

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## فهرست مطالب

- ۳ ممنوعیت کاربرد سلاح‌های بیولوژیک از منظر حقوق بین‌الملل کیفری و اسلام / علی اصغر آقار و مسعود راعی ..
- ۳۳ پیشگیری از تکرار جرم از طریق هوش مصنوعی؛ مقتضیات و محدودیت‌ها / شهرام ابراهیمی .....
- ۵۵ بزه‌دیدگان شاکی در جرایم منافی عفت / عبدالکریم بنی‌اسدی و ولی‌الله انصاری .....
- ۸۹ انعکاس نظریه‌های عدالت کیفری در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی / بهرام پشمی و هیبت‌الله نژندی‌منش .
- شرط مارتنس در حقوق کیفری بین‌المللی؛ ماهیت و کارکردهای تفسیری
- ۱۲۳ پریسا دهقانی و محمدحسین رمضانی قوام‌آبادی و محمدرضا علی‌پور .....
- ادله قصاص قاتل شخص مدیون با تکیه بر دیدگاه خلاف مشهور صاحب جواهر و قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲
- ۱۵۷ منصوره سهرابی افقو و سیدمحمدهادی قبولی درافشان و محمدحسن حائری .....
- ۱۷۹ چشم‌انداز عبور از موانع صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی در وضعیت افغانستان / جواد صالحی .....
- توهین، افترا و نشر اکاذیب تعزیری؛ از جرم‌انگاری تا جرم‌زدایی با تأکید بر الگوی حقوق مدنی
- ۲۰۳ جمشید غلاملو و رضا دریائی .....
- تأملی جامعه‌شناسانه بر تحولات مجازات اعدام در افغانستان
- ۲۴۱ مهدی قائمی و عبدالرضا جوان‌جعفری بجنوردی و سیدمحمدجواد ساداتی .....
- اثر بخشی دستورالعمل تالین ۲۰۱۷ میلادی بر صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی در ایجاد صلح و امنیت
- ۲۶۹ سایبری بین‌المللی / علیرضا محقق هرچقان و محمدعلی اردبیلی و ابراهیم بیگزاده و محمدعلی مهدوی ثابت ..
- اقتصاد رفتاری و مسئله ادراک کیفر: از معماری انتخاب تا نقد پدرسالاری رفتاری
- ۲۹۷ علی مهرابی و فرهاد‌الله‌وردی میگونی .....
- بررسی تطبیقی مستندات فقهی و حقوقی حکم به قتل زانی با محارم، موضوع ماده ۲۲۴ قانون مجازات
- ۳۳۱ اسلامی / زهرا وطنی و معصومه زمانیان .....

## ترجمه حکم‌ها

- ۳۶۱ ترجمه عربی (موجز المقالات) / کامل اسماعیل .....
- ۳۸۶ ترجمه انگلیسی (Abstracts) / محمدحسین گلیاری .....

## راهنمای تدوین مقالات

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

## ممنوعیت کاربرد سلاح‌های بیولوژیک از منظر حقوق بین‌الملل کیفری و اسلام\*

- علی اصغر آقار<sup>۱</sup>
- مسعود راعی<sup>۲</sup>

### چکیده

چنانچه از عوامل بیولوژیک و سمی زیانبار، به عنوان سلاح در درگیری‌های مسلحانه و عملیات‌های تروریستی استفاده شود، آن عامل در زمره سلاح‌های بیولوژیک قرار می‌گیرد. سلاح‌های بیولوژیک که سابقه‌ای تاریخی جهت به کارگیری در اقدامات تروریستی و منازعات نظامی دارند، امروزه به طور خاصی مورد توجه کشورهای پیشرفته قرار گرفته‌اند. کاربرد این سلاح‌ها با توجه به ویژگی‌های منحصر به فردی که دارند، تهدیدی جدی برای سلامت انسان‌ها و صلح و امنیت جامعه جهانی محسوب می‌گردد. خطر این گونه سلاح‌ها بیشتر از خطر سلاح‌های هسته‌ای و شیمیایی است؛ زیرا قادرند در مدت زمانی کوتاه،

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۹ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۱۸.

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد اصفهان (خوراسگان)، اصفهان، ایران (a.asghar.a@gmail.com).
۲. دانشیار، گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد نجف‌آباد، اصفهان، ایران (نویسنده مسئول) (masoudraei@yahoo.com).

موجب نابودی ده‌ها میلیون انسان شوند و عوارض ناشی از آن‌ها می‌تواند به نسل‌های بعدی نیز منتقل گردد. نتایج این بررسی که با شیوه توصیفی - تحلیلی سامان یافته است، نشان می‌دهد که هرچند سلاح‌های بیولوژیک در زمان ظهور اسلام به شکل امروزی وجود نداشته‌اند، ولی مبنای نظری مورد قبول در منع به کارگیری و مجازات استفاده از این گونه سلاح‌ها، مبتنی بر قواعد نسبتاً مشابه در شریعت اسلامی و نظام بین‌المللی کیفری است. بنابراین برای منع به کارگیری این گونه سلاح‌ها همچنان که ممکن است به اسناد مختلف بین‌المللی استناد کرد، می‌توان به آموزه‌های اسلامی و احکام شریعت نیز توسل جست؛ احکام و قواعدی که ناظر بر موازین حقوق بشر و حقوق بشردوستانه و منطبق بر شریعت عقلانی و مصالح جامعه بشری است.

**واژگان کلیدی:** جنایت جنگی، جنایت علیه بشریت، حقوق بین‌المللی کیفری، حقوق اسلامی، سلاح‌های بیولوژیک.

## مقدمه

ارتقای دانش بشری و توسعه فناوری، به دلیل عدم رشد همزمان تربیت و اخلاق انسانی، با آنکه به نظر می‌رسد جهت رفاه و تقلیل درد و رنج زندگی انسان‌ها مؤثر باشد و فردوس برین را برای بشر در این جهان مادی به ارمغان آورده باشد، ولی در واقع با به کارگیری عوامل نیرومند و مخرب بیولوژیک، چنان جهنم آتشی برای بشر معاصر مهیا کرده است که خواب راحت را از او سلب نموده و اندک آرامشی برای هیچ انسان شرافتمندی باقی نگذاشته است. سلاح‌ها و فناوری‌های بیولوژیک، پدیده‌های چندوجهی هستند که تمامی شئون زندگی انسان‌ها را هم در سطح ملی و هم در سطح بین‌المللی تحت تأثیر قرار داده‌اند و بیشتر از سایر جنگ‌افزارها چه در عرصه مخاصمات مسلحانه و چه در عرصه تروریستی مورد توجه قرار گرفته‌اند. سلاح‌های بیولوژیک به دلیل ویژگی‌های منحصر به فردی که دارند، مورد توجه اکثر کشورهای جهان به ویژه کشورهای استعماری قرار گرفته‌اند و کاربردشان در مخاصمات مسلحانه و عملیات تروریستی رو به گسترش است. تولید و نگهداری این سلاح‌ها آسان است و به دلیل طبیعت زنده سلاح بیولوژیک، قابلیت تکثیر شدن دارند که این امر باعث

می‌شود به راحتی در هوا پراکنده و خودبه‌خود تکثیر و منتشر شوند و وسعت منطقه آلوده را گسترش دهند. این سلاح‌ها به دلیل نامرئی بودن و داشتن اثرات تأخیری، می‌توانند همه ابعاد سیاسی، اقتصادی، اجتماعی، امنیتی، زیست‌محیطی، غذایی و حتی اخلاقی و فرهنگی را تحت تأثیر قرار دهند. عملکرد این سلاح‌ها بسیار گسترده است و می‌تواند انسان‌ها، حیوانات و محصولات کشاورزی را در برگیرد. این سلاح‌ها، توانایی بالا برای وارد نمود صدمه به اهداف را دارند و برای از بین بردن نیروهای طبیعت از مقاومت بالایی برخوردارند. این سلاح‌ها، سلاح‌هایی غیر دقیق و کور هستند و دقت لازم و کافی را برای اهداف تعیین‌شده ندارند و به کارگیری آن‌ها می‌تواند از اهداف مورد نظر فراتر رود (خالقی و نبوی، ۱۳۹۴: ۲۵). این سلاح‌ها دارای عوارض غیر قابل پیش‌بینی هستند و افراد شخصی در برابر آن‌ها به مراتب آسیب‌پذیرتر از نظامیان هستند. زمان مناسب برای مقابله با آن‌ها وجود ندارد و قابلیت پنهان نمودن عامل اصلی در این سلاح‌ها وجود دارد. این سلاح‌ها، تأثیرات مخرب و مهلکی بر روی هدف خود داشته و صدمات شدیدی به آن‌ها وارد می‌نمایند (موسوی و چهل‌تنی، ۱۳۹۰: ۱۵۵). به کاربردن سلاح‌های بیولوژیک، آثار فجیعی همچون مرگ‌های دردناک، اپیدمی<sup>۱</sup> و پاندمی<sup>۲</sup> وحشتناک به همراه دارد (شاه‌حسینی، ۱۳۸۱: ۵۹۷). این سلاح‌ها، چون قادرند آلودگی گسترده و نامحدودی ایجاد کنند و سطح وسیعی از انسان‌ها را در بر گرفته و از بین ببرند، عملاً اصول حقوق بشر و حقوق بشردوستانه را زیر سؤال برده و جزء مصادیق سلاح‌های کشتار جمعی محسوب می‌گردند.

در زمینه کاربرد سلاح‌های بیولوژیک، کتاب‌ها و مقالات زیادی به فارسی و لاتین و دیگر زبان‌ها به نگارش درآمده‌اند که بیشتر این کتاب‌ها و مقالات، عوامل بیولوژیک را از بعد پزشکی مورد بررسی قرار داده‌اند؛ چرا که عامل بیولوژیک در حوزه پزشکی و بهداشت کاربرد دارد. ولی منابعی که کاربرد سلاح‌های بیولوژیک را از نظر حقوقی، مخصوصاً حقوق کیفری و اسلام مورد واکاوی قرار داده باشند، چه در زبان فارسی و چه لاتین محدودند. بنابراین جرم‌انگاری کاربرد این گونه سلاح‌ها به عنوان مصادیقی از

۱. اپیدمی (epidemic): عارضه یا بیماری عام که به عموم مردم سرایت کرده و همه‌گیر باشد.

۲. پاندمی (pandemic): بیماری که از مرز چند قاره بگذرد و در حال جهانی شدن باشد؛ مانند ایدز یا کرونا.

یک جنایت بین‌المللی در قالب جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی، بر اساس اسناد بین‌المللی و همچنین اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری و ممنوعیت کاربرد این گونه سلاح‌ها از منظر منابع حقوق اسلامی، مسئله‌ای است که محققان در این مقاله با تکیه بر قواعد و اصول موجود و با توجه به اسناد و مدارک معتبر بین‌المللی به آن پرداخته‌اند؛ زیرا بی‌توجهی به این سلاح‌های خطرناک در مرحله اول، تهدیدی علیه سلامت و امنیت انسانی، و در مرحله بعدی، تهدیدی علیه صلح و امنیت جهانی است. در همین راستا، مطالب این مقاله تحت دو بخش (۱) به کارگیری سلاح‌های بیولوژیک از منظر حقوق بین‌المللی کیفری و (۲) ممنوعیت به کارگیری این گونه سلاح‌ها از دیدگاه اسلام، مورد مطالعه قرار گرفته است.

## ۱. به کارگیری سلاح‌های بیولوژیک از منظر حقوق بین‌المللی کیفری

حقوق بین‌الملل کیفری، یکی از شاخه‌های حقوق بین‌الملل است که امروزه در آن، ارزش‌های بشری به تدریج جایگاهی ویژه یافته و حتی در مواقعی بر داده‌های حاکمیتی مرجع شناخته شده است. در این شاخه حقوقی، شمه‌هایی از الگوهای نوظهور حقوق بین‌الملل دیده می‌شود که متضمن قوانین و مقررات لازم جهت محاکمه و مجازات مجرمان بین‌المللی است. در حال حاضر، بخشی از فلسفه حقوق و یکی از مسائل بنیادین در تشریح حوزه حقوق کیفری که متضمن پاسخ‌های اساسی در مورد علت جرم دانستن برخی از رفتارهاست، مبانی جرم‌انگاری است. بی‌تردید تبیین مبانی جرم‌انگاری رفتارهای ممنوعه در قلمرو حقوق کیفری، نقش مهمی در ایجاد باور به آن دارد و در نهایت موجبات پذیرش و مقبولیت آن‌ها را فراهم می‌آورد. بنابراین جرم‌انگاری فرایندی است که به وسیله آن، رفتارهای خاصی به موجب قوانین کیفری ممنوع و برای آن‌ها مجازات در نظر گرفته می‌شود (نجفی ابرنآبادی و هاشم‌بیگی، ۱۳۷۷: ۷۶). از این رو، قواعد مربوط به جرم‌انگاری واجد دو ویژگی مهم هستند؛ اولاً تعیین‌کننده ویژگی‌های رفتاری هستند که جرم تلقی می‌شود. ثانیاً متضمن تعیین مجازات رفتارهای تشکیل‌دهنده هستند. این دو ویژگی در عرصه قواعد بین‌الملل کیفری نیز مطرح بوده و در تبیین مفهوم جنایت بین‌المللی و احراز وجود قاعده کیفری بین‌المللی نقش اساسی دارند

(سلیمی ترکمانی، ۱۳۹۱: ۶۹). در این زمینه، حقوق بین‌الملل توانسته است برخی اقداماتی را که به نظر جامعه بین‌المللی مؤلفه‌های لازم برای جنایت تلقی شدن را دارند، به عنوان جنایت بین‌المللی<sup>۱</sup> به رسمیت بشناسد؛ از جمله کاربرد سلاح‌های بیولوژیک. جنایت کاربرد سلاح‌های بیولوژیک، از این جهت که علیه بشریت ارتکاب می‌یابد و در تعارض با اصول و قواعد حقوق بشر و حقوق بشردوستانه شناخته شده نزد ملل متمدن و کنوانسیون‌های بین‌المللی می‌باشد، جنبه بین‌المللی دارد و موضوع حقوق بین‌الملل کیفری است. مسئله جرم‌انگاری کاربرد سلاح‌های بیولوژیک به عنوان یک جنایت بین‌المللی را می‌توان در دو حالت کلی بررسی کرد.

## ۱-۱. جرم‌انگاری کاربرد سلاح‌های بیولوژیک به عنوان یک جنایت

### بین‌المللی مستقل

این نوع جرم‌انگاری، بر ماهیت سلاح‌های بیولوژیک تأکید دارد و نفس کاربرد خود سلاح در قالب یک فعل مستقل و صرف نظر از آثار آن در استفاده‌های خاص و موردی، یک جنایت بین‌المللی قلمداد می‌گردد؛ بدین معنا که سلاح‌های بیولوژیک ماهیتاً همیشه ناقض قواعد حقوق بشر و حقوق بشردوستانه بین‌المللی است و نیازی نیست که برای جنایت تلقی شدن کاربرد سلاح‌های بیولوژیک در هر مورد به ارزیابی رعایت یا نقض قواعد حقوق بشر و حقوق بشردوستانه پرداخته شود. جرم‌انگاری مستقل کاربرد سلاح‌های بیولوژیک، نیازمند انطباق کاربرد این گونه سلاح‌ها با ملاک‌های احراز وقوع جنایات بین‌المللی است. جنایات بین‌المللی اصولاً رفتارهایی هستند که ناقض قواعد آمره بین‌المللی بوده و بر اثر این نقض، نظم عمومی بین‌المللی بر هم می‌خورد. بنابراین دو معیار اصلی در احراز وقوع جنایات بین‌المللی نقش دارند؛ نقض قواعد آمره و بر هم خوردن نظم عمومی بین‌المللی که این امر می‌تواند در خصوص روند جرم‌انگاری سلاح‌های بیولوژیک نیز صادق باشد. البته در عرصه حقوق بین‌الملل کیفری، صرف نقض قواعد آمره و بر هم خوردن نظم عمومی بین‌المللی،

۱. جنایات بین‌المللی، شکل‌های گسترده، اساسی و گروهی از خشونت است که نه تنها تعداد قربانیان آن بسیار بالاست، بلکه صلح و امنیت بین‌المللی را نیز به خطر می‌اندازد (سمولرز و هاومن، ۱۳۹۶: ۷۳۸).

دلیلی برای جنایت تلقی شدن یک رفتار نیست. به عبارت دیگر، به محض تحقق معیارهای احراز وقوع جنایت بین‌المللی در خصوص رفتاری، آن رفتار به خودی خود یک جنایت بین‌المللی تلقی نمی‌گردد، بلکه وجود این معیارها تنها شرط لازم برای جنایت تلقی شدن رفتار به خصوص است، ولی شرط کافی نیست؛ چرا که علاوه بر این موارد باید عناصر تشکیل‌دهنده جنایت بین‌المللی در خصوص آن رفتار وجود داشته باشد. بدون وجود چنین امری نمی‌توان از مفهوم جنایت بین‌المللی در خصوص آن رفتار صحبت نمود. برای آنکه در حقوق بین‌المللی کیفری، یک پدیده جرم تلقی شده و منجر به مسئولیت کیفری فردی شود، باید آن عمل شامل یک فعل یا ترک فعل (عنصر مادی) باشد و همراه با قصد، بی‌احتیاطی یا غفلت شدید مرتکب (عنصر معنوی) باشد و اینکه عمل مزبور در مجموعه قواعد کیفری، یک جرم تلقی شده و غیر قانونی اعلام شده باشد (عنصر قانونی).

همچنین در عرصه بین‌المللی، کاربرد سلاحی نمی‌تواند به عنوان عمل مجرمانه قلمداد گردد، مگر آنکه کاربرد آن سلاح به موجب یک معاهده بین‌المللی ممنوع شده باشد. جرم‌شناسان اغلب جرم را رفتاری می‌دانند که به وسیله قانون‌گذار جرم‌انگاری شده باشد (هاومن و سمولرز، ۱۳۹۶: ۳۸)؛ لذا جرم‌انگاری تنها زمانی می‌تواند مطرح شود که کاربرد یک سلاح، نقض کیفری در چارچوب نظم حقوقی از پیش موجود باشد. یک سلاح ممکن است به دو طریق، ممنوع و غیر قانونی اعلام شود: ۱- با اتخاذ یک معاهده ممنوعیت ویژه؛ ۲- به خاطر استفاده ضرورتاً مغایر با قواعد حقوق بشر یا حقوق بشردوستانه بین‌المللی (خارج از چارچوب معاهده). فرق میان این دو نوع جرم‌انگاری در این است که سلاحی که از طریق یک معاهده ممنوعیت ویژه، غیر قانونی اعلام می‌شود، منع استفاده از آن تنها برای کشورهایی که آن معاهده خاص را تصویب کرده‌اند، الزام‌آور است؛ اما سلاحی که با اجرای قواعد حقوق بین‌الملل عام (از جمله قواعد حقوق بشر و حقوق بشردوستانه)، غیر قانونی قلمداد می‌شود، برای کلیه کشورها غیر قانونی است؛ حتی اگر معاهده خاصی در این خصوص وجود داشته باشد که تمامی کشورها آن را تصویب نکرده باشند (7: 2003, Bein & Parker)؛ چون سلاح‌های بیولوژیک به طور مستقل بر اساس اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری جرم‌انگاری



نشده‌اند و بیشتر جرم‌انگاری غیر مستقل و مصادیق کاربرد این گونه سلاح‌ها تحت عنوان جنایت جنگی و جنایت علیه بشریت توضیح داده شده است.

## ۲-۱. جرم‌انگاری کاربرد سلاح‌های بیولوژیک به عنوان یک جنایت

### بین‌المللی غیر مستقل

کاربرد سلاح‌های بیولوژیک صرف‌نظر از ماهیت آن‌ها، بر اساس اینکه ناقض برخی از قواعد حقوق بین‌الملل است، در شرایطی می‌تواند به طور غیر مستقل یک جنایت بین‌المللی قلمداد گردد. در واقع در چنین وضعیتی، نفس کاربرد سلاح بیولوژیک یک جنایت بین‌المللی قلمداد نمی‌گردد؛ بلکه از روی آثار و شرایط خاص به بار آمده ناشی از کاربرد آن‌ها، می‌تواند در قالب سایر اشکال جنایات بین‌المللی، همچون جنایت جنگی، جنایت علیه بشریت و جنایت نسل‌کشی قلمداد گردد. این نوع جرم‌انگاری، جرم‌انگاری غیر مستقل است؛ چرا که کاربرد سلاح بیولوژیک، تنها از آنجایی که منجر به آثار ویژه‌ای می‌شود که جزء عناصر تشکیل‌دهنده جنایات است، یک جنایت تلقی می‌گردد. در چنین وضعیتی، کاربرد آن‌ها تنها وسیله مادی ارتکاب سایر جنایات بین‌المللی است. این نوع جرم‌انگاری هم در وضعیت جنگ و هم در وضعیت صلح قابل تحقق است (سلیمی ترکمانی، ۱۳۹۴: ۸۴). از لیست ۲۵ گانه جنایات بین‌المللی مندرج در اسناد بین‌المللی، کاربرد سلاح‌های بیولوژیک می‌تواند در قالب تعداد متعددی از آن‌ها به عنوان مصادیقی از یک جنایت بین‌المللی مطرح شود که در اینجا فقط دو مورد که بر اساس اساسنامه دیوان بین‌المللی جرم‌انگاری شده‌اند، مورد بررسی قرار گرفته‌اند.<sup>۱</sup>

۱. شریف باسیونی، یکی از متخصصان برجسته حقوق بین‌المللی کیفری، تا کنون ۲۵ جنایت بین‌المللی را احصا نموده است که عبارت‌اند از: تجاوز، جنایت علیه بشریت، جنایات جنگی، نسل‌کشی، جنایت بر علیه سازمان ملل و اعضای آن، تصرف یا استفاده غیر قانونی از سلاح‌ها، سرقت مواد هسته‌ای، مزدوری، آپارتاید، برده‌داری، شکنجه، آزمایشات غیر قانونی روی انسان، دزدی دریایی، هواپیماربابی، اعمال غیرقانونی بر علیه دریانوردی، اعمال غیر قانونی بر علیه اشخاص مورد حمایت بین‌المللی، گروگانگیری افراد غیر نظامی، اعمال غیر قانونی بر علیه پست، قاچاق مواد مخدر، تخریب یا سرقت منابع ملی، اعمال غیر قانونی بر علیه محیط زیست، قاچاق و توزیع بین‌المللی اشیاء شهوت‌انگیز، قطع کابل‌های زیردریایی بین‌المللی، ارتشاء مأموران دولتی خارجی (47: Bassiouni, 1999).

## ۱-۲-۱. کاربرد سلاح‌های بیولوژیک مصداقی از یک جنایت جنگی<sup>۱</sup>

یکی از مهم‌ترین جنایات در شرایط جنگ مندرج در اسناد بین‌المللی، جنایات جنگی است. جنایات جنگی، جنایاتی هستند که ارتکاب آن‌ها نقض حقوق بشردوستانه بین‌المللی ناظر بر درگیری‌های مسلحانه را در پی دارد. این جنایات که مغایر با حقوق بشردوستانه بین‌المللی قابل اجرا در مخاصمات مسلحانه هستند، سه اصل اساسی «ضرورت»،<sup>۲</sup> «مروت»<sup>۳</sup> و «انسانیت»<sup>۴</sup> را زیر پا می‌گذارند. به موجب اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری به عنوان سند نهایی دربرگیرنده تعریف جنایات جنگی، این جنایات در سه دسته عمده قرار می‌گیرند؛ دو دسته اول مربوط به جنایات جنگی ارتكابی در جریان مخاصمات مسلحانه بین‌المللی است و دسته سوم مخاصمات مسلحانه داخلی را در بر می‌گیرد که شامل نقض‌های فاحش ماده ۳ مشترک و دیگر قوانین و عرف‌های قابل اجرا در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی است (باباخانی، ۱۳۸۷: ۱۵۲).

در میان قواعد حقوق بشردوستانه، برخی اصول وجود دارند که دارای اهمیت و اقتدار خاصی هستند. این اصول معرف ساختار حقوقی، حقوق بشردوستانه هستند که ریشه در اصل کرامت انسانی و انسانیت دارند. محور اصلی این اصول، تقدم و اولویت بشر و حرمت انسان‌ها و حمایت از آن است که اهمیت آن‌ها را تا شأن قواعد آمره ارتقا داده است. این اصول جهان‌شمول بوده و حمایت از آن، هدف اصلی حقوق بشردوستانه است (فلسفی، ۱۳۷۰: ۵۸). دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در سال ۱۹۴۹ میلادی در ماهیت رأی کانال کورفو، «ملاحظات اساسی بشردوستانه» را به عنوان اصول کلی به رسمیت شناخته شده در حقوق بین‌الملل عمومی عنوان می‌نماید. همچنین دیوان به تفصیل در دو نظریه مشورتی خود در قضایای «مشروعیت تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای» (۱۹۹۶) و مشروعیت «ساخت دیوار حائل در اراضی اشغالی فلسطین»

1. War crime.
2. Necessity.
3. Chivarly.
4. Humanity.

(۲۰۰۴) و رأی توافقی خود در قضیه «فعالیت‌های مسلحانه در سرزمین کنگو» (۲۰۰۵) به موضوعات بشردوستانه پرداخته است (رضوی‌فرد و نوروزی، ۱۳۹۶: ۳). دیوان، اصول تفکیک، منع کاربرد سلاح‌های غیر قابل تمییز، منع ایجاد درد و رنج غیر ضروری بر رزمندگان و نامحدود نبودن حق دولت‌ها در انتخاب روش و کاربرد تسلیحات را به‌عنوان اصول بنیادین تشکیل‌دهنده زیربنای حقوق بشردوستانه برمی‌شمارد (البرزی و رکی، ۱۳۸۳: ۵۸؛ ICJ, Advisory Opinion, 1996).

علاوه بر این، قواعد بنیادین حقوق بشردوستانه برای همه کشورها صرف‌نظر از اینکه آن‌ها کنوانسیون‌های شامل آن مقررات را تصویب کرده‌اند یا نه، الزام‌آور است. به خاطر اینکه آن‌ها اصول غیر قابل تخطی حقوق بین‌الملل عرفی را تشکیل می‌دهند. حمایت کامل‌تر از ماهیت غیر قابل تخطی اصول و قواعد حقوق بشردوستانه در بند ۵ ماده ۶۰ کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۹ میلادی نیز صورت گرفته است. مقررات این معاهده در خصوص شرایط خاتمه یا تعلیق معاهدات، درباره معاهدات حقوق بشردوستانه اعمال نمی‌شود. در نهایت آنچه مسلم است اینکه اصول حقوق بشردوستانه از نظر گستره، عام‌الشمول و از جهت درجه اولویت و قدرت الزامی در زمره قواعد آمره هستند (ساعد، ۱۳۸۶: ۲۵۹). اصولاً یکی از انواع بارز و برجسته که موجب نقض قواعد مختلف حقوق جنگ و حقوق بشردوستانه می‌شود و می‌تواند جنایت جنگی به شمار رود، استفاده از سلاح‌های ممنوعه از جمله سلاح‌های بیولوژیک است که این ممنوعیت خود از ویژگی‌های مخرب و فاجعه‌بار این گونه سلاح‌ها ناشی می‌شود. بنابراین نقض شدید قوانین و عرف‌های قابل اعمال در مخاصمات مسلحانه، جنایت جنگی بوده و در نهایت منجر به مسئولیت کیفری فردی می‌شود؛ همان طوری که شعبه استیناف دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق در قضیه تادیچ عنوان داشته که جنایات جنگی باید (۱) شامل نقض یک قاعده حامی ارزش‌های مهم باشد و آثاری فاحش برای قربانی به بار آورد، (۲) نقض باید تخلف از یک قاعده حقوق بشردوستانه بین‌المللی باشد، (۳) قاعده باید ماهیتاً عرفی باشد یا چنانچه مربوط به حقوق قراردادی است، باید شرایط لازم را داشته باشد، (۴) به موجب حقوق عرفی یا قراردادی، نقض قاعده باید منجر به مسئولیت کیفری فردی شخص خاطی گردد. به عبارت دیگر، رفتار تشکیل‌دهنده یک

نقض جدی حقوق بین‌الملل باید جرم‌انگاری شده باشد (باباخانی، ۱۳۸۷: ۱۵۲؛ سلیمی ترکمانی، ۱۳۹۴: ۷۹).

همچنین برای اینکه جرایم کیفری منجر به جنایت جنگی شوند، باید ارتباطی میان عمل مزبور با یک مخاصمه مسلحانه وجود داشته باشد. به عبارت دیگر، برای اینکه کاربرد سلاحی منجر به جنایت جنگی شود، آن سلاح باید در چارچوب یک مخاصمات مسلحانه به کار گرفته شود. البته تا مدت‌ها نقض حقوق بشردوستانه ارتكابی در جنگ‌های داخلی، جنایت بین‌المللی محسوب نمی‌گردید، اما در سال ۱۹۹۵ میلادی دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق در قضیه تادیچ عنوان داشت که استفاده از سلاح‌هایی که موجب درد و رنج بیهوده می‌شوند، منجر به مسئولیت کیفری فردی می‌شود؛ خواه این امر در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی یا در مخاصمات مسلحانه داخلی رخ داده باشد (Cassese, 2008: 88).

در ماده ۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، فهرست کامل جنایات جنگی احصا شده است.<sup>۱</sup> بنابراین اگر کاربرد سلاح‌های بیولوژیک در یک مخاصمه مسلحانه به نتایج نامبرده در ماده ۸ اساسنامه منجر شود، صرف نظر از ماهیت آن سلاح و اینکه آیا سلاح مزبور یک سلاح ممنوعه است یا نه، یک جنایت جنگی قلمداد می‌گردد. در

۱. این جنایات عبارت‌اند از: کشتار عمدی؛ رفتار غیر انسانی از جمله آزمایش‌های زیست‌شناختی؛ فراهم آوردن موجبات رنج عظیم یا صدمه شدید بر جسم یا سلامتی؛ تخریب گسترده اموال که ضرورت‌های نظامی آن را توجیه نمی‌کند و به صورت غیر قانونی و خودسرانه انجام شده است؛ هدایت عمدی حملات بر ضد مردم غیر نظامی در کلیت آن، که مشارکت مستقیم در مخاصمات ندارند؛ هدایت عمدی حملات بر ضد اهداف غیر نظامی؛ هدایت عمدی حملات بر ضد کارکنان، تأسیسات، مواد، واحدها و وسایل نقلیه‌ای که در کمک‌رسانی بشردوستانه یا مأموریت حفظ صلح به موجب منشور ملل متحد به کار گرفته می‌شوند؛ انجام حمله عمدی با علم به اینکه چنین حملاتی باعث تلفات جانی یا آسیب به غیرنظامیان یا خسارت به اهداف غیر نظامی یا آسیب گسترده، بلندمدت و شدید به محیط زیست خواهد شد و آشکارا نسبت به مجموعه مزیت نظامی ملموس و مستقیم مورد انتظار از آن، بیش از اندازه است؛ حمله یا بمباران شهرها، روستاها، مناطق مسکونی یا ساختمان‌هایی که بی‌دفاع بوده و اهداف نظامی نیستند؛ هدایت عمدی حملات بر ضد ساختمان‌هایی که برای مقاصد مذهبی، آموزشی، هنری و علمی یا خیریه اختصاص یافته‌اند و حمله به آثار تاریخی و ساختمان‌ها و مکان‌های تجمع بیماران و زخمی‌ها، مشروط به آنکه آن مکان‌ها، اهداف نظامی نباشند؛ تخریب اموال دشمن، مگر آنکه ضرورت‌های جنگی چنین تخریبی را ایجاب کند؛ هدایت عمدی حملات علیه ساختمان‌ها، مواد، واحدها، وسایل نقلیه پزشکی و افرادی که نشانه‌های مشخصه کنوانسیون‌های ژنو را مطابق حقوق بین‌الملل به کار می‌برند.

چنین وضعیتی، تنها عنصر مادی جرم برای ارتکاب یک جنایت جنگی کافی است. تحت این شرایط، کاربرد سلاح‌های بیولوژیک می‌تواند مشمول صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری قرار گیرد. همچنین بر اساس شق هفدهم جزء ب بند ۲ ماده ۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، کاربرد سم یا جنگ‌افزارهای سمی که این حکم عیناً از بند الف ماده ۲۳ کنوانسیون ۱۹۰۷ میلادی لاهه برگرفته شده است، مصداقی از جنایت‌های جنگی است (کیتی شیایزری، ۱۳۸۳: ۳۲۵). کلمه سم در واژه‌نامه انگلیسی بین‌المللی کمبریج، ماده‌ای است که در صورت مواجهه با یک موجود زنده، مخصوصاً بدن یک شخص یا حیوان باعث بیماری یا مرگ گردد. بنابراین منظور از کاربرد سم یا سلاح‌های سمی، ابزار جنگی سمی است که در نهایت موجب صدمه و آسیب شدید به جسم قربانی یا موجب مرگ وی شود (واحدی، ۱۳۸۹: ۶۱). قدمت این ممنوعیت حداقل به آخرین سال‌های قرون وسطی باز می‌گردد و احتمالاً کهن‌ترین ممنوعیت یک ابزار جنگی در حقوق بین‌الملل است. بنابراین می‌توان گفت که معنای عادی کلمه سم از سوی کمیسیون مقدماتی دیوان مورد پذیرش قرار گرفته است. ممنوعیت اخیر مطلق است؛ بدین مفهوم که سمی کردن به صرف هشدار به دشمن مبنی بر استفاده از سم، مثلاً با اعلام اینکه آب سمی شده است، مشروعیت نمی‌یابد (کیتی شیایزری، ۱۳۸۳: ۳۲۵). همچنین بر اساس شق هجدهم جزء (ب) بند ۲ ماده ۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، استفاده از گازهای خفه‌کننده، سمی یا دیگر گازها و کلیه مایعات مواد یا وسایل مشابه ممنوع بوده و کاربردشان می‌تواند منجر به جنایت جنگی شود. ممنوعیت اخیر عیناً از پروتکل ۱۹۲۵ میلادی ژنو راجع به منع استعمال گازهای خفه‌کننده و سمی یا دیگر گازها و همچنین روش‌های جنگی میکروبی برگرفته شده است. گاز، مواد یا ابزار به کار گرفته شده باید به گونه‌ای بوده باشد که خواص خفه‌کننده یا مسموم‌کننده آن به طور معمول موجب مرگ یا صدمات شدید به سلامتی شود (محمدنسل، ۱۳۸۵: ۲۴۹). عناصر تشکیل‌دهنده جرایم که به تصویب کمیسیون مقدماتی دیوان رسیده است، در مورد این جرم اجمالاً مقرر می‌دارد که اولاً مرتکب باید گاز یا ماده یا سلاحی را به کار برده باشد که ماده جدیدی با استفاده از آن آزاد شود؛ ثانیاً این ماده به گونه‌ای باشد که با گذشت زمان به واسطه خواص سمی خود به مرگ یا

صدمه جدی نسبت به سلامتی فرد منتهی شود؛ ثالثاً مرتکب با آگاهی به اوضاع و احوال عینیِ موجدِ مخاصمهٔ مسلحانه مرتکب جنایت شده باشد (دورمن و همکاران، ۱۳۹۳: ۴۰۰). در کل می‌توان گفت که ممنوعیت استفاده از سم و سلاح‌های سمی (سلاح‌های بیولوژیک)، یک قاعده دیرپای حقوق بین‌الملل عرفی است که در گذشته، در کد لیبِر<sup>۱</sup> و مقررات لاهه<sup>۲</sup> به رسمیت شناخته شده است. دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در نظریه مشورتی مشروعیت تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای مورخ ۱۹۹۶ میلادی، ماهیت عرفی ممنوعیت استفاده از سم و سلاح سمی (سلاح‌های بیولوژیک) را مورد تأیید قرار داده است. ممنوعیت یادشده در درگیری‌های مسلحانه غیر بین‌المللی صریحاً در اسناد مذکور مطرح نشده، اما رویه غالب کشورها، زمینه را برای عرفی تلقی کردن این قاعده فراهم کرده است (ضیایی بیگدلی، ۱۳۹۴: ۲۲۰).

### ۱-۲-۲. کاربرد سلاح‌های بیولوژیک مصداقی از جنایت علیه بشریت<sup>۳</sup>

کاربرد سلاح‌های بیولوژیک منحصر به مخاصمات مسلحانه نیست؛ چرا که استفاده از سلاح‌های بیولوژیک در شرایط صلح و در عملیات‌های تروریستی نیز قابل استفاده است. یکی از مهم‌ترین جنایات در شرایط صلح مندرج در اسناد بین‌المللی، جرم جنایت علیه بشریت است. بر اساس اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری:

«منظور از جنایت علیه بشریت، حمله گسترده و سازمان‌یافته باهدف ضدیت نسبت به هر جمعیت غیر نظامی است که با علم و آگاهی به آن ارتکاب می‌یابد» (واحدی، ۱۳۸۹: ۴۵).

منظور از حمله در تعریف جرم جنایت علیه بشریت، برخورد و رفتاری است که دربرگیرنده اقدامات خشونت‌بار باشد. این اقدامات شامل هر گونه بدرفتاری و

۱. کد لیبِر (Lieber code)؛ در سال ۱۸۶۱ فرانسیس لیبِر، استاد آلمانی - آمریکایی علوم سیاسی و حقوق در دانشگاه کلمبیا، نیویورک، از طرف لینکلن رئیس‌جمهور آمریکا، نظام‌نامه‌ای بر مبنای حقوق بین‌الملل تنظیم کرد که برای نخستین بار در سال ۱۸۶۳ میلادی به اجرا گذاشته شد و در جنگ داخلی برای نیروی زمینی ایالات متحده لازم‌الاجرا بود.

۲. ماده ۲۳ کنوانسیون ۱۹۰۷ میلادی لاهه.

3. Crimes against humanity.

آسیب‌رسانی به یک جمعیت غیر نظامی است که متضمن مصادیق مختلفی است. نکته‌ای که در اینجا قابل توضیح است اینکه منظور از حمله، صرفاً حمله نظامی نیست؛ بلکه سایر اقدامات مجرمانه که با هدف ضدیت با جمعیت غیر نظامی همراه باشد نیز مصداق جرم جنایت علیه بشریت است. همان‌طور که یک یهودی گشتاپو که در دوران رایش سوم، اجرای بخشی از محروم کردن یهودیان آلمانی را از جهت فرهنگی و اقتصادی بر عهده داشت، به عنوان ارتکاب جرم علیه بشریت محکومیت یافت (ورله، ۱۳۸۷: ۶۶). همچنین واژه گسترده به معنای تعرض به جمع کثیری از افراد است. معیار گستردگی، عامل کمی جرم است که توسط تعداد قربانیان تعیین می‌شود (نعمتی، ۱۳۹۹: ۱۳۷) و سازمان‌یافته بودن ناظر به جنبه کیفی جرم است و متضمن این نکته است که این حمله تصادفی نباشد، بلکه بر اساس یک برنامه یا سیاست از پیش تدوین‌شده انجام گیرد (واحدی، ۱۳۸۹: ۴۶).

بنابراین برای تحقق جنایت علیه بشریت، سه عنصر گستردگی، سازمان‌یافته بودن و وقوع علیه جمعیت غیر نظامی و علم به ماهیت آن لازم است. همچنین اگر مصادیق مقرر در ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری را به طور کلی در نظر بگیریم، خواهیم دید که یک فعل مجرمانه، عنصر ضروری مشترک در بین تمامی جنایات بر ضد بشریت است. این فعل مجرمانه می‌تواند هم به لحاظ ماهیت و هم از جهت ویژگی‌های خود، یک رفتار غیر انسانی باشد که باعث صدمه جدی به سلامت جسم یا روح فرد می‌شود. حال با توجه به مطالب فوق، آیا می‌توان کاربرد سلاح‌های بیولوژیک در اقدامات تروریستی (بیوتروریسم) را یک جنایت علیه بشریت محسوب کرد؟ برای پاسخ به این سؤال ابتدا باید بیوتروریسم را تعریف کرد. بر اساس تعریف پلیس بین‌الملل در سال ۲۰۰۷ میلادی، بیوتروریسم عبارت است از:

«منتشر کردن عوامل بیولوژیکی یا سمی با هدف کشتن یا آسیب رساندن به انسان‌ها، حیوانات و گیاهان با قصد و نیت قبلی و به منظور وحشت‌آفرینی، تهدید و وادار ساختن یک دولت یا گروهی از مردم به انجام عملی یا برآورده کردن خواسته‌ای سیاسی یا اجتماعی» (یک‌رنگی و واحدی، ۱۳۹۸: ۱۶۵؛ دریایی، ۱۳۹۴: ۱۰).

با توجه به این تعریف می‌توان گفت که عناصر مادی تشکیل‌دهنده جرم بیوتروریسم

که از آثار کاربرد سلاح‌های بیولوژیک در اقدامات تروریستی حاصل می‌شوند، عبارت‌اند از: آسیب رساندن به انسان‌ها به طور مستقیم و غیر مستقیم و ایجاد ترس، وحشت، رعب و هراس و ناامنی در بین افراد یا گروه‌های معین یا عموم مردم. آنچه ترس و وحشت موجود در بیوتروریسم را از وحشت و ترسی که در سایر جرایم برای قربانی به وجود می‌آید، تفکیک می‌کند آن است که در جرایم دیگر، ایجاد ترس و وحشت، عنصر مادی و هدف اصلی جرم نیست، بلکه به طور فرعی و ثانوی از اعمال او ناشی می‌شود؛ برای مثال، سارقی که به طرف قربانی حمله کرده و جیب او را خالی می‌کند یا به زور سلاح، کیف او را می‌رباید نیز ایجاد ترس می‌کند، ولی چنین سارقی تروریست محسوب نمی‌شود، زیرا هدف او ایجاد ترس نبوده بلکه ربودن مال قربانی است. اما در اقدامات بیوتروریستی، ایجاد ترس و وحشت هدف اصلی جرم محسوب می‌شود.

در ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، فهرست کامل جنایات علیه بشریت احصا شده است.<sup>۱</sup> بنابراین اگر کاربرد سلاح‌های بیولوژیک به نتایج نامبرده در ماده ۷ اساسنامه منجر شود، بدون در نظر گرفتن ماهیت آن، کاربرد آن یک جنایت علیه بشریت قلمداد می‌گردد. تحت این شرایط، کاربرد سلاح‌های بیولوژیک می‌تواند مشمول صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری قرار گیرد. بنابراین اولین شرط تحقق جرم جنایت علیه بشریت، عنصر مادی آن است که مرتکب یکی از رفتارهای پایه این جرم را انجام دهد. در آرای صادره از دادگاه‌های کیفری، همچون دادگاه یوگسلاوی سابق، رواندا و دیوان بین‌المللی کیفری، عنصر مادی این جرم، ارتکاب یکی از جرایم پایه در

۱. این جرایم عبارت‌اند از: قتل عمدی؛ نابودسازی؛ به بردگی گرفتن؛ بیرون راندن یا انتقال اجباری یک جمعیت؛ حبس کردن یا دیگر اشکال ایجاد محدودیت شدید نسبت به آزادی رفت و آمد در تخطی از قواعد اساسی حقوق بین‌الملل؛ شکنجه؛ هتک ناموس به عنف؛ برده‌گیری جنسی؛ به فحشا واداشتن؛ حاملگی اجباری؛ عقیم‌سازی اجباری یا هر شکل دیگر تعرض جنسی قابل قیاس با این موارد؛ زجر و آزار هر گروه یا جمع شناسایی‌پذیر به دلایل سیاسی، نژادی، ملی، قومی، فرهنگی، مذهبی، جنسی یا سایر زمینه‌هایی که در سراسر جهان، غیر مجاز بودن آن‌ها به موجب حقوق بین‌الملل به رسمیت شناخته شده و مرتبط با هر یک از اعمال یادشده در بند ۱ ماده ۷ یا هر جنایت دیگری است که تحت صلاحیت دیوان قرار دارد؛ ناپدیدسازی اجباری اشخاص؛ جنایت جداگری؛ سایر اعمال غیر انسانی با خصیصه مشابه که عمداً باعث رنج فراوان یا صدمات جدی به جسم یا سلامت روحی و جسمی می‌گردد.



چارچوب یک حمله گسترده یا سازماندهی شده است که البته برخی دادگاه‌ها، هر دو شرط گستردگی و سازماندهی شده را با هم لازم دانسته و برخی دیگر با پیروی از حقوق بین‌المللی عرفی، وجود هر یک از آن دو را کافی شمرده‌اند.

با بررسی و تحلیل عناصر مادی جرم جنایت علیه بشریت و بیوتورورسیم، می‌توان به این نتیجه رسید که آنچه در این جرایم مورد هدف قرار می‌گیرد و تهدید می‌شود، حیات انسان‌هاست. حیات انسان، ارزشمندترین دارایی اوست و صیانت از این دارایی بی‌همتا یکی از ضروریات است. حیات انسان با مسائل و عناصر گسترده‌ای پیوند خورده که یکی از این عناصر که ارتباط مستقیم با حیات انسان دارد، مسئله سلامتی است. سلامتی انسان یکی از لوازم اولیه برخورداری از حیاتی شرافتمندانه محسوب می‌شود و در عین اینکه برای بهره‌مندی از دیگر حق‌ها و آزادی‌ها ضرورت دارد، تحقق و بهره‌مندی از خود این حق نیز در گرو وجود عنصر دیگری همچون امنیت است (جاوید و نیاورانی، ۱۳۹۲: ۴۸). امنیت انسانی، متضمن برخورداری از یک زندگی سالم، استاندارد و مناسب است و در وسیع‌ترین مفهوم به معنای مطمئن بودن هر فرد انسانی به حفاظت و حمایت از موجودیت و شخصیتش در برابر تمامی اشکال خشونت، بدرفتاری و اعمال غیر انسانی و رهایی از نیاز و هراس و زندگی همراه با کرامت است و دارای چهار ویژگی اصلی است که عبارت‌اند از: ۱- امنیت انسانی، دغدغه‌ای است جهانی که به هر شخص و در هر جایی مربوط می‌شود؛ ۲- عناصر آن به هم پیوسته‌اند و تهدید به آن در یک قسمت از جهان، سایر قسمت‌های عالم را نیز متأثر می‌کند؛ ۳- پیشگیری قبلی از تهدید علیه این امنیت، از مداخله بعدی برای برقرار ساختن آن سهل‌تر است؛ ۴- دارای مفهوم «فردمحور»<sup>۱</sup> است (آرش‌پور و جعفری، ۱۳۹۴: ۸۶؛ فن تیگرشتروم، ۱۳۸۹: ۲۳). می‌توان گفت که اصل امنیت انسانی، از اصول مشترک حقوق بشر و حقوق بشردوستانه است و دارای ابعاد فردی، اجتماعی، ملی و بین‌المللی است. بنابراین امنیت انسانی چه در زمان صلح و چه در زمان جنگ، شامل توسعه اقتصادی، عدالت اجتماعی، حمایت از محیط زیست، خلع سلاح، احترام به حقوق بشر و حاکمیت قانون است (امامی و

1. Individual-centered.

شوپای جویباری، ۱۳۹۵: ۵۸).

امنیت انسانی هفت مقوله اصلی و مهم از جمله امنیت غذایی (دسترسی به غذای سالم)، امنیت بهداشتی و سلامت (حق بر سلامت و حمایت از بیماران)، امنیت شخصی (حمایت فیزیکی در برابر شکنجه، جنگ و حملات جنایی)، امنیت اجتماعی (بقای فرهنگ‌های سنتی)، امنیت اقتصادی (رهایی از فقر)، امنیت سیاسی (آزادی و رهایی از سرکوب سیاسی) و امنیت زیست‌محیطی (حمایت در برابر آلودگی‌ها) را در بر می‌گیرد (تاموشات، ۱۳۹۱: ۱۵۰؛ فلاحی و همکاران، ۱۳۹۴: ۱۳۱). از حیث هر یک از ابعاد مختلف مادی و معنوی نیز مقررات مختلفی در اسناد حقوق بشری جهت تضمین امنیت انسانی مقرر شده‌اند که به عنوان نمونه در این ارتباط می‌توان به ماده ۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده ۲۰ اعلامیه اسلامی حقوق بشر (اعلامیه قاهره)، ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶)، ماده ۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و به‌طور خاص کنوانسیون بین‌المللی ضد شکنجه و سایر مجازات‌ها یا رفتار ظالمانه، غیرانسانی و تحقیرآمیز (۱۹۸۵) اشاره نمود که جهت صیانت از امنیت انسانی به تصویب رسیده‌اند. در نتیجه بر اساس اسناد فوق، هر کس حق زندگی، آزادی و امنیت شخصی دارد و با هیچ کس نمی‌توان رفتاری ظالمانه یا بر خلاف شأن انسانی داشت. باتوجه به مطالب بیان‌شده می‌توان گفت که سلامتی و امنیت، سنگ زیربنای حیات فرد و جامعه است و پیش‌شرط هر گونه توسعه و رشد و رفاه و ارتقای مادی و معنوی به حساب می‌آید. لذا حق حیات، شایسته سلامتی، امنیت، آزادی است و هر گونه رفتار ظالمانه، بر خلاف شأن انسانی افراد و ممنوع است.

بنابراین استفاده از سلاح‌های بیولوژیک در اقدامات تروریستی در کلیه ابعاد آن، نقض حقوق بشر محسوب می‌شود و بیوتروریسم، به طور خاص ناقض یکی از حقوق بنیادین آن یعنی حق بر سلامتی است که منجر به لطمه، آسیب و صدمه شدید به تمامیت جسمانی و روانی افراد غیر نظامی شده و در ابعاد بسیار گسترده آسیب‌های غیرانسانی وارد می‌سازد که این آسیب‌ها باعث ایجاد درد و رنج فراوان جسمی و روانی افراد می‌گردد؛ به طوری که وجدان جامعه بشری به هیچ وجه آن‌ها را قبول ندارد. از سویی دیگر، کاربرد این گونه سلاح‌ها می‌تواند تماماً سازمان‌یافته و متعاقب یک طرح

منظم و باقاعده و بر مبنای سیاست مشترک باشد. از این رو، استفاده از سلاح‌های بیولوژیک در اقدامات تروریستی به شرط تحقق پیش‌شرط‌های لازم، می‌تواند جنایت علیه بشریت قلمداد شود. همچنین اگر کاربرد سلاح‌های بیولوژیک به قصد نابودی تمام یا بخشی از یک گروه قومی، ملی، مذهبی یا نژادی نیز همراه شود در آن صورت، جنایت نسل‌کشی نیز تلقی می‌گردد (فلاح سیاه‌خاله‌سر و فضائی، ۱۳۹۸: ۱۲۰).

## ۲. ممنوعیت به کارگیری سلاح‌های بیولوژیک از دیدگاه اسلام

حقوق اسلامی، بر مبنای موازین دگرگونی‌ناپذیر قرآن مجید و سنت استوار است و موازین حقوق اسلامی ناظر بر کاربرد جنگ‌افزارها از جمله سلاح‌های بیولوژیک نیز بی‌شک بر پایه رعایت معیارهای آن استوار است. آشکار است که در صدر اسلام، ابزارها و سلاح‌های بیولوژیک به شکل امروزی آن وجود نداشته است. بنابراین نمی‌توان نص صریحی راجع به تولید و کاربرد این گونه سلاح‌ها در آیات قرآن و روایات معصومان علیهم‌السلام پیدا کرد؛ اما با بررسی حکم به کارگیری سلاح‌های خطرناک مشابه می‌توان به دیدگاه اسلام در این زمینه پی برد. برخی از دلایل و قواعد قابل استناد بر ممنوعیت و جرم‌انگاری به کارگیری سلاح‌های بیولوژیک از منظر اسلام عبارت‌اند از:

### ۱-۲. ممنوعیت استفاده از سم در درگیری‌ها

در روایتی به نقل از پیامبر گرامی اسلام صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم به ممنوع بودن کاربرد سم که یکی از انواع سلاح‌های بیولوژیک است، اشاره شده است.

«إِنَّ النَّبِيَّ صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم نَهَى أَنْ يُلْقَى السَّمُّ فِي بِلَادِ الْمُشْرِكِينَ» (کلینی، ۱۴۰۷: ۲۸/۵؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۴۳/۶؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۶/۱۱ و ۶۲/۱۵؛ مجلسی، ۱۴۰۳: ۱۷۷/۱۹ و ۲۷۱/۱۰۸؛ همو، ۱۴۰۷: ۳۵۳/۱۸؛ طباطبایی بروجردی، ۱۴۰۷: ۱۵۳/۱۳)؛ رسول خدا صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم از به کارگیری سم در سرزمین مشرکان نهی فرمود.

در این روایت هرچند تنها از سم نام برده شده است، اما به دلیل مشابهت تأثیر سم با سلاح‌های نوین بیولوژیک، تمامی آن‌ها را در بر می‌گیرد؛ زیرا فرقی میان مسموم کردن آب و هوا و زمین با استفاده از دیگر سلاح‌های بیولوژیک نیست. بدیهی است که نهی

در این روایت، دلالت بر حرمت و ممنوعیت استفاده از این سلاح‌ها دارد. به علاوه، ممنوع بودن کاربرد سلاح‌های سمی از مهم‌ترین رفتار و مقررات جهاد در حقوق اسلام است.

از لحاظ فقهی، «اکثر فقهای عظام استفاده از سم علیه طرف مقابل را ممنوع اعلام نموده‌اند» (عظیمی شوشتری، ۱۳۹۲: ۱۵۰)؛ برای مثال، صاحب‌جوهر قائل به حرمت است و در بیان مبنای این حرمت، احتمال داده است که این قبیل روش‌های جنگی منجر به کشتار کسانی شود که قتل و کشتن آن‌ها مجاز نبوده است (نجفی، ۱۴۰۴: ۶۸). همچنین برخی فقها نظیر خلیل الملکی در بحث جهاد پیرامون استفاده از نیزه‌های زهرآلود، حکم به حرام بودن استفاده از این سلاح‌ها نموده‌اند؛ چرا که نیزه‌های زهرآلود، منجر به ایجاد جراحت و آسیب بیش از حد ضروری به دشمن می‌شود. بر این اساس، استفاده از نیزه‌های سمی ممنوع اعلام شده است (حمیدالله، ۱۳۸۶: ۲۳۵). در یک بررسی کلی می‌توان رویکرد فقه اسلامی به ریختن سم و استفاده از چنین سلاح‌هایی در درگیری‌ها را در چهار قول ذیل خلاصه کرد: قول اول، حرمت القاء سم به صورت مطلق؛ قول دوم، حرمت القای سم مگر اینکه گشایش کشور دشمن منوط به آن باشد؛ قول سوم: حرمت استفاده از سم مگر ضرورت ایجاب کند؛ قول چهارم، کراهت (طوسی، ۱۴۰۰: ۳۱۲؛ همو، ۱۳۴۷: ۱۵۳؛ همو، ۱۳۸۷: ۱۱/۲؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۰۱؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۷/۲؛ علامه حلی، ۱۴۲۰: ۱۴۲/۲).

در حقوق بین‌الملل، اعلامیه سن پترزبورگ<sup>۱</sup> را می‌توان نخستین اعلامیه دانست که استفاده از سلاح‌های سمی و کاربرد سم را به عنوان یک ابزار جنگی ممنوع کرده است. همچنین بر اساس ماده ۴۵ پروتکل اول و ماده ۱۴ پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ۱۹۴۹ میلادی ژنو، غیر قابل استفاده کردن اموالی که برای بقای سکنه غیر نظامی لازم است، نظیر آب، غذا، مناطق و محصولات کشاورزی و دامی، ممنوع است و مسموم کردن موارد فوق می‌تواند یکی از عوامل غیر قابل استفاده کردن آن باشد.

۱. اعلامیه ۱۸۶۸ سن پترزبورگ: دولت‌های تصویب‌کننده این اعلامیه اعلام کردند که تنها هدف مشروع نظامی، تضعیف نیروهای نظامی دشمن است و استفاده از جنگ‌افزایی که تأثیری بیش از این بر دشمن دارد، غیر ضروری و ممنوع است.

## ۲-۲. حرمت تخریب و نابودی محیط زیست

سلاح‌های بیولوژیک، علاوه بر اینکه موجب کشتار وسیعی می‌شود، باعث تخریب گسترده و بدون تفکیک اهداف غیر نظامی از جمله محیط زیست طبیعی نیز می‌گردد؛ محیط زیستی که از عناصری تشکیل شده که رشد گیاهان و حیوانات و زندگی انسان وابسته به آن‌هاست (دستغیب، ۱۳۹۵: ۳/۳۹). در حقوق اسلام، تأکید زیادی بر سالم نگه داشتن محیط زیست که ارتباط مستقیم با سلامت انسان‌ها دارد، شده است. هر چه محیط زیست ما سالم‌تر باشد، سلامتی ما بیشتر حفظ می‌شود. اسلام محیط زیست را واحدی غیر قابل تجزیه در نظر می‌گیرد و بین انسان و محیط زیست در جهان هستی، جدایی قائل نیست (فهیمی و مشهدی، ۱۳۹۵: ۴۸). محیط زیست، یکی از عوامل تأثیرگذار در زندگی بشر تلقی می‌گردد؛ زیرا انسان‌ها در تمام دوران زندگی با محیط اطراف خود ارتباط نزدیکی دارند. حق برخورداری از محیط زیست سالم از نظر زیست‌محیطی و مساعدت برای توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی لازم است (امیرارجمند، ۱۳۷۳: ۳۷۴). آب، هوا، خاک و عوامل درونی و بیرونی، عناصر تشکیل دهنده محیط زیست هستند که بر حیات، رشد و بقای موجودات زنده تأثیرگذارند (فهیمی، ۱۳۸۷: ۸۱). از آنجا که مجموعه عناصر تشکیل دهنده محیط زیست به طور مستقیم و غیر مستقیم با هم در تعامل هستند، برای برخورداری از محیط زیست سالم لازم است که در تعامل عناصر سازنده محیط زیست، توازن برقرار باشد. در صورت بر هم خوردن این توازن، تعالی و استمرار حیات انسانی نیز تحت تأثیر قرار خواهد گرفت. یکی از عواملی که این توازن را بر هم می‌زند و باعث آلودگی محیط زیست می‌شود، عوامل بیولوژیک است (حسینی شیرازی، ۱۴۲۴: ۴۳).

از منظر قرآن مجید، حمایت و حراست از محیط زیست چنان جدی و بااهمیت است که اگر کسی بدون نیاز و ضرورت، اقدام به تخریب یا نابودی آن نماید، از جمله مفسدان روی زمین خواهد بود: ﴿وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ﴾ (بقره/۲۰۵)؛ «و هنگامی که برگردد [یا ریاستی یابد]، کوشش می‌کند که در زمین فساد نماید و کشت و نسل را نابود سازد و خداوند تباہکاری را دوست ندارد» (انصاری، ۱۳۹۳: ۵/۳۹۵). فساد به معنای خارج شدن چیزی از حالت طبیعی،

اعتدال و صحت است و هلاکت یعنی زائل و نابود شدن چیزی که توان از آن استفاده کامل و بهره‌بری مناسب را نمود (لطفی و همکاران، ۱۳۹۵: ۴۲/۲). از اطلاق آیه مبارکه استفاده می‌شود که از بین بردن محیط زیست و هلاکت حرث و نسل<sup>۱</sup> از سوی هر کسی اعم از نیروی خودی یا دشمن صورت گیرد، اقدام فسادانگیز است و از میان بردن هر گونه موجود زنده، اعم از موجودات زنده نباتی، حیوانی و انسانی و به طور کلی محیط زیست حرام بوده و نبرد با دشمن نمی‌تواند بهانه‌ای برای استفاده از مواد سمی و آلوده‌کننده علیه سرزمین و مناطقی باشد که هیچ نقش مؤثری در نتیجه نبرد ندارند و در عین حال، ضرورت نظامی نیز آن را اقتضا نمی‌نماید (قربان‌نیا و اخگری بناب، ۱۳۹۰: ۹۳). پیامبر گرامی اسلام ﷺ نیز هر گاه لشکری را به مأموریتی اعزام می‌کرد، سفارش می‌فرمود:

«... لا تملّوا ولا تمثّلوا ولا تغدروا ولا تقتلوا شیخاً فانیاً ولا صبیّاً ولا امرأه ولا تقطعوا شجرًا إلا أن تضطّروا إليها» (حزّ عاملی، ۱۴۰۹: ۸۵/۱۵)؛ با دشمنان بجنگید؛ اما پیران و کودکان و زنان را اسیر و مثله نکنید و به آنان خیانت نکنید و آنان را نکشید و درختان را جز برای ضرورت قطع نکنید.

بر اساس این روایت، پیامبر گرامی اسلام ﷺ رزمندگان را به حفظ محیط زیست سفارش فرمود و آنان را از تخریب آن بر حذر داشت.

در نظام حقوق بین‌الملل موجود از زمان شکل‌گیری قواعد لاهه (۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ م.) و سپس حقوق ژنو (کنوانسیون‌های چهارگانه ۱۹۴۹ م. و پروتکل‌های الحاقی) می‌توان از معاهدات متعددی یاد نمود که به صورت مستقیم یا غیر مستقیم ناظر بر حمایت از محیط زیست در مخاصمات مسلحانه است. شاخص‌ترین سند حقوقی بین‌المللی که به موضوع محیط زیست پرداخته است، پروتکل اول الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو است. به موجب بند ۳ ماده ۳۵ این پروتکل، به کار بردن روش‌ها و ابزارهای جنگی

۱. حرث به محصولی اطلاق می‌شود که از زراعت و کشاورزی پیش از درو کردن به دست آید و آن نتیجه زراعت است و برای تأمین زندگی و خوراک بشر بوده و با از بین رفتن آن، معاش انسان مختل گردیده و نظم زندگی به هم خواهد خورد. و نسل عبارت است از خروج چیزی یا امری از متن چیزی دیگر؛ مانند تولد طفل از مادر؛ خواه در انسان باشد یا در حیوان. اخلال در این جهت موجب از بین رفتن انسان و حیوان خواهد بود (مصطفوی، ۱۳۸۰: ۶۸/۱).

که هدف از آن‌ها وارد آوردن خسارت شدید، گسترده و درازمدت به محیط زیست طبیعی باشد یا احتمال می‌رود چنین اثراتی داشته باشد، ممنوع است. همچنین ماده ۴۸ به گونه‌ای غیر مستقیم از محیط زیست حمایت می‌نماید. کنوانسیون ۱۹۷۶ میلادی سازمان ملل متحد معروف به «کنوانسیون ۱» نیز در مورد ممنوعیت استفاده از راهکارهای تغییردهنده محیط زیست در مخاصمات مسلحانه، تنها کنوانسیون خاص زیست محیطی است که موضوع محوری آن ناظر بر ممنوعیت استفاده از محیط زیست به عنوان سلاح است. زمینه‌های اولیهٔ تدوین چنین کنوانسیونی، به استفاده ارتش آمریکا از عامل نارنجی در خلال جنگ ویتنام برمی‌گردد. بر اساس ماده ۱ این کنوانسیون، دولت‌ها متعهد گردیده‌اند که از آن دسته از راهکارهای تغییردهندهٔ محیط زیست که منجر به ایجاد آثار گسترده، طولانی‌مدت یا شدید گردیده و منجر به آسیب و خسارت به هر یک از دول عضو می‌گردند، اجتناب ورزند. در بخشی از ماده ۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نیز تخریب شدید، گسترده و بلندمدت محیط زیست ممنوع اعلام شده است. علاوه بر این، تخریب و وارد آوردن خسارت به محیط زیست می‌تواند تنها رکن مادی جنایات بین‌المللی مطروحه در اساسنامه دیوان باشد. با توجه به مطالب فوق، استفاده از سلاح‌های بیولوژیک که یکی از عمده‌ترین عوامل تخریب و آلودگی محیط زیست است و آلودگی ناشی از آن‌ها بر روی محیط زیست به صورت پایدار باقی می‌ماند، ممنوع است (فهمی و مشهدی، ۱۳۹۵: ۷۲).

## ۳-۲. وجوب حفظ کرامت انسانی

کرامت انسانی، از جمله کلیدی‌ترین مفاهیمی است که در حمایت از ابناء بشر و مقام انسان، مورد توجه نظام حقوقی اسلام قرار گرفته است. مکتب مقدس اسلام احترام به کرامت انسان‌ها را به عنوان یک اصل بنیادین مورد تأکید قرار داده و از اهانت و تحقیر انسان‌ها بر حذر داشته است؛ به طوری که حتی خود اشخاص را از تعرض نسبت به کرامت انسانی خویش که از عطایای خداوند متعال است، ممنوع ساخته است (جعفری، ۱۳۷۰: ۲۶۹). کرامت انسانی در آیات قرآن کریم و روایات معصومان علیهم‌السلام

به صورت صریح و ضمنی مورد توجه قرار گرفته است؛ برای نمونه: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ...﴾ (اسراء/ ۷۰)؛ «و به راستی ما فرزندان آدم را تکریم نمودیم و آنان را در خشکی و دریا سیر دادیم...» (بهرام‌پور، ۱۳۸۵: ۱۶۴/۱۵). این در حالی است که چنین توصیفی در شأن هیچ موجود دیگری از ناحیه خداوند متعال صورت نگرفته است. علامه طباطبایی در تفسیر این آیه می‌نویسد:

«کرامت به فرد یا ملت خاصی اختصاص ندارد، بلکه مراد از آیه، بیان حال جنس بشر است» (طباطبایی، ۱۳۷۴: ۱۳/۱۵۵؛ قرآنتی، ۱۳۸۳: ۹۵).

منشأ مقام کرامت انسان، عقل او و دمیده شدن روح الهی در آدم است که این دو شاخص در همه نسل آدم ثابت است. بی تردید به کارگیری سلاح‌های بیولوژیک، سلامتی و امنیت را که از مهم‌ترین عوامل تأثیرگذار در تعالی و پیشرفت جوامع بشری هستند، به خطر می‌اندازد و بدون وجود آن‌ها، حیثیت و کرامت انسانی مخدوش و باعث ایجاد درد و رنج عظیم جسمی و روحی بین انسان‌ها خواهد شد. بنابراین وجوب حفظ کرامت انسانی و انسانیت و کاهش تلفات، خسارات و تسکین آلام بشری، یکی از اصول مهم مورد توجه و تأکید اسلام است و بی‌توجهی به این اصول می‌تواند در ابعاد وسیعی، عناصر مورد حمایت را تحت تأثیر قرار دهد. در نتیجه استفاده از این سلاح‌ها در درگیری‌ها، با کرامت و اصول اولیه انسانی مغایر است و به وسیله همه فرهنگ‌ها از جمله فرهنگ مرقی اسلام، ممنوع اعلام شده است.

در حقوق بین‌الملل، منظور از حفظ کرامت انسانی این است که با همه انسان‌ها باید رفتاری انسانی و بدون هر گونه تبعیض ناشی از جنسیت، ملیت، نژاد، مذهب یا عقاید سیاسی صورت گیرد. در مقدمه کنوانسیون چهارم ۱۹۰۷ میلادی لاهه، در مورد رعایت حقوق و عرف جنگ، شرطی معروف به شرط مارتنس<sup>۱</sup> گنجانده شده است. این شرط بیان می‌کند که در موارد پیش‌بینی نشده در این مقررات، ساکنان مناطق درگیر جنگ و متخاصمان، مشمول حمایت مذکور در اصول حقوق ملت‌ها هستند که برگرفته از رویه مورد تأیید ملل متمدن و حقوق انسانی منطبق بر وجدان عمومی است. همچنین طبق

1. Martens Clause.



بند ۲ ماده ۱ پروتکل الحاقی اول، نظامیان و غیر نظامیان در مواردی که مشمول کنوانسیون‌ها و پروتکل یا دیگر موافقت‌نامه‌های بین‌المللی نباشند، همچنان مشمول حمایت و اقتدار اصول حقوق بین‌الملل خواهند بود که از عرف مسلم و اصول انسانیت و ندای وجدان عمومی ناشی می‌شود. بنابراین شرط مارتنس قاعده‌ای برای پر کردن خلأ حقوق معاهده‌ای در حمایت از ارزش‌های بنیادین بشری است (دهقانی و همکاران، ۱۴۰۰: ۲۰۴؛ سلیمی ترکمانی، ۱۳۹۴: ۵۵).

## ۲-۴. قاعده حرمت اعتداء

در ممنوعیت به کارگیری سلاح‌های بیولوژیک می‌توان به قاعده حرمت اعتداء استناد کرد. بی‌تردید استفاده از سلاح‌های بیولوژیک مصداقی آشکار از اعتداء است؛ چرا که این سلاح‌ها هیچ مرز و محدودیتی را نمی‌شناسند و کاربردشان باعث نابودی گسترده گیاهان و کشتار وسیع موجودات زنده از جمله انسان‌ها می‌شود. در حقوق اسلام، ضمن نظارت بر رفتار نیروهای دشمن، اختیار طرفین درگیر در استفاده از شیوه‌ها و ابزارهای جنگی را محدود ساخته و این محدودیت به گونه‌ای است که نه تنها جنگ‌افزارهای گذشته و موجود، بلکه جنگ‌افزارهای آینده همچون سلاح‌های بیولوژیک را نیز در بر می‌گیرد و سازمان‌دهنده رفتار جنگی دولت‌های اسلامی در طول زمان است. نامحدود نبودن حق انتخاب و کاربرد جنگ‌افزار در طول مناصمات در اسلام، چنین مقرر شده است: «وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ» (بقره/۱۹۰)؛ «و در راه خدا با کسانی که با شما می‌جنگند، نبرد کنید، ولی از حد تجاوز نکنید که خداوند تعدی کنندگان را دوست نمی‌دارد» (مکارم شیرازی، ۱۳۸۷: ۲۶/۲). از ظاهر آیه شریفه چنین برمی‌آید که نهی وارده از حیث زمان و مکان و موضوع و مخاطب دارای اطلاق است و شامل هر نوع تعدی از حدود الهی می‌شود. بنابراین در نظام جهادی اسلام، تعدی از حدود الهی که انعکاسی از رفتار ناعادلانه است، مجاز نخواهد بود و اصل عدالت و انصاف به عنوان معیار و مبنای تعیین نحوه رفتار با دشمن معرفی شده است (ساعد، ۱۳۹۲: ۲۸۲). همچنین از این آیه می‌توان دو اصل تناسب در تسلیحات جنگی و تفکیک میان افراد نظامی و غیر نظامی مانند کودکان،

پیران، بیماران، مجروحان، نیروهای خدماتی، حیوانات و محیط زیست را استنباط کرد و توسل به این سلاح‌ها را از مصادیق تعدی و تجاوز و حرام دانست (رحمانی، ۱۳۸۹: ۴۵).  
مقدس اردبیلی در تفسیر این آیه می‌فرماید:

«شروع کردن جنگ پیش از دشمن، کشتن کافر معاهد پیش از دعوت دشمن به حق و نیز کشتن به شکل ناروا، از جمله مصادیق اعتداء است که حرام است» (مقدس اردبیلی، ۹۹۳: ۳۰۶).

قاعده حرمت اعتداء متناسب با اصل تناسب در حقوق بین‌الملل است. اصل تناسب در حقوق بین‌الملل بدین معناست که خسارات و صدمات ناشی از درگیری‌ها در مقایسه با مزیت و فوایدی که از این درگیری‌ها به دست می‌آید، نباید بیش از حد لزوم باشد. اصل تناسب در حقوق بین‌الملل، زائیده یک جنگ عادلانه در حقوق جنگ و محدودیتی است بر شیوه‌های جنگی مبنی بر اینکه حملات نظامی باید کنترل شده انجام پذیرد و قبل از حمله باید تدابیر لازم با سنجش دقیق در هر مورد خاص انجام گیرد. دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در ارتباط با اصول احکام بر ابزارها و سلاح‌های جنگی در پاراگراف ۹۰ رأی مشورتی ۱۹۹۶ میلادی خود در مورد کاربرد سلاح‌های هسته‌ای اعلام کرده که اصل تناسب از اصول اساسی حقوق بشردوستانه است. همچنین بر اساس اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، انجام حملات نامتناسب، یک جنایت جنگی قلمداد می‌گردد (ماده ۸(۲)(ب)(۴) اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، به نقل از: محمودی و همکاران، ۱۴۰۰: ۷۵).

در مجموع باید اذعان داشت که با مقایسه بین اصول و قواعد حقوق بشر و حقوق بشردوستانه در اسلام و حقوق بین‌الملل در مورد سلاح‌های سمی (سلاح‌های بیولوژیک)، این حقوق دارای نقاط مشترکی هستند که هدف آن‌ها حمایت از حیات، کرامت انسانی و انسانیت و تسکین آلام بشری و کاهش رنج‌های انسانی تا حد ممکن در زمان درگیری‌های مسلحانه است. با توجه به فلسفه و کارکرد اصول حقوق بشر و حقوق بشردوستانه، بررسی‌ها نشان می‌دهد که اسلام در این زمینه پیشگام بوده است. قرآن کریم قرن‌ها زودتر از حقوق بین‌الملل، اصول حقوق بشر و حقوق بشردوستانه را ابلاغ کرده و بر رعایتشان در درگیری‌های مسلحانه تأکید ورزیده است که برخی از این

اصول در اسناد حقوق بین‌الملل، نظیر کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو (۱۹۴۹) و پروتکل‌های الحاقی به آن‌ها (۱۹۷۷) و دیگر اسناد بین‌المللی نیز بازتاب یافته است. رعایت حقوق بشر و حقوق بشردوستانه از دیدگاه اسلام، وظیفه و تکلیفی دینی و شرعی است و هرگونه تخطی از آن، هم کیفر دنیوی و هم عقوبت اخروی در پی دارد. اسلام بر این نکته تأکید فراوان دارد که هدف از تمام این تکالیف و وظایف، حفظ کرامت انسانی و ارتقاء ارزش‌های والای آن است. نظر اسلام پیرامون جنبه‌های حقوق بشر و حقوق بشردوستانه فراتر از سطح معاهدات بین‌المللی است. در واقع، قوانین و مقررات اسلامی با اینکه حدود ۱۴۰۰ سال پیش وضع گردیده است، اما به مراتب از معاهدات و قوانینی که امروز در جهان اجرا می‌شود، پیشرفته‌تر، بهتر، عینی‌تر و کاربردی‌تر است و در عین حال، انطباق بیشتری با کرامت انسانی و عزت نفس بشری دارد (فقیه حبیبی، ۱۳۹۵: ۱۰۰).

### نتیجه‌گیری

با توجه به اسناد بین‌المللی و موازین حقوق اسلامی در خصوص ممنوعیت و جنایتکارانه بودن به کارگیری سلاح‌های بیولوژیک، مشخص می‌شود که مبنای ممنوعیت به کارگیری این گونه سلاح‌ها می‌تواند بر اصول متعددی مانند، اصل حمایت از کرامت انسانی، اصل حمایت از غیر نظامیان و اصل حمایت از محیط زیست متکی باشد. علاوه بر این، عدم مشروعیت استفاده از سلاح‌های بیولوژیک، برخاسته از اصول اخلاقی و انسانی، نظیر اصل تفکیک میان نظامیان و غیر نظامیان، اصل منع ایراد و تحمیل درد و رنج بیهوده است و اصول یادشده در اسناد مختلف حقوق بین‌الملل به صورت‌های مختلف نمود یافته است که در کل تشکیل‌دهنده اصول جامع ناظر بر حقوق مخاصمات مسلحانه و عملیات‌های تروریستی است و برای نیل و دستیابی به این اهداف عالی اخلاقی و انسانی، لازم است که در عمل گام‌های بلند و استواری در صحنه بین‌المللی برداشته شود. از نظر قانونی نیز عدم کاربرد و ممنوعیت به کارگیری سلاح‌های بیولوژیک مستند به کنوانسیون‌های متعددی است که کاربرد سلاح‌های بیولوژیک را ممنوع اعلام کرده‌اند، مانند کنوانسیون منع سلاح‌های بیولوژیک (۱۹۷۲) و بندهای متعددی از ماده ۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، نظیر شق هفدهم و

هجدهم و قطعنامه ۱۵۴۰ شورای امنیت،<sup>۱</sup> که بر اساس آن‌ها، استفاده از سم و سلاح‌های سمّی (سلاح‌های بیولوژیک) و گازهای خفه‌کننده، سمّی یا دیگر گازها و کلیه مایعات، مواد یا وسایل مشابه ممنوع است. از این رو باید کاربرد سلاح‌های بیولوژیک در مخصصات مسلحانه مصداقی از جنایت جنگی، و در اقدامات تروریستی مصداقی از جنایت علیه بشریت تلقی گردد؛ چرا که با فرض ابتدای حقوق بین‌الملل بر ارزش‌های بشری و تضمین و تأمین منافع بشریت، کاربرد سلاح‌های بیولوژیک با آن همه آثار منفی اجتناب‌ناپذیر برای حیات و بقای بشری، نه تنها نمی‌تواند مجاز باشد، بلکه به دلیل نقض بسیاری از اصول و قواعد آمره بین‌المللی و برهم زدن نظم عمومی و امنیت انسانی و ایجاد جراحات اضافی یا درد غیر ضروری، باید جنایت جنگی یا جنایت علیه بشریت قلمداد گردد. همچنین با توجه به آموزه‌های حقوق اسلامی، هیچ تردیدی در حرمت و ممنوعیت به کارگیری سلاح‌های بیولوژیک وجود ندارد و حرمت کرامت انسانی و اصل حداقلی صدمه و زیان و بقای نسل بشر را می‌توان به عنوان مبانی، قواعد و دلایلی دانست که این حرمت و ممنوعیت را تأیید می‌کنند.

۱. دو عامل نگران‌کننده، منجر به تصویب این قطعنامه شده‌اند: یکی تروریسم و دیگری گسترش سلاح‌های بیولوژیک. این قطعنامه به صراحت از دولت‌ها درخواست می‌کند که به کنوانسیون‌های بین‌المللی مربوطه در خصوص منع سلاح‌های کشتار جمعی بپیوندند و از طریق قانون‌گذاری و ایجاد کنترل‌های ملی، مانع تولید، کسب، مالکیت، توسعه، انتقال یا استفاده از سلاح‌های بیولوژیک، شیمیایی و هسته‌ای و وسایل پرتاب آن‌ها، توسط بازیگران غیر دولتی، تروریست‌ها و قاچاقچیان بازار سیاه شوند.

## کتاب‌شناسی

۱. قرآن مجید، ترجمه محمد مهدی فولادوند، تهران، دار القرآن الکریم، دفتر مطالعات تاریخ و معارف اسلامی.
۲. آرش پور، علیرضا و سیده‌منیژه جعفری، «نقش مسئولیت حمایت در تضمین امنیت انسانی»، فصلنامه مطالعات راهبردی، سال هجدهم، شماره ۲ (پیاپی ۶۸)، تابستان ۱۳۹۴ ش.
۳. البرزی ورکی، مسعود، «نقد و بررسی نظر مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری راجع به تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۱، پاییز ۱۳۸۳ ش.
۴. امامی، مسعود، و رمضانعلی شوپای جویباری، دانشنامه اسلام و حقوق بین‌الملل بشردوستانه، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۵. امیرارجمند، اردشیر، «حفاظت از محیط زیست و همبستگی بین‌المللی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ویژه (۱۵)، اردیبهشت ۱۳۷۳ ش.
۶. انصاری، محمدعلی، مشکاة؛ تفسیر قرآن کریم، مشهد، بیان هدایت نور، ۱۳۹۳ ش.
۷. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۸. ابن زهره حلبی، سیدحمزه بن علی حسینی، غنیة النزوع الی علمی الاصول والفروع، تحقیق ابراهیم بهادری، قم، مؤسسه الوفاء، ۱۴۱۷ ق.
۹. باباخانی، عطیه، «جامعه بین‌المللی و مقابله با نقض حقوق بشردوستانه در بحران دارفور»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۸، بهار و تابستان ۱۳۸۷ ش.
۱۰. بهرام‌پور، ابوالفضل، نسیم حیات؛ تفسیر قرآن کریم، چاپ دوم، قم، آوای قرآن، ۱۳۸۵ ش.
۱۱. تاموشات، کریستیان، ترجمه و نگارش حسین شریفی طرازکوهی، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۱۲. جاوید، احسان، و صابر نیاورانی، «قلمرو حق سلامتی در نظام بین‌المللی حقوق بشر»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال پانزدهم، شماره ۴۱، زمستان ۱۳۹۲ ش.
۱۳. جعفری، محمدتقی، حقوق بشر از دیدگاه اسلام و غرب، تهران، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ۱۳۷۰ ش.
۱۴. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، قم، مؤسسه آل‌البتین (ع)، لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۱۵. حسینی شیرازی، سیدمحمد، تقریب القرآن الی الازهان، بیروت، دارالعلوم، ۱۴۲۴ ق.
۱۶. حمیدالله، محمد، سلوک بین‌المللی دولت اسلامی، ترجمه سیدمصطفی محقق داماد، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۶ ش.
۱۷. خالقی، ابوالفتح، و نعمت‌الله نبوی، «به کارگیری سلاح‌های نامتعارف از منظر حقوق بین‌الملل کیفری و اسلام»، فصلنامه پژوهش‌های تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال دوم، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۴ ش.
۱۸. دریایی، محمد، بیوتروریسم در طب غربی، تهران، آرمان رشد، ۱۳۹۴ ش.
۱۹. دستغیب، محمدرضا، تسلیحات کشتار جمعی از دیدگاه اسلام و حقوق بین‌الملل بشردوستانه، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۲۰. دورمن، کنوت، لوئیس دوسوالد بک، و رابرت کولب، عناصر جنایات جنگی در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، ترجمه زهرا جعفری و زهرا محمودی و پریسا سفیدپری، تهران، مجد، ۱۳۹۳ ش.
۲۱. دهقانی، پریسا، محمدحسین رمضان‌قوام‌آبادی، و محمدرضا علی‌پور، «مدخل‌های ورود و کارکردهای شرط مارتس در حقوق کیفری بین‌المللی»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال نهم، شماره ۳۵،

- تابستان ۱۴۰۰ ش.
۲۲. رحمانی، محمد، «منع استفاده از سلاح‌های کشتار جمعی از نگاه مذاهب»، پژوهشنامه حکمت و فلسفه اسلامی (طلوع سابق)، سال نهم، شماره ۳۳، پاییز ۱۳۸۹ ش.
۲۳. رضوی فرد، بهزاد، و میثم نوروزی، «نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در توسعه و تحول حقوق بشردوستانه و حقوق بین‌الملل کیفری»، اولین همایش بین‌المللی و سومین همایش ملی پژوهش‌های مدیریت و علوم انسانی، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۹۶ ش.
۲۴. ساعد، نادر، چارچوب‌بندی کاربرد سلاح‌های ممنوعه در حقوق بشردوستانه و اسلام، اسلام و حقوق بین‌الملل بشردوستانه، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۲۵. همو، حقوق بشردوستانه و سلاح‌های هسته‌ای، تهران، شهر دانش، ۱۳۸۶ ش.
۲۶. سلیمی ترکمانی، حجت، «جرم‌انگاری کاربرد سلاح‌های هسته‌ای در چارچوب حقوق بین‌الملل بشر محور در حال ظهور»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال اول، شماره ۱، پاییز ۱۳۹۱ ش.
۲۷. همو، حقوق بین‌الملل هسته‌ای، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۴ ش.
۲۸. سمولرز، آلت، و رولف هاومن (ویراستاران متن انگلیسی)، جرم‌شناسی فرامشی: به سوی جرم‌شناسی جنایات بین‌المللی، ترجمه گروهی از پژوهشگران علوم جنایی، به کوشش حمیدرضا نیکوکار، دیپاچه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۲۹. شاه‌حسینی، محمدحسن، دفاع در برابر جنگ بیولوژیک و بیوتروریسم، تهران، سازمان تحقیقات نیروهای مقاومت بسیج، ۱۳۸۱ ش.
۳۰. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین‌الملل بشردوستانه، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۴ ش.
۳۱. طباطبایی، سیدمحمدحسین، تفسیر المیزان، ترجمه سیدمحمدباقر موسوی همدانی، چاپ پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۴ ش.
۳۲. طباطبایی بروجردی، سیدحسین، جامع احادیث الشیعه، قم، مدینه العلم، ۱۴۰۷ ق.
۳۳. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، الاقتصاد فیما یتعلق بالاعتقاد، تهران، مکتبه جامع چهل ستون، ۱۴۰۰ ق.
۳۴. همو، الجمل و العقود فی العبادات، ترجمه محمد واعظزاده خراسانی، مشهد، دانشگاه مشهد، ۱۳۴۷ ش.
۳۵. همو، المسووط فی فقه الامامیه، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
۳۶. همو، تهذیب الاحکام، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۳۷. عظیمی شوشتری، عباسعلی، «جستاری کلی در مقررات بشردوستانه در فقه اسلامی»، مقاله در: مجموعه مقالات دومین همایش اسلام و حقوق بین‌الملل بشردوستانه، مرکز مطالعات تطبیقی اسلام و حقوق بشردوستانه بین‌المللی، به کوشش غلامرضا جلالی، مشهد، بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی، ۱۳۹۲ ش.
۳۸. علامه حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ ق.
۳۹. فقیه حبیبی، علی، «جایگاه حقوق بشردوستانه در اسلام و اسناد بین‌المللی»، فصلنامه پژوهش‌های سیاسی جهان اسلام، سال ششم، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۵ ش.
۴۰. فلاح سیاه‌خاله‌سر، احمد، و فضائلی، مصطفی، «عقیم‌سازی اجباری مصداقی از جرم جنایت علیه بشریت در پرتو رویه دادگاه ویژه رواندا»، مجله حقوقی دانشگاه اصفهان، سال ششم، شماره ۲، پاییز ۱۳۹۸ ش.

۴۱. فلاحی، فاطمه، بهرام مستقیمی، حسین آل کجیاب، و بهاره حیدری، «بررسی مفهوم سلامت در نظریه امنیت انسانی»، *فصلنامه اخلاق زیستی*، سال پنجم، شماره ۱۵، بهار ۱۳۹۴ ش.
۴۲. فلسفی، هدایت‌الله، «روش‌های شناخت حقوق بین‌الملل»، *مجله تحقیقات حقوقی*، دوره اول، شماره ۹، بهار ۱۳۷۰ ش.
۴۳. فن تیگرشتروم، باربارا، *امنیت انسانی و حقوق بین‌الملل*، ترجمه اردشیر امیرارجمند و حمید قنبری، تهران، مجلد، ۱۳۸۹ ش.
۴۴. فهیمی، عزیزالله، «نگاهی گذرا به مباحث فقهی مربوط به محیط زیست از دیدگاه آیات و روایات»، *مجله تخصصی فقه و اصول*، شماره ۴، ۱۳۸۷ ش.
۴۵. فهیمی، عزیزالله، و علی مشهدی، *حمایت از محیط زیست در مخاصمات مسلحانه از منظر اسلام و حقوق بین‌الملل بشردوستانه*، تهران، خرسندی، ۱۳۹۵ ش.
۴۶. قرائتی، محسن، *تفسیر نور*، تهران، مرکز فرهنگی درس‌هایی از قرآن، ۱۳۸۳ ش.
۴۷. قربان‌نیا، ناصر، و نادر اخگری بناب، «عدم مشروعیت کاربرد سلاح هسته‌ای در پرتو اصل تفکیک (با رویکرد اسلامی)»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، سال هشتم، شماره ۲۸، بهار ۱۳۹۰ ش.
۴۸. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۴۹. کیتی شیایزری، کریانگ ساک، *حقوق بین‌المللی کیفری*، ترجمه بهنام یوسفیان و محمد اسماعیلی، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۳ ش.
۵۰. لطفی، عبدالرضا، محمدرضا فقهی، و نادر اخگری بناب، *حقوق بشردوستانه در منابع اسلامی و اسناد بین‌المللی؛ جلد دوم: حمایت از محیط زیست، اموال و اماکن در مخاصمات مسلحانه*، به اهتمام و اشراف سیدمحمدرضا دستغیب، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۵۱. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، *بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار الائمة الاطهار علیهم السلام*، تحقیق عبدالرحیم ربانی شیرازی، بیروت، مؤسسه الوفاء، ۱۴۰۳ ق.
۵۲. همو، *مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۵۳. محمدنسل، غلامرضا، *مجموعه مقررات دیوان بین‌المللی کیفری*، دیباچه محمد آشوری، تهران، دادگستر، ۱۳۸۵ ش.
۵۴. محمودی، امیر، ولی‌اله نوری، و مهدی عبدالمالکی، «اصل تناسب؛ سنتز اصول تفکیک و ضرورت نظامی در حمایت از محیط زیست در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی»، *فصلنامه مطالعات بین‌المللی*، سال هجدهم، شماره ۲ (پیاپی ۷۰)، پاییز ۱۴۰۰ ش.
۵۵. مصطفوی، حسن، *تفسیر روشن*، تهران، مرکز نشر کتاب، ۱۳۸۰ ش.
۵۶. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *زبدة البیان فی احکام القرآن*، تهران، المکتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، ۹۹۳ ق.
۵۷. مکارم شیرازی، ناصر، *تفسیر نمونه*، چاپ چهل و هفتم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۸۷ ش.
۵۸. موسوی، سیدفضل‌الله، و مهدی چهل‌تی، «موازن حقوقی در منع دستیابی تروریست‌ها به سلاح‌های زیستی»، مقاله در: *تروریسم؛ آسیب‌شناسی، بازیگران و ساختارها (مجموعه مقالات کنفرانس بین‌المللی ائتلاف جهانی علیه تروریسم برای صلح عادلانه)*، تهران، مجمع جهانی صلح اسلامی، ۱۳۹۰ ش.
۵۹. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.

۶۰. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، و حمید هاشم‌بیگی، *دانشنامه جرم‌شناسی*، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۷ ش.
۶۱. نعمتی، عطیه، «بررسی جنایات ضد بشریت در حقوق بین‌الملل»، *فصلنامه قانون یار*، سال چهارم، شماره ۱۴، تابستان ۱۳۹۹ ش.
۶۲. واحدی، قدرت‌الله، *حقوق بین‌الملل کیفری*، تهران، جنگل، ۱۳۸۹ ش.
۶۳. ورله، گرهارد، «جنایات علیه بشریت در حقوق بین‌الملل معاصر»، ترجمه امیرساعده وکیل، *مجله حقوقی بین‌المللی*، سال بیست و پنجم، شماره ۳۹، پاییز و زمستان ۱۳۸۷ ش.
۶۴. یکرنگی، محمد، و مجتبی واحدی، «راهبردهای نظام سیاست‌گذاری کیفری ایران و بین‌الملل در مقابله با تهدیدهای امنیتی بیوتروریسم»، *فصلنامه مطالعات راهبردی*، سال بیست و دوم، شماره ۳ (پیاپی ۸۵)، پاییز ۱۳۹۸ ش.

**A) Book**

65. Bassiouni, M. Cherif, *International Criminal Law*, Vol. 1, New York, Ardsley, Transnational Publishers, 1999.
66. Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, 2<sup>nd</sup> Ed., London, Oxford University Press, 2008.

**B) Article**

67. Bein, Piotr & Karen Parker, "Uranium Weapons Cover-ups - a Crime against Humankind", Paper prepared in January 2003, for a monograph Politics and Environmental Policy in the 21<sup>st</sup> Century, Available at: <<https://www.stopnato.org.uk/du-watch/bein/hamburg.htm>>.

**C) Instrument**

68. Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 29 July 1899.
69. Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 18 October 1907.
70. Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction, 10 April 1972.
71. International Court of Justice (ICJ), Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapon, Advisory Opinion of 8 July 1996.
72. 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.
73. 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.
74. The Statute of International Criminal Court. Rome, 1998.



# پیشگیری از تکرار جرم از طریق هوش مصنوعی؛ مقتضیات و محدودیت‌ها\*

□ شهرام ابراهیمی<sup>۱</sup>

## چکیده

رشد حیرت‌انگیز استفاده از هوش مصنوعی در حوزه‌های حمل و نقل، بهداشت و سلامت و... بر کسی پوشیده نیست. امروزه نظام عدالت کیفری نیز برای حل برخی از مسائل و مشکلات خود در زمینه پیشگیری از تکرار جرم، به این ابزار فناورانه چشم دوخته است. پیشگیری از تکرار جرم و پیش‌بینی اصلاح مرتکب، به دور از ملاحظات شخصی و ذهنی و یا سنجش احتمال تکرار جرم در حین تعلیق، آزادی مشروط و یا سایر تأسیسات قابل اجرا در بستر جامعه، همواره یک مسئله اساسی برای حقوق‌دانان، جرم‌شناسان، قضات و نیز پلیس بوده است. برای حل این مسئله، آیا می‌توان به ظرفیت‌های هوش مصنوعی امید بست تا بر اساس گذشته فرد، رفتار آینده وی را پیش‌بینی کرد؟ یافته‌های تحقیق نشان

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱/۳۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۱۸.

این مقاله در چارچوب برنامه پژوهشی جهت‌دار پژوهش و فناوری پنج‌ساله اعضای هیئت علمی در دانشگاه شیراز (۱۳۹۹-۱۴۰۳) با عنوان پیشگیری از جرایم حوزه کسب و کار با تأکید بر جرایم مالیاتی و فساد اداری - مالی از طریق هوش مصنوعی تهیه گردید.

۱. دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه شیراز (shahram.ebrahimi@gmail.com).

می دهد که اگرچه این موضوع به لحاظ فنی شدنی بوده و مقتضیات آن فراهم است، اما اجرای آن به هر قیمتی ممکن نیست. توضیح اینکه به منظور اجتناب از هر گونه تعرض احتمالی به اصول اساسی شده حقوق کیفری، رعایت محدودیت‌های ماهوی و شکلی حقوقی و نیز مرام‌نامه‌های اخلاق حرفه‌ای الزامی است. به عبارت دیگر، به کارگیری تدابیر پیشگیری از تکرار جرم از طریق هوش مصنوعی، در پرتو این محدودیت‌ها امکان‌پذیر است.

**واژگان کلیدی:** هوش مصنوعی، الگوریتم، پیشگیری از تکرار، حالت خطرناک.

## درآمد

هوش مصنوعی، یک رشته جوان مشتمل بر مجموعه‌ای از علوم، نظریه‌ها و فنون، به‌ویژه ریاضی، آمار، احتمالات و علوم رایانه است که هدف آن بازتولید ظرفیت‌های شناختی انسان توسط ماشین می‌باشد. هوش مصنوعی<sup>۱</sup> به عنوان یک مبحث دانشگاهی در دهه ۴۰ میلادی پا به عرصه ظهور نهاد. آلان تورینگ<sup>۲</sup> در مقاله پایه‌ای سال ۱۹۵۰ خود با عنوان "Computing Machinery and Intelligence"، این سؤال را که: «آیا یک ماشین می‌تواند فکر کند؟» مطرح نمود و سعی کرد که به گونه‌ای به آن پاسخ دهد. در هر صورت، شاید به علت محدودیت‌های پردازش داده و علم الکترونیک، هوش مصنوعی برای نزدیک به ۵۰ سال محجور و همراه با ابهامات نسبی بود و در عین حال تا حدودی علاقه به آن محدود باقی ماند. اما به یمن پیشرفت بسیار چشمگیر در توانایی و سرعت پردازشگرها و امکان ذخیره وافر و سریع داده‌ها در حافظه‌های الکترونیکی امروز، اکنون هوش مصنوعی تقریباً در همه زمینه‌های دانش از جمله مهندسی، علوم، پزشکی، حقوق و اقتصاد به عنوان یک پایه تحقیقاتی و یک زمینه کاربردی بدل شده است. هوش مصنوعی به طور خلاصه،<sup>۳</sup> در واقع توانایی یک سامانه

1. Artificial intelligence.

2. Alan Turing.

۳. تا به امروز، تعریف واحدی از هوش مصنوعی در جامعه علمی وجود ندارد. هوش مصنوعی مجموعه‌ای از تئوری‌ها و تکنیک‌های است که به منظور تولید ماشین‌هایی با قابلیت شبیه‌سازی هوش انسانی، پیاده‌سازی و اجرا می‌گردد.

(سیستم) برای تفسیر صحیح داده‌هایی است که دریافت می‌کند و از آن‌ها جهت برآوردن اهداف خاص استفاده می‌نماید. هدف عمده سرمایه‌گذاری در این قلمرو آن است که بتوان به یک ماشین، وظایف پیچیده‌ای را که قبلاً به یک انسان محول شده بود، واگذار کرد (Anyoha, 2019: 5). در همین راستا، امروزه هوش مصنوعی با چیره شدن بر جامعه، در حال تغییر اساسی شکل و سبک زندگی است و هر روز بر دامنه استفاده از آن به ویژه در حوزه‌هایی مانند بهداشت و سلامت، حمل و نقل، آموزش و مدیریت و نیز نظام عدالت کیفری افزوده می‌شود.<sup>۱</sup>

اگرچه درگذشته، توسل نهادهای قضایی به هوش مصنوعی جهت مدیریت بزهکاری دور از ذهن بود و یک آرمان محسوب می‌شد، اما امروزه جنبش خودکارسازی عدالت کیفری، واقعیتی انکارناپذیر است. الگوریتمی<sup>۲</sup> که قادر است رفتار انسان‌ها را پیش‌بینی و سطح خطرناکی آن را بسنجد، می‌تواند توسط مقامات قضایی، نه فقط برای پیشگیری از تکرار جرم، بلکه در کمک به برگزیدن کیفر متناسب یا اتخاذ تصمیم اعطای آزادی مشروط مورد استفاده قرار گیرد.<sup>۳</sup> بدین ترتیب، نظام عدالت کیفری بیش از گذشته بر ریل پیش‌بینی حرکت خواهد کرد. به طور کلی عدالت کیفری پیش‌بینی مدار، در دو معنا به کار می‌رود.

۱. اراده سیاسی برای توسل به هوش مصنوعی به شکل مدیریت‌شده، در گفتمان سند تحول قضایی که زمان‌بندی اجرای آن در سه دوره زمانی کوتاه‌مدت (تا تیرماه ۱۴۰۰)، میان‌مدت (تا تیرماه ۱۴۰۱) و بلندمدت (تا پایان ۱۴۰۲) پیش‌بینی شده، مشهود است: ۱- شناسایی هوشمند آراء متعارض و قوانین و مقررات متعارض، مبهم و ناقص؛ ۲- استفاده از فناوری‌های هوشمند در فرایند صدور آراء و تصمیمات قضایی؛ ۳- ممانعت هوشمند از اشتغال همزمان مقامات، مسئولان و کارمندان دولت و...؛ ۴- بهره‌گیری حداکثری از فناوری‌های جدید نظری هوش مصنوعی از جمله مهم‌ترین جلوه‌های بهره‌گیری از این ابزار در سند تحول قضایی می‌باشد.

۲. الگوریتم، مجموعه‌ای از قواعد عملیاتی است که اجرای آن‌ها، حل یک مسئله را با استفاده از تعداد محدودی عملیات امکان‌پذیر می‌سازد.

۳. برای مثال، ربات هوش مصنوعی ChatGPT، چت‌بات پرطرفدار هوش مصنوعی است که توسط استارت‌آپ OpenAI با بودجه مایکروسافت توسعه یافته است. در تاریخ ۳۰ ژانویه ۲۰۲۳، یک قاضی در کلمبیا برای حکم دادن درباره پرونده‌ای مربوط به هزینه‌های درمان یک کودک مبتلا به اوتیسم، از ChatGPT استفاده نمود و پاسخ‌های آن را در تصمیم خود گنجانده. گوگل نیز به تازگی از ابزار هوش مصنوعی خود به نام Bard که به نوعی رقیب هوش مصنوعی ChatGPT محسوب می‌شود، رونمایی کرده است که مانند روش‌های چت‌بات OpenAI عمل می‌کند.

۱- در معنای نخست، عدالت کیفری مبتنی بر پیش‌بینی، نقطه مقابل عدالت کیفری کلاسیک است. اساس مدل عدالت کیفری کلاسیک، که چندین قرن است اجرا می‌شود، تقصیر و مجرمیت است. این مدل که به اراده آزاد فرد باور دارد، بر پایهٔ زوج مسئولیت - مجازات<sup>۱</sup> حرکت می‌کند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۲: ۱۳). در مقابل، عدالت کیفری مبتنی بر پیش‌بینی، آن طور که توسط مکتب تحقیقی قرن ۱۹ در ایتالیا توصیف شد، مبتنی بر اساس پیش‌آگهی یا پیش‌بینی خطر است. این مدل که بیشتر احتمال تکرار جرم یک فرد را محاسبه و ارزیابی می‌کند، بر پایهٔ زوج خطرناکی - اقدام تأمینی بنا شده است (همو، ۱۳۹۵: ج ۱). بنیان‌گذاران این مکتب، اراده آزاد مرتکب را نفی نموده و معتقد به جبر زیستی، اقتصادی و یا اجتماعی هستند. از زمان حملات ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱، شاهد سرعت در حرکت و جهش عدالت کیفری کلاسیک به سمت عدالت کیفری مبتنی بر پیش‌آگهی بودیم. مثال بارز آن در فرانسه، قانون ۲۵ فوریه ۲۰۰۸ در خصوص نگهداری تأمینی بود که اجازه می‌داد آزادی فرد محکوم را حتی پس از تحمل کیفر، برای مدت نامشخصی سلب کرد؛ یعنی نوعی اقدام تأمینی برگرفته از مدل آلمانی دوران نازی که دادگاه اروپایی حقوق بشر در سال ۲۰۰۹ آن را محکوم کرد (ابراهیمی، ۱۳۸۷: ۱۶). اخیراً جلوه‌های دیگری از این مدل که بر پیشدستی در کیفردهی مبتنی است، به بهانه احتمال گذر از اندیشه به عمل در قلمرو جرایم تروریستی در حال رشد است. برای مثال، دادگاه جنایی پاریس در تاریخ ۲۳ مارس ۲۰۱۶، چهار جوان را به حبس محکوم کرد. اتهام آنان این بود که چند روز پس از اقدامات تروریستی سال ۲۰۱۵، برای پیوستن به گروه‌های تروریستی، با یک اتومبیل به سمت سوریه حرکت کرده بودند. اما یک حادثه رانندگی در ترکیه موجب توقف حرکت آنان شد. با وجود این، از نظر دادگاه، قصد آنان برای رفتن به سوریه به منظور الحاق به گروه‌های تروریستی کافی بود؛ هرچند هرگز به مقصد نرسیدند (Delmas-Marty, 2017: 50).

۲- در معنای دوم، عدالت کیفری مبتنی بر پیش‌بینی، به مجموعه‌ای از ابزارهایی اطلاق می‌شود که قادر است با اتکاء بر تجزیه و تحلیل حجم عظیم داده‌های دادگستری

۱. برای مطالعه بیشتر درباره اهداف و مبانی سزادهی ر.ک: رستمی، ۱۳۹۹: ۵۱ به بعد.

و بر پایه محاسبه احتمالات، تا حد امکان، خروجی یک دعوی را پیش‌بینی<sup>۱</sup> کند. در چارچوب این مفهوم، ما همچنان با همان عدالت کیفری کلاسیک روبه‌رو هستیم؛ لیکن با این مشخصه جدید که احتمال خطر تکرار و یا راه حل مفید یک دعوی (احتمال موفقیت، قوت استدلال، مبلغ خسارت قابل جبران) به کمک الگوریتم و بر پایه رویه قضایی سابق پیش‌بینی می‌شود.

حال باید دید که: ۱. آورده هوش مصنوعی برای نظام قضایی در معنای دوم چیست؟ ۲. آیا مقتضیات پیشگیری از تکرار جرم از طریق هوش مصنوعی فراهم است؟ ۳. حد و مرز توسل به ابزارهای پیشبینی خطر تکرار تا کجاست؟

## ۱. آورده هوش مصنوعی برای نظام قضایی و شهروندان

ابزارهای پیش‌بینی خطر تکرار جرم به طور کلی، و هوش مصنوعی<sup>۲</sup> به طور خاص، مزایا و معایب مختلفی برای تصمیم‌گیران نظام عدالت کیفری و نیز شهروندان دارد. این ابزارها می‌تواند نهادهای قضایی به ویژه قضات کیفری را در مرحله تصمیم‌گیری یاری رساند. در همین راستا، ماده ۳۹ قانون مجازات قابل بحث است که مقرر می‌دارد: «چنانچه دادگاه پس از احراز مجرمیت، تشخیص دهد که با عدم اجرای مجازات نیز مرتکب، اصلاح می‌شود»؛ و یا بند ب ماده ۴۰، «پیش‌بینی اصلاح مرتکب» را یکی از شروط صدور قرار تعویق صدور رأی تعیین کرده است، بی‌آنکه ابزار پیش‌بینی اصلاح

۱. امروزه در زبان جاری، از عبارت ابزارهای پیشگویی، معمولاً برای اشاره به نرم‌افزارهای پیش‌بینی خطر کیفری استفاده می‌شود. واژه predictif از ریشه لاتین prae به معنای قبل، از پیش، و dictare به معنای گفتن می‌باشد که ترجمه ادبی آن، گفتن یک واقعه قبل از وقوع می‌باشد که البته مناسب با کاربرد آن در عدالت کیفری نیست؛ زیرا این برداشت یعنی پیشگویی، بیشتر جنبه الهام‌بخش و معنوی دارد تا علمی. لذا شایسته است که از مفهوم پیش‌بینی prae به معنای قبل و viser به معنای دیدن استفاده شود؛ یعنی دیدن یک حادثه قبل از وقوع. در معنای مضیق، «تهیه ابزارهای پیش‌بینی خطر کیفری» برای پیش‌بینی است و نه پیشگویی. اتفاقاً این موضوع مورد تأکید ماده ۷ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نیز قرار گرفته است. قابلیت پیش‌بینی بر اساس این کنوانسیون، یک حقی است که به طرفین دعوی اجازه می‌دهد نتایج حقوقی دعوی خود را بر اساس حقوق موضوعه پیش‌بینی کنند.
۲. جهت اطلاع بیشتر درباره استفاده از هوش مصنوعی برای همانندسازی تماماً ساختگی صوت و تصویر ر.ک: شیری، در نوبت چاپ.

را در اختیار دادگاه قرار دهد. همین مسئله موجب شده که محاکم کیفری در آراء خود بر اساس معیارهای صرفاً ذهنی (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۲: ۱۴) و غیر قابل سنجش، به «پیش‌بینی اصلاح مرتکب» اشاره کنند.

قاضی کیفری به کمک این ابزارهای فناورانه قادر خواهد بود در حین کیفرگزینی، پاسخ سؤالات مختلف را بجوید؛ مانند اینکه: ۱- آیا باید متهم را به حبس در محیط بسته محکوم کرد؟ ۲- آیا اگر وی زود هنگام از زندان آزاد شود، جرم جدیدی مرتکب خواهد شد؟ افزون بر این، چنین فناوری‌هایی می‌تواند امنیت حقوقی شهروندان به ویژه بزه‌دیدگان و متهمان را تقویت کند؛ زیرا در این بستر، تصمیم دیگر توسط انسان اتخاذ نمی‌شود؛ بلکه یک ابزار فناورانه است که به شکل علمی، عمل ارتكابی، معیارهای عینی و بیرونی را بررسی می‌کند و در جهت امنیت حقوقی تصمیم می‌گیرد. بدین‌سان، انتظارات شهروندان از نظام عدالت کیفری، از جمله قابلیت پیش‌بینی، شفافیت، قابل درک و فهم بودن یک تصمیم و غافلگیر نشدن در برابر آن، تا حدودی از این طریق برآورده می‌شود. در نهایت اینکه ابزارهای پیش‌بینی، از طریق کمک به عدم آزادی مرتکبان پرخطر،<sup>۱</sup> بر اثربخشی مجازات می‌افزاید.

