز بزه‌دیده در قوانین و مقررات کیفری و رویه قضایی ایران»، *دوفصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری*، سال دهم، شماره ۵، بهار و تابستان ۱۳۹۲ ش.
۹. حبیب‌زاده، محمدجعفر، و سپیده میرمجیدی، «دفاع مشروع در پرتو سندرم زنان کتک‌خورده»، *نشریه فقه و حقوق اسلامی*، سال دوم، شماره ۴، بهار و تابستان ۱۳۹۱ ش. (الف)
۱۰. حبیب‌زاده، محمدجعفر، و سپیده میرمجیدی هسّجین، «مطالعه تطبیقی مسئولیت کاهش‌یافته در حقوق کیفری ایران و انگلستان: مفهوم، مبناها و جلوه‌ها»، *فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، سال شانزدهم، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۱ ش. (ب)
۱۱. رایجیان اصلی، مهرداد، «بزه‌دیده‌شناسی»، در: *دانشنامه سیاستگذاری حقوقی*، به کوشش لعیان جنیدی و امیرحسین نیازپور، تهران، معاونت حقوقی ریاست جمهوری، ۱۳۹۹ ش.
۱۲. رحمدل، منصور، «بررسی ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی از نظرگاه سیاست جنایی و جرم‌شناسی»، در: *زن و حقوق کیفری؛ مجموعه مقالات همایش بین‌المللی زن و حقوق کیفری*، زیر نظر نسرين مهرا، تهران، سلسیل، ۱۳۸۴ ش. صص ۱۵۹-۱۸۲
۱۳. رحیمی‌نژاد، اسمعیل، «بازتاب آموزه‌های بزه‌دیده‌شناسی علمی در سیاست جنایی تقنینی ایران»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، سال پانزدهم، شماره ۵۹، زمستان ۱۳۹۷ ش.
۱۴. سامانه ملی آرای قضایی، به نشانی <https://ara.jri.ac.ir>.
۱۵. سبزواری‌نژاد، حجت، *حقوق جزای عمومی*، چاپ دوم، تهران، جنگل، ۱۳۹۵ ش.
۱۶. سلیمی، صادق، *چکیده حقوق جزای عمومی*، تهران، تهران صدا، ۱۳۸۴ ش.
۱۷. شاهیده، فرهاد، *بزه‌دیده‌شناسی؛ نقش بزه‌دیده در ارتکاب جرم و تعیین کیفر*، تهران، مجد، ۱۳۹۳ ش.
۱۸. شیرى، عباس، «بزه‌دیده‌شناسی»، در: *دانشنامه بزه‌دیده‌شناسی و پیشگیری از جرم*، زیر نظر علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، ترجمه گروهی از اساتید حقوق کیفری و جرم‌شناسی، تهران، میزان، ۱۳۹۳ ش.
۱۹. صادقی، محمدهادی، *جرایم علیه اشخاص (صدمات جسمانی)*، چاپ بیست و دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۹ ش.
۲۰. صمدی، اشرف، «ماده ۱۷۹ قانون مجازات ایران و مقایسه آن با شق ۲ از ماده ۳۲۴ قانون مجازات

- فرانسه»، *مجله کانون وکلا*، شماره ۷۸، ۱۳۴۰ ش.
۲۱. غلامی، علی، *قتل در فرارش*، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۲۲. فرضی‌پور، حسین، مهرداد رایجیان اصلی، و شهرداد دارابی، «بزه‌دیدگی جنسی در پرتو نظریه شتاب‌دهندگی بزه‌دیده: با نمونه‌پژوهی برخی از پرونده‌های جرایم جنسی»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، سال بیستم، شماره ۴۶، شهریور ۱۴۰۰ ش.
۲۳. لقیو، واین آر.، سببیت، قتل و صدمات بدنی در نظام کیفری ایالات متحده آمریکا، ترجمه حسین آقایی‌نیا، چاپ چهارم، تهران، میزان، ۱۳۹۷ ش.
۲۴. *مذاکرات و آراء هیئت عمومی دیوان عالی کشور*، ج ۱۰، تهران، اداره وحدت رویه دیوان عالی کشور، ۱۳۸۶ ش.
۲۵. *مذاکرات و آراء هیئت عمومی دیوان عالی کشور*، ج ۷، چاپ دوم، تهران، اداره وحدت رویه دیوان عالی کشور، ۱۳۸۴ ش.
۲۶. *مذاکرات و آراء هیئت عمومی دیوان عالی کشور*، ج ۸، چاپ دوم، تهران، اداره وحدت رویه دیوان عالی کشور، ۱۳۸۵ ش.
۲۷. میرمحمدصادقی، حسین، *تحلیل مبانی حقوق جزای عمومی* (ترجمه و توضیح بخشی از کتاب درک حقوق کیفری پروفیسور کلارکسون)، چاپ دوم، تهران، جنگل، ۱۳۹۵ ش.
۲۸. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهرالکلام*، ترجمه اکبر نایب‌زاده، تهران، خرسندی، ۱۳۹۲ ش.
29. Buchhandler-Raphael, Michal, "Loss of Self-Control, Dual-Process Theories, and Provocation", *Fordham Law Review*, Vol. 88(5):1815-1874, 2020.
30. Clough, Amanda, "Battered Women: Loss of Control and Lost Opportunities", *Journal of International and Comparative Law*, Vol. 3(2):279-316, 2016.
31. Id., "Loss of Self-control as a Defence: The Key to Replacing Provocation", *Journal of Criminal Law*, Vol. 74(2):118-126, 2010.
32. Coroners and Justice Act 2009, at: <<https://www.legislation.gov.uk>>.
33. Edgely, Michelle & Elena Marchetti, "Women Who Kill Their Abusers: How Queensland's New Abusive Domestic Relationships Defence Continues to Ignore Reality", *13 Flinders Law Journal* 125: 125-176. 2011.
34. Edwards, Susan S.M., "Anger and Fear as Justifiable Preludes for Loss of Self-Control", *The Journal of Criminal Law*, Vol. 74(3):223-241, 2010.
35. Id., "Recognising the Role of the Emotion of Fear in Offences and Defences", *The Journal of Criminal Law*, Vol. 83(6):450-472, 2019.
36. Elliott, Catherine & Frances Quinn, *Criminal Law*, 10<sup>th</sup> Ed., Pearson, 2014.
37. Holton, Richard & Stephen Shute, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 27(1):49-73, 2007.
38. Litton, Paul J., "Is Psychological Research on Self-Control Relevant to Criminal Law?", *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 11(2):725-749, 2014.
39. Parsons, Simon, "The Loss of Control Defence-Fit for Purpose", *Journal of Criminal Law*, Vol. 79(2):94-101. 2015.

## چالش‌های تعقیب کیفری

### در پرتو تغییرات اشخاص حقوقی\*

- سیدسجاد کاظمی<sup>۱</sup>
- حامد چگینی<sup>۲</sup>

#### چکیده

اشخاص حقوقی محتمل است قبل و یا در فرایند دادرسی کیفری به طرق مختلف منحل شده، با سایر اشخاص حقوقی ادغام یا به شخص حقوقی دیگری تبدیل شوند. هر کدام از این تغییرات که در ساختار و ماهیت اشخاص حقوقی اتفاق می‌افتد، در فرایند دادرسی کیفری علیه این شخص از جمله نحوه احضار، تبیین اتهام، تحقیقات مقدماتی، قرارهای صادره و... تأثیر متفاوتی خواهد داشت. پژوهش حاضر با روش توصیفی تحلیلی و با به کارگیری ابزار کتابخانه‌ای، به دنبال ارزیابی این تغییرات در جریان تعقیب کیفری اشخاص حقوقی است. قانون‌گذار در مقررات فعلی تنها با تصویب ماده ۶۹۲ ق.آ.د.ک.، موضوع انحلال غیر ارادی را به صراحت تعیین تکلیف نموده و آن را حسب مورد، موجب موقوفی تعقیب یا

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۳/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۲/۲۸.

۱. استادیار گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه ملایر، ملایر، ایران (نویسنده مسئول)  
(sskazemi92@malayeru.ac.ir)

۲. دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه عدالت تهران (hch.chegini@gmail.com).

موقوفی اجرا دانسته است؛ اما در سایر حالات از جمله انحلال ارادی، ادغام و تبدیل، پیش‌بینی‌های لازم را نداشته است. در چنین مواردی، مراجع قضایی در عمل با مشکل مواجه می‌شوند که این موضوع می‌تواند نتایجی از جمله تعارض در آرای صادره، اطاله دادرسی و حتی بی‌کیفرمانی شخص حقوقی را به دنبال داشته باشد. بنابراین برای مقابله با انحلال ارادی اشخاص حقوقی، ادغام یا تبدیل توأم با سوءنیت این اشخاص لازم است که قانون‌گذار با پیش‌بینی‌های لازم، نمایندگان شخص حقوقی را از تشکیل و ثبت شخص حقوقی جدید محروم سازد و همچنین این افراد را ضمن صدور حکم محکومیت، از برخورداری نهادهای ارفاقی مثل تعلیق اجرای مجازات، تعویق صدور حکم و ... منع نماید.

**واژگان کلیدی:** شخص حقوقی، انحلال، ادغام، تبدیل، تعقیب کیفری.

## درآمد

اشخاص حقوقی مانند اشخاص حقیقی به وجود می‌آیند، زندگی می‌کنند و می‌میرند. وجود و تولد این اشخاص، تشکیل و ثبت قانونی آنهاست، و زندگی اشخاص حقوقی، فعالیت‌هایی است که برای تحقق آنها شکل گرفته است و مرگ آنها هم به شکل انحلال و بعضاً ادغام و تبدیل است.

قانون‌گذار ایران با تصویب ماده ۱۴۳ ق.م.ا. به طور صریح اقدام به پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی نمود و پس از آن با توجه به جایگاه و ماهیت این اشخاص، آیین دادرسی ویژه را تصویب کرد و مواد ۶۸۸ تا ۶۹۶ ق.آ.د.ک. مصوب ۱۳۹۲ را به دادرسی ویژه این اشخاص اختصاص داد. بنابراین امروزه این اشخاص، تابع فرایند دادرسی ویژه خود هستند (پوربافرانی و دیگران، ۱۳۹۹: ۴۸). یکی از چالش‌هایی که در دادرسی کیفری اشخاص حقوقی با آن مواجه هستیم، بحث تغییراتی است که ممکن است در ساختار شخص حقوقی در جریان دادرسی کیفری ایجاد شود؛ چرا که در خصوص این اشخاص، این احتمال وجود دارد که به دلایل گوناگون قبل از کشف جرم و یا حتی در حین دادرسی، حوادثی چون انحلال، ادغام و یا تبدیل اتفاق بیفتند؛ به نحوی که شخص حقوقی به صورت ارادی یا غیر ارادی منحل شده و یا با اشخاص حقوقی دیگر ادغام و یا تبدیل به شخص حقوقی دیگری شود. در چنین مواقعی،



تکلیف چیست؟ آیا با این تغییراتی که در ساختار این اشخاص رخ می‌دهد، اشخاص مذکور در قبال جرائم ارتکاب یافته قبلی خود قابل تعقیب خواهند بود؟ فرایند دادرسی نسبت به این اشخاص چگونه خواهد بود.

فرض کنید که شخص حقوقی مرتکب جرم شده و پس از ارتکاب جرم به هر علت منحل، ادغام و یا تبدیل به شخص حقوقی دیگر شود و پس از این تغییرات، جرائم شخص حقوقی کشف گردد؛ در چنین مواقعی برای فرایند دادرسی و کیفردهی شخص مذکور، چه اقداماتی را می‌توان متصور شد؟ یا اینکه شخص حقوقی که جرائم او در حال رسیدگی است، در حین دادرسی منحل می‌شود؛ در چنین مواقعی چه اقداماتی را می‌توان انجام داد؟ خصوصاً اینکه رسیدگی به جرائم اشخاص حقوقی با توجه به پیچیدگی‌ها و ماهیت جرایم آن‌ها معمولاً زمانی طولانی را به خود اختصاص می‌دهد که حتی ممکن است فرایند دادرسی، چندین سال طول بکشد و در طول این مدت، شخص حقوقی تغییراتی اعم از انحلال، ادغام یا تبدیل را داشته باشد. نمونه بارز آن را می‌توان پرونده مشهور خون‌های آلوده مثال زد که رسیدگی به آن، بیش از دو دهه به طول انجامید.<sup>۱</sup> در چنین حالاتی، آیا می‌توان انحلال شخص حقوقی را مشابه با فوت شخص حقیقی، یکی از عوامل سقوط دعوی یا سقوط مجازات دانست. اگر اعضای شخص حقوقی به نمایندگی شخص حقوقی مرتکب جرم شوند و پس از ارتکاب جرم، شخص حقوقی را به صورت ارادی منحل کنند، وضعیت چگونه خواهد بود؟

آنچه مسلم است، حالات فوق نیاز به تحقیق و بررسی دارد و تغییر در ساختار اشخاص حقوقی اعم از اشخاص حقوقی حقوق عمومی و اشخاص حقوقی حقوق خصوصی، به سه شکل انحلال، ادغام و تبدیل هویدا خواهد شد که در ادامه، هر یک از این اتفاقات و تأثیر آن‌ها بر جریان رسیدگی کیفری جرائم اشخاص حقوقی را مورد

۱. در دهه ۱۳۶۰، ایران برای درمان بیماران هموفیلی، اقدام به ورود خون از فرانسه کرد. پس از تزریق این خون‌ها به متقاضیان مشخص شد که خون‌های تزریقی، آلوده به ویروس ایدز بوده‌اند. چند سال بعد، بسیاری از این افراد دچار آسیب شدید شدند و بسیاری از آنان جان باختند. رسیدگی به شکایات بزه‌دیدگان این جرم، بیش از دو دهه به طول انجامید و در نهایت در سال ۱۳۸۳، شعبه ۱۰۶۰ دادگاه عمومی تهران طی دادنامه شماره ۱۴۳۴ مورخ ۱۳/۰۷/۱۳۸۳، وزارت بهداشت و سازمان انتقال خون را به پرداخت خسارت به قربانیان محکوم کرد.

بررسی قرار خواهیم داد.

در بحث پیشینه تحقیق، لازم به ذکر است که مقاله‌ای تحت عنوان «کاربست آیین دادرسی کیفری افتراقی نسبت به اشخاص حقوقی در مرحله تحقیقات مقدماتی» (مؤذن‌زادگان و دیگران، ۱۳۹۸) تألیف شده و در آن به طور کلی به مباحث افتراقی دادرسی کیفری اشخاص حقوقی از جمله فرایند احضار و تبیین اتهام و... در مرحله تحقیقات مقدماتی پرداخته شده است. مقاله‌ای نیز با عنوان «مسئولیت کیفری شرکت‌های تجاری در وضعیت‌های خاص» (شریفی، ۱۳۹۶) به چاپ رسیده است که ضمن استفاده از آن مقاله، نگارنده محترم تنها به بحث مسئولیت کیفری شرکت‌های تجاری پرداخته و در خصوص آیین دادرسی کیفری اشخاص حقوقی و تغییرات احتمالی این اشخاص در جریان دادرسی کیفری، بحثی مطرح نکرده است.

آنچه سبب ضرورت و اهمیت این تحقیق می‌شود، آن است که تا به حال هیچ تحقیقی به صورت تخصصی به بحث تغییرات اشخاص حقوقی در جریان دادرسی کیفری پرداخته است؛ تغییراتی چون انحلال، ادغام و یا تبدیل شخص حقوقی که هر کدام از آن‌ها در جریان دادرسی کیفری، مراجع قضایی را در رسیدگی، با چالش و دشواری‌هایی مواجه خواهند ساخت. در این تحقیق که به روش توصیفی - تحلیلی و با هدف کاربردی نگاشته شده است، تلاش خواهد شد برای هر یک از این چالش‌ها و دشواری‌ها راه حلی مناسب ارائه گردد. پژوهش حاضر به دنبال پاسخ‌گویی به این پرسش است که در جریان تعقیب کیفری شخص حقوقی، این شخص دچار چه تغییراتی خواسته یا ناخواسته از قبیل انحلال، ادغام و یا تبدیل می‌گردد و این تغییرات چه سرنوشتی را برای تعقیب کیفری به دنبال خواهد داشت؟ در راستای طرح مباحث و به دنبال پاسخ‌گویی به پرسش فوق، این پژوهش در سه بخش (انحلال، ادغام، تبدیل)، هر کدام از این تغییرات را مورد کنکاش قرار می‌دهد.

## ۱. انحلال شخص حقوقی

نمایندگان اشخاص حقوقی در راستای تحقق اهداف مجرمانه خود با استفاده از موقعیت اجتماعی و موجهشان، به انواع رفتارهای فریبکارانه و غیر اخلاقی که ممکن

است جرم‌انگاری نشده باشند، متوسل می‌شوند تا از این طریق بتوانند از تعقیب کیفری خلاصی یابند (مؤذن‌زادگان و دیگران، ۱۳۹۸: ۴۹). یکی از این رفتارها، انحلال شخص حقوقی پس از ارتکاب جرم است. در ترمینولوژی حقوق، انحلال<sup>۱</sup> در معنای زوال مؤسسه یا شرکت ترجمه شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱/۶۸۱). پایان حیات بسیاری از اشخاص حقوقی با انحلال واقع می‌شود که این انحلال می‌تواند به صورت اختیاری (ارادی) یا اجباری (غیر ارادی) باشد. مسلم است که شخص حقوقی با پایان حیات، شخصیت خود را از دست خواهد داد. موضوع چالش‌برانگیز زمانی است که شخص حقوقی هنگامی که شخصیت حقوقی داشته و به فعالیت تجاری می‌پردازد، مرتکب جرمی شود؛ اما هنگامی که جرم ارتکابی این شخص کشف شده و در حال تعقیب و رسیدگی است، به صورت ارادی یا غیر ارادی منحل شده باشد. در چنین حالتی، وضعیت جرم ارتکابی و شخص حقوقی مرتکب چگونه خواهد بود؟ اگر نمایندگان شخص حقوقی به اسم و در راستای منافع شخص حقوقی، دست به ارتکاب جرم بزنند و بعد از آن در جهت فرار از تعقیب و مجازات، اقدام به انحلال شخص حقوقی نمایند، شرایط چگونه خواهد بود؟ آیا می‌توان شخص حقوقی را در چنین حالتی مورد تعقیب قرار داد؟ آیا امکان طرح دعوای کیفری و دادرسی کیفری علیه چنین شخصی امکان‌پذیر است؟ در چنین حالتی، وضعیت احضار نماینده شخص حقوقی و دادرسی چگونه خواهد بود (کاظمی و چگینی، ۱۴۰۰: ۱۹۱).

در این صورت، مقام تعقیب با دو معذور روبه‌روست؛ از یکسو با این حقیقت مواجه است که شخص حقوقی، دیگر به لحاظ قانونی شخصیت حقوقی ندارد و به حیاتش خاتمه داده شده است؛ بنابراین طرح شکایت و دادرسی در خصوص چنین شخصی دشوار بوده و احیای مجدد حیات شخص حقوقی، حسب مورد نیازمند اراده شرکا یا قانون‌گذار است. از سوی دیگر، به هر روی آن شخص در زمان حیات حقوقی‌اش، مرتکب جرمی شده و باید به جرم ارتکابی رسیدگی و پاسخ مناسب داده شود. این موضوع زمانی اهمیت بیشتر می‌یابد که مقام قضایی به این موضوع پی ببرد که خاتمه دادن به

1. Dissolution.

حیات حقوقی شرکت، عامدانه و برای فرار از تعقیب و مسئولیت بوده است. هر یک از حالات را در خصوص اشخاص حقوقی مورد بررسی قرار می‌دهیم.<sup>۱</sup>

## ۱-۱. انحلال ارادی<sup>۲</sup>

انحلال اشخاص حقوقی به شکل اختیاری در مواقعی است که شرکای تجاری برای پایان یافتن فعالیت شرکت به توافق می‌رسند و با توافق خود به حیات شخص حقوقی خاتمه داده و شخص حقوقی را منحل می‌کنند. این توافق حسب مورد می‌تواند در بادی امر و در زمان تشکیل شرکت باشد یا آنکه در ادامه فعالیت شرکت به این نتیجه برسند. از موارد انحلال ارادی می‌توان به انحلالی اشاره کرد که به تشخیص مجمع عمومی فوق العاده و بنا به تصمیم آن در خصوص شرکت‌های سهامی گرفته می‌شود. به موجب بند ۴ ماده ۱۹۹ لایحه قانونی مصوب ۱۳۴۷، مجمع عمومی فوق العاده هر موقع که اراده کند، می‌تواند به تشخیص خود و به هر علتی قبل از موعد، شرکت را منحل کند و این اقدام مجمع عمومی در خصوص انحلال، نیاز به هیچ توجیهی ندارد. حفظ شرایط شخص حقوقی در زمان تعقیب کیفری به منظور انجام تحقیقات مقدماتی، کشف حقیقت، حفظ آثار و دلایل جرم و جبران ضرر و زیان بزه‌دیدگان احتمالی ضروری است. برای مثال، زمانی که یک شرکت خصوصی نسبت به اموال سپرده شده مردم با جعل نوشته‌هایی مرتکب خیانت در امانت شود، با احضار متهم و کشف جرم از جانب کنشگران نظام قضایی، این شخص حقوقی در صدد اخفای ادله و آثار جرم و تغییر وضعیت شرکت به حالت معمول خواهد بود (جان‌نثار کهنه شهری، ۱۳۹۵: ۱۱۱). در چنین وضعیتی معمولاً مسئولان شرکت برای جلوگیری از دسترسی به اسناد مثبت واهی بودن ادعای آن‌ها و در نتیجه فرار از تعقیب، به دنبال برهم زدن وضعیت شرکت از طرق مختلفی چون انحلال هستند (مصدق، ۱۳۹۵: ۶۷).

۱. ماده ۹۳ ق.ت.: «شرکت سهامی در موارد ذیل منحل می‌شود: ۱- وقتی که شرکت مقصودی را که برای آن تشکیل شده بود، انجام داده یا انجام آن غیر ممکن شده باشد. ۲- وقتی که شرکت برای مدت معینی تشکیل، و مدت منقضی شده باشد. ۳- در صورتی که شرکت ورشکست شود. ۴- در صورت تصمیم مجمع عمومی».

2. Dissolution volontaire.

چنانچه ذکر شد، امکان اینکه نمایندگان اشخاص حقوقی مرتکب جرم شوند و با انگیزه‌های مختلف به صورت ارادی قبل یا در جریان دادرسی کیفری، اقدام به انحلال شخص حقوقی نمایند، قابل تصور است. در چنین حالتی، در دادرسی کیفری با مشکلاتی مواجه خواهیم شد؛ چرا که با شخص حقوقی ای مواجه هستیم که به طریق انحلال، به حیات آن خاتمه داده شده است و در حال حاضر، فاقد شخصیت حقوقی است. بنابراین در اقداماتی چون احضار، ابلاغ، تفهیم اتهام و... با چالش و خلأ قانونی مواجهیم و از طرفی، این شخص در دوره فعالیت خود با نقض قانون، مرتکب رفتار مجرمانه شده است و باید در مقابل جرائم ارتكابی پاسخگو باشد.

با جستجو در قانون آیین دادرسی کیفری به ویژه بخش مربوط به دادرسی اشخاص حقوقی پی می‌بریم که قانون‌گذار اساساً برای این فرض و همچنین وضعیت خاص اشخاص حقوقی مثل شرکت‌های تجاری در مراحل انحلال و بحث رسیدگی به جرائم شخص حقوقی منحل شده، حکمی را مقرر نکرده است و این موضوع از جمله چالش‌هایی است که ضرورت دارد قانون‌گذار به تفصیل به آن پردازد (قدسی، ۱۳۹۹: ۲۳۴)؛ چرا که حکم عام پیش‌بینی شده در ماده ۶۹۶<sup>۱</sup> نیز راهگشا نخواهد بود؛ چون انحلال، خاص اشخاص حقوقی بوده و نمی‌توان نظیری برای آن در اشخاص حقیقی یافت. بر این اساس باید با توسل به قواعد عمومی حقوق کیفری و دادرسی کیفری به این سؤال پاسخ داد.

عدالت اقتضا دارد که رفتار بزهکارانه هیچ مرتکب برخوردار از مسئولیت کیفری بی‌پاسخ نماند؛ به ویژه اشخاص حقوقی که با هدف کسب درآمد و سود مرتکب جرم می‌شوند (Fieberg, 1999: 97). دامنه عواقب و عوارض جرائم ارتكابی اشخاص حقوقی در مقایسه با اشخاص حقیقی بسیار گسترده است و حتی ممکن است به فروپاشی نظام سلامت و اقتصاد یک کشور نیز منجر شود (Price & Norris, 2009: 59). در این راستا، چنین شخص حقوقی که زمانی مرتکب جرم شده و در حال حاضر به ظاهر شخصیت

۱. ماده ۶۹۶ ق.آ.د.ک.: «در مواردی که مقررات ویژه‌ای برای دادرسی جرایم اشخاص حقوقی مقرر نشده است، مطابق مقررات عمومی آیین دادرسی کیفری که در مورد این اشخاص قابل اجراست، اقدام می‌شود».

حقوقی ندارد، باید پاسخ‌گوی جرم ارتکابی در زمان حیات خود باشد؛ خواه خاتمه شخصیت حقوقی این شخص، عامدانه و برای فرار از مسئولیت باشد یا آنکه شرکا یا مجمع عمومی اساساً از ارتکاب جرم بی‌خبر باشند.

بدیهی است که در فرض انحلال شخص حقوقی پس از ارتکاب جرم، مقام تعقیب با چالش‌هایی روبه‌روست. مطابق با قانون آیین دادرسی کیفری در خصوص احضار شخص حقوقی به عنوان متهم، با توجه به اینکه انتساب مسئولیت کیفری به شخص حقوقی دارای شرایط خاصی است، بنابراین رویه قضایی به نحوی است که برای مسئول قلمداد کردن شخص حقوقی، تنها شخص حقیقی فعال در کسوت نمایندگی که غالباً مدیر شخص حقوقی یا از مقامات بالای شخص حقوقی است، در برابر مراجع کیفری پاسخ‌گو می‌باشد. بر این اساس، نماینده شخص حقوقی باید در مراجع قضایی حضور یابد و به عنوان نماینده قانونی متهم، تحت بازجویی و تحقیق قرار گیرد. بنابراین نحوه احضار و انجام تحقیقات از شخص حقوقی به عنوان متهم در ماده ۶۸۸ ق.آ.د.ک. بیان شده است:

«هر گاه دلیل کافی برای اتهام به شخص حقوقی وجود داشته باشد، علاوه بر احضار شخص حقیقی که اتهام متوجه او می‌باشد، با رعایت مقررات مربوط به احضار، به شخص حقوقی اخطار می‌شود تا مطابق مقررات نماینده قانونی یا وکیل خود را معرفی نماید. عدم معرفی وکیل یا نماینده مانع رسیدگی نیست.»

با توجه به مطالب فوق، چنانچه مقام تعقیب بخواهد در گام نخست نسبت به احضار شخص حقوقی - منحل‌شده - اقدام کند، عملاً شخص حقوقی، دیگر وجود خارجی ندارد تا بتوان وی را از طریق نماینده قانونی یا وکیل او احضار کرد. علاوه بر آن در احضار نماینده باید نماینده‌ای احضار شود که مرتبط با اتهام انتسابی است (Emmanuel, 2003: 29). بدیهی است که با ناممکن شدن احضار شخص حقوقی از طریق وکیل یا نماینده قانونی، عملاً موضوعات دیگر مانند تبیین اتهام (ماده ۶۸۹ ق.آ.د.ک.) و صدور قرار تأمین (ماده ۶۹۰ ق.آ.د.ک.) بی‌معنا خواهند شد؛ چرا که تبیین اتهام باید نسبت به نماینده قانونی شخص حقوقی انجام شود که در حالت انحلال، دیگر شخصیتی از شخص حقوقی باقی نمانده تا بتوانیم نماینده قانونی‌اش را احضار و تبیین

اتهام نماییم (کاظمی، ۱۳۹۸: ۱۹۶). در تأیید این نظر می‌توان به دادنامه صادره از شعبه یک دادگاه تجدیدنظر استان تهران اشاره کرد که با توجه به استقلال شخصیتِ شخص حقوقی از نمایندگان آن، رسیدگی مشروط به طرح دعوی علیه شخص حقوقی شده است (دادنامه شماره ۱۰۱۵۸۱/۲۲۰۲۲۰۹۹۷۰۹۲، مورخ ۱۳/۱۱/۱۳۹۲). همچنین صدور قرارهای تأمین کیفری ویژه اشخاص حقوقی موضوع ماده ۶۹۰ ق.آ.د.ک. نیز پس از انحلال در مورد اشخاص حقوقی قابل اجرا نخواهد بود؛ به دلیل آنکه قانون‌گذار در ماده مذکور صرفاً دو قرار ممنوعیت از یک یا چند فعالیت شغلی و ممنوعیت تغییر ارادی را برای اشخاص حقوقی مقرر کرده است و سایر قرارهای تأمین کیفری مثل اخذ وثیقه و... در مورد اشخاص حقوقی قابل اجرا نخواهند بود (پورقاسم و بشیریه، ۱۳۹۸: ۱۴۰). در خصوص قرار تأمین کیفری بند الف ماده ۶۹۰ باید اشعار داشت که شخص حقوقی پس از انحلال، دیگر فعالیتی ندارد که بتوان شخص حقوقی را از انجام آن ممنوع کرد. علاوه بر آن، قانون‌گذار در خصوص این نوع از قرار تأمین کیفری، هیچ ضمانت اجرایی را در نظر نگرفته و مشخص نکرده است که در صورت صدور قرار ممنوعیت از یک یا چند فعالیت شغلی، اگر شخص حقوقی اقدام به انجام آن فعالیت نماید، چه ضمانت اجرایی قابل اجرا خواهد بود. در خصوص قرار بند ب ماده ۶۹۰ ق.آ.د.ک. نیز با توجه به اینکه این قرار منع تغییر ارادی در شخص حقوقی است و قبل از صدور قرار تأمین کیفری، تغییر در شخص حقوقی رخ داده است، این قرار تأمین کیفری نیز در خصوص شخص حقوقی منحل شده قابل اعمال نخواهد بود. بنابراین قرارهای مذکور پس از انحلال، در خصوص شخص حقوقی قابلیت اجرا نخواهند داشت (عابدی، ۱۳۹۸: ۴۸۴). نکته قابل ذکر این است که مطابق با نظر مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه، چنانچه مقام تعقیب برابر بند ب ماده ۶۹۰ ق.آ.د.ک.، قرار منع تغییر ارادی در وضعیت شخص حقوقی را صادر کرده باشد و شرکت به رغم قرار فوق به صورت ارادی منحل شود، اثری بر این انحلال مترتب نیست؛ در نتیجه شرکت قابل تعقیب است (نظریه مشورتی شماره ۷/۱۴۰۰/۱۷۳، مورخ ۱۷/۰۸/۱۴۰۰). هرچند قانون‌گذار ایران نیز می‌توانست در اعمال قرارهای تأمین کیفری نسبت به اشخاص حقوقی به تأسی از قانون‌گذار فرانسه، مصادیق بهتری از جمله تودیع وثیقه را در نظر بگیرد (تدین، ۱۳۹۴: ۴۲۳). بنابراین در این

حالت، ما با نقص و خلأ قانونی مواجهیم و نیاز است که قانون‌گذار با درک خلأ قانونی فعلی، احکام ویژه‌ای را در این خصوص تدوین کند؛ مانند آنکه در این فرض، شخصیت حقوقی منحل شده را مجدداً با حکم مرجع قضایی صالح، احیاء و وی را پاسخ‌گویی جرائم ارتكابی در زمان حیات خود کند. افزون بر آن، برای اشخاص حقیقی که توأم با سوءنیت، شخص حقوقی را منحل کرده‌اند، مجازات مستقلی مقرر دارد و وی را از برخی نهادهای ارفاقی ماهوی و شکلی همچون تعلیق اجرای مجازات یا تعلیق تعقیب محروم سازد. علت ارائه این پیشنهاد و تأکید بر ایجاد مقررات ویژه و جداگانه آن است که قانون‌گذار در مواردی، به انگیزه خود برای جلوگیری از فرار شخص حقوقی از مسئولیت علاقه نشان داده است؛ برای نمونه، قانون‌گذار در بند ب ماده ۶۹۰ ق.آ.د.ک. در مقام تعیین قرارهای تأمین کیفری اشخاص حقوقی، یکی از این موارد را منع تغییر ارادی در وضعیت شخص حقوقی قرار داده و برای تخلف از آن، ضمانت اجرا تعیین کرده است.<sup>۱</sup> ممکن است گفته شود که احیای مجدد شخص حقوقی، بی‌فایده است؛ چون بسیاری از مجازات‌های ویژه اشخاص حقوقی مانند ممنوعیت از برخی فعالیت‌های شغلی یا ممنوعیت از صدور برخی اسناد تجاری و انحلال، کارکرد خود را از دست خواهند داد و مجازات‌هایی چون مصادره اموال و جزای نقدی نیز به دلایلی چون تقسیم اموال شخص حقوقی در اثر انحلال ارادی، عملاً امکان‌پذیر نیستند. در پاسخ می‌توان بیان داشت که هرچند پس از احیای مجدد شخص حقوقی، بعضی مجازات‌ها مانند ممنوعیت از برخی فعالیت‌های شغلی یا ممنوعیت از اصدار برخی اسناد تجاری و یا انحلال، قابلیت اجرایی خود را از دست می‌دهند، اما با اعمال مجازات‌هایی چون انتشار حکم محکومیت به عنوان یک مجازات تزدیلی می‌توان در شناسایی نمایندگان شخص حقوقی به جامعه کمک نمود، به نحوی که این

۱. ماده ۶۹۰ ق.آ.د.ک.: «در صورت وجود دلیل کافی دایر بر توجه اتهام به شخص حقوقی و در صورت اقتضاء، منحصراً صدور قرارهای تأمینی زیر امکان‌پذیر است... الف- قرار ممنوعیت انجام بعضی از فعالیت‌های شغلی که زمینه ارتكاب مجدد جرم را فراهم می‌کند. ب- قرار منع تغییر ارادی در وضعیت شخص حقوقی از قبیل انحلال، ادغام و تبدیل که باعث دگرگونی یا از دست دادن شخصیت حقوقی آن شود. تخلف از این ممنوعیت موجب یک یا دو نوع از مجازات‌های تزییری درجه هفت یا هشت برای مرتکب است.»



مجازات سبب سلب اعتماد مردم از نمایندگان قانونی آن شخص حقوقی خواهد شد و چنانچه این افراد بخواهند شخص حقوقی جدیدی را در آینده به وجود آورند، جامعه به این افراد اعتمادی نداشته و سرمایه خود را در اختیار آن‌ها قرار نخواهد داد. علاوه بر این، دادگاه می‌تواند ضمن صدور حکم احیای مجدد شخص حقوقی، برخی اقدامات یا معاملاتی را که با سوءنیت سبب فروش یا تقسیم اموال شخص حقوقی شده است، با استناد به قواعد حقوق مدنی از قبیل دارا شدن غیر عادلانه یا معامله به قصد فرار از دین (ماده ۲۱۸ ق.م.) باطل اعلام نموده و آن اموال را مجدداً به شخص حقوقی برگرداند.

در واقع همان گونه که قانون‌گذار در قراردادهای تأمین کیفری ویژه این اشخاص برای تخلف از منع تغییر شخصیت حقوقی شرکت، مجازات تعزیری در نظر گرفته و عملاً تصمیم تغییر شخصیت را ملغی‌الاثراً دانسته است، باید در خصوص فرض انحلال شرکت به ویژه در صورت برخورداری شرکا از سوءنیت نیز حکم مشابهی پیش‌بینی کند.

در چارچوب واقعیت‌های قانونی نظام حقوقی فعلی می‌توان گفت در صورتی که قانون‌گذار اقدام به تدوین و تصویب مقررات اصلاحی در این زمینه ننماید، رویه قضایی ناچار خواهد بود از تعقیب کیفری شخص حقوقی منصرف شود؛ با این استدلال که به لحاظ قانونی، این شخص دیگر وجود خارجی ندارد. در واقع همان اراده‌ای که این شخص حقوقی را زمانی به وجود آورده است، همان اراده نیز زمانی تصمیم به انحلال آن گرفته است؛ فارغ از آنکه این اراده با سوءنیت همراه بوده و برای گریز از تعقیب کیفری به این امر اقدام کرده است یا خیر. بر این اساس، مقام قضایی تنها مجاز خواهد بود که به جرائم ارتكابی شخص حقیقی مسئول رسیدگی کند؛ همان شخص حقیقی که در مقام نمایندگی شخص حقوقی، به نام یا در راستای منافع شخص حقوقی اقدام به ارتكاب جرم کرده است. ناگفته پیداست که پذیرش این رویه و عدم تعقیب شخص حقوقی انحلال‌یافته تا چه میزان می‌تواند راه فرار از تعقیب را فراروی اشخاص حقوقی متخلف و بزهدار نهاده و حقوق جامعه و زیان‌دیدگان مستقیم از رفتارهای مجرمانه این اشخاص را در معرض خطر قرار دهد.

در نظام کیفری فرانسه، قانون‌گذار در خصوص انحلال اشخاص حقوقی رویه خاصی را پیش‌بینی نموده است؛ به طوری که اگر جرم شخص حقوقی پس از انحلال

کشف شود، با عنایت به اینکه انحلال، مقدمه ورود شخص حقوقی به مرحله تصفیه محسوب می‌شود و با توجه به اینکه انحلال تا قبل از تصفیه شخصیت، شخص حقوقی را زایل نخواهد کرد، بنابراین شخص حقوقی تا قبل از خاتمه تصفیه قابل تعقیب است و حتی جرائم مرتبط با امر تصفیه از سوی نماینده قانونی شخص حقوقی، به حساب شخص حقوقی گذاشته خواهد شد. دیوان عالی کشور فرانسه در یکی از آرای خود، شخصیت حقوقی شرکت را مستتب از مواد ۱۳۱ تا ۱۳۳ مجموعه قوانین نوین فرانسه (۱۹۹۲ - اصلاحی ۲۰۰۲) تا پایان مدت تصفیه، پابرجا تلقی کرده است. بنابراین انحلال شخص حقوقی تا قبل از انجام مرحله تصفیه، موجبی برای موقوفی تعقیب نیست (شریفی، ۱۳۹۵: ۸۶). قانون‌گذار ایران در قوانین فعلی در خصوص قابل تعقیب بودن شخص حقوقی منحل شده یا در حال تصفیه، پیش‌بینی خاصی را به عمل نیاورده است. اما در ماده ۲۰۸ لایحه قانونی تجارت مصوب ۱۳۴۷، شخصیت شخص حقوقی را تا خاتمه امر تصفیه جهت انجام امور مربوط به تصفیه باقی دانسته و به صراحت در ماده ۲۱۲ لایحه مذکور، از مدیران امر تصفیه با عنوان نماینده شخص حقوقی نام برده است. بنابراین می‌توان قائل به این نظر بود که چنانچه مدیران شخص حقوقی در مدت تصفیه، به نام و یا در راستای منافع شخص حقوقی مرتکب جرمی شوند، شخص حقوقی قابل تعقیب کیفری خواهد بود. در چنین حالتی در بحث احضار نماینده قانونی و تبیین اتهام نیز باید مدیر تصفیه به عنوان نماینده شخص حقوقی احضار شده و اتهام به وی تبیین گردد. در تأیید این نظر می‌توان به دادنامه صادره از شعبه ۲۲۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران اشاره کرد که در آن مدیران تصفیه، نماینده شخص حقوقی محسوب شده و شخصیت شخص حقوقی مادام که امر تصفیه خاتمه نیافته است، به قوت خود باقی دانسته شده است (دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۴۰۰۵۷۹، مورخ ۱۳۹۲/۰۵/۱۶).

نکته قابل توجه این است که در خصوص اشخاص حقوقی حقوق عمومی اعم از دولتی و غیر دولتی، امکان انحلال ارادی از طریق اعضا یا نمایندگان شخص حقوقی بعید به نظر می‌رسد؛ چون تشکیل و نحوه اداره این اشخاص به موجب قوانین عمومی است و وظایفی هم که بر عهده دارند، در قلمرو حقوق عمومی می‌باشد. بنابراین با توجه به اینکه تشکیل این اشخاص از طریق مجاری چون قانون مجلس، حکم قانون و

آرای دادگاه‌های صالح می‌باشد و بیش از ۵۰ درصد سهام و سرمایه آن‌ها متعلق به دولت یا نهادهای عمومی است (ماده ۳ قانون مدیریت خدمات کشوری)، امکان انحلال ارادی این اشخاص توسط نمایندگان و اعضای آن‌ها متصور نیست (چگینی، ۱۳۹۹: ۱۹). بنابراین با توجه به ماهیت انحلال ارادی می‌توان گفت که این نوع از انحلال تنها در خصوص اشخاص حقوقی حقوق خصوصی قابل تصور است.

در پایان این بحث، ذکر این نکته ضروری است که در مقابله با انحلال ارادی اشخاص حقوقی می‌توان این راهکارها را ارائه نمود که قانون‌گذار می‌تواند با پیش‌بینی‌های لازم، نمایندگان شخص حقوقی را که به سوءنیت، مرتکب انحلال شخص حقوقی شده‌اند، از تشکیل و ثبت شخص حقوقی جدید محروم سازد و همچنین این افراد را ضمن صدور حکم محکومیت، از برخورداری نهادهای ارفاقی مثل تعلیق اجرای مجازات، تعویق صدور حکم و... منع نماید.

## ۲-۱. انحلال غیر ارادی<sup>۱</sup>

انحلال غیر ارادی زمانی محقق می‌شود که حکم انحلال از سوی یک مرجع صالح همچون دادگاه صادر شود. انحلال غیر ارادی گاه به عنوان یک مجازات ناشی از ارتکاب جرم به عنوان شدیدترین مجازات به شخص حقوقی تحمیل می‌شود، مانند زمانی که شخص حقوقی برای ارتکاب جرم به وجود آمده و یا با انصراف از هدف مشروع نخستین، فعالیت خود را منحصراً در جهت ارتکاب جرم تغییر داده است؛<sup>۲</sup> و گاه در اجرای قوانین خاص اشخاص حقوقی است که این مورد به تناسب در قانون تجارت مورد تأکید قرار گرفته است (محمدی، ۱۳۹۷: ۸۳). برای نمونه، هر زمان که شرکت ورشکسته شود و حکم ورشکستگی آن صادر گردد، شخص حقوقی منحل خواهد شد (لایحه قانونی ۱۳۴۷، ماده ۱۹۹، بند ۳). این نوع از انحلال غیر ارادی تنها موردی است که در آن برای انحلال شرکت، حکم دادگاه ضرورت ندارد؛ یعنی همین که

1. Dissolution involontaire.

۲. ماده ۲۲ ق.م.ا.:. «انحلال شخص حقوقی و مصادره اموال آن، زمانی اعمال می‌شود که برای ارتکاب جرم به وجود آمده، یا با انحراف از هدف مشروع نخستین، فعالیت خود را منحصراً در جهت ارتکاب جرم تغییر داده باشد».

حکم ورشکستگی شرکت صادر گردد، شرکت منحل شده و باید اقدامات لازم در خصوص تصفیه انجام شود. از دیگر نمونه‌های انحلال غیر ارادی اشخاص حقوقی می‌توان عدم دعوت از مجمع عمومی توسط مدیران،<sup>۱</sup> از بین رفتن نصف سرمایه شرکت و تقاضای انحلال از سوی یکی از شرکا<sup>۲</sup> و تقاضای انحلال از سوی یکی از شرکای شرکت تضامنی<sup>۳</sup> را نام برد. انحلال غیر ارادی در خصوص کلیه اشخاص حقوقی اعم از اشخاص حقوقی عمومی و اشخاص حقوقی خصوصی امکان‌پذیر است (اسکینی، ۱۳۹۸: ۲/۲۳۱).

در انحلال غیر ارادی، شرکا و اعضای شخص حقوقی دارای سوءنیت نبوده و به دلایلی خارج از اراده و قدرت آن‌ها، شخص حقوقی منحل می‌شود. بنابراین چنانچه شخص حقوقی در فرایند دادرسی کیفری به صورت غیر ارادی منحل شود، وضعیت تعقیب و تحقیق و دادرسی آن، متفاوت با حالت انحلال ارادی است. قانون‌گذار در ماده ۶۹۲، حکم مربوط به انحلال غیر ارادی را مشخص کرده، اظهار می‌دارد:

«در صورت انحلال غیر ارادی شخص حقوقی، حسب مورد قرار موقوفی تعقیب یا موقوفی اجرا صادر می‌شود. مقررات مربوط به قرار موقوفی، تابع مقررات آیین دادرسی کیفری است. در مورد دیه و خسارت ناشی از جرم، وفق مقررات مربوط اقدام می‌شود.»

قانون‌گذار با تصویب این ماده قصد داشته بین انحلال ارادی و غیر ارادی شخص حقوقی تفاوت قائل شود. لیکن به نظر می‌رسد مفاد این ماده به رغم تعیین تکلیف شخص حقوقی که به صورت غیر ارادی منحل شده، خالی از ایراد نیست. فرض کنید که اعضای یک شرکت تضامنی، به نام و در راستای منافع آن، مرتکب جرم

۱. ماده ۵۹ ق.ت.ت.: «هر گاه مدیران شرکت بر خلاف ماده فوق [ماده ۵۸] مجمع عمومی را دعوت نکردند و یا مجمعی که دعوت می‌شود، نتواند مطابق مقررات قانونی منعقد گردد، هر ذی‌حقی می‌تواند انحلال شرکت را از محاکم صالحه بخواهد.»

۲. ماده ۱۱۴ ق.ت.ت.: «در صورتی که به واسطه ضررهای وارده، نصف سرمایه شرکت از بین رفته و یکی از شرکا تقاضای انحلال کرده و محکمه دلایل او را موجه دیده و سایر شرکا حاضر نباشند سهمی را که در صورت انحلال به او تعلق می‌گیرد، پرداخته و او را از شرکت خارج کنند.»

۳. ماده ۱۳۶ ق.ت.ت.: «در صورتی که یکی از شرکا به دلایلی انحلال شرکت را از محکمه تقاضا نماید و محکمه آن دلایل را موجه دانسته و حکم به انحلال بدهد.»

کلاهبرداری شده<sup>۱</sup> و پس از ارتکاب جرم، یکی از اعضای شرکت در اجرای بند ج ماده ۱۳۶ ق.ت. از دادگاه تقاضای انحلال شرکت را نموده و دادگاه نیز اقدام به صدور حکم انحلال نماید، در چنین حالتی آیا می‌توان قائل به موقوفی تعقیب شخص حقوقی بود؟ چگونه ممکن است شرکتی تضامنی را - که مرتکب کلاهبرداری شده و پیش از اثبات این جرم، یکی از شرکا از دادگاه تقاضای انحلال کرده - معاف از تعقیب کیفری بدانیم یا به تعبیر ماده ۶۹۲ در مورد وی قرار موقوفی تعقیب صادر کنیم؟ به نظر می‌رسد در این فرض به رغم حکم به انحلال از سوی دادگاه به استناد درخواست یکی از شرکا، مسئولیت کیفری شرکت و به تبع آن تعقیب کیفری باید به قوت خود باقی باشد (میرمحمدصادقی و گرایی، ۱۳۹۳: ۴۶).

علاوه بر موارد مذکور، انحلال اشخاص حقوقی چه به صورت ارادی و چه غیر ارادی، در فرایند ابلاغ نیز ممکن است مراجع قضایی را با چالش‌ها و ایرادات اساسی مواجه کند. در خصوص ابلاغ، مطابق ماده ۱۷۷ ق.آ.د.ک. اشخاص حقوقی از نظر ابلاغ احضاریه و سایر اوراق قضایی، تابع مقررات آ.د.م. هستند. چالشی که در این قسمت به ذهن متبادر می‌گردد این است که چنانچه شخص حقوقی مرتکب جرم گردد و پس از ارتکاب جرم منحل شود و آنگاه جرائم ارتکاب یافته کشف شوند، تکلیف چیست و ابلاغ اوراق قضایی چگونه خواهد بود؟ در پاسخ شاید بتوان گفت که طبق قانون، اوراق به آخرین آدرس اعلام شده در محل ثبت شرکت‌ها ارسال می‌شود. اما این پاسخ نیز منطقی به نظر نمی‌رسد؛ چون با انحلال شخص حقوقی، اموال و دارایی‌های آن بین شرکا یا سایر افراد ذی‌نفع تقسیم شده و نام شخص حقوقی نیز از لیست اشخاص حقوقی ثبت شده در اداره ثبت شرکت‌ها خارج می‌شود و عملاً امکان ابلاغ و احضار شخص حقوقی یا نماینده آن وجود نخواهد داشت. حتی اگر با تمام این مباحث، قائل به ابلاغ به آخرین محل اقامتگاه معرفی شده شخص حقوقی در اداره ثبت شرکت‌ها باشیم، این

۱. ماده ۱۴۳ ق.م.ا.: «در مسئولیت کیفری، اصل بر مسئولیت شخص حقیقی است و شخص حقوقی در صورتی دارای مسئولیت کیفری است که نماینده قانونی شخص حقوقی به نام یا در راستای منافع آن مرتکب جرمی شود. مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، مانع مسئولیت اشخاص حقیقی مرتکب جرم نیست.»

اقدام نیز آثار منفی چون عدم اطلاع شخص حقوقی از موعد دادرسی و رسیدگی غیابی، وخواهی و... و در نهایت اطاله دادرسی را در پی خواهد داشت.

در مقررات فرانسه، مستتبط از مواد ۱۳۱ تا ۱۳۳ مجموعه قوانین نوین فرانسه (اصلاحی ۲۰۰۲)، اگر جرم شخص حقوقی پس از انحلال کشف شود، با توجه به اینکه انحلال تا قبل از تصفیه، شخصیت شخص حقوقی را زائل نخواهد کرد، چنین به نظر می‌رسد که اوراق قضایی نیز تا قبل از خاتمه تصفیه، به مدیر تصفیه شخص حقوقی ابلاغ خواهد شد (جعفری و دیگران، ۱۳۹۹: ۶۶). در قانون ایران نیز با توجه به مواد ۲۰۸ و ۲۱۲ لایحه قانونی تجارت مصوب ۱۳۴۷ که پیش از این توضیح داده شد، ابلاغ باید به مدیران امر تصفیه که به عنوان نماینده شخص حقوقی محسوب می‌شوند، انجام گیرد. نکته قابل ذکر در این خصوص، وضعیت ابلاغ به شخص حقوقی پس از تصفیه است که به نظر می‌رسد با توجه به اینکه می‌توان انحلال -بعد از تصفیه- را برای اشخاص حقوقی، معادل فوت برای اشخاص حقیقی دانست، بنابراین بعد از انحلال شخص حقوقی و انجام تصفیه به دلیل از بین رفتن شخص حقوقی و زائل شدن شخصیت آن، امکان ابلاغ به این اشخاص وجود نخواهد داشت.