حال سیاست‌گذاران جنایی با آگاهی از این ظرفیت هوش مصنوعی و نیز صرفه‌جویی‌هایی که از طریق کنار نهادن فرایندهای پرهزینه و طولانی رسیدگی و معاف کردن قضاات از انجام برخی تکالیف پرزحمت و تکراری به دست می‌آید، در پی به خدمت گرفتن آن در نظام عدالت کیفری می‌باشند (کردعلیوند، ۱۳۹۹: ۷۰۵).

۱. بندج دستورالعمل اجرایی «کنترل مجرمان حرفه‌ای و سابقه‌دار» مصوب ۱۳۹۷/۰۴/۲۶، مجرم خطرناک را فردی می‌داند که سوابق و خصوصیات روحی و اخلاقی وی و کیفیت ارتکاب و نوع جرم ارتكابی، او را در مظان ارتکاب جرائم مهم در آینده قرار دهد. تشخیص این امر به عهده دادستان است. بندج ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی شماره ۹۰۰۰/۱۴۳۳۹/۱۰۰ مورخ ۱۴۰۰/۲/۲۸ ریاست محترم قوه قضاییه نیز به جای تعریف مجرم خطرناک، به حالت خطرناک پرداخته است. بر اساس این بند، حالت خطرناک: «وضعیت متهم یا محکومی است که پیشینه، ویژگی‌های روان‌شناختی، شخصیتی و رفتاری وی و ماهیت جرم یا جرائم ارتكابی یا کیفیت ارتکاب آن، او را در مظان ارتکاب جرائم خشن یا مهم در آینده قرار می‌دهد. تشخیص این امر به عهده شورای طبقه‌بندی است (مصادیق جرایم خشن و مهم، مطابق با تعاریف مذکور در ماده ۱ دستورالعمل اجرایی کنترل مجرمان حرفه‌ای و سابقه‌دار مصوب ۱۳۹۷/۲۶/۰۴ می‌باشد). نقد این دستورالعمل می‌تواند موضوع یک پایان‌نامه قرار گیرد.

هرچند که چنین فناوری‌هایی می‌تواند به دلیل نتایج بعضاً اشتباه و یا مبتنی بر تبعیض، حقوق و آزادی‌های افراد را تهدید کند. افزون بر آن، جایگزینی ماشین به جای قاضی، حق دسترسی به یک دادگاه مستقل و بی‌طرف و در نتیجه اصل فردی کردن کیفر را محدود می‌سازد.

اما صرف نظر از خطرات بالقوه، بازار این فناوری در نظام قضایی با توجه به فشار طراحان آن و استقبال تصمیم‌گیران سیاسی، پررونق خواهد بود؛ به گونه‌ای که در آینده بسیار نزدیک می‌توان از دادگستری الگوریتمی و خودکار سخن به میان آورد. این فناوری به طور خاص در زمینه کیفری می‌تواند برای پیشگیری از تکرار جرم، چه در معنای حقوقی و چه در معنای جرم‌شناختی با استقبال روبه‌رو شود.

بدین ترتیب در ادامه، مسئله امکان پیشگیری از تکرار جرم<sup>۱</sup> (شیری، ۱۴۰۱: ۱۳۲) از طریق هوش مصنوعی و سپس مناسبت توسل به هوش مصنوعی در نظام کیفری بررسی خواهد شد.<sup>۲</sup> گفتنی است که پیشگیری‌های غیر جرم‌شناختی - یعنی به طور عمده اقدام‌های واکنشی که به پیشگیری کیفری مشهور است - عبارت است از پیشگیری عام از طریق تهدید کیفری بزهکاران بالقوه و بالفعل، پیشگیری خاص ناظر به بزهکاران به منظور ممانعت از تکرار جرم و ادامه مسیر مجرمانه، و سرانجام پیشگیری از گذر جرم‌انگاری اقدام‌ها، رفتارها و حالت‌های غیر خطرناکی که استمرار آن‌ها به انجام اقدام‌های تدارکاتی بالقوه خطرزا و در نهایت جرم (جرایم مانع) منتهی می‌شود (ابراهیمی، ۱۴۰۱: ۱۵). در این مقاله، نوع دوم یعنی پیشگیری خاص مدنظر است.

## ۲. امکان پیشگیری از تکرار جرم با توسل به هوش مصنوعی

مسئله امکان پیشگیری از تکرار جرم، مستلزم بررسی دو موضوع است: ۱-۲. امکان فنی؛ ۲-۲. چارچوب حقوقی.

۱. تکرار در مفهوم شناختی یعنی حالتی که فرد، مرتکب جرم جدیدی می‌شود، بدون اینکه با شرایط تکرار قانونی منطبق باشد. تکرار در معنای حقوقی، مستلزم ارتکاب جرم جدید با درجه تعیین شده در یک مدت مشخص، پس از ارتکاب جرم نخست است.
۲. به طور کلی در حال حاضر، استفاده از الگوریتم توسط پلیس در مرحله تحقیقات، و مقامات قضایی در فرایند کیفری، در مرحله جنینی است.

## ۱-۲. امکان فنی استفاده از هوش مصنوعی

مسئله امکان به کارگیری هوش مصنوعی در قلمرو کیفری، نخست در آمریکا مطرح شد؛ جایی که سازوکارهایی به منظور افزایش قابلیت پیش‌بینی رفتار بزهکاران طراحی و استفاده شد. نزدیک به یک قرن پیش در سال ۱۹۲۸، ارنست برگس، استاد جامعه‌شناسی دانشگاه شیکاگو، با مطالعه حدود سه هزار زندانی سابق، سازوکاری برای پیش‌بینی احتمال موفقیت آزادی مشروط (غلامی، ۱۳۹۸: ۱۰) و احتمال تکرار جرم، شناسایی و طراحی کرد و سپس پیشنهاد نمود که از این ابزار در دیگر حوزه‌های مرتبط با عدالت کیفری از جمله شناسایی اطفالی که در آستانه ارتکاب جرم هستند و یا شناسایی افرادی که احتمال اصلاح آن‌ها وجود دارد، استفاده شود.

امروزه نیز اگرچه مسئله شناسایی یک مرتکب، قبل از گذر از اندیشه به عمل مجرمانه، عمدتاً در چارچوب فیلم‌های علمی - تخیلی مطرح می‌شود، لیکن برخی از ابزارهای مشهور به ارزیابی ریسک (پاکنهاد، ۱۳۹۴) این قابلیت را دارد که احتمال تکرار یک رفتار مجرمانه توسط کسی که قبلاً محکوم به کیفر سلب آزادی شده است را پیش‌بینی کند. بدین سان به لحاظ فنی، امکان ارزیابی خطر تکرار (نجفی ابرنبدادی، ۱۴۰۰: ۲۰) بر اساس داده‌های جمع‌آوری‌شده به کمک الگوریتم وجود دارد.

کشور آمریکا در این خصوص، از ادبیات حقوقی - جرم‌شناختی نسبتاً گسترده‌ای برخوردار است. به طور کلی، در سیستم کامن‌لا<sup>۱</sup> دسته‌بندی سطح ریسک، یعنی سطح پایین ریسک، سطح متوسط و سطح بالا، از مدت‌ها پیش جزء معیارهایی قرار گرفته است که قاضی هنگام تعیین کیفر یا تدابیر اصلاحی بدان توجه می‌کند. بر اساس این معیار، بزهکاران با ریسک ضعیف تکرار، یا به کیفر سلب آزادی کوتاه‌مدت و یا به جایگزین آن محکوم می‌شوند. در عوض، آن دسته که از ریسک بالای تکرار برخوردارند، به کیفر سلب آزادی طولانی‌مدت در محیط بسته محکوم می‌شوند. بدین ترتیب تعیین میزان خطر تکرار بر عهده خود قاضی است. لذا الگوریتم‌های ارزیابی خطر تکرار، برای کمک به قاضی در انجام این تکلیف ایجاد شد و با گذر زمان توسعه یافت.

1. Common law.



البته در ابتدا از این ابزار صرفاً در مرحله اجرای مجازات جهت ارزیابی اعطای یا عدم اعطای آزادی مشروط استفاده می‌شد. امروزه اما بهره‌برداری از آن در مرحله تعیین کیفر و نیز رصد مرتکب در حین آزادی مشروط و یا در جریان تحت نظر نیز میسر شده است؛ ضمن اینکه برخی ایالت‌های آمریکا ارزیابی خطر تکرار را در اصول راهبردی تعیین کیفری وارد کرده‌اند. در نهایت اینکه اگرچه این ابزارها اختیارات قاضی صادرکننده رأی را محدود نمی‌سازد، لیکن نتایج برآمده از الگوریتم، ناخواسته بر تصمیم وی تأثیر خواهد گذاشت. بدین ترتیب، ابزارهای پیش‌بینی خطر تکرار، که جایگزین نظرات کارشناسی ناکارآمد شده بود، آن‌چنان موفق عمل کرد که نظام ارزیابی ریسک تکرار جرم در آمریکا، منحصرأ بر روش‌های پیش‌بینی مشهور به «آماری - سنجشی» اتکا کرد (Morvan, 2019: 326).

رشد موقعیت هوش مصنوعی، به مرور به طراحی و ساخت نسل جدید ابزارهای ارزیابی خطر تکرار جرم کمک کرد. از جمله این ابزارها، نرم‌افزار مرجع compass<sup>۱</sup> در ایالات متحده آمریکا است که بر اساس یک الگوریتم مشتمل بر داده‌های زیر پایه‌گذاری شده است: ۱- اطلاعات مربوط به رفتارهای جنایی که طی چندین سال توسط پلیس جمع‌آوری شده است؛ ۲- تصمیم‌های سلب آزادی (احکام حبس)؛ ۳- عوامل خطر مرتبط با جنس، سن، تحصیل، احوال شخصیه، وضعیت کاری - حرفه‌ای، شرایط مالی، پیشینه قضایی، محل اقامت و میزان ثبات وی.<sup>۲</sup>

این الگوریتم همچنین بر پایه مدل یادگیری خودکار مبتنی است؛ یعنی رایانه‌هایی که به تنهایی و به اتکاء داده‌های موجود، قادر به آموختن هستند. در واقع، هدف این است که این رایانه‌ها، احتمال تکرار جرم یک مرتکب را به لحاظ آماری برآورد کنند. به طور مشخص، الگوریتم، داده‌های آماری به دست آمده و مختصات یک بزهکار را

۱. این الگوریتم که توسط یک شرکت خصوصی طراحی شده است، در برخی ایالت‌ها الزاماً باید توسط قاضی مورد استفاده قرار گیرد. در این چارچوب، ۱۳۷ سؤال از جمله داشتن تلفن در منزل، دشواری در پرداخت صورتحساب، پیشینه خانوادگی و پیشینه کیفری پرسیده می‌شود. سپس الگوریتم فرد را در یک دسته‌بندی از ۱ (خطر ضعیف) تا ۱۰ (خطر بالا) قرار می‌دهد. این یک متغیری است که به قاضی در هنگام تعیین کیفر کمک می‌کند.

۲. در این خصوص ر.ک: «منشور اخلاق حرفه‌ای اروپا برای استفاده از هوش مصنوعی در نظام قضایی»، مصوب سوم دسامبر ۲۰۱۸: ۵۵ و ۱۲۸.

با هم مقایسه می‌کند. حال چنانچه این بزهکار با فرد سابقی که مرتکب تکرار شده است، عوامل خطر مشترک داشته باشد، خطر تکرار وی بالا ارزیابی می‌شود. در نهایت، نتیجه این سنجش الگوریتم، به قاضی صادرکننده رأی ارسال می‌شود.

نرم‌افزار دیگر، PREDPOL است که توسط یک استاد رشته انسان‌شناسی و با الهام از الگوریتم پیش‌بینی زلزله طراحی و با هدف پیش‌بینی مکان (محل‌های جرم‌زا) و زمان ارتکاب برخی جرایم در اختیار پلیس قرار گرفت. در واقع، این نرم‌افزار به دنبال تحقق رؤیای پلیس در پیش‌بینی جرم بر اساس فیلم علمی-تخیلی گزارش اقلیت<sup>۱</sup> است. این نرم‌افزار نیز چون موجب جابه‌جایی بزهکاری می‌شد، از انتقادات مصون نماند.

در انگلستان نیز دانشگاه کمبریج، نرم‌افزار HART<sup>۲</sup> را طراحی کرد. این نرم‌افزار که به صورت آزمایشی از سال ۲۰۰۷ توسط پلیس مورد استفاده قرار گرفت، چندین مرحله داشت؛ نخست، مجموعه بایگانی جرایم از سال ۲۰۰۸ تا ۲۰۱۲، به منظور اطلاع از تصمیمات اتخاذی پلیس در طول این دوره و آمار تکرار، در رایانه ثبت شد. پس از آن، یک الگوریتم بر اساس این اطلاعات از پیش ثبت‌شده طراحی شد تا از یکسو خطر تکرار افراد مظنون را ارزیابی نماید و سپس آنان را در یکی از سه گروه دارای خطر ضعیف، متوسط و بالا دسته‌بندی کند. با این اقدام، نزدیک به ۳۰ عامل که برخی از آنها غیر آماری و بی‌ارتباط با جرم بودند، مانند آدرس، جنس و... به دست آمد. این موارد سپس با مشخصات و مختصات فرد مظنون مقایسه شد (Oswald et al., 2018: 235). پلیس از این ابزار در مرحله تحت نظر و برای سنجش میزان خطر تکرار فرد مظنون از یکسو و اتخاذ تصمیم مناسب جهت تمدید مدت تحت نظر و یا آزادی استفاده کرد.

اما این فناوری به دلیل اینکه معمولاً امنیت را به حقوق و آزادی‌های بنیادین افراد ترجیح می‌دهد و تمایل دارد که افراد را پرخطر نشان دهد،<sup>۳</sup> لازم است با یک چارچوب حقوقی محدود شود.

1. Minority report.

2. Harm assessment risk tool.

۳. چه بسا افرادی که بر این اساس پرخطر تلقی شدند و در طول مدت بررسی، مرتکب تکرار نشدند و افرادی که کم‌خطر ارزیابی شدند، در حالی که طی آن مدت، جرایم جدیدی مرتکب شدند.

## ۲-۲. چارچوب حقوقی

پیشرفت‌های فنی قابل توجه در زمینه هوش مصنوعی و پیاده‌سازی این فناوری‌ها در بسیاری از زمینه‌ها، سؤالات اساسی در مورد تأثیر آن‌ها بر افراد و جامعه ایجاد می‌کند. بر همین اساس، تنظیم یک چارچوب حقوقی<sup>۱</sup> به گونه‌ای که حقوق بنیادین افراد مورد تعرض قرار نگیرد و امنیت جامعه نیز حفظ گردد، اجتناب‌ناپذیر است. در تنظیم این چارچوب حقوقی، از یکسو باید تا آنجا که ممکن است، فضای بیشتری برای توسعه و استفاده از سیستم‌های الگوریتمی که مزایایی را برای افراد و جامعه ارائه می‌دهند، فراهم شود. از سوی دیگر باید اطمینان حاصل شود که استفاده از سیستم الگوریتمی، اصول راهبردی قانون اساسی را محدود نمی‌کند. برای مثال، لازم است اطمینان حاصل شود که افراد مربوطه مورد تبعیض قرار نگیرند و اصل حاکمیت قانون به حاشیه نرود. بدین ترتیب، اگرچه طراحی و به کارگیری ابزارهای پیش‌بینی خطر تکرار جرم به لحاظ فنی امکان‌پذیر است، لکن لازم است یک چارچوب حقوقی ویژه که این ابزارها را کنترل کند، تنظیم شود و محدودیت‌هایی برای آن در نظر گرفته شود. در این خصوص، سه دسته محدودیت قابل تصور است: ۱-۲-۲. اصول حقوق کیفری ماهوی؛ ۲-۲-۲. اصول حقوق کیفری شکلی ناظر به دادرسی عادلانه؛ ۳-۲-۲. منشور اخلاق حرفه‌ای استفاده از هوش مصنوعی در نظام قضایی و محیط‌ها و نهادهای وابسته.

### ۱-۲-۲. اصول حقوق کیفری ماهوی

تلاش برای پیشگیری از خطر تکرار جرم و ارزیابی میزان خطرناکی، بیم احیاء تفکر جبرگرایی مکتب تحقیقی<sup>۲</sup> (آشوری و نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۵: ۱۸) را که به اراده آزاد افراد اعتقاد نداشت، افزایش می‌دهد. بر این اساس، ارتکاب جرم توسط برخی از افراد مقدر است و

۱. در تاریخ ۱۱ سپتامبر ۲۰۱۹، کمیته وزیران شورای اروپا، یک کمیته ویژه هوش مصنوعی تشکیل داد تا چارچوب حقوقی استفاده از هوش مصنوعی را بر اساس قواعد شورای اروپا در زمینه حقوق بشر، دموکراسی و حاکمیت قانون تهیه کند. این چارچوب حقوقی پس از تنظیم، در ۱۷ دسامبر ۲۰۲۰ به تصویب رسید (برای آگاهی بیشتر ر.ک: Étude du Conseil de l'Europe, 2020).

۲. این مکتب عمدتاً به نام سه نفر، یعنی سزار لمبروزو (۱۸۳۵-۱۹۰۹)، انریکو فری (۱۸۵۶-۱۹۲۹) و رافائل گاردفالو (۱۸۵۵-۱۹۳۴) شناخته می‌شود (در این باره ر.ک: آشوری و نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۵: ۱۸ به بعد؛ نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۹: ج ۱).

حتماً مرتکب می‌شوند؛ تفکری که موجب می‌شود یک کیفر شدید همراه با اقدامات تأمینی<sup>۱</sup> نسبت به مرتکب تعیین و اعمال شود. این جبرگرایی، قلمرو اصل فردی‌سازی کیفر را که مورد قبول بیشتر نظام‌های حقوقی دنیاست، محدود می‌کند. این رویکرد جبرگرا و تنبیهی مدتی بعد با دکترین دفاع اجتماعی نوین که اصلاح‌مدار است، کم‌رونق شد. اندیشه اساسی دکترین مارک آنسل این است که با بازپذیری و بازسازی فرد دارای اراده آزاد، زمینه بزهکاری از بین رفته و بدین‌سان می‌توان به پیشگیری پایدار از تکرار جرم (نیازپور، ۱۴۰۰: ۸۴) دست یافت. بنابراین اگر قرار است در نظام عدالت کیفری، استفاده از الگوریتم پیش‌بینی رفتار توسعه یابد، به موازات آن باید تصمیمات لازم برای اینکه قضات در دام جبرگرایی قرار نگیرند و هدف فردی‌سازی و بازپذیرسازی مرتکب به فراموشی سپرده نشود نیز اتخاذ گردد. گفتنی است که اصل فردی‌سازی کیفر در برخی نظام‌های حقوقی، از اعتبار اصل قانون اساسی برخوردار بوده و به عبارتی اساسی‌سازی (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۹: ۲۴۹) شده است. اساسی‌سازی این اصل موجب می‌شود که قانون‌گذار عادی نتواند با توسل به الگوریتم پیش‌بینی خطر تکرار، قلمرو آن را محدود کند.

## ۲-۲-۲. حق بر دادرسی عادلانه

ابزارهای پیش‌بینی خطر ارتکاب مجدد جرم باید در پرتو قواعد کلی حق بر دادرسی عادلانه، که در ماده ۶-۱ کنوانسیون اروپایی صیانت از حقوق و آزادی‌های بنیادین، مورد تأکید قرار گرفته است، اعمال و اجرا گردد. به طور دقیق‌تر، این ابزارها باید حق بر دسترسی متهم به دادگاه را که در رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر به عنوان یک تضمین بنیادین مطرح شده است، رعایت کند. بر این اساس، طرفین دعوی در امور کیفری باید این امکان را داشته باشند که بدون مانع نزد قاضی دادگاه حاضر شوند و بنیان پرونده بر اساس اظهارات آنان شکل گیرد. اما امروزه با رشد این فناوری، بیم آن وجود دارد که ابزارهای ارزیابی خطر تکرار جرم، این امکان دسترسی را تعلیق یا حتی حذف کند. در واقع، تأثیر ارزیابی‌های الگوریتم بر تصمیم کیفری، کم و بیش زیاد است. به طور کلی در این خصوص دو فرض متصور است؛ در فرض استفاده محدود

۱. یک ضمانت اجرای پیشگیرانه که چنانچه فرد دارای حالت خطرناک باشد، توسط قاضی صادر می‌شود.

از این نوع فناوری، نتایج به دست آمده از پردازش هوش مصنوعی، صرفاً به عنوان یک راهنما و یا علامت در ارزیابی وضعیت مورد استفاده قرار می‌گیرد و قاضی در قبول یا کنار گذاشتن آن مختار است. اما در فرض توسعه استفاده از آن، ابزارهای فناوری در برخی زمینه‌ها ممکن است جایگزین قاضی شود. در این صورت، این نرم‌افزار و ربات است که تصمیم می‌گیرد (هالوی، ۱۴۰۰: ۴۴) و نه کارشناس حرفه‌ای و انسان؛ تصمیماتی که آثار حقوقی متعدد دارد. برای مثال، در پرونده‌های یکنواخت و پرتعداد مانند جرایم راهنمایی و رانندگی که پاسخ‌ها تقریباً سیستمی ارائه می‌گردد، این خطر به طور جدی احساس می‌شود؛ لذا باید با حساسیت، مراقب رعایت تصمیمات دادرسی عادلانه بود.

## ۲-۳. منشور اخلاق حرفه‌ای در زمینه هوش مصنوعی

ابزارهای ارزیابی خطر تکرار جرم همچنین تابع اقتضائات «منشور اروپایی اخلاق حرفه‌ای در زمینه استفاده از هوش مصنوعی در نظام قضایی»، مصوب چهارم دسامبر ۲۰۱۸ کمیسیون اروپا می‌باشد. این منشور که جنبه ارشادی دارد و رهنمودهایی به کشگران دولتی و خصوصی متصدی طراحی، توسعه و به کارگیری هوش مصنوعی ارائه می‌دهد، بر ۵ اصل متکی است: ۱- رعایت حقوق بنیادین؛ ۲- شفافیت؛ ۳- مدیریت هوش مصنوعی توسط استفاده‌کننده؛ ۴- عدم تبعیض؛ ۵- امنیت. لذا الگوریتم پیش‌بینی رفتار باید به گونه‌ای طراحی و اجرا گردد که با این پنج اصل سازگار باشد. بدین ترتیب، گونه‌های مختلف تبعیض بین افراد یا گروه‌ها باید کنار گذاشته شود تا از هر نوع نتیجه متضمن صدمه به حقوق و آزادی‌های بنیادین اجتناب شود. افزون بر این، محیط فنی باید جهت حفاظت از داده‌های حساس افراد، حتی در مدل‌های مردم‌سالار سیاست جنایی (دارابی، ۱۳۹۷: ۵۸) امن شود. روش‌های ارزیابی و پردازش داده‌ها نیز باید قابل درک و فهم بوده و به منظور حفظ اعتماد افراد به نظام قضایی، در دسترس همگان قرار گیرد. در نهایت، استفاده‌کنندگان از این ابزار، از جمله پلیس و قضات باید به اندازه کافی، اطلاع از عملکرد آن داشته باشند و در هیچ صورت ماشین جایگزین انسان نشود. هوش مصنوعی با رعایت این اصول حقوق و اخلاق حرفه‌ای است که می‌تواند در نظام کیفری وارد شود.

### ۳. گستره توسل به ابزارهای پیش‌بینی خطر تکرار

در برابر عطف مدیران نظام عدالت کیفری در دنیا برای استفاده بیشتر از هوش مصنوعی، این سؤال مطرح می‌شود که آیا باید به طور نظام‌مند به این ابزارهای پیشگیری از خطر تکرار جرم توسل جست؟ در مواجهه با این سؤال می‌توان از یکسو با توجه به عدم اطمینان آشکار به این ابزارها، بدان (۱-۳) پاسخ منفی داد و یا (۲-۳) پاسخ مثبت را مشروط به رعایت برخی محدودیت‌ها نمود.

#### ۱-۳. پاسخ منفی

در واقع، پیش‌بینی‌های هوش مصنوعی، چون صرفاً بر اساس داده‌های عینی مربوط به جرم ارتكابی مبتنی است و نسبت به احساسات بی تفاوت بوده و فاقد هر نوع پیش‌داوری است، بر برداشت‌های شخصی و ذهنی قاضی یا ضابط برتری دارد. با وجود این، ابزارهای هوش مصنوعی عاری از نقد و اشتباه نیست. نقدهایی را که موجب ارائه پاسخ منفی می‌شود، می‌توان در دو دسته بیان کرد: ۱-۱-۳. احتمال انحراف از مسیر صحیح به دلیل اشتباهات روشی؛ ۲-۱-۳. نتایج بعضاً اشتباه.

#### ۱-۱-۳. اشتباهات روشی

منشأ اشتباهات روشی، یا (۱-۱-۳) رویکرد برگزیده است، و یا (۲-۱-۳) داده‌های وارد شده.

#### ۱-۱-۱-۳. رویکرد برگزیده

نخستین انحراف احتمالی در استفاده از ابزارهای پیشگیری از تکرار، به رویکرد برگزیده الگوریتم مربوط است. در واقع، این داده‌ها بر اساس آمار گروهی بزهکاران تهیه شده است؛ حال آنکه جرم هر فرد باید با توجه به میزان تقصیر مرتکب و با ملاحظه وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی و سوابق و اوضاع و احوالی که موجب ارتكاب جرم گردیده است، به صورت فردی بررسی شود. این اشتباه روشی که در شیوه استنتاج الگوریتم تأثیر دارد، با برخی اصول اساسی حقوق کیفری، از جمله اصل برابری، اصل فردی‌سازی کیفر و اصل تناسب ناسازگار است. اصل برابری اقتضا می‌کند افرادی که

در وضعیت نابرابر مرتکب شده‌اند، به شکل متفاوت رسیدگی شوند. بر این اساس، این ابزارها برای عدالت فردی شده یک خطر محسوب می‌شود. علاوه بر این، هوش مصنوعی، ناتوان از استدلال حقوقی و یا علت‌شناختی است. رویکرد جرم‌شناسی علت‌شناختی که همچون سینماگر به دنبال گردآوری اطلاعات از مراحل مختلف زندگی مرتکب و کنار هم گذاری سکانس‌های زندگی شخصی و اجتماعی آنان است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۸: ۷۲۰)، به نوعی در مواد مختلف قانون مجازات و آیین دادرسی کیفری انعکاس یافته است. ماده ۱۸ قانون مجازات ۱۳۹۲ نیز در همین راستا، دادگاه را مکلف نموده است که در صدور حکم تعزیری، با رعایت مقررات قانونی (بند ب)، سوابق و وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی مرتکب را مورد توجه قرار دهد. قاعداً عملی نمودن این بند، از طریق تشکیل پرونده شخصیت امکان‌پذیر است که در برخی جرایم بر اساس ماده ۲۰۳، بازپرس مکلف است در حین انجام تحقیقات، دستور تشکیل آن 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.<sup>۱</sup>

بدین ترتیب، تصمیم قاضی اساساً بر اساس ارزش‌های انسانی و ملاحظات اجتماعی مبتنی است، در حالی که رایانه از درک این ارزش‌ها ناتوان است. برای مثال، قاضی می‌تواند یک زن مرتکب جرم سرقت را با علم به خطر بالای ارتکاب مجدد، با اولویت‌بخشی به یک ارزش بالاتر، مشمول آزادی مشروط قرار دهد. این ارزش بالاتر، عبارت است از تضمین نقش او در نهاد خانواده به عنوان مادر.<sup>۲</sup> در این فرض، هوش

۱. افزون بر این، بند پ ماده ۳۸ قانون مجازات ۱۳۹۲، توجه قاضی را به نقش بزه‌دیده در ارتکاب جرم جلب کرده است. بر اساس این بند، اوضاع و احوال خاص مؤثر در ارتکاب جرم، از قبیل رفتار یا گفتار تحریک‌آمیز بزه‌دیده، از موجبات تخفیف کیفر مرتکب است.

۲. در سال ۱۸۹۸، قاضی Magnald به متهمی که نان برای فرزندانش سرقت کرده بود، حکم براءت داد. شعبه پنجم دادرسی دادرسی عمومی و انقلاب شهرستان مرند نیز در خصوص زن متهم فاقد شغل اساسی، به اتهام مخدوش کردن پلاک خودرو، ضمن تحسین تلاش وی که به عنوان یک زن جوان دارای دو فرزند، در ایام غلبه ویروس کرونا، جهت تأمین هزینه زندگی مسافرکشی می‌کرده است، رفتار وی را از علل موجهه جرم محسوب نمود و با مضطر تشخیص دادن وی، قرار منع تعقیب صادر کرد.

مصنوعی صرفاً خطر تکرار جرم را بدون توانایی تشخیص سلسله‌مراتب ارزش‌ها و اجرای آن ارزیابی می‌کند. بنابراین ناخواسته ارزش‌های انسانی نادیده گرفته می‌شود.

### ۲-۱-۱-۳. داده‌های وارد شده در نرم‌افزار

اشتباه دوم به مرحله ورود داده‌ها در نرم‌افزار باز می‌گردد. این داده‌ها می‌تواند به بازتولید تبعیض اجتماعی و نژادی دامن بزند. منشأ این داده‌ها، برخی تصمیمات مقامات عمومی مانند گشت‌های پلیسی، نیم‌رخ افرادی که کنترل و دستگیر شده‌اند و یا نوع مجازاتی که پیش از این نسبت به مرتکبان اجرا شده است، می‌باشد. داده‌های پیش‌گفته می‌تواند به مناسبت، توسط کنشگران هوش مصنوعی، با ملاحظات اجتماعی و یا نژادی مورد استفاده قرار گیرد. بدین‌سان می‌توان گفت که علت فراوانی برخی از اعمال مجرمانه و گروه‌های جمعیتی در بین آمارهای بزهکاری، این است که دسته اخیر بیشتر موضوع کنترل‌های پلیسی قرار گرفته‌اند. در نتیجه از پیشینه کیفری بیشتری برخوردارند و الگوریتم آنان را پرخطر معرفی می‌کند.

لذا ابزار پیشگیری از خطر تکرار جرم، خود می‌تواند به اختلافات قومی، نژادی و اجتماعی اقتصادی دامن زده، آن را بازتولید کند. برای مثال، نرم‌افزار آمریکایی سنجش خطر تکرار جرم، آمار جمعیت آفریقایی - آمریکایی را در دوره زمانی دو سال پس از تحمل کیفر، دو برابر بیشتر از دیگران تخمین می‌زند. پس ملاحظه می‌شود که هوش مصنوعی، نتایج تبعیض آمیزی نسبت به یک گروه قومی یا گروه سنی (جوانان) در بر دارد. در نتیجه، ادعای بی‌طرفی در دادگستری الگوریتم‌محور، با این روش آماری خنثی می‌شود. در نهایت، دادگستری به انحراف خواهد رفت و بی‌عدالتی مشروع و قانونی می‌گردد.

### ۲-۱-۳. نتایج اشتباه

طرفداران هوش مصنوعی معتقدند که این ابزار در مقایسه با قاضی، هنگام تعیین کیفر دقیق‌تر عمل می‌کند. تردیدی نیست که رایانه در پردازش و برقراری ارتباط بین انبوه داده‌ها، از ظرفیت بسیار بالایی برخوردار است و قابل مقایسه با انسان نیست. با وجود این، خطای ابزارهای پیش‌بینی خطر ارتکاب، در زمانی که مرتکبان به لحاظ



میزان خطر تکرار دسته‌بندی می‌شوند، قابل چشم‌پوشی نیست. دو نوع خطا در این زمینه قابل تصور است: از یکسو نتیجه منفی اشتباه و از سوی دیگر مثبت مبتنی بر خطا. منظور از منفی اشتباه این است که یک مرتکب، به دلیل ریسک ضعیف تکرار آزاد می‌شود، در حالی که در مدت آزادی، جرم جدیدی مرتکب خواهد شد. نتیجه مثبت اشتباه نیز حالتی است که فردی که پُرخطر ارزیابی شده است، در زندان باقی می‌ماند، در حالی که اگر آزاد می‌شد، مرتکب هیچ خطایی نمی‌گردید. نمونه‌های این خطا در عمل کم نیست؛ برای مثال، الگوریتم، یک زن سیاه‌پوست متهم به سرقت را دارای خطر بالای تکرار معرفی کرده بود و یک مرد سفیدپوست مشابه را دارای خطر ضعیف. اگرچه مرد سفیدپوست پیشینه قضایی مهم‌تری داشت (Castets-Renard, 2019: 314). در طول دو سال ارزیابی خطر، آن زن مرتکب هیچ عمل مجرمانه‌ای نگردید، در حالی که مرد سفیدپوست مرتکب جرم سرقت با هتک حرز شد.

در مجموع، الگوریتم بر اساس داده‌هایی که از طریق انسان وارد رایانه شده‌اند، خطر تکرار افراد رنگین‌پوست را بیش از اندازه و خطر تکرار سفیدپوستان را ناچیز ارزیابی کرد. پس هوش مصنوعی نیز مانند انسان مرتکب خطا می‌شود، اما خطر واقعی این است که چنین ابزارهایی بی‌نقص و اشتباه معرفی شود. لذا قابلیت‌های هوش مصنوعی را باید تا حد زیادی نسبی ارزیابی کرد.

### ۲-۳. استفاده مشروط

نقد‌های پیش‌گفته البته نباید موجب گردد که هوش مصنوعی کاملاً پُرنقص جلوه داده شود. ناگفته پیداست که قابلیت این ابزار از جمله توان پردازش اطلاعات در مقایسه با انسان را نمی‌توان انکار کرد. در شرایطی که امروزه دادگستری با کمبود نیروی انسانی کارآمد و بودجه محدود مواجه است، ابزارهای پیش‌بینی می‌تواند اطلاعات تکمیلی مفیدی در اختیار قاضی قرار دهد. به همین دلیل، توسل به ابزارهای سنجش خطر تکرار جرم مفید است، مشروط به اینکه جایگاه و حدود مداخلات آن، از پیش در قانون تعریف و تعیین شده باشد و همانند یک راهنما یا نشانگر در اختیار مقام قضایی مستقل در ارزیابی قرار گیرد.

### ۱-۲-۳. هوش مصنوعی به مثابه یک راهنما جهت سنجش تکرار خطر

برای جمع بین مزایای هوش مصنوعی و اقتضائات فرایند دادرسی عادلانه و اصول ماهوی همچون فردی سازی کیفر، نرم افزارهای تجزیه و تحلیل خطر تکرار جرم باید به عنوان ابزارهای معین مقامات پلیسی و قضایی در اتخاذ تصمیم تلقی شود. اطلاعاتی که با اتکاء بر این ابزارها به دست می آید، باید در کنار سایر عناصر و مؤلفه‌ها در اختیار نهادهای قضایی قرار گیرد و تحلیل شود؛ زیرا نتایج ارزیابی خطر تکرار جرم، نشانه‌هایی است در کنار سایر محتویات پرونده مانند گزارش پزشکی، سابقه قضایی، شرایط خانوادگی، اجتماعی و اقتصادی متهم.

بر همین اساس، تصمیم مرجع قضایی نباید صرفاً بر مبنای داده‌های هوش مصنوعی متکی باشد. به عبارت دیگر، نمی‌توان بین برآوردهای هوش مصنوعی از خطر تکرار و سایر عناصر موجود در پرونده، قائل به سلسله‌مراتب شد و دسته نخست را اولویت بخشید. در نهایت اینکه به منظور اجتناب از هر نوع انحراف احتمالی، لازم است شرط عدم رعایت سلسله‌مراتب در متن قانون ذکر و تضمین‌های متناسب پیشینی گردد.

### ۲-۲-۳. حفظ اختیار قاضی در تشخیص و ارزیابی

قدرت برتر قاضی در تشخیص و برآورد احتمال تکرار جرم باید در هر صورت حفظ گردد. مقام قضایی باید قادر باشد به ویژه زمانی که اوضاع و احوال خاص مؤثر در ارتکاب جرم و نیز شخصیت مرتکب (نیازپور، ۱۳۹۲: ۴) اقتضا می‌کند، پیش‌بینی‌های به‌دست‌آمده از هوش مصنوعی را کنار نهد و ملزم نباشد از نتایج نرم‌افزارها تبعیت کند. تنها در این صورت است که استقلال قاضی حفظ می‌شود. در این صورت می‌توان گفت که تصمیمات دادرسی عادلانه رعایت شده، و اصل فردی کردن کیفر نیز اجرا گردیده است. به عبارت دیگر، پیش‌بینی‌های هوش مصنوعی نباید جایگزین تصمیمات قاضی شود. شرایط باید به گونه‌ای باشد که قاضی، بر خلاف آنچه پیش از این در ارتباط با نظر کارشناس در دعاوی کیفری و مدنی و موقعیت آن در اساس رأی رخ داد، تابع و تسلیم نتایج الگوریتم نباشد. اگرچه بر اساس ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، در صورتی که نظر کارشناس با اوضاع و

احوال محقق و معلوم مورد کارشناسی مطابقت نداشته باشد، دادگاه به آن ترتیب اثر نخواهد داد و نیز مطابق ماده ۱۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری، در صورتی که نظر کارشناس با اوضاع و احوال محقق و معلوم مورد کارشناسی مطابقت نداشته باشد، باز پرس نظر کارشناس را به نحو مستدل رد می‌کند و موضوع را به کارشناس دیگر ارجاع می‌دهد. اما در رویه، یک تمایل طبیعی نزد قضات به پذیرش نظر کارشناس وجود دارد؛ از جمله زمانی که این نظر خارج از تخصص آن‌هاست، مانند امور پزشکی. همین مسئله ناخواسته از استقلال و قدرت ارزیابی مقام قضایی می‌کاهد. وابسته شدن قاضی به ابزارهای هوش مصنوعی در پیش‌بینی خطر ارتکاب مجدد جرم نیز می‌تواند نتایج برآوردها را با توجه به تبلیغات و پشتیبانی طراحان این ابزارها، که عمدتاً شرکت‌های خصوصی هستند و اهداف مالی خود را دنبال می‌کنند، خلل‌پذیر و نامعتبر کند.

در این خصوص، ضروری است که ابزارهای ارزیابی خطر تکرار شفاف گردد و از یک منبع مدون و مصوب قابل دسترس برای قضات، وکلا و طرفین دعوی برخوردار باشد تا این دسته به خوبی آن را درک و ارزیابی کنند؛ زیرا بعضاً رمزهای الگوریتم، مشمول اسرار تجاری و غیر قابل دسترس برای همگان است. در راستای رفع این مانع، قانون‌گذار می‌تواند این رمزها را از شمول اسرار حرفه‌ای خارج و آن را شفاف و دسترس‌پذیر سازد. این مسئله از اقتضانات فرض براءت، اعمال حق دفاع و اصل برابری سلاح است. اصول دادرسی عادلانه ایجاب می‌کند که هر یک از طرف‌های دعوی بتواند ادعای خود را در شرایطی مطرح سازد که او را نسبت به طرف مقابل خود در وضعیت نامناسب‌تری قرار ندهد (توسلی نائینی و دیگران، ۱۳۹۵: ۷۱). در واقع با شناخت عمیق این ابزارهاست که متهم می‌تواند در مورد محتوای الگوریتم، نتایج شتاب‌زده و اعتبار آن، منتقدانه بحث و از خود دفاع کند.

## نتیجه‌گیری

از آنجایی که طرح «قضاوت با هوش مصنوعی» در کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس در حال بررسی است و تهیه‌کنندگان آن انتظار دارند که با تصویب آن، تحولی در آینده قضایی ایجاد و از اطاله دادرسی کاسته شود، با توجه به کارنامه هوش

مصنوعی و جنبه‌های مثبت و منفی آن برای نظام عدالت کیفری، ضروری است که به کارکرد دیگر آن در قلمرو کیفری اندیشید؛ یعنی تأملی نو درباره کارکرد و نه جایگاه آن. توضیح اینکه به جای استفاده از هوش مصنوعی به عنوان ابزار کاهش اطاله دادرسی، پیشگیری از جرم یا تنبیه مرتکب، الگوریتم می‌تواند به گونه‌ای طراحی شود که در خدمت اصل فردی‌سازی کیفر قرار گیرد. هوش مصنوعی با جمع‌آوری اطلاعات، ویژگی‌ها و عناصر عینی شخصیت مرتکب، مانند سطح آموزش، اشتغال، برخورداری از حمایت‌ها و پوشش‌های درمانی - اجتماعی منظم و مطالبه این اطلاعات از نهادهای دولتی مانند اداره کار، سازمان بهزیستی و... می‌تواند حجم مهمی از داده‌های اقتصادی، اجتماعی، بهداشتی و... را در یک جا متمرکز کند و همه آن‌ها را در کوتاه‌ترین زمان در اختیار مقام قضایی صادرکننده رأی قرار دهد؛ مقام قضایی که ناچار است از یکسو با توجه به فراوانی پرونده‌ها، وقت اندک برای رسیدگی دقیق به هر پرونده و شناخت ابعاد مختلف شخصیتی مرتکب، و از سوی دیگر به دلیل سیاست‌های آماری، در مدت کوتاهی، حجم قابل توجهی از پرونده‌ها را تعیین تکلیف نماید.

در این صورت است که می‌توان گفت قاضی از ابزار لازم برای صدور کیفر مناسب‌تر به حال متهم برخوردار است. بدین سان، هوش مصنوعی در خدمت انسان قرار خواهد گرفت و نه برعکس.

ناگفته پیداست که تحقق این آرمان، یعنی عدالت کیفری که بتواند بین فناوری و حقوق بشر جمع کند، منوط به کیفیت داده‌ها، رعایت قانون در استفاده از این ابزار، شفافیت در پردازش الگوریتم و مهم‌تر از همه حفظ اختیار قاضی در ارزیابی و صدور رأی است.

## کتاب‌شناسی

۱. آشوری، محمد، و علی حسین نجفی ابرندآبادی، «دفاع اجتماعی در آغاز سده بیست و یکم»، دیپاچه در: آنسل، مارک، *دفاع اجتماعی*، ترجمه محمد آشوری و علی حسین نجفی ابرندآبادی، ویراست پنجم، چاپ پنجم، تهران، کتابخانه گنج دانش، تابستان ۱۳۹۵ ش.
۲. ابراهیمی، شهرام، «ارزیابی تحولات اخیر سیاست کیفری در قبال بزهکاران مزمن در پرتو موازین حقوق بشر (از مراقبت و تنبیه تا تنبیه و مراقبت)»، *مجموعه مقالات اولین همایش ملی پیشگیری از جرم*، پیشگیری از تکرار جرم، بزه‌دیدگی با تأکید بر نقش پلیس، تهران، ۱۳۸۷ ش.
۳. همو، «پیشگیری از جرم در جامعه منتظر گشایش‌های سیاسی و اقتصادی»، دیپاچه در: جندلی، منون، *درآمدی بر پیشگیری از بزهکاری*، ترجمه و تحقیق شهرام ابراهیمی، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۴۰۱ ش.
۴. پاکنهاد، امیر، *سیاست جنایی ریسک‌مدار*، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۴ ش.
۵. توسلی نائینی، منوچهر، قدرت‌الله خسروشاهی، و زهره نصراللهی، «اصل برابری سلاح‌ها در مرحله تحقیقات مقدماتی در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و اسناد بین‌المللی حقوق بشر»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال هشتماد، شماره ۹۴، تابستان ۱۳۹۵ ش.
۶. دارابی، شهرداد، «تحولات راهبرد پیشگیری از جرم در مدل مردم‌سالار سیاست جنایی»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، سال بیست و سوم، شماره ۸۳، پاییز ۱۳۹۷ ش.
۷. رستمی، هادی، *حقوق کیفری و لیبرالیسم*، تهران، نگاه معاصر، ۱۳۹۹ ش.
۸. شیری، عباس، «تکرار جرم»، مقاله در: *حقوق کیفری پویا (مجموعه مقاله‌ها در پاسداشت استاد دکتر محمدعلی اردبیلی)*، تهران، میزان، ۱۴۰۰ ش.
۹. همو، «دیفیک یا همانندسازی صوتی یا تصویری غیر واقعی در قلمرو حقوق کیفری»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، شماره ۱۰۰، در نوبت چاپ.
۱۰. غلامی، حسین، و مهری برزگر، «کارکرد روش‌های پیش‌بینی تکرار جرم در اعطای آزادی مشروط»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال هفتم، شماره ۲۴، پاییز ۱۳۹۷ ش.
۱۱. کردعلیوند، روح‌الدین، «عدالت پیشگویانه»، مقاله در: *دانشنامه سیاستگذاری حقوقی*، به کوشش لعیا جنیدی و امیرحسین نیازپور، تهران، معاونت حقوقی رئیس‌جمهور، ۱۳۹۹ ش.
۱۲. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «از عدالت کیفری "کلاسیک" تا عدالت "ترمیمی"»، *مجله تخصصی الهیات و حقوق (آموزه‌های حقوق کیفری جدید)*، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، سال سوم، شماره‌های ۳-۴ (پیاپی ۹-۱۰)، پاییز و زمستان ۱۳۸۲ ش.
۱۳. همو، «بین‌المللی و اساسی شدن اصول حقوق کیفری»، مقاله در: *دانشنامه سیاستگذاری حقوقی*، به کوشش لعیا جنیدی و امیرحسین نیازپور، تهران، معاونت حقوقی رئیس‌جمهور، ۱۳۹۹ ش.
۱۴. همو، «پیوند حقوق کیفری و جرم‌شناسی»، مقاله در: *افق‌های نوین حقوق کیفری (نکوداشت‌نامه استاد دکتر حسین آقایی‌نیا)*، تهران، میزان، ۱۳۹۸ ش.
۱۵. همو، «تحولات جرم‌شناسی بزهکاری یقه‌سفیدها»، دیپاچه در: دارابی، شهرداد، *بزهکاری یقه‌سرخ‌ها*، تهران، میزان، زمستان ۱۳۹۸ ش.
۱۶. همو، «درآمدی بر پژوهش در نظام عدالت کیفری: فرصت‌ها و چالش‌ها»، دیپاچه در: *بایسته‌های پژوهش در نظام عدالت کیفری (مقالات برگزیده نخستین همایش ملی پژوهش در نظام عدالت کیفری: فرصت‌ها و چالش‌ها)*، تهران، اداره کل دفتر آموزش و پرورش سازمان قضایی نیروهای مسلح با همکاری میزان، ۱۳۹۲ ش.

۱۷. همو، «درباره تحولات جرم‌شناسی»، دیپاچه در: مگواپر، مایک و دیگران، *دانشنامه جرم‌شناسی آکسفورد*، ترجمه حمیدرضا ملک‌محمدی، تهران، میزان، ۱۳۸۹ ش.
۱۸. همو، «کیفرشناسی نو - جرم‌شناسی نو: درآمدی بر سیاست جنایی مدیریتی خطرمدار»، مقاله در: *تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقاله‌ها)*، زیر نظر علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، کتاب اول، چاپ دوم، تهران، میزان، بهار ۱۳۹۵ ش.
۱۹. همو، «نقش ریاضیات در آغاز و گسترش مطالعات علمی جرم»، دیپاچه در: *دایرةالمعارف ریاضیات و علوم جنایی*، به کوشش مریم عباچی، چاپ دوم، تهران، میزان، پاییز ۱۴۰۰ ش.
۲۰. نیازپور، امیرحسین، «بررسی جرم‌شناسانه ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲»، *آموزه‌های حقوق کیفری*، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره جدید، سال یازدهم، شماره ۷، بهار و تابستان ۱۳۹۳ ش.
۲۱. همو، *پیشگیری از جرم*، تهران، دادگستر، ۱۴۰۰ ش.
۲۲. هالوی، گابریل، *مسئولیت کیفری ربات‌ها*، ترجمه فرهاد شاهیده و طاهره قوانلو، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۴۰۰ ش.
23. Anyoha, Rockwell, "A brief history of Artificial Intelligence: on the past, present, and future of Artificial Intelligence", *California Management Review*, 61(4), 2019.
24. Barraud, Boris, "Un algorithme capable de prédire les décisions des juges: vers une robotisation de la justice?", *Les Cahiers de la Justice*, N° 1, 11 Sep. 2017.
25. Brigant, Jean-Marie, «Les risques accentués d'une justice pénale prédictive», dans *Archives de philosophie du droit*, Tome 60, Dalloz, 2018.
26. Castets-Renard, Céline, «L'IA en pratique: la police prédictive aux États-Unis», dans *Dalloz IP/IT*, N° 5, 2019.
27. Delmas-Marty, Mireille, «Vers une justice pénale prédictive», dans *Humanisme et Justice: mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2017.
28. Étude de faisabilité sur la mise en place éventuelle d'un mécanisme de certification des outils et services d'intelligence artificielle dans le domaine juridique et judiciaire, *Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) 15 Rev*, 8 décembre 2020.
29. Étude du Conseil de l'Europe, «Un cadre juridique pour les systèmes d'intelligence artificielle», DGI (2021)04, Adopté par le CAHAI lors de sa 3e réunion plénière le 17 décembre 2020.
30. Merabet, Samir, *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, Préface d'Hugo Barbier, *Nouvelle Bibliothèque De Theses*, Volume 197, Dalloz, 8 Juillet 2020.
31. Morvan, Patrick, *Criminologie*, LexisNexis (Éditeur), 2019.
32. O'Neil, Cathy, *Algorithmes - La bombe à retardement*, Arenes, 7 Nov. 2018.
33. Oswald, Marion, Jamie Grace, Sheena Urwin et Geoffrey arnes, «Algorithmic risk assessment policing models: lessons from the Durham HART model and 'Experimental' proportionality», dans *Information & Communications Technology Law*, 2018.

## بزه‌دیدگان شاکی در جرایم منافی عفت\*

- عبدالکریم بنی‌اسدی<sup>۱</sup>  
□ ولی‌الله انصاری<sup>۲</sup>

### چکیده

وضعیت نظام حقوقی ایران در خصوص اینکه شکایت چه اشخاصی در جرایم منافی عفت قابل رسیدگی است و به عبارتی چه اشخاصی در این دست جرایم بزه‌دیده محسوب می‌شوند، مبهم و بحث‌برانگیز است. با این حال، بزه‌دیده شخصی است که به طور مستقیم و عرفاً متحمل ضرر و زیان شده باشد و در جرایم منافی عفت، فردی که طرف ارتکاب عمل منافی عفت است، متضرر مستقیم از بزه می‌باشد. لذا شکایت سایر اشخاص به جز مواردی که قانون‌گذار آن‌ها را ملحق به شاکی کرده است، مجوز آغاز تعقیب نیست. به علاوه، طرف مقابل عمل منافی عفت نیز در تمامی موارد بزه‌دیده نیست و

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۹/۲۴ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۱۸.

۱. دانشجوی دوره دکتری، حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی گرگان، گرگان، ایران (نویسنده مسئول) (karimbaniasadi@gmail.com).
۲. استادیار حقوق کیفری، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال، تهران، ایران (drvaliansari@gmail.com).

چنانچه رضایت واقعی به ارتکاب بزه داشته باشد، شخص متحمل ضرر و زیان تلقی نمی‌شود؛ اما چنانچه رضایت با تهدید، اغفال و نظایر آن و به نحوی صورت گیرد که عرفاً فرد، متحمل ضرر و زیان و بزه‌دیده تلقی شود، حتی اگر شخص واجد عنصر روانی باشد، احکام شاکی بر وی بار می‌شود و شکایتش قابل رسیدگی است. نوشتار حاضر در دو مبحث کلی به دنبال پاسخ به این پرسش اساسی است که در جرایم منافی عفت، چه شخص یا اشخاصی بزه‌دیده محسوب می‌شوند و در نتیجه، شکایت آن‌ها می‌تواند موجب آغاز و ادامه رسیدگی کیفری باشد.

**واژگان کلیدی:** عمل منافی عفت، شاکی، بزه‌دیده، ممنوعیت تحقیق.

## درآمد

شناسایی بزه‌دیده در دعاوی کیفری از چند جهت حائز اهمیت است؛ از جمله آنکه در جرایم قابل گذشت، آغاز تعقیب و ادامه آن و همچنین اجرای حکم در اختیار بزه‌دیده است. در خصوص جرایم منافی عفت نیز به صراحت ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲)، شکایت شاکی یکی از جهات شروع تعقیب است و در صورت عدم طرح شکایت، چنانچه موضوع قابل تطبیق با دیگر بندهای ماده مذکور، یعنی ۱- وقوع جرم در مرئی و منظر عام، ۲- به عنف بودن، ۳- سازمان‌یافته بودن نباشد، دستگاه عدالت کیفری مجاز به آغاز پیگرد نیست.

مفهوم شاکی در حقوق ایران به ویژه در جرایم منافی عفت مبهم بوده و تاب بیان نظرات متفاوت در این زمینه وجود دارد؛ از یکسو ممکن است گفته شود شاکی تنها شخصی است که عنصر مادی جرم نسبت به وی صورت گرفته است و ولی یا سرپرست قانونی او را نیز به جهت تصریح تبصره سه ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) در بر می‌گیرد که در این حال نیز اینکه با چه شرایطی، شخصی که طرف مقابل رابطه جنسی است، بزه‌دیده محسوب می‌شود، غیر واضح و قابل بحث است. از سوی دیگر می‌توان دامنه ماده را موسع تلقی کرد و افرادی مانند پدر، مادر، برادر، خواهر و افرادی که رابطه خویشاوندی سببی دارند مانند زن نسبت به شوهر و برعکس را نیز شامل دانست.



اهمیت اینکه تعقیب و به تبع آن تحمیل مجازات، مستلزم طرح شکایت توسط چه اشخاصی است و آیا با گذشت بعدی آن‌ها تعقیب و مجازات موقوف شده یا رضایت لاحق در این دست از جرایم بی‌اثر است، انکارناشدنی است. این اهمیت از دو جهت است؛ از یک طرف تفسیر موسع از ماده، تحمیل مجازات‌های شدیدی نظیر رجم که -اگر نگوییم شدیدترین مجازات- یکی از شدیدترین مجازات‌های پیش‌بینی شده در حقوق کیفری ایران است و یا مجازات خفیف‌تری مانند صد تازیانه حدی و تا ۹۹ تازیانه تعزیری به دنبال خواهد داشت که چنانچه خلاف قانون باشد، عادلانه نبودن آن آشکار است. در نقطه مقابل نیز چنانچه به دلیل تفسیر مضیق از ماده مذکور، قائل به عدم امکان تعقیب مرتکب و در نتیجه عدم امکان اجرای مجازات باشیم، زمینه را برای انتقام‌گیری توسط قربانیان جرم و تضییع حقوق آن‌ها و ناامیدی از دستگاه عدالت کیفری فراهم خواهد کرد.

عنصر اساسی تعریف قانون‌گذار در تعریف شاکی و بزه‌دیده، «متحمل ضرر و زیان» شدن می‌باشد. اصولاً ضرر و زیان گاهی مادی است، مانند خسارتی که از تخریب مال به شخص وارد می‌شود؛ گاهی ضرر و زیان معنوی است و لطمه به حیثیت شخص وارد می‌شود که برای نمونه می‌توان به بزه توهین، افترا و نشر اکاذیب اشاره کرد؛ و گاهی نیز صدمه روحی است و مواردی مانند افسردگی، اضطراب و تشویش ناشی از جرم در بزه‌دیده را شامل است. در این راستا، خسارت معنوی در حقوق خارجی به خسارتی گفته می‌شود که به «میراث معنوی» اشخاص که متشکل از دو قسمت اجتماعی و عاطفی است، وارد می‌شود (آشوری، ۱۳۹۸: ۴۱۰/۱).

در هر حال، عبارت «متحمل ضرر و زیان» شدن کمک‌چندانی به رفع ابهامات حقوقی ایجاد شده نمی‌کند و اینکه شاکی در جرم‌های منافی عفت به چه اشخاصی اطلاق می‌شود، همچنان نامشخص است.

در راستای رفع ابهامات فوق، نوشتار حاضر با تقسیم مطالب به شرح زیر به دو مبحث کلی با عناوین «شکایت طرف مقابل رابطه جنسی» و «شکایت بستگان مرتکب»، نخست حالتی را که شاکی طرف رابطه جنسی بوده و به رابطه جنسی رضایت واقعی داشته است و یا حالتی را که جرم جنسی در حالت فقدان قصد یا با

تهدید، تحریک و فریب شاکی واقع شده، مورد بررسی قرار داده است. در مبحث دوم به بررسی حالتی پرداخته که شخصی غیر از طرف رابطه جنسی (اعم از همسر یا سایر بستگان) شکایت کرده است. تفکیک مطالب به دو مبحث به شرح فوق به این جهت صورت گرفته است که هر یک از حالت‌های فوق، اشتراکاتی با این وجه تفکیک که عنصر مادی نسبت به چه کسی واقع شده است، دارند. در واقع، مقصود از طرف مقابل رابطه جنسی، شخصی است که عنصر مادی جرم نسبت به او واقع شده است و منظور از بستگان اشخاصی می‌باشند که در انجام عنصر مادی جرم نقشی نداشته‌اند که برای نمونه می‌توان به زن و شوهر نسبت به جرایم منافی عفت یکدیگر، پدر، مادر، برادر و خواهر یا بستگان دورتر نظیر عمو و دایی اشاره کرد.

### ۱. شکایت طرف مقابل رابطه جنسی

جرایم منافی عفت موضوع مقاله حاضر، مبتنی بر رابطه است و برای تحقق آن، وجود دو شخص ضروری است. در بسیاری از موارد، شخصی که عنصر مادی جرم نسبت به وی انجام شده است، مبادرت به طرح شکایت می‌کند. چنین شخصی ممکن است واجد قصد و رضایت باشد یا فاقد قصد و رضایت باشد یا اینکه دارای قصد باشد، اما رضایت او با تهدید، فریب و تحریک دیگری مخدوش شده باشد. این مبحث از جهاتی واجد اهمیت است و پرسش‌هایی را به ذهن متبادر می‌سازد؛ نخست اینکه اولاً در مواردی که رابطه جنسی با تهدید یا فریب واقع می‌شود، آیا می‌توان طرف مقابل فریب یا تهدید را بزه‌دیده محسوب نمود؟ و در صورت مثبت بودن پاسخ، معیار و مبنا چه خواهد بود؟ و آیا در هر فریب و تهدیدی شخص بزه‌دیده خواهد بود یا خیر؟ همچنین در مواردی که فرد رضایت واقعی به ارتکاب جرم دارد، اما بعد از رابطه به هر دلیلی از جمله اعمال فشار بر طرف مقابل به دلیل اختلافات بعدی، مبادرت به طرح شکایت می‌کند، آیا بزه‌دیده محسوب شده و امکان ادامه تعقیب وجود دارد؟

در هر حال در این مبحث، به بررسی حالتی که یکی از طرفین رابطه جنسی اقدام به شکایت کرده است، بدو در حالتی که وی واجد قصد و رضایت واقعی به ارتکاب رفتار بوده است، سپس در مواردی که شخص فاقد قصد بوده، و در نهایت زمانی که

ارتکاب رفتار تحت تأثیر تهدید و اغوای طرف مقابل بوده است، پرداخته می‌شود.

## ۱-۱. رضایت واقعی شاکی در جرایم منافی عفت

در این قسمت به دنبال پاسخ دادن به این پرسش هستیم که آیا در مواردی که ارتکاب اعمال منافی عفت با رضایت طرفین واقع شده است، شکایت یکی از طرفین می‌تواند موجب آغاز تعقیب و مجازات طرف مقابل باشد؟ به منظور پاسخ به این پرسش با عنایت به تأثیرپذیری قوانین از فقه، بررسی این امر ضروری است که آیا در فقه نیز در جرایم منافی عفت، شکایت شاکی شرط آغاز تعقیب می‌باشد یا خیر؟

در خصوص جرایم منافی عفت حدی، چنانچه به عنف رخ دهند، تردیدی نیست که این جرایم بزه‌دیده خاص دارند. اما در سایر موارد که رضایت طرفین وجود دارد، این سؤال قابل طرح است که آیا در این موارد نیز بزه‌دیده خاص وجود دارد؟ برای مثال، چنانچه زن و مردی با رضایت مرتکب زنا شوند، آیا می‌توان زن را بزه‌دیده دانست و در صورت شکایت وی قائل به رسیدگی بود؟ به علاوه، در مواردی که به نوعی صدمه‌ای از ارتکاب این جرایم به دیگری وارد می‌شود، آیا شکایت شاکی شرط است و رضایت او چه تأثیری خواهد داشت؟

پاسخ پرسش فوق از منظر فقهی در مرحله اول، در حق‌الله یا حق‌الناس بودن بزه نهفته است؛ چه آن گونه که شهید ثانی در شرح‌لمعه، اقامه حق‌الناس را متوقف بر مطالبه شخص، و عفو را موجب سقوط آن دانسته است<sup>۱</sup> (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۹۰/۹) و در خصوص حدود زنا، لواط و مساحقه، همان گونه که صاحب‌جوهر بیان داشته است در زمره حق‌الله است (نجفی، ۱۹۸۱: ۱۹۱/۴۱) که امکان رسیدگی به آن‌ها بدون شکایت شاکی نیز وجود دارد و در مواردی که مثلاً به عنف صورت گرفته است، هرچند حق‌الناس بودن نیز برای طرف مقابل قابل تصور است، اما جنبه حق‌اللهمی آن غالب است و اصولاً در این موارد نیز نیاز به شکایت بزه‌دیده نیست. شهید اول نیز در خصوص ضابطه در حق‌الله و حق‌الناس بیان می‌دارد هر چیزی که انسان می‌تواند ساقط کند، حق‌الناس و در غیر این صورت، حق‌الله است، و در ادامه به اینکه زنا حق‌الله است

۱. «لأنه حق آدمی تتوقف إقامته علی مطالبته ویسقط بعفوه».

(عاملی جزینی، بی تا: ۴۳/۲) اشاره کرده و حد زنا را برای صیانت از نسب می‌داند (همان: ۴۴/۲). حق الناس شامل حقوقی است که در شرع مقدس برای شهروندان جامعه، منافع و مصالح خصوصی آن‌ها وضع شده است و حق الله شامل احکام و فرمان‌هایی است که مبتنی بر سلطنت خداوند بر بندگان خود است و مقصود از جرم حق‌اللهی نیز جرمی است که ارتکاب آن، تجاوز به حدود و حقوق الهی است (رستمی، ۱۴۰۱: ۵۲-۵۳).

با توضیحات فوق، این پرسش قابل طرح است که چرا در حقوق ایران، شکایت شاکی شرط شروع رسیدگی دانسته شده است و اساساً آیا این شرط مغایر شرع مقدس اسلام نیست؟ پاسخ آن است با توجه به اینکه سیاست جنایی اسلام در جرایم منافی عفت، مبتنی بر بزه‌پوشی و حرمت تجسس در جرایم منافی عفت است که مبانی عقلی و نقلی متعددی برای آن قابل ذکر است (توجهی و صبوحی، ۱۳۹۳: ۱۷-۱۸؛ شیدائیان، ۱۳۹۷: ۱۲۰-۱۲۳)، اصل اولیه، منع تحقیقات و رسیدگی در جرایم منافی عفت است. از این روست که برای امکان رسیدگی و شروع تعقیب به عنوان یک امر استثنایی باید به دنبال دلیل بود و عدم امکان تعقیب، نیازمند دلیل نیست. اما اینکه در جرم‌های منافی عفت، یکی از موارد شروع به تعقیب، شکایت شاکی است، به این جهت است که همان گونه که برخی اشاره کرده‌اند، در صورت داشتن بزه‌دیده به دلالت عقل و شرع، حرمت تحقیق و تجسس برداشته شده است و تعقیب و رسیدگی بنا به وجود مصلحت اقوی یعنی دفاع از حقوق وی ضرورت می‌یابد و افشای جرم را اجتناب‌ناپذیر می‌نماید (آقایی، ۱۴۰۰: ۴۲): زیرا در اسلام همان طور که بر اصل بزه‌پوشی تأکید فراوان شده است، بر اصل حمایت از بزه‌دیده و جبران تألمات روحی و خسارات مادی وی نیز تأکید فراوان شده است و هر گاه اصل بزه‌پوشی با اصل حمایت از بزه‌دیده<sup>۱</sup> تعارض پیدا کند، بنا بر قاعده‌ای که در باب تزاحم مطرح است، اصطلاحاً امری که فسادش بیشتر است، به وسیله امری که فسادش کمتر است، دفع می‌شود (دفع افسد با فاسد). همچنین با توجه به تقدم حق الناس بر حق الله، به ناچار حرمت تحقیق برداشته شده و حکم جواز بلکه وجوب تقدم می‌یابد (همان). در واقع هر چند برای منع تعقیب و تحقیق در جرایم منافی عفت،

۱. اهمیت حفظ حقوق شاکی به حدی است که در روایات، مجازات زانی در حالت اکراه و عنف اعدام دانسته شده است که همین حکم در بند ت ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) منعکس است.

مبانی عقلی و شرعی قابل ذکر است، اما در شرایطی، عدم انجام تحقیق مستلزم ضرر و آسیب اساسی است و عدم رسیدگی و برخورد کیفری می‌تواند تبعاتی نظیر افزایش جرایم منافی عفت، رواج انتقام خصوصی در جامعه حتی به صورت قتل مرتکب، افزایش ناامنی در جامعه و عدم رعایت عدالت و انصاف به جهت بی‌توجهی به آلام و آسیب‌های وارده بر بزه‌دیده را به دنبال داشته باشد. لذا اصولاً حرمت تعقیب و تحقیق باید منحصر به مواردی باشد که منافع عدم رسیدگی به جرم بر معایب آن غلبه کند و در این راستا، حکم شرع و عقل رسیدگی به این جرایم در شرایط خاص است.

در این راستا در پاسخ به استفتایی در خصوص جرایم منافی عفت که پای شاکی خصوصی در میان است، یکی از فقها اظهار داشته است که شاکی حق شکایت دارد و قاضی در این گونه موارد، تحقیقات لازم را جهت احقاق حق شاکی انجام می‌دهد و چنانچه از مقدمات حسی یا قریب به حس، برای او علم حاصل شود، علمش حجت است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۳/۳۶۱).

با توضیحات فوق و از آنجا که در مواردی که رابطه جنسی با رضایت طرفین واقع شده است، صدمه و آسیبی به شخص وارد نشده است و بحث جبران ضرر و احقاق حق منتفی است، لذا اصل اولیه که منع تجسس و تحقیق است، همچنان حاکم است. صرف نظر از بررسی مبانی فقهی، از منظر قانون‌گذار نیز شاکی، شخص «متحمل ضرر و زیان» است. در نگاه اول، تعریف قانون‌گذار صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا در جرم‌های مطلق، نیازی به وقوع نتیجه و از جمله ضرر و زیان به شخص نیست؛ از جمله در خصوص بزه نشر اکاذیب، که حسب ماده ۱۰۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ قابل گذشت است. به صراحت ماده ۶۹۸ قانون مذکور، «اعم از اینکه از طریق مزبور به نحوی از انحاء، ضرر مادی یا معنوی به غیر وارد شود یا نه»، جرم واقع شده است یا آنکه در شروع به سرقت و به طور کلی شروع به جرایم، اساساً عنصر مادی جرم به صورت کامل واقع نمی‌شود تا شخص به صورت واقعی متضرر گردد. از طرف دیگر، حتی ارتکاب کامل بسیاری از جرایم نیز ضرر واقعی متوجه شخص نمی‌کند؛ از جمله ارتکاب سرقت که مرتکب در همان محل دستگیر می‌شود یا سرقت مال کم‌ارزش از یک ثروتمند که از حیث مالی، ضرر و آسیبی متوجه وی نیست.

بر این اساس می‌توان گفت که در جرایم مطلق ممکن است «متحمل ضرر و زیان» به معنای واقعی واژه وجود نداشته باشد یا اینکه اثر ضرر و زیان به حدی ضعیف باشد که می‌توان آن را در حکم عدم دانست؛ از جمله اینکه در توهین در فضای مجازی توسط شخص ناشناس بدون اینکه هیچ شخص دیگری متوجه توهین شود، اساساً ضرر حیثیتی، مالی و... متوجه شخص نیست. لذا در این جرایم، صرف اینکه رفتار فیزیکی مستقیماً نسبت به شخص واقع شود، برای شاکی محسوب شدن وی و آغاز تعقیب بر مبنای شکایت او کافی است.

اما در جرایم مقید به نتیجه لازم است که ضرر و آسیب به طور مستقیم به شخص وارد شود. در هر حال، همان گونه که از برخی مواد و از جمله ماده ۱۶ قانون جرایم رایانه‌ای قابل استنباط است، در تشخیص ضرر و اینکه آیا به شخص ضرر و صدمه وارد شده است یا خیر، نقش عرف انکارناپذیر است.<sup>۱</sup>

می‌توان گفت در حالتی که طرفین با رضایت واقعی اقدام به رابطه جنسی نموده‌اند، هیچ یک از طرفین بزه‌دیده نیست و جرم‌انگاری و برخورد با جرایم منافی عفتی که با رضایت طرفین رخ می‌دهد، به جهت مواردی نظیر حفظ نسل می‌باشد تا «صدمه و زیان» به طرف مقابل. اساساً در این موارد، صدمه و زیانی متوجه شخصی که با رضایت خود مرتکب این رفتار شده است، نیست. به همین جهت، برخی رابطه جنسی نامشروع با رضایت طرفین را ذیل عنوان جرایم بدون بزه‌دیده قرار می‌دهند (شاهیده، ۱۳۹۳: ۴۹). لذا با توجه به تعریف قانون‌گذار از بزه‌دیده، ممنوعیت تجسس و تحقیقات در جرایم منافی عفت و اکتفا به قدر متیقن و همچنین به این جهت که مبنا و فلسفه رسیدگی استثنایی در مواردی که شکایت شاکی وجود دارد، در حالت رضایت شخص منتفی است، شرایط قانونی برای آغاز تعقیب وجود ندارد و لذا قاضی باید بدون ورود در ماهیت، مبادرت به صدور قرار موقوفی تعقیب نماید.

۱. در هر حال اگر بخواهیم با چشم پوشی از تعریف قانون‌گذار، تعریف دقیق‌تری از بزه‌دیده ارائه نماییم، باید وی را شخصی که مستقیماً و عرفاً متحمل ضرر و زیان شده یا امکان تحقق ضرر و زیان نسبت به وی وجود داشته است، دانست و اشخاصی را که در موارد خاص بنا به تصریح یا تلویح قانون‌گذار، بزه‌دیده تلقی شده‌اند نیز در حکم بزه‌دیده تلقی نمود.

در اینجا اشاره به این مطلب ضروری است که با توجه به ماده ۶۵۹ و بند ب ماده ۶۶۱ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲)، در مواردی پرداخت ارش البکاره و دیه علی‌رغم رضایت زن به ارتکاب زنا وجود دارد که در این موارد، امکان طرح شکایت بابت پرداخت دیه وجود دارد؛ اما این به معنای امکان رسیدگی به جرم منافی عفت و حکم به مجازات حدی نیست و مرتکب تنها بابت پرداخت دیه محکوم خواهد شد. در واقع، همان گونه که صاحب جواهر بیان می‌دارد (نجفی، ۱۹۸۱: ۱۹۲/۴۱)، ملازمه‌ای بین سقوط حد که بنای آن بر تخفیف و درء با شبهه است و احکام مترتب بر آن مانند پرداخت مهرالمثل زنی که با اکراه با او زنا شده است، وجود ندارد. به عبارتی می‌توان بین اِعمال کیفر حد و نوع حد با اِعمال سایر آثار مترتب بر رفتار مرتکب، تفاوت قائل شد و حد زنا را به عفت یا زنا را ساده را منتفی دانست؛ ولی پرداخت ارش البکاره یا مهرالمثل را جاری دانست. به علاوه، در مواردی امکان طرح شکایت وجود دارد، ولی طرح شکایت برای اثبات مجازات نیست، بلکه برای جنبه‌های دیگری نظیر اثبات جنبه‌های حقوقی است که بر مسئله بار می‌شود؛ برای مثال، اثبات بطلان نکاح به موجب ماده ۱۰۵۴ قانون مدنی که بر اساس آن، «زنا را با زن شوهردار یا زنی که در عده رجعیه است، موجب حرمت ابدی است»، مستلزم اثبات زنا در محاکم کیفری است. لذا به نظر می‌رسد با توجه به ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی، با صدور قرار اناطه، طرح شکایت در مرجع کیفری و اثبات آن بی‌اشکال است؛ هرچند شکایت‌کننده در لحظه ارتکاب نسبت به ارتکاب بزه رضایت داشته است.

## ۲-۱. ارتکاب رفتار نسبت به شخص فاقد قصد

عنف قابل تقسیم به دو قسمِ *عنف مادی* و *عنف معنوی* است. *عنف مادی* عبارت است از اقدام مرتکب با توسل به زور و بدون توجه به عدم تمایل بزه‌دیده که منجر به سلب اراده از او می‌شود؛ به طوری که قصد خود را از دست داده و جسم او به طور مسلوب‌الاراده در اختیار مرتکب قرار گیرد (برهانی و دادجو، ۱۳۹۶: به نقل از: رزمجو، ۱۳۷۴: ۱۷۰). در این قسم از *عنف* که بزه‌دیده هیچ گونه اراده‌ای ندارد، مصداق بارز شاکمی است و تردیدی نیست که در این حالت، فردی که تجاوز به *عنف* علیه او صورت گرفته

است، بزه‌دیده است و علاوه بر اینکه تعقیب با شکایت وی می‌تواند آغاز شود، اساساً با عنایت به ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲)، در شروع تعقیب جرایم منافی عفتی که با عنف صورت گرفته است، نیازی به شکایت شاکی نیست. در این حالت، همان گونه که آورده شده است، با عنایت به بی‌توجهی مرتکب نسبت به اختیار قربانی در مورد جسم و تن خود و با توجه به آثار سوء جسمانی، روانی و حیثیتی که این جرایم می‌تواند برای قربانی به دنبال داشته باشد، علاوه بر جرم علیه عفت و اخلاق عمومی، جرم علیه اشخاص نیز تلقی می‌گردد (میرمحمدصادقی، ۱۴۰۰: ۱۱۴/۴).

به موجب تبصره ۲ ماده فوق‌الذکر،<sup>۱</sup> مواردی در حکم عنف تلقی شده است؛ از جمله حالتی که شخصی با زنی که راضی به زنا با او نباشد، در حال بیهوشی، خواب یا مستی زنا کند. در خصوص اینکه در مصادیق مذکور، مجازات اعدام وجود دارد یا خیر، بین فقها اختلاف نظر است و برخی فقها اعمال مجازات زنا با عنف یعنی اعدام را در حالات ذکرشده در تبصره اخیرالذکر جایز نمی‌دانند (اکرمی، ۱۳۹۵: ۴۷) و قانون‌گذار نیز به دلیل اختلاف نظر فقهی و به جهت جلوگیری از صدور آرای متفاوت در خصوص موضوع واحد، حکم مصادیق مذکور را به صراحت بیان نموده است.

اینکه در حقوق ایران، در مواردی که رابطه جنسی به عنف است، شکایت شاکی برای آغاز تعقیب لازم نیست و گذشت شاکی اصولاً بی‌اثر است، در راستای حفظ حقوق جامعه می‌باشد و از نقاط مثبت رویکرد حقوق ایران به شمار می‌آید؛ زیرا بخش قابل توجهی از قربانیان تجاوز جنسی، موضوع را به مراجع مربوطه گزارش نمی‌کنند که دلایلی چون انکار رفتار نزد بزه‌دیده، ترس از نظام قضایی، ترس از تلافی، تقصیر و سرزنش، رابطه بزه‌کار و بزه‌دیده و مسائل شخصی، برای این امر قابل ذکر است (برجس و همکاران، ۱۳۹۵: ۳۸۴-۳۹۰).

در این مبحث، اشاره به این مطلب ضروری است که استثنای انتهای ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری مبنی بر اینکه «تعقیب و تحقیق فقط در محدوده شکایت و یا اوضاع و احوال مشهود توسط مقام قضایی انجام می‌شود»، منحصر به دو حالت جرم

۱. تبصره مذکور اشعار می‌دارد: «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».



مشهود و جرم دارای شاکی می‌باشد و شامل جرم منافی عفت به عفت نمی‌شود، ولو اینکه در جرایم منافی عفت به عفت، شاکی نیز شکایت کرده باشد. یکی از نتایج این مقررره آن است که چنانچه به قابل گذشت بودن جرایم منافی عفت معتقد نباشیم، با عنایت به اینکه تعقیب و تحقیق در محدوده شکایت باید صورت گیرد، بعد از گذشت شاکی، اقدام دیگری در جهت تعقیب و تحقیق امکان‌پذیر نخواهد بود و چنانچه پرونده معدّ صدور حکم نباشد، به جهت فقدان ادله کافی باید قرار منع تعقیب صادر نمود. حتی در صورتی که اقدامات تحقیقی خاتمه پیدا کرده باشد و شاکی اعلام گذشت نماید، با توجه به اینکه گذشت وی می‌تواند فرض فقدان رضایت او را تضعیف نماید (که در این حال وی به دلیل بزه‌دیده نبودن فاقد سمت خواهد بود)، می‌توان قرار موقوفی تعقیب نه به لحاظ گذشت شاکی که به جهت فقدان سمت و بزه‌دیده نبودن مستند به صدر ماده ۱۳ و بند پ ماده ۳۸۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ صادر کرد.

در حدود نیز هرچند تبصره ۳ ماده ۱۰۰ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) به روشنی نشان می‌دهد که گذشت در غیر از حد قذف و سرقت بی‌تأثیر است، با این حال، اینکه گذشت شاکی تأثیری در سقوط یا تخفیف مجازات نداشته باشد، بدین معنا نیست که جواز ادامه تعقیب متهم وجود دارد. لذا ادامه تعقیب و تحقیق امکان‌پذیر نخواهد بود و چنانچه پرونده معدّ صدور حکم نباشد، به جهت فقدان ادله کافی باید قرار منع تعقیب صادر گردد و با توجه به حصول شبهه باید به مقتضای قاعده درأ عمل شود؛ به ویژه که حسب ماده ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲)، در جرایم موجب حد به استثنای محاربه، افساد فی الارض، سرقت و قذف، به صرف وجود شبهه یا تردید و بدون نیاز به تحصیل دلیل، حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود. به علاوه همان گونه که برخی بیان داشته‌اند (محمدی جورکویه، ۱۳۸۸: ۹۶-۹۷؛ منیری و وکیل‌زاده، ۱۳۹۶: ۱۴۱-۱۴۸)، اساساً سیاست جنایی اسلام در خصوص اثبات و اجرای مجازات با سختگیری همراه است و بنا بر کاهش موارد اثبات و اجرای حدود جنسی است.<sup>۱</sup>

۱. در همین راستا در پرونده کلاسه ۹۶۰۹۹۸۳۴۱۲۰۰۱۱۴ مطروحه در شعبه ۵ دادگاه کیفری دو کرمان، در خصوص شکایت همسر فرد، رسیدگی آغاز، ولی با گذشت شاکی، تحقیقات متوقف و قرار منع تعقیب صادر شده است (نیکخواه کوه‌جهری، ۱۳۹۶: ۱۲۱).

با این حال در پرونده کلاسه ۹۶۰۹۹۸۳۴۳۵۴۰۰۰۶۰ که در شعبه دوم دادگاه کیفری یک کرمان طرح شده است، با گذشت شاکیه در خصوص اتهام تجاوز به عنف، قرار منع تعقیب بدون انجام تحقیقات بیشتر صادر شده است (نیکخواه کوهچهری، ۱۳۹۶: ۱۱۷). این رأی هرچند همسو با اصل برائت و استثنایی بودن رسیدگی به جرایم منافی عفت است، اما پذیرش آن به صورت مطلق صحیح نیست. توضیح آنکه با عنایت به صراحت ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲)، شکایت شاکی یکی از جهات شروع تعقیب است و در صورت عدم طرح شکایت او، چنانچه موضوع قابل تطبیق با دیگر بندهای ماده مذکور باشد، از موارد آغاز تعقیب است.

اساساً در جرایم منافی عفت حدی، چنانچه اقدام تعقیبی و تحقیقی دیگری لازم نباشد و پرونده معدّ صدور حکم باشد، با توجه به اینکه در روایات، تأکید بر اجرای حدود و نکوهش تعطیلی حدود می‌باشد (برای بررسی روایات ر.ک: خدایار و نوبهار، ۱۳۹۷)<sup>۱</sup> و با توجه به تبصره ۳ ماده ۱۰۰ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲)، گذشت شاکی اصولاً نباید مؤثر باشد؛ شبیه به سرقت حدی که شکایت صاحب مال برای شروع تعقیب شرط است، اما گذشت وی بعد از اثبات سرقت اثری ندارد. همچنین در جرایم منافی عفت که با عنف بوده است، حتی اگر تحقیقات کامل نباشد، علی‌رغم گذشت شاکی تحقیقات باید ادامه یابد و حکم مقتضی صادر شود.

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 زنا به عنف جاری است. لکن قبل از بررسی آن‌ها، اشاره به این مطلب ضروری است که یکی از مواردی که در اصلاح قوانین تجاوز جنسی پیشنهاد می‌گردد این است که تجاوز علاوه بر مواردی که در «زور» را در بر می‌گیرد، شامل سایر موارد نارضایتی بزه‌دیدگان نیز باشد و عامل زور، عامل مشدده‌ای برای جرم باشد (جمعی از مترجمان، ۱۳۹۳: ۱۰۶۴/۲).

۱. از جمله آنکه از امیرالمؤمنین عَلَيْهِ السَّلَام نقل شده است که ایشان پس از اثبات جرم زنا محصنه، خطاب به خداوند متعال فرمود: «تو به پیامبرت صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ در آنچه از دینت خیر داده‌ای، فرمودی: ای محمد! هر کس که حدی از حدود مرا تعطیل کند، با من دشمنی کرده و با این کارش مخالفت و ستیز با من را خواسته است. من حدود تو را تعطیل نخواهم کرد و خواستار ستیز با تو و تضييع کننده احکام تو نیستم؛ بلکه من مطیع تو و پیرو سنت پیامبرت صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هستم» (طباطبایی بروجردی، ۱۴۲۹: ۴۹۸/۳۰).

### ۳-۱. ارتکاب جرم منافی عفت با تهدید

در خصوص حالتی که شخصی با تهدید دیگری، مرتکب عمل منافی عفت با او می‌شود، از این حیث که اراده بر ارتکاب رفتار در فرد وجود دارد و نهایتاً رضایت وی مخدوش است، با عنف مادی که می‌توان آن را اجبار نامید، متفاوت است. سؤال این است که آیا در این حالت نیز تهدیدشونده می‌تواند شاکی محسوب شود.

در پاسخ به پرسش فوق، حالتی که تهدید همراه با دیگر شرایط به نحوی باشد که موجب اکراه شود، فرد شاکی محسوب می‌شود و با طرح شکایت، تعقیب مرتکب آغاز می‌شود. در واقع، مصداق اجلائی حالتی که زنا در حالت اجبار نیست، ولی فرد می‌تواند شاکی باشد، حالت اکراه است. از این جهت است که در بند ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، زنا با اکراه از حیث مجازات زانی، هم‌ردیف زنا با عنف قرار داده شده است.

حالت دوم زمانی است که تهدید به نحوی نیست که شرایط اکراه محقق شود. در این نوشتار، نگارندگان به دنبال بررسی تفصیلی اینکه چه تهدیدی اکراه به شمار می‌آید، نیستند؛ با این حال، در اکراه علاوه بر اینکه تهدید وجود دارد، باید بین خطری که فرد بدان وعده داده شده با شدت جرمی که از وی درخواست شده است، تناسب عرفی وجود داشته باشد. سؤالی که باید بدان پاسخ داد این است که آیا در تن دادن به ارتکاب عمل منافی عفت با هر تهدیدی، طرف مقابل می‌تواند شاکی محسوب شود.

وفاقاً ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی، در زنا «از طریق... تهدید و یا ترساندن زن، اگرچه موجب تسلیم شدن او شود» نیز حکم زنا با عنف جاری است. با عنایت به اینکه در بند ۲ ماده مذکور به عنوان زنا با اکراه اشاره شده است، ممکن است این تصور ایجاد شود که در ارتکاب زنا با تهدید، زن می‌تواند شاکی باشد و اساساً نیازی به وجود شرایط اکراه از جمله شرط تناسب نیست.

با این حال در مواردی که زن با تهدید دیگری به ارتکاب زنا با وی تن دهد، باید شدت تهدید لحاظ شود. اولاً زمانی که قانون‌گذار بیان داشته است: «حکم فوق جاری است»، مقصود اعدام زانی است. اینکه زانیه با تهدید کم‌اهمیتی مانند تهدید به از بین بردن مال به ارتکاب زنا تن دهد، موجب آن باشد که زانی اعدام گردد، صرف‌نظر

از اینکه عقلاً پذیرفتنی نیست، با مبانی فقهی سازگار نبوده و با تفسیر به نفع متهم، تفسیر مضیق قوانین کیفری و اصل برائت نیز مغایر است.

ممکن است اشکال شود چنانچه لحاظ شدت تهدید را لازم بدانیم، با عنایت به اینکه در بند ت ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) به «اکراه از سوی زانی» اشاره شده است، نیازی به ذکر عبارت «تهدید و یا ترساندن زن اگرچه موجب تسلیم شدن او شود» در تبصره همان ماده نبود.

در رد اشکال فوق می‌توان از یکسو اکراه در بند ت ماده ۲۲۴ قانون مذکور را مترادف با اجبار دانست؛ آن گونه که برخی<sup>۱</sup> معتقدند (اردبیلی، ۱۴۰۰ الف: ۱۳۰/۲) اکراه موضوع قانون مجازات اسلامی بر خلاف حقوق مدنی، از قسمی است که اراده را از میان بردارد و به عبارتی به حد الجا رسیده و اختیار را از فاعل سلب نماید که در این صورت، وضع قسمت انتهایی تبصره ماده به جهت گسترش ماده و شمول اکراه در معنای خاص آن خواهد بود. از سوی دیگر می‌توان انتهای ماده را به ویژه با توجه به اختلافی بودن مفهوم اکراه در حقوق کیفری، قید توضیحی دانست؛ همان گونه که قانون‌گذار با وجود اشاره به حکم زناى به عنف در بند ت ماده ۲۲۴ در تبصره ۲ ماده مذکور، به ارتکاب زنا در حال بیهوشی و خواب که از مصادیق زناى به عنف محسوب می‌شود، اشاره کرده است.<sup>۲</sup>

۱. برخی فقها لفظ اکراه را در معنای عام که شامل اجبار و اکراه اصطلاحی است، به کار برده‌اند (برای نمونه ر.ک: نجفی، ۱۹۸۱: ۴۵۴/۴۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۷۲/۱؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۲۸/۱۰).

۲. با این حال به نظر می‌رسد قانون‌گذار، «ربودن و تهدید و ترساندن منجر به تسلیم شدن» را در حکم عنف و اکراه دانسته و برای آن مجازات اعدام تعیین نموده است. ممکن است اشکال شود که رفتارهای مذکور از نظر فقهی موجب حد اعدام برای زنا نیست؛ با این حال می‌توان گفت که قانون‌گذار آن را افساد فی الارض تلقی نموده است، هرچند با تعریف ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی از افساد فی الارض مغایر است. با این حال، آنچه موجب تقویت این استنباط است آن است که قانون‌گذار در ماده ۴ قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیر مجاز می‌نمایند، اشعار داشته است: «هر کس با سوءاستفاده از آثار مبتذل و مستهجن تهیه‌شده از دیگری، وی را تهدید به افشاء و انتشار آثار مزبور نماید و از این طریق با وی زنا نماید، به مجازات زناى به عنف محکوم می‌شود...». در ماده ۷ قانون مذکور نیز آمده است: «... دادگاه با احراز مکره بودن بزه‌دیده موضوع صدر ماده ۴، ضمن صدور حکم کیفری، مرتکب را به پرداخت ارش البکاره، مهرالمثل یا هر دو (حسب مورد) محکوم می‌نماید...» (تأکید از نگارندگان). عبارت «با احراز مکره بودن بزه‌دیده» نشان می‌دهد که در صورت عدم احراز مکره بودن بزه‌دیده، مجازات زناى به عنف اعمال می‌شود و تفاوت وجود یا فقدان حالت اکراه، بحث پرداخت ارش البکاره و مهرالمثل است.

در هر حال به نظر نگارندگان، اینکه لزوماً تهدیدِ واجد شرایطِ اکراه را برای طرح شکایت لازم بدانیم، صحیح نیست. به دیگر سخن، تهدیدی که شرایطِ اکراه را نداشته باشد نیز می‌تواند موجب طرح شکایت باشد و در این حالت نیز دستگاه عدالت کیفری مکلف به تعقیب است؛ اما حکم تبصره دوم ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ یعنی اعدام زانی جاری نیست و مرتکب حسب شرایط به مجازات ارتکاب زنا‌ی غیر عنف و اکراه محکوم خواهد شد.

از مطلب اخیر مشخص است این ایراد که اگر شاکی را در مصادیق عنف و در حکم عنف منحصر کنیم، ذکر عبارت شکایت شاکی در ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) بی‌فایده است و فقط در صورت تجاوز به عنف، شکایت شاکی معنا پیدا می‌کند (ر.ک: شعیب، ۱۳۹۵: ۸۴). پذیرفتنی نیست؛ چه آنکه هرچند در مواردی که به جهت شبهه و تردید در یکی از شرایط مسئولیت کیفری یعنی اختیار به جهت ادعای اکراه، بر اساس ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) قاعده درآ جاری است، اما این به معنای عدم مجازات مرتکب با کیفر زنا‌ی ساده نیست. به دیگر سخن، در این حالت تنها از حیث مجازات وضعیت متفاوت خواهد بود؛ اما رسیدگی بر مبنای شکایت فرد و اصل مجازات، بدون اشکال قانونی است.<sup>۱</sup> به علاوه، همان گونه که پیشتر اشاره شد، رسیدگی به شکایت می‌تواند جهت پرداخت مهرالمثل یا ارش البکاره و یا استفاده از جنبه‌های حقوقی که بر ارتکاب زنا مترتب است، صورت گیرد.

با عنایت به مطالب فوق، اینکه در پرونده کلاسه ۹۳۱۱۲۹ دادگاه کیفری مشهد (ستارچه، ۱۳۹۵: ۱۳۵)، هرچند متهم از وصف عنف بودن رابطه معاف شده است، اما به ۹۹ ضربه شلاق تعزیری محکوم شده است، صحیح و بدون اشکال است. به علاوه، هرچند شاکیه در پرونده مذکور تبرئه شده است، اما به دلیل اینکه جهات قانونی برای آغاز تعقیب وی وجود نداشته است، دادگاه مواجه با تکلیفی نبوده است و اظهارنظر

۱. ناگفته نماند که جواز شروع به تعقیب در دو حالت به عنف بودن عمل منافی عفت یا سازمان یافته بودن آن در تبصره ماده ۴۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور کیفری) مصوب ۱۳۷۸ و ماده ۱۰۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ذکر نگردیده بود و تنها به شکایت شاکی یا در مرئی و منظر عموم بودن اشاره شده بود که موارد اخیرالذکر در اصلاحات سال ۱۳۹۴، به ماده ۱۰۲ قانون مذکور الحاق گردید.

هرچند مبنی بر برائت، نادرست به نظر می‌رسد.

در این مبحث، اشاره به نکات دیگری نیز ضروری است:

نخست، تهدید باید منجر به ارتکاب زنا شده باشد. وگرنه چنانچه شخصی بدون توجه به تهدید صورت گرفته و یا در هر حال به دلایل دیگری غیر از تهدید به ارتکاب زنا رضایت داده باشد، نمی‌توان وی را بزه‌دیده تلقی نمود.

دوم، همان‌گونه که در مبحث معنای قانونی بزه‌دیده بیان شد، بزه‌دیده شخصی است که عرفاً متحمل ضرر و زیان شده باشد. با این وصف در مواردی که تهدید بسیار جزئی و کم‌اهمیت باشد (مثلاً با تهدید به تخریب مال کم‌ارزش، از وی ارتکاب زنا را بخواهد) به نحوی که عرف با توجه به جزئی بودن تهدید، وی را بزه‌دیده تلقی نکند، ادامه تعقیب بر اساس شکایت با اشکال مواجه خواهد بود.

سوم، در صورت طرح شکایت توسط بزه‌دیده، خود او نیز به جهت اینکه شرایط اکراه وجود نداشته است، مورد تعقیب واقع نخواهد شد. به عبارتی نمی‌توان شکایت فردی را که مدعی مورد تهدید یا اکراه واقع شدن بوده و عنصر اکراه یا تهدید اثبات نشده است، موجب شروع تعقیب علیه خود او دانست؛ زیرا به صراحت ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲)، تعقیب و رسیدگی تنها در محدوده شکایت جایز است. همچنین در صورت شکایت متقابل طرف دیگر، با توجه به اینکه تهدیدکننده متحمل ضرر و زیانی نشده است، بزه‌دیده به شمار نمی‌آید، لذا شکایت او نیز موجب شروع تعقیب نخواهد بود.

بر این اساس، اینکه در پرونده کلاسه ۹۴۰۰ دادگاه کیفری یزد (همان: ۱۴۷)، زنی به اتهام زنای به عنف شکایت می‌کند و ادعای عنف رد می‌شود و علاوه بر متهم، شاکیه نیز به دلیل رابطه نامشروع به ۷۴ ضربه شلاق تعلیقی محکوم می‌شود، در خصوص محکومیت شاکیه فاقد وزانت و وجاهت قانونی است. به همین نحو، اینکه در پرونده کلاسه ۰۰۰۱۴۷ دادگاه کیفری یک مشهد، شاکیه نیز به اتهام رابطه نامشروع محکوم شده است، صحیح به نظر نمی‌رسد.

چهارم، در صورت اثبات رضایت واقعی شخصی که شکایت کرده است، هرچند شکایت با عنوان رابطه به عنف باشد، به جهت اینکه شاکی متحمل ضرر و زیانی نشده

است، موجب مجازات طرف مقابل نخواهد بود و به جهت فقدان جهات قانونی برای شروع به تعقیب، پرونده باید با صدور قرار موقوفی تعقیب مختومه شود. پنجم، اینکه در محاکم عالی به سادگی در مفهوم عنف و اکراه شبهه می‌نمایند، از این جهت که به بزه‌دیده آسیب روانی وارد می‌آید و به نوعی موجب نارضایتی وی و خانواده وی می‌باشد، مورد انتقاد برخی واقع شده است (اسپانلو و همکاران، ۱۳۹۹: ۲۹). با این حال تحمیل مجازات اعدام بر فرد، به ویژه با عنایت به حدی بودن آن و احتیاط در دماء و قاعده درء پذیرفتنی نیست و همان گونه که اشاره شد، مجازات زناى غیر عنف در این حالت قابل اجراست. به علاوه، قاضی در این موارد می‌تواند از مجازات‌های تکمیلی، برای مثال اقامت اجباری در محل دیگر، استفاده نماید تا زمینه تکرار جرم کاهش پیدا کند. هرچند با وصف مذکور نیز مجازات پیش‌بینی شده بازدارندگی لازم را ندارد و متناسب با رفتار ارتكابی نیست و تغییر قوانین از این حیث ضروری است.

#### ۴-۱. ارتكاب جرم منافی عفت از طریق تحریک دیگری

تحریک در معنای عام خود شامل تهدید نیز می‌شود. با این حال در این قسمت، قصد بررسی سایر مصادیق تحریک از جمله تحریک از طریق تطمیع و ترغیب را داریم؛ برای مثال، چنانچه شخصی با پیشنهاد دادن مال، ازدواج، استخدام یا ترفیع شغلی، موجب رضایت زنی به ارتكاب زنا شده و با خودداری از انجام تعهد موجب شکایت او شود، آیا قابلیت رسیدگی دارد؟ به نظر می‌رسد حداقل در مواردی نظیر پیشنهاد ازدواج، زن عرفاً متحمل ضرر و زیان شده است و شکایت او را می‌توان موجب شروع تعقیب دانست و با توجه به اینکه رضایت وی تحت تأثیر وعده طرف مقابل بوده است، می‌توان وی را بزه‌دیده شمرد؛ مخصوصاً آنکه تبصره ۱ ماده ۲۱۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) بیان داشته است در جرایم منافی عفت با عنف، اکراه، ربایش یا اغفال، صرف ادعا (فقدان علم یا قصد یا وجود یکی از موانع مسئولیت کیفری در زمان ارتكاب جرم و اخذ اقرار با تهدید و ارعاب یا شکنجه)، مسقط حد نیست و دادگاه موظف به بررسی و تحقیق است.<sup>۱</sup>

۱. با این حال در مواردی که فرد به دلیل تحریک دیگری نیز مرتکب زنا می‌شود، برای بزه‌دیده شناختن وی باید به عرف مراجعه کرد و نمی‌توان در هر تحریکی، طرف مقابل را بزه‌دیده دانست.

## ۱-۵. ارتکاب جرم منافی عفت از طریق فریب دیگری

برای ارتکاب عمل منافی عفت از طریق فریب دیگری، صور مختلفی متصور است. از یکسو مصادیقی را شامل است که تحت عنوان تحریک در مبحث پیشین بدان اشاره شد، مشروط به اینکه پیشنهاد فرد دروغین و غیر واقعی باشد. در مواردی که فریب دیگری به نحوی است که موجب جهل موضوعی شخص شده و رضایت او به عمل منافی عفت واقعی نباشد، تردیدی نیست که فرد بزه‌دیده محسوب می‌شود؛ برای مثال ممکن است شخصی با صحنه‌سازی، خود را شوهر زن جلوه داده و از این طریق با وی رابطه جنسی برقرار نماید یا اینکه عقدی منعقد نماید که شرایط لازم را نداشته باشد و طرف مقابل به تصور صحیح بودن عقد با وی رابطه جنسی داشته باشد. برخی ارتکاب جرم را در حالتی که اغفال و فریب قربانی منجر به جهل موضوعی بزه‌دیده شود، از مصادیق عتف معنوی می‌دانند (برهانی و دادجو، ۱۳۹۶: ۱۲۳). با این حال، تسری حکم عمل منافی عفت به عتف، به رفتار مرتکب (اعدام زانی)، به دلیل عدم صدق عتف بر رفتار مرتکب و عدم الحاق آن به مصادیق عتف توسط قانون‌گذار ناصحیح است. اما فردی را که به تصور حلیت رابطه، مرتکب آن می‌شود، می‌توان بزه‌دیده تلقی کرد و شکایت وی را موجب شروع تعقیب دانست. در تأیید می‌توان به تبصره ۲ ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲)<sup>۱</sup> اشاره کرد که تلویحاً اغفال‌شده را بزه‌دیده تلقی کرده است.<sup>۲</sup>

## ۲. شکایت بستگان مرتکب

در بسیاری از موارد، طرف رابطه جنسی به دلایلی چند از جمله اینکه رابطه همراه با رضایت وی بوده است، اقدام به طرح شکایت نمی‌کند؛ اما بستگان طرفین رابطه جنسی

۱. این تبصره اشعار می‌دارد: «در زنا و لواط هر گاه جرم به عتف، اکراه و یا با اغفال بزه‌دیده انجام گیرد، مرتکب در صورت توبه و سقوط مجازات، به شرح مندرج در این ماده به حبس یا شلاق تعزیری درجه شش یا هر دوی آن‌ها محکوم می‌شود» (تأکید از نگارندگان).
۲. در خصوص مفهوم رضایت در رابطه جنسی آمده است که فرد مقابل نمی‌تواند با استفاده از حقه یا زور یا روش‌های مختلفی مانند ترساندن گفتاری، اعمال زور فیزیکی، تهدید به شایعه‌پراکنی، مست کردن فرد و یا وادار کردن به مصرف مواد مخدر، به رابطه جنسی رضایت دهد (جمعی از مترجمان، ۱۳۹۳: ۱۰۵/۲).



با طرح شکایت، تعقیب و رسیدگی به جرم مرتکب یا مرتکبان را درخواست می‌کنند. اهمیت این گفتار به دلیل میزان بالای شکایت توسط بستگان مرتکب به ویژه همسر فرد، ابهام قانونی در خصوص مفهوم بزه‌دیده به ویژه در مصادیق جرایم منافی عفت، تفاوت قابل ملاحظه در مورد آثار قانونی از جمله مجازات در دو حالت پذیرش یا عدم پذیرش بستگان به عنوان بزه‌دیده، آشکار است.

در این مبحث، نخست به شکایت همسر یکی از طرفین رابطه منافی عفت و سپس به حالتی که سایر بستگان از جمله والدین طرح دعوی کیفری کنند، اشاره شده است. اما شکایت افرادی از جمله همسایه‌ی یکی از طرفین یا یکی از دوستان آن‌ها و یا به طور کلی سایر اشخاصی که هیچ رابطه خویشاوندی با مرتکب ندارند، به جهت وضوح این مطلب که آن‌ها متضرر از جرم و به تعبیری متحمل ضرر و زیان نمی‌باشند، مورد بحث واقع نشده است.

## ۱-۲. شکایت زوج و زوجه نسبت به جرم منافی عفت یکدیگر

قبل از ورود به بحث، اشاره به این مطلب ضروری است که جرم‌انگاری زنا توسط شخصی که دارای همسر است، مورد بحث و بررسی‌های زیادی واقع شده است و بسیاری قائل به جرم‌زدایی از این رفتار و برخورد با روش‌های غیر کیفری از جمله اعطای حق طلاق به همسر مرتکب در جهت حفظ حقوق او می‌باشند. از نظرگاه تطبیقی نیز در حال حاضر در بسیاری از کشورهای جهان، زنا یا محصنه یا محصن جرم تلقی نمی‌شود و بسیاری از کشورها، اقدام به جرم‌زدایی از این رفتار کرده‌اند؛ برای نمونه می‌توان به ژاپن، کره جنوبی و اکثر کشورهای اروپایی مانند مالت، ایتالیا، فرانسه، اسپانیا، پرتغال، یونان، سوئیس، ترکیه و رومانی اشاره کرد (Kumar, 2019: 553). در کشور آمریکا نیز هرچند بیست ایالت، زنا توسط فرد دارای همسر را ممنوع و برای آن مجازات از جریمه نقدی تا اتهام در حد جنایت که می‌تواند حبس ابد به دنبال داشته باشد، تعیین کرده‌اند، اما این ایالت‌ها تقریباً هرگز قوانین مربوطه را اجرا نمی‌کنند (Miller, 2017: 434).

در خصوص پذیرش شکایت زوجین، هرچند رویه بر پذیرش شکایت از یکدیگر

استوار است،<sup>۱</sup> با این حال مبنای این پذیرش روشن نیست و بررسی موضوع چالشی و در عین حال از نظر حقوقی مبهم شکایت زوج و زوجه نسبت به یکدیگر، از اهمیت خاصی برخوردار است.

ممکن است گفته شود با عنایت به ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) که وفق آن «شاکی می‌تواند جبران تمام ضرر و زیان‌های مادی و معنوی و منافع ممکن‌الحصول ناشی از جرم را مطالبه کند» و تبصره ۱ آن، که زیان معنوی را عبارت از «صدمات روحی یا هتک حیثیت و اعتبار شخصی، خانوادگی یا اجتماعی» می‌داند و در خصوص جرایم منافی عفت به همسر شخصی که خیانت کرده است، از یک جهت صدمه روحی وارد می‌شود و از دیگر جهت موجب هتک حیثیت و اعتبار شخصی، خانوادگی و اجتماعی وی می‌گردد، آیا می‌توان زوج و زوجه را نسبت به جرایم یکدیگر بزه‌دیده تلقی نکرده و شکایت آن‌ها را موجب شروع تعقیب ندانست؟! به ویژه که تردیدی نیست نفس رابطه همسر فرد با دیگری که به معنای عدم پابندی به تعهدی است که به طور ضمنی در بدو ازدواج و با آن بنا نهاده شده است و نیز آثار مترتب بر آن از جمله کاهش رابطه عاطفی، موجب تألم، ناراحتی و صدمه روحی به همسر فرد می‌گردد؛ به حدی که ماده ۶۳۰ از کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) در صورت مشاهده زنا توسط شوهر، عذر تحریک در ارتکاب جنایت توسط وی علیه همسر و زانی را با شرایطی پذیرفته است و در حقوق انگلیس نیز ارتکاب قتل همسر در حال خیانت، موجب پذیرش دفاع تحریک و عذر مخففه تلقی شده است.

بر همین مبنا، نظریه ۷/۹۳/۶۹ مورخ ۱۳۹۳/۱/۲۴ اداره حقوقی قوه قضائیه ضمن ذکر دو مصداق از افراد شاکی در جرایم منافی عفت بیان می‌دارد:

«جرم ممکن است متضمن ورود زیان مادی یا معنوی باشد. در جرایم رابطه نامشروع، پدر یا شوهر زنی که مرتکب این جرایم شده، از وقوع جرم متضرر می‌شود و با توجه به ماده ۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، شاکی تلقی می‌شود».

۱. حتی در پرونده کلاسه ۱۴۰۰۲۵۹۲۰۰۲۴۸۱۶۲۷، دادگاه بدوی بر اساس شکایت شوهر شخصی که یک ماه بعد از طلاق بائن، مرتکب رابطه نامشروع شده است، طرفین را به تحمل ۹۹ ضربه تازیانه محکوم نموده است. با این حال، رأی مذکور توسط دادگاه تجدیدنظر به جهت فقدان سمت شاکی نقض می‌گردد.

همچنین وفق نظریه شماره ۷/۹۴/۱۱۳۰ مورخ ۱۳۹۴/۵/۷ اداره حقوقی قوه قضاییه: «منظور از شاکی، شخصی است که از وقوع جرم، متحمل ضرر و زیان شده است و بر اساس ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، ضرر و زیان‌های قابل مطالبه، اعم است از زیان‌های مادی و معنوی و منافع ممکن‌الحصول و بر اساس تبصره ۱ آن ماده، زیان معنوی عبارت از صدمات روحی و هتک حیثیت و اعتبار شخصی، خانوادگی و یا اجتماعی است. با این وصف، در فرض سؤال، همسر، پدر و مادر در جرایم منافی عفت می‌توانند در زمره شکات باشد».

به همین نحو با توجه به تعریف ماده ۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) از بزه‌دیده و با توجه به ماده ۱۴ همان قانون در خصوص ضرر و زیان مادی و معنوی و منافع ممکن‌الحصول، برخی علاوه بر بزه‌دیده مستقیم (طرف رابطه جنسی)، افراد دیگر را متحمل صدمه حیثیتی دانسته و زن و شوهر را نسبت به ارتکاب جرم منافی عفت توسط دیگری شاکی محسوب نموده‌اند (حدادزاده نیروی، ۱۳۸۸: ۱۲۳؛ حسینی، ۱۳۹۵: ۷۷). همچنین استدلال شده است با توجه به اینکه همسر اعم از زن و شوهر، دارای حق اختصاصی فراش و تمتع جنسی است و بین آن‌ها پیمانی بسته شده که در صورت رابطه جنسی شکسته می‌شود، لذا افراد نسبت به جرم جنسی ارتكابی توسط همسر خود دارای حق شکایت می‌باشند (شفیعی، ۱۳۹۷: ۹۷). در این راستا، برخی زنا را «به طور دقیق» یک جرم بدون قربانی ندانسته‌اند؛ زیرا فردی که مرتکب زنا می‌شود، به همسرش «خیانت» می‌کند (Friedman & Grossman, 2022: 197).