نکته پایانی در خصوص انحلال اعم از ارادی و غیر ارادی، موضوع صدور قرارهای تأمین کیفری و قرار تأمین خواسته نسبت به اشخاص حقوقی منحل شده است. در این خصوص، همان طور که در مباحث پیشین ذکر شد، با توجه به ماهیت قرارهای تأمین کیفری پیش‌بینی شده برای اشخاص حقوقی (قرار منع تغییر ارادی و ممنوعیت از یک یا چند فعالیت شغلی)، امکان اعمال این قرارها در خصوص شخص حقوقی منحل شده وجود ندارد. اما در بحث صدور قرار تأمین خواسته موضوع ماده ۶۹۱ ق.آ.د.ک. بحث متفاوت است و حالت‌های مختلفی قابل تصور است؛ اگر شخص حقوقی در حال تصفیه باشد و به عنوان یک شخص حقوقی در حال انحلال محسوب شود، طوری که مرحله تصفیه به پایان نرسیده باشد، نسبت به اموال و دارایی او می‌توان اقدام به صدور قرار تأمین خواسته نمود؛ چون هنوز اموال به طور کامل بین شرکا یا سهامداران تقسیم نشده و شخص حقوقی دارای اموال است. لیکن اگر شخص حقوقی منحل شده و مرحله تصفیه نیز به پایان رسیده باشد، به دلیل عدم اموال و دارایی و یا تقسیم

اموال شخص حقوقی بین شرکا، امکان صدور قرار تأمین خواسته بعید به نظر می‌رسد. حتی اگر چنین قراری صادر بشود، به دلایل ذکرشده فوق قابلیت اجرا نخواهد داشت.

## ۲. ادغام شخص حقوقی

فرض دیگری که شبیه به انحلال بوده، وضعیت ادغام<sup>۱</sup> شخص حقوقی است. ادغام دو یا چند شخص حقوقی هنگامی ایجاد می‌شود که یک شخص حقوقی، شخص حقوقی دیگری را در خود حل می‌کند یا آنکه دو یا چند شخص حقوقی در یکدیگر حل شده و شخص حقوقی جدیدی از آن‌ها به وجود آید (جعفری و دیگران، ۱۳۹۹: ۷۱).

ادغام اشخاص حقوقی خصوصاً اشخاصی چون شرکت‌های تجاری، یکی از پدیده‌های شایع در عرصه تجارت در عصر حاضر به شمار می‌آید (رضوی و دیگران، ۱۳۹۸: ۶). اشخاص حقوقی با استفاده از راهبردهایی چون ادغام، در مقابل تهدیدات محیط رقابتی ایستادگی می‌کنند و با این کار در جهت رشد و توسعه و پیشرفت خود اقدام می‌کنند. ادغام اشخاص حقوقی در جهت دستیابی به اهداف مختلفی چون صرفه‌جویی، افزایش سهم، دستیابی به قدرت بازار، کاهش هزینه‌های مالی، کسب سود بیشتر و... توسط نمایندگان شخص حقوقی انجام می‌گیرد (جهانخانی و دیگران، ۱۳۸۵: ۴۷).

ادغام اشخاص حقوقی در جریان دادرسی کیفری در دو حالت قابل تصور است؛ حالت اول زمانی است که شخص حقوقی مرتکب جرم شده و در خلال دادرسی کیفری با شخص حقوقی دیگر ادغام می‌شود و حالت دیگر زمانی است که شخص حقوقی مرتکب جرم شده، لیکن قبل از کشف جرم یا پیش از هر گونه اقامه شکایت علیه آن، با شخص حقوقی دیگر ادغام می‌شود. در این حالت، وضعیت دادرسی کیفری چگونه خواهد بود؟ آیا اقداماتی از قبیل احضار یا تفهیم اتهام و صدور قرارهای تأمین کیفری باید نسبت به نماینده شخص حقوقی سابق صورت پذیرد و یا اینکه با توجه به اینکه با ادغام، شخصیت حقوقی شخص حقوقی زائل شده و از بین رفته، چنین اقداماتی را باید نسبت به شخص حقوقی که کنترل شخص حقوقی ادغام شده را بر عهده گرفته

1. Merge.

است، انجام داد.

همان گونه که ذکر شد، در تعریف ادغام بیان شده که ادغام یا ترکیب تجاری، به این معناست که کنترل یک یا چند شرکت تجاری، تحت سیطرهٔ یک شرکت تجاری درمی‌آید. در این راستا، شرکت‌ها به دو طریق کنترل شرکت یا شرکت‌های دیگر را به دست می‌گیرند؛ طریق اول کنترل بدون محو شخصیت حقوقی آن‌ها، و شیوه دیگر کنترل شرکت و یا شرکت‌های سهامی دیگر با محو شخصیت حقوقی آن‌هاست. بر این اساس می‌توان از دو گونهٔ ادغام سخن به میان آورد: ادغام عملی و ادغام قانونی (ادغام واقعی) (شریفی، ۱۳۹۶: ۱۵۳).

## ۱-۲. ادغام عملی

ادغام عملی به عنوان روش نخست ادغام، به سه شیوه تحقق یافته و به توسعهٔ شرکت‌های تجاری می‌انجامد: طریق نخست، خرید سهام یا سهم‌الشرکهٔ شرکت‌های دیگر است؛ به این نحو که شرکت ادغام‌کننده بدون واسطه اقدام به خرید سهام یا سهم‌الشرکه از سهامداران و یا دارندگان سهم‌الشرکهٔ شرکت یا شرکت‌های دیگر می‌کند. شیوه دیگر، معاوضهٔ سهام در شرکت‌های سهامی است؛ به این ترتیب که یکی از شرکت‌های سهامی، کل سهام یک یا چند گروه از سهامداران شرکت‌های سهامی دیگر را از مجرای قراردادی به نام معاوضهٔ سهام تحصیل می‌کند. طریق سوم، تحصیل کل یا بخش وسیعی از دارایی شرکت یا شرکت‌هایی توسط شرکت دیگر، متعاقب تصمیم هیئت مدیره و تأیید اکثریت شرکای آن‌هاست.

در هر سه حالت از روش‌های مذکور، شخصیت حقوقی شرکت‌ها پس از انعقاد عقد باقی است. بنابراین در ادغام عملی، نه شخصیت حقوقی جدیدی پا به عرصهٔ وجود می‌گذارد و نه یک یا چند شخصیت حقوقی موضوع ادغام، در شخصیت حقوقی دیگر جذب می‌شوند. بر این اساس، حقوق و تعهدات مالی و قراردادی هیچ کدام به دیگری منتقل نمی‌شود. در این راستا می‌توان وضعیت مسئولیت کیفری هریک از این شرکت‌ها را نیز تعیین کرد. در واقع به رغم عدم اتخاذ موضعی صریح در این حالت از سوی قانون مجازات اسلامی، می‌توان گفت که بنا بر اصل شخصی بودن



مسئولیت کیفری، هر یک از شخصیت‌های طرف قرارداد، به تنهایی بار مسئولیت جرائم ارتکاب یافته از سوی نمایندگان قانونی خود را به دوش کشیده و در قبال رفتار مجرمانه شخص یا اشخاص حقوقی دیگر پاسخگو نخواهد بود. اگر وضعیت به نحوی باشد که پس از ارتکاب جرم و بدون تحقق ادغام عملی، کلیه مدیران شرکت تغییر کنند و یا کلیه سهام یا سهم‌الشرکه اعضا به اشخاص جدید منتقل شود، به جهت بقای شخصیت حقوقی شرکت، مسئولیت کیفری او پابرجاست و در معرض مجازات قرار می‌گیرد (اشتیاق، ۱۳۸۷: ۲۴۲). بنابراین چنانچه بخواهیم علیه شخص حقوقی، شکایت کیفری داشته باشیم، باید علیه همان شخص حقوقی سابق که مرتکب جرم شده، طرح دعوی نموده و اقدام به احضار نماینده قانونی شخص حقوقی مذکور نماییم؛ ضمناً سایر مراحل دادرسی مثل ابلاغ، تبیین اتهام، صدور قرارهای تأمین کیفری، تأمین خواسته و در نهایت صدور و اجرای حکم محکومیت نیز باید نسبت به شخص حقوقی سابق انجام شود. بنابراین در این نوع از ادغام، ادغام شخص حقوقی قاعدتاً نباید مانعی برای قابل تعقیب بودن اشخاص حقوقی محسوب شود.

## ۲-۲. ادغام قانونی یا واقعی

در این نوع از ادغام، شخصیت حقوقی شرکت یا شرکت‌های ادغام‌شونده زائل شده و مجذوب شرکت ادغام‌کننده یا شرکت جدید می‌شوند. بر این اساس می‌توان گفت که ادغام قانونی یا واقعی، قراردادی میان دو یا چند شرکت تجاری است که به موجب آن، شخصیت حقوقی یک یا چند یا همه شرکت‌های طرف قرارداد محو، و متعاقب آن کلیه حقوق و تعهدات شرکت یا شرکت‌های محوشونده همزمان با انعقاد قرارداد به یکی از آن‌ها و یا به شرکت جدید منتقل می‌شود و سهام‌داران و صاحبان سهم‌الشرکه شرکت یا شرکت‌های محوشونده، مالک عوض مشخص شده در قرارداد می‌گردند (شریفی، ۱۳۹۶: ۱۵۵). به دیگر سخن، در این فرض از ادغام می‌توان به ترکیب و تلفیق دو شرکت تجاری با هدف خلق شخصیت حقوقی جدید یا سیطره یکی بر دیگری با امحای موجودیت او معنا کرد.

بر این اساس در حقوق تجارت، ادغام را به «ادغام ساده یا یک‌جانبه» و «ادغام

ترکیبی یا دو یا چندجانبه» تقسیم می‌کنند.

ادغام ساده یک عملیات تجاری است که در آن، یک یا چند شرکت سهامی بدون طی نمودن فرایند تصفیه، در یک شرکت دیگر ادغام می‌شوند و به سهامداران شرکت ادغام شده، سهام عام اختصاص داده می‌شود (Edward, 1999: 95). به عبارت دیگر، ادغام ساده نوعی از ادغام است که از رهگذر جذب یک یا چند شرکت با محو شخصیت حقوقی آن‌ها به عنوان شرکت یا شرکت‌های ادغام‌شونده، در شرکت موجود با حفظ شخصیت حقوقی به عنوان شرکت پذیرنده ادغام انجام می‌شود (صقری، ۱۳۹۰: ۹۳). در این نوع از ادغام، شرکت جدیدی ایجاد نمی‌شود و در عوض، کلیه شرکت‌های طرف قرارداد، استقلال قبلی خود را از دست می‌دهند.

ادغام ترکیبی آن است که دو یا چند شرکت تجاری با یکدیگر ادغام می‌شوند، به طوری که شخصیت حقوقی هر دو طرف قرارداد از بین رفته و از ترکیب آن‌ها، شرکت تجاری جدیدی با شخصیت حقوقی جدید ایجاد می‌شود و در نتیجه ادغام، کلیه حقوق و تعهدات، دارایی، دیون و مطالبات شرکت یا شرکت‌های موضوع ادغام به شرکت جدید منتقل می‌شود که در ماده ۱۰۵ قانون برنامه پنجم توسعه کشور، از ادغام مزبور به عنوان ادغام دو یا چندجانبه تعبیر شده است.

در حقوق ایران و به طور خاص قانون تجارت، به این قسم از ادغام و فروض آن اشاره‌ای نشده است؛ اما در مقررات دیگر از جمله ماده ۵۸ قانون تأسیس بیمه مرکزی ایران و بیمه‌گری مصوب ۱۳۵۰/۴/۸ درباره این نوع ادغام سخن به میان آمده است. به علاوه در ماده ۱۰۵ قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۹<sup>۲</sup> از عبارت «ادغام یک‌جانبه» استفاده شده است. بر این اساس، فارغ از باقی ماندن شخصیت حقوقی شرکت پذیرنده، انتقال کلیه

۱. ماده ۵۸ قانون تأسیس بیمه مرکزی: «یک یا چند مؤسسه بیمه می‌توانند... در یک مؤسسه بیمه دیگر ادغام شوند».

۲. ماده ۱۰۵ قانون برنامه پنجم توسعه: «الف- ادغام شرکت‌های تجاری، مادامی که موجب ایجاد تمرکز و بروز قدرت انحصاری نشود، به شکل یک‌جانبه (بقاء یکی از شرکت‌ها - شرکت پذیرنده) و ادغام دو یا چندجانبه (محو شخصیت حقوقی شرکت‌های ادغام‌شونده و ایجاد شخصیت حقوقی جدید - شرکت جدید)، در چارچوب اساسنامه آن شرکت در سایر شرکت‌های تجاری موضوع ادغام، مجاز است...».

حقوق و تعهدات، دارایی، دیون و مطالبات شرکت یا شرکت‌های موضوع اقدام به شرکت پذیرنده و محور شخصیت حقوقی شرکت ادغام‌شونده از حیث قائم‌مقامی، از دیگر آثار ادغام و از جمله وجوه متمایز آن از سایر نهادهای مشابه است. در نتیجه به لحاظ حقوقی، شرکت ادغام‌کننده جانشین شرکت یا شرکت‌های ادغام‌شونده می‌شود و از این پس، کلیه دعاوی له و علیه شرکت یا شرکت‌های ادغام‌شونده از سوی شرکت ادغام‌کننده طرح و به ظرفیت آن قابل اقامه خواهد بود.

در این راستا، ماده ۲۰ لایحه قانونی ادغام اداره امور بانک‌ها مصوب ۱۳۵۸<sup>۱</sup> و تبصره ۱ ماده واحده لایحه قانونی ادغام شرکت‌های ملی ذوب آهن ایران و شرکت ملی صنایع فولاد ایران و تشکیل شرکت ملی فولاد ایران مصوب ۱۳۵۸<sup>۲</sup> به صراحت شرکت‌های ادغام‌کننده را جانشین شرکت‌های ادغام‌شونده اعلام نموده‌اند (شریفی، ۱۳۹۶: ۱۵۶).

علی‌رغم تصریح مقررات قانونی در خصوص تأثیر ادغام واقعی از جمله ادغام یک‌جانبه بر مسئولیت مدنی شرکت‌های طرف قرارداد، در قانون مجازات اسلامی و قانون آیین دادرسی کیفری، هیچ حکمی در این خصوص مقرر نشده و متأسفانه قانون‌گذار ایران در قوانین کیفری به مانند بسیاری از فروع مسئولیت کیفری و آیین دادرسی کیفری اشخاص حقوقی، در این مورد نیز دوراندیشی و پیش‌بینی لازم را نداشته است. حال این سکوت را چگونه باید تفسیر کرد؟ فرض کنید که شرکت الف در شرکت ب ادغام شده و پس از ادغام، جرائمی از شخص حقوقی الف کشف می‌شود که با استناد به ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی، مجازات آن جرائم انحلال است. در چنین حالتی تکلیف چیست؟ آیا می‌توان به جرائم آن شرکت رسیدگی، و در خصوص آن حکم محکومیت صادر کرد؟ با توجه به اینکه صدور حکم انحلال، ویژه جرائم خاصی بوده و صرفاً زمانی قابل صدور است که شخص حقوقی برای ارتکاب جرم

۱. ماده ۲۰ قانون ادغام اداره امور بانک‌ها: «کلیه دارایی‌ها و بدهی‌های بانک‌های ادغام‌شده در یک گروه، جزء دارایی و بدهی مشترک بانک مزبور محسوب می‌شود و بانک مذکور در مقابل اشخاص ثالث از هر جهت قائم‌مقام بانک‌های ادغام‌شده می‌باشد».

۲. تبصره ۱ ماده واحده لایحه قانونی ادغام شرکت‌های ملی ذوب آهن...: «کلیه سرمایه و اموال و تأسیسات و دارایی و دیون و تعهدات هر دو شرکت، به شرکت جدید منتقل می‌شود...».

به وجود آمده، یا با انحراف از هدف مشروع نخستین، فعالیت خود را منحصرأً به ارتکاب جرم اختصاص داده باشد و دادگاه ناچار باشد که حکم به انحلال شخص حقوقی مجرم صادر نماید، نحوه اجرای حکم چگونه خواهد بود؟ چرا که شخص حقوقی مذکور، شخصیتی ندارد که بتوان علیه آن اقامه دعوی نمود و حکم انحلال درباره اش صادر کرد و از طرف دیگر، نوع جرم ارتكابی به نحوی است که صرفاً مجازات انحلال در مورد آن قابل اعمال است. در چنین حالتی آیا می‌توان با این توجیه که شرکت الف که مرتکب جرم شده، در حال حاضر، بخشی از ساختار شرکت ب را تشکیل می‌دهد، حکم به انحلال شرکت ب صادر نمود؟ (پوربافرانی و سیفی، ۱۳۹۴: ۱۱۷).

شاید در این فرض بتوان به قاعده قائم‌مقامی اتکا کرد و شرکت ادغام‌کننده را در برابر جرمی که پیش از ادغام توسط شرکت یا شرکت‌های ادغام‌شونده ارتکاب یافته، مسئول تلقی کرد و مورد تعقیب و مجازات قرار داد. این عقیده در نظام کیفری بعضی از کشورها مانند کانادا اعمال می‌شود (Clough, 2004: 91). راهکار دیگر می‌تواند چنین باشد که قاعده قائم‌مقامی را منحصر به تعهدات و مسئولیت‌های مدنی نمایم و به مسئولیت کیفری که بر پایه اصل شخصی بودن استوار است، تسری ندهیم. این روش نیز در نظام کیفری بعضی از کشورها مانند استرالیا ملاک عمل قرار گرفته است (شریفی، ۱۳۹۶: ۱۵۹). اداره کل حقوقی قوه قضاییه نیز طی یک نظر مشورتی در خصوص ادغام شخص حقوقی مقرر داشته است:

«... کلیه حقوق و تعهدات شرکت ادغام‌شونده، به شرکت پذیرنده ادغام منتقل می‌شود و شرکت پذیرنده ادغام، قائم‌مقام شرکت ادغام‌شونده می‌شود...» (نظر مشورتی شماره ۷/۹۹/۱۲۸۴، مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۰۷).

آنچه واضح است، انفعال قانون‌گذار در این مورد، موضع دادگاه‌ها را با چالش روبه‌رو ساخته و موجبات صدور آرای متفاوت و متعارض را پیش می‌آورد.

از یکسو برخی نویسندگان بیان می‌کنند که رویکرد اخیر که قائل به عدم مسئولیت شخص حقوقی ادغام‌کننده است، به دلیل همسویی با اصول حقوق کیفری و انطباق با شرایط تحقق مسئولیت کیفری قابل قبول‌تر است؛ چرا که به واسطه ادغام، شرکت یا شرکت‌های پذیرنده ادغام منحل می‌شوند و به دلیل از دست دادن شخصیت حقوقی

خود، که رخدادی همتراز با از دست رفتن شخصیت حقوقی اشخاص حقیقی به واسطه مرگ آنهاست، دعوای کیفری نسبت به آنها ساقط می‌شود. افزون بر آن، انتقال این مسئولیت به شرکت ادغام‌کننده که از شخصیتی مستقل برخوردار بوده و در تحقق جرم پیش از ادغام، مداخله‌ای نداشته است، موجه نیست (شریفی، ۱۳۹۳: ۱۲۳).

اما از سوی دیگر و بنا به رویکرد جلوگیری از بی‌کیفرمانی و فرار از تعقیب اشخاص حقوقی مرتکب جرم می‌توان گفت که هرچند این مقررات بیشتر ناظر به تعهدات و مسئولیت‌های مالی و تجاری شرکت‌های بازرگانی است، لیکن به نظر می‌رسد که مقام تعقیب در صورت مواجهه با فرضی که یک شرکت تجاری پس از ارتکاب جرم در شرکتی دیگر ادغام شده باشد، چاره‌ای جز طرح دعوای کیفری علیه شرکت ادغام‌کننده و احضار نماینده قانونی وی و تبیین اتهام ندارد. در این راستا بیان شده که ممکن است به رویکرد نخست - که قائل به عدم مسئولیت کیفری شرکت ادغام‌کننده است - این ایراد وارد باشد که این راهبرد در عمل، موجبات سوءاستفاده اشخاص حقوقی و انگیزه آن‌ها برای ارتکاب جرم به بهانه و در پوشش ادغام خواهد بود، لیکن برای جلوگیری از چنین نتیجه نامطلوبی نمی‌توان اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری را نقض کرد و اسباب سقوط تعقیب کیفری و مجازات را نادیده گرفت.

برای جلوگیری از چنین تالی فاسدی، راه حل منطقی آن است که قانون‌گذار از جمله شرایط ادغام شرکت‌های تجاری را عدم ارتکاب جرم یا شرط اعاده حیثیت یا شمول مرور زمان در فرض ارتکاب جرم قرار دهد. همچنین محتمل است که مدتی بعد از انجام ادغام متعاقباً جرم ارتكابی قبلی شرکت کشف گردد. حال اگر با وجود چنین شرطی، ادغامی صورت گرفت، ابطال آن و بازگشت شخصیت حقوقی به شرکت یا شرکت‌های متهم به ارتکاب جرم برای پذیرش مسئولیت کیفری و تعقیب جزایی ضروری خواهد بود. اگرچه برخی اصول حاکم بر مسئولیت کیفری و مجازات مانند اصل شخصی بودن مجازات‌ها، موانعی را بر سر راه تعقیب کیفری شرکت ادغام‌کننده ایجاد می‌نمایند، اما می‌توان گفت که شرکت ادغام‌کننده اگر با علم یا حتی ظن به مجرمیت شرکت یا شرکت‌های ادغام‌شونده با آن‌ها پیمان منعقد نموده و اقدام به جذبشان کند، مسئولیت کیفری و قابلیت تعقیب دارد، ولی با عدم آگاهی نسبت به این

موضوع و به واسطه فقدان سوء نیت، مسئولیتی متوجه این شرکت نخواهد بود. آنچه استدلال فوق را تقویت می‌نماید اینکه شرکتی که مبادرت به ادغام کرده است، نمی‌تواند از بار مسئولیت حقوقی و اداری و تعهدات خود نسبت به اشخاص ثالث و همچنین کارکنان خود و حتی دولت و جامعه، شانه خالی نماید. به عبارت دیگر نمی‌توان و نباید به اشخاص حقوقی این فرصت و امکان سوءاستفاده را داد که با ادغام و یا حتی انحلال و...، موجبات فرار خود را از مسئولیت‌های حقوقی و کیفری فراهم نمایند. بنابراین شرکتی که با علم و اطلاع از اقدامات مجرمانه شرکت ادغام‌شده، موافقت می‌نماید که با این شرکت ادغام گردد، باید پذیرای اقدامات و اعمال قبلی این شرکت اعم از حقوقی یا کیفری نیز باشد. لذا می‌توان گفت که اگر جرم پیش از ادغام توسط شرکت ادغام‌کننده واقع شده باشد، به واسطه عدم تأثیر این واقعه بر شخصیت حقوقی این شرکت، تعقیب آن با مانعی روبه‌رو نخواهد بود. همچنین اگر جرم قبل از ادغام با تبانی شرکت ادغام‌کننده ارتکاب یافته باشد، این امر مانع از تحمیل مسئولیت کیفری بر این شخص حقوقی نخواهد بود (همو، ۱۳۹۶: ۱۶۰).

### ۳. تبدیل

تبدیل شرکت اصطلاحاً به این معناست که شرکت بدون اینکه منحل شود، اقدام به تغییر شکل قانونی خود به شکل دیگر نماید. بنابراین تغییر در قانون تجارت به معنای تغییر شرکت از شکلی به شکل دیگر است (سماواتی، ۱۳۹۷: ۱۸۴). تبدیل شخص حقوقی، ناظر به فرضی است که بدون حذف شخصیت حقوقی قبلی و ایجاد شخصیت حقوقی جدید برای آن، شخص حقوقی در قالبی نو و جدید ادامه فعالیت می‌دهد. تبدیل شرکت به معنای تغییر شکل آن است و تغییر شکل شرکت موجب نمی‌شود که شخصیت حقوقی آن زائل و دوباره ایجاد شود. در نتیجه، دارایی شرکت به شکل قدیم، به شرکت به شکل جدید منتقل نمی‌شود، چون در چنین حالتی، انتقال دارایی از شخصی به شخص دیگر مصداق ندارد؛ برای نمونه شرکت سهامی خاص با حفظ شخصیت حقوقی خود به شرکت سهامی عام تبدیل شود (ماده ۲۷۸ ق.ت). یا آنکه شرکتی تضامنی به شرکت سهامی عام یا خاص تبدیل شود. در این دو فرض و حد فاصل ادغام

و تبدیل، اگر جرمی ارتکاب یابد، آیا می‌توان قائل به تعقیب کیفری شرکت در مرحله پیش از ادغام و تبدیل شد؟ متأسفانه در نظام حقوقی ایران، پاسخی به این سؤال داده نشده است.

در خصوص تبدیل شرکت با توجه به نظر حقوق دانان مبنی بر عدم تغییر تعهدات شرکت پس از تبدیل، می‌توان گفت که شخصیت حقوقی تبدیل یافته همچنان از قابلیت تعقیب کیفری برخوردار است. بنابراین شخص حقوقی که پس از طی تشریفات و فرایند قانونی لازم، تبدیل شده تلقی می‌گردد، در خصوص جرائم ارتكابی شرکت قبل از تبدیل نیز مسئولیت خواهد داشت و قابل تعقیب کیفری است (موسوی مجاب، ۱۳۹۴: ۱۶۳). بنابراین برای دادرسی کیفری باید اقداماتی چون احضار نماینده شخص حقوقی، تبیین اتهام و... نسبت به شخص حقوقی تبدیل شده انجام شود. همچنین اقداماتی چون صدور قرارهای تأمین کیفری نسبت به شخص حقوقی تبدیل شده انجام خواهد شد. لازم به ذکر است که در حالت تبدیل شخص حقوقی، صدور قرار تأمین خواسته نیز باید نسبت به شخص حقوقی تبدیل شده انجام گیرد. البته در این خصوص باید بین تأمین خواسته نسبت به اموال اشخاص حقوقی حقوق خصوصی و اشخاص حقوقی حقوق عمومی تفکیک قائل شویم؛ به دلیل اینکه مطابق با قوانین فعلی در خصوص بعضی اشخاص حقوقی حقوق عمومی مانند شهرداری‌ها، تا قبل از قطعیت حکم دادگاه نمی‌توان اقدام به توقیف یا تأمین اموال این اشخاص نمود.<sup>۱</sup> حتی اگر دادگاه بخواهد حکم محکومیت نیز صادر نماید، شخص حقوقی محکوم، شخص حقوقی تبدیل شده خواهد بود؛ چون با تبدیل، شخصیت حقوقی شرکت از بین نرفته، بلکه شرکت با حفظ شخصیت حقوقی خود در یک قالب جدید به فعالیت خود ادامه می‌دهد.

علاوه بر مطالب ذکر شده، اشخاص حقوقی ممکن است در جریان رسیدگی کیفری تغییرات دیگری چون تغییر در نماینده قانونی، تغییر مدیرعامل، افزایش سرمایه، تعلیق یا معلق شدن فعالیت‌های تجاری و... را در پی داشته باشند که در خصوص این تغییرات

۱. قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیر منقول شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۱/۰۲/۰۴ و قانون نحوه پرداخت محکوم به دولت و عدم تأمین و توقیف اموال دولتی مصوب ۱۳۶۵/۰۸/۱۵.

به نظر می‌رسد چون هیچ کدام از موارد مذکور، سبب تغییر در ساختار، ماهیت و شخصیت شخص حقوقی نمی‌شوند، بنابراین چنین تغییراتی نمی‌توانند مانعی برای تعقیب و رسیدگی به جرائم ارتكابی شخص حقوقی به شمار آیند.

### نتیجه‌گیری

شخص حقوقی در طول دوره فعالیت خود به دلیل ماهیت اعتباری که دارد، ممکن است تغییرات فراوانی را به خود ببیند. این تغییرات و اتفاقات می‌توانند ماهیت ارادی یا قهری داشته باشند؛ از انحلال بنا بر تصمیم شرکا یا با تصویب قانون گرفته تا ادغام و تبدیل. اما آنچه این تغییرات را چالش‌زا می‌کند، بروز این تغییرات در جریان تعقیب کیفری شخص حقوقی است. با پذیرش مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، بسیار محتمل است با وقوع جرمی که منتسب به شخص حقوقی است و آغاز تعقیب کیفری این شخص -در کنار شخص حقیقی مرتکب-، تشکیل دهندگان و یا سهام‌داران شخص حقوقی، مبادرت به انحلال این شخص کرده یا آن را با شرکت دیگری ادغام و یا حتی به شخص حقوقی دیگری تبدیل نمایند. این تغییرات ممکن است حتی با سوءنیت قبلی بوده و با هدف به انحراف کشاندن جریان تعقیب کیفری انجام گرفته باشد. متأسفانه در قانون آیین دادرسی کیفری، مقررات جامعی در رابطه با تغییرات اشخاص حقوقی در جریان دعوای عمومی (تعقیب کیفری) پیش‌بینی نشده است و لذا این موضوع می‌تواند موجبات سوءاستفاده و سنگ‌اندازی در جریان عدالت کیفری را فراهم آورده و کنشگران دستگاه عدالت کیفری را با ابهام و چالش مواجه سازد. لذا تدوین و تصریح مقرراتی در این زمینه از نظر شکلی، در اصلاحات بعدی قانون اجتناب‌ناپذیر به نظر می‌رسد.

در شرایط فعلی در خصوص انحلال، هرچند از مفهوم مخالف ماده ۶۹۲ قانون آیین دادرسی کیفری می‌توان نتیجه گرفت که انحلال ارادی از موجبات سقوط دعوی محسوب نمی‌شود، لیکن پیشنهاد می‌گردد که قانون‌گذار این اختیار را برای مراجع قضایی پیش‌بینی کند تا مراجع قضایی مختار باشند شخصیت حقوقی منحل شده را مجدداً احیا نموده و وی را تحت تعقیب کیفری قرار دهند. افزون بر آن، برای اشخاص





لیکن به نظر می‌رسد با توجه به اینکه تبدیل شخص حقوقی به معنای تغییر شکل آن است و در این تغییر، شخصیت شخص حقوقی از بین نمی‌رود تا به واسطه تبدیل، شخصیت جدیدی پیدا نماید، بنابراین تبدیل شخص حقوقی نمی‌تواند مانعی برای تعقیب کیفری محسوب شود و شخصیت حقوقی تبدیل یافته، همچنان از قابلیت تعقیب کیفری برخوردار است.

## کتاب‌شناسی

۱. اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت شرکت‌های تجاری، چاپ بیست و ششم، تهران، سمت، ۱۳۹۸ ش.
۲. اشتیاق، وحید، «مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در لایحه قانون مجازات اسلامی»، مجله پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، شماره ۱۳، بهار و تابستان ۱۳۸۷ ش.
۳. پوربافرانی، حسن، اصغر احمدی، و جواد پولادی، «چالش‌های اعمال قواعد تعدد جرم نسبت به اشخاص حقوقی»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتاد و چهارم، شماره ۱۱۱، پاییز ۱۳۹۹ ش.
۴. پوربافرانی، حسن، و مهدیه سیفی، «گونه‌شناسی مجازات شخص حقوقی»، دوفصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری، سال دوازدهم، شماره ۹، بهار و تابستان ۱۳۹۴ ش.
۵. پورقاسم، علی، و تهمورث بشیریه، «قراره‌های تأمین کیفری اشخاص حقوقی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره ۴۶، زمستان ۱۳۹۸ ش.
۶. تدین، عباس، قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه، چاپ سوم، تهران، خرسندی، ۱۳۹۴ ش.
۷. جان‌نثار کهنه شهری، علی، بررسی نوآوری‌های قرارهای تأمین کیفری و نظارت قضایی در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تبریز، ۱۳۹۵ ش.
۸. جعفری، فریدون، حامد چگینی، و سیدسجاد کاظمی، «رویکرد انتقادی به تعقیب و تحقیق جرائم اشخاص حقوقی در قلمرو قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲»، فصلنامه تعالی حقوق، سال یازدهم شماره ۳، پاییز ۱۳۹۹ ش.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مسعود درترمبولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲ ش.
۱۰. جهانخانی، علی، علی ثقفی، و اصغر عارفی، «مبانی تئوریک و کاربردی تصاحب و ادغام شرکت‌ها»، مجله تحقیقات مالی، سال هشتم، شماره ۲۱، بهار و تابستان ۱۳۸۵ ش.
۱۱. چگینی، حامد، رسیدگی به جرائم اشخاص حقوقی در نظام کیفری ایران، رساله دکتری دانشگاه عدالت، ۱۳۹۹ ش.
۱۲. رضوی، سیدعلی، سیدمحمد رضوی، و محمدرضا پاسبان، «ماهیت حقوقی ادغام شرکت‌های تجاری؛ مطالعه تطبیقی در فقه امامیه، حقوق ایران و مصر»، دوفصلنامه آموزه‌های فقه مدنی، سال یازدهم، شماره ۱۹، بهار و تابستان ۱۳۹۸ ش.
۱۳. سماواتی، حشمت‌الله، درآمدی بر جرائم شرکت‌های تجاری در حقوق ایران، تهران، خط سوم، ۱۳۹۷ ش.
۱۴. شریفی، محسن، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق ایران و انگلستان، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۹۳ ش.
۱۵. همو، «مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در نظام کیفری ایران و فرانسه»، دوفصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره‌های ۷۵-۷۶، پاییز و زمستان ۱۳۹۵ ش.
۱۶. همو، «مسئولیت کیفری شرکت‌های تجاری در وضعیت‌های خاص (قبل از ثبت، پس از ادغام و در حال تصفیه)»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال ششم، شماره ۲۰، پاییز ۱۳۹۶ ش.
۱۷. صقری، محمد، حقوق بازرگانی شرکت‌ها: تأسیس، تبدیل، ادغام، انحلال، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰ ش.
۱۸. عابدی، احمدرضا، آیین دادرسی کیفری، تهران، مرکز آموزش قوه قضاییه، ۱۳۹۸ ش.
۱۹. قدسی، سیدابراهیم، و حسین فاضلی هریکندی، «چالش‌های تحقیقات مقدماتی جرائم اشخاص حقوقی»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتاد و چهارم، شماره ۱۱۱، پاییز ۱۳۹۹ ش.

۲۰. کاظمی، سیدسجاد، *آیین دادرسی کیفری*، تهران، مجد، ۱۳۹۸ ش.
۲۱. کاظمی، سیدسجاد، و حامد چگینی، «چالش‌های احقاق حق بزه‌دیدگان جرایم اشخاص حقوقی»، *فصلنامه مطالعات حقوق بشر اسلامی*، سال دهم، شماره ۲ (پیاپی ۲۱)، تابستان ۱۴۰۰ ش.
۲۲. محمدی، ناصر، *رسیدگی کیفری افتراقی به اتهام شخص حقوقی*، تهران، ترخون، ۱۳۹۷ ش.
۲۳. مصدق، محمد، *قراره‌های تأمین کیفری، نظارت قضایی و قرارهای نهایی*، چاپ دوم، تهران، جنگل، ۱۳۹۵ ش.
۲۴. مؤذن‌زادگان، حسنعلی، بهروز بیگی‌زاده، و غلامحسین کوشکی، «کاربست آیین دادرسی کیفری افتراقی نسبت به اشخاص حقوقی در مرحله تحقیقات مقدماتی»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال هشتم، شماره ۲۹، زمستان ۱۳۹۸ ش.
۲۵. موسوی مجاب، سیددُرید، و علی رفیع‌زاده، «دامنه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال چهارم، شماره ۱۳، زمستان ۱۳۹۴ ش.
۲۶. میرمحمدصادقی، حسین، و محمدباقر گرایلی، «تحلیل فعالیت شرکت‌های هرمی از منظر حقوق کیفری اختصاصی و مقایسه آن با بازاریابی شبکه‌ای»، *دوفصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری*، سال یازدهم، شماره ۷، بهار و تابستان ۱۳۹۳ ش.
27. Clough, Jonathan A., *The Prosecution of Corporation*, PhD Thesis, Monash University, 2004.
28. Edward, Vanessa, *EC Company Law*, 1<sup>st</sup> Ed., New York, Clarendon Press, Oxford University Press, 1999.
29. Emmanuel, Roger-France, "Comment prévenir le risque pénal dans l'entreprise?", *Accountancy & Tax*, 2003.
30. Fieberg, Gerhard, "National Developments in Germany: An Overview", in: Albin Eser & Günter Heine & Barbara Huber (Eds.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, International Colloquium Berlin, May 4-6, 1999.
31. Price, Merlyn & Donna M. Norris, "White Collar Crime: Corporate and Securities and commodity fraud", *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, Online, Vol. 37(4), 2009, Retrieved in: 22/3/2012, in: <<http://www.jaap.org>>.

# افزایش جمعیت از رهگذر مداخلات کیفری؛

## نگاهی به فرایند تصویب و چالش‌های اجرای

### قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت\*

□ محمدباقر مقدسی<sup>۱</sup>

□ مهرانگیز روستائی<sup>۲</sup>

#### چکیده

نگرانی سیاست‌گذاران در دو دهه اخیر نسبت به کاهش رشد جمعیت کشور، موجب شد که طرح و سیاست‌های متعددی جهت تغییر این روند پیشنهاد گردد. قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت (۱۴۰۰) بیانگر آخرین اراده قانون‌گذار جهت تغییر این روند است. این قانون در کنار تدابیر حمایتی و تشویقی، ممنوعیت‌ها و محدودیت‌های مختلفی در زمینه غربالگری، ارائه وسایل پیشگیری از بارداری، عقیم‌سازی و سقط جنین قانونی در نظر گرفته است. در کنار این موارد، همانند اغلب قوانین خاص، استفاده از تدابیر کیفری نیز مدنظر قانون‌گذار بوده و تلاش شده است از طریق آن، هدف اصلی تدوین‌کنندگان قانون یعنی افزایش جمعیت محقق شود. با این حال، مداخلات کیفری قانون‌گذار از جهات مختلف محل ایراد است. این ایرادها را می‌توان در یک تقسیم‌بندی، متوجه سیر

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۰/۱۸ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۲/۲۸.

۱. استادیار حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه بجنورد (نویسنده مسئول) (mbmoghadasi@ub.ac.ir).

۲. استادیار حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه ملایر (m.roustaie@gmail.com).

تصویب قانون و مشکلات اجرایی آن دانست. جرم‌انگاری با مشارکت حداقلی نمایندگان و وضع قانون از مسیر اضطراری اصل ۸۵ قانون اساسی، عدم توجه به قوانین پیشین که نتیجه آن تورم قوانین کیفری است، رجوع به در دسترس‌ترین ابزار یعنی مجازات و پیشتازی در کیفرگرایی در فقدان مطالعه تطبیقی تدابیر غیر کیفری، به سیر تصویب قانون برمی‌گردد. از سوی دیگر، ابهام در نوع ضمانت اجراها از جمله استفاده از واژگان تفسیربردار مانند «عمده»، «گسترده»، «وسیع»، «عوامل مؤثر»، «چرخه تجارت» و ذکر درجه مجازات بدون تعیین نوع مجازات به هر درجه و نیز دشواری اجرای مجازات نسبت به اشخاص حقوقی، از مهم‌ترین ایرادهایی است که در مرحله اجرا، قانون را با چالش مواجه خواهد کرد. این مقاله با رویکرد توصیفی - تحلیلی تلاش دارد مهم‌ترین چالش‌ها و ایرادهای مداخلات کیفری این قانون در مرحله تقنین و اجرا را شناسایی و معرفی نماید.

**واژگان کلیدی:** جرم‌انگاری، قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت، سقط جنین، افزایش جمعیت.

### مقدمه

از ابتدای دهه ۱۳۹۰ شمسی و به دنبال ارائه آمارهای مختلف در زمینه کاهش رشد جمعیت و حرکت هرم جمعیتی به سمت سالمندی، مقام‌های مختلف نسبت به ضرورت تغییر در سیاست‌های جمعیتی اظهار نظر کرده‌اند (فولادی، ۱۳۹۸: ۴۵). تدوین و ابلاغ سیاست‌های کلی جمعیت در سال ۱۳۹۳ را که به منظور جبران کاهش نرخ رشد جمعیت و باروری صورت گرفت، نیز می‌توان در همین راستا ارزیابی کرد. در کنار این برنامه‌ها، سیاست‌گذاران تلاش کرده‌اند از طریق سیاست‌های تشویقی، زمینه افزایش جمعیت را فراهم آورند. افزایش مدت مرخصی زایمان از ۶ ماه به ۹ ماه، اعطای مرخصی تشویقی به پدران در ازای تولد هر فرزند، تأمین و پرداخت هزینه‌های ناشی از افزایش مدت مرخصی به سازمان تأمین اجتماعی، بخشی از اقداماتی است که در راستای این امر صورت گرفته است. در کنار این مصوبات تلاش شد از طریق تصویب قانون خاص، دامنه راهکارهای تشویقی و حمایتی گسترش یابد. از این رو در سال ۱۳۹۲، «طرح جامع جمعیت و تعالی خانواده» به مجلس شورای اسلامی ارائه گردید. هرچند در مجالس مختلف، اقداماتی جهت تصویب این طرح صورت گرفت، ولی به دلایل متعدد تصویب نگردید.

در مجلس یازدهم، بار دیگر طرح جدیدی با عنوان «طرح جوانی جمعیت و تعالی خانواده» از سوی تعدادی از نمایندگان، تقدیم مجلس شد. هرچند در نسخه اولیه این طرح، تمرکز بر افزایش و توسعه تدابیر تشویقی و حمایتی از قبیل افزایش سنوات مجاز تحصیلی بانوانی که در دوران دانشجویی وضع حمل می‌کنند، افزایش سالیانه کمک هزینه اولاد، اعطای وام قرض‌الحسنه و کمک بلاعوض مالی بود،<sup>۱</sup> ولی در ادامه، مباحث دیگری مانند محدودیت در غربالگری، ممنوعیت ارائه رایگان وسایل پیشگیری از بارداری و مانند آن نیز به متن طرح اضافه گردید. این در حالی است که افزایش جمعیت و فرزندآوری ذاتاً مقوله‌ای دستوری و قهری نیست و بیش از آنکه نیازمند ابزارهای واکنشی باشد، مقوله‌ای چندوجهی و مستلزم اقتناع، فرهنگ‌سازی، بهبود وضعیت اقتصادی خانواده‌ها، ارتقای شرایط اقتصادی جامعه و ایجاد امنیت خاطر و تقویت نگاه خوشبینانه به آینده است.

این قانون، که در آخرین بازگشت از شورای نگهبان به «قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت» تغییر نام یافت، متضمن برخی تدابیر کیفی بوده و تلاش شده در کنار استفاده از تدابیر تشویقی، از طریق سازوکارهای کیفی، افزایش جمعیت کشور محقق گردد. گرچه اغلب ضمانت اجرای کیفی پیش‌بینی شده در این قانون به نوعی با سقط جنین مرتبط است (مواد ۵۶، ۵۸، ۶۰ و ۶۱)، اما در عین حال در کنار این تدابیر، در ماده ۷۱ نیز جرایم جدیدی در زمینه استنکاف از اجرای قانون و نیز اهمال یا ترک فعل یا ممانعت از اجرای احکام قانون پیش‌بینی شده است. هرچند این قانون در صحن علنی مجلس مطرح نشده و نمی‌توان مراد اصلی تدوین‌کنندگان آن را در توسعه جرایم مرتبط با سقط جنین دریافت، ولی نگاهی به گفتمان نمایندگان در رسانه‌های گروهی پس از تصویب این قانون نشان می‌دهد که نگرانی آنان از آمار بالای سقط جنین، یکی

۱. نمایندگان مجلس تلاش بسیاری داشتند که این طرح به سرانجام طرح‌های مشابه قبلی دچار نشده و به سرعت تصویب و نهایی شود. از این رو حتی در فاصله ۸ ماه قبل از تأیید نهایی شورای نگهبان، در اسفند ماه ۱۳۹۹ در قانون بودجه سال ۱۴۰۰ کل کشور، محلی را برای تأمین بودجه اجرای آن در نظر گرفتند؛ چنان که در بند او تبصره ۲ قانون بودجه سال ۱۴۰۰ بیان شده است: «به دولت اجازه داده می‌شود... از محل... واگذاری اموال و دارایی‌های غیر منقول به شرح زیر تأمین و هزینه نماید... باقی‌مانده آن مربوط به مواردی که محل تأمین آن از محل فروش اموال است به... اجرای موضوع جوانی جمعیت و حمایت از خانواده اختصاص می‌یابد».

از دلایل اصلی جرم‌انگاری‌های جدید است؛ چنان که طبق آمار غیر رسمی، سالانه بالغ بر ۳۵۰ هزار مورد سقط غیر قانونی اتفاق می‌افتد (صادقی و دیگران، ۱۳۹۷: ۷۶).

بر این اساس از آنجایی که این قانون متضمن مداخلات کیفری جدید است، این مقاله در نظر دارد به روش توصیفی تحلیلی، فرایند تصویب و اشکالات اجرایی این قانون را بررسی و تحلیل نماید؛ با ذکر این نکته که مداخلات کیفری این قانون می‌تواند دستاویز مطالعات مختلفی از جمله بررسی آن از منظر اصول جرم‌انگاری، اخلاق پزشکی، جامعه‌شناختی و مانند آن قرار گیرد که از موضوع بحث این مقاله خارج است.

از این رو در ادامه، ابتدا ایرادهایی که به اصل تصویب این قانون برمی‌گردد، بیان خواهد شد. نخست بیان می‌شود که قانون‌گذار با تفسیر گسترده از واژه ضرورت، تلاش نموده با تمسک به اصل ۸۵ قانون اساسی، قانون آزمایشی وضع کند؛ حال آنکه نگاهی به مواد این قانون نشان می‌دهد که موضوعات مطرح شده، چندان فوریت نداشته که تصویب آن را در کمیسیون ویژه اقتضا نماید. از سوی دیگر، علاقه وافر قانون‌گذار به تدابیر کیفری موجب شده که اصل حداقل‌گرایی کیفری نادیده گرفته شود. همچنین بدون تأمل در تجارب حقوق تطبیقی، تدابیری پیش‌بینی شده که مشابه آن در حقوق تطبیقی وجود ندارد. پس از بیان ایرادهای مرحله تقنینی، مشکلاتی که این نحو قانون‌گذاری ممکن است در مرحله اجرا ایجاد نماید، بیان و مصادیقی از آن تشریح خواهد شد؛ آن‌چنان که ابهام و عدم شفافیت در نوع ضمانات اجراها و نیز عدم تطابق ضوابط پیش‌بینی شده برای مسئولیت کیفری و مجازات اشخاص حقوقی با قواعد عمومی مسئولیت و مجازات، موجب می‌شود که اجرای ضوابط پیش‌بینی شده در این قانون با چالش‌های اساسی مواجه شده و زمینه تفسیرهای مختلف فراهم گردد.

## ۱. آسیب‌پذیری قانون در مرحله تصویب؛ نقض اصول تشریفاتی<sup>۱</sup> و

### ماهوی تقنین

حذف دسترسی‌هایی که تا پیش از این برای تابعین قانون حمایت از خانواده و جوانی

۱. دسته‌ای از اصول قانون‌گذاری با ویژگی نهادی- رویه‌ای که می‌تواند مراحل پیش از قانون‌گذاری، قانون‌گذاری و پس از قانون‌گذاری را در بر گیرد (راسخ و مرکزالمیری، ۱۳۹۱: ۵۳).



جمعیت آزاد بود و نیز ایجاد محدودیت‌های جدید بر آن‌ها، این قانون را بیش از هر چیز، نیازمند طی اصولی مراحل وضع قانون می‌کند. شتابزدگی در تهیه پیش‌نویس قانون بدون ارزیابی پیشینی تأثیرات درازمدت آن بر خانواده و جامعه توسط کارشناسان ذیربط در حوزه‌های مورد مداخله، قطع ارتباط میان کمیسیون و صحن در وضع آزمایشی قانون، غیر علنی بودن مسیر تصویب و در نتیجه فقدان مذاکرات پارلمانی برای ارزیابی پایبندی قانون‌گذار به اصول ماهوی قانون‌گذاری که برآیند آن توسل به سازوکارهای کیفری جهت افزایش جمعیت است، مهم‌ترین نقاط آسیب‌پذیری و آسیب‌زایی این قانون است، که اولی متوجه قانون‌گذار و نظام قانون‌گذاری، و مورد اخیر متوجه تابعان و مجریان قانون خواهد شد؛ تجربه منحصر به فردی از قانون‌گذاری که مشابه آن در حقوق تطبیقی مشاهده نمی‌شود.

### ۱-۱. وضع قانون آزمایشی از مسیر اضطراری اصل ۸۵ قانون اساسی

این ایراد به ساختار اساسی تقنین در سیستم قانون‌گذاری ایران برمی‌گردد. بررسی و تصویب طرح‌ها و لوایح مبتنی بر طی مراحل است که طول زمان در آن نقش قابل توجهی دارد (هاشمی، ۱۴۰۰: ۱۴۴/۲). وجود وضع عادی در بررسی و تصویب طرح‌ها و لوایح، آن‌ها را از شمول فوریت‌ها در تصویب خارج می‌کند. این سیر عادی با اعلام وصول طرح‌ها و لوایح و ارجاع آن به کمیسیون آغاز می‌شود؛ سپس کلیات مورد رسیدگی در کمیسیون در جلسه اول به شور نخست گذاشته می‌شود؛ در ادامه مواد در کمیسیون مورد رسیدگی قرار می‌گیرد و در نهایت در جلسه علنی، رسیدگی و تصویب مواد به شور دوم گذاشته می‌شود. خارج شدن بررسی و تصویب طرح‌ها و لوایح از این مسیر عادی، امری استثنایی است که در قوانین کیفری اخیر، از جمله قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت، می‌رود که جای اصل را بگیرد. بر اساس مجوز اصل ۸۵ قانون اساسی، خلق قوانین تفویضی باید مبتنی بر وجود ضرورتی باشد. این ضرورت امری استثنایی به شمار می‌رود و تجویز آن باید متکی به دلایل قانع‌کننده اجتماعی و سیاسی باشد. قانونی که بر حسب ضرورت و به طور فوق‌العاده به تصویب می‌رسد، اکثراً متناسب با همان اوضاع بحرانی و استثنایی است. بنابراین شایسته نیست که چنین قانونی برای مواقع عادی تجویز شود. هر چند تشخیص ضرورت با خود مجلس است و با تقاضای ۱۵ نفر از نمایندگان، ارجاع طرح یا

لایحه به کمیسیون شکل قانونی به خود می‌گیرد، اما نمی‌توان کتمان کرد که مسامحه در تدوین و تصویب قوانین ثابت و توسل به قوانین مستعجل برای جامعه مشکل‌آفرین و مخرب خواهد بود (همان: ۱۳۶)؛ به ویژه در مواردی که تصمیم گرفته می‌شود تکلیفی مقرر شود و یا دامنه منطقه‌الفراغ محدود گردد، ضروری است که کلیه نمایندگان ملت، حق اظهارنظر داشته و نظر خود را به نمایندگی از آحاد مردم بیان نمایند.

در قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت نیز همانند گذشته، مجلس با ارائه تفسیر موسع از عبارت «ضرورت» (تقی‌زاده و دیگران، ۱۳۹۵: ۲۸)، به استناد کثرت اشتغالات و ضیق وقت و تخصصی بودن موضوع، با طرح آن در کمیسیون ویژه و نه صحن علنی مجلس موافقت کرد. به رغم مجوز اصل ۸۵ قانون اساسی برای بررسی و تصویب قوانین در کمیسیون‌های تخصصی، از آنجایی که این قانون مشتمل بر جرم‌انگاری‌های جدید است، تصویب آن در کمیسیون تخصصی غیر مرتبط محل ایراد است؛ زیرا بر اساس این قانون، جرایم جدیدی به لیست پرشمار زرادخانه کیفری اضافه شده که صرفاً موافقت عده اندکی از نمایندگان را که بعضاً تخصص حقوقی نیز ندارند، کسب کرده است. بنابراین، تدابیر کیفری پیش‌بینی شده در این قانون، همراهی و رأی اکثریت نمایندگان مردم را ندارند. علاوه بر این، به دلیل اینکه جلسات کمیسیون برخلاف مذاکرات صحن مجلس به صورت علنی برگزار نشده و گزارش کامل آن از طریق رادیو و روزنامه رسمی برای اطلاع عموم منتشر نشده، امکان اطلاع عموم مردم از مباحث مطرح شده وجود ندارد. لذا برخلاف مواردی که در صورت ابهام قوانین می‌توان با مراجعه به مشروح مذاکرات مجلس، اراده اصلی مقنن را دریافت (امیدی، ۱۳۸۹: ۲۰۴-۲۰۳)، در این مورد نمی‌توان از این ابزار یاری جست.

ممکن است بیان شود که چون این قانون آزمایشی است، بنابراین در زمان تصمیم‌گیری در مورد دائمی شدن آن، نظر اکثریت نمایندگان مجلس اخذ شده و بر این اساس، ایراد فقدان ویژگی جمعی بودن نظر نمایندگان مجلس مرتفع می‌گردد. با این حال، نگاهی به رویه مجلس شورای اسلامی نشان می‌دهد که جزئیات قوانین آزمایشی که در چهارچوب اصل ۸۵ تصویب می‌شوند، حتی پس از اتمام مدت آزمایشی نیز در صحن علنی مجلس مطرح نشده و عموماً مجلس در خصوص دائمی بودن آن رأی‌گیری

می‌کند، بی‌آنکه کلیه مواد را مورد بحث و بررسی قرار دهد و به تأیید اکثریت نمایندگان مجلس برسد؛ همچنان که در مورد قانون آیین دادرسی کیفری نیز بدین گونه عمل گردید (خالقی، ۱۳۹۹: ۱۷-۱۵/۱). علاوه بر این، بر اساس ماده ۷۳ این قانون، ۷ سال برای اجرای آزمایشی آن تعیین شده است؛ مدتی که بسیار طولانی بوده و چه بسا در این مدت، ابهام‌های زیادی در خصوص مفاهیم ذکر شده در این قانون ایجاد شود. این در حالی است که زمان اجرای قانون آزمایشی نباید آنقدر طولانی شود که هدف اصلی از اجرای آن فراموش شود (عبدالله‌زاده شهربابکی، ۱۳۹۹: ۷۶۵).

## ۲-۱. حقوق کیفری به مثابه اولین راه حل در ناباورمندی قانون‌گذار به

### حداقل‌گرایی در جرم‌انگاری

بر اساس «اصل حداقل بودن حقوق جزا» به عنوان یکی از اصول اساسی حاکم بر حقوق کیفری، چنانچه تنظیم روابط اجتماعی مستلزم مداخله حکومت از طریق قانون‌گذاری باشد، مداخله کیفری که موجب بیشترین تعرض و تعدی به حقوق و آزادی‌های شهروندان می‌شود، باید به عنوان آخرین راه چاره و در حداقل موارد ضروری صورت گیرد (غلامی، ۱۳۹۱: ۴۵). با وجود این، در نظام کیفری ایران در سال‌های اخیر، باورمندی مقام‌های قضایی و قانون‌گذار به این اصل در مقرره‌هایی همانند بخش‌نامه‌های کاهش جمعیت کیفری زندان‌ها و قانون کاهش مجازات حبس تعزیری منحصراً متوجه کاهش، تبدیل و تنصیف کیفر حبس بوده است، بی‌آنکه اصل توسل ابتدایی به کیفر (از هر نوعی) که نتیجه طبیعی جرم‌انگاری است، مورد تردید قرار گیرد و در مرحله وضع قانون، همچنان اعتقاد به حقوق کیفری به عنوان نخستین راه حل بدون خدشه باقی مانده است.

به رغم الزام قانونی پیش‌بینی شده در اسناد بالادستی مانند بند ۱۴ سیاست‌های کلی قضایی (۱۳۸۲)، ماده ۱۳۰ قانون برنامه پنج‌ساله چهارم توسعه جمهوری اسلامی ایران (۱۳۸۳)، ماده ۲۱۱ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه (۱۳۸۹) (بابایی و دیگران، ۱۳۹۳: ۸۹)، بند ج ماده ۱۱۹ قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه (۱۳۹۶) و بند الف ماده ۳۸ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور (۱۳۹۶) که همگی با ادبیات مشابه بر ضرورت کاهش عناوین مجرمانه تأکید کرده‌اند، پیشنهاددهندگان و تصویب‌کنندگان قانون

حمایت از خانواده و جوانی جمعیت نه تنها در این جهت حرکت نکرده‌اند، بلکه چندین عنوان مجرمانه جدید به مجموعه عناوین کیفری افزوده‌اند. بر اساس این قانون، هر گونه توزیع رایگان یا یارانه‌ای ارقام مرتبط با پیشگیری از بارداری و کار گذاشتن ارقام پیشگیری و تشویق به استفاده از آن‌ها در شبکه بهداشتی درمانی (ماده ۵۱)، عقیم‌سازی دائم زنان یا مردان و یا مواردی که احتمال برگشت‌پذیری در آن‌ها ضعیف یا دشوار است (همانند بستن لوله‌ها) (ماده ۵۲)، هر گونه خرید و فروش و پخش داروهای رایج سقط جنین خارج از سامانه ردیابی و رهگیری فرآورده‌های دارویی وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و نگهداری و حمل داروهای سقط بدون نسخه پزشک (ماده ۵۸)، فعالیت مدیران و عوامل مؤثر در بسترهای مجازی معرفی‌کننده افراد و مراکز مشارکت‌کننده در سقط غیر قانونی (ماده ۵۹)، ارتکاب گسترده جنایت علیه تمامیت جسمانی جنین به قصد نتیجه یا علم به تحقق آن به گونه‌ای که موجب ورود خسارت عمده به تمامیت جسمانی جنین‌ها یا مادران در حد وسیع گردد (ماده ۶۰)، فراهم نمودن گسترده دارو، مواد و وسایل سقط غیر قانونی جنین یا معاونت و مباشرت به سقط غیر قانونی جنین به طور وسیع یا فعالیت در چرخه تجارت سقط جنین (تبصره ۲ ماده ۶۱)، استتکاف از اجرای قانون (ماده ۷۱) و اهمال یا ترک فعل یا ممانعت از اجرای احکام قانون (تبصره ۱ ماده ۷۱) جرم‌انگاری شده است.

نگاهی به این عناوین نشان می‌دهد که برخی از جرم‌انگاری‌های این قانون، پیش از این وارد حوزه حقوق کیفری شده و حتی در صورتی که در این قانون به آن اشاره نمی‌شد، از حمایت کیفری برخوردار بود و نقض آن رفتارها ضمانت اجرای کیفری را به دنبال داشت؛ برای نمونه، طبق ماده ۷۱ مستنکفین از اجرای قانون علاوه بر جبران خسارات وارده و اعمال مجازات موضوع ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری، به مجازات حبس یا جزای نقدی درجه چهار یا پنج موضوع ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی محکوم می‌شوند. این در حالی است که پیش از این، ماده ۵۷۶ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (تعزیرات)، عدم اجرای قوانین مملکتی را جرم‌انگاری کرده است. در کنار این جرم‌انگاری زائد، اتخاذ رویه متفاوت قانون‌گذار در حمایت از اجرای این قانون در مقایسه با سایر قوانین نیز محل پرسش است. به رغم اشتراک موضوعی این دو ماده (استتکاف از اجرای قانون)، مجازات تعیین‌شده در ماده ۷۱

قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت در مقایسه با ماده ۵۷۶ قانون مجازات اسلامی به مراتب شدیدتر است. این تفاوت در کیفرگذاری این سؤال را ایجاد می‌کند که قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت، چه خصوصیت متفاوت و شاخصی نسبت به سایر قوانین مملکتی داشته که قانون‌گذار بر آن شده است که مقررده خاصی برای آن وضع کند و مجازات به نسبت شدیدتری برای آن پیش‌بینی نماید.

از سوی دیگر، با وجود توسعه ضمانت اجراهای نوین همانند مجازات‌های جایگزین، سیاست‌گذاران کیفری همچنان به ضمانت اجراهای سنتی گرایش دارند. ترس سیاست‌گذاران از تقبیح اجتماعی و متهم شدن به سستی و کاهلی در مبارزه با جرم، موجب شده است که گرایش به استفاده از سیاست‌های سختگیرانه بیشتر از سیاست‌های ارفاقی باشد. از این رو، تعیین مجازات‌های شدید و تشدید کیفر، جایگاه ویژه‌ای نزد آنان دارد. این در حالی است که اصل کرامت انسانی ایجاد می‌کند در کلیه مجازات‌هایی که مقنن وضع می‌کند، اصل تناسب رعایت شود؛ به گونه‌ای که قضات نتوانند کیفرهای خارج از ضابطه تعیین و اعمال کنند (پیوندی و میرید، ۱۳۹۷: ۱۶۱). تعیین مجازات‌های شدید نه تنها ناقض اصل متناسب بودن جرم و مجازات است، بلکه عملاً مانعی بر سر اجرای آن به حساب می‌آید؛ زیرا همان گونه که سزار بکاریا نیز سال‌ها پیش بیان کرده است:

«کیفر نیافتن خود زاییده بی‌رحمی کیفرهاست. توان انسان‌ها چه برای خوشی و چه برای ناخوشی به حدی محدود است و یک نمایش بیش از حد دردناک برای انسان تنها تظاهر خشمی زودگذر تلقی می‌شود، نه تجلی آن‌چنان نظام پایداری که باید شایسته قوانین باشد» (بکاریا، ۱۴۰۰: ۶۹).

زیرا هنگامی که مجازات شدید و نامتناسب است، قضات غالباً مجبور می‌شوند مجازات نکردن را به جای آن ترجیح دهند (منتسکیو، ۱۳۹۲: ۹۵۰). بنابراین بر خلاف پیش‌فرض‌های برخی سیاست‌گذاران، تعیین مجازات‌های شدید لزوماً به معنای موفقیت در مبارزه با جرم نیست؛ بلکه چنانچه مجازات جرمی شدید و یا نامتناسب باشد، قضات محاکم را به سمت فرار از تطبیق رفتار ارتكابی با عناوین مجرمانه و یا استفاده از نهادهای ارفاقی سوق خواهد داد.

نگاهی به قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت نشان می‌دهد که سیاست

تعیین مجازات‌های سخت و شدید نیز وجهه همت تدوین‌کنندگان این قانون قرار گرفته است؛ برای نمونه در ماده ۶۱ این قانون و در ادامه سیاستی که در ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی دنبال شده است، «ارتکاب گسترده جنایت علیه تمامیت جسمانی جنین به قصد نتیجه یا علم به تحقق آن، به گونه‌ای که موجب ورود خسارت عمده به تمامیت جسمانی جنین‌ها یا مادران در حد وسیع گردد» را مصداق مفسد فی الارض و مشمول مجازات شدید اعدام دانسته است. افزودن یک مصداق به مصادیق پر شمار افساد فی الارض و به تبع آن تعیین مجازات اعدام برای آن، در حالی صورت گرفته که بر اساس بند ج ماده ۱۱۳ قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه، بر «بازنگری در مصادیق عناوین مجازات‌های سالب حیات با توجه به تغییر شرایط» تأکید گردیده است. این بند بیانگر آن است که در طول برنامه پنج‌ساله ششم توسعه، کاهش مصادیق مجازات‌های سالب حیات باید سرلوحه قانون‌گذار قرار گیرد. از آنجایی که تغییر و کاهش مصادیق مجازات‌های سالب حیات در جرایم از نوع قصاص و حدود به سختی امکان‌پذیر است، امکان مانور و اقدام صرفاً در مجازات‌های تعزیری وجود دارد. به رغم این امر، ماده ۶۱ قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت همانند ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی با حدی‌انگاری جرایم تعزیری، خلاف مبانی جرم‌انگاری جرایم حدی و نیز قواعد فقهی و اصول مسلم حقوق کیفری عمل کرده (عبداللهی، ۱۴۰۰: ۱۴۲-۱۴۳) و موجب شده است رفتاری که صرفاً مجازات حبس تعزیری و دیه دارد، با مجازات شدید اعدام حدی مواجه گردد.

سیاست تشدید قانون‌گذار در توسعه مجازات‌های تکمیلی نیز متجلی شده است. بر اساس ماده ۵۶ این قانون،<sup>۱</sup> ابطال پروانه پزشکی به جمع ضمانت اجراهای موجود، اضافه شده است. هر چند که پیش از این نیز دادگاه می‌توانست در قالب ماده ۲۳ قانون مجازات اسلامی، ابطال پروانه و منع از اشتغال را در قالب کیفر تکمیلی (تتمیمی) برای پزشکی که بدون مجوز اقدام به سقط جنین می‌کرد، تعیین کند. با این حال، اضافه شدن ذکر ابطال پروانه پزشکی موجب شده که این کیفر از حالت اختیاری به اجباری تبدیل شود.

۱. بر اساس ماده ۵۶: «چنانچه پزشک، ماما یا داروفروش خارج از مراحل این ماده، وسایل سقط جنین را فراهم سازند یا مباشرت به سقط جنین نمایند، علاوه بر مجازات مقرر در ماده ۶۲۴ قانون مجازات اسلامی (کتاب پنجم- تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده)، پروانه فعالیت ایشان ابطال می‌شود. تحقق این جرم نیازمند تکرار نیست».

از سوی دیگر، این قانون بر خلاف ضوابط مقرر در قوانین عام به صورت نامتناسبی کیفر تبعی را نیز توسعه داده است. نگاهی به سابقه تقنینی کیفرهای تبعی در دوره‌های مختلف قانون‌گذاری نشان می‌دهد که این کیفر نسبت به جرایم عمدی پذیرفته شده است؛ آن‌چنان که مواد ۵۷ و ۵۸ قانون مجازات عمومی (۱۳۵۲) و ماده ۶۲ مکرر قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۰) به صراحت به این نکته اشاره کرده بودند (سلمان‌پور و کاظمی، ۱۳۹۵: ۱۳۲-۱۲۶). ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) نیز این رویه را دنبال کرده است. با این حال بر اساس تبصره ماده ۷۱ قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت:

«مقامات موضوع ماده ۷۱ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶/۷/۸ چنانچه در اجرای احکام این قانون ناظر بر وظایف خود، اهمال یا ترک فعل یا ممانعت نمایند، علاوه بر مجازات صدر این ماده، به پنج تا پانزده سال محرومیت از حقوق اجتماعی (موضوع ماده ۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱) محکوم می‌شوند».

در این تبصره، «اهمال» در کنار «ترک فعل» و «ممانعت» ذکر شده است. اهمال مترادف بی‌مبالاتی است؛ بی‌مبالاتی نیز به معنای ترک تکلیفی است که مقتضای پیشگیری از نتایج ناخواسته مجرمانه است. به تعبیر دیگر، بی‌مبالاتی یا اهمال بدین معناست که فرد از انجام دادن فعلی که به جا آوردن آن، شرط احتیاط بوده، خودداری کرده است (اردبیلی، ۱۴۰۰: ۱۹۱/۱). بر اساس ماده ۱۴۵ قانون مجازات اسلامی:

«تحقق جرایم غیر عمدی، منوط به احراز تقصیر مرتکب است... تقصیر اعم از بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی است. مسامحه، غفلت، عدم مهارت و عدم رعایت نظامات دولتی و مانند آن‌ها حسب مورد، از مصادیق بی‌احتیاطی یا بی‌مبالاتی محسوب می‌شود».

بنابراین اهمال که در تبصره ۱ ماده ۷۱ به آن اشاره شده، ناظر بر جرایم غیر عمدی است. گرچه مشمولان این ماده اندک بوده و صرفاً رؤسای سه قوه، معاون اول رئیس‌جمهور، نواب رئیس مجلس شورای اسلامی و اعضای شورای نگهبان، وزرا، نمایندگان مجلس شورای اسلامی و معاونان رئیس‌جمهور، استانداران و سفرا و معاونان وزرا را شامل می‌شود، اما از جهت اینکه بر خلاف قواعد عام قانون مجازات اسلامی، دامنه کیفرهای تبعی را به جرایم غیر عمدی توسعه داده است، با قوانین پیشین متعارض بوده و بیانگر سیاست سختگیرانه قانون‌گذار است.

### ۳-۱. پیشتازی در کیفرگرایی در فقدان مطالعه تطبیقی تدابیر غیر کیفری

نگاهی به سیاست‌های جمعیتی کشورهای مختلف نشان می‌دهد که کاهش نرخ رشد جمعیت، یکی از دغدغه‌های سیاست‌گذاران بوده است. در راستای این امر، کشورهای مختلف اقدام به تأسیس نهادهای سیاست‌گذار کرده و یا برنامه‌های تشویقی جهت افزایش زاد و ولد در نظر گرفته‌اند؛ برای نمونه در روسیه، کاهش نرخ رشد جمعیت موجب شد که رئیس‌جمهور این کشور در سال ۲۰۰۰ در یک سخنرانی اعلام نماید که چنانچه همچنان شاهد کاهش رشد جمعیت باشیم، آینده روسیه به خطر خواهد افتاد. از این رو از ابتدای همان سال، سیاست‌های تشویقی جهت فرزندآوری وضع شد. همچنین رئیس‌جمهور این کشور، دستور تشکیل «کمیته مسائل اجتماعی جمعیت»<sup>۱</sup> را صادر کرد که هدف اصلی آن، مطالعه و سازماندهی سیاست‌های جمعیتی بود (Jiang et al., 2013: 15-16). کاهش جمعیت در اتحادیه اروپا نیز یکی از مشکلات اصلی این اتحادیه است و از تغییر در رشد حرکت جمعیتی به عنوان یکی از سه چالش فراروی اتحادیه اروپا یاد شده است. از این رو به منظور افزایش زاد و ولد در کشورهای اروپایی، مشوق‌های مختلفی پیش‌بینی شده است؛ برای نمونه در بلژیک، والدینی که اقدام به فرزندآوری کنند، از معافیت مالیاتی بهره‌مند می‌گردند. همچنین به ازای تولد هر فرزند، والدین از کمک هزینه ماهانه بهره‌مند می‌گردند (Sobotka, 2007). در ژاپن نیز که در دهه ۱۹۵۰ سیاست کنترل رشد جمعیت دنبال می‌شد، از سال ۲۰۰۵ به دنبال کاهش شدید رشد جمعیت، سیاست دولت تغییر یافت و سیاست‌های تشویقی دنبال گردید (Ogawa, 2007). کره جنوبی نیز از سال ۱۹۶۰ سیاست کاهش جمعیت را دنبال می‌کرد. با این حال در سال ۲۰۰۵ و به دنبال کاهش جمعیت، «قانون راجع به کاهش باروری و پیری جمعیت»<sup>۲</sup> تصویب شد که بر اساس آن، «کمیته کاهش میزان باروری و پیری جمعیت»<sup>۳</sup> به ریاست رئیس‌جمهور تشکیل شد. این کمیته متشکل از ۲۰ وزیر مرتبط و متخصصان حوزه جمعیت است که هدف آن تدوین سیاست‌ها برای مقابله با

1. Social Population Problems Committee.
2. Laws on Low Fertility and Population Aging.
3. Low Fertility Level and Population Aging Committee.



کاهش نرخ رشد جمعیت است (Cho, 2005).

نگاهی به سیاست‌های مرتبط در کشورهای مختلف نشان می‌دهد که هرچند استفاده از تدابیر کیفی در جهت معکوس، یعنی زمانی که کشور با بحران مولید خارج از توان برای ساماندهی به جمعیت در حال فزونی مواجه می‌شود، فاقد سابقه نیست (برای مثال سیاست‌های کاهش جمعیتی چین<sup>۱</sup>

۱. وضعیت چین در این میان به نوبه خود پدیده‌ای جالب توجه و استثنایی است؛ این کشور در سال ۲۰۱۵ پس از ۴ دهه، سیاست تک‌فرزندی را کنار نهاد؛ سیاستی که پیامدهای منفی زیادی را به بار آورد؛ سیاستی که موجب ایجاد ساختار خانوادگی ۴-۲-۱ شد؛ یعنی خانواده‌ای متشکل از ۴ پدربزرگ و مادربزرگ، ۲ پدر و مادر و یک فرزند. به دلیل ترجیح والدین به داشتن پسر، این برنامه موجب شد که نسبت مردان به زنان ۲۰ به ۱۸ شده و مردان زیادی برای یافتن شریک زندگی دچار مشکل شوند. بر هم خوردن این نسبت موجب شد که نرخ روسپیگری بیشتر شده و به تبع آن، آمار ابتلا به بیماری‌های مقاربتی نیز فزونی یابد. افزون بر این، مواردی از ربودن دختران از کشورهای همسایه و انتقال آن‌ها به چین برای ازدواج و رابطه جنسی نیز گزارش گردید. افزایش آمار توریسم تولد نیز یکی دیگر از نتایج ناخواسته سیاست تک‌فرزندی بود؛ بدین معنا که والدین برای فرار از جریمه شدن، برای تولد فرزندان دوم به بعد به کشورهای دیگر مانند آمریکا و هنگ کنگ مسافرت کرده و فرزند خود را در آنجا به دنیا می‌آوردند. افزایش آمار تولدهای ثبت نشده نیز یکی دیگر از نتایج این سیاست بود. سیاست تک‌فرزندی ابتدا رویکرد تشویقی داشت و به خانواده‌هایی که از آن تبعیت می‌کردند، گواهی اعطا می‌شد که بر اساس آن، افراد مستحق دریافت یارانه می‌شدند، حق دسترسی به مهد کودک‌های عمومی را داشتند و از کمک‌هزینه‌های پزشکی و نیز غذای اضافی بهره‌مند می‌شدند (Abrahamson, 2016: 326-327). بر اساس این برنامه، در مواردی استثنائاتی جهت تولد فرزند دوم در نظر گرفته شده بود؛ برای مثال، اگر فردی در روستا زندگی می‌کرد و فرزند اول دختر می‌بود، در ازای پرداخت ۴۰۰۰ یوان می‌توانست فرزند دوم داشته باشد. همچنین اگر فرزند متولد شده معلول می‌بود، اجازه بارداری برای بار دوم داده می‌شد. گرچه روش اجرای این برنامه از منطقه‌ای به منطقه دیگر تفاوت می‌کرد، اما برخی شیوه‌نامه‌های ملی درباره نحوه بارداری صادر شده بود؛ از جمله اینکه در دهه ۸۰ مقرر شده بود که زوجین قبل از بارداری باید برای مجوز اقدام کنند و چه بسا ممکن بود که مدت‌ها منتظر اخذ مجوز باشند. هدف این برنامه آن بود که همزمان تعداد زیادی نوزاد متولد نشوند. همچنین مقرر شده بود که چنانچه زنانی صاحب فرزند شدند، ملزم هستند وسایل پیشگیری را داخل رحم قرار دهند و یا در مواردی، عقیم‌سازی اجباری پیش‌بینی شده بود. حتی در مواردی، زنانی که بدون مجوز اقدام به حاملگی می‌کردند، مجبور به سقط جنین می‌شدند؛ حتی اگر حاملگی در ماه نهم می‌بود. چنانچه زنانی بارداری غیر برنامه‌ریزی شده می‌داشتند، یکی از زوجین عقیم می‌شد. تخمین زده می‌شود که بین سال‌های ۱۹۷۹ تا ۱۹۸۴، بیش از ۳۱ میلیون زن و ۹ میلیون و ۳۰۰ هزار مرد عقیم شده باشند. از سال ۲۰۰۱ به منظور تبعیت از سیاست تک‌فرزندی، ضمانت اجرای متفاوتی پیش‌بینی شد. جزای نقدی، محرومیت از بهره‌مندی از مزایا، تنزل پست و مقام اداری و اخراج از محل کار، از جمله این ضمانت اجراها بود (Skalla, 2004: 330-363).

و هند<sup>۱</sup> که در مقاطعی رنگ و بوی کیفری نیز به خود گرفته است)، ولی راه حل دستیابی به افزایش جمعیت همواره و در تمامی نظام‌های کیفری از رهگذر تدابیر تشویقی و یا حداکثر محرومیت‌های رفاهی غیر کیفری دنبال می‌شود. این موضوع نشان می‌دهد که وضع ضمانت اجرای کیفری با ماهیت فرزندآوری و افزایش جمعیت سازگاری ندارد و توسل به تدابیر کیفری در جهت افزایش جمعیت در قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت در حالی صورت می‌گیرد که فاقد سابقه تقنینی در دنیاست.

## ۲. آسیب‌پذیری قانون در مرحله اجرا؛ ناکارآمدی و بی‌اثر شدن

### ضمانت اجرای قانونی

نگاهی به تدابیر کیفری قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت، نشانگر این است که اجرای ضمانت اجرای پیش‌بینی‌شده در این قانون در عمل با مشکلاتی مواجه خواهد شد. این مشکلات گاهی ناشی از استفاده از عبارات و اصطلاحات مبهم به کاررفته در قانون است؛ به گونه‌ای که برای یک رفتار جرم‌انگاری شده، طیف گسترده‌ای از مجازات‌ها پیش‌بینی شده است. علاوه بر این، در تعیین ضمانت اجرای اشخاص حقوقی توجه کافی صورت نگرفته است. این ایرادها و ابهام‌ها به گونه‌ای است که در عمل زمینه تفسیرهای متفاوت را ایجاد خواهد کرد و چه بسا موجب ورود

۱. هند نیز از جمله کشورهایی است که از دهه ۱۹۶۰ سیاست کنترل جمعیت را اجرا کرد. در ابتدا تدابیری مانند پرداخت تشویقی به عقیم‌سازی اختیاری، قانونی شدن سقط جنین، پرداخت یارانه به داروهای ضدبارداری و مشوق‌های اقتصادی برای خانواده‌هایی که تعداد اعضای خانواده خود را محدود می‌کردند، اجرا شد (Samuel, 1966: 55-56). با این حال در فاصله سال‌های ۱۹۷۵ تا ۱۹۷۷ سیاست‌های شدیدتری در خصوص کنترل جمعیت اجرا شد. در این دوره بیان شد که چنانچه هر یک از کارمندان دولت بعد از سپتامبر ۱۹۷۷ صاحب فرزند چهارم شود، از کار اخراج خواهد شد. سیاست عقیم‌سازی اجباری یکی دیگر از سیاست‌هایی بود که در این دوره دنبال گردید؛ سیاستی که موجب شد برخی افراد به دلیل ترس از عقیم‌سازی، از حضور در مراکز بهداشتی خودداری کنند. تخمین زده می‌شود که صرفاً در سال ۱۹۷۶، ۷ میلیون نفر تحت این برنامه عقیم شده باشند. این سیاست گاهی با واکنش مردم نیز مواجه می‌شد؛ به گونه‌ای که در یک مورد در مظفرنگار (ناحیه‌ای در شمال غرب هند)، ده‌ها معترض سیاست عقیم‌سازی اجباری، توسط پلیس کشته شدند؛ هرچند با برگزاری انتخابات پارلمان و تغییر نخست‌وزیر، این سیاست کنار نهاده شد (Brown, 1984: 50).

قانون‌گذار و یا هیئت عمومی دیوان عالی کشور جهت رفع ابهام‌های احتمالی شود.

## ۱-۲. ابهام در نوع و میزان ضمانت اجراها؛ نقض شفافیت، دقت و قابلیت

### پیش‌بینی

هرچند در دو سده اخیر، از اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها به عنوان یکی از اصول اساسی حقوق کیفری یاد می‌شود، ولی ملاحظات حقوق بشری موجب شده که این اصل مترقی‌تر شود و از اصل کیفی بودن قوانین کیفری صحبت به عمل آید. اصل کیفی بودن، تکامل یافته اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌هاست؛ بدین معنا که صرف جرم‌انگاری و تصریح به یک جرم در قانون کفایت نمی‌کند، بلکه قانون باید از ویژگی‌های شفافیت، دقت و صراحت، قابلیت دسترسی و قابل پیش‌بینی بودن آثار و نتایج نیز برخوردار باشد (دلماز مارتی، ۱۳۹۸: ۴۶۰).<sup>۱</sup> استفاده از الفاظ و عبارات موسع و دارای معانی، مفاهیم و حتی کاربردهای متنوع و یا قابل اطلاق بر وضعیت یا رفتارهای متعدد نه تنها موجب ابهام یک ماده قانونی می‌شود، بلکه موجب وهن قانون، تقنین و حکومت در معنای عام شده، و اجرا و احساس عدالت را نیز به مخاطره می‌اندازد (شمس ناتری و دیگران، ۱۳۹۰: ۲۸۹). علاوه بر این، استفاده از الفاظ مبهم زمینه جرم‌انگاری تهاجمی یا توسعه‌گرایانه را فراهم می‌سازد. استفاده از الفاظ مبهم، این اجازه را به مجریان قانون می‌دهد تا با توجه به ابهام قانون، برداشت خود را در تطابق ماده قانونی مورد عمل قرار دهند (مجیدی، ۱۳۹۶: ۲۶۶).

۱. ریشه طرح اصل کیفی بودن را می‌توان در رویه دیوان اروپایی حقوق بشر جست‌وجو کرد؛ آنجا که این دیوان تلاش نمود با استنباط خود از اصول کلی حقوقی و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، نظام‌های حقوقی نوشته و نانوشته را به یکدیگر نزدیک کند. این دیوان در دهه ۱۹۸۰ به مناسبت رسیدگی به شکایات مطرح‌شده علیه انگلستان و فرانسه اعلام کرد که اصطلاح قانون را باید در فضای مادی آن و نه در معنای شکلی‌اش تفسیر کرد. در واقع هرچند در حقوق نوشته، اصل قانونی بودن جرم و مجازات آثاری مانند عطف به ماسبق نشدن و تفسیر مضیق قوانین را به دنبال دارد، ولی در حقوق کامن‌لا، اصل قضایی بودن جرایم و مجازات‌ها وجود دارد؛ یعنی حکم قاضی انگلیسی به لحاظ اعتباری که دارد و کلیه احتیاط‌هایی که برای صدور حکم انجام می‌دهد، دست‌کمی از قانون ندارد. دیوان با تلفیق این دو ویژگی، اصل کیفیت قوانین را مطرح کرد؛ بدین معنا که قانون باید کیفیت داشته باشد. به تعبیر دیگر، قانون به لحاظ کیفیت باید جلو خودسری و خودکامگی قضات را (به ویژه در نظام‌های نانوشته) بگیرد (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱: ۷۳۱-۷۳۲).

به رغم این ضرورت‌ها، نگاهی به قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت نشان می‌دهد که این شرط اساسی در تدوین تدابیر کیفری این قانون مدنظر قرار نگرفته و از عبارات مبهمی استفاده شده که نه تنها موجب سردرگمی شهروندان می‌شود، بلکه در اجرا نیز مجریان قانون را با مشکل مواجه می‌کند. این ابهام حتی در عنوان اتخاذی نیز مشهود است؛ به گونه‌ای که آن را در بیان محتوای قانون ناکارآمد کرده است. در وضعیت کنونی، دو قانون حمایت از خانواده در مجموعه قوانین موضوعه با اندک تفاوتی در عنوان موجود است. نخست قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) که با محوریت موضوعات حقوقی مطرح در جریان رسیدگی به دعاوی خانوادگی وضع شده و ضمن آن، یک فصل (هفتم) به مقررات کیفری و جرم‌انگاری اختصاص پیدا کرده است؛ دوم قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت (۱۴۰۰) که پیرامون حمایت از فرزندآوری و مقابله با کاهش جمعیت شکل گرفته است. به عبارت دیگر، حمایت از خانواده از نظر قانون‌گذار، گاهی با آن قانون و گاه دیگر با این قانون تأمین می‌شود. این در حالی است که مقررات هر مجموعه قانونی باید محدود به قلمرو همان قانون باشد، وگرنه آن قانون ابهام‌آمیز خواهد شد؛ زیرا از یکسو مقررره موجود همچنان قانون است و باید قابل اجرا باشد و از سوی دیگر، مقررره مذکور در حوزه و قلمرو غیر تخصصی انشاء شده است. این امر علاوه بر اینکه منجر به ضعف قانون خواهد شد، ممکن است با متون قانون حوزه دیگر همخوانی نداشته باشد (مؤذن‌زادگان و رهدارپور، ۱۳۹۷: ۲۱۳). در عین حال، از آنجایی که شهروندان برای اطلاع از موارد ممنوعه به قوانین عام جزایی مراجعه می‌کنند، پیش‌بینی جرم‌انگاری‌های جدید در قانون خاص که سختی با سایر مباحث ذکرشده در قانون ندارد، مخالف اصل شفافیت قوانین که از ملزومات اساسی اصل کیفی بودن قوانین کیفری است، می‌باشد (دلماش مارتی، ۱۳۹۸: ۴۶۰).

علاوه بر این، ماده ۶۱ این قانون از الفاظ مبهمی مانند «گسترده»، «عمده» و «وسیع» استفاده کرده است. این عبارات موجب می‌شود که برای شهروندان و مقامات قضایی مشخص نباشد که ارتکاب چه عملی می‌تواند مشمول قید «گسترده»، «عمده» و «وسیع» باشد. با توجه به این قیود، تبعات و آثار آن نیز قابل پیش‌بینی نیست؛ زیرا اگر قید «گسترده» محقق شود، مرتکب مستحق اعدام بوده و اگر احراز نشود، به حبس محکوم می‌شود

(هاشمی، ۱۳۹۵: ۱۴۱-۱۴۲). در واقع، ایراد اساسی که بر عنوان افساد فی الارض وارد است این است که هیچ معیاری برای شناسایی قیود گسترده، وسیع و عمده ارائه نشده و احراز آن با قاضی است؛ آن‌چنان که اداره کل حقوقی قوه قضائیه نیز طبق نظریه مشورتی شماره ۷/۹۲/۸۴۷ مورخ ۱۳۹۲/۰۵/۰۷ تشخیص مصادیق منطبق با قید «عمده» را بر عهده قاضی رسیدگی کننده دانسته است. بی‌شک این رویکرد پذیرفتنی نیست؛ زیرا تفسیر قضاوت در این زمینه بسیار متفاوت است و نباید جان انسان‌ها را در گرو تشخیص شخصی قضاوت قرار داد (برهانی، ۱۳۹۴: ۳۹).

افزون بر این، بر اساس ماده ۵۸ این قانون:

«توزیع داروهای رایج در سقط جنین فقط برای عرضه مراکز درمانی بیمارستانی دارای مجوز از وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی در داروخانه‌های آن‌ها مجاز است. هر گونه خرید، فروش و پخش داروهای مذکور خارج از سامانه ردیابی و رهگیری فرآورده‌های دارویی وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و نگهداری و حمل این داروها بدون نسخه پزشک جرم است و مشمول مجازات‌های تعزیری درجه سه تا شش موضوع ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ می‌شود».

در خصوص مجازات این ماده، ابهام‌های متعددی مطرح است:

نخست اینکه نگاهی به ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی در درجه‌بندی مجازات‌های تعزیری نشان می‌دهد که تفاوت زیادی میان کمیت این دو درجه وجود دارد. بنابراین عملاً بین حداقل مجازات احتمالی (شش ماه) و حداکثر آن (پانزده سال) فاصله زیادی بوده و باز گذاشتن دست قاضی در تعیین مجازات در بازه اقل و اکثر، راه هر گونه سوءاستفاده احتمالی را باز می‌گذارد. این در حالی است که اختیارات گسترده قضاوت در تعیین و صدور کیفر را می‌توان به عنوان نفی جزئی اصل قانونمندی تحلیل کرد (لازرز، ۱۴۰۰: ۱۰۶).

دوم اینکه این ماده از واژه «مجازات‌های تعزیری درجه سه تا شش» استفاده کرده است. نگاهی به ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی نشان می‌دهد که مجازات‌های این درجات، مشتمل بر طیف گوناگونی از ضمانت اجراهاست. حبس، جزای نقدی،

انفصال دائم، محرومیت از حقوق اجتماعی، شلاق و انتشار حکم قطعی در رسانه‌ها، ضمانت اجراهایی هستند که مدت، مبلغ و تعداد هر یک از آن‌ها با توجه به درجه مجازات متغیر است. ابهامی که در این خصوص مطرح می‌شود این است که کدام یک از این مجازات‌ها در مورد ماده ۵۸ اجرا می‌شود؟ آیا واژه «مشمول مجازات‌های تعزیری» بدین معناست که کلیه این مجازات‌ها اجرا می‌شوند؟ یا اینکه هر یک از این مجازات‌ها قابل اعمال نسبت به رفتار ارتكابی است، ولی دادگاه در انتخاب هر یک از آن‌ها مختار است؟ یقیناً تفسیر اول موجب می‌شود که مجازات‌های بسیار شدید بر رفتاری اعمال شود که نتایج زیانبار زیادی را ندارد و با اصل تناسب جرم و مجازات متعارض است. با این حال، انتخاب تفسیر دوم با ظاهر ماده متعارض است؛ زیرا این ماده از واژه جمع «مجازات‌ها» استفاده کرده و این امر مؤید وجود چند مجازات است.

این ابهام با شدت کمتر در ماده ۶۰ مشاهده می‌شود. نگاهی به مجازات درجه پنج نشان می‌دهد که حبس بیش از دو تا پنج سال، جزای نقدی بیش از ۲۴۰ میلیون تا ۵۰۰ میلیون ریال و محرومیت از حقوق اجتماعی بیش از پنج تا پانزده سال، مجازات‌هایی هستند که نسبت به اشخاص حقیقی قابل اعمال هستند. حال با توجه به اینکه در ماده ۶۰ از واژه «مجازات تعزیری درجه پنج» استفاده شده، منظور کدام قسم از مجازات است؟ همین امر در مورد تبصره ۲ ماده ۶۱ نیز صادق است. مجازات درجه دو نیز شامل حبس بیش از پانزده تا بیست و پنج سال و جزای نقدی بیش از ۱ میلیارد و ۵۰۰ میلیون تا ۲ میلیارد و ۸۰۰ میلیون ریال است. آیا هر دو قسم مجازات اعمال می‌شود و یا اینکه دادگاه در انتخاب یکی از آن دو مختار است؟ این در حالی است که در سایر

۱. بر اساس ماده ۶۰: «فعالیت مدیران و عوامل مؤثر در بسترهای مجازی معرفی‌کننده افراد و مراکز مشارکت‌کننده در سقط غیر قانونی جنین ممنوع است و حسب مورد، متخلفان از این حکم علاوه بر مجازات تعزیری درجه پنج موضوع ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی به پرداخت جزای نقدی معادل دو تا پنج برابر عواید حاصل از ارتکاب جرم محکوم می‌شوند».
۲. بر اساس تبصره ۲ ماده ۶۱: «هر کس به هر عنوان به طور گسترده، دارو، مواد و وسایل سقط غیر قانونی جنین را فراهم و یا معاونت و مباشرت به سقط غیر قانونی جنین به طور وسیع نماید و یا در چرخه تجارت سقط جنین فعال و یا مؤثر باشد، در صورتی که مشمول حکم این ماده نباشد، علاوه بر مجازات تعزیری درجه دو به پرداخت جزای نقدی معادل دو تا پنج برابر عواید حاصل از ارتکاب جرم محکوم می‌گردد».

موارد مانند تبصره ۱ ماده ۶۱<sup>۱</sup> به صراحت یکی از اقسام ضمانت اجراها ذکر شده و یا اینکه دادگاه در انتخاب یک گونه از میان دو قسم مجازات مختار شده است. همچنین ماده ۷۱ دادگاه را مختار کرده که از میان مجازات حبس یا جزای نقدی درجه چهار یا پنج، یک مجازات را برای مستکفان از اجرای این قانون تعیین کند. تطبیق این مواد با مواد قبلی، رویه غالب قانون‌گذار در سایر قوانین در انتخاب و اولویت دادن مجازات حبس بر سایر اقسام مجازات‌ها و نیز تأکید تبصره ۳ ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مبنی بر اینکه در صورت عدم امکان تشخیص مجازات شدیدتر، مجازات حبس ملاک است، این برداشت را تقویت می‌کند که مراد قانون‌گذار در مواد ۵۸، ۶۰ و تبصره ۲ ماده ۶۱ از واژگان «مجازات‌ها» و «مجازات» تعزیری، حبس مذکور در هر یک از درجات بوده و نه کلیه و یا بخشی از اقسام مجازات‌ها.

همین ایراد در ارجاع مطلق به مجازات موضوع ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری که در ماده ۷۱ بیان شده است نیز مشاهده می‌شود. به رغم اینکه ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری، طیف متنوعی از ضمانت اجراهای اخطار کتبی، توبیخ کتبی، کسر حقوق و مزایا، انفصال موقت، بازخرید خدمت، بازنشستگی پیش از موعد، اخراج از محل خدمت و انفصال دائم از خدمات دولتی را بیان کرده است، ولی ماده ۷۱ قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت به صورت مطلق از «اعمال مجازات موضوع ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری» صحبت به میان آورده است. بنابراین عدم تعیین دقیق نوع ضمانت اجرا می‌تواند به استفاده نادرست و به ناحق دادگاه و هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری از اختیار خود در تعیین حداقل و حداکثر مجازات و در نتیجه به رعایت نشدن اصل تناسب منجر شود (نکوئی، ۱۳۹۹: ۲۵۵). از این رو چه بسا هیئت‌ها بتوانند برای استتکاف از یک حکم کوچک این قانون، شدیدترین مجازات را تعیین و اعمال کنند.

۱. بر اساس تبصره ۱ ماده ۶۱: «هر گاه دادگاه از مجموعه ادله و شواهد، قصد ایراد خسارت عمدۀ در حد وسیع و یا علم به مؤثر بودن اقدامات انجام‌شده را احراز نکند و جرم ارتكابی مشمول مجازات قانونی دیگری نباشد، با توجه به میزان نتایج زیانبار جرم، مرتکب به حبس تعزیری درجه پنج یا شش محکوم می‌شود».

ابهام در ماده ۶۰ این قانون نیز مشاهده می‌شود. فارغ از ایرادهای عبارتی و نگارشی که در این ماده وجود داشته و فهم مراد قانون‌گذار را بسیار مشکل ساخته است، مشخص نیست که واژه «عوامل مؤثر»، ناظر به چه فرد یا افرادی است؟ آیا مراد، طراحان، برنامه‌نویسان و ایجادکنندگان بسترهای مجازی هستند و یا مراد افرادی هستند که محتوا و موضوع این بسترهای مجازی را تولید کرده و به نوعی برنامه‌ساز و تولیدکننده محتوای این بسترها هستند؟

مشابه این مورد در تبصره ۲ ماده ۶۱ نیز مشاهده می‌شود. عبارت «چرخه تجارت» در این تبصره، واژه عامی بوده که ممکن است عده زیادی را در بر گیرد. با توجه به این واژه عام، حتی راننده‌ای که به طور مداوم دارو و وسایل سقط جنین را حمل می‌کند و یا حتی منشی و یا حسابداری که در مرکز سقط جنین غیر قانونی فعالیت می‌کند نیز می‌تواند مشمول این ماده قرار گیرد.

یکی دیگر از ابهام‌هایی که با تصویب این قانون ایجاد شده، قابل گذشت بودن یا نبودن جرم سقط جنین است. تا پیش از تصویب قانون کاهش مجازات حبس تعزیری (۱۳۹۹)، کلیه اقسام سقط جنین غیر قابل گذشت بودند؛ اما در جریان توسعه جرائم قابل گذشت به موجب اصلاحیه ماده ۱۰۴ در قانون اخیرالذکر (روستائی و رحمانیان، ۱۴۰۰: ۱۶۱-۱۸۴)، سقط جنین به واسطه ضرب یا اذیت و آزار زن حامله (جرم موضوع ماده ۶۲۲)، در شمار جرایم قابل گذشت قرار گرفت. در عین حال طبق صدر ماده ۵۶ قانون اخیرالتصویب، سقط جنین ممنوع بوده و از جرائم دارای جنبه عمومی است. تأکید قانون‌گذار بر جنبه عمومی جرم، با توجه به اینکه کلیه جرائم دارای جنبه عمومی هستند و جرم اساساً یک خطای عمومی است و اگر نبود، جرم‌انگاری نمی‌شد، ظاهراً اشاره به

۱. بر اساس ماده ۶۰: «فعالیت مدیران و عوامل مؤثر در بسترهای مجازی معرفی‌کننده افراد و مراکز مشارکت‌کننده در سقط غیر قانونی جنین ممنوع است و حسب مورد، متخلفان از این حکم علاوه بر مجازات تعزیری درجه پنج موضوع ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی، به پرداخت جزای نقدی معادل دو تا پنج برابر عواید حاصل از ارتکاب جرم محکوم می‌شوند».
۲. بر اساس قسمت پایانی تبصره ۲ ماده ۶۱: «هر کس... در چرخه تجارت سقط جنین، فعال و یا مؤثر باشد... علاوه بر مجازات تعزیری درجه دو، به پرداخت جزای نقدی معادل دو تا پنج برابر عواید حاصل از ارتکاب جرم محکوم می‌گردد».



غیر قابل گذشت بودن این جرم دارد. تغییر رویکرد قانون‌گذار در خصوص غیر قابل گذشت بودن این جرم در فاصله اندکی پس از قابل گذشت اعلام کردن آن، این سؤال را مطرح می‌سازد که چه چیزی موجب شد که در سال ۱۳۹۹، یکی از اقسام سقط جنین در شمار جرایم قابل گذشت قرار گیرد و به فاصله یک سال، کلیه اقسام سقط به صورت عام غیر قابل گذشت اعلام شود؟ هرچند ممکن است گفته شود که ماده ۵۶ قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت، منصرف از ماده ۶۲۲ قانون تعزیرات بوده و صرفاً به مواد ۶۲۳ و ۶۲۴ قانون تعزیرات و جرم‌انگاری‌های مرتبط با سقط جنین در قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت اشاره می‌کند، ولی با این حال با توجه به اطلاق سقط جنین در صدر ماده ۵۶ این قانون، کلیه اقسام سقط جنین جنایی از جمله ماده ۶۲۲ قانون تعزیرات را نیز در بر می‌گیرد. پاسخ احتمالی به این تلون مزاج قانون‌گذار، رویکردهای صرف مدیریتی و ابزارگرایانه به جرم‌انگاری و کیفر است؛ زمانی هدف، کاستن از تعداد مجازات‌های حبس و جمعیت کیفری زندان‌هاست و زمان دیگر، افزایش موالید و جمعیت. در این میان، این هدف است که وسیله را توجیه می‌کند و نمی‌توان به دنبال تبیین‌های جرم‌شناسانه و یا توجیحات اصولی برای اقدام قانون‌گذار بود.

## ۲-۲. ناهمسویی مسئولیت کیفری و مجازات اشخاص حقوقی با قواعد

### عمومی مسئولیت و مجازات

یکی از مواردی که توجه به آن در زمان قانون‌گذاری، بیانگر دوراندیشی قانون‌گذار است، قابلیت اجرای قانون است. چنانچه قانون از لحاظ عملی قابل اجرا نبوده و یا اجرای آن به سختی ممکن باشد، موجب می‌شود که اعتبار آن کم شده و یا بی‌ارزش گردد و به تبع آن از اعتبار قانون‌گذار نیز کاسته شود. عدم دقت در مداخله کیفری، موجب کند شدن شمشیر بُرنده و مؤثر حقوق جزا خواهد شد؛ به نحوی که امکان صحیح حمایت از ارزش‌های اساسی و حیاتی جامعه را هم از آن سلب خواهد کرد (پوربافرانی، ۱۳۹۲: ۲۶). نگاهی به ضمانت اجرای تبصره ۴ ماده ۷۱ قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت نشان می‌دهد که اجرای آن از لحاظ عملی با چالش‌های اساسی روبه‌روست. بر اساس مواد ۲۰، ۲۱، ۲۲ و ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی، مسئولیت

کیفری اشخاص حقوقی پذیرفته شده و میزان مجازات آن‌ها نیز تعیین شده است (شریفی و دیگران، ۱۳۹۲: ۱۱۷-۱۵۹). به رغم این امر، تبصره ۴ ماده ۷۱ به صورت عام، کیفر ابطال موقت پروانه فعالیت را برای اشخاص حقوقی پیش‌بینی کرده است. از این رو می‌توان گفت که مجازات جدیدی به جمع هفت مجازات اشخاص حقوقی موضوع ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی، افزوده شده است. بر اساس این تبصره:

«اشخاص حقیقی و حقوقی موضوع ماده فوق، علاوه بر مجازات صدر ماده، به ابطال موقت پروانه مرتبط با جرم بین سه تا پنج سال توسط دادگاه نیز محکوم خواهند شد».