علی‌رغم مقدمه طولانی فوق، به نظر نگارندگان نمی‌توان زن و شوهر را نسبت به یکدیگر شاکی دانست. به عبارتی، نظر برخی حقوق‌دانان به شرح فوق که علاوه بر بزه‌دیده مستقیم، زن و شوهر را نیز به جهت صدمه حیثیتی، شاکی محسوب می‌نمایند و نظریه‌های فوق‌الذکر و نظریه شماره ۷/۷۲۷۰ مورخ ۱۳۸۲/۸/۲۸ اداره حقوقی قوه قضاییه که صراحتاً زوج و زوجه را در صورت ارتکاب جرم زنا محصنه از سوی دیگری، واجد حق شکایت و مطالبه ضرر و زیان دانسته است، پذیرفتنی نیست (در تأیید ر.ک: رحمدل، ۱۳۹۳: ۷۵/۱).<sup>۱</sup>

۱. در منبع فوق، اینکه رویه قضایی شوهر را نسبت به همسرش شاکی محسوب کرده است، مبتنی بر مسامحه دانسته شده است.

نخست آنکه تحمل ضرر و زیان، شرط تلقی فرد به عنوان بزه‌دیده است. همان گونه که در ابتدای بحث آمد، ممکن است گفته شود در ارتکاب زنا، از یک طرف حیثیت همسر وی مخدوش می‌شود و از طرف دیگر موجب صدمه و آسیب روحی به همسر مرتکب می‌شود. لذا ضرر حیثیتی و صدمه روحی وجود دارد. با این حال در ارتکاب زنا توسط شخص، حیثیت افراد دیگری نظیر پدر، مادر، برادر و خواهر شخص نیز مخدوش می‌شود و موجب صدمه و آسیب روحی به آن‌ها نیز می‌شود و ای بسا صدمه و گزندگی که از لحاظ حیثیتی و روحی به اشخاص مذکور وارد می‌شود، بیشتر از همسر باشد و آیا می‌توان این اشخاص را «بزه‌دیده» تلقی کرد. به دیگر سخن، چه تفاوتی بین خدشه و آسیب بر حیثیت و روان همسر مرتکب با خدشه بر حیثیت پدر وی و صدمه روحی به مادر او وجود دارد که پدر و مادر را بزه‌دیده ندانسته ولی شوهر را بزه‌دیده بدانیم؟<sup>۱</sup>

دوم، اگر این سؤال مطرح شود که خدشه حیثیتی به چه نحو صورت می‌گیرد؟ پاسخ اصولاً آن خواهد بود که زمانی که افراد متوجه شوند همسر فردی مرتکب زنا شده است، اعتبار فرد در جامعه مخدوش و از این جهت متضرر می‌شود. اگر این پاسخ را بپذیریم، باید بگوییم در قذف و افترا نیز شوهر یا زن فردی که رابطه جنسی به وی نسبت داده شده است هم می‌تواند شاکی محسوب شود و دادسرا و محاکم مکلف به رسیدگی می‌باشند که این امر در رویه قضایی مورد پذیرش واقع نشده است. ضمن اینکه در بسیاری از موارد، این جرایم به صورت مخفیانه و بدون آگاهی افراد جامعه صورت می‌گیرد؛ لذا خدشه حیثیتی واقع نشده است و حتی گاهی رسیدگی به شکایت شاکی، موجب اشاعه آن نزد مردم می‌گردد.

سوم، در جرم‌هایی که علیه حیثیت دیگری است، از جمله توهین، افترا و قذف، بزه‌دیده مستقیم شخصی است که رفتار فیزیکی نسبت به وی انجام می‌شود و اساساً

۱. همانند مواردی که شکایت از سوی زانی یا زانیه به جهت تأثیر آن از نظر حقوقی صورت می‌گیرد، در مواردی نظیر محرومیت از ارث وفق ماده ۸۸۴ قانون مدنی که مطابق آن «ولدالزنا از پدر و مادر و اقوام آنان ارث نمی‌برد» و یا اثبات بطلان نکاح بر اساس ماده ۱۰۵۶ قانون مذکور، نیازمند طرح بررسی جرم جنسی علی‌رغم رضایت طرفین، از سوی کسانی است که از این امر منتفع می‌باشند که در این موارد، رسیدگی با صدور قرار اناطه صورت خواهد گرفت.



درجه یک، خویشاوندان، بستگان و اشخاصی را که در جریان کمک به بزه‌دیدگان یا در جریان پیشگیری از بزه‌دیدگی دچار آسیب شده‌اند (مانند وکلا و مددکاران اجتماعی) شامل می‌شود (ر.ک: رایجیان اصلی، ۱۳۹۰: ۱۱۵/۱)، پذیرفت و احکام حقوقی شاکی را بر وی بار نمود؟

در پاسخ باید گفت گرچه این گزاره که شاکی کسی است که به وی ضرر و زیان وارد آمده است، صحیح است،<sup>۱</sup> اما نقطه مقابل آن نادرست است و نمی‌توان گفت هر کسی که به وی ضرر و زیان وارد آمده باشد، شاکی محسوب می‌شود. به عبارتی، رابطه بین این دو یعنی «شاکی» و «متحمل ضرر و زیان» به تعبیر منطقدانان، عموم و خصوص مطلق است؛ چرا که ضرر وارده، همان گونه که در تعریف برخی حقوق‌دانان آمده است (برای نمونه ر.ک: خالقی، ۱۴۰۰: ۵۳/۱)، باید به طور مستقیم به شخص وارد آمده باشد. در واقع، عرف کسی را زیان‌دیده از جرم می‌شناسد که به طور مستقیم از جرم آسیب دیده باشد (آخوندی، ۱۳۹۴: ۴۳۱).

اساساً از ارتکاب تمامی جرایم، جامعه نیز به طور مستقیم یا غیر مستقیم متحمل ضرر می‌شود (اردبیلی، ۱۴۰۰: ب: ۱۳۶-۱۳۸)؛ مثلاً در ارتکاب سرقت، امنیت افراد جامعه مخدوش می‌شود و اقدامات و هزینه‌های لازم برای مقابله با آن، مستقیم یا غیر مستقیم توسط افراد جامعه تأمین می‌شود. لذا صرف ضرر به معنای اینکه فرد بزه‌دیده جرم واقع شده است، نیست؛ وگرنه تمامی افراد جامعه را باید شاکی تلقی نمود. ضمن اینکه این مطلب که «بزه‌دیده شخصی است که [مستقیماً] از وقوع جرم متحمل ضرر و زیان می‌گردد»، در برخی از جرایم از لسان قانون‌گذار قابل فهم است؛ برای مثال، تردیدی نیست اینکه قانون‌گذار در ماده ۶۰۸ از کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) از «توهین به افراد» سخن می‌گوید، مقصود شخصی است که رفتار توهین‌آمیز درباره او صورت گرفته است و یا زمانی که قانون‌گذار در ماده ۱۶ قانون جرایم رایانه‌ای اشعار می‌دارد: «هر کس به وسیله سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی، فیلم یا صوت یا تصویر دیگری را تغییر دهد یا تحریف کند و آن را منتشر یا با علم به تغییر یا تحریف منتشر

۱. قانون‌گذار در مواردی، افرادی را که به آن‌ها ضرر و زیان وارد نیامده است نیز در حکم شاکی دانسته است.

کند، به نحوی که عرفاً موجب هتک حیثیت او شود» (تأکید از نگارندگان)، مشخص است که مقصود از واژه «او»، شخصی است که فیلم یا صوت یا تصویرش تغییر داده شده و تحریف و منتشر گردیده است و سایر افراد از جمله بستگان نزدیک وی را شامل نیست و آن‌ها شاکی محسوب نمی‌شوند.

برخی نیز زنای فرد همسر دار را در طبقه جرایم بدون بزه‌دیده<sup>۱</sup> قرار می‌دهند (Russell-Brown & Davis, 2015: 4, 146; Lynch et al., 2022; Galaway & Hudson, 1981: 288). مقصود از جرایم بدون بزه‌دیده نیز جرایمی است که بزه‌دیده «مستقیم» وجود ندارد (Pollock, 2011: 27) و آسیب و صدمه به طور «مستقیم» به هیچ کس وارد نمی‌شود (Robin & Anson, 1987: 84; Payne, 1993: 35). در واقع اگر در آسیب غیر مستقیم نیز فرد را بزه‌دیده محسوب کنیم، می‌توان پذیرفت که هیچ جرمی که به درستی بدون بزه‌دیده باشد، وجود ندارد؛ به دلیل اینکه صدمه و آسیب ممکن است به طور غیر مستقیم به خانواده و یا دوستان مرتکب وارد شود (Pollock, 2011: 27) و حتی همان گونه که گفته شده است، در قماربازی هم ممکن است خانواده فرد به دلیل نتیجه آن، نیازمند و محتاج گردند و بنابراین بدون بزه‌دیده نیست (Yochelson & Samenow, 1994: 222).

پنجم، اصل بر ممنوعیت تحقیقات در جرایم منافی عفت است و موارد شروع به تعقیب و تحقیق استثناست. این اصل علاوه بر اینکه در فقه مورد تأکید واقع شده است، از عبارات قانون‌گذار و از مجموعه مواد قانونی قابل استنباط است؛ از جمله اطلاق عبارت «انجام هر گونه تعقیب و تحقیق در جرایم منافی عفت ممنوع است»، در مقام بیان بودن قانون‌گذار در موارد استثنایی شروع به تعقیب، عام بودن عبارات «هر گونه تعقیب و تحقیق»، «هیچ فردی»، «فقط در محدوده شکایت و یا اوضاع و احوال مشهود»، نشان‌دهنده اصل منع تحقیقات در جرایم منافی عفت است. لذا در موارد مشکوک و مردد باید به اصل رجوع نمود و در استثنا باید به قدر متیقن بسنده کرد.

ششم، خسارت معنوی که در ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) بدان اشاره شده است، تنها در خصوص شخصی که بزه‌دیده مستقیم جرم است و به عبارتی

1. Victimless crime.

رفتار فیزیکی جرم نسبت به او واقع شده است، قابل طرح است. وفق ماده ۲۱۲ مکرر قانون اصلاح مواد ۲۰۷ تا ۲۱۴ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۱۲:

«هر کس مرتکب یکی از جرم‌های مذکور در ماده ۲۰۷ و ۲۰۸ و ۲۰۸ مکرر و ۲۰۹ گردد،<sup>۱</sup> علاوه بر مجازات‌های مقرر، به تأدیه خسارات معنوی مجنی‌علیه که در هر حال کمتر از ۵۰۰ ریال نخواهد بود، محکوم می‌شود».

استفاده از واژه مجنی‌علیه در ماده مذکور، نشانگر این است که طرح خسارت معنوی در قانون فوق‌الاشاره تنها توسط بزه‌دیده مستقیم قابل طرح بوده است. ماده ۹ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ نیز اشعار داشته است:

«دختری که در اثر اعمال حيله یا تهدید و یا سوءاستفاده از زیردست بودن، حاضر برای همخوابگی نامشروع شده، می‌تواند از مرتکب علاوه از [بر] زیان مادی، مطالبه زیان معنوی هم بنماید».

همچنین ماده ۷ قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیر مجاز می‌نمایند (۱۳۸۶) اشعار می‌دارد:

«زیان‌دیده از جرایم مذکور در این قانون، حق مطالبه ضرر و زیان را دارد. دادگاه با احراز مکره بودن بزه‌دیده موضوع صدر ماده ۴، ضمن صدور حکم کیفری، مرتکب را به پرداخت ارش البکاره، مهرالمثل یا هر دو (حسب مورد) محکوم می‌نماید. بزه‌دیده می‌تواند دعوی مطالبه هزینه درمان و ضرر و زیان وارده را در دادگاه کیفری صالحه یا دادگاه محل اقامت خود اقامه نماید».

دقت در الفاظ و عبارات قانون‌گذار نشان می‌دهد که مقصود از عبارت ضرر و زیان در مواد مذکور، ضرر و زیانی است که به خود مجنی‌علیه وارد می‌شود. اساساً ضرر و زیان به شخص و لزوم جبران آن، نیازمند احراز رابطه استناد می‌باشد که مقصود از آن استناد عرفی است. در این راستا، ماده ۴۹۳ قانون مجازات اسلامی با اشاره به ماده ۴۹۲، در کلیه جرایم استناد نتیجه حاصله به رفتار مرتکب را اعم از آنکه به نحو مباشرت یا به تسبیب یا به اجتماع آن‌ها انجام شود، لازم دانسته است. در مواردی

۱. مواد مذکور به مواردی نظیر ارتکاب عمل منافی عفت با اکراه یا تهدید، ربودن دیگری برای ارتکاب عمل منافی عفت یا وادار کردن به آن اشاره دارد.



که ضرر و زیان و جبران آن مطرح است، عرف زمانی شخص را مسئول جبران صدمه وارده می‌داند که رابطه سببیت مستقیم بین رفتار و نتیجه وجود داشته باشد. بنابراین اینکه در قانون بیان شده است ضرر معنوی به اشخاص باید جبران شود، با عنایت به مطالب گفته شده، مقصود ایراد صدمه به اشخاص ثالث نیست، بلکه مواردی را شامل است که صدمه و آسیب مستقیم به شخص وارد آمده است.

از لحاظ تاریخچه قانون‌گذاری، ایراد عدم تعیین مصادیق شاکی خصوصی در نخستین قانون کیفری کشور وجود داشت که با اصلاحاتی که به موجب «قانون اصلاح مواد ۲۰۷ الی ۲۱۴ قانون مجازات عمومی» مصوب ۱۳۱۲ در قانون رخ داد، این نقص مرتفع شد و قانون‌گذار در ماده ۲۱۲ در خصوص دو حالتی که ۱- زن شوهرداری با مردی رابطه نامشروع داشته باشد و ۲- هر مردی که با زن شوهردار رابطه نامشروع داشته باشد، تنها زوج را و در خصوص حالتی که هر مرد زن‌دار که با زنی رابطه نامشروع داشته باشد، تنها زوجه را واجد سمت مدعی خصوصی دانسته و تعقیب کیفری را موکول به شکایت آن‌ها کرده و تصریح نموده است که در صورت استرداد شکایت تا صدور حکم نهایی از طرف مدعی خصوصی، تعقیب جزایی موقوف خواهد شد. قید «تنها» در ماده مذکور نشان می‌دهد که وفق قانون مذکور، در صورت شکایت افرادی مانند پدر، مادر، خواهر، برادر و سایر اشخاص، امکان رسیدگی وجود نداشت. دوم آنکه با اصلاحات صورت گرفته به موجب قانون اخیرالذکر، مدعی خصوصی منحصر به شخصی که عمل منافعی عفت نسبت به او صورت گرفته، نبود و علاوه بر او، شامل زن نسبت به شوهر و شوهر نسبت به همسرش و کسی که با همسر او مرتکب زنا شده است، بوده و در صورت شکایت آن‌ها، پیگرد کیفری به جریان می‌افتاد. ممکن است گفته شود از لحاظ تاریخچه قانون‌گذاری، زن و شوهر نسبت به یکدیگر شاکی محسوب می‌شده‌اند؛ با این حال باید توجه داشت که در قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ چنین مقرره‌ای وجود نداشته است و اصلاحات صورت گرفته را می‌توان در جهت الحاق همسر به مصادیق شاکی و در حکم شاکی دانست؛ به ویژه که همان گونه که پیشتر نیز آمد، در ماده ۲۱۲ مکرر قانون مذکور، پرداخت خسارت معنوی تنها در خصوص مواد ۲۰۷، ۲۰۸، ۲۰۸ مکرر و ۲۰۹ پیش‌بینی شده و اشاره‌ای به ماده ۲۱۲ نشده است.

## ۲-۲. شکایت سایر بستگان

با عنایت به مبحث پیشین، پاسخ این پرسش که آیا سایر بستگان از جمله والدین مرتکب را می‌توان بزه‌دیده تلقی نمود، تا حدی روشن است. علاوه بر ادله اشاره شده در مبحث پیشین در تأیید اینکه والدین فرد را نمی‌توان شاکی دانست، می‌توان به تبصره ۳ ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) اشاره نمود که اشعار می‌دارد:

«در جرایم مذکور در این ماده، اگر بزه‌دیده محجور باشد، ولی یا سرپرست قانونی او حق طرح شکایت دارد. در مورد بزه‌دیده بالغی که سن او زیر هجده سال است، ولی یا سرپرست قانونی او نیز حق طرح شکایت دارد.»

مفهوم مخالف این ماده نشانگر آن است که پدر در صورتی که فرزندش بالای ۱۸ سال باشد، حق طرح شکایت ندارد. از طرف دیگر، از تبصره مذکور این مطلب قابل استنباط است که سایر اعضای خانواده نظیر مادر، خواهر و برادر و فرزندان نیز حق طرح شکایت ندارند.

در خصوص پدر، برخی معتقدند با توجه به اینکه پدر ولی فرد است و بلوغ و رشد و حتی ازدواج، او را از ولایت پدر خارج نمی‌کند، لذا متضرر معنوی است و مقام قضایی اگر فرد را شاکی نمی‌داند، باید استدلال نماید که چرا فرد را شاکی نمی‌داند (آقایی، ۱۴۰۰: ۴۷). با این حال، اولاً به صراحت ماده ۱۱۸۰ قانون مدنی، ولایت پدر و جد پدری تا زمانی وجود دارد که طفل کبیر و رشید شود. ثانیاً اینکه ولی یا سرپرست قانونی به موجب تبصره ۳ ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) «در مورد بزه‌دیده بالغی که سن او زیر هجده سال است» نیز حق طرح شکایت دارد، نشانگر آن است که اولاً در مورد افراد غیر محجور و بالای ۱۸ سال، اشخاص مذکور حق طرح شکایت ندارند (به عبارت بهتر شکایت آن‌ها موجب پیگیری نیست). ثانیاً مادر و سایر بستگان نیز در مورد افراد محجور اصولاً شاکی نمی‌باشند و اعلام‌کننده جرم هستند؛ هرچند در صورت شکایت که به نوعی اعلام جرم است، به جهت اینکه عمل منافعی عفت با افراد محجور در حکم عفت است، رسیدگی از این باب صورت خواهد گرفت.

اینکه برخی بیان داشته‌اند در ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، شاکی فراتر از بزه‌دیده مستقیم این جرایم یا ولی و نماینده قانونی اوست، به این جهت

که حق شکایت به ولی و سرپرست افراد بالغ نیز داده شده است (طهماسبی، ۱۳۹۴: ۲۰۹/۲)، پذیرفتنی است. به عبارتی، قانون‌گذار در مواردی اشخاصی را که متحمل ضرر و زیان نشده‌اند، نیز در حکم شاکی دانسته و احکام شاکی را بر آن‌ها بار نموده است. در واقع، اطلاق بزه‌دیده بر آن‌ها از نظر ماهوی به این سبب که آن‌ها مستقیماً از وقوع جرم متحمل ضرر و زیان نشده‌اند، صحیح نیست و این اشخاص در حکم بزه‌دیده می‌باشند.

شایان ذکر است که نگارندگان اذعان دارند پذیرش این نظر در رویه قضایی، تبعات سنگینی به دنبال دارد؛ از طرفی، صرف‌نظر از ریشه‌های دینی، جرم‌انگاری روابط نامشروع توسط افراد دارای همسر با توجه به تفاوت‌های فرهنگی کشورها، در کشور ما ضروری است که موضوع بحث دیگری است. از سوی دیگر، عدم رسیدگی به شکایت بستگان از جمله همسر مرتکب و والدین، موجبات دادگستری خصوصی و انتقام شخصی را حتی به صورت قتل عمد مرتکبان فراهم می‌آورد. لذا اصلاحات قانونی در جهت تسری صریح و بدون ابهام گستره شاکی به مواردی نظیر همسر و بستگان نزدیک ضروری است.

## نتیجه‌گیری

بزه‌دیده را از جهات مختلف می‌توان تعریف کرد و مصادیق قابل ذکر برای آن نیز می‌تواند محل بحث و اختلاف باشد. مفهوم شاکی و بزه‌دیده علی‌رغم اهمیتی که دارد، در قوانین موضوعه تبیین نشده است؛ هرچند ماده ۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) اشعار می‌دارد:

«بزه‌دیده شخصی است که از وقوع جرم، متحمل ضرر و زیان می‌گردد و چنانچه تعقیب مرتکب را درخواست کند، "شاکی" و هر گاه جبران ضرر و زیان وارده را مطالبه کند، "مدعی خصوصی" نامیده می‌شود».<sup>۱</sup>

۱. در ماده ۹ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در خصوص شاکی آمده بود: «شخصی که از وقوع جرمی متحمل ضرر و زیان شده و یا حقی از قبیل قصاص و قذف پیدا کرده و آن را مطالبه می‌کند، مدعی خصوصی و شاکی نامیده می‌شود». ماده مذکور بر خلاف تبصره ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در خصوص ضرر و زیان، به زیان معنوی اشاره نکرده بود.

اما بدیهی است که مفاد ماده مذکور، کمک چندانی به تشخیص شاکی و بزه‌دیده نمی‌کند.

این ابهام در جرایم منافی عفت نیز وجود دارد که موجد طرح نظرات مختلف در حالت‌های متفاوت می‌باشد. بی‌شک بارزترین مصداق که در صدق شاکی بر آن نمی‌توان تردید کرد، قربانی جرایم منافی عفتی است که با عنف صورت گرفته است و اساساً با اصلاحاتی که در قانون آیین دادرسی کیفری در سال ۱۳۹۴ در ماده ۱۰۲ صورت گرفت، عمل منافی عفت به عنف، به دو حالت «شکایت شاکی» و «در مرئی و منظر عموم واقع شدن» الحاق گردید.

با لحاظ مطالب پیش گفته مبنی بر اینکه صرفاً کسانی که طرف مقابل رابطه جنسی می‌باشند، حق شکایت دارد و اینکه در صورت رضایت واقعی طرفین، هیچ یک نمی‌تواند نسبت به دیگری بزه‌دیده و شاکی محسوب شود، مواردی که بتوان آن‌ها را ذیل شاکی قرار داد، بی‌آنکه ذیل موارد به عنف یا در حکم آن باشند، عبارت‌اند از حالتی که فرد هرچند مجبور، مکره، مضطر و نظایر آن نیست، اما اختیار کامل نیز ندارد؛ از جمله حالتی که شخص با تهدید، اغفال، آزار و تحریک دیگری، موجب رضایت ظاهری وی به ارتکاب جرم منافی عفت شود، که حتی اگر اقدامات او به نحوی نباشد که صدق اکراه، اضطراب و اجبار بر آن نماید، با شکایت طرف مقابل می‌تواند موجب آغاز پیگرد باشد. با این حال، ورود ضرر و زیان که تشخیص عرف در این خصوص راهگشاست شرط است. لذا شکایت یک مرد به این صورت که با تهدید مالی یک زن به ارتکاب زنا با وی تن داده است، نمی‌تواند جواز آغاز تعقیب باشد؛ زیرا عرف در این حالت، مرد را بزه‌دیده تلقی نمی‌کند.

اما در خصوص سایر افراد که طرف رابطه جنسی نبوده‌اند، از جمله شکایت زن نسبت به رابطه جنسی شوهرش با دیگری و برعکس، شکایت والدین فرد مگر اینکه مشمول تبصره ۳ ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) باشد، شکایت برادر و خواهر و به طریق اولی بستگان دورتر نظیر دایی و عمو، نمی‌تواند موجب آغاز پیگرد باشد؛ امری که حداقل در خصوص زن و شوهر با اشکال اساسی مواجه بوده و با عنایت به ابهام و طرح نظرات مختلف در این خصوص، تصریح قانون‌گذار به اینکه زن

و شوهر نسبت به یکدیگر و شخص ثالث طرف رابطه می‌توانند شاکی محسوب شوند، ضروری می‌نماید تا مخصوصاً با توجه به قبح شدید این رفتار به ویژه در جامعه ما، از آثار سوئی که عدم برخورد کیفری می‌تواند به دنبال داشته باشد (از جمله رواج انتقام‌گیری شخصی)، جلوگیری شود.

## کتاب‌شناسی

۱. آخوندی، محمود، *آیین دادرسی کیفری (جلد اول: کلیات و دعاوی ناشی از جرم)*، چاپ هفدهم، تهران، دوران‌دیشان، ۱۳۹۴ ش.
۲. آشوری، محمد، *آیین دادرسی کیفری*، چاپ بیست و یکم، تهران، سمت، ۱۳۹۸ ش.
۳. آقایی، مهدی، *رسیدگی به جرایم منافی عفت (با نگرشی کاربردی)*، چاپ پنجم، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۴۰۰ ش.
۴. اردبیلی، محمدعلی، *حقوق جزای عمومی*، چاپ پنجاه و هشتم، تهران، میزان، ۱۴۰۰ ش. (الف)
۵. همو، *کلیات حقوق جزا*، چاپ پنجم، تهران، میزان، ۱۴۰۰ ش. (ب)
۶. اسپانلو، محمود، ایرج گلدوزیان، و کیومرث کلانتری، «چالش‌های اثبات دعوی تجاوز جنسی در فرایند کیفری ایران»، *آموزه‌های حقوق کیفری*، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، سال هفدهم، شماره ۱۹، بهار و تابستان ۱۳۹۹ ش.
۷. اکرمی، روح‌الله، «عنصر عتف در زنا از منظر فقه، حقوق جزای ایران و انگلیس»، *فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، سال سوم، شماره ۱ (پیاپی ۷)، بهار ۱۳۹۵ ش.
۸. برجس، آن ولبرت، چریل رگر، و آلبرت آر. رابرتس، *بزه‌دیده‌شناسی؛ نظریه‌ها و کاربردها*، ترجمه حمیدرضا ملک محمدی، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۹. برهانی، محسن، و مهسا دادجو، «مفهوم و جایگاه عتف در حقوق کیفری ایران»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، سال چهاردهم، شماره ۵۳، تابستان ۱۳۹۶ ش.
۱۰. توجهی، عبدالعلی، و رحمان صبوچی، «سیاست جنایی بزه‌پوشی در حدود (با تأکید بر جرایم منافی عفت)»، *ماهنامه دادرسی*، سال هجدهم، شماره ۱۰۸، بهمن و اسفند ۱۳۹۳ ش.
۱۱. جمعی از مترجمان، *دانشنامه بزه‌دیده‌شناسی و پیشگیری از جرم*، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، میزان، مرکز تحقیقات کاربردی پلیس پیشگیری ناجا، ۱۳۹۳ ش.
۱۲. حدادزاده نیری، محمدرضا، «تحقیق در جرایم منافی عفت (تحلیل تبصره ماده ۴۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری)»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال هفتاد و سوم، شماره ۶۷، پاییز ۱۳۸۸ ش.
۱۳. حسینی، سیدبهاد، *مطالعه فرایند رسیدگی به جرایم منافی عفت در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ در پرتو موازین فقهی*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه طباطبائی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۹۵ ش.
۱۴. خالقی، علی، *آیین دادرسی کیفری*، چاپ چهل و سوم، تهران، شهر دانش، ۱۴۰۰ ش.
۱۵. خدایار، حسین، و رحیم نوبهار، «بازخوانی تحلیلی - انتقادی مفهوم اقامه حد و تعطیل حد»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال هفتم، شماره ۲۵، زمستان ۱۳۹۷ ش.
۱۶. رایجیان اصلی، مهرداد، *بزه‌دیده‌شناسی (جلد یکم: تحولات بزه‌دیده‌شناسی و علوم جنایی)*، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۰ ش.
۱۷. رحمدل، منصور، *آیین دادرسی کیفری (جلد نخست)؛ کلیات تحولات آیین دادرسی و دعاوی ناشی از جرم*، تهران، دادگستر، ۱۳۹۳ ش.
۱۸. رستمی، هادی، *آیین دادرسی کیفری*، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۴۰۱ ش.
۱۹. ستارچه، علی، *رویکرد سیاست جنایی ایران درباره بزه‌دیدگان جرایم جنسی*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد،

- دانشگاه آزاد اسلامی شاهرود، دانشکده حقوق، ۱۳۹۵ ش.
۲۰. شاهیده، فرهاد، *بزه‌دیده‌شناسی (نقش بزه‌دیده در ارتکاب جرم و تعیین کیفر)*، تهران، مجد، ۱۳۹۳ ش.
۲۱. شعیب، محمد مهدی، «تحلیل فقهی ماده ۱۰۲ آیین دادرسی کیفری با تأکید بر مفهوم و مصادیق شاکی خصوصی»، *رسائل؛ مجله علمی دانش‌پژوهان مرکز آموزش‌های تخصصی فقه*، شماره ۸، پاییز ۱۳۹۵ ش.
۲۲. شفیعی، سید حبیب، *تعقیب و تحقیق در جرایم منافی عفت در ایران*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تربیت مدرس، دانشکده حقوق، ۱۳۹۷ ش.
۲۳. شیدانیان، مهدی، و زینب شیدانیان، «رویکرد قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ به جرایم منافی عفت»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال هشتاد و دوم، شماره ۱۰۱، بهار ۱۳۹۷ ش.
۲۴. طهماسبی، جواد، *آیین دادرسی کیفری؛ جلد دوم (تحقیقات مقدماتی)*، تهران، میزان، ۱۳۹۴ ش.
۲۵. عاملی جبعی (شهید ثانی)، *زین الدین بن علی، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية*، قم، کتابفروشی داورى، ۱۴۱۰ ق.
۲۶. عاملی جزینی (شهید اول)، *محمد بن جمال‌الدین مکی، القواعد والفوائد*، قم، کتابفروشی مفید، بی‌تا.
۲۷. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۲۸. محمدی جورکویه، علی، «سیاست جنایی اسلام در جرایم جنسی»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، سال هفتم، شماره ۲۴، بهار ۱۳۸۹ ش.
۲۹. مکارم شیرازی، ناصر، *استفتائات جدید*، چاپ دوم، قم: مدرسه امام علی بن ابی‌طالب (علیه السلام)، ۱۴۲۷ ق.
۳۰. منیری، ثریا، و رحیم وکیل‌زاده، «تحلیلی پیرامون سختگیری اثبات جرایم در فقه امامیه»، *فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، سال سیزدهم، شماره ۴۷، بهار ۱۳۹۶ ش.
۳۱. میرمحمدصادقی، حسین، *حقوق کیفری اختصاصی (۴)*؛ جرایم علیه شخصیت معنوی اشخاص، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۴۰۰ ش.
۳۲. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.
۳۳. نیکخواه کوه‌جهری، محمدحسین، *تحقیق در جرایم منافی عفت از منظر فقه امامیه و حقوق کیفری ایران با تأکید بر رویه قضایی*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید باهنر کرمان، دانشکده حقوق و الهیات، ۱۳۹۶ ش.
34. Friedman, Lawrence M. & Joanna L. Grossman, *The Walled Garden: Law and Privacy in Modern Society*, Rowman & Littlefield Publishers, 2022.
35. Galaway, Burt & Joe Hudson (Eds.), *Perspectives on Crime Victims*, CV Mosby Company, 1981.
36. Kumar, Surendra, "Decriminalisation of Adultery: A Step Towards Rights Based Social Relations", *Research Journal of Humanities and Social Sciences*, Vol. 10(2), 2019.
37. Lynch, Nessa & Yannick van den Brink & Louise Forde (Eds.), *Responses to Serious Offending by Children: Principles, Practice and Global Perspectives*, Taylor & Francis Group, 2022.

38. Miller, Alyssa, "Punishing Passion: A Comparative Analysis of Adultery Laws in the United States of America and Taiwan and their Effects on Women", *Fordham International Law Journal*, Vol. 41(2), 2017.
39. Payne, James L., *Costly Returns: The Burdens of the U.S. Tax System*, Ics Press, 1993.
40. Pollock, Joycelyn M., *Crime & Justice in America: An Introduction to Criminal Justice*, Routledge, 2011.
41. Robin, Gerald D. & Richard H. Anson, *Introduction to the Criminal Justice System*, New York, Harper & Row Publishers, 1987.
42. Russell-Brown, Katheryn, & Angela J. Davis, *Criminal Law*, Sage Publications, 2015.
43. Yochelson, Samuel & Stanton E. Samenow, *The Criminal Personality; Volume II: The Change Process*, Rowman & Littlefield Publishers, 1994.



## انعکاس نظریه‌های عدالت کیفری

### در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی\*

- بهرام پشمی<sup>۱</sup>
- هیئت‌الله نژندی‌منش<sup>۲</sup>

#### چکیده

عدالت به عنوان یکی از بغرنج‌ترین مسائل در زمینه روابط انسانی محسوب می‌گردد؛ به ویژه زمانی که قرار است از طرف دیوان کیفری بین‌المللی در جهت «جبران خسارت زیان‌دیده» و «برخورد با مجرمان و مجازات آن‌ها»، گام‌هایی برای تحقق آن برداشته شود. پیچیدگی این موضوع زمانی تشدید می‌شود که دیوان تحقق عدالت را به موضوع صلح و امنیت و رفاه پیوند می‌زند. بررسی مفهوم عدالت در پرتو صلاحیت تکمیلی نشان می‌دهد که اساسنامه رم با توسل به آن در تلاش است تا حدی به تطبیق تکرگرای هنجاری بر عملکرد عدالت بین‌المللی کیفری بپردازد. در عین حال، مفهوم عدالت در اساسنامه رم، ناظر بر شرایط و موقعیت‌های مختلف می‌باشد. ضمن اینکه عدالت در مفهوم خاص

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۸/۲۴ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۲/۲۸.

۱. دکتری حقوق بین‌الملل عمومی (نویسنده مسئول) (bahrampashmi@gmail.com).

۲. استادیار گروه حقوق بین‌الملل عمومی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران (hnajandimanesht@gmail.com).

خود ناظر به احراز تقصیر بزه‌کار و همچنین اصلاح آن و در مفهوم عام خود شامل منافع بزه‌دیدگان نیز می‌شود. از همین روست که دیوان به منظور تأثیر پایدار خود بر عدالت و صلح، اقدام به ایجاد واحدی برای حمایت از قربانیان و شاهدان و همچنین ایجاد صندوق امانی نموده است. دیوان در عین حال عدالت سزادهنده را از طریق مجازات مرتکبان جنایات دسته‌جمعی به معرض اجرا می‌گذارد. بر همین اساس، آرای دیوان بیشتر در جهت بازدارندگی با هدف دستیابی به صلح و امنیت بوده است تا تناسب بین مجازات و فعل ارتكابی مجرمانه؛ به طوری که در احکام آن نشانه‌هایی از جبران نابرابری پیش آمده که همانا مفهوم عدالت سزادهنده به چشم نمی‌خورد.

**واژگان کلیدی:** تعقیب کیفری، صلح، عدالت رویه‌ای، عدالت سیاسی شده، عدالت کیفری، عدالت‌گزینی.

### مقدمه

ملاحظات انسانی، فصل مشترک بسیاری از تحولات نظام حقوق بین‌الملل است. بنابراین تضمین تصدیق ارزش‌های اساسی برای جامعه بین‌المللی به منظور ایجاد و سیر تکاملی مفهوم این جامعه، امری ضروری خواهد بود. برای پاسداری از منافع و ارزش‌های مشترک جامعه بین‌المللی، راهکارهای مختلفی با میزان اثرگذاری متفاوتی در نظر گرفته شده است. اما در این میان، ضمانت اجرای کیفری ناقضان گستردهٔ هنجارها و ارزش‌های بنیادین جوامع را باید به عنوان مؤثرترین اقدام محسوب نمود (زمانی و حسینی اکبرنژاد، ۱۳۹۴: ۳۱۵). اگرچه تأسیس یک دادگاه کیفری بین‌المللی با صلاحیت رسیدگی به جرائم مهم جامعه بین‌المللی، با بیم و امیدهای زیادی توأم بوده و هست (شریعت‌باقری، ۱۳۷۷: ۷۷)، اما سرانجام آرزوی دیرینه جامعه جهانی برای تأسیس یک دیوان کیفری بین‌المللی تحقق یافت و در هفده ژوئیه ۱۹۹۸، یکصد و بیست دولت در شهر رم قاطعانه به اساسنامه آن رأی مثبت دادند که با کسب حد نصاب لازم، از اول ژوئیه ۲۰۰۲ لازم‌الاجرا گردید (Philipp, 2003: 331).

دیوان با این فرض تأسیس شد که عدالت جزء اساسی صلح پایدار است. مهم‌ترین پیشرفت جامعه بین‌المللی در سال‌های اخیر در خصوص تلاش درازمدت برای

توسعه عدالت و حاکمیت قانون، همانا تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی بوده است (See: Report of the Secretary General..., 2004). همچنین دیپاچه اساسنامه دیوان اعلام می‌کند که جنایات مندرج در این معاهده به قدری جدی هستند که صلح، امنیت و رفاه جهان را تهدید می‌کنند. با این حال، اصطلاحات «صلح» و «عدالت» در دیپاچه دیوان تعریف نشده‌اند و این تفسیرهای مختلفی را به دنبال دارد؛ زیرا صلح و عدالت برای برخی، می‌تواند برای دیگران به معنای شرایط جنگ و بی‌عدالتی باشد (Gegout, 2013: 801). دیوان اهداف بسیار جاه‌طلبانه‌ای دارد؛ زیرا نه تنها به برقراری عدالت بین‌المللی بلکه به صلح نیز می‌پردازد (Ibid.: 812). اما با توجه به گستردگی و پیچیدگی مفهوم عدالت، کشف عدالت مورد نظر دیوان، امری دشوار و نیازمند بررسی در خصوص هم متهم و بزه‌دیده و هم در صورتی که موجبات فراهم آمدن محکومیتی اعلام گردد، خواهد بود.

عدالت در طول تاریخ معرفت بشری، به عنوان ایده و ارزشی مطلوب، مورد نظر بوده است. در ضمن، حوزه‌های متنوعی از فعالیت‌ها و مناسبات اجتماعی می‌تواند از منظر عدالت مورد توجه قرار گیرد. گوناگونی این حوزه‌ها، به مطرح شدن مفاهیم متعددی از عدالت منجر گردیده است که «جبران خسارت بزه‌دیده»، «برخورد با مجرمان و مجازات آن‌ها»، نمونه‌هایی از حوزه‌های زندگی بشری هستند که در ارتباط با موضوع عدالت قرار دارند (قاری سیدفاطمی، ۱۳۹۵: ۸۲/۱-۸۳). عدالت به توزیع مطلوبات و منابع موجود در سطح یک جامعه از یکسو و نگهداری این نظام از سوی دیگر دلالت دارد. بنابراین در گام اول، مطلوب ما عادلانه بودن توزیع منابع موجود خواهد بود که با عنوان «عدالت توزیعی» شناخته شده و به طور عمده در سطح قانون‌گذاری صورت می‌گیرد. از آنجایی که توزیع منابع و امکانات هر جامعه‌ای پیشاپیش صورت گرفته است، لذا امکان اینکه توزیع به طور عادلانه نبوده باشد، وجود خواهد داشت.

در مرحله بعد، امکان به هم خوردن نظام توزیع عادلانه در اثر اعمال آزادانه اعضای دیگر جامعه، از طریق ارتکاب جرم و ورود ضرر و نظایر آن‌ها وجود دارد. در چنین مواردی باید به اصلاح و برطرف کردن ناراستی ایجادشده پرداخت که این مورد هم به عنوان «عدالت اصلاحی» شناخته می‌شود و باید در سطح دادگستری صورت پذیرد.

استقلال نظام قضایی و رویه‌های عادلانه، از جمله اموری هستند که می‌توان آن‌ها را در راستای این نوع عدالت به شمار آورد (راسخ، ۱۳۹۳: ۵۵۲/۲-۵۵۳) و در واقع این موارد، به مفهومی دیگر و تحت عنوان عدالت رویه‌ای ارتباط پیدا می‌کند.

اگرچه پیچیدگی مفهوم عدالت، آن را اساساً به مسئله متنازع‌فیه مبدل ساخته است، اما اختلاف بیشتر بر سر مفهوم تفصیلی از عدالت است تا مفهوم اجمالی آن. با این وجود می‌توان به مفهومی اجمالی از عدالت دست یافت (سیدفاطمی، ۱۳۹۵: ۸۱/۱). از طرفی، عدالت در حوزه حقوق کیفری به شکل دیگری مطرح می‌شود و واکنش در مواجهه با بزه به صور گوناگونی صورت می‌گیرد.

اگر مبنای تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی را با ملاحظاتی عدالت فرض نماییم، آنگاه این پرسش کلیدی مطرح می‌گردد که با توأم گردیدن هدف عدالت با صلح، کدام مفهوم از عدالت را می‌توان از مفاد اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی دریافت؟ با توجه به همنشینی واژگان عدالت و صلح در دیباچه اساسنامه، این سؤال مطرح می‌شود که کدام مفهوم از عدالت به تحقق صلح منجر می‌شود؟ این در حالی است که گاهی در خصوص تحقق توأمان عدالت با صلح، با تعارض مواجهیم. لذا این مقاله به روش تحلیلی - توصیفی ضمن تبیین مشخصات مفهوم عدالت در حقوق بین‌المللی کیفری، در صدد کشف مفهوم عدالت در چارچوب اساسنامه رم می‌باشد. بر همین اساس، مفهوم نظری عدالت کیفری در دو سطح مورد بررسی قرار می‌گیرد. نخست در رابطه با متهم و بزه‌دیده و محکوم بر اساس مبانی نظری کلاسیک و مفهوم عدالت تحلیل ارائه می‌شود. سپس مفاهیم عدالت تکمیلی و عدالت‌گزینشی در رابطه با دیوان، مفهوم‌سازی و تحلیل می‌شوند. سرانجام رویه قضایی دیوان در این موارد بررسی می‌شود تا مفاهیم عدالت تکمیلی و گزینشی در رویه نیز مشخص شوند.

## ۱. مفهوم عدالت در رابطه با متهم، بزه‌دیده و محکوم

تاریخ حقوق کیفری نشان می‌دهد که از روزگاران قدیم، بشر در برابر جرائم سکوت نکرده و در قبال تجاوز به حریم آزادی‌ها و حقوق خویش واکنش نشان داده است. از دیرباز، جوامع انسانی حتی جوامع ابتدایی برای مقابله با جرم به ناچار از حربه‌ای

استفاده کرده‌اند. این حربه از انتقام‌های پایان‌ناپذیر و خونین قبیله‌ای در اجتماعات بدوی تا مجازات‌های متمدن و پیشرفته امروزی، دستخوش تغییر و تحولات بسیاری شده است. صرف نظر از این تغییرات، آنچه از روزگاران کهن به عنوان یکی از دغدغه‌های اصلی در این حوزه محسوب می‌شود، چگونگی توجیه عقلی و اخلاقی مجازات است. تحمیل مجازات به لحاظ خصایص ناخوشایند و نامطلوب آن، چون تحمیل درد و رنج، سلب منافع از بزه‌کار، محدود کردن آزادی وی و... همواره نیازمند تبیین اغراض و اهدافش بوده است. این عدم مطلوبیت تا حدی است که مجازات به عنوان شرّ و شرارت معرفی شده است.<sup>۱</sup> این ویژگی‌ها سبب شده تا اندیشمندان و فلاسفه در پی ارائه توجیهاتی در خصوص مبانی و معیارهای تحمیل کیفر برآیند. توجیهاتی که به عنوان سنگ بنای مشروعیت مجازات بوده و پذیرش و تمکین از آن را تسهیل می‌نماید. اهداف مجازات‌ها دارای گستره وسیعی است که از انتقام به عنوان یکی از اهداف مجازات در جوامع غیر متمدن ابتدایی گرفته تا تحقق عدالت، بازدارندگی، بازپروری، ترمیم خسارات ناشی از جرم و... را در بر می‌گیرد (نجاری لواسانی، ۱۳۸۸). صرف نظر از مبانی نظری مفهوم عدالت، باید توجه داشت که نسبت تعریف عدالت می‌تواند مربوط به اعتبار حوزه‌های مختلف حقوق بین‌الملل و چندپارگی آن باشد. با علم به این موضوع که قوام حقوق بین‌الملل در یک ساختار منسجم صورت پذیرفته است و «هر نهاد حقوقی، متشکل از مجموعه‌ای از قواعد حقوقی است که حول هسته‌ای مرکزی (فکر اساسی - مفهوم اساسی) قوام یافته و در نتیجه به پدید آمدن یک کل پایدار انجامیده است، بنابراین ماحصل هر نهاد، مجموعه‌ای از قواعد حقوقی بوده است که خاص آن نهاد است و برای تحقق «فکر اساسی» که علت وجودی نهاد است، نظم و انضباط می‌یابد» (فلسفی، ۱۳۸۵: ۵۲). لذا معاهده رم ۱۹۹۸ به عنوان سند تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی را نیز نمی‌توان از این قاعده مستثنا دانست.

به موجب دیباچه، طرف‌های اساسنامه اظهار می‌دارند که نماینده بشریت به عنوان یک کل هستند و صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی باید در زمان مقتضی شامل همه

۱. هگل مجازات را شرارت می‌داند و معتقد است جرم شرّی است که باید با شرارتی از همان نوع پاسخ داده شود. هابز نیز کیفر را شرّ تحمیل شده از جانب مقام عمومی می‌داند.

باشد، اگرچه هنوز چنین نیست. در این موضوع که اساسنامه رم، موجب گشوده شدن یک نظم حقوقی جهانی می‌شود، تردیدی وجود ندارد. همان طور که جنبش حقوق بین‌المللی کیفری ادعا می‌کند، اساسنامه رم یک نظم حقوقی جهانی نوظهور است که به دلیل شمولیت عام و اعتبار جهانی، نه دارای مرز است و نه محدودیت بردار. اساسنامه رم، به «عدالت فراتر از مرزها» اشاره دارد و امکان عدالت جهانی را به مفهوم واقعی نشان می‌دهد (Lindahl, 2018: 671). بررسی مفاد اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی و اسناد دیگر مرتبط با دیوان، نشانگر این حقیقت است که گرچه شکل‌گیری فرایند دادرسی در دیوان، بر مبنای عدالت صورت گرفته است، اما هدف اصلی و اولیه آن، «حفظ صلح و امنیت جهانی» و نه حمایت صرف از منافع بزه‌دیدگان یا حتی خود بزهکار است. با وجود این، ما می‌توانیم شاهد نشانه‌هایی از توجه بر عدالت ترمیمی در متن اساسنامه رم باشیم (غلامی و رستمی‌غازانی، ۱۳۹۲: ۶۰). در راستای یافتن پاسخ پرسش‌های این تحقیق، عدالت رویه‌ای، عدالت ترمیمی و عدالت سزادهنده و استحقاقی را در رابطه با متهم و بزه‌دیده و محکوم مورد بررسی قرار می‌دهیم.

### ۱-۱. مفهوم عدالت در رابطه با متهم

از میان مفاهیمی که در ارزیابی رویکرد هنجاری و عملی دیوان می‌توان به عنوان شاخص ارزیابی مدنظر قرار گیرد، عدالت رویه‌ای می‌باشد. عدالت رویه‌ای ناظر بر قواعد بازی منصفانه در فرایند رسیدگی به دعاوی و اتهامات می‌باشد. مفهوم عدالت رویه‌ای اولاً ناظر به حوزه رسیدگی‌های قضایی بوده و ثانیاً امروزه در تمام حوزه‌هایی که به گونه‌ای مرتبط با این موضوع هستند، به عنوان یک چارچوب قابل پذیرش به کار گرفته می‌شوند. دو اصل مهمی که عدالت رویه‌ای بر آن‌ها استوار است، عبارت‌اند از: قاعده بی‌طرفی که مفهوم «هیچ کس نمی‌تواند در موردی که خود در آن ذی‌نفع است، قاضی باشد» را می‌رساند. بر این اساس، یک شخص در عین حال نمی‌تواند به عنوان دادستان و قاضی به ادای وظیفه بپردازد. مسلم است که تفکیک نهاد تعقیب (دادستانی) از نهاد قضاوت (دادگاه)، آثار عمیقی در خصوص تضمین حق‌ها و آزادی‌های شهروندان و تحقق عدالت خواهد داشت.

اما در اصل دوم این نوع از عدالت، ما مواجه با «حق متهم و یا مدعی علیه بر ارائه دلایل خود» و در حقیقت «حق شنیده شدن دعاوی و دلایل او» هستیم. این اصل بر اساس این آموزه قدیمی است که «هیچ کس را نباید محکوم کرد، مگر آنکه فرصت معقولی به او داده شود تا دلایل و دعاوی خود را مطرح کند» (قاری سیدفاطمی، ۱۳۹۵: ۹۱/۱-۹۵). اگرچه در بادی امر به نظر می‌رسد با تفکیک نهاد تعقیب از دادگاه در ساختار دیوان، یکی از اصول عدالت رویه‌ای محقق شده است، اما برای روشن شدن موضوع، نیازمند بررسی موشکافانه در خصوص رویکرد هنجاری و عملی این نهاد در رابطه با موضوعات مختلف هستیم. در عین حال، تحقق اصل دوم از این مقوله در اساسنامه و رویه دیوان، مستلزم بررسی دقیق خواهد بود.

از طرفی، عدالت رویه‌ای ناظر بر حق‌های رویه‌ای نیز می‌باشد (همان: ۹۴/۱). حق‌هایی نظیر امکان دسترسی به مراجع قضایی بی‌طرف و مستقل، حق بر محاکمه عادلانه، حق بر دفاع با تأکید بر حق داشتن وکیل مدافع، و اصل برائت، از جمله حق‌های رویه‌ای محسوب می‌گردند. بدیهی است که اگرچه این حقوق به دلیل مقرر داشتن اصول و قالب‌هایی در خصوص رویه و روش تضمین حقوق ماهوی افراد در جامعه، «حقوق بشر رویه‌ای» نامیده می‌شوند، اما نمی‌توان برای این حق‌ها اهمیتی کمتر و جایگاهی نازل‌تر از حق‌های ماهوی قائل شد؛ چرا که تحقق حقوق ماهوی در سایه تضمین حقوق رویه‌ای امکان‌پذیر می‌گردد (همان: ۲۱۰/۱).<sup>۱</sup>

درک مردم از عدالت در بادی امر، متأثر از جنبه‌های عدالت در دادرسی است. اگر اشخاص آیین دادرسی را عادلانه ببینند، آنگاه نتیجه را نیز عادلانه محسوب خواهند کرد. در همین راستا، چنانچه اشخاص به نتیجه مدنظر خود نائل نشوند، باز هم از جریان دادرسی‌ای که عادلانه باشد، رضایت خواهند داشت. به عبارت دیگر، کیفیت دادرسی و تحقق عدالت از گذر دادرسی برای اشخاص، حائز اهمیت فراوانی در مقایسه با نتیجه

۱. در واقع، حقوق رویه‌ای از یک منظر، فی‌نفسه حقوق ماهوی هستند؛ بدین معنا که گرچه به عنوان مثال حق بهره‌مندی از وکیل یا محاکمه عادلانه و یا اصل برائت، مقدمه تضمین حقوق ماهوی هستند، اما این حق‌ها از سوی دیگر با حیثیت، کرامت و حق تعیین سرنوشت بشری نیز عجین هستند. نکته حائز اهمیت اینکه تضمین حقوق رویه‌ای روی دیگر سکه تأمین امنیت محسوب می‌گردد.

دادرسی می‌باشد (نیازمند، رایجیان اصلی و ساقیان، ۱۳۹۸: ۲۴۲-۲۴۳). به گفته ترلوی:<sup>۱</sup> «رویه طبق تعریف، روشی فراتر از رسیدن به جایی نیست». عدالت کمک می‌کند تا مشخص شود که آیا این تصمیمات در واقع عادلانه هستند یا خیر. تعیین اینکه آیا یک فرایند عادلانه است یا خیر، اغلب بر اساس بار مسئولیت‌ها، مزایا، مجازات و پاداش (فرایند) است. در مقابل، عدالت رویه‌ای به عادلانه بودن این روش مربوط می‌شود. مبتنی بر چگونگی به کارگیری هنجارها، اصول یا قواعد در هر مورد معین است (زیرا قانون عموماً به دنبال دستیابی به نتایج از طریق کاربرد آن است). بنابراین، عدالت رویه‌ای مستلزم رعایت انصاف رویه‌ای است؛ زیرا رویه و تصمیم با یکدیگر مرتبط هستند. با این حال، این رابطه دو سؤال اساسی را ایجاد می‌کند:

۱- آیا رویه‌هایی که منجر به تصمیمات عادلانه می‌شوند، وجود دارند؟

۲- آیا می‌توان فهمید که یک تصمیم به‌خودی‌خود عادلانه است؟

این سؤالات را رالز در نظریه عدالت مورد بررسی قرار داد. وی سه نوع عدالت رویه‌ای را تشخیص داد: کامل، ناقص و محض.

عدالت رویه‌ای ناقص جایی است که یک استاندارد مستقل برای کمک به تعیین عادلانه بودن یک تصمیم وجود دارد؛ اما هیچ رویه‌ای وجود ندارد که بتواند به چنین نتیجه‌ای منجر شود. عدالت رویه‌ای محض نیز ناظر بر موقعیتی است که هیچ استاندارد مستقلی برای تعیین یک تصمیم عادلانه وجود ندارد؛ اما با پیروی از عادلانه‌ترین روش، در هر صورت یک فرد تصمیم صحیح می‌گیرد. این نوع از عدالت رویه‌ای منجر به تصمیمی می‌شود که توأم با رعایت دقیق یک رویه بی‌نقص منصفانه است.

حتی از نظر رالزی، اینکه آیا در واقع استاندارد مستقلی برای تعیین منصفانه بودن انتخاب‌های نهایی وجود دارد - چه برسد به استناداری که در صورت وجود اجماع کافی به دست آورد-، قابلیت ارائه ندارد. با وجود این، رویکرد عدالت رویه‌ای ناقص، فروتنی را در مورد رویه‌ها حفظ می‌کند و می‌پذیرد که هرگز نمی‌توان به طور کامل مطمئن بود که هر رویه‌ای در هر زمان به عادلانه‌ترین نتیجه منجر می‌شود. این دیدگاه در تضاد

1. Thirlway.



کامل با ادعاهای لفظی مکرر دفتر دادستانی است که می‌گوید روش‌های آن ذاتاً بی‌عیب و نقص هستند و به طور کلی همیشه به عادلانه‌ترین انتخاب منتهی می‌شوند.

دفتر دادستانی از مدت‌ها پیش با ادعای مداوم اینکه روش انتخاب آن بر اساس یک رویکرد سختگیرانه قانونی است، توجه خود را مبنی بر عدالت رویه‌ای محض استوار ساخته است. بدین ترتیب، دفتر معتقد است که انتخاب‌های آن منحصرأ بر اساس یک تکنیک سیاه و سفید از اساسنامه رم است و هیچ مجالی برای اعمال سلاقی و گرایش سیاسی یا غیره ندارد. با این حال، زمانی که ساختار واقعی روش انتخاب دفتر دادستانی را در نظر بگیریم، این ادعاها کاملاً از بین می‌روند (Kotecha, 2020: 114-115).

در مقابل، می‌توان ادعا کرد که دیوان هنگام مقایسه ارجاع وضعیت‌های سودان و لیبی با عدم ارجاع در وضعیت‌های مشابه، در تحقیقات خود از عدالت‌گزینشی استفاده می‌کند. با این حال، می‌توان دریافت که عدالت‌گزینشی بر اساس رابطه موجود میان شورای امنیت و دیوان و به دلیل واگذاری اختیار ارجاع وضعیت به شورای امنیت سازمان ملل متحد بر اساس اساسنامه رم ایجاد می‌شود. بنابراین، اقدامات شورای امنیت سازمان ملل متحد را می‌توان موجب ناامیدی اتحادیه آفریقا نسبت به دیوان دانست (Ross, 2018: 3)؛ موضوعی که همواره مورد انتقاد باقی مانده است.

مفاهیم به کار برده شده در خصوص عدالت در اساسنامه به صورت مختلف و برای موقعیت‌های متفاوتی به کار رفته‌اند؛ به طوری که در برخی موارد، «عدالت» در اساسنامه برای اشاره به نوعی مجازات استفاده می‌شود. در موارد دیگر، «عدالت» در زمینه‌ای مشابه دادرسی عادلانه استفاده می‌شود که عموماً به حقوق متهم مربوط می‌شود. چند مثال ممکن است گویا باشد. اولاً در مقوله مجازات، بند ۲ ماده ۱۷ اساسنامه می‌گوید:

«دیوان در مواردی غیر قابل قبول بودن پرونده را تشخیص می‌دهد که تأخیر غیر موجهی در دادرسی وجود داشته باشد که در شرایط موجود با قصد برای کشاندن شخص مورد نظر به عدالت مغایرت داشته باشد».

در عین حال، تهیه‌کنندگان از اصطلاح «عدالت» برای بیان برخی حمایت‌ها از حقوق متهم در رسیدگی عادلانه نیز استفاده کرده‌اند؛ برای مثال، بند ۴ ماده ۶۵، «ارائه کامل‌تر حقایق» را در پرونده‌ها اجازه می‌دهد؛ جایی که «به نفع متهم» است

(Kourabas, 2007: 71). بنابراین، تجزیه و تحلیل مفهوم لغوی عدالت در اساسنامه، نشان‌دهنده این واقعیت است که عدالت همان طور که در دیباچه و متن اساسنامه آمده است، به طور تلویحی دلالت بر ضرورت مجازات دارد. بر این اساس می‌توان مفهوم مضیق عدالت را از اساسنامه استفاده نمود؛ همان مفهومی که به عدالت مکافات‌ی مشهور است. برای بیان نتیجه قطعی، نیازمند بررسی مواد دیگر اساسنامه در این رابطه هستیم.

## ۲-۱. مفهوم عدالت در رابطه با بزه‌دیده

دیوان با عملکرد تنبیهی و ترمیمی ایجاد شد و اساسنامه، حق شرکت مستقیم در دادرسی را به قربانیان داد. قاضی سانگ هیون سونگ، رئیس وقت دیوان کیفری بین‌المللی که در کنفرانس جهانی حقوق بشر در دسامبر ۲۰۱۲ در پارلمان رم ایتالیا سخنرانی می‌کرد (Song, 2012)، اظهار داشت:

«اساسنامه رم و دیوان کیفری بین‌المللی همراه با پیشگیری از جرائم آینده، عدالت سزادهنده و ترمیمی را به ارمغان می‌آورند»<sup>۱</sup>.

عدالت ترمیمی، همان طور که دیوان کیفری بین‌المللی قبلاً اعلام کرده بود، از طریق مشارکت قربانی در مراحل قانونی و جبران خسارت انجام می‌شود، در حالی که عدالت سزادهنده از طریق مجازات مرتکبان جنایات دسته‌جمعی مشهود است.<sup>۲</sup> به نظر می‌آید عدالت مورد نظر اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی بر خلاف عدالت کیفری سنتی، صرفاً ناظر به احراز تقصیر بزه‌کار و احیاناً اصلاح او نیست؛ بلکه عدالت مفهومی عام دارد و شامل منافع بزه‌دیدگان نیز می‌شود. این امر، ضرورت توجه به مشارکت بزه‌دیده در جریان دادرسی و جبران خسارت بزه‌دیدگان را مطرح می‌سازد (غلامی و رستمی غازانی، ۱۳۹۲: ۴۷)؛ موضوعی که بر خلاف دادگاه‌های تاریخی کیفری نورنبرگ و توکیو در اساسنامه دیوان مورد توجه واقع شده است.

در واقع، نقش مهم بزه‌دیدگان در اساسنامه را می‌توان از نوآوری‌های دیوان کیفری بین‌المللی دانست. در تاریخ عدالت کیفری، این برای نخستین بار است که بزه‌دیدگان

1. ICC Press Release, 2012.

2. ICC Press Release, 2015.

این حق را پیدا کرده‌اند که در پیشگاه دیوان حاضر شوند و حق اعلام نظر داشته باشند؛ به طوری که بر اساس ماده ۵۳ اساسنامه، دادستان ملزم می‌شود پیش از شروع هر گونه تحقیق یا تعقیب، منافع بزه‌دیدگان را لحاظ نماید. بر اساس نظر دفتر دادستانی، منافع بزه‌دیدگان مشتمل بر نفع بزه‌دیدگان در مشاهده اجرای عدالت می‌باشد؛ اما منافع مزبور در عین حال مشتمل بر منافع اساسی پیش‌بینی شده در اساسنامه نظیر حمایت از بزه‌دیدگان نیز می‌گردد (The Office of the Prosecutor, 2007: 5). با توجه به اینکه متهم به عنوان عامل وقوع پدیده مجرمانه و جزء مهم فرایند کیفری، در کانون اجرای عدالت کیفری قرار می‌گیرد، لذا توجه به وضعیت وی نیز در این رابطه تعیین‌کننده خواهد بود (سلیمی، ۱۴۰۰: ۸۶).

مشارکت قربانیان در دیوان کیفری بین‌المللی، مشتمل بر پیشرفت چشمگیری در محرومیت سنتی قربانیان از فرایندهای عدالت کیفری بین‌المللی است. دیوان کیفری بین‌المللی در کنار غرامت، ایجاد تعادل بین عدالت سزادهنده و ترمیمی را نیز مورد اشاره قرار داده است. مشارکت قربانی به همان شکل و شیوه‌های مشارکت در عدالت ترمیمی نیست. بنابراین، پذیرش این فرض که دیوان مطابق با عدالت ترمیمی عمل می‌کند یا این شکل از عدالت را رعایت می‌کند، دشوار خواهد بود. قربانیان مستقیماً در روند دادرسی حقوقی شرکت نمی‌کنند و آن‌ها در مواجهه با تصحیح یا جبران که در جریان عدالت ترمیمی نقش اساسی دارند، دارای مقام و موقعیتی نمی‌باشند. به همین دلیل، روند دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی، مشتمل بر یک رویکرد سزادهنده با مشارکت نمایندگان قانونی قربانیان است تا یک رویکرد معمولی عدالت ترمیمی (Garbett, 2017: 216). به نظر می‌آید علی‌رغم توجه اساسنامه به عدالت ترمیمی در قالب و تحت پوشش حضور قربانیان در دیوان، تحقق این نوع عدالت نیز در حاله‌ای از ابهام قرار دارد؛ هرچند در نوع خود رویکرد نوینی در عرصه حقوق بین‌المللی کیفری محسوب می‌شود.

مطالعه در سیر تحول در نظام کیفری کشورهای غربی، نشان از این واقعیت دارد که راهبردهای سیاست جنایی در غرب در پاسخ به بزه، موقت بوده و تغییر از عدالت سزاده به عدالت بازپرور و سپس به عدالت ارعایی و در حال حاضر عدالت ترمیمی حرکت نموده است (ساریخانی و همکاران، ۱۳۹۱: ۴۹). بر همین اساس، مفهوم عدالت ترمیمی محصول تغییر و دگرگونی در دیدگاه و نگرش‌های عمومی حقوق‌دانان کیفری و متصدیان

سیستم کیفری در رابطه با عدالت کیفری مبتنی بر «جزا و سرکوب» و عدالت کیفری مبتنی بر «اصلاح و تربیت» می‌باشد که در رابطه با مفاهیم انسانی و فرهنگ و هنجارهای جامعه مدنی، مدعی عدالت کیفری نوین و پویا می‌باشد (عباسی، ۱۳۸۲: ۸۵).

عدالت ترمیمی فرایندی است که تا حد امکان، «بزه‌دیده، بزه‌کار و جامعه» را به عنوان سه رکن اساسی مثلث عدالت ترمیمی بسیج کرده، و با متمرکز نمودن امکانات با آثار ناشی از ارتکاب جرم مقابله می‌کند. در عین حال از بزه‌دیده به لحاظ مادی و معنوی خسارت‌زدایی صورت گرفته و در نتیجه صدمات وارده بر او را ترمیم می‌کند (همان: ۹۸). مفهوم بزه نقطه شروع مخالفت عدالت ترمیمی با عدالت سزادهنده می‌باشد؛ به طوری که در عدالت ترمیمی، ما شاهد تعریف بزه به عنوان یک اقدام ضد نظام اجتماعی، روابط انسانی و نقض حقوق افراد هستیم (شیری، ۱۳۸۵: ۲۲۶). عدالت ترمیمی، نخست جرم را تعرض به افراد و مناسبات انسانی قلمداد نموده و سپس آن را نقض قانون جزا می‌داند و با در نظر گرفتن منافع اساسی بزه‌کار و نهادهای جامعه مدنی، بزه‌دیده و احتیاجات ضروری و بنیادین وی را در تمامی مراحل دادرسی کیفری در کانون توجهات خود قرار می‌دهد و کارکردها، اهداف و سازوکارهای نوینی در خصوص اعمال دادرسی کیفری و نظام عدالت کیفری معرفی می‌نماید (عباسی، ۱۳۸۲: ۸۵).

به لحاظ فلسفی، عدالت ترمیمی بر این اساس استوار شده است که جرم، تعدی و تجاوز به افراد و روابط بین آن‌هاست و نگاه به بزه باید به عنوان ورود صدمه به بزه‌دیده و آرامش جامعه تعریف گردد. لازمه این نوع از عدالت آن است که بزه‌دیدگان و بزه‌کاران و اعضای جامعه محلی برای اصلاح امور، مشارکت داده شوند، نه اینکه از جریان دادرسی کیفری حذف شوند و در نهایت، قاضی خود رسیدگی را انجام دهد و حکم صادر نماید (ساریخانی و همکاران، ۱۳۹۱: ۵۲-۵۳).

این موضوع، در تعریف جرم از منظر حقوق کیفری بین‌المللی نیز می‌تواند مطرح شود؛ بدین معنا که اگر تعریف جنایات بین‌المللی بر اساس عدالت ترمیمی باشد، باید آن‌ها را در رابطه با اختلال حاصله در روابط اعضای جامعه محل ارتکاب جرم دانست. این در حالی است که از نظر عدالت سزادهنده، تعریف جنایات بین‌المللی با نظر داشت نقض هنجارهای بین‌المللی و اختلال در نظم جهانی صورت خواهد گرفت (غلامی و رستمی‌غازانی، ۱۳۹۲: ۳۵).

از طرفی، عدالت ترمیمی نمی‌تواند جبران خسارت صرف باشد؛ بلکه جبران خسارتی ناشی از مشارکت بزه‌دیده و بزه‌کار است. عدالت ترمیمی را باید مشتمل بر برنامه‌های مختلفی دانست که نقطه اشتراک همگی، توجه به ایفای نقش جامعه، بزه‌دیده و بزه‌کار در مواجهه با بزه و اثرات آن بر اساس احتیاجات و قابلیت‌های جامعه، بزه‌دیده و بزه‌کار است (عباسی، ۱۳۸۲: ۵۷). تقویت جامعه به منظور پیشگیری از وقوع جرم در آینده را می‌توان به عنوان یکی از اهداف مهم این نوع از عدالت محسوب داشت. ضمن اینکه واکنش‌ها در مواجهه با جرم در عدالت ترمیمی بسیار متنوع و حقوق بشری هستند. این پاسخ‌ها ترمیم خسارت بزه‌دیده و جامعه، عذرخواهی، جزای نقدی روزانه، تعلیق مراقبتی و خدمات عام‌المنفعه را شامل می‌شود (Braithwaite, 2002: 99). به علاوه، از میان مفاهیم فوق‌الذکر، حق بر غرامت و جبران خسارت نیز به عنوان وسیله‌ای برای تعدیل نقض عدالت رویه‌ای و در نتیجه تحقق عدالت، نقش عمده‌ای دارند. لذا در ادامه، موضوع جبران خسارت و حق بر غرامت از طرف متهم و بزه‌دیده، در اساسنامه نیز مورد بررسی قرار می‌گیرد.

حق بر غرامت در حقیقت سازوکاری است که حقوق بشر معاصر برای تعدیل نقض عدالت رویه‌ای پیش‌بینی نموده است (قاری سیدفاطمی، ۱۳۹۵: ۲۱۴)؛ حقی که در مواد ۷۵ و ۸۵ اساسنامه مورد شناسایی واقع شده است. بند ۱ ماده ۷۵ اساسنامه مقرر داشته است: «۱- دیوان راجع به جبران خسارت قربانیان یا در ارتباط با آن، قواعدی کلی از جمله استرداد، غرامت و اعاده وضع به حال سابق را مقرر خواهد کرد...».

همین طور در بند ۲ ماده ۷۵ مقرر گردیده است:

«۲- دیوان می‌تواند مستقیماً دستوری علیه محکوم‌علیه صادر نموده و نحوه مناسب جبران خسارات قربانیان و یا در ارتباط با آنان را از جمله استرداد، غرامت و یا اعاده وضع به حال سابق معین نماید...»<sup>۱</sup>.

۱. نکته قابل تأمل در خصوص جایگاه حق بر غرامت نزد دیوان اینکه در صورت اقتضا می‌تواند دستور دهد که پرداخت‌های مربوط به جبران خسارات از طریق صندوق امانی موضوع ماده ۷۹ صورت گیرد. همچنین بند ۱ ماده ۸۵، حق مسلم مطالبه غرامت را در مورد هر کسی که از دستگیری و توقیف غیر قانونی متضرر گردیده است، مورد شناسایی قرار داده است.

بر همین اساس، دادگاه ممکن است انواع مختلفی از غرامت را برای قربانیان صادر کند که شامل استرداد، بازپروری و غرامت باشد.

تأثیر مثبت پایدار دیوان کیفری بین‌المللی بر عدالت و صلح، نیازمند برآوردن نیازهای قربانیان است. برای این منظور، دیوان یک واحد قربانیان و شاهدان را برای حفاظت، حمایت و سایر کمک‌های مناسب به شاهدان و قربانیانی که در دادگاه حاضر می‌شوند، ایجاد کرده است. همچنین یک صندوق امانی برای قربانیان و خانواده‌های قربانیان جنایات راه‌اندازی کرده است و تلاش می‌کند تا زمانی که برخی از اشکال غرامت را حتی زمانی که شخص محکوم، دارایی کافی برای پرداخت چنین غرامتی را نداشته باشد، تسهیل نماید. همچنین این صندوق سعی دارد با افراد در مناطق درگیری که قربانی مستقیم درگیری نیستند، ارتباط برقرار کند.<sup>۱</sup> به منظور رسیدگی به نگرانی‌های قربانیان، دولت‌ها باید اطمینان حاصل کنند که عدالت اجتماعی و اقتصادی جهانی برای قربانیان درگیری فراهم می‌شود؛ زیرا عدالت کیفری به تنهایی برای عدالت و صلح در درازمدت کافی نیست (Gegout, 2013: 812).

بی‌تردید اقدامات دیوان در جهت حمایت از حقوق متهم برای تضمین محاکمه عادلانه و عدالت مؤثر ضروری است. با وجود پیش‌بینی امکان جبران خسارت برای بزه‌دیدگان در اساسنامه دیوان، در عمل تحقق آن با موانع عدیده‌ای مواجه می‌گردد. تجربه دادگاه‌های موردی بین‌المللی گواه این مدعاست؛ چرا که تعداد بسیاری از متهمان در ادعای خودشان مبنی بر فقر، عسر و حرج و در عین حال ادعای عدم تمکن پرداخت هزینه‌های دفاع در محضر دیوان، موفق عمل کرده‌اند (سادات اسدی، ۱۳۸۸: ۷۹-۸۰).

از طرفی، اگرچه ماده ۷۵ اساسنامه و قاعده ۱۴۵ قواعد دادرسی و ادله، یک نوآوری در خصوص حمایت از بزه‌دیدگان به شمار می‌روند، اما تدقیق در مفاد اساسنامه و رویکرد عملی دیوان در قضایایی نظیر دعوای دادستان علیه توماس لوبانگو دایلو،<sup>۲</sup>

۱. برای مثال، کانال‌های ارتباطی و اطلاعاتی در مورد کار خود با دانشجویان دانشگاه در بونیا و با مقامات نظامی در جمهوری دموکراتیک کنگو ایجاد کرده است.

2. Thomas Lubango Dilo.

حاوی این پیام مهم بود که تطابقی میان ساختار رسیدگی در دیوان با حقوق بزه‌دیدگان وجود ندارد؛ به طوری که دیوان در مواجهه با پرونده‌های مختلف، رویکردهای ویژه در مورد آن پرونده را در پیش می‌گیرد، که این امر نشان از عدم کفایت در شفافیت و جامع بودن اسناد دیوان دارد. لذا به جای رویکرد خاص رسیدگی مورد به مورد موضوع ترمیم خسارات وارده به بزه‌دیده در یک پرونده، نیازمند شفاف‌سازی ضوابط ناظر به جبران و ترمیم از بزه‌دیده هستیم (نیازمند و رایجیان اصلی، ۱۳۹۸: ۱۳۱). با توجه به ظرفیت‌ها و سازوکارهای پیش‌بینی‌شده در اساسنامه، می‌توان به اصلاح و بازبینی در این خصوص همت گمارد.

### ۳-۱. مفهوم عدالت در رابطه با محکوم

اجرای عدالت در میان همه اهداف اعمال مجازات، همچنان قدرت و سلطه خود را بر سایر توجیحات در این خصوص حفظ کرده است؛ چرا که عدالت‌جویی، در ردیف ویژگی‌های ذاتی انسان بوده و با سرشت او آمیخته است. در نگاه آدمیان، یکی از راه‌های برقراری عدالت در جامعه، اعمال مجازات بر مبنای استحقاق و سزاواری مجرم است. این مفهوم که از درک فطری بشر در خصوص عدالت نشئت می‌گیرد، مجرم را سزاوار تحمیل مجازات می‌داند؛ چرا که او با انتخاب ناشایست، نظم جامعه را مختل کرده است (تجاری لواسانی، ۱۳۸۸).

به دلیل اهمیت فراوان مفهوم عدالت، هیچ نظام و مکتبی نتوانسته بدون توجه به مفهوم و ابعاد عدالت، اهداف و روش اداره جامعه را تبیین نماید. هرچند عدالت‌داری تعاریف وسیعی است، اما برخی عدالت را مترادف تعادل دانسته و هر نظام تعادلی را نظامی عادلانه معرفی کرده‌اند. نظام کمونیستی برابری در نتیجه را عدالت می‌داند. این خود قرار می‌دهد (پورفرج و همکاران، ۱۳۸۹: ۵۸). از طرفی، یکی از معانی عدالت «تناسب» است و بر همین اساس، منظور از عدالت استحقاقی، وضع یا اجرای مقرراتی متناسب با وضعیت و استحقاق اشخاص می‌باشد. بنابراین از آن می‌توان به «عدالت تناسبی» نیز تعبیر کرد. تعریف عدالت، هم در آثار فیلسوفان قدیم و جدید و هم به

تعریف عده‌ای از دانشمندان مسلمان معاصر به رعایت استحقاق‌ها دیده می‌شود.<sup>۱</sup> وضع کیفرهای ثابت و شدید و کاهش اختیارات قاضی در اعمال تخفیف و تعلیق و آزادی مشروط در خصوص مجرم، از خصایص این نوع از مکتب عدالت کیفری استحقاقی محسوب می‌گردد (ساریخانی و همکاران، ۱۳۹۱: ۵۱). «اصل تناسب» را می‌توان به عنوان یک قاعده آمره نسبی حقوق بین‌المللی کیفری در مواد ۷۶ و ۷۸ اساسنامه به شمار آورد که در واقع نسبت میان جرم و مجازات است که باید بر مبنای نوع و میزان آسیب وارده، وضعیت بزه‌دیده و بزه‌کار و اوضاع و احوال ارتکاب جرم و نوع عدالت مدّ نظر در جامعه بین‌المللی و کشور محل وقوع جرم برای برقراری تعادل روانی ازدست‌رفته نوع بشر صورت گیرد، بازدارندگی لازم را داشته باشد و بر اساس ارزش‌های جهان‌شمول تعیین شود و برای رسیدن به اهداف کیفری مؤثر و مفید باشد؛ به طوری که در بند ۱ ماده ۷۸ آمده است:

«دادگاه در تعیین حکم، طبق آیین دادرسی و ادله اثباتی، عواملی مانند شدت جرم و شرایط فردی محکوم را در نظر می‌گیرد».

با توجه به رویه دیوان در مواجهه با موضوعات مختلف، همواره شاهد احکامی در جهت بازدارندگی به منظور دستیابی به صلح و امنیت هستیم تا تناسب بین مجازات و فعل ارتكابی مجرمانه؛ به طوری که در احکام آن نشانه‌هایی از جبران نابرابری پیش آمده که همانا مفهوم عدالت مکفاتی به چشم نمی‌خورد. دلیل این امر را باید در باور برخی از حقوق دانان مبنی بر تغییر و انتقال گرانیگاه قوانین و دادگستری کیفری از میزان شدت و وخامت عمل مجرمانه به شخصیت و انگیزه‌های مرتکب جستجو کرد. وقتی حقوق کیفری، رویکرد و جنبه اجتماعی، پزشکی و درمانی به خود بگیرد، بی‌تردید موجب تضعیف استواری و صلابت سزاهدنگی و توان بازدارندگی مجازات‌ها می‌شود و در نتیجه

۱. بر اساس نگرش استحقاقی، تولید و توزیع، دو مسئله جداگانه نیستند. هر کس که چیزی بسازد و همه امکانات دیگری را که داشته و در جریان ساختن آن چیز به کار برده است، خریده باشد یا بر اساس قراردادی در اختیار گرفته باشد، نسبت به آن چیز ذی‌حق است. اوضاع به این صورت نیست که چیزی ساخته شده باشد و پرسشی مطرح شود راجع به اینکه چه کسی باید آن چیز را بگیرد. هر چیزی که به وجود می‌آید، پیشاپیش ملحق به کسی است که نسبت به آن استحقاقی دارد (برای مطالعه بیشتر ر.ک:

<<https://hawzah.net/fa/Article/View/80278>>.



موجب بر هم خوردن اصل تناسب بین جرم و مجازات نیز می‌گردد (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۲: ۱۷)؛ به طوری که به نوبه خود موجب مطرح شدن نظریه دیگری تحت عنوان عدالت ترمیمی گردیده است.

مفهوم دیگری که در رابطه با محکوم می‌توان به آن پرداخت، همانا عدالت سزاده است. عدالت سزادهنده را باید ناظر به تعدیل پیش‌آمده بر اثر ارتکاب جرم دانست. اگر بزه‌دیده از وقوع جرم که در موقعیت نابرابری نسبت به مرتکب جرم قرار گرفته، در موقعیت برابری قرار گیرد، عدالت سزادهنده تحقق یافته است (قاری سیدفاطمی، ۱۳۹۵: ۹۴). هدف اصلی در عدالت سزادهنده، بازگرداندن وضعیت نابرابر حاصل از ارتکاب جنایت، به وضع برابر می‌باشد. در واقع، ایده بنیادین در این نوع عدالت، برابر ساختن وضعیت به نفع بزه‌دیده می‌باشد؛ اما این برابرسازی باید خود نیز عادلانه باشد. تعیین مجازاتی سنگین‌تر از جنایت بزه‌کار به هیچ وجه امری موجه نخواهد بود. در این میان، تکیه بر عدالت سزادهنده در طراحی نظام جزایی چه بسا توجیه اخلاقی و اجتماعی نداشته باشد. لذا ایده عدالت سزادهنده را نه به عنوان تنها راه حل بلکه به عنوان یکی از مؤلفه‌های عدالت کیفری می‌توان مطرح ساخت (همان: ۹۵-۹۶).

از دیدگاه عدالت سزادهنده، بزه به نقض هنجارهای اجتماعی و اخلال در آن دلالت دارد (غلامی و رستمی غزانی، ۱۳۹۲: ۳۵). سزاهندگی که به عنوان اولین نقش مجازات شناخته می‌شود، در حقیقت کفاره‌ای است برای خطای ارتكابی توسط مجرم. در این دیدگاه، بزه‌کار باید احساس کند که مجازات، سزای عمل مجرمانه اوست و به عبارتی، مکافات عمل نامشروعی است که از آن به عنوان خطای اخلاقی مجرم تعبیر می‌شود و اساس مسئولیت کیفری را تشکیل می‌دهد. بدین ترتیب مهم‌ترین رسالت مجازات‌ها، همانا اجرای عدالت بوده و هست. این مهم ممکن نیست، مگر اینکه مجرم تاوان عمل خود را پردازد و مکافات عملش را ببیند. از این رو، توجیه اصلی و اولیه کیفر در دید همگان استحقاق است و کیفررسانی تنها بر اساس جرم ارتكابی توجیه می‌شود. از این منظر، ترازوی عدالت تنها هنگامی از نوسان می‌ایستد که مجرم برابر جرمی که انجام داده، از همان نوع کیفر ببیند. بدین سبب سزادهی و اندیشه‌های مجازات مبتنی بر استحقاق، نزدیک‌ترین راه برای رسیدن به عدالت می‌باشند (نجاری لواسانی، ۱۳۸۸).

در عدالت سزادهنده، دادگاه‌ها با توسل به قواعد آیین دادرسی و مدارک ارائه‌شده از طرف پلیس و دادستان و همین طور اصحاب دعوی و شهود، از بزهدکار درخواست می‌کنند تا اقرار نماید و با اثبات مجرمیت وی، به تحمل کیفرهایی نظیر اعدام، شلاق، حبس و در نهایت جزای نقدی محکوم می‌گردد و در واقع واکنش به جرم، متناسب با شدت آن و میزان تقصیر و عمد ارتكابی معین می‌شود (عباسی، ۱۳۸۳: ۴۹). هرچند نظر غالب بر حرکت این مرجع کیفری بین‌المللی به سمت عدالت ترمیمی می‌باشد، اما همچنین عدالت سزادهنده را از طریق مجازات مرتکبان جنایات دسته‌جمعی به معرض اجرا می‌گذارد.

## ۲. مفهوم عدالت در رابطه با فرایندهای اعمال صلاحیت و ارجاع

شروع به رسیدگی در دیوان از سه مجرای متفاوت صورت می‌گیرد؛ اما نحوه انتخاب وضعیت‌های ارجاعی توسط دادستانی، یکی از مواردی است که مورد هجمه منتقدان واقع شده است. بر همین اساس، در ادامه نحوه انتخاب وضعیت‌ها توسط این نهاد در قالب صلاحیت‌گزینی و همین طور صلاحیت تکمیلی دیوان مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۲-۱. اصل تکمیلی بودن دیوان: عدالت تکمیلی

اساسنامه دیوان در ماده ۱۷ خود به رابطه پیچیده بین نظام‌های حقوقی ملی و دیوان کیفری بین‌المللی پرداخته است. این رابطه که تحت عنوان «قابلیت پذیرش» می‌باشد، دیوان را موظف می‌کند که یک پرونده را زمانی که به طور مناسب توسط یک نظام قضایی ملی رسیدگی می‌شود، غیر قابل پذیرش تشخیص دهد. واژه «تکمیلی» واژه‌ای کلیدی محسوب می‌شود که در واقع در هیچ جای اساسنامه تعریف نشده است. با این حال، بند ۱۰ دیاچه می‌گوید دیوان کیفری بین‌المللی که مبتنی بر این اساسنامه تأسیس شده است، مکمل محاکم کیفری ملی است.

بند ۱ ماده ۱۷ به صراحت به بند ۱۰ دیاچه و ماده ۱ اشاره کرده است. اصطلاح «تکمیلی» ممکن است تا حدودی نامناسب باشد؛ زیرا آنچه ایجاد شده است، رابطه بین

عدالت بین‌المللی و عدالت ملی است که به دور از «تکمیل» است. در عوض، این دو سیستم در تقابل و تا حدی رویاروی یکدیگر قرار می‌گیرند. این مفهوم کاملاً بر خلاف طرحی است که برای دادگاه‌های موقت ایجاد شده است و به آن «صلاحیت» گفته می‌شود که به موجب آن، دادگاه‌های موقت می‌توانستند صلاحیت قضایی خود را به درستی بدون نیاز به نشان دادن شکست یا عدم کفایت نظام قضایی داخلی به عهده بگیرند (Schabas, 2003: 85).

دیوان به ابتکار خود در موارد متعددی، قابل پذیرش بودن پرونده‌ها را بررسی کرده که عمده‌تاً مربوط به مراحل اولیه دادرسی بوده است. برخی از موارد، از ارجاعات دولتی یا شورای امنیت ناشی شده است. برخی دیگر، از تحقیقات آغاز شده توسط دادستان به وجود آمده‌اند. در جریان رسیدگی به این موضوعات، دیوان تلاش دارد تا بین حق دولت‌ها برای اعمال حاکمیت خود از طریق دادرسی‌های ملی از یکسو، و منافع جامعه بین‌المللی از سوی دیگر، تعادل برقرار کند تا اطمینان حاصل شود که جدی‌ترین جنایات نباید بدون مجازات بماند. در روند انجام این کار، دیوان نیز اقداماتی را توسعه داده و مجموعه‌ای از رویه قضایی تأثیرگذار را ایجاد کرده است. رویه قضایی، آمادگی دیوان را برای پذیرفتن صلاحیت رسیدگی به پرونده در شرایطی که انفعال آشکار از سوی مقامات ملی وجود دارد، نشان می‌دهد (Nsereko, 2013).

اصل تکمیلی بودن دیوان را می‌توان ابزاری دانست که اساسنامه از رهگذر آن می‌کوشد تا حد معینی تکثرگرایی هنجاری را در عملکرد عدالت کیفری بین‌المللی تطبیق دهد. این اصل تصریح می‌کند که دیوان کیفری بین‌المللی تنها در صورتی می‌تواند صلاحیت خود را اعمال کند که کشورهای عضو نتوانند یا نخواهند جرائم مندرج در اساسنامه را بررسی و تعقیب کنند. اما به رسمیت شناختن مرجعی غیر از مرجع قضایی ملی که بر مبنای اصل تکمیلی بودن رسمیت پیدا می‌کند، توسط امر مصرح در دیباچه دیوان<sup>۱</sup> محدود می‌شود.

اصل تکمیلی بودن، «فضایی را برای یک مجمع عدالت کیفری جایگزین به جای

۱. «مجازات جدی‌ترین جنایات مربوط به جامعه بین‌المللی به عنوان یک کل».

دیوان کیفری بین‌المللی ایجاد می‌کند، اما نه برای یک مفهوم جایگزین از عدالت؛ بدین مفهوم که برای اهداف تکمیلی بودن صلاحیت، عدالت داخلی باید عدالت کیفری باشد» (Lindahl, 2019). همچنین یکی دیگر از مواردی که دیوان اصل تکمیلی بودن را اعمال می‌کند، مقابله با محاکمات صوری و غیر حقیقی است که امکان دارد در دادگاه‌های ملی محل ارتکاب جرائم بین‌المللی به قصد گریز مرتکبان جنایات بین‌المللی از اجرای عدالت انجام گیرد (حسینی اکبرنژاد، ۱۳۸۸: ۱۴۲). این موضوع نیز در راستای تحقق عدالت و جلوگیری از بی‌کیفرمانی جنایتکاران، می‌تواند نشان از دغدغه اصلی دیوان نسبت به اجرای عدالت داشته باشد و در ضمن به صورت تلویحی، موجب سوق مراجع قضایی ملی به سمت استانداردهای مدنظر دیوان در مورد اجرا و تحقق عدالت شود.

اساسنامه دیوان در کنار اصل تکمیلی بودن تصریح می‌نماید که عدالت، هرگز به‌تنهایی با تعقیب‌های بین‌المللی محقق نمی‌گردد. از این رو، نقش تعیین‌کننده نظام‌های قضایی ملی در پایان دادن به بی‌کیفری را نمی‌توان نادیده گرفت. نظام عدالت کیفری اساسنامه، به طور عمده بر دادگاه‌های ملی استوار گردیده است. دیوان، مکمل دادگاه‌های ملی است؛ بدین معنا که در صورت بروز تعارض مثبت در صلاحیت یک دولت با دیوان، بر اساس اصل تکمیلی بودن، حل تعارض آن به نفع دادگاه‌های ملی است.

بر همین اساس، دیوان کیفری بین‌المللی باید از حضور در جایی که سیستم‌های دادگستری محلی می‌توانند فعالیت کنند، اجتناب کند و دادگاه‌های محلی و ملی را تشویق کند تا بر اساس عدالت کیفری رفتار نمایند. دیوان این کار را تا حدی در لیبی انجام داده است؛ در سال ۲۰۱۱ دیوان پذیرفت که رسیدگی به پرونده‌های مرتبط با لیبی را به تعویق بیندازد، اما در سال ۲۰۱۳ به لیبی دستور داد که عبدالله السنوسی، رئیس اطلاعات قذافی را تحویل دهد. اما در اینکه کشوری جهت تحویل متهم همکاری لازم را نداشته باشد، با توجه به صلاحیت تکمیلی این مرجع و به دلیل اینکه در خصوص تعقیب و تحقیق جرائم وفق ماده ۸۶ اساسنامه که اصل بر همکاری کشورهای عضو است، در صورت عدم استرداد مجرم توسط کشور ذی‌ربط، هیچ ضمانت اجرایی برای امتناع از این امر وجود ندارد (نیازمند و رایجیان اصلی، ۱۳۹۸: ۱۴۳).

دیوان کیفری بین‌المللی باید بر اساس انصاف، عدالت محلی و عدالت اجتماعی

بین‌المللی، تمرکز کند تا مشروعیت و کار خود را بهبود بخشد. دیوان کیفری بین‌المللی در خصوص جرائم رخ داده در قلمرو سرزمینی کشورهایی که به عضویت دیوان در نیامده‌اند، با محدودیت صلاحیتی مواجه است. با وجود این، در تلاش است تا با بررسی جنایات ارتكابی در سراسر جهان، رویکردی منصفانه و بی‌طرفانه برای اجرای عدالت اتخاذ کند (Gegout, 2013: 813). اما دیوان در خصوص رعایت اصل تکمیلی بودن رویکرد سختگیرانه‌ای داشته است. بررسی قضیه دارفور سودان، گواه این ادعاست؛ به طوری که دادستان قبل از صدور قرار بازداشت احمد هارون (وزیر کشور) و علی کوشیب (رئیس نیروهای جانجاوید) در سال ۲۰۰۷، زمانی را صرف بررسی این موضوع کرد که آیا نامبردگان به طور واقعی توسط مقامات قضایی سودان مورد تعقیب قرار گرفته‌اند یا نه؟ (Nsereko, 2013: 432). موضوع دیگری که در این رابطه می‌توان مورد اشاره قرار داد، قضیه جنایات ارتكابی توسط ارتش مقاومت پروردگار در اوگانداست. پس از وقوع جنایات توسط ارتش مقاومت پروردگار<sup>۱</sup> علیه اعضای جامعه آچولی<sup>۲</sup> در شمال اوگاندا، دیوان به اعمال صلاحیت خود در این رابطه اقدام کرد. عجیب آنکه جامعه آچولی که اعضای آن از دیدگاه دیوان کیفری بین‌المللی و جنبش حقوق بین‌المللی کیفری، قربانی این جنایات بودند، به شدت با این اقدام مخالفت کردند. جامعه استدلال کرد که عدالت ترمیمی نه عدالت کیفری، باید در مورد آن دسته از شرکت‌کنندگان در ارتش مقاومت که اتفاقاً اعضای جامعه آچولی بودند، اعمال شود.<sup>۳</sup>

1. Lord's Resistance Army (LRA).

۲. شمال اوگاندا نزدیک به دو دهه است که درگیری مسلحانه را تجربه کرده است. ارتش مقاومت پروردگار به رهبری جوزف کونی، جنگی را علیه دولت یووری موسوینی به راه انداخته است. ارتش مقاومت غیر نظامیان را هدف قرار داده است که اکثریت آن‌ها قبیله خودشان، آچولی هستند. دولت اوگاندا با اتخاذ راهبردهای نظامی و عفو عمومی به درگیری پاسخ داده است. راهبردها در پایان دادن به جنگ مؤثر نبوده است. دولت اوگاندا این درگیری را به دیوان کیفری بین‌المللی ارجاع داده است که حکم بازداشت جوزف کونی و چهار فرمانده بلندپایه این ارتش را که متهم به ارتکاب جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی هستند، صادر کرده است (برای مطالعه بیشتر ر.ک: Tom, 2006).

۳. یکی از بزرگان آچولی در اظهارات خود به دیوان بین‌المللی کیفری اظهار داشت: «سیستم دادگاه عدالت از طریق مجازات است. متخلف و متخلف کنار گذاشته می‌شوند. این منجر به قطعی‌سازی می‌شود که منجر به مرگ می‌شود». به قول یکی از اعضای جامعه آچولی، «در فرهنگ سنتی آچولی، عدالت برای بریبو، برای بازگرداندن زندگی هماهنگ انجام می‌شود».

دیوان کیفری بین‌المللی معتقد بود که عدالت کیفری باید مرجح بر عدالت ترمیمی باشد؛ زیرا دومی سنتی و محلی است، در حالی که اولی نوین و جهانی است. دیوان کیفری بین‌المللی، عدالت جهانی را به عدالت کیفری تبدیل کرد و با گنجاندن آن در جایی که عدالت کیفری در آن حاکم است، به معنای واقعی کلمه، بخشی از بشریت را از سایر اشکال عدالت حذف کرد (Lindahl, 2019).

در مورد مقاومت آچولی، زمانی که بزرگان خواستار آن بودند که عدالت کیفری جای خود را به عدالت ترمیمی بدهد، خواسته آن‌ها به عنوان یک رویه محلی و سنتی که با استانداردهای جهانی و نوین عدالت کیفری بین‌المللی مطابقت نداشت، نادیده گرفته شد. مطمئناً می‌شد تصور کرد که دیوان کیفری بین‌المللی می‌توانست به نوعی دیگر عمل کند. دیوان ممکن است به دنبال اعمال فشار بر دولت اوگاندا برای تحقیق و تعقیب جنایات بوده باشد، یا ممکن است عدالت ترمیمی را به عنوان مکمل عدالت کیفری خود در نظر گرفته باشد.

دیوان کیفری بین‌المللی باید امکان عدم صلاحیت خود را بر جنایات ارتكابی در سرزمین‌های آچولی در نظر می‌گرفت. به طور دقیق‌تر، باید به تعلیق اجرای اصل تکمیلی بودن فکر می‌کرد و فرصت را برای آچولی‌ها ایجاد می‌کرد تا از طریق عدالت ترمیمی، جنایات را حل و فصل کنند.

دیوان کیفری بین‌المللی با بی‌توجهی به درخواست بزرگان برای عدالت ترمیمی و محدود کردن آن به عدالت محلی و سنتی، خود مرتکب بی‌عدالتی شده است (Id., 2018: 697)؛ اما تردیدی وجود ندارد که دیوان کیفری بین‌المللی قصد دارد که نه تنها عدالت بلکه صلح را نیز ارتقا دهد. با وجود انتقادات گسترده در این خصوص، اما مجبور است با برخی مشکلات سیاسی جدی روبه‌رو شود؛ منابع محدودی دارد، با محدودیت‌های نهادی روبه‌روست، توسط دولت‌ها دستکاری می‌شود و به دلیل انتخاب‌گزینی در موضوع مورد انتقاد قرار می‌گیرد. با این حال، دیوان کیفری بین‌المللی می‌تواند به طور قابل توجهی در ارتقاء عدالت و صلح بین‌المللی کمک کند و تأثیر عمده‌ای در پیشگیری از جرم داشته باشد؛ زیرا پیگردهای قانونی آن، تهدیدی آشکار برای افرادی است که مرتکب جرائم جدی می‌شوند (Gegout, 2013: 800).

دیوان کیفری بین‌المللی همچنین می‌تواند به دلیل تلاش برای انتقال اصول لیبرال‌دموکراسی به همه دولت‌ها و تحمیل راه حل‌های «اندازه یکسان برای همه» به منظور تأمین عدالت بین‌المللی مورد انتقاد قرار گیرد؛ اما برای نظریه‌پردازان دیگر، هر تلاشی برای ایجاد صلح که عدالت را نادیده می‌گیرد، محکوم به شکست است. دیوان کیفری بین‌المللی دقیقاً به همین دلیل ایجاد شد. مذاکرات برای ایجاد دیوان کیفری بین‌المللی در سال ۱۹۹۸ عمدتاً توسط وکلایی انجام شد که هدف منحصر به فرد آن‌ها، ایجاد یک دادگاه در سطح بین‌المللی به صورت دائمی بود. برای این نظریه‌پردازان، عدالت پایه مردم‌سالاری و نهادهای مردم‌سالار است و آن‌ها نمونه‌هایی از عفو شکست‌خورده را ارائه می‌دهند؛ فودای سانکوه<sup>۱</sup> در سیرالئون و یوناس ساویمبی<sup>۲</sup> در آنگولا. برای قانون‌گرایان و برخی از نظریه‌پردازان لیبرال، عدالت باید حتی به قیمت صلح دنبال شود؛ زیرا عدالت منجر به رفع خشم و رنجش قربانیان و از بین رفتن افراط‌گرایی می‌شود (Ibid.: 812). با این حال، عملکرد دیوان در رابطه با موقعیت‌های مختلف صرف‌نظر از بحث‌های نظری و اهداف مؤسسان آن مورد بررسی قرار می‌گیرد.

## ۲-۲. صلاحیت‌گزینشی: عدالت‌گزینشی

دیوان در ارزیابی و انتخاب پرونده‌های ارجاع‌شده، نخست مبانی و قواعد کلی مبنی بر بی‌طرفی، استقلال، واقع‌گرایی و معیارهای قانونی و پس از آن معیارهای اولیه و ثانویه خود را مورد توجه قرار می‌دهد. «احراز صلاحیت، قابلیت پذیرش و استماع دعوی، منافع جامعه بین‌المللی و تحقق عدالت»، از جمله معیارهای اولیه دیوان می‌باشند.

در مذاکراتی که منجر به اساسنامه رم گردید، اعضای دائم شورای امنیت سازمان ملل متحد، خواهان نقش بسیار فعال‌تری برای شورا در فعالیت دیوان بودند. بنابراین اساسنامه رم یک نقطه میانی بین دو دیدگاه را منعکس می‌کند که الویسی<sup>۳</sup> آن را سازش

1. Foday Sankoh.
2. Jonas Savimbi.
3. Aloisi.

بین دو الگوی قضایی مختلف «طیف بین استقلال سیاسی و تبعیت سیاسی» توصیف می‌کند. این مذاکرات نشان می‌دهد که بند ب ماده ۱۳ و ماده ۱۶ اساسنامه رم که قدرت را به شورای امنیت سازمان ملل متحد می‌رساند، به وضوح نتیجه سازش سیاسی بوده است. بنابراین، مذاکرات اساسنامه رم به وضوح «عدالت سیاسی شده» حقوق بین‌المللی کیفری را نشان می‌دهد که باعث عدالت‌گزینی دیوان شده است (Ross, 2018: 4).

گزینش در تعقیب قضایی را باید یکی از سخت‌ترین معضلات موجود در عدالت کیفری بین‌المللی به شمار آورد. با توجه به اینکه هدف اصلی دیوان کیفری بین‌المللی، صلح و امنیت بین‌المللی است، لذا به نهاد شورای امنیت این اختیار داده شده است که هر زمان اجرای عدالت را به عنوان عامل تهدیدی جدی برای صلح و امنیت بین‌المللی تشخیص دهد، آن را به نفع حفظ صلح و امنیت جهانی به تعویق اندازد (زمانی، ۱۳۸۱: ۷۴). بنابراین تا حدودی دیوان و به ویژه عملکرد دادستان با این اختیار تحت نفوذ و کنترل شورای امنیت قرار می‌گیرد، در حالی که یکی از لوازم تحقق عدالت کیفری بین‌المللی در جامعه جهانی، رعایت اصل استقلال نهاد اعمال‌کننده عدالت می‌باشد. این نهاد باید در روند دادرسی و رسیدگی قضایی، مستقل از نفوذ سیاسی و فشار قدرت‌های اجرایی باشد تا بتواند عملکرد قضایی قابل قبولی از خود نشان دهد (گلدوزیان و اصغریان، ۱۳۹۱: ۱۶).

در واقع سهم دیوان کیفری بین‌المللی در تحقق عدالت و صلح، به استقلال نهادی آن در اعلام کیفرخواست جنایتکاران بالقوه، حمایت کشورهای طرف دیوان کیفری بین‌المللی، میزان اعتماد مردم جهان نسبت به آن و کار بی‌طرفانه دیوان بستگی دارد. در عین حال، استقلال نهادی دیوان، منوط به حسن نیت کشورهای عضو و غیر عضو است (Gegout, 2013: 801).

از طرفی، نتیجه تطبیق عناصر عدالت رویه‌ای با رویکرد دادستان، حکایت از عدم تحقق این نوع از عدالت دارد؛ بدین معنا که روش انتخاب دفتر دادستانی بر اساس سه جزء اساسی عدالت رویه‌ای (ثبات، بی‌طرفی و نمایندگی) و عدم مطابقت با این عناصر، موجب دور شدن رویکرد از عدالت رویه‌ای می‌شود؛ چرا که این سه عبارت به‌طور گسترده‌ای منعکس‌کننده عدالت هستند. آن‌ها در طیف وسیعی از مطالعات



به‌عنوان شاخص‌های اصلی عدالت رویه‌ای ظاهر می‌شوند.<sup>۱</sup>

در واقع اختیارات واگذار شده در اساسنامه دیوان به شورای امنیت، نظیر «ارجاع پرونده، تسهیل همکاری بین‌المللی، تعلیق تحقیق و تعقیب و تشخیص جرم تجاوز»، موجبات خدشه‌دار شدن استقلال دیوان را فراهم می‌نماید و از تحقق عدالت ممانعت به عمل می‌آورد. قطعنامه ۱۴۲۲ شورای امنیت در سال ۲۰۰۲، نمونه‌ای از این دست می‌باشد که باعث مصونیت صلح‌بانان سازمان ملل متحد از صلاحیت دیوان گردید. بدیهی است که آزاد بودن مجرم و ادامه زندگی عادی‌اش ضمن اختلال در نظم جامعه، با اصل عدالت مغایرت دارد (کوشا و همکاران، ۱۳۹۸: ۳۵۹)؛ اما با توجه به در اولویت بودن صلح و امنیت بین‌المللی در منشور ملل متحد و همچنین تمرکز شورای امنیت بر حفظ صلح و امنیت بین‌المللی و گره خوردن صلح با عدالت در دیباچه اساسنامه رم، نیازمند بررسی روابط میان عدالت و صلح هستیم.

پس از ارجاع وضعیت به دفتر دادستانی مطابق با سه روش بالقوه مندرج در ماده ۱۳ اساسنامه دیوان، دفتر دادستانی باید تعیین کند که آیا این موضوع تحت صلاحیت دادگاه است یا خیر؟ متعاقباً، دفتر دادستانی باید تصمیم بگیرد که آیا مبنای منطقی برای تحقیقات وجود دارد یا خیر؟

بنابراین، این فرایند به شدت بر تصمیم‌گیری توسط دفتر دادستانی متکی است، و اینکه دقیقاً چگونه تصمیمات برای گزینش گرفته می‌شود، مدتی است که مشخص نیست. همان‌طور که مشهور است، جاه‌طلبی‌های عدالت کیفری بین‌المللی، اغلب با «نهادها، رویه‌ها و منابع» در تضاد است؛ به طوری که استان<sup>۲</sup> در مورد «اهداف و آرمان‌هایی که بیش از ظرفیت‌های واقعی دیوان است»، هشدار می‌دهد. در واقع، گزینشی بودن عدالت کیفری بین‌المللی، دیگر مورد تردید نیست. این گزینشگری از جمله در آغاز با عدم انجام تحقیقات اولیه و تحقیقات توسط دادستان، انتخاب و

1. Justice as Message Symposium: The Selectivity of International Criminal Justice, Available at: <<http://opiniojuris.org/2020/12/18/justice-as-message-symposium-the-selectivity-of-international-criminal-justice>>.

2. Stahn.

اولویت‌بندی پرونده‌ها و انتخاب اتهامات به وجود می‌آید. تحقیقات نشان می‌دهد که باور به عدالت رویه‌ای از نظر روانی، متمایز از تصورات منصفانه بودن تصمیمات نهایی است (Urs, 2020: 2).<sup>۱</sup> اگرچه دادستان برای گزینش پرونده‌های ارجاعی، معیار امکان تحقق عدالت را در کنار معیارهای احراز صلاحیت و صلاحیت تکمیلی و قابلیت استماع دعوی و... مورد مذاقه قرار می‌دهد، اما ماهیت عملکرد گزینشی این مرجع همواره مورد انتقاد بوده است؛ ضمن اشاره به این موضوع که دلیل دیگر رویکرد گزینشی دیوان، ناشی از محدود بودن امکانات و منابع آن نیز بوده باشد.

در خصوص بحث بین «صلح و عدالت» می‌توان به موضوع عمر البشیر اشاره داشت. سیاست شورای امنیت سازمان ملل متحد صرفاً «توجه» به درخواست‌های اتحادیه آفریقا برای استفاده از ماده ۱۶ نشان‌دهنده عدم احترام شورای امنیت سازمان ملل متحد به نظر اتحادیه است. اتحادیه آفریقا بارها از شورای امنیت سازمان ملل متحد، خواهان تعویق رسیدگی به موضوع البشیر شده است؛ چرا که معتقد است تعقیب البشیر می‌تواند چشم‌انداز صلح در سودان را مختل کند. در مقابل شورای امنیت معتقد است که عدالت در سودان از اهمیت بالایی برخوردار است؛ بنابراین بحث بین صلح و عدالت، دیوان را در مسیر سقوط در رابطه با اتحادیه آفریقا قرار می‌دهد.

این موضع شورای امنیت سازمان ملل، در نهایت منجر به تصمیم اتحادیه آفریقا مبنی بر عدم همکاری با دیوان کیفری بین‌المللی در مورد دستگیری البشیر شد. از این وضعیت، خصومت آفریقایی‌ها نسبت به دیوان کیفری بین‌المللی تشدید شده است.<sup>۲</sup> در ژانویه ۲۰۱۷، اتحادیه آفریقا یک توافق غیر الزام‌آور برای خروج جمعی از اساسنامه رم به دلیل فقدان عدالت عادلانه منعقد کرد. این اقدامات، دو اتهام اصلی را که

۱. به عنوان مثال می‌تواند فردی باشد که با میل خود نتیجه نامطلوب پرتاب سکه را برای تصمیم‌گیری در مورد مزیت در یک مسابقه ورزشی بپذیرد. هر چه تصمیم نامطلوب‌تر باشد، درک عدالت رویه‌ای از اهمیت بیشتری برخوردار است. برعکس، هر چه میزان انصاف رویه‌ای بیشتر باشد، احتمال اینکه تصمیم نهایی با رضایت پذیرفته شود، بیشتر است.

۲. در اکتبر ۲۰۱۷، بوروندی اولین کشوری بود که از اساسنامه رم خارج شد. دلیل عقب‌نشینی بوروندی، نقش دیوان بین‌المللی کیفری به عنوان «ابزار و سلاح سیاسی مورد استفاده غرب برای به بردگی کشیدن» کشورهای آفریقایی ذکر شد.

اتحادیه آفریقا در رابطه بین شورای امنیت سازمان ملل و دیوان کیفری بین‌المللی مطرح می‌کند، در بر می‌گیرد: اولاً اینکه دیوان کیفری بین‌المللی، عدالت‌گزینشی را اجرا می‌کند؛ زیرا فقط آفریقایی‌ها را تحت پیگرد قانونی قرار می‌دهد. ثانیاً اینکه شورای امنیت سازمان ملل، تنها با ارجاع موقعیت‌های آفریقا به دیوان، یک دستور کار نو استعماری را دنبال می‌کند.

این در حالی است که در سال ۲۰۰۲، شورای امنیت سازمان ملل متحد در قطعنامه ۱۴۲۲، به ماده ۱۶ اساسنامه استناد کرد که بر اساس آن، دیوان کیفری بین‌المللی نمی‌تواند به پرونده «مقامات فعلی یا سابق» که در عملیات سازمان ملل متحد مشارکت دارند، رسیدگی کند.<sup>۱</sup>

همچنین این قطعنامه به طور مؤثر به شهروندان آمریکایی که در مأموریت‌های صلح بین‌المللی سازمان ملل متحد، مشمول هر گونه اقدام جنایت بین‌المللی هستند، مصونیت می‌دهد. تصور می‌شود که تصمیم شورای امنیت سازمان ملل متحد برای استناد به ماده ۱۶ و صدور قطعنامه ۱۴۲۲ برای جلب رضایت ایالات متحده بود؛ پس از آنکه آن‌ها تهدید کردند که تمام مأموریت‌های حافظ صلح سازمان ملل را وتو خواهند کرد. با این حال، باید اذعان دشت که ابتکار عمل استناد به ماده ۱۶ کاملاً با شورای امنیت سازمان ملل متحد است. بنابراین به نظر می‌آید که عدالت‌گزینشی صورت گرفته در فعالیت دیوان، به دلیل رابطه بین شورای امنیت و دیوان رخ می‌دهد.<sup>۲</sup>

از طرفی دیباچه اساسنامه رم تصریح می‌کند که دیوان کیفری بین‌المللی برای مقابله با «جدی‌ترین جنایات نگران‌کننده جامعه بین‌المللی به عنوان یک کل» ایجاد شده است. رئیس سابق اتحادیه آفریقا<sup>۳</sup> مدعی است که عدالت بین‌المللی فقط با مصونیت از مجازات در آفریقا مبارزه می‌کند. در نتیجه به این مناقشه منجر شده است که دیوان عدالت‌گزینشی را اجرا می‌کند؛ زیرا دولت‌های آفریقایی معتقدند که دیوان فقط می‌خواهد

1. S/RES/1422 (2002), Available at: <<https://undocs.org/S/RES/1422>>.

۲. رابطه بین شورای امنیت سازمان ملل متحد و دیوان کیفری بین‌المللی از زمان لازم‌الاجرا شدن اساسنامه رم دیوان کیفری بین‌المللی، موضوع بحث انتقادی باقی مانده است. هیچ قاره‌ای به اندازه آفریقا در انتقاد از این رابطه، عمدتاً از طریق ارگان متمرکز این قاره، اتحادیه آفریقا، محکوم نشده است.

3. Jean Ping.

پرونده‌های آفریقایی را پیگیری کند (Ross, 2018: 1).

علت اجرای عدالت‌گزینشی توسط دیوان، ریشه در رابطه این مرجع با شورای امنیت سازمان ملل دارد. استفاده از بند ب ماده ۱۳ در موقعیت‌های آفریقایی، با عدم استفاده از آن برای موقعیت‌های غیر آفریقایی در تضاد است. علاوه بر این، شورای امنیت سازمان ملل از ماده ۱۶ برای راضی کردن ایالات متحده استفاده کرده است، اما این کار را برای اتحادیه آفریقا انجام نخواهد داد. همچنین دیدگاه سیاسی شورای امنیت سازمان ملل متحد و اختیارات وتو که به اعضای دائمی داده می‌شود، تأثیر قابل توجهی بر عدالتی که دیوان کیفری بین‌المللی می‌تواند ارائه کند، خواهد داشت. همه این‌ها این ادعا را اثبات می‌کنند که رابطه شورای امنیت سازمان ملل با دیوان کیفری بین‌المللی، دادگاه را مجبور به اجرای عدالت‌گزینشی می‌کند.

اگر هم از نظر ظاهری، آزار و اذیت آفریقا ناشی از روابط شورای امنیت سازمان ملل و دیوان کیفری بین‌المللی فرض شود، این تصور از آزار و شکنجه به دلیل برخورد متفاوت شورای امنیت سازمان ملل با موقعیت‌های آفریقایی و غیر آفریقایی و همچنین در تجربه ریشه‌دار و منفی استعمار ریشه دارد (Ibid.: 7).

علاوه بر این، قدرت ارجاع اعطاشده به شورای امنیت سازمان ملل بر اساس بند ب ماده ۱۳ اساسنامه رم، دو بار در قطعنامه ۱۵۹۳ برای سودان و قطعنامه ۱۹۷۰ برای لیبی استفاده شده است. اتحادیه آفریقا استفاده از سازوکار ارجاع را فقط در موقعیت‌های آفریقایی در مقایسه با عدم استفاده از آن برای موقعیت‌های غیر آفریقایی مورد انتقاد قرار داده است. معمولاً توافق بر این است که وضعیت سوریه مستلزم ارجاع برای تحقیقات دیوان کیفری بین‌المللی است. با این حال، این وضعیت برای بررسی به دیوان ارجاع نشده است. ادعا می‌شود که دلیل این امر آن است که استفاده شورای امنیت سازمان ملل از قدرت ارجاع آن‌ها، تحت استدلال سیاسی است (Ibid.: 1).

۲-۳. راه حل برای رفع شبهه در عملکرد دفتر دادستانی و اقدامات لازم

در جهت ارتقاء اعتبار

به منظور پرداختن به این موضوع، دفتر دادستانی مطابق با اصل عدالت رویه‌ای محض

یک سند خط‌مشی در مورد انتخاب و اولویت‌بندی پرونده<sup>۱</sup> - در سال ۲۰۱۶ منتشر کرد. هدف سند مذکور این است که روش انتخاب پرونده توسط دیوان به دلیل انتقادات وارده شفاف‌تر شود. سند دارای چهار بخش اصلی است: اصول کلی، معیارهای قانونی، معیارهای انتخاب پرونده، و معیارهای اولویت‌بندی پرونده.

در اصول کلی آن آمده است که تعقیب کیفری بین‌المللی باید مستقل، بی‌طرف و عینی باشد. استقلال به عنوان عمل «مستقل از دستورالعمل‌های هر منبع خارجی» توصیف می‌شود (صفحه ۷ سند). اصل بی‌طرفی تضمین می‌کند که دفتر دادستانی، روش‌ها و معیارهای منسجم را صرف‌نظر از کشورها یا طرف‌های درگیر و یا شخص (ها) یا گروه (های) مربوطه اعمال خواهد کرد (صفحه ۸ سند). آخرین اصل کلی، عینی بودن، تضمین‌کننده «فرایند مبتنی بر اطلاعات و شواهد» است که در آن «شرایط مجرم‌کننده و تبرئه‌کننده» (همان‌جا) به طور مساوی در نظر گرفته می‌شود (Gbele & Salman Khan, 2021).

اگرچه دیوان در تلاش است تا یک رویکرد عادلانه و بی‌طرفانه را برای اجرای عدالت با تحقیق در مورد جنایات ارتكابی در سراسر جهان و هر دو طرف درگیری انجام دهد، اما اعتبار دیوان با ظرفیت آن در تأمین عدالت کیفری جهانی مرتبط است. چنانچه دیوان بتواند مستقل از دولت‌ها عمل کند، این اعتبار افزایش پیدا می‌کند. همین‌طور از جنایتکاران در تمام قاره‌ها تحقیق کند؛ خواه مقامات دولتی باشند یا نه. ابزارهایی برای تحقق عدالت به روشی عادلانه و در مدت‌زمان کوتاه داشته باشد و در صورت امکان، تعقیب قضایی را در سطح محلی به تعویق بیندازد. سرانجام، دیوان کیفری بین‌المللی باید توسط کلیه کسانی که دلیلی برای ترس از کیفرخواست دارند، توسط افراد متهم‌شده و طرفداران آن‌ها و نیز توسط عموم مردم در مناطقی که ارتكاب جرائم جدی انجام می‌شود، یک بازیگر قانونی محسوب شود (Gegout, 2013: 803). تصور می‌شود که اولاً دیوان کیفری بین‌المللی باید گاهی از اقدام در یک منطقه درگیری خودداری کند. ثانیاً، برخی مفسران استدلال می‌کنند که صلح مقدم بر عدالت است. ثالثاً، عدالت می‌تواند خطری برای صلح باشد (Ibid.: 812).

1. PPCP.

## نتیجه‌گیری

مفهوم «عدالت» در اساسنامه رم، ناظر بر شرایط و موقعیت‌های مختلف می‌باشد. در برخی موارد، برای اشاره به نوعی مجازات استفاده می‌شود. همچنین از اصطلاح «عدالت» برای بیان برخی حمایت‌ها از حقوق متهم در رسیدگی عادلانه نیز استفاده شده است. ضمن اینکه عدالت در مفهوم خاص خود ناظر به احراز تقصیر بزه‌کار و همچنین اصلاح اوست. در مفهوم عام خود شامل منافع بزه‌دیدگان نیز می‌شود. ایجاد یک واحد قربانیان و شاهدان برای حفاظت، حمایت و سایر کمک‌های مناسب به شاهدان و قربانیانی که در دادگاه حاضر می‌شوند، در این راستا ارزیابی می‌شود. همچنین ایجاد یک صندوق امانی برای قربانیان و سعی بر ارتباط با افراد در مناطق درگیر مخاصمه که قربانی مستقیم مخاصمه نیستند، از اقدامات دیگر دیوان در این خصوص به‌شمار می‌آید. اگرچه عمدتاً این موضوع به دلیل عدم کفایت عدالت کیفری صرف برای نیل به عدالت و صلح می‌باشد، اما در عین حال می‌توان آن را حرکت از رویکرد عدالت سزادهنده به عدالت ترمیمی نیز ارزیابی نمود. از طرفی، توجه ویژه دیوان به نیازهای قربانیان را می‌توان در جهت تأثیرگذاری مثبت پایدار بر عدالت و صلح ارزیابی کرد. با وجود اینکه سهم دیوان در تحقق عدالت و صلح، منوط به استقلال نهادی آن در اعلام کیفرخواست و کار بی‌طرفانه می‌باشد، اما با تطبیق و بررسی اختیارات و عملکرد دفتر دادستانی با اجزای عدالت رویه‌ای، تحقق عدالت حداقل از این زاویه با تردید مواجه می‌گردد. درست است که دیوان برای گزینش پرونده‌های ارجاعی، معیار امکان تحقق عدالت را در کنار معیارهای احراز صلاحیت، اصل تکمیلی، قابلیت استماع دعوی و عوامل دیگر مورد مذاقه قرار می‌دهد، اما ماهیت عملکرد گزینشی این مرجع همواره مورد انتقاد بوده است. اگرچه دلایل دیگری از جمله محدود بودن امکانات و منابع دیوان را می‌توان از دلایل رویکرد گزینشی آن دانست.

علت تبعیت این مرجع کیفری بین‌المللی دائمی از تصمیمات کشورهای عضو دائم شورای امنیت را باید در شرایط حاکم در زمان شکل‌گیری اساسنامه جستجو کرد. در مذاکرات مربوط به اساسنامه رم، اعضای دائم شورای امنیت سازمان ملل متحد خواهان

نقش بسیار فعال‌تری برای شورا در فعالیت دیوان بودند. بنابراین اساسنامه رم به وضوح نتیجه سازش سیاسی بوده است و منجر به «عدالت سیاسی شده» حقوق بین‌المللی کیفری و در نتیجه موجب عدالت‌گزینشی دیوان شده است. تمایل دیوان به عدالت‌گزینشی و عدالت یک‌جانبه<sup>۱</sup> می‌تواند به استقلال و در نتیجه مشروعیت دیوان لطمه بزند.

از طرفی، مفهوم عدالت در پرتو اصل تکمیلی بودن دیوان را می‌توان وسیله‌ای دانست که اساسنامه رم با توسل به آن می‌کوشد تا حد معینی تکثرگرایی هنجاری را در عملکرد عدالت بین‌المللی کیفری تطبیق دهد. وقتی در دادگاه‌های ملی محل ارتکاب جرائم بین‌المللی، محاکمات صوری انجام می‌گیرد که امکان دارد به قصد گریز مرتکبان جنایات بین‌المللی از اجرای عدالت باشد، اصل تکمیلی می‌تواند به عنوان تضمینی در جهت مقابله با اقداماتی از این نوع باشد. این در حالی است که احکام صادره از جانب محاکم ملی، در صورتی از اعتبار امر مختومه برخوردار خواهند بود که بر اساس نظر دیوان، غیر واقعی و مخالف با موازین عدالت نباشند؛ و آخر اینکه دیوان در عین حال، عدالت سزادهنده را از طریق مجازات مرتکبان جنایات دسته‌جمعی به اجرا می‌گذارد. بر همین اساس، آرای دیوان بیشتر در جهت بازدارندگی با هدف دستیابی به صلح و امنیت بوده است تا تناسب بین مجازات و فعل ارتكابی مجرمانه؛ به طوری که در احکام آن، نشانه‌هایی از جبران نابرابری پیش‌آمده که همانا مفهوم عدالت مکافاتی به چشم نمی‌خورد. از طرفی، اگرچه ماده ۷۵ اساسنامه و ماده ۱۴۵ آیین دادرسی و ادله، یک نوآوری در خصوص حمایت از بزه‌دیدگان به شمار می‌روند، اما بررسی رویکرد هنجاری و عملی دیوان، از عدم تطابق میان ساختار رسیدگی در دیوان با حقوق بزه‌دیدگان حکایت دارد. بدیهی است که این امر از عدم کفایت در شفافیت و جامع بودن اسناد دیوان ناشی می‌شود.

1. One-sided justice.

## کتاب‌شناسی

۱. پورفرج، علی‌رضا، و حبیب انصاری سامانی، «بررسی نظری عدالت استحقاقی مبتنی بر نظام شایستگی با مبانی عدالت اسلامی»، *فصلنامه اقتصاد اسلامی*، سال دهم، شماره ۴۰، زمستان ۱۳۸۹ ش.
۲. حسینی اکبرنژاد، هاله، «صلاحیت تکمیلی دیوان بین‌المللی کیفری: پویایی نظام‌های قضایی ملی در مقابله با بی‌کیفری»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، سال بیست و ششم، شماره ۴۱، پاییز و زمستان ۱۳۸۸ ش.
۳. راسخ، محمد، *حق و مصلحت؛ مقالاتی در فلسفه حقوق؛ فلسفه حق و فلسفه ارزش*، ویراست سوم تهران، نی، ۱۳۹۳ ش.
۴. زمانی، سیدقاسم، «استقرار دیوان کیفری بین‌المللی: بیم‌ها و امیدها»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، سال اول، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۸۱ ش.
۵. زمانی، سیدقاسم، و هاله حسینی اکبرنژاد، «جامعه بین‌المللی و عدالت کیفری جهانی»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، سال چهل و پنجم، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۴ ش.
۶. سادات اسدی، لیلیا، «جبران خسارت ناشی از جرم در دادرسی‌های کیفری بین‌المللی»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال هفتاد و سوم، شماره ۶۸، زمستان ۱۳۸۸ ش.
۷. ساریخانی، عادل، و مهدی خاقانی اصفهانی، «نقد عدالت کیفری ترمیمی در گفتمان جرم‌شناسی غربی از منظر سیاست جنایی قرآن کریم»، *کاووشی نو در معارف قرآنی*، سال اول، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۱ ش.
۸. سلیمی، صادق، «مفهوم و مرجع احراز "منافع عدالت" در دیوان بین‌المللی کیفری در پرتو وضعیت افغانستان»، *پژوهشنامه حقوق کیفری*، سال دوازدهم، شماره ۱ (پیاپی ۲۳)، بهار و تابستان ۱۴۰۰ ش.
۹. شریعت‌باقری، محمدجواد، «نگاهی به اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، سال سوم، شماره ۱۲، زمستان ۱۳۷۷ ش.
۱۰. شیرینی، عباس، «پارادایم‌های عدالت کیفری: عدالت سزادهنده و عدالت ترمیمی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دانشگاه تهران، شماره ۷۴، زمستان ۱۳۸۵ ش.
۱۱. عباسی، مصطفی، *افق‌های نوین عدالت ترمیمی؛ میانجیگری کیفری*، تهران، دانشور، ۱۳۸۳ ش.
۱۲. همو، «عدالت ترمیمی، دیدگاه نوین عدالت کیفری»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی (مجله پژوهش حقوق و سیاست سابق)*، سال پنجم، شماره ۹، پاییز و زمستان ۱۳۸۲ ش.
۱۳. غلامی، حسین، و امید رستمی غازانی، «زمینه‌های عدالت ترمیمی در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال دوم، شماره ۴، پاییز ۱۳۹۲ ش.
۱۴. فلسفی، هدایت‌الله، «حقوق بین‌الملل از اراده مطلق تا عقل و واقعیت، و از عقل و واقعیت تا بشریت»، *سالنامه ایرانی حقوق بین‌الملل و تطبیقی*، شماره ۲، ۱۳۸۵ ش.
۱۵. قاری سیدفاطمی، سیدمحمد، *حقوق بشر در جهان معاصر (دقت‌ر دوم؛ جستارهایی تحلیلی از حق‌ها و آزادی‌ها)*، چاپ سوم، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۵ ش.
۱۶. همو، *حقوق بشر در جهان معاصر (دقت‌ر یکم؛ درآمدی بر مباحث نظری: مفاهیم، مبانی، قلمرو و منابع)*، چاپ چهارم، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۵ ش.
۱۷. گلدوزیان، ایرج، و قدرت اصغریان، «حق و تو، شورای امنیت و نقش آن از منظر حقوق بین‌الملل کیفری»، *ماهنامه دادرسی*، سال شانزدهم، شماره ۹۱، فروردین و اردیبهشت ۱۳۹۱ ش.



۱۸. نجاری لواسانی، آزاده، *عدالت سزادهنده*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۸ ش.
۱۹. نجفی ابرنآبادی، علی حسین، «از عدالت کیفری کلاسیک تا عدالت ترمیمی»، *آموزه‌های حقوق کیفری (مجله تخصصی الهیات و حقوق سابق)*، سال سوم، شماره‌های ۳-۴ (پیاپی ۹-۱۰)، پاییز و زمستان ۱۳۸۲ ش.
۲۰. نیازمند، ندا، مهرداد رایجیان اصلی، و محمدمهدی ساقیان، «چالش‌های مترتب بر حق‌های بزه‌دیده در دیوان جنایی بین‌المللی»، *مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، سال چهل و نهم، شماره ۱ (پیاپی ۱۲)، بهار و تابستان ۱۳۹۸ ش.
۲۱. نیازمند، ندا، و مهرداد رایجیان اصلی، «حق جبران و ترمیم برای بزه‌دیده و چالش‌های فراروی آن در دیوان جنایی بین‌المللی»، *آموزه‌های حقوق کیفری*، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، سال شانزدهم، شماره ۱۷، بهار و تابستان ۱۳۹۸ ش.
22. Braithwaite, J., "The Rise and Risks of Restorative Justice", *British Journal of Criminology*, Vol. 43, Oxford, Hart Publishing, 2002.
23. Garbett, Claire, "The International Criminal Court and restorative justice: victims, participation and the processes of justice", *Restorative Justice*, Vol. 5(2), 2017, Available at: <<https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/20504721.2017.1339953?needAccess=true>>.
24. Gbele, Natali & Salman Khan, "The Selection of the 'Worst of the Worst'", *The ICC's Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*, 2021, Available at: <<https://voelkerrechtsblog.org/the-selection-of-the-worst-of-the-worst>>.
25. Gegout, Catherine, "The International Criminal Court: limits, potential and conditions for the promotion of justice and peace", *Third World Quarterly*, Vol. 34(5), 2013, Available at: <<https://www.tandfonline.com/doi/figure/10.1080/01436597.2013.800737?scroll=top&needAccess=true>>.
26. Kotecha, Birju, "The International Criminal Court's Selectivity and Procedural Justice", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 18(1), 2020, Available at: <<https://doi.org/10.1093/jicj/mqaa020>>.
27. Kourabas, Michael, "A Vienna Convention Interpretation of the 'Interests of Justice' Provision of the Rome Statute, the Legality of Domestic Amnesty Agreements, and the Situation in Northern Uganda: A 'great qualitative step forward,' or a normative retreat?", 2007, Available at: <[https://jilp.law.ucdavis.edu/issues/volume-14-1/Kourabas3\\_Pdf.pdf](https://jilp.law.ucdavis.edu/issues/volume-14-1/Kourabas3_Pdf.pdf)>.
28. Lindahl, Hans, "Inside and Outside Global Law", *Sydney Law Review*, Vol. 41(1), 2019, Available at: <<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/SydLawRw/2019/1.html>>.
29. Id., "The Rome Statute: Global Justice and the Asymmetries of Recognition", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 25(2), 2018.

30. Nsereko, Daniel David Ntanda, "The ICC and Complementarity in Practice", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 26(2), 2013, Available at: <<https://www.cambridge.org/core/journals/leiden-journal-of-international-law/article/abs/icc-and-complementarity-in-practice/1CCFFA9FBC51489C1A2477B506BEB4D4>>.
31. Philipp, Christiane E., "The International Criminal Court – A Brief Introduction", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 7, 2003.
32. Report of the Independent Commission of Inquiry on the Gaza Conflict, UN Doc. A/HRC/29/52(2015), paras. 26, 68, 73, 76, 619.
33. Report of the Secretary General on the Rule of Law and Transitional Justice, 23<sup>rd</sup> August, 2004, S/2004/616, introduction & para. 49 respectively.
34. Ross, Callum, "Selective Justice and Persecution? The African View of the ICC-UNSC Relationship", *E-International Relations*, 2018, Available at: <<https://www.e-ir.info/2018/09/16/selective-justice-and-persecution-the-african-view-of-the-icc-UNSC-relationship>>.
35. Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, 2<sup>nd</sup> Ed., Cambridge University Press, 2003.
36. Song, Sang-Hyun, President of the International Criminal Court, 7<sup>th</sup> Consultative Assembly of Parliamentarians for the International Criminal Court and the Rule of Law & World Parliamentary Conference of Human Rights, International Human Rights, Day 2012, Remarks at the opening session, Rome, Italy, 10 December 2012, Available at: <<https://www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/statements/121210pgacap-iccspeech.pdf>>.
37. Tom, Patrick, "The Acholi Traditional Approach to Justice and the War in Northern Uganda", 2006, Available at: <<https://www.beyondintractability.org/casestudy/tom-acholi>>.
38. Urs, Priya, "Justice as Message Symposium: The Selectivity of International Criminal Justice", Available at: <<http://opiniojuris.org/2020/12/18/justice-as-message-symposium-the-selectivity-of-international-criminal-justice>>.

## شرط مارتنس در حقوق کیفری بین‌المللی؛ ماهیت و کارکردهای تفسیری\*

- پریسا دهقانی<sup>۱</sup>
- محمدحسین رمضانی قوام‌آبادی<sup>۲</sup>
- محمدرضا علی‌پور<sup>۳</sup>

### چکیده

در نخستین کنفرانس صلح ۱۸۹۹ لاهه، فردریش ون مارتنس، نماینده دولت روسیه بیان داشت تا آن زمان که مجموعه قواعد منظم جنگ تدوین شود، دولت‌های متعاقد موافقت می‌نمایند در مواردی که تحت شمول مقررات مصوب قرار نمی‌گیرد، جمعیت‌های غیر نظامی و متخاصمان همچنان تحت حمایت

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

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل عمومی، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (dehghani.parisa902@gmail.com).
۲. دانشیار گروه حقوق بین‌الملل، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول) (h\_ramazani@sbu.ac.ir).
۳. استادیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (m\_alipour@srbiau.ac.ir).

اصول حقوق ملل منبعت از عرف تثبیت شده میان ملل متمدن، اصول بشریت و ندای وجدان عمومی قرار خواهند گرفت. این اظهار که در ادبیات حقوق بین‌الملل به شرط مارتنس مشهور شد، در حقوق کیفری بین‌المللی اثرات عینی به همراه داشته است. محاکم کیفری بین‌المللی به مناسبت‌های مختلف، به شرط مارتنس متوسل شده‌اند. با تحلیل آرا و نظرات محاکم کیفری بین‌المللی می‌توان اظهار داشت که شرط مارتنس در حقوق بین‌الملل به طور کلی و حقوق کیفری بین‌المللی به طور خاص، از ظرفیت‌ها و کارکردهای متفاوتی برخوردار است. تفکیک میان این نقش‌ها چندان کار ساده‌ای نیست. اینکه آیا استناد به شرط مارتنس، در راستای نقش پُر کردن خلأهاست و یا تفسیر یک قاعده مبهم و یا صرفاً نقش تقویت استدلال حقوقی دادگاه را ایفا می‌کند، چندان متفن و بدون مناقشه نیست؛ چرا که نوع نگرش به شرط مارتنس، تعیین‌کننده شناسایی اثر آن در حقوق کیفری بین‌المللی است. مقاله حاضر با تتبع در رویه قضایی بین‌المللی به این نتیجه می‌رسد که نقش تفسیری و رفع ابهام و اجمال قواعد حقوقی، جلوه ویژه‌ای در استناد محاکم بین‌المللی کیفری به شرط مارتنس داشته است. این قابلیت‌ها و ظرفیت‌های متنوع شرط مارتنس باعث می‌شوند که جامعه بشری برای رسیدن به وضعیت مطلوب و گذار از وضع موجود، دائماً و بر حسب نیاز، از قبض و بسط‌های آن بهره‌گیرند. بر این پایه، شاهد کارکردهای عینی متنوعی از شرط مارتنس در حقوق کیفری بین‌المللی بوده و هستیم و این روند در آینده نیز ادامه خواهد داشت.

**واژگان کلیدی:** شرط مارتنس، حقوق کیفری بین‌المللی، منبع، تفسیر، مفهوم مخالف، راهنمای هرمنوتیک.

### مقدمه

از آنجا که قانون‌گذاری برای هر وضعیت اجتماعی قابل‌تصور، امری دشوار است، قاضی و حقوق‌دان در تلاش خود برای تشخیص قاعده حقوقی قابل‌اعمال، گاه با نقص، اجمال و سکوت قانون روبه‌رو می‌شود و این امر به طور کلی در مورد همه حوزه‌های حقوق بین‌الملل و به طور خاص، حوزه حقوق کیفری بین‌المللی صدق می‌نماید (پیری و دیگران، ۱۴۰۰: ۱۴۴). در چنین وضعی که همواره بر نظام حقوق کیفری بین‌المللی حاکم بوده، توسل به اصول و قواعدی را ایجاب می‌نماید. از این رو، سؤالی

که مطرح می‌شود این است که آیا می‌توان پذیرفت که یکی از راهکارهای مناسب برای رفع ابهامات قواعد حقوقی در حقوق کیفری بین‌المللی، شرط مارتنس خواهد بود؟ شرط مارتنس برای نخستین بار به پیشنهاد فردریش وان مارتنس، به عنوان یک شرط مازاد و احتیاطی جهت تدارک قواعد بشردوستانه برای حل اختلاف بین اعضای کنفرانس‌های صلح لاهه در خصوص جایگاه جنبش‌های مقاومت در سرزمین‌های اشغالی و در راستای علاج عدم کلیت قواعد حقوقی و استقرار اصولی ناظر بر مقوله‌های پیش‌بینی نشده در عرصه حقوق بشردوستانه مطرح گردید؛ مبنی بر اینکه تا آن زمان که مجموعه قواعد منظم جنگ تدوین شود، دولت‌های متعاقد مناسب می‌دانند اعلام کنند که در موارد غیر مصرح در مقررات تدوین شده و مورد قبول دولت‌ها، جمعیت‌های غیر نظامی و متخاصمان همچنان تحت حمایت اصول حقوق ملل، به همان صورت که از رسوم جاری میان ملت‌های متمدن، قوانین بشریت و ندای وجدان عمومی برمی‌آید، قرار خواهند گرفت (Laws and Customs of War on Land (Hague IV), 1899, 1907).

مسئلاً در حقوق کیفری بین‌المللی که به مثابه نظام‌های حقوقی داخلی مدرن، از وفور قواعد در تنظیم رخداد‌های حادث و نوظهور برخوردار نیست، توسل به شرط مارتنس از اهمیت بیشتری برخوردار است. در این میان، شرط مارتنس در قامت اصل کلی راهنما می‌تواند همچون ابزاری، ما را در راستای شناسایی اصول متناسب با حقوق بین‌الملل و وسیله‌ای برای تفسیر قواعد موجود و شاخص‌گزینش قاعده مناسب از میان قواعد مختلف قابل اعمال با غایت بشریت در خصوص موضوع مورد اختلاف یاری رساند. در قضیه تنگه کورفو و نیکاراگوئه، همین کارکرد مفهوم بشریت مستقر در شرط مارتنس به دوران صلح هم گسترش پیدا کرد (ICJ, 1949: 22; ICJ, 1986: 113-4). علاوه بر این، شرط مارتنس می‌تواند با پیوند هنجارها و اصول حقوق موضوعه به حقوق طبیعی، تأثیر چشمگیری بر توسعه و یکپارچه‌سازی حقوق کیفری بین‌المللی داشته باشد.

حقوق داخلی مبتنی بر فرهنگ‌های یکپارچه داخلی و حقوق بین‌الملل بر اساس تعامل ملل با کمترین سطح اشتراک فرهنگی در جهان است. لاجرم در انتقال از حقوق داخلی به حقوق بین‌الملل، بسیاری از ابعاد حقوق داخلی تحت تأثیر قرار گرفته و

جامعه جهانی با رویکرد برابری حقوق انسان‌ها و برابری حقوقی حاکمیت دولت‌ها، زمینه‌ساز رویکردهای مشترک بین ملت‌ها می‌شود. در چنین بستری، هم ظرفیت‌های مفهومی شرط مارتنس و هم کارکردهای مؤثر آن در جامعه بین‌الملل خودنمایی می‌کند. شناخت این ظرفیت‌ها و تقویت کارکردهای آن قطعاً بر انسجام هر چه بیشتر جامعه جهانی و عادلانه‌تر شدن آن خواهد افزود. همین آثار مثبت است که ضرورت ادراک درست شرط مارتنس را در حقوق کیفری بین‌المللی دوچندان می‌کند.

### ۱. ماهیت شرط مارتنس در حقوق کیفری بین‌المللی

نوع نگرش به شرط مارتنس برای هر پژوهشگر حقوق بین‌الملل، امری پیشینی است تا بتواند دامنه اثرگذاری این مفهوم و ظرفیت‌های بالقوه آن را در تفسیر و توسعه حقوق کیفری بین‌المللی ادراک نماید یا خود از بررسی آن در مقام تفسیر و توسعه حقوق کیفری بین‌المللی بهره گیرد. بر همین اساس، هر چه اطلاعات و فهم از ابعاد مختلف مفهومی - نظری شرط مارتنس عمق بیشتری پیدا کند، در تحلیل و تفسیر حقوق کیفری بین‌المللی در پرتو این شرط، به یافته‌های جدیدی می‌توان رسید. بررسی ادبیات حقوقی نشان می‌دهد که دیدگاه‌ها در خصوص ماهیت شرط مارتنس به طور اجتناب‌ناپذیری مورد اختلاف است. تقریباً چند گرایش و تفسیر متفاوت قابل تشخیص است: در مضیق‌ترین نگاه، شرط مارتنس به ما یادآوری می‌کند که حقوق بین‌الملل عرفی بعد از پذیرش و تصویب یک معاهده و قواعد مندرج در آن، همچنان قابلیت اعمال خواهد داشت. دولت‌های قدرتمند معمولاً با ارائه تفسیر مضیق، آن را کم‌اهمیت و حتی زائد جلوه می‌دهند. چنین تفسیری حاکی از آن است که شرط مارتنس به سادگی تصدیق می‌کند که امضاکنندگان معاهداتی که شرط مارتنس در آن ظاهر شده است، تحت حکومت قواعد بین‌المللی عرفی قرار دارند. در واقع، دیدگاه مضیق معتقد است که شرط مارتنس صرفاً ایجاد انگیزه و منبع الهام در توسعه حقوق بین‌الملل بوده است و به بیانی دقیق‌تر، در روند ایجاد هنجار تأثیر داشته است (Cassese, 2008: 40). تفاسیر موسع حاکی از آن است که این شرط به خودی خود می‌تواند منبع مستقل حقوق باشد. از این منظر، شرط مارتنس تأثیر مهمی بر منابع حقوق بین‌الملل داشته است و حداقل در حوزه

حقوق بین الملل بشردوستانه، این منابع را گسترش داده و حتی دو منبع جدید و مستقل ایجاد کرده است؛ یعنی قوانین بشریت و ندای وجدان عمومی. تفسیر موسع تر این است که همان گونه که برخی معاهدات بین المللی در ارتباط با قواعد حاکم بر مخاصمات مسلحانه، هرگز کامل نشده اند، شرط مارتنس تصریح می نماید که آنچه صریحاً توسط یک معاهده ممنوع نشده باشد، فی نفسه مجاز نخواهد بود. اما موسع ترین تفسیر این است که رفتار در مخاصمات مسلحانه، تنها به وسیله معاهدات و عرف مورد قضاوت قرار نمی گیرد؛ بلکه همچنین به وسیله اصول حقوق بین الملل مندرج در شرط مارتنس نیز مورد قضاوت قرار خواهد گرفت. برخی از دکتربین ها همچنین از تفسیر میانی حمایت کرده اند که بر اساس آن، شرط مارتنس به عنوان یک راهنما در تفسیر معاهدات موجود عمل می کند. در این دیدگاه، شرط مارتنس ابزاری تفسیری برای اصول و قواعد بین المللی به شمار می رود. به عقیده آن ها، شرط مارتنس به این معناست که اصول حقوقی باید در چارچوب اصول بشریت و ندای وجدان عمومی تفسیر شوند.

### ۱-۱. تفسیر موسع؛ شرط مارتنس به مثابه منبع

یکی از تفاسیر موسع در خصوص ماهیت شرط مارتنس، نقش آن به عنوان یکی از قواعد حقوق بین الملل بشردوستانه است؛ بدین معنا که اعمال دولت ها که منجر به نقض اصول بشریت یا ندای وجدان عمومی شود، نقض شرط مارتنس به حساب می آید و در نتیجه ممنوع است. این موضع دولت استرالیا بود<sup>۱</sup> که در لایحه تقدیمی خود به دیوان بیان داشت:

«این واقعیت که یک رفتار خاص تحت پوشش معاهدات بین المللی قرار نگیرد، به خودی خود این نتیجه را نمی دهد که چنین رفتاری با اصول کلی حقوق بین الملل بشردوستانه سازگار است» (Australian Statement, 1996: 699).

تفسیر موسع تر این است که شرط مارتنس، دو منبع جدید حقوق بین الملل ایجاد کرده است. از این رو، اصول بشریت و ندای وجدان عمومی، منابع مستقل حقوق بین الملل به شمار می روند (Strebel, 1982: 252). در چارچوب این تفسیر، طرفین

1. ICJ, Verbatim Records, CR/95/22, 30 October 1995.

مخاصمه در یک درگیری مسلحانه نه تنها به قواعد عرفی و معاهده‌ای ملزم هستند، بلکه همچنین به اصول بشریت و ندای وجدان عمومی نیز متعهدند (Ticehurst, 1997: 126). در دیدگاه موسع که حامیان آن، نهادهای مردم‌نهاد به شمار می‌روند، دولت‌ها نیازی به انعقاد یک معاهده بین‌المللی چندجانبه ندارند تا باطل‌کننده سلاح‌هایی باشد که ناقض اصول بشریت یا ندای وجدان عمومی‌اند. بنابراین دیدگاه موسع، در حال حاضر بزرگ‌ترین تهدید برای ممنوعیت سلاح‌های خاص (ریات‌ها) به شمار می‌رود و طبیعتاً این تفسیری است که با از دست دادن بشریت به وجود می‌آید.

به زعم قاضی شهاب‌الدین و کانکادو ترینداد، شرط مارتنس چیزی فراتر از یک تعهد اخلاقی یا علقه‌ای بین عرف یا معاهدات یا حداقل منبعی برای ایجاد عرف است. این شرط، مرجعیت قضایی الزام‌آور برای رفتار با اصول بشریت و ندای وجدان عمومی به عنوان منابع حقوق بین‌الملل بشردوستانه فراهم می‌کند (Shahabuddeen, 1996: 408; Trindade, 2006: 477). این همان چیزی بود که دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه تنگه کورفو<sup>۱</sup> تصدیق کرد که تعهدات بین‌المللی آلبانی بر ملاحظات ابتدایی بشریت مبتنی است (ICJ, 1949: 22). اظهار مشابهی در قضیه نیکاراگوئه<sup>۲</sup> در مورد تعهدات بشردوستانه ایالات متحده بیان شد (ICJ, 1996: 215, 218). این شرط تثبیت‌کننده این امر است که ندای وجدان عمومی و بشریت فی‌نفسه منبع

۱. این قضیه به اختلاف بین انگلستان و آلبانی مربوط بود. بعد از تصادم و انفجار دو اژدرافکن انگلیسی با مین در دریای سرزمینی آلبانی در تنگه کورفو، انگلستان تنگه را مین‌روبی کرد. این امر به زعم دولت آلبانی، نقض حاکمیت سرزمینی آن را به همراه داشت. انگلستان معتقد بود که آلبانی در قبال انفجار مسئولیت بین‌المللی دارد. تنش شدیدی بین دو کشور ایجاد شد. نهایتاً انگلستان دعوی را به دیوان بین‌المللی دادگستری ارجاع داد. دیوان در سال ۱۹۴۹ رأی ماهیتی در خصوص این دعوی را صادر نمود. دیوان ضمن قبول قصور دولت آلبانی، آن کشور را مسئول انفجارها شناخت و همچنین اظهار داشت که انگلستان با مین‌روبی تنگه کورفو، به حاکمیت آلبانی تجاوز کرده است (ICJ, 1949).

۲. نیکاراگوئه در ۹ آوریل ۱۹۸۴، دادخواستی علیه ایالات متحده تسلیم دیوان کرد، مبنی بر اینکه آمریکا از نیروهای نظامی علیه نیکاراگوئه استفاده کرده و در امور داخلی آن کشور دخالت می‌کند. در این شکایت تصریح شد که آمریکا با تسلیح و کمک به گروه‌های شورشی محلی (کنترها)، به حقوق بین‌الملل و تمامیت ارضی نیکاراگوئه تجاوز کرده است و برای خساراتی که وارد کرده، باید غرامت بپردازد. در رأی که دیوان در ۲۶ ژوئن ۱۹۸۶ در ماهیت دعوی صادر کرد، در اغلب موارد، حق به نیکاراگوئه داده شد (ICJ, 1996).



قانونی برای غیر قانونی اعلام کردن ابزارها و روش‌های غیر انسانی است که به نظم کشیده نشده‌اند و بر همه دولت‌ها الزام‌آور هستند (Pustogarov, 1999: 132). مسلماً شرط مارتنس باید به عنوان کانالی در نظر گرفته شود که ملاحظات ابتدایی بشریت در سرتاسر حوزه حقوق بین‌الملل جریان داشته باشد و از اجرای اعمال غیر انسانی که تحت پوشش حقوق (عرفی یا معاهده‌ای) قرار نگرفته باشند، جلوگیری نماید (Schmitt, 2010: 800). بر این اساس، ضروری نیست که وجود مستقل چنین اصولی از حقوق بین‌الملل را جای دیگر بیابیم. منبع این اصول در خود شرط نهفته است. کمیته بین‌المللی صلیب سرخ با حمایت از موسع‌ترین دیدگاه اظهار داشت:

«سلاحی که تحت پوشش قوانین موجود حقوق بین‌الملل بشردوستانه قرار نگیرد، اگر فی‌نفسه با اصول بشریت یا ندای وجدان عمومی مغایرت داشته باشد، مخالف و نقیض شرط مارتنس در نظر گرفته می‌شود» (ICRC, 2006: 945).

مرجع اولیه برای تفسیر موسع را در دادگاه نظامی ایالات متحده در نورمبرگ در قضیه ایالات متحده علیه کراپ و دیگران ۱۹۴۸، می‌توان یافت. دادگاه مقررات مرتبط با کنوانسیون‌های لاهه را مورد بحث قرار داد و دریافت که این مقررات برای آلمان الزام‌آور هستند؛ نه تنها به عنوان یک معاهده بلکه همچنین به عنوان قواعد عرفی (United States v. Alfred Krupp et al., 1948: 1338). سپس اظهار داشت:

«مقدمه کنوانسیون‌های ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ لاهه<sup>۱</sup> حاوی مطالبی بسیار بیشتر از اعلام محض یک قاعده است. پیشگفتار حاوی یک شرط کلی است که عرف متداول بین ملل متمدن، اصول انسانیت و ندای وجدان عمومی را به معیاری حقوقی تبدیل می‌کند که هر گاه مقررات ویژه کنوانسیون یا آیین‌نامه‌های پیوستی آن، موضوع خاصی را که در جنگ یا ملازم با جنگ پیش می‌آید، پیش‌بینی نکرده باشد، می‌توان از این معیار استفاده نمود» (Ibid.: 1341).

دیگر قضایا از جمله قضیه آلتستوتر، این ایده را حتی در چارچوب حقوق کیفری بین‌المللی تأکید کردند. در این قضیه، شرط مارتنس به عنوان یک مأخذ اضافی برای این طرح پیشنهادی به کار رفت که اخراج اهالی سرزمین‌های اشغالی به موجب حقوق

1. Laws and Customs of War on Land (Hague IV), 1899, 1907.

عرفی جنگ منع شده و جرم محسوب می‌شود (Justice case, 1947: 58). دادگاه نورمبرگ در شرایطی به شرط مارتنس استناد نمود که متهمان ادعا می‌کردند که منشور نورمبرگ که توسط دادگاه اجرا می‌شود، به منزله قانون کیفری عطف به ماسبق‌کننده است. متهمان، اخراج سکنهٔ سرزمین‌های اشغالی را جنایت نمی‌دانستند؛ برای اینکه از نظر آن‌ها در زمان ارتکاب این عمل، قانونی بر ممنوعیت آن وجود نداشت. ولی استدلال دیوان این بود که این عمل توسط حقوق عرفی جنگ منع شده و جنایت تلقی می‌گردد.

آرای تعداد دیگری از محاکمات جرایم جنگی نازی‌ها در ارتباط با دفاع عطف به ماسبق شدن قوانین، حمایت‌های بیشتری برای تفسیر موسع فراهم می‌کند. این امر به‌طور خاص در مورد قضیه KW صادق است. در این قضیه، متهم KW، یک افسر آلمانی است که به اتهام زخمی کردن شدید ۱۴ غیر نظامی، به نقض مقررات و عرف‌های جنگی متهم شده بود. در واقع وی به تعدادی از غیر نظامیان بازداشت‌شده که علیه نیروهای اشغالگر آلمانی دست به مبارزه زده بودند، صدمات جدی وارد کرده بود. دادگاه به ماده ۴۶ مقررات کنوانسیون چهارم لاهه در مورد قوانین و عرف‌های جنگ زمینی نیز اشاره نمود که تکلیف و وظیفهٔ احترام به حیات اشخاص را بر قدرت اشغالگر تحمیل می‌نماید. با این حال، دادگاه خاطرنشان کرد که هیچ مقرر قانونی وجود ندارد که صراحتاً اعمال خشونت‌آمیز یا بدرفتاری علیه ساکنان سرزمین‌های اشغالی را ممنوع کرده باشد؛ در نتیجه، مسئولیت کیفری فردی برای چنین اعمالی وجود ندارد. بدین ترتیب دادگاه به شرط مارتنس اشاره کرد. قضات دادگاه اظهار داشتند:

«بر اساس شرط مارتنس، باید اصول کلی تر حقوق بین‌الملل برگرفته از قوانین بشریت و ندای وجدان عمومی را به عنوان دلیلی بر غیر قانونی بودن رفتار بی‌رحمانه با غیر نظامیان اعمال نمایند. دادگاه اظهار داشت که حقوق جنگ ناقص مانده است و این دقیقاً یکی از مواردی است که در شرط مارتنس پیش‌بینی شده است تا مبنای قانونی اصولی برای محکومیت کیفری فراهم کند» (KW, 1950: 562-568).

مخالفان تفسیر گسترده، رد یا تعدیل کردن این قضیهٔ خاص را دشوار می‌دانند؛ زیرا دلیل دیگری برای محکومیت متهم که در زمان ارتکاب اعمال خشونت‌آمیز وی وجود داشت، موجود نبود. از این رو، شاید این قضیه روشن‌ترین نمونهٔ تصمیم قضایی است

که تفسیری از استانداردهای شرط مارتنس به عنوان هنجارهای مستقل حقوق بین‌الملل بشردوستانه به دست می‌دهد.

در قضیه *Kononov v. Latvia*، دادگاه اذعان داشت که شرط مارتنس، اصول حقوق بین‌الملل را بیان می‌کند که بر اساس آن، ملاحظات بشریت به خودی خود می‌تواند مستقیماً الزام حقوقی مستقلی برای حکومت بر رفتار و امور دولتی اعمال نماید (ECtHR, 2010). این تفسیر، اصول بشریت را به عنوان هنجارهای کلی مستقل قلمداد می‌نماید که قادر به رفع خلأهای موجود در معاهدات خاص است. این وضعیت حتی در مواردی نیز صدق می‌کند که هیچ قاعده مرتبطی صریحاً مقرر نشده باشد. دادگاه اظهار داشت که اصول غیر قابل نقض از جمله شرط مارتنس، هنجارهای حقوقی در بردارند که باید توسط دادگاه‌ها علیه رفتارهای ناقض حقوق جنگ اعمال شوند. رویه قضایی بیشتر در حمایت از تفسیر موسع را می‌توان در شعبه بدوی دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در قضیه *مارتیچ* یافت (Martić Case, 1996).

حتی با صرف نظر از دلالت‌های روشن قضایای فوق، استدلال‌های تحلیلی قانع‌کننده دیگری وجود دارد که از تفسیر گسترده حمایت می‌کند. نخست، این تنها تعبیر منطقی است که باعث می‌شود شرط مارتنس از ابتدا ضروری تلقی شود. به عبارت دیگر، تنها یک تفسیر گسترده با تاریخ قانونی شرط مارتنس کاملاً سازگار است. این استدلال توسط قاضی شهاب‌الدین در نظر مشورتی سلاح‌های هسته‌ای مورد تأیید قرار گرفت. وی در حمایت از تفسیر گسترده خاطر نشان می‌کند که در کنفرانس صلح ۱۸۹۹ لاهه، نماینده بلژیک، برنارت، با برخی از مقررات در پیش‌نویس از جمله در کنوانسیون نهایی مخالفت نمود. تنها زمانی که اعلامیه شرط مارتنس بدون مخالفت توسط کنفرانس پذیرفته شد، این نماینده توانست به نفع مقررات مورد اختلاف رأی دهد (Howard & Andreopoulos & Shulman, 1994: 122).

علاوه بر این، تنها یک تفسیر گسترده باعث می‌شود که تعدادی از آرای پسامخاصه در دادگاه‌های جنایات جنگی نازی‌ها که شرط مارتنس را به عنوان قواعد ضروری و مستقیم مورد شناسایی قرار داده بودند، معنا و مفهوم داشته باشند. پس از بررسی طیف وسیعی از چنین تصمیماتی، لرد رایت این اقدامات را به عنوان مبنایی قانونی برای مقررات

دقیق‌تر لاهه، که مجموعه‌ای از جنایات جنگی را تصریح کرده بود، قلمداد نمود:  
 «اثر حاکم بر شرط مارتنس این است که این شرط با چند کلمه که در واقع بیانگر  
 اصول حقوق جنگ و در واقع همه حقوق است، روح و حیات تازه‌ای به حقوق جنگ  
 بخشیده است؛ زیرا هدف حقوق (در همه زمان‌ها) تضمین هر چه بیشتر حاکمیت  
 قانون و عدالت و بشریت در روابط متقابل انسان‌هاست» (Lord Wright, XIII).

### ۲-۱. تفسیر مضیق؛ شرط مارتنس به مثابه راهنمای تفسیر

در هنگام تقدیم لویح در نظر مشورتی سلاح‌های هسته‌ای، روسیه برای حفظ دیدگاه و جهت‌گیری کلی خود برای کم‌اهمیت جلوه‌دادن قواعد عرفی حقوق بین‌الملل در مقابل قواعد حقوق معاهدات، تفسیری مضیق از شرط مارتنس ارائه می‌دهد. این اعلامیه بیان می‌دارد که بهتر است شرط مارتنس با توجه به بافت و ساختار تاریخی اصلی آن، به عنوان چیزی نه بیشتر از یک تدبیر جایگزین موقت درک شود. از این رو، تدوین کامل قوانین جنگ در کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل‌های الحاقی باعث شده که این معیار زائد و مازاد بر احتیاج باشد (Ticehurst, 1997: 127).

یک شیوه محدود تفسیر، گستره شرط مارتنس را به معاهده خاص (یا معاهدات پس از ۱۸۹۹) که بخشی از آن را تشکیل داده است، محدود می‌کند. از این رو، شرط مارتنس فقط برای امضاکنندگان آن معاهدات قابل اعمال است. به این ترتیب، نقش آن در اینجا بیشتر محدود است به جلوگیری از تفاسیر قهقرایی<sup>۱</sup> از مواردی که مقررات لاهه به اندازه کافی به نظم درنیاورده یا از جهات دیگر پیش‌بینی نشده است (Bourbonnière, 2004: 43). در این تفسیر، فرض بر این است که فقدان مقررات در رویه دولت‌ها حتی در مواردی که مغایر با این اهداف اساسی است، جواز قانونی ضمنی به حساب می‌آید (Abi-Saab, 1984: 265). با توجه به تدوین گسترده قوانین و مقررات حقوق جنگ، حامیان تفسیر مضیق بر این امر تأکید می‌کنند که حداکثر تنها یک نقش بسیار محدود وجود دارد که شرط مارتنس می‌تواند بازی کند، و این به نوبه خود به این امر بستگی دارد که چگونه خلأها در این قواعد شناسایی و ارزیابی می‌شوند (Salter, 2012: 409).

1. Regressive.

به زعم کاسسه، با استدلال از راه مفهوم مخالف<sup>۱</sup> از آنجا که برخی موضوعات توسط کنوانسیون لاهه به نظم کشیده نشده است، در نتیجه متخاصمان آزادند آن گونه که می‌خواهند رفتار کنند و از این رو، محدودیت‌های احتمالی ناشی از سایر قواعد بین‌المللی (چه عرفی و چه معاهده‌ای) را نادیده بگیرند. شرط مارتنس تنها برای جلوگیری از چنین استنتاج خطرناکی وجود دارد (Cassese, 2000: 189). در این تفسیر مضیق، شرط مارتنس چیزی فراتر از یک اصل یا فراقاعده تفسیری نیست؛ قاعده‌ای که امکان توسل به اصل لوتوس را رد می‌کند.

دیدگاه مضیق حاکی از این نیست که اصول بشریت یا ندای وجدان عمومی، منبع مستقل حقوق بین‌الملل قلمداد می‌شوند (Ticehurst, 1997: 126). در چارچوب این تفسیر، دولت‌ها به تنهایی از این اختیار برخوردارند که قبل از ایجاد و ساخت یک سلاح، چه با انعقاد معاهدات و چه با استقرار قواعد عرفی، آن را غیر قانونی اعلام نمایند. بنابراین تحت این دیدگاه، شرط مارتنس به تنهایی نمی‌تواند باعث ممنوعیت یک رفتار یا سلاح خاص باشد. تئودور مرون تأیید می‌کند که شرط مارتنس به ما اجازه نمی‌دهد تا قلعه‌هایی از شن ساخته شود. به جز در وضعیت‌های حاد، اشاره به اصول بشریت و ندای وجدان عمومی، به تنهایی ابزارها یا سلاح‌های جنگی به ویژه در موارد مناقشه‌آمیز را غیر قانونی نمی‌کند. وی نتیجه می‌گیرد که دولت‌ها هنوز آماده نیستند تا اصول گسترده بشریت و ندای وجدان عمومی را به قواعد الزام‌آور انتقال دهند (Meron, 2006: 28).

کاسسه معتقد است:

«مطمئناً شرط مارتنس، تولد دو منبع مستقل حقوق بین‌الملل متمایز از عرف را در پی نداشته است. به عبارت دیگر، در هیچ یک از موارد، قوانین بشریت و ندای وجدان عمومی به عنوان یک قاعده جدید و مستقل شناخته نشده‌اند. به گفته کاسسه، هیچ دادگاه ملی یا بین‌المللی بر اساس این تصور عمل نکرده است که علاوه بر معاهده و عرف، دو منبع حقوقی اضافی در جامعه بین‌المللی وجود داشته است. دادگاه‌ها چه به صراحت و چه به طور ضمنی به بشریت اشاره کرده‌اند، صرفاً برای بیان این تصور که در تفسیر قواعد بین‌المللی نباید به مقتضیات بشریت کور بود» (Cassese, 2006: 61).

1. A contrario argument.

در عوض می‌توان اظهار داشت که این شرط به عنوان یک بیان کلی برای اصول بشردوستانه و همچنین راهنمایی برای فهم و تفسیر مناسب قواعد موجود حقوق بین‌الملل عمل کرده است.

آتونو کاسسه، در دفاع از رویکرد راهنمای تفسیری بودن شرط مارتنس، شاید قوی‌ترین استدلال را در برابر تفسیر موسع مطرح می‌نماید. او اظهار می‌دارد که بسیاری از مواردی که به نظر می‌رسد از شرط مارتنس به عنوان یک هنجار حقوقی مستقل حمایت می‌نماید، در واقع اظهارات جنبی<sup>۱</sup> است و از این رو، از نیرو و الزام سابقه قضایی برخوردار نیست. علاوه بر این، نتایج تفسیر موسع اقدامات، بیش از حد نامعین است که بتواند به عنوان یک هنجار مستقل عمل کند. کسانی که از این تفسیر حمایت می‌کنند، باید توضیح دهند که چگونه این شرط در واقع بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی شده است، و پیامدهای ماهیت ظاهراً عرفی آن به ویژه اثرات حقوقی خاص آن در چارچوب تعهدات وارد بر کشورها که از شرط مارتنس منتج می‌شود، را ارزیابی نمایند (Id., 2006: 206).

برخی اظهار می‌دارند که ذکر شرط مارتنس در مقدمه برخی اسناد، نشان از استقرار یک قاعده به خودی خود نیست. پروفیسور گرین‌وود معتقد است:

«شرط مارتنس تنها به ما یادآوری می‌نماید که قواعد بین‌المللی عرفی حتی پس از پذیرش برخی هنجارهای معاهده‌ای، همچنان به کار برده می‌شوند. جدای از آن، عناصر شرط مارتنس به عنوان مثال، ندای وجدان عمومی به عنوان مبنایی برای یک قاعده حقوقی مجزا، بسیار مبهم هستند» (Greenwood, 2001: 539).

یک رویکرد مضیق از این نوع می‌تواند به دنبال تأویل تفسیر خود بر مبنای متن اصلی تاریخی شرط مارتنس و مبنای منطقی همراه با آن باشد. به زعم گرین‌وود، شرط مارتنس تنها در مقدمه کنوانسیون‌های صلح لاهه ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ و نه در متن اصلی به کار رفته است. مقدمه‌ها تنها قبل از هنجارهای کنوانسیون‌های لاهه قرار گرفته‌اند و به خودی خود هنجارهای متمایز و مستقیماً قابل اعمالی را ایجاد نمی‌کنند (Id., 1995: 29).

1. Obiter dictum.

در یک خوانش تحت‌اللفظی، به نظر می‌رسد این متن از تفسیری حمایت کند که بر جایگاه آن به عنوان یک هنجار حقوقی منفی تأکید دارد؛ یعنی هنجاری که تنها در مواردی وارد بازی می‌شود که به نظر می‌رسد خلئی در قواعد جنگ وجود دارد. بر مبنای این تفسیر، شرط مارتنس تنها ابزاری کنترل‌کننده است تا به دولت‌ها یادآوری کند که حتی اگر هیچ تعهد صریحی در ارتباط با فناوری‌های کشتار جمعی نظامی جدید و غیر قابل پیش‌بینی وجود نداشته باشد، همچنان تعهدات و تکالیف حقوقی بین‌المللی می‌تواند وجود داشته باشد که احتمالاً با مجازات‌های کیفری مورد حمایت قرار می‌گیرد. از این رو، شرط مارتنس مانع از این نتیجه‌گیری می‌شود که در فقدان هنجارهای بین‌المللی صریح، استفاده از ابزارها و روش‌های جنگی مجاز است (Henderson, 2009: 40).

تأیید بیشتر تفسیر مضیق را می‌توان منتج از نگرانی‌های پوزیتیویستی برای بهینه‌سازی قطعیت حقوقی<sup>۱</sup> و دکترین تعیین حقوقی<sup>۲</sup> دانست و از این طریق، دامنه اصول کلی، به‌ویژه آن‌هایی که جنبه‌ها یا/و دلالت‌های ضمنی اخلاقی و حقوق طبیعی، را کاهش دهد. از طرف دیگر، نگرش پوزیتیویستی موضع منفی نسبت به همه مقولات اخلاقی و گسترده‌تر تعریف‌شده از جمله بشریت و ندای وجدان عمومی را تشویق می‌کند (Pustogarov, 1999: 132). از این دیدگاه پوزیتیویستی که پیوسته تثبیت‌کننده رؤیاهای علم حقوق است، معانی چنین مقولاتی علی‌الظاهر از یک تفسیر ذهنی به دیگری متفاوت است. اگر این مقوله‌های بسیار گسترده، بدون بررسی مؤثر صلاح‌دید ذهنی، به‌عنوان قانون شناسایی شوند، از این رو تصمیم‌گیری قضایی خودسرانه، به نوبه خود مغایر با اصل قانونمندی است. این عدم محدودیت ظاهراً مغایر با منطق نظام حقوق مدرن قاعده‌محور است که در آن قاعده حقوقی قابل اعمال مطابق با معنای عینی و مفروض آن (بر خلاف ذهنیت تصمیم‌گیرندگان) به درستی نتایج قضایای خاص را مشخص و معین می‌کند.

1. Legal certainty.  
2. Doctrinal 'determinacy'.

### ۳-۱. تفسیر میانه؛ شرط مارتنس به مثابه منبع کمکی

دیدگاه میانه شرط مارتنس، اصول بشریت و ندای وجدان عمومی را به عنوان منابع مکمل حقوق بین‌الملل شناسایی می‌نماید. در چارچوب این دیدگاه، دو عنصر شرط مارتنس یعنی اصول بشریت و ندای وجدان عمومی به طور مستقل منبع حقوقی قابل اعمال نیستند، آن گونه که قواعد عرفی یا معاهده‌ای هستند (Evans, 2013: 724).

با تکیه بر این تفسیر، شرط مارتنس می‌تواند مؤثر بر این دیدگاه باشد که رفتار یا سلاخی که هنوز ایجاد نشده است، ممنوع است؛ اما شرط مارتنس به تنهایی برای این ممنوعیت کافی نخواهد بود. بنابراین مطابق این برداشت، اصول بشریت یا ندای وجدان عمومی باید جایگاه یک مقرر معاهده‌ای یا قاعده عرفی حقوق بین‌الملل را به دست آورد.

اکثریت قریب به اتفاق مواردی که شرط مارتنس را تفسیر نموده‌اند، از آن به شکلی تکمیلی استفاده کرده‌اند. بنابراین شرط مارتنس برای پیشبرد این ایده که اصول بشریت و ندای وجدان عمومی، منابع تکمیلی حقوق بین‌الملل به شمار می‌روند، مورد استفاده قرار گرفته است. در چنین وضعیت‌هایی، تصمیمات بر مبنای دیگری گرفته شده بود و توسل به شرط مارتنس تنها نقش کمکی داشت (Cassese, 2000: 202). این استفاده‌های تکمیلی از شرط مارتنس در درجه اول در واکنش به درخواست‌های بشردوستانه صورت می‌گیرد، نه در حمایت از این ایده که اصول بشریت و ندای وجدان عمومی، منبع کاملاً مستقل حقوق بین‌الملل به شمار می‌روند. بر این اساس، یک تفسیر منصفانه این است که شرط مارتنس یک مبنا و چارچوب قانونی برای تفسیر قواعد حقوق بین‌الملل فراهم می‌نماید تا اینکه یک قاعده ایجاد نماید. یعنی دادگاه‌ها می‌توانند و باید از اصول بشریت و ندای وجدان عمومی به عنوان یک راهنما برای ارزیابی موضوع و مسئله‌ای که در محضر آن‌ها مطرح شده است، استفاده نمایند (Ibid.: 208).

### ۲. کارکردهای شرط مارتنس در حقوق کیفری بین‌المللی

شرط مارتنس آن گونه که در طول تاریخ حقوق بشردوستانه فهم شده و به حقوق کیفری بین‌المللی راه یافته است، پیوندی جدی با مفاهیم کلیدی دیگر مورد کاربرد در



عرصه دانش حقوق بین‌الملل دارد. بدین صورت که گاه فهم و کاربرد شرط مارتنس در جهت رسیدن به عدالت مطرح می‌شود، گاه برای رفع ابهام و اجمال در قواعد مورد استفاده قرار می‌گیرد، گاه به عنوان ابزاری در جهت رفع خلأ و نواقص قانون به کار می‌آید، گاه نقش کاشفیت دارد به معنای دخالت در ابداع قواعد نوین و گاه به منزله ابزاری فرعی برای تعیین قواعد حقوقی.

## ۱-۲. کارکرد تفسیری اصول و قواعد

از مهم‌ترین کارکردهای حقوقی که به حق می‌توان به شرط مارتنس نسبت داد، ویژگی و رویکرد تفسیری آن است. شرط مارتنس می‌تواند در سطح تفسیری و به عنوان یک راهنمای اساسی در تفسیر قواعد معاهده‌ای و عرفی بین‌المللی عمل کند. هدف این شرط، تقویت مطالبات بشریت و وجدان عمومی است، بنابراین باید در تفسیر این اصول یا قواعد مورد توجه قرار گیرد. در صورت شک و تردید در ارتباط با تفسیر اصول و قواعد حقوق کیفری بین‌المللی و بشردوستانه، اصول و قواعد حقوق کیفری بین‌المللی باید به شکلی مطابق با معیارهای بشریت و ندای وجدان عمومی تفسیر شوند. برای جلوگیری از تفاسیر خودسرانه، معیارهای بشریت باید از استانداردهای بین‌المللی حقوق بشر استنباط شوند و ندای وجدان عمومی را باید با در نظر گرفتن قطعنامه‌ها و سایر اقدامات معتبر نهادهای بین‌المللی معین و روشن ساخت. از این رو، به کارگیری شرط مارتنس در تفسیر، در حقوق کیفری بین‌المللی، حکایت از کارایی این شرط در روزآمد و کارآمد کردن این نظام حقوقی دارد و در نهایت، به کارگیری عملی آن در حقوق کیفری بین‌المللی، حکایت از کارگشایی تفسیری شرط مارتنس در ساحت توسعه قلمرو هنجاری در پاسخگویی به سؤالات غیر منصوص دارد (دهقانی و دیگران: ۱۴۰۰: ۲۲۸).

با استفاده از نظریه تفسیر تکاملی، شرط مارتنس را می‌توان عامل تفسیر تلقی نمود. شرط مارتنس به کمک توان تفسیری که به حقوق بین‌الملل ارائه می‌کند، قادر است تا رویکرد تفسیری واحدی را به منظور نیل به اهداف حقوق بین‌الملل فراهم آورد. کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز آنجا که می‌گوید: «هنجارهای امری حقوق بین‌الملل عام متضمن اصول تفسیری قدرتمندی هستند که همه یا بیشتر تعارضات موجود را حل

خواهد نمود» (ILC, 2006)، به شرط مارتنس نیز از همین دید می‌توان نگریست. به واقع، شرط مارتنس به مثابه اصول عالی تفسیر محتوایی، رفتار تابعان بین‌المللی را در اعمال و تفسیر حقوق بین‌الملل، به سوی اهداف حقوق بین‌الملل سوق می‌دهد. بنابراین می‌توان آن‌ها را مظهر تحقق تفسیری اتویایی از حقوق بین‌الملل دانست که به روشی همچون قانون اساسی در حقوق بین‌الملل وارد شده و عمل می‌کنند و سایر هنجارهای حقوق بین‌الملل را در مسیری مشخص و واحد هدایت می‌نمایند.

همان گونه که هربرت هارت گفته است:

«حقوق یک سیستم زبانی است و به همین ترتیب، دارای بافت باز است که معرف عجز قانون‌گذار برای توصیف یک رفتار خاص ممنوع شده در کلیت و تمامیت آن است» (Hart, 1994: 127).

هارت معتقد است که ایجاد هنجارهای قانونی، چیزی بیش از ویژگی کلی زبان بشر نیست و عدم قطعیت در مرز، قیمتی است که باید برای استفاده از اصطلاحات طبقه‌بندی‌شده کلی به هر شکلی از ارتباطات مربوط به امور واقعی پرداخت شود. قواعد پیچیده، فضای لازم برای قضاوت فراهم می‌کند که اگر یک عمل خاص تحت قاعده‌ای که از نظر زبانی تدوین شده است، قرار نگیرد، تصمیم‌گیری نمایندند. از این رو، تصمیم‌گیرندگان دائماً در معرض موقعیت‌های سخت قرار می‌گیرند، مبنی بر اینکه کدام یک از تفاسیر ممکن برای بررسی قاعده مورد نظر، قابل قبول و مناسب است (Ibid.: 127-128). بر این اساس، بخشی از ادبیات بشردوستانه حاکی از آن است که شرط مارتنس یکی از جهت‌گیری‌های هرمنوتیکی ممکن است که در اختیار مرجع تصمیم‌گیری قرار دارد. این مکتب فکری تصریح می‌کند که شرط مارتنس، چیزی بیش از راهنمای قضاوت برای تفسیر حقوق بشردوستانه نیست. مطابق این نظریه، در صورت تردید یا ابهام در حین اعمال یا تفسیر اصول و قواعد بشردوستانه، گزینه‌ای باید انتخاب شود که بیشترین خواسته‌ها و مطالبات بشریت را تقویت می‌نماید. به همین ترتیب، این دیدگاه از شرط مارتنس را می‌توان برای رد استدلال‌های مخالف به کار برد که به دولت‌ها آزادی اختیار می‌دهد که در سکوت کنوانسیون‌های بشردوستانه، آن گونه که می‌خواهند عمل کنند (Cassese, 2000: 189).

کاربرد این ارزیابی از شرط مارتنس را می‌توان در تفسیر خاص دیوان کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق از اصل تناسب یافت. مطابق قرائت معمولی از این اصل، متخاصمان می‌توانند حملات خود را علیه اهداف نظامی مشروع انجام دهند؛ حتی اگر این حملات به صورت جنبی، غیر نظامیان یا اهداف غیر نظامی را به خطر اندازد. با این حال، اگر تلفات و خسارت‌های اتفاقی غیر نظامیان و اهداف غیر نظامی در رابطه با مزیت نظامی مستقیم بیش از حد باشد، عملیات غیر قانونی خواهد بود.<sup>۱</sup> اهمیت این اصل انکارناپذیر است (Quéguiner, 2006: 793). از این رو با توجه به اهمیت آن، نقض آن طبق اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی منجر به جنایت جنگی می‌شود.<sup>۲</sup> در همین راستا، انجام عملیات‌های نظامی نیاز به مراقبت مداوم برای جلوگیری یا به حداقل رساندن آسیب به جمعیت غیر نظامی یا اهداف غیر نظامی دارد. متخاصمان برای دستیابی به این هدف باید تمامی اقدامات احتیاط‌آمیز را انجام دهند.<sup>۳</sup>

در قضیه کوپراسکیچ، دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق فراتر رفت و اذعان داشت:

«حملات مکرر با مشروعیت مورد تردید، با توجه به آسیب‌هایی اتفاقی که به جمعیت غیر نظامی وارد می‌کند، حاکی از آن است که کل عملیات نظامی، مخالف اصل تناسب است.»

از این رو، دادگاه به جای ارزیابی حقوقی خاص حملات، به ارزیابی جامع عملیات نظامی به عنوان یک کل پرداخت، که بر مبنای آن، هر حمله باید به طور مستقل توسط مرجع قضایی صالح مورد ارزیابی قرار گیرد (Prosecutor v. Kupreškić, 2000: para. 526). در واقع، این الگوی رفتاری نظامی که ممکن است حیات و اموال غیر نظامیان را به خطر بیندازد، بر خلاف خواسته‌های بشریت است. لذا دادگاه روشن کرد که چنین تفسیری از اصل تناسب، مطالبه مستقیم بشر است که توسط شرط مارتنس فراهم شده است؛ زیرا حملاتی که بیش از حد، غیر نظامیان و اموال غیر نظامی را به خطر اندازد،

1. First Additional Protocol, 1977, arts. 51(5)(b) and 57(2)(b).

2. Rome Statute of the International Criminal Court, 1998, art. 8(2)(b)(iv).

3. First Additional Protocol, art. 57(2)(a,b,c).

بر خلاف ملاحظات ابتدایی بشریت است و بنابراین از لحاظ قانونی غیر قابل تحمل است (Prosecutor v. Kupreškić, 2000: para. 526). در این قضیه همچنین به طور ضمنی، شرط مارتنس تعقیب کیفری اشخاصی را که مرتکب اعمالی مغایر با قواعد به رسمیت شناخته شده توسط وجدان عمومی شده‌اند، مجاز می‌شمارد؛ به ویژه جایی که این امر، نقش حمایتی و هدف حقوق بین‌الملل بشردوستانه برای ترغیب روش انسانی حتی در طول مخاصمات مسلحانه را توسعه می‌دهد (Ibid.: paras. 52136).

مطابق رویکردی که شرط مارتنس را به عنوان یک راهنمای هرمنوتیکی برای تفسیر قواعد بشردوستانه تعریف می‌کند، امکان اعمال ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو<sup>۱</sup> در هر مخاصمه مسلحانه‌ای، چه بین‌المللی و چه غیر بین‌المللی، فراهم می‌شود. در قضیه سلیچ، دادگاه تأکید کرد: غیر قابل انکار است که ماده ۳ مشترک، منعکس‌کننده اصول بنیادین بشردوستانه، حداقل هسته اصلی قوانین ضروری و لازم‌الاجرا را تشکیل می‌دهد. هدف این اصول، احترام به شأن و منزلت انسانی است که در طول قرن‌ها جنگ، توسعه یافته و قبل از تصویب کنوانسیون‌های ژنو، به حقوق عرفی تبدیل شده بودند؛ زیرا آن‌ها منعکس‌کننده شناخته‌ترین اصول بشردوستانه جهانی به شمار می‌روند. این اصول در ماده ۳ مشترک تدوین شده‌اند تا حداقل هسته قابل اعمال در مخاصمات داخلی را بنیان نهند، اما آن‌چنان بنیادی هستند که هم در مخاصمات مسلحانه داخلی و هم بین‌المللی قابل اعمال هستند (Čelebići Case, 2001: para. 143). بنابراین، ملاحظات ابتدایی بشریت، از استفاده دولت‌ها از وسایل و روش‌های جنگی ممنوع در

۱. به موجب این ماده، چنانچه منازعه مسلحانه جنبه بین‌المللی نداشته باشد و در خاک یکی از دولت معظم متعاهد روی دهد، هر یک از متخاصمان مکلف‌اند که لاقبل مقررات زیر را رعایت کنند: ۱- با کسانی که مستقیماً در جنگ شرکت ندارند، به همراه افراد نیروهای مسلحی که اسلحه به زمین گذاشته باشند یا کسانی که به علت بیماری یا زخم یا اسارت یا هر علت دیگری، قادر به جنگ نباشند، باید در همه احوال بدون هیچ گونه تبعیضی که ناشی از نژاد، رنگ، عقیده، جنس، نسب یا هر علت مشابه آن باشد، با اصول انسانیت رفتار شود. اعمال زیر در مورد اشخاص مذکور در هر زمان و هر مکان ممنوع است و خواهد بود: الف) لطمه به حیات یا تمامیت جسمانی از جمله قتل به تمام اشکال آن، زخم زدن، رفتار بی‌رحمانه، شکنجه و آزار؛ ب) اخذ گروگان؛ ج) لطمه به حیثیت اشخاص از جمله تحقیر و تحقیر؛ د) محکومیت و اعدام بدون حکم دادگاهی که صحیحاً تشکیل شده و جامع تضمینات قضایی که ملل متمدن ضروری می‌دانند، باشد....

مخاصمات مسلحانه بين کشورها در وضعیت‌هایی که آن‌ها سعی می‌کنند شورشیان را در قلمرو خود سرکوب کنند، جلوگیری می‌نماید. آنچه غیر انسانی است و در نتیجه در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی ممنوع است، نمی‌تواند در شورش‌ها و ناآرامی‌های داخلی انسانی و قابل قبول باشد (Prosecutor v. Tadić, 1999: para. 119). دلیل این امر آن است که مقررات ماده ۳ مشترک و اسناد حقوق بشری، یک هسته مشترک از استانداردهای بنیادین ارائه می‌کنند که در همه زمان‌ها و در همه شرایط و بر همه طرفین قابل اجراست و هیچ تخطی از آن‌ها مجاز نیست (Prosecutor v. Sefer Halilović, 2005: para. 24). اعمال ماده ۳ مشترک در هر مخاصمه مسلحانه‌ای، بازتابی مستقیم از ملاحظات ابتدایی بشریت است که در کل نظام هنجاری بین‌المللی رخنه کرده است (Čelebići Case, 2001: paras. 140, 150; Prosecutor v. Tadić, 1999: paras. 102, 137).

لذا دادگاه یوگسلاوی سابق چنین نتیجه می‌گیرد:

«شرط مارتس منعی است که پیشرفت ماده ۳ را قانوناً امکان‌پذیر ساخته است، از آنجا که تضمین‌کننده حداقلی از کرامت انسانی در مخاصمات مسلحانه است که نمی‌تواند توسط متخاصمان مورد تخطی قرار گیرد» (Čelebići Case, 2001: para. 187).

دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوئه با اظهارات مشابهی بیان داشت که ماده ۳ مشترک، حداقل معیارهای قابل اعمالی است که منعکس‌کننده ملاحظات ابتدایی بشریت است که دیوان در قضیه تنگه کورفو بیان داشته است (ICJ, 1986: para. 218).

مسلماً شرط مارتس را می‌توان به عنوان راهنما و کمک به تفسیر قواعد بشردوستانه در جهت بالا بردن نقش حمایتی آن به کار برد. این ویژگی شرط مارتس، منعکس‌کننده اصل تفسیر و تطبیق قانون<sup>۱</sup> است که یک اصل کلی حقوقی است که می‌تواند در رویه قضایی بین‌المللی،<sup>۲</sup> قوانین داخلی برخی کشورها<sup>۳</sup>

1. The pro homine principle.
2. Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay, IACtHR, Judgment of 29 March 2006, para. 140; Case of the “Mapiripán Massacre” v. Colombia, IACtHR, Judgment of 15 September 2005, para. 106; IACtHR, Advisory Opinion OC-13/93 of 16 July 1993, paras. 50, 54.

۳. پرو، اکوادور، جمهوری دومینکن، مکزیک، ونزوئلا، بولیوی، برزیل.

و معاهدات مختلف<sup>۱</sup> یافت شود. کارکرد اصل تفسیر و تطبیق قانون این است که تعیین کند در میان چندین تفسیر ممکن برای یک قاعده مشابه، تفسیری که موجب بالا بردن و تقویت بیشتر حمایت از انسان شود، غالب خواهد بود. به همین ترتیب، هنگامی که قاضی یا دادرس با یک یا چند هنجار حقوقی متناقض روبه‌رو می‌شود، قاعده‌ای باید انتخاب شود که حمایت از انسان‌ها را بهتر تأمین کند. بنابراین در چارچوب این اصل متعارف تفسیری، تفسیر یا قاعده غالب همیشه آن چیزی خواهد بود که در اعمال حقوق بشر، کمتر مزاحمت ایجاد نماید (Trindade, 1987: 113). هدف اصلی چنین اصلی آن است که از استناد دولت‌ها به یک هنجار خاص با هدف محدود کردن اثرات دیگر قواعدی که حمایت مطلوب‌تری از انسان‌ها ارائه می‌دهد، جلوگیری نماید (La Tablada, 1997: 164). از این رو با توجه به اینکه معاهدات حقوق بشری دارای یک هدف ذاتاً بشردوستانه است (Orakhelashvili, 2003: 535)، در صورت شک، ابهام باید به نفع حقوق قربانیان تفسیر شود (IAComHR, 1999: para. 146). به بیانی دیگر، در صورت شک، قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه باید به شکلی مطابق با معیارهای بشریت و ندای وجدان عمومی تفسیر شوند (Cassese, 2000: 187).

برای حمایت از این دیدگاه می‌توان به قضیه KW استناد نمود. این قضیه حداقل از دو جنبه قابل توجه است؛ نخست اینکه نشان می‌دهد که شرط مارتنس در جایگاه تفسیری از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. در واقع در این قضیه، شرط مارتنس به عنوان راهنمای تفسیری برای ایجاد تفسیر گسترده از مقررات لاهه به کار گرفته شد. دوم اینکه این امر دالّ بر شیوه‌های مناسب در ایجاد اصول یا قواعد عرفی حقوق بین‌الملل

1. First additional protocol, art. 75(8); American Convention on Human Rights, 1969, art. 29.b; International Covenant on Civil and Political Rights, 1966, art. 5.2; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966, art. 5(2); European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950, art. 60; European Social Charter, 1961, art. 32; Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 1979, art. 23; Convention against Discrimination in Education, 1960, art. 10; Convention on the Rights of the Child, 1989, art. 41; Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1987, arts. 1(2) e 16.

بشردوستانه است (Ibid.: 207).

تفسیر شرط مارتنس با تأکید بر رویکرد راهنمای قضایی، دادگاه‌ها را قادر می‌سازد زمانی که با تفاسیر متعارض مواجه می‌شوند، قانونمندی حملات نظامی بر غیر نظامیان را با روشی مضیق تفسیر کنند؛ به ویژه جایی که یک تفسیر جایگزین موجه‌تر، پیامدهای غیر انسانی داشته باشد.

کاسسه معتقد است که دادگاه‌ها برای محدود کردن آزادی عمل جنگجویان در مخاصمات، نادیده نگرفتن مقتضیات بشریت در تفسیر قواعد بین‌المللی و تأکید بر این که شرط مارتنس روح حاکم بر شکل‌گیری اکثر قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه عرفی یا معاهده‌ای را بیان می‌کند، به «بشریت» استناد کرده‌اند. بنابراین شرط مارتنس به طور ضمنی یا صریح به عنوان نوعی دستورالعمل کلی در ارتباط با تفسیر برخی قواعد بین‌المللی یا به عنوان ابزاری برای درک بهتر هسته اصلی حقوق بشردوستانه مدرن مورد استفاده قرار گرفته است (Ibid.: 208). در واقع، اگرچه شرط مارتنس در ابتدا به عنوان یک شگرد دیپلماتیک برای غلبه بر مشکلات سیاسی عمل می‌کرد، اما ثابت شد که ابزار ارزشمندی در تفسیر حقوق بین‌الملل بشردوستانه به حساب می‌آید و تأثیر انکارناپذیری نه تنها بر غیر نظامیان و کسانی که در مخاصمات دخیل هستند، بلکه همچنین بر سیاستمداران و عموم مردم دارد.

شواهد و مستندات قابل توجهی در رویه قضایی وجود دارد که اگر به روشی خاص تفسیر شود، از رویکرد راهنمای قضایی تفسیری شرط مارتنس حمایت می‌نماید. قاضی تودور مرون، رئیس پیشین دیوان کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق اذعان داشت:

«هنجارها و اصول بشردوستانه مندرج در شرط مارتنس، در توسعه قضایی حقوق بین‌الملل بشردوستانه، جایگاه و نقطه مرکزی را به دست آورده است» (Sarkin, 2007: 154).

در چارچوب اصلاح حقوق، این مهم است؛ زیرا اگر قضات رویه دولت را به عنوان عامل تعیین‌کننده تفسیر نمایند، مطمئناً این می‌تواند به شیوه‌ای کاملاً محافظه‌کارانه عمل کند؛ به گونه‌ای که ضرورت برای حقوق بین‌الملل بشردوستانه را زیر سوال می‌برد.

در خوانش ما، شرط مارتنس گونه‌ای تفسیر قضایی را اجازه می‌دهد که جایگزین

این سناریوی فرینده می‌شود؛ برای مثال، رأی کوپراسکیچ به روشنی شرط مارتنس را به عنوان یک راهنما و کمک تفسیری تصدیق نمود. این شرط به گسترش تدریجی حقوق بین‌الملل بشریت کمک کرده است تا جایی که این امر دیگر به الگوهای متعارف رویه دولت‌ها وابسته نباشد. در واقع، قضیه کوپراسکیچ بر اهمیت ملاحظات ابتدایی بشریت برای تفسیر و اعمال مجدد قضایی قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه، به شیوه‌ای که در عمل نوعی اصلاح قانونی حتی قانون‌سازی محسوب می‌شود، تأکید مجدد داشت (Prosecutor v. Kupreškić, 2000: para. 527).

در خصوص قاعده عرفی ممنوعیت انتقام‌جویی علیه غیر نظامیان، شعبه تجدیدنظر دادگاه یوگسلاوی سابق در قضیه تادیچ اظهار داشت:

«در نتیجه شرط مارتنس در شکل‌گیری قاعده عرفی، اعتقاد حقوقی ناشی از ضرورت‌ها (به عنوان عنصر معنوی عرف) ممکن است نقش بسیار بیشتری از رویه دولت (به عنوان عنصر مادی عرف) ایفا نماید. در پرتو شیوه‌ای که دولت‌ها و دادگاه‌ها آن را اجرا می‌کنند، این شرط به وضوح نشان می‌دهد که اصول حقوق بین‌الملل بشردوستانه ممکن است از طریق یک فرایند عرفی تحت مطالبات بشریت یا ندای وجدان عمومی ظهور کند؛ حتی جایی که رویه دولت کم یا متناقض باشد. عنصر دیگر، در قالب اعتقاد حقوقی منتج از ضرورت‌ها، که در نتیجه متقضیات بشریت یا وجدان عمومی متبلور می‌شود، می‌تواند به عنوان عنصر تعیین‌کننده قلمداد شود که نویددهنده ظهور یک قاعده کلی حقوق بشردوستانه باشد» (Prosecutor v. Tadić, 1995: para. 527).

دادگاه همچنین در ادامه بیان داشت که این یک رویکرد جدید به حقوق بین‌الملل عرفی را بنیان می‌نهد که از تحول کلی حقوق بشردوستانه یعنی از انسانی شدن مشخصات مسلحانه ناشی شده است (Ibid.).

شرط مارتنس به عنوان یک راهنمای تفسیری، حمایت‌های بیشتری از مقدمه اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی دریافت کرده است. این امر به طور خاص به تعهد عرفی موضوعه دولت‌ها برای تعقیب نسل‌کشی، جنایات علیه بشریت و جنایت جنگی اشاره دارد؛ حتی در مواردی که این اعمال، خارج از صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری قرار بگیرند (6, 4, Preamble: paras. 4, 6, Rome Statute, 1998). جای بحث دارد که با وجود ابهام واژگان، این گزاره اعمال شرط مارتنس را در خصوص طیف گسترده‌ای از جرایم



که دولت‌ها قانوناً متعهد به تعقیب قانونی هستند، تأکید می‌کند. حامیان رویکرد راهنمای تفسیری<sup>۱</sup> همچنین می‌توانند به این نکته توجه کنند که چگونه شرط مارتنس بر جرم‌انگاری اعمال نسل‌کشی به عنوانی اعمالی که ناقض اصول بشریت است، تأثیر داشته است (پیری و دهقانی، در دست چاپ). این امر به این دلیل رخ داده است که اصول و قواعد حقوقی مرتبط با حمایت از غیر نظامیان، همان‌گونه که در قضیه کوپراسکیچ نشان داده شده است، در چارچوب اصول مندرج در شرط مارتنس یعنی اصول بشریت و ندای وجدان عمومی به لحاظ حقوقی تفسیر و اعمال شود. این امر می‌تواند به شکلی اتفاق افتد که انسجام بهینه بین پیامدهای عینی آن‌ها برای واقعیت‌های قضیه مورد بحث و عملی‌ترین تفسیر از هر چیزی که با اصول وسیع‌تر بشریت و وجدان عمومی سازگار باشد، را برقرار کند.

## ۲-۲. کارکرد رفع ابهام و اجمال قواعد

رویکرد گسترده‌تر و مطمئناً قانع‌کننده‌تر، شرط مارتنس را به عنوان یک راهنمای قضایی قلمداد می‌کند. این یک معاضدت برای قضاتی به شمار می‌رود که به دنبال حل اختلافات بین دو تفسیر ممکن یک وضعیت و/یا یک قاعده حقوقی مبهم، دوپهلوی یا غیر دقیق هستند که در مورد دامنه و اعمال آن قاعده به وضعیت جدید تردید وجود دارد (Salter, 2012: 413)؛ برای مثال در محاکمات نورمبرگ، دادگاه اظهار داشت:

«اگر با دو تفسیر مواجه شود که یکی در پیروی از اصول بشریت و استانداردهای اخلاقی و دیگر مخالف این اصول باشد، پس ما باید به تفسیر اول اولویت دهیم»<sup>۲</sup>. (US v. Altstoetter, 1951: 954)

در صورت بروز مشکلاتی از قبیل سوابق مبهم و متعارض، شرط مارتنس به قضات این اجازه را می‌دهد تا تفسیری از واقعه و قاعده انتخاب کنند که به بهترین وجه به استانداردهای تأییدشده توسط این معیار، ترتیب اثر می‌دهد. این امر به این دلیل است

1. Cf. Salter & Eastwood, 2011.

2. See also: 'The Attitude of States Toward the Development of Humanitarian Law' in A Cassese (Ed.), Proceedings of the 1976 and 1977 Conferences (IRRC 1980) 221, 257.

که چنین انتخابی به احتمال زیاد به نحو مطلوبی با روح کلی چنین قواعدی از جمله مبنای منطقی و خط‌مشی بشردوستانه اساسی سازگار باشد؛ جایی که دیگر معیارهای حقوقی از جمله اعلامیه‌های حقوق بشر، بیشتر معنا و مفهوم اصول بشریت را روشن می‌نمایند. از این رو قضات می‌توانند اعمال شرط مارتنس به عنوان یک راهنمای تفسیری را همچنین بر مبنای این اعلامیه‌ها ترسیم کنند تا از تفاسیر مخالف جلوگیری شود.

شرط مارتنس وجود و اعمال حقوق بین‌الملل عرفی را که صراحتاً در کنوانسیون‌های بین‌المللی مورد تصریح قرار نگرفته باشد، روشن و تصدیق می‌نماید (Hansen, 2007: 19). در عمل، این تفسیر از شرط مارتنس بیشتر مورد قبول واقع شده است؛ زیرا هیچ وقت نه محاکم داخلی و نه محاکم بین‌المللی، دامنه این الزامات را به عنوان منبع مستقل حقوق نادیده نگرفته‌اند (Wexler, 2006: 483).

شرط مارتنس نمونه‌ای از یک اصل است که می‌تواند محتوای قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه را روشن نماید، زمانی که معاهدات و حقوق بین‌الملل عرفی، تعاریف و صراحت کافی ارائه نمی‌نماید (Arajärvi, 2014: 2). مفاهیم مندرج در شرط مارتنس و به ویژه اصل بشریت در قالب اصلی راهنما و به عنوان ابزاری مفید برای تفسیر و اعمال مقررات معاهده‌ای مبهم، آن گونه که در قضیه کوپراسکیچ بیان شده است، فراهم نموده است. در این قضیه، رئیس دیوان کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق اظهار داشت:

«شرط مارتنس باید به شیوه‌ای قضایی تفسیر شود و در درجه اول به عنوان یک اصل تفسیری قضایی به کار برده شود. با این حال، این شرط، حداقل با رجوع به اصول بشریت و ندای وجدان عمومی در هر زمانی، یک قاعده حقوق بین‌الملل بشردوستانه که به قدر کفایت دقیق یا معین نیست، مقرر می‌نماید. در این موارد، دامنه و هدف قاعده باید با استناد به آن اصول و الزامات تعریف شود» (Prosecutor v. Kupreškić et al., 2000: para. 525).

## ۲-۳. کارکرد استنباط قاعده از طریق فرایند تفسیر

نه کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو و نه پروتکل‌های الحاقی ۱۹۷۷ منجر به تدوین کامل

مسائل حل نشده، خلأها و هنجارها نشده‌اند؛ مواردی که نیازمند تفاسیر قضایی در پرتو وضعیت‌ها و شرایط جدید هستند. همه قوانین به جدیدترین کاربردها و تصمیمات قضایی معتبر که اساساً به اقدامات بعدی شناخت قضایی که نمی‌توان از پیش کاملاً آن‌ها را پیش‌بینی کرد، وابسته هستند. از این رو، در وضعیت‌های خلأ و ابهام در قواعد موجود، محاکم و دادگاه‌های کیفری بین‌المللی با استفاده از تفسیر هدفمند یا غایت‌شناسانه، به وضع قاعده برای رفع شکاف‌ها پرداخته‌اند. دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق، تصمیمات بحث‌انگیزش را با استناد به هدف توسعه‌ی حمایت از حقوق بشردوستانه به حوزه‌هایی توجیه کرده است که قبلاً تحت تأثیر قواعد بشردوستانه قرار نگرفته‌اند. انسانی‌سازی حقوق بشردوستانه، بحثی است به نفع گسترش حمایت از حقوق بشردوستانه به حوزه‌هایی که پیش از این، متأثر از حقوق بشردوستانه نبوده‌اند. با معنای حقیقی و روح شرط مارتنس می‌توان اظهار داشت که حقوق بین‌الملل بشردوستانه باید پیوسته و سازگار با اصول بشریت که مستلزم اصولی است که به حقوق جنگ، چهره‌ای انسانی‌تر بخشیده است، از جمله محافظت از نه تنها غیر رزمندگان بلکه همچنین رزمندگان و ایده‌هایی از قبیل ندای وجدان عمومی، تفسیر شود. رویکرد شعبه تجدیدنظر دادگاه یوگسلاوی سابق در قضیه تادیچ در تعریف اشخاص مورد حمایت قابل توجه است. دادگاه با تکیه بر ماده ۴ کنوانسیون چهارم ژنو، با هدف حمایت از غیر نظامیان، حمایت از حقوق بشردوستانه را گسترش می‌دهد (Prosecutor v. Tadić, 1999: para. 168). همچنین با تکیه دادگاه در قضیه تادیچ بر ملاحظات ابتدایی بشریت و عقل سلیم، می‌توان اظهار داشت که دادگاه گاهی اوقات بیشتر به حقوق مطلوب و آرمانی پرداخته تا به آنچه حقوق موضوعه مقرر کرده است و در واقع با توسعه حمایت از قواعد بشردوستانه، قانون‌گذاری قضایی کرده است.

دادگاه یوگسلاوی سابق در قضیه الکسووسکی اظهار داشت:

«عطف به ماسبق نشدن قواعد کیفری، مانع از این نمی‌شود که دادگاه‌ها به بازتعریف و تصحیح قواعد موجود از طریق فرایند تفسیر و پالایش به عنوان عناصر یک جرم خاص بپردازند» (Prosecutor v. Aleksovski, 2001: para. 127).

در واقع، نمونه‌هایی از قانون‌گذاری مانند جرم‌انگاری جرائم جنسی و گسترش و

توسعه حمایت از قواعد بشردوستانه می‌تواند دستاوردهای مهم اخلاقی و حقوقی قلمداد شود. در واقع تفسیر هدفمند و تعریف مجدد جرایم با اتکا بر شرط مارتنس، راهی برای گسترش و توسعه حمایت از قواعد بشردوستانه است.

قانون‌گذاری در خصوص انتقام‌جویی در قضیه کوپرسکیچ به شکلی ابتکاری صورت گرفت؛ زیرا دادگاه یوگسلاوی سابق به مطالبات بشریت و ندای وجدان عمومی مندرج در شرط مارتنس به عنوان مبنایی برای تکمیل مقتضیات عرف استناد می‌نماید. در بررسی مسئله قانونی بودن انتقام‌جویی علیه غیر نظامیان، شعبه بدوی بررسی کرد که آیا کشورهایی که عضو پروتکل اول الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو در ارتباط با حمایت از قربانیان مخاصمات مسلحانه بین‌المللی<sup>۱</sup> نیستند، ملزم به قواعد مربوط به انتقام‌جویی هستند. شعبه بدوی دادگاه تصدیق کرد که رویه دولت از این‌گزاره حمایت نمی‌کند که عرف در خصوص این موضوع تحول یافته است؛ اما با این حال دریافت که در این زمینه مقتضیات بشریت یا وجدان عمومی به نفع آن سنگینی می‌کند. لذا می‌توان استنتاج کرد که اعتقاد حقوقی ناشی از ضرورت‌ها برای استقرار و ایجاد قاعده عرفی کافی است. پس از در نظر گرفتن شرط مارتنس، دادگاه اظهار داشت: اصول حقوق بین‌الملل بشردوستانه ممکن است از طریق یک فرایند عرفی تحت فشار مقتضیات بشریت یا ندای وجدان عمومی ظهور کند؛ حتی در مواردی که رویه دولت اندک یا متناقض است. اعتقاد حقوقی ناشی از ضرورت‌ها، به عنوان نتیجه‌ای از ضرورت‌های بشریت یا وجدان عمومی متبلور شده است و ممکن است به عنوان یک عامل تعیین‌کننده‌ای باشد که منادی ظهور یک قاعده کلی یا یک اصل حقوق بشری است (Prosecutor v. Kupreškić, 2000: para. 527). در نهایت، دادگاه به این نتیجه رسید که:

«انتقام‌جویی علیه غیر نظامیان یک وسیله ذاتاً بی‌رحمانه برای جلب پیروی از قواعد بین‌المللی است. لذا یک قاعده عرفی حقوق بین‌المللی پدید آمده، که همه انتقام‌جویی‌ها علیه غیر نظامیان را ممنوع می‌کند» (Ibid.: paras. 527, 528).

1. First Additional Protocol to the Geneva Conventions of 12 August 1949, Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, 8 June 1977.

شعبه بدوی دادگاه در این قضیه اذعان داشت که رویه دولت از نتیجه‌گیری او حمایت نمی‌کند (Ibid.: para. 527) و در تلاش برای رفع این خلأ و در نبود رویه دولت برای تعیین عرف، به شرط مارتنس استناد نمود. موضع دادگاه در این قضیه مبنی بر ممنوعیت انتقام‌جویی و تلافی با استفاده از عرف توجیه شد. این امر نمونه‌ای از قانون‌گذاری قضایی به شمار می‌آید. در واقع دیوان با آگاهی، بر مبنای شرط مارتنس و قدرت اخلاقی اصول مندرج در آن، به نتیجه فوق نائل می‌شود. با این حال، تردید است که آیا قدرت اخلاقی شرط مارتنس به خودی خود می‌تواند به عنوان جایگزینی برای رویه دولت باشد.

## ۲-۴. کارکرد استدلال از راه مفهوم مخالف

مفهوم شرط مارتنس به عنوان ابزار تفسیری، مکتب فکری دیگری را در مورد شرط مارتنس برجسته می‌نماید؛ یعنی اینکه شرط مارتنس باعث می‌شود که استدلال از راه مفهوم مخالف را رد کنیم، به موجب این واقعیت که برخی از موضوعاتی که توسط کنوانسیون لاهه به نظم کشیده نشده است، موجب می‌شود جنگجویان و متخاصمان آن گونه که می‌خواهند، مطابق با میل و اراده خود به صورت آزادانه رفتار نمایند و هرگونه محدودیت احتمالی و ممکن منتج از دیگر قواعد بین‌المللی را نادیده بگیرند. شرط مارتنس از این برداشت خطرناک جلوگیری می‌نماید. این موضع، توسط ایالات متحده و انگلستان در نظر مشورتی سلاح‌های هسته‌ای مطرح شد. ایالات متحده بیان داشت: شرط مارتنس روشن می‌کند که فقد یک مقررۀ معاهده‌ای خاص برای ممنوعیت توسل به سلاح‌های هسته‌ای به تنهایی این نتیجه‌گیری را به دست نمی‌دهد که چنین استفاده‌ای قانونی یا غیر قانونی است. در عین حال، این شرط به طور مستقل غیر قانونی بودن سلاح‌های هسته‌ای را تثبیت نمی‌نماید و افکار و عقاید عمومی را به قواعد عرفی حقوق بین‌الملل تبدیل نمی‌کند. در عوض، این شرط به سادگی نقش حمایتی مهمی در حقوق ملت‌ها بازی می‌کند و روشن‌کننده این امر است که حقوق بین‌الملل عرفی می‌تواند به طور مستقل بر قضایایی که صریحاً تحت پوشش معاهدات قرار نگرفته باشد، حاکم باشد. این همان چیزی است که به شرط مارتنس محتوا و معنا

می‌بخشد (ICJ, Verbatim 1995: 78).

در نبود جنگ، قاعده مفروض در کشورهای دارای شهروندان آزاد، قانونی است که آزادی افراد را به دست می‌دهد: در واقع، هر آنچه ممنوع نشده، مجاز است. در واقع، این اصل توسط بسیاری مورد توجه قرار گرفته است. نقطه مرکزی تصمیم دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در قضیه مشهور لوتوس بود:

«خارج از ممنوعیت‌های مصرح در حقوق بین‌الملل، دولت‌ها آن گونه که اراده می‌کنند، از آزادی عمل برخوردارند» (von Bogdandy & Rau: 2006).

با وجود این، در زمان جنگ، چنین آزادی عملی همیشه مطلوب نیست؛ چه در سطح مبارزان انسانی و چه در سطح دولت‌ها یا سازمان‌های غیر دولتی که جنگ را هدایت می‌کنند. شرط مارتنس این فرض را در امور مدنی (غیر نظامی) زمان صلح معکوس می‌کند تا منعکس‌کننده وضعیت خاص رفتار نظامی در زمان جنگ باشد. این شرط این دیدگاه را رد می‌کند که چون یک عمل، رویه یا تاکتیک خاص ممنوع نشده، بنابراین مجاز است. در واقع، شرط مارتنس مانع از این فرض است که هر چیزی که صریحاً توسط معاهدات ممنوع نشده باشد، مجاز است.

اساساً شرط مارتنس نشان می‌دهد که (حقوق بین‌الملل بشردوستانه) از هر گونه ادعای پوزیتیویستی مبنی بر اینکه هر آنچه در حقوق بین‌الملل ممنوع نباشد، مجاز است، مستثنا می‌باشد (Cerone, 2008: 192). درست برعکس، این به ما یادآوری می‌کند که توجیه جامع رفتار غیر انسانی ناممکن است و بنابراین یک قاعده کلی باید اعمال شود تا قساوت ابتکاری بشری را که در مخاصمات مسلحانه رخ می‌دهد، محدود کند. حتی اگر هیچ مقرره خاصی نتواند از گروه خاصی از جنگجویان یا غیر نظامیان بی‌گناه محافظت کند، شرط مارتنس به همه یادآوری می‌کند که این گروه‌ها تحت حمایت اصول حقوق بین‌الملل، اصول بشریت و ندای وجدان عمومی باقی می‌مانند. در تفسیر پروتکل الحاقی اول به کنوانسیون‌های ژنو، کمیته بین‌المللی صلیب سرخ چنین استدلال می‌نماید:

«هیچ یک از مقررات حقوق بین‌الملل که تدوین شده باشند، نمی‌تواند کامل تلقی شوند. شرط مارتنس نیز از این امر مستثنا نیست» (ICRC, Commentary of 1987: 39).

## نتیجه‌گیری

این بررسی مختصر نشان داد که شرط مارتنس نه تنها در حوزه تصمیم‌گیری محاکم کیفری بین‌المللی، بلکه همچنین در تدوین و توسعه حقوق کیفری بین‌المللی نقش اصلی را ایفا می‌نماید. علی‌رغم اینکه شرط مارتنس در کنفرانس‌های صلح لاهه اساساً به عنوان یک ترفند دیپلماتیک برای رفع بن‌بست در مذاکرات بین دولت‌های کوچک و قدرت‌های بزرگ تصور شد، این شرط می‌تواند تأثیرات حقوقی چند برابر داشته باشد؛ نخست اینکه شرط مارتنس می‌تواند در سطح تفسیری عمل کند، و در صورت شک، اصول و قواعد حقوق کیفری بین‌المللی باید به شکلی مطابق با معیارهای بشریت و ندای وجدان عمومی تفسیر شوند. دوم اینکه شرط مارتنس نمی‌تواند تنها به عنوان یک تعهد اخلاقی دیده شود، بلکه فراتر از آن همچنین به عنوان یک عنصر حقوقی که تصدیق‌کننده استقلال و ماهیت الزام‌آور اصول بشریت و ندای وجدان عمومی به عنوان منبع در نظام موجود حقوق بین‌الملل است، عمل می‌کند. البته از دو منبعی که می‌توان از شرط مارتنس، یعنی اصل بشریت و ندای وجدان عمومی استنتاج نمود، اولی دارای بیشترین ظرفیت در عصر حاضر است. در نهایت، شرط مارتنس به سادگی و به نحو مطلوبی، در توسعه، تحول و ساخت مفهومی اصول و قواعد حقوق کیفری بین‌المللی تأثیر مستقیم گذاشته است. پیامدهای شناسایی مظاهر شرط مارتنس به عنوان قواعد الزام‌آور می‌تواند عصر جدیدی را برای توسعه حقوق کیفری بین‌المللی به طور کلی رقم زند، و در این صورت، اراده دولت‌ها به تنهایی دیگر تنها نیروی خلاق مقررات قانوناً الزام‌آور حقوق بین‌الملل نخواهد بود.

آنچه از تعابیر متفاوت شرط مارتنس می‌توان استخراج کرد این است که رویکرد تفسیر مضیق (شرط مارتنس به مثابه راهنمای تفسیر)، از برخی ایرادات و نقطه ضعف‌های مهم منتج از زمینه ظهور آن و همچنین اعمال پسا‌مخاصمه آن به ویژه در رویه دادگاه‌های نورمبرگ رنج می‌برد. تحولات در رویه قضایی به شرط مارتنس، جلوه بسیار گسترده‌تری از آن چیزی که تفسیر مضیق پیش‌بینی می‌کند، می‌دهد. بنابراین هنگام تصمیم‌گیری در مورد معنا، دامنه و هدف آن، لازم است که قضات معانی کل مسیر (از جمله تأیید

مجدد در اسناد، آرا و نظرات محاکم بین‌المللی) را از ۱۸۹۹ تا به امروز مورد توجه قرار دهند.

حامیان دیدگاه مضیق بر موضع بیش از حد پوزیتیویستی خود نسبت به حقوق بین‌الملل با تعصب ذاتی حتی علیه اصول مندرج در معاهدات (اصول معاهده‌محور) تکیه می‌کنند. در مقایسه با رویکرد تفسیر مضیق، رویکرد راهنمای تفسیری/قضایی (شرط مارتنس به مثابه منابع کمکی)، پیشرفت قابل توجهی را نشان می‌دهد. این رویکرد بهتر می‌تواند رویه قضایی قرن ۲۱ را در بر گیرد. در واقع می‌توان به تعدادی از تصمیمات کلیدی حقوق بشر دوستانه اشاره کرد که این رویکرد بسیار دقیق اگر نگوئیم کاملاً دقیق را تصدیق و تأیید می‌نماید. از سوی دیگر، حداقل قضایای دیگری نیز وجود دارند که با این رویکرد قابل توضیح نیستند؛ به ویژه در مواردی که قضات با شرط مارتنس به عنوان یک هنجار حقوقی اساسی در نوع خود و برخوردار از وضعیت حقوقی مستقل رفتار کرده‌اند. در واقع، حتی همان گونه که طرفداران رویکرد راهنمای تفسیری اذعان می‌دارند، در قضایای جرایم جنگی نازی‌ها، در فقد مقررات حقوقی قابل اعمال برای تعقیب قانونی سوءاستفاده از غیر نظامیان به وسیله اشغالگران نظامی ارتش آلمان، قضات شرط مارتنس را به عنوان یک هنجار حقوقی مستقیم به کار برده‌اند. علاوه بر این، هم واژگان شرط مارتنس و هم بافت تاریخی که موجب شکل‌گیری اولیه آن شده، دلایل بیشتری برای پذیرش این گزاره که عناصر و مؤلفه‌های آن به بهترین وجه به عنوان هنجارهای حقوقی واقعی، اساسی و بدون تکیه‌گاه شناخته می‌شود، ارائه می‌نماید. با این حال، ارزش و اعتبار دو مؤلفه شرط مارتنس، تنها در سیاق اعمال قضایی آینده مشخص می‌شود.



## کتاب‌شناسی

۱. پیری، حیدر، سیدمحمد قاری سیدفاطمی، و سیدهادی محمودی، «کاربست استدلال قیاسی در نظام حقوق کیفری بین‌المللی؛ نبایدها، بایدها و شایدها»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال نهم، شماره ۳۵، تابستان ۱۴۰۰ ش.
۲. پیری، حیدر، و پریسا دهقانی، «نقش شرط مارتنس در تدوین و جرم‌انگاری جرایم بین‌المللی»، *مجله مطالعات حقوقی*، در دست چاپ.
۳. دهقانی، پریسا، محمدحسین رمضانی قوام‌آبادی، و محمدرضا علی‌پور، «مدخل‌های ورود و کارکردهای شرط مارتنس در حقوق کیفری بین‌المللی»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال نهم، شماره ۳۵، تابستان ۱۴۰۰ ش.

## Books & Articles

4. Abi-Saab, Georges, "The Specificities of Humanitarian Law", in: Christophe Swinarski (Ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, Martinus Nijhoff, ICRC 1984.
5. Arajärvi, Noora, *The Changing Nature of Customary International Law: Methods of Interpreting the Concept of Custom in International Criminal Tribunals*, London, Routledge, 2014.
6. Bourbonnière, Michel, "Law of armed conflict (LOAC) and the neutralisation of satellites or ius in bello satellites", *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 9(1), 2004.
7. Cassese, Antonio, *The Human Dimension of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
8. Id., "The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?", *European Journal of International Law*, Vol. 11(1), 2000.
9. Cerone, John, "The Jurisprudential Contributions of the ICTR to the Legal Definition of Crimes against Humanity—the Evolution of the Nexus Requirement", *New England Journal of International and Comparative Law*, Vol. 14(2), 2008.
10. Evans, Tyler D., "At War with the Robots: Autonomous Weapon Systems and the Martens Clause", *Hofstra Law Review*, Vol. 41(3), 2013.
11. Greenwood, Christopher J., "Belligerent Reprisals in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", in: Horst Fischer & Claus Kreß & Sascha Rolf Lüder (Eds.), *International and National Prosecution of Crimes under International Law: Current Developments*, Berlin Verlag Arno Spitz, Springer 2001.
12. Id., "Historical Development and Legal Basis", in: Dieter Fleck (Ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, OUP, 1995.
13. Hansen, Michelle A., "Preventing the Emasculation of Warfare: Halting the Expansion of Human Rights Law into Armed Conflict", *Military Law Review*, Vol. 194(1), Winter 2007.