بر اساس صدر ماده ۷۱، این ضمانت اجرا ناظر بر «مستکفین از اجرای این قانون» است. دقت در مواد مختلف این قانون نشان می‌دهد که غالب تکالیف ذکرشده در این قانون، ناظر بر نهادها و دستگاه‌های دولتی است. تکلیف وزارتخانه‌ها و دستگاه‌های زیرمجموعه دولت به تهیه دستورالعمل‌های مرتبط با خانواده، فرزندآوری و جمعیت (ماده ۲)، تکلیف وزارت راه و شهرسازی به فراهم‌سازی امکان استفاده مجدد از امکانات دولتی مربوط به تأمین مسکن برای خانواده‌ها پس از تولد فرزند سوم (ماده ۳)، تکلیف دستگاه‌های اجرایی به تخفیف هزینه انشعابات (ماده ۵)، تکلیف دانشگاه‌ها به هزینه کرد ده درصد از درآمد اختصاصی برای احداث خوابگاه‌های متاهلان (ماده ۷)، تکلیف مراکز مدیریت حوزه‌های علمیه به پرداخت ودیعه مسکن به طلاب متأهل (ماده ۸)، تکلیف بانک مرکزی به ارائه تسهیلات مسکن (ماده ۹)، تکلیف سازمان هدفمندی یارانه‌ها به افزایش یارانه فرزندان خانواده‌های دهک‌های اول تا چهارم دارای حداقل سه فرزند (ماده ۱۳)، تکلیف کلیه دستگاه‌های دولتی به تشویق کارکنانی که ازدواج کرده یا دارای فرزند شده‌اند (ماده ۲۰)، تکلیف سازمان ثبت احوال به ایجاد سامانه برخط برای معرفی و صدور شناسنامه ویژه برای مادران دارای سه فرزند (ماده ۲۵)، تکلیف دانشگاه‌ها به اعطای مرخصی در ایام حاملگی و پس از آن (ماده ۲۶) و تکلیف سازمان صدا و سیما به تولید برنامه‌های آموزشی در خصوص ترویج فرزندآوری (ماده ۲۸)، تنها بخش کوچکی از تکالیفی است که این قانون بر عهده دستگاه‌های دولتی نهاده است. هرچند در کنار این موارد، تکالیفی برای اشخاص حقوقی خصوصی نیز تعیین شده است. الزام دفاتر ثبت ازدواج به دریافت گواهی دوره‌های آموزشی حین ازدواج (تبصره

ماده ۳۸)، تکلیف شرکت‌های خودروسازی به تحویل یک خودروی ایرانی پس از تولد فرزند دوم به مادر (ماده ۱۲) و ممنوعیت ارائه داروهای جلوگیری از بارداری در داروخانه‌ها (تبصره ماده ۵۱)، از جمله این موارد است. از تبصره ۴ ماده ۷۱ چنین برداشت می‌شود که چنانچه هر یک از اشخاص حقوقی (اعم از دولتی و خصوصی) تکالیف مقرر در این قانون را انجام ندهند، پروانه آن‌ها به صورت موقت باطل می‌شود. برخلاف تبصره ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی که تصریح کرده مجازات‌ها در مورد اشخاص حقوقی دولتی و یا عمومی غیر دولتی در مواردی که اعمال حاکمیت می‌کنند، اعمال نمی‌شود، در این ماده چنین قیدی نیامده است. چنانچه این تبصره اجرا شود، یقیناً بخش زیادی از دولت تعطیل شده و یا دچار چالش می‌گردد. از سوی دیگر، دستگاه‌ها و نهادهای دولتی که این تکالیف برای آنان تعیین شده، بر اساس قوانین و مقررات مختلف و نه صدور پروانه تشکیل شده‌اند تا در صورت استنکاف از اجرای این قانون، پروانه آن‌ها ابطال گردد. بنابراین استفاده از عبارت ابطال پروانه شاید نسبت به آن‌ها موضوعیت نداشته باشد. از این رو شاید بتوان گفت که این ضمانت اجرا صرفاً ناظر بر اشخاص حقوقی خصوصی مانند دفاتر ثبت ازدواج، داروخانه‌ها و آزمایشگاه‌هاست که در این قانون تکالیفی برای آنان تعیین شده است. گرچه این تفسیر از لحاظ اجرایی پذیرفتنی‌تر است، ولی با اطلاق صدر ماده ۷۱ متعارض است. از این رو شایسته بود که با استفاده از عبارت «اشخاص حقوقی خصوصی»، دامنه شمول این ضمانت اجرا مقید و محدود می‌گردید.

## نتیجه‌گیری

مطالعه جریان‌های جمعیتی در دوره‌های زمانی مختلف نشان می‌دهد که کاهش یا افزایش جمعیت، ریشه در عوامل اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی دارد. پایداری و رفاه اقتصادی، میزان خوش‌بینی و امید به آینده و سبک زندگی، از جمله مهم‌ترین عوامل هستند. بر این اساس، موفقیت در تغییر جریان روند کاهش جمعیت، مستلزم تغییرات اساسی در حوزه‌های مختلف است. به رغم هدف مطلوب قانون‌گذار در تدوین قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت، نگاهی به مواد مختلف این قانون نشان می‌دهد که دغدغه‌های متخصصان برخی از حوزه‌ها مغفول مانده است؛ برای مثال، نگرانی متخصصان

بهداشت و درمان در زمینه افزایش آمار تولد نوزادان غیر سالم و افزایش آمار بیماری‌های آمیزشی مانند ایدز در اثر تغییر در ضوابط غربالگری و ارائه وسایل پیشگیری از بارداری، از جمله این موارد است. این محدودیت‌ها از منظر جامعه‌شناسی نیز می‌تواند نگرانی‌هایی را به دنبال داشته باشد. حذف دسترسی رایگان به وسایل کنترل بارداری در خانه‌های بهداشت روستایی و تشویق به افزایش جمعیت با حمایت‌های مالی وعده داده‌شده هرچند اندک، می‌تواند موجب افزایش جمعیت غیر برخوردار در این مناطق شود و در نتیجه بر جمعیت مستمند بیفزاید و عملاً توزیع جمعیتی را از وضع کنونی غیر موزون‌تر سازد.

نگاهی دقیق‌تر به قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت نشان می‌دهد که سیاست‌های تنبیهی این قانون، سه دسته رفتارها را در بر می‌گیرد: نخست اعمالی که ارتباطی به سقط جنین نداشته و تنها می‌تواند مانعی برای فرزندآوری باشد که در این راستا تدابیر ممنوع و محدودکننده دسترسی به وسایل و اعمال جراحی سرپایی پیشگیری از بارداری را می‌توان نام برد (ماده ۵۱ و تبصره آن؛ ماده ۵۲). دسته دوم سقط جنین بدون وجود هیچ‌گونه توجیه پزشکی و یا ضرورت اجتناب‌ناپذیر که قانون‌گذار در آن، اقدام به تشدید مجازات و وضع جرایم جدید مرتبط با آن نموده است (ماده ۵۶). دسته سوم اقداماتی که می‌تواند سقط جنین را به عنوان پیامد احتمالی خود به همراه داشته باشد؛ اما هدف اصلی و اولیه از انجام آن‌ها سقط جنین نیست، بلکه بررسی وضعیت سلامتی جنین است، مانند غربالگری‌های دوران بارداری که در قانون مذکور، محدودیت‌هایی را مستقیم یا غیر مستقیم و از طریق حذف حمایت‌های بیمه‌ای از هزینه‌های آن، بر آن بار کرده است (ماده ۵۳).

در این قانون نیز همانند بسیاری از قوانین خاص دیگر، قانون‌گذار به سازوکارهای کیفری توجه ویژه‌ای داشته است. جرم‌انگاری‌های جدید، تشدید مجازات جرایم سابق و ورود ضابطان خاص مانند وزارت اطلاعات به حوزه مقابله با رفتارهای ممنوع اعلام‌شده، از جمله این موارد است. این اقدامات در حالی صورت گرفته که کاهش عناوین مجرمانه و استفاده از سازوکارهای غیر کیفری، یکی از اولویت‌های اسناد بالادستی بوده است. از سوی دیگر، توسل فراوان این قانون به استفاده از مجازات حبس به ویژه تعیین حبس‌های طولانی‌مدت، با سیاست حبس‌زدایی که در سال‌های اخیر از طرف

دستگاه قضایی دنبال می‌شود، مابینت دارد. عدم توجه به اصل شفافیت قوانین و اجتناب از قانون‌گذاری مبهم، موجب شده که ابهام‌های اساسی در مورد میزان مجازات رفتارهای جرم‌انگاری شده ایجاد گردد.

هرچند این قانون جزء قوانین آزمایشی است و می‌توان امید داشت که در طول دوره آزمایشی، ایرادهای آن شناسایی شده و در پایان دوره آزمایشی جهت رفع آن‌ها اقدام گردد، ولی از آنجایی که ایرادهای اساسی به مداخلات کیفری این قانون وارد است، پیشنهاد می‌شود که حتی قبل از پایان دوره آزمایشی، تدابیر کیفری این قانون بازبینی شده و ایرادهای آن برطرف گردد. از این رو، اقدامات زیر جهت اصلاح این قانون پیشنهاد می‌شود:

ابتدا لازم است ارزیابی دقیقی در زمینه اثربخشی تدابیر کیفری پیش‌بینی شده در این قانون صورت گیرد. صرفاً در صورت اثبات کارآمدی سازوکارها و ضرورت جرم‌انگاری این رفتارها، مداخله کیفری صورت گیرد. در این راستا ضروری است بررسی دقیقی صورت گیرد که آیا در صورت اتخاذ تدابیر پیشگیرانه و غیر کیفری، اصولاً ضرورتی به جرم‌انگاری جدید هست یا خیر؟ همچنین باید بررسی شود که آیا نمی‌توان به جای توسل به مجازات از طریق تدابیر ترمیمی، انتظامی و انضباطی، مانع وقوع رفتارهای ممنوعه پیش‌بینی شده در این قانون شد؟

از آنجایی که تدوین‌کنندگان این قانون، هدف خود را حمایت از خانواده بیان کرده‌اند، آن‌چنان که در عنوان قانون نیز آمده است، ضروری است تدابیر کیفری که سختی با سایر بخش‌های این قانون ندارند، از متن قانون حذف شوند. در صورت اثبات ضرورت و اثربخشی جرم‌انگاری این رفتارها، پیشنهاد می‌شود که مواد جزایی این قانون پس از طرح و تصویب در صحن علنی مجلس شورای اسلامی در قالب مواد مکرر به قانون مجازات اسلامی اضافه شده و در ادامه مواد ۶۲۲ تا ۶۲۴ فصل پنجم قانون مجازات اسلامی (کتاب تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده) بیان گردند.

از آنجایی که نوع و تعداد ضمانت اجرای این قانون با ابهام‌های اساسی مواجه است، ضروری است که در زمان تعیین مجازات، مواد ۱۹ و ۲۰ قانون مجازات اسلامی مدنظر قرار گرفته و با لحاظ این مواد، ضمانت اجراها تعیین گردد.

## کتاب‌شناسی

۱. اردبیلی، محمدعلی، *حقوق جزای عمومی*، چاپ شصت و ششم، تهران، میزان، ۱۴۰۰ ش.
۲. امیدی، جلیل، *تفسیر قانون در حقوق جزا*، تهران، جنگل، ۱۳۸۹ ش.
۳. بابایی، محمدعلی، میثم غلامی، و فاطمة‌السادات هاشمی دمنه، «ارزیابی سیاست "جرم‌زدایی" قانون برنامه پنجم توسعه در قانون مجازات اسلامی»، *دوفصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری*، دوره یازدهم، شماره ۸، پاییز و زمستان ۱۳۹۳ ش.
۴. برهانی، محسن، «افساد فی الارض: ابهام مفهومی، مفاسد عملی (تحلیل حقوقی ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی)»، *فصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، دوره دوم، شماره ۲-۳، بهار و تابستان ۱۳۹۴ ش.
۵. بکاریا، سزار، *رساله جرایم و مجازات‌ها*، ترجمه محمدعلی اردبیلی، چاپ دهم، تهران، میزان، ۱۴۰۰ ش.
۶. پوربافرانی، حسن، «بایدها و نبایدهای جرم‌انگاری در حقوق کیفری ایران»، *فصلنامه مجلس و راهبرد*، سال بیستم، شماره ۷۵، پاییز ۱۳۹۲ ش.
۷. پیوندی، غلام‌رضا، و سیدعلی‌رضا میربد، «کیفرگذاری در پرتو اصل کرامت انسان»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، سال پانزدهم، شماره ۵۶، بهار ۱۳۹۷ ش.
۸. تقی‌زاده، جواد، مرتضی نجابت‌خواه، و سجاد فولادوند، «مفهوم ضرورت در اصل هشتاد و پنجم (۸۵) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، *فصلنامه دانش حقوق عمومی*، سال پنجم، شماره ۱۶، زمستان ۱۳۹۵ ش.
۹. خالقی، علی، *آیین دادرسی کیفری*، چاپ چهل و دوم، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۹ ش.
۱۰. دلماس مارتی، می‌ری، *نظام‌های بزرگ سیاست جنایی*، ترجمه علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ چهارم، تهران، میزان، ۱۳۹۸ ش.
۱۱. راسخ، محمد، و احمد مرکز‌المیری، «تبیین اصول تشریفاتی قانون‌گذاری»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره پانزدهم، ویژه‌نامه شماره ۹، تابستان ۱۳۹۱ ش.
۱۲. روستائی، مهرانگیز، و حامد رحمانیان، «مدنی‌سازی حقوق کیفری در پرتو قانون کاهش مجازات حبس تعزیری»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره هشتاد و پنجم، شماره ۱۱۳، بهار ۱۴۰۰ ش.
۱۳. سلمان‌پور، عباس، و حسن کاظمی، «تحولات تقنینی اعاده حیثیت در حقوق کیفری ایران»، *دوفصلنامه پژوهشنامه حقوق کیفری*، سال هفتم، شماره ۱ (پیاپی ۱۳)، بهار و تابستان ۱۳۹۵ ش.
۱۴. شریفی، محسن، محمدجعفر حبیب‌زاده، محمد عیسائی تفرشی، و محمد فرجیها، «دگرگونی‌های مسؤلیت کیفری اشخاص حقوقی در ایران»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره هفتاد و هفتم، شماره ۸۲، تابستان ۱۳۹۲ ش.
۱۵. شمس ناتری، محمدابراهیم، سیدوحید ابوالمعالی‌الحسینی، و زهراسادات‌علیزاده طباطبایی، «ویژگی‌های جرم‌انگاری در پرتو اسناد و موازین حقوق بشر»، *فصلنامه راهبرد*، سال بیستم، شماره ۵۸، بهار ۱۳۹۰ ش.
۱۶. صادقی، سیدمجید، سیدوحید صادقی، و محمد حسن‌پور، «بررسی فقهی - حقوقی مجازات سقط جنین در رسیدن به سیاست افزایش جمعیت»، *فصلنامه پژوهش‌نامه اسلامی زنان و خانواده*، سال ششم، شماره ۱۱، تابستان ۱۳۹۷ ش.
۱۷. عبدالله‌زاده شهربابکی، آزاده، «روش‌های ارتقای کیفیت قوانین»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره پنجاهم، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۹ ش.

۱۸. عبداللهی، افشین، «حواله کیفری به مجازات حدی در تعزیرات با تأکید بر انجام اعمالی به قصد براندازی نظام»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره هشتاد و پنجم، شماره ۱۱۵، پاییز ۱۴۰۰ ش.
۱۹. غلامی، حسین، «اصل حداقل بودن حقوق جزا»، *فصلنامه حقوق کیفری*، سال اول، شماره ۲، زمستان ۱۳۹۱ ش.
۲۰. فولادی، محمد، «تحلیلی بر تغییر و تحولات جمعیتی در ایران؛ با تأکید بر فرصت طلایی پنجره جمعیتی»، *فصلنامه معرفت فرهنگی اجتماعی*، سال دهم، شماره ۳ (پیاپی ۳۹)، تابستان ۱۳۹۸ ش.
۲۱. لازرژ، کریستین، *درآمدی بر سیاست جنایی*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ نهم، تهران، میزان، ۱۴۰۰ ش.
۲۲. مجیدی، سید محمود، «راهکارهای تأمین جرم‌انگاری توسعه‌گرا در حقوق کیفری»، *دوفصلنامه پژوهشنامه حقوق کیفری*، سال هشتم، شماره ۱ (پیاپی ۱۵)، بهار و تابستان ۱۳۹۶ ش.
۲۳. منتسکیو، شارل لوئی، *روح القوانين*، ترجمه علی اکبر مهتدی، چاپ دوازدهم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۹۲ ش.
۲۴. مؤذن‌زادگان، حسعلی، و حامد رهدارپور، «اصل شفافیت قانون» و جایگاه آن در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر و حقوق کیفری ایران»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، دوره بیست و سوم، شماره ۸۱، بهار ۱۳۹۷ ش.
۲۵. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، *مباحثی در علوم جنایی (تقریرات درس سیاست جنایی)*، دوره دکتری، دانشگاه شهید بهشتی، نیمسال دوم سال تحصیلی ۱۳۷۹-۱۳۷۸، ویراست هفتم، ۱۳۹۱ ش.، قابل دسترسی در وبگاه <[www.lawtest.ir](http://www.lawtest.ir)>.
۲۶. نکوئی، محمد، «اصل تناسب جرم و مجازات در قلمرو تخلفات اداری»، *فصلنامه حقوق اداری*، سال هشتم، شماره ۲۵، زمستان ۱۳۹۹ ش.
۲۷. هاشمی، سیدحسین، «نقد فقهی - حقوقی استقلال جرم افساد فی الارض در قانون مجازات اسلامی سال ۹۲»، *دوفصلنامه حقوق تطبیقی*، سال سوم، شماره ۲ (پیاپی ۶)، پاییز و زمستان ۱۳۹۵ ش.
۲۸. هاشمی، سیدمحمد، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، چاپ سی و دوم، تهران، میزان، ۱۴۰۰ ش.
29. Abrahamson, Peter, "End of an Era? China's One-Child Policy and its Unintended Consequences", *Asian Social Work and Policy Review*, Vol. 10 (3):326-338, October 2016.
30. Brown, Carolyn H., "The forced sterilization program under the indian emergency: Results in one settlement", *Human Organization*, Vol. 43(1):49-54, Spring 1984.
31. Cho, N. H., "Challenges of the population policy in the Republic of Korea", Paper presented at Forum on Population and Development in East Asia, Beijing, May 16-17, 2005.
32. Jiang, Quanbao & Shuzhuo Li & Marcus W. Feldman, "China's Population Policy at the Crossroads: Social Impacts and Prospects", *Asian Journal of Social Science*, Vol. 41(2):193-218, 2013.
33. Ogawa, Naohiro, "The emergence of very low fertility in Japan: Changing mechanisms and policy responses", Paper prepared for the International Symposium on Social Policy in Asia, Tokyo, 9-10 February 2007, <<http://www.econ.hit-u.ac.jp/~kokyo/sympo-feb07/paper/ogawa-Social%20Policy%20in%20Asia-1.pdf>>.

34. Samuel, Thenganamannil John, "The Development of India's Policy of Population Control", *The Milbank Memorial Fund Quarterly*, Vol. 44 (1):49-67, January 1966.
35. Skalla, Nicole M., "China's One-Child Policy: Illegal Children and the Family Planning Law", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 30(1):329-363, 2004.
36. Sobotka, Tomáš, "Fertility Trends in Europe: Is Below-Replacement Fertility an Inevitable Outcome of Second Demographic Transition?", Paper presented at VUB Colloquium on Demographic Challenge for the 21<sup>st</sup> Century, Brussels, February 15-16, 2007.



# تعهد گروه‌های مسلح به عدم به کارگیری کودکان زیر ۱۵ سال در مخاصمات مسلحانه با تأکید بر قضیه لوبانگا\*

- هیئت‌الله نژندی‌منش<sup>۱</sup>
- ایمان منتظری قهجاورستانی<sup>۲</sup>

## چکیده

مخاصمات مسلحانه همواره آثار مخربی بر جمعیت غیر نظامی داشته است. کودکان به عنوان طبقه‌ای آسیب‌پذیر از جمعیت غیر نظامی، همواره نیازمند حمایت‌های بیشتر در مخاصمات مسلحانه بوده‌اند. واقعیت مخاصمات مسلحانه کنونی، ارائه حمایت‌های اضافی به کودکان را توجیه می‌کند. از این روست که در قوانین نظامی اکثر کشورها، استخدام کودکان در نیروهای مسلح ممنوع شده است. با این حال، گروه‌های مسلح شرکت‌کننده در مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی، با توجه به عدم برابری در منابع و امکانات و همچنین این اعتقاد که تعهدات حقوقی برای آنان الزام‌آور نیست، به طرق مختلف مانند غیر رسمی،

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۲۹ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۲/۲۸.

۱. استادیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران (h\_nazhandi@atu.ac.ir).
۲. کارشناس ارشد حقوق بین‌الملل، گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول) (iman.montazeri.im@gmail.com).

داوطلبانه و حتی اجباری، به استخدام کودکان می‌پردازند. حقوق بشردوستانه و حقوق بین‌الملل کیفری با اتخاذ رویکردی موسع، تمامی اشکال استخدام کودکان را ممنوع اعلام نموده است. از طرف دیگر، مسئله مورد توجه برای جامعه جهانی، مشارکت کودکان در مخاصمات مسلحانه است که به روش‌هایی متفاوت مانند مشارکت مستقیم، غیر مستقیم و انجام وظایف حمایتی صورت می‌گیرد. با وجود ممنوعیت مشارکت مستقیم و غیر مستقیم کودکان در مخاصمات مسلحانه مطابق با حقوق بشردوستانه، مسئله مهم انجام وظایف حمایتی در مخاصمات مسلحانه است که با وجود فقدان ممنوعیت صریح در حقوق معاهداتی، دیوان بین‌المللی کیفری در اولین رأی خود در قضیه لوبانگا، در صورت وجود شرایط خاص، این عمل را نیز ممنوع اعلام کرده است.

**واژگان کلیدی:** استخدام و نام‌نویسی کودکان، گروه‌های مسلح، مشارکت فعال کودکان، مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی.

### مقدمه

در طول تاریخ، مخاصمات مسلحانه همواره آثار مخربی بر جمعیت غیر نظامی داشته است. امروزه با توجه به تغییر ماهیت، طولانی‌مدت بودن و افزایش گروه‌های مسلح مشارکت‌کننده در این مخاصمات، حمایت از کودکان به عنوان طبقه‌ای آسیب‌پذیر از غیر نظامیان، اهمیت فراوانی دارد. بنا بر گزارشات، بیش از ۴۲۰ میلیون کودک در کشورهایی که تحت تأثیر مخاصمه مسلحانه هستند، زندگی می‌کنند<sup>۱</sup> و ۱۲۵ میلیون از این کودکان به صورت مستقیم تحت تأثیر این مخاصمات هستند.<sup>۲</sup> یکی از آثار مستقیم مخاصمات مسلحانه بر کودکان،<sup>۳</sup> استخدام و به کارگیری آن‌ها در مخاصمات مسلحانه

1. Save the Children, stop the war on children Protecting the Children in 21<sup>ST</sup> Century Conflicts, Germany, 2019.

2. <<https://onu.delegfrance.org/Children-and-armed-conflicts-10458>>.

۳. مرگ و مجروحیت کودکان، از دیگر آثار مخاصمات مسلحانه بر کودکان است. سخنگوی صندوق کودکان ملل متحد (UNICEF) در گزارش اخیر خود بیان نمود که از زمان شروع مخاصمه در یمن تا کنون، بیش از ده هزار کودک کشته و مجروح شده‌اند.

<<https://www.unicef.org/press-releases/shameful-milestone-yemen-10000-children-killed-or-maimed-fighting-began>>.

است. آن‌گونه که گزارش شده است، بیش از ۱۰۰ هزار کودک به صورت قهری به استخدام نیروهای مسلح یا گروه‌های مسلح غیر دولتی در آمده‌اند<sup>۱</sup> که اکثریت این کودکان کمتر از ۱۵ سال سن دارند.<sup>۲</sup>

امروزه اکثر مخاصمات مسلحانه، داخل در قلمرو یک کشور رخ می‌دهد. یکی از ویژگی‌های شاخص این مخاصمات، حضور و افزایش گروه‌های مسلح غیر دولتی (زین‌پس گروه‌های مسلح) مشارکت‌کننده در این مخاصمات است. اگرچه ماهیت، سازمان‌یافتگی و ساختار گروه‌های مسلح از موضوعات مهم حقوقی معاصر محسوب می‌شود، با این حال، از دیدگاه حقوق بین‌الملل، معرفت نسبتاً اندکی نسبت به این گروه‌ها وجود دارد. این موضوع می‌تواند دو دلیل داشته باشد: نخست، در صورت وجود مخاصمه مسلحانه داخلی، حقوق قابل اعمال بر گروه‌های مسلح (یعنی حقوق بشردوستانه) بخشی از حقوق بین‌الملل عمومی است که این حقوق هنوز تا حدودی حقوقی دولت‌محور است (Sivakumaran, 2012: 3). دوم، از دیدگاه روش‌شناسی، گروه‌های مسلح شامل نهادهای متنوعی با اهداف، ویژگی‌ها و حتی تعهدات مختلف می‌شوند (Heffes, 2019: 230). فقدان معیارهای یکسان به منظور اشاره به این نهادها، منجر به استفاده از عناوین مختلفی برای اشاره به آن‌ها شده است: گروه‌های مسلح، گروه‌های مسلح غیر دولتی، بازیگران غیر دولتی مسلح، گروه‌های مسلح سازمان‌یافته، گروه‌های مسلح مخالف، شورشیان و... در هر صورت به نظر می‌رسد تمامی این عناوین مشتمل بر نهادهایی باشند که: ۱- مطابق با حقوق داخلی، غیر قانونی محسوب می‌شوند؛ ۲- جزء نیروهای مسلح دولتی نیستند؛ ۳- عمدتاً به منظور استفاده از خشونت مسلح ایجاد شده‌اند؛ ۴- بر خلاف دولت‌ها بعد از پایان مخاصمه از بین می‌روند (Heffes & Frenkel, 2017: 45).

در این مقاله، منظور ما از گروه‌های مسلح غیر دولتی، طرف غیر دولتی یک

1. <<https://www.mei.edu/publications/begin-children-child-soldier-numbers-doubled-middle-east-2019>>.

2. <<https://www.unicef.org/press-releases/unicef-executive-director-henrietta-fores-remarks-un-security-council-open-debate>>.

مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی است. آنچه که یک گروه مسلح را طرف یک مخصوصه مسلحانه غیر بین‌المللی قرار می‌دهد، علاوه بر معیار شدت خشونت که یک معیار بیرونی است، وجود حداقل سازمان‌یافتگی به عنوان یک معیار داخلی برای گروه‌های مسلح است. سازمان‌یافتگی گروه‌های مسلح به این دلیل اهمیت دارد که وجود آن، دلالت بر وجود مستقل یک نهاد در فضای بین‌المللی دارد. واضح است که اگر نهادی دیگر بر یک گروه مسلح، کنترل اعمال کند، مطابق با حقوق مسئولیت بین‌المللی، اعمال آن گروه قابل انتساب به آن نهاد دوم است؛ در نتیجه می‌توان گروه مسلح را ارگان دوفاکتوی نهاد دوم در نظر گرفت (برای مطالعه بیشتر در این باره، ر.ک: ابراهیم‌گل و سیفی، ۱۳۹۳).

در سال‌های اخیر، استخدام و به کارگیری کودکان در مشخصات مسلحانه توسط گروه‌های مسلح، به مسئله‌ای جدی برای جامعه بین‌المللی تبدیل شده است. جای تعجب نیست که مطابق با گزارش دبیر کل سازمان ملل متحد در مورد کودکان و مشخصات مسلحانه، از ۵۷ طرف درگیر در مشخصات مسلحانه که در فهرست ضمیمه این گزارش ذکر شده‌اند، ۴۹ گروه مسلح غیر دولتی درگیر این مشخصات هستند که در کشورهای مختلف فعالیت می‌کنند.<sup>۱</sup> دلایل مختلفی برای استخدام کودکان توسط گروه‌های مسلح وجود دارد. کودکان اغلب مطیع‌تر و قابل کنترل‌تر از بزرگسالان هستند، خطرات بیشتری را می‌پذیرند، احتمال ترک گروه توسط آن‌ها کمتر است و استخدام کودکان توسط گروه‌های مسلح، هزینه‌های عملیاتی گروه را کاهش می‌دهد؛ زیرا تهیه غذا و البسه برای آن‌ها در مقایسه با بزرگسالان ارزان‌تر است (Haer & Faulkner & Whitaker, 2020: 239). اگرچه دلایلی مانند فقر، بی‌سوادی، گرسنگی، دفاع از خانواده و قبیله، منجر به پیوستن داوطلبانه کودکان به گروه‌های مسلح می‌شود، با این حال، خود گروه‌های مسلح نیز با روش‌هایی مانند ربودن یا تهدید کودکان، آن‌ها را به صورت اجباری در گروه استخدام می‌کنند. استخدام اجباری یا داوطلبانه کودکان توسط گروه‌های مسلح، منجر به بر عهده گرفتن وظایف مختلفی

1. UN Security Council, 7414<sup>th</sup> Meeting, 25 March, 2015, UN Doc. SP/PV.7414.

از سوی آنان در مخاصمه مسلحانه می‌شود، مانند: مشارکت در مخاصمه، مین‌گذاری، جاسوسی، دیده‌بانی، پیک یا محافظ و انجام عملیات لجستیکی یا حمایتی مانند حمل و نقل، آشپزی و کارهای خانگی (Haer & Bohmelt, 2016: 160).

بنابراین بر خلاف تحقیقات موجود که بیشتر بر طرف دولتی مخاصمات مسلحانه توجه دارند، در این نوشتار ممنوعیت استخدام و به کارگیری کودکان توسط گروه‌های مسلح در مخاصمات مسلحانه را مورد بررسی قرار می‌دهیم. مطابق با حقوق بین‌الملل، گروه‌های مسلح، دولت محسوب نمی‌شوند و صلاحیت پیوستن به معاهدات و تعهدات بین‌المللی را ندارند؛ از این رو در نگاه اول به نظر می‌رسد که آن‌ها ملزم به رعایت و اجرای تعهدات بین‌المللی نمی‌باشند. بدین جهت در گفتار اول به تعیین تعهدات حقوقی گروه‌های مسلح در رابطه با ممنوعیت استخدام و به کارگیری کودکان در مخاصمات مسلحانه می‌پردازیم. مطالب این بخش در دو قسمت جداگانه، ابتدا ممنوعیت استخدام و به کارگیری کودکان در حقوق بشردوستانه را مورد مذاقه قرار می‌دهد. با اثبات وجود تعهدات حقوقی گروه‌های مسلح مطابق با حقوق بشردوستانه، ادامه مطالب در گفتار مذکور، حدود و ثغور جرم‌انگاری تعهد مذکور در حقوق بین‌الملل کیفری را بررسی می‌کند. با وجود این ممنوعیت‌ها در حقوق بشردوستانه و حقوق بین‌الملل کیفری، وجود خلأهایی در این دو شاخه از حقوق و همچنین استفاده فراوان از کودکان در مخاصمات مسلحانه، ایجاد محکمه‌ای بین‌المللی به منظور تفسیر و محاکمه عاملان این جنایت در حقوق بین‌الملل ضرورت یافت. رویه محاکم بین‌المللی به خصوص رویه دیوان بین‌المللی کیفری در کنار رویه دادگاه ویژه سیرالئون، با تفسیر این حقوق ضمن محاکمه عاملان این جنایت، نقشی مهم در برطرف کردن این خلأ حقوقی ایفا نمودند. از این رو در گفتار دوم، مهم‌ترین یافته‌های دیوان بین‌المللی کیفری را در اولین رأی خود (قضیه لوبانگا)، که در آن متهم به اتهام استخدام و به کارگیری کودکان محکوم شده است، مورد مذاقه قرار می‌دهیم.

## ۱. مبنای حقوقی منع به کارگیری کودکان در مخاصمات مسلحانه

استخدام کودکان در گروه‌های مسلح و اجبار آن‌ها به مشارکت در مبارزه‌ها،

رویه‌ای تکراری در مخاصمات مسلحانه معاصر است. نیروهای مسلح انقلابی کلمبیا (FARC) کودکان را به صورت قهری یا داوطلبانه استخدام، و آنان را مجبور به انجام فعالیت‌های مختلف مانند مین‌گذاری می‌نمودند. مطابق با گزارشات از ۲۰۰۳ تا ۲۰۰۸، بیره‌ای آزادی‌خواه تامیل ایلم (LTTE) در سریلانکا بیش از شش هزار کودک را استخدام نمودند. استفاده از کودکان به منظور بر عهده گرفتن وظایف مختلف، از ویژگی‌های بارز مخاصمات مسلحانه در عراق، سوریه و یمن است. کودکان بسیاری که از طریق ربودن یا شستشوی مغزی به استخدام داعش درآمدند، حملات تروریستی فراوانی از جمله بمب‌گذاری انتحاری در مناطق مختلف عراق و سوریه انجام داده‌اند (Drumbl, 2020: 660-661). این مثال‌ها، منجر به افزایش توجه جامعه بین‌المللی به مسئله کودک‌سرباز شد و در نتیجه مقررات بین‌المللی فراوانی در این موضوع تصویب گردید.<sup>۱</sup> ذکر این نکته حائز اهمیت است که مطابق با اصل قانونی بودن جرائم، برای جرم‌انگاری عملی در حقوق بین‌المللی کیفری و محاکمه افراد، ابتدا باید تعهدی حقوقی برای افراد وجود داشته باشد (آقائی جنت‌مکان، ۱۳۹۳: ۵۷). در صورت عدم وجود این تعهد، اعضای گروه‌های مسلح می‌توانند این ادعا را مطرح سازند که آن‌ها مسئولیت کیفری فردی بین‌المللی ندارند و محاکم کیفری، صلاحیت حقوقی برای محاکمه این افراد ندارند. در حقوق بین‌الملل، تعهد حقوقی گروه‌های مسلح به عدم به کارگیری و ممنوعیت استخدام کودکان در مخاصمات مسلحانه، ابتدا در چهارچوب حقوق بین‌الملل بشردوستانه شکل گرفت. این اقدام به نوبه خود، منجر به جرم‌انگاری این عمل در حقوق بین‌الملل کیفری و اساسنامه محاکم بین‌المللی گردید.

۱. لازم به ذکر است که حقوق بشر به عنوان حقوق قابل اجرا در تمامی زمان‌ها، در رابطه با استخدام و به کارگیری کودکان در مخاصمات مسلحانه، محدودیت‌هایی را برای گروه‌های مسلح وضع نموده است. با این حال، با توجه به این موضوع که حقوق بشر، حداقل سن برای تعریف کودک را ۱۸ سال تعریف نموده است، در این مقاله به بررسی ممنوعیت‌های مندرج در حقوق بشر نمی‌پردازیم. ماده ۴ پروتکل الحاقی به کنوانسیون حقوق کودک بیان می‌کند که: ۱- گروه‌های مسلحی که متمایز از نیروهای مسلح یک کشور هستند، تحت هیچ شرایطی نباید اشخاص کمتر از ۱۸ سال را استخدام یا در مخاصمات از آن‌ها استفاده کنند (همچنین ر. ک: ماده ۳ مقاله‌نامه ۱۸۲ سازمان بین‌المللی کار در مورد بدترین اشکال کار کودکان؛ اصول و راهنمای پاریس در مورد کودکان همراه با نیروهای مسلح یا گروه‌های مسلح).

با ذکر این مقدمه، در ادامه با بررسی حقوق بین‌الملل بشردوستانه، قلمرو تعهد گروه‌های مسلح را در رابطه با ممنوعیت استخدام و به‌کارگیری کودکان در مخاصمات مسلحانه مشخص می‌سازیم. واضح است که در صورت وجود این تعهد، مبنای حقوقی به منظور جرم‌انگاری این عمل در حقوق بین‌الملل کیفری وجود دارد. این مسئله در ادامه مورد ارزیابی قرار گرفته است.

### ۱-۱. حقوق بین‌الملل بشردوستانه

اولین و مهم‌ترین منبع تعهدات گروه‌های مسلح در حقوق بین‌الملل، حقوق بین‌الملل بشردوستانه است. حقوق بین‌الملل بشردوستانه را می‌توان به عنوان مجموعه‌ای از قواعد که به دلایل بشردوستانه در صدد محدود نمودن اثرات مخاصمات مسلحانه است، تعریف نمود (Quintin, 2020: xix). حقوق بین‌الملل بشردوستانه به عنوان شاخه‌ای از حقوق بین‌الملل، در اصل به منظور قاعده‌مندسازی روابط کشورها در زمان مخاصمات مسلحانه ایجاد شده است. با توجه به این دیدگاه، اصولاً حقوق بین‌الملل کلاسیک، ناظر به مخاصمات مسلحانه بین‌المللی بوده و تا مدت‌ها حاوی قواعدی در رابطه با مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی نبوده است؛ چرا که این مخاصمات معمولاً در قلمرو یک کشور، بین گروهی موسوم به شورشیان و دولت رخ می‌دهد و دولت‌ها حاضر نبودند قدرت خود به منظور سرکوب شورشیان را در قالب مقررات بین‌المللی محدود سازند و اعتقاد داشتند که حقوق حاکم بر این مخاصمات، حقوق داخلی است و نه حقوق بین‌الملل. با این حال، با گذشت زمان و با توجه به جایگزینی رویکرد انسان‌محور به جای رویکرد حاکمیت‌محور در حقوق بین‌الملل (ICTY, 1995: 97) و همچنین گسترش روزافزون این مخاصمات و تأثیری که فجایع این مخاصمات بر افکار عمومی بین‌المللی گذاشت، جامعه بین‌المللی آمادۀ تصویب مقرراتی بین‌المللی در این زمینه شد. با توجه به رویکرد دولت‌محور حقوق بین‌الملل و با توجه به این حقیقت که گروه‌های مسلح، مطابق با تعریف پذیرفته‌شده در حقوق بین‌الملل، دولت محسوب نمی‌شوند، ابتدا لازم است که منبع تعهدات گروه‌های مسلح در حقوق بشردوستانه مشخص شود. تعهدات حقوقی گروه‌های مسلح در طول زمان و با توجه به افزایش

نقش آن‌ها در جامعه بین‌المللی متفاوت بوده است؛ لذا به جاست که به منظور تعیین منبع تعهدات گروه‌های مسلح، توضیحی مختصر در رابطه با سیر تاریخی توسعه حقوق بشردوستانه قابل اجرا در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی (از زمان تأسیس سازمان ملل متحد تا کنون) ارائه شود.

حقوق بین‌الملل بشردوستانه قابل اجرا در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی در طول زمان توسعه چشمگیری یافته است. بعد از اتمام جنگ جهانی دوم، گروه‌های مسلح مسئله مهمی برای جامعه بین‌المللی محسوب نمی‌شدند. از این رو، تنها یک ماده در حقوق بین‌الملل وجود داشت که به مسئله گروه‌های مسلح می‌پرداخت که ماده مذکور نیز به صورت غیر مستقیم، گروه‌های مسلح را مورد خطاب قرار می‌داد. این ماده، ماده ۳ مشترک در کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو<sup>۱</sup> بود که تنها به بیان قواعد قابل اجرا در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی می‌پرداخت. بنابراین رویکرد غالب بعد از جنگ جهانی دوم این بود که قواعد حداقلی بشردوستانه، باید در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی اجرا شود. در دهه ۶۰ میلادی، اولین جنبش‌های ضد استعماری پدیدار شد و در دهه ۷۰ میلادی، جامعه بین‌المللی شاهد افزایش جنبش‌های چریکی بسیاری بود. در این زمان، توسعه تدریجی حقوق بشردوستانه قابل اجرا در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی آغاز، و مسئله گروه‌های مسلح به صورت واضح در فضای بین‌المللی مطرح شد. با توجه به این جنگ‌ها و جنبش‌ها، حقوق بین‌الملل بشردوستانه، رویکرد قوی‌تری نسبت به گروه‌های مسلح اتخاذ نمود. این رویکرد قوی‌تر، از طریق تصویب دو معاهده یعنی پروتکل‌های الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو، مسئله گروه‌های مسلح را مورد بررسی قرار می‌دهد. از میان این دو پروتکل، پروتکل الحاقی دوم به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو،<sup>۲</sup> به صورت مستقیم گروه‌های مسلح طرف مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی را مورد خطاب قرار داده و تعهداتی بر آن‌ها تحمیل می‌کند. در

1. Common Article 3 (CA3).

2. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977.



مورد پروتکل الحاقی اول به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو،<sup>۱</sup> این پروتکل نیز برای گروه‌های مسلح قابل اجراست؛ ولی در مورد گروه‌های مسلح مخصوصی به کار می‌رود که جنبش‌های آزادی‌بخش ملی نامیده می‌شوند. مطابق با فشار برخی از کشورها در کنفرانس دیپلماتیک ۱۹۷۷ ژنو، تصمیم گرفته شد که حقوق قابل اجرا برای جنبش‌های آزادی‌بخش ملی و ضد استعماری، حقوق مخاصمات مسلحانه بین‌المللی باشد و نه حقوق مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی (Clapham, 2015: 20). در این زمان، مهم‌ترین تعهدات بشردوستانه که به صورت مستقیم گروه‌های مسلح را مورد خطاب قرار می‌دهند، تدوین گردیده و با توجه به نقش این گروه‌ها، برخی از آنان حداقل به عنوان ناظر، در مذاکرات پروتکل الحاقی مشارکت نمودند. از این زمان به بعد، نقش عرف بین‌المللی بشردوستانه در تنظیم قواعد بشردوستانه قابل اجرا در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی بیشتر از حقوق معاهداتی است. در دهه ۹۰ میلادی، جامعه بین‌المللی متوجه تغییر ماهیت و افزایش مخاصمات مسلحانه شد. در این زمان، جامعه بین‌المللی شاهد جنگ‌های مختلفی مثلاً در یوگسلاوی سابق، شکل‌گیری گروه‌های مسلح مختلف که برخی از آن‌ها ساختاری شبه دولتی داشتند و همچنین ترکیبی از مخاصمه مسلحانه بین‌المللی و غیر بین‌المللی در قلمرو یک کشور است. همچنین در این زمان، محاکم کیفری مختلفی مانند دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق<sup>۲</sup> به منظور رسیدگی به جنایات ارتكابی در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی تأسیس شدند. یکی از یافته‌های مهم دادگاه یوگسلاوی سابق در قضیه تادیچ این بود که: «آنچه که غیر انسانی و در نتیجه انجام آن در مخاصمات بین‌المللی ممنوع است، ممکن نیست در مخاصمات داخلی، عملی انسانی و پذیرفتنی محسوب شود» (ICTY, 1995: 119).

در این زمان و برای اولین بار، دادگاه یوگسلاوی سابق در قضیه تادیچ بیان نمود که بسیاری از قواعد و اصول بشردوستانه که ماهیت عرفی کسب نموده‌اند، به صورت

1. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977.
2. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY).

یکسان در مخصصات مسلحانه بین‌المللی و غیر بین‌المللی اجرا می‌شوند و برای گروه‌های مسلح نیز لازم‌الاجرا می‌باشند (Ibid.: para. 96). این رأی، تحولی اساسی در حقوق بشردوستانه ایجاد نمود و بسیاری از کاستی‌های حقوق مخصصات مسلحانه غیر بین‌المللی را رفع نمود؛ زیرا بسیاری از قواعد موجود در ماده ۳ مشترک و پروتکل الحاقی دوم، بسیار ابتدایی و در رابطه با حمایت از غیر نظامیان، قواعد این اسناد بسیار محدود و ابتدایی محسوب می‌شوند. ماده ۳ مشترک مربوط به حداقل حمایت‌های قابل اجرا در مخصصات مسلحانه غیر بین‌المللی است و اگرچه پروتکل الحاقی دوم، توسعه‌دهنده و تکمیل‌کننده ماده ۳ مشترک است، با این حال، این پروتکل نیز از جهات بسیاری فاقد مقررات قابل اجرا برای تنظیم روابط طرفین مخاصمه و غیر نظامیان است. رأی تادیچ منجر به انجام مطالعه‌ای توسط کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در مورد عرف بشردوستانه شد (Henckaerts & Doswald-Beck, 2005). این مطالعه که حدود ۱۰ سال طول کشید و ۱۵۰ کارشناس در این طرح شرکت کردند، نتیجه گرفت که از ۱۶۱ قاعده عرفی بشردوستانه، ۱۴۱ قاعده آن در مخصصات مسلحانه غیر بین‌المللی قابل اجراست. بسیاری از این قواعد که ریشه در حقوق مخصصات بین‌المللی دارد، از جهات مختلف مخصوصاً شیوه و روش‌های جنگی، فقدان موجود در حقوق معاهداتی بشردوستانه ناظر بر مخصصات مسلحانه غیر بین‌المللی را رفع نمود (Henckaerts, 2005: 188-193). از این زمان تا به حال، با توجه به این واقعیت که اکثر مخصصاتی که امروزه شاهد آن هستیم، مخصصات مسلحانه غیر بین‌المللی است (Bellal, 2019)، گروه‌های مسلح نقش مهمی در جامعه بین‌المللی دارند و در فعالیت‌هایی مشارکت می‌کنند که در بسیاری از جهات، تأثیر قابل توجهی بر زندگی غیر نظامیان دارد (Murray, 2016: 13).

با توجه به مقدمه بالا مشخص شد که منبع تعهدات گروه‌های مسلح در مخصصات مسلحانه غیر بین‌المللی، ماده ۳ مشترک، پروتکل الحاقی دوم و حقوق عرفی بشردوستانه است.<sup>۱</sup> اکنون قلمرو تعهدات گروه‌های مسلح در رابطه با ممنوعیت به کارگیری و استخدام کودکان در مخصصات مسلحانه به صورت مفصل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. در مورد بنای حقوقی الزام گروه‌های مسلح به حقوق بین‌الملل بشردوستانه، ر.ک: محمودی و منتظری قهجاورستانی، ۱۴۰۰: ش ۳.

## ۱-۱-۱. ممنوعیت مشارکت کودکان در مخاصمه مسلحانه

ماده ۳ مشترک به عنوان اولین منبع تعهدات گروه‌های مسلح و همچنین به عنوان ماده‌ای که در تمامی مخاصمات مسلحانه برای تمامی طرف‌های مخاصمه قابل اجراست، حاوی قواعدی خاص برای حمایت از کودکان نیست. دلیل این خلأ مقرراتی آشکار است. با توجه به مقدمه مختصری که در بالا ذکر شد، در زمان تدوین این ماده، گروه‌های مسلح مسئله مهمی برای جامعه بین‌المللی محسوب نمی‌شدند و دولت‌ها اعتقاد داشتند که مسائل مربوط به گروه‌های مسلح، داخل در صلاحیت داخلی آنان می‌باشد و حقوق حاکم بر آن، حقوق داخلی است نه حقوق بین‌الملل. با این حال، با گذشت زمان و افزایش نقش گروه‌های مسلح در فضای بین‌المللی، مسئله حمایت از کودکان در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی مورد توجه جامعه بین‌المللی قرار گرفت. از این رو، پروتکل الحاقی دوم علاوه بر ارائه حمایت‌های مستقیم و غیر مستقیم بر کودکان،<sup>۱</sup> قاعده‌ای خاص به منظور ممنوعیت استخدام و استفاده از کودکان در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی تدوین نمود. پاراگراف ج از بند ۳ ماده ۴ پروتکل الحاقی دوم بیان می‌کند:

«کودکانی که به سن ۱۵ سال نرسیده‌اند، نه مجاز است که به استخدام نیروها یا گروه‌های مسلح درآیند و نه مجاز است که در مخاصمات شرکت نمایند».

با این حال، آستانه اجرایی شدن مقررات پروتکل الحاقی دوم بسیار بالا و قلمرو اجرایی شدن مقررات آن بسیار محدود است؛ برای مثال، پروتکل الحاقی دوم بر

---

۱. مطابق با پروتکل الحاقی دوم، کودکان علاوه بر بهره‌مندی از حمایت‌های کلی که به غیر نظامیان اختصاص دارد، از حمایت‌های اضافی نیز برخوردار هستند. این حمایت‌ها شامل این موارد است: تعلیم و تربیت از جمله تعلیم و تربیت مذهبی و اخلاقی مطابق با آرزوی والدین خود و در صورت فقدان والدین، کسانی که مسئول مواظبت از آن‌ها هستند؛ اتخاذ اقدامات متناسب به منظور بازگرداندن کودکان به خانواده‌های خود؛ در صورت ضرورت و امکان، اتخاذ اقداماتی با رضایت والدین و یا کسانی که به موجب قانون یا عرف اصولاً مسئول مراقبت از اطفال هستند، به منظور انتقال موقت کودکان از مناطق جنگی به مناطق امن‌تر در داخل کشور و تضمین این مورد که آن‌ها توسط افرادی که مسئول حفظ سلامتی و تدرستی آن‌ها هستند، همراهی شوند؛ عدم اجرا و اعمال مجازات اعدام نسبت به اشخاصی که در زمان ارتکاب جرم، کمتر از ۱۸ سال دارند و بهره‌مندی کودکان کمتر از سن ۱۵ سال از حمایت‌های ویژه این ماده حتی در صورت مشارکت مستقیم در مخاصمه (Additional Protocol II, Article 4(3), Additional Protocol II, Article 6(4)).

مخاصمات مسلحانه‌ای که میان دو یا چند گروه مسلح رخ می‌دهد و مشخصات مسلحانه غیر بین‌المللی که گروه‌های مسلح بر قلمرو سرزمینی کنترل کافی ندارند، اجرا نمی‌شود. البته این بدان معنا نیست که در این وضعیت‌ها، گروه‌های مسلح تعهدات بین‌المللی ندارند. حقوق بین‌الملل عرفی به عنوان حقوق قابل اجرا در تمامی مشخصات و الزام‌آور برای همه گروه‌های مسلح، این خلأ مقرراتی را رفع می‌کند. قواعد ۱۳۶ و ۱۳۷ مطالعه کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در مورد حقوق بین‌الملل بشردوستانه عرفی بیان می‌کند که «کودکان نباید به استخدام نیروهای مسلح و گروه‌های مسلح درآیند» و «کودکان مجاز به مشارکت در مخاصمه نیستند». مطابق با تفسیر همراه با این قواعد، این قواعد با توجه به ماهیت عرفی خود در مشخصات مسلحانه بین‌المللی و مشخصات مسلحانه غیر بین‌المللی قابل اجرایند و در نتیجه، گروه‌های مسلح ملزم به رعایت آن هستند (Henckaerts & Doswald-Beck, 2005: Rules. 136-137). با توجه به این توضیحات، در ادامه به صورت مفصل، ممنوعیت استخدام و به کارگیری کودکان در مشخصات مسلحانه غیر بین‌المللی تعیین می‌گردد.

یکی از اهداف حقوق بین‌الملل بشردوستانه، ممنوعیت مشارکت کودکان در مشخصات مسلحانه است. از این رو، اولین اقدام برای اعمال این ممنوعیت، تعیین حداقل سنی است که مطابق با آن، کودک تعریف می‌شود. در کنفرانس دیپلماتیک ۱۹۷۴-۷۷ ژنو، با توجه به اختلاف نظر عمیق در سطح ملی و نظام‌های حقوقی مختلف، یکی از دشوارترین کارها، تعیین این محدوده سنی بود. در نهایت، محدوده سنی ۱۵ سال که بر مبنای ملاحظات واقع‌بینانه در متن پیش‌نویس کمیته بین‌المللی صلیب سرخ پیشنهاد شده بود، پذیرفته شد (Sandoz, 1987: 4556). در نتیجه، اولین ممنوعیت حقوق بشردوستانه عرفی و معاهده‌ای قابل اجرا در مشخصات مسلحانه غیر بین‌المللی بیان می‌کند که کودکان زیر ۱۵ سال، مجاز به مشارکت در مشخصات مسلحانه نیستند. در اینجا ذکر این نکته مهم است که این ممنوعیت، کامل‌تر از ممنوعیت ارائه‌شده در مشخصات مسلحانه بین‌المللی است. مطابق با ماده ۷۷ پروتکل الحاقی اول:

«طرف‌های مخاصمه، همه گونه اقدامات ممکن را به عمل خواهند آورد، به خصوص با اجتناب از استخدام کودکان در نیروهای مسلح، تا کودکان کمتر از ۱۵ سال به طور

مستقیم در مخاصمات شرکت نکنند» (Additional Protocol I, Article 77(2)).

بدین سان بر خلاف پروتکل الحاقی دوم، ممنوعیت مذکور در پروتکل الحاقی اول، مشارکت غیر مستقیم در مخاصمه را در بر نمی گیرد (ممتاز و رنجبریان، ۱۳۹۳: ۱۲۵). همان گونه که ذکر شد، ممنوعیت مندرج در حقوق بشردوستانه قابل اجرا در مخاصمات مسلحانه غیر بین المللی، تعهدی مطلق و ماهیتاً تعهد به نتیجه است. از این رو، این ممنوعیت، مشارکت مستقیم و غیر مستقیم کودکان در مخاصمه را منع می کند. از مصادیق مشارکت مستقیم در مخاصمه می توان به استفاده از کودکان در: مبارزه، گشت زنی های مسلحانه، محافظت از اشیاء نظامی، جاسوسی، دیده بان، محافظت از فرماندهان، سپر انسانی و خرابکاری نام برد. اعمالی که ارتباطی به مخاصمه ندارد، ارتباطی به مفهوم مشارکت مستقیم ندارد، شامل استفاده از کودکان برای: کار خانگی، تهیه غذا یا بر عهده گرفتن مشاغل خانگی که ماهیت کاملاً غیر نظامی دارند، مانند آشپزی، تأمین غذا، لباس شویی یا انجام کارهای عادی و روزمره (Sivakumar, 2012: 309). از مصادیق مشارکت غیر مستقیم در مخاصمه نیز می توان جمع آوری اطلاعات، انتقال و ابلاغ دستورهای نظامی و حمل مهمات و آذوقه برای رزمندگان را نام برد (ممتاز و رنجبریان، ۱۳۹۳: ۱۲۴). آنچه در این موضوع مشکل ایجاد می کند، وجود یک ناحیه خاکستری برای عملیات های حمایتی مخصوص است که این موضوع در قسمت بعد و تحت عنوان حقوق بین الملل کیفری مورد بررسی قرار می گیرد.

موضوع دیگری که مرتبط با ممنوعیت مشارکت کودکان در مخاصمه است و مهم است که مورد بررسی قرار گیرد، مسئله همراهی کودکان با گروه های مسلح است. حضور کودکان در کمپ های گروه های مسلح، به صورت خودکار منجر به نقض حقوق بشردوستانه توسط گروه های مسلح نمی شود. لازم به ذکر است که حقوق بین الملل بشردوستانه بر مبنای اصل تساوی حقوق و تعهدات طرفین مخاصمه بنا شده است. مطابق با اصل تساوی متخاصمان،<sup>۱</sup> حقوق بشردوستانه به صورت مساوی بر طرفین مخاصمه مسلحانه به کار می رود و حقوق و تعهدات یکسانی بر آنها تحمیل

1. Equality of Belligerents.

می‌کند (Tuck, 2015: 312). از آنجا که حقوق بشردوستانه، کشورها را نسبت به دخالت کودکان در امور حاکمیتی منع نمی‌کند، نباید این نتیجه گرفته شود که هر گونه همراهی کودکان با گروه‌های مسلح ممنوع است (Sassòli, 2019: 285). بنابراین خانواده‌ها ممکن است به صورت مشروع به منظور مورد حمایت قرار گرفتن، به کمپ‌های گروه‌های مسلح بروند و این واقعیت که برخی از اعضای گروه‌های مسلح به همراه خانواده خود زندگی می‌کنند و بنابراین کودکان همراه با والدین خود هستند، منجر به نقض حقوق بشردوستانه نمی‌شود (Child Soldier International, 2015: 11).

### ۱-۲. ممنوعیت استخدام کودکان در مخاصمه مسلحانه

علاوه بر ممنوعیت به کارگیری کودکان در مخاصمات مسلحانه، حقوق بشردوستانه همچنین استخدام<sup>۱</sup> کودکان کمتر از ۱۵ سال را در گروه‌های مسلح منع نموده است. این ممنوعیت نیز یک ممنوعیت مطلق است که بر تمامی اشکال استخدام حاکم است. استخدام هم شامل فرایند منجر به عضویت کودکان در گروه‌های مسلح (سربازگیری و نام‌نویسی)، و هم شامل جایگاه (عضویت افراد در نیروهای نظامی) می‌شود. سربازگیری<sup>۲</sup> به صورت ضمنی دلالت بر استفاده از زور یا اجبار (حتی از طریق قانون) دارد که شامل ربودن افراد به منظور فعالیت خاص در سازمان و همچنین آموزش نظامی اجباری افراد می‌شود. استخدام و عضویت در نیروهای مسلح دولتی در حقوق داخلی تعریف می‌گردد و از طریق ادغام رسمی در واحد نظامی قابل تشخیص تکمیل می‌شود. در مقابل، بسیاری از گروه‌های مسلح دارای چنین فرایند رسمی و ساختار نظامی عضویت قابل تشخیص نیستند. واضح است که در صورت پذیرش این تعریف مضیق از استخدام، استخدام کودکان کمتر از ۱۵ سال در گروه‌های مسلح، منجر به نقض حقوق بشردوستانه نمی‌شود. با این حال رویه بین‌المللی، عبارت استخدام را به صورت موسع تفسیر نموده تا شامل استخدام غیر رسمی و دیگر روش‌های عضویت کودکان در گروه‌های مسلح شود. در این راستا، «اصول راهنمای کمیته بین‌المللی صلیب سرخ

1. Recruitment.  
2. Conscription.

برای اجرای داخلی یک سیستم جامع حمایت از کودکان همراه با نیروهای مسلح یا گروه‌های مسلح»، مفهوم استخدام را به عنوان فرایند کامل استخدام پرسنل نظامی برای نیروهای مسلح یا گروه‌های مسلح که شامل تمام مراحل گزینش و استخدام می‌شود، تعریف نمود (ICRC, 2011: 34). دادگاه ویژه سیرالئون نیز با توجه به این واقعیت بیان نمود که استخدام در گروه‌های مسلح را نمی‌توان به صورت مضیق و به معنای فرایند رسمی تعریف نمود؛ بلکه باید آن را در مفهوم موسع و به معنای هر عملی که منجر به پذیرش کودکان در نیروهای نظامی می‌شود، تفسیر نمود (SCSL, 2008: 144). همچنین رویه دیوان بین‌المللی کیفری نیز بر این موضوع تأکید دارد که لازم نیست استخدام کودکان به منظور استفاده آن‌ها برای مشارکت مستقیم در مخاصمه باشد (ICC, 2012: 609). مطابق با این استانداردها، مراسم آغازین، سوگند یاد کردن و پذیرش در کمپ‌های آموزشی نظامی، آشکالی از استخدام محسوب می‌شوند (Aptel, 2018: 11).

نام‌نویسی<sup>۱</sup> کودکان نیز به صورت مشابه مطابق با حقوق بشردوستانه ممنوع است. نام‌نویسی به معنای پذیرش و ثبت نام افراد است، هنگامی که آن‌ها داوطلب پیوستن به گروه‌های مسلح هستند. به این منظور باید میان عمل ثبت‌نام‌کننده و عضویت کودکان در گروه‌های مسلح ارتباط باشد. نام‌نویسی محدود به روند رسمی نیست؛ بلکه در معنای موسع، شامل هر عملی است که کودکان را به بخشی از نیروهای نظامی ملحق کند (Sivakumaran, 2012: 319). در این راستا، اکثر گروه‌های مسلح ادعا می‌کنند که تعداد زیادی از کودکان به صورت داوطلب به گروه‌های مسلح پیوسته‌اند. با این حال، توجه به این نکته ضروری است که نام‌نویسی کودکان کمتر از ۱۵ سال، صرف‌نظر از رضایت آن‌ها، عملی غیر مجاز است و رضایت کودکان را نمی‌توان به عنوان یک دفاع مشروع برای این ممنوعیت در نظر گرفت (Drumbl, 2020: 665).

همان گونه که بررسی شد، گروه‌های مسلح ملزم به عدم به کارگیری کودکان کمتر از ۱۵ سال در مخاصمه مسلحانه و عدم استخدام آن‌ها مطابق با حقوق بین‌الملل بشردوستانه هستند. در صورت نقض این ممنوعیت در مخاصمات مسلحانه، گروه‌های

1. Enlistment.

مسلح مطابق با حقوق بین‌المللی کیفری دارای مسئولیت کیفری هستند و مطابق با روش‌های کیفری موجود می‌توان آن‌ها را محاکمه نمود.

## ۲-۱. حقوق بین‌المللی کیفری

حقوق بین‌الملل کیفری، شاخه‌ای از حقوق بین‌الملل عمومی است که متضمن قواعد شکلی و ماهوی در واکنش به نقض نظم عمومی بین‌المللی است. این رشته حقوقی از ارزش‌های بنیادین جامعه بین‌المللی که خمیرمایه نظم عمومی بین‌المللی می‌باشند، حمایت می‌کند. امروزه حقوق بین‌الملل کیفری دارای قواعد ماهوی (جرمانگاری و تعیین مجازات)، قواعد شکلی (آیین رسیدگی) و نهاد قضایی رسیدگی (از جمله دیوان بین‌المللی کیفری) می‌باشد. بخشی از این ارزش‌های بنیادین جامعه بین‌المللی، در حوزه حقوق بین‌المللی بشردوستانه تجلی یافته است. در همین راستاست که حقوق بین‌المللی کیفری، نقض شدید حقوق بین‌المللی بشردوستانه را -تحت شرایطی- جنایت جنگی تلقی کرده است.

مطابق با حقوق بین‌الملل، جنایات جنگی را می‌توان به عنوان نقض شدید قوانین یا عرف‌های جنگ که در مخاصمه مسلحانه ارتکاب می‌یابند، تعریف نمود (نژندی‌منش، ۱۳۹۴: ۲۳۱). با توجه به اینکه در کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو و پروتکل الحاقی دوم، که مقررات مربوط به مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی در این اسناد جای دارد، مقرراتی در مورد نقض شدید این قواعد وجود ندارد، تا سال‌ها علمای حقوق و دولت‌ها عقیده داشتند که عاملان جنایات جنگی در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی، مسئولیت کیفری بین‌المللی فردی ندارند و مصون از پیگیری و مجازات بین‌المللی هستند. با این حال، ارتکاب فجیع‌ترین جنایات در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی در دهه ۹۰ میلادی، شورای امنیت سازمان ملل متحد را بر آن داشت که برای مجازات عاملان این جنایات، محاکم ویژه کیفری بین‌المللی تأسیس کند. هرچند در اساسنامه دیوان بین‌الملل کیفری برای یوگسلاوی سابق، جنایات جنگی ارتکاب‌یافته در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی، جرم‌انگاری نشده بود، با این حال، این دادگاه در رویه خود مسئولیت کیفری فردی برای عاملان این جنایات را یک قاعده مسلم حقوقی



دانست. این امر موجب شد که مجازات و محاکمه عاملان جنایات جنگی، به صورت مستقیم وارد اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری رواندا شود. با این حال، قابل ذکر است که در اساسنامه این محاکم، قاعده ویژه‌ای در رابطه با جرم‌انگاری استخدام یا مشارکت کودکان در مخاصمات مسلحانه وجود نداشت. دادگاه ویژه سیرالئون، اولین دادگاه بین‌المللی بود که در ماده ۴ اساسنامه خود، مشارکت کودکان در مخاصمات مسلحانه را جرم‌انگاری نمود. ماده ۴ اساسنامه دادگاه ویژه سیرالئون تحت عنوان دیگر نقض‌های شدید حقوق بین‌الملل بشردوستانه بیان می‌دارد:

«۴- دادگاه ویژه، صلاحیت تعقیب افرادی را دارد که مرتکب نقض‌های شدید حقوق

بین‌الملل بشردوستانه<sup>۱</sup> زیر شده‌اند:

:

ج) سربرازگیری یا نام‌نویسی کودکان زیر ۱۵ سال در نیروها یا گروه‌های مسلح یا به کارگرفتن آنها برای مشارکت فعال در خشونت‌ها»<sup>۱</sup>.

اگرچه این دادگاه‌ها، تحول و توسعه عمیقی در حقوق بین‌الملل کیفری و حقوق مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی ایجاد نمودند، ولی آنها دادگاه‌های ویژه‌ای بودند که صلاحیت آنها محدود به یک زمان و مکان خاص بود و صلاحیت بین‌المللی نداشتند. سرانجام پس از سال‌ها انتظار و تلاش، در سال ۲۰۰۲ میلادی، اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری به اجرا درآمد. دیوان بین‌الملل کیفری نیز در قسمت هفتم بند ه پاراگراف ۲ ماده ۸ اساسنامه با عباراتی شبیه به ماده ۴ اساسنامه دادگاه ویژه سیرالئون، به جرم‌انگاری استخدام و مشارکت کودکان در مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی پرداخته است:

«۱- دیوان نسبت به جرائم جنگی صلاحیت دارد، به ویژه هنگامی که این جرائم در قالب یک برنامه یا یک سیاست صورت پذیرفته یا جزئی از یک زنجیره جرائم مشابه باشد که در سطح گسترده ارتکاب یافته است.

۲- منظور از جرائم جنگی در این اساسنامه موارد زیر است:

:

ه) دیگر نقض‌های فاحش قوانین و عرف‌های قابل اجرا در مخاصمات مسلحانه فاقد

1. Statute of the Special Court for Sierra Leone (SCSL), Article 4 (C).

جنبه بین‌المللی در چارچوب تعیین شده در حقوق بین‌الملل، یعنی...

:

۷- سربازگیری یا نام‌نویسی کودکان زیر ۱۵ سال در نیروها یا گروه‌های مسلح یا به کارگرفتن آن‌ها برای مشارکت فعال در خشونت‌ها<sup>۱</sup>.

همان گونه که ذکر کردیم، یک عمل تنها در صورتی جنایت جنگی محسوب می‌شود که: ۱- نقض حقوق بین‌الملل بشردوستانه محسوب شود و ۲- مطابق با حقوق بین‌الملل معاهده‌ای یا عرفی، جرم‌انگاری شده باشد (Cottier, 2015: 304). در هنگام پذیرش اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، نمایندگان دولت‌ها اختلاف نظر عمیقی در این مورد داشتند که آیا این ماده به جرم‌انگاری حقوق بین‌الملل کیفری از پیش موجود می‌پردازد و یا توسعه مترقیانه حقوق بین‌الملل کیفری محسوب می‌شود (Happold, 2011: 85). استدلال برخی از دولت‌ها این بود که رویه استخدام، ثبت‌نام و مشارکت کودکان در مخاصمات مسلحانه، پیش از این به صورت صریح به عنوان جنایت بین‌المللی مورد شناسایی قرار نگرفته بود (Klamberg, 2017: 104). آمریکا با این استدلال که این عمل مطابق با حقوق بین‌الملل عرفی جرم محسوب نمی‌شود و عملی قانون‌گذاری محسوب می‌شود که فراتر از قلمرو صلاحیتی کنفرانس است، با وارد نمودن این جنایت در اساسنامه رم مخالف بود.<sup>۲</sup> این مباحث همچنین بر پیش‌نویس اساسنامه دادگاه ویژه سیرالئون که در صدد گسترش صلاحیت خود به محاکمه افرادی بود که در هنگام مخاصمه در آن کشور، به استخدام کودکان سرباز پرداخته بودند، تأثیر گذاشت. حتی در یکی از قضایای این دادگاه، یکی از متهمان با این ادعا که هنگام ارتکاب جرائم ادعایی، این عمل مطابق با حقوق بین‌الملل، جرم محسوب نمی‌شد، به صلاحیت دادگاه اعتراض نمود. با این حال، شعبه تجدیدنظر دادگاه ویژه، این اعتراض را مردود شمرد و بیان نمود که این ماده قبل از تصویب اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری در سال ۱۹۹۸ ماهیت عرفی کسب نموده است؛ بدین معنا که اساسنامه، یک قاعده عرفی موجود را جرم‌انگاری نموده است، نه اینکه یک قاعده جدید ایجاد کرده باشد (SCSL, 2004: 33).

1. Statute of International Criminal Court (ICC), Article 8(2)(e)(vii).

2. Committee of the Whole Meeting Records, 4<sup>th</sup> meeting (Wednesday, 17 June 1998), 54.

مسئله دیگری که می‌توان به بررسی آن پرداخت، موضوع حداقل سن مورد نیاز برای تحمل مسئولیت بین‌المللی کیفری است. لازم به ذکر است که اساسنامه دادگاه‌های مختلط و ویژه تا قبل از تأسیس دادگاه ویژه سیرالئون، حاوی ماده‌ای در رابطه با این موضوع نیست و هیچ کنوانسیون بین‌المللی، مسئولیت کیفری کودکان را ممنوع اعلام نکرده و حتی کنوانسیون حقوق کودک، حاوی ماده‌ای خاص در ارتباط با برخورد مناسب با این کودکان است.<sup>۱</sup> در خلال مذاکرات کنفرانس رم به منظور تأسیس دیوان بین‌المللی کیفری، پیش‌نویس اساسنامه در رابطه با این موضوع، دو راهکار پیشنهاد داده بود: نخست، «اشخاص کمتر از سن (دوازده، سیزده، چهارده، شانزده، هجده سال) در زمان ارتکاب جرم (با این فرض که آن‌ها در مورد خطا بودن رفتار خود اطلاعی ندارند) نباید مطابق با این اساسنامه از لحاظ کیفری مسئول قلمداد شوند (مگر دادستان اثبات کند که آن‌ها از خطا بودن رفتار خود اطلاع داشتند). راهکار دوم بیان می‌نمود که «افراد بین سن سیزده تا هجده سال در زمان ارتکاب اعمال ادعایی، دارای مسئولیت کیفری هستند، ولی تعقیب، دادرسی و مجازات آن‌ها و همچنین رژیم‌های که مطابق با آن، این افراد مجازات خود را تحمل می‌کنند، باید مطابق با روش‌های خاص مشخص شده در این اساسنامه تعیین شود».<sup>۲</sup>

پذیرش یکی از این دو راهکار، مشکلات بسیاری برای دیوان، از جمله الزام به ایجاد سیستمی خاص برای نوجوانان ایجاد می‌نمود (McBride, 2014: 55). در نهایت، هیچ یک از این پیشنهادها توسط کنفرانس پذیرفته نشد و اساسنامه دیوان در ماده ۲۶ خود بیان نمود:

«دیوان نسبت به جرائم اشخاصی که در زمان ارتکاب جرم، کمتر از ۱۸ سال داشته‌اند، صلاحیت نخواهد داشت» (ICC, Article 26).

این ماده وضعیتی را ایجاد می‌کند که مطابق با آن، استخدام کودکان بین سن ۱۵ و ۱۸ سال مطابق با حقوق بین‌الملل مشروع شمرده می‌شود؛ ولی افراد مذکور برای اعمال

1. UN Convention on the Rights of the Child, Article 40(1).

2. Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Draft Statute & Draft Final, Article 26, Proposal 1.

متخلفانه خود، مطابق با این ماده، مسئولیت کیفری بین‌المللی ندارند. استثنا نمودن صلاحیت دیوان با توجه به این واقعیت که در برخی از مخاصمات مسلحانه، برخی از کودکان چه به عنوان سرباز و چه به عنوان فرمانده گروهی کوچک از کودکان سرباز، مرتکب فجایع شنیعی می‌شوند، حائز اهمیت است (Grover, 2012: 62).

این موضوع در دادگاه ویژه سیرالئون به صورت دیگری مطرح شد. به کارگیری وسیع کودکان به عنوان سرباز توسط طرفین درگیر در جنگ سیرالئون، از مشخصه‌های استثنایی و دهشتناک این مخاصمه نسبت به سایر مخاصمات تا آن زمان بود. از همان آغاز دور مذاکرات تأسیس دادگاه ویژه، مسئله تعقیب و محاکمه کودکان مورد بحث و بررسی قرار گرفت. دولت و نمایندگان جامعه مدنی سیرالئون صریحاً خواستار تعقیب و محاکمه کردن آن‌ها بودند. در مقابل، سازمان‌های غیر دولتی مخالف محاکمه کودکان بودند و با اعتراض به هر گونه مسئولیت قضایی کودکان زیر هجده سال، این مسئله را تهدیدی برای بازپروی آن‌ها تلقی می‌کردند. دولت سیرالئون و دبیرکل در پیش‌نویس اساسنامه دادگاه، امکان محاکمه کودکانی را که حین ارتکاب جنایات، بالای پانزده سال داشتند، ذیل ماده ۷ اساسنامه پیش‌بینی کردند؛ با اینکه این راهکار تا پیش از این سابقه نداشت، مطابق با ماده ۷ اساسنامه، اشخاص پانزده تا هجده سال چنانچه نزد دادگاه حاضر شوند، از کلیه تضمینات مصرح در اساسنامه برخوردار خواهند بود. این راه حل سازمان ملل متحد، احتمال و محاکمه کودکان را با در نظر گرفتن تضمین و حمایت‌هایی باز می‌گذارد که از جمله، تفکیک محاکمات آن‌ها از بزرگسالان در کنار اقدامات و تدابیر حمایتی و تأمینی است. در نتیجه کلیه مراحل رسیدگی قضایی کودکان مذکور، با توجه به سن و مطلوبیت کمک به بازپروی آن‌ها صورت می‌پذیرد. به هر حال، فارغ از انتقاداتی که در خصوص پیش‌بینی محاکمه کودکان سرباز در اساسنامه دادگاه ویژه وارد است، تدابیر پیش‌بینی شده در اساسنامه و همچنین احکام صادره از این دادگاه، معیار مناسبی برای سایر دادگاه‌های کیفری و دیوان بین‌المللی کیفری خواهد بود (رنجبریان و ملک‌الکتاب خیابانی، ۱۳۸۹: ۱۳۹-۱۴۱).

در رابطه با دیوان بین‌المللی کیفری باید بیان نمود که اساسنامه تنها صلاحیت دیوان را مستثنا نموده است. در نتیجه، مسئولیت کیفری افراد زیر هجده سال به صورت کلی

منع نمی‌شود. از این رو نمی‌توان فرض نمود که افراد زیر هجده سال برای جنایات خود مطابق با حقوق بین‌الملل مسئولیت ندارند. بلکه برعکس، آن‌ها برای جنایاتی که دیوان مطابق با ماده ۵ صلاحیت رسیدگی به آن‌ها را دارد، در مقابل دادگاه‌های داخلی مطابق با اصل صلاحیت جهانی و تا جایی که قانون ملی دولت‌ها صلاحیت محاکمه کودکان را اجازه می‌دهد، برای اعمال خود دارای مسئولیت کیفری هستند (Clark & Triffterer, 2015: 1036).

در اینجا مناسب است اشاره مختصری به نقش دوگانه سن متهم یا قربانیان به عنوان عوامل مخففه یا مشدده در تعیین مجازات داشته باشیم. بند ۱ از ماده ۷۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری بیان می‌دارد:

«در زمان تعیین مجازات، دیوان موظف است که مطابق قواعد آیین دادرسی و ادله، عوامل مختلف از جمله اهمیت و شدت جرم و همچنین اوضاع و احوال شخص محکوم‌علیه را در نظر بگیرد».

عوامل متعددی در تعیین وضعیت شخصی محکوم‌علیه به کار می‌رود؛ از جمله، رفتاری که محکوم‌علیه در لحظه ارتکاب جرم یا زمان نزدیک به آن از خود بروز داده یا به ویژه به واسطه سن، وضعیت سلامتی، جسمانی و روانی، قصد، اهداف ارتکاب جرم، انگیزه‌ها یا وضعیت روانی، شخصیت، پیشینه یا توبه و حتی پشیمانی که از زمان ارتکاب جرم از خود بروز داده است، شناخته می‌شود (رضوی‌فرد، ۱۳۹۵: ۱۷). محاکم بین‌المللی در هنگام تعیین مجازات، به احوال شخصی متهم به خصوص زندگی شخصی او در زمان کودکی، توجه ویژه‌ای داشته‌اند؛ برای مثال در قضیه دومینیک اونگون، وکلای متهم، ربوده شدن متهم در سن ۹ سالگی توسط گروه ارتش مقاومت لرد (LRA) و اوضاع و احوال دشواری را که متهم در زمان رشد خود در زندان تجربه کرده بود، از عوامل مهم مخففه مجازات می‌دانستند. از این رو، ادعا نمودند که دیوان در هنگام تعیین مجازات باید از آنان به عنوان عواملی مهم در تخفیف مجازات متهم استفاده کند (ICC, 2021: 67). دیوان با بیان این امر که متهم جرائم مربوطه را در زمان بلوغ کامل مرتکب شده است (Ibid.: 69)، حکم نمود که مسائل مربوط به پیشینه شخصی متهم، از جمله عواملی است که برای تخفیف مجازات متهم در نظر می‌گیرد (Ibid.: 70 & 403).

همچنین در رابطه با عوامل مشدده مجازات، قسمت اول بند ۱ از ماده ۷۸ اساسنامه دیوان به ذکر موارد عینی در رابطه با تشدید مجازات می‌پردازد. در این رابطه، دیوان بین‌المللی کیفری در قضایای مختلف، عواملی مانند شلاق زدن و خشونت جنسی علیه کودکان زیر ۱۵ سال، رفتار خیلی خشن با بزه‌دیدگان به خصوص افراد خیلی جوان و کم‌سن و سال، استخدام و به کارگیری کودکان در مخاصمات مسلحانه و به خصوص سربازگیری آنان که با عامل اجبار نیز همراه است، تعداد بسیار زیاد کودکانی که در نیروهای نظامی به کار گرفته می‌شوند و تعداد بسیار زیاد کودکان کم‌سن که بی‌دفاع بوده‌اند را به عنوان عوامل مشدده مجازات ذکر نموده است (سلیمی، ۱۳۹۸: ۱۷۹-۱۸۵). با ذکر این مقدمه از تاریخچه جرم‌انگاری استخدام و مشارکت کودکان در مخاصمه مسلحانه مطابق با حقوق بین‌الملل کیفری، اکنون تفسیر این عمل در رویه دیوان بین‌الملل کیفری مورد بررسی قرار می‌گیرد.

## ۲. تأملی بر رویه دیوان در رسیدگی به جنایت به کارگیری و استخدام کودکان در مخاصمات مسلحانه

شعبه بدوی دیوان بین‌المللی کیفری در تاریخ ۱۴ مارچ ۲۰۱۲ میلادی، اولین رأی خود در قضیه لوبانگا را صادر نمود. شعبه بدوی، توماس لوبانگا را به عنوان مؤسس اتحادیه میهنی کنگو (UPC) و فرمانده نظامی نیروهای میهنی آزادی‌بخش کنگو (FPLC) به جرم سربازگیری و نام‌نویسی کودکان زیر ۱۵ سال و استفاده از آنها برای مشارکت فعال در مخاصمه مطابق با قسمت هفتم بند ۷ پاراگراف ۲ از ماده ۸ اساسنامه محکوم نمود (ICC, 2012).<sup>۱</sup> در چهارچوب اساسنامه رم، یک رفتار در صورتی جنایت

۱. در رسیدگی به اتهامات متهم در مرحله بدوی، بسیاری بر این باور بودند که دادستان بایستی تجاوزات جنسی را وارد کیفرخواست می‌نمود. جالب است که در آن زمان، سرزمین کنگو با گرفتن لقب پایتخت جهانی تجاوز جنسی، تبدیل به منطقه‌ای شده بود که در آن مخاصمات مسلحانه با نرخ بالای وقوع جرایم جنسی توأم شده بود. از این رو، بسیاری ادعا نمودند که دیوان باید تجاوزات جنسی را تحت عنوان مشارکت فعال در مخاصمه مورد رسیدگی قرار دهد. در نهایت، دیوان وی را تنها به جرم سربازگیری و مشارکت فعال کودکان در مخاصمه محکوم نمود (برای مطالعه بیشتر ر.ک: صالحی، ۱۳۹۵: ۶۱).

جنگی محسوب می شود که:

الف) یک مخاصمه مسلحانه وجود داشته باشد؛

ب) بین آن رفتار و مخاصمه مسلحانه، رابطه وجود داشته باشد؛

ج) آن رفتار، نقض یک قاعده مشخص حقوق بین الملل بشردوستانه باشد؛

د) آن نقض به موجب حقوق بین الملل (معاهده ای یا عرفی) جرم انگاری شده باشد و رفتار مورد بحث، تمام ارکان مادی و روانی لازمه این جنایت را داشته باشد (Cottier, 2015: 305).

بنابراین، وجود یک مخاصمه مسلحانه و همچنین وجود رابطه بین این مخاصمه مسلحانه و رفتار مورد بحث، شرط است. به موجب جزء ۲۶ شق ب بند ۲ ماده ۸ اساسنامه رم، «نام نویسی و سربازگیری کودکان زیر ۱۵ سال در نیروهای مسلح ملی» جنایت جنگی است. در حالی که بخش دوم جزء ۲۶، متضمن ارجاع صریح به خصومت ها و بنابراین مخاصمات مسلحانه می باشد، اما بخش نخست مقرره مربوط به نام نویسی و سربازگیری فاقد چنین اشاره ای است (Cottier & Grignon, 2015: 525). از این رو، اگر دیوان نتواند وجود مخاصمه مسلحانه در ایتوری را احراز کند، اثبات اتهامات علیه متهم غیر ممکن است. مطابق با حقوق بشردوستانه، برای وجود مخاصمه مسلحانه غیر بین المللی، وجود دو شرط شدت خشونت و سازمان یافتگی گروه های مسلح ضروری است.<sup>۱</sup> در این قضیه، شعبه بدوی با توصیف وضعیت به عنوان مخاصمه مسلحانه فاقد جنبه بین المللی باید به شناسایی گروه مسلح مشارکت کننده در این مخاصمه پردازد. آنچه در این رأی شعبه بدوی دارای اهمیت است، تفسیر موسع از عبارت مشارکت فعال در مخاصمه و همچنین تعریف عبارت استخدام کودکان در مخاصمه است که در ادامه به بررسی این موضوع ها می پردازیم.

## ۱-۲. طبقه بندی مخاصمه مسلحانه

در ابتدا لازم به ذکر است که عبارت مخاصمه مسلحانه تا به امروز در هیچ یک از اسناد

۱. برای مطالعه بیشتر در این موضوع و همچنین صلاحیت دیوان بر مخاصمات مسلحانه غیر بین المللی، ر.ک: رضانی قوام آبادی، منتظری قهجاورستانی، و پیرنیا، ۱۳۹۹: ش ۱.

بین‌المللی تعریف نشده است. با وجود این، اکثر محاکم بین‌المللی، تعریف ارائه‌شده توسط دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در قضیه تادیچ را به عنوان تعریف عرفی این مفهوم پذیرفته‌اند. دادگاه مذکور «مخاصمه مسلحانه بین‌المللی را به عنوان توسل به زور مسلحانه میان کشورها، و مخصوصه مسلحانه غیر بین‌المللی را به عنوان خشونت مسلحانه طولانی‌مدت میان ارگان‌های دولت و گروه‌های مسلح سازمان‌یافته یا میان این گروه‌ها داخل در قلمرو یک کشور تعریف می‌کند» (ICTY, 1995: 70). شعبه بدوی دیوان در این قضیه، تعریف ذکرشده را به عنوان مبنای اولیه برای تحلیل قضیه برگزید (ICC, 2012: 507). توجه به این نکته ضروری است که از دیگر ویژگی‌های بارز مشخصات مسلحانه غیر بین‌المللی معاصر، مداخله طرف ثالث در این مشخصات است. این مداخله اگر به دعوت دولت قانونی صورت گیرد، تغییری در ماهیت مخصوصه ایجاد نمی‌کند. با این حال، اگر مداخله از سوی ثالث به منظور حمایت از طرف غیر دولتی مخصوصه مسلحانه غیر بین‌المللی انجام گیرد، موجب تغییر در ماهیت مخصوصه مسلحانه می‌شود. مداخله طرف ثالث ممکن است به دو صورت انجام گیرد: ۱- مستقیم (با استقرار نیروهای مسلح خود در آن قلمرو) یا ۲- غیر مستقیم (در صورت حمایت اساسی برای یک طرف غیر دولتی مخصوصه مسلحانه در آن قلمرو). شعبه بدوی دیوان در مورد مداخله غیر مستقیم، معیار «کنترل کلی» را به منظور تعیین میزان مداخله یک کشور خارجی برای گروه‌های مسلح متخاصم کافی می‌داند (Ibid.: 541). ذکر این نکته نیز ضروری است که در یک وضعیت خاص، ممکن است به طور همزمان، یک مخصوصه مسلحانه بین‌المللی و یک مخصوصه مسلحانه غیر بین‌المللی در قلمرو یک کشور در جریان باشد (حسینی و حسینی، ۱۳۹۵: ۱۲۹). در قضیه لوبانگا، با توجه به مداخله دولت‌های مختلف (اوگاندا، رواندا و کنگو) در مخصوصه مسلحانه، میان شعبه بدوی و شعبه مقدماتی دیوان در مورد ماهیت مخصوصه مسلحانه اختلاف نظر وجود داشت.

اگرچه دادستان، لوبانگا را تنها به جنایت جنگی ارتکاب‌یافته در مخصوصه مسلحانه غیر بین‌المللی متهم نموده بود، شعبه مقدماتی وضعیت مذکور را به دلیل مشارکت مستقیم نیروهای دفاعی مردمی اوگاندا (UPDF) به عنوان قدرت اشغالگر در ایتوری (حداقل از تاریخ جولای ۲۰۰۲ تا ۲ ژوئن ۲۰۰۳ که ارتش اوگاندا قلمرو کنگو را ترک



کرد)، به عنوان مخاصمه مسلحانه بین‌المللی توصیف نمود (ICC, 2007: 220-233).  
 شعبه مقدماتی در گسترش قلمرو اتهامات لوبانگا، از اختیارات خود مطابق با ماده ۵۵  
 مقررات دیوان به منظور اصلاح ویژگی حقوقی حقایق (در این مورد یعنی ماهیت  
 مخاصمه مسلحانه) استفاده نموده بود. با این حال، این حکم شعبه مقدماتی مورد تأیید  
 شعبه بدوی قرار نگرفت. شعبه بدوی دیوان بیان نمود که در طول تمام مدت زمان  
 تحت پوشش اتهامات، مخاصمات مسلحانه همزمان در ایتوری و مناطق اطراف کنگو  
 که گروه‌های مختلفی در آن درگیر بوده‌اند، وجود داشته است. شعبه بدوی با تحلیل  
 میزان مداخله رواندا و اوگاندا نتیجه گرفت که شواهد کافی برای تصدیق این موضوع  
 که اوگاندا یا رواندا کنترل کلی بر نیروهای میهنی آزادی‌بخش کنگو (FPLC) اعمال  
 می‌کرده‌اند، وجود ندارد. در نتیجه شعبه بدوی چنین حکم نمود:

«از آنجایی که مخاصمه‌ای که نیروهای میهنی آزادی‌بخش کنگو (FPLC) طرف آن  
 بوده‌اند، اختلاف میان دولت‌ها نبوده، بلکه خشونت مسلحانه طولانی مدت میان  
 گروه‌های مسلح غیر دولتی بوده است، وضعیت مذکور صرف‌نظر از مخاصمه مسلحانه  
 بین‌المللی همزمان میان اوگاندا و کنگو، مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی باقی  
 می‌ماند» (ICC, 2012: 563).

در نتیجه شعبه بدوی دریافت که نیروهای میهنی آزادی‌بخش کنگو (FPLC)  
 تحت حمایت کافی اوگاندا نبوده‌اند و تنها با دیگر گروه‌های مسلح غیر دولتی سازمان‌یافته  
 در حال مبارزه بوده‌اند. از این رو، شعبه بدوی به طبقه‌بندی دوباره مخاصمه مسلحانه  
 میان نیروهای میهنی آزادی‌بخش کنگو (FPLC) و گروه‌های شورشی در تاریخ  
 سپتامبر ۲۰۰۲ و ۱۳ آگوست ۲۰۰۳ پرداخت و وضعیت مذکور را مخاصمه مسلحانه  
 فاقد جنبه بین‌المللی توصیف نمود. متعاقباً شعبه بدوی، قلمرو کیفرخواست را به جنایت  
 جنگی استخدام و استفاده از کودکان سرباز در مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی مطابق  
 با قسمت هفتم بند ه پاراگراف ۲ از ماده ۸ اساسنامه محدود نمود. این طبقه‌بندی  
 مخاصمه توسط شعبه بدوی، از این جهت دارای اهمیت است که مطابق با قسمت ۲۶  
 بند ب پاراگراف ۲ از ماده ۸ اساسنامه، استخدام در «نیروهای مسلح ملی» جرم‌انگاری  
 شده است. در نتیجه، در صورت توصیف وضعیت مذکور در ایتوری به عنوان مخاصمه

مسلحانه بین‌المللی، این سؤال مطرح می‌شود که آیا استخدام کودکان در گروه‌های مسلح که جزئی از نیروهای مسلح منظم ملی نیستند، ولی تحت کنترل دولت هستند، یا از طرف آن دولت عمل می‌کنند، استخدام در «نیروهای مسلح ملی» محسوب می‌شود یا خیر؟ با این حال، اکثریت قضات شعبه بدوی، با توجه به توصیف وضعیت به عنوان مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی، این سؤال را مورد بررسی قرار ندادند.<sup>۱</sup>

## ۲-۲. سربازگیری و نام‌نویسی

پیش از بررسی تفاوت میان سربازگیری و نام‌نویسی در رأی دیوان، لازم به ذکر است که در نظر دیوان، سربازگیری، نام‌نویسی و مشارکت فعال کودکان در مخاصمه، سه عنوان مجرمانه مجزا در نظر گرفته می‌شوند. این یافته دیوان در مردود اعلام نمودن ادعای وکلای متهم، دارای اهمیت است. نامبردگان ادعا نمودند که «فعل نام‌نویسی، نیازمند هدف خاص به منظور به کارگیری کودکان ثبت‌نام‌شده برای مشارکت فعال در مخاصمه است» که این ادعا توسط شعبه بدوی مردود اعلام شد (Ibid.: 609). شعبه مذکور با اذعان به مبهم بودن عبارات به کار رفته در قسمت هفتم از بند ه پاراگراف ۲ از ماده ۸ اساسنامه، بیان نمود که این ادعای متهم با ارجاع به عناصر جرائم دیوان قابل رفع است. سند مذکور بیان می‌دارد که مرتکب، «یک یا چند نفر را در نیروها یا گروه‌های مسلح نام‌نویسی و سربازگیری کند» یا «از یک یا چند نفر برای مشارکت فعال در مخاصمه استفاده کند». این عبارت، مبین مجزا بودن عناوین مذکور است (Ibid.: 617). همچنین توجه به مستمر بودن ماهیت این جرائم دارای اهمیت است؛ بدین معنا که جرائم مذکور، زمانی که کودک از گروه خارج می‌شود یا زمانی که به سن ۱۵ سال می‌رسد، پایان می‌پذیرد (Ibid.: 618).

سربازگیری و نام‌نویسی، زیرمجموعه استخدام محسوب می‌شوند. عبارت استخدام در پروتکل‌های الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو، کنوانسیون حقوق کودک و همچنین در پیش‌نویس اولیه اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری مورد استفاده قرار گرفته بود. برخلاف اختلاف نظر شعبه بدوی و تجدیدنظر در مورد ماهیت مخاصمه مسلحانه، هر دو شعبه

1. <<https://www.ejiltalk.org/icc-delivers-its-first-judgment-the-lubanga-case>>.

متفق‌القول بودند که یک عامل قهری یا اجبار، موجب تمایز این دو مفهوم می‌شود. مطابق با نظر شعبه بدوی، در حالی که نام‌نویسی اشاره به الحاق داوطلبانهٔ یک کودک زیر سن ۱۵ سال در نیروها یا گروه‌های مسلح دارد، اگر یک کودک به صورت قهری مجبور به پیوستن به نیروها یا گروه‌های مسلح شود، فعل سربازگیری رخ داده است (Ibid.: 608). رویه دادگاه ویژه سیرالئون (با توجه به سابقه رسیدگی به مسئله کودک‌سرباز و مورد استناد قرار گرفتن در رأی دیوان) نیز مؤید این نظر است. به استناد رأی دادگاه ویژه، ربودن یک فرد برای استفاده خاص در یک سازمان یا آموزش نظامی اجباری فرد، به منظور سربازگیری کافی است؛ زیرا این دو عمل، منجر به پیوستن اجباری یک فرد به یک گروه مسلح می‌شود (SCSL, 2009: 1695). همچنین در رابطه با نام‌نویسی، دادگاه ویژه بیان نمود که این عمل مستلزم پذیرش و ثبت نام افراد هنگامی که آن‌ها داوطلب پیوستن به نیروها یا گروه‌های مسلح هستند، می‌باشد (SCSL, 2007: 735).

نکته پراهمیت در این رأی دیوان، ارزیابی روان‌شناختی رضایت کودکان در هنگام پیوستن به یک نیرو یا گروه مسلح است. در رابطه با این مسئله، شعبه بدوی دیوان با اذعان به دشوار بودن تحلیل حقوقی رضایت کودکان، برای روشن نمودن این موضوع از نظرات افرادی که به اصطلاح دوست دادگاه قلمداد می‌شوند، کمک گرفت. در این رابطه، خانم شوئر به عنوان متخصص در رابطه با موضوع آسیب روحی کودکان عنوان نمود که از نظر روان‌شناسی، کودکان هنگام پیوستن به یک گروه مسلح نمی‌توانند رضایت آگاهانه خود را ابراز دارند. خانم شوئر به منظور تقویت نظر خود، درک محدود کودکان از عواقب تصمیماتشان، عدم آگاهی در مورد ساختار و نیروی مورد نظر و عدم برخورداری از دانش و آگاهی کافی از نتایج کوتاه‌مدت و بلندمدت اقداماتشان را شاهد آورد. شعبه بدوی در راستای این استدلال‌ها، هم‌راستا با نظر خانم شوئر نتیجه گرفت که کودکان توانایی تعیین بهترین منافع خود در یک ساختار مشخص را ندارند (ICC, 2012: 610). نظر نماینده ویژه دبیرکل سازمان ملل متحد در امور کودکان و مخاصمه مسلحانه نیز مؤید نظر شعبه بدوی است:

«استخدام و نام‌نویسی کودکان در کنگو همیشه مبتنی بر آدم‌ریایی و استفاده بی‌رحمانه از زور نبوده است. این عمل همچنین در ساختار فقر، رقابت قومی و انگیزه‌های

ایدئولوژیک اتفاق افتاده است. بسیاری از کودکان به خصوص کودکان بی سرپرست به منظور تأمین غذا برای خود به گروه‌های مسلح می‌پیوستند. دیگر کودکان به منظور دفاع از گروه نژادی یا قومی خود و برخی نیز به این دلیل که رهبران شبه‌نظامیان مسلح، الگویی قدرتمند برای آن‌ها بوده‌اند، به گروه‌های مسلح پیوسته‌اند. کودکان گاهی توسط والدین خود و بزرگان به عنوان مدافع از جامعه و خانواده خود تشویق به پیوستن به گروه‌های مسلح می‌شدند. کودکانی که به صورت داوطلبانه به گروه‌های مسلح می‌پیوستند، اغلب از خانواده‌هایی بودند که در خلال مخاصمه مسلحانه، بخشی از خانواده و جامعه خود را از دست داده بودند» (Ibid.: 611).

شعبه بدوی دیوان با تصدیق اظهارات متخصصان بیان می‌کند که در اغلب موارد، پسران و دختران زیر ۱۵ سال قادر به ابراز رضایت آگاهانه و واقعی خود در هنگام نام‌نویسی در یک گروه مسلح نیستند (Ibid.: 613).

با توجه به این اظهارات، شعبه بدوی نتیجه گرفت که رضایت معتبر و آگاهانه کودک زیر ۱۵ سال برای متهم، دفاع محسوب نمی‌شود. این نتیجه‌گیری، در رویه قضایی دادگاه ویژه سیرالئون نیز یافت می‌شود. دادگاه ویژه بیان نموده بود: «هنگامی که کودکی زیر سن ۱۵ سال به صورت داوطلبانه به یک گروه مسلح می‌پیوندد، رضایت او برای متهم یک دفاع قانونی محسوب نمی‌شود» (SCSL, 2007: 735).

با توجه به این موضوع که هم نام‌نویسی (داوطلبانه) و هم سر بازگیری (قهری)، روش‌هایی برای ارتکاب یک جنایت یکسان هستند، مسئله رضایت اهمیت خود را در رابطه با محکومیت از دست می‌دهد. با این حال، این بدان معنا نیست که تفاوت میان آن‌ها از نظر حقوقی، بی‌اهمیت یا اضافی است. این تفاوت ممکن است در مرحله مجازات و جبران خسارت اهمیت داشته باشد. در صورتی که رضایت کودک احراز شود، این موضوع بر توصیف یک فعل به عنوان نام‌نویسی یا سر بازگیری تأثیر می‌گذارد. در نتیجه، این موضوع که تفکیک میان نام‌نویسی و سر بازگیری از نظر عملی دارای اهمیت نیست، صحیح نیست. با توجه به این موضوع، شعبه بدوی دیوان بیان نمود که شیوه استخدام کودکان چه به صورت داوطلبانه و چه به صورت قهری، از جمله شرایطی هستند که شعبه در هنگام صدور رأی به آن‌ها توجه می‌کند و رضایت یک کودک برای

متهم، دفاع معتبر قلمداد نمی‌شود (ICC, 2012: 617).

## ۲-۳. مشارکت فعال در مخاصمه

تفسیر دیوان از عبارت مشارکت فعال در مخاصمه، توسعه‌ای مهم در حقوق بین‌الملل کیفری محسوب می‌شود. از این رو، در هنگام بررسی این مفهوم در شعبه بدوی، وکلای متهم مخالفت شدید خود را با تفسیر ارائه‌شده توسط شعبه مقدماتی ابراز داشتند. به علاوه پس از صدور رأی دیوان، بسیاری از نویسندگان حقوقی به این قسمت از رأی دیوان انتقاداتی وارد نمودند.

در کیفرخواست ارائه‌شده به دیوان، دادستان خواهان تفسیر موسع این عبارت بود تا از این طریق، ضمن ارائه حمایت‌های بیشتر به کودکان، از هر گونه به کارگیری آن‌ها در فعالیت‌هایی که به صورت آشکار با عملیات خصمانه ارتباط دارد، جلوگیری شود (Ibid.: 578). از سوی دیگر، وکلای متهم با تلاش برای تفسیر مضیق این عبارت، در صدد بودند تا این عبارت، مترادف با مفهوم «مشارکت مستقیم در مخاصمه» در نظر گرفته شود. شعبه مقدماتی با تفسیر موسع این عبارت حکم نمود که عبارت مذکور شامل تمامی اقدامات می‌شود، مگر اقداماتی که به صورت آشکار ارتباطی با مخاصمه ندارند. وکلای متهم، مخالفت خود با این یافته شعبه را بدین صورت بیان نمودند که این تفسیر، اعتنایی به کاربرد صفت «فعال» ندارد. از این رو، ادعا نمودند کودکانی که در گروهی مسلح فعالیت‌هایی بر عهده دارند که با عملیات خصمانه ارتباطی ندارد، کودک‌سرباز تلقی نمی‌شوند (Ibid.: 585-586).