14. Hart, Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*, New York, Oxford University Press, 1994.
15. Henderson, Ian, *The Contemporary Law of Targeting: Military Objectives, Proportionality and Precautions in Attack under Additional Protocol I (International Humanitarian Law Series)*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
16. Howard, Michael & George J. Andreopoulos & Mark R. Shulman, *The Laws of War, Constraints on Warfare in the Western World*, Yale University Press, 1994.
17. Klabbers, Jan, "The EJIL Foreword: The Transformation of International Organizations Law", *The European Journal of International Law*, Vol. 26(1), 2015.
18. Meron, Theodor, *The Humanization of International Law*, The Hague Academy of International Law, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
19. Orakhelashvili, Alexander, "Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *European Journal of International Law*, Vol. 14(3), 2003.
20. Pustogarov, Vladimir Vasilievich, "The Martens Clause in International Law", *Journal of the History of International Law*, Vol. 1, 1999.
21. Quéguiner, Jean-François, "Precautions under the law governing the conduct of hostilities", *International Review of the Red Cross*, Vol. 88(864), December 2006.
22. Salter, Michael, "Reinterpreting Competing Interpretations of the Scope and Potential of the Martens Clause", *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 17(3), 2012.
23. Salter, Michael & Maggi Eastwood, "Post-war Developments of the Martens Clause: The Codification of 'Crimes Against Humanity' Applicable to Acts of Genocide", *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 2, 2011.
24. Sarkin, Jeremy, "The Historical Origins, Convergence and Interrelationship of International Human Rights Law, International Humanitarian Law, International Criminal Law and Public International Law and Their Application Since the Nineteenth Century", *Human Rights & International Legal Discourse*, Vol. 1, 2008.
25. Schmitt, Michael N., "Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 50(4), 2010.
26. Strebelt, Helmut, "Martens Clause", in: Rudolf Bernhardt (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 3, New York, Elsevier, 1982.
27. Ticehurst, Rupert, "The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict", *International Review of the Red Cross*, No. 317, 1997.
28. Trindade, Antônio Augusto Cançado, *Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1987.

29. von Bogdandy, Armin & Markus Rau, "The Lotus", in: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2006.
30. Wexler, Lesley M., "Limiting the Precautionary Principle: Weapons Regulation in the Face of Scientific Uncertainty", *UC (University of California) Davis Law Review*, Vol. 39(2), 2006.

#### Documents & Cases

31. Australian Statement – ICJ – Requests for Advisory Opinions on the Legality of Nuclear Weapons, reprinted in Aust YB Int'l L 685, 1996.
32. Control Council No.10 Trials, 954, 979 (US v. Altstoetter), 1951.
33. Corfu Channel (United Kingdom v. Albania), ICJ Reports, 1949.
34. ICJ Reports, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996.
35. International Committee of the Red Cross (ICRC), Commentary of 1987, General principles and scope of application.
36. International Law Commission (ILC), *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 2006.
37. International Committee of the Red Cross (ICRC), "A Guide to the Legal Review of New Weapons, Means and Methods of Warfare: Measures to Implement Article 36 of Additional Protocol I of 1977", *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, 2006.
38. Laws and Customs of War on Land (Hague IV), 1899, 1907.
39. Martić Case (Rule 61 of the ICTY's Rules of Procedure and Evidence) ICTY-95-11-PT.
40. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States), ICJ Reports, 1986.
41. Prosecutor v. Delalić et al. ("Čelebići Case"), Appeals Chamber, Case No. IT-96-21-A, 20 February 2001.
42. Prosecutor v. Kupreškić et al. (Judgment) ICTY 95-16-T, 14 January 2000.
43. Prosecutor v. Tadić (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction) ICTY-94-1-AR72, 2 October 1995.
44. Prosecutor v. Duško Tadić, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, Trial Chamber, Case No. IT-94-1-T, 10 August 1995 & IT-94-1-A, 15 July 1999.
45. Prosecutor v. Sefer Halilović, Trial Chamber I, Section A, Case No. IT-01-48-T, 16 November 2005.
46. Rome Statute of the International Criminal Court, UN Doc. A/CONF.183/9, 17 July 1998.

47. Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Vol. 9, Part II, 1338.
48. United States v. Alfred Krupp et al., 15 Ann. Dig. 620, 622 (U.S. Mil. Trib. 1948).
49. USA v. Altstoetter et al. (Justice case) 6 Law Reports of Trials of War Criminals (UN War Crimes Commission, 1948) (U.S. Mil. Trib. 1947).
50. Prosecutor v. Kupreškić, Judgment, No. IT-95-16-T, 14 January 2000.
51. Conseil de Guerre de Bruxelles, KW (Judgement of 8 February 1950) 30 Revue de droit penal et de criminology, 1949-1950.
52. ICJ, Verbatim Records, CR/95/22, 30 October 1995.
53. ICJ, Verbatim Records, 15 November 1995, CR/95/34.
54. Prosecutor v. Aleksovski, IT-95-14, 30.5.2001.
55. Kononov v. Latvia App no. 36376/04, ECtHR, 17 May 2010.
56. First Additional Protocol to the Geneva Conventions of 12 August 1949, Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, 8 June 1977.

# ادله قصاص قاتل شخص مدیون

## با تکیه بر دیدگاه خلاف مشهور صاحب جواهر

### و قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲\*

- منصوره سهرابی افقو<sup>۱</sup>
- سیدمحمدهادی قبولی درافشان<sup>۲</sup>
- محمدحسن حائری<sup>۳</sup>

#### چکیده

قصاص در راستای حفظ مصالح عموم وضع گردیده است؛ اما با این حال در فرضی که مقتول، مدیون بوده، ولی فاقد ترکه‌ای برای پرداخت دیونش توسط وراثت است، این سؤال مهم مطرح می‌شود که آیا اولیای دم می‌توانند بدون توجه به دیون مقتول، قاتل را قصاص نمایند؟ مشهور اندیشمندان فقه با استناد به روایت ابوبصیر، حق قصاص را برای اولیای دم بدون ادا یا تضمین دیون مقتول جایز ندانسته‌اند؛ در حالی که صاحب جواهر و برخی از فقهای معاصر با استناد به عموماً قرآنی و روایی، اصل عدم وجوب اکتساب مال و اصل عدم ادا و تضمین، قصاص قاتل را جایز دانسته‌اند. در این خصوص، قانون مجازات اسلامی

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۱۸.

۱. دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد (msohrabi2033@gmail.com).

۲. دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد (نویسنده مسئول) (h.ghaboli@um.ac.ir).

۳. استاد دانشگاه فردوسی مشهد (haeri-m@um.ac.ir).

۱۳۹۲ نیز قضیه را به سکوت برگزار کرده و دکترین حقوق کیفری نیز کمتر بدان ورود نموده است و از طرفی در این مورد، رویه خاص قضایی نیز به چشم نمی‌خورد. جستار حاضر به روش توصیفی تحلیلی و با واکاوی ادله دو دیدگاه مذکور، قول مشهور را که نقش عمده‌ای در تأمین مصالح اقتصادی و نظم عمومی جامعه نیز دارد، قوی‌تر دانسته و قوانین موضوعه را که مخالف نظر مشهور است، مورد نقد و بررسی قرار داده است.

**واژگان کلیدی:** غرما، مقتول مدیون، قصاص، ادا یا تضمین دیون، ورثه.

### مقدمه

مجازات ابتدایی قتل عمد در صورت تقاضای ولی دم و وجود سایر شرایط مقرر در قانون، قصاص است؛ اگرچه صاحب حق قصاص در هر مرحله از مراحل تعقیب، رسیدگی یا اجرای حکم می‌تواند مجانی یا با مصالحه، در برابر حق یا مال و تبدیل آن به دیه گذشت نماید. پر واضح است که اولیای دم در دو صورت، مخیر بین اعمال قصاص، مصالحه به دیه و عفو مجانی بوده‌اند: ۱- مقتول بدهکار نباشد؛ ۲- ماترک مقتول کفاف دیونش را بدهد. اما جای بحث و اختلاف در جایی است که اگر مقتول، فردی مفلس بوده که ماترکش برای ادای دیونش کافی نیست تا غرما طلب خود را وصول نمایند، آیا ورثه او بدون ادا یا تضمین پرداخت بدهی‌هایش، می‌توانند قاتل او را قصاص یا عفو مجانی کنند یا خیر؟ به نظر می‌رسد که در این شرایط، همان طور که عفو قاتل بدون عوض مجاز نبوده و رفتاری متعارف و اخلاقی محسوب نمی‌گردد، عدم تکلیف ورثه در ادا یا تضمین دیون مقتول در صورت استیفای قصاص نیز صحیح نمی‌باشد؛ چنان که مشهور فقها نیز بر این عقیده‌اند. اما برخی دیگر از جمله صاحب جواهر، جواز این امر را صحیح‌تر دانسته‌اند. البته ذکر این مطلب نیز ضروری به نظر می‌رسد که این مسئله تنها در سال‌های مابین ۱۳۹۷ تا ۱۴۰۰ در دو مقاله زیر مورد بررسی قرار گرفته است:

۱- «نسبت حقوق اولیای دم با حقوق طلبکاران مقتول (قصاص، دیه، عفو)»

(میرشکاری، ۱۳۹۷: ۲۳۳-۲۵۹).

۲- «قلمرو اختیارات اولیای دم مقتول بدهکار در اجرای قصاص» (صفایی، ۱۴۰۰:

۱۷۱-۱۸۶).

اما قابل ذکر است که در اثر اول، حتی نامی از صاحب جواهر و دیدگاه ایشان مطرح نشده و بیشتر به بحث عفو و دیه پرداخته شده است. در اثر دوم نیز گرچه از نظر عنوانی به موضوع پژوهش حاضر نزدیک‌تر است، اما بررسی ادله به نحو بیان اشکالات صاحب جواهر بر نظر مشهور و رد آن‌ها، توسط نویسنده مورد توجه قرار نگرفته است.

۳- «سقوط قصاص بدون تضمین دیون مقتول مدیون؛ تأملی فقهی در ماده ۴۳۲ قانون مجازات اسلامی» (ناصری مقدم و کشاورزی ولدانی، ۱۳۹۴: ۳۵-۵۳). این نوشتار نیز بر محوریت دیدگاه فقهی امام خمینی پیش رفته است و نظریه سقوط قصاص را به دلیل حفظ حقوق طلبکاران و ظاهر روایات باب موجه‌تر می‌داند. حال آنکه صاحب جواهر به تبعیت برخی از فقهای معاصر، قصاص را برای اولیای دم بدون ادا یا تضمین دیون مقتول جایز دانسته است. بر این اساس، نوآوری مقاله حاضر، بررسی دیدگاه صاحب جواهر و پیشنهاد تکمیل مواد قانون مجازات اسلامی بر اساس دیدگاه ایشان است.

بنابراین از آنجا که در صورت زنده بودن مدیون، امکان وصول مطالبات طلبکاران میسر بوده و با مرگ او به خطر افتاده است و این مسئله امری مبتلابه در جامعه است و حقوق طلبکاران را نباید نادیده گرفت، لذا بررسی رویکرد قانون‌گذار در این امر با توجه به دیدگاه فقها، امری مهم محسوب می‌گردد.

اما سه فرض و حق برای این مسئله بیان شده است:

فرض اول: درخواست تبدیل قصاص و مصالحه به مال؛

فرض دوم: تقاضای قصاص؛

فرض سوم: عفو مجانی قاتل.

بررسی این سه فرض به ویژه با توجه به مخالفت صاحب جواهر با مشهور در فرض دوم

ضروری به نظر می‌رسد.

## ۱. فرض اول: درخواست تبدیل قصاص و مصالحه بر مال

از نظر فقهی و حقوقی<sup>۱</sup> با قتل عمد، ابتدائاً و اصالتاً حق قصاص برای اولیای دم

۱. ماده ۳۸۱ ق.م.ا.: «مجازات قتل عمدی در صورت تقاضای ولی دم و وجود سایر شرایط مقرر در قانون، قصاص، و در غیر این صورت مطابق مواد دیگر این قانون از حیث دیه و تعزیر عمل می‌گردد».

وجود دارد (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۵۸۱/۳؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۱/۱۰؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۴۹/۲؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۰۷/۲). البته آنان در قتل عمد می‌توانند به جای قصاص قاتل، بر گرفتن مال به مقدار دیه یا کمتر و حتی بیشتر از دیه با او مصالحه نمایند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۱۳/۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۱: ۱۹۸؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۲۲۴/۱۵؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۱۰۰/۴۲؛ مرعشی نجفی، ۱۴۱۵: ۲۲۹/۱)؛ چنان که در قتل غیر عمد که از ابتدا سبب استقرار دیه می‌گردد، می‌توانند این مطالبه دیه را داشته باشند. بر این مبنا در ماده ۳۸۴ ق.م.ا. مقرر شده است:

«اگر یک نفر، دو یا چند نفر را عمداً به قتل برساند و اولیای دم همه مقتولان، خواهان قصاص باشند، قاتل بدون اینکه دیه‌ای پردازد، قصاص می‌شود. اگر اولیای دم برخی از مقتولان، خواهان قصاص باشند و اولیای دم مقتول یا مقتولان دیگر، خواهان دیه باشند، در صورت موافقت قاتل به پرداخت دیه به آنان در مقابل گذشت از حق قصاص ایشان، دیه آنان از اموال قاتل پرداخت می‌شود و بدون موافقت قاتل، حق اخذ دیه از او و یا اموالش را ندارند.»

بر این مبنا، اجماعاً در صورت رضایت قاتل بر اعطای دیه و مصالحه وارث بر اخذ آن، دیون مقتول بدهکار از آن پرداخت می‌گردد (خوانساری، ۱۳۵۵: ۲۹۵/۵؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷: ۲۱۷/۷؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۳۱۲/۴۲؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۳۸۰: ۳۲۷)؛ زیرا آن را در حکم اموال میت می‌دانند که مثل بقیه اموال او به ورثه منتقل می‌شود. یعنی این دیه متعلق به مقتول و عوض و بدل از نفس اوست، اما از آنجا که مقتول زنده نیست، عرفاً ملک او دیگر محسوب نمی‌گردد. پس ورثه ابتدا وصیت او را ادا کرده و بعد دیون او را می‌پردازند، سپس در مابقی به عنوان ارث، حق تصرف دارند (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۳۸۰: ۳۲۸).

چنان که این حکم در کلام خداوند متعال آمده است:

«حکم خدا در حق فرزندان شما این است که پسر دو برابر دختر ارث برد. پس اگر همه دختر و بیش از دو تن باشند، فرض همه دو ثلث ترکه است، و اگر یک دختر باشد، نصف، و فرض هر یک از پدر و مادر یک سدس ترکه است، در صورتی که میت را فرزند باشد و اگر فرزند نباشد و وارث منحصر به پدر و مادر بود، در این صورت مادر یک ثلث می‌برد [باقی را پدر]، و اگر میت را برادرانی باشد، در این



فرض مادر یک سُدس خواهد برد، پس از آنکه حق وصیت و بدهی که به مال میت تعلق گرفته، جدا شود...» (نساء/ ۱۱).

پس ترکه وقتی می‌تواند بر طبق سهم‌های ذکرشده در آیه تقسیم گردد که ابتدا وصیت تا ثلث مال و سپس دین را رد نمایند.

البته برخی فقها تفاوتی بین دیه دریافتی از طریق مصالحه با دیه قتل‌های شبه عمد و خطایی قاتل نشده‌اند (موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۳۷/۲-۵۳۸)؛ چنان که صاحب جواهر نیز در این مسئله، ادعای اجماع نموده، می‌فرماید:

«قول به اینکه [دیه مقتول جزء ترکه او به حساب نیامده و] برای پرداخت دین، مصرف نمی‌شود» شاذ است و گوینده‌اش شناخته‌شده نیست؛ همچنین قول به اینکه [دیه عمد با] دیه خطا فرق دارد، به این صورت که بدهی‌های شخص را از دیه [شبه عمد و] خطا می‌پردازند، ولی از دیه عمد [که اولیای دم با قاتل مصالحه کرده‌اند، بدهی‌های او] پرداخت نمی‌شود. گرچه برخی از اعتبارات و ملاحظات، این سخن را تأیید می‌کند، ولی ملاحظه کردن این اعتبارات، همانند اجتهاد در مقابل نص و فتوای فقها و اجماع است» (نجفی، ۱۳۶۲: ۳۱۳/۴۲).

بر این اساس، تمسک به روایاتی نیز در این زمینه نیز قابل توجه است؛ چنان که در موثقه اسحاق بن عمار از امام صادق عَلَيْهِ السَّلَامُ آمده است:

«رسول گرامی اسلام صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فرمود: وقتی ورثه قبول دیه در قتل عمد کردند [و قصاص تبدیل به دیه شد]، این دیه مثل بقیه اموال، میراث است»<sup>۱</sup> (حرّ عاملی، بی‌تا: ۱۴/۲۶؛ طوسی، ۱۳۶۴: ۴۷۷/۹؛ همو، ۱۳۷۳: ۳۹۳).

در روایتی دیگر، عبدالحمید بن سعید از امام رضا عَلَيْهِ السَّلَامُ چنین نقل می‌کند:

«از امام رضا عَلَيْهِ السَّلَامُ درباره مردی سؤال کردم که بدهکار بوده و کشته شده و مالی از خود بر جای نگذاشته است. ورثه او از قاتل دیه گرفتند. آیا ورثه با آن دیه باید بدهی‌های او

۱. «إسحاق بن عمار: له أصل. وكان فطحياً إلا أنه ثقة وأصله معتمد عليه. أخبرنا به الشيخ أبو عبد الله والحسين بن عبيد الله عن أبي جعفر محمد بن علي بن الحسين بن بابويه (عن محمد بن الحسن بن الوليد) عن محمد بن الحسن الصفار عن محمد بن الحسين بن أبي الخطاب عن ابن أبي عمير عن إسحاق بن عمار عن جعفر عَلَيْهِ السَّلَامُ: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: إِذَا قُتِلَ دِيَةُ الْعَمْدِ فَصَارَتْ مَالًا، فَهِيَ مِيرَاثٌ كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ».

را بدهند؟ امام فرمود: آری. گفتم: اگر مالی باقی نگذاشته باشد، چه؟ امام فرمود: اگر دیه را گرفتند، باید بدهی‌های او را بپردازند»<sup>۱</sup> (طوسی، ۱۳۶۴: ۱۹۲/۶؛ حرّ عاملی، بی‌تا: ۹۲/۱۹).

البته برخی بزرگان از طریق قیاس اولویت در روایت اول بر این عقیده‌اند که گرچه روایت به قتل عمد اشاره نموده است، ولی باید گفت وقتی در قتل عمد، که حق مسلم قصاص بوده و بعد تبدیل به دیه گردید، تقسیم ارث بعد از ادای دیون است، پس در قتل شبهه عمد، که از ابتدا مال (دیه) است، به طریق اولی باید ابتدا دین پرداخت گردد؛ زیرا که دیه جزء ترکه محسوب و مثل بقیه اموال به ورثه منتقل می‌شود (مقتدایی، ۱۳۸۹/۱۱/۲۰). همچنین اطلاق روایت دوم<sup>۲</sup> بر قتل عمد و غیر آن حمل شده است (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۱۳۴/۲؛ مقتدایی، ۱۳۸۹/۱۱/۲۴).

بر این اساس، قانون‌گذار به پیروی از مشهور فقیهان، در صورت تبدیل قصاص به دیه در قتل عمد و دیه گرفتن در قتل غیر عمد، آن را در حکم مال میت دانسته است که باید وصایا و دیون از آن خارج شده و مابقی بین وراثت تقسیم گردد. البته با توجه به ماده ۲۲۸ قانون امور حسبی که مقرر می‌دارد: «ورثه می‌توانند دیون را از ترکه یا از مال خود ادا نمایند»، الزامی در پرداخت دیون تنها از محل دیه وجود ندارد.

## ۲. فرض دوم: تقاضای قصاص

اما فرض دوم که محل بحث و اختلاف بین قول مشهور و صاحب‌جوهر است این مسئله می‌باشد که آیا ورثه مقتول بدهکار، بدون تضمین پرداخت بدهی‌هایش، می‌توانند قاتل او را قصاص کنند؟ در این خصوص دو قول وجود دارد:

### ۱-۲. قول اول: عدم ثبوت حق قصاص (دیدگاه مشهور)

شیخ در نهاییه (طوسی، ۱۴۰۰: ۳۰۹) و مبسوط (همو، ۱۳۸۷: ۵۶/۷)، قائل به این قول

۱. «الصَّفَاءُ عَنْ أَيُّوبَ بْنِ نُوحٍ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ عَبْدِ الْحَمِيدِ بْنِ سَعِيدٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ الرَّضَاءَ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ رَجُلٍ قُتِلَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ وَلَمْ يَتْرُكْ مَالًا فَأَخَذَ أَهْلُهُ الدِّيَةَ مِنْ قَاتِلِهِ. أَعْلَيْهِمْ أَنْ يَقْضُوا الدَّيْنَ؟ قَالَ: نَعَمْ. قَالَ: قُلْتُ: وَهُوَ لَمْ يَتْرُكْ شَيْئًا. قَالَ: إِنَّمَا أَخَذُوا الدِّيَةَ، فَعَلَيْهِمْ أَنْ يَقْضُوا عَنْهُ الدَّيْنَ».

۲. «فَأَخَذَ أَهْلُهُ الدِّيَةَ مِنْ قَاتِلِهِ».

است که استیفای قصاص ورثه بدون پرداخت یا ضمانت دین مقتول جایز نیست و حق قصاص ندارند. برخی فقها (ابوصلاح حلبی، ۱۴۱۷: ۳۳۲؛ ابن بزاج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۱۶۳/۲؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۳۶۵/۹)، از جمله علامه در کتب خود، این قول را پذیرفته‌اند (علامه حلّی، بی‌تا: ۴۹۶/۵؛ همو، ۱۴۱۰: ۱۹۹/۲؛ همو، ۱۴۱۳: ۳۰۱/۲). حتی شهید در دروس، این قول را به مشهور نسبت داده است (عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۳۴۸/۲)، بلکه از غنیه بر آن ادعای اجماع شده است (ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۴۱/۱). همچنین امام خمینی در این مسئله قول دوم را قبول کرده و فرموده است:

«این احوط و احتیاط وجوبی است بر اینکه ورثه حق استیفای قصاص ندارند، مگر اینکه ضامن دین شوند» (موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۳۸/۲).

## ۲-۲. قول دوم: عدم شرطیت ضمان در ثبوت حق قصاص (دیدگاه

صاحب جواهر)

به نظر ابن ادریس و فقهای متأخر از ایشان، حق قصاص برای اولیای دم ثابت است و بدون اینکه دین را ضمانت کنند، می‌توانند قصاص کنند. ایشان ادعای اجماع نیز کرده است (ابن ادریس حلّی، ۱۴۱۰: ۴۹-۴۸/۲).

البته صاحب جواهر در مورد اجماع ادعایی می‌فرماید: «گرچه آن را تحقیق نکرده‌ام» (نجفی، ۱۳۶۲: ۳۱۳/۴۲)، اما باید گفت که ابن ادریس صریحاً فتوا به جواز قصاص داده است.

همچنین محقق حلّی پس از طرح مسئله، جواز قصاص را به عنوان «قیل» نقل کرده و آن را اولی دانسته است<sup>۱</sup> (محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۲۱۶/۴). صاحب جواهر نیز بعد از بیان عبارت محقق می‌گوید: این قول صحیح‌تر از قول به عدم جواز است (نجفی، ۱۳۶۲: ۳۱۳/۴۲). بر این اساس، شهید ثانی قول به جواز قصاص بدون ضمان دیون را («أشهر» (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۲۴۸/۱۵) و آیه‌الله خویی «أظهر» دانسته‌اند (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۱۳۵/۲).

اما بعد از بیان این دو قول، بررسی ادله و مستندات ایشان ضروری به نظر می‌رسد:

۱. «هل للورثة استيفاء القصاص من دون ضمان ما عليه من الديون؟ قيل: نعم، تمسكاً بالآية وهو أولى».

## ۳-۲. مستندات قول اول (دیدگاه مشهور)

قائلان به اینکه ورثه بدون تضمین بدهی مقتول، حق استیفای قصاص را ندارند، به ادله ذیل استناد نموده‌اند:

### ۱-۳-۲. روایت ابوبصیر از امام صادق علیه السلام

محقق حلّی می‌فرماید:

«و گفته شده [و گوینده شیخ است که اولیای دم بدون تضمین بدهی‌های مقتول] جایز نیست [قاتل او را قصاص کنند] و این قول روایت نیز شده است» (محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۲۱۶/۴).

یعنی در مورد قول دوم، روایت موجود است.

اما روایت اشاره‌شده، به نقل از ابوبصیر از امام صادق علیه السلام است که می‌فرماید:

«درباره مردی که بدهکار بود و کشته شده است و اموالی ندارد، سؤال شد که آیا اولیای دم او می‌توانند قاتل را ببخشند؟ امام فرمود: طلبکاران با قاتل درگیر هستند؛ اگر اولیای دم بخواهند قاتل را ببخشند، جایز است؛ ولی اگر بخواهند قصاص کنند، حق قصاص ندارند، مگر اینکه دیه را برای طلبکاران ضمانت کنند و اگر ضامن نشدند، حق قصاص ندارند» (طوسی، ۱۳۶۴: ۳۱۲/۶؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۱۵۹/۴، ح ۵۳۶۲؛ حرّ عاملی، بی‌تا: ۳۶۵/۱۸، ح ۲).

### ۲-۳-۲. شهرت و اجماع

همان‌طور که اشاره شد، شهید در دروس این قول را به مشهور نسبت داده است و حتی در غنیه بر آن ادعای اجماع شده است (عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۳۴۸/۲؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۴۱/۱).

## ۴-۲. مستندات قول دوم و نقد آن‌ها

محقق حلّی تمسک به عمومات قرآنی، و صاحب جوهر تمسک به اصل عدم وجوب تضمین دین برای قصاص قاتل و عمومات روایات را از جمله مستندات این قول برشمرده‌اند (محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۲۱۶/۴؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۳۱۳/۴۲).

اما بررسی ادله به شرح ذیل می‌باشد:

## ۲-۴-۱. اطلاق آیات قرآن

در کلام خداوند آمده است:

«و هرگز نفس محترمی که خدا قتلش را حرام کرده، نکشید، مگر آنکه به حکم حق، مستحق قتل شود و کسی که خورش به مظلومی و ناحق ریخته شود، ما به ولیّ او حکومت و تسلط [بر قاتل] دادیم [حق دارد قصاص کند]. پس [در مقام انتقام]، ولیّ در قتل و خونریزی اسراف نکند که او از جانب ما مؤید و منصور خواهد بود» (اسراء/ ۳۳).

در آیه، اطلاق «کسی که کشته شده»، اعم است از اینکه مدیون باشد یا خیر. همان طور که اگر مدیون نیست و کشته شد، ولیّ او حق قصاص دارد. پس اگر مقتول نیز مدیون باشد، تحت اطلاق این آیه درمی آید و ولیّ او می تواند استیفای قصاص کند. از طرفی دیگر، تسلط و حکومت ولیّ دم بر قصاص قاتل را نیز مشروط به ضمان دین نکرده است.

همچنین در آیه ﴿أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ (مائده/ ۴۵)، کلمه «النفس» اطلاق دارد و شامل نفس مدیون و غیر مدیون است؛ لذا قیدی مبنی بر اینکه اولیای دم بعد از اینکه ضامن دین شدند، می توانند نفس را قصاص کنند، وجود ندارد.

## ۲-۴-۲. اطلاق روایات

روایاتی که انواع اختیار برای ولیّ دم، اعم از قصاص، عفو یا دیه را ذکر نموده است، به صورت مطلق آمده و در هیچ موردی قید ضمانت دین مقتول نیامده است. اما به دو نمونه از این روایات از امام صادق علیه السلام اشاره می شود:

- «ابوولاد حنّاط گوید: از امام صادق علیه السلام سؤال کردم: مردی، مسلمانی را عمداً به قتل رسانیده و مقتول، ولیّ دم مسلمان ندارد و خویشانش همه از اهل ذمه اند؛ حکم چیست؟ امام فرمود: بر امام مسلمین است که اسلام را بر آنان عرضه کند، پس هر یک از ایشان که مسلمان شد، او ولیّ دم خواهد بود؛ قاتل را به وی بسپارند و او مختار است که بکشد یا آزاد کند یا دیه بگیرد و چنانچه کسی از ایشان اسلام را نپذیرفت، امام مسلمین ولیّ اوست؛ چنانچه خواست می کشد و یا دیه او را گرفته و به بیت المال مسلمین می پردازد... عرض کردم: اگر امام قاتل را بخشید، تکلیف چیست؟ فرمود: این حق همه مسلمین است و امام تنها می تواند بکشد یا به حساب بیت المال دیه بگیرد

و حق گذشتن از او را ندارد» (حزّ عاملی، بی‌تا: ۱۲۵/۲۹).  
 - «هر کس مؤمنی را عمدتاً بکشد، قصاص می‌شود؛ مگر اینکه اولیای مقتول راضی شوند به پذیرفتن دیه یا اینکه بر سر مبلغی بالاتر یا کمتر از دیه توافق کنند و اگر توافق حاصل نشد، قصاص می‌کنند» (همان: ۵۲/۲۹).

### ۲-۴-۳. عدم وجوب اکتساب مال توسط ورثه برای ادای دین میت

«اگر بخواهیم بگوییم لازم است بر ولیّ دم که ضامن دین شود و بعد قصاص کند، معنایش این است که باید قصاص نکنیم؛ چون شاید بتواند ضامن شود و به مقدار دیه، دین را پردازد. پس لازم است برای ادای دین دیه بگیرد و این اکتساب مال است و الزام ولیّ دم به مصالحه بر مال، یعنی الزام به اکتساب مال برای ادای دین. در حالی که فقها می‌گویند: بر ورثه اکتساب مال واجب نیست. پس چون تبدیل حق قصاص به اخذ دیه اکتساب است و اکتساب واجب نیست، پس ورثه بدون ضمانت بدهی مقتول برای غرما، جایز است قاتل را قصاص کنند» (مقتدایی، ۱۳۸۹/۱۱/۲۴؛ مجلسی، ۱۴۰۶: ۳۶۸/۱۶).

### ۲-۴-۴. اصل عدم وجوب تضمین دین برای قصاص قاتل

در صورت عدم قبول این سه استدلال، سراغ اصل می‌رویم و می‌گوییم اگر شک نماییم که آیا استیفای قصاص، مقید به ضمان ولیّ دم می‌باشد یا خیر؟ اصل عدم تقیید و عدم لزوم ضامن شدن دین است (نجفی، ۱۳۶۲: ۳۱۳/۴۲).

### ۲-۵. اشکالات وارده بر روایت ابوبصیر و پاسخ به آنها

#### ۲-۵-۱. موافقت با اهل تسنن و ضعیف بودن

صاحب جواهر افزون بر اینکه روایت را موافق با اهل سنت دانسته است، ضعیف نیز می‌داند. از دیدگاه ایشان نمی‌توان با این روایت از عموم و اطلاعات ادله قصاص بیرون رفت. بر این اساس، صاحب جواهر مؤید سخن خود را این دانسته است که محقق حلّی در نکت‌النهاییه، قول شیخ را به نادر بودن نسبت داده است (محقق حلّی، ۱۴۱۲: ۲۹/۲؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۳۱۴/۴۲).

## ۲-۱-۵-۱. پاسخ به اشکال اول

در پاسخ به مطابقت با قول عامه گفته شده است:

«شرط حمل روایت بر تقیه این است که مفاد آن مطابق حکم رسمی خلفای جور باشد، به گونه‌ای که برای امام عَلَيْهِ السَّلَامُ تصریح به حق ممکن نبوده است و چنین چیزی ثابت نشده است. برخی هم گفته‌اند که فقها از روایت مذکور اعراض کرده‌اند؛ اما باید توجه داشت که اعراض قدمای از فقها، موجب وهن روایت است و این امر هم ثابت نشده است. البته نظر مختار و مطابق انصاف آن است که روایت در معارضه با ادله عام نمی‌تواند مقاومت کند» (مرعشی نجفی، ۱۴۱۵: ۴۲۷/۲).

بنابراین هر روایتی را نمی‌توان به صرف موافقت با عامه بی‌اعتبار شمرد؛ زیرا بسیاری از فقهای شیعه نیز به آن استناد نموده و بر اساس آن فتوا داده‌اند؛ گرچه تصادفاً فتوای علمای شیعه منطبق با عامه شده است. لذا اگر قولی در بین شیعه وجود نداشته و در بین عامه آمده باشد، اعتبار نداشته و حمل بر تقیه می‌کنیم (مقتدایی، ۱۳۸۹/۱۱/۲۵).  
بر این اساس، شهید نیز در دروس (عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۳۴۸/۲) و ابن زهره در غنیه (ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۴۱/۱) به استناد این روایت، قول به عدم ثبوت حق قصاص بدون تضمین دین مقتول را قول مشهور و اجماعی دانسته‌اند.

## ۲-۱-۵-۲. پاسخ به اشکال دوم

در خصوص ضعیف دانستن این روایت نیز باید گفت که این اشکال وارد نیست؛ زیرا در سلسله روایان این حدیث، گرچه شخصی به نام «محمد بن اسلم جبلی»<sup>۱</sup> است که نجاشی او را «فاسد الحدیث» دانسته است (نجاشی، ۱۴۰۷: ۳۶۸) و شاید علت ضعیف دانستن آن از سوی محقق حلّی و صاحب جواهر هم همین باشد، اما در سند دیگری<sup>۲</sup> فرد مذکور جزء روایان ذکر نشده است؛ چنان که آیه‌الله مرعشی نجفی از این روایت به صحیح‌ه تعبیر می‌کند (مرعشی نجفی، ۱۴۱۵: ۴۲۵-۴۲۶/۲).

۱. «عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ بْنِ أَبِي الْخَطَّابِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَسْلَمَ الْجَبَلِيِّ عَنْ يُونُسَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ ابْنِ مُسْكَانَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ» (طوسی، ۱۳۶۴: ۳۱۲/۶؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۱۵۹/۴، ح ۵۳۶۲؛ حرّ عاملی، بی‌تا: ۳۶۵/۱۸، ح ۲).

۲. «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ يَأْتِيهِ عَنْ يُونُسَ بْنِ ابْنِ مُسْكَانَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ» (حرّ عاملی، بی‌تا: ۱۲۲/۲۹، ح ۱؛ طوسی، ۱۳۶۴: ۱۸۰/۱۰).

## ۲-۵-۲. اختلال و اضطراب در متن

صاحب جواهر اشکال دیگری را بر این روایت وارد می‌کند:

«متن روایت مزبور نیز اختلال دارد، به لحاظ اینکه میان عفو و قصاص کردن تفاوت قائل شده است؛ اولی (عفو) را برای وارث جایز دانسته است نه دومی را. در حالی که «عفو» و «قصاص» به جهت اینکه هر دو، چیزی را عاید طلبکاران نمی‌کنند، مشترک‌اند و بلکه به لحاظ این فرمایش امام علیه السلام در آن روایت که: «طلبکاران با قاتل درگیر هستند»، مناسب آن بود که می‌فرمود: بر اولیای دم جایز نیست که قاتل را عفو کنند» (نجفی، ۱۳۶۲: ۳۱۴/۴۲).

حتی ایشان در ادامه در تأیید گفته خود می‌فرماید:

«آنچه علامه از ابوعلی اسکافی در *مختلف* نقل کرده، این است که می‌گوید: «برای اولیای دم جایز نیست که عفو کنند، مگر اینکه دیه را برای طلبکاران ضمانت کنند». علت اینکه [فقها سخن اسکافی را در اینجا نقل می‌کنند، با اینکه سخن اسکافی در مورد عفو است و] بر خلاف محل بحث [قصاص] است، به این خاطر است که حکم هر دو مورد یکی است. [یعنی اولیای دم نمی‌توانند قاتل بدهکار را بدون ضمانت طلب طلبکاران عفو یا قصاص کنند.].» (همان).

در حقیقت، شرح سخن صاحب جواهر بدین نحو است که در روایت، دو فرض بیان شده است: ۱- عفو، ۲- قصاص.

در فرض اول (عفو)، امام می‌فرماید:

«طلبکاران با قاتل درگیری دارند، اگر اولیای دم بخواهند قاتل را ببخشند، جایز است.»

اما در فرض دوم (قصاص) می‌فرماید:

«اگر بخواهند قصاص کنند، نمی‌توانند، مگر اینکه دیه را برای غرما ضمانت کنند والا...».

پس بین عفو و قصاص فرق گذاشته شده است؛ حال آنکه چه فرقی بین عفو و قصاص وجود دارد؟ اگر اولیای دم بدون ضمانت دین طلبکاران نمی‌توانند قصاص کنند، به جهت اینکه تفویت حق غرما صورت می‌گیرد، پس در عفو نیز باید همین امر



بیان می‌شد که بدون تضمین بدهی غرما، عفو نیز جایز نمی‌باشد؛ چرا که با عفو نیز تفویض حق غرما پیش می‌آید. لذا از دیدگاه ایشان، تفاوت قائل شدن بین عفو و قصاص با وجود ملاک مشترک، نادرست است.

به عبارت دیگر، امام می‌فرماید طلبکاران تا مادامی که خود شخص مدیون زنده بود، خصما و غرمای او بوده‌اند، اما زمانی که کشته شد، اصحاب دین (طلبکاران)، خصمای قاتل می‌گردند و چون او مدیون ایشان را کشته است، باید از او مطالبه دین نمایند. با توجه به این مطلب، اگر اولیای دم می‌توانند قاتل را عفو کنند، پس دیگر قاتل، بدهکار به غرما نبوده و عفو شده است؛ حال آنکه امام می‌فرماید طلبکاران برای وصول دین خود به قاتل رجوع کنند. لذا این دو عبارت نقل شده از امام با همدیگر تناسب نداشته و متناقض‌اند و نمی‌توان گفت که این قسمت روایت (عفو) را امام فرموده است (مقتدایی، ۱۳۸۹/۱۱/۲۵).

#### ۱-۲-۵-۲. پاسخ اشکال

اولاً: ممکن است که این اختلال در قسمت عفو روایت، به جهت اشتباه ناسخ و نویسنده در نوشتن یا در نقل راوی باشد و تفکیکی بین آن دو (عفو و قصاص) صورت نگرفته باشد (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۱۳۵/۲).<sup>۱</sup>

ثانیاً: به قرینه روایت دیگر<sup>۲</sup> که در اشکال بعدی خواهد آمد، حق این است که بگوییم عفو قاتل بدون تضمین دین، جایز نمی‌باشد. همچنین اشکال و اختلال در یک قسمت روایت (عفو) سبب نمی‌شود که از قسمت دوم روایت (قصاص) نیز دست بکشیم. پس می‌توان به قسمت دوم تمسک کرد و گفت: برای اولیای دم، قصاص قاتل بدون تضمین دین مقتول جایز نمی‌باشد (مقتدایی، ۱۳۸۹/۱۱/۲۵).

#### ۳-۵-۲. تعارض روایت ابوبصیر با دیگر روایات

بنا بر گفته صاحب جواهر، روایت ابوبصیر با اخبار دیگر او در تعارض است (نجفی،

۱. «ولکنها مضطربة المتن، ومن المطمأنَّ به وقوع الغلط فی النسخة أو الاشتهاء فی النقل».

۲. «اگر اولیانش بخواهند خونش را به قاتل بیخشند، باید دیه را برای طلبکاران ضمانت کنند، والا نمی‌توانند» (حزّ عاملی، بی‌تا: ۱۲۲/۲۹، ح: ۱؛ طوسی، ۱۳۶۴: ۱۸۰/۱۰).

۱۳۶۲: ۳۱۵/۴۲؛ چنان که آمده است:

«از امام صادق علیه السلام درباره مردی پرسیدم که بدهکار بوده و کشته شده و از خود مالی بر جای نگذاشته است. آیا اولیای او در حالی که بدهی دارد، می‌توانند خون او را به قاتل ببخشند؟ امام فرمود: طلبکاران، طرف مقابل قاتل هستند. اگر اولیائش بخواهند خونس را به قاتل ببخشند، باید دیه را برای طلبکاران ضمانت کنند، والا نمی‌توانند» (حزّ عاملی، بی‌تا: ۱۲۲/۲۹، ج: ۱؛ طوسی، ۱۳۶۴: ۱۸۰/۱۰).<sup>۱</sup>

چنان که آیه‌الله خویی قائل به یک شرط و جزای شرط در این روایت بوده و چنین می‌فرماید:

«اگر اولیای دم خواستند قاتل را عفو کنند، باید دیه را برای طلبکاران ضمانت کنند. والا اگر هبه نکردند، ضمانتی دیگر نمی‌کنند و لازم نیست و اگر عفو نکردند، دو حالت دارد؛ یا از قاتل دیه می‌گیرند یا قصاص می‌کنند که در هر دو حالت، دیگر تضمین دیه لازم نیست» (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۱۳۶/۲).

همچنین در خبر دیگری از ابوبصیر از امام موسی بن جعفر علیه السلام باز هم چنین نقل شده است:

«ابوبصیر از امام موسی کاظم علیه السلام نقل می‌کند: فدایت کردم! مردی، دیگری را عمداً یا خطأً کشته است و مقتول مال و مقداری بدهی دارد. اولیای دم او می‌خواهند خون او را به قاتلش ببخشند. [حکم چیست؟] امام فرمود: اگر بخواهند خونس را ببخشند، باید بدهی او را ضمانت کنند. گفتم: اگر خواستند، می‌توانند قاتل را بکشند؟ امام فرمود: اگر قاتل از روی عمد کشته، قاتل را می‌کشند و امام بدهی او را از سهم غارمین [کسانی که بدهکارند و از زکات باید بدهی‌شان پرداخت شود] می‌پردازد. گفتم: اگر عمداً کشته و اولیای دم با قاتل برای گرفتن دیه مصالحه کردند، بدهی را چه کسی می‌پردازد؟ آیا باید اولیائش از آن دیه بپردازند یا بر عهده امام مسلمین است که بپردازد؟ امام فرمود: اولیائش بدهی‌ها را از آن دیه - که با مصالحه از قاتل گرفته‌اند - می‌پردازند؟ چون مقتول به دیه خود از دیگران سزاوارتر است» (صدوق، ۱۴۱۳: ۱۱۲/۴، ح ۵۲۲).

۱. بنا بر نقل مجلسی، روایت صحیح است (مجلسی، ۱۴۰۶: ۳۶۸/۱۶): «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ يَأْتِيهِ عَن يُونُسَ عَنِ ابْنِ مُسْكَانَ عَنِ أَبِي بَصِيرٍ».

بنابراین صاحب جواهر می‌فرماید:

«هر دو روایت را عکس روایت اول از ابوبصیر دانسته است؛ زیرا در روایت اول، امام عفو را مجانی اجازه داده بود، ولی در این دو روایت، عفو قاتل را بدون ضمانت اجازه نمی‌دهد. لذا ایشان اعتماد به روایات را جایز نمی‌دانند (نجفی، ۱۳۶۲: ۳۱۵/۴۲).

### ۲-۵-۱. پاسخ اشکال

آیه‌الله خوئی بین شرط و جزای آن خلط کرده است؛ زیرا روایت در حقیقت می‌گوید: اگر اولیای دم خواستند قاتل را عفو کنند، باید دیه را برای طلبکاران ضمانت کنند، والا اگر ضامن نشدند، هبه جایز نیست؛ چنان که این مسئله به قرینه روایت اول که می‌گوید: «اگر بخواهند قصاص کنند، نمی‌توانند، مگر اینکه دیه را برای طلبکاران ضمانت کنند و اگر ضامن نشدند، حق قصاص ندارند» (طوسی، ۱۳۶۴: ۳۱۲/۶؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۱۵۹/۴، ح ۵۳۶۲: ح ۲؛ بی‌تا: ۳۶۵/۱۸، ح ۲)، محرز و روشن است. لذا با توجه به این معنا، این روایت متعرض قصاص نشده است که متعارض با روایت اول - که می‌گوید ضمان دین برای قصاص شرط است - باشد. پس سخن آیه‌الله خوئی، خلاف ظاهر روایت است (میرشکاری، ۱۳۷۹: ۳۳۰).

همان طور که تا بدین جا به آن پرداخته شد، صاحب جواهر در مقابل مشهور، از جمله قاتلان به جواز قصاص قاتل توسط اولیای دم بدون تضمین بدهی‌های او بوده و این قول را - بنا بر ادله‌ای که به آن اشاره شد - «أصح» دانسته است. بر این اساس، اشکالاتی بر استناد مشهور به خبر ابوبصیر وارد نموده است. البته ایشان در پایان استدلال خود تنزلی از گفته خود داشته، بدین نحو که می‌فرماید:

«و با این [تفاوت موجود در دو روایت] معلوم می‌شود که به این روایات نباید اعتماد کرد، گرچه ممکن است بگوییم در آن قسمت که این روایات به ضمانت دین در صورت قصاص کردن دلالت دارند، با شهرتی که در دروس و اجماعی که در غنیه نقل شده، ضعفشان جبران شده است [و می‌توان گفت که قصاص قاتل بدون تضمین بدهی مقتول جایز نیست]. بلکه از آنجا که عفو و قصاص با هم فرقی ندارند، درباره عفو هم این را می‌توانیم بگوییم» (نجفی، ۱۳۶۲: ۳۱۵/۴۲).

یعنی می‌توانیم بگوییم که قصاص و عفو قاتل در صورتی امکان‌پذیر است که

اولیای دم، بدهی مقتول را ضمانت کنند.

اما با وجود این در ادامه، صاحب جواهر تخصیص عمومات قرآنی با این روایات را جایز ندانسته و به قول اولیه خود برمی‌گردد و می‌فرماید:

«جرئت یافتن بر مخالفت با عموماتی که تضمین بدهی مقتول را برای قصاص قاتل شرط نمی‌دانند، بسیار مشکل است. ضمن اینکه روایات، شهرت متأخرین و ضعف اجماعی که ابن زهره اعا کرده است، مؤید این امر است. در نهایت در مقام شک باید اصل عدم تضمین بدهی مقتول برای قصاص قاتل را مجری دانست» (همان: ۳۱۶/۴۲).

با توجه به سخن فقهای عظام از جمله امام خمینی و آیه‌الله خویی و استناد به روایت دوم ابوبصیر، این فرض عفو مجانی قاتل نیز روشن است و می‌توان گفت که اولیای دم بدون ادا یا تضمین بدهی مقتول، حق عفو رایگان را ندارند (موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۱۱/۲؛ موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۱۳۶/۲). برخی دیگر می‌گویند:

«زیرا دیه از آن مقتول است، پس باید در راه پرداخت بدهی‌های او صرف شود، نه آنکه با بخشش دیه، فرصت پرداخت بدهی‌های او از دست رود. از طرفی دیگر، در فرض عفو رایگان، امکان سوءاستفاده از حق منتفی نمی‌باشد» (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۳۳/۲۶).

بر مبنای قائلان قول دوم نیز قانون‌گذار در ماده ۴۳۲ ق.م.ا. چنین مقرر کرده است: «هر گاه مجنی‌علیه پیش از استیفای حق قصاص فوت کند و ترکه او برای ادای دیون او کافی نباشد، صاحب حق قصاص، بدون ادا یا تضمین آن دیون، حق استیفای قصاص را دارد. لکن حق گذشت مجانی، بدون ادا یا تضمین دیون را ندارد و اگر به هر علت، قصاص به دیه تبدیل شود، باید در ادای دیون مذکور صرف شود. این حکم در مورد ترکه مقتول نیز جاری است.»

با توجه به ظاهر مواد قانونی می‌توان گفت که ماده مذکور، مخصص ماده ۳۴۷ ق.م.ا. است که به صاحب حق قصاص اجازه داده است در هر مرحله از مراحل تعقیب، رسیدگی یا اجرای حکم، به طور مجانی یا با مصالحه در برابر حق یا مال گذشت کند.

البته در خصوص این ماده، ذکر چند مطلب ضروری به نظر می‌رسد؛ از جمله اینکه این سخن قانون‌گذار مخالف نظر مشهور است؛ با آنکه همان طور که اثبات گردید، قول مشهور با توجه به ادله مذکور معقول‌تر و قوی‌تر به نظر می‌رسد. لذا تفسیر این ماده در پرتو اصل ۴۰ ق.ا. و ماده ۱۳۲ ق.م. شایسته است؛ بدین نحو که گرچه اختیار قصاص به جهت مصالح عمومی جامعه به اولیای دم سپرده شده است (بقره/ ۱۷۹)، اما اگر بخواهند از این حق تنها به جهت اضرار به غرما و عدم پرداخت حقوق آنان استفاده نمایند، می‌توان از این عمل جلوگیری کرد؛ زیرا نوعی سوءاستفاده از حق است. بعضی از حقوق‌دانان نیز به صراحت بیان کرده‌اند که صاحب حق در چگونگی انتفاع از آن آزاد نیست و نمی‌تواند هر اقدامی را برای خود جایز بداند (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۴۲۷/۱). البته اثبات انگیزه اولیای دم در این امر، کاری دشوار خواهد بود. به علاوه، این ماده عفو مجانی را بدون ادا یا تضمین دیون جایز ندانسته است؛ حال آنکه در اینجا نیز اولاً؛ همان طور که از نظر فقهی گفته شد، بین عفو و قصاص به جهت ملاک مشترک، تفاوتی وجود ندارد. لذا قانون‌گذار باید همان حکمی که برای عفو قائل است، برای قصاص نیز در نظر می‌گرفت. ثانیاً؛ قانون‌گذار سقف ادا یا تضمین دیون را مشخص نکرده است. اما به نظر می‌رسد که حداکثر تا مقدار دیه قانونی باشد و اولیای دم در عفو مجانی، تکلیفی به ادای تمام دیون مقتول نداشته باشند؛ چنان که این باور در بین فقها نیز دیده می‌شود (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۳۳/۲۶). ثالثاً؛ در فرض عفو با عوض، اگر عوض، معادل دیه قانونی باشد، مشکلی پیش نمی‌آید و عوض در حکم دیه است و به ناچار در راه پرداخت دیون مقتول صرف خواهد شد. همچنین در فرضی که عوض بیشتر از دیه باشد، به نظر می‌رسد تمامی آن در ترکه داخل شده و باید در راه پرداخت بدهی‌های مقتول صرف کرد؛ زیرا عوض مابزاء حق حیات مقتول است، اما اگر عوض، کمتر از دیه باشد، به نظر می‌رسد اولیای دم را باید نسبت به مابه‌التفاوت در برابر طلبکاران مسئول دانست؛ چرا که در توافق با قاتل، حقوق غرما را رعایت نکرده‌اند.

۱. «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد».  
 ۲. «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضییع همسایه شود، مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد».

رابعاً: قانون‌گذار به زمان ادای تضمین دیون اشاره‌ای نکرده است؛ هرچند ممکن است زمان ادای دین توسط ضامن (اولیای دم) را تابع زمان دین مقتول در نظر گرفته باشد، مگر خلاف آن را شرط نمایند.

لازم به ذکر است که حقوق‌دانان کیفری، دیه را مالی می‌دانند که از مقتول به ارث می‌رسد. ایشان بر این اعتقادند که هر گاه مجنی‌علیه کشته شود، دیه جزء ترکه او محسوب شده و به ورثهٔ زمان فوت او، بر اساس طبقات ارث و به میزان سهم‌الارثی که هر وارث دارد، منتقل می‌شود؛ ضمن اینکه دیون او از همین محل تأدیه شده و وصیت او به اجرا درمی‌آید. هر کس که از مال ارث می‌برد، از دیه نیز ارث می‌برد (میرمحمدصادقی، ۱۴۰۱: ۲۷۵).

در خصوص ماده ۴۳۲ قانون مجازات اسلامی، به نظر برخی از حقوق‌دانان کیفری، پیش‌فرض صدر ماده، جنایت بر عضو و فوت مرتبط یا غیر مرتبط مجنی‌علیه با جنایت است. حق قصاص متعلق به وراثت مجنی‌علیه و اجرای آن معلق بر پرداخت دیون مجنی‌علیه که پیش از استیفای قصاص فوت نموده و ترکه او برای ادای دیونش کافی نیست، نخواهد بود. برابر ماده ۴۳۲ ق.م.ا. صاحب حق قصاص می‌تواند مرتکب جنایات عمدی را بدون توجه به بدهی‌های مجنی‌علیه که پیش از استیفای حق قصاص فوت نموده و دیون او افزون بر ماترک اوست، قصاص کند و هیچ الزامی به تبدیل قصاص به دیه، به منظور پرداخت بدهی‌های متوفای ندارد. چنانچه صاحب حق قصاص، از استیفای قصاص به هر دلیلی منصرف شود، در صورتی که مجنی‌علیه متوفای دیونی داشته باشد، مجاز به گذشت رایگان نخواهد بود، مگر آنکه دیون او را شخصاً و در حدود دیه پرداخت نماید. صراحت ماده مرقوم در خصوص ضرورت صرف دیه بدل از قصاص در ادای دیون متوفای، متضمن این پیام است که گذشت رایگان صاحب حق قصاص بدون تضمین دیون در خصوص مورد، اعتبار قانونی نخواهد داشت. ماده فوق، حکم ممنوعیت صاحب حق قصاص عضو به گذشت رایگان را مادام که مجنی‌علیه متوفای مدیون باشد و ماترک او برای ادای دینش کافی نباشد، به موردی که جنایت ارتكابی قتل عمدی است، تسری داده است. بدین‌سان اولیای دم مقتول نیز می‌توانند بدون ادا یا تضمین دیون متوفای، اقدام به قصاص قاتل نمایند؛ اما حق گذشت مجانی بدون توجه به

دیون مقتول را ندارند (آقای‌نیا، ۱۴۰۱: ۲۷۰ و ۳۷۱). اما پرسشی که در این خصوص مطرح می‌شود آن است که با فرض وجود طلبکار از مقتول و درخواست قصاص از جانب اولیای دم و صدور حکم قصاص، آیا غرما حق اعتراض به رأی صادرشده را دارند؟ و آیا این امر با فرض ثبوت می‌تواند از علل نقض حکم دادگاه بدوی باشد؟ و اساساً آیا قضات دادگاه کیفری یک، غرما را نیز داخل در سؤال استیفای قصاص می‌نمایند؟ یا بر فرض اگر یکی از اولیای دم صغیر باشد و سایر اولیای دم، سهم و حصه او را در صندوق دادگستری امانت گذاشته باشند که در زمان بلوغ و احراز رشد، پذیرای استیفای قصاص بوده و مال را به سپرده‌گذارها بازگرداند یا مبلغ را از باب دیه تصرف کند، آیا حق تأیید حکم اجراشده و بازگرداندن مبلغ را دارد یا غرما می‌توانند مانع آن شوند؟ به نظر می‌رسد در سکوت قانون در خصوص موضوع مطرح‌شده، چنین حقوقی برای غرما متصور نباشد. هرچند که نظرات مشورتی متعددی دائر بر ماترک بودن دیه و تجویز پرداخت دیون متوفا از محل دیه او وجود دارد، اما بحث موقوف بودن استیفای حق قصاص به پرداخت دیون مقتول، در این نظرات منعکس نشده است که از جمله این نظرات می‌توان به نظریه مشورتی ۷/۳۴۹۷ مورخ ۱۳۸۱/۰۵/۱۶، نظریه مشورتی ۷/۱۳۴ مورخ ۱۹۵۸/۰۸/۱۵ و نظریه مشورتی ۱۳۷۶/۱/۲۵ اداره کل حقوقی قوه قضاییه اشاره نمود که همه آن‌ها حاکی از تسویه دیون از دیه مقتول به‌عنوان ماترک اوست.

### نتیجه‌گیری

یکی از فروضی که محل بحث و اختلاف بین مشهور و صاحب‌جوهر است، این مسئله است که چنانچه مقتول بدهکار از خود ترکه‌ای باقی نگذاشته باشد تا غرما طلب خود را از آن وصول نمایند، آیا ورثه او بدون ادا یا تضمین دیونش، حق قصاص یا عفو مجانی او را دارند یا خیر؟ در این خصوص، مشهور بنا بر روایت ابوبصیر، این امر را جایز ندانسته‌اند؛ اما صاحب‌جوهر و برخی از معاصران با استناد به عمومات قرآنی و روایی، اصل عدم وجوب اکتساب مال و اصل عدم ادا و تضمین، قائل به جواز آن شده‌اند. صاحب‌جوهر اشکالاتی از جمله موافق بودن روایت با عامه و ضعف آن، اختلال و

اضطراب در متن با تفاوت قائل شدن بین عفو و قصاص و تعارض روایت مورد بحث با روایات دیگر راوی را بر روایت ابوبصیر وارد کرده است.

به نظر می‌رسد که دیدگاه مشهور قوی‌تر، و ادله دیدگاه دوم قابل مناقشه است؛ چرا که آیات و روایات استنادشده، در مقام بیان مدیون بودن یا مدیون نبودن مقتول نیستند تا بتوان به اطلاق آن‌ها تمسک کرد؛ بلکه صرفاً در مقام بیان اصل مشروعیت قصاص برای اولیای دم هستند. همچنین به اشکالات وارده از سوی صاحب جواهر بر روایت ابوبصیر نیز پاسخ داده شد. به علاوه، در خصوص تمسک به اصل عدم وجوب تضمین دین برای قصاص قاتل که قائلان به آن، اصل مشروعیت قصاص را ثابت دانسته، ولی بر این اعتقادند که شک در این است که آیا استیفای قصاص منوط به ضمان دین مقتول است یا خیر؟ باید گفت که در فرض مسئله اتفاقاً شک در نفس اصل مشروعیت قصاص است؛ یعنی نمی‌دانیم که اگر مدیون فاقد ترکه کشته شود، آیا اولیای دم او حق قصاص دارند یا خیر؟ بنابراین نمی‌توان حق قصاص را ثابت دانست و با شک در وجود یا عدم وجود قید، بنا را بر عدم وجود قید گذاشت.

بنابراین می‌توان چنین استدلال کرد که گرچه روایت دوم از ابوبصیر به عفو اشاره کرده و امام فرموده است: «طلبکاران، طرف مقابل قاتل هستند. اگر اولیانش بخواهند خونس را به قاتل ببخشند، باید دیه را برای طلبکاران ضمانت کنند والا نمی‌توانند»، اما به جهت وجود ملاک مشترک بین عفو و قصاص که همان جایز نبودن تفویض حق غرامت، می‌توان این امر را در خصوص قصاص نیز جاری دانست؛ زیرا اگر اولیای دم بخواهند بدون تضمین دین قصاص نمایند، تفویض حق غرامت صورت می‌گیرد. پس روایت اول به صراحت به مسئله قصاص پرداخته است و روایت دوم نیز که صرفاً به هبه پرداخته است، به جهت وجود ملاک مشترک هبه با قصاص، قابل تسری به قصاص است، هرچند صراحتاً عنوان نشده است. بر این اساس در فرض مورد بحث، تصریح قانون‌گذار کیفری به دیدگاه صاحب جواهر و پیروی از نظر مشهور فقیهان برای جلوگیری از تضییع حق طلبکاران پیشنهاد می‌شود.



## کتاب شناسی

۱. قرآن کریم.
۲. آقایی نیا، حسین، جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص (جنایات)، چاپ نوزدهم، تهران، میزان، ۱۴۰۱ ش.
۳. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۴. ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحریر، المهذب - کتاب الدیات، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۵. ابن زهره حلبی، سیدحمزة بن علی حسینی، غنیة النزوع الی علمی الاصول والفروع، قم، مؤسسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۱۷ ق.
۶. ابوصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم الدین، الکافی فی الفقه، تصحیح رضا استادی، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین (علیه السلام)، ۱۴۰۳ ق.
۷. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، بی تا.
۸. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، فقه الصادق (علیه السلام)، قم، دار الکتب، ۱۴۱۲ ق.
۹. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، چاپ دوم، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۳۵۵ ش.
۱۰. صدوق، ابوجعفر محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، من لایحضره الفقیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۱. صفایی، مریم، «قلمرو اختیارات اولیای دم مقتول بدهکار در اجرای قصاص»، مطالعات فقه اسلامی و مباحث حقوقی، سال پانزدهم، شماره ۴۳، بهار و تابستان ۱۴۰۰ ش.
۱۲. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، التبیان فی تفسیر القرآن، تحقیق احمد قصیر عاملی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۱۳. همو، المسبوط فی فقه الامامیه، تهران، المکتبه المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ ق.
۱۴. همو، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ ق.
۱۵. همو، تهذیب الاحکام، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۱۶. همو، رجال الطوسی، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۳ ش.
۱۷. عاملی جعبی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، کتابفروشی داورى، ۱۴۱۰ ق.
۱۸. همو، مسالک الافهام الی تفتیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۱۹. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۰. علامه حلی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ارشاد الاذهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۲۱. همو، تبصرة المتعلمین فی احکام الدین، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۲۲. همو، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه، مشهد، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، بی تا.
۲۳. همو، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.

۲۴. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - القصاص*، قم، مرکز فقه الاثمة الاطهار علیهم السلام، ۱۳۸۰ ش.
۲۵. فاضل هندی، بهاء الدین محمد بن حسن اصفهانی، *کشف اللثام والابهام عن قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۲۶. کاتوزیان، ناصر، *الزامهای خارج از قرارداد: مسئولیت مدنی*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۹۵ ش.
۲۷. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، *ملاذ الاخیار فی فهم تهذیب الاخبار*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ق.
۲۸. محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۲۹. همو، نکت النهایه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۳۰. مرعشی نجفی، سیدشهاب الدین، *القصاص علی ضوء القرآن و السنه*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۱۵ ق.
۳۱. مقتدایی، مرتضی، «درس خارج فقه»، ۱۳۸۹/۱۱/۲۰؛ ۱۳۸۹/۱۱/۲۴؛ ۱۳۸۹/۱۱/۲۵ ش.
۳۲. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی، ۱۳۷۷ ش.
۳۳. موسوی خمینی، سیدروح الله، *تحریر الوسیله*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی تا.
۳۴. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲ ق.
۳۵. میرشکاری، عباس، «نسبت حقوق اولیای دم با حقوق طلبکاران مقتول (قصاص، دیه، عفو)»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال ششم، شماره ۲۲، بهار ۱۳۷۹ ش.
۳۶. میرمحمدصادقی، حسین، *حقوق کیفری اختصاصی (۱)*؛ *جرایم علیه اشخاص*، چاپ شصت و دوم، تهران، میزان، ۱۴۰۱ ش.
۳۷. ناصر مقدم، حسین، و مرتضی کشاورزی ولدانی، «سقوط قصاص بدون تضمین دیون مقتول مدیون: تأملی فقهی در ماده ۴۳۲ قانون مجازات اسلامی»، *آموزه های حقوق کیفری*، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، سال دوازدهم، شماره ۱۰، پاییز و زمستان ۱۳۹۴ ش.
۳۸. نجاشی، ابوالعباس احمد بن علی بن احمد بن عباس، *رجال النجاشی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۳۹. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تحقیق عباس قوجانی، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۶۲ ش.

## چشم‌انداز عبور از

# موانع صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی در وضعیت افغانستان\*

□ جواد صالحی<sup>۱</sup>

### چکیده

تعقیب جنایات جنگی در دیوان کیفری بین‌المللی، متکی به معیارهایی است که در اساسنامه آن پیش‌بینی شده‌اند. این وضعیت جلوه‌ای از برآورده شدن ضمانت اجرای نقض ممنوعیت‌های کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو است که تا پیش از این وجود نداشتند. وضعیت افغانستان پیش روی دیوان کیفری بین‌المللی به خاطر جنایات ارتكابی نیروهای نظامی و کارکنان سازمان سیای دولت ایالات متحده، واجد چنین شرایطی است. هرچند که دولت ایالات متحده به انحاء مختلف در صدد مانع‌تراشی و کارشکنی است تا اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی صورت نگیرد. از این حیث، بررسی ابعاد صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی در وضعیت افغانستان، اعم از ماهیت جنایات جنگی در چارچوب اساسنامه رُم و زمینه‌های مُعد آن تا فقدان موانع قانونی اعمال صلاحیت تکمیلی و بی‌تأثیر بودن کارشکنی‌های دولت ایالات متحده واجد اهمیت است. روش تحقیق در این

نوشتار از نوع توصیفی تحلیلی است تا به یک سؤال پاسخ داده شود. تأثیر اقدامات و مانع تراشی‌های دولت ایالات متحده بر اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی در وضعیت افغانستان چیست؟ یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که تأیید برخی از رفتارهای مجرمانه در قالب سیاست اجرایی آن دولت، تعقیب برخی از سربازان به خاطر بخشی از جنایات جنگی در محاکم داخلی یا تحریم دادستان و قضات دیوان کیفری بین‌المللی، مانع از اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی نیستند.

**واژگان کلیدی:** دیوان کیفری بین‌المللی، جنایات جنگی، اعمال صلاحیت، وضعیت افغانستان، نیروهای نظامی و کارکنان سازمان سیای آمریکا.

### مقدمه

ارتکاب جرم در قلمرو سرزمینی دولتی که در دیوان کیفری بین‌المللی عضویت دارد، یکی از شرایط مقرر در ماده ۱۲ اساسنامه ژنوا (زین پس اساسنامه) بر اعمال صلاحیت کیفری بر اتباع دولت‌های غیر عضو دیوان کیفری بین‌المللی است. دولت افغانستان در دیوان کیفری بین‌المللی عضویت دارد. لذا تعقیب و محاکمه جنایات جنگی ارتکاب یافته در قلمرو سرزمینی آن توسط اتباع سایر دولت‌ها اعم از دولت ایالات متحده، در صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی است (صالحی، ۱۳۹۹: ۸۴). از این حیث، ارجاع وضعیت از سوی هر یک از دولت‌های عضو دیوان کیفری بین‌المللی بر اساس مقررات مواد ۱۳(a) و ۱۴(۱) اساسنامه، از موجبات رسیدگی دیوان کیفری بین‌المللی است. لذا تعقیب جنایات بین‌المللی ارتکاب یافته توسط اتباع ایالات متحده در قلمرو سرزمینی دولت‌های عضو، با مانع عدم عضویت دولت متبوع آن‌ها مواجه نیست. اما دولت افغانستان در این ارتباط به ارجاع وضعیت مجرمانه نپرداخته است. لذا شروع تحقیقات کیفری دادستان رأساً بر اساس مقررات مواد (c) ۱۳ و ۱۵ اساسنامه موضوعیت یافته است. این وضعیت منصرف از عدم عضویت دولت ایالات متحده در دیوان کیفری بین‌المللی است. احتمال مصون نگه داشتن اتباع داخلی از تعقیب و محاکمه در سطح دیوان کیفری بین‌المللی در شرایط اخیر منتفی است؛ هرچند که دولت ایالات متحده با عدم عضویت در دیوان کیفری بین‌المللی، خواسته باشد که اتباع خود را از تعقیب در دیوان کیفری بین‌المللی مصون نگه دارد.

قرینه این سوءظن، مخالفت دولت ایالات متحده با عملکرد دیوان کیفری بین‌المللی و نپذیرفتن عضویت در آن است که پس از اقدام دادستان بر تقاضای شروع تحقیقات مقدماتی در وضعیت افغانستان و موفقیت وی بر اقناع شعبه تجدیدنظر در صدور مجوز آن شدت هم یافته است (ICC, 2020: 1)؛ چرا که عضویت دولت ایالات متحده، احتمال تعقیب و محاکمه اتباع آن در دیوان کیفری بین‌المللی را به خاطر سیاست‌های آن دولت در سرتاسر دنیا افزایش می‌دهد. با وجود این، عدم عضویت دولت ایالات متحده برای نیروهای نظامی یا کارکنان سازمان سیای آن، مصونیت ایجاد نمی‌کند. منصرف از اینکه تصور بر این است که بخش زیادی از جنایات ارتكابی نیروهای نظامی یا کارکنان سازمان سیا در افغانستان با مجوز دولت جورج دبلیو بوش<sup>۱</sup> یا چشم‌پوشی از تعقیب و محاکمه عوامل آن تحت لوای فرمان اجرایی اواما در محاکم داخلی بوده است. این بخشی از سیاست دولت جورج بوش به تعبیر برخی در تأمین راهبرد امنیت ملی ایالات متحده به عنوان فصل جدیدی از مداخله‌گرایی و سیاست تهاجمی آن در جهان بوده است (خادمی، میکوشش و اشرفی، ۱۳۹۸: ۸۱) که مستلزم دادن اختیارات به نیروهای نظامی آمریکایی در قلمرو سرزمینی سایر دولت‌ها می‌باشد. هرچند که مصونیت عوامل ارتکاب جرم جنگی ناشی از قوانین یا مجوزهای داخلی بی‌تأثیر است، اما همین مجوزهای دولت جورج بوش و فرمان اجرایی دولت اواما در ایالات متحده باعث شده است که مرتکبان جنایات جنگی در افغانستان تحت تعقیب و محاکمه قرار نگیرند. از این حیث، به یک عبارت این مجوزها نافی وصف مجرمانه این رفتارها می‌باشند. لذا رفتارهای منطبق با این مجوزها اصلاً جرم نیستند تا مرتکبان آنها تحت تعقیب و محاکمه قرار گیرند. مصادیق جنایات جنگی در وضعیت افغانستان در راستای تبعیت از مجوزهای دولت بوش بوده‌اند. عوامل جنایات جنگی در محاکم داخلی دولت ایالات متحده تحت تعقیب و محاکمه قرار نگرفته‌اند. این وضعیت جلوه‌ای از عدم تمایل دولت ایالات متحده به‌طور واقعی در تعقیب و محاکمه عوامل جنایات جنگی در سطح محاکم داخلی است.

1. George W. Bush.

نخواستن تعقیب و محاکمه عوامل جنایات جنگی در سطح محاکم داخلی، ناشی از سیاست‌های دولت جورج دبلیو بوش در ارتباط با جواز حمله به افغانستان و جنایات ارتكابی نسبت به اسرای آن است. این در حالی است که تعقیب جنایات در محاکم کیفری داخلی می‌تواند از زمینه‌های ممانعت از اعمال صلاحیت تکمیلی دیوان کیفری بین‌المللی باشد. هرچند که دولت ایالات متحده با تحقیقات سطحی و محاکمات ظاهری در زمینه جنایات نیروهای نظامی دخیل در جنایات جنگی در افغانستان در صدد اثبات این نظریه است، چنان که ظاهراً دولت ایالات متحده در این راستا نیز اقدامات محدودی را انجام داده است، ولی این اقدامات به دلایلی، مؤثر در قضیه و مانع از اعمال صلاحیت تکمیلی دیوان کیفری بین‌المللی نیستند؛ چرا که این وضعیت همچنان جلوه‌ای از عدم تمایل دولت ایالات متحده در تعقیب و محاکمه واقعی فرماندهان جنایات جنگی است. مؤید این وضعیت، الزامات ماده ۱۷ اساسنامه است. یک وضعیت مجرمانه بر اساس شرایط مقرر در بندهای اول و دوم ماده ۱۷ اساسنامه ممکن است در دیوان کیفری بین‌المللی پذیرفتنی نباشد؛ اول اینکه موضوع توسط دولتی که در خصوص آن صلاحیت دارد، در حال تحقیق یا تعقیب باشد یا مورد تحقیق واقع شده و دولت مذکور تصمیم به عدم تعقیب شخص مورد نظر گرفته باشد (ر.ک: ماده (۱) ۱۷ اساسنامه). دوم اینکه رسیدگی‌های انجام‌شده یا در حال انجام یا رأی دادگاه ملی به منظور صیانت متهم از مسئولیت کیفری واقعی باشد یا رسیدگی‌ها مستقل و بی‌طرفانه نباشد و به نحوی صورت گیرد که با قصد اجرای عدالت نسبت به شخص مورد نظر مغایرت دارد (ر.ک: ماده (۲) ۱۷ اساسنامه). نقض شرایط حالت اول یا تحقق حالت دوم، از شرایط موجد اعمال صلاحیت تکمیلی دیوان کیفری بین‌المللی هستند. در وضعیت افغانستان، حالت دوم پیش روی دیوان کیفری بین‌المللی موضوعیت دارد. بر این اساس، جنایات جنگی نیروهای نظامی و کارکنان سازمان سیای ایالات متحده، از موضوعات اصلی وضعیت افغانستان می‌باشند که با صلاحیت تکمیلی دیوان کیفری بین‌المللی توأم شده‌اند. اما دولت ایالات متحده با محاکمه برخی از سربازان در محاکم داخلی، در صدد مصون نگه داشتن عوامل اصلی جرم (فرماندهان نظامی عالی‌رتبه) از تعقیب در دیوان کیفری بین‌المللی و اعمال صلاحیت تکمیلی آن است.

این در حالی است که مبارزه با بی‌کیفرمانی، از دلایل اصلی ایجاد دیوان کیفری بین‌المللی است. هرچند که دولت دارای صلاحیت در تعقیب و محاکمه عوامل جنایات بین‌المللی دارای حق اولویت است، لیکن واگذاری اولویت به آن به معنای مجوز دادن برای سرپوش گذاشتن بر جنایات بین‌المللی نیست تا به واسطه آن دیوان کیفری بین‌المللی نتواند صلاحیت کیفری واقعی را اعمال کند. از این حیث، واگذاری اولویت اعمال صلاحیت به دولت دارای صلاحیت برای تعقیب و محاکمه جنایات بین‌المللی به منظور فعال نگه داشتن آن و مؤثر واقع شدن مشارکت آن دولت در تحقق عدالت کیفری بین‌المللی است. با وجود این، تحقیق و تعقیب جنایات جنگی از سوی دولت ایالات متحده برای جلوگیری از اعمال صلاحیت تکمیلی دیوان کیفری بین‌المللی با شائبه‌های جدی مواجه است؛ اول اینکه اعمال صلاحیت دولت ایالات متحده در تعقیب و محاکمه جنایات جنگی نیروهای نظامی و کارکنان سازمان سیا چه جایگاهی دارد، در حالی که آن دولت از اعضای دیوان کیفری بین‌المللی نیست. دوم اینکه محدودیت در تحقیق و تعقیب جنایات جنگی ارتکاب‌یافته توسط نیروهای نظامی رده‌پایین و تنزل دادن این اعمال در حد تخلفات انتظامی و مستثنا کردن کارکنان سازمان سیا نیز جلوه‌ای از بی‌توجهی به الزامات ناشی از اصل صلاحیت تکمیلی در دیوان کیفری بین‌المللی است. منصرف از اینکه سیاست دولت اوباما در ایالات متحده، این نظریه را تقویت هم کرده است. دولت اوباما فرمان اختتام تحقیقات کیفری در زمینه جنایات جنگی در وضعیت افغانستان را صادر کرد. بر این اساس، تعقیب متهمان دخیل در برنامه بازداشت مخفی و بازجویی‌های خشونت‌آمیز در دولت بوش ممنوع می‌باشد (Paust, 2010: 160-162).

این در حالی است که به عنوان نمونه، دستورالعمل‌نهایی بازجویی از بازداشتی‌ها در گوانتانامو<sup>۱</sup> بدون توجه به ممنوعیت‌های مقرر در کنوانسیون‌های ژنو از سوی دونالد رامسفلد<sup>۲</sup> و بر اساس نتایج عملکرد گروه کاری تحت نظارت وزارت دادگستری و وزارت دفاع آمریکا بوده است (Greenberg & Dratel, 2005: 360). این وضعیت به تعبیر برخی، توجهات غیر قابل پذیرش برای نقض حداقل‌های بنیادین حقوق بشری و

1. Guantanamo.  
2. Donald Rumsfeld.

بشردوستانه اسرای جنگ بود (شریفی طرازکوهی و فتح‌پور، ۱۳۹۶: ۲۲۹). لذا این شرایط به معنای نادیده انگاشتن مسئولیت فرماندهانی است که نقش اصلی را در وقوع جنایات جنگی در وضعیت افغانستان ایفا کرده‌اند. این اقدامات جلوه‌ای از نخواستن تحقیق در زمینه جنایات بین‌المللی در صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی و تعقیب عوامل اصلی آن‌ها و در نهایت از موجبات قابلیت پذیرش وضعیت افغانستان بر اساس ماده ۱۷ اساسنامه در دیوان کیفری بین‌المللی است. بررسی ابعاد مختلف این نظریه اعم از فرمان اجرایی اواما در ارتباط با ممنوعیت تعقیب جنایات جنگی نیروهای نظامی و کارکنان سازمان سیای آمریکا تا فقدان موانع قانونی اعمال صلاحیت تکمیلی و بی‌تأثیر بودن کارشکنی‌های ایالات متحده، واجد اهمیت است.

در این نوشتار تلاش می‌شود تا با رویکرد توصیفی تحلیلی به یک سؤال مرتبط در این زمینه پاسخ داده شود. تأثیر اقدامات و مانع‌تراشی‌های دولت ایالات متحده بر اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی در وضعیت افغانستان چیست؟ پاسخ به این سؤال ابتدا مستلزم بررسی رویکرد ایالات متحده نسبت به کنوانسیون ژنو و فرمان اجرایی اواما است. سپس بررسی ابعاد اقدامات دولت آمریکا پس از تقاضای دادستان بر صدور مجوز شروع تحقیقات ضرورت دارد تا اینکه در نهایت دستاوردهای تطبیقی آن به علاقه‌مندان حقوق بین‌الملل کیفری و رویه دیوان کیفری بین‌المللی در وضعیت افغانستان ارائه شود.

## ۱. رویکرد ایالات متحده نسبت به کنوانسیون ژنو و فرمان اجرایی اواما

رئیس‌جمهور بوش در سال ۲۰۰۲ اعلام کرد که دولت ایالات متحده، اصول مقرر در کنوانسیون سوم ژنو را نسبت به اعضای دستگیرشده از طالبان اعمال خواهد کرد، لیکن هیچ یک از آن‌ها را به عنوان اسیر جنگی نمی‌شناسد؛ چرا که آن‌ها از منظر دولت ایالات متحده از شرایط نیروهای مسلح به نحو مقرر در کنوانسیون ژنو برخوردار نیستند (صلاحی، ۱۳۹۲: ۱۲۱). لذا دولت ایالت متحده بر این باور است که اعضای دستگیرشده از طالبان مشمول مقررات کنوانسیون‌های ژنو نیستند، با وجود این، با آن‌ها رفتار انسانی می‌شود (President George W. Bush: 2002). این وضعیت، بازتفسیر جدیدی از مقررات کنوانسیون‌های ژنو برای اهداف اجرایی است که برای اسرای گرفته‌شده از نیروهای القاعده



وجود ندارد. مجوز اعمال شگردهای بازجویی شدید از بازداشتی‌های القاعده بر این نظریه متکی است. استعلام سازمان سیا از واحد مشاوره حقوقی وزارت دادگستری ایالات متحده راجع به حدود مجاز اعمال شگردهای بازجویی (Schlesinger et al., 2004: 6-7)، مؤید این برداشت است. چنان که در پاسخ به این استعلام اذعان شده است که شکنجه بازداشتی‌های القاعده در خارج از کشور موجه است و ذیل مفهوم جنگ با تروریسم از شمول مقررات بین‌المللی علیه شکنجه خارج است؛ چرا که اصل دفاع از خود و اصل ضرورت، مبنای توجیه آن و نفی مسئولیت کیفری مرتکبان شکنجه بازداشتی‌های القاعده است (1: Bybee, 2002). این رویه در گروه کاری تشکیل شده و تحت نظارت دونالد رامسفلد وزیر دفاع نیز در همان زمان تأیید شده است (Department of Defense, 2003)، هرچند که تجویز آن در گروه کاری نیز در نهایت مستند به اظهار نظر رئیس‌جمهور در ارتباط با کاربرد کنوانسیون‌های ژنو نسبت به القاعده و طالبان و استعلام از واحد مشاوره حقوقی وزارت دادگستری بوده است.

از این دستورالعمل نه تنها نسبت به بازداشتی‌های در زندان گواتانامو، بلکه نسبت به سایر بازداشتی‌های افغانستان از نیروهای طالبان و القاعده استفاده شده است. با این تفاوت که در مرحله اول برای اجرا نسبت به بازداشتی‌های گواتانامو با حساسیت‌هایی توأم بوده است؛ اما در مرحله دوم برای اجرا نسبت به بازداشتی‌های افغانستان چنین حساسیتی دیگر وجود نداشته است. بر این اساس، مسئولیت کیفری عوامل بازجویی از رزمندگان غیر قانونی منتفی است و به طریق اولی، مسئولان ارشد در سطح وزارت خانه‌های دفاع و دادگستری نیز در تبعیت از دستورات رئیس‌جمهور ایالات متحده عمل کرده‌اند. هرچند که رویکرد دولت ایالات متحده پس از انتشار عکس‌های شکنجه بازداشتی‌ها در گواتانامو به ظاهر تعدیل شد، لیکن همچنان اصل مسئولیت کیفری بازجویی کارکنان سازمان سیا از غیر اتباع آمریکایی در خارج از قلمرو سرزمینی منتفی بود. کارکنان سازمان سیا از این منظر با هیچ ممنوعیتی مواجه نبودند (Lichtblau, 2005: A17). چنان که همین رویکرد باعث شد که سازمان سیا بازداشتی‌ها افغانستان را در اماکن نامعلوم نگهداری کند یا اینکه آن‌ها را به بازداشتگاه‌های مختلف در سایر کشورها از جمله مصر و سوریه بفرستد (1: Jehl & Johnston, 2005) و هیچ اطلاع‌رسانی به خانواده‌های

آن‌ها صورت نمی‌گرفت و ارتباط آن‌ها با کمیته بین‌المللی صلیب سرخ یا سایر نهادهای حقوق بشری میسر نبود تا اینکه از این طریق از حقوق قانونی محروم باشند (Human Rights Watch, 2004<sup>A</sup>: 1). این وضعیت به تقاضای جورج تننت<sup>۱</sup> رئیس سازمان سیا و تأیید دونالد رامسفلد بوده است (Human Rights Watch, 2005: 39). بر این اساس، چارچوب شکنجه بازداشتی‌های القاعده به تمام بازداشتی‌های مخاصمات افغانستان اعم از نظامیان و غیر نظامیان تسری داده شده بود؛ حال آنکه افرادی که در فرض دستگیری مشمول حمایت‌های مقرر در کنوانسیون‌های ژنو نیستند، از حمایت‌های اساسی مقرر در ماده ۷۵ پروتکل اول کنوانسیون‌های ژنو برخوردارند. مقررات ماده ۷۵ پروتکل اول، دیرزمانی است که از جمله مقررات حقوق بین‌الملل عرفی است. بازداشتی‌ها بر اساس ماده ۱۲۶ کنوانسیون سوم ژنو (در ارتباط با اسرای جنگ) و در ماده ۱۴۳ کنوانسیون چهارم ژنو (در ارتباط با غیر نظامیان بازداشت‌شده)، مشمول دسترسی کمیته بین‌المللی صلیب سرخ هستند. کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در این موارد، حق بازدید از اسرای بازداشتی و محل نگهداری آن‌ها را دارد. این بازدید فقط به دلیل ضرورت نظامی و در شرایط استثنایی و برای مدت محدود ناممکن است (Human Rights Watch, 2004<sup>B</sup>). بالاتر اینکه بر این اساس، کشتار، شکنجه از هر نوع روحی یا جسمی، تیبیه بدنی و رفتارهای ناقض کرامت انسانی و خوارکننده حتی با اسرای القاعده ممنوع است.

بر این اساس بود که فرمان اجرایی رئیس‌جمهور اوپاما در سال ۲۰۰۹ در ارتباط با جنایات جنگی نیروهای نظامی و کارکنان سازمان سیا در افغانستان با دو محور صادر شد: محور اول اینکه رفتار نیروهای نظامی و کارکنان سیا با ارتکاب شکنجه اسرای جنگی در پایگاه هوایی بگرام<sup>۲</sup> جلوه‌ای از جنایات جنگی است و مورد تأیید دولت ایالات متحده نیست. در این فرمان اجرایی تأکید شد که دولت ایالات متحده باید به تعهدات بین‌المللی خود در کنوانسیون‌های ژنو و رفتار انسانی با اسرای جنگی در بازداشتگاه‌های ایالات متحده و تبعیت از قوانین داخلی ملزم باشد. لذا تمام دستورات سازمان سیا از ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ تا ۲۰ ژانویه ۲۰۰۹ در ارتباط با بازداشت یا بازجویی از

1. George Tenet.

2. Bagram.

اسرای جنگی در وضعیت افغانستان در تعارض با این فرمان لغو هستند. از وزرا و رؤسای تمام سازمان‌ها خواسته شد تا اقدامات لازم را برای کنترل دستورات، رهنمودها و مقررات زیرمجموعه‌های خود به عمل آورند که خارج از چارچوب این فرمان اجرایی نباشد. ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو در این فرمان اجرایی به عنوان استاندارد و مبنای حداقلی مورد تأیید برای بازجویی از اشخاص در بازداشت یا کنترل ایالات متحده در مخاصمات مسلحانه معرفی شد. لذا به موجب این فرمان اجرایی، تمام تجهیزات مورد استفاده در بازداشتگاه‌های سازمان سیا جمع‌آوری شدند و اجازه استفاده مجدد از آن‌ها ممنوع شد. علاوه بر این، مجوز بازرسی و دسترسی صلیب سرخ جهانی به بازداشتگاه‌های سازمان سیا و ارتباط با اسرای جنگی در این بازداشتگاه‌ها میسر شد و مقرر شد تا با کلیه اسرای جنگی در این بازداشتگاه‌ها به موجب مقررات و سیاست‌های وزارت دفاع رفتار شود (The White House, 2009: Sec. 4(a) and (b)). این وضعیت از منظر برخی به معنای بازتعریف تمایز رزمنده از تروریست ارزیابی شد که در طول اسارت باید با آن‌ها متفاوت رفتار شود (Elsa & Garcia, 2010: 3).

محور دوم این فرمان اجرایی بر لزوم تعقیب عوامل شکنجه و کشتار اسرای جنگی بود. اما تعداد کمی از عوامل مستقیم شکنجه و بازجویی‌های منتهی به مرگ اسرای جنگی، در دادگاه‌های نظامی ایالات متحده برای احراز تخلفات انتظامی تحت تعقیب قرار گرفتند که این افراد عمدتاً از سربازان بودند. لیکن محاکمه سربازان در محاکم داخلی برای جلوگیری از اعمال صلاحیت تکمیلی دیوان کیفری بین‌المللی کفایت نمی‌کند، در جایی که ضابطه «همان فرد، همان رفتار»<sup>۱</sup> مانع از آن است. معیار «همان فرد، همان رفتار»، یکی از ضابطه‌های مدنظر دیوان کیفری بین‌المللی در سال‌های اخیر برای احراز صلاحیت تکمیلی خود است؛ به این معنا که تعقیب دیگران به جای متهمان اصلی یا تعقیب جرم کم‌اهمیت از متهمان به جای جنایات شدید آن‌ها در سطح محاکم کیفری داخلی کفایت نمی‌کند. دولت ایالات متحده در وضعیت افغانستان با محاکمه سربازان به جای افسران عالی‌رتبه، در صدد عبور از اعمال صلاحیت تکمیلی دیوان

1. Same Person, Same Conduct.

کیفری بین‌المللی است. منصرف از اینکه همین متهمان (سربازان) هم با استدلال‌های نه‌چندان حقوقی یا سهل‌انگاری‌های غیر معمول در تحقیقات کیفری، با کمترین تنبیهات اداری مواجه شدند. از جمله این استدلال‌ها در ارتباط با تحقیقات از آن‌ها این بود که متهمان در انجام بازجویی از اسرای جنگی سوءنیت نداشته‌اند یا اینکه فرد مورد بازجویی از خود سرسختی نشان داده است. بر این اساس، تحقیقات کیفری با سهل‌انگاری یا کاستی انجام شدند؛ از جمله اینکه تحقیقات کیفری در موضوعات مشخص بیش از دو سال به طول انجامید، شهادت شهود اخذ نشد، برخی از مستندات اثبات جرم مفقود شدند یا به طور کلی نادیده گرفته شدند. این وضعیت ارفاقی و سهل‌گیرانه به طریق اولی برای افسران میانی و ارشد نیز رخ داد. افسران میانی کسانی بودند که بلافاصله بعد از کشته شدن اسرای جنگی در بازداشتگاه بگرام در نتیجه شکنجه‌های شدید بر روی آن‌ها مطلع شده بودند، ولی از تعلیق متهمان از خدمت و گزارش عملکرد آن‌ها به مقامات ارشد خودداری کرده بودند (Golden, 2005: 1) یا مقامات ارشد از آن‌ها این طور خواسته‌اند. چنان که وزارت دادگستری ایالات متحده در ارتباط با جنایات ادعایی ارتکاب‌یافته توسط کارکنان سازمان سیا در بازجویی‌های به عمل آمده از بازداشت‌شدگان درگیری‌های افغانستان دستور داد که موارد بازجویی صورت گرفته توأم با حسن نیت در چارچوب دستورالعمل دفتر مشاور حقوقی (US Department of Justice, 2011: 5961) تحت تعقیب قرار نگیرند. بر این اساس، مستندات زیادی وجود ندارد که حاکی از تعقیب کسانی باشد که از چارچوب این دستورالعمل منحرف شده‌اند؛ مثلاً اینکه آن‌ها از شگردهای غیر مجاز در بازجویی‌ها استفاده کرده باشند یا اینکه از شگردهای مجاز به نحوی از حیث شکلی یا زمانی استفاده کرده باشند که در این دستورالعمل مجاز نیستند. معلوم نیست که روش‌های استاندارد بازجویی از سوی بازجویان نادیده گرفته شده باشند. این وضعیت بر خلاف معیار همان فرد همان رفتار، در رویه قضایی دیوان کیفری بین‌المللی و از موجبات اعمال صلاحیت تکمیلی آن است، ولو اینکه محاکم داخلی دولت متبوع به زعم خود محاکماتی را انجام داده باشد.

راجع به اطلاعات مرتبط با وزارت دفاع ایالات متحده، دادستان دیوان کیفری بین‌المللی نیز هنوز اطلاعات دقیقی از مقامات رسمی دولت ایالات متحده در ارتباط با

سوءاستفاده احتمالی کارکنان سازمان سیا یا نیروهای مسلح از بازداشت‌شدگان ادعایی فراتر از آنچه در سطح عمومی وجود دارد، کسب نکرده است. لذا یافته‌های دادستان دیوان کیفری بین‌المللی در طرح و تحقیق و تعقیب جنایات نیروهای نظامی و کارکنان سازمان سیا، هنوز متکی بر اطلاعات عمومی از سایر منابع است. با وجود این، دولت ایالات متحده مدعی است که تحقیقات زیادی در ارتباط با سوءاستفاده نیروهای مسلح از بازداشت‌شدگان به عمل آورده است. به موازات آن، تحقیقات دیگری در ارتباط با عملیات‌های منتهی به بازداشت غیر نظامیان و برنامه‌های بازجویی از بازداشت‌شدگان و سوءاستفاده‌های احتمالی از آن‌ها توسط وزارت دفاع ایالات متحده صورت گرفته است (ICC, 2017: 297-301). برخی از این تحقیقات نشان می‌دهد که تشریفات قانونی بازجویی از بازداشت‌شدگان نقض شده است؛ از جمله اینکه رفتارهای خشن و کشنده با آن‌ها شده است (Office of the Inspector General of the Department of Defense, 2006: 1431). اما حاضر به ارائه آن‌ها به سازمان‌های بین‌المللی حقوق بشری یا دادستان دیوان کیفری بین‌المللی نشده‌اند. هرچند که اطلاعات کمی در این زمینه در سطح عمومی وجود دارد، لیکن قدر متیقن اینکه سوءرفتارهای ادعایی ارتکاب‌یافته توسط نیروهای مسلح ایالات متحده علیه بازداشت‌شدگان صورت گرفته است. با وجود این، تحقیقات و تعقیب قضایی آن‌ها محدود به عوامل اجرایی فرمانبر یا مقامات مافوق بلافصل آن‌ها بوده است که مؤثر در قضیه و جلوگیری از اعمال صلاحیت تکمیلی دیوان کیفری بین‌المللی نیست؛ چرا که مسئولیت کیفری مقامات رده‌بالای نیروهای مسلح ایالات متحده همچنان محفوظ است که اجرای شگردهای بازجویی بر روی بازداشت‌شدگان به تقاضای آن‌ها بوده است.

مقامات رده‌بالای نیروهای مسلح ایالات متحده در مقام فرماندهی، سیاست‌های قابل اعمال بر بازداشت‌شدگان را وضع و برای اجرا ابلاغ کرده‌اند. هرچند که از منظر برخی، تحقیق و تعقیب کیفری افسران رده‌بالا به دلیل احراز نشدن سلسله‌مراتب فرماندهی آن‌ها در محاکم داخلی ایالات متحده با مانع مواجه شده است (Burke-White, 2020: 1)، اما اگر فرماندهان ارشد دستور و مجوز شکنجه و کشتار غیر نظامیان را صادر نکرده بودند، زیردستان جرئت چنین اقداماتی را نداشتند. گرچه ممکن است در برخی موارد نیز امکان انجام فعالیت‌های مجرمانه رأساً از سوی زیردستان وجود داشته باشد، لیکن

امکان اقدامات خودسرانه توسط زبردستان حسب شرایط، چنین گسترده نخواهد بود. لذا دولت ایالات متحده ناگزیر است که تحقیق و تعقیب در زمینه مسئولیت کیفری فرماندهان ارشد را به خاطر دستور ارتکاب جنایات جنگی در افغانستان انجام دهد تا دیوان کیفری بین‌المللی را از اعمال صلاحیت تکمیلی در وضعیت افغانستان بازدارد. مسئولیت کیفری فرماندهان در پایگاه هوایی بگرام برای تجویز شگردهای شکنجه و بازجویی از اسرای جنگی، در هیچ یک از گزارش‌های تحقیقات کیفری در این زمینه آورده نشده است؛ چنان که دادستان دیوان کیفری بین‌المللی نیز به این مسئله در تقاضای صدور مجوز تحقیقات مقدماتی در وضعیت افغانستان از شعبه پیش‌دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی اذعان دارد. او تأکید می‌کند که هیچ مستندی حاکی از انجام تحقیقات کیفری در سطح ملی درباره کسانی که دستور یا مجوز اجرای شگردهای بازجویی از اسرای جنگی را صادر کرده‌اند، وجود ندارد. دادستان دیوان کیفری بین‌المللی به این نتیجه رسیده است که تحقیق و تعقیب موضوع در محاکم داخلی ایالات متحده، در حد ارائه آمار و فاقد مستندات است (ICC, 2019: 78)؛ منصرف از اینکه همین آمارها هم فقط نسبت به عوامل مستقیم شکنجه یا مافوق بلافصل آن است. البته این وضعیت، مصداقی از رفتار معمول دولت‌ها در تاریخ حقوق بین‌الملل معاصر است که همیشه صلح و امنیت را بر مدار منافع و مصالح خود تفسیر می‌کنند (فضائلی و کرمی، ۱۳۹۹: ۵۱)، لیکن این شرایط در حقوق بین‌الملل کیفری مقبولیت ندارد.

آمارهای دولت ایالات متحده شامل فرماندهان اصلی نیست که مجوز چنین شکنجه‌های مرگبار و استفاده از شگردهای بازجویی از اسرای جنگی افغانستان را صادر کرده‌اند. مسئولیت مقامات ارشد ایالات متحده در ارتباط با شکنجه بازداشتی‌ها از سوی دیده‌بان حقوق بشر در همان زمان به رئیس‌جمهور نیز گوشزد شد (Human Rights Watch, 2002). لذا از این حیث، مقامات ارشد از رفتارهای مقامات پایین‌رتبه مطلع بودند و برای جلوگیری از رفتارهای غیر قانونی آن‌ها باید اقدامات فوری و لازم را انجام می‌دادند؛ ولی انجام ندادند. لذا آن‌ها ذیل مفهوم مسئولیت فرماندهی در حقوق بین‌الملل کیفری، دارای مسئولیت کیفری هستند. بسیاری از این سوءاستفاده‌ها منجر به مرگ بازداشتی‌ها شد؛ چنان که بعدها گزارش تحقیقات کیفری نظامی نشان

داد که با ۱۳۰ نیروهای نظامی به خاطر سوءاستفاده از اسرای جنگ برخورد شده است (Solis, 2009: 234). لیکن این مجازات‌ها اداری و از نوع توبیخ، تنزل رتبه یا اخراج از ارتش بودند، در حالی که محاکمات قضایی برای آن‌ها در دادگاه نظامی ضروری بود؛ منصرف از اینکه سرنوشت تعقیب قضایی برخی عوامل، منتهی به تبرئه و اختتام پرونده یا نامعلوم اعلام شده است (Jehl & Schmitt, 2005). لذا تا سال ۲۰۰۵، هیچ یک از افسران یا کارکنان سازمان سیا به خاطر سوءرفتار، شکنجه یا کشتار بازداشتی‌ها در نتیجه بازجویی‌های مرگبار از آنان در بازداشتگاه‌های مخفی یا در سایر کشورها، تحت تعقیب یا محکومیت قرار نگرفتند، به جز یک مورد از پیمانکاران سازمان سیا که به خاطر قتل تحت تعقیب و محکومیت فرار گرفت (Human Rights Watch, 2005: 27). این وضعیت در سال‌های بعد نیز ادامه داشت تا اینکه در سال ۲۰۰۹، تعقیب عوامل این جنایات به‌طور کلی ممنوع اعلام شد. بنابراین چنین گزارش‌های حداقلی و در سطح محاکمات صوری سربازان از سوی مقامات ایالات متحده برای جلوگیری از اعمال صلاحیت تکمیلی دیوان کیفری بین‌المللی کافی نیستند.

بر اساس آموزه‌های حقوق بین‌الملل کیفری، فرمانده و مافوق به خاطر دستور، تحریک، تشویق، مساعدت و همکاری در ارتکاب جرم، دارای مسئولیت کیفری است (ر.ک: ماده ۲۵ اساسنامه). از این حیث، رامسفلد وزیر دفاع، برای جنایات جنگی و شکنجه ارتکاب‌یافته توسط نیروهای نظامی ایالات متحده در افغانستان، ذیل اصل مسئولیت فرماندهی، دارای مسئولیت کیفری است. وزیر دفاع ایالات متحده با نادیده گرفتن الزامات ناشی از کنوانسیون‌های ژنو، شرایط را برای ارتکاب جنایات جنگی و شکنجه توسط نیروهای نظامی فراهم کرده است. تأیید شگردهای بازجویی (Phifer, 2002: 1) و عدم برقراری ارتباط کمیته بین‌المللی صلیب سرخ با بازداشتی‌ها از سوی وزیر دفاع، منجر به نقض مقررات کنوانسیون‌های ژنو و کنوانسیون علیه شکنجه شده است. بر این اساس، بازجویی‌های مرگبار جلوه‌ای از جنایات جنگی بوده‌اند که نسبت به اسرای جنگی صورت گرفته‌اند؛ هرچند که آن‌ها واجد شرایط اسیر جنگی نبوده باشند. نگرانی‌ها و گزارش‌های زیادی دال بر وقوع جنایات جنگی و شکنجه از همان روزهای ابتدایی شروع مخاصمات مسلحانه ایالات متحده در افغانستان، از سوی مقامات دولت

افغانستان، کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، دیده‌بان حقوق بشر و رسانه‌های جمعی ابراز و منتشر شده است (Matthews, 2004; Slevin & Wright, 2004: A12). از آن زمان به بعد، هیچ دلیل و مستندی وجود ندارد که حاکی از اقدامات لازم و متناسب وزیر دفاع برای توقف شکنجه و سوءرفتار با اسرای جنگی یا جلوگیری از وقوع جنایات جنگی نیروهای نظامی ایالات متحده بوده باشد. بلکه برعکس، رامسفلد در دولت بوش، نقش اصلی را در نادیده گرفتن سازوکارهای مقتضی در حمایت از بازداشتی‌های مخاصمات مسلحانه ایالات متحده در افغانستان تحت پوشش جنگ با ترور<sup>۱</sup> بر عهده داشته است. جعل عنوان «رزمندگان غیر قانونی» برای جلوگیری از برخورداری بازداشتی‌های مخاصمات افغانستان از امتیازات اسیر جنگی، از ابتکارات رامسفلد بوده است. عدم برخورداری رزمندگان غیر قانونی از حقوق مقرر در کنوانسیون ژنو، از موضع‌گیری‌های رامسفلد بوده است (Seelye, 2002: A7). رامسفلد معتقد بود که اسرای بازداشت‌شده در مخاصمات افغانستان از رزمندگان دشمن هستند که موضوع کنوانسیون‌های ژنو نیستند (Jehl & Elliott, 2004: A1). این در حالی است که تمام اسرای بازداشت‌شده در طول مخاصمات مسلحانه، از امتیازات مقرر در کنوانسیون‌های ژنو برخوردارند؛ حتی آن‌هایی که دارای وضعیت اسیر جنگی نیستند.

## ۲. اقدامات دولت آمریکا پس از تقاضای دادستان بر صدور مجوز

### شروع تحقیقات

جان بولتون<sup>۲</sup> مشاور امنیت ملی ایالات متحده<sup>۳</sup> در سپتامبر ۲۰۱۸، دیوان کیفری بین‌المللی را به خاطر تحقیقات مقدماتی دادستان آن در جنایات متناسب به نیروهای دولت ایالات متحده، به تحریم‌های مختلف شامل ممنوعیت سفر، توقیف دارایی‌ها و تعقیب مقامات رسمی تهدید کرد. جان بولتون ضمن اعلام نامشروع بودن دیوان کیفری بین‌المللی، تحقیقات کیفری آن در وضعیت جنایات جنگی در افغانستان را بی‌اساس و

1. War on Terror.

2. John Bolton.

3. US National Security Advisor.



فاقد توجه برشمرد. بر این اساس، اگر دیوان کیفری بین‌المللی به تحقیقات در جنایات جنگی ادعایی توسط نیروهای نظامی و کارکنان سازمان سیا در طول مداخلات در افغانستان پردازد، با تحریم‌های ایالات متحده شامل ممنوعیت سفر و توقیف دارایی‌ها و حتی تعقیب مقامات رسمی دیوان کیفری بین‌المللی مواجه می‌شود. از این حیث، قضات و دادستان دیوان کیفری بین‌المللی از سفر به ایالات متحده منع می‌شوند، از تخصیص بودجه دولت‌ها به دیوان کیفری بین‌المللی جلوگیری می‌شود و در صورت لزوم، قضات و دادستان دیوان کیفری بین‌المللی در محاکم کیفری ایالات متحده تعقیب می‌شوند. این موضع‌گیری جان بولتون باعث شد که شفر<sup>۱</sup> نیز اذعان کند<sup>۲</sup> این اظهارات باعث انزوای ایالات متحده می‌شود (Bowcott, Holmes & Durkin, 2018: 1). با وجود این، تهدید جان بولتون نسبت به مقامات دیوان کیفری بین‌المللی دیری نپایید که در عمل نیز عینیت یافت؛ زمانی که مایکل پمپئو<sup>۳</sup> وزیر امور خارجه ایالات متحده، ممنوعیت صدور ویزا برای تحقیق‌کنندگان دیوان کیفری بین‌المللی را در مارس ۲۰۱۹ رسماً علنی کرد (Wroughton, 2019: 1). لغو ویزای دادستان برای سفر به آمریکا نیز در راستای عینیت بخشیدن به تهدید مذکور بود.

مایکل پمپئو ممنوعیت صدور ویزا برای مقامات تحقیقات کیفری را یکی از اقدامات ابتدایی در واکنش به تحقیقات دیوان کیفری بین‌المللی در وضعیت نیروهای نظامی ایالات متحده در افغانستان اعلام کرد. وی افزود چنانچه دیوان کیفری بین‌المللی تغییر موضع ندهد، باید منتظر تحریم‌های اقتصادی هم باشد (Human Rights Watch, 2019: 1; See also: Tisdall, 2018: 1).

1. Scheffer.

۲. شفر، فردی است که نمایندگی دولت آمریکا را در مذاکرات اساسنامه رم در سال ۱۹۹۸ بر عهده داشت. البته این به معنای موافقت ایالات متحده در فرایند تصویب اساسنامه نیست. چنان که ایالات متحده از ابتدای شکل‌گیری ایده تأسیس یک نهاد قضایی کیفری بین‌المللی، نسبت به تحقق این امر بدبین بود و آن را تهدیدی برای منافع راهبردی خود قلمداد می‌کرد (موسی‌زاده و گلریز، ۱۳۹۲: ۲۹۵)؛ هرچند که برخی قائل به این نظریه نیستند و آن را رد می‌کنند و بر این باورند که ایالات متحده تا قبل از تصویب اساسنامه رم، موافق تأسیس چنین محکمه‌ای بود، لیکن بعد از تصویب اساسنامه آن، سیاست تقابل را در پیش گرفت (ممتاز و اکبری، ۱۳۹۵: ۳۰).

3. Michael Pompeo.

زمانی بود که شعبه پیش دادرسی در حال بررسی تقاضای دادستان برای شروع تحقیقات در وضعیت افغانستان بود. مقامات دولت ایالات متحده در صدد رساندن پیام به قضات شعبه پیش دادرسی بودند تا با در نظر گرفتن این واقعیات نسبت به تقاضای دادستان تصمیم‌گیری کند. قدر متیقن، تهدید دولت ایالات متحده در آن مقطع زمانی مؤثر بود و منجر به شکست دادستان در کسب مجوز از شعبه پیش دادرسی برای شروع تحقیقات کیفری در وضعیت افغانستان شد. لیکن طولی نکشید که دادستان پس از اعتراض به تصمیم شعبه پیش دادرسی توانست نظر مثبت شعبه تجدیدنظر را برای کسب مجوز شروع تحقیقات مقدماتی جلب کند. پس از اینکه شعبه پیش دادرسی، تقاضای دادستان را با اتکاء به فقدان احراز شرایط منافع عدالت<sup>۱</sup> رد می‌کند، اعتراض دادستان به آن در شعبه تجدیدنظر مؤثر واقع می‌شود (ICC, 2020: 1). البته واکنش شعبه پیش دادرسی به محض تهدیدات دولت ایالات متحده قابل انتظار بود. لذا برخی در همان زمان ادعا کردند که دولت ایالات متحده با لغو ویزای دادستان دیوان کیفری بین‌المللی، پیام اشتباهی را ارسال کرده است (American Bar Association, 2019)؛ چرا که دولت ایالات متحده نسبت به تعقیب عدالت بین‌المللی و اصل پاسخگویی به دیوان کیفری بین‌المللی متعهد است. با وجود این، هیچ بعید نیست که این وضعیت با شروع تحقیقات مقدماتی دادستان تشدید شود؛ چنان که مایکل پمپئو در مورخ ۱۱ ژوئن سال ۲۰۲۰ اعلام کرد:

«ما نمی‌توانیم تحمل کنیم که مردم ما از سوی یک دادگاه پوشالی<sup>۲</sup> تهدید شوند» (Holland, Pamuk & Mohammed, 2020: 1).

این وضعیت بعد از تأیید تقاضای دادستان در شعبه تجدیدنظر برای شروع تحقیقات مقدماتی در وضعیت افغانستان بوده است. لذا دولت ایالات متحده برخی تحریم‌های اقتصادی و مسافرتی را برای هر مقام رسمی دیوان کیفری بین‌المللی دخیل در تحقیقات مقدماتی علیه نیروهای نظامی و کارکنان سازمان سیای ایالات متحده در مخاصمات افغانستان وضع و اعلام می‌کند. تحریم‌های جدید ایالات متحده در پاسخ به موفقیت دادستان و برای ایجاد خلل در مسیر تحقیقات کیفری در جنایات ادعایی نیروهای نظامی

۱. برای آگاهی بیشتر ر.ک: سلیمی، ۱۴۰۰: ۸۳ به بعد.