استدلال‌های فوق، حاکی از امکان تفسیر دوگانه عبارت «مشارکت فعال» است. تفسیر مضیق این عبارت، مشارکت کودکان را محدود به فعالیت‌های می‌کند که منحصراً مرتبط با مبارزه و جنگ است. از سوی دیگر، تفسیر موسع آن، وظایف و فعالیت‌های حمایتی را نیز شامل می‌شود. واضح است که فعالیت‌های غیر مرتبط با عملیات خصمانه، مانند تحویل غذا و همچنین مشارکت مستقیم در عملیات خصمانه آن گونه که در پروتکل الحاقی اول ذکر شده است، داخل در قلمرو این عبارت نیست (Longobardo, 2019: 606). پیش از این، رویه قضایی متمایل به برگزیدن تفسیر موسع از

این عبارت بود. دادگاه ویژه سیرالئون سابقاً حکم نموده بود که هر نوع حمایت یا فعالیتی که بر عملیات‌های نظامی تأثیر گذارد یا بر حفظ آن در مخاصمه کمک کند، مشارکت فعال محسوب می‌شود (SCSL, 2007: 737). شعبه بدوی دیوان با بررسی متن مقررات مربوطه در پروتکل‌های الحاقی، رویه دادگاه ویژه سیرالئون و اظهارات نماینده ویژه دبیرکل، با اذعان به عدم وجود عبارت «مستقیم» در ماده ۴ پروتکل الحاقی دوم چنین بیان نمود:

«به کار بردن عبارت مشارکت فعال در اساسنامه دیوان به جای عبارت مشارکت مستقیم در پروتکل الحاقی اول، دلالت بر قصد تدوین‌کنندگان اساسنامه مبنی بر تفسیر گسترده عبارت مذکور را دارد تا از این طریق، فعالیت‌های تحت پوشش جرم استفاده از کودکان زیر ۱۵ سال و شرکت فعال آن‌ها در مخاصمه را شامل شود (ICC, 2012: 627).

شعبه بدوی در تقویت استدلال خود ضمن اشاره به هدف از مقررره مذکور (یعنی حمایت از کودکان زیر ۱۵ سال به عنوان یک گروه آسیب‌پذیر در برابر خطرات ذاتی برخاسته از مخاصمه مسلحانه) عنوان نمود که در اصل، تمام فعالیت‌هایی (مستقیم و غیر مستقیم) که کودک مورد نظر را در معرض خطرات مخاصمه مسلحانه قرار می‌دهد، باید تحت پوشش شرط مشارکت فعال قرار گیرد. نکته مهم در تعیین زمانی که مشارکت غیر مستقیم به مشارکت فعال تبدیل می‌شود، اتخاذ رویکرد «هدف بالقوه» توسط شعبه بدوی است:

«تمامی این فعالیت‌ها، چه مشارکت مستقیم یا غیر مستقیم، یک ویژگی اساسی مشترک دارند: کودک مورد نظر یک هدف احتمالی یا بالقوه است. بنابراین، عنصر تعیین‌کننده در تعیین این موضوع که آیا یک وظیفه غیر مستقیم را باید به عنوان مشارکت فعال در مخاصمه در نظر گرفت یا خیر، این است که آیا حمایت ارائه‌شده توسط کودکان برای رزمندگان، او را در معرض خطر واقعی به عنوان یک هدف بالقوه قرار می‌دهد یا خیر؟» (Ibid.: 627).

در نتیجه، شعبه بدوی دیوان در این قضیه، رویکردی موردی را پذیرفت؛ عامل تعیین‌کننده در تصمیم‌گیری در مورد اینکه آیا نقش غیر مستقیم، به عنوان مشارکت

فعال در مخاصمه تلقی می‌شود یا خیر، این است که آیا حمایت‌های ارائه‌شده به جنگجویان توسط کودک، او را به عنوان هدف بالقوه در معرض خطر جدی قرار می‌دهد یا خیر؟ (نیاموناتا، ۱۳۹۹: ۳۸۳).

همان گونه که ذکر شد، این قسمت از رأی دیوان با انتقاداتی از سوی برخی از نویسندگان حقوقی روبه‌رو شد. مطابق با حقوق بین‌الملل بشردوستانه و اصل تفکیک، غیر نظامیان تا زمانی که به صورت مستقیم در مخاصمه مشارکت نکنند، از حمایت‌های کلی حقوق بشردوستانه برخوردارند. دادگاه‌های بین‌المللی به منظور تفسیر و اجرای اصل تفکیک، در اغلب قضایا، عبارت مشارکت مستقیم و مشارکت فعال در مخاصمه را به صورت مترادف در نظر گرفته‌اند (ICTR, 1998: 629). اگر بخواهیم نتیجه مذکور را در مورد کودکان به کار ببریم، این نتیجه حاصل می‌شود که انجام فعالیت‌های حمایتی توسط کودکان در مخاصمه مانند حمل مهمات، تأمین غذا، مهمات و تجهیزات، حمل پیام و یافتن مسیر برای طرفین مخاصمه، مشارکت فعال در مخاصمه محسوب می‌شود و کودکان با انجام این فعالیت‌ها ممکن است حمایت‌های خود در برابر حمله را از دست بدهند و به عنوان هدف مشروع مورد حمله قرار گیرند (Sivakumaran, 2010: 1019).

دادگاه ویژه سیرالئون با توجه به این توضیح عنوان نموده بود که تعریف بسیار گسترده از مشارکت فعال در مخاصمه ممکن است منجر به این نتیجه‌گیری شود که کودکان همراه با گروه‌های مسلح، وضعیت حمایتی خود به عنوان افراد ناتوان از مبارزه را از دست بدهند (SCLS, 2009: 1723). با این حال باید بیان نمود که در چارچوب حقوق بین‌الملل کیفری و به خصوص در قضیه لوبانگا، نباید این دو عبارت را به صورت مترادف در نظر گرفت؛ زیرا این دو عبارت، حمایت‌های متفاوتی را ارائه می‌دهند؛ اگرچه عبارت مشارکت فعال در حقوق بین‌الملل بشردوستانه نیز مورد استفاده قرار گرفته است، این عبارت در چهارچوب ممنوعیت به کارگیری کودکان در مخاصمه که در اساسنامه رم تدوین شده است، معنای مشابهی با عبارت به کاررفته در اسناد بشردوستانه ندارد. از این رو، میان حمایت وسیع ارائه‌شده به غیر نظامیان به طور عام در حقوق بشردوستانه و حمایت گسترده علیه به کارگیری کودکان به طور خاص در حقوق بین‌الملل کیفری هیچ تضادی وجود ندارد (Birhane, 2021: 486). هدف از تدوین قسمت هفتم

از بند ه پاراگراف ۲ ماده ۸ اساسنامه دیوان، حمایت از کودکانی است که این هدف مستلزم تفسیر موسع این عبارت است. از طرف دیگر، هدف حقوق بشردوستانه از طرح مفهوم مشارکت مستقیم در مخاصمه، محروم نمودن غیر نظامیان از حمایت‌های بشردوستانه است که در مخاصمه به صورت مستقیم مشارکت می‌کنند (Rodenhauer, 2016: 180). در نتیجه، تفسیر موسع از مقررات مربوط به حمایت از کودکان در اساسنامه، در صدد حمایت از منافع کودکان است، بی‌آنکه بر حمایت‌های ارائه‌شده در حقوق بین‌الملل بشردوستانه مطابق با اصل تفکیک تأثیری داشته باشد. در این رابطه، ماده ۱۰ اساسنامه دیوان بیان می‌کند:

«هیچ یک از مواد این بخش از اساسنامه نباید به نحوی تفسیر شود که قواعد موجود یا در حال تشکیل حقوق بین‌الملل را که برای مقاصد دیگری غیر از این اساسنامه مورد نظر است، محدود کند یا به آن لطمه زند» (ICC Statute, Article 10).

در نتیجه، تفسیر موسع عبارت فعال به منظور حمایت از کودکان، بر تفسیر عبارات فعال یا مستقیم به منظور تفکیک میان نظامیان و غیر نظامیان تأثیری نمی‌گذارد. (Yuvaraj, 2016: 79).

### نتیجه‌گیری

امروزه اکثر مخاصماتی که شاهد آن هستیم، مخاصمات مسلحانه داخلی است. آنچه این مخاصمات را از مخاصمات مسلحانه بین‌المللی متمایز می‌سازد، وجود حداقل یک طرف غیر دولتی در این مخاصمات است. این نهادهای غیر دولتی که اغلب گروه‌های مسلح خطاب می‌شوند، در مقایسه با دولت‌ها، امکانات و منابع بسیار محدودی در اختیار دارند. گروه‌های مسلح به روش‌های مختلف تلاش می‌کنند تا این عدم برابری را رفع کنند. یکی از این روش‌ها، استخدام و به کارگیری کودکان در مخاصمات مسلحانه است. اگرچه در مواردی، کودکان به صورت داوطلبانه به گروه‌های مسلح می‌پیوندند، خود گروه‌های مسلح نیز اغلب به صورت اجباری کودکان را به عضویت خود درمی‌آورند. عضویت کودکان در گروه‌های مسلح منجر به بر عهده گرفتن وظایف مختلفی توسط کودکان می‌شود. این وظایف که شامل مشارکت مستقیم



و غیر مستقیم در مخاصمات مسلحانه می‌شود، در اکثر موارد کودکان را هدف حمله قرار می‌دهد. در پاسخ به این موضوع، جامعه بین‌المللی تلاش نمود تا مسئله کودک‌سرباز را قاعده‌مند سازد. از این رو، حقوق بشردوستانه استخدام و به کارگیری کودکان توسط گروه‌های مسلح را ممنوع اعلام نمود. با تکثیر و افزایش نقش گروه‌های مسلح در فضای بین‌المللی، جامعه بین‌المللی با جرم‌انگاری این ممنوعیت در حقوق بین‌الملل کیفری، واکنش شدیدتری نسبت به استخدام و به کارگیری کودکان در مخاصمات مسلحانه نشان داد. با وجود این ممنوعیت در حقوق بین‌الملل بشردوستانه و حقوق بین‌الملل کیفری، این ممنوعیت همچنان در مواردی دارای ابهام بود. محاکم بین‌المللی تا حدودی سعی نمودند با تفسیر موسع حقوق بین‌الملل بشردوستانه و حقوق بین‌الملل کیفری، این ابهام را رفع کنند. مطابق با رویه این محاکم، هر گونه استخدام کودکان چه به صورت داوطلبانه و چه به صورت قهری توسط گروه‌های مسلح ممنوع است. نکته پراهمیت در رویه این محاکم، تفسیر موسع عبارت مشارکت فعال در مخاصمه مسلحانه است. لازم به ذکر است که مطابق با حقوق بشردوستانه، غیر نظامیان تا زمانی که به صورت مستقیم در مخاصمه مشارکت نکنند، از حمایت‌های کلی حقوق بشردوستانه مانند اصل تفکیک برخوردارند. رویه محاکم کیفری قبل از تأسیس دیوان بین‌المللی کیفری، عبارات مشارکت مستقیم و مشارکت فعال در مخاصمه را به صورت مترادف به کار می‌بردند و محاکم مذکور بیان می‌نمودند که حمایت‌های کلی حقوق بشردوستانه، تنها در صورت مشارکت فعال یا مستقیم غیر نظامیان در مخاصمات مسلحانه متوقف می‌شود. با این حال، در رابطه با حمایت از کودکان، دیوان بین‌المللی کیفری رویکرد دیگری را پذیرفت. دیوان بیان نمود که عبارت مشارکت فعال کودکان مندرج در اساسنامه، باید به صورت موسع تفسیر شود تا از این طریق، این عبارت هم شامل مشارکت مستقیم در مخاصمه شود و هم شامل فعالیت‌های حمایتی شود که کودکان را در معرض هدف احتمالی حمله قرار می‌دهد. این رویکرد دیوان منجر به افزایش حمایت‌های ارائه‌شده به کودکان شد؛ به این صورت که مطابق با این رویکرد، دیوان ضمن ممنوعیت مشارکت مستقیم کودکان در مخاصمه بیان نمود که فعالیت‌های حمایتی که کودکان بر عهده می‌گیرند، اگر آن‌ها را در معرض هدف احتمالی حمله

قرار دهد، داخل در مفهوم مشارکت فعال در مخاصمه محسوب می‌شود و ممنوع است. مطابق با نظر علمای حقوق و رویه، این تفسیر موسع اثری بر مفهوم و کارکرد مشارکت مستقیم که در حقوق بشردوستانه توسعه یافته است، ندارد.

## کتاب‌شناسی

۱. آقائی جنت‌مکان، حسین، *حقوق بین‌الملل کیفری*، چاپ چهارم، تهران، جنگل، ۱۳۹۳ ش.
۲. ابراهیم گل، علیرضا، و سیدجمال سیفی، *مسئولیت بین‌المللی دولت؛ متن و شرح مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل*، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۳ ش.
۳. رضوی فرد، بهزاد، «کیفیات مخففه کیفر در اسناد و آراء محاکم کیفری بین‌المللی»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال چهارم، شماره ۱۴، بهار ۱۳۹۵ ش.
۴. رضائی قوام‌آبادی، محمدحسین، ایمان منتظری قهجاورستانی، و حمزه پیرنیا، «گستره صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری بر جنایات جنگی ارتكابی در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی»، *فصلنامه حقوق بین‌الملل کیفری*، دوره اول، شماره ۱، ۱۳۹۹ ش.
۵. رنجریان، امیرحسین، و مهدیه ملک‌الکتاب خیابانی، «دادگاه ویژه سیرالئون: فرایند تشکیل، صلاحیت و مقابله با بی‌کیفرمانی»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، سال بیست و هفتم، شماره ۴۳، پاییز و زمستان ۱۳۸۹ ش.
۶. سلیمی، صادق، «عوامل تشدید مجازات در آرای دیوان بین‌المللی کیفری»، *آموزه‌های حقوق کیفری*، دوره شانزدهم، شماره ۱۸، پاییز و زمستان ۱۳۹۸ ش.
۷. صالحی، جواد، «رویه قضایی دادگاه‌های بین‌المللی کیفری در مواجهه با جرایم جنسی علیه کودک‌سربازان دختر»، *فصلنامه رفاه اجتماعی*، سال شانزدهم، شماره ۶۱، تابستان ۱۳۹۵ ش.
۸. محمودی، سیدهادی، و ایمان منتظری قهجاورستانی، «مبانی حقوقی الزام گروه‌های مسلح سازمان‌یافته به رعایت و اجرای حقوق بشردوستانه در مخاصمات مسلحانه داخلی»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، سال پنجاه و یکم، شماره ۳، پاییز ۱۴۰۰ ش.
۹. ممتاز، جمشید، و امیرحسین رنجریان، *حقوق بین‌الملل بشردوستانه مخاصمات مسلحانه داخلی*، چاپ چهارم، تهران، میزان، ۱۳۹۳ ش.
۱۰. نژندی‌منش، هیبت‌الله، *حقوق بین‌الملل کیفری در رویه قضایی*، تهران، خرسندی، ۱۳۹۴ ش.
۱۱. نیاموتاتا، کنارد، «تورویست‌های جوان یا کودک‌سربازها؟ کودکان داعشی، حقوق بین‌الملل و قربانی شدن»، ترجمه سیدصادق موسوی‌نژاد، *فصلنامه پژوهش‌های حقوقی*، شماره ۴۴، زمستان ۱۳۹۹ ش.
12. Akande, Dapo, "ICC Delivers Its First Judgment: The Lubanga Case and Classification of Conflicts in Situations of Occupation", Available at: <<https://www.ejiltalk.org/icc-delivers-its-first-judgment-the-lubanga-case>>.
13. Aptel, Cécile, "The Protection of Children in Armed Conflicts", in: Ursula Kilkelly & Ton Liefaard (Eds.), *International Human Rights of Children*, Singapore, Springer, 2018.
14. Bellal, Annyssa, *The War Report Armed Conflicts in 2017*, Geneva Academy, 2019.
15. Birhane, Fikire Tinsae, "Targeting of Children in Non-International Armed Conflicts", *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 26(2):377-400, 2021.
16. Child Soldier International, "A law unto themselves? Confronting the recruitment of children by armed groups", March 2016, Available at: <<https://www.refworld.org/docid/574809d24.html>>.
17. Clapham, Andrew, "The Concept of International Armed Conflict", in: *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015.

18. Clark, Roger S. & Otto Triffterer, "Part 3. General Principle of Criminal Law; Article 26", in: Otto Triffterer & Ambos Kai (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Hart, 2015.
19. Cottier, Michael, "Article 8; War Crimes", in: Otto Triffterer & Kai Ambos (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, Hart, 2015.
20. Cottier, Michael & Julia Grignon, "Paragraph 2(b)(vii): Improper use of distinctive signs", in: Otto Triffterer & Kai Ambos (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, Hart, 2015.
21. Drumbl, Mark, "Children in Armed Conflict", in: Jonathan Todres & Shani M. King (Eds.), *The Oxford Handbook of Children's Rights Law*, 2020.
22. Grover, Sonja C., *Child Soldier Victims of Genocidal Forcible Transfer: Exonerating Child Soldiers Charged with Grave Conflict-related International Crimes*, Berlin, Springer, 2012.
23. Happold, Matthew, "Children Participating in Armed Conflicts and International Criminal law", *Human Rights and International Legal Discourse*, Vol. 5(1):82-100, 2011.
24. Heffes, Ezequiel, "Armed Groups and the Protection of Health Care", *International Law studies*, Vol. 95:226-243, 2019.
25. Heffes, Ezequiel & Brian E. Frenkel, "The International Responsibility of Non-State Armed Groups: In Search of the Applicable Rules", *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 8(1):39-72, 2017.
26. Henckaerts, Jean-Marie, "Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict", *International Review of the Red Cross*, Vol. 87(857):175-212, March 2005.
27. Henckaerts, Jean-Marie & Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1-2, Cambridge University Press, 2005.
28. Klamberg, Mark, *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, Brussels, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2017.
29. Kurth, Michael E., "The Lubanga Case of the International Criminal Court: A Critical Analysis of the Trial Chamber's Findings on Issues of Active Use, Age, and Gravity", *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 5(2):431-453, 2013.
30. Longobardo, Marco, "The Criminalisation of Intra-party Offences in Light of Some Recent ICC Decisions on Children in Armed Conflict", *International Criminal Law Review*, Vol. 19:600-634, 2019.
31. McBride, Julie, *The War Crime of Child Soldier and Recruitment*, Springer, 2014.
32. Murray, Daragh, *Human Rights Obligations of Non-State Armed Groups*, Oxford, Hart Publishing, 2016.
33. Quintin, Anne, *The Nature of International Humanitarian Law: A Permissive or Restrictive*

*Regime?*, UK, Edward Elgar Publishing, 2020.

34. Sandoz, Yves & Christophe Swinarski & Bruno Zimmermann (Eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, International Committee of the Red Cross and Martinus Nijhoff Publishers, 1987.
35. Sassòli, Marco, *International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*, Edward Elgar Publishing, 2019.
36. Sivakumaran, Sandesh, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012.
37. Id., “War Crimes before the Special Court for Sierra Leone”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, 2010.
38. Tuck, David, “Taking of Hostages”, in: *The 1949 Geneva Convention: A Commentary*, Oxford University Press, 2015.
39. Yuvaraj, Joshua, “When Does a Child ‘Participate Actively in Hostilities’ under the Rome Statute? Protecting Children from Use in Hostilities after Lubanga”, *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 32(83):69-93, 2016.

#### Cases and Materials:

40. ICC, Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, Conviction Judgment, ICC-01/04/06, 14 March 2012.
41. ICRC Advisory Service on IHL, “Guiding Principles for the Domestic Implementation of a Comprehensive System of Protection for Children Associated with Armed Forces or Armed Groups”, <<http://www.icrc.org/eng/assets/files/2011/guiding-principles-children-icrc.pdf>>.
42. International Court of Justice, Nicaragua v US, Judgment of 27 June 1986, (Merits) 1986.
43. International Criminal Tribunal for Rwanda, Prosecutor v Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998.
44. SCSL, Prosecutor v Sam Hinga Norman, Fourth Defence Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), 04-14-AR72, 31 May 2004.
45. SCSL, Prosecutor v Brima, Kamara and Kanu, Trial Chamber II, Case No. SCSL-04-16-T, 20 June 2007.
46. SCSL, Prosecutor v Seasy, Kallon and Gbao, Trial Chamber I, Case No. SCSL-04-15-T, 2 March 2009.
47. Special Court for Sierra Leone, Prosecutor v Fofana and Kondewa (CDF Case), Appeal Judgment, 28 May 2008.
48. Statute of International Criminal Court (ICC).

49. Statute of the Special Court for Sierra Leone (SCSL).
50. Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Draft Statute & Draft Final, Article 26, Proposal 1.
51. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977.
52. ICTR, Prosecutor v Limaj, Bala and Musliu, Case No. IT-03-66-T, Judgment, 30 November 2005.
53. ICTY, Prosecutor v Tadić, IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995.
54. ICTR, The Prosecutor v Gean-Paul Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, 2 September 1998.
55. ICC, Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo, Trial Judgment, ICC-01/04-01/06-2842, 14 March 2012.
56. ICC, Prosecutor v Bosco Ntaganda, Trial Chamber VI, No. ICC-01/04-02/06, 8 July 2019.
57. ICC, Prosecutor v Dominic Ongwen, Trial Chamber IX, 6 May 2021.
58. ICC, Prosecutor v Lubanga, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 29 January 2007.

# مزایا و چالش‌های کاربرست شواهد عصب‌شناختی در دادگاه‌های کیفری\*

- رحیم نوبهار<sup>۱</sup>
- محمدعلی اردبیلی<sup>۲</sup>
- راضیه همراهی<sup>۳</sup>

## چکیده

این مقاله با تکیه بر روش توصیفی - تحلیلی، در پی تحلیل کاربرد شواهد عصب‌شناختی در پرونده‌های کیفری است. تکنیک‌های نوین سنجش عصبی مانند تصویربرداری کاربردی، زمینه‌ساز تولید داده‌های عصب‌شناختی است. اعتبارسنجی شواهد عصب‌شناختی، با بررسی مزیت‌ها و محدودیت‌های حاکم بر آن صورت خواهد گرفت. برابر یافته‌های تحقیق، شواهد عصب‌شناختی به رغم محدودیت‌های خود، مانند هزینه‌بر بودن، مضر بودن و عدم قطعیت، می‌تواند

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱/۲۸ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۲/۲۸.

۱. دانشیار گروه حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی (r-nobahar@sbu.ac.ir).

۲. استاد گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی (m-ardebili@sbu.ac.ir).

۳. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول) (r\_hamrahi@sbu.ac.ir).

به‌عنوان ادله پشتیبان در کنار سایر ادله کیفری در خصوص میزان کنترل افراد بر رفتار، تکمیل یافته‌های روان‌شناختی در پرونده شخصیت، احراز رشد کیفری و... به کار رود. کاربست چنین اماراتی در دادگاه‌های کیفری، نیازمند تبیین راهبردهای اساسی و مرتفع ساختن چالش‌های حقوق بشری و اخلاقی آن می‌باشد.

**واژگان کلیدی:** تکنیک‌های سنجش عصبی، حقوق کیفری عصب‌شناسی، حقوق عصب‌شناختی، شواهد عصب‌شناختی.

### مقدمه

با پیشرفت علوم پزشکی و تأثیر برون‌دادهای آن بر دیگر علوم به ویژه گرایش‌های حقوقی، توجه عصب-حقوق‌دانان به استفاده از یافته‌های نوین علمی جلب شد؛ زیرا علوم اعصاب به دنبال تحلیل رفتار و حقوق، در پی کنترل رفتار است. با بهبود و گسترش سریع فناوری‌های نوین<sup>۱</sup> در عرصه زیست-پزشکی، بی‌گمان قرن بیست و یکم را می‌توان قرن «فناوری زیستی»<sup>۲</sup> نامید (رهبرپور، ۱۳۹۰: ۱۴). با پژوهش درباره مغز انسان، دانسته‌های شگرفی در خصوص چگونگی کارکرد و نارسایی مغز انسان و اثر آن بر رفتار، درمان و ترمیم به دست آمده است.

اصطلاح علوم اعصاب<sup>۳</sup> توسط فرانسیس اشمیت<sup>۴</sup> در سال ۱۹۶۲ ابداع شد (Alimardani, 2019: 19). ترکیب یافته‌های دانش مغز با سایر علوم از جمله فلسفه، اخلاق، اقتصاد، حقوق، زیست‌شناسی، ریاضیات، علوم کامپیوتر و روان‌پزشکی، سبب پیدایش گرایش‌های نوینی از جمله عصب-فلسفه تجربی،<sup>۵</sup> عصب-فلسفه نظری،<sup>۶</sup>

1. Modern Technology.
2. Biotechnology.
3. Neuroscience.
4. Francis O. Schmitt.
5. Empirical Neurophilosophy.

۶. عصب-فلسفه نظری (Theoretical Neurophilosophy) به طور عمده بر پدیده‌هایی همچون اراده آزاد، آگاهی، ذهنیت و کنش و عصب-فلسفه تجربی بر سازگاری تجربی و ابطال‌گری تجربی نظریه‌های فلسفی متمرکز است (برای مطالعه بیشتر ر.ک: میرلو و نظری، ۱۳۹۲).



عصب-اخلاق،<sup>۱</sup> عصب-حقوق<sup>۲</sup> و عصب-اقتصاد<sup>۳</sup> شد. توسعه دانش مغز همچنين مورد توجه سیاستمداران و حقوق دانان قرار گرفت؛ به گونه‌ای که دهه ۱۹۹۰ به عنوان «دهه مغز» اعلام شد (Doud, 2016: 4).

حقوق عصب‌شناختی، اصطلاحی است که به تقاطع بین دانش مغز و حقوق اشاره دارد و اولین بار توسط شرد تیلور<sup>۴</sup> در سال ۱۹۹۱ به کار رفت<sup>۵</sup> (Taylor et al., 1991: 294-295). حقوق عصب‌شناختی قلمرو اندیشه‌ای نوین در علم حقوق است که با بررسی مغز انسان، در پی ایجاد هنجارهای حقوقی دقیق‌تر و عادلانه‌تر است.<sup>۶</sup>

طی دو دهه گذشته، انقلابی واقعی در زمینه تجزیه و تحلیل مغز، همراه با تمایز میان علوم طبیعی و علوم اجتماعی رخ داد. علوم عصب‌شناختی بر اساس استدلال‌های علمی قابل اعتماد، برای نخستین بار دوگانه‌گرایی دکارتی<sup>۷</sup> در خصوص تعامل بین ذهن و مغز<sup>۸</sup>

۱. عصب-اخلاق، دانشی است که به مطالعه روابط میان مباحث شواهد عصب‌شناختی با مفاهیم اخلاقی و شکاف میان آن‌ها می‌پردازد؛ برای مثال، یکی از مهم‌ترین مباحث عصب-اخلاق، بررسی پیامدهای عملی فناوری عصبی بر تحلیل رفتار انسان‌ها و جامعه است.

2. Neurolaw.

3. Neuroeconomic.

4. J. Sherrod Taylor.

۵. حقوق عصب‌شناختی در ایران، نخستین بار در سال ۱۳۹۳ توسط پژوهشگر و نظریه‌پرداز برجسته ایرانی، آرین پتفت بیان و ادبیات آن رایج گشت. وی با تألیف اولین کتاب مرجع به نام کلیات حقوق عصب‌شناختی به همراه محمود عباسی (پتفت و عباسی، ۱۳۹۸) و تألیف مقالات فارسی و انگلیسی متعددی از جمله کاربست شواهد عصب‌شناختی در حقوق کیفری نوین با تأکید بر دادرسی عصب‌شناختی کانادا و بریتانیا، مرور اجمالی محدودیت‌های فنی کاربرد روش دروغ‌سنج FMRI در حقوق عصب‌شناختی در مجله حقوق پزشکی، سبب رسمیت یافتن حقوق عصب‌شناختی در ایران شد. در ارتباط با سایر پژوهش‌های صورت گرفته در ایران، می‌توان به رساله پسادکتری آرین پتفت با عنوان کالبدشکافی و بازتعریف مفهوم مسئولیت کیفری در قرائت حقوق جزای عصب‌شناختی و پایان‌نامه فاطمه امیرشاهی با موضوع نقش کارکردهای عصب‌شناختی و بدنتظیمی روان‌شناختی در میزان پرخاشگری نوجوانان دارای نشانه‌های اختلال سلوک، دفاع‌شده در دانشگاه شهید مدنی آذربایجان اشاره کرد.

۶. در خصوص تعریف جامع حقوق عصب‌شناختی، حقوق کیفری عصب‌شناختی، ر.ک: همان؛ همچنین برای مطالعه بیشتر درباره تاریخچه شکل‌گیری و ورود شواهد عصب‌شناختی به دادگاه‌ها، ر.ک: Aono et al., 2019; Petoft & Abbasi, 2019.

۷. انگاره دوگانه‌گرایی ذهن و بدن (مغز به عنوان بخشی از بدن)، یکی از مباحث فلسفه ذهن است که بر وجود دو نفس مستقل مادی (بدن) و غیر مادی (نفس) تأکید دارد.

8. Dualism between mind and brain.

را در معرض آزمایش تجربی گذاشت (خاتمی، ۱۳۸۷: ۱۹). برون‌داد این اکتشافات علمی، باعث ایجاد یک رویکرد مثبت جدید و غنی به برخی از رشته‌ها از جمله حقوق کیفری شده و این امر به شکل‌گیری «حقوق عصب‌شناختی»<sup>۱</sup> منجر شد. در دهه اخیر، علاقه به این گرایش توسعه یافت و تحقیقات متنوعی در این زمینه شکل گرفت.<sup>۲</sup> یکی از شاخه‌های انشعابی حقوق عصب‌شناختی، حقوق کیفری عصب‌شناختی<sup>۳</sup> است که یکی از اهداف آن، تکامل علمی نظریه و ادله کیفری می‌باشد.

از دهه ۱۹۹۰، این علم نوظهور با مطالعه در سیستم عصبی انسان، خواهان توضیح دقیق‌تر رفتار او جهت تجدیدنظر در قواعد و تصمیم‌گیری‌ها و حتی نظریه حقوقی است.<sup>۴</sup> حقوق عصب‌شناسی، رهیافت‌هایی برای توضیح رفتار از طریق تکنیک‌های نوین سنجش عصبی ارائه می‌دهد. شواهد عصب‌شناختی به عنوان ادله مکمل یا ادله پشتیبان، در کنار گزارش‌های روان‌شناسان مبتنی بر توضیح رفتار از طریق واقعیت‌های مشاهده‌پذیر، به کمک حقوق کیفری می‌آید. اهمیت این موضوع بدان علت است که نظام کیفری برای احراز مسئولیت کیفری، از یافته‌هایی بهره می‌گیرد که به دلیل عدم قطعیت و پیچیدگی زیاد، احتمال بروز خطا و تصمیم‌گیری سلیقه‌ای در آن زیاد است؛ زیرا این

### 1. Neurolaw.

۲. در زمینه حقوق و علوم اعصاب، بین سال‌های ۱۹۸۴ و ۲۰۱۸، بیش از ۱۰۰۰ مقاله درباره حقوق عصب‌شناختی نوشته شده است. طیف وسیعی از ادبیات مربوط به تقاطع قانون و علوم اعصاب، تحت عناوینی چون رشد مغز نوجوانان و مسئولیت کیفری بر اساس نظریه مغز توسعه‌یافته، مسئولیت کیفری و مجازات بزرگسالان، انواع روش‌های توان‌بخشی مجرمان، اعتیاد، تصمیم‌گیری و میزان کنترل رفتار مجرم بر رفتار، آزادی اندیشه و حریم روانی، به کارگیری ادله عصب‌شناختی در دادگاه‌ها و... بررسی شده است.

### 3. Neuro-criminal law.

۴. یکی از مفاهیم مهم در حوزه حقوق کیفری، اراده آزاد است. حقوق‌دانان، فلاسفه و پزشکان بر آزادی اراده تأکید دارند. تحلیل فرایند تصمیم‌گیری مرتکب و گذار از اندیشه به فعل مجرمانه، یکی از موضوعات مهم جرم‌شناسی بالینی محسوب می‌شود. ضعف در اراده، بی‌تفاوتی عاطفی، منش بی‌تفاوت، ضعف کشش عصبی و... از سوی پزشکان و جرم‌شناسان، به عنوان عوامل تحقق اندیشه به فعل مجرمانه مورد اشاره قرار گرفته است (نجفی ابرندآبادی و هاشم‌بیگی، ۱۳۹۷: ۳۷-۴۲). برخی از عوامل فوق با تصویربرداری از دستگاه مغز انسان، قابلیت بررسی و اظهارنظر علمی را در خصوص علل ارتکاب فعل مجرمانه دارد. دغدغه بسیاری از عصب‌حقوق‌دانان و جرم‌شناسان، بررسی فرایند تصمیم‌گیری در لحظه ارتکاب فعل مجرمانه توسط علوم پزشکی نوین است.

قسم داده‌ها، توصیفی و غیر دقیق هستند (ابوذری، ۱۳۹۶: ۲۱۴). به تعبیر دیگر، در حقوق کیفری، روان‌شناسان رفتار متهم را بر پایه مشاهده، معاینه و آزمایش‌های رفتاری تحلیل می‌کنند که ممکن است میان گزارش دو متخصص، مبیانت و مغایرت باشد؛ ولی حقوق کیفری عصب‌شناختی با ارائه شواهد علمی و عینی، به دنبال ایجاد بستری برای صدور احکام عادلانه‌تر است. در نظریه دوگانه‌گرایی دکارتی،<sup>۱</sup> بر مفارقت ذهن از مغز تأکید می‌شود.<sup>۲</sup> قانون به طور سنتی فقط به «ذهن»<sup>۳</sup> و «حالات ذهنی»<sup>۴</sup> توجه می‌کند و «مغز»<sup>۵</sup> را نادیده می‌گیرد. توجه صرف به ذهن، راه را برای تفسیر شخصی و سلیقه‌ای باز می‌گذارد. با ورود «تصاویر عصبی»<sup>۶</sup> به طور فزاینده، توضیحات علمی و عینی عصب‌شناختی برای تحلیل رفتار ارائه می‌شود (Morse, 2011: 530). حقوق با باریک‌نگری باید میان مغز و ذهن تمایز قائل شود؛ زیرا غفلت از یافته‌های حقوق عصب‌شناختی یا کم‌اهمیت دادن به آن‌ها، سبب عدم بلوغ علمی ادله کیفری خواهد شد.

نظرات مخالف و موافق بسیاری در خصوص یافته‌های حقوق کیفری عصب‌شناختی و ورود تصاویر مغزی به دادگاه‌ها وجود دارد. یکی از دلایل مخالفت این است که

۱. در خصوص تعامل مغز با ذهن، چندین نظریه وجود دارد که عبارت‌اند از: نظریه دوگانه‌انگاری، نظریه این‌همانی و حذف‌گرا. در نظریه دوگانه‌انگاری، مغز حالت مادی و ذهن حالت غیر مادی دارد؛ ولی برای شناسایی عملکرد ذهن باید از بستر مغز عبور کرد. برابر این دیدگاه، «ذهن» و «مغز»، واحد نیستند و ذهن محصول فرایندهای تعیین‌شده در مغز است. در نظریه این‌همانی، هر گونه حالات ذهنی، با نوعی از حالات مغزی (حالات فیزیکی) همسان است. طرفداران دیدگاه حذف‌گرا معتقدند که چیزی به نام ذهن وجود ندارد و همه چیز در مغز اتفاق می‌افتد. از آنجا که حقوق عصب‌شناسی بر مبنای یافته‌های علوم اعصاب است و در دانش علوم عصبی، نظریه دوگانه‌انگاری بیشتر مورد تأیید است، از توصیف مفصل در خصوص نظریه‌ها خودداری می‌کنیم (برای مطالعه بیشتر ر.ک: کرباسی‌زاده و شیخ‌رضایی، ۱۳۹۵).

۲. شواهد مختلف زیست‌شناسی تکاملی، زیست‌شناسی مولکولی، فیزیک، شیمی و علوم اعصاب نشان می‌دهد که صرفاً مغز فیزیکی وجود دارد. اما از نظر دکارت، «مغز» بخشی از بدن است و بنابراین اساساً متفاوت از «ذهن» است. در حالی که دانشمندان علوم اعصاب نوین، از «مغز» به عنوان عامل اصلی اندیشه و رفتار یاد می‌کنند. مغز زیربنای تجربیات، رفتارهای آگاهانه، علل بیماری‌های روان‌پزشکی یا عصبی است.

3. Mind.
4. Mental states.
5. Brain.
6. Brain images.

قانون به عنوان ابزار کنترل، بر پایه نظریات روان‌شناختی است. این ابزار، وظیفه خود را به خوبی انجام می‌دهد و نیازی به تغییر انقلابی یا اصلاح نظریات حقوقی نیست. روان‌شناسی در مورد مسئولیت انسان، یک توضیح «عملی» ارائه می‌دهد و به ندرت نیاز به اصلاح، تکمیل یا زیر سؤال بردن آن وجود دارد<sup>۱</sup> (Morse, 2007: 203-205). در مقابل، مدافعان حقوق عصب‌شناختی معتقدند که تصاویر مغزی، حقایق مغز هستند که نظم رفتاری را تحلیل می‌کنند. از میان همه فناوری‌های تصویربرداری عصبی، تصویربرداری عملکردی (fMRI) و تکنیک الکتروآنسفالوگرام، قادرند کمک شایانی به حقوق نمایند. طرفداران حقوق عصب‌شناختی معتقدند که شواهد عصب‌شناسی اکنون، پایه اصلی نظام عدالت کیفری است که در بسیاری از نظام‌های حقوقی دنیا از جمله انگلستان (Cf. Catley & Claydon, 2015)، هلند، آمریکا (Cf. Farahany, 2016) و آلمان، جایگاه خود را تثبیت کرده است.

حقوق عصب‌شناسی با طرح ادعای ایجاد انقلاب علمی در «ادله و نظریه حقوقی» شکل گرفت؛ برای نمونه، در بخش نظریه حقوقی، برخی از عصب-حقوق‌دانان بر «پیش‌فرض اراده آزاد»<sup>۲</sup> عامل مادی، انتقادات جدی وارد کرده‌اند.<sup>۳</sup> در حوزه ادله اثبات دعوی، مباحث حقوق عصب‌شناختی بر این مهم استوار است که تکنیک‌های سنجش عصبی می‌تواند به حقوق مساعدت نماید. نوپدید بودن کاربرت شواهد عصب‌شناختی در دادگاه، با فرصت‌ها و چالش‌هایی همراه است. پیش از ورود به بحث، نیازمند ارائه یک تعریف و طبقه‌بندی قابل اتکا از تکنیک‌های سنجش عصبی هستیم.

باری تمرکز در این مقاله، بر واکاوی کاربرت امارات نوین علمی در دادگاه کیفری است. مقاله به صورت تخصصی بر محور موضوعات روان‌شناسی جنایی یا زیست‌شناختی تمرکز نمی‌کند. پرسش اصلی مقاله این است که: «تکنیک‌های تصویربرداری از

۱. امروزه روان‌شناسی را مطالعه علمی رفتار و فرایندهای ذهنی انسان تعریف می‌کنند.

2. Free will.

۳. یکی از مباحث بسیار مهمی که توجه عصب-حقوق‌دانان را جلب کرد، مسئولیت کیفری است. بحث آزادی اراده و اختیار افسراد در ارتکاب اعمال مجرمانه که در مقاله‌ای با عنوان "Criminal Law, Neuroscience, and Voluntary Acts" (Patterson, 2016) به بحث و تحلیل گذارده شده است.

مغز) کدام‌اند و چالش‌ها و مزایای کاربست آن‌ها در پرونده‌های کیفری چیست؟ به این منظور، مقاله پس از معرفی تکنیک‌های سنجش عصبی، به تحلیل فرصت‌ها و چالش‌های بهره‌گیری از شواهد عصب‌شناختی در دادگاه‌های کیفری در خصوص کیفیت و چگونگی احراز و اثبات مجرمیت و تعیین واکنش کیفری مناسب برای متهمان می‌پردازد.

## ۱. تکنیک‌های سنجش عصبی

بخش مهمی از مباحث حقوق عصب‌شناختی، بر تکنیک‌های سنجش عصب‌شناختی<sup>۲</sup> متمرکز است. تکنیک‌های نوین سنجش عصبی، اطلاعاتی تولید می‌کنند که با بهره‌گیری از آن می‌توان به صدور احکام کیفری عادلانه‌تر امید داشت. داده‌های حاصل از تکنیک‌های سنجش عصبی بسیار متفاوت است. برخی داده‌ها به ساختار مغز، و برخی دیگر به عملکرد مغز مرتبط است. شماری از تکنیک‌های قدیمی سنجش عصبی مانند الکتروانسفالوگرافی، برای حقوق‌دانان آشنا هستند؛ ولی امروزه با پیشرفت دانش مغز، داده‌های تولیدی از تکنیک‌های نوین مانند تصویربرداری عملکردی (fMRI)<sup>۳</sup> باید مورد دقت قرار گیرد تا روشن شود که کدام دسته از داده‌ها می‌تواند در حقوق کیفری کارا باشد.

شواهد عصب‌شناختی طبق یک تقسیم‌بندی، به شواهد نظام‌مند<sup>۴</sup> و شواهد تشخیصی<sup>۵</sup> تقسیم می‌شود. شواهد نظام‌مند اطلاعاتی است که از درون مطالعات علوم اعصاب بیرون می‌آید؛ مانند آنکه صدها مطالعه بر روی مغز نشان داد که قشر جلوی مغز با کنترل خشونت ارتباط دارد. شواهد تشخیصی، به داده‌های مورد استفاده در یک پرونده خاص در خصوص یک متهم مربوط می‌شود. موردی از شواهد نظام‌مند، حالتی است که یک متخصص با مطالعه صدها تصویر از مغز درمی‌یابد که مغز نوجوانان تا

1. Brain imaging techniques.
2. Neuroscientific measurement techniques.
4. Framework evidence.
5. Diagnostic evidence.

۳. تصویربرداری تشدید مغناطیسی کارکردی.

سن معینی، به طور کامل توسعه نیافته است و ظرفیت شناختی پایین‌تری برای انجام رفتارهای منطقی دارد؛ مثلاً در پرونده‌ای که یک متخصص توضیح می‌دهد که متهم بر اساس اسکن مغزی از ظرفیت پایین‌تری برای کنترل رفتار خود برخوردار است، از ادله تشخیصی استفاده می‌کند.

شواهد تشخیصی نیز خود دو گونه است: شواهد تصویرساز<sup>۱</sup> و شواهد غیر تصویرساز<sup>۲</sup>. شواهد غیر تصویرساز شامل تست‌ها و معاینه پزشکی و روان‌پزشکی است. شواهد تصویرساز شامل MRI<sup>۳</sup>، PET، SPECT، FMRI<sup>۴</sup> و EEG<sup>۵</sup> است که تولیدکننده تصاویر واقعی مغز هستند. تکنیک‌های تصویرساز، خود به دو گونه اساسی تکنیک‌های ساختاری<sup>۶</sup> و تکنیک‌های عملکردی<sup>۷</sup> تقسیم می‌شود.

تکنیک‌های تصویربرداری ساختاری، مانند سی‌تی‌اسکن و پت، از ساختار مغز، و تکنیک‌های تصویربرداری عملکردی (کاربردی) در خصوص سطح فعالیت، نوع عملکرد و کارکرد نواحی مختلف مغز، ظرفیت‌های شناختی و اجرایی، اطلاعاتی ارائه می‌دهد؛ برای مثال، تکنیک‌های تصویربرداری کاربردی می‌تواند از فعالیت عصبی، تصاویر با وضوح بالا تولید کند که اطلاعات ارزشمندی را برای تحقیق در مورد عملکرد مغز و تحلیل رفتار فراهم می‌کند (Alimardani, 2019: 23-26).

شواهد عصب‌شناسی، در قالب تصویربرداری عملکردی و ساختاری مغز، مجموعاً در قالب ابزارهای مطالعه و مداخله در مغز انسان قابل جمع‌بندی هستند. با توجه به

1. Imaging evidence.

2. Non-imaging evidence.

3. Magnetic Resonance Imaging.

4. Functional Magnetic Resonance Imaging.

۵. فعل انسان، نشئت گرفته از مغز اوست. هر رفتار، اعم از عادی یا غیر عادی و یا هر بیماری، ریشه در ساختار مغز عامل مادی دارد. نوار مغز (EEG) یا الکتروانسفالوگرافی، به ثبت فعالیت الکتریکی مغز می‌پردازد. سلول‌های مغزی با استفاده از علائم الکتریکی، با یکدیگر ارتباط برقرار می‌کنند. برخی اختلالات مغزی می‌تواند به بروز اختلال در علائم مغزی منجر شود. این تست، تغییرات ایجادشده در فعالیت الکتریکی مغز را اندازه‌گیری کرده و به تشخیص اختلالات مغزی، به عنوان نمونه، انجام رفتار خست‌آمیز خارج از کنترل کمک می‌کند.

6. Structural Technique.

7. Functional Technique.

طبقه‌بندی فوق می‌توان گفت که شواهد عصب‌شناختی در دو دسته عمده قابل تقسیم‌بندی است:

- ادله عینی در قالب ادله تصویرساز؛

- ادله تفسیری در قالب گزارش‌های روان‌شناسان.

امروزه ادله تفسیری غالباً مبنای صدور رأی هستند و اهمیت امارات تصویرساز مغفول مانده است؛ در حالی که این دسته از شواهد، اطلاعات بسیار مفیدی در خصوص رشد کیفری، نقص شناختی و عقلانیت، مغز توسعه‌نیافته در نوجوانان، تکانشگری، خشونت، توانایی در انتخاب آزاد، اراده آزاد، قضاوت مختل شده و از دست دادن خودکنترلی ارائه می‌دهد.

پس از معرفی گرایش نوپای حقوق عصب‌شناختی و شناخت تکنیک‌های نوین سنجش عصبی، در ادامه، تحلیل و داوری در خصوص ارزش اثباتی شواهد عصب‌شناختی در دادگاه‌های کیفری را پی می‌گیریم. با توجه به اصل لزوم توسل مقام قضایی به ادله علمی، به دنبال بررسی مزایای بهره‌گیری از شواهد عصب‌شناختی به عنوان گونه‌ی جدیدی از امارات علمی و عینی هستیم.

## ۲. مزایای بهره‌گیری از شواهد عصب‌شناختی

اهم موارد رجحان شواهد عصب‌شناختی نسبت به ادله رفتاری را می‌توان این‌گونه برشمرد:

### ۱-۲. احراز علمی اراده‌ی آزاد و تعیین میزان کنترل فرد بر رفتار

پیشرفت‌های اخیر در علوم اعصاب، سبب شکل‌گیری بحث‌های جدیدی در زمینه‌ی احراز اراده‌ی آزاد شده است. این باور که جبرپنداری یا اختیارگرایی را می‌توان با یافته‌های علوم اعصاب تبیین کرد، باوری وسوسه‌انگیز است و موافقان و مخالفان خود را دارد. همین امر، سبب شکل‌گیری مناظره‌هایی در این زمینه شده است. حوزه‌های نوظهور دانش رفتاری را باید شناسایی کرد؛ زیرا فهم رفتار انسان، شرط اساسی برای مواجهه با مجرمان در حقوق کیفری است. در گفتمان حاکم بر حقوق کیفری، عامل

مادی با پیش فرض اراده آزاد تصور می‌شود. اگر اراده آزاد، رکن و مبنای اصلی مسئولیت کیفری است، باید به صورت تجربی، صحت این فرضیه سنجیده شود. ما با ترکیب علوم نظری و تجربی می‌توانیم قرائتی صحیح از اراده آزاد داشته باشیم (نوبهار و خط شب، ۱۳۹۶: ۸۷). یکی از مطالعات پیشگام در این زمینه توسط بنجامین لیبت<sup>۱</sup> و همکارانش در سال ۱۹۸۳ انجام شد. برخی از متخصصان علوم اعصاب (از جمله بنجامین لیبت) با آزمایش‌های تجربی خود بیان کردند که مغز نیز ماهیت فیزیکی دارد و همانند سایر اشیا، تابع قوانین فیزیک (روابط علی و معلولی) است و ما نیز صاحب اراده آزاد نیستیم (علیزاده، ۱۳۸۹: ۱۷۰-۱۷۲). مغز اقداماتی (مثل بلند کردن دست) را قبل از آنکه فرد آگاهانه از آن تصمیم آگاه شود، برنامه‌ریزی می‌کند؛ اما برخی دیگر همانند دنت تأکید می‌کنند که خیلی از برداشت‌های مهم و عمومی درباره اراده آزاد، با شواهدی که از علم عصب‌شناسی به دست می‌آید، سازگاری دارد. آزمایش دیگری توسط شاون نیکولز صورت گرفت و بر این انگاره که افراد اراده آزاد دارند، صحه نهاد (همان: ۱۷۴-۱۷۸).

مسئله اراده آزاد، یک مسئله حل‌ناشدنی در میان فلاسفه، الهی‌دانان، حقوق‌دانان و دانشمندان علوم اعصاب است؛ اما یافته‌های حقوق عصب‌شناختی، نه با تحلیل فرضیه‌های فعلی، بلکه با تغییر درک اخلاقی مردم در مورد مسئولیت و اراده آزاد، حقوق کیفری را تغییر خواهد داد. سرچشمه این تغییر، درک استدلال‌های قدیمی ارائه‌شده، ولی همراه با تصاویر نوین و واضحی است که توسط علم عصب‌شناختی ارائه شده است (Greeneand & Cohen, 2004: 1780). استفاده از یافته‌های نوین و ظهور تصویربرداری عصبی کاربردی، به عنوان ابزاری گسترده به ما نشان خواهد داد که حقوق کیفری قادر خواهد شد که میزان اراده و آگاهی افراد را در حین ارتکاب فعل مجرمانه، دقیق‌تر بررسی کند. عصب-حقوق‌دانان معتقدند که ادله تصویرسازی از مغز می‌تواند نشان دهد که یک مجرم، ظرفیت پایین‌تری برای کنترل یا درک امور دارد (Alimardani, 2018: 725). در نتیجه، اگر حقوق کیفری به دنبال قضاوت رفتار است، حقوق کیفری عصب‌شناختی می‌تواند اطلاعاتی در خصوص کیفیت اراده افراد تولید کند.

1. Benjamin Libet.



اهلیت به عنوان وصف متمایزکننده انسانی، مبتنی بر دو قوه ادراک و اختیار شکل می‌گیرد. قوه ادراک ناظر به توانایی‌های شناختی، و اختیار ناظر به توانایی انتخاب یک فعل از میان چند فعل است که از آن، به اصل امکان بدیل تعبیر می‌شود (برای آگاهی بیشتر درباره اصل امکان بدیل، رک: علوی، ۱۳۹۸). توانایی شناختی، نوعی سنجش ماهیت رفتار و عواقب رفتار است که این خود نیازمند قدرت ذهنی فرد در کنترل فعل و انفعالات روانی است؛ برای مثال، آسیب در لوب پیشانی، سبب ناتوانی در پاسخ‌های عادی اجتماعی و عاطفی و نقص در ظرفیت‌های فکری و شناختی می‌شود. در نتیجه در حال حاضر، شواهد عصب‌شناختی برای حقوق، دقیق‌ترین ابزار برای ارزیابی کیفیت اراده است.

## ۲-۲. ارائه داده‌های علمی و عینی به دادگاه

به کارگیری شواهد عصب‌شناختی، دقیق‌تر از اعتماد قانون به تجزیه و تحلیل صرف روان‌شناختی است (Lamparello, 2012: 267). گزارش‌های تفسیری، بر پایه تجزیه و تحلیل ذهنی کارشناس است و بسته به اینکه توسط چه کسی تفسیر شود، متفاوت است و امکان وجود داده سقیم و سلیقه‌ای در آن زیاد است (Aharoni et al., 2008: 150). در حقوق با مشاهده رفتار فرد، در خصوص میزان و کیفیت اراده او تصمیم‌گیری می‌شود؛ ولی امروزه می‌توان این مسیر را درست پیمود و به جای نگاه به رفتار و تصمیم در مورد اراده متهم، ساختار مغز را به جای حالات رفتاری بررسی کرد و تصمیم علمی‌تری در مورد متهم اتخاذ کرد. تکنیک‌های تصویرسازی از مغز، داده‌های ارزشمند و معتبری را در مورد رابطه بین ساختار و عملکرد مغز و ماهیت شناخت و اراده انسانی در اختیار ما قرار داده است. باید به هوش بود که داده‌های حاصل از ذهن که در پرونده‌های شخصیت افراد توسط روان‌شناسان تهیه می‌شود، احتمالی، توصیفی و سلیقه‌ای است؛ ولی داده‌های حاصل از مغز، در برخی از امور، قطعی و دقیق‌تر است. در دهه گذشته، نتایج صدها پرونده کیفری، زیر تأثیر داده‌های عصب‌شناسی قرار گرفته است. بیش از ۱۵۸۵ حکم قضایی، بین سال ۲۰۰۵ تا ۲۰۱۲ در دادگاه‌های آمریکا با استفاده از شواهد عصب‌شناختی صادر شده است (Farahany, 2016: 2). در خصوص آمار به کارگیری شواهد عصب‌شناختی در دادگاه‌های هلند، اطلاعات جمع‌آوری شده نشان

می‌دهد که از ۱۱۲ پرونده در سال ۲۰۰۷، به بیش از ۱۵۰۰ پرونده در سال ۲۰۱۱ رسیده است (de Kogel & Westgeest, 2015: 585). با بررسی آمار احکام قضایی کشورهای فوق می‌توان نتیجه گرفت که در جرایم جنسی، جرایم خشونت‌آمیز، جرایم مستوجب کیفرهای سنگین و جرایم ارتكابی از سوی نوجوانان، غالباً از شواهد عصب‌شناختی بهره گرفته می‌شود.

## ۲-۳. نقش داده‌های عصب‌شناختی در تکمیل پرونده شخصیت

عصب-حقوق دانان تلاش می‌کنند تا با واری پرونده مجرمان، وضعیت عصبی، روانی، شخصیتی و اجتماعی آن‌ها و نیز توجه به اطلاعات آماری و تحلیلی برای تعیین واکنش مناسب و کارآمد قانونی با آنان، یافتن انگیزه مجرمانه آن‌ها و ریشه‌کن کردن معضلات جرم‌ساز، اطلاعات نافی برای تشکیل پرونده شخصیت ارائه دهند (Rocque et al., 2012: 306-312). آورده حقوق عصب‌شناسی در خصوص پرونده شخصیت این است که عملکرد شناختی و اجرایی مغز را توضیح می‌دهد. از این روی، ادله عصب‌شناسی، دلیلی متقن برای عدم اعمال مجازات و یا کاهش مجازات، بررسی میزان درک متهم، کنترل و درمان وی در اختیار قضات قرار خواهد داد (Alimardani, 2018: 725). به تعبیر دیگر، ما حالت‌های ذهنی مانند درد، خشونت و ترس را از طریق مشاهده رفتار درک می‌کنیم. حال آنکه تمام پدیده ذهنی را می‌توان از نظر فرایندهایی که در مغز اتفاق می‌افتد، توضیح داد؛ چون مغز، عامل اصلی رفتار است، مانند آنکه آسیب در قسمت جلوی مغز، سبب بروز رفتارهای خشونت‌آمیز خارج از کنترل فرد می‌شود و همین امر می‌تواند در تخفیف مجازات متهم مؤثر واقع شود.

قوانین بسیاری از کشورها، از جمله ماده ۲۰۳ قانون آیین دادرسی کیفری ایران، در جرایم سنگین<sup>۱</sup> تشکیل پرونده شخصیت را ضروری دانسته است. در پرونده شخصیت

۱. در جرائمی که مجازات قانونی آن‌ها، سلب حیات، قطع عضو، حبس ابد و یا تعزیر درجه چهار و بالاتر است و همچنین در جنایات عمدی علیه تمامیت جسمانی که میزان دیه آن‌ها، ثلث دیه کامل مجنی‌علیه یا بیش از آن است، بازپرس مکلف است در حین انجام تحقیقات، دستور تشکیل پرونده شخصیت متهم را به واحد مددکاری اجتماعی صادر نماید. این پرونده که به صورت مجزا از پرونده عمل مجرمانه تشکیل می‌گردد، حاوی مطالب زیر است: الف- گزارش مددکار اجتماعی در خصوص وضع مادی، خانوادگی و اجتماعی متهم؛ ب- گزارش پزشکی و روان‌پزشکی.

متهمان، دو گونه اطلاعات در قالب گزارشات تفسیری مددکار اجتماعی و گزارشات پزشکان وجود دارد. بی‌شک، یافته‌های تصویربرداری کاربردی به عنوان یکی از عناصر مهم در پرونده شخصیت می‌تواند در تعیین واکنش کیفری مناسب به قضات کمک کند.

## ۲-۴. احراز رشد جزایی

هنگامی که قانون‌گذار، سنی را به عنوان حداقل سن مسئولیت کیفری مشخص می‌کند، این پیام را منتقل می‌کند که از دید وی، فرد در این سن به آن حد از بلوغ عاطفی، روانی و ذهنی رسیده است که بتواند مسئول رفتارهای خود قلمداد شود. به این ترتیب، روشن است که تعیین حداقل سن مسئولیت کیفری باید با در نظر گرفتن واقعیت‌های رشد ذهنی و روانی کودکان انجام شود (صبوری‌پور و علوی صدر، ۱۳۹۴: ۱۷۸). منظور از رشد جزایی، این است که رشد عقلی فرد به میزانی رسیده باشد که همانند بزرگسالان، ماهیت رفتار، حسن و قبح آن و عواقب اجتماعی مترتب بر رفتار خود را تشخیص دهد.

در میان مباحث حقوق عصب‌شناختی، یک نظریه با عنوان «مغز در حال توسعه»<sup>۱</sup> به چشم می‌خورد (Pardo & Patterson, 2016: 65). این نظریه، حکایت از آن دارد که جز با ادله عصب‌شناختی و بررسی عملکرد اجرایی و رفتاری مغز، نمی‌توان رشد جزایی نوجوانان را تشخیص داد. مغز هر فرد با دیگری متفاوت است و اطلاعات عملکرد آن هم با دیگری یکسان نیست.<sup>۲</sup>

### 1. Developing Brain Theory.

۲. در این خصوص می‌توان به پرونده کامرون هرین (۲۰۲۱) اشاره کرد که این روزها بسیار در فضاهای حقوقی مطرح است. پرونده، مربوط به جوان ۱۸ ساله‌ای است که به علت سرعت بسیار زیاد در هنگام رانندگی، سبب کشته شدن یک مادر و فرزند شد. وی در نهایت به ۲۴ سال حبس محکوم شد. در این پرونده، دکتر مایکل اسکات مائر بیان کرد لوب پیشانی مغز که مسئولیت کنترل رفتارهای ارادی را بر عهده دارد، در این فرد به طور کامل رشد نکرده است و از این رو، قائل شدن به مسئولیت کیفری برای وی عادلانه نمی‌باشد. همین شواهد، در تخفیف مجازات وی مؤثر واقع شد و ۶ سال از حبس وی کاست.

(<[https://youtube/GQG\\_BFGxcWQ](https://youtube/GQG_BFGxcWQ)> & <<https://www.wtsp.com/article/news/regional/florida/cameron-herrin-social-media-sentence>>).

رشد جزایی و کیفیت احراز آن، جزء موضوعات مهم و پرچالش حقوق کیفری است. در حقوق ایران، احراز رشد کیفری به طور ضمنی به عنوان شرط اجرای مجازات بر نوجوانان پذیرفته شده است (ماده ۹۱ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲). افراد بالغ زیر ۱۸ سال مذکور در ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، اگر مرتکب جرمی شوند که مستوجب حد و قصاص است، بلوغ جسمی اماره‌ای برای رشد جزایی آنان محسوب می‌شود؛ ولی آن زمان که این اماره مورد مناقشه و چالش قرار گرفت، اصل بر عدم رشد جزایی است. در حال حاضر، دقیق‌ترین روشی که قادر است کیفیت رشد یا عدم رشد را احراز کند، تصویربرداری از مغز نوجوانان است.

## ۵-۲. تعیین دقیق میزان دیه با استفاده از شواهد عصب‌شناختی

بررسی میزان دقیق آسیب کارکردهای شناختی مغز، توسط شواهد عصب‌شناختی امکان‌پذیر است. مثال معروفی که از یک نزاع میان حقوق‌دانان و دانشمندان علوم اعصاب حکایت دارد، پرونده خسارت کارگری به نام کورنلیوس بتز<sup>۱</sup> است. بتز برای شرکت آمریکایی قیرگونی آسفالت، به مدت بیست سال بدون رخداد حادثه‌ای کار کرد؛ اما در نوزدهم اکتبر سال ۱۹۵۱، زمانی که بتز کنار یک کامیون با مخزنی پر از آسفالت ایستاده بود، مخزن منفجر شد و به سر وی ضربه وارد شد و سپس بیهوش شد. او در بیمارستان بستری و پس از مدتی مرخص شد؛ اما چند ماه بعد، توانایی خود را برای انجام دادن کار مورد مناقشه قرار داد و به طور خاص ادعا کرد که در اثر انفجار آسفالت، مغز وی دچار آسیب شده است. این امر، تبدیل به یک اختلاف حقوقی میان متخصصان مغز و حقوق‌دانان شد؛ زیرا گواهی پزشکی قانونی و رفتار ظاهری، سلامت کامل او را تأیید کرد، ولی وکیل وی با توسل به اطلاعات موج‌نگاری مغز، صحت ادعای او را در خصوص دیه و میزان طول درمان اثبات کرد (Patterson, 2016: 360). بدین سان، به ویژه در جنایت علیه منافع اعضای بدن، عقل، حواس مانند چشایی، بینایی و گویایی می‌توان برای تعیین دقیق میزان کیفر، از شواهد عصب‌شناختی بهره گرفت. با توجه به اینکه طبق ماده ۱۴ قانون مجازات اسلامی، دیه یکی از انواع کیفرها تلقی شده است، تعیین

1. Cornelius Betz.

دقیق میزان کیفر و صدور احکام عادلانه و دقیق، یکی از آورده‌های شواهد عصب‌شناختی است. امروزه برای تعیین دقیق دیهٔ زبان، عقل و بینایی، بهترین چاره علمی، شواهد عصب‌شناختی است؛ هرچند به لحاظ نظری، مجازات قلمداد کردن دیه مورد تردید جدی است.

## ۲-۶. شواهد عصب‌شناختی و بازپروری

یافته‌های حقوق عصب‌شناسی می‌تواند بر حقوق شهروندان اثر بگذارد. رفع موانع قانونی ازدواج مبتلایان به صرع، شاید جذاب‌ترین نمونه باشد. عکس‌برداری عصبی کاربردی، سبب رفع محدودیت‌های قانونی از بیماران مبتلا به صرع شد (Shen, 2016: 13). یکی از وعده‌های حقوق عصب‌شناسی، تمرکز اصلی بر مغز به عنوان عامل اصلی رفتار و کمک به ارائهٔ استانداردهای قانونی برای شناخت، کنترل یا تغییر رفتارهای تکانشی و ضد اجتماعی در نوجوانان است؛ زیرا حالت روانی متهم، یک شاخص معتبر برای تصمیم‌گیری در خصوص مسئولیت کیفری وی و پاسخ مناسب برای اوست (Umbach et al., 2015: 5). اعتیاد نیز از دیدگاه علوم اعصاب‌شناختی، یک بیماری شناختی است که در اثر آسیب‌های شناختی مغز ایجاد می‌شود. بنابراین تشخیص اختلال‌های شناختی می‌تواند راهکار درمان اعتیاد را ارائه دهد. حقوق جزای عصب‌شناختی قصد دارد با اتکاء بر آموزش، تربیت، ترمیم، درمان و تأدیب فکری و رفتاری، پس از حصول اطمینان از اصلاح، مجرمان را آزاد نماید (Amodio, 2014: 670-682).

در سال ۲۰۱۲، دادگاه لیواردن هلند، زنی را که چهار فرزند تازه متولدشده‌اش را به قتل رسانده بود، به حبس محکوم کرد. در زمان تجدیدنظرخواهی، شواهد عصب‌شناختی به پرونده پیوست شد. کارشناسان در گزارش ارسالی خود بیان کردند که متهم دارای اختلال شخصیتی ناشی از آسیب به لوب پیشانی است و برای پیشگیری از تکرار جرم، نیازمند درمان طولانی‌مدت است. همین امر، سبب کاهش میزان حبس و آغاز درمان وی شد (de Kogel & Westgeest, 2015: 581; Schweitzer & Saks, 2011: 592).

شواهد عصب‌شناختی در تحقق اصل فردی کردن واکنش اجتماعی، به قضات کمک می‌کند. در قانون مجازات اسلامی (ماده ۱۴۹-۱۵۰)، جنون یکی از عوامل رافع

مسئولیت کیفری قلمداد شده است. دفاع جنون، مستلزم آن است که با شواهدی روشن و قانع‌کننده ثابت شود که متهم در زمان ارتکاب جرم، در نتیجه یک بیماری روانی شدید، قادر به درک ماهیت و کیفیت اقدامات خود نبوده است. در رقابت ادله رفتاری و شواهد عصب‌شناختی در تشخیص جنون و طول درمان وی، این ادله قادر به اظهار نظر موثق‌تری خواهد شد.<sup>۱</sup> برای مثال از دید حقوق کیفری، نابهنجاری‌های مغز می‌تواند مایه توانایی محدود یا کمتر فرد در کنترل یا درک رفتار مجرمانه گردد و در پی آن، بر مسئولیت کیفری و میزان مجازات اثر بگذارد. از همین رو می‌توان در دادگاه از داده‌های عصب‌شناختی برای اهداف مختلفی مانند اثبات دفاع مبتنی بر جنون و یا تخفیف در مجازات، به دلیل توانایی کمتر فرد در کنترل رفتار استفاده کرد. با شناخت دقیق ادله عصب‌شناختی می‌توان به یک قدرت بالقوه در ادله عصب‌شناختی برای نظام‌های مختلف عدالت کیفری اشاره کرد.

### ۳. چالش‌ها و محدودیت‌های تکیه بر شواهد عصب‌شناختی

در این بخش، چالش‌های اخلاقی و حقوق بشری وارد بر شواهد عصب‌شناختی را مطالعه می‌کنیم. به کارگیری این امارات در دادگاه‌ها نیازمند برطرف‌سازی موانع حاکم بر آن است. اصلی‌ترین ایرادها در قالب عناوین زیر قابل دسته‌بندی است:

#### ۱-۳. نبود ادبیات مشترک علمی میان حقوق‌دانان و دانشمندان علوم اعصاب

ادبیات آکادمیک در این باب در حال حاضر بسیار پراکنده است. یکی از چالش‌های پیش روی محققان، به کارگیری زبان علوم اعصاب در قالب الگوی کیفری است. در این زمینه می‌توان به گزارش ارسالی متخصصان علوم اعصاب در خصوص یک متهم اشاره کرد. این گزارش در قالب تصاویر مغزی به دادگاه ارائه می‌شوند. قضات و روان‌شناسان، صلاحیت علمی تفسیر تصاویر مغزی را ندارند. بسیاری از کارشناسان بهداشت روان<sup>۲</sup>

۱. در خصوص استفاده از شواهد عصب‌شناختی برای اثبات جنون، می‌توان به پرونده جان هینکلی در سال ۱۹۸۲ اشاره کرد. وی به اتهام سوء قصد به جان رئیس‌جمهور رونالد ریگان دستگیر شد. وکلای وی با توسل به شواهد عصب‌شناختی، جنون وی را اثبات کردند و متهم پس از مدتی تبرئه شد.

2. Mental health professionals.

مانند مددکاران اجتماعی یا روان‌شناسان،<sup>۱</sup> از پیشینه علمی لازم در زمینه شناخت آناتومی<sup>۲</sup> و فیزیولوژی<sup>۳</sup> مغز برخوردار نیستند؛ برای مثال، در گزارش ایفاد شده به دادگاه، متخصصان علوم اعصاب از واژگانی مانند نورون،<sup>۴</sup> لوب پیشانی،<sup>۵</sup> اختلال اسکیزوافکتیو و... بهره می‌گیرند؛ در حالی که این مفاهیم معنای روشنی برای حقوق‌دانان ندارد. همچنین در حقوق کیفری، مفاهیم اراده و اختیار از یکدیگر متمایز تعریف می‌شوند؛ در حالی که متخصصان علوم اعصاب، این دو را یک مفهوم تلقی می‌کنند (حجاری و همکاران، ۱۳۹۵: ۲۱۰-۲۱۴).

با توجه به آثار حقوقی این گونه مفاهیم بر مجازات یا عدم مجازات متهمان، ضرورت شکل‌گیری ادبیات و دستورالعمل‌های مشترک احساس می‌شود.

### ۲-۳. ترجیح شواهد عصب‌شناسی بر ادله رفتاری

جوزف دومیت<sup>۶</sup> ایراد قدرت اقناعی<sup>۷</sup> را بر شواهد عصب‌شناختی مطرح می‌کند. این ایراد بدین معناست که دادگاه‌ها به ویژه اعضای هیئت منصفه، ممکن است این گونه امارات را به دلیل عینی بودنشان، بر سایر ادله رفتاری (مانند گزارش روان‌شناسان) و امارات قضایی ترجیح دهند؛ امری که ممکن است تأثیر ناعادلانه‌ای در تعیین مجازات داشته باشد (Alimardani, 2019: 109). این ایراد بدان معناست که به نظر می‌رسد تصاویر مغزی برای برخی از کنشگران کیفری اغواکننده است. ممکن است این تصاویر به نوعی شیفتگی عمومی ایجاد کند و در زمان طولانی، باعث نادیده گرفتن سایر ادله رفتاری شود؛ برای نمونه، برخی از عصب-حقوق‌دانان، به «اثر درخت کریسمس»<sup>۸</sup> اشاره می‌کنند.

1. Social workers or psychologists.

2. Anatomy.

3. Physiology.

۴. نورون‌ها، واحدهای عصبی انتقال پیام هستند.

۵. لوب پیشانی یا لوب قدامی، بخشی از مغز پستانداران است. محتوای شخصیتی، چاره‌یابی، هیجانان، تمرکز، داوری، سخن گفتن و حرکات ارادی، از کارکردهای این نقطه از مغز است.

6. Joseph Dumit.

7. Persuasive Power.

8. Christmas tree effect.

تصاویر رنگارنگ مغز می‌تواند به طور نامناسب بر تصمیم قضاوت و هیئت منصفه تأثیر بگذارد. والتر سینوت<sup>۱</sup> به مطالعه‌ای اشاره می‌کند که نشان می‌دهد هیئت منصفه بیش از حد تحت تأثیر عکس‌ها و تصاویر مغزی (نه حقیقت تصاویر مغزی) قرار می‌گیرند و گزارش‌های تفسیری را نادیده می‌انگارند و نیز ممکن است این گونه شواهد را متقاعدکننده‌تر از آنچه لازم است، بدانند (Sinnott-Armstrong et al., 2008: 566-570).

در خصوص لحاظ شواهد عصب‌شناختی در کنار ادله رفتاری، ممکن است دو وضعیت پیش آید: فرض اول، همگرایی این دو با یکدیگر به عنوان ادله مکمل و پشتیبان، و فرض دوم، ترجیح ادله عینی بر ادله تفسیری است. مطالعات آماری نشان داد که اعضای هیئت منصفه، تصاویر مغز را بر گزارش‌های روان‌شناسان ترجیح می‌دهند. در حالی که دفاع از ادله عینی، به معنای کنار گذاشتن یا بی‌توجهی به ادله رفتاری نیست؛ بلکه باید به هر دو به صورت برابر برای صدور حکم شایسته توجه کرد و صرفاً در صورت تعارض بین این دو، قاضی مکلف است قوی‌ترین دلیل را (حتی اگر ادله رفتاری باشد)، مبنای صدور حکم قرار دهد.

### ۳-۳. عدم قطعیت داده‌ها به علت نقص وارد بر بومی‌سازی فرایندهای

#### شناختی در مغز<sup>۲</sup>

مغز انسان، دارای ۱۰۱۱ نورون فعال است. نورون‌ها انتقال‌دهنده پیام‌های عصبی هستند. امروزه تصویربرداری کاربردی قادر است فعالیت‌های مغز را محلی‌سازی کند؛ برای مثال، نقطه الف عملکرد کنترل خشم، و نقطه ب وظیفه تصمیم‌گیری منطقی را بر عهده دارد، اما باید دانست که مغز، قابلیت انعطاف‌پذیری دارد. مراد از انعطاف‌پذیری آن است که مغز می‌تواند کارکردهای خود را گاه به بخش‌های دیگر واگذار کند. نمونه‌ای از وقوع این وضعیت، ذخیره شناختی است؛ یعنی وضعیتی که اگر برخی از مناطق بافت مغزی دچار ضایعه شوند، مناطق دیگر مغز، این عملکردها را جبران کرده و انجام فعالیت آن را بر عهده می‌گیرند. گرچه ممکن است مغز ظاهراً دچار اختلال و

1. Walter Sinnott-Armstrong.

2. Limits of Localizing Cognitive Processes in the Brain.



آسیب باشد، ولی قادر است همانند انسان عادی عمل کند (Cf. Morse, 2005: 397-412). تشخیص این امر، همیشه به آسانی صورت نمی‌گیرد و همین امر سبب می‌شود که عدم قطعیت داده‌ها، یکی از محدودیت‌های حاکم بر این امارات تصویری باشد. به تعبیر دیگر، این چالش بدین معناست که اقدامات شناختی لزوماً در یک منطقه از مغز اتفاق نمی‌افتد. گرچه عملکرد اجرایی مغز قابلیت بومی‌سازی دارد، ولی از سوی دیگر، یک فعالیت مغزی ممکن است توسط منطقه دیگری جبران شود و در نتیجه، آسیب به یک قسمت از مغز ممکن است در عمل بر روی رفتار مؤثر واقع نشود.

اگر یک پرونده شخصیت برای مجرم تشکیل شود، شواهد عصب‌شناختی ممکن است حکایت از ناهنجاری مغزی داشته باشد؛ در حالی که سایر مناطق مغز، عملکرد قسمت مربوطه را بر عهده گرفته‌اند و آسیب به سر، اصلاً سبب بروز رفتار مجرمانه نبوده است (Grafton et al., 2006: 31-36).

بر این اساس، اگر یک قسمت از مغز مختل شود (چه در ساختار و چه در عملکرد)، ممکن است انتظار داشته باشیم که آن ناحیه از مغز نتواند وظیفه خود را انجام دهد؛ مثلاً اعتقاد بر این است که قشر جلوی مغز (ناحیه‌ای از مغز در پشت پیشانی)، وظیفه تصمیم‌گیری و مدیریت رفتارهای اجتماعی را بر عهده دارد. اختلال در آن منطقه ممکن است سبب مشکلات رفتاری مانند اختلال کنترل امیال<sup>۱</sup> و رفتارهای خشونت‌آمیز شود (Yang & Raine, 2009: 81-88). در عین حال، همین فعالیت ممکن است توسط منطقه دیگری از مغز جبران شده باشد. سرانجام اختلال در ناحیه خاصی از مغز، لزوماً نشان‌دهنده نقص کلی آن نیست؛ به این علت که مغز، پیچیده‌ترین دستگاه جهان است و تفسیر درست داده‌های تولیدی، گاهی با قطعیت همراه نیست.

### ۳-۴. افراط در پزشکی شدن حقوق کیفری

رویکرد بالینی به جرم، مجرم و بزه‌دیده، به عنوان یک رویکرد در حقوق کیفری، نزد جرم‌شناسان پذیرفته شده است. در ادبیات جرم‌شناختی، رویکرد بالینی مترادف با مفاهیم و موازین حقوق بشری همچون پیشگیری از تکرار جرم، رعایت کرامت انسانی

1. Impulse control.

بزهکاران، حمایت از حقوق بزه‌دیدگان، بازپروری محکومان کیفری، دادرسی عادلانه، کارکرد اصلاحی کیفر و همسویی منافع بزهکار با مصالح حمایتی از جامعه شناخته شده است (اردبیلی و سعیدی‌نژاد، ۱۴۰۰: ۳۵). برخی عصب‌شناسان در طراحی و ارائه یک مدل پزشکی به افراط گراییده‌اند. مویر و جسل<sup>۱</sup> حبس را قابل توجیه نمی‌دانند و آن را یک واکنش گران و بیهوده به جرم می‌دانند که در عمل، مؤثر و کارا نیست. آنان یک مدل پزشکی عدالت کیفری را پیشنهاد می‌کنند که مبتنی بر پیشگیری، تشخیص و درمان باشد (Alimardani, 2019: 60). این فرایند تا جایی پیش می‌رود که «مجرم»، یک بیمار تصور می‌شود و به طور ضمنی به ارتکاب جرم از سوی بیمار مشروعیت می‌بخشند. الگوی پزشکی سازی حقوق کیفری، سبب اتخاذ رویکرد تقلیل‌گرایانه زیست‌پزشکی به مسئله جرم می‌شود. افراط در این امر، به سهم خود سبب تضعیف نظام عدالت کیفری در مقابله با جرم خواهد شد؛ برای مثال، برخی همچون بنجامین لیست و لیناس، پس از آزمایش‌های تجربی خود بیان کردند که انسان فاقد اراده آزاد است. تفسیرهای جبرگرایانه از چنین نتایجی، چیزی جز انکار مجازات و نگاه بیمارگونه به مجرم نخواهد بود.<sup>۲</sup> پذیرش دیدگاه‌های برخی عصب-حقوق‌دانان، زمینه‌ساز افراط در پزشکی سازی و در نتیجه، سبب ضعف در اعمال کیفر بر مجرمان خواهد شد. درمان مجرمان و اعمال

#### 1. Anne Moir & David Jessel.

۲. آزمایش‌های تجربی بسیاری برای ارزیابی و احراز مفهوم اراده آزاد صورت گرفته است. یکی از اصلی‌ترین آن‌ها، آزمایش بنیامین لیست و لیناس است. موضوع اصلی آزمایش این است که اهرمی را به یک شخص می‌دهند و از او می‌خواهند که هر وقت تمایل داشت، آن را تکان دهد. یک ساعت بزرگ پیش روی آزمایش‌شوندگان وجود دارد. ریکوی ساعت، یک نقطه نور کوچک در حال حرکت است که شخص بتواند زمان را با نهایت دقت گزارش کند. وظیفه آزمایش‌شونده این است که به آن نقطه نگاه کند و زمان تصمیم خود را برای حرکت اهرم، دقیق ثبت کند. یک ساعت هم زیر این اهرم قرار دارد و به طور دقیق مشخص می‌کند که اهرم چه زمانی تکان خورده است. از سوی دیگر، به طور دقیق می‌دانیم که شخص چه زمانی تصمیم گرفته است؛ چون از مغز اشخاص ثبت الکتریکی وجود دارد. در واقع می‌توان به طور دقیق حساب کرد که چه زمانی فرمان حرکت در مغز صادر شده است. در نتیجه توالی زمانی این موارد، یعنی آنکه فرد اراده کرده است، مغزش فرمان حرکتی داده و بعد اهرم حرکت کرده است. اما وقتی در عمل نگاه می‌کنیم، متوجه می‌شویم که ترتیب و توالی تصور فوق، این گونه است که فرمان حرکتی در مغز صادر شده، شخص اراده کرده (یا فکر کرده که اراده نموده است) و سپس اهرم حرکت داده شده است. نتیجه اینکه وجود اراده آزاد به مفهوم سنتی آن دگرگون می‌شود.

کیفر، مکمل یکدیگرند. پذیرش و اعمال صرف یکی از این دو مهم، نتایج مثبتی برای عدالت کیفری به همراه ندارد.

### ۳-۵. تجویز مداخله در مغز

گسترش سریع فناوری‌های نوین در عرصه زیست‌پزشکی به رغم کسب نوآوری‌های علمی در این حوزه، نگرانی‌های عمیقی را از جنبه‌های مختلف فلسفی، اخلاقی، مذهبی، حقوق بشری و اجتماعی به دنبال داشته است. عدم ایمنی فناوری‌های نوین زیستی سبب می‌شود که به استناد حرمت تغییر در آفرینش الهی در چهارچوب اخلاق زیستی، از مداخله در مغز مجرمان خطرناک و خشن پرهیز شود (رهبریور، ۱۳۹۳: ۱۲۴-۱۲۸). مداخلات عصبی مستقیم، رویکردهای بحث‌برانگیز در مورد درمان مجرمان هستند، که نه تنها به علت اینکه ممکن است عوارض جانبی بزرگی داشته باشند یا تکنیک‌های نایمن را درگیر کنند، بلکه بسیاری از معضلات اخلاقی، مانند مداخله در زیست فکری را در بر می‌گیرند (Picozza, 2011: 78). بیانیه جهانی ژنوم انسانی و حقوق بشر ۱۹۹۷، حق عدم اطلاع از اطلاعات ژنتیکی شخص را به عنوان یکی از حقوق بشر در رویارویی با فناوری‌های نوین ژنتیکی و پزشکی مطرح می‌کند (Ienca & Andorno, 2017: 9)؛ برای مثال، استفاده از فناوری‌های نوین پزشکی، ممکن است سبب مشخص شدن ضریب هوشی پایین افراد و افشای اطلاعات ژنتیکی فرد شود.<sup>۱</sup> این امر به معنای نقض حریم خصوصی بدنی شهروندان است.

درمان اجتنابی یا تنفر درمانی<sup>۲</sup>، یکی از روش‌های درمانی است که با استفاده از محرک‌های شیمیایی و الکتریکی، به دنبال درمان افرادی است که مرتکب اعمال خشونت‌آمیز جنسی می‌شوند. استفاده از آن باید در موارد محدود و در چهارچوب

۱. بر اساس نتیجه یک مطالعه که در سال ۲۰۱۳ با استفاده از fMRI بر روی ۹۶ مرد زندانی صورت گرفت، افرادی که نقطه معینی از مغز آنان فعالیت کمتری دارد، خطر تکرار جرم آنان بیشتر است و این افراد دارای یک «شاخص زیستی بالقوه برای ارتکاب رفتار ضد اجتماعی پایدار» هستند. چنین یافته‌هایی می‌تواند به این برآمد منتج شود که با تعدیل الگوی فعالیت مغزی می‌توان برخی از افراد را کنترل کرد (Ienca & Andorno, 2017: 6).

2. Aversive therapy.

رهنمودهای اخلاقی باشد (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۷: ۵۴). این روش‌های درمان، نیازمند وارد کردن شوک‌های مضر الکتریکی به مغز است و یک روش درمان تهاجمی به مغز محسوب می‌شود. به علت عدم قطعیت در نتایج چنین روش‌هایی، حقوق کیفری نباید مجوز چنین اقدامی را صادر کند.

### ۳-۶. اثر دوگانه و متضاد شواهد عصب‌شناسی

مفهوم شمشیر دولبه، به اثر دوگانه شواهد عصب‌شناسی اشاره دارد. این ادعا به این نکته اشاره دارد که شواهد عصب‌شناختی ممکن است میزان مجازات یک مجرم را کاهش دهد یا تشدید کند. به عبارتی دیگر، شواهد عصب‌شناسی ممکن است در بسیاری موارد به متهم کمک کند و سبب تخفیف مجازات وی شود. گاهی هم ممکن است حالت خطرناک و خشونت‌بار وی را برای دادگاه روشن سازد و قاضی دست از نهادهای تخفیفی بردارد (Barth, 2007: 501). دבורا دنو<sup>۱</sup> در مقاله «افسانه شمشیر دولبه: یک مطالعه تجربی از ادله عصب‌شناسی در پرونده‌های جنایی» توضیح می‌دهد که ادله عصب‌شناسی در نظام دادرسی کیفری آمریکا، معمولاً به هدف کاهش مجازات معرفی می‌شود؛ ولی نباید از اثر منفی آن در خصوص تشدید مجازات غافل بود (Denno, 2015: 495). اثر تشدیدکنندگی مجازات، احراز حالت خطرناک، دست کشیدن قاضی از نهادهای ارفاقی و...، روی دیگر استفاده از شواهد عصب‌شناختی است. به تعبیر دیگر، شواهد عصب‌شناختی می‌توانند دو کارکرد متضاد داشته باشند. از یکسو می‌توانند منجر به پذیرفته شدن دفاع مبتنی بر جنون متهم و تبرئه یک فرد شوند و از سوی دیگر، اگر این ادله، نقصی را در مغز نشان دهند که می‌تواند جامعه را در معرض خطر قرار دهد (این نقص شامل چیزهایی از قبیل رفتار تکانشی می‌شود)، مرتکب آزاد نخواهد شد.

اقدامات تأمینی در قوانین کیفری ایران (مواد ۱۴ و ۱۵۰ ق.م.ا.)، به عنوان مجازات تعریف نشده‌اند، ولی آزادی فرد را سلب می‌کنند؛ برای مثال در ماده ۱۵۰ قانون مجازات

1. Deborah Denno.

2. The Myth of the Double-Edged Sword.

اسلامی ۱۳۹۲، اگر جنون فرد، نوعی خطرناک تلقی شود، تا زمان رفع خطر از جامعه، وی باید در مکان مناسبی نگهداری شود. اگر در پرونده‌ای، متهم به دفاع جنون استناد کند و شواهد عصب‌شناختی، جنون وی را محرز بداند، ممکن است در عین حال، خطرناک بودن وی را تأیید کند. همین امر ممکن است سبب شود که بسیاری از متهمان، خواهان به کارگیری شواهد عصب‌شناختی نباشند. از این رو به شواهد عصب‌شناختی، «شمشیر دولبه» هم می‌گویند. ممکن است متهم با تصور گرفتن تخفیف در مجازات، خواهان ارائه شواهد عصب‌شناختی به دادگاه شود، ولی وجود ناهنجاری مغزی، خطرناک بودن وی را برای قاضی دادگاه محرز نماید. همین امر سبب کاهش توسل به شواهد عصب‌شناختی در دادگاه‌ها توسط متهمان خواهد شد.

### ۷-۳. هزینه‌بر و زیان‌آور بودن

امروزه متهمان برای تخفیف در مجازات، از شواهد عصب‌شناختی استفاده می‌کنند؛ ولی استفاده از شواهد عصب‌شناختی برای متهمان در دادگاه، مضر و هزینه‌بر است (Farahany, 2016: 6; Klaming & Koobs, 2012). در دادگاه‌های ایران، این امر نه تنها هزینه‌بر است، بلکه با واقعیت‌های فرایند رسیدگی کیفری سازگاری ندارد. در برخی از نظام‌های کیفری از جمله ایران، تمایل نسبتاً کمی به توضیح زیست‌شناختی رفتار مجرمانه و رابطه آن با حقوق کیفری وجود دارد و تنها موضوعات مربوط به شرایط روان‌شناختی و ذهنی متهم بررسی می‌شوند. گرچه تکنیک تصویربرداری کاربردی (fMRI) به صورت غیر تهاجمی، آنچه را که درون مغز اتفاق می‌افتد، نشان می‌دهد و دارای اشعه مضر نیست، اما سایر تکنیک‌ها، تهاجمی و دارای اشعه مضر می‌باشند. تعداد چنین دستگاه‌هایی محدود است و در عین حال به علت وجود امواج الکتریکی، باعث سوزش عصبی در برخی افراد می‌شود.

### نتیجه‌گیری

حقوق عصب‌شناختی، حوزه مطالعاتی جدیدی است که می‌تواند در زمینه کشف و تبیین کارکردهای عصب‌شناختی مغز در حقوق مؤثر باشد. همگام با تحولات سریع

فناوری، ادله عصبی‌شناسی علمی در دادرسی‌های کیفری، نقش مهمی را در بسیاری از نظام‌های حقوقی ایفا می‌کند. گرچه شواهد عصب‌شناختی می‌تواند کمک شایانی به نظام عدالت کیفری نماید، تحقق این مهم نیازمند مرتفع ساختن ایرادهای حاکم بر این‌گونه شواهد است تا راه هرگونه سوءاستفاده مسدود شود. باید توجه داشت که کاربردی کردن یافته‌های حقوق عصب‌شناسی به عنوان یک واکنش به پیشرفت‌های سریع در علوم اعصاب نوین، نیازمند تنظیم و تدوین چهارچوب و رهنمودهای حقوقی و اخلاقی دقیق در خصوص نحوه اخذ رضایت از افراد، حذف داده‌ها در پرونده و ممانعت از استفاده اجباری از داده‌ها بعد از بازپس‌گیری رضایت متهم، رعایت زیست خصوصی، تضمین سلامت افراد در برابر آسیب‌های بالقوه جسمی و روانی و عواقب منفی ناخواسته، رعایت حداکثر ایمنی، استفاده از فناوری‌های نوین زیستی و... می‌باشد. محققان باید تلاش کنند با افزودن به اطلاعات خویش، به حداکثر دقت و اطمینان در خصوص این‌گونه ادله دست یابند و صرفاً داده‌هایی به نظام‌های حقوقی راه یابند که در خصوص آن‌ها قطعیت وجود دارد؛ برای مثال، سنجش دروغ‌گویی یا راست‌گویی متهم، سنجش بی‌طرفی قضات و شهود، هنوز به حدی از تکامل علمی نرسیده است که بتوان از داده‌های این دستگاه‌ها در حقوق بهره گرفت. شواهد عصب‌شناختی در صورت فقدان یا نقصان ادله رفتاری، برای تبیین علل رفتار می‌تواند به کمک حقوق بیاید و نادیده گرفتن چنین داده‌هایی خطاست؛ زیرا حقوق نیز همانند دیگر علوم انسانی باید گزاره‌ها و نظریه‌های خود را با یافته‌ها و فناوری‌های نوین علمی انطباق دهد؛ اما باید به هوش بود که بلوغ داده‌های تولیدشده از تکنیک‌های عصب‌شناختی، مستلزم تعمق در گزاره‌ها و گفتمان‌هایی است که در طول زمان از سوی اندیشمندان حقوقی و علوم اعصاب مطرح می‌شود تا کاربرست آن در دادگاه‌ها، با نتایج منفی همراه نباشد.

قانون‌گذاران فرانسوی و فنلاندی، کاربردی کردن یافته‌های حقوق عصب‌شناسی را به عنوان واکنشی به پیشرفت‌های سریع در علوم اعصاب نوین پیشنهاد دادند؛ اما اجرای آن را در دادگاه‌ها، نیازمند چهارچوب حقوقی دقیقی دانستند. در حقوق کیفری ایران، نیازمند تحقیق و تفحص بیشتری برای تحلیل مبانی دانش حقوق عصب‌شناسی هستیم. پژوهش‌های اندکی درباره کاربرد شواهد عصب‌شناسی در نظام حقوق کیفری در ایران

انجام شده است. این امر، تلاش‌های علمی بیشتری را در دو سطح حقوق عصب‌شناسی نظری و کاربردی برای بهره‌گیری از یافته‌های نوین این گرایش در دادرسی کیفری ضروری می‌سازد. پیداست که با توجه به ضرورت سازگاری قوانین و مقررات با مبانی اسلامی، چهارچوب‌های نظری کاربست داده‌های عصب‌شناختی از منظر اسلامی، خود می‌تواند و باید موضوع پژوهش‌های مستقلی قرار بگیرد.

## کتاب‌شناسی

۱. اردبیلی، محمدعلی، و یاسمن سعیدی‌نژاد، «پزشکی شدن جرم و انحراف؛ درآمدی بر تحلیل گفتمان انتقادی رویکرد بالینی به مسئله بزهکاری»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره بیست و چهارم، شماره ۹۳، بهار ۱۴۰۰ ش.
۲. پتفت، آرین، و محمود عباسی، *کلیات حقوق عصب‌شناختی*، تهران، میزان، ۱۳۹۸ ش.
۳. رهبرپور، محمدرضا، «مبانی فقهی ممنوعیت و جرم‌انگاری در قلمرو اخلاق زیستی»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، سال یازدهم، شماره ۴۲، پاییز ۱۳۹۳ ش.
۴. همو، «مفهوم‌شناسی اخلاق زیستی و قلمرو آن»، *فصلنامه اخلاق زیستی*، سال اول، شماره ۱، پاییز ۱۳۹۰ ش.
۵. صبورپور، مهدی، و فاطمه علوی صدر، «سن مسئولیت کیفری کودکان و نوجوانان در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، *پژوهشنامه حقوق کیفری*، سال ششم، شماره ۱ (پیاپی ۱۱)، بهار و تابستان ۱۳۹۴ ش.
۶. علوی، فخرالسادات، «تحلیل و ارزیابی تلقی سلبی فیلسوفان از اختیار»، *نشریه علمی متافیزیک*، سال یازدهم، شماره ۲۸، پاییز و زمستان ۱۳۹۸ ش.
۷. علیزاده، بهرام، «اراده آزاد؛ دیدگاه‌های معاصر در باب اراده آزاد»، *فصلنامه نقد و نظر*، سال پانزدهم، شماره ۱ (پیاپی ۵۷)، بهار ۱۳۸۹ ش.
۸. کرباسی‌زاده، امیراحسان، و حسین شیخ‌رضایی، *آشنایی با فلسفه ذهن*، چاپ سوم، تهران، هرمس، ۱۳۹۵ ش.
۹. میرلو، محمد مهدی، و محمدعلی نظری، «نور و فلسفه از آغاز تا به امروز»، *دوفصلنامه پژوهش‌های فلسفی*، سال هفتم، شماره ۱۲، بهار و تابستان ۱۳۹۲ ش.
۱۰. نجفی ابرنآبادی، علی حسین و حمید هاشم‌بیگی، *دانشنامه جرم‌شناسی*، چاپ پنجم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۷ ش.
۱۱. نوبهار، رحیم و خط شب، محمدرضا، «اراده آزاد به مثابه رکن مسئولیت کیفری در جدال سازگارانه‌نگاری و ناسازگارانه‌نگاری»، *مجله پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی*، دوره پنجم، شماره ۹، بهار و تابستان ۱۳۹۶ ش.
12. Aharoni, Eyal & Chadd M. Funk & Walter Sinnott-Armstrong & Michael S. Gazzaniga, "Can Neurological Evidence Help Courts Assess Criminal Responsibility? Lessons from Law and Neuroscience", *Annals of the New York Academy of Sciences*, Vol. 1124(1):145-160, 2008.
13. Alimardani, Armin, *An Empirical Study of the Use of Neuroscientific Evidence in Sentencing in New South Wales, Australia*, PhD diss, University of New South Wales, 2019.
14. Id., "Neuroscience, criminal responsibility and sentencing in an islamic country: Iran", *Journal of Law and the Biosciences*, Vol. 5(3):724-742, 2018.
15. Amodio, David M. "The nuroscience of prejudice and stereotyping", *Nature Reviews Neuroscience*, Vol. 15(10):670-682, Macmillan Publishers Limited, 2014.
16. Aono, Darby & Gideon Yaffe & Hedy Kober, "Neuroscientific evidence in the courtroom: a review", *Cognitive Research: Principles and Implications*, Vol. 4(40), 2019.



17. Barth, Abram S., "A Double-Edged Sword: The Role of Neuroimaging in Federal Capital Sentencing", *American Journal of law & medicine*, Vol. 33(2-3):501-522, 2007.
18. Catley, Paul & Lisa Claydon, "The use of neuroscientific evidence in the courtroom by those accused of criminal offenses in England and Wales", *Journal of Law and the Biosciences*, Vol. 2(3):510-549, 2015.
19. de Kogel, C.H. & E.J.M.C. Westgeest, "Neuroscientific and behavioral genetic information in criminal cases in the Netherlands", *Journal of Law and the Biosciences*, Vol. 2(3):580-605, 2015.
20. Denno, Deborah W., "The Myth of the Double-Edged Sword: An Empirical Study of Neuroscience Evidence in Criminal Cases", *Boston College Law Review*, Vol. 56(2):493-551, 2015.
21. Doud, Nolina, *Neuroimaging, Responsibility, and Law; How Neuroscientific Explanations Challenge the Fundamentals of Legal Responsibility*, Master Thesis, MSc Philosophy of Science, Technology, and Society – PSTS, University of Twente, 2016.
22. Farahany, Nita A., "Neuroscience and behavioral genetics in US criminal law: an empirical analysis", *Journal of Law and the Biosciences*, Vol. 2(3):485-509, 2016.
23. Greene, Joshua & Jonathan Cohen, "For the law, neuroscience changes nothing and everything", *Philosophical Transactions of The Royal Society B Biological Sciences*, Vol. 359(1451):1775-1785, The Royal Society Publishing, 2004.
24. Ienca, Marcello & Roberto Andorno, "Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology", *Life Sciences, Society and Policy*, Vol. 13(5):1-27, 2017.
25. Klaming, Laura & Bert-Jaap Koops, "Neuroscientific Evidence and Criminal Responsibility in the Netherlands", in: Tade Matthias Spranger (Ed.), *International Neurolaw: A Comparative Analysis*, 2012.
26. Lamparello, Adam, "Using Cognitive Neuroscience to Provide a Procedure for the Involuntary Commitment of Violent Criminals as a Part of or Following the Duration of Their Sentence (Part II of a Two-Part Series) The Model Statute", *Houston Journal of Health Law and Policy*, Vol. 11(2):267-301, 2012.
27. Morse, Stephen J., "Brain Overclaim Syndrome and Criminal Responsibility: A Diagnostic Note", *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 3:397-412, 2005.
28. Id., "Lost in Translation? An Essay on Law and Neuroscience", in: Michael Freeman (Ed.), *Law and Neuroscience: Current Legal Issues Volume 13*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
29. Id., "The Non-Problem of Free Will in Forensic Psychiatry and Psychology", *Behavioral Sciences & the Law*, Vol. 25(2):203-220, 2007.

30. Pardo, Michael S. & Dennis Patterson., *Minds, Brains, and Law: The Conceptual Foundations of Law and Neuroscience*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
31. Patterson, Dennis, "Criminal law, neuroscience, and voluntary acts", *Journal of Law and the Biosciences*, Vol. 3(2):355-358, August 2016.
32. Petoft, Arian & Mahmoud Abbasi., "A Historical Overview of Law and Neuroscience: From the Emergence of Medico-legal Discourses to Developed Neurolaw", *Journal of Criminal Law*, Vol. 10(2), University of Rome, 2019.
33. Picozza, Eugenio (Ed.), *Neurolaw: An Introduction*, 1<sup>st</sup> Ed., New York, Springer International Publishing, 2011.
34. Rocque, Michael & Brandon C. Welsh & Adrian Raine., "Biosocial criminology and modern crime prevention", *Journal of Criminal Justice*, Vol. 40(4):306-312, 2012.
35. Schweitzer, Nicholas J. & Michael J. Saks., "Neuroimage evidence and the insanity defense", *Behavioral Sciences & the Law*, Vol. 29(4):592-607, 2011.
36. Shen, Francis X., "The Overlooked History of Neurolaw", *Fordham Law Review*, Vol. 85(2):667-695, 2016.
37. Taylor, J. Sherrod & J. Anderson Harp & Tyron Elliott, "Neuropsychologists and Neurolawyers", *Neuropsychology*, Vol. 5(4):293-305, 1991.
38. Umbach, Rebecca & Colleen M. Berryessa & Adrian Raine, "Brain imaging research on psychopathy: Implications for punishment, prediction, and treatment in youth and adults", *Journal of Criminal Justice*, Vol. 43(4):295-306, 2015.
39. Yang, Yaling & Adrian Raine, "Prefrontal structural and functional brain imaging findings in antisocial, violent, and psychopathic individuals: A meta-analysis", *Psychiatry Research: Neuroimaging*, Vol. 174(2):81-88, 2009.

## موجز المقالات

### دراسة مقارنة لجريمة الاغتصاب فى النظام القانونى الإيرانى والقانون الجنائى الدولى

- دانيال پاك نژاد (ماجستير فى القانون الجنائى وعلم الإجرام بجامعة كيلان)
- مهين سبحانى (أستاذ مساعد فى قسم القانون بجامعة كيلان)
- حسن شاه ملك پور (أستاذ مساعد فى قسم القانون بجامعة كيلان)

بعد المصادقة على قانون العقوبات الإسلامى عام ٢٠١٣ حدثت تطورات واسعة فى جريمة الاغتصاب الجنسى. بحيث أن المادّة ٢٢٤ ولأوّل مرّة قد ذكرت أمثلة عن عدم الرضا؛ وهى أمثلة خارجة عن حكم الزنا بالعنف فى قانون ١٩٩١. من ناحية أخرى فإنّه لا يُشاهد تجريم الاغتصاب فى الأنظمة الأساسيّة للمحاكم الجنائيّة الدوليّة الأولى أى أثر لجريمة الاغتصاب، ولكن هذه الجريمة قد دخلت تدريجيًا ليس فقط فى الأنظمة الأساسيّة الجديدة لتلك المحاكم، بل اتّسع نطاق تعريفها أكثر بالاعتماد على الإجراءات القضائيّة. نسعى فى هذا البحث للإجابة على هذا السؤال وهو على الرغم من التطورات الجديدة فما هى أوجه الشبه والاختلاف بين أركان الاغتصاب فى النظام القانونى الإيرانى والقانون

الجنائى الدولى؟ تبين فى هذا البحث وبنظرة مقارنة أنه على الرغم من وجود خلط فى القوانين الإيرانية فيما يخصّ الاغتصاب، فإنّ هذه الجريمة فى النظام القانونى الإيرانى هى مزيج بين ظروف الإكراه وركن عدم الرضا. بينما فى القانون الجنائى الدولى اعتمدت معظم المحاكم على قوانين الدول التى اتّخذت من عدم الرضا معيار لتحقيق جريمة الاغتصاب. كذلك فإنّ ركن السلوك الجنسى فى النظام القانونى الإيرانى محدود أكثر من القانون الجنائى الدولى بسبب اعتماده على التعريف الفقهى للزنا واللواط. الكلمات الأساسية: الاغتصاب، الزنا بالعنف، اللواط بالعنف، القانون الإيرانى، القانون الجنائى الدولى.