2. Kangaroo court.

ایالات متحده در وضعیت افغانستان است. بنابراین برخی از دولتمردان سابق ایالات متحده، از این رویکرد دولت ترامپ<sup>۱</sup> انتقاد کردند و آن را از موضع ضعف ارزیابی کردند (Buchwald et al., 2020). لیکن رئیس‌جمهور ترامپ بدون توجه به این انتقادات، در ژوئن ۲۰۲۰ با صدور فرمان اجرایی اعلام کرد که تحقیقات دیوان کیفری بین‌المللی در ارتباط با رفتارهای ایالات متحده و هم‌پیمانان آن در وضعیت افغانستان، تهدیدی بر امنیت ملی است و لذا آن را از موارد اضطرار ملی<sup>۲</sup> اعلام می‌کند (US President, 2020). اما این رویکرد دولت ترامپ در سال ۲۰۲۰ مسبق به سابقه است و در دولت‌های سابق ایالات متحده ردّ پا دارد. کنگره ایالات متحده سابق بر این، قانون «حمایت از نیروهای نظامی آمریکا»<sup>۳</sup> را تصویب کرده است که به موجب آن، نیروهای نظامی ایالات متحده از صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی مستثنا شناخته شده‌اند. از این قانون به «قانون تعرض لاهه»<sup>۴</sup> تعبیر شده است.

رئیس‌جمهور ایالات متحده به موجب قانون تعرض لاهه اجازه دارد که اقدامات لازم را برای جلوگیری از بازداشت یا تحویل شهروندان ایالات متحده به دیوان کیفری بین‌المللی انجام دهد یا از تمام سازوکارهای مناسب و لازم برای آزاد کردن اتباع و هم‌پیمانان ایالات متحده از بازداشت و زندان به دستور دیوان کیفری بین‌المللی استفاده کند و آن‌ها را آزاد کند. نیروهای ایالات متحده به موجب این قانون از هر نوع همکاری با دیوان کیفری بین‌المللی یا ارسال مدارک برای آن منع شده‌اند. این قانون همچنان معتبر است. بر اساس این قانون، دولت ایالات متحده از کمک نظامی یا مشارکت در مأموریت‌های حفظ صلح سازمان ملل متحد در کشورهایی که به عضویت دیوان کیفری بین‌المللی درآمده‌اند، منع شده است. شرکت ایالات متحده در مأموریت حفظ صلح، منوط به گرفتن مصونیت برای نیروهای ایالات متحده است. شرط اخیر در ارتباط با کمک‌رسانی نیروهای نظامی ایالات متحده به کشورهایی که از اعضای دیوان کیفری بین‌المللی هستند، دوچندان

- 
1. Trump.
  2. National emergency.
  3. American Service-Members Protection Act.
  4. The Hague Invasion Act.

واجد اهمیت است. بر این اساس، دولت ایالات متحده تلاش کرد تا برای مصون نگه داشتن شهروندان خود از تعقیب و بازداشت در دیوان کیفری بین‌المللی، اقدام به تنظیم موافقت‌نامه دوجانبه با سایر دولت‌ها بنماید. دولت ایالات متحده بیش از یکصد مورد موافقت‌نامه دوجانبه با دولت‌های عضو دیوان کیفری بین‌المللی امضا کرده است تا تحویل اتباع دولت ایالات متحده از طرف آن‌ها بر اساس تعهد مقرر در ماده ۹۸ اساسنامه، به دیوان کیفری بین‌المللی ناممکن شود (Groenleer, 2015: 930).

این اقدام دولت، برای مصون نگه داشتن نیروهای نظامی از تعقیب دیوان کیفری بین‌المللی و جلوه‌ای از نادیده گرفتن دیوان کیفری بین‌المللی (Kelley, 2008: 573) و عملکرد آن در تعقیب جنایات جنگیِ بلاتعقیب است. ایالات متحده علاوه بر این در صدد است تا تحقیقات مقدماتی دادستان در جنایات ادعایی نیروهای نظامی و کارکنان سازمان سیا در مخاصمات افغانستان را با تحریم‌های مسافرتی و اقتصادی خنثی کند. عملکرد دولت ایالات متحده موجب ناکارآمدی دادستان در پیشبرد تحقیقات علیه نیروهای نظامی ایالات متحده در دیوان کیفری بین‌المللی است. دادستان در این شرایط، ناگزیر از جمع‌آوری و اتکاء به دلایل کیفری از سایر منابع است. فشارهای دولت ایالات متحده، تأثیر منفی بر صحت دلایل جمع‌آوری شده توسط دادستان و احراز حقیقت جنایات جنگی ارتكابی توسط نیروهای نظامی ایالات متحده می‌گذارد؛ لیکن این دست کارشکنی‌ها در سایر پرونده‌های پیش روی دیوان کیفری بین‌المللی نیز مسبوق به سابقه است و دادستان برای عبور از آن‌ها دارای تجربه کافی است. در عین حال که تصویب قانون تعرض لاهه و موافقت‌نامه‌های مبتنی بر آن با سایر دولت‌های عضو بعد از شروع حملات ایالات متحده به افغانستان، خارج از چارچوب و سالب به انتفاع موضوع هستند. انگیزه اصلی دولت ایالات متحده از وضع و تصویب این قانون، ناشی از نگرانی‌های بوده است که نسبت به تعقیب اتباع خویش در دیوان کیفری بین‌المللی احساس می‌کرده است. با وجود این، فعالیت‌های اتباع دولت ایالات متحده در قلمرو سرزمینی دولت عضو دیوان کیفری بین‌المللی (افغانستان در اینجا)، مشمول صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی شناسایی شده است. عضویت دولت افغانستان، خلأ عدم عضویت دولت ایالات متحده در دیوان کیفری بین‌المللی را مرتفع

کرده است. دادستان دیوان کیفری بین‌المللی نیز حسب دلایل جمع‌آوری شده در وضعیت افغانستان توانسته است شعبه تجدیدنظر دیوان کیفری بین‌المللی را بر صدور مجوز شروع تحقیقات مقدماتی مجاب کند و تهدیدها و تحریم‌های ایالات متحده، خللی در اراده او ایجاد نکرده است.

## نتیجه‌گیری

دیوان کیفری بین‌المللی، واجد صلاحیت تعقیب و رسیدگی قضایی نسبت به جنایات جنگی است. این وضعیت با الزامات حقوق بشردوستانه نیز مرتبط است. حقوق بین‌الملل کیفری واجد سازوکارهایی محدود برای حمایت از معیارهای حقوق بشردوستانه است. لذا جنایات جنگی نیروهای نظامی و کارکنان سازمان سیای ایالات متحده در افغانستان پس از واقعه ۱۱ سپتامبر، از موضوعاتی است که تعقیب آن در صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی است. هرچند که دولت ایالات متحده در دیوان کیفری بین‌المللی عضویت ندارد، لیکن عضویت دولت افغانستان برای تعقیب جنایات جنگی ارتكابی نسبت به اتباع افغان و در قلمرو سرزمینی آن کفایت می‌کند. این وضعیت نه تنها بر اساس مقررات کنوانسیون‌های ژنو است که در ماده ۸ اساسنامه متجلی شده است، بلکه بر اساس معاهدات بین‌المللی علیه شکنجه و دیگر سوءرفتارها می‌باشد. رزمندگان دستگیرشده در مخاصمات مسلحانه افغانستان باید از مزایای وضعیت اسیر جنگی برخوردار باشند، مگر اینکه محکمه صالح در این ارتباط، قائل به فقدان شرایط برخوردار بودن آنها از وضعیت اسیر جنگی باشد. رزمندگان از گروه طالبان در فرض دستگیری از مزایای اسیر جنگی برخوردارند؛ چرا که آنها آشکارا با نیروهای مسلح دولت عضو کنوانسیون ژنو می‌جنگیدند. بر فرض که بازداشت‌شدگان از گروه القاعده مشمول وضعیت اسیر جنگی نیستند، لیکن آنها هم به موجب مقررات کنوانسیون‌های ژنو و حقوق بین‌الملل عرفی، مشمول حمایت‌های مقرر در مخاصمات مسلحانه هستند که برای تمام افراد خارج از شمول وضعیت اسیر جنگی در نظر گرفته شده است.

از این حیث، اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی در وضعیت افغانستان، با عضویت یا عدم عضویت دولت ایالات متحده مرتبط نیست. لیکن نشانه‌هایی در رفتار

دولت ایالات متحده وجود دارد که آن دولت قصد دارد در مراحل آتی تحقیق و تعقیب جنایات جنگی نیروهای نظامی و کارکنان سازمان سیا در دیوان کیفری بین‌المللی و برای جلوگیری از اعمال صلاحیت تکمیلی آن، به محاکمات داخلی استناد کند. یکی از موانع اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی، اقداماتی است که دولت دارای صلاحیت برای تعقیب یا محاکمه عوامل جنایت در سطح محاکم داخلی انجام می‌دهد. دولت ایالات متحده تحت فشار افکار عمومی و برای جلوگیری از اعمال صلاحیت تکمیلی دیوان کیفری بین‌المللی به این سازوکار متوسل شده است. سابقه این اقدامات به قبل از سال ۲۰۰۹ برمی‌گردد که با روی کار آمدن دولت اوباما متوقف شده است. با وجود این، تردیدی نیست که تحقیقات در حال انجام آن دولت، از استاندارد مقرر در ماده (b)(۱) ۱۷ اساسنامه تبعیت نکرده است و به مراتب کمتر از استانداردهای لازم برای غیر قابل پذیرش بودن وضعیت افغانستان در دیوان کیفری بین‌المللی است. این وضعیت در ارتباط با تحقیق یا تعقیب انجام شده بر اساس ماده (a)(۱) ۱۷ اساسنامه، به طریق اولی مفقود است. هرچند که دولت ایالات متحده هنوز بدان ورود و دفاع در ایراد به صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی از این رهگذر نکرده است، لیکن عدم ورود دولت ایالات متحده بدان مسئله، ناشی از موضع حداکثری آن دولت در نفی صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی از اساس است. دولت ایالات متحده خود را برتر از آن تلقی کرده است که نماینده‌اش در دیوان کیفری بین‌المللی حاضر شود و به طرح ایرادات قانونی بپردازد. لذا این رویکرد ایالات متحده در صورت اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی و پیش رفتن مراحل تحقیق و تعقیب در وضعیت افغانستان، همچنان محتمل است. هرچند که دولت ایالات متحده قبل از آن مرحله هنوز به گزینه‌های دیگری متوسل شده است تا دیوان کیفری بین‌المللی را از رسیدگی به جنایات جنگی نیروهای نظامی و کارکنان سازمان سیا در وضعیت افغانستان بازدارد، اما عملکرد دادستان از سال ۲۰۱۷ و شعبه تجدیدنظر در سال ۲۰۲۰ در صدور مجوز شروع تحقیقات مقدماتی در وضعیت افغانستان نشان داده است که آن‌ها از این موانع عبور کرده‌اند و به تهدیدهای دولت ایالات متحده بی‌توجه هستند.

## کتاب‌شناسی

۱. خادمی، مهرداد، امیرهوشنگ میرکوشش، و احمد اشرفی، «تداوم نفوذ ناتو به رهبری آمریکا در افغانستان و تأثیر آن بر امنیت ملی ایران»، *فصلنامه علوم سیاسی*، سال چهاردهم، شماره ۴۷، تابستان ۱۳۹۸ ش.
۲. سلیمی، صادق، «مفهوم و مرجع احراز "منافع عدالت" در دیوان بین‌المللی کیفری در پرتو وضعیت افغانستان»، *پژوهشنامه حقوق کیفری*، سال دوازدهم، شماره ۱ (پیاپی ۲۳)، بهار و تابستان ۱۴۰۰ ش.
۳. شریفی طرازکوهی، حسین، و فاطمه فتح‌پور، «الزامات مقابله با تروریسم در پرتو روند انسانی شدن حقوق بین‌الملل»، *فصلنامه مطالعات حقوقی*، سال نهم، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۶ ش.
۴. صالحی، جواد، «ابعاد جرایم جنگی آمریکا در افغانستان و امکان‌سنجی تعقیب آن در دیوان بین‌المللی کیفری (با تأکید بر رویکردهای رسانه‌ای)»، *پژوهشنامه رسانه بین‌الملل*، سال پنجم، شماره ۵، بهار و تابستان ۱۳۹۹ ش.
۵. صلاحی، سهراب، «آمریکا و بازتعریف قواعد حقوقی در اعمال رفتارهای غیر انسانی نسبت به اسیران جنگی»، *فصلنامه مطالعات حقوقی*، سال پنجم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۲ ش.
۶. فضائلی، مصطفی، و موسی کرمی، «تحول تاریخی حقوق بین‌الملل توسل به زور تا شکل‌گیری نظام ملل متحد: بیم‌ها و امیدها»، *فصلنامه مطالعات دفاع مقدس*، سال ششم، شماره ۱ (پیاپی ۲۱)، بهار ۱۳۹۹ ش.
۷. ممتاز، جمشید، و مسعود اکبری، «آمریکا و دیوان کیفری بین‌المللی: سیاست‌آونگی، از تقابل تا تعامل»، *فصلنامه راهبرد*، سال بیست و پنجم، شماره ۷۸، بهار ۱۳۹۵ ش.
۸. موسی‌زاده، رضا، و هادی گلریز، «ایالات متحده آمریکا و دیوان کیفری بین‌المللی: دغدغه‌های حقوقی یا حفظ منافع ملی»، *فصلنامه سیاست خارجی*، سال بیست و هفتم، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۲ ش.
9. American Bar Association, "Statement of ABA President Bob Carlson Re: Restricting International Criminal Court officials' visas", 9 April 2019, Available at: <<https://www.americanbar.org/news/abanews/aba-news-archives/2019/04/statement-of-aba-president-bob-carlson-re--restricting-internati>>.
10. Bowcott, Owen & Oliver Holmes & Erin Durkin, "John Bolton threatens war crimes court with sanctions in virulent attack", *The Guardian*, 10 September 2018, Available at: <<https://www.theguardian.com/us-news/2018/sep/10/john-bolton-castigate-icc-washington-speech>>.
11. Buchwald, Todd, David M. Crane, Benjamin Ferencz, Stephen J. Rapp, David Scheffer & Clint Williamson, "Former Officials Challenge Pompeo's Threats to the International Criminal Court", 18 March 2020, Available at: <<https://www.justsecurity.org/69255/former-officials-challenge-pompeos-threats-to-the-international-criminal-court>>.
12. Burke-White, William, "The Trump administration misplayed the International Criminal Court and Americans may now face justice for crimes in Afghanistan", *Brookings*, 11 March 2020, Available at: <<https://www.brookings.edu/blog/order-from-chaos/2020/03/11/the-trump-administration-misplayed-the-international-criminal-court-and-americans-may-now-face-justice-for-crimes-in-afghanistan>>.

13. Bybee, Jay S., "Standards for Conduct of Interrogation under 18 U.S.C. Sections 2340-2340A", 1 August 2002, Available at: <<http://news.findlaw.com/wp/docs/doj/bybee80102mem.pdf>>.
14. Department of Defense, "Working Group Report on Detainee Interrogations in the Global War on Terrorism: Assessment of Legal, Historical, Policy, and Operational Considerations", 4 April 2003 (in: Greenberg, Karen J. & Joshua L. Dratel (Eds.), *The Torture Papers: The Road to Abu Ghraib*, University of Cambridge Press, 2005).
15. Elsea, Jennifer K. & Michael John Garcia, "Enemy Combatant Detainees: Habeas Corpus Challenges in Federal Court", *Congressional Research Service*, No. 7-5700, 3 February 2010.
16. Golden, Tim, "Army Faltered in Investigating Detainee Abuse", *The New York Times*, 22 May 2005, Available at: <<https://www.nytimes.com/2005/05/22/world/asia/army-faltered-in-investigating-detainee-abuse.html>>.
17. Greenberg, Karen J. & Joshua L. Dratel (Eds.), *The Torture Papers: The Road to Abu Ghraib*, University of Cambridge Press, 2005.
18. Groenleer, Martijn, "The United States, the European Union, and the International Criminal Court: Similar values, different interests?", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 13(4), October 2015.
19. Holland, Steve & Humeyra Pamuk & Arshad Mohammed, "Trump authorizes sanctions over ICC Afghanistan war crimes case", *Reuters*, 11 June 2020, Available at: <<https://www.reuters.com/article/us-warcrimes-afghanistan-trump-idUSKBN23I23A>>.
20. Human Rights Watch, "Getting Away with Torture?, Command Responsibility for the U.S. Abuse of Detainees", Vol. 17(1G), 2005.
21. Human Rights Watch, "Open Letter to President George W. Bush", 27 December 2002, Available at: <[https://www.hrw.org/english/docs/2002/12/27/usint9381\\_txt.htm](https://www.hrw.org/english/docs/2002/12/27/usint9381_txt.htm)>.
22. Human Rights Watch, "Summary of International and U.S. Law Prohibiting Torture and Other Ill-treatment of Persons in Custody", *A Human Rights Watch Backgrounder*, 24 May 2004B, Available at: <<https://www.hrw.org/english/docs/2004/05/24/usint8614.htm>>.
23. Human Rights Watch, "The United States' 'Disappeared': The CIA's Long-term 'Ghost Detainees'", *A Human Rights Watch Briefing Paper*, 2004<sup>A</sup>, Available at: <<https://www.hrw.org/backgrounder/usa/us1004>>.
24. Human Rights Watch, "US Threatens International Criminal Court", 15 March 2019, Available at: <<https://www.hrw.org/news/2019/03/15/us-threatens-international-criminal-court>>.
25. International Criminal Court (ICC), "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic





- Republic of Afghanistan”, Case No. ICC-02/17, 12 April 2019, Available at: <[https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019\\_02068.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_02068.PDF)>.
26. International Criminal Court (ICC), “Judgment on the Appeal Against the Decision on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan”, 5 March 2020, Case No. ICC-02/17 OA4, Available at: <[https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2020\\_00828.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2020_00828.PDF)>.
27. International Criminal Court (ICC), “Request for Authorisation of an Investigation Pursuant to Article 15; Situation in the Islamic Republic of Afghanistan”, Case No. ICC-02/17-7-Conf-Exp, 20 November 2017, Available at: <[https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017\\_06891.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017_06891.PDF)>.
28. Jehl, Douglas & Andrea Elliott, “The Reach of War: G.I. Instructors; Cuba Base Sent Its Interrogators to Iraqi Prison”, *The New York Times*, 29 May 2004.
29. Jehl, Douglas & David Johnston, “Rule Change Lets C.I.A. Freely Send Suspects Abroad to Jails”, *The New York Times*, 6 March 2005.
30. Jehl, Douglas & Eric Schmitt, “U.S. Military Says 26 Inmate Deaths May Be Homicide”, *The New York Times*, 16 March 2005.
31. Kelley, Judith, “Who Keeps International Commitments and Why? The International Criminal Court and Bilateral Non-Surrender Agreements”, *American Political Science Review*, Vol. 101(3), 2008.
32. Lichtblau, Eric, “Gonzales Says Humane-Policy Order Doesn’t Bind C.I.A.”, *The New York Times*, 19 January 2005.
33. Matthews, Mark, “Powell: Bush Told of Red Cross Reports”, *The Baltimore Sun*, 12 May 2004.
34. Office of the Inspector General of the Department of Defense, “Investigative Policy and Oversight, Review of Criminal Investigations of Alleged Detainee Abuse”, Project No. IPO 2004C005, 25 August 2006, Available at: <[http://library.rumsfeld.com/doclib/sp/3168/2006-09-22 Review of Criminal Investigations of Alleged Detainee Abuse.pdf](http://library.rumsfeld.com/doclib/sp/3168/2006-09-22%20Review%20of%20Criminal%20Investigations%20of%20Alleged%20Detainee%20Abuse.pdf)>.
35. Paust, Jordan J., “Ending the U.S. Program of Torture and Impunity: President Obama’s First Steps and the Path Forward”, *Tulane Journal of International & Comparative Law*, Vol. 19, 2010.
36. Phifer, Jerald, Memorandum, “Request for Approval of Counter-Resistance Techniques”, 11 October 2002, Available at: <<https://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/documents/dodmemos.pdf>>.
37. President George W. Bush, “Memorandum, Humane Treatment of al Qaeda and Taliban Detainees”, 7 February 2002 (in: Greenberg, Karen J. & Joshua L. Dratel (Eds.), (2005), *The Torture Papers: The Road to Abu Ghraib*, University of Cambridge Press).

38. Schlesinger, James R. & Harold Brown & Tillie K. Fowler & Charles A. Homer, "Final Report of the Independent Panel to Review DoD Detention Operations", 24 August 2004, Available at: <<http://pdf.prisonexp.org/SchlesingerReport.pdf>>.
39. Seelye, Katharine Q., "A Nation Challenged: The Prisoners; First 'Unlawful Combatants' Seized in Afghanistan Arrive at U.S. Base in Cuba", *The New York Times*, 12 January 2002.
40. Slevin, Peter & Robin Wright, "Pentagon Was Warned of Abuse Months Ago", *The Washington Post*, 8 May 2004.
41. Solis, Gary D., "Law of War Issues in Ground Hostilities in Afghanistan", in: Michael N. Schmitt (Ed.), *The War in Afghanistan: A Legal Analysis (International Law Studies: Volume 85)*, Military Bookshop, 2009.
42. The White House, "Executive Order 13491 — Ensuring Lawful Interrogations", 22 January 2009, Available at: <<https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/ensuring-lawful-interrogations>>.
43. Tisdall, Simon, "Trump attack on ICC is the unacceptable face of US exceptionalism", *The Guardian*, 10 September 2018, Available at: <<https://www.theguardian.com/us-news/2018/sep/10/trump-attack-on-icc-is-the-unacceptable-face-of-us-exceptionalism>>.
44. US Department of Justice, Office of Public Affairs, "Statement of the Attorney General Regarding Investigation into the Interrogation of Certain Detainees", 30 June 2011, AFG-OTP-0004-5961.
45. US President, "Executive Order 13928, Blocking Property of Certain Persons Associated with the International Criminal Court", 11 June 2020, Available at: <<https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-blocking-property-certain-persons-associated-international-criminal-court>>.
46. Wroughton, Lesley, "U.S. imposes visa bans on International Criminal Court investigators-Pompeo", *Reuters*, 15 March 2019, Available at: <<https://www.reuters.com/article/uk-usa-icc/u-s-imposes-visa-bans-on-international-criminal-court-investigators-pompeo-idUSKCN1QW1ZH>>.



## توهین، افترا و نشر اکاذیب تعزیری؛

### از جرم‌انگاری تا جرم‌زدایی با تأکید بر الگوی حقوق مدنی\*

- جمشید غلاملو<sup>۱</sup>
- رضا دریائی<sup>۲</sup>

#### چکیده

به طور سنتی، توهین، افترا و نشر اکاذیب علیه اشخاص با هدف حمایت از ارزش شهرت و آبرو و حیثیت، جرم‌انگاری شده‌اند. گرچه حمایت کیفری نشان‌دهنده اهمیت زیاد ارزش‌های یادشده است، گاه با دیگر ارزش‌های مورد حمایت حقوق، به طور مشخص حق آزادی بیان و اطلاع‌رسانی، در تزامن قرار می‌گیرند؛ به گونه‌ای که پاسداشت هر دو حق یادشده، برقراری موازنه‌ای قانونی بین آن‌ها را ضروری می‌سازد تا حمایت از یک حق به گونه‌ای نباشد که به حق دیگر، محدودیت‌های ناروای قانونی وارد کند. از همین رو بوده است که برخی کشورها، رویکرد جرم‌زدایی را در پیش گرفته و مسئولیت و پاسخ‌های مدنی را

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۸/۱۹ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۱۸.

۱. استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران  
(jamshid.gholamloo@ut.ac.ir)

۲. استادیار گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه گیلان (نویسنده مسئول)  
(reza.daryaie@guilan.ac.ir)

جایگزین مجازات کرده‌اند. این مقاله با در نظر گرفتن این مسئله مهم و با مطلوب‌تر دانستن رویکرد میانه، پیشنهاد می‌کند در خصوص جرایم توهین، افترای لفظی و نشر اکاذیب تعزیری علیه اشخاص بی‌آنکه حمایت کیفری به طور کلی از نظام حقوقی رخت بربندد، جز در موارد محدود، با شرایطی تنها از ضمانت اجراهای مدنی و جبران خسارت معنوی استفاده شود تا بدین‌سان، حق آزادی بیان و اطلاع‌رسانی که خیر جمعی بسیار زیاد و بیشتری به همراه دارد، با کمترین محدودیت‌های قانونی روبه‌رو شده و به ویژه روزنامه‌ها و رسانه‌ها و کارشناسان با حسن نیت، به خاطر انجام رسالت حرفه‌ای خود، به ناروا فشار تعقیب و محکومیت کیفری را بر قلم و زبان خود احساس نکنند. اتخاذ الگوی مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر تا اندازه‌ای زیاد از این نگرانی می‌کاهد.

**واژگان کلیدی:** توهین، افترا، نشر اکاذیب، حق آزادی بیان، کیفرگذاری، جرم‌زدایی، مسئولیت مدنی.

### مقدمه

جرایم توهین، افترا و نشر اکاذیب که در حقوق کیفری ایران اغلب به عنوان جرایم علیه شخصیت معنوی یا به تعبیر درست‌تر تمامیت معنوی اشخاص شناخته می‌شوند، از نظر حقوقی و هنجاری موقعیتی دوگانه دارند. از سویی، با جرم‌انگاری آن‌ها از ارزش حیثیت و آبرو و شهرت اشخاص حمایت می‌شود و از سوی دیگر، این جرم‌انگاری گاه با ارزش‌های بنیادین دیگری مانند حق آزادی بیان در تزاخم قرار می‌گیرد. پرونده‌های بسیاری در دادگستری مطرح شده و می‌شود که در آن‌ها اشخاص عادی یا دولتی مدعی‌اند که بزه‌دیده مطالب و انتسابات وهن‌آور یا کذب متهم قرار گرفته‌اند؛ به ویژه مطبوعات و رسانه‌ها که به دلیل ماهیت حرفه خود بیشتر با این گونه اتهام‌ها روبه‌رو می‌شوند و در مقابل این شکایات، به حق آزادی بیان و اطلاع‌رسانی خود استناد می‌کنند. افزون بر این، ارکان و شرایط این جرایم و نیز پاسخ‌های کیفری و مدنی به آن‌ها همواره محل بحث و تردید بوده و در عمل با انبوهی از ابهامات و خلأهای قانونی روبه‌رو شده که پیامد طبیعی‌اش وجود تفسیرهای قضایی و سیاسی متفاوت، ناهمسان و گاه ناموجه است.

تردید نیست که آبرو و شهرت اشخاص، ارزشی والا است که گاه حتی اهمیتی فزون‌تر از ارزش حیات پیدا می‌کند. این جمله‌های آشنا که «ترجیح می‌دهم بمیرم، ولی بی‌آبرو نشوم یا کاش می‌مردم، اما آبرویم از دست نمی‌رفت»، دست کم در فرهنگ ایرانی ادعای فوق را تأیید می‌کند. از همین رو، از نظر حقوقی در کنار حمایت‌های مدنی، با جرم‌انگاری و تعیین کیفر تلاش شده است تا حمایت کیفری به عنوان تضمینی قوی‌تر در این خصوص پیش‌بینی شود. با این حال، مداخله کیفری درباره جرایم توهین و افترا و نشر اکاذیب مانند چاقوی دولبه عمل کرده و گاه برای حمایت از ارزش شهرت و آبرو، خواسته یا ناخواسته، ارزش آزادی بیان را قربانی کرده و مورد تعرض قرار داده است. برای مثال، تعقیب کیفری اشخاص به ویژه رسانه‌ها و کارشناسانی که عملکرد مقامات دولتی را نقد می‌کنند و فساد و تخلفات و قصورات احتمالی آن‌ها را افشا می‌کنند، با سیاست‌هایی مانند شفاف‌سازی و گزارشگری فساد (سوت‌زنی) که در سال‌های اخیر مهم پنداشته شده و حتی جنبه تقنینی به خود گرفته است،<sup>۱</sup> ناسازگار به نظر می‌رسد. وضعیت دوگانه بین دو ارزش یادشده، این مسئله را مطرح کرده است که در صورت تراحم بین آن‌ها، کدام یک بر دیگری برتری دارد و راه حل حقوقی منصفانه و منطقی چیست؟ کشورهایمانند انگلستان با در نظر گرفتن فایده‌ها و مصلحت‌های جمعی‌تر، حق آزادی بیان برای کل جامعه و وجود کنترل و نظارت دولت‌ها و مقامات دولتی برای اعمال فشار بر نقد و شفاف‌سازی، به ویژه رسانه‌های جمعی، سیاست جرم‌زدایی از جرایم یادشده را اتخاذ کرده‌اند و کشورهای دیگری مانند منطقه کشورهای بالکان و اروپای شرقی، متأثر از «جنبش جرم‌زدایی»<sup>۲</sup> از این جرایم، در حال بازبینی سیاست‌های کیفری خود در این زمینه هستند.<sup>۳</sup> پرسش این است که جرم‌زدایی از جرایم توهین، افترا و نشر اکاذیب، تا چه اندازه از مبانی مستحکمی برخوردار است و باید با چه شرایطی همراه باشد؟ و آیا می‌توان به رویکردی

۱. از جمله مواد ۱۳ و ۳۳ کنوانسیون مبارزه با فساد، که ایران نیز در سال ۱۳۸۷ به آن پیوسته است؛ مواد ۱۷ و ۲۶ قانون ارتقاء نظام سلامت اداری و مقابله با فساد مصوب ۱۳۹۰ و دستورالعمل حمایت از گزارشگری فساد (سوت‌زنی) وزارت اقتصاد و دارایی مصوب ۱۴۰۱.

2. Decriminalization movement.

۳. ر.ک: بخش ۲ این مقاله.

میانه اندیشید؟

مسئله دیگر، امکان پیش‌بینی پاسخ‌های مناسب غیر کیفری در صورت پذیرش سیاست جرم‌زدایی از این جرایم است. در نتیجه رفتارهای یادشده اصولاً خسارت معنوی به مخاطب وارد می‌شود که چگونگی توسل به سازوکار مسئولیت مدنی در این خصوص را بسیار مهم می‌سازد. در برخی از نظام‌های حقوقی برای مواجهه با توهین، افترا و نشر اکاذیب، تنها امکان توسل به دعوی مسئولیت مدنی وجود دارد و در برخی دیگر در کنار امکان توسل به مسئولیت کیفری، مسئولیت مدنی نیز در دسترس است. در این میان، شناسایی مبنای جبران خسارت در دعوی مدنی مربوط به جرایم موضوع بحث، اهمیت بالایی دارد و بر روی شرایط خسارت قابل جبران و شیوه جبران خسارت نیز تأثیر می‌گذارد. بر این اساس باید به این پرسش بنیادی پاسخ داد که مبنای مسئولیت مدنی برای جبران خسارت ناشی از توهین، افترا و نشر اکاذیب چیست؟ آیا هر خسارتی را که از این اعمال وارد می‌شود، باید جبران‌پذیر دانست؟ و آیا در این ارتباط، نتیجه‌ای که از مباحث «مسئولیت مدنی» در حقوق مدرن حاصل می‌شود، با آنچه در فقه امامیه تحت عنوان «ضمان قهری» مورد بحث قرار می‌گیرد، انطباق‌پذیر است؟

در این مقاله، پرسش‌های پیش‌گفته با نگاهی به تجربه کشورهای که سیاست جرم‌زدایی از جرایم توهین و افترا و نشر اکاذیب را در پیش گرفته‌اند، در دو بخش مورد بررسی قرار خواهد گرفت:

در بخش نخست (۱)، رویکرد جرم‌انگاری رفتارهای یادشده و تزامم آن با حق آزادی بیان تحلیل خواهد شد که لازم دانسته شد برای ارائه تحلیلی جامع و دقیق مسئله، جرایم موضوع بحث، توصیف/بازتوصیف شوند؛ چرا که عدم شناخت درست از ماهیت و اوصاف حقوقی این جرایم، خود مشکل‌ساز بوده و موجب تحدیدهای ناروا به حقوق اشخاص می‌شود. منظورمان اوصاف و ماهیت اصلی و عمومی این جرایم، بدون ورود به تحلیل جزئی و فنی است.<sup>۱</sup> گفتنی است که در حقوق ایران، فقط جرایم افترای لفظی و نشر اکاذیب و توهین‌های تعزیری قابل گذشت و علیه اشخاص مدّ نظر

۱. بنابراین، شرایط عمومی این جرایم مانند معین بودن و حقیقی یا حقوقی بودن بزه‌دیده که در منابع مختلف درباره آن‌ها به اندازه کافی سخن گفته شده است، منظور نیستند.

در بخش دوم (۲)، رویکرد جرم‌زدایی از جرایم فوق و چگونگی برقراری تعادل بین حمایت حقوقی از دو حق شهرت و آزادی بیان و نقش مسئولیت مدنی در این خصوص با محوریت شناسایی مبنای مسئولیت، مورد مطالعه قرار گرفته است.

## ۱. رویکرد جرم‌انگاری و تزامم دو حق

ایران از الگوی کیفری درباره توهین و افترا و نشر اکاذیب پیروی می‌کند. توهین ساده مطابق با ماده ۶۰۸ که از نظر توصیف جرم، برای سایر توهین‌ها نیز مبنا محسوب می‌شود، افترای لفظی حسب ماده ۶۹۷ و نشر اکاذیب حسب مواد ۶۹۸ و ۷۴۶، جملگی در قانون مجازات اسلامی (کتاب پنجم تعزیرات)<sup>۲</sup> جرم‌انگاری شده‌اند. اما مسئله مهمی که در بطن رویکرد جرم‌انگاری این رفتارها نباید مورد غفلت قرار گیرد، از یکسو درک ماهیت و توصیف درست آن‌هاست که شاید بخشی از تفسیرهای ناروا از این جرایم، پیامد توصیف نادرست آن‌ها باشد و از سوی دیگر، تزامم جرم‌انگاری آن‌ها با حق آزادی بیان است.

### ۱-۱. توصیف حقوقی جرایم

نخست، نسبی و تفسیربردار بودن؛ هر سه جرم از نظر رفتار عموماً و غالباً با گفتار و نوشتار رخ می‌دهند و به تعبیری، از جرایم زبانی‌اند.<sup>۳</sup> چون زبانی‌اند، خیلی نسبی و بسیار تفسیربردار می‌شوند. بدین سان است که وهن‌آمیز بودن یا نبودن واژه‌ها و جمله‌ها، بستگی زیادی به شرایط گوناگونی دارد که آن واژه یا جمله بیان شده است؛ از بستر فرهنگی و اجتماعی گرفته تا موقعیت شخصیتی و شغلی و مکانی و... از نظر قانونی،

۱. در نتیجه، جرایم حدی مانند سب‌النبی (ماده ۲۶۲ ق.م.ا.) و جرایم تعزیری همچون توهین و افترا و نشر اکاذیب علیه امام خمینی و مقام معظم رهبری (ماده ۵۱۴) و مقدسات به طور کلی (ماده ۵۱۳)، از موضوع مقاله خارج‌اند.

۲. زین‌پس قانون تعزیرات.

۳. به جز جرم توهین که رفتار تشکیل‌دهنده آن اعم از گفتار و نوشتار و کردار است، جرایم افترای لفظی و نشر اکاذیب تنها با واژه و سخن ارتکاب‌پذیرند. به هر حال، وجه غالب و معمول ارتکاب سه جرم موضوع بحث، زبانی است.

این سیالیت و نسبی بودن رفتار وهن‌آمیز دقیقاً در قانون «استفساریه نسبت به کلمه اهانت، توهین و یا هتک حرمت مندرج در قوانین جزایی، مواد ۵۱۳، ۵۱۴، ۶۰۸، ۶۰۹ قانون مجازات اسلامی و بندهای ۷ و ۸ ماده ۶ و مواد ۲۶ و ۲۷ قانون مطبوعات مصوب ۱۳۷۹» نیز مورد توجه قرار گرفته است.

دوم، فاحش بودن؛ در هر سه جرم، هر رفتار ناشایست و دروغی، موجب مسئولیت کیفری و حتی مدنی نیست؛ برای مثال، اگر الف به دروغ این مطلب را منتشر کند که رنگ مورد علاقه ب سفید است، حال آنکه چنین نباشد، جرم نشر اکاذیب رخ نداده است؛ حتی اگر همه شرایط قانونی جرم فراهم باشد. همین طور هر رفتار غیر محترمانه‌ای، توهینی که مداخله و پاسخ حقوقی بطلبد، نیست؛ مثلاً اگر الف در پاسخ به پرسش پدرش که از او پرسیده بود کجا بوده، بگوید: «به خودم مربوط است!»، فقط بی‌ادبی کرده است، نه توهین.<sup>۱</sup> معیار فاحش بودن، ضرری است که عرف آن را مهم و اغماض نشدنی می‌پندارد.

سوم، اثبات سوءنیت عام؛ در رکن روانی این جرایم، اغلب سوءنیت خاص، یا شرط نیست یا شاید همچنان که درباره رکن نتیجه این جرایم می‌شود گفت ضرر معنوی شرط بوده، ولی مفروض است، سوءنیت خاص نیز مفروض در نظر گرفته می‌شود. در واقع، در این جرایم اصولاً علم به وهن‌آمیز بودن رفتار یا دروغ بودن اظهار و انتساب و بیان عمدی آن برای تحقق جرم و مسئولیت‌های ناشی از آن کفایت می‌کند.<sup>۲</sup>

۱. در تأیید این نظر حتی برخی حقوق‌دانان بر اساس متن ماده ۶۰۸ قانون مجازات اسلامی که مقرر داشته است: «توهین به افراد از قبیل فحاشی و استعمال الفاظ رکیک...»، بر این باورند که توهین‌های کمتر از فحاشی و الفاظ رکیک، مشمول ماده یادشده نیستند (آقایی‌نیا، ۱۳۹۹: ۴۳).

۲. در حقوق کیفری ایران، کفایت سوءنیت عام در جرایم توهین و نیز افترای لفظی مورد توافق است، ولی درباره جرم نشر اکاذیب، اختلاف نظر وجود داشته و برخی عبارت «به قصد اضرار به غیر یا تشویش اذهان عمومی یا مقامات رسمی» مندرج در ماده ۶۹۸ را مؤید ضرورت وجود سوءنیت خاص تفسیر می‌کنند (میرمحمدصادقی، ۱۴۰۰: ۱۴۶) و برخی نیز با توجه به صراحت ماده فوق بر مطلق بودن جرم و با استناد به ماده ۱۴۴ قانون مجازات اسلامی که فقط جرایم مقید به نتیجه را نیازمند سوءنیت خاص دانسته، آن را انگیزه تلقی کرده‌اند، نه سوءنیت خاص (آقایی‌نیا، ۱۳۹۹: ۱۴۱). به نظر می‌رسد قصد اضرار یا تشویش، سوءنیت خاص است؛ زیرا افزون بر اینکه انگیزه اصولاً از ارکان تشکیل‌دهنده جرم نیست و قاعده ماده ۱۴۴ را باید استثنای تفسیر کرد، مطلق و بی‌نیاز از سوءنیت خاص دانستن جرایم موضوع بحث نیز خیلی سختگیرانه خواهد بود و بر قلمرو کیفری آن به ناروا خواهد افزود.



برای مثال، اگر الف استاد یا کارگر خود را «بی شعور» خطاب کند، مرتکب توهین شده است، حتی اگر مدعی شود که قصدش توهین و تحقیر او نبوده و بر فرض هم که واقعاً این گونه باشد. همچنین است اگر الف مدعی شود که به رغم علم به توهین آمیز بودن لفظ به کار برده شده، قصد و نیتش کاملاً شوخی و از سر مزاح بوده نیز خللی در رکن روانی لازم برای جرم توهین وارد نخواهد ساخت و مسئولیت او محرز است؛ زیرا سوءنیت عام در توهین، چیزی نیست جز علم به وهن آمیز بودن اظهار و بیان عمدی آن علیه فرد مدّ نظر. شاید این نظر، موجب این نگرانی شود که با پذیرش آن، عملاً بسیاری از افراد، در معرض محکومیت به جرم توهین قرار خواهند گرفت. در همان مثال فوق شاید بین دوستان صمیمی خیلی پیش بیاید که از سر محبت و صمیمیت همدیگر را «بی شعور» خطاب کنند و مثلاً یکی از آن‌ها هنگام دیدن دوست قدیمی خود، او را در آغوش بکشد و بگوید: «چقدر دلم برایت تنگ شده بود، بی شعور!». گرچه او به وهن آمیز بودن لفظ علم دارد و عمداً آن را خطاب به دوستش به کار برده است، اما مجرم دانستن او دشوار می‌نماید. به نظر ما، او مرتکب هیچ جرمی نشده است، نه به خاطر اینکه فاقد رکن روانی جرم توهین بوده که از نظر فنی و حقوقی او قاصد محسوب می‌شود (علم به وهن آمیز بودن و عمد در انتساب)، بلکه بدین علت که اساساً واژه «بی شعور» در موقعیت به کار برده شده (موقعیت دوستی و صمیمیت)، اصلاً وهن آمیز نیست و بنابراین، اساساً رکن مادی جرم توهین محقق نشده است. این همان ویژگی نسبی و تفسیر پذیر بودن رفتار در جرم توهین است که اشاره کردیم.

همین قاعده در جرایم افترا و نشر اکاذیب نیز قابل اعمال به نظر می‌رسد. برای مثال، چنانچه خانه الف مورد سرقت قرار بگیرد و او افرادی از جمله همسایه خود (ب) را به عنوان مظنون به پلیس و مراجع قضایی معرفی کند و در نهایت فرد یادشده بی گناه اعلام شود، الف نیز در صورت شکایت همسایه از او به اتهام افترا، بی گناه خواهد بود؛ زیرا او در «موقعیت دادخواهی»، اتهامی را منتسب کرده است، وگرنه در طول روز هزاران نفر از بزه دیدگانی که در مراجع قضایی اعلام جرم و شکایت می‌کنند، با عدم محکومیت مظنونان و متهمان معرفی شده، در معرض اتهام به افترا قرار می‌گیرند و در صورت شکایت فرد تبرئه شده، تنها راه محکوم نشدنشان تمسک به فقدان قصد

مجرمانه خواهد بود که امری مشکل ساز است. به نظر می‌رسد در این موارد مناسب نیست که برای تبرئه افراد، به رکن روانی که امری ذهنی است و اثباتش دشوار، متوسل شویم. همین طور است نماینده مجلسی که در موقعیت «رای اعتماد یا استیضاح» یک وزیر، عملکرد او را با بیان مطالب و دلایلی که شاید از نظر قضایی در حد اثبات نباشد، نقد کند؛ حتی اگر ادعا شود که بیان او ناشی از انگیزه‌ها و منافع شخصی و حزبی است. به بیانی ساده، به باور ما در این جرایم، بیش از آنکه «قصد» گوینده و نویسنده مهم باشد، «شرایط و موقعیت» است که مهم است و باید ملاک عمل قرار گیرد؛ مگر اینکه خلاف آن از نظر انتساب عالمانه و عامدانهٔ مطلبی واهی اثبات شود که عملاً امر آسانی نخواهد بود.<sup>۱</sup>

چهارم، قابل گذشت بودن؛ اصولاً تعقیب کیفری هر سه جرم منوط به درخواست و شکایت مخاطب بوده و به عبارتی دیگر، از جرایم قابل گذشت محسوب می‌شوند.<sup>۲</sup> در حقوق کیفری ایران مطابق با ماده ۱۰۴ اصلاحی ۱۳۹۹، جرایم توهین موضوع مواد ۶۰۸ و ۶۰۹ و جرایم افترا و نشر اکاذیب موضوع مواد ۶۹۷ و ۶۹۸ قانون مجازات اسلامی (کتاب پنجم تعزیرات) قابل گذشت اعلام شده‌اند. خیلی عجیب است که جرم نشر اکاذیب رایانه‌ای موضوع ماده ۷۴۶ قانون تعزیرات در اصلاحیه ۱۳۹۹، در زمره جرایم قابل گذشت اعلام نشده است؛ ولی جرایم شدیدی مانند کیف‌ربایی و برخی سرقت‌ها و کلاهبرداری‌ها، گذشت‌پذیر و تعقیب آن‌ها منوط به شکایت بزه‌دیده اعلام شده است. اگر بنا باشد که نهاد گذشت‌پذیر بودن جرایم در نظام عدالت کیفری پذیرفته شود، جرایمی مانند توهین و نشر اکاذیب اصولاً بیش از هر جرم دیگری ماهیتی خصوصی دارند.

۱. در راستای پاسداشت آزادی بیان، یکی از دفاعیات در برابر افترا و نشر اکاذیب در انگلستان، «اظهارنظر صادقانه یا منصفانه» است که در قانون افترا و نشر اکاذیب ۲۰۱۳ پیش‌بینی شده است (ر.ک: شرقی و عامری، ۱۳۹۸: ۸۱۵۷).

۲. در بسیاری کشورهای دیگری که این رفتارها جرم هستند نیز معمولاً وضعیت به همین منوال بوده و تعقیب کیفری منوط به شکایت بزه‌دیده است؛ برای مثال، بخش ۱۹۴ قانون مجازات آلمان بر این واقعیت صراحت دارد (<[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.html#p1812](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1812)>).

بنابراین در مجموع، جرایم توهین و افترا و نشر اکاذیب ماهیتاً بسیار شبیه هم و کم و بیش از یک جنس‌اند؛ به ویژه دو جرم افترا و نشر اکاذیب.<sup>۱</sup> به همین علت است که بین آن‌ها همپوشانی‌های زیادی پیش می‌آید و چه بسا گاه بر یک رفتار، دو یا سه عنوان مجرمانه یاد شده صدق کند و با فقدان شرایط اختصاصی هر یک، مرتکب به یکی دیگر از سه جرم محکوم گردد (میرمحمدصادقی، ۱۴۰۰؛ آقایی‌نیا، ۱۳۹۹).

**پنجم، ماهیت متفاوت توهین؛ ماهیت و شرایط توهین با دو جرم افترا و نشر اکاذیب از برخی جهات متفاوت است؛ به این معنا که:**

اولاً: اگر موضوع افترا و نشر اکاذیب «شهرت»<sup>۲</sup> است، موضوع توهین به طور اصلی «احساسات و کرامت و شرافت»<sup>۳</sup> افراد است. برای مثال، اگر الف به ب بگوید حیوان (یا اسامی حیواناتی مانند گاو، الاغ و...)، در واقع بیشتر به عواطف و کرامت او حمله کرده تا به شهرتش؛ چرا که مثلاً انسان بودن، جزئی از شهرت افراد نیست، بلکه همه انسان‌ها به این وصف متصف‌اند و بخشی از کرامت ذاتی آن‌هاست. همچنان که اگر الف درباره ب بگوید که او از فلان مقام سیاسی پول می‌گیرد تا درباره او حرفی نزند، بیشتر به شهرت او آسیب وارد کرده است. دقیقاً به علت همین تفاوت، بر خلاف افترا و نشر اکاذیب، علنی بودن یا انتشار در توهین شرط نیست؛ زیرا در توهین این احساسات مخاطب است که آسیب می‌بیند و لذا اطلاع شخص ثالث اهمیت چندانی ندارد، اما در افترا و نشر اکاذیب، این شهرت مخاطب است که مورد تعرض قرار می‌گیرد که آسیب به شهرت نیز با عدم اطلاع اشخاص ثالث، معنای چندانی نمی‌یابد.

ثانیاً: بر خلاف دو جرم افترا و نشر اکاذیب که دروغ و نادرست بودن اظهار و انتساب به مخاطب، شرط تحقق جرم است و اظهار درست و نشر آن نمی‌تواند موجب

۱. همچنان که برخی نویسندگان به درستی به علت همسانی دو جرم نشر اکاذیب و افترا، با وجود عدم پیش‌بینی جرم افترای رایانه‌ای در قانون، رفتار شخصی را که از طریق رایانه مرتکب افترا می‌شود، با ماده ۷۴۶ قانون مجازات اسلامی که درباره نشر اکاذیب رایانه‌ای است، انطباق‌پذیر و قابل مجازات دانسته‌اند (ر.ک: عالی‌پور و خراسانی، ۱۳۹۵: ۱۳۱-۱۴۸).

2. Reputation.

3. Emotion, dignity and honor.

مسئولیت گردد،<sup>۱</sup> در توهین اصولاً چنین شرطی وجود ندارد (میرمحمدصادقی، ۱۴۰۰؛ آقایی‌نیا، ۱۳۹۹؛ محمدخانی، ۱۳۹۹)؛ برای مثال، اگر الف به ب بگوید حیوان یا احمق و بی‌شرف و... که الفاظی تحقیرآمیزند، جرم توهین رخ داده است و نه عرف و نه دادگاه در مقام احراز و اثبات صحت آن اقدامی نخواهند کرد. این امر شاید به این علت باشد که اظهارات وهن‌آمیز و تحقیرکننده اساساً در مورد هیچ انسانی صحیح نیست تا در پی احراز صحت آن، اقدامی تصورپذیر باشد و خلاف کرامت ذاتی انسان است و سنجش‌پذیر هم نیست؛ مثلاً چگونه می‌توان تصور کرد که به توهین‌کننده فرصت داده شود تا اثبات کند که توهین‌شونده واقعاً «گاو» یا «بی‌شرف» است یا قاضی بخواهد در مقام اثبات آن برآید؟!

به همین دلیل بر این باوریم که بر خلاف برخی نظرها (ر.ک: ضیایی و طباحی ممقانی، ۱۳۹۲: ۹۱-۱۱۲) و در مقام مقایسه و تطبیق با حقوق خارجی، توهین معادل فارسی دقیق و درستی برای واژه دَفْمِشِن<sup>۲</sup> نیست؛ چرا که عمدتاً «نادرست بودن اظهار» و «انتشار» آن، از ارکان اصلی تشکیل‌دهنده آن اعلام شده است و به ندرت ممکن است توهین را نیز شامل شود. بنابراین شاید واژه اینزالت<sup>۳</sup> همان چیزی باشد که در ماده ۶۰۸ قانون تعزیرات، یعنی توهین ساده، اراده شده است. در این معنا، توهین در کشورهای کمی جرم است و وجه مجرمانه و کیفری دارد؛ از جمله آلمان که توهین در ماده ۱۸۵ مستقل از دَفْمِشِن موضوع ماده ۱۸۷ قانون مجازات جرم‌انگاری شده است.<sup>۴</sup> حتی افترا نیز که برخی نویسندگان ایرانی برای دَفْمِشِن برگزیده‌اند (برای نمونه ر.ک: شرقی و عامری، ۱۳۹۸: ۵۷-۸۱)، معادل دقیق و جامعی به نظر نمی‌رسد؛ زیرا در حقوق کیفری ایران،

۱. البته بیان حقیقت همیشه مانع مسئولیت کیفری و مدنی نیست و گاه بیان حقیقت نیز مسئولیت‌ساز است. همچنان که تبصره ماده ۶۹۷ قانون تعزیرات در خصوص جرم افترای لفظی به صراحت نشر مطالبی را که اشاعه فحشا محسوب شود، حتی در صورت اثبات صحت، جرم و مشمول مجازات ماده مذکور دانسته است. همچنین است اگر حقیقت بیان‌شده با حریم خصوصی اشخاص تراحم جدی پیدا کند که البته دامنه حریم خصوصی افراد بنا به موقعیتشان متفاوت است؛ برای مثال، حریم خصوصی مقامات دولتی و سیاسی و نیز افراد مشهور هنری و ورزشی، دامنه بسیار کمتری از افراد عادی دارد.

2. Defamation.

3. Insult.

4. <[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/englisch](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch)>.

آنچه از افترا اراده می‌شود، انتساب کذب ارتکاب یک جرم به مخاطب است، بنابراین سایر اظهارات و انتسابات کذب از شمول افترا خارج و طی شرایطی مشمول جرم نشر اکاذیب است. در واقع نشر اکاذیب، جرمی عام‌تر از افترا بوده و نشر اکاذیبی که دلالت بر انتساب جرم باشد، افتراست.<sup>۱</sup>

در نتیجه با تأیید اینکه در حقوق خارجی، بین افترا و نشر اکاذیب تفکیک و تفاوتی صورت نگرفته و دفا‌میشن واژه‌ای عام است که هم شامل افترا و هم نشر اکاذیب (و به ندرت توهین) می‌شود، اگر بخواهیم معادلی جامع برای آن انتخاب کنیم، «افترا و نشر اکاذیب» است که در این مقاله همین معادل برگزیده شده است.

ششم، توجیه‌ناپذیری توهین؛ بر خلاف نشر اکاذیب و افترا که ممنوعیتشان گاه با حقوق دیگری که مهم‌ترینش آزادی بیان است، در تراحم قرار می‌گیرد و یکی از مبانی سیاست جرم‌زدایی و کیف‌زدایی است، شاید در توهین چنین تراحمی شکل نگیرد. آن مبانی و ارزش‌هایی که از حق آزادی بیان دفاع می‌کند، در واقع منافع عمومی جامعه و حقوق خصوصی اشخاص را مدّ نظر و مورد حمایت خود قرار می‌دهد که به طور مشخص، شفاف‌سازی و اطلاع‌رسانی عمومی و حق ابراز عقیده است. به همین علت، رفتار رسانه با حسن نیتی که جرایم و تخلفات و فساد مقامات و نهادهای دولتی و سیاسی و اشخاص خصوصی را افشا می‌کند، همراه و برای خیر جمعی است؛ نمونه‌اش دستورالعمل حمایت از گزارشگری فساد (سوت‌زنی) وزارت اقتصاد و دارایی مصوب ۱۴۰۱ است که برای گزارشگران فساد اقتصادی، حتی پاداش نقدی در نظر گرفته است. حال چنانچه رسانه‌ها و افشاکنندگان جرایم با شکایت کیفری روبه‌رو شوند و نتوانند ادعاهای مطروحه را از نظر حقوقی اثبات کنند، به مجازات جرایم افترا و نشر اکاذیب محکوم خواهند شد؛ امری که نه منصفانه به نظر می‌رسد، نه منفعت جمعی دارد و نه با منطق حقوقی و کارکرد رسانه سازگار است. در قانون مطبوعات مصوب ۱۳۷۹ و اصلاحات بعدی، مقرراتی درباره رسالت و حقوق مطبوعات بیان شده است که

۱. البته با توجه به تفکیک این دو جرم در حقوق کیفری ایران، شرایط متفاوت دیگری نیز وجود دارد که مهم‌ترینش شرط صریح بودن انتساب در افترا، و ضروری بودن قصد اضرار به غیر یا تشویش اذهان عمومی یا مقامات رسمی در نشر اکاذیب است.

از جمله در ماده ۴ تصریح شده است:

«هیچ مقام دولتی و غیر دولتی حق ندارد برای چاپ مطلب یا مقاله‌ای، در صدد اعمال فشار بر مطبوعات برآید و یا به سانسور و کنترل نشریات مبادرت کند».

اگر اثبات قانونی و محکمه‌پسند واقعیت داشتن مطالب و اظهارات منتشر شده به عنوان بخشی از وظایف و نقش‌های اجتماعی و حرفه‌ای خبرنگاران و رسانه‌ها و نمایندگان مجلس و... تعریف شود، در عمل دست آن‌ها با اعمال مجازات بسته شده و حق آزادی بیان با تمام آثار و فوایدش تا اندازه‌ای زیاد محدود و خنثی می‌شود. حال آنکه در مثال یادشده، اگر رسانه‌ای یک مقام دولتی و سیاسی و خصوصی را حتی به نیت شفاف‌سازی و نقد، «عوضی» و «بی‌شرف» و... خطاب کند، رفتارش در هر حالتی سرزنش‌پذیر و غیر قابل دفاع بوده و از نظر حقوق کیفری و مدنی مسئول است؛ زیرا نه تنها به کرامت افراد تعرض کرده، که منفعت و مصلحت جمعی نیز که در نقد و آزادی بیان نهفته است، در این موارد مشاهده نمی‌شود. برای مثال، چنانچه کارشناس یا روزنامه‌نگاری در نقد عملکرد وزیری بنویسد یا بگوید: «تصمیمات فلان وزیر عوضی و بی‌شرف موجب تورم اقتصادی یا آلودگی محیط زیست شده است»، از نظر توهین، مسئولیت کیفری او پذیرفتنی است، ولی از نظر نشر اکاذیب و افترا خیر. به هر حال، چگونگی تراحم جرم‌انگاری و مجازات در افترا و نشر اکاذیب با حق آزادی بیان نیازمند بررسی است.

## ۲-۱. مجازات و تراحم دو حق

حق به حفاظت از شهرت و آبرو<sup>۱</sup> و حق آزادی بیان<sup>۲</sup> هر دو از حقوق متعارف بشری محسوب می‌شوند که شایسته حمایت قانونی‌اند. واقعیت آن است که اعمال این دو حق، گاه در تراحم با یکدیگر قرار می‌گیرند که تصمیم‌گیری یا به عبارتی ساده، محدودیت‌گذاری در اجرای آن‌ها را ضروری می‌سازد؛ محدودیت‌هایی که تقریباً مورد قبول همه جوامع قرار گرفته است و هر یک به طریقی آن را در نظام هنجاری و قانونی

1. Right to reputation.

2. Freedom of expression.

خود به رسمیت شناخته و چاره‌ای اندیشیده‌اند و به تعبیری، محدودیت‌هایی مشروع تعیین کرده‌اند.

حق آزادی بیان، یکی از مهم‌ترین حقوق مدنی و سیاسی بشر است که چه در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (اصول ۲۳ و ۲۴) و چه در اسناد حقوقی بین‌المللی و منطقه‌ای مورد تأکید قرار گرفته است. باید توجه داشت که آزادی بیان، علاوه بر اینکه آزادی بیان عقاید را در بر می‌گیرد، به معنای آزادی جستجوی اطلاعات یا ایده‌ها، دریافت اطلاعات یا ایده‌ها و انتقال اطلاعات و عقاید نیز می‌باشد. همچنان که در ماده ۱۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر سازمان ملل متحد ۱۹۸۴، آزادی بیان چنین تعریف شده است:

«هر کس حق آزادی عقیده و بیان دارد. این حق شامل آزادی داشتن عقاید بدون مداخله و جستجو، دریافت و انتشار اطلاعات و عقاید از طریق هر رسانه و بدون توجه به مرزها می‌شود».

به هر حال، نه می‌توان قائل بود که با استناد به حق آزادی بیان، هر چه از دل و ذهن برمی‌خیزد به زبان و قلم آید و بلاوجه اعتبار و آبروی اشخاص را آسیب رساند و نه می‌شود از فواید حق آزادی بیان به سادگی گذر کرد و تن به هر محدودیتی داد. از این رو بهترین راهبرد، تعدیل این دو حق حسب مورد است؛ گاه به سود حق بر حفاظت از شهرت و اعتبار و گاه به سود حق آزادی بیان. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و نیز اسناد بین‌المللی حقوق بشری، محدودیت‌هایی برای آزادی بیان در نظر گرفته شده که بدین سان، حقی مطلق محسوب نشده است. اصل ۲۴ قانون اساسی ضمن به رسمیت شناختن آزادی نشریات و مطبوعات در بیان مطالب، محدودیتی را اعلام کرده که عبارت است از: «مخل مبانی اسلام و حقوق عمومی نبودن». بر اساس ماده ۱۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶، آزادی بیان ممکن است مشمول محدودیت‌های خاصی باشد که باید به صراحت توسط قانون تعیین شود و برای (۱) احترام به حقوق و شهرت دیگران و (۲) حفاظت از امنیت ملی یا نظم عمومی یا بهداشت و اخلاق عمومی لازم باشد. دقیقاً همین دو بند در ماده ۱۳ کنوانسیون مبارزه با فساد که ایران نیز به آن پیوسته، تکرار شده است. در پاراگراف ۲ ماده ۱۰ کنوانسیون

اروپایی حقوق بشر، آزادی بیان به ویژه در موارد زیر محدود می‌شود:

«امنیت عمومی، پیشگیری از بی‌نظمی یا جنایت، حفاظت از سلامت یا اخلاقیات، حمایت از شهرت یا حقوق دیگران، جلوگیری از افشای اطلاعات...».

دستورالعمل کمیسیون رسیدگی به شکایت از مطبوعات بریتانیا مصوب ۲۰۰۳ نیز طی شرایطی، منافع عمومی را استثنایی بر حریم خصوصی افراد دانسته و مطبوعات را در مواردی مانند افشای جرایم و تخلفات شدید، مجاز به بیان و انتشار اعلام کرده است (غلاملو، ۱۳۹۰: ۱۲۹).

از بُعد هنجاری، محدودیت حتی فراتر از مفاد اصل یادشده باید باشد؛ زیرا برای مثال، از نظر اخلاقی پذیرفتنی نیست که افراد با استناد به حق آزادی بیان، به دیگران فحاشی کنند یا با اظهارات نژادپرستانه و نفرت‌پراکنانه علیه نژاد و قومی دیگر، آن‌ها را تحقیر نمایند و یا ترویج خشونت و نفرت کنند. اما مسئله، ضمانت اجراهای چنین محدودیت‌هایی در حقوق است. اصولاً از نظر حقوقی، چگونه محدودیت‌هایی را می‌توان اعمال کرد؟ و به طور مشخص، آیا جرم‌انگاری نقض محدودیت‌های مشروع بر آزادی بیان می‌تواند راه حلی موجه باشد یا باید سراغ سازوکارهای دیگری رفت؟ واقعیت آن است که مهم‌ترین محدودیتی که در نتیجه تزامم دو حق یادشده اعمال شده است، جرم‌انگاری توهین و افترا و نشر اکاذیب است؛ سیاستی که به باور برخی حقوق‌دانان و پژوهشگران علوم اجتماعی، به رغم کارکردهای مثبتش، خواسته یا ناخواسته کارکردهای پنهانی دارد که همانا تبدیل تعقیب کیفری و مجازات به ابزار برای مسدود یا تنگ کردن فضای نقد و شفاف‌سازی به ویژه برای رسانه‌ها و مطبوعات و اهل قلم است. مسئله اصلی نیز بیشتر در ارتباط با مطبوعات و رسانه‌ها مطرح می‌شود که کارکرد و نقش اطلاع‌رسانی برای عموم جامعه دارند.

بر همین اساس، مدت‌هاست که جنبش جرم‌زدایی از جرایم توهین و افترا و نشر اکاذیب شکل گرفته و کم و بیش نیز بر سیاست جنایی کشورها تأثیرگذار بوده است که از جمله آن، قطعنامه ۱۵۷۷ مجمع پارلمانی شورای اروپاست که در سال ۲۰۰۷ با عنوان «پیش به سوی جرم‌زدایی از نشر اکاذیب و افترا» تصویب شد. با وجود این در کشورهای زیادی، افترا و نشر اکاذیب همچنان جرم است و گاه کیفرهای شدیدی



مانند حبس را در پی دارد؛ برای نمونه، اغلب کشورهای اروپایی در عمل چنین سیاستی دارند که می‌توان از بلژیک، کرواسی، دانمارک، فنلاند، آلمان، ایتالیا، هلند، رومانی، اسپانیا و سوئیس نام برد. مجازات این جرایم در برخی از این کشورها گاه شدید است؛ برای نمونه، ماده ۵۹۵ قانون جزای ایتالیا، مجازات شش ماه تا سه سال حبس را برای این جرایم در نظر گرفته است. این قانون همچنین مجازات شدیدتری را چنانچه قربانی یک شخصیت سیاسی باشد، در نظر گرفته است؛ یعنی از شهرت و اعتبار چهره‌های دولتی حمایت بیشتری می‌کند. این امر برای چند نظام حقوقی دیگر با قوانین مشابه نیز صدق می‌کند؛ مانند استونی، آلمان و دانمارک. مطابق با قانون جزای استونی، افترا به نماینده دولت یا شخص دیگری که از نظم عمومی محافظت می‌کند یا یک قاضی در رابطه با انجام وظیفه‌اش در اجرای عدالت، مشمول مجازات مالی<sup>۱</sup> یا تا دو سال حبس است (مفاد مواد ۲۷۵ و ۳۰۵). در مقابل، افترا به یک فرد معمولی به عنوان افترای مدنی<sup>۲</sup> محسوب شده و تحت قانون تعهدات با جریمه نقدی<sup>۳</sup> قابل مجازات است (Spaic et al., 2016: 22-23). در برخی کشورهای آسیایی توسعه‌یافته مانند کره جنوبی نیز چنین وضعیتی حاکم است و قوانین سفت و سخت جزایی اجرا می‌شود (Park, 2017).

از آنجا که این جرایم در حقوق ایران تابع دو نظام حدی و تعزیری هستند، مجازات‌ها و سیاست‌های کیفری متفاوتی نیز دارند. توهین به رؤسای جمهور و مجلس و دیگر مقامات دولتی (ماده ۶۰۹) و نیز مقامات سیاسی خارجی (ماده ۵۱۷) مشمول مجازات حبس می‌شود. آن دسته از مرتکبان جرایم تعزیری که بزه‌دیده آن‌ها افراد و اشخاص عادی‌اند، به پرداخت جزای نقدی محکوم می‌شوند که بیانگر رویکرد کیفری ملایم و نرم است. توهین کنندگان به زنان و اطفال نیز چنانچه در معابر و اماکن عمومی مرتکب توهین شوند، به حبس و شلاق محکوم می‌شوند (ماده ۶۱۹).

این رویکرد افتراقی در برخی کشورهای دیگر نیز مشاهده می‌شود؛ مثلاً در آلمان،

- 
1. Pecuniary punishment.
  2. Civil defamation.
  3. Fine.

مطابق با ماده ۱۸۸ قانون مجازات، مجازات افترا و نشر اکاذیب علیه یک شخص دولتی با هدف محدود کردن فعالیت‌های دولتی او، حبس تا پنج سال است. در مقابل، افترا و نشر اکاذیب به یک شخص معمولی با جزای نقدی یا حبس تا یک سال همراه است (ماده ۱۸۷). حسب ماده ۲۶۷ قانون مجازات دانمارک، انتشار ادعاهایی که به عزت نفس یا شهرت فرد در جامعه آسیب می‌زند، با مجازات جریمه یا تا چهار ماه حبس مواجه می‌شود. اگر شخص مورد افترا یک شخصیت دولتی باشد، آنگاه حبس به حداکثر شش ماه می‌رسد. ماده ۲۶۸ همچنین بیان می‌کند که اگر اظهارات افتراآمیز با سوءنیت گفته شود یا مجرم علم داشته باشد که این اطلاعات غلط است، حبس تا دو سال افزایش می‌یابد (Ibid.).

کمیسیون ضد نژادپرستی و عدم مدارای اروپا<sup>۱</sup> در راستای محدودپذیر بودن حق آزادی بیان، در توصیه عمومی و سیاستی شماره ۷ خود، حتی در مواردی بر اعمال محدودیت‌های کیفری تأکید کرده است. بر اساس توصیه فوق، تحریک علنی به خشونت، نفرت یا تبعیض، یا تهدید یک فرد یا گروهی از افراد به دلایل نژادی، رنگ، زبان، مذهب، ملیت یا با منشأ ملی یا قومی، چنانچه این اعمال عمدی باشند، باید وجه کیفری پیدا کند.<sup>۲</sup> در ایران تقریباً با همین مضمون، در سال ۱۳۹۹ ماده‌ای با شماره ۴۹۹ مکرر به قانون تعزیرات افزوده شد که بر اساس آن:

«هر کس با قصد ایجاد خشونت یا تنش در جامعه و یا با علم به وقوع آن به قومیت‌های ایرانی یا ادیان الهی یا مذاهب اسلامی مصرح در قانون اساسی توهین نماید، چنانچه مشمول حد نباشد و منجر به خشونت یا تنش شده باشد، به حبس و جزای نقدی درجه پنج یا یکی از آن دو محکوم و در غیر این صورت، به حبس و جزای نقدی درجه شش یا یکی از آن دو محکوم می‌شود».

البته با توجه به جرم بودن توهین پیش از الحاق ماده یادشده، حکم این ماده باید تنها حمایت کیفری افتراقی از طریق تشدید مجازات محسوب شود.

در مجموع، اعمال محدودیت بر حق آزادی بیان، وقتی به ارزش‌ها و حقوق مهم

1. The European Commission against Racism and Intolerance (ECRI).

2. <<https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-7-revised>>.

دیگری تعرض می‌کند، امری پذیرفته‌شده است که رعایت این محدودیت‌ها را می‌توان با پیش‌بینی ضمانت اجراهای قانونی تضمین کرد؛ با این توضیح که لازم است حمایت و مداخله کیفری وجهی استثنایی و مشروط داشته باشد تا از اعمال محدودیت ناروا به حق آزادی بیان پیشگیری گردد. پیامدهای رویکرد سزاگرایانه به افترا و نشر اکاذیب به‌ویژه طرح شکایت‌های کیفری فراوان علیه خبرنگاران و رسانه‌ها و گاه محکومیت‌های کیفری شدید آن‌ها، موجب پیدایش «جنبش جرم‌زدایی» از جرایم موضوع بحث شد.

## ۲. الگوی جرم‌زدایی و مسئولیت مدنی

### ۱-۲. جرم‌زدایی و تعادل دو حق

گرچه قوانین فعلی در بیشتر کشورها به دنبال برقراری تعادل بین حق حفظ حریم خصوصی و حق آزادی بیان هستند، در عمل گاهی دستیابی به برقراری این تعادل دشوار است. اغلب کشورها معیارها و ضوابط حقوقی و روش‌هایی برای دستیابی به این تعادل پیش‌بینی کرده‌اند؛ اما شکل و محتوای رویکردشان به ویژه در زمینه قوانین مربوط به افترا و نشر اکاذیب خیلی متفاوت است. برخی کشورها سیاست جرم‌زدایی / کیفرزدایی از این جرایم را در پیش گرفته و در عمل به کار بسته‌اند.

جرم‌زدایی در یک تعریف:

«مجموع فرایندهایی است که از طریق آن‌ها، صلاحیت تعیین و اعمال ضمانت اجراها به عنوان واکنش علیه برخی رفتارها از نظام کیفری سلب می‌شود» (گزارش شورای اروپا درباره جرم‌زدایی، ۱۹۸۰: ۱۳، به نقل از: پرادل، ۱۴۰۰: ۱۴۶).

گرچه این سیاست ممکن است حسب جرایم مختلف، اهداف گوناگونی از جمله کاهش جمعیت کیفری زندان یا پیشگیری از انگ‌زنی (همان) یا عدم اثربخشی مجازات (ر.ک: غلامو، ۱۳۹۶) را در مدّ نظر داشته باشد، جنبش جرم‌زدایی از جرایم افترا و نشر اکاذیب به طور مشخص بیشتر بر پایه این ایده شکل گرفته است که ارزش مورد حمایت در حق آزادی بیان به اندازه‌ای مهم است که حتی در حالت تزاخم با حق حفاظت از آبرو و شهرت، قابل محدود شدن با جرم و مواجه شدن با پاسخ کیفری و

مجازات نیست. این نوع جرم‌زدایی از رهگذر سیاست تساهل شکل می‌گیرد؛ تساهلی که هم مبتنی بر پاسداشت یک حق (آزادی بیان) است و هم یا تزامم دو حق (حق به حفظ شهرت و حق آزادی بیان) و بیشتر ناشی از مطالبات و فشار جامعه مدنی است، تا اراده و خواست دولت‌ها و نظام عدالت کیفری (دلماس - مارتی، ۱۳۹۸: ۳۹۷-۴۰۳). در واقع، به رغم اینکه دولت‌ها ادعا می‌کنند در این ارتباط، مداخله کیفری برای حفظ نظم عمومی و حمایت از حقوق افراد ضروری است، شهرت و آبرو، منافع شخصی و خصوصی اشخاص است که می‌تواند به طور کامل توسط حقوق خصوصی و بدون واکنش جزایی محافظت شود.<sup>۱</sup> دعوای افترا و نشر اکاذیب باید منحصرأً به یک راه حل مدنی تبدیل شود تا دو ارزش متضاد را با هم آشتی دهد؛ حق یک فرد برای شهرت و حق مطبوعات آزاد برای انتشار. نظام عدالت کیفری جایی در حل این اختلافات شخصی ندارد (Yanchukova, 2003: 893). این جنبش با ناموجه دانستن تعیین مجازات برای سخن گفتن و نوشتن در فرضی که حاوی مطالب و انتسابات نادرست و افتراآمیزند، بر این باور است که نظام حقوقی برای قربانیان آسیب‌دیده از این رفتارها، تنها پاسخ‌ها و جبران‌های مدنی و غرامت را در نظر بگیرد و بدین طریق از حقوق آن‌ها حمایت قانونی کند تا از یکسو، امکان قانونی برای سوءاستفاده قدرت و سرکوب نقد و شفاف‌سازی فراهم نشود و از سوی دیگر، مجالی برای غرض‌ورزی و آسیب رساندن به تمامیت معنوی اشخاص نباشد. در همین راستا بوده است که کمیته حقوق بشر سازمان ملل در اظهارنظر عمومی شماره ۳۴ سال ۲۰۱۱ از دولت‌ها خواسته است تا از افترا و نشر اکاذیب جرم‌زدایی کنند و از دولت‌هایی که همچنان قائل به حفظ جنبه جزایی افترا و نشر اکاذیب هستند، خواسته تا حتماً حبس‌زدایی کنند (General comment No. 34, 2011).

بنابراین به نظر می‌رسد که سیاست مدّ نظر در اظهارنظر عمومی یادشده، شامل جرم‌زدایی و کیفرزدایی می‌شود؛ با این توضیح که کیفرزدایی<sup>۲</sup> لزوماً به معنای لغو همه ضمانت

۱. گفتنی است نشر برخی اکاذیبی که جنبه عمومی و امنیتی پیدا می‌کنند، مقوله‌ای جداگانه و متفاوت است که از نظر حقوقی و قانونی اصولاً در قالب جرایم علیه امنیت و نظم عمومی در نظر گرفته می‌شوند، نه اشخاص؛ برای مثال، نشر این خبر کذب که در یک هواپیما یا مکان عمومی بمب‌گذاری شده است، جرمی امنیتی است.

2. Depenalization.

اجراهای کیفری یک جرم نیست، بلکه در معنای فراخ، کاستن از شدت مجازات (تعدیل کیفر) را نیز شامل می‌شود (آنسل، ۱۳۹۵).

همچنین مجمع پارلمانی شورای اروپا به موجب بند ۱۷ قطعنامه شماره ۱۵۷۷ سال ۲۰۰۷ درباره افترا و نشر اکاذیب<sup>۱</sup> از کشورهای عضو خواسته تا کیفر حبس در خصوص افترا و نشر اکاذیب را بدون هیچ گونه تأخیری لغو کنند؛ از تعقیب کیفری سوءاستفاده نکنند و نیز استقلال دادستان در این موارد تضمین شود؛ مفهوم افترا و نشر اکاذیب را با دقت بیشتری در قوانین خود تعریف کنند تا از اعمال خودسرانه قانون جلوگیری شود و اطمینان حاصل شود که قوانین مدنی، حمایت مؤثری را از حیثیت افراد متأثر از افترا و نشر اکاذیب فراهم می‌کند.<sup>۲</sup> گفتنی است پیش از این قطعنامه که به طور ویژه درباره جرایم افترا و نشر اکاذیب صادر شده، کمیته اروپایی مسائل مربوط به جرم شورای اروپا در سال ۱۹۸۰ نیز گزارشی درباره جرم‌زدایی در اروپا ارائه و راهکارهایی برای جرم‌زدایی جرایم پیشنهاد داده بود (برای ترجمه فارسی ر.ک: گزارش جرم‌زدایی اروپا، ۱۳۸۴).

افترا و نشر اکاذیب در انگلستان، تنها موجب مسئولیت مدنی<sup>۳</sup> می‌گردد. مطابق با قانون افترا و نشر اکاذیب مصوب ۲۰۱۳ انگلستان، یک رفتار افترا و نشر اکاذیب در نظر گرفته نمی‌شود، مگر اینکه به شهرت مدعی زیان شدید وارد شده یا احتمالاً زیان ببیند یا به نهادهای انتفاعی ضررهای مالی شدید وارد کند.... اما جرم‌زدایی در کشورهای اروپای شرقی در مقایسه با انگلستان که متعلق به سنت حقوقی متفاوتی‌اند و شرایط سیاسی و اجتماعی و اقتصادی متفاوتی نیز دارند، مسئله ساده‌ای نبوده است. این کشورها که برای پیوستن به اتحادیه اروپا ناگزیر به جرم‌زدایی قانونی از افترا و نشر اکاذیب و توهین شده‌اند، اقدامات تقنینی مهمی را در این راستا انجام داده‌اند. در مقدونیه شمالی از سال ۲۰۱۲ و پس از تصویب اصلاحات قانون جزا و قانون مسئولیت مدنی در قبال توهین و افترا و نشر اکاذیب در همین سال، از رفتارهای یادشده جرم‌زدایی شد؛

1. Parliamentary Assembly, Resolution 1577, "Towards decriminalization of defamation", 2007, <<https://assembly.coe.int>>.

2. <<https://assembly.coe.int>>.

3. Tort.

یعنی سیاست جرم‌زدایی قانونی و واگذاری ادعاهای زیان‌دیدگان آن به دادگاه‌های حقوقی. قانون مسئولیت مدنی در قبال توهین و افترا و نشر اکاذیب به صاحبان مشاغل عمومی این امکان را نمی‌دهد که در مقام رسمی خود (رئیس‌جمهور، نخست‌وزیر، وزیر و...) شکایت کنند، بلکه تنها می‌توانند در مقام شخص حقیقی شکایت کنند. در برخی دیگر از کشورها گرچه از افترا و نشر اکاذیب جرم‌زدایی شده، ولی همراه با استثنائاتی است که همانا توهین به مقامات دولتی و حکومتی است که همچنان وصف جزایی دارد. در واقع در این موارد، شخصیت بزه‌دیده از ارکان تشکیل‌دهنده جرم محسوب می‌شود و به نوعی از رویکرد جرم‌زدایی نسبی تبعیت می‌کنند. برای نمونه، به موجب ماده ۲۷۵ قانون مجازات استونی، افترا و نشر اکاذیب کیفری فقط زمانی محقق می‌شود که شخص مخاطب یک مقام دولتی باشد و اظهار بیان‌شده علیه او در رابطه با عملکرد یا وظایف دولتی‌اش باشد، که مرتکب با مجازات مالی<sup>۱</sup> یا حبس تا دو سال مواجه می‌شود (Majhosev & Majhosev, 2017: 38). اما وقتی شخص مخاطب شخص معمولی باشد، اظهارات افتراآمیز یا کذب، جرم نبوده و افترا و نشر اکاذیب مدنی<sup>۲</sup> محسوب می‌شود و موجب مسئولیت مدنی است.

جالب است با اینکه از شروط الحاق به اتحادیه اروپا، جرم‌زدایی از افترا و نشر اکاذیب است، در عمل قوانین جزایی کشورهای مختلف عضو اتحادیه اروپا نشان می‌دهد که اغلب آن‌ها رفتارهای یادشده را همچنان جرم می‌دانند. از میان ۲۸ کشور عضو اتحادیه اروپا، ۲۵ کشور افترا و نشر اکاذیب را به عنوان یک جرم تعریف کرده‌اند. از میان این ۲۵ کشور، ۲۱ کشور حتی حبس را به عنوان ضمانت اجرای ارتکاب افترا و نشر اکاذیب قابل اعمال می‌دانند. البته در بیشتر این ۲۱ کشور، حبس زمانی اعمال می‌شود که مخاطب (بزه‌دیده)، شخصیت معروفی باشد (Spaic et al., 2016: 22). در واقع، برخی کشورهایی که برای عضویت در اتحادیه اروپا ناگزیر به اتخاذ سیاست جرم‌زدایی از افترا و نشر اکاذیب شدند، پس از عضویت، به وضعیت قبل برگشتند و دست به بازجرمانگاری زدند؛ برای مثال، کرواسی در سال ۲۰۰۵ افترا و نشر اکاذیب را

1. Pecuniary punishment.  
2. Civil defamation.

در پاسخ به شرط ورود در اتحادیه اروپا جرم‌زدایی کرد، ولی به محض اینکه به عنوان عضوی از اتحادیه اروپا پذیرفته شد، آن را به عنوان یک جرم کیفری که با جزای نقدی و نه حبس، قابل مجازات است، در قانون مجازات خود (ماده ۱۴۹) وارد کرد.<sup>۱</sup> این بدان معناست که مشکلات و مسائل ناشی از جرم‌انگاری هنوز باقی است و همین واقعیت موجب صدور آراء متعدد در دادگاه اروپایی حقوق بشر شده است.

برخی کشورها رویکرد کیفری میانه و ملایم‌تری را در پیش گرفته‌اند و افترا و نشر اکاذیب گرچه جنبه کیفری داشته و جرم است، ولی مجازاتش حبس یا کیفرهای شدید دیگر نیست. به عبارتی، سیاست کیفرزدایی قانونی نسبی (دلماس - مارتی، ۱۳۹۸: ۳۵۶-۳۵۷) را اتخاذ کرده‌اند؛ برای مثال، در بلغارستان، فرانسه و لتونی، افترا و نشر اکاذیب جرمی بدون کیفر حبس است. ماده ۱۵۷ قانون مجازات لتونی اعلام می‌کند که مجازات برای فردی که عالمانه و عامدانه مرتکب پخش محتوای نادرست و افتراآمیز<sup>۲</sup> علیه فردی می‌شود، با ضمانت اجرای خدمات اجتماعی یا جزای نقدی روبه‌رو می‌گردد. این قانون همچنین اعلام می‌کند:

«برای افترا از طریق رسانه جمعی، مجازات‌های محرومیت موقتی از آزادی‌ها یا انجام خدمات اجتماعی یا جزای نقدی قابل تعیین است».

در حقوق کیفری ایران نیز به تازگی شاهد کیفرزدایی (حبس‌زدایی و شلاق‌زدایی) از جرایم توهین و افترا موضوع مواد ۶۰۸ و ۶۹۷ قانون تعزیرات در سال ۱۳۹۹ بوده‌ایم. به موجب قانون «کاهش مجازات حبس تعزیری»، کیفر توهین به اشخاص عادی از مجازات بدنی شلاق تا ۷۴ ضربه<sup>۳</sup> تبدیل به جزای نقدی درجه شش گردید و کیفر افترا از یک ماه تا یک سال حبس و تا ۷۴ ضربه شلاق و یا یکی از آن‌ها به جزای نقدی درجه شش تبدیل شد. افزون بر این، جدا از توهین ساده که قابل گذشت بود، توهین به

1. <<https://www.ilo.org>>.

2. Untrue and defamatory content.

۳. گفتنی است که کیفر دیگر این جرم، جزای نقدی ناچیز پنجاه هزار تا یک میلیون ریال بود که تعیین شلاق یا جزای نقدی در اختیار قاضی قرار داشت. گرچه مبلغ جزای نقدی پیشین کمتر از کنونی است، ولی از آن جهت که کیفر بدنی شلاق حذف شده، تغییر نگرش و سیاست مهمی است.

کارمندان و مقامات دولتی موضوع ماده ۶۰۹ و افترا و نشر اکاذیب موضوع مواد ۶۹۷ و ۶۹۸ نیز گذشت پذیر اعلام شد که بر اساس تبصره الحاقی به ماده ۱۰۴ قانون مجازات اسلامی، حداقل و حداکثر مجازات آن‌ها نیز به نصف تقلیل یافت. با این تفاوت مهم که سیاست کیفرزایی مقرر در قانون ۱۳۹۹، آن گونه که از عنوان قانون نیز مشخص است، متکی بر ایده ایجاد تعادل بین حق به شهرت و آبرو و حق آزادی بیان نیست؛ بلکه همچنان که بسیاری دیگر از جرایم را در بر گرفته، کاهش جمعیت کیفری زندان مقصود اصلی بوده و در نتیجه، خاستگاهی متفاوت از کیفرزایی در جرایم موضوع بحث دارد.

البته توسل به الگوی مدنی و جبران خسارت در خصوص توهین و افترا و نشر اکاذیب نیز حل کننده همه مسائل نبوده و چالش‌های حقوقی دارد که نیازمند دقت است و شاید مهم‌ترینش، مبنای مبانی مسئولیت مدنی ناشی از رفتارها و اظهارات وهن آمیز و کذب باشد.

## ۲-۲. رویکرد مدنی و مبنای جبران خسارت

صرف نظر از رویکردهای مختلف حقوق کیفری در مواجهه با توهین، افترا و نشر اکاذیب، مسئله‌های مهمی نیز در مسیر ساماندهی نظام جبران خسارت ناشی از اعمال مزبور وجود دارد. باید به این پرسش بنیادی پاسخ داد که با توجه به ملاحظات گفته شده و ضرورت پاسداشت از حق آزادی بیان، از میان مبانی مسئولیت مدنی کدام مبنا برای جبران خسارت ناشی از توهین، افترا و نشر اکاذیب مناسب‌تر است؟ و اینکه آیا در همه موارد، خسارت ناشی از این اعمال باید جبران گردد؟ عمده بحث در رابطه با مسئولیت مدنی ناشی از این اعمال، به امکان‌سنجی قابلیت جبران خسارت معنوی، مبنای قلمرو قابل جبران بودن آن با در نظر گرفتن ویژگی‌های توهین، افترا و نشر اکاذیب مربوط می‌شود.

### ۲-۱-۲. شمول قواعد عام یا اعمال قواعد خاص؟

در برخی نظام‌های حقوقی، جبران خسارت ناشی از رفتارهای موضوع بحث با توسل به قواعد عمومی مسئولیت مدنی حل و فصل می‌گردد؛ حال آنکه در برخی دیگر



از نظام‌های حقوقی مانند انگلستان که عموماً رویکرد مدنی نسبت به موضوع اتخاذ کرده‌اند،<sup>۱</sup> افترا و نشر اکاذیب موجبی مستقل برای تحقق مسئولیت مدنی است و مبنا و ارکان تحقق خاص خود را دارد (McBride & Bagshaw, 2018: 497-550). شایان ذکر است که به طور سنتی، در حقوق انگلستان قاعده‌ای عام که مبین مبنا، شرایط و موانع تحقق مسئولیت مدنی باشد، وجود ندارد. در این نظام حقوقی، با شمار زیادی از موجبات متفاوت برای تحقق مسئولیت مدنی مواجهیم که هر مورد به صورت جداگانه قابل مطالعه است و قلمرو متفاوتی را به خود اختصاص می‌دهد؛ موجباتی نظیر بی‌احتیاطی،<sup>۲</sup> مزاحمت،<sup>۳</sup> توهین، افترا و نشر اکاذیب (دفمیشن)؛ اگرچه در طول زمان با توجه به تحولات صورت گرفته در رویه قضایی، بی‌احتیاطی جایگاه اصلی را در بین موجبات مسئولیت مدنی پیدا کرد و امروزه به عنوان موجب اصلی و عام تحقق مسئولیت مدنی در این نظام حقوقی به شمار می‌آید (Markesinis & Deakin, 1999: 69). بنابراین افترا و نشر اکاذیب در حقوق انگلستان موجبی مستقل برای تحقق مسئولیت مدنی محسوب می‌شود که مبنا و شرایط خاص خود را دارد که از آن جمله می‌توان به وهن‌آمیز بودن اظهار ابرازی، انتشار اظهار، معین بودن مخاطب اظهار و همچنین فاحش بودن میزان خسارت اشاره داشت (McBride & Bagshaw, 2018: 503-515; Greene, 2017: 159-181; Mullis & Oliphant, 2003: 309-315; Markesinis & Deakin, 1999: 606-621). با وجود این، خاطرنشان می‌شود که گستره قابل توجه بی‌احتیاطی از یکسو و توجه به برخی دفاعیات در دسترس برای خواننده در دعاوی مسئولیت مدنی ناشی از افترا و نشر اکاذیب از سوی دیگر، مبین این است که تا اندازه‌ای منابع مزبور به هم نزدیک شده‌اند. برای نمونه، دفاع «انتشار بدون تقصیر»<sup>۴</sup> موضوع ماده ۱ قانون افترا و نشر اکاذیب ۱۹۹۶ قابل اشاره است که در رویه قضایی نیز از جمله در

۱. بر خلاف افترا و نشر اکاذیب گذرا/شفاهی که تنها واجد جنبه حقوقی بوده و اصطلاحاً خطای مدنی (civil wrong) است و ابزار مواجهه با آن مسئولیت مدنی است، در رابطه با گونه ماندگار/کتبی با حصول شرایطی امکان کیفر هم وجود دارد (Harpwood, 2009: 373).

2. Negligence.
3. Nuisance.
4. Innocent dissemination.

پرونده گاتفری علیه دمون اینترنت<sup>۱</sup> در سال ۲۰۰۱ مورد توجه قرار گرفته است (McBride & Bagshaw, 2018: 540; Greene, 2017: 166-167; Harpwood, 2009: 381).

در حقوق ایران در رابطه با جبران خسارت ناشی از روابط غیر قراردادی، شاهد رویکردی دوگانه هستیم. از یکسو با احکام قانون مدنی مواجهیم که در بحث «ضمان قهری» کاملاً تحت تأثیر فقه امامیه نگاشته شده است و از سوی دیگر، با رویکرد قانون مسئولیت مدنی روبه‌رو هستیم که مبتنی بر منطق متفاوتی است. فقهای امامیه مباحثی را که در حقوق نوین تحت عنوان «مسئولیت مدنی» مورد مطالعه قرار می‌گیرد، تحت عنوان «ضمان قهری» بررسی می‌کنند. در فقه امامیه نیز مانند حقوق انگلستان، فقها با قاعده عمومی در این خصوص مواجه نیستند و مباحث «ضمان قهری» را ذیل موجبات مشخصی نظیر اتلاف، تسبیب و غصب مورد بررسی قرار داده و خارج از آن را تابع اصل براءت می‌دانند. این رویکرد، مورد اقتباس قانون مدنی در مواد ۳۰۷ به بعد نیز قرار گرفته است. به صورت دقیق، آنچه در فقه امامیه تحت عنوان «ضمان قهری» است، مورد متابعت قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی قرار گرفته است. بر همین اساس، مواد ۳۰۷ تا ۳۳۷ قانون مدنی تحت عنوان «ضمان قهری» و مواد ۴۹۲ تا ۵۳۷ قانون مجازات اسلامی تحت عنوان «موجبات ضمان» بیان شده‌اند. در هیچ یک از مواد قانون مدنی که قواعد «ضمان قهری» را بر بنیاد فقه امامیه سامان داده است، شاهد شناسایی خسارت معنوی به عنوان خسارت قابل جبران نیستیم و تمام بحث حول جبران خسارت مالی استوار است. با این توضیحات، صرف‌نظر از اشکالات مرسوم درباره پذیرش جبران خسارت معنوی مانند عدم امکان ارزیابی خسارت معنوی و یا عدم قابلیت تقویم آن با پول که البته بی‌اعتباری این اشکالات در جای خود ثابت شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۵۵-۲۶۱)، چالش اصلی فقهی پذیرش جبران خسارت معنوی، عدم شمول قواعد «ضمان قهری» نسبت به آن است (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۷/۴۱؛ نراقی، ۱۴۱۷: ۵۰).

۱. Godfrey v. Demon Internet. در این پرونده، خواهان از خواننده درخواست نمود تا مقاله‌ای را که متضمن افترا و نشر اکاذیب است، از کارگزار (سرور) حذف نماید؛ لیکن خواننده برای مدت ده روز از حذف آن خودداری کرد. دادگاه خواننده را در خصوص آن دوره زمانی مسئول دانست. نظر به آگاهی خواننده از آن، امکان توسل به دفاع مبنی بر انتشار بدون تقصیر بر پایه ماده ۱ قانون توهین مصوب سال ۱۹۹۶ نیز طبعاً منتفی است.

بر خلاف ترتیبات فوق و با توجه به خلأهای موجود، در سال ۱۳۳۹ قانون مسئولیت مدنی تحت تأثیر نظام حقوقی نوشته مشخصاً حقوق آلمان و سوئیس به تصویب رسید (امیری قائم مقام، ۱۳۸۵؛ ۱۷۷/۱؛ بابائی، ۱۳۹۴: ۳۶). این قانون، قاعده عمومی برای «مسئولیت مدنی» طراحی کرده و از جمله جبران خسارت معنوی را پذیرفته است. در ادامه به تأثیر تمایز این رویکرد دوگانه در بحث حاضر از منظر حقوق ایران خواهیم پرداخت.

## ۲-۲-۲. مبنای جبران خسارت ناشی از توهین، افترا و نشر اکاذیب

شناسایی مبنای جبران خسارت ناشی از توهین، افترا و نشر اکاذیب به صورت دقیق و مبتنی بر تحلیل، نیازمند توجه به تمایز ماهوی «مسئولیت مدنی» و «ضمان قهری» است؛ چه اینکه همان طور که بیان خواهد شد، مبنای جبران خسارت در هر یک از سازوکارهای فوق با هم متفاوت است. بنابراین در بادی امر باید مشخص شود که موضوع مورد بحث، مشمول کدام یک از این عناوین است تا در گام بعد نسبت به شناسایی مبنا اقدام گردد.

تصویب قانون مسئولیت مدنی، پرسش‌های مهمی را درباره مبنای «مسئولیت مدنی» و قلمرو خسارت قابل جبران، پیش روی نظام حقوقی ایران قرار داد. در ماده ۱ این قانون در رویکردی متفاوت با فقه امامیه و به تبع آن قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی، «تقصیر» به عنوان مبنای عام مسئولیت مدنی مطرح شد و قلمرو خسارت قابل جبران شامل خسارت معنوی نیز گردید. به نظر می‌رسد دلیل اصلی رویکرد متفاوت این قوانین را باید در تمایز ماهوی میان مفاهیم «ضمان قهری» و «مسئولیت مدنی» دانست (دریائی و کربلانی آقازاده، ۱۳۹۹: ۱۰۱). «ضمان قهری» مدنظر فقهای امامیه، حکم وضعی و رابطه ایجاد از آن، رابطه میان شخص و مال است که در اثر آن، بدل مال تلف شده در ذمه زیان‌زنده قرار می‌گیرد و زیان‌دیده به عنوان مالک دین، مالک مافی‌الذمه زیان‌زنده می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۸۳/۳؛ غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۱۱۸/۱؛ محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۹-۲۸؛ قربان‌پور، ۱۳۹۱: ۴۴-۲۹؛ امیدزنجانی، ۱۳۸۲: ۳۸). بر اساس نگاه سنتی غالب نزد فقهای امامیه، ایجاد و اسقاط ملکیت در ید شارع است (موسوی خویی، ۱۴۰۹: ۵۰/۱). «ضمان قهری»

به‌عنوان یکی از اسباب ملکیت، در صورت جمع ارکان آن، که شامل فعل زیانبار، «تلف مال» و رابطه استناد است، حاصل می‌شود. در خارج از موجبات ضمان، اصل برائت حاکم است و نمی‌توان حکم به مدیونیت زیان‌زننده کرد.<sup>۱</sup> به همین دلیل، برای نمونه در خسارت معنوی به دلیل اینکه حسب ادله «ضمان قهری»، «تلف مال» برای تحقق ضمان ضرورت دارد و این مهم در این مصداق فراهم نیست، نمی‌توان «ضمان قهری» را پذیرفت (حکمت‌نیا، ۱۳۸۹: ۲۹۶؛ وحدتی شبیری، ۱۳۸۸: ۱۸۹). به همین منظور است که جبران خسارت ناشی از توهین، افترا و نشر اکاذیب از نظر فقهی با چالش مواجه است. این در حالی است که ماهیت «مسئولیت مدنی»، حکم تکلیفی و رابطه شخصی میان زیان‌دیده با زیان‌زننده است (عبدی‌پورفرد و خسروآبادی، ۱۳۹۳: ۱۰۱؛ قربان‌پور، ۱۳۹۱: ۴۳-۴۴)؛ رابطه‌ای که در نتیجه آن، بدون اینکه الزاماً حکم وضعی مدیونیت وجود داشته باشد، تکلیف به پرداخت خسارت وجود دارد. این امر ریشه در منبع اقتباس متفاوت این دو قانون دارد. قانون مدنی بر مبنای فقه امامیه و قانون مسئولیت مدنی با الهام از حقوق رومی ژرمنی وضع شده است.<sup>۲</sup> قانون‌گذار که از یکسو با چالش خلأهای ناشی از تلقی مرسوم فقیهان نسبت به قواعد «ضمان قهری» مواجه بود و از سوی دیگر از تقابل با نظر سنتی غالب در فقه امامیه پرهیز داشت، راه حل را توسل به نظریه «مسئولیت مدنی» با تصویب قانون مسئولیت مدنی دانست و به این نیاز از این طریق پاسخ داد.<sup>۳</sup> به عبارت دیگر به جای اینکه همانند «ضمان قهری»، رابطه حقوقی را به

۱. فقهای امامیه در خصوص شناسایی قاعده لاضرر به عنوان یکی از موجبات ضمان قهری و همچنین بر فرض پذیرش آن، در شناسایی قلمرو خسارت قابل جبران بر بنیاد این قاعده، اختلاف نظر جدی دارند؛ برای نمونه برخی حتی پذیرش چنین نقشی را برای این قاعده، مستلزم تأسیس فقه جدید می‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۰/۳۷).

۲. یادآور می‌شویم که در حقوق رومی ژرمنی، حق عینی رابطه میان شخص با عین معین است و اگر موضوع، مال کلی باشد، از شمول این مفهوم خارج و ذیل حق شخصی فهم می‌شود. به واسطه مسئولیت مدنی، تعهد مبتنی بر مفهوم «حق شخصی» ایجاد می‌شود که اثر آن، الزام به «جبران خسارت» است. این در حالی است که از نظر حقوق اسلامی، همان طور که بیان شد، ملکیت به عنوان امری اعتباری، محدود به عین معین نیست و شامل اموال کلی و ملکیت دین نیز می‌گردد.

۳. برای مطالعه در خصوص امکان توسل به تعزیر در امور مدنی و به صورت مشخص تحقق مسئولیت مدنی ر.ک: دریائی و کربلائی آقازاده، ۱۳۹۹: ۱۰۷-۱۱۵.

ملکیت تعبیر کند، آن را به تعهد در «مسئولیت مدنی» تعبیر نمود و از این طریق بر محدودیت‌های ناشی از تلقی مرسوم نسبت به «ضمان قهری» فائق آمد.

نظر به آنچه بیان شد، امروزه در نظام حقوقی ایران، تردیدی در قابل جبران بودن خسارت معنوی ناشی از توهین، افترا و نشر اکاذیب راه ندارد و افزون بر مواد مختلف قانون مسئولیت مدنی مانند مواد ۱، ۲، ۸، ۹ و ۱۰، در قوانین دیگر نیز مانند ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، این مهم به رسمیت شناخته شده است.<sup>۱</sup> بدین سان با توجه به خروج خسارت معنوی از قلمرو «ضمان قهری»، مبانی مورد بحث در «ضمان قهری» مانند نقض مال یا احترام مال و ضرورت استناد آن به عامل زیان که اصولاً به عنوان مبنای تحقق ضمان قهری معرفی می‌گردد (حکمت‌نیا، ۱۳۸۹: ۱۲۵-۱۲۶؛ بابائی، ۱۳۹۴: ۱۳۵-۱۴۰؛ باریکلو، ۱۳۸۵: ۵۲-۵۵)، در بحث حاضر کارایی ندارد و مبنای «مسئولیت مدنی» از باب توهین، افترا و نشر اکاذیب را باید در قانون مسئولیت مدنی جستجو نمود. حسب آنچه در گذشته بیان شد، چه حق حفاظت از شهرت و آبرو و چه حق آزادی بیان، در ردیف حقوق قانونی اشخاص قرار دارد. بر این اساس، مطابق ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی که مقرر می‌دارد: «هر کس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی... به هر حق دیگر که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده، لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود، مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد»، نقض این حقوق می‌تواند مسئولیت مدنی عامل زیان را به همراه داشته باشد. صرف نظر از مفهوم مخالف این ماده که تقصیر را به عنوان مبنای عام مسئولیت مدنی معرفی می‌کند، در رابطه با خسارت معنوی نیز این مهم دوباره در ماده ۱۰ آن مورد توجه قرار گرفته است.

به نظر می‌رسد مبنای یادشده در رابطه با «مسئولیت مدنی» ناشی از توهین، افترا و نشر اکاذیب به عنوان اصل و قاعده قابل دفاع است؛ زیرا اصولاً شناسایی تقصیر به عنوان مبنا به نحو بهتری می‌تواند بین دو حق حفاظت از شهرت و آبرو و حق آزادی بیان، که

۱. لازم به ذکر است که مطابق ذیل تبصره ۲ ماده ۱۴: «... خسارت معنوی شامل تعزیرات منصوص شرعی و مواردی که دیه پرداخت می‌گردد، نمی‌شود»، توهین، افترا و نشر اکاذیب موضوع این مقاله، تعزیرات منصوص شرعی نیست.

هر دو به تعبیر ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی در ردیف حقوق قانونی اشخاص قرار دارند، تعادل برقرار کند. بر این اساس، عامل زیان در صورتی دارای مسئولیت مدنی خواهد بود که مرتکب تقصیر شده باشد و بیان هر گونه اظهاری بدون تقصیر، مسئولیتی برای او در پی نخواهد داشت. در واقع، شناسایی مسئولیت محض برای او با حق آزادی بیان که یکی از متغیرهای مهم در بحث حاضر است، هماهنگی ندارد؛ همان طور که عدم شناسایی مسئولیت به صورت کلی نیز با حق حفاظت از شهرت و آبرو در تضاد است. معیار شناسایی تقصیر، نوعی است و باید با رعایت اوضاع و احوال، شخص متعارف را در جایگاه عامل زیان قرار داد و نسبت به رفتار ارتكابی او قضاوت نمود. گفتنی است که حتی در نگاه طرفداران نظریه تضمین حق در مسئولیت مدنی (برای مطالعه این نظریه ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۰۸/۱-۲۱۰)، تقصیر در رابطه با خسارت معنوی بر خلاف خسارات مالی و بدنی، مبنای مسئولیت مدنی به شمار می‌آید.

در واقع، اتخاذ سیاست‌های جرم‌زدایی / کیفرزدایی و توسل به سازوکار مدنی در ارتباط با توهین، افترا و نشر اکاذیب، به این معنا نیست که در جملگی موارد، جبران خسارت جایگزین پاسخ‌های کیفری شود که اگر این گونه باشد، عملاً اصل آزادی بیان نادیده گرفته شده و نقض غرض رخ خواهد داد. بر این اساس، تقصیر به عنوان مبنا به نحو مناسب‌تری می‌تواند ایفای نقش کند و مسئولیت به پرداخت غرامت را محدود سازد؛ گرچه حسب اوضاع و احوال خاص، امکان شناسایی استثنائاتی نیز وجود دارد. بر خلاف تلقی مرسوم فقیهان که مورد متابعت قانون مدنی نیز قرار گرفته است، از نظر تحلیلی و انتقادی به باور نگارندگان، «ضمان قهری» به عنوان حکمی وضعی، چیزی جز یک اعتبار عقلایی نیست که در پاسخ به نیاز به جبران خسارت شکل گرفته است. بنابراین، این امکان وجود دارد که در همان ساختار فقهی، قلمرو آن را مورد بازخوانی قرار داد و زمینه جبران مصادیقی نظیر خسارت معنوی را فراهم نمود. بدیهی است که محدود نمودن قلمرو «ضمان قهری» به جبران خسارت مالی، با عقلایی بودن این اعتبار و همچنین مصلحتی که این اعتبار به دنبال آن است، در تنافی است. بر همین اساس با رعایت شرایطی می‌توان قلمرو آن را حتی شامل خسارت معنوی نیز دانست. در فرض پذیرش این امر، این پرسش قابل بیان است که آیا مانند «مسئولیت مدنی»، در

«ضمان قهری» نیز در رابطه با خسارت ناشی از توهین، افترا و نشر اکاذیب، می‌توان «تقصیر» را به عنوان مبنا معرفی نمود؟ همان طور که بیان شد، اصولاً در «ضمان قهری» به تقصیر به عنوان مبنا توجهی نمی‌شود. با وجود این، احترام به دو حق حفاظت از شهرت و آبرو و حق آزادی بیان، عقلایی بودن این اعتبار و مصلحتی که این اعتبار مبتنی بر آن است، ایجاب می‌کند که در اینجا تقصیر مبنای تحقق ضمان قرار گیرد؛ به ویژه که توجه به تقصیر به عنوان مبنای ضمان در فقه امامیه نیز بدون پیشینه نیست و در برخی از موارد خاص و استثنایی دیگر نیز حسب ملاحظاتی به آن توجه شده است. برای نمونه می‌توان به ضمان پزشک موضوع ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی و یا ضمان قاضی موضوع اصل ۱۷۱ قانون اساسی و همچنین ماده ۵۲۹ قانون مجازات اسلامی اشاره داشت.<sup>۱</sup>

## ۲-۲-۳. تأثیر تقصیر در میزان و شیوه جبران خسارت ناشی از توهین، افترا و نشر اکاذیب

شناسایی تقصیر به عنوان مبنای جبران خسارت ناشی از توهین، افترا و نشر اکاذیب، افزون بر اینکه به نحو منطقی تری می‌تواند منجر به برقراری تعادل شود، در تعیین میزان

۱. گفتنی است که مطلب اخیر، متفاوت با تلقی آن دسته از حقوق‌دانانی است که با خلط ماهوی «مسئولیت مدنی» و «ضمان قهری»، تقصیر را به صورت کلی اعم از اتلاف و تسبیب (امیری قائم مقام، ۱۳۸۵: ۱۸۷-۱۸۹) یا به صورت جزئی در تسبیب (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۲۱-۲۲۲/۱؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۸۹: ۸۴) به عنوان مبنای «ضمان قهری» در حقوق ایران معرفی کرده‌اند. برای تحقق اتلاف اعم از مباشرت و تسبیب، تقصیر مبنا و یا شرط تحقق ضمان نیست؛ بلکه کارکردش در ذیل رابطه سببیت و برای احراز استناد خسارت به عامل زیان است (بابائی، ۱۳۹۴: ۱۳۸). همان طور که بیان شد، در حقوق اسلامی «ضمان قهری» در ردیف احکام وضعی قرار دارد و اصولاً وضعیت روانی عامل زیان مد نظر قرار نمی‌گیرد. بر همین اساس است که در ماده ۱۲۱۶ قانون مدنی حتی در صورت مجبور بودن عامل زیان، امکان تحقق «ضمان قهری» وجود دارد (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۹؛ حکمت‌نیا، ۱۳۸۹: ۱۲۵؛ قربان‌پور، ۱۳۹۱: ۶۶؛ عبدی‌پورفرد و خسروآبادی، ۱۳۹۳: ۱۰۲). هنگامی که برای نمونه، مجنون در این تلقی می‌تواند ضامن به شمار آید، بدیهی است که حکم وضعی ضمان، دائرمدار تقصیر یا عدم تقصیر عامل زیان نخواهد شد. افزون بر آن، مواد متعددی از قانون مجازات اسلامی بر عدم موضوعیت تقصیر در تحقق اتلاف و تسبیب و صرفاً نقش آن در احراز رابطه استناد به وضوح تأکید نموده است. از آن جمله می‌توان به مواد ۴۹۲، ۵۲۶ و ۵۲۸ اشاره داشت. همان طور که بیان شد، به طور استثنایی و حسب ملاحظاتی خاص ممکن است در مواردی در «ضمان قهری» نیز تقصیر مبنای ضمان قرار گیرد.

خسارت و همچنین نحوه جبران خسارت اثرگذار است که در ادامه به دو مورد آن اشاره می‌شود.

مورد نخست، ریشه در این حقیقت دارد که خسارت ناشی از اعمال مورد بحث، صرف نظر از مواردی که این خسارت تجلی بیرونی دارد، مانند مواردی که به اعتبار تجارتی شخصی آسیب وارد می‌شود و این مهم تأثیر خود را بر درآمدهای او نشان می‌دهد، در بسیاری از موارد تجلی خارجی ندارد و امری درونی برای زیان دیده است. از این رو، تعیین میزان خسارت با دشواری بسیاری مواجه خواهد بود. حتی اگر در این موارد، هدف از جبران خسارت را تشفی خاطر زیان دیده بدانیم، قابل انکار نیست که در هر صورت نیازمند ابزاری برای تعیین میزان خسارت پرداختی هستیم که تا حد امکان عدالت برقرار شود. توجه به تقصیر عامل زیان و شدت و ضعف آن، که بر خلاف خسارت وارده دارای تجلی خارجی است، می‌تواند یکی از معیارهای معقول برای تعیین میزان خسارت قابل جبران به شمار آید و با هدف بازدارندگی حقوق مسئولیت مدنی نیز همخوانی دارد، گرچه نمی‌توان آن را یک معیار قطعی دانست (همان: ۲۵۶-۲۵۸؛ بابایی، ۱۳۹۴: ۷۲). با توجه به ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی که بیان می‌دارد: «دادگاه میزان زیان و طریقه و کیفیت جبران آن را با توجه به اوضاع و احوال قضیه تعیین خواهد کرد...»، دادگاه می‌تواند شدت و ضعف تقصیر و نحوه ارتکاب توهین، افترا و نشر اکاذیب از سوی عامل زیان را به عنوان یکی از عوامل دخیل در اوضاع و احوال قضیه تلقی و در تصمیم‌گیری لحاظ نماید.

مورد دوم، ناظر به شیوه جبران خسارت است. شیوه‌های متفاوتی برای جبران خسارت حاضر می‌توان در نظر گرفت، مانند پرداخت پول یا مالی (چه بابت تشفی خاطر زیان دیده باشد و چه بابت پیامدهای مالی خسارت معنوی) و همچنین الزام بر انجام یا عدم انجام کاری همچون الزام به عذرخواهی یا متوقف شدن اعمالی که موجب نشر اکاذیب است (McBride & Bagshaw, 2018: 542). در خصوص مورد اخیر، ماده ۸ قانون مسئولیت مدنی مقرر می‌دارد:

«کسی که در اثر تصدیقات یا انتشارات مخالف واقع، به حیثیت و اعتبارات و موقعیت دیگری زیان وارد آورد، مسئول جبران آن است. شخصی که در اثر انتشارات



مزبور یا سایر وسایل مخالف با حسن نیت، مشتریانش کم و یا در معرض از بین رفتن باشد، می‌تواند موقوف شدن عملیات مزبور را خواسته و در صورت اثبات تقصیر، زیان وارده را از واردکننده مطالبه کند».

نکته مهم در این رابطه آن است که شدت و ضعف تقصیر ارتكابی از سوی عامل زیان، در شرایط و شیوه جبران خسارت اثرگذار است. این مهم به روشنی از ماده ۱۰ قانون مسئولیت مدنی قابل استفاده است. در این ماده که هماهنگ با ماده ۴۹ قانون تعهدات سوئیس است، می‌خوانیم:

«... هر گاه اهمیت زیان و نوع تقصیر ایجاب نماید، دادگاه می‌تواند در صورت اثبات تقصیر، علاوه بر صدور حکم به خسارت مالی، حکم به رفع زیان از طریق دیگر از قبیل الزام به عذرخواهی و درج حکم در جراید و امثال آن نماید».

به باور نگارندگان، با توجه به اینکه حکم به پرداخت خسارت یک اعتبار عقلایی است، از نظر فقهی هم در صورتی که بنائات عقلایی اقتضا نماید، اشکالی در جبران خسارت معنوی از طریق دادن پول وجود ندارد. در حقوق انگلستان نیز که از دیرباز سازوکار مدنی در مواجهه با موضوع را برگزیده، یکی از شرایط تحقق توهین و افترا و نشر اکاذیب، فاحش بودن آسیب وارده<sup>۱</sup> است. افزون بر ملاحظات مربوط به آزادی بیان، نگرانی از طرح دعاوی بی‌شمار به نحوی که اداره نظام قضایی را با چالش مواجه نماید، در اتخاذ این محدودیت تأثیرگذار بوده است (Greene, 2017: 163). بر این اساس، در این نظام حقوقی اساساً امکان طرح دعوی بابت افترا و نشر اکاذیب کم‌اهمیت وجود ندارد. در ماده (۱) قانون افترا و نشر اکاذیب مصوب ۲۰۱۳ می‌خوانیم:

«اظهار، افترا و نشر اکاذیب محسوب نمی‌شود، مگر اینکه انتشار آن موجب آسیب فاحش یا احتمالاً موجب صدمه فاحش به اعتبار خواهان گردد».

بر اساس ماده (۲) این قانون در رابطه با شخصی که برای تحصیل سود به تجارت اشتغال دارد، باید اثبات گردد:

«اظهار بیان‌شده موجب خسارت مالی فاحش یا احتمالاً موجب خسارت مالی فاحش به شخص شده است».

1. Serious harm.

در واقع، مخالفت با اعمال ضمانت اجرای کیفری نسبت به توهین، افترا و نشر اکاذیب و جایگزینی الگوی مدنی، به معنای پذیرش امکان توسل به حقوق مسئولیت مدنی در جملگی موارد و به طور مطلق نیست؛ وگرنه همچنان حق آزادی بیان که منشأ منافع جمعی گوناگون است، با جبران خسارات نیز به ناروا محدود خواهد شد. محدودیت مقرر در ماده ۱۰ قانون مسئولیت و همچنین ضرورت فاحش بودن آسیب وارده در حقوق انگلستان را می‌توان هماهنگ با تحلیل صورت گرفته دانست.

### نتیجه‌گیری

شهرت و آبرو و حیثیت اشخاص، یکی از ارزش‌های مورد حمایت حقوق است که جنبه‌های این حمایت گوناگون و مشتمل بر حمایت کیفری و مدنی بوده است. حمایت کیفری از ارزش‌ها و حقوق مورد حمایت اصولاً در قالب جرم‌انگاری رفتارهای ضد آن و تعیین مجازات‌های متناسب برای مرتکبان صورت می‌گیرد. در حقوق کیفری ایران، رفتارهای متعددی که حق به حفظ شهرت و حیثیت را مورد تعرض قرار می‌دهند، جرم‌انگاری شده و عمدتاً با عنوان‌های مجرمانه توهین، افترا و نشر اکاذیب نمود یافته‌اند.

در ارتباط با جرایم توهین و افترا و نشر اکاذیب، رویکردهای گوناگونی در کشورهای مختلف اتخاذ شده است که در قالب دو گونه کلی سزاگرایی و جرم‌زدایی قابل تحلیل‌اند. حقوق ایران تابع رویکرد سزاگرایی است؛ یعنی توهین به افراد، تهمت زدن ناروا به اشخاص و انتساب و نشر اظهارات کذب علیه آن‌ها جرم بوده که گاه با کیفرهای شدیدی مانند حبس همراه است. در مقابل، کشورهایی مانند انگلستان، رویکرد جرم‌زدایی را برگزیده و قائل به پرداخت غرامت و جبران زیان به طرق مدنی‌اند. مبنای جرم‌زدایی و کیفرزدایی از جرایم توهین و افترا و نشر اکاذیب به طور اصلی ایجاد تعادل بین دو حق حمایت از حیثیت و شهرت و حق آزادی بیان است. بنابراین، کاهش جمعیت کیفری زندان‌ها و ترمیمی کردن عدالت و ممانعت از انگ‌زنی، علت اصلی اتخاذ سیاست‌های جرم‌زدایی و کیفرزدایی نبوده است. به باور طرفداران جرم‌زدایی از افترا و نشر اکاذیب، اولاً حق آزادی بیان حقی مطلق نیست و محدودسازی آن گاه

ضروری است و بلکه مشروعیت دارد؛ ثانیاً این محدودیتِ ضروری تنها زمانی مشروعیت دارد که با ضمانت اجراهای مدنی همراه باشد، نه کیفری که ابزاری سرکوب‌کننده و تهدیدکننده در ید قدرت است و موجب سوءاستفاده‌های احتمالی ناموجه و تحدید ناروای آزادی بیان می‌شود. به نظر ما الگوی مطلوب، رویکرد میانه است که بر پایه آن، حق آزادی بیان هم به طور استثنایی تقییدپذیر است و هم شایسته بیشترین حمایت قانونی. جرایم افترا و نشر اکاذیب که برای پاسداشت از حق به حفاظت از شهرت و آبرو وضع شده‌اند، از یکسو باید دامنه مضیق داشته و مقید به شرایطی باشند و از سوی دیگر، برای موقعیت‌های خاص، امتیازات خاص در نظر گرفته شود تا جامعه از منافع آزادی بیان و اطلاع‌رسانی محروم نشود؛ مانند امتیازها و مصونیت‌های مشروط به رسانه‌ها و خبرنگاران و کارشناسان تا جز در شرایطی، در معرض اتهام و تعقیب کیفری قرار نگیرند. اگر بنا باشد به هر روزنامه‌نگار و اهل رسانه‌ای تکلیف قانونی تحمیل شود که صحت هر آنچه را که افشا می‌کند و می‌نویسد و می‌گوید، با ارائه ادله محکمه‌پسند اثبات کند، وگرنه به مجازات افترا و نشر اکاذیب محکوم می‌شود، تحمیل نقش و وظایف پلیسی و قضایی به آن‌ها خواهد بود که بدیهی است افزون بر ناعادلانه بودن، پیامدهای ناگوار جمعی در پی خواهد داشت که از جمله آن‌ها سوءاستفاده مقامات و افراد بانفوذ و نیز خودسانسوری است. اثبات قضایی، نه جزء تکالیف و نقش‌های مورد انتظار آن‌هاست و نه چنین توانی دارند. سیاست‌های دولتی همچون گزارشگری فساد (سوت‌زنی) زمانی جدی تلقی خواهند شد که گزارشگران در معرض تعقیب کیفری قرار نگیرند. ماده ۳۳ کنوانسیون مبارزه با فساد که با توجه به تصویب آن در مجلس، بخشی از قوانین لازم‌الاجرای ایران است، توجه دقیقی به این مسئله داشته و تا اندازه‌ای معیارهای مناسبی را نیز ارائه کرده است:

«هر کشور عضو، گنجاندن اقدامات مقتضی را به منظور تأمین حمایت از هر کسی که با حسن نیت و بنا به دلایل معقول، هر واقعیت مربوط به جرائم احراز شده بر اساس این کنوانسیون را به مقامات صلاحیت‌دار گزارش دهد، در برابر هر رفتار غیر قابل توجیه، در نظام حقوقی داخلی خود مورد بررسی قرار خواهد داد.»

در موقعیت‌هایی مانند خبرنگاری، رسانه، نقد، گفتگوها و بیان دیدگاه‌های علمی،

استیضاح و...، گوینده و نویسنده باید با حسن نیت فرض شده و از مصونیت (مشروط)<sup>۱</sup> برخوردار باشند و فقط در صورت اثبات خلاف آن، تعقیب قانونی ممکن باشد. همچنین به نظر می‌رسد اگر جرم‌زدایی از افترا و نشر اکاذیب با هدف برقراری تعادل بین دو حق حفظ شهرت و آبرو و حق آزادی بیان توجیه‌پذیر است، در توهین چنین نیست و در تحقیر دیگران، خیر جمعی نمی‌توان یافت.

سیاست جرم‌زدایی و برگزیدن الگوی مسئولیت مدنی و حذف مجازات، تا اندازه زیادی از ارباب و فشار ناروا بر بیان می‌کاهد؛ به ویژه که افزون بر لغو کیفر، مسئولیت را مشروط به اثبات زیان می‌سازد. با این حال، حتی توسل به دعوای مسئولیت مدنی برای جبران خسارت ناشی از توهین، افترا و نشر اکاذیب، آنچه الگوی مدنی نامیده شد نیز خالی از مشکل نیست و نگاهی متفاوت می‌طلبد. مهم‌ترین مسئله، شناسایی مبنای مسئولیت مدنی در این موارد است تا در پرتو آن بتوان نسبت به شناسایی و طراحی مابقی موضوعات مانند شرایط و نحوه جبران خسارت اقدام کرد. ملاحظات پیش‌گفته و ضرورت برقراری تعادل میان حق حفاظت از شهرت و آبرو و حق آزادی بیان، حکایت از آن دارد که در میان مبنای قابل تصور در حقوق مسئولیت مدنی، نظریه تقصیر به عنوان اصل و قاعده، مناسب‌ترین مبنا برای جبران خسارت ناشی از توهین، افترا و نشر اکاذیب است. از نظر مبنای فقهی نیز با وجود مخالفت دیدگاه سنتی حاکم در فقه امامیه با شمول قواعد «ضمان قهری» نسبت به خسارات مورد بحث، افزون بر امکان توسل به نظریه «مسئولیت مدنی» که تعارضی با فقه امامیه نیز ندارد، می‌توان با ارائه تحلیل عقلایی از «ضمان قهری»، این نتیجه را در ساختار فقهی نیز تأیید کرد. شناسایی تقصیر به عنوان مبنا در بحث حاضر همچنین تأثیرات قابل توجهی در تعیین میزان، شرایط و نحوه جبران خسارت به همراه دارد. در هر صورت، امکان توسل به دعوای مسئولیت مدنی نباید به نحوی باشد که برای هر موضوع کم‌اهمیتی، جبران خسارت مقرر شود و بدین‌سان به حق آزادی بیان تعرض گردد. ضمن اینکه پرداخت غرامت نیز به رغم مطلوب بودن در مقایسه با مجازات، هم تحدیدآمیز است و هم

1. Qualified privilege.

تبعیض آمیز، و آثار متفاوتی بین دارا و ندار ایجاد می‌کند. بنابراین در این موارد، الگوی مدنی زمانی جایگزینی مناسب و مؤثر خواهد بود که مسئولیت مدنی را محدود ساخته و در کنار ورود ضرر به مخاطب و فاحش بودن ضرر، اظهارکننده را تنها به شرط اثبات تقصیرش مسئول جبران خسارت معرفی کند.

### کتاب‌شناسی

۱. آقایی‌نیا، حسین، *جرائم علیه اشخاص (شخصیت معنوی)*، چاپ دهم، تهران، میزان، ۱۳۹۹ ش.
۲. آنسل، مارک، *دفاع اجتماعی*، ترجمه محمد آشوری و علی حسین نجفی ابرندآبادی، ویراست پنجم، چاپ پنجم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۵ ش.
۳. امیری قائم‌مقام، عبدالحمید، *حقوق تعهدات*، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۸۵ ش.
۴. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *کتاب المکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۵. بابائی، ایرج، *حقوق مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد*، تهران، میزان، ۱۳۹۴ ش.
۶. باریکلو، علی‌رضا، *مسئولیت مدنی*، تهران، میزان، ۱۳۸۵ ش.
۷. پرادل، ژان، *تاریخ اندیشه‌های کیفری*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، ویراست دوم، چاپ دوازدهم، تهران، سمت، ۱۴۰۰ ش.
۸. حکمت‌نیا، محمود، *مسئولیت مدنی در فقه امامیه؛ مبانی و ساختار*، قم، پژوهشگاه فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹ ش.
۹. دریائی، رضا، و مصطفی کربلانی آقازاده، «تأملی بر رابطه قانون مسئولیت مدنی با موجبات ضمان قهری در حقوق ایران»، *مجله مطالعات حقوقی*، سال دوازدهم، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۹ ش.
۱۰. دلماس - مارتی، می‌ری، *نظام‌های بزرگ سیاست جنایی*، برگردان علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ چهارم، تهران، میزان، ۱۳۹۸ ش.
۱۱. شرقی، مرضیه، و پرویز عامری، «مسئولیت مدنی ناشی از افترا در نظام حقوقی کامن‌لا با رویکرد تطبیقی در حقوق ایران»، *پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، سال بیست و سوم، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۸ ش.
۱۲. صفایی، سیدحسین، و حبیب‌الله رحیمی، *مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)*، تهران، سمت، ۱۳۸۹ ش.
۱۳. ضیایی، سیدیاسر، و جواد طباحی ممقانی، «توهین در رسانه از منظر حقوق بین‌الملل و حقوق ایران»، *فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، سال هفدهم، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۲ ش.
۱۴. عالی‌پور، حسن، و الهام خراسانی، «همپوشی در رفتار بزه (بررسی موردی نشر اکاذیب رایانه‌ای و افترا از طریق رایانه)»، *مجله پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی*، سال چهارم، شماره ۸، پاییز و زمستان ۱۳۹۵ ش.
۱۵. عبدی‌پورفرد، ابراهیم، و نصراله جعفری خسروآبادی، «خلط نظری ناشی از خطا در واژه‌شناسی (بازشناسی و تطبیق نسبت میان سه مفهوم دین، تعهد و حق شخصی)»، *فصلنامه حقوق خصوصی*، سال یازدهم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۳ ش.
۱۶. عمید زنجانی، عباسعلی، *موجبات ضمان*، تهران، میزان، ۱۳۸۲ ش.
۱۷. غروی نائینی، محمدحسین، *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، تقریر موسی نجفی خوانساری، تهران، المکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳ ش.
۱۸. غلاملو، جمشید، «تزامن و توازن حقوق فرد و جامعه در دادرسی‌های کیفری»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، سال دهم، شماره ۱۹، بهار و تابستان ۱۳۹۰ ش.
۱۹. همو، «رویکرد ترمیمی به جرائم علیه شخصیت معنوی»، مقاله در: *دانش‌نامه عدالت ترمیمی (مجموعه مقاله‌های همایش بین‌المللی عدالت ترمیمی و پیشگیری از جرم)*، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.

۲۰. قربان‌پور، امیرمهدی، *مسئولیت قراردادی (ماهیت و مبانی)*، تهران، مجلد، ۱۳۹۱ ش.
۲۱. کاتوزیان، ناصر، *الزام‌های خارج از قرارداد (ضمان قهری)*: مسئولیت مدنی، چاپ پنجم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۵ ش.
۲۲. گزارش جرم‌زدایی اروپا، ترجمه حمید بهره‌مند بگ نظر، علی شایان، مصطفی جلالی و افشین فیروزمنش، تهران، سلسبیل، ۱۳۸۴ ش.
۲۳. محقق داماد، سیدمصطفی، «تحولات اجتهاد شیعی: مکتب‌ها، حوزه‌ها و روش‌ها (۴)» (احکام تکلیفی و احکام وضعی از نظر محقق خراسانی)، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، سال دوازدهم، شماره ۵۰، پاییز و زمستان ۱۳۸۸ ش.
۲۴. محمدخانی، عباس، *جرایم علیه اشخاص؛ شخصیت معنوی*، تهران، سمت، ۱۳۹۹ ش.
۲۵. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مبانی العروة الوثقی*، قم، مدرسه دارالعلم - لطفی، ۱۴۰۹ ق.
۲۶. میرمحمدصادقی، حسین، *حقوق کیفری اختصاصی (۴)*: جرایم علیه شخصیت معنوی اشخاص، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۴۰۰ ش.
۲۷. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جوهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۲۸. نراقی، ملااحمد بن محمد مهدی، *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۹. وحدتی شبیری، سیدحسن، «مبنای مسئولیت مدنی یا ضمان ناشی از تخلف از اجرای تعهد»، *مطالعات اسلامی: فقه و اصول*، سال چهل و یکم، شماره ۱ (پیاپی ۸۲)، بهار و تابستان ۱۳۸۸ ش.
30. General comment No. 34, Human Rights Committee 102<sup>nd</sup> session Geneva, 2011, <<https://www.refworld.org/docid/4ed34b562.html>>.
31. Greene, Brendan, *Tort Law*, New York, Routledge, 2017.
32. Harpwood, Vivienne, *Modern Tort Law*, Oxon, Routledge-Cavendish, 2009.
33. Majhosev, Andon & Darko Majhosev, "Decriminalization of Insult and Defamation in the Journalistic Profession in the Republic of Macedonia through the Prism of the Law on Civil Liability for Insult and Defamation", *Balkan Social Science Review*, Vol. 10, 2017.
34. Markesinis, Basil S. & Simon F. Deakin, *Tort Law*, United States, Oxford Press, 1999.
35. McBride, Nicholas J. & Roderick Bagshaw, *Tort Law*, Harlow, Pearson Education Limited, 2018.
36. Mullis, Alastair & Ken Oliphant, *Torts*, New York, Palgrave Macmillan, 2003.
37. Park, Kyung Sin, "Criminal Prosecutions for Defamation and Insult in South Korea", *Korea University Law Review*, Vol. 21, 2017.
38. Parliamentary Assembly, Resolution 1577, "Towards decriminalization of defamation", 2007, <<https://assembly.coe.int>>.
39. Spaic, Aneta & Claire Nolasco & Milos Novovic, "Decriminalization of defamation – The Balkans case a temporary remedy or a long term solution?", *International Journal of Law, Crime and Justice*, Vol. 47, 2016.

40. The Croatian Penal Code, <<https://www.ilo.org>>.
41. The European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), <<https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-7-revised-on-national-legislatio/16808b5aac>>.
42. The German Penal Code, <[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb)>.
43. Yanchukova, Elena, "Criminal Defamation and Insult Laws: An Infringement on the Freedom of Expression in European and Post-Communist Jurisdictions", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 41(3), 2003.



## تأملی جامعه‌شناسانه بر

# تحولات مجازات اعدام در افغانستان\*

- مهدی قائمی<sup>۱</sup>
- عبدالرضا جوان‌جعفری بجنوردی<sup>۲</sup>
- سیدمحمدجواد ساداتی<sup>۳</sup>

### چکیده

اعدام به عنوان مهم‌ترین و جدی‌ترین واکنش کیفری قلمداد می‌شود که در جامعه افغانستان از سال ۱۱۲۶ ش. تا کنون تحولات زیادی را پشت سر گذاشته است. این تحولات در راستای کاهش کمی و نرمش کیفی کیفر اعدام صورت گرفته است. در تحقیق حاضر با روش تحقیق تحلیلی - توصیفی به بررسی این مسئله پرداخته شده که چه عواملی در تحولات اعدام در افغانستان مؤثر بوده و از بُعد جامعه‌شناسی کیفری، این تأثیرگذاری چگونه تبیین می‌شود. نتایج به دست آمده بیانگر آن است که دو عامل در این تحولات نقش برجسته دارند: نخست،

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۱۸.

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه فردوسی مشهد (نویسنده مسئول)  
(mahdi.qaemi1400@gmail.com).

۲. استاد گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه فردوسی مشهد (javan-j@um.ac.ir).

۳. استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه فردوسی مشهد (mj.sadati@um.ac.ir).

دگرگونی ساختار قدرت از حالت سنتی و خشونت‌گرا به قدرت نهادی و مبتنی بر نظام دیوان‌سالار؛ دوم، تغییر ساختار اجتماعی از حالت تک‌ساختی مبتنی بر ارزش‌های قبیله‌ای به فرهنگ و ساختار اجتماعی چندساختی مبتنی بر ارزش‌های مدنی و چندگانه. در این پژوهش، تأثیرات تحولات قدرت و انسجام اجتماعی بر تحولات مجازات اعدام در افغانستان با رویکرد مطالعات جامعه‌شناسی کیفری در چارچوب نظریه فناوری قدرت میشل فوکو و انسجام اجتماعی امیل دورکیم مورد بررسی قرار گرفته است.

**واژگان کلیدی:** افغانستان، اعدام، فناوری قدرت، تحولات فرهنگی، انسجام اجتماعی.

### مقدمه

اعدام به عنوان مهم‌ترین و جدی‌ترین واکنش کیفری در نظام حقوقی افغانستان، ریشه در فقه حنفی دارد. فقهای حنفی در مورد کیفر اعدام یا مرگ در جرائم حدی و قصاص اتفاق نظر دارند. همچنان از دیدگاه فقهای این مذهب، اعدام یا کیفر مرگ تعزیری نیز بر اساس تشخیص حاکم بلا مانع است (خداخواه، ۱۳۹۸: ۷۵). با توجه به کم‌رنگ بودن اعمال مجازات‌های حدی و قصاص در افغانستان، در پژوهش حاضر، منظور ما از کیفر اعدام، اعدام تعزیری است. این مجازات در افغانستان از سال ۱۱۲۶ تا ۱۳۹۹ ش. مراحل مختلفی را طی نموده و به اشکال گوناگونی اجرا شده است. از زیر پای فیل انداختن و مقابل لوله توپ قرار دادن تا اعدام توسط آمپول و تزریق زهر، روش‌های اجرای اعدام در افغانستان بوده است. این گوناگونی روش‌های اجرای کیفر اعدام در افغانستان، عوامل متعددی دارد. اول آموزه‌های مذهبی و فقهی که دست حاکم و قاضی را برای انتخاب روش اجرای کیفر مرگ باز می‌گذارد. هرچند روش معمول کیفر اعدام در اسلام، گردن زدن با شمشیر است، اما گاهی قاضی در انتخاب نوع اجرای مجازات مختار است (پیتر، ۱۳۹۹: ۹۰). دوم ساختار اجتماعی تک‌ساخت و سنتی، و سوم ساختار قدرتی که هویت خود را در اعمال خشونت کیفری باز یافته و از این طریق، جامعه خود را کنترل کرده است. با توجه به این سه پارادایم، تحولات کیفر اعدام در افغانستان را می‌توان در دو دوره مجزا مورد بررسی قرار داد. دوره الگوی

قدرت اقتدارگرایی سنتی مبتنی بر خشونت و قدرت نهادی شده دیوان‌سالار یا دوره‌ای که حقوق کیفری عرفی در حوزه مجازات‌های تعزیری، یا وجود ندارد (۱۱۲۶-۱۲۹۷) و یا اگر وجود دارد، بسیار کم‌رنگ است (۱۲۹۷-۱۳۵۵)، و دوره حاکمیت حداکثری حقوق کیفری عرفی (۱۳۵۵-۱۳۹۹). نمونه‌های زیر دلیلی بر این گذار کیفری است.

احمدشاه ابدالی، بنیان‌گذار افغانستان کنونی، تعدادی از افسران نظامی خود را به اتهام اقدام علیه شاه، به مجازات مرگ توسط فیل محکوم کرد و آن را با مراسم ویژه‌ای نیز اجرا نمود (فرخ، بی‌تا: ۹۱/۱). تیمور شاه (۱۱۸۶ ش.)، پسر وی نیز فتح‌خان یوسف‌زائی را به اتهام راهزنی، با کشیدن طناب توسط گاو اعدام کرد (کاتب‌هزاره، ۱۳۳۱: ۴۴/۱). همچنین ارسلان‌خان مومند به اتهام راهزنی و اقدام علیه شاه، به مجازات مرگ توسط فیل محکوم شد (فرهنگ، ۱۳۸۵: ۱۱۰). حدود یک قرن بعد، اعدام توسط حیوانات جای خود را به روش‌های جدید تعذیب و شکنجه داد. این بار محکوم به اعدام را به دهانهٔ توپ بسته و آن را شلیک می‌کردند تا اعضای بدن او تکه‌تکه شده به اطراف پرتاب شوند (بیکار پامیر، ۱۳۹۵: ۹۹). در نمونه دیگر، قاتل نادرشاه را این‌گونه اعدام کردند:

«... سیدشریف سریاور که خود دست کمی از طره‌باز جلااد و همکارانش نداشت، از خالق پرسید: با کدام انگشت ماشه را کشیدی؟ و خالق انگشت خود را به سوی او دراز کرد. سریاور مثل یک قصاب با چاقوی خود کلک [انگشت] خالق را برید. بعد از آن گفت: خالق! حتماً با چشم راست نشان گرفتی و خالق به آرامی گفت: بلی! و این جلااد بی‌رحم چاقویش را در کاسه چشم خالق فرو کرد و آن را تاب داد...» (دولت‌آبادی، ۱۳۸۵: ۳۵۱ و ۳۵۹).

بعد از این تاریخ، تغییراتی در شیوه اجرای اعدام به وجود آمد؛ زیرا دوره حاکمیت مطلق کیفرهای شرعی رو به افول بود و رفته‌رفته زمینه برای روی کار آمدن حقوق کیفری عرفی فراهم می‌شد. ریشه‌های این تغییر را می‌توان از زمان امان‌الله خان و روی کار آمدن قدرت سیاسی مشروطه (۱۲۹۷) مشاهده نمود. دوره‌ای که با تصویب «نظام‌نامه جزای عمومی» در سال ۱۳۰۲ اولین بار جرائم و مجازات‌های تعزیری در یک قانون عرفی تدوین شد؛ اما به رغم وجود قانون کیفری، نقش فقه همچنان در

۱. کنایه از اینکه چشم را از حدقه بیرون کرد.

تعیین و روش اعمال مجازات‌ها پررنگ بود. این روند تا دهه دوم حاکمیت ظاهرشاه (۱۳۴۰) ادامه یافت. پس از این دوره با چرخش الگوی قدرت سیاسی و مشروطه دوم، تغییراتی در الگوی کیفردهی شکل گرفت. اجرای علنی و مناسک‌گونه کیفر اعدام، جای خود را به اعدام‌های مخفیانه و پشت میله‌های زندان داد. در سال‌های ۱۳۱۲ تا ۱۳۲۵ ش. اعدام‌های علنی توأم با تشریفات و طولانی کردن زمان رنج و عذاب بر بدن محکوم کاهش یافت و اکثر زندانی‌ها توسط پیچکاری (آمپول) و یا توسط تلقین روحی محکوم به مرگ می‌شدند و یا به جنون ناشی از شکنجه و تعذیب مبتلا می‌شدند (پیکار پامیر، ۱۳۹۸: ۸۹)؛ اما آمار احکام اعدام و اجرای آن‌ها همچنان بالا بود و به لحاظ حقوقی هیچ محدودیتی در این زمینه وجود نداشت.

با وضع اولین قانون جزای مدون افغانستان در سال ۱۳۵۵، به رغم تغییرات مهم و اساسی که در خصوص مجازات‌ها به وجود آمد، اما محدودیتی خاصی در زمینه کیفر اعدام ایجاد نشد. صرفاً روش اجرای آن محدود به مرگ توسط طناب دار گردید که بدین ترتیب روش‌های خشونت‌آمیز از قبیل مثله کردن، به دهان توپ پراندن، زیر پای فیل انداختن و در قفس گذاشتن، غیر قانونی پنداشته شده و از حوزه حقوق کیفری حذف گردید. به استثنای سال‌های اول انقلاب کمونیستی (۱۳۵۸-۱۳۷۰) که اعدام‌های پنهانی، توأم با شکنجه و تعذیب جسمی و روانی شایع بود، به گونه‌ای که به باور برخی در فاصله بین این سال‌ها بیش از ۳۸ هزار نفر اعدام شده‌اند (موسوی، ۱۳۸۸: ۱۲۵)، دومین تحول در حوزه کیفر اعدام در افغانستان در همین دوره شکل گرفت. قانون محدودیت جزای اعدام در جمهوری افغانستان (۱۳۷۰)، موارد کیفر اعدام را محدود ساخت. مطابق ماده اول این قانون، جرائم مستوجب اعدام به مواردی چون قتل عمد، کشتار جمعی، انفجار (توأم با قتل)، قطاع‌الطریقی (توأم با قتل) و جرائم علیه امنیت ملی و تمامیت ارضی محدود گردید. در واقع، این تحول حکایت از تغییر در الگوی قدرت سیاسی داشت که هویت خود را با خشونت تعریف نمی‌کرد؛ اما این روند دیری نپایید که با شکست الگوی قدرت مبتنی بر ایدئولوژی کمونیستی و روی کار آمدن گروه اسلام‌گرای طالبان، بار دیگر اعدام‌های علنی و توأم با خشونت و شکنجه بی‌حد و حصر محکومان افزایش یافت (پویان، ۱۳۹۹: ۴۴؛ انصاری، ۱۳۹۱: ۶۷). در واقع، اتفاقات سال‌های ۱۳۷۵ تا ۱۳۸۰، نشانه‌ای از سیر قهقرایی

واکنش‌های کیفری به دوران خشونت‌گرایی کیفری و مرگ هزارباره در برابر چشمان جامعه بود؛ امری که حکایت از مسیر زیگزاگی تحولات کیفر اعدام در جامعه افغانستان دارد. وجه مشترک تمام این دوره، حاکمیت الگوی قدرت سیاسی مبتنی بر خشونت و زور از یکسو و وجود فرهنگ خشونت‌گرایی مذهبی - قبیله‌ای از سوی دیگر است.

اما با تغییر الگوی قدرت سیاسی به نظام مردم‌سالار و حاکمیت قدرت مبتنی بر قانون یا قدرت نهادی، روش‌ها و الگوهای اجرای کیفر اعدام نیز دچار تحول شد. در دوره پس از کنفرانس بین‌المللی بن (۲۰۰۱) و شکل‌گیری نظام حقوقی جدید در افغانستان، سازوکارهای جدیدی در راستای عبور از مجازات‌های سنتی به مجازات‌های نوین، در قانون اساسی و قوانین کیفری جدید ایجاد گردید. هرچند به صورت کلی مجازات اعدام حذف نشد، اما شرایط قانونی سختگیرانه‌ای برای اعمال آن وضع گردید که عملاً منجر به حذف و کاهش اعدام گردید. بر اساس ماده ۱۲۹ قانون اساسی<sup>۱</sup> مصوب ۱۳۸۲ و ماده ۳۱۰ قانون اجرائات جزایی<sup>۲</sup> (آیین دادرسی کیفری) مصوب ۱۳۹۲ افغانستان، احکام قضایی در خصوص مجازات اعدام علاوه بر اینکه باید سه مرحله محاکماتی را طی نماید، اجرای آن منوط به تنفیذ و تأیید نهاد ریاست جمهوری است. همچنین مطابق ماده ۳۱۴ قانون اجرائات جزایی<sup>۳</sup> اجرای اعدام در ملاً عام یک حالت استثنایی قلمداد شده و مستور بودن محل آن اصل قرار گرفته است. از سوی دیگر، مطابق ماده ۱۷۰ کد جزای<sup>۴</sup>

۱. «تمام فیصله‌های قطعی محاکم واجب‌التعمیل است، مگر در حالت حکم به مرگ شخص که مشروط به منظوری رئیس‌جمهور می‌باشد».

۲. «هر گاه حکم به مرگ شخص مطابق احکام این قانون قطعی گردد، ستره محکمه [دادگاه عالی] اوراق قضیه را با فیصله مربوط در خلال مدت ۱۴ روز از تاریخ صدور آن به رئیس‌جمهور تقدیم می‌کند. در صورتی که رئیس‌جمهور آن را منظور نماید، تنفیذ می‌گردد».

۳. «مجازات اعدام در داخل محبس در محل مستور طبق احکام این قانون تنفیذ می‌گردد، مگر در حالاتی که غرض عبرت عامه، ایجاب اعدام علنی را نماید».

۴. «موارد جزای اعدام قرار ذیل است، مگر اینکه در این قانون طور دیگری تصریح گردیده باشد: ۱- جرائم نسل‌کشی، ضد بشری، جنگی، تجاوز علیه دولت، ترور و انفجار، اختطاف و گروگان‌گیری یا قطع‌الطریقی که ارتکاب آن سبب مرگ شخص یا اشخاص شود. ۲- قتل عمد در مواردی که در این قانون پیش‌بینی گردیده است. ۳- جرائمی که در نتیجه آن، اراضی دولت جمهوری اسلامی افغانستان تماماً تحت حاکمیت دولت خارجی قرار داده شود یا به حاکمیت ملی، تمامیت ارضی یا استقلال کشور صدمه وارد گردد.

۴- تجاوز جنسی گروهی بر زن. ۵- تجاوز جنسی گروهی بر مرد که باعث مرگ مجنی‌علیه گردد».

مصوب ۱۳۹۶، کیفر اعدام صرفاً در جرائم شدید اعمال می‌گردد. در این دوره، آمار صدور حکم و اجرای اعدام کاهش یافته، روش اجرای آن از مرگ هزاربار به مرگ با کمترین درد تغییر کرد.<sup>۱</sup>

این تحولات را می‌توان از زوایای مختلفی مورد بررسی قرار داد. یکی از این زوایا، مطالعه جامعه‌شناختی است. جامعه‌شناسی کیفری با کنار گذاشتن توجیه اخلاقی و تجویز قانونی کیفر، به دنبال آن است تا تصویر پدیدارشناسانه‌ای از مجازات به مثابه یک واقعیت اجتماعی ارائه کند (ساداتی، ۱۳۹۸: ۱۱). بر اساس نگاه پدیدارشناسانه، دگرگونی واکنش‌های کیفری به صورت عام و مجازات اعدام به صورت خاص، متأثر از تحول و دگرگونی در ساختار قدرت، فرهنگ، اجتماع و سیاست است.

پژوهش حاضر در پی آن است تا تحولات مجازات اعدام در افغانستان را در چارچوب نظریه فناوری قدرت میشل فوکو و نظریه انسجام اجتماعی دورکیم بررسی کرده و به این مسئله بپردازد که چه عواملی بر شیوه‌های اجرای اعدام در افغانستان مؤثر بوده و نقش تغییرات در ساختار قدرت و فرهنگ در این تحول چگونه بوده است؟ به نظر می‌رسد تغییر شکل قدرت مبتنی بر خشونت و اقتدار سنتی به قدرت نهادی دیوان‌سالار از یکسو و عبور از جامعه تک‌ساخت به ساختار اجتماعی چندساخت از سوی دیگر، دو عامل مهم تحول مجازات اعدام در افغانستان باشد. به همین دلیل در پژوهش حاضر برای پاسخ به پرسش پیش‌گفته از منظر جامعه‌شناسی کیفری، در بخش نخست به تبارشناسی پیوند قدرت و مجازات اعدام، و در بخش دوم به بررسی واقعیت فرهنگی کیفر اعدام پرداخته‌ایم.

## ۱. کیفر اعدام در آیین تحول قدرت؛

### گذار از قدرت سنتی به قدرت نهادی

قدرت از طریق الگوهای تولید حقیقت، جرم‌انگاری و کیفر‌گذاری نه‌تنها بر واکنش‌های کیفری بلکه بر تمام نهادهای جامعه اثر می‌گذارد. از همین رو، قدرت این

۱. ماده ۳۱۹ قانون اجرائات جزایی جدید: «جزای اعدام به وسیله‌ای که محکوم‌علیه کمترین درد را احساس کند، صورت می‌گیرد».

توانایی را دارد که فهم افراد از ارزش‌ها را دگرگون نموده و به ناقضان ارزش‌های تعیین‌یافته جامعه بفهماند که مجبورند ارزش‌های اخلاقی خود را آن گونه که قدرت تعیین می‌کند، تغییر دهند (همان: ۲۳). در غیر این صورت مجبورند رنج و درد ناشی از کیفر را تحمل کنند. به این صورت است که زمینه برای نفوذ قدرت به حوزه واکنش‌های کیفری فراهم می‌شود و با تغییر شیوه‌های اعمال قدرت، شیوه اجرا و شکل واکنش‌های کیفری نیز تغییر می‌کند (جوان‌جعفری بجنوردی و ساداتی، ۱۳۹۴: ۱۸).

قدرت از طریق اعمال مجازات، اقتدار مخدوش‌شده خویش را ترمیم می‌کند. البته تحلیل اینکه قدرت چگونه بر تنبیه و مجازات اثر می‌گذارد، به دلیل پیچیدگی خاصی که دارد، امری دشوار است (ساداتی، ۱۳۹۸: ۶۱)؛ اما به رغم این پیچیدگی، چون قدرت ملموس‌ترین پدیده است که بر جامعه بشری حاکم است، تأثیر آن بر سایر پدیده‌های اجتماعی قابل‌انکار نیست (رهبری، ۱۳۸۵: ۱۱۸). به عبارت دیگر، قدرت در همه عرصه‌ها حضور دارد و خرده‌سازوکارهای آن در درون تمامی نهادها و ساختارهای اجتماعی جریان دارد و با ماهیت چندوجهی که دارد، به نوعی جریان اعمال سلطه را شکل می‌دهد (ساداتی، ۱۳۹۸: ۱۶)؛ زیرا قدرت با استفاده از ابژه‌سازی بدن‌ها به دنبال آن است که از آن‌ها سوژه‌هایی چون تبهکار، مجرم و شهروند خوب و بد بسازد تا از این طریق بتواند به اعمال راهکارهای انضباطی دست یابد (محمدی اصل، ۱۳۹۱: ۷۷). در واقع، مجرم با ارتکاب جرم، آگاهانه یا غیر آگاهانه، بدن خود را به محلی برای اعمال و نمایش قدرت تبدیل می‌کند.

تبارشناسی تحولات قدرت در افغانستان و تعیین الگوی خاصی از قدرت، امری دشوار است؛ اما با بررسی منابع قدرت و شیوه‌های شکل‌گیری آن می‌توان از تأثیر دو نوع قدرت مبتنی بر خشونت و قدرت دیوان‌سالار بر واکنش‌های کیفری و کیفر اعدام نام برد. هرچند قدرت سیاسی تمام آن چیزی نیست که در نظریه فناوری قدرت میشل فوکو انعکاس یافته است، اما بی‌شک روشن‌ترین نماد قدرت در یک جامعه قلمداد می‌شود. به همین دلیل در تحلیل خود، به نقش و تأثیر تحولات قدرت سیاسی بر کیفر اعدام در افغانستان می‌پردازیم.

## ۱-۱. اعدام مناسب گونه؛ ابزاری برای تحکیم قدرت مبتنی بر خشونت

تاریخ تحولات قدرت در افغانستان نشان می‌دهد که از سال ۱۱۲۶ تا ۱۳۵۲، انتقال قدرت سیاسی از گروهی به گروه دیگر، حتی از پدر به پسر همواره توأم با جنگ و خشونت همراه بوده است. جنگ‌های مداوم و خشونت‌های ناشی از آن، دست گروه حاکم در اعمال اقتدار توأم با خشونت را باز گذاشته و به این ترتیب این باور را به وجود آورده بود که تداوم قدرت بدون خشونت امکان‌پذیر نیست. جامعه نیز این امر را پذیرفته بود که گاهی اعمال خشونت توسط قدرت، امری گریزناپذیر است. در واقع، تداوم قدرت در افغانستان با اعمال خشونت به روش‌ها و از راه‌های مختلف گره خورده بود و حتی می‌توان گفت که اکنون نیز نشانگانی از این طرز تلقی در میان صاحبان قدرت و جامعه وجود دارد. ویژگی این الگوی قدرت سیاسی آن است که عدم اطاعت را عملی خصمانه تلقی می‌کند و از نمایش دادن مناسب گونه ابرقدرتی خود جان می‌گیرد و هویت خویش را با خشونت بازتعریف می‌کند (فوکو، ۱۳۷۸: ۷۴). نمونه بارز قدرت مبتنی بر خشونت در افغانستان، ساختار قدرت سیاسی است که عبدالرحمان خان پایه‌گذاری کرده بود.<sup>۱</sup> قدرت مبتنی بر خشونت، پیوند ناگسستنی با خشونت بدون مرز برقرار می‌کند و در این الگوی قدرت، تفاوتی میان جرم و گناه وجود ندارد. لذا هر گونه ارتکاب جرمی به مثابه نقض هنجارهای الهی و قدسی و مقابله با اراده خدا که شاه نماینده اوست، تلقی می‌شود (ساداتی، ۱۳۹۸: ۱۱۱). مذهب و قومیت، دو عنصر اساسی تولید، تصویرسازی و الگوی کیفی‌گذاری قدرت مبتنی بر خشونت در افغانستان محسوب می‌شوند.

مذهب و استفاده ابزاری از گزاره‌های مذهبی، اولین عامل تولید و تداوم قدرت اقتدارگرایی مبتنی بر خشونت در افغانستان است. گزاره‌های مذهبی چون امیرالمؤمنین،

۱. عبدالرحمان خان در خاطرات خود این گونه آورده است: «حکم دادم از سرهای کسانی که در جنگ کشته شده بودند، دو منار بزرگ بسازند؛ یکی در جلال‌آباد و دیگری در محل سکونت شاه‌محمد که آن‌ها [قوم شینواری] را به این کار زشت وا داشته بود تا اشخاصی که این منارهای بنا شده از سر یاغی‌ها را ببینند، بدانند که سزای اشخاصی که مسافران را به قتل می‌رسانند، این است» (عبدالرحمان خان، ۱۳۶۹: ۲۶۰).



ضیاء الملة و الدین، سراج الملة و الدین، خادم دین رسول الله، از مهم‌ترین گزاره‌هایی هستند که در راستای مشروعیت بخشی به خشونت‌گرایی کیفری قدرت اقتدارگرا به کار برده شده‌اند. فعال‌سازی محاکم شرعی، بُعد مذهبی دادن به خشونت‌های کیفری توسط عبدالرحمان خان و حاکمان قبل از او، حکایت از بازتولید قدرت سیاسی خشونت‌گرا در سایه گزاره‌های مذهبی دارد. سرکوب مردم استان نورستان و قتل عام شیعیان مناطق مرکزی توسط عبدالرحمان، در پوشش همین گزاره‌های مذهبی صورت گرفت (رفیع، ۱۳۷۸: ۴۷). دومین ابزار تولید قدرت خشونت‌گرا، قوم و ارزش‌های قومی و زبانی است. عبدالرحمان خان در بدخشان، پنجاه نفر از سران و بزرگان آن منطقه را که به اقلیت قومی تاجیک تعلق داشتند، دستگیر و اموال و دارایی‌هایشان را مصادره کرد و خودشان را به توپ بست؛ زیرا قدرت حاکم مشروعیت خود را بر مبنای حاکمیت قوم پشتون توجیه می‌کرد و جامعه را به دو دسته خودی و غیر خودی تقسیم کرده بود (حبیبی، ۱۳۴۶: ۳۸۲). این دو عنصر، زمینه را برای شکل‌گیری قدرت سیاسی مبتنی بر خشونت فراهم نمود که یکی از مهم‌ترین پیامدهای آن تمایل به مجازات‌های خشونت‌آمیز و اجرای مناسک‌گونه مجازات اعدام بوده است (فریاد افغان، ۱۳۸۴: ۱۴۰). با وجود اینکه از نظر مذهب حنفی، کیفر اعدام باید توسط شمشیر و به گونه‌ای اجرا گردد که زمان شکنجه و سلب حیات محکوم‌علیه طولانی نشود (بیتر، ۱۳۹۹: ۹۱)، اما قدرت مبتنی بر خشونت که عبدالرحمان خان مجری آن بود، از این قاعده عبور نموده و شیوه‌های ابتکاری در اجرای اعدام از قبیل دار زدن، به توپ بستن، قطع اعضای بدن محکوم و سلاخی نمودن به کار برده می‌شد (عطایی، ۱۳۸۴: ۱۸۶).

کیفر در الگوی قدرت اقتدارگرای مبتنی بر خشونت، تابع الگو و قانون معینی نیست؛ بلکه اراده مطلقه شاه به مثابه قانون قلمداد می‌شود و جرم به مثابه رفتاری است که این اراده را به چالش کشیده، خدشه‌دار می‌سازد. از همین رو، مجازات‌ها توأم با تشریفات است که بیانگر قدرت بی‌چون و چرای حاکم است. در اجرای تئاترگونه مجازات مرگ، آنچه بیش از همه چیز نمایش داده می‌شود، چیزی جز جبر مطلق و قدرت حاکم نیست (گارلند، ۱۳۹۵: ۳۴۹). مراسم مناسک‌گونه اعدام عبدالخالق هزاره، قاتل نادرخان، نمونه‌ای از خشونت‌گرایی کیفری این الگوی قدرت است. به راه انداختن

نمایش قدرت در زمان اجرای اعدام و اجتماع مردم، صرفاً می‌توانست یک هدف مهم داشته باشد؛ ایجاد رعب و وحشت برای جامعه و مخابره پیام قدرت از طریق نمایش مناسک گونه کیفر (فوکو، ۱۳۷۸: ۷۴). قدرت حاکم می‌خواست نشان دهد که کشتن شاه مجازات دردناکی نه تنها برای عامل اصلی بلکه برای تمام اعضای خانواده او در پی خواهد داشت.

نظام طالبانی، آخرین نمونه قدرت خشونت‌گرای مذهبی در افغانستان است. این گروه، گفتمان کیفری شریعت را ابزاری برای تحکیم خود قرار دادند (پویان، ۱۳۹۹: ۴۴). نقش مذهب در ایجاد پیوند میان قدرت و وجدان جمعی، با حاکمیت طالبان برجسته‌تر شد و زمینه را برای جلب حمایت جامعه از اجرای مناسک گونه اعدام بیشتر فراهم نمود. از همین رو در این دوره، میدان‌های شهر هر هفته شاهد تیرباران، حلق‌آویز کردن و زیر دیوار کردن مجرمان بود (مژده، ۱۳۸۲: ۱۰۴). از بُعد جامعه‌شناسی کیفری، دو عامل مهم در شکل‌گیری و تداوم این الگوی قدرت نقش داشته است؛ یکی اینکه گفتمان کیفری شریعت و خشونت‌گرایی کیفری، ابزار مهمی برای مشروعیت قدرت سیاسی محسوب می‌شد، لذا اعدام‌های بدون محاکمه، سریع و علنی در این دوره افزایش پیدا کرد (مأمون، ۱۳۸۹: ۱۷۶). دیگر اینکه دوباره میان گناه و جرم پیوند برقرار شد. لذا مجازات‌های شرعی از قبیل زیر دیوار کردن، سنگسار، به دار آویختن و اجرای علنی آن‌ها، کاربرد گسترده‌ای یافت (صدر توحیدخانه، ۱۳۹۷: ۷۹). بنابراین اعمال مجازات‌های خشونت‌آمیز، علنی و سریع، ریشه در الگوی قدرت دارد که با خشونت کیفری، اقتدار خود را بازتولید می‌کند. در واقع، اجرای مناسک گونه مجازات اعدام به هدف تقطیع رنج بر اجزای بدن محکوم و تبدیل کردن آن به مرگ هزارباره، ابزاری است برای تداوم قدرت سیاسی مبتنی بر خشونت که با ارتکاب جرم خدشه‌دار شده است.

## ۲-۱. اعدام با کمترین درد؛ نرمش مزورانه قدرت نهادی در افغانستان

قدرت نهادی شده، با توسعه شبکه دیوان‌سالاری شکل می‌گیرد. قدرت نهادی تمایلی به خشونت‌گرایی کیفری ندارد. بلکه خشونت آخرین مرحله از واکنش‌های کیفری است؛ زیرا قدرت نهادی به جای بدن‌های مطیع، به روان‌های اطاعت‌پذیر و

قالب‌یافته نیاز دارد تا جریان سلطه را شکل دهد و به تولید و تداوم شکل جدیدی از قدرت منجر شود (ساداتی، ۱۳۹۸: ۱۲۷)؛ ساختار قدرتی که به جای خشونت عریان، به دنبال نفوذ در لایه‌های زیرین جامعه از طریق شبکه‌های نهادی شده قدرت، دانش و ساختارهای اداری است (فوکو، ۱۳۹۲: ۲۱). به عبارت دیگر، الگوی قدرت نهادی شده، بازتاب قدرت تقطیع شده‌ای است که در ساختارهای مختلف اجتماعی، اعمال نفوذ می‌کند و به پدیده در همه‌جا حاضر تبدیل می‌شود.

در افغانستان، تعیین نمونه الگوی قدرت نهادی شده، امری دشوار است؛ اما نشانگانی از قدرت نهادی را می‌توان در نظم سیاسی که در سال‌های ۱۲۹۷ تا ۱۳۰۷ توسط امان‌الله خان پایه‌گذاری شد و پس از آن در سال‌های ۱۳۲۵ تا ۱۳۵۲ بازتولید شد، مشاهده کرد (غبار، ۱۳۹۱: ۴/۸۳۴). نظام سیاسی مشروطه، گفتمان قدرت مبتنی بر خشونت و سرکوب را زیر سؤال برد و زمینه را برای استقرار نظام مبتنی بر قانون و محدودیت اراده شاه فراهم کرد (زمانی، ۱۳۹۱: ۸۵). این چرخش مزورانه قدرت سیاسی را می‌توان در اولین بیانیه رسمی امان‌الله خان مشاهده نمود:

«ای ملت معظم افغانستان! من هنگام شهادت پدر، وکالت سلطنت را در کابل داشتم و اکنون به اصالت آن بار سنگین، امانت را متوکلاً و معتصماً بالله به عهده گرفتم. وقتی که ملت بزرگ من، تاج پادشاهی را بر سر من نهاد، من عهد بستم که بایستی دولت افغانستان مانند سایر قدرت‌های مستقل جهان در داخل و خارج کشور آزاد و مستقل باشد. ملت افغانستان در داخل کشور آزادی کامل داشته و از هر گونه تجاوز و ظلمی محفوظ و مردم فقط باید مطیع قانون باشند و بس» (طنین، ۱۳۸۳: ۳۵).

در این بیانیه به چند نکته اساسی اشاره شده است. یکی اینکه حاکم سیاسی دیگر خود را مطلق‌العنان نمی‌داند. بلکه هرچند در ظاهر، قدرت را مسئولیتی می‌پندارد که از سوی مردم به او اعطا شده است. معنای این دگرگونی رویکرد قدرت آن است که شاه و تاج شاهی بر خلاف گذشته که جنبه الهی و ظلّ‌اللهی داشت، بعد از این حداقل در ظاهر، یک نهاد بشری و ناشی از اراده مردم است. در واقع، ما شاهد جایگزینی یک نهاد غیر مقدس و این جهانی به جای یک نهاد مقدس و قدسی هستیم. نکته دوم جایگزینی اصل قانون مداری به جای اراده شاه است. تا قبل از این دوره آنچه مبنا و

مرجع حقوق و آزادی‌های افراد را تعیین می‌کرد، اراده مطلقه شاه بود؛ اما در این دوره، قدرت شاه خود را پشت قوانین به ظاهر عادلانه پنهان می‌کند. بعد از این دیگر آنچه در ظاهر بر جامعه افغانستان حکومت می‌کند، نه قدرت و اراده مطلقه حاکم، بلکه قانون است. روشن‌ترین نتیجه این چرخش الگوی قدرت آن است که زین‌پس هر گونه مجازاتی باید بر اساس قانون صورت بگیرد؛ قانونی که پوششی بر اراده شاه قلمداد می‌شود تا هزینه اعمال قدرت را کاهش دهد. لذا کیفرهایی که کارکرد ابزاری خود را از دست داده‌اند، باید جای خود را به مجازات‌های دیگری واگذار کنند.

بنابراین برای اولین بار، واکنش‌های کیفری در افغانستان، نظام‌مند و در چارچوب قوانین شرعی و عرفی مدون دسته‌بندی شدند. در این میان، مهم‌ترین مسئله تصویب نظام‌نامه جزای عمومی ۱۳۰۲ بود که جرائم و مجازات‌های تعزیری را مشخص ساخته بود. در این نظام‌نامه، کیفر اعدام کاربردی گسترده داشت و روش اجرای آن نیز به تصمیم و اراده شاه واگذار شده بود. چنانچه در ماده ۱۶ آن چنین آمده بود:

«طرز جزای قتل تعزیری از حضور پادشاهی صادر می‌گردد و در اثنای منظوری اعلامی که حکم قتل را حاوی بوده، از طرف اشرف پادشاهی تصریح و اراده فرموده می‌شود».

با شکل‌گیری الگوی قدرت نهادی، اعدام‌های با تشریفات مناسک گونه از میدان‌های شهر به پشت دیوارهای زندان منتقل شد؛ زیرا در این شکل از قدرت، اعمال خشونت کیفری خود به معنای ترویج خشونت پنداشته می‌شود و خشونت کیفری برای قدرت حاکم، کارکرد نمادین خود را از دست داده و جای خود را به واکنش‌های انضباطی واگذار می‌کند و اعدام‌های علنی برای قدرت، هزینه سنگینی به دنبال دارد. لذا روش‌های اعدام با طناب دار، انداختن زیر پای حیوان و بستن به دهانه توپ، از قوانین کیفری حذف شد. در عوض حکومت بر روان‌های مدیریت‌شده و ذهن‌های اطاعت‌پذیر افراد، به ابزاری برای استحکام پایه‌های قدرت تبدیل شده، جایگزین خشونت‌های عریان می‌شود. پس از این تحولات در ساختار قدرت بود که زندان به عنوان بارزترین جلوه کیفرهای نهادی و دیوان‌سالار، وارد نظام کیفری افغانستان شد و اولین بار نظامنامه توقیف خانه‌ها و محابس در سال ۱۳۰۲ تصویب گردید (همان: ۴۴: امین، ۱۳۸۹: ۲۵۴).

فرایند تحول گفتمان قدرت در دهه ۱۳۴۰ ادامه یافت. در این دوره به رغم اینکه مجازات اعدام در قوانین کیفری حفظ شده بود، اما میزان صدور حکم و اجرای کیفر اعدام کاهش فراوان یافته و در نحوه اجرای آن نیز شرایط سختگیرانه‌تری وضع شد. مطابق ماده ۴۱۰ قانون اجرائات جزایی ۱۳۴۴:

«مجازات اعدام در محبس یا در کدام جای دیگری که مستور باشد، بر اساس مطالبه تحریری حارنوالی که مشتمل بر اتخاذ اجرائات مندرج ماده ۴۰۷ این قانون باشد، تطبیق می‌گردد».

گذار از گفتمان قدرت مبتنی بر خشونت، به قدرت نهادی پس از سقوط طالبان و شکل‌گیری نظام سیاسی جدید در سال ۲۰۰۱ (۱۳۸۰)، وارد مرحله جدیدی شد (فصیحی، ۱۳۹۳: ۱۳۶؛ شاران، ۱۳۹۵: ۳۶). در پی اصلاح قوانین کیفری، اعدام‌زدایی عملی که در قانون اساسی ۱۳۸۲ پیش‌بینی شده بود، با تکمیل قانون اجرائات جزایی و کد جزا، وارد مرحله اعدام‌زدایی قانونی شد. این تحول در واقع بیانگر اوج گرفتن سیاست کیفری اعدام‌زدایی است؛ در حالی که قبل از آن در قانون جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی و قانون مبارزه با جرائم تروریستی، کیفر اعدام در سطح وسیعی پیش‌بینی شده بود. هرچند برخی به این باورند که حضور فن‌سالاران تحصیل کرده غرب و آشنا با اندیشه‌های حقوق بشری از یکسو و فشارهای نهادهای بین‌المللی مدافع حقوق بشر از سوی دیگر، زمینه را برای شکل‌گیری قدرت نهادی و دگرگونی در واکنش‌های کیفری از جمله کیفر اعدام فراهم نموده است (موسوی، ۱۳۸۸: ۸۳)، اما به نظر می‌رسد دگرگونی در شیوه اعمال قدرت، عامل مهم و اساسی در تحولات کیفر اعدام از مرگ هزارباره به مرگ با کمترین درد و رنج بوده است.

اما اکنون پس از بیست سال جدایی میان کیفرهای شرعی و قانونی و تلاش در راستای عرفی‌سازی حقوق کیفری، به قدرت رسیدن دوباره طالبان ممکن است منجر به احیای دوباره قدرت عقیدتی مبتنی بر خشونت کیفری شود. اینکه بار دیگر، احکام فقهی به مثابه قوانین کیفری در دستور کار دادگاه‌های افغانستان قرار بگیرد، کاملاً یک امر محتمل است. طبیعی است با قرائتی که طالبان در گذشته از گفتمان کیفری شریعت ارائه کرده، خشونت‌گرایی کیفری و تمایل قدرت به اعمال مجازات‌های خشونت‌آمیز و

علنی هرچند برای مدتی کوتاه، ممکن است به گفتمانی غالب تبدیل شود. همچنان که اقدامات یک‌ساله طالبان، حکایت از روی کار آمدن دوباره کیفرهای شرعی از قبیل سنگسار، شلاق و قطع عضو دارد. همچنان صحبت‌های ملاهبة‌الله آخوندزاده رهبر گروه طالبان در نشت قندهار (۱۴۰۱/۵/۲۷) در خصوص اجرای حدود، نشانه‌ای از سیر قهقرایی خشونت‌گرایی کیفری و بازگشت به دوران مجازات‌های شرعی با قرائت طالبانی است.<sup>۱</sup> این مسئله در واقع، دلیل روشنی برای اثبات این مدعاست که بخش زیادی از تحولات مجازات اعدام، ریشه در الگوی قدرت سیاسی دارد؛ زیرا در این مدت با هر بار تغییر الگوی قدرت، واکنش‌های کیفری نیز دچار تغییر و دگرگونی شده است.

## ۲. واقعیت فرهنگی کیفر اعدام و تحول ساختار اجتماعی افغانستان

دگرگونی باورها، نمادها و ارزش‌های فرهنگی، باعث تغییر واکنش‌های کیفری می‌گردند. اگر زمانی شکنجه و اعدام در ملاء عام مورد استقبال جامعه قرار می‌گرفت، امروزه چنین مجازاتی، توهین به انسان و کرامت انسانی قلمداد می‌شود. لذا اگر قانون‌گذار اعدام و شلاق را محدود می‌کند و اجرای آن را دور از چشم عموم قرار می‌دهد، به خاطر آن است که وجدان جمعی به چنین کیفری واکنش منفی نشان می‌دهد. با تحول فرهنگ، عادات، سبک زندگی، ارتقای سطح دانایی و افزایش احساس نوع‌دوستی، کیفر اعدام به شیوه‌های خشونت‌آمیز توأم با شکنجه و نمایش آن، کارکرد اجتماعی خود را از دست می‌دهد (پرت، ۱۳۹۶: ۳۰)؛ زیرا:

«قوانین و مجازات و نهادهای کیفری همواره درون دستورالعمل‌های فرهنگی مشخص پیشنهاد شده، مورد بحث قرار گرفته، قانون‌گذاری شده و توسعه می‌یابند» (گارلند، ۱۳۹۵: ۲۷۰).

از سوی دیگر، زمانی که رفتار مجرمانه به رفتار مشروع تبدیل شده و قبح اجتماعی آن از بین برود، به این معناست که ارزش‌های مورد حمایت جامعه متحول شده است (جوان‌جعفری بجنوردی و ساداتی، ۱۳۹۲: ۱۰۹). تحول هنجارها و نمادهای فرهنگی می‌تواند

۱. «جهانیان به خاطر تعامل و مشروعیت بین‌المللی می‌خواهند به نام حقوق بشر، حدود عمل نشود، اما در هر صورت حدود را اجرا می‌کنیم» (پایگاه خبری هرات تایمز به نشانی: <www.herattimes.com>).

به لحاظ ماهیت، شدت و چگونگی کیفر مؤثر باشد (جوان‌جعفری بجنوردی و اسفندیاری بهرآسمان، ۱۳۹۷: ۱۴۷). در واقع، مجرم با ارتکاب جرم، به ارزش‌ها و نظم اخلاقی جامعه آسیب رسانده، وجدان جمعی را علیه خود برمی‌انگیزد. از همین رو به نظر دورکیم، هرچه ارزش‌های نقض شده از تقدس بیشتری برخوردار باشد، واکنش جامعه نیز شدیدتر خواهد بود (جوان‌جعفری بجنوردی و ساداتی، ۱۳۹۲: ۱۱۵). بنابراین همان‌گونه که فرهنگ از مجازات به عنوان یک نهاد اجتماعی تأثیر می‌پذیرد، می‌تواند بستری برای تحول اشکال واکنش‌های کیفری نیز باشد.

تحلیل و تبیین پیوند تحولات مجازات اعدام و تحولات اجتماعی - فرهنگی در افغانستان از چند بُعد قابل بررسی است. نخست اینکه فرهنگ در جامعه افغانستان همانند قدرت، پیوند ناگسستنی با مذهب، قبیله و زندگی غیر شهری دارد. عنصر مذهب از مهم‌ترین مسائل فرهنگ در جامعه افغانستان محسوب می‌شود. باورهای دینی و مذهبی سبب شده است تا واکنش‌های کیفری رسمی نیز به سه دسته مهم جرائم علیه دین، دولت و اشخاص دسته‌بندی گردند. به لحاظ اجتماعی، جرائم علیه دین، شدیدترین واکنش‌های اجتماعی را به دنبال دارند. از همین رو عموماً هر زمانی که نقش مذهب در ساختارهای سیاسی و اجتماعی بیشتر می‌شود، واکنش‌های کیفری خشونت‌آمیز نیز بیشتر می‌شود و هر زمانی که این رابطه برعکس می‌شود، واکنش‌های کیفری نیز تغییر می‌کند. در واقع بر اساس نگاه مذهبی به جرم و مجازات، این باور شکل می‌گیرد که ناقضان هنجارهای دینی به مثابه حمله‌کنندگان به مقام قدسی و الهی دین هستند. از همین رو با واکنش شدید جامعه مواجه می‌شوند. به همین دلیل قبل از اینکه در افغانستان، نظام حقوقی کیفری عرفی به وجود بیاید، اکثر جرائم بر اساس قواعد فقهی و مذهبی مورد رسیدگی قرار می‌گرفتند. لذا قضات و در رأس آن‌ها پادشاه به عنوان نماینده خدا، مسئول اجرای مجازات کسانی بودند که با رفتارهای ضد هنجاری خود، ارزش‌های دینی، قدرت سیاسی و منافع افراد را با خطر مواجه می‌ساختند. اما به مرور زمان، فرهنگ و هنجارهای فرهنگی افغانستان دگرگون شد، باورهای مذهبی بخشی از جامعه رفته‌رفته سست شد و تمایل وجدان جمعی به مجازات‌های خشونت‌آمیز کاهش یافت. همسان‌پنداری جرم و گناه کم‌رنگ شد و باور به اینکه مجازات باعث تطهیر مرتکب از

گناه می‌شود، تضعیف گردید. لذا می‌توان گفت که به باور بخشی از جامعه کنونی افغانستان، جرم نقض هنجارهای بشری است، نه هنجارهای قدسی آسمانی. بنابراین دو الگوی فرهنگی تک‌ساختی و چندساختی متکثر در جامعه افغانستان قابل تحلیل است که در کنار سایر عوامل، این تحول نقش مهمی در کاهش موارد مجازات اعدام و روش‌های اجرای آن در افغانستان داشته است.

البته در این، میان نقش فشارهای جامعه بین‌المللی و حضور بیست‌ساله آن‌ها در افغانستان را نمی‌توان نادیده گرفت؛ مخصوصاً اینکه اصلاحات قانون اجرائات جزایی و کد جزا ناشی از همین فشارها بوده است. اما باید توجه داشت که: اولاً این تأثیرگذاری بدین معنا نیست که ما تحولات اجتماعی و فرهنگی نیم قرن گذشته را نادیده بگیریم. ثانیاً آنچه امروزه تحت عنوان تحولات مجازات اعدام بحث می‌کنیم، تنها منحصر در قوانین کیفری دو دهه اخیر نیست. بلکه این روند از نیمه دوم قرن بیستم و زمانی که قانون جزای ۱۳۵۵ و قانون تحدید جزای اعدام ۱۳۷۰ تصویب گردید، آغاز شده و با کد جزا به مرحله تکامل خود رسیده است؛ برای مثال، محدود بودن جرائم مستوجب اعدام و مستور بودن محل اجرای آن، رعایت حقوق بشری محکوم در قوانین کیفری ماهوی<sup>۱</sup> و شکلی<sup>۲</sup> تذکر داده شده بود. ضمن اینکه احاله کیفرهای شرعی به فقه حنفی در قانون جزای سابق، عملاً به معنای عدم اجرای این مجازات‌ها بود؛ زیرا کمتر اتفاق افتاده است که این دسته از مجازات‌ها اجرایی شده باشند (صدر توحیدخانه، ۱۳۹۷: ۷۶). ثالثاً به استثنای دوره اول حاکمیت طالبان که تمایل وجدان جمعی به واکنش‌های کیفری شدید، علنی و خشونت‌آمیز افزایش نسبی یافته بود، در سایر موارد این گونه نبوده است. دلیل این افزایش را نیز می‌توان در شرایط اجتماعی و امنیتی آن زمان جستجو کرد که سرقت‌ها، قتل‌ها، جرائم خشن، آدم‌ربایی و قاچاق کودکان به شدت افزایش یافته بود و جامعه از این بابت رنج می‌برد (اندیشمند، ۱۳۹۳: ۱۲۳). لذا در مقطعی کوتاه، مجازات‌های خشونت‌آمیز که توسط طالبان در دهه ۷۰ هجری صورت می‌گرفت، با استقبال بخشی از جامعه افغانستان مواجه شد؛ اما این حالت بسیار کوتاه و

۱. قانون تحدید جزای اعدام در جمهوری افغانستان، مصوب ۱۳۷۰.

۲. قانون اجرائات جزایی، مصوب ۱۳۴۴.



مقطعی بود. چنان که امروزه با بازگشت دوباره طالبان به قدرت، شاهد آن هستیم که بخشی زیادی از جامعه افغانستان با مجازات‌های خشونت‌آمیز اعمال‌شده توسط این گروه مخالف هستند و آن‌ها را ناقض هنجارهای بشری، اسلامی و اجتماعی می‌دانند. به همین دلیل به رغم وجود این تصور که اصلاحات اخیر قوانین کیفری ممکن است صرفاً ناشی از فشارهای جامعه بین‌المللی باشد، نگارندگان این مقاله، نقش تحولات اجتماعی - فرهنگی را مهم و تأثیرگذار دانسته، بر تأثیرپذیری مجازات اعدام از این تحولات تأکید دارند.<sup>۱</sup> از همین رو در این بخش تلاش می‌کنیم تحلیلی جامعه‌شناختی از دو الگوی ساختار اجتماعی تک‌ساختی و چندساختی و تأثیر آن بر تحولات مجازات اعدام در افغانستان بر اساس نظریه انسجام اجتماعی دورکیم ارائه نماییم.

## ۱-۲. اجرای مناسک گونه اعدام؛ واکنش وجدان جمعی جامعه تک‌ساخت

از نظر دورکیم، مرحله نخست انسجام اجتماعی جوامع بشری، به شکلی خودبنیاد و با مشابهت‌های بیشتری تحقق پیدا می‌کند؛ به گونه‌ای که حتی رفتارهای جزئی افراد نیز باید هماهنگ با ارزش‌های جامعه باشد (دورکیم، ۱۳۸۷: ۹۸). دورکیم برای جامعه‌ای با چنین خصوصیات فرهنگی و ساختار اجتماعی، اصطلاح «انسجام مکانیکی» را به کار می‌برد؛ زیرا در این شکل از ساختار اجتماعی، رابطه افراد با جامعه شیء‌گونه است و ارزش‌های فرهنگی و اجتماعی مقدس پنداشته می‌شوند و کمترین انحراف از این ارزش‌ها جرم قلمداد شده و با واکنش تند و سرکوبگر جامعه روبه‌رو خواهد شد (جوان‌جعفری بجنوردی و ساداتی، ۱۳۹۲: ۱۱۵).

اگر دسته‌بندی دورکیم از جوامع را در نظر بگیریم، جامعه افغانستان تا نیم قرن قبل را می‌توان یک جامعه مکانیکی دانست که از فرهنگ قبیله‌ای و ساختار به شدت خشونت‌محور برخوردار بود. در نظام قبیله‌ای، هویت‌ها بر اساس پیوند خانوادگی شکل می‌گیرد و افراد قبیله همبستگی شدیدی با هم دارند و ارزش‌های اجتماعی، فرهنگی و

۱. نویسندگان به نقش و تأثیر جامعه بین‌المللی و حضور بیست‌ساله آمریکا در افغانستان در تحولات حقوق کیفری به ویژه کد جزای افغانستان واقف هستند. اما در این مقاله، نقش عامل خارجی در تحولات حقوق کیفری افغانستان را مد نظر ندارند؛ بلکه این مسئله را در مقاله دیگری مورد بررسی قرار داده‌اند که در دست تدوین است.

مذهبی یکسانی بر تمام قبیله حاکم است (Garland, 2013: 25). در افغانستان به لحاظ ساختار اجتماعی، قبیله یکی از مفاهیم اساسی پنداشته می‌شود. باور به پیوندهای خونی، زبانی و نژادی، ساختار خاص اجتماعی ایجاد کرده است. برای مثال، فرهنگ پشتون‌والی یکی از الگوهای انسجام اجتماعی بخشی از جامعه افغانستان است (حسن‌زاده یکاولنگی بامیانی، ۱۳۹۵: ۱۴۰). این فرهنگ حوزه گسترده‌ای از رفتار و روابط قبیله پشتون را تشکیل می‌دهد که بر حوزه واکنش‌های کیفری تأثیر زیادی گذاشته است؛ زیرا در میان قبیله پشتون، قانون خاص امور جزایی و اداره عمومی، عرف پشتون‌والی است (سجادی، ۱۳۹۱: ۱۳۸). این فرهنگ ضمانت اجراها و نهادهایی اجرایی مخصوص به خود را دارد (روا، ۱۳۶۹: ۶۲). از قواعد مهم فرهنگ پشتون‌والی، حس انتقام‌جویی است که باعث می‌شود هر یک از افراد قبیله، خود را ملزم بدانند تا انتقام خون مقتول را از قبیله قاتل بگیرد و به هیچ عنوان به کیفرهای رسمی و قصاص حکومتی قناعت نکند (افغان، ۱۳۷۳: ۱۱۱).

انسجام اجتماعی شکل گرفته بر مبنای گزاره فرهنگی پشتون‌والی، جامعه را به دو دسته خودی و غیر خودی تقسیم نموده بود و غیر خودی‌ها انسان‌های پست، بی‌ارزش و قابل طرد پنداشته می‌شدند. الیور روا نویسنده فرانسوی بر این باور است که در افغانستان، فرهنگ از دو مقوله دین و قبیله نضج گرفته و یک نظام حقوق عرفی روستایی، پیچیده ولی دقیق را شکل داده است؛ مجموعه قوانین غیر مدونی که بر مبنای گزاره‌های قبیله‌ای («پشتون‌والی») و («جرگه‌ها») شکل گرفته و تداوم یافته است (روا، ۱۳۶۹: ۶۲). دورکیم این خصوصیات را برای فرهنگ سنتی در نظر می‌گیرد که در جوامعی با انسجام اجتماعی تک‌ساختی حاکم است. در این الگوی فرهنگی، دل‌مشغولی‌ها و تجربه‌های مشترک افراد است که آن‌ها را به یکدیگر پیوند می‌دهد. لذا نیروی حاکم بر این گونه جوامع، خاصیت سرکوبگری دارد و فرصت هر گونه اختلاف‌نظر را از افراد سلب نموده، ناقضان هنجارهای تعیین‌یافته اجتماعی را مستحق تنبیه و مجازات می‌داند (گیدنز، ۱۳۸۷: ۱۶).

الگوی فرهنگی تک‌ساخت مبتنی بر گزاره‌های قبیله‌ای، بخش‌های وسیعی از روابط اجتماعی را در افغانستان تحت تأثیر قرار داده بود. کیفر اعدام از جمله مواردی است که از این الگوی فرهنگی متأثر شده است. تشریفات قبل از اعدام، مراسم قرائت

حکم، حضور نمایندگان قبایل در مراسم اجرای اعدام و دشمن خطاب کردن محکومان، گویای این واقعیت است که در فرهنگ تک‌ساخت، فرد مجرم، قربانی دفاع از ارزش‌های گروه قومی حاکم قلمداد می‌شود. حاکمیت سیاسی یک قبیله، این باور را ایجاد کرده بود که سایر اقوام ساکن در افغانستان، ملزم به رعایت آداب و فرهنگ گروه حاکم است؛ لذا مخالفت با این فرهنگ به منزله دشمنی با تمام قبیله محسوب می‌شد. این شیوه از ساختار احساسات با یک خشونت روانی آشکار هماهنگ می‌شود و می‌تواند اجبار را به شکلی متفاوت تحمیل کند و به راحتی در حالی که نسبت به برخی افراد احساس همدردی دارد، نسبت به دیگران بی‌تفاوت باشد. حمایت قوم پشتون از اعدام حبیب‌الله کلکانی، اعدام عبدالخالق هزاره و همراهانشان، بیانگر فرهنگی است که به خاطر حفاظت از آیین و فرهنگ قبیله قوم پشتون، مثله کردن، مقابل لوله توپ قرار دادن، زیر پای فیل انداختن و حلق‌آویز کردن محکومان در میدان شهر را توجیه می‌کند.

## ۲-۲. کاهش تمایل وجدان جمعی به کیفر اعدام؛ گذار به جامعه چندساختی

در جوامع تک‌ساختی، ارزش‌ها و قلمرو ارتباطات اجتماعی محدود است؛ اما در جوامع چندساختی، هنجارها و ارزش‌های حاکم حالت سیال دارد. بدین صورت که به مرور زمان، ارزش‌های جدید در پرتو تحولات فرهنگی، جای ارزش‌های سابق را پر نموده و یا حداقل میزان اهمیت آن‌ها را کاهش می‌دهد. این امر، نهاد کیفر را نیز متأثر می‌سازد. گاهی ممکن است قلمرو مجازات به عنوان ضمانت اجرای نقض ارزش‌های جامعه توسعه پیدا کند و گاهی نیز ممکن است دامنه آن محدودتر شود. این تغییر و تحول در قلمرو مجازات، در برخی موارد منجر به تسامح در اعمال کیفر می‌شود؛ زیرا با وجود ارزش‌های متکثر، انرژی وجدان جمعی تقسیم شده و از شدت آن کاسته می‌شود و از جانب دیگر با تکثر فرهنگی و هنجارهای اجتماعی، این اندیشه ایجاد خواهد شد که مجازات برای حفظ بقای جامعه است. در حالی که سختگیری کیفری نه تنها کمکی به بقای جامعه نمی‌کند، بلکه با اعمال گسترده و شدید مجازات بر شهروندان عملاً حیات جامعه به مخاطره می‌افتد (حسینی و رستمی غازانی، ۱۳۹۷: ۱۰۹).

از نظر الیاس اگر در زمان قدیم، مجازات‌ها به صورت خشن و در ملأ عام اجرا می‌شد، نشانه آن بود که:

«دیدن رنج و عذاب مجرمان، قسمتی از زندگی اجتماعی مردم بوده است. اما به تدریج این منظره‌ها به عنوان مواردی ناخوشایند معرفی شدند... به عبارت دیگر، این حساسیت ایجاد شد که مجازات‌های وحشتناک همچون اعدام همراه با شکنجه و تعذیب، به خودی خود نفرت‌انگیز است و باید حذف شود و یا حداقل به جایی رود که از دید عموم پنهان باشد» (اسفندیاری، ۱۳۹۳: ۱۳۵).

گذار از فرهنگ اجتماعی تک‌ساخت به فرهنگ چندساختی، محصول دگرگونی در شکل انسجام اجتماعی است. در فرهنگ چندساختی، تقدس و عمق ارزش‌های تعیین یافته فرهنگی کاهش پیدا می‌کند و میان گروه‌های شکل‌دهنده فرهنگ، تعارض و ناهماهنگی ایجاد می‌شود (نورپور و ساداتی، ۱۴۰۰: ۱۶۸). بدین ترتیب جای هنجارهای تقدس‌یافته مذهبی و قبیله‌ای را هنجارها و ارزش‌های متکثر و متضاد می‌گیرد. این دگرگونی ارزش‌ها و هنجارهای فرهنگی، باعث دگرگونی در نمادهای فرهنگی و شکل انسجام اجتماعی می‌شود؛ انسجام اجتماعی چندساختی و ارگانیکی که بر مبنای تقسیم کار و نقش‌های اجتماعی قوام و تداوم می‌یابد.

در افغانستان، این تحول اجتماعی را نمی‌توان در همه بخش‌های جامعه مشاهده نمود. فرهنگ قبیله‌ای و ساختار اجتماعی تک‌ساختی، چارچوب روابط اجتماعی بخشی از جامعه روستایی افغانستان را تشکیل می‌دهد. اما پس از تحولاتی که در عرصه سیاسی، فناوری ارتباطات و الگوهای تولید حقیقت مبتنی بر ارزش‌های حقوق بشری طی دو دهه اخیر به وجود آمد، قسمتی از ساختارهای اجتماعی و فرهنگی جامعه افغانستان دستخوش تحولات بنیادین شد. این تحولات در میان طبقات شهرنشین و بخشی‌هایی از جامعه غیر پشتون افغانستان قابل مشاهده است؛ تحولی که بر بنیاد آن، هنجارها، ارزش‌ها و نمادهای انسجام‌بخش جامعه افغانستان دگرگون شد؛ روابط اجتماعی مبتنی بر ارزش‌های حقوق مدنی و شهروندی جایگزین روابط اجتماعی مبتنی بر ارزش‌های قبیله‌ای گردید؛ گروه‌های اجتماعی متعددی در تولید ارزش‌های جدید سهیم شدند و ساختار متکثر چندساختی فرهنگی به جای ساختار تک‌ساختی مبتنی بر هنجارهای قبیله‌ای حاکم

گردید. در واقع، این حالت را اگر تحول بنیادین ساختار اجتماعی نخوانیم، می‌توان از آن به مرحله گذار از فرهنگ سنتی - قبیله‌ای به فرهنگ مدرن چندساختی تعبیر کرد.

گذار از فرهنگ تک‌ساختی به فرهنگ چندساختی در جامعه افغانستان، متأثر از عوامل متعددی است که از آن جمله می‌توان به ورود فناوری‌های جدید، افزایش شهرنشینی، بازگشت تعداد زیاد مهاجران، رسانه‌های همگانی و وسایل ارتباط جمعی اشاره نمود. این عوامل فرهنگ سنتی را از هم می‌پاشد و جامعه را به سوی فرهنگ جهانی شدن، پذیرش تفاوت‌های فرهنگی و تکثرگرایی ارزش‌های فرهنگی و اجتماعی سوق می‌دهد (وثوقی و نیک‌خلق، ۱۳۸۵: ۲۵۰). بی‌تردید یکی از پیامدهای جنگ‌های داخلی افغانستان، مهاجرت تعداد زیادی از افغان‌ها به خارج از کشور بود؛ به گونه‌ای که در بین سال‌های ۱۳۵۸ تا ۱۳۸۱ حدود ۳۰ درصد از جمعیت افغانستان به کشورهای مختلف مهاجرت کردند (شاطریان و گنجی‌پور، ۱۳۸۹: ۸۴). با تشکیل حکومت جدید و فراهم شدن زمینه بازگشت مهاجران، تعداد زیادی از این افراد به داخل کشور بازگشتند که اغلبشان در سال‌های مهاجرت، با فرهنگ و عرف اجتماعی کشورهای مهاجرپذیر آشنا شده بودند. با حضور این مهاجران که عمدتاً افراد تحصیل کرده بودند، تغییرات و دگرگونی‌های بنیادین در باورها، هنجارها و نمادهای فرهنگی جامعه افغانستان شکل گرفت. قرار گرفتن تحصیل کرده‌های غرب که عموماً قدرت تصمیم‌گیری را در اختیار داشتند و در نقش‌های رئیس‌جمهور، وزیر عدلیه (دادگستری) و رئیس کمیسیون حقوق بشر ایفای وظیفه کرده‌اند، می‌تواند از عوامل مهم کاهش کیفر اعدام در افغانستان باشد. برای مثال، حامد کرزی و محمد اشرف غنی هر دو از مهاجران تحصیل کرده غرب بودند که در رأس قدرت اجرایی قرار گرفتند و هیچ حکم اعدامی بدون تأیید و تنفیذ آن‌ها قابلیت اجرایی نداشت. چنان که شخصی به نام عبدالرحمن به اتهام ارتداد توسط دادگاه به اعدام محکوم گردید، اما رئیس‌جمهور حامد کرزی با صدور فرمان عفو، عملاً مانع اجرای این حکم شد (صدر توحیدخانه، ۱۳۹۷: ۷۳)؛ همان گونه که قرار گرفتن محمد سرور دانش به عنوان یک فرد تحصیل کرده در ایران در نقش معاون رئیس‌جمهور و مسئول کمیته تدقیق قوانین، تأثیر به‌سزایی بر سیاست اعدام‌زدایی قانونی در قوانین کیفری از جمله کد جزا داشته است.

همچنین حضور نظامی و سیاسی سازمان بین‌المللی ناتو و کشورهای غربی از یکسو، شکل‌گیری نهادهای مردم‌نهاد تحت نام جامعه مدنی و سازمان‌های غیر دولتی، مخصوصاً سازمان‌های مدافع حقوق بشر از سوی دیگر، به شکل‌گیری فرهنگ همزادپنداری، همدیگر‌پذیری، پرهیز از خشونت و گرایش وجدان‌جمعی به کاهش خشونت‌های کیفری کمک نمود (فاضلیار، ۱۳۹۴: ۲۱۶-۲۱۷). با تغییراتی که در نگرش جامعه نسبت به جرم و مجازات طی دو دهه اخیر به وجود آمده است، بحث اینکه اعدام دیگر کارکرد اجتماعی ندارد، از دید نخبگان جامعه افغانستان، به امری پذیرفته‌شده و غیر قابل تردید تبدیل شده است. به همین دلیل، دیگر اصراری در اجرای مجازات اعدام از سوی وجدان جمعی وجود ندارد. از آن گذشته، وجدان جمعی دیگر تمایلی به حمایت از اعدام و کیفرهای خشونت‌آمیز ندارد. از همین رو طی دو دهه اخیر، شاهد سیر نزولی صدور حکم و اجرای مجازات اعدام هستیم و نهایتاً مجازات‌های خشن و سالب حیات، جای خود را به مجازات‌های حبس، بدیل حبس و مجازات نقدی داده است.

مهم‌ترین پیامد این تحول فرهنگی در خصوص واکنش‌های کیفری، تغییر نگرش جامعه به مسئله جرم و گناه است؛ امری که باعث جداسازی واکنش‌های کیفری مذهبی و غیر مذهبی شد. تفکیک مجازات حدود از تعزیرات، تأثیر بزرگی بر میزان مجازات اعدام در افغانستان بر جای گذاشت؛ به گونه‌ای که ارتباط جرم و گناه از هم گسسته شد و از بزهکاری، فهم مادی ارائه گردید (صدر توحیدخانه، ۱۳۸۶: ۱۸)؛ زیرا احاله مجازات حدود و قصاص در ماده دوم کد جزا به فقه حنفی عملاً به معنای عدم اجرای چنین مجازاتی توسط قضات و حکومت بود. حتی می‌توان گفت که تدوین کنندگان این ماده نیز باوری به اجرایی شدن آن نداشته‌اند، بلکه صرفاً به خاطر اجرا نشدن، آن را در قانون جزا افزوده‌اند (همو، ۱۳۹۷: ۷۴). این تغییر نگرش وجدان جمعی نسبت به جرم باعث شد که نگرش وجدان جمعی نسبت به مجازات نیز دگرگون شود. مفهوم جرم در این صورت، دیگر به معنای مخالفت با اراده خداوند نیست؛ بلکه به مثابه نقض ارزش‌های انسانی قلمداد می‌شود که توسط قانون تبیین شده است (ساداتی، ۱۳۹۸: ۱۱۷). لذا وجدان جمعی دیگر آن واکنشی را که در برابر جرم به عنوان نقض ارزش‌های الهی نشان می‌داد، در برابر نقض ارزش‌های قانونی نشان نمی‌دهد.

## نتیجه گیری

ارائه پاسخ جامعه‌شناسانه به این پرسش که چه عواملی در تحولات مجازات اعدام در افغانستان مؤثر بوده است، مستلزم مطالعه توأمان تحولات قدرت و هنجارها، نمادها و ارزش‌های فرهنگی است. این تحقیق با تلفیق نظریه فناوری قدرت فوکو و انسجام اجتماعی دورکیم به بررسی تحولات کیفر اعدام در افغانستان پرداخته است. هرچند این دو دیدگاه در ظاهر متناقض به نظر می‌رسند و هر کدام از زاویه‌ای خاص به تحولات پدیده کیفر می‌پردازند، اما این مقدار تفاوت، خدشه‌ای در نتایج پژوهش مورد نظر ما وارد نکرده است؛ زیرا نظریه‌های جامعه‌شناختی کیفری، هیچ کدام به تنهایی قادر به تحلیل تمام زوایای پدیده کیفر نیستند، بلکه مجموعه‌ای از این نظریه‌هاست که می‌تواند ما را به درک درستی از نهاد کیفر و تحولات آن برساند.

بنابراین کاهش کمی و دگرگونی‌های کیفی کیفر اعدام در افغانستان از دو زاویه تغییرات الگوی قدرت و ساختار اجتماعی قابل تحلیل است؛ تغییراتی که موجب شد اشکال و گونه‌های اجرای مجازات اعدام از روش‌های خشونت‌آمیزی چون دار زدن، زیر پای فیل له کردن، گردن زدن، تیرباران کردن و زیر دیوار کردن تا مرگ پشت دیوارهای زندان و با کمترین درد در تاریخ افغانستان به ثبت برسد. بر اساس نظریه فناوری قدرت، آنچه باعث تحولات کیفر اعدام شده، دگرگونی در شکل و ساختار قدرت سیاسی است. در حالی که نظریه انسجام اجتماعی، این تحولات را ناشی از تغییر در ساختار و شیوه روابط اجتماعی - فرهنگی می‌داند. با تغییر الگوی قدرت اقتدارگرایی سنتی به قدرت نهادی دیوان‌سالار، زمینه برای تغییر پدیده مجازات اعدام از مرگ هزارباره، علنی و خشونت‌آمیز به روش مرگ با کمترین درد از طریق تزریق آمپول و یا تیرباران فراهم شده است؛ امری که حکایت از تأثیرگذاری تحولات الگوی قدرت سیاسی بر تحولات کیفر در افغانستان دارد. از سوی دیگر، تغییر ساختار اجتماعی سنتی قبیله‌ای - مذهبی به ساختار متکثر مبتنی بر ارزش‌های قومی و شهروندی، زمینه اجتماعی پذیرش چنین الگوی قدرتی را در افغانستان فراهم ساخته بود. اثر دیگر این تغییر ساختار اجتماعی، کاهش تمایل وجدان جمعی به خشونت‌گرایی کیفری بود که نتیجه آن،

عبور از مجازات‌های خشونت‌آمیز چون کیفر مرگ توأم با شکنجه، تعذیب و اجرای مناسک گونه‌آن بود. جای خالی جمعیت انبوهی از تماشاچیان در صحنه‌های اجرای کیفر اعدام، سنگسار و شلاق پس از نیمه دوم قرن بیستم، حکایت از این تحول اجتماعی دارد. حتی در برخی موارد، کسانی که به هر دلیل در صحنه اجرای کیفر اعدام حضور داشته‌اند، نگاهی بدبینانه و منفی نسبت به مشاهداتشان ابراز کرده‌اند. بنابراین در پرتو تغییر و دگرگونی در الگوی قدرت سیاسی و ساختار اجتماعی، روش‌ها و الگوهای اعمال کیفر اعدام نیز در افغانستان نرم‌تر شده و از میدان‌های شهر و حضور جمعیت انبوه مردم، به پشت میله‌های زندان و حضور افراد محدود منتقل شده است. کاهش قابل توجه موارد محکومیت به اعدام در بیست سال اخیر و اجرای پنهانی آن در زندان‌ها و بدون حضور مردم، نشانگانی از این تحولات کیفر اعدام در افغانستان است.

اما ممکن است با تسلط دوباره طالبان بر افغانستان، این مسئله مطرح شود که آیا تغییرات و تحولات شکلی و ماهوی دو دهه اخیر مجازات اعدام به همان مسیر خود ادامه خواهد داد یا شاهد بازگشت قهقرایی آن خواهیم بود. با وجود اینکه گروه طالبان تاکنون سیاست کیفری مشخصی اتخاذ نکرده و تمام مسائل در هاله‌ای از ابهام قرار دارد، به ویژه که هنوز مشخص نیست بر اساس کدام قانون و با چه روشی به مسائل کیفری رسیدگی می‌شود، با این همه، مطالعه رفتار و کنش طالبان طی چند ماه گذشته نشان از یک نوع رفتار متناقض‌نما دارد. در روزهای نخست حاکمیت طالبان، محاکمه‌های صحرائی، مجازات‌های بدنی و خشونت‌آمیز از قبیل شلاق و شهرگردانی متهمان توسط افراد پایین‌رده این گروه افزایش یافت؛ اما این رویکرد تا کنون به عنوان سیاست رسمی از سوی نهادها و مقام‌های تصمیم‌گیرنده این گروه تأیید نشده است. حتی پس از واکنش‌های منفی شهروندان، مخصوصاً اعتراضات در فضای مجازی و سازمان‌های بین‌المللی حقوق بشر، بالاجبار این گونه رفتارهای کیفری را کاهش داده و یا حداقل از اجرای علنی آن‌ها خودداری کردند. رهبران این گروه در اعلامیه‌های متعددی به افراد پایین‌رتبه خود هشدار دادند که از اجرای علنی مجازات‌های خشونت‌آمیز خودداری کنند. اما به رغم این هشدارها، در برخی موارد دیده شده است که افراد نظامی این گروه، اجساد متهمان به سرقت و آدم‌ربایی را که در جریان درگیری مسلحانه



با نیروهای طالبان به قتل رسیده‌اند، در محل‌های عمومی شهر به نمایش گذاشته‌اند. آنچه در این خصوص جالب توجه به نظر می‌رسد، واکنش افراد جامعه به این رفتارهای خشونت‌آمیز طالبان است. بر خلاف پنج سال حاکمیت این گروه در دهه ۷۰ هجری که در هنگام اجرای مجازات‌های بدنی و خشونت‌آمیز از قبیل اعدام و شلاق، تعداد زیادی افراد جمع می‌شد و به نوعی با رفتارهای خود از عملکرد طالبان اعلام حمایت می‌کردند، این بار بخشی بزرگی از جامعه افغانستان نه تنها هیچ گونه تمایلی به نمایش این صحنه‌ها از خود نشان ندادند، بلکه آن را نوعی خشونت‌گرایی پنداشته و در رسانه‌های همگانی و فضای مجازی به شدت با آن مخالفت کرده‌اند. برای مثال، زمانی که طالبان در تاریخ ۱۴۰۱/۲/۵ دو سارق را در استان هرات کشتند و جسدشان را در مرکز شهر به نمایش گذاشتند، بسیاری آن را محکوم کردند؛ از مردم عادی گرفته تا رسانه‌ها، نهادهای مدنی و سازمان‌های حقوق بشری، همه این شیوه رفتار با مجرمان را خشونت‌آمیز و خلاف کرامت انسانی تلقی کردند. هرچند در این زمینه تا کنون آمار دقیقی از میزان مخالف وجدان جمعی با الگوهای خشونت‌آمیز کیفری وجود ندارد که بر اساس آن بتوان به نتیجه‌گیری قطعی دست یافت، اما نفس اینکه جامعه از اعمال مجازات‌های علنی و خشونت‌آمیز استقبال نمی‌کند و در صحنه اعمال چنین رفتارهایی حضور افراد کم‌رنگ است، حکایت از آن دارد که گرایش جامعه فعلی افغانستان به مجازات‌های خشونت‌آمیز از جمله اعدام کاهش یافته است. از این رو می‌توان گفت به‌رغم اینکه ممکن است در ظاهر امر چنین تصور شود که اصلاحات قوانین کیفری تحت فشار جامعه بین‌المللی و به علت وابستگی شدید مالی افغانستان به کمک‌های جامعه جهانی رخ داده است، اما واقعیت آن است که طی بیست سال اخیر، تحولات فرهنگی و اجتماعی عمیقی در جامعه افغانستان به وجود آمده که به نوبه خود تأثیر زیادی بر رویکرد سیاست کیفری افغانستان داشته است. عدم تمایل وجدان جمعی به خشونت‌گرایی کیفری، این فرصت را فراهم کرده است که تدوین‌کنندگان سیاست کیفری افغانستان بتوانند بدون دغدغه و یا در برخی موارد حتی به خاطر جلب افکار عمومی، واکنش‌های کیفری خشونت‌آمیز چون اعدام و قطع عضو را از قوانین کیفری حذف و یا محدود کنند. دلیل اثبات تأثیرگذاری تحولات اجتماعی - فرهنگی بر واکنش

کیفر اعدام را می‌توان این گونه بیان کرد که اولاً اگر بگوییم اصلاح قوانین کیفری صرفاً ناشی از فشارهای جامعه بین‌الملل بوده است، پس اکنون باید به سرعت شاهد بازگشت اعدام‌های علنی و توأم با اجرای مناسک گونه‌آن می‌بودیم که از طرف جامعه نیز مورد استقبال واقع می‌شد. ثانیاً با وجود اینکه طالبان سعی دارند حداقل برخی از واکنش‌های کیفری خشونت‌آمیز از قبیل اعدام با طناب دار، شلاق، سنگسار، قطع عضو و شهرگردانی را دوباره احیا کند، اما به خاطر اینکه بخش زیادی از جامعه افغانستان دیگر این روش کیفردهی را نمی‌پذیرند، ناچار به تعدیل تصمیمات اولیه خود شده‌اند. به همین دلیل، حتی اگر طالبان افکار عمومی را نادیده بگیرند، اعمال این گونه کیفرها برای آنها هزینه بالایی به دنبال خواهد داشت و ممکن است منجر به شکل‌گیری مقاومت جامعه شود که در این صورت، مجرمان تبدیل به قهرمان خواهند شد.

## کتاب‌شناسی

۱. اسفندیاری، محمدصالح، تحلیل جامعه‌شناسانه زندان (تولد و استمرار زندان از نگاه دورکهایم، فوکو، ویر و الیاس)، دیپاچه عبدالرضا جوان‌جعفری بجنوردی، تهران، مجلد، ۱۳۹۳ ش.
۲. افغان، سیدجمال‌الدین، تمهة البیان فی تاریخ الافغان، ترجمه محمدامین خوگیانی، پشاور، سبا، ۱۳۷۳ ش.
۳. امین، نجیب‌الله، «حس و قوانین آن در افغانستان با تمرکز روی سیر تاریخی محبس پلچرخ»، مجله مطالعات حقوقی افغانستان، شماره ۳، تابستان ۱۳۸۹ ش.
۴. اندیشمند، محمداکرام، دولت ملت‌سازی در افغانستان، کابل، سعید، ۱۳۹۳ ش.
۵. انصاری، بشیراحمد، مذهب طالبان، کابل، سعید، ۱۳۹۱ ش.
۶. پرت، جان، مجازات و تمدن: تساهل و عدم تساهل کیفری در جامعه مدرن، ترجمه هانیه هژبرالساداتی، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۷. پویان، رسول، طالبان و روزهای دشوار هرات، کابل، دانش، ۱۳۹۹ ش.
۸. پتر، رودلف، جرم و مجازات در حقوق اسلام: نظریه و عمل از قرن شانزدهم تا قرن بیست و یکم، ترجمه عبدالرضا جوان‌جعفری بجنوردی و سیدمحمدجواد ساداتی، مشهد، دانشگاه فردوسی مشهد، پژوهشکده مطالعات اسلامی در علوم انسانی، ۱۳۹۹ ش.
۹. پیکار پامیر، کریم، استبداد امیر عبدالرحمن خان و اثرات منفی آن بالای جامعه افغانستان، تورنتو، ماهنامه پگاه، ۱۳۹۵ ش.
۱۰. همو، استبداد سردار محمد هاشم‌خان و پیامدهای آن در افغانستان، تورنتو، انجمن دانش، ۱۳۹۸ ش.
۱۱. جوان‌جعفری بجنوردی، عبدالرضا، و سیدمحمدجواد ساداتی، «دورکهایم و کارکردگرایی در شناخت کیفر»، فصلنامه تعالی حقوق، سال پنجم، شماره ۴، پاییز ۱۳۹۲ ش.
۱۲. همان‌ها، «مفهوم قدرت در جامعه‌شناسی کیفری»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال سوم، شماره ۱۱، تابستان ۱۳۹۴ ش.
۱۳. جوان‌جعفری بجنوردی، عبدالرضا، و محمدصالح اسفندیاری بهرآسمان، «نگرشی جامعه‌شناسانه بر تحولات مجازات اعدام مجرمان مواد مخدر»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال هفتم، شماره ۲۵، زمستان ۱۳۹۷ ش.
۱۴. حبیبی، عبدالحی، تاریخ مختصر افغانستان از زمانه‌های قدیم تا استقلال، کابل، دانش، ۱۳۴۶ ش.
۱۵. حسینی، سیدمحمد، و امید رستمی غازانی، «جنبه‌های حقوقی، فلسفی، سیاسی و جامعه‌شناختی مجازات»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال نهم، شماره ۱ (پیاپی ۱۷)، بهار و تابستان ۱۳۹۷ ش.
۱۶. دورکیم، امیل، درباره تقسیم کار اجتماعی، ترجمه باقر پرهام، چاپ سوم، تهران، مرکز، ۱۳۸۷ ش.
۱۷. دولت‌آبادی، بصیراحمد، هزاره‌ها از قتل عام تا احیای هویت، قم، ابتکار دانش، ۱۳۸۵ ش.
۱۸. رفیع، حبیب‌الله، تاریخ فشرده افغانستان، پشاور، اریک، ۱۳۷۸ ش.
۱۹. روا، الیور، افغانستان، اسلام و نوگرایی سیاسی، ترجمه: ابوالحسن سروقدمقدم، مشهد، آستان قدس رضوی، ۱۳۶۹ ش.
۲۰. رهبری، مهدی، «تحول گفتمانی قدرت؛ جستارهایی در باب تحول مفهومی قدرت در دوران کلاسیک، میانه، مدرن و پسامدرن»، پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی، سال اول، شماره ۱، تابستان ۱۳۸۵ ش.
۲۱. زمانی، عبدالرحمن، بازنگری دوره امانی و توطئه‌های انگلیس، جلال‌آباد، مومند خپروندیه توله، ۱۳۹۱ ش.
۲۲. ساداتی، سیدمحمدجواد، مجازات و کنترل اجتماعی، تهران، میزان، ۱۳۹۸ ش.

۲۳. سجادی، سید عبدالقیوم، *جامعه‌شناسی سیاسی افغانستان*، چاپ دوم، کابل، فرهنگ، ۱۳۹۱ ش.

۲۴. شاران، تیمور، *دولت شبکه‌ای رابطه قدرت و ثروت در افغانستان پس از سال ۲۰۰۱*، ترجمه حسن رضایی، کابل، واژه، ۱۳۹۵ ش.

۲۵. شاطریان، محسن، و محمود گنجی پور، «تأثیر مهاجرت افغان‌ها بر شرایط اقتصادی و اجتماعی شهر کاشان»، *مجله پژوهش و برنامه‌ریزی شهری*، سال اول، شماره ۳، زمستان ۱۳۸۹ ش.

۲۶. صدر توحیدخانه، محمد، *رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق جزای عمومی افغانستان*، کابل، ماکس پلانک، ۱۳۸۶ ش.

۲۷. همو، *مطالعه انتقادی حقوق اساسی و جزایی افغانستان در پرتو اصل قانونیت*، کابل، واژه، ۱۳۹۷ ش.

۲۸. طنین، ظاهر، *افغانستان در قرن بیستم ۱۹۰۰-۱۹۹۶*، تهران، عرفان، ۱۳۸۳ ش.

۲۹. عبدالرحمن خان، *سفرنامه و خاطرات امیر عبدالرحمان خان پادشاه افغانستان*، ترجمه غلام مرتضی خان قندهاری، تهران، نسل دانش، ۱۳۶۹ ش.

۳۰. عطایی، محمدابراهیم، *تاریخ معاصر افغانستان*، کابل، سعید، ۱۳۸۴ ش.

۳۱. غبار، میرغلام محمد، *افغانستان در مسیر تاریخ*، کابل، محسن، ۱۳۹۱ ش.

۳۲. فاضلیار، فضل الرحمن، *جامعه جهانی و دولت - ملت‌سازی در افغانستان ۲۰۰۱-۲۰۱۵*، کابل، سرور سعادت، ۱۳۹۵ ش.

۳۳. فرخ، سیدمهدی، *تاریخ سیاسی افغانستان*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.

۳۴. فرهنگ، میرمحمدصدیق، *افغانستان در پنج قرن اخیر*، ویراست چهارم، تهران، عرفان، ۱۳۸۵ ش.

۳۵. فریاد افغان، نجم‌الدین، *نگرشی بر تاریخ معاصر افغانستان*، پیشاور، دانش، ۱۳۸۴ ش.

۳۶. فصیحی، ابوالفضل، *دولت‌سازی و نقش عوامل فراملی در شکل‌گیری دولت در افغانستان*، کابل، امیری، ۱۳۹۳ ش.

۳۷. فوکو، میشل، *مراقبت و تنبیه*، ترجمه نیکو سرخوش و افشین جهاننیده، تهران، نی، ۱۳۷۸ ش.

۳۸. کاتب هزاره، فیض محمد، *سراج التواریخ*، بی‌جا، بی‌نا، ۱۳۳۱ ش.

۳۹. گارلند، دیوید، *مجازات و جامعه مدرن*، ترجمه نبی‌اله غلامی، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.

۴۰. گیدنز، آنتونی، *جامعه‌شناسی*، ترجمه حسین چاوشیان، چاپ دوم، تهران، نی، ۱۳۸۷ ش.

۴۱. مأمون، رزاق، *رد پای فرصون*، کابل، سعید، ۱۳۸۹ ش.

۴۲. محمدی اصل، عباس، *جامعه‌شناسی میشل فوکو*، تهران، گل آذین، ۱۳۹۱ ش.

۴۳. مزده، وحید، *افغانستان و پنج سال سلطه طالبان*، تهران، نی، ۱۳۸۲ ش.

۴۴. موسوی، سیدعلی، *تاریخی تحلیلی افغانستان از ظاهرشاه تا کزری*، مزار شریف، مطبعه بلخ، ۱۳۸۸ ش.

۴۵. نورپور، محسن، و سیدمحمدجواد ساداتی، «مطالعه جامعه‌شناختی تحولات مجازات در ملاً عام در جامعه پس‌انقلاب ایران»، *مجله پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی*، سال نهم، شماره ۱۷، بهار و تابستان ۱۴۰۰ ش.

۴۶. وثوقی، منصور، و علی اکبر نیک‌خلق، *مبانی جامعه‌شناسی*، تهران، بهینه، ۱۳۸۵ ش.

47. Garland, David, "Punishment and Social Solidarity", in: Jonathan Simon & Richard Sparks (Eds.), *The SAGE Handbook of Punishment and Society*, N. 12, 2013.

# اثر بخشی دستورالعمل تالین ۲۰۱۷ میلادی بر صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی در ایجاد صلح و امنیت سایبری بین‌المللی\*

- علیرضا محقق هرچقان<sup>۱</sup>
- محمدعلی اردبیلی<sup>۲</sup>
- ابراهیم بیگزاده<sup>۳</sup>
- محمدعلی مهدوی ثابت<sup>۴</sup>

## چکیده

توجه به روابط دوستانه و ضرورت حل و فصل اختلاف به شیوه‌ی التزام به منع مداخله دولت‌ها در امور دیگر کشورها، امری اجتناب‌ناپذیر است. با توسعه فعالیت سایبری، صلح و امنیت سایبری، یک اصل ضروری است که با توسل به

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۵/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۲/۲۸.

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (alireza.mohaghegh.1400@gmail.com).
۲. استاد گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول) (m-ardebili@sbu.ac.ir).
۳. استاد گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (ebrahim\_beigzadeh@sbu.ac.ir).
۴. دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (ali@mahdavi.fr).