### إشكاليات الفساد الاقتصادى من منظور الاهتمامات السياسية والأمنية

□ سكينه خانعلى پور واجارگاه

□ أستاذ مساعد فى قسم القانون بجامعة الإمام الخمينى الدولية، قزوین

يعتبر الفساد الاقتصادى كمجموعة من السلوكيات الإجرامية التى يستغلّ فيها المرتكب مكائته ومنصبه، ومن خلال ذلك يحصل على امتياز أو منفعة مائیة لنفسه أو للغير بطريقة غير عادلة، وهو من القضايا الهامة التى يفهمها صانعو السياسات كقضايا عامة من خلال التأثير على سلامة النظام الاقتصادى والإدارى. ونظراً للأوجه المتعددة لهذه المشكلة فإنها تلقى بظلالها على مجالات مختلفة وتثير مخاوف مختلفة، أحدها هو المخاوف السياسية والأمنية. تسعى هذه الدراسة للإجابة على سؤال وهو «فى عمليّة التشريع الجنائى فى مجال الفساد الاقتصادى، كيف تلعب الاهتمامات السياسية والأمنية دوراً فى مرحلة تعريف المشكلة؟» باستخدام منهج معالجة النظرية القائمة على البيانات. تشير النتائج إلى أنّ المفهومين الأساسيين النزاهة واستصواب النظام يخلقان هاجساً سياسياً، ومن خلال الارتباط بوجود النظام وشرعيّته يتمّ تسليط الضوء على هذه المشكلة فى أذهان الناشطين. يلعب هذا القلق دوراً كبيراً فى تبرير الفساد الاقتصادى باعتباره سياسة جنائية، وتوجيه صانعى القرار على الانتباه له باعتباره دافعاً قوياً.

الكلمات الأساسية: الفساد الاقتصادى، التشريع، المشكلة، الهاجس السياسى -

الأمنى، نظرية معالجة البيانات.

## دراسة جنائية تطورات الجريمة فى ظل أزمة المناخ

□ بهزاد رضوى فرد (أستاذ مشارك فى قسم القانون الجنائى وعلم الإجرام بجامعة العلامة الطباطبائى)  
 □ حامد صفائى آتشگاه (طالب دكتوراه فى القانون الجنائى وعلم الإجرام بجامعة العلامة الطباطبائى)

يُطلق على الاحتباس الحرارى وتغيّر المناخ والآثار الناتجة عنه على البشر والبيئة أزمة المناخ. من بين عواقب أزمة المناخ حدوث تغيير فى السلوك البشرى ولا سيّما التغيير فى معدّل ونوع الجريمة. ومع ذلك فإنّ إهمال أزمة المناخ باعتبارها أهمّ أزمة فى القرن الحالى قد أذى بشكل تقليدى إلى إهمال هذا المكوّن فى تطوّر الجريمة. هناك أدلّة كثيرة على أنّ كلّ واحد من عناصر تغيّر المناخ مثل هطول الأمطار ودرجة الحرارة والرطوبة والضباب يؤدّى إلى تغييرات فى معدّل ونوع الجريمة. لكى يجب المؤلفون على هذا السؤال حول تأثير تغيّر المناخ والأزمة الناتجة عنه على تطوّر الجريمة فقد استخدموا أربع مكوّنات: لذلك ولتحديد وتأكيد العلاقة، تمّ اختيار مكوّنات المنظّمة الموجّهة جغرافياً والموجهة نحو النشاط والموجهة نحو الهيكل والموجهة الاجتماعية كنهج مؤشرات لعلم الإجرام. كان السبب فى اختيار هذه الأساليب هو أنّها أكثر ارتباطاً بأزمة المناخ، وكانت الأبحاث السابقة تركز على هذه الأساليب فى ضوء طريقة الدراسات المجمّعة. وبناءً على ذلك ووفقاً لنتائج هذا المقال أدّت أزمة المناخ إلى «جرائم المناخ» للمواطنين وسيكون وبالتالي فإنّ معالجة أزمة المناخ إضافة إلى هؤلاء الضحايا هم الجناة فى المستقبل. وبالتالي فإنّ مواجهة أزمة المناخ إلى جانب فوائدها عديدة بالنسبة للبيئة وصحة الإنسان، يمكن اعتبارها تحدّد من الجريمة على مستوى المجتمع. لذلك فإنّ صنع السياسات المناخية وتجريم السلوكيات المناهضة للمناخ من قبل الشركات التى تنتج الكربون وتطوّر غازات الدفيئة على مستوى العالم هو أمر ضرورى.

الكلمات الأساسية: أزمة المناخ، التغيّر المناخى، مناهج علم الجريمة، معدّلات الجريمة، الضغوط المناخية.

## الحبس والانحراف عن القواعد القانونيّة فى جرائم الموادّ المخدّرة

### فى ضوء التعميم القضائى

- جواد رياحى  
 □ أستاذ مساعد فى قسم القانون بجامعة آية الله العظمى البروجردى

تُظهر دراسة التطوّرات التي حدثت في تسعينيات القرن العشرين بشكل واضح ميل المشرّع في الجمهوريّة الإسلاميّة الإيرانيّة إلى التخفيف من النهج الصارم السابق تجاه متعاطي المخدّرات والمؤثّرات العقليّة ومرتكبي الجرائم المتعلقة بذلك. وفي هذا الصدد فإنّ أحد الإجراءات الهامّة «المادّة الوحيدة الملحقة بقانون مكافحة المخدّرات» الذي أقرّ عام ٢٠١٧. ومع ذلك وعلى الرغم من أنّ مقدّمة المادّة المتعلقة بعقوبة الإعدام تشير إلى نهج مخفّف، فإنّ تبصرتها المتعلقة بالسجن لأكثر من خمس سنوات يحتوى على نهج صارم. بغضّ النظر عن النهج الصارم للتبصرة فإنّ هذه الدراسة تسعى من خلال المنهج الوصفى - التحليلي إلى دراسة الإجراءات القضائيّة الأكثر صرامة وشدّة في محاولة للمصادقة على المادّة الواحدة الملحقة وتبصرتها وبدء نفاذها بين محاكم الثورة المتشكّلة والتي لها جذور في أحد مصوّبات رئاسة القوّة القضائيّة في ذلك الوقت. وقد أظهرت نتائج الدراسة أنّ جزءاً من التعميم الذي تتمّ دراسته والذي يحظر على القضاة تطبيق التخفيف أقلّ من الحدّ الأدنى القانوني، وذلك لأسباب مختلفة مثل مخالفة أحكام قانون مكافحة المخدّرات، والدلالات العقليّة الناتجة عن دراسة عمليّة إقرار المادّة الواحدة الملحقة والمبادئ القانونيّة الهامّة مثل مبدأ جودة القوانين، بأنّها غير ملزمة ويجب إلغاؤها.

الكلمات الأساسيّة: مجازات السجن، مبدأ سيادة القانون، المخدّرات والمؤثّرات العقليّة، تخفيف العقوبة.

## وظائف المبادئ الإستراتيجيّة لأصول الإجراءات الجنائيّة

□ محمّد مهديّ ساقيان (أستاذ مساعد بجامعة طهران)

□ زهراء إسلامي (ماجستير القانون الدولي)

قام قانون أصول الإجراءات الجنائيّة للعام ٢٠١٣ بتخصيص الموادّ ٢ إلى ٦ لبعض المبادئ الإستراتيجيّة لقانون أصول المحاكمات الجزائيّة. إنّ وضع هذه المبادئ التي تمثّل استقرار «نموذج المحاكمة العادلة» قد دفع المشرّع من جهة إلى الوفاء بالتزاماته الدوليّة، ومن ناحية أخرى استجاب بشكل إيجابي إلى هاجس الأوساط القانونيّة المتمثّل بمراعاة متطلّبات المحاكمة العادلة وتعزيزها في المؤسّسات وفي مختلف مراحل العمليّة الجنائيّة. وبالتالي فإنّ الوظيفة الهامّة لهذه المبادئ هي التخفيف والسيطرة على

الإجراءات القسريّة التي يرتكبها الناشطون الجنائيون ضدّ الحقوق والحريّات الأساسيّة للأفراد في المجتمع. تقوم هذه المبادئ بتنظيم جميع مراحل الإجراءات الجنائيّة، وجميع أحكامها وجميع السلطات الجنائيّة (العامة والخاصّة) وشبه القضائيّة. نظرًا إلى أنّ المشرّع لم يشر إلى نطاق وشروط وآثار هذه المبادئ أثناء تطبيقها وتنفيذها خلال العمليّة الجنائيّة، فقد ارتأت هذه الدراسة تقديم آليات عمليّة لتعزيز رسالة المشرّع على مستويين هما التشريع والإجراءات القضائيّة، من خلال دراسة وظائف وأهميّة تلك المبادئ. الكلمات الأساسيّة: المبادئ الإستراتيجيّة، العمليّة الجنائيّة، المحاكمة المنصفّة، حقوق المتّهم، حقوق المجنّي عليه، بطلان القرارات القضائيّة، المحكمة العليا.

### الاعتراف بالحقّ في تمكين الضحيّة؛ الأساسيات والتأثيرات

□ تهمينة شاهپوري (طالب دكتوراه في القانون الجنائيّ وعلم الإجرام بجامعة العلامة الطباطبائيّ)  
 □ حسين غلاميّ (أستاذ في القانون الجنائيّ وعلم الإجرام بجامعة العلامة الطباطبائيّ)  
 □ حسنعليّ مؤدّن زادگان (أستاذ مشارك في القانون الجنائيّ وعلم الإجرام بجامعة العلامة الطباطبائيّ)

إنّ ضرورة تحقيق النموّ للضحية بعد الضرر ودمجه مع مفهوم الحقّ، يؤدّي إلى نشوء الحقّ في التمكين. تتناول الدراسة الحاليّة بمنهج تحليليّ - وصفيّ واستخدام أدوات المكتبة وضع مفهوم للحقّ في التمكين مع عناصر التغيير المفروضة مسبقًا من التعويض إلى التمكين، والعبور من مبدأ تساوي حقوق المتّهم والضحيّة، والإلزام بمشاركة الحكومة والجاني بشكل متقارن في عمليّة التمكين. تشير نتائج البحث إلى أنّ هذا الحقّ وبناءً على نظريّات مثل العقد الاجتماعيّ والرفاهيّة الاجتماعيّة ونظريّة الضرر الاجتماعيّ المعرفيّ يقوم على ضروره القبول المباشر لمسؤوليّة الحكومة في تمكين الضحيّة. وكذلك نظريّات العدالة التصالحية والإنصاف التي تقوم بتحليل الحاجة إلى إعادة تأهيل الضحيّة من منظور الحاجة لإصلاح الأضرار ودورها في خلق الشعور بالعدالة ومنع إعادة الإيذاء. تجسيد الحقّ في التمكين يتطلّب الحاجة إلى مظاهر قانونيّة على الصعيدين الوطنيّ وعبر الوطنيّ. أظهرت دراسة هذه المظاهر أنّه على الرغم من مظاهر التمكين المتزايدة على مرور الوقت، لكن لا زال هناك طريق طويل للوصول إلى تحقّق عناصر الحقّ على التمكين المنطبق على المبادئ المذكورة.

الكلمات الأساسية: الحقّ، الحقّ في التمكين، المجنّى عليه، عناصر التمكين، الأسس النظرية للحقّ في التمكين، مظاهر الحقّ في التمكين.

## المنهج الفقهيّ في ضمان الدية

### في القتل الناتجة عن العقوبات غير السالبة للحياة

- سجّاد عادلان طوس (طالب جامعيّ في القانون بجامعة أبو على سينا، همدان)
- عليرضا تقى پور (أستاذ مشارك في قسم القانون بجامعة أبو على سينا، همدان)

من القضايا الهامة للغاية في مجال الفقه الجنائيّ الإسلاميّ والتي أبدى الفقهاء رأيهم حولها هي إثبات أو إلغاء ضمان الدية على المحكوم عليه محقون الدم بسبب تنفيذ عقوبة غير سالبة للحياة. وهناك أربعة آراء في هذا الصدد: يعتقد مشهور الفقهاء أنّه لا يوجد ضمان للقتل بسبب جميع أشكال العقوبة (مثل الحدّ والقصاص والتعزير). وإنّ دم المقتول يضيع. فالبعض بالتمييز بين حدّ الله وحدّ الناس اعتبر الخسارة بسبب النوع الأخير تُضمن، ويعتقد البعض أنّ موت التعزير يمكن ضمانه؛ وفي النهاية فإنّ الخونساريّ لديه شكوك جدية حول الرأي المشهور، على الرغم من أنّ ذلك لا يؤدّي إلى صدور فتوى بخلافه. يقوم هذا البحث بطريقة المكتبة وبمنهج تحليليّ - نقديّ بتحليل الآراء المذكورة وأدلتها، وفي النهاية ومع اختيار رأى ثبوت الدية بالنسبة لمطلق العقوبات، فإنّه يثبت ذلك بالاستناد إلى بعض الأدلة.

الكلمات الأساسية: ضمان الدية، فقه المقاصد، محقون الدم، المصلحة العامة، وجوب الاحتياط.

## الدفاع الناتج عن فقدان السيطرة،

### تطورات قانونية حول القتل الناتج عن الإثارة العاطفية الشديدة

- جمشيد غلامو (أستاذ مساعد في قسم القانون الجنائيّ وعلم الإجرام بجامعة طهران)
- سبيدة ميرمجيدي (أستاذ مساعد بمعهد العلوم الإنسانيّة والدراسات الثقافية)

الدفاع عن فقدان السيطرة هو دفاع جديد وخاصّ للجنّة الذين يفقدون السيطرة على



أنفسهم بسبب سلوكيات استفزازية من قبل المجنى عليه، فيقومون بقتله، فإذا تمّ التذرع بهذا الدفاع النسبي بنجاح، تتمّ إدانتهم بالقتل غير العمد بدلاً من القتل العمد. هذا الدفاع المطروح أساساً في قانون الدول ذات نظام الكامن لا وفي عام ٢٠٠٩ بموجب قانون العدالة ومحققو القتل دخل على وجه التحديد في القانون الجنائي البريطاني، ليحلّ محلّ الدفاع الاستفزازي. المشكلة الأساسية لهذا البحث دراسة لماذا تمّ إلغاء الدفاع الاستفزازي وما هي طبيعة وشروط الدفاع الناتج عن فقدان السيطرة. أظهر تحليل هذه القضية بمنهج مقارن للقانون الجنائي الإيراني وبمنهج تحليلي - وصفيّ أنّه في الدفاع الجديد هناك محاولة لحلّ مشكلة الدفاع الاستفزازي التقليدي. على الرغم من أنّ فقدان السيطرة هو الركن الأساسي في كلا الدفاعين، لكن على سبيل المثال فإنّ حافر الخوف من العنف الشديد، والذي لم يكن يعتبر حافراً مؤهلاً في الدفاع الاستفزازي، مقبول الآن كمحفز للغضب وتمّ إلغاء حالة فقدان المفاجئ للسيطرة. ومع ذلك وفي الممارسة العملية لا تزال هناك بعض المشاكل والعوائق للاستناد إلى هذا الدفاع لدى بعض الجناة، ومن أهمّها التأكيد على فقدان السيطرة واعتماد نوع من المعايير لتحقيق ذلك. قد يبدو أنّه قد تُرك عن وعي للقضاة والمحلفين أن يقرّروا ويحلّوا الكثير من التفاصيل حتّى يتمكّنوا من اتخاذ قرار عادل مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف المتعلقة بكلّ قضية. كذلك على الرغم من حقيقة عدم توقّع الدفاع الناتج عن فقدان السيطرة في القانون الجنائي الإيراني، إلّا أنّ المحاكم لم تتجاهل ذلك في الممارسة، وحاولت أحياناً بتفسيراتها الواسعة، الأهلية القانونية الموجودة لتحويل القتل العمد إلى قتل غير عمد وتبرئة الجناة من القصاص.

الكلمات الأساسية: فقدان السيطرة، التحريض، الدفاع، العنف، القتل.

### تحدّيات الملاحقة الجنائية في ظلّ التغييرات في الأشخاص الاعتبارية

□ سيّد سجّاد كاظمي (أستاذ مساعد في قسم القانون بجامعة ملاير)

□ حامد چگيني (دكتوراه في القانون الجنائي وعلم الإجرام بجامعة عدالة طهران)

من المحتمل أن يتمّ حلّ الأشخاص الاعتبارية قبل أو خلال عملية الإجراءات الجنائية بطرق مختلفة، أو دمجها مع أشخاص اعتبارية أخرى أو تحويلها إلى شخص

اعتبارى آخر. سيكون لكل من هذه التغييرات التى تحدث فى بنية وطبيعة الأشخاص الاعتبارية تأثيرات مختلفة على الإجراءات القضائية ضد هذا الشخص، بما فى ذلك طريقة الاستدعاء وتفهم الاتهام والتحقيقات الأولية والقرارات الصادرة وما إلى ذلك. تقوم الدراسة التى بين أيدينا بمنهج وصفى - تحليلى واستخدام أدوات المكتبة بتقييم هذه التغييرات أثناء الملاحقة الجنائية للأشخاص الاعتبارية. حدّد المشرّع فى الأحكام الفعلية فقط من خلال تصويب المادة ٦٩٢ من قانون الإجراءات الجنائية موضوع الانحلال غير الإرادى، واعتبرها سبباً لوقف الملاحقة أو وقف التنفيذ، لكن فى الحالات الأخرى مثل الانحلال الطوعى والاندماج والتبديل فلم يتخذ إجراءات لازمة، وفى مثل هذه الحالات تواجه الجهات القضائية مشكلة فى الممارسة وهذا الأمر يمكن أن يؤدى إلى عواقب مثل التعارض فى الأحكام الصادرة، التأخير فى المحاكمة وحتى إفلات الشخص الاعتبارى من العقاب. لذلك ومن أجل مواجهة هذا الانحلال الطوعى للأشخاص الاعتبارية، والاندماج أو التحويل المصحوب بسوء نية، فإنه من الضرورى أن يتخذ المشرّع إجراءات لازمة لحرمان ممثلى الشخص الاعتبارى من تشكيل شخص اعتبارى جديد وتسجيله، وكذلك منع مثل هؤلاء الأفراد خلال إصدار حكم الإدانة من امتلاك أجهزة مرفقة مثل وقف تنفيذ الحكومة، وقف صدور الحكم وما إلى ذلك.

الكلمات الأساسية: الشخصية الاعتبارية، الانحلال، الاندماج، التحويل، الملاحقة الجنائية.

## زيادة السكّان من خلال التدخّلات الإجرامية؛ نظرة على عملية الموافقة والتحدّيات التى تواجه تطبيق قانون حماية الأسرة والشباب

- محمّد باقر مقدسى (أستاذ مساعد فى القانون الجنائى وعلم الإجرام بجامعة بجنورد)
- مهرانگيز روستائى (أستاذ مساعد فى القانون الجنائى وعلم الإجرام بجامعة ملایر)

أدى قلق صنّاع السياسات فى العقدين الأخيرين من انخفاض نموّ سكّان البلاد إلى اقتراح خطط وسياسات مختلفة لتغيير هذا الاتجاه. يشير قانون حماية الأسرة والشباب للعالم ٢٠٢١ آخر إرادة للمشرّع لتغيير هذا الاتجاه. إضافة إلى الإجراءات الوقائية والداعمة، فقد نصّ هذا القانون على العديد من المحظورات والقيود فى مجال الفحص

ووسائل منع الحمل والتعقيم والإجهاض . إلى جانب هذه الحالات، وكما هو الحال فى معظم القوانين الخاصة، تمّ النظر فى استخدام التدابير الجنائية من قبل المشرّع، وتمّ بذل محاولات لتحقيق الهدف الرئيسى للمشرّعين وهو زيادة عدد السكّان. ومع ذلك يتّم الطعن فى التدخّلات الجنائية للمشرّع من عدّة نواحي . يمكن النظر فى هذه الاعتراضات فى إطار التقسيم، مع الأخذ فى الاعتبار تمرير القانون ومشاكل تنفيذه. التجريم مع الحدّ الأدنى من مشاركة الممثّلين ووضع قانون عن طريق المسار الاضطرارى للمادّة الخامسة والثمانين من الدستور، وتجاهل القوانين السابقة التى أدت إلى تضخّم القانون الجنائى، الرجوع إلى أكثر الأدوات المتاحة وهى العقوبة والريادة فى العقوبة مع عدم وجود دراسة مقارنة للإجراءات غير الجزائية يعود إلى سير سنّ القانون. من ناحية أخرى فإنّ الغموض فى نوع ضمانات التنفيذ بما فى ذلك الاستفادة من المصطلحات التفسيرية مثل «العوامل الرئيسية»، «الواسع»، «العوامل المؤثّرة» و«دورة التجارة» وذكر درجة العقوبة دون تحديد نوع العقوبة لكلّ درجة، وكذلك صعوبة تنفيذ العقوبة بالنسبة للشخص الاعتبارى، كلّها من أهمّ التحدّيات التى ستواجه القانون فى مرحلة التنفيذ. تحاول هذه الدراسة بمنهج وصفى - تحليلى التعرّف على أهمّ التحدّيات والتدخّلات الجنائية لهذا القانون فى المرحلة التشريعية والتنفيذية.

الكلمات الأساسية: التجريم، قانون حماية الأسرة وشباب السكّان، الإجهاض، النموّ السكّانى.

## التزام المجموعات المسلّحة بعدم استخدام الأطفال دون سنّ ١٥ عام فى النزاعات المسلّحة مع التأكيد على قضية لوبانغا

- هيئة الله نژندى منش (أستاذ مساعد فى قسم القانون العام والدولى بجامعة العلامة الطباطبائى)
- إيمان منتظرى قهجاورستانى (ماجستير القانون الدولى بجامعة الشهيد بهشتى)

لطالما كان للنزاعات المسلّحة تأثير مدمر على السكّان المدتيين . ولقد كان الأطفال دائماً بصفتهم فئة ضعيفة من السكّان المدتيين، بحاجة للمزيد من الحماية فى النزاعات المسلّحة. إنّ واقع النزاعات المسلّحة الحالى يبرّر تقديم المزيد من الحماية للأطفال. لذلك فإنّ استخدام الأطفال فى القوات المسلّحة ممنوع فى القوانين العسكرية فى معظم

البلدان. ومع ذلك فإن الجماعات المسلحة المنخرطة في النزاعات المسلحة غير الدولية تقوم بتجنيد الأطفال بطرق مختلفة؛ إما بشكل غير رسمي أو تطوعي وحتى بشكل إجباري، وذلك نظراً لعدم تكافؤ الموارد والإمكانيات، فضلاً عن الاعتقاد بأن الالتزامات القانونية غير ملزمة بالنسبة لهم. إن القانون الإنساني والقانون الجنائي الدولي اتخذاً نهجاً موسعاً حيث حظراً جميع أشكال استخدام الأطفال. من ناحية أخرى فإن القضية التي تهم المجتمع الدولي هي مشاركة الأطفال في النزاعات المسلحة، والتي تتم بأشكال مختلفة كالمشاركة المباشرة وغير المباشرة للأطفال والقيام بمهام الحماية. على الرغم من حظر المشاركة المباشرة وغير المباشرة للأطفال في النزاعات المسلحة من قبل القانون الإنساني، إلا أن القضية الهامة المتمثلة بأداء واجبات الحماية في النزاعات المسلحة، وعلى الرغم من عدم وجود حظر صريح لها في قانون المعاهدات، فإن المحكمة الجنائية الدولية قد حظرت هذا العمل أيضاً في ظل ظروف خاصة، في أول حكم لها في قضية لوبانغا.

الكلمات الأساسية: استخدام وتسجيل الأطفال، الجماعات المسلحة، المشاركة الفعالة للأطفال، النزاعات المسلحة غير الدولية.

## مزايا وتحديات استخدام الأدلة الجنائية العصبية في المحاكم الجنائية

- رحيم نوبهار (أستاذ مشارك في قسم القانون الإسلامي بجامعة الشهيد بهشتي)
- محمد علي أردبيلي (أستاذ في قسم القانون الجنائي وعلم الإجرام بجامعة الشهيد بهشتي)
- راضية همراهي (طالب دكتوراه في القانون الجنائي وعلم الإجرام بجامعة الشهيد بهشتي)

تسعى هذه المقالة بالاعتماد على المنهج الوصفي - التحليلي إلى تحليل تطبيق الأدلة العصبية في القضايا الجنائية. التقنيات الحسية العصبية الحديثة مثل التصوير التطبيقي، تكمن وراء إنتاج البيانات العصبية من خلال دراسة المزايا والقيود التي تحكمها. وفق نتائج البحث يمكن استخدام الأدلة العصبية على الرغم من قيودها مثل أنها مكلفة وضارة وغير حاسمة، ويمكن استخدامها كأدلة داعمة إلى جانب الأدلة الجنائية الأخرى فيما يتعلق بدرجة التحكم في سلوك الأفراد، استكمال النتائج النفسية في ملف الشخصية وإحراز النمو الإجرامي وما إلى ذلك. إن استخدام مثل هذه الإمارات في المحاكم

الجنائية يتطلب وضع إستراتيجيات أساسية والتغلب على تحديات حقوق الإنسان والتحديات الأخلاقية.

الكلمات الأساسية: تقنيات المقاييس العصبية، القانون الجنائي العصبي، القانون العصبي، الأدلة العصبية.

# The Privileges and Challenges of the Application of Cognitive Neuroscientific Evidence in the Criminal Trials

- *Rahim Noubahar (Associate professor at Shahid Beheshti University)*
- *Muhammad Ali Ardebili (Full professor at Shahid Beheshti University)*
- *Razieh Hamrahi (A PhD student in Criminal Law & Criminology)*

This paper relying on the descriptive-analytic method attempts to analyze neuroscientific evidence in the criminal files. The modern techniques of neuroscientific measurement such as functional imaging are a background of the production of neuroscience data. The validation of the neuroscientific evidence by examining privileges and limits held within it will take place. According to the findings of the research cognitive neuroscientific evidence despite its limits such as costly, causing suffering, and uncertainty, ... can be supporting evidence along with other criminal evidence concerning the degree of self-control on behavior, the completion of the psychological findings in the personality file, the realization of the Penal majority, ... The application of such presumptions in criminal trials requires the explanation of the basic strategies to resolve human rights challenges and ethical challenges.

**Keywords:** *Neuroscientific measurement techniques, Neurocriminology, Neurolaw, Neuroscientific evidence.*

Armed conflicts have constantly had destructive effects on nonmilitary personnel. Children as a vulnerable group of nonmilitary personnel constantly need to receive more protection in armed conflicts. The reality of the contemporary armed conflicts justifies offering more protection to children. Therefore, in the military rules of most countries, it is prohibited to employ children in the armed forces. However, the armed groups which engage in non-international armed conflicts with considering inequality in resources and equipment and also this thought that the legal obligations are not binding for them to use and employ children in different ways such as voluntarily, unofficially and even forcibly. International humanitarian law (IHL) and international criminal law with adopting an extended approach have prohibited all forms of the employment (involvement) of children. On the other side, the problem which has made the international community notice is the participation of children in armed conflicts that it exists in a variety of ways such as direct participation, indirect participation and serving in support functions. Despite the prohibition of direct and indirect participation of children in armed conflicts according to International humanitarian law (IHL), the important problem in armed conflicts is to serve in support functions that with the absence of the explicit prohibition in the treaty-based law, the International Criminal Court (ICC) in its first judgment in the Lubanga case in the existence of the particular circumstances has prohibited this act.

**Keywords:** *The employment and recruitment of child soldiers, Armed forces, The active involvement of children, Non-international armed conflicts.*

minimum participation of the assembly and legislation through the emergency route of article 85 of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, not paying attention to previous regulations resulting in the penal legislation inflation (the increase in the number of penal laws), referring to the most accessible tool i.e. sentencing and the vanguard of the punitiveness at the circumstance of the lack of the comparative study of the non-criminal strategies it goes back to the process of enacting laws. On the other side, the ambiguity in the type of sanctions including the use of interpretable vocabulary such as “substantial, comprehensive, vast, effective factors and the business circle” and determining the type of punishment to each degree and also the problem for enforcing punishment upon legal entities are of the most important problems that the law will face challenges in the stage of implementation. This note tries to realize and identify the most important challenges and the problems of the criminal interventions of the law in the stage of legislation and enforcement with a descriptive-analytic approach.

**Keywords:** *Criminalization, The Youthful Population and Protection of the Family Law, Abortion, Population growth.*

## **The Accountability of Armed Groups for not Using Children under the Age of 15 Years in Armed Conflicts with Drawing Attention to the Lubanga Case**

- *Heybatollah Najandimanesh (Assistant professor at Allameh Tabataba'i Univ.)*
- *Iman Montazeri Ghahjavarestani (An MA of International Law)*



legal entities and also these entities meanwhile sentencing are banned from arbitrary institutions such as suspension of the execution of sentence, deferral of issuing a judgment, etc.

**Keywords:** *Legal entity, Dissolution, Merges, Convention, Criminal prosecution.*

## **Population Growth through Criminal Interventions; A Look to the Approval Process and the Challenges of the Implementation of the Youthful Population and Protection of the Family Law**

□ *Muhammad Baqer Moghadasi (Assistant professor at University of Bojnord)*

□ *Mehrangiz Roustaei (Assistant professor at University of Malayer)*

**T**he Policymakers' concern over the decline in the population growth in the recent two decades make several plans and policies be suggested to change this process. The Youthful Population and Protection of the Family Law (2021) presents the last will (intention) of the legislature to reverse this process. Besides the supportive and encouraging policies, this law has seen different prohibitions and restrictions in the realm of screening and supplying tools for fertility control (birth control), legal sterilization and abortion. Along with these cases, like the most specific rules (*lex specialis*) it has been considered criminal strategies by the legislature and has been tried for the primary purpose of those who codified the law i.e. the population growth to occur. However, the legislature's criminal intervention from the different aspects encompasses problems (objectable). These problems can be for the process of codifying law and its executive problems from one division. Criminalization with the

## The Challenges of the Criminal Prosecution in the Light of the Conversions of the Legal Entities

- *Sayyed Sajjad Kazemi (Assistant professor at University of Malayer)*
- *Hamed Chegini (A PhD of Criminal Law & Criminology)*

It is possible that the legal entities which become dissolved before or during the process of the criminal procedure to be merged with other legal entities or converted into another legal entity. Each of these conversions which occurs in the structure and nature of the legal entities impacts the process of the criminal procedure against this entity such as arraignment, explaining charges, preliminary in the investigation, issued writs, etc. The present note with the descriptive and analytic method and with applying the library tools will assess the changes in the current criminal prosecution of the legal entities. The legislature in the present regulations only with enacting article 692 of the Code of the Criminal Procedure has implicitly observed the matter of involuntary dissolution and considered it *nolle prosequi*, (Latin: to be unwilling to pursue) or suspension of execution of sentence according to cases but it has not observed necessary consideration in other cases such as voluntary dissolution, merge and convention. It makes judicial authorities confront obstacles in action and it may follow results such as conflict of the issued judgments, the continuation (Prolongation) of the procedure and even impunity of the legal person. Therefore, for dealing with the voluntary dissolution of the legal persons, merge or convention along with malice of these entities it is necessary that the legislature with careful consideration deprives the delegates of the legal entities to form and register new

to this partial defense they charge with murder and are convicted of manslaughter. This defense basically is propounded in the law of countries with common law and according to the Coroners and Justice Act 2009, it is obviously introduced in the criminal rules of the UK and has replaced defense of provocation. The main problem of this paper is to study why defense of provocation was abolished and what the quiddity and provisions of loss of control are. The analysis of this problem with a comparative approach to the penal code of Iran and with the descriptive-analytic approach showed that the new defense it has been attempted to remove the traditional defense of provocation. Although in both defenses the loss of control is the basic element for example, fear of serious violence is not counted as a qualifying trigger in defense of provocation now it is accepted the same as the cause of passion (anger trigger) and the provision of loss of control being sudden has been omitted. Still, in practice, there are some obstacles and problems in adducing this defense for some perpetrators the most important is too much emphasis on loss of control and applying the subjective criterion to its approval. It seems that perhaps consciously making a decision and the solution of the most details has been assigned (allocated) to judges and jury that with considering all facts in every file they make a fair decision. Despite not observing the loss of self-control defense in the penal code of Iran, trials have noticed it and sometimes attempt with their extended interpretations to apply their legal capacities to convert murder to manslaughter and to release the perpetrators from capital (death penalty) punishment.

**Keywords:** *Loss of self-control, Provocation, Defense, Violence, Killing.*

Arabic: تعزیر non-fixed punishment) and the blood of the murderee is spilt with impunity but some others with the separation between hadd because of violating the right of Allah and violating the right of human beings think that being murdered because of the latter type (hadd because of violating the right of human beings) creates liability and some others believe in the liability due to death as the matter of tazir. Finally, Khansari has serious doubt about the well-known opinion although this matter does not lead a legal ruling (Arabic: فتوا fatwā) to be issued in opposition to it. The present note which has been arranged with the library method and with a critical-analytic approach analyzes the mentioned opinions and their evidence and at last with accepting the opinion of the validity of diyya to all penalties it is proved based on some evidence.

**Keywords:** *The liability for the payment of diyya, Fiqh on purpose (purposeful fiqh), Mahqun al-dam (literally, "His blood is protected"), Public interest (benefit), The obligation of precaution.*

## **Loss of Self-Control Defense; the Legal Evolution of Killing Deriving from the Extreme Provocation of Emotions**

□ Jamshid Gholamloo (*Assistant professor at University of Tehran*)

□ Sepideh Mirmajidi (*Assistant prof. at Institute for Humanities and Cultural Studies*)

**L**oss of self-control defense is a new and special defense for perpetrators who have lost their self-control as the result of the victim's provocative conduct and consequently murder him for the victim's provocative conduct. In the event of the successful inference

analyze the necessity of the rehabilitation of victims. The objectification of the right to empowerment requires legal manifestations in the national and transnational arena. The examination of these manifestations shows that over time the manifestations of victim empowerment have been developed but still it is far from achieving the realization of the components of the right to empowerment compliance with the aforementioned principles.

**Keywords:** *Right, The right to empowerment, The components of the empowerment, The theoretical bases of the right to empowerment, The demonstrations of the right to empowerment.*

## **The Jurisprudential Approach to the Liability for the Payment of Diyya in Killing Resulted from the Non-Capital Sentencing**

□ *Sajjad Adeliyan Toos (A BA student of Law)*

□ *Ali Reza Taqipour (Associate professor at Bu-Ali Sina University of Hamadan)*

One of the vital issues in the realm of Islam criminal fiqh which Islamic jurists have paid attention to is the affirmation or disavowal (denial) of the liability for the payment of diyya (Arabic: دية; blood money that has to be paid for homicide and bodily injury when there is no retaliation) to the defendant being mahqun al-dam (Arabic: محقون الدم literally, “his blood is protected”) who is murdered because of the execution of non-capital sentencing. There are four opinions about this: the well-known jurists believe that it cannot be imagined any liability for killing (murder) in all punishments (qisās, Arabic: قصاص retributions, ḥadd, Arabic: حد fixed punishment and ta'zir,

these principles and presents practical strategies to promote the legislature's message in two levels "legislation and precedent".

**Keywords:** *Strategic Principles, Criminal process, Fair trial, Rights of the accused, Rights of the victim, Annulment of the judicial decisions, The Supreme Court of Iran.*

## **Accepting the Right to Victim Empowerment: Bases and Demonstrations**

- *Tahmineh Shahpouri (A PhD student in Criminal Law & Criminology)*
- *Hussein Gholami (Full professor at Allameh Tabataba'i University)*
- *Hasan Ali Moazenzadegan (Associate professor at Allameh Tabataba'i University)*

The necessity of occurring promotion after damage to a victim and reconciling it with the concept of right causes the right to empowerment. The present note with the analytic-descriptive method and with the utilization of the library tools has set out to conceptualize the right to empowerment with the components of the change of the premises from redress to empowerment, transferring from the principle of equality of arms between the victim and accused and the requirement of the concurrent collaboration between the state and convict in the process of empowerment. The findings show that this right is established based on the theories such as the social contract, social welfare and the theory of the social-cognitive pathology to the necessity of the direct acceptance of the state liability for the victim empowerment. Also, the theories of restorative justice and fairness from the view of the need to repair the harm and its role in creating the feeling of achieving justice and prevention of repetitive offending

from the study of the process of passing the insertion of the single article and the important legal principles like the principle of qualitzing the rules.

**Keywords:** *Imprisonment, The principle of legality, The drug and Psychedelic drugs, Mitigation in sentencing.*

## **Functions of Strategic Principles of the Criminal Procedure**

- *Muhammad Mahdi Saghian (Assistant professor at University of Tehran)*
- *Zahra Eslami (An MA of International Law)*

**T**he criminal procedure code 2013 has assigned Articles 2-6 to some Strategic principles of the Criminal Procedure. These principles acquainting the establishment of the fair trial model have driven the legislature to fulfil its international obligations originating from the international documents from one side and to respond positively to the legal community concerns related to observing the fair procedure requirements and its enhancement in the institutions and the different criminal process. So, the important function of these principles is to moderate and control the hostile acts of the criminal activists before the essential (fundamental) rights and liberties of the community members. These principles govern all the different stages of the criminal procedure, all its regulations, all criminal authorities (general and specialized) and semi-judicial. Considering that the legislature has not discussed the scope, provisions and effects of these principles at the time of their application and implementation in the current criminal process, this paper aims at studying the functions and the importance of

# **Incarceration and Deviation from the Legal Principles and Rules on Drug Offences**

## **in the Light of the Judicial Circular-Orientation**

□ *Javad Riahi*

□ *Assistant professor at Ayatollah Borujerdi University*

The examination of the evolution of the 2011s obviously indicates the tendency of the legislature of the Islamic Republic of Iran to moderate the previous punitive approach concerning the drug and Psychedelic drugs and perpetrators of crimes related to it. In this area, one of the notable actions is the insertion of a single article in the Drug Control ACT of 2017. Despite this, the beginning of the single article which is about capital punishment, also called the death penalty shows the mitigating and reducing approach but its note which is about imprisonment for more than 5 years has a punitive approach. Regardless of the punitive approach of the note, the present paper with the descriptive-analytic method is going to study a more punitive and severe precedent as it has been formed for being passed and the enforceability of the insertion of the single article and its note in the revolutionary trials and it is rooted in one of the circulars of the judiciary chief. The consequences show that the part of the examined circular that the judges are prohibited the mitigation less than the minimum which is determined by law is not forcible and is right to be repealed for several reasons such as contradiction with the regulations of the Drug Control ACT and intellect (reason) indications resulting







Despite this, negligence of climate crisis as the most important crisis in the modern century causes this component traditionally in the examination of the evolution of crime has been neglected. There is much evidence that according to them each of the elements of climate change such as precipitation, temperature, humidity and fog results in the evolution of crime rates and the type of crime. To answer this question what the effect of climate change and the crisis resulting from it on the crime evolution is the authors have utilized four components. Therefore, for recognizing and proving the mentioned relationship, the components “geography-centred, activity-centred, structure-centred, and social organization-centred” were selected as an indicative approach to criminology. The reason for selecting these approaches was the more correlation between them and the climate crisis and the emphasis of the previous researches on these approaches in the light of the meta-synthesis. In this manner, according to the paper findings the climate crisis has led to the climate victimization of citizens and these victims become future convicts. Consequently, confronting the climate crisis can make crimes drop or decline along with innumerable privileges for the environment and man’s health. Therefore, the climate policy and criminalization of anti-climate activities of the state-companies which emit carbon dioxide and the growth in global greenhouse gas emissions are vital.

**Keywords:** *Climate crime, Climate change, Criminology approach, Crime rates, Climate strain.*

or the other person with influencing the economic and administrative soundness is important. it is understood as a public problem by politicians. This matter for having many aspects affects different fields and areas and creates different concerns that the political-security is one of these concerns. This paper attempts to answer the question that in the process of criminal lawmaking in the area of economic corruption how the political-security concerns play role in the stage of the definition of the problem. It has employed the method of the grounded theory. The findings indicate that two basic concepts of the integrity and utility of the system of the government make the political concern and with connection to the existence and legality of the system of the government this problem is highlighted in the thought of the activist. This concern in the justification of the economic corruption as a problem appropriate to be adopted criminal policy and to encourage the decision-makers to call attention to it plays a role as an influential force.

**Keywords:** *Economic corruption, Legislation, Problem, Political-security concerns, The grounded theory.*

## **Criminological Study of**

### **the Crime Evolutions in the Light of Climate Crisis**

- *Behzad Razavifard (Associate professor at Allameh Tabataba'i University)*
- *Hamed Safaei Atashgah (A PhD student in Criminal Law & Criminology)*

**G**lobal warming, climate change and its consequences concerning man and the environment are called climate crises. People's behavior change is a consequence of the climate crisis.



International Criminal Court but also expanded the realm of its definition by relying on precedent. In this research, we are going to answer the question of what the differences and similarities between the elements of sexual assault are in the legal system of Iran and international criminal law. This paper with a comparative look has achieved an outcome that despite the perplexity (confusion) in Iran's regulations for sexual assault this crime in the Iranian legal system is a conjunction of the forcible (coerced) circumstances and the element of non-consent. Whereas the majority of courts have been dependent on the rules of countries in the international criminal law the absence of consent has been observed as a criterion for the occurrence of the offense of sexual assault. Also, the element of sexual behavior in the legal system of Iran relying on the jurisprudential definition of unlawful sexual intercourse (Arabic: زنا Zinā) and male homosexuality (Arabic: لواط liwāt) is very narrower in comparison to the international criminal law.

**Keywords:** *Sexual assault, Forcible sexual intercourse without consent, Forcible male homosexuality, The law of Iran, International criminal law.*

## **The Problem of the Economic Corruption from the View of the Political-Security Concerns**

- *Sakineh Khanalipour Vajargah*
- *Assistant professor at Imam Khomeini International University*

**E**conomic corruption is a collection of criminal behaviors in which its Perpetrator abuses his position and situation and through it has illicitly gained privilege or financial benefit for himself

## Abstracts

### **Comparative Study of the Offense of Sexual Assault in the Legal System of Iran and International Criminal Law**

- *Danyal Paknezhad (An MA of Criminal Law & Criminology)*
- *Mahin Sobhani (Assistant professor at University of Guilan)*
- *Hasan Shah Malekpour (Assistant professor at University of Guilan)*

**A**fter enacting the Islamic penal code in 2013, extensive evolutions have occurred in the Crime of Sexual Assault. As in Article 224 for the first time, it has been mentioned the instances of the lack of consent; the instances which are out of the judgments of rape (forcible sexual intercourse without consent) in the law of 1991. Further, the Statute of the first International Criminal Court it was not paid attention to the criminalization of sexual assault but this crime gradually not only entered the more updated Rome Statute of the



## Table of contents

Comparative Study of the Offense of Sexual Assault in the Legal System of Iran and International Criminal Law/ Danyal Paknezhad & Mahin Sobhani & Hasan Shah .....	3
The Problem of the Economic Corruption from the View of the Political-Security Concerns Sakineh Khanalipour Vajargah .....	35
Criminological Study of the Crime Evolutions in the Light of Climate Crisis Behzad Razavifard & Hamed Safaei Atashgah .....	59
Incarceration and Deviation from the Legal Principles and Rules on Drug Offences in the Light of the Judicial Circular-Orientation/ Javad Riahi .....	87
Functions of Strategic Principles of the Criminal Procedure Muhammad Mahdi Saghian & Zahra Eslami .....	125
Accepting the Right to Victim Empowerment: Bases and Demonstrations Tahmineh Shahpouri & Hussein Gholami & Hasan Ali Moazenzadegan .....	155
The Jurisprudential Approach to the Liability for the Payment of Diyya in Killing Resulted from the Non-Capital Sentencing/ Sajjad Adeliyan Toos & Ali Reza Taqipour .....	185
Loss of Self-Control Defense; the Legal Evolution of Killing Deriving from the Extreme Provocation of Emotions/ Jamshid Gholamloo & Sepideh Mirmajidi .....	219
The Challenges of the Criminal Prosecution in the Light of the Conversions of the Legal Entities/ Sayyed Sajjad Kazemi & Hamed Chegini .....	255
Population Growth through Criminal Interventions; A Look to the Approval Process and the Challenges of the Implementation of The Youthful Population and Protection of the Family Law/ Muhammad Baqer Moghadasi & Mehrangiz Roustaei .....	285
The Accountability of Armed Groups for not Using Children under the Age of 15 Years in Armed Conflicts with Drawing Attention to the Lubanga Case Heybatollah Najandimanesh & Iman Montazeri Ghahjavarestani .....	313
The Privileges and Challenges of the Application of Cognitive Neuroscientific Evidence in the Criminal Trials/ Rahim Noubahar & Muhammad Ali Ardebili & Razieh Hamrahi ...	351
<b>Translation of Abstracts:</b>	
Arabic Translation/ Kamel Esmail .....	379
English Translation/ Ali Borhanzahi .....	404

صاحب امتیاز: **فصلنامه علمی پژوهشی**

مدیر مسئول: رضا دانشور ثانی

سرمدیر: علی حسین نجفی ابرندآبادی

اعضای هیئت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

دکتر محمد آشوری (استاد دانشگاه علوم اسلامی رضوی)

دکتر محمدعلی اردبیلی (استاد دانشگاه علوم اسلامی رضوی)

دکتر گودرز افتخار جهرمی (استاد دانشگاه شهید بهشتی)

دکتر ابراهیم بیگ‌زاده (استاد دانشگاه شهید بهشتی)

دکتر عادل ساریخانی (استاد دانشگاه قم)

دکتر محمدهادی صادقی (دانشیار دانشگاه شیراز)

دکتر حسین غلامی (استاد دانشگاه علامه طباطبائی)

دکتر حسین میرمحمدصادقی (استاد دانشگاه شهید بهشتی)

دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی (استاد دانشگاه علوم اسلامی رضوی)



مشاوران علمی این شماره (به ترتیب حروف الفبا):

دکتر شهرام ابراهیمی / دکتر محمدعلی بابایی / دکتر مهری برزگر / دکتر آرین پتفت / دکتر سکینه خانعلی‌پور واجارگاه / دکتر شهرداد دارابی / دکتر مهرداد رایجیان اصلی / دکتر هادی رستمی / دکتر سودابه رضوانی / دکتر محمدحسین رضوانی قوام‌آبادی / دکتر صادق سلیمی / دکتر محسن شریفی / دکتر حسن طغرانگار / دکتر افشین عبداللہی / دکتر حسین گلدوزیان / دکتر امیرحسین نیازپور



تأییدیه علمی پژوهشی:

«مجله آموزه‌های حقوق کیفری» بر اساس مجوز کمیسیون بررسی نشریات کشور (وزارت علوم، تحقیقات و فناوری) در تاریخ ۱۳۹۰/۱۲/۲۴ به شماره ۳/۲۷۰۹۶۸ از اسفند ۱۳۹۰ دارای درجه «علمی - پژوهشی» گردیده است.

این فصلنامه در وبگاه‌های زیر قابل دسترسی است:

[www.sid.ir](http://www.sid.ir) و [www.noormags.ir](http://www.noormags.ir) و [www.magiran.com/razavi](http://www.magiran.com/razavi)

و [www.civilica.com](http://www.civilica.com) و [www.isc.gov.ir](http://www.isc.gov.ir)

«ترتیب مقالات بر اساس حروف الفبای نویسنده اول می‌باشد.»

«آرای نویسندگان مقالات لزوماً دیدگاه مجله نیست.»

«نقل مطالب مجله با ذکر مأخذ بلامانع است.»

آموزه‌های

حقوق کیفری

پاییز - زمستان ۱۴۰۰، شماره ۲۲



جانشین سردیر

دکتر عبدالرضا اصغری

مسئول اجرایی

محمدامین انسان

کارشناس اجرایی

علی برهان‌زهی

نحوه انتشار

به صورت الکترونیکی در وبگاه

<https://razaviac.razavi.ir>

ارتباط با کارشناس

(تماس با ما) در سامانه نشریات

نشانی پستی

مشهد، ص پ ۹۱۷۳۵-۴۶۱

رایانامه

[razaviunmag@gmail.com](mailto:razaviunmag@gmail.com)

***The Scientific Research Journal of  
Razavi University of Islamic Sciences***

**Criminal Law Doctrines**

No. 22

Autumn 2021& Winter 2022



**Proprietor:**

Razavi University of Islamic  
Sciences

**Managing Director:**

R. Daneshvar Sani

**Editor -in- Chief:**

A. H. Nadjafi Abrand Abadi

**Senior Editor:**

A. Asghari

**Executive Chief:**

M. A. Ensan

**Editorial Board:**

M. A. Ardebili (*Prof. at Razavi University of Islamic  
Sciences*)

M. Ashouri (*Prof. at Razavi University of Islamic  
Sciences*)

E. Beigzade (*Prof. at Shahid Beheshti University*)

G. Eftekhari Jahromi (*Prof. at Shahid Beheshti  
University*)

H. Gholami (*Prof. at Allameh Tabataba'i University*)

H. Mir Muhammad Sadeghi (*Prof. at Shahid Beheshti  
University*)

A.H. Nadjafi Abrandabadi (*Prof. at Razavi University  
of Islamic Sciences*)

M. H. Sadeghi (*associate professor at University of  
Shiraz*)

A. Sarikhani (*Prof. at University of Qom*)

**Address:** Iran, Mashhad, P.O. Box: 91735-461

**Web Site:** <https://razaviac.razavi.ir>

**E.mail:** [razaviunmag@gmail.com](mailto:razaviunmag@gmail.com)