زور سایبری نقض می‌شود. اصل منع توسل به زور، برای تعیین نقض یا عدم نقض ماده (۴) منشور ملل متحد و ممنوعیت آن در حقوق بین‌الملل عرفی به کار می‌رود. در مقابل به کارگیری زور توسط فرد متخاصم، مداخله قانونی توسط شورای امنیت جامعه بین‌المللی به منظور ایجاد صلح و امنیت بین‌المللی، می‌تواند با ارجاع امر به دیوان کیفری بین‌المللی صورت گیرد. نقض صلح و امنیت سایبری بین‌المللی با ارتکاب جرائم سایبری، در صورت رسیدن به آستانه مقتضی می‌تواند قابل احراز به عنوان «جنایت تجاوز» در قالب «فاعل معنوی» باشد. وفق قاعده ۱۳ دستورالعمل تالین ۱ در سال ۲۰۱۳ میلادی و نیز بند ۶ ماده ۶۹ در دستورالعمل تالین ۲ در سال ۲۰۱۷ میلادی بر مبنای اثر، گستره و شدت در بروز جرائم سایبری، آستانه جنایت تجاوز را باید «حمله مسلحانه» دانست که دارای ماهیت نقض قواعد حقوق بین‌الملل و منع توسل به زور است و مسئولیت کیفری علاوه بر فرد متخاصم به فعالان غیر دولتی مطلع نیز توسعه خواهد یافت.

**واژگان کلیدی:** منع مداخله، صلح و امنیت سایبری، دیوان کیفری بین‌المللی، دکنترین اثربخشی، مسئولیت کیفری فردی.

### مقدمه

صلح و امنیت سایبری در سطح بین‌الملل، همراه با پیشرفت فناوری و ایجاد ابزارهای مجهز به فناوری‌های روز دنیا، نظام حق و تکلیف را در عرصه بین‌الملل با تحولات چشمگیری از حیث مقررات بین‌المللی روبه‌رو خواهد ساخت. ظهور جرائم سایبری نظیر هکتیویسم یا هک سیاسی سایبری با استفاده از سلاح‌های سایبری، در قالب مسائل مطروحه قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، امری اجتناب‌ناپذیر است. پروتکل اول الحاقی سال ۱۹۷۷ و پروتکل دوم الحاقی سال ۱۹۴۹ به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ در مسئله تعیین ضابطه سلاح برای کشوری که قصد استفاده از آن را دارد، ملاک این است که به تازگی سلاح موصوف توسط دولت مورد تجاوز و تخاصم، به عنوان وسیله ارتکاب جنایت تبیین و توصیف شده باشد (ICRC, 2006: 935). سلاح سایبری به ویروس‌های رایانه‌ای گفته می‌شود که در چندین مرحله رمزگذاری شده و ساختار آن به گونه‌ای است که آنتی‌ویروس‌های معمولی به دلیل وجود پیچیدگی‌های ساختاری، قادر به شناسایی و از بین بردن آن نیستند و همچنین برنامه‌ریزی آن‌ها به گونه‌ای است

که یک هدف خاص را مورد حمله قرار می‌دهند. اهمیت ارائه تعریفی دقیق از سلاح بدین علت است که در صورت عدم تعریف عبارت و اصطلاحات «تسلیحات جدید»، این تسلیحات تبدیل به ابزاری برای فرار از مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها در تحمیل «توسل به زور» می‌شود که دولت‌ها به دلیل اغراض سیاسی از آن استقبال می‌نمایند (Blake & Imburgia, 2010: 160). ضرورت تعیین ضابطه‌ای خاص برای ورود یک اتهام به فرد مرتکب فاقد مصونیت، تحت عناوین نقض آشکار صلح و امنیت و نیز جنایت بین‌المللی، مطابق با فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد مشخص می‌شود. این واقعه مهم و ضروری بین‌المللی غیر قابل انکار، برای اولین بار در نشست تالین به منصفه ظهور رسید و «حمله مسلحانه» به عنوان آستانه نقض صلح و امنیت سایبری تعیین شد. البته انجام این ابتکار و نوآوری باید با رعایت اصول حاکم در حقوق کیفری بین‌المللی و ایراد انتساب جزایی با اعطای صلاحیت به دیوان کیفری بین‌المللی صورت گیرد.

در این مقاله به بررسی این موضوع خواهیم پرداخت که آیا توافقات صورت گرفته توسط اعضای مذاکره کننده در شهر تالین<sup>۱</sup> به قصد ایجاد صلح و امنیت سایبری بین‌المللی که به ایجاد دستورالعمل منتهی شد، با توسعه صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی تحقق خواهد یافت یا خیر؟

در قسمت اول مقاله حاضر به عدم مداخله و منع توسل به زور، در قسمت دوم به اثربخشی و تأثیرگذاری به مفهوم توسعه صلاحیت دیوان در امر رسیدگی به نقض صلح و امنیت سایبری، و در قسمت سوم نیز به دفاع مشروع به عنوان تنها مورد استثنای قانونی و قابل قبول توسل به زور و شدت آستانه در اقدامات سایبری خواهیم پرداخت.

## ۱. اصل عدم مداخله و منع توسل به زور

لزوم حل و فصل اختلافات بین‌المللی به شیوه‌های مسالمت‌آمیز در حقوق بین‌الملل در

۱. دستورالعمل تالین در حقوق بین‌الملل، قابل اعمال در نبردهای سایبری «متعلق به بازه زمانی سال‌های ۲۰۱۳ تا ۲۰۱۷ میلادی در شهر تالین در کشور استونی است که توسط «مایکل اشمیت» استاد حقوق بین‌الملل، پیرامون مقررات حاکم بر اقدامات و عملیات سایبری با همکاری یک گروه پژوهشگر و به سفارش مرکز عالی دفاع مشترک سایبری و با راهبری ناتو (پیمان آتلانتیک شمالی) در ولز بریتانیا، در قالب اصل ۴ پیمان ناتو تهیه شده است.

معاهدات چند و دوجانبه مورد پشتیبانی قرار گرفته و در تصمیمات دیوان بین‌المللی دادگستری اعمال گردیده است (Imburgia, 1998: 53).<sup>۱</sup> در این مورد، توجه به ماده ۲ از اعلامیه روابط دوستانه مجمع عمومی ورسای مورد نظر است (Nicaragua judgment, 2015: 26). اصل حل و فصل اختلافات به شیوه‌های مسالمت‌آمیز با ماهیت عرفی توسط دولت‌ها، به گونه‌ای که صلح و امنیت بین‌المللی و عدالت به مخاطره نیفتد نیز مؤید همین اصل می‌باشد. در این خصوص، رجوع به بند الف قاعده ۶۵ دستورالعمل تالین بر مواد ۲(۳) و ۳۳(۱) منشور نیز قابل استناد خواهد بود. بند ب قاعده مذکور نیز از ماده ۲(۳) منشور ملل متحد اقتباس شده است. ادعای یک دولت دایر بر نفوذ دولت دیگر در زیرساخت‌های سایبری آن به گونه‌ای که وفق قاعده ۴ دستورالعمل تالین، اصل حاکمیت را نقض کند، اختلاف میان دو دولت به شمار می‌آید. کارشناسان کارگروه بین‌المللی در مذاکرات تالین معتقدند که بر خلاف ماده ۲(۳) منشور ملل متحد که به طور خاص اعمال خود را به «اختلاف بین‌المللی» محدود می‌سازد، ماده ۳۳ منشور به هر گونه اختلاف مربوط با صلح و امنیت بین‌المللی دلالت دارد. با وجود این، کارشناسان موافقت کرده‌اند که بند الف، تنها با اختلافات بین‌المللی سروکار دارد؛ زیرا ماده ۳۳ مشتمل بر اختلافاتی است که صلح و امنیت بین‌المللی را به مخاطره می‌افکند. بنابراین ماده ۲(۳) را به آن تخصیص دادند. در حل و فصل اختلافات بین‌المللی مشمول فعالیت‌های سایبری، دولت‌ها تنها اجازه دارند که به «شیوه‌های مسالمت‌آمیز» متوسل شوند و طبعاً باید این کار را به شیوه‌ای انجام دهند که صلح و امنیت بین‌المللی به خطر نیفتد (Schmitt, 2017: 305). وفق شق الف قاعده یادشده، دولت‌های طرف اختلاف بین‌المللی که به صورت احتمالی صلح و امنیت بین‌المللی را به مخاطره افکنده‌اند، ملزم به جستجو برای حل و فصل قضیه به شیوه‌های مسالمت‌آمیز هستند.

### ۱-۱. اصل منع مداخله توسط دولت‌ها

با امعان نظر به قاعده ۶۶ دستورالعمل تالین، یک دولت نباید از طریق ابزارهای سایبری در امور داخلی و یا خارجی دولت دیگر مداخله نماید. این قاعده، مداخله

1. Nicaragua judgment, para. 290; UN GGE 2015 Report, paras. 26, 28(b).



اجباری یک دولت به وسیله ابزارهای سایبری را منع نموده است و بر اصل برابری حاکمیت دولت‌ها در حقوق بین‌الملل تأکید دارد. کارگروه کارشناسان بین‌المللی موافقت کرده‌اند که منع مداخله در امور داخلی و یا خارجی دولت دیگر، از جمله حقوق بین‌الملل عرفی است. در واقع دولت‌ها مرتباً اصل برابری حاکمیت دولت‌ها را ابراز کرده و به آن متوسل می‌شوند.<sup>۱</sup> علاوه بر دیوان بین‌المللی دادگستری، دیوان کیفری بین‌المللی و کمیسیون حقوق بین‌الملل، جایگاه عرفی ممنوعیت ذی‌ربط را به رسمیت می‌شناسند. لیکن در پرداختن به اصل منع مداخله، از بیان‌های<sup>۲</sup> متناقضی استفاده شده است. به طور خاص، دولت‌ها در پاره‌ای از مواقع به جای «مداخله»<sup>۳</sup> از اصطلاح «دخال»<sup>۴</sup> استفاده می‌نمایند (Ibid.: 313). اصطلاح مداخله یعنی اقدامات دخالت‌آمیز در امتیازات حاکمیتی دولت دیگر که واجد اثر قهرآمیز محدود بوده و این قاعده صرفاً در مناسبات دولت‌ها اجرا می‌شود. این موضوع تلویحاً بدان معناست که ابزارهای سایبری واجد ماهیت جبرگونه را نباید برای تغییر یا اصلاح مخفیانه ساختار حکومتی یا اجتماعی کشوری دیگر به کار گرفت. در این مورد، اعلامیه روابط دوستانه مجمع عمومی ورسای (روبو، ۱۳۹۹: ۶۳۱) غالباً با این عنوان که مصادیق مداخله ممنوعه را مقرر می‌دارد، مرجع ارجاع واقع می‌شود. سازماندهی، تحریک، مساعدت، تأمین مالی یا مشارکت در آشوب داخلی یا اعمال تروریستی در دولت دیگر، یا پذیرش بی‌چون و چرای<sup>۵</sup> جرائم سازمان‌یافته در قلمرو داخلی کشور که به منظور ارتکاب چنین اقداماتی ترتیب داده شده‌اند، در شمار این مصادیق هستند. دیوان بین‌المللی دادگستری، بازتاب حقوق بین‌الملل عرفی بودن مقررات ماهوی اعلامیه را به رسمیت شناخته و در ضمن اصطلاح «زور» در حقوق بین‌الملل تعریف نشده است. «زور» در این قاعده علاوه بر

1. See: e.g., UN GGE 2015 Report, paras. 26, 28(b); Ministry of Foreign Affairs of China, the Cnetral Conference on Work Relating to Foreign Affairs, Beijing (29 November 2014).
2. Declaration on Friendly Relations, 1949: 375.
3. Intervention.
4. Interference.
5. Acquiescing.

زور فیزیکی، عمل ایجابی طراحی شده به منظور محروم ساختن دولتی دیگر از آزادی انتخاب خویش و تلویحاً یا به صراحت وادار ساختن آن دولت به عمل به شیوه‌ای غیرارادی را در بر می‌گیرد و خودداری غیر داوطلبانه از عمل به شیوه‌ای معین نیز به همین معنا دلالت دارد. این اصل بیان می‌دارد:

«هیچ دولتی نباید دولت دیگر را برای به اجرا درآوردن اعمال حقوق حاکمیتی خویش و نیز گرفتن هر نوع امتیازی از او تحت اجبار قرار دهد» (Schmitt, 2017: 317).

تمامی کارشناسان کارگروه مذاکرات تالین موافقت نموده‌اند که توسل به زور سایبری وفق قاعده ۶۸ دستورالعمل تالین توسط یک دولت دیگر همواره جبراًمیز بوده و موجب شکل‌گیری نوعی از مداخله می‌گردد و اجبار کافی برای پشتیبانی از احراز مداخله غیرقانونی شکل مستقیم به خود می‌گیرد (Ibid.: 319; Declaration on Friendly Relations, prins. 3). اصل منع مداخله، شامل پرداختن به موارد مربوط به مداخله مستقیم یا غیر مستقیم در امور داخلی یا خارجی، در عرصه سایبری نیز پدیدار می‌شود. کارگروه بین‌المللی مذاکرات تالین موافقت کردند که عدم قطعیت در خصوص احراز هویت از جانب دولت، مادامی که عملیات‌های مربوطه توسط یک دولت انجام گیرند، وفق قواعد ۱۸-۱۵ قابل انتساب به دولت‌ها و نهادهای مربوطه هستند و بنابراین ماهیت اعمال زور داشته، به هدف دخالت در امور داخلی یا خارجی دولت صورت می‌گیرند؛ پس این اعمال مانع توصیف آن‌ها به عنوان مداخله نمی‌شوند. کارشناسان در این زمینه متفق‌القول بودند که قصد، عنصر معنوی تشکیل‌دهنده نقض ممنوعیت مداخله است. وضعیت‌هایی که در آن‌ها فعالیت‌های سایبری واجد اثر اجبار عملی به مفهوم غیر قانونی هستند، باید از وضعیت‌هایی که در آن‌ها دولت قصد اجبار رسمی به مفهوم قانونی دارد، تفکیک شوند. همچنین ایشان موافقت نمودند که عدم موفقیت عملیات سایبری جبراًمیز در ایجاد برآیند مورد نظر، تأثیری بر نقض یا عدم نقض این قاعده ندارد (Schmitt, 2017: 322).

## ۲-۱. مداخله توسط سازمان ملل متحد

با امعان نظر به صراحت قاعده ۶۷ دستورالعمل تالین که برگرفته از ماده (۷) منشور ملل متحد بوده و اصل آن بر عدم مداخله ملل متحد به وسیله ابزارهای سایبری در اموری

است که اساساً تحت صلاحیت داخلی یک دولت می‌باشد، این اصل صرفاً اعمال نظر شورای امنیت برخاسته از فصل هفتم منشور ملل متحد است. تمایز این اصل با قاعده صریح ۶۶ که مبین فعالیت‌های صورت گرفته توسط دول یا قابل انتساب به آنهاست، اجتناب‌ناپذیر است (League of Nations Covenant, 1993, 1819 UNTS 3113). کارگروه کارشناسی بین‌المللی در مذاکرات تالین، اتفاق نظر داشتند که منظور از «اموری که اساساً تحت صلاحیت داخلی دولت است»، شامل اهداف مصرّح در ماده اول منشور ملل متحد نشده و به طور خاص، مسائل متضمن «صلح و امنیت بین‌المللی» را تحت پوشش خود قرار نمی‌دهد.

«مایکل اشمیت» این وضعیت را در خصوص فعالیت‌های سایبری بسیار حائز اهمیت می‌داند و علت آن را این گونه بیان می‌نماید:

«ماهیت مرتبط زیرساخت سایبری و فعالیت‌ها بدین معناست که فعالیت‌های مربوط به اقدامات صورت گرفته در یک کشور، اغلب بر همان فعالیت‌ها در کشور دیگر تأثیر می‌گذارد».

البته به طور مشخص، این اقدامات دارای زمینه «اخلال در صلح و امنیت بین‌المللی» می‌باشد و همچنین بستر را برای نظارت بر «تعهدات حقوق بین‌الملل بشر دولت‌ها» فراهم می‌سازد (Schmitt, 2017: 326).<sup>۱</sup> این قاعده بر خلاف قاعده ۶۶ دستورالعمل یادشده، واجد عنصر اجبار نیست و کارگروه مزبور در مذاکرات تالین موافقت کرده‌اند که توصیف مناسب‌تر واژه «مداخله» این است که سازمان ملل متحد نباید از طریق ابزارهای سایبری داخلی در صلاحیت امور داخلی کشورها مداخله نماید. قاعده مزبور، هیچ گونه خدشه‌ای را به حق شورای امنیت مبنی بر صدور مجوز یا دستور اقدامات سایبری به موجب فصل هفتم منشور ملل متحد در راستای حفظ یا اعاده «صلح و امنیت سایبری» وارد نمی‌سازد (UN Charter, ART 39) و با همین رویکرد، ظهور سازمان‌های بین‌المللی نظیر دیوان کیفری بین‌المللی معنا و مفهوم حقوقی پیدا کرده و زمانی که شورای امنیت مبادرت به تصمیم و اقدامی نماید، کلیه کشورها موظف‌اند از آن مقرر اطاعت نموده و

1. See: e.g., GA Res. 65/222, UN Doc. A/RES/65/222 (11 April 2011), GA RES. 65/203, UN Doc. A/RES/65/203-16 March 2011 (Schmitt, 2017: 326).

آن را اجرا نمایند (UN Charter, ART 25). بر همین اساس، تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی صورت گرفت و نسبت به تنظیم و تصویب سندی که در آن جنایات بین‌المللی تبیین و صلاحیت رسیدگی به آن‌ها تعیین شود، مبادرت گردید (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۸: ۱۴).

### ۳-۱. تبیین و تعریف توسل به زور

دیوان بین‌المللی دادگستری اعلام نمود که مواد (۴) ۲ و ۵۱ منشور ملل متحد که با قواعد ۷۰-۹۸ و قواعد ۷۰-۷۵ دستورالعمل تالین به ترتیب در رابطه با منع توسل به زور و دفاع مشروع بدون در نظر گرفتن سلاح‌های به کار رفته، از عبارت «هر گونه اعمال زور» استفاده می‌شود. در محیط سایبری، این نه ابزار به کار رفته، بلکه همان گونه که در قاعده ۶۹ دستورالعمل توصیف شده است، پیامدهای عملیات ذی‌ربط و شرایط پیرامونی است که عبور یا عدم عبور از آستانه به کارگیری زور را تعیین می‌کند. شیوه یا ابزار جنگی سایبری را می‌توان برای ایجاد پیامدهایی مانند اختلال جزئی در فعالیت‌هایی سایبری به کار گرفت که آشکارا به کارگیری زور به شمار نمی‌آیند. رویه دولتی تنها تبیین اجرای عملیات‌های سایبری در حقوق، توسل به زور را آغاز کرده است؛ وجهی از حقوق بین‌الملل که بر توسل دولت به زور به مثابه ابزاری از سیاست ملی حکومت دارد. کارگروه بین‌المللی کارشناسان تصدیق کرده‌اند که چون تهدیدها و فرصت‌های سایبری در حال ظهور و تکامل هستند، رویه دولتی می‌تواند تفاسیر کنونی از توسل به زور را در فضای سایبر تغییر دهد. قاعده ۶۹ دستورالعمل تالین در مقام تعریف به کارگیری زور اشعار می‌دارد که زمانی مقیاس و آثار یک عملیات سایبری به اندازه عملیات‌های غیر سایبری نائل خواهد آمد که در سطح به کارگیری زور برابر باشند. این موضوع خود موجب شکل‌گیری به کار بستن و اعمال زور می‌شود. هیچ تعریف یا معیار معتبری برای «تهدید» یا «توسل به زور» وجود ندارد. با وجود این، انواعی از عملیات جبرآمیز وجود دارند که مشمول ویژگی‌های به کارگیری زور نیستند (Schmitt, 2017: 328). بررسی مفهوم «توسل به زور» مطابق با قاعده ۷۱ دستورالعمل تالین، در رابطه با «حمله مسلحانه» که آستانه‌ای است که یک دولت در آن می‌تواند به صورت قانونی در قالب دفاع مشروع، از زور استفاده کند، سودمند است.

## ۴-۱. ممنوعیت تهدید و توسل به زور

با صراحت ماده ۶۸ دستورالعمل، عملیاتی که موجب شکل‌گیری تهدید یا توسل به زور علیه یکپارچگی یک سرزمین یا استقلال سیاسی یک دولت شود یا به هر طریق دیگر با اهداف منشور ملل متحد ناسازگار باشد، غیر قانونی است. ممنوعیت موجود در ماده ۲(۴) منشور ملل متحد، مؤید همین امر و منبعث از حقوق بین‌الملل عرفی و مبین آن است که تهدید یا به کارگیری زور، ناسازگار با «اهداف ملل متحد» به منظور ایجاد فرض غیر قانونی بودن هر گونه تهدید همراه با به کارگیری زور قرار داده شده بود. اقداماتی که علیه یکپارچگی سرزمین یا استقلال سیاسی کشورها هدایت نشده‌اند نیز می‌توانند در زمانی که با اهداف ملل متحد ناسازگار باشند، ممنوعیت ذی‌ربط را نقض کنند. دو استثنای کاملاً پذیرفته‌شده بر ممنوعیت توسل به زور وجود دارد: ۱- به کارگیری زور با مجوز شورای امنیت ملل متحد، ذیل فصل هفتم منشور؛ ۲- دفاع مشروع وفق ماده ۵۱ و حقوق بین‌الملل عرفی. کارگروه بین‌المللی تالین موافقت نمود که هر عملیات سایبری که وفق قاعده ۷۱، از نظر مقیاس و آثار به سطح یک «حمله مسلحانه» برسد و توسط یک دولت انجام گرفته یا به او قابل انتساب باشد، «توسل به زور» محسوب گشته و بروز آن می‌تواند در قالب «تجاوز سایبری» متصور و دارای قابلیت استماع باشد.

## ۵-۱. ضابطه توسل به زور

به منظور تعیین نقض یا عدم نقض، ماده ۲(۴) منشور ملل متحد و ممنوعیت مربوط به آن در حقوق بین‌الملل عرفی به کار می‌رود. در مقابل این مفهوم، مفهوم «حمله مسلحانه» با امکان یا عدم امکان واکنش دولت هدف به یک اقدام با توسل به زور وجود دارد که بدون نقض ممنوعیت توسل به زور بیان می‌شود. از دیدگاه گروه بین‌المللی کارشناسان، دولت‌های مواجه با به کارگیری زور در جایگاهی که «حمله مسلحانه» محسوب نمی‌شود، چنانچه خواستار پاسخی قانونی هستند، باید به اقدامات دیگری همچون اقدامات متقابل یا اعمال سازگار با مستمسک ضرورت متوسل شوند. «عملیات سایبری یا تهدید به عملیات سایبری» از منظر توسل به زور، در دو وضعیت اعمال می‌شود: وضعیت نخست، عملیاتی سایبری محسوب می‌شود که برای مخایره تهدید به همراه به کارگیری

زور (اعم از فیزیکی یا سایبری) استفاده می‌شود. وضعیت دوم، تهدید مخابره‌شده به هر شیوه‌ای دایر بر انجام عملیات‌های سایبری بوده که خود توسل به زور به شمار می‌آیند. تهدید توسط دولت‌ها و مقامات صاحب منصب دایر بر عملی کردن آن تهدیدها، چنانچه عمل تهدیدآمیز قانونی باشد، مشروع است. البته دو استثنای به رسمیت شناخته‌شده بر ممنوعیت بین‌المللی به کارگیری زور وجود دارد: ۱- اعمال حق دفاع مشروع؛ ۲- اقدامات صورت گرفته در راستای اجرای قطعنامه شورای امنیت ذیل فصل هفتم منشور ملل متحد.

## ۲. اثربخشی و رسیدگی به نقض صلح و امنیت سایبری

دکترین اثرگذاری<sup>۱</sup> با دو شرط اساسی بودن و مستقیم بودن (Akehurst, 2008: 197)، یکی از مبانی نوین صلاحیت قانونی است که به صلاحیت فراسرزمینی<sup>۲</sup> نیز مشهور شده است و تنها اشاره‌کننده به صلاحیت قانونی دولت‌ها و تضمین‌کننده «توسعه صلاحیت» قوانین ملی دولت‌ها به قوانین فراسرزمینی است. اگرچه این دکترین، تعمیم صلاحیت سرزمینی عینی از حقوق کیفری به حقوق سایبری است، لیکن می‌تواند در ایجاد صلاحیت جهانی فرضی نیز مؤثر باشد (Ryngaert, 2008: 194). بند ج قاعده ۹ دستورالعمل تالین، بیان‌کننده دکترین فعالیت سایبری مؤثر در قلمرو خود است و بر اساس این دکترین، اعمال صلاحیت بر یک جنایت مستلزم وقوع عنصر سازنده آن جنایت در قلمرو دولت یا برخی دیگر از پیوندهای سرزمینی است (Schmitt, 2017: 57; Libman v. 1985: para. 74). کارگروه بین‌المللی بر اهمیت این دکترین در عرصه سایبری و نیز بازتاب حقوق بین‌الملل عرفی سایبری متفق‌القول بودند. شرایط به رسمیت شناخته‌شده در این زمینه، از این قرارند: دولتی که مبادرت به تصویب قوانین مبتنی بر آثار می‌نماید، باید منفعت و علقه‌ای واضح و از نظر بین‌المللی پذیرفته‌شده در این عمل داشته باشد. آثاری که دولت مترصد تنظیم آن‌هاست، باید به اندازه کافی، مستقیم و قصدشده<sup>۳</sup> یا پیش‌بینی‌پذیر<sup>۴</sup> باشند. آن

1. Effects doctrine.
2. Extraterritorial jurisdiction.
3. Intended.
4. Predictable.

آثار باید به اندازه کافی برای تعمیم قانون دولت به اتباع خارجی خارج از قلمرو آن اساسی باشند و این بدان معناست که منصرف از صلاحیت سرزمینی و با اِعمال صلاحیت مبتنی بر آثار، اقداماتی که موجب تعدی غیر قانونی و ناروا شود، در حقوق بین‌الملل از آن به «جنایت» یاد می‌شود (Akehurst, 2008: 221). در نتیجه، تصویب قانون بر مبنای دکترین اثرگذاری، در راستای حمایت از یک دولت در برابر آثار اساسی عملیات‌های سایبری انجام‌شده در خارج از قلمرو آن، مادامی که منافع مشروع سایر دولت‌ها در آن حیطة به گونه‌ای ناروا مورد تخطئه قرار نگیرد، مجاز خواهد بود (Schmitt, 2017: 64). اِعمال هر نوع از صلاحیت بر مبنای اصل صلاحیت سرزمینی، مشروط به محدودیت‌های معینی است که در حقوق بین‌الملل در حیطة اختیارات صلاحیتی مقرر شده‌اند. البته باید توجه نمود که مصونیت و تعرض ناپذیری حاکمیتی موضوع قاعده شماره ۵ دستورالعمل تالین و همچنین مصونیت دولت‌ها از اِعمال صلاحیت<sup>۱</sup> موضوع قاعده شماره ۱۲، از جمله محدودیت‌هایی است که به صورت عام‌الشمول مورد شناسایی قرار گرفته است.<sup>۲</sup>

## ۱-۲. صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی

متعاقب انعقاد قرارداد صلح ۱۹۳۳ میلادی در آروشای اوگاندا برای تشکیل دولت، به وسیله اعلام رادیویی، نسل‌کشی توتسی‌های بینوا را از هوتوهای رواندایی درخواست نمودند. این مورد را شاید بتوان اولین جنایت علیه صلح و امنیت دانست (دایموند، ۱۴۰۰: ۳۹۱). رسیدگی به جنایت علیه صلح و امنیت در قالب جنایت تجاوز، پس از آن بارها دستخوش دوری از عدالت کیفری و گریبانگیر ماهیت سیاسی آن قوانین گردید (Clark, 2010: 663). لیکن مطلوب‌ترین وضعیت در سطح جامعه بین‌المللی و برگرفته از منشور سازمان ملل متحد، آن قوانینی است که در ایجاد نظم و صلح و امنیت بین‌المللی، دوری از سیاست‌زدگی و احراز امور به وسیله قضاوت عادل و بی‌طرف باشد (May, 2008: 227). دورکهایم «جرم» به مفهوم حقوق ملی و «جنایت» به مفهوم فراملی

1. Immunity of states from the exercise of jurisdiction.

2. Oppenheim's International Law, at 458 – Shaw's International Law, at 478.

و بین‌المللی جنایت را به وضعیت معین و شدیدی که ناقض «وجدان عمومی» باشد، معرفی می‌نماید (بریت‌ناچ، ۱۳۸۷: ۴۳). در خصوص رسیدگی به جنایت علیه صلح و امنیت بین‌المللی، با توسعه مفهوم مسئولیت کیفری فردی که به میزان غیر قابل تردید «آستانه جنایت تجاوز» از ممنوعیت مندرج در ماده ۲(۴) منشور ملل متحد، تخطی نموده است (Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, at 43). در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی موردی Ad hoc، با تبیین انجام عمل تجاوزکارانه در قالب طرح یا توطئه مشترک، مجرم قلمداد می‌شود (Ambos, 2010: 51). مطابق بند ۴ ماده ۲ منشور سازمان ملل، جنایت تجاوز توأم با قهر و غلبه که بدون اطلاع و رضایت کشور قربانی باشد، مشمول ممنوعیت توسل به زور غیر قانونی می‌شود که به وسیله قطعنامه ۱۴ دسامبر ۱۹۷۴ مجمع عمومی تبیین شده است و موارد اعلامی وفق بند ۴ ماده ۳ قطعنامه مذکور می‌تواند در قالب تعریف جنایت تجاوز گنجانده شود و در این باره، قول و بیان مخالفی وجود نداشته و همگی متفق‌القول هستند (Stahn & Sluiter, 2010: 713). البته باید توجه داشت که مطابق با مواد ۳۹ و ۵۱ منشور ملل متحد، اقدام مزبور اگر با تجویز شورای امنیت بوده و یا به عنوان دفاع مشروع انفرادی یا جمعی (سودمندی، ۱۳۹۴: ۳۵) باشد، شامل استثنائات قانونی می‌شود. ارتکاب جنایت تجاوز توسط افراد که با مسئولیت کیفری فردی همراه است و متمایز از عمل تجاوزکارانه دولتی همراه با مسئولیت بین‌المللی دولتی است، شأن نزول ایجاد دیوان کیفری بین‌المللی را آشکار می‌سازد. مرجع موصوف در سال ۱۹۹۴ میلادی، منبعث از تصمیمات مجمع عمومی سازمان ملل متحد، مستخرج از ماده ۲۰ پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل (شبت، ۱۳۸۴: ۳۲) پا به عرصه وجود نهاد و صلاحیت آن تحت عنوان جنایات «معاهده‌محور و قراردادی» تعیین شد. پس از این واقعه، اساسنامه رم تصویب شده در سال ۱۹۹۸ میلادی، در سال ۲۰۰۲ میلادی با صلاحیت انحصاری رسیدگی به جنایت تجاوز با قابلیت انتساب به افراد ظاهر شد. علی‌رغم تصریح فصل هفتم منشور سازمان ملل که شورای امنیت وظیفه حفظ و برقراری صلح و امنیت بین‌المللی و جلوگیری از جنایت تجاوز و احراز آن را دارد، اعضای دائم آن تمایلی به اعطای صلاحیت به دیوان کیفری بین‌المللی ندارند (شریعت‌باقری، ۱۳۹۷: ۲۷-۲۸). در مقابل، کشورهای مستعمره و تازه استقلال‌یافته همواره



اصرار و تأکیدی بر این واقعه حقوقی بین‌المللی دارند (Schiff, 2008: 74). البته به منظور تثبیت اراده جامعه بین‌المللی وفق ماده ۵ اساسنامه رم، صلاحیت رسیدگی موصوف به تعویق افتاد (Sada, 2013: 410) و با این فرایند، دیوان در خصوص این جنایت دارای صلاحیت خفته<sup>۱</sup> شد (Evans, 2010: 774) و عدم قطعیت احراز صلاحیت موصوف، خود مبین عدم توافق بین‌المللی در این باره گشت (Glasius, 2006: 62). این در حالی است که به محض احراز جنایت تجاوز توسط شورای امنیت، تکلیف ارجاع امر به دیوان قطعی خواهد بود (Schuster, 2003: 35). فعال‌سازی این صلاحیت همواره برای کشورهای غیر عضو محل تأمل و تردید است (Murphy, 2015: 533, 534). لیکن از حیث ارجاع موضوع از سوی شورای امنیت به واسطه «نقض صلح و امنیت»، امری انکارناپذیر است. با این رویکرد، کنفرانس رم به وسیله قطعنامه ۳۳۱۴ سال ۱۹۷۴ میلادی توسط مجمع عمومی سازمان ملل به بررسی تعریف و تبیین عناصر تشکیل‌دهنده جنایت تجاوز با معیار اصلی نقض منشور ملل متحد (روبو، ۱۳۹۹: ۷۵۰) که عبارت از جدی‌ترین نوع استفاده غیر قانونی از زور است، پرداخت (سودمندی، ۱۳۹۴: ۵۵).<sup>۲</sup> در سال ۲۰۱۰ در کنفرانس کامپالا در این زمینه در قالب بند ۱ ماده ۸ مکرر اساسنامه رم به صدور اصلاحیه مبادرت ورزید و جنایت تجاوز را به واسطه ماهیت، شدت و گستره عمل آن تعریف نمود و در بند ۲ ماده ۸ مکرر، عمل تجاوزکارانه را با تکمیل عبارت «به هر روش دیگری با منشور ملل متحد در تعارض باشد» تبیین نمود. طبق قواعد حقوق بین‌الملل مربوط به حقوق جنگ، هر گونه نقض جدی ممنوعیت توسل به زور مندرج در منشور ملل متحد، جنایت تجاوز محسوب می‌شود. این امر مورد تأیید کارگروه ویژه کامپالا<sup>۳</sup> نیز قرار گرفت (همان: ۳۰). این مسئله هنگامی قابلیت تحت تعقیب قرار گرفتن را دارد که قائم به اراده افراد مرتکب نبوده و از جانب دولت به وقوع پیوسته باشد (Gillet, 2013: 836). با امعان نظر به نقطه عطف بودن کنفرانس بازنگری کامپالا در سال ۲۰۱۷، که مبنی بر

1. Dormant jurisdiction.
2. See: e.g., Informal Inter-Sessional Meeting of the Special Working Group on the Crime of Aggression, ICC-ASP/5/SWGCA/INF, 5 September 2006, 18-20.
3. Special Working Group on the Crime of Aggression.

توسعه صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی در رسیدگی به جنایت تجاوز برای کشورهای عضو، و عدم توسعه صلاحیت مرجع اخیرالذکر برای کشورهای غیر عضو در امر موصوف در بازه زمانی ماقبل سال ۲۰۱۷ ضروری خواهد بود (Murphy, 2015: 17).

نتایج حاصل از این کنفرانس را می‌توان چنین برشمرد: الف- توسعه مفهوم توسل به زور به لحاظ شدت؛ ب- محدود ساختن و تصریح نمودن مصادیق مرتکبان جنایت تجاوز تحت عنوان «جنایت عالی‌رتبه»؛ ج- صلاحیت انحصاری شورای امنیت در فعال‌سازی صلاحیت دیوان نسبت به اقدامات تجاوزکارانه مربوط به روابط میان کشورها و دولت‌های عضو و غیر عضو (روبو، ۱۳۹۹: ۷۵۰)؛ د- مطابق ماده (۱) ۱۱۹ اساسنامه دیوان «صلاحیت در تعیین صلاحیت» به دیوان داده می‌شود. با توجه به تعیین صلاحیت تکمیلی برای دیوان کیفری بین‌المللی، امکان رسیدگی و تعقیب جمیع مرتکبان جنایت تجاوز میسر نیست (اسمعیل‌زاده ملاباشی، ۱۳۹۶: ۵۲). از این حیث با آمرانه بودن نظم عمومی در سطح بین‌المللی با تعارض و یا حتی تضاد مواجه خواهیم بود.

## ۲-۲. جرائم سایبری و ظهور تجاوز سایبری

بر اساس نوشته‌های پروفیسور الریش در کتاب *پیدایش بین‌المللی حقوق کیفری اطلاعات*، اولین موردی که جرم سایبری نامیده شد، ابتدا در مطبوعات عمومی تحت عنوان «سوءاستفاده‌های غیر قانونی از سیستم و فضای سایبری» در سال ۱۹۶۰ بود (خلیلی‌پور رکن‌آبادی و نورعلی‌وند، ۱۳۹۱: ۱۷۴). جرائم سایبری به اقداماتی اطلاق می‌شوند که در سامانه‌ها و شبکه‌های رایانه‌ای با ایجاد مخاطرات، فرایندهای حاکم را مختل، تضعیف و یا تخریب می‌نمایند و از انواع خاصی نظیر بحران‌سازهای سایبری شامل ویروس‌ها، پالس‌های الکترومغناطیسی و بمب‌های منطقی (همان: ۲۵۰)، جاسوسی سایبری، هک سیاسی در قالب ظهور هکتیویسم (جلالی، ۱۳۹۵: ۱)، سابوتاژها یا خرابکاری سایبری و یا جرائم بیولوژیکی سایبری، فیشینگ و جاسوسی سایبری با قصدهای کاملاً متمایز همچون منافع نظامی، صنعتی، سیاسی و فنی برخوردارند (Dashora, 2011: 251). جرائم سایبری می‌توانند از شدت و ضعف متفاوتی برخوردار

1. Leadership crime.

باشند و دامنه آن‌ها با درگیری‌های کم‌شدت<sup>۱</sup> همراه است (هیبلزگری، ۱۳۸۹: ۶۹). ویژگی اختلال، تخریب فاجعه‌آمیز و ممانعت‌کننده کارکردهای سیستم عمومی، از شاخصه‌های بارز این جرائم است (Kesan & Hayes, 2012: 445). اقداماتی همچون انتشار ویروس استاکس‌نت در سال ۲۰۱۰، حکومت‌ها را با مشکلاتی عظیم همچون اختلال در سیستم‌های غیر نظامی کشور روبه‌رو ساخت که مصداق بارز اختلال در نظم، صلح و امنیت سایبری بین‌المللی به شمار می‌رفت. دوران ما عصری است که در آن سرمایه بانکی در کمتر از یک میلیاردم ثانیه از قاره‌ای مورد ربایش و سرقت سایبری قرار می‌گیرد (Hanagan, 2000: 83). در رابطه حقوقی ایجادشده، این ارتباط تنها میان دولت مرتکب و دولت مجنی‌علیه شکل می‌گیرد و می‌توان آن را در قالب «اقدام متقابل» با رعایت اصل تناسب از سوی دولت مجنی‌علیه در قالب حق تحمیل مسئولیت بین‌المللی به دولت متجاوز دانست (خلیل‌زاده، ۱۳۹۳: ۳۴). این همان بروز مقابله با قتلگاه سنتی دولت‌های ضعیف، مقابل دولت‌های قوی در «جنگ پست‌مدرن» است (هیبلزگری، ۱۳۸۹: ۵۴). جرائم سایبری را به لحاظ تشخیص دشوار مرتکب، «جرائم کور» می‌نامند و اگرچه این جرائم توسط بازیگران غیر دولتی ارتکاب می‌یابند، لیکن دارای قابلیت انتساب به دولت متبوع خواهند بود (Miller, 2014: 227-229). قطعنامه ۳۳۱۴ سال ۱۹۷۴ مجمع عمومی، پایه و اساس اقدامات فرماندهان و هدایت‌کنندگان و مبنای تعریف جنایت تجاوز است (Ophardt, 2010: 13). با امعان نظر به بند ۲ ماده ۸ مکرر اساسنامه رم، تجاوزات سایبری در دیوان کیفری بین‌المللی قابلیت پذیرش داشته و باید توجه داشت که مستنبط از ماده ۵۱ منشور ملل متحد، نوع سلاح در تجاوزات مسلحانه بی‌تأثیر و غیر مؤثر خواهد بود.

### ۳. دفاع مشروع و شدت آستانه در عملیات سایبری

دفاع مشروع در اکثر نظام‌های حقوقی، به عنوان سبب سلب مسئولیت از زیان‌دیده شناخته می‌شود و مطابق رویه بین‌المللی باید آن را به عنوان یک اصل جهانی برشمرد (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۳۱۷). البته منظور از دفاع مشروع، اقدام به حمله به صورت «فعل مثبت»

1. Low-intensity.

است و «ترک فعل» به هیچ عنوان «حمله» محسوب نمی‌شود. این قاعده برای ترک فعلی که جرم هم باشد، صادق است و مستلزم فعل بودن حمله و عدم شمول آن نسبت به ترک فعل است.

### ۱-۳. دفاع مشروع از منظر دستورالعمل تالین

در رابطه با عملیات‌های سایبری سازمان‌یافته، انجام پذیرفته و هدایت‌شده توسط بازیگران غیر دولتی و انحصاراً در چارچوب قلمرو خود یک دولت، دولت‌ها می‌توانند وفق قوانین داخلی خود (با لحاظ کردن ضوابط حقوق بین‌الملل، مثلاً حقوق بین‌الملل بشر، و در وضعیت‌های معطوف به مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی وفق حقوق مخاصمات مسلحانه) با زور به آن‌ها پاسخ دهند. حق به کارگیری زور در قالب دفاع مشروع با مجوز صریح قاعده ۱۳ در دستورالعمل تالین ۱ با توجه به میزان و اثرات عملیات سایبری (Schmitt, 2013: 53) به فراتر از حملات مسلحانه فیزیکی و حملاتی که انحصاراً از رهگذر عملیات‌های سایبری ارتکاب یافته‌اند، تسری می‌یابد. گروه بین‌المللی کارشناسان تعیین‌شده در مذاکرات تالین به اتفاق آرا نتیجه گرفت که پاره‌ای از عملیات‌های سایبری می‌توانند به اندازه کافی برای قرار گرفتن ذیل مفهوم «مخاصمه مسلحانه» در معنای مندرج در منشور شدید باشند (NATO Wales Summit Declaration, 2011: paras. 4, 72, 16.3.3).  
چنانچه توسل به زور، به آستانه یک حمله مسلحانه<sup>۱</sup> برسد، دولت حق دارد با به کارگیری زور در قالب دفاع مشروع، دست به پاسخ زند. دیوان، مقیاس و آثاری را به عنوان معیارهای معتبر اقدامات واجد وصف یک حمله مسلحانه و تفکیک آن از اقداماتی که فاقد آن وصف هستند، مورد شناسایی قرار داد. اکثریت کارشناسان موافقت کردند که رویه دولتی، حق دفاع مشروع در برابر عملیات‌های سایبری در سطح حمله مسلحانه را که توسط بازیگران غیر دولتی مثل گروه‌های تروریستی یا شورشی و بدون مشارکت مطلق یا اطلاع یک دولت از اقدامات آن‌ها صورت می‌گیرد، دارد. اهداف عملیات سایبری که خواسته‌های فرامرزی بودن، اندازه و آثار حمله را محقق می‌سازد، می‌تواند مبنای حمله مسلحانه را تعیین نماید. اگر هدف ذی‌ربط مربوط به اموال اشخاص دولتی

1. Armed attack.

یا خصوصی موجود و حاضر در قلمرو دولت باشد، اقدام مربوطه حمله‌ای مسلحانه علیه آن کشور قلمداد می‌شود. اعمال حق دفاع مشروع، مشمول بایسته‌های ضرورت، تناسب، قریب‌الوقوع بودن و فوریت است (قواعد ۷۲-۷۳). بی‌گمان، حق دست یافتن به دفاع مشروع نیز مشروط به تعیین منطقی در شرف وقوع بودن یا وقوع یافتن حمله مسلحانه و نیز هویت مهاجم است. تعیین این امور نه به صورت پسینی بلکه باید به صورت پیشینی باشد. قاعده ۷۱ دستورالعمل تالین اذعان می‌دارد دولتی که هدف عملیات سایبری در سطح حمله مسلحانه قرار دارد، می‌تواند حق ذاتی خویش مبنی بر دفاع مشروع را اعمال نماید. شکل‌گیری یا عدم شکل‌گیری حمله مسلحانه توسط عملیات سایبری به مقیاس و آثار آن وابسته است. طبق ماده ۵۱ منشور ملل متحد، در صورت وقوع حمله‌ای مسلحانه علیه یک عضو ملل متحد، و تا زمانی که شورای امنیت اقدامات ضروری را برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی اتخاذ کند، هیچ چیز در منشور حاضر، حق ذاتی دفاع مشروع فردی یا جمعی را مخدوش نمی‌سازد. این قاعده حق دفاع مشروع مبتنی بر حقوق بین‌الملل عرفی را به رسمیت می‌شناسد. گروه بین‌المللی کارشناسان ابراز داشت که اصطلاحات حمله مسلحانه و تجاوز را باید از هم تفکیک کرد. این قاعده به دفاع مشروع می‌پردازد که شرط مسبوق آن «حمله مسلحانه» است. در مقابل، تجاوز یکی از وضعیت‌هایی است که در آن شورای امنیت ملل متحد می‌تواند اختیارات خود را به موجب فصل هفتم منشور ملل متحد در آن مورد به کار گیرد. هرچند عمل تجاوز می‌تواند موجب شکل‌گیری حمله مسلحانه شود، ولی ضرورتاً همیشه این گونه نیست.<sup>۱</sup> اجرای دفاع مشروع با قصد پیش‌بینی شده<sup>۲</sup> صورت می‌گیرد و اقدام با قصد عطف به ماسبق شده،<sup>۳</sup> پذیرفته نیست (Schmitt, 2013: 58). ماده ۵۱ منشور ملل متحد به وضعیتی اشاره دارد که در آن، «حمله‌ای مسلحانه رخ داده است». بدیهی است که این ماده، وقایعی که در آن آثار حمله مسلحانه بیشتر پدیدار شده‌اند،

1. Reference to Article 3 (g) of the Definition of Aggression by the International Court of Justice in the Nicaragua Judgment, para. 195.
2. Ex ante.
3. Ex post facto.

یعنی زمانی را که حمله مسلحانه سایبری موجب ایراد خسارت یا جراحت شده یا در فرایند ایراد آنهاست، در بر می‌گیرد. همچنین ماده مزبور، وضعیت‌هایی را نیز که در آنها عملیات سایبری گام آغازین انجام یک حمله مسلحانه فیزیکی است، شامل می‌شود. مصداق چنین وضعیتی، عملیات‌های سایبری هدایت‌شده علیه پدافند هوایی دولت دیگر به منظور «آماده‌سازی میدان جنگ» برای نبردی هوایی است. دولت ذی‌ربط می‌تواند به مجرد «قریب‌الوقوع» بودن حمله از خود دفاع کند. چنین اقدامی در حقوق بین‌الملل، دفاع مشروع پیشگیرانه یا پیش‌دستانه<sup>۱</sup> نام دارد که باید به صورت فوری و شدید باشد (Ibid.: 61).

### ۲-۳. مفهوم و معیارهای شدت آستانه در اقدامات سایبری

کارگروه بین‌المللی کارشناسان در مذاکرات تالین، به رویکردی که در صدد ارزیابی احتمال توصیف یک عملیات سایبری به عنوان به کارگیری زور از سوی دولت‌هاست، اشاره کرد. شیوه تبیین‌شده بر این فرض مبتنی است که در نبود یک آستانه تعریف قطعی، دولت‌هایی که در فکر عملیات‌های سایبری یا هدف آنها هستند، باید در قبال ارزیابی احتمالی جامعه بین‌المللی از نقض یا عدم نقض ممنوعیت به کارگیری زور از جانب عملیات‌های ذی‌ربط، حساسیت بالایی داشته باشند. آستانه صلاحیتی<sup>۲</sup> به مفهوم احراز صلاحیت یک مرجع قضایی بین‌المللی در رسیدگی به جنایت رخ داده در سطح جامعه بین‌الملل، نسبت به جنایات بین‌المللی متعدد متفاوت است. این آستانه در جرائم جنگی با فقدان، و در جرائم علیه بشریت به میزان بسیاری با گستردگی یا سازماندهی روبه‌روست (ذاکر حسین، ۱۳۹۵: ۴۲). این تفاوت در خصوص جنایات سنتی و جنایات سایبری اهمیتی ویژه دارد و به شرح زیر نیازمند بررسی از حیث نظری و قضایی است:

### ۳-۳. ضوابط و معیارهای تعیینی نظری، در شدت آستانه

رویکرد فوق بیانگر آن است که احتمال دارد دولت‌ها در حین اتخاذ تصمیم راجع

1. Anticipatory self-defence.  
2. Jurisdictional threshold.

به توصیف یا عدم توصیف عملیاتی چون عملیات سایبری به عنوان به کارگیری زور، عوامل زیر را مورد نظر قرار دهند و اهمیت قابل توجهی برای آن‌ها قائل شوند. این عوامل صرفاً اسبابی هستند که انجام ارزیابی از سوی دولت‌ها در مورد به کارگیری زور را تحت تأثیر قرار می‌دهند:

**الف) شدت:** به عنوان حائز اهمیت‌ترین عامل، پیامدهای آسیب فیزیکی به افراد یا اموال در عملیات سایبری که واجد توصیف توسل به زور است؛ به هر میزان که پیامدهای مربوطه از منافع ملی حیاتی بیشتر تخطی کنند، در توصیف عملیات سایبری به عنوان به کارگیری زور، نقش بیشتری خواهند داشت. در این رابطه، دامنه، مدت زمان و تراکم پیامدها، تأثیر چشمگیری بر سنجش شدت آن‌ها خواهد داشت.

**ب) فوریت:** هر مقدار که پیامدها زودتر بروز پیدا کنند، دولت‌ها فرصت کمتری برای توسل به حل و فصل مسالمت‌آمیز یک اختلاف یا پیش‌بینی آثار آسیب‌زای آن‌ها خواهند داشت. دولت‌ها نسبت به پیامدهایی که با تأخیر پدیدار می‌شوند و به آرامی در گذر زمان بروز می‌کنند، نگرانی کمتری از پیامدهای فوری دارند و احتمال توصیف یک عملیات سایبری با نتایج فوری به عنوان به کارگیری زور نسبت به عملیاتی سایبری که حصول آثار مورد نظر آن، هفته‌ها یا ماه‌ها طول می‌کشد، از جانب آن‌ها بالاتر است.

**پ) بی‌واسطگی:** هر میزان که فاصله علت و معلولی مابین عمل ابتدایی و پیامدهای آن بیشتر باشد، احتمال کمتری وجود دارد که دولت‌ها عامل مربوطه را ناقض ممنوعیت به کارگیری زور قلمداد کنند. احتمال توصیف عملیات سایبری که در آن‌ها علت و معلول به وضوح با یکدیگر پیوند دارند، به عنوان به کارگیری زور، نسبت به عملیاتی که فاصله این دو از هم بسیار زیاد است، بیشتر است.

**ت) میزان رخنه‌گری:**<sup>۱</sup> میزان رخنه‌گری به مقدار نفوذ اقدامات سایبری در دولت هدف و سامانه‌های سایبری آن بر خلاف منافع دولت دلالت دارد. به عنوان یک قاعده، هر قدر که یک سامانه سایبری هدفی ایمن‌تر باشد، نگرانی راجع به نفوذ در آن بیشتر است. امکان نفوذ در سامانه‌ای نظامی که دارای گواهینامه بیمه ارزیابی سطح<sup>۲۷</sup>

1. Invasiveness.

2. Evaluation Assurance Level 7-EAL7.

مطابق با استاندارد امنیتی معیارهای مشترک [ارزیابی امنیتی فناوری اطلاعات] است، نسبت به بهره‌برداری صرف از آسیب‌پذیری‌های یک سامانه فاقد گواهینامه و همگانی در دانشگاهی غیر نظامی یا کسب و کارهای کوچک، بیشتر بوده و امکان شدت رخنه‌گری بالاتری را دارد. به علاوه، هر قدر که آثار قصدشده از یک عملیات سایبری، محدود به کشوری خاص باشد، شدت رخنه‌گری قابل تصور از آن عملیات بالاتر است. ث) سنجش‌پذیری آثار: این عامل از تمایل بالای کشورها به توصیف اقدامات به عنوان به کارگیری زور در زمانی که پیامدها آشکار هستند، ناشی می‌شود. نیروهای مسلح همواره دست به عملیاتی زده‌اند که به کارگیری زور به شمار آمده و آثار عملیات‌ها عموماً قابل ارزیابی بوده‌اند. در عرصه سایر، ممکن است پیامدها کمتر آشکار و مشخص باشند. هر قدر که مجموعه پیامدها قابل سنجش‌تر و مشخص‌تر باشد، ارزیابی وضعیت برای دولت در رسیدن یا نرسیدن عملیات سایبری مورد نظر از لحاظ سطح به کارگیری زور آسان‌تر خواهد بود.

ج) ماهیت نظامی: وجود پیوند میان عملیات سایبری مورد نظر و عملیات‌های نظامی، احتمال توصیف به عنوان به کارگیری زور را بالا می‌برد. مقدمه منشور مقرر می‌دارد: «جز در راستای منفعت مشترک، از نیروهای مسلح استفاده نخواهد شد». ماده ۴۴ در وضعیتی که آشکارا بر به کارگیری زور نظامی دلالت دارد، از اصطلاح «زور» بدون واژه توصیفی «مسلح» استفاده می‌کند. به کارگیری زور از دیرباز به عنوان نشانگر استفاده از عامل زور توسط نیروهای نظامی یا دیگر نیروهای مسلح فهم شده و البته ماهیت نظامی زیرساخت سایبری هدف عملیات سایبری نیز قابل ملاحظه است که دولت‌ها آن را مدّ نظر قرار خواهند داد.

چ) مشارکت دولت: میزان مشارکت دولت در عملیات سایبری را در گستره‌ای از عملیات‌هایی که توسط خود دولت انجام می‌شوند (نظیر فعالیت‌های نیروهای مسلح با عوامل اطلاعاتی آن) تا مواردی که دخالت دولت در آن ثانوی و جزئی است، دربر می‌گیرد. به هر میزان که پیوند میان یک دولت و عملیات‌های سایبری آشکارتر و نزدیک‌تر باشد، احتمال توصیف آن عملیات‌ها به عنوان به کارگیری زور توسط آن دولت از سوی دیگر دول بیشتر خواهد بود.



ح) مشروعیت فرضی: حقوق بین‌الملل به طور کلی واجد ماهیتی منع‌کننده است. اعمالی که ممنوع نیستند، مجازند. در نبود ممنوعیت صریح معاهداتی یا ممنوعیت عرفی پذیرفته‌شده، یک عمل قانونی فرض می‌شود؛ برای نمونه، حقوق بین‌الملل، تبلیغات، عملیات‌های روانی، جاسوسی یا صرف فشار اقتصادی را به‌خودی‌خود منع نمی‌کند. بنابراین، اعمالی که ذیل این موارد و دیگر مقولات از این دست قرار می‌گیرند، به صورت مفروض قانونی هستند و به همین سبب احتمال تلقی آن‌ها به عنوان به‌کارگیری زور از سوی دولت‌ها پایین است (Schmitt, 2017: 333-337).

### ۳-۴. ضوابط و معیارهای تعیینی قضایی، در شدت آستانه

اولین آستانه اثباتی در ارزیابی مقدماتی، «مبنای معقول»<sup>۱</sup> است که مبنای تصمیم‌گیری دادستان قرار می‌گیرد. دومین آستانه برای اصدار قرار جلب یا احضار به‌علیه متهم، «موجبات معقول»<sup>۲</sup> خواهد بود، و سومین آستانه که در مرحله پیش‌دادرسی و به منظور تأیید اتهامات متهم به کار می‌رود، «موجبات متقن و محکم»<sup>۳</sup> است. چهارمین آستانه برای محکومیت و اتمام دادرسی قاطع و مستند، آستانه «ورای شک معقول»<sup>۴</sup> است. پنجمین آستانه مطرح، وفق ماده ۵۳ اساسنامه رم همانا «دلایل متقن و محکم»<sup>۵</sup> در راستای احراز تحقق منفعت عدالت و انطباق با مقتضیات آن است (ذاکر حسین، ۱۳۹۹: ۱۹۱-۱۹۲). دیوان کیفری بین‌المللی برای قابلیت پذیرش دعوی از شدت آستانه شدت<sup>۶</sup> در بند ۱۷ ماده ۱۷ اساسنامه دیوان یاد می‌کند (Pre-Trial Chamber 1, 2006: 2) و طرح مفهوم آستانه شدت به‌طور خاص به سال ۱۹۹۲ برمی‌گردد. در تعریف و جایگاه مفهوم آستانه شدت باید گفت که هر زمانی وضعیت خاصی از سوی دولت‌ها، شورای امنیت یا به‌ابتکار دادستان دیوان بین‌المللی شناسایی شود، دادستان مزبور باید مبنای معقولی را در امر

- 
1. Reasonable basis.
  2. Reasonable grounds.
  3. Substantial grounds.
  4. Beyond reasonable doubt.
  5. Substantial reasons.
  6. Gravity threshold.

تصمیم‌گیری نسبت به تعقیب نمودن یا عدم تعقیب اتخاذ نماید. مرحله اول بر اساس صلاحیت موضوعی، زمانی و شخصی می‌پردازد. در این مرحله، اقدام تحت عنوان قابلیت پذیرش از حیث صلاحیت تکمیلی<sup>۱</sup> صورت می‌گیرد (کیتی چایساری، ۱۳۸۷: ۵۴). مرحله دوم از حیث داشتن شدت کافی و یا آستانه شدت بر اساس بند ۱۱ از ماده ۱۷ اساسنامه، باید قابلیت پذیرش داشته باشد. معیارهای قابل پذیرش در آستانه شدت عبارت‌اند از:

الف) درجه و میزان جرم که در حال حاضر در خصوص جرائم سایبری و ارتکاب کمی آن انکار ناپذیر است.

ب) ماهیت جرم که در خصوص موضوع مزبور دارای وضعیت غیر سنتی و غیر عادی بوده و دارای ماهیت گسترده‌تری در اضرار به غیر است و در حالت بین‌المللی آن می‌تواند در قالب ورود خسارات جبران‌ناپذیر متصور باشد.

ج) شیوه ارتکاب جرم که در خصوص مانحن‌فیه بدون حضور در جغرافیای جرم و در محیط امنیت عدم دستگیری مرتکب می‌تواند فرایند جرم ارتكابی را به طور کامل طی نماید.

د) تأثیر ارتکاب جرم که علی‌رغم مضیق بودن رکن مادی جرائم موصوف به واسطه گسترده‌گی رکن معنوی و سوءنیت خاص قصد مجرمانه بسیار موسع خواهد بود.

تحقق و تعیین آستانه تجاوز در مذاکرات تالین ۱ مستخرج از قاعده ۱۳ به معنای ارتکاب جرائم سایبری است که به آستانه «حمله مسلحانه» رسیده باشد. همچنین با توجه به تصویب کارگروه کارشناسی مطابق بند ۶ از ماده ۶۹ دستورالعمل تالین ۱، می‌توان رسیدن به آستانه «حمله مسلحانه» را از مفهوم سنتی آن به فعالیت‌های مبتنی بر توسل به زور در فعالیت فعالان غیر دولتی، که تعرضاتشان می‌تواند تجاوز به حاکمیت کشور مجنی‌علیه تلقی شود، تسری و توسعه داد (Schmitt, 2013: 49-52). با عنایت و استنباط از وجود قاعده ۱۷ در دستورالعمل تالین ۲ در سال ۲۰۱۷، حقوق مسئولیت بین‌المللی به صورت عینی بر وجود وقایع اعمال می‌شود. عملیات‌های سایبری یک بازیگر

1. Complimentary.

غیر دولتی، چنانچه یک دولت به صورت واقعی بر آن رفتار خاص بازیگر غیر دولتی ذی ربط، «کنترل مؤثر» داشته باشد، به آن دولت قابل انتساب است. شدت عملیات‌های سایبری هدایت شده علیه دولت مجنی علیه، به میزان قابل ملاحظه‌ای حائز اهمیت است و عملیات‌های سایبری با سطح و آستانه پایین که صرفاً موجب اختلال گردد، نیاز به اثبات و مستندسازی دارد (Id., 2017: 82-89). البته در صورتی جنایت تجاوز به وقوع می‌پیوندد که فرد مجرم از اوضاع و احوال واقعی که منجر به نقض آشکار حقوق و قوانین می‌شود، مطلع باشد. این معیار در حقیقت بیان‌کننده الزامات عنصر معنوی مندرج در ماده ۹۱ اساسنامه رم است که هم قصد و هم اطلاع را با هم در بر می‌گیرد.

### ۳-۵. مسئولیت کیفری فردی

در قلمرو صلح و امنیت بین‌المللی و در وضعیت فعلی عرصه بین‌المللی، ارتباط با چالش‌های معاصر در حقوق بین‌الملل کیفری از نظر تمامی دولت‌های عضو و حتی غیر عضو دیوان کیفری بین‌المللی مغفول واقع شده است (Anderson, 2010: 421). در مواد ۶ تا ۸، دستورالعمل تالین دولت‌ها را در نقض تعهدات بین‌المللی در حوزه اقدامات سایبری مسئول دانسته و همچنین این اقدامات را تعریف نموده است. با وجود این، اقدامات سایبری داخلی یک کشور بدون کنترل مؤثر، آن دولت را از مقوله مسئولیت مستثنا دانسته است (Schmitt, 2013: 40). قابلیت پذیرش دعوی در دیوان کیفری بین‌المللی را می‌توان اعمال صلاحیت تکمیلی با حفظ حق تقدم رسیدگی به جنایاتی نظیر «تجاوز سایبری» برای دادگاه‌های ملی، در اساسنامه رم به صورت بالقوه دانست (Delmas-Marty, 2006: 3). قابلیت پذیرش به لحاظ جلوگیری از تعارض حاکمیت ملی در جرائم ارتكابی سرزمینی با حاکمیت بین‌المللی در جنایات بین‌المللی و نیز مهار شکل‌گیری اقتدار قضایی فوق‌العاده دیوان به سبب نگرانی دولت‌های بزرگ مؤثر است (عنایت، ۱۳۸۲: ۱۳۴-۱۳۵). توجه به «مکانیزم ماشه» در راستای بیان توانمندی دادستان و دادرسی یک موضوع، به منظور اعمال صلاحیتش در جایگاه «فعال‌سازی صلاحیت خفته دیوان کیفری بین‌المللی»<sup>۱</sup> ضروری است (ذاکرحسین، ۱۳۹۹: ۸۲). در مورد

1. Activation of Dormant Jurisdiction in the International Criminal Court.

نقض صلح و امنیت سایبری که بروز آن به وسیله ارتکاب حملات یا جرائم سایبری رخ می‌دهد، مسئولیت کیفری فردی منحصر به فرماندهان، یا کنترل مؤثر تحت سیاست حاکمه و متخذه از سوی دولت متخاصم، منعکس‌کننده حقوق بین‌المللی عرفی خواهد بود (Schmitt, 2013: 81, 83). مستند به ماده ۹ مکرر اساسنامه رم، استقرار مسئولیت با صدور دستور حمله یا ارتکاب جرائم سایبری محقق می‌شود و اطلاعات و اشراف فنی و تخصصی حاکم بر فناوری‌های سایبری ضرورت ندارد (Ambos, 2016: 503-504). با توجه به سختی احراز سوءنیت و عنصر معنوی در تجاوز سایبری، بروز این جرائم در قالب «فاعل معنوی»<sup>۱</sup> و یا «فاعل غیر مباشر»<sup>۲</sup> برای مرتکبان متصور و قابل «انتساب جزایی» خواهد بود. تعریف فاعل معنوی آن است که فردی جهت داشتن اقتدار، جرم [جنایتی] عمدی را از طریق فردی که دارای مسئولیت کیفری است، مرتکب می‌شود (اردبیلی، ۱۴۰۰: ۵۱/۲-۵۲). فاعل معنوی در مفهوم مغز متفکر و عامل اساسی بروز جنایت، مورد قبول تمام نظام‌های حقوقی است (Giliker, 2010: 138). فاعل غیر مباشر، مغز متفکر جنایت به صورت غیر قابل ارجحیت و فاقد اولویت، در سیاست جنایی و کیفری خواهد بود (Elliott & Quinn, 2005: 469). فاعل معنوی برگرفته از حقوق کیفری عرفی است که تفاوت اساسی با مرتکب جرم و معاون جرم دارد. معاون جرم ضمن داشتن سوءنیت، شخصی را وادار، تحریک یا ترغیب می‌نماید و به تبع، مباشر و فاعل اصلی<sup>۳</sup> هستند که مسئولیت کیفری پیدا می‌کنند؛ حال آنکه فاعل معنوی، مسئولیت مستقل دارد و فاعل غیر مباشر فاقد مسئولیت کیفری است (Ashworth, 2006: 453). با توجه به گسترش فضای سایبری در حوزه عملیات و اقدامات بین‌المللی، دولت‌ها و حکومت‌ها در مقام ورود اتهام به کشور متخاصم و یا در مقام دفاع مشروع، استنباط‌های خود را تفسیر و گسترش می‌دهند (Dunlap, 2011: 83). نقش مؤثر و انکارناپذیر بازیگران غیر دولتی نیز در این خصوص، در مذاکرات تالین خاصه در سال ۲۰۱۷ میلادی شناسایی و تصریح شد.

1. Perpetration-by-means.
2. Auteurmediat.
3. Principal offender.

## نتیجه گیری

اصطلاح «صلح و امنیت بین‌المللی» برگرفته از میثاق جامعه ملل، در عصر فناوری‌های نوین، خاصه دوران ظهور و بروز فعالیت‌های سایبری، در قالب «صلح و امنیت بین‌المللی سایبری» رخ می‌نماید. تصور پا به عرصه گذاشتن هژمونی‌های قدرت‌های بزرگ با ارتکاب حملات سایبری و بروز جنایت تجاوز سایبری، نقض فصل هفتم منشور ملل متحد و مستند به ماده ۲ اعلامیه روابط دوستانه مجمع عمومی ورسای که بیان‌کننده حل و فصل اختلافات به شیوه‌های مسالمت‌آمیز توسط دولت‌هاست، به صورت یک خطر برای صلح جهانی، نقض صلح و ایجاد تجاوزی انتزاعی و مجازی را<sup>۱</sup> ممکن می‌سازد. دستورالعمل تالین در سال‌های ۲۰۱۳ و ۲۰۱۷ مطابق با بند الف قاعده ۶۵ دستورالعمل تالین، امکان توسعه مسئولیت کیفری فردی را به شرط احراز جرائم سایبری به واسطه ماهیت، شدت و گستردگی و آستانه مقتضی ممکن ساخته است. مفهوم شدت آستانه در مذاکرات تالین زمانی است که حمله به آستانه «حمله مسلحانه» برسد. موجبات ضرورت احراز مسئولیت کیفری فردی در جنایت تجاوز سایبری در قالب «فاعل معنوی» و به عنوان مغز متفکر جنایت قابل پیگرد خواهد بود. فعالیت‌های سایبری با توسل به زور توسط فعالان غیر دولتی می‌تواند به مفهوم تجاوز سنتی به تمامیت ارضی و حاکمیت کشور معنی‌علیه تلقی شده و توسعه یابد. توجه به بند ج قاعده ۹ دستورالعمل تالین، بیان‌کننده دکترین فعالیت سایبری دارای اثرگذاری اساسی در قلمرو خود است. بر این اساس، اعمال صلاحیت بر یک جنایت، مستلزم وقوع عنصر سازنده آن جنایت در قلمرو دولت است. دولت‌ها در مقام عمل حتی در مورد تفسیر قواعد حقوقی، هم منافع و هم شرایط موجود خود را در نظر گرفته و مطابق با آن، رویه‌ای را در پیش می‌گیرند. به عبارت دیگر، شرایط مناسب با رسیدگی به این گونه جنایات باید فراهم گردد و حتی می‌توان با اشراف کامل بر تأثیرگذاری آن‌ها بر دولت معنی‌علیه در اعطای صلاحیت به دیوان کیفری بین‌المللی و یا تأسیس «پلیس سایبری بین‌المللی» با رویکرد پیشگیرانه و یا تأسیس «دیوان کیفری سایبری بین‌المللی» با رویکرد پیگیرانه در قالب واکنش جامعه بین‌المللی در مقابل این نقض آشکار مبادرت نمود.

1. In abstracto.

## کتاب‌شناسی

۱. اردبیلی، محمدعلی، *حقوق جزای عمومی*، چاپ پنجاه و هشتم، تهران، میزان، ۱۴۰۰ ش.
۲. اسمعیل‌زاده ملاباشی، پرستو، «حمله سایبری به مثابه جنایت تجاوز و بررسی صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی در رسیدگی به آن»، *مجله پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی*، سال پنجم، شماره ۱۰، پاییز و زمستان ۱۳۹۶ ش.
۳. بریث‌ناچ، سیموس، *جرم و مجازات از نظرگاه امیل دورکیم*، ترجمه محمدجعفر ساعد، تهران، خرسندی، ۱۳۸۷ ش.
۴. خلیل‌زاده، مونا، «اقدامات متقابل علیه حملات سایبری در حقوق بین‌الملل»، *مجله حقوقی استیناف*، سال اول، شماره ۲، بهار ۱۳۹۳ ش.
۵. خلیلی‌پور رکن‌آبادی، علی، و یاسر نورعلی‌وند، «تهدیدات سایبری و تأثیر آن بر امنیت ملی»، *فصلنامه مطالعات راهبردی*، سال پانزدهم، شماره ۲ (پیاپی ۵۶)، تابستان ۱۳۹۱ ش.
۶. دایموند، جرد، *فروپاشی؛ چگونه جوامع راه فنا یا بقا را برمی‌گزینند*، ترجمه فریدون مجلسی، چاپ ششم، تهران، نشر نو، ۱۴۰۰ ش.
۷. ذاکر حسین، محمدهادی، *آیین پیش‌دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی - دفتر نخست: فرایند گزینشگری قضایا*، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۹ ش.
۸. همو، *راهنمای دیوان کیفری بین‌المللی*، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۵ ش.
۹. روبو، دیدیه، *حقوق کیفری بین‌المللی*، ترجمه بهزاد رضوی‌فرد و محمد فرجی، تهران، میزان، ۱۳۹۹ ش.
۱۰. سودمندی، عبدالمجید، *رسیدگی به جنایت تجاوز در دیوان کیفری بین‌المللی*، مقدمه محمدجواد شریعت‌باقری، تهران، نگاه بینه، ۱۳۹۴ ش.
۱۱. شبت، ویلیام ا.، *مقدمه‌ای بر دیوان کیفری بین‌المللی*، ترجمه سیدباقر میرعباسی و حمید الوئی نظری، تهران، جنگل، ۱۳۸۴ ش.
۱۲. شریعت‌باقری، محمدجواد، *حقوق کیفری بین‌المللی*، چاپ پانزدهم، تهران، جنگل، جاودانه، ۱۳۹۷ ش.
۱۳. عنایت، سیدحسین، «قابلیت پذیرش دعوی در دیوان کیفری بین‌المللی»، مقاله در: *دیوان کیفری بین‌المللی و جمهوری اسلامی ایران*، به اهتمام اسحاق آل حبیب، چاپ هشتم، تهران، وزارت امور خارجه، ۱۳۸۲ ش.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، *الزام‌های خارج از قرارداد (مسئولیت مدنی)*، چاپ چهاردهم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۹۵ ش.
۱۵. کیتی چایساری، کریانگ ساک، *حقوق کیفری بین‌المللی*، ترجمه حسین آقایی جنت‌مکان، چاپ سوم، تهران، جنگل، ۱۳۸۹ ش.
۱۶. میرمحمدصادقی، حسین، *دادگاه کیفری بین‌المللی*، تهران، دادگستر، ۱۳۸۸ ش.
۱۷. هیبزلگری، کریس، *جنگ بیست‌مدرن، سیاست نوین درگیری*، ترجمه احمدرضا تقاء، چاپ سوم، تهران، دانشگاه امام حسین (ع)، ۱۳۸۹ ش.
18. Akehurst, Michael, *Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press, 2008.
19. Ambos, Kai, "Individual Criminal Responsibility for Cyber Aggression", *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 21(3), Oxford University Press, 2016.
20. Id., "The Crime of Aggression after Kampala", *German Yearbook of International Law*, Vol. 53, 2010.

21. Anderson, Michael, "Reconceptualizing Aggression", *Duke Law Journal*, Vol. 60(2), 2010.
22. Ashworth, Andrew, *Principles of Criminal Law*, 5<sup>th</sup> Ed., London, Oxford University Press, 2006.
23. Blake, Duncan & Joseph S. Imburgia, "Bloodless Weapons? The need to conduct legal reviews of certain weapons and the implications of defining them as 'Weapons'", *Air Force Law Review*, Vol. 66(1), 2010.
24. Clark, Roger S., "The Crime of Aggression and the International Criminal Court", in: José Doria & Hans-Peter Gasser & M. Cherif Bassiouni (Eds.), *The Legal Regime of the International Criminal Court; Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
25. Dashora, Kamini, "Cyber Crime in the Society: Problems and Preventions", *Journal of Alternative Perspective in the Social Science*, Vol. 3(1), 2011.
26. Declaration on Friendly Relations, prins 3; International Law Commission, Declaration on Rights and Duties of States, Annexed to GTRes. 375(IV) (6 December 1949) Art. 3.
27. Delmas-Marty, Mireille. "Interactions between National and International Criminal Law in the Preliminary Phase of Trial at the I.C.C.", *Journal of International Criminal justice*, Vol. 4(1), 2006.
28. Dunlap, Charles J., Jr., "Perspectives for Cyber Strategists on Law for Cyberwar", *Strategic Studies Quarterly*, Vol. 5(1), 2011.
29. Elliott, Catherine & Frances Quinn, *Criminal Law*, 3<sup>rd</sup> Ed., London, Cambridge University Press, 2005.
30. Evans, Malcolm D., *International Law*, 3<sup>rd</sup> Ed., New York, Oxford University Press, 2010.
31. Giliker, Paula, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, 2<sup>nd</sup> Ed., London, Cambridge University Press, 2010.
32. Glasius, Marlies, *The International Criminal Court: A Global Civil Society Achievement*, New York, Routledge Taylor & Francis Group, 2006.
33. Hanagan, Michael, "State and Capital: Globalizations Past and Present", in: Don Kalb & Marco van der Land & Richard Staring & Bart van Steenberg & Nico Wilterdink (Eds.), *The Ends of Globalization: Bringing Society Back In*, Oxford University Press, 2000.
34. ICRC, A Guide to the Legal Review of New Weapons, Means and Methods of Warfare: Measures to Implement Article 36 of Addition Protocol 1 of 1977 - International Committee of the Red Cross - Genrva, 2006.

35. Informal Inter-Sessional Meeting of the Special Working Group on the Crime of Aggression, ICC-ASP/5/SWGCA/INF.1, 5 September 2006, 18-20, <[https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp\\_docs/SWGCA/ICC-ASP-5-SWGCA-INF1\\_English.pdf](https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/SWGCA/ICC-ASP-5-SWGCA-INF1_English.pdf)>.
36. Kesan, Jay P. & Carol M. Hayes, "Mitigative Counterstriking: Self-Defense and Deterrence in Cyberspace", *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 25(2), 2012.
37. May, Larry, *Aggression and Crimes against Peace*, New York, Cambridge University Press, 2008.
38. Miller, Kevin L., "The Kampala Compromised and Cyberattacks: Can There be an International Crime of Cyber-Aggression?", *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Vol. 23(2), 2014.
39. NATO Wales Summit Declaration, para. 72; Government Response to the AIV/CAVV Report, para. 4; The White House, International Strategy for Cyberspace: Prosperity, Security, and Openness in a Networked World at 10, 13; DoD Manual, para. 16.3.3, 2011.
40. Ophardt, Jonathan A., "Cyber Warfare and the Crime of Aggression: The Need for Individual Accountability on Tomorrow's Battlefield", *Duke Law & Technology Review*, Vol. 9(1), 2010.
41. Reference to Article 3 (g) of the Definition of Aggression by the International Court of Justice in the Nicaragua Judgment.
42. Ryngaert, Cedric, *Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press, 2008.
43. Schiff, Benjamin N., *Building the International Criminal Court*, New York, Cambridge University Press, 2008.
44. Schmitt, Michael N., "Cyber Operations in International Law: The Use of Force, Collective Security, Self-Defence, and Armed Conflicts", in: *Proceedings of a Workshop on Deterring Cyberattacks: Informing Strategies and Developing Options for U.S. Policy*, Washington, National Academic Press, 2010.
45. Id., *Tallinn Manual on the International Law Applicable To Cyber Warfare*, Cambridge University Press, 2013.
46. Id., *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable To Cyber Operations*, Cambridge University Press, 2017.
47. Schuster, Matthias, "The Rome Statute and the Crime of Aggression: A Gordian Knot in Search of a Sword", *Criminal Law Forum*, Vol. 14(1), 2003.
48. Stahn, Carsten & Göran Sluiter (Eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Series: *Legal Aspects of International Organizations*, Vol. 48, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.



# اقتصاد رفتاری و مسئله ادراک کیفر:

## از معماری انتخاب تا نقد پدربسالاری رفتاری\*

□ علی مهرابی<sup>۱</sup>  
□ فرهاد الله‌وردی میگونی<sup>۲</sup>

### چکیده

استفاده از ملاحظات علوم شناختی و رفتاری، یک ضرورت انکارناپذیر برای تحلیل دقیق‌تر رفتارهای مجرمانه و ارتقاء کارکرد بازدارندگی مجازات‌هاست. دانش اقتصاد رفتاری با تکیه بر ملاحظات علوم شناختی و رفتاری نشان می‌دهد که ظرفیت قوای شناختی انسان محدود است و همین ظرفیت محدود نیز با طیف گسترده‌ای از سوگیری‌ها و خطاهای شناختی درگیر است. این متغیرها سبب می‌شوند که بزهکاران (بالتوجه) در بسیاری از موارد، واقعیت کیفر را به شکل تحریف‌شده ادراک کرده و در تصمیم‌گیری‌های خود برای ارتکاب یک جرم خاص (یا ورود به فعالیت مجرمانه)، از منطق کلاسیک نظریه انتخاب عقلانی فاصله بگیرند. به رسمیت شناختن اثرگذاری این متغیرهای شناختی بر ایجاد اختلال نسبی در اراده آزاد و محاسبه‌گر می‌تواند به تعیین راهبردهای عملی

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۰/۸ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۲/۲۸.

۱. کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی (نویسنده مسئول) (mehrabilaw@yahoo.com).
۲. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران (farhad.allahverdi@yahoo.com).

بازدارنده و سنجش دقیق‌تر ریسک تکرار جرم کمک کند. این نوشتار با تکیه بر روش توصیفی - تحلیلی به دنبال آن است که ظرفیت‌ها و چالش‌های احتمالی کاربست عملی این بینش‌ها در حوزه سیاست‌گذاری کیفری در زمینه ادراک کیفر را مورد بررسی قرار دهد. اقتصاد رفتاری بر اساس بینش‌های روان‌شناختی، ایده «معماری انتخاب» و «نظریه تلنگر» را مطرح می‌کند. این پژوهش نشان می‌دهد که در مواردی با تکیه بر بینش‌های نوین اقتصاد رفتاری در حوزه بازدارندگی می‌توان از تحریف واقعیت کیفر در ذهن بزهکاران جلوگیری کرد. در این زمینه، طرفداران ایده معماری انتخاب مدعی هستند که به شکلی «آزادمنشانه» می‌توانند افراد را به انجام انتخابی بهتر سوق دهند. البته این ایده با نقدهای مهمی روبه‌روست و از جهات مختلفی دچار خطای تقلیل‌گرایی است. دست‌کم می‌توان گفت که مواجهه غیر انتقادی با آن، می‌تواند به سیاست‌ها و برنامه‌های ایدئولوژیک کنترل جرم دامن بزند.

**واژگان کلیدی:** اقتصاد رفتاری، ادراک کیفر، بازدارندگی ادراکی، پدرسالاری رفتاری، پیشگیری عادلانه.

### مقدمه

بخش قابل توجهی از تحقیقات صورت گرفته در حوزه نظریه بازدارندگی، بر تبیین نحوه «اثرگذاری کیفر» بر اراده افراد برای ارتکاب یا عدم ارتکاب رفتار مجرمانه متمرکز شده است. این اثرگذاری (احتمالی) از چه مسیر یا مسیرهایی ممکن است و توضیح‌پذیر می‌شود؟ نویسندگان این مقاله عمیقاً با این گفته ریچارد پازنر<sup>۱</sup> در مقاله معروفش با عنوان «نظریه اقتصادی حقوق کیفری» همدلی دارند که «حقوق کیفری منطق اقتصادی چشمگیری دارد». از این رو پیشنهاد ما به تبع بسیاری از پژوهش‌های مهم در این حوزه، اتخاذ رویکرد اقتصادی و آن هم مشخصاً «اقتصاد رفتاری» است که سعی می‌کند نظریه‌های شناختی را به عنوان نقطه اتکای خود برگزیند تا در دام تحلیل‌های یکسوگرایانه و انتزاعی از رفتارها (و از جمله رفتارهای جنایی) گرفتار نشود. پژوهش‌های تجربی که نظریه‌پردازان علوم شناختی و رفتاری با توجه به ایده «عقلانیت

1. Richard Posner.

حدومرزدار»<sup>۱</sup> هربرت سایمون<sup>۲</sup> انجام دادند، نشان می‌دهد که افراد در مواجهه با واقعیت کیفر، همواره در تصمیمات جنایی خود بر اساس الگوی عقلانیت هنجاری (کامل) رفتار نمی‌کنند (Cornish & Clarke, 2017). در این زمینه، اقتصاددانان رفتاری با تأکید بر متغیرهای شناختی همچون «تفکر شهودی»<sup>۳</sup>، «سوگیری‌های شناختی»<sup>۴</sup>، «اکتشافات شناختی»<sup>۵</sup> و برخی عوامل احساسی - عاطفی اثرگذار در تصمیم‌گیری افراد، سعی می‌کنند الگوی عقلانیت نئوکلاسیک را با این استدلال که فاقد حمایت‌های تجربی است، مورد انتقاد قرار دهند. اثرگذاری این رویکرد نوین در حوزه نظریه بازدارندگی، امروزه توجهات بیشتری را معطوف بررسی رابطه پیچیده «کیفر» و نحوه «ادراک» آن نموده است (برای نمونه ر.ک: Apel, 2021).

معمولاً به صورت کلی و بر اساس یک بینش برآمده از «درک عمومی»، «پایین بودن تبعات ارتکاب جرم» و «عدم کفایت بازدارندگی مجازات‌ها»، از چالش‌های اصلی نظام کیفری در پاسخ‌دهی به جرائم معرفی شده (ر.ک: سند تحول قضایی، ابلاغی ۱۳۹۹) و بر اساس این تلقی، راهبرد اولیه را «مؤثر و متنوع نمودن مجازات‌های متناسب با نوع جرائم» می‌دانند. اما معمولاً مسئله مهمی نادیده گرفته می‌شود: «تناسب» برای چه کسی؟ تلاش برای پاسخ به این پرسش است که موضوع «ادراک کیفر» را پیش می‌نهد و مسئله‌مند می‌کند. توضیح آنکه فرض بنیادین نظریه بازدارندگی کلاسیک - که از دل تفکرات اندیشمندانی همچون هابز و بکاریا و بنتام برآمده است - تأثیر (بالقوة) کیفر در برهم زدن محاسبه‌های مبتنی بر هزینه - فایده مرتکبان رفتارهای مجرمانه است. اما مسئله مغفول مانده، درک و تلقی بزهکاران از واقعیت کیفر است؛ زیرا آنچه می‌تواند در فرایند تصمیم‌گیری مجرمان بالقوه تأثیر بگذارد، نه مفهوم قانونی و انتزاعی کیفر، بلکه

1. Bounded rationality.
2. Herbert Alexander Simon.
3. Intuitive reasoning.
4. Cognitive biases.
5. Cognitive heuristics.

این واژه، «میان‌برهای ذهنی» و ابتکار عمل‌هایی را توصیف می‌کند که به جای استفاده از الگوهای پیچیده تصمیم‌گیری، اغلب از تجربیات گذشته و قواعد و رویه‌های سرانگشتی بهره می‌برد. براین‌د این ابتکار عمل‌های اکتشافی و یابنده‌گرا، بروز «توجه و عقلانیت محدود» در اندیشه و رفتار است.

درک ملموس و مشخص افراد از این مقوله است.

نگاه به قانون از دریچه بینش‌های علوم شناختی و رفتاری با تبیین نحوه اثرگذاری متغیرهای شناختی بر «ادراک» و «اراده» افراد نشان می‌دهد که ما در زمینه بسیاری از جرائم، با نوعی «عاملیت تقلیل‌رونده»<sup>۱</sup> مواجهیم. این «رویکرد ادراکی» به نظریه بازدارندگی با تمرکز بیشتر بر ظرفیت شناختی و میزان بازدارندگی‌پذیری بزهکاران، سطح آینده‌نگری و تمایل آن‌ها برای در نظر گرفتن واقعیت کیفر و همچنین میزان بلوغ روانی - اجتماعی افراد، تا حدود بسیاری نشان می‌دهد که چرا کیفر در زمینه بسیاری از جرائم، آن گونه که تصور می‌شود، بازدارنده نیست.

بر این اساس، پرسش مهم آن است که بزهکاران چگونه کیفر را می‌فهمند؟ و چرا (دست کم برخی از آنان) «کیفر» را به شکل تحریف‌شده‌ای ادراک می‌کنند؟ و اینکه آیا می‌توان در فرایند این ادراک مداخله کرد؟ چگونه؟ و البته این مداخله‌ها تا چه میزان موجه است؟ برای پاسخ به این پرسش‌ها، ابتدا بینش‌ها و پشتوانه‌های نظری دانش اقتصاد رفتاری در زمینه ادراک کیفر مورد بررسی قرار می‌گیرد، سپس انواع مداخله‌های برآمده از اقتصاد رفتاری در حوزه تصمیم‌گیری و ادراک کیفر به بحث گذاشته شده و در نهایت، ملاحظاتی انتقادی درباره موجه بودن به کارگیری این مداخله‌ها طرح می‌شود.

## ۱. بینش‌ها و پشتوانه‌های نظری اقتصاد رفتاری در زمینه ادراک کیفر

نتایج پژوهش‌های اقتصاد رفتاری نشان می‌دهد که ظرفیت ذهنی انسان در پردازش اطلاعات محدود است و همین ظرفیت محدود نیز با طیف گسترده‌ای از سوگیری‌ها، خطاها و «تحریف‌های شناختی»<sup>۲</sup> درگیر است (کانمن، ۱۳۹۷؛ آریلی، ۱۳۹۸).<sup>۳</sup> توجه به ظرفیت شناختی بزهکاران و در نظر گرفتن محدودیت‌های درونی و بیرونی<sup>۴</sup> اثرگذار بر آن،

1. Shrinking agency (Cf. Nadelhoffer, 2010).

2. Cognitive distortions.

3. Ariely.

۴. برای آگاهی بیشتر درباره این محدودیت‌ها ر.ک: الله‌وردی و مهرابی، ۱۳۹۸.

مؤید آن است که حتی در فرض وجود آگاهی بزهکاران نسبت به قانون، بسیاری از آن‌ها تحت تأثیر برخی متغیرهای شناختی، واقعیت کیفر را به صورت تحریف شده ادراک می‌کنند. بینش‌های اقتصاد رفتاری در زمینه «فرایند دوگانه تفکر و تصمیم‌گیری» و الگوی «نظریه چشم‌انداز»، می‌تواند تا حدودی ریشه‌های ناهمگونی در ادراک افراد از خطرات و مزایای ارتکاب جرم را توضیح داده و تحلیل کند که بزهکاران در عمل چگونه کیفر را درک می‌کنند.

### ۱-۱. فرایند دوگانه تفکر و اثرات آن بر تصمیم‌گیری جنایی

در سال‌های اخیر، بسیاری از محققان در پژوهش‌هایشان تأکید کرده‌اند که بخش قابل توجهی از تصمیمات جنایی از طریق سازوکارهای شهودی ذهن و به صورت ناخودآگاه شکل می‌گیرند (Pogarsky et al., 2018). کانمن<sup>۱</sup> در کتاب تفکر، سریع و کند (۱۳۹۷) توضیح می‌دهد که انسان دو «سامانه فکری» متفاوت برای تصمیم‌گیری دارد: رفتارهای غریزی انسان که کاملاً به صورت خودکار توسط مغز هدایت می‌شود، جزء «سامانه شهودی» است. تصمیمات این سامانه، سریع، خودکار و بدون نیاز به تلاش و تمرکز صورت می‌گیرند. در این سامانه، ذهن بر اساس نیازهای آنی و تجربیات گذشته به صورت ناخودآگاه و شهودی تصمیم‌گیری می‌کند. به گفته کانمن، تصمیمات «سامانه شهودی» به میزان بیشتری مستعد آلوده شدن به خطاهای شناختی هستند؛ اما تصمیم‌های «سامانه عقلانی» نیاز به توجه و تلاش و انرژی زیادی دارند. فرایند شکل‌گیری این تصمیمات بسیار آرام‌تر بوده و در سطح خودآگاه اتخاذ می‌شوند. تورسکی و کانمن (Tversky & Kahneman, 1974) سوگیری‌های شناختی را از جمله خطاهای ناخودآگاه و قابل پیش‌بینی در ذهن می‌دانند که تأثیرات جدی بر تصمیمات و قضاوت‌های افراد دارد. به نظر کانمن، این «خطاهای شناختی» معمولاً هنگامی رخ می‌دهند که تفکر سریع (ناخودآگاه - شهودی)، جایگزین تفکر کند (آگاهانه و عقلانی) می‌شود.

امروزه پژوهش‌های متعدد نشان داده‌اند که مجموعه‌ای از «سوگیری‌های

1. Kahneman.

تصمیم‌گیری» به بروز بسیاری از رفتارهای «غیر عقلانی» منجر می‌شود (تیموری و همکاران، ۱۳۹۶)؛ برای نمونه، «سوگیری بیش‌اطمینانی»<sup>۱</sup> و «سوگیری خوش‌بینی»<sup>۲</sup> به عنوان نوعی «رفتارهای خلاف قاعده» سبب می‌شود که فرد توانایی‌های خود را بیش از حد ارزیابی کند. این سطح از بیش‌اطمینانی و «اعتماد به نفس کاذب»، تأثیر مهمی بر افزایش سطح «ریسک‌پذیری بزهکاران» در فرایند ارتکاب جرم دارد. میزان معاشرت با همسالان، از جمله مواردی است که از طریق ایجاد گفتمان‌ها و روایت‌های خرده‌فرهنگی می‌تواند این سوگیری‌ها و تفکرات شهودی را تشدید کرده و ضمن «عقلانی‌سازی» رفتارهای مجرمانه و خشونت‌آمیز، انجام آن‌ها را آسان‌تر و کم‌خطرتر کند و درک شکست‌ناپذیری را در آن‌ها ارتقا دهد.

در این زمینه، ناگین و پوگارسکی (Nagin & Pogarsky, 2003) نیز با مطالعه خود نشان می‌دهند که میان «سوگیری خودخدمت‌گرایی»<sup>۳</sup> و میزان گرایش به جرم و تخلف، رابطه مستقیمی وجود دارد. مطابق این سوگیری، بزهکار موفقیت در ارتکاب جرم را به توانایی‌های شخصی خودش، و عدم موفقیت را به عوامل بیرونی نسبت می‌دهد. این میزان از رضایت متوهمانه از توانایی‌های شخصی، با ایجاد ناهنجاری در ادراک سبب می‌شود که بزهکاران بالقوه در تصمیمات و رفتارهای مجرمانه خود، ضمانت اجراهای کیفری را (تا حدود زیادی) نادیده بگیرند.

گرایش افراد به تفسیر یا جست‌وجوی اطلاعات برای تأیید پیش‌فرض‌های ذهنی خود، از دیگر سوگیری‌های مهم و رایج در حوزه قضاوت و تصمیم‌گیری است. تحت تأثیر این سوگیری، فرد تنها به اطلاعاتی روی خوش نشان می‌دهد که نگرش‌ها، باورها، رویه‌ها و تصمیمات قبلی او را «تأیید» کند؛ برای مثال، اگر بزهکار نگرش مثبتی نسبت به یک رفتار مجرمانه داشته باشد، در جمع‌آوری و تفسیر اطلاعات مربوط به آن رفتار ممکن است دچار این «سوگیری تأییدی»<sup>۴</sup> شود (برای آگاهی بیشتر رک: بهره‌مند و ساکیانی، ۱۴۰۰).

1. Overconfidence bias.
2. Optimism bias.
3. Self serving bias.
4. Confirmation bias.

این یافته‌ها نشان می‌دهد که مجرمان بالقوه تحت تأثیر برخی سازوکارهای شناختی با سطوح پایهٔ مختلفی از «خطر دستگیری درک شده»<sup>۱</sup> وارد فرایند ارتکاب جرم می‌شوند. مطالعات تجربی اخیر (Pogarsky et al., 2017)، صحت این گفته‌ها را تأیید کرده و نشان می‌دهد که برخی از سوگیری‌ها و خطاهای شناختی، رابطه مستقیمی با میزان درک افراد از شدت و قطعیت کیفر دارد.

امروزه دانش اقتصاد رفتاری با شناسایی محدودیت‌های شناختی، تصمیم‌گیری براساس میان‌برهای ذهنی<sup>۲</sup> و رویه‌های اکتشافی توانسته است ایده «عقلانیت محدود»<sup>۳</sup> را برجسته کرده و با طرح «نظریه چشم‌انداز»<sup>۴</sup>، بخشی از علت رفتارهای متفاوت افراد در برابر ریسک‌ها را توضیح دهد.

## ۲-۱. ادراک کیفر و «نظریه چشم‌انداز»

ایجاد تردیدهای اساسی در موضوع عقلانیت و حسابگری کیفری را می‌توان از جملهٔ مهم‌ترین پیامدهای توجه به ایده «عقلانیت محدود» و الگوی «نظریه چشم‌انداز» دانست. نظریه چشم‌انداز در کنار شناسایی ناهنجاری‌های ادراکی و رفتاری، با اهمیت‌دهی به اثرات عوامل محیطی، هیجانات و مناسبات اجتماعی نشان می‌دهد که افراد در تحلیل هزینه - فایده برای اتخاذ یک تصمیم بر حسب قرار گرفتن در بسترها و موقعیت‌های مختلف، معمولاً نگرش‌های متفاوتی نسبت به ریسک دارند و ترجیحات و ادراک آن‌ها به شکل قابل ملاحظه‌ای وابسته به متن و عوامل موقعیتی است و در طول زمان نیز تغییر می‌کند.

1. Perceived arrest risk.

2. Short-cut decision making.

۳. ایده «عقلانیت محدود»، رفتارهای مجرمانه را ناشی از انگیزه‌های ثابت و پایدار نمی‌داند؛ بلکه تمایلات، ترجیحات و انگیزه‌های مجرمان احتمالی را در تعامل مستمر با فرصت‌ها و محدودیت‌های آنی برای ارتکاب یا عدم ارتکاب جرم تحلیل می‌کند. این دیدگاه با تأکید بر عوامل مختلف تأثیرگذار بر شناخت و رفتار بزهکاران، آنچه را که «نابخردانگی» یا «غیر عقلانیت» نامیده می‌شود، جدی گرفته و ارزیابی و تفسیر واقع‌گرایانه و قابل دفاع‌تری نسبت به رویکردهای متأثر از عقلانیت کلاسیک ارائه می‌دهد و این برتری در زمینه تبیین جرائم احساسی و فاقد سبق تصمیم (مجرمان اتفاقی)، نمود بیشتری دارد.

4. Prospect theory.

وابستگی به مرجع، حساسیت نزولی، زیان‌گریزی، وزن‌دهی غیر خطی احتمالات و همچنین آسیب‌پذیری رفتار افراد در برابر اثرات چارچوب‌بندی، از مهم‌ترین پایه‌های الگوی نظریه چشم‌انداز است. این نظریه نشان می‌دهد که افراد، هم نسبت به سود و هم نسبت به زیان، «حساسیت نزولی» دارند؛ یعنی شدت احساسات ناشی از سود و زیان با افزایش مقدار آن‌ها رابطه خطی و مستقیم ندارد (Kahneman & Tversky, 1979). این بدان معناست که تفاوت شدت ادراک شده میان ۱ یا ۲ سال حبس، بسیار بیشتر از تفاوت بین ۱۰ یا ۱۱ سال حبس است. حساسیت نزولی نسبت به سود و زیان با اثرگذاری بر نظام انگیزشی بزهکاران بالقوه سبب می‌شود که آن‌ها نسبت به منافع آتی حاصل از ارتکاب جرم (در مقایسه با منافع فوری) ریسک‌گریزان‌تر، و نسبت به زیان‌ها و مخاطرات ارتکاب جرم در آینده (در مقایسه با زیان‌ها و مخاطرات فوری) ریسک‌طلبانه‌تر رفتار کنند (برای آگاهی بیشتر، ک: آشوری و صبوری‌پور، ۱۳۹۴). این تلقی تعدیل شده نشان می‌دهد که ارتکاب جرم با «فرصت‌ها» و «پاداش‌های فعلی» رابطه مستقیم‌تری دارد تا متغیر «هزینه‌های آتی»؛ چرا که بزهکاران معمولاً بر اساس فرصت‌های فوری رفتار می‌کنند و تمایل دارند که پیامدهای بلندمدت رفتارشان مانند ضمانت اجرای رسمی را نادیده بگیرند.

مسئله پیش‌گفته به نظر می‌تواند تا حدودی توضیح دهد که چرا مظنونان و بزهکاران، احتمال بدتر شدن اوضاع را در ازای یک امید کوچک برای اجتناب از یک ضرر بزرگ می‌پذیرند و برای فرار از دستگیری توسط پلیس، دست به رفتارهایی می‌زنند که مجازات آن‌ها را به شدت افزایش می‌دهد. در این شرایط به نظر می‌رسد امید اندکی که بزهکار برای فرار از کل مجازات دارد، سبب می‌شود که تفاوت بین مجازات عادی و تشدیدشده برای وی به نوعی قابل چشم‌پوشی به نظر برسد. از سوی دیگر «در بسیاری از موارد، وقتی مظنونان به صورت ناامیدانه‌ای خود را در معرض دستگیری حتمی می‌یابند، سوگیری‌های شناختی [در کنار خشم و هیجانات لحظه‌ای، عدم اطلاع دقیق نسبت به قانون و ناامیدی نسبت تخفیف مجازات]، آن‌ها را به سمت مقاومت متمایل می‌کند. در این شرایط، اطمینان از ضرر با تحت‌الشعاع قرار دادن ملاحظات دیگر سبب می‌شود که رفتار پرخطر در نظر فرد منطقی جلوه کند» (Whichard & Felson, 2016: 20). این سطح از ضررگریزی می‌تواند به درک جرائمی که به نظر احتمال موفقیت بسیار کمی



دارند یا بسیار ظالمانه یا «بی‌معنا» به نظر می‌رسند، کمک کند. درگیری مسلحانه با پلیس، قتل بزه‌دیده در تجاوز به عنف، حملات پیشگیرانه<sup>۱</sup> بیش از حد ضرورت (کشتن برای آسیب ندیدن)، همگی مصادیقی فراتر از آن چیزی هستند که از یک تحلیل دقیق هزینه - فایده انتظار می‌رود.

الگوی نظریه چشم‌انداز همچنین بایسته‌های راهبردی مفیدی برای توجه دادن به مفهوم «بازدارندگی حاشیه‌ای»<sup>۱</sup> ارائه می‌کند. بازدارندگی حاشیه‌ای توضیح می‌دهد که «فاصله مجازات» بین جرائم مختلف باید طوری باشد که به مجرمان بالقوه - که ریسک‌گریز هستند- انگیزه بدهد تا جرم سبک‌تر را انتخاب کنند؛ زیرا شدت بیشتر مجازات گاهی ایجاب می‌کند که بزهکار «جهت ایجاد توازن و بلکه برتری منافع حاصل از ارتکاب جرم در مقابل ضرر احتمالی ناشی از کیفر تعیین شده، بر شدت جرم ارتكابی خود بیفزاید» (غلامی، ۱۳۹۶: ۱۴۶). کیفرگذاری در زمینه سرقت‌های مشدده، از جمله مصادیق بارزی است که حاشیه بازدارندگی مناسبی برای پیشگیری از جرائم شدیدتر ایجاد کرده است؛ به شکلی که نادیده گرفتن تفاوت بین حداقل و حداکثر مجازات و انجام رفتارهای تشدیدکننده از سوی بزهکار، بسیار غیر منطقی و بی‌معنا به نظر می‌رسد (برای نمونه ر.ک: ماده ۶۵۲ ق.م.ا. (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده) مصوب ۱۳۷۵).

بازدارندگی حاشیه‌ای را می‌توان نوعی «بازدارندگی محدود»<sup>۲</sup> دانست. در این شکل از بازدارندگی، بزهکار با انگیزه بر حسب میزان حساسیت و کنترل شخصی‌اش نسبت به خطرات ادراک‌شده کیفر سعی می‌کند به جای ترک جرم یا نادیده گرفتن خطرات آن، رفتار مجرمانه مدّ نظر خود را انتخاب کرده و در فرصت مناسب ضمن انجام اقداماتی برای کاهش احتمال دستگیری، به آن رفتار مبادرت نماید. بازدارندگی محدود می‌تواند علت نرخ بالای تکرار جرم در زمینه برخی از جرائم را تا حدودی نشان دهد. برای نمونه می‌توان به ابداع روش‌های جدید برای پیشگیری از شناسایی و همچنین گرایش به سمت معامله مواد مخدر با مجازات سبک‌تر و در حجم کمتر اشاره کرد که می‌تواند تکرار جرم را از سوی خرده‌فروشان مواد مخدر تسهیل کند (برای آگاهی بیشتر ر.ک: Guan & Lo, 2021).

1. Marginal deterrence.
2. Restrictive deterrence.

آموزه‌های اقتصاد رفتاری و علوم شناختی امروزه می‌تواند به مثابه ابزاری برای طراحی و بهینه‌سازی سیاست‌گذاری‌های کیفی و عمومی به کار گرفته شود. در این زمینه می‌توان به شکل‌گیری جنبش «معماری انتخاب»<sup>۱</sup> و تأسیس واحدهایی با عنوان «بینش رفتاری» یا «واحد تلنگر»<sup>۲</sup> در برخی دولت‌ها اشاره کرد که نشان‌دهنده اهمیت توجه به این ملاحظات و مداخله‌ها در امر حکمرانی و سیاست‌گذاری است.

## ۲. «معماری انتخاب» و شیوه‌های مداخله در حوزه تصمیم‌گیری و ادراک کیفر

تئوری بازدارندگی، نظریه‌های انتخاب عقلانی و کلیه تلاش‌های کنترل اجتماعی که از دل این سنت نظری بیرون می‌آید، بر دو فرضیه اساسی استوار است: فرض نخست این است که افراد هزینه‌های درک‌شده و مزایای ارتکاب جرم را قبل از ارتکاب آن اندازه‌گیری کرده و پس از محاسبه سود خالص ناشی از آن، اقدام به ارتکاب جرم می‌کنند. فرض دوم این است که بین خطر واقعی (عینی) دستگیری و مجازات و تلقی‌های ذهنی و ادراک افراد در مورد خطر دستگیری و مجازات، همبستگی وجود دارد (Pickett & Roche, 2016). ناگین (Nagin, 1998) بر اهمیت سیاستی این فرض دوم تأکید کرده و به این نتیجه می‌رسد که «تصمیمات جنایی» از «مسئله ادراک خطرات ارتکاب جرم» تأثیر می‌پذیرند. با این حال به نظر او، اثرپذیری تصمیمات جنایی از مسئله ادراک کیفر، شرط کافی برای پذیرش این نتیجه نیست که «با ابزار سیاست می‌توان مانع ارتکاب جرم شد». به نظر ناگین:

«تا هنگامی که نفس تصورات و ادراک افراد از خطرات ارتکاب جرم توسط سیاست قابل دستکاری و تغییر نباشد، اثر بازدارنده مطلوب حاصل نمی‌شود».

توجه به بینش‌ها و دلالت‌های سیاستی برآمده از اقتصاد رفتاری نشان می‌دهد که بازدارندگی، محصول اندازه واقعی مجازات یا احتمال کشف جرم نیست و سیاست‌گذاری

1. Choice architecture.
2. Nudge unit.

در جهت ارتقاء سطح بازدارندگی کیفر را نباید به افزایش عینی قطعیت، شدت و سرعت مجازات تقلیل داد. اقتصاددانان رفتاری، بازدارندگی را بیشتر متأثر از باورها، تصورات ذهنی و شیوه ادراک بزهکاران از هزینه‌ها و مزایای جرم می‌دانند. اقتصاد رفتاری نشان می‌دهد که با به کارگیری برخی ابزارها و روش‌های مبتنی بر علوم شناختی می‌توان تصورات ذهنی افراد نسبت به خطرات ارتکاب جرم را به شکل ناخودآگاه تغییر داد. «تلنگرهای رفتاری»، «طراحی احساس» و «عادت‌سازی» از مهم‌ترین ابزارهای اقتصاد رفتاری در زمینه «معماری انتخاب» و تغییر رفتار است.<sup>۱</sup>

## ۱-۲. تلنگرهای رفتاری

در ادبیات اقتصاد رفتاری، به هر جنبه‌ای از «معماری انتخاب» که تلاش دارد رفتار افراد را بدون تغییر در محرک‌های مربوطه یا منع سایر گزینه‌ها، در جهتی قابل پیش‌بینی تغییر دهد، تلنگرهای رفتاری می‌گویند (تیلر و سانستین، ۱۳۹۷). آزادمنشانه و کم‌هزینه بودن، از ویژگی‌های اصلی برشمرده شده برای تلنگرهای رفتاری است. با توجه به بینش‌های اقتصاد رفتاری از سوگیری‌ها و فرایندهای اتخاذ تصمیم و همچنین اثربخشی تلنگرهای رفتاری در بسیاری از زمینه‌های عمومی، به نظر می‌رسد که با به کارگیری این بینش‌ها می‌توان قدرت بازدارندگی و اقناع‌کنندگی مجازات را نیز افزایش داد.

تغییر باور عمومی نسبت به قطعیت مجازات و سرعت کشف جرائم، از مهم‌ترین ظرفیت‌های بالقوه برای اجرای «نظریه تلنگر»<sup>۲</sup> است. بررسی‌های تجربی بسیاری، این اندیشه دیرینه را تأیید کرده‌اند که افزایش «قطعیت ادراک شده»<sup>۳</sup> در مقایسه با افزایش «شدت ادراک شده»<sup>۴</sup> اثر بازدارندگی بیشتری دارد؛ به شکلی که مجازاتی سبک اما قطعی در مقایسه با مجازات سنگین اما دگرگونی‌پذیر، جنبه بازدارندگی بیشتری خواهد

۱. بررسی این ایده‌ها و مبانی شناختی و رفتاری آن‌ها می‌تواند با توجه دادن به مفاهیمی مانند «ادراک قطعیت، شدت و سرعت هزینه‌های (رسمی و غیر رسمی) جرم»، «منافع درک شده» و «اترئیحات ریسک»، به ایجاد پیوند بهتر میان نظریه «بازدارندگی ادراکی» و سیاست‌گذاری کیفری کمک کرده و ظرفیت‌ها و چالش‌های احتمالی ناشی از آن را نیز برای تأثیرگذاری بر ادراک و تصمیم‌گیری افراد تا حدودی نمایان سازد.

2. Nudge theory.

3. Perceived certainty.

4. Perceived severity.

داشت (Apel, 2021)؛ زیرا به نظر، «طبع توأم با تأخیر مجازات سبب می‌شود که در محاسبه فرد به شدت تنزیل شود و به این ترتیب، اهمیت کمی برای شدت آن در نظر گرفته شود» (صبوری‌پور، ۱۳۹۸: ۱۵۴).

برخی پژوهش‌های تجربی نشان داده‌اند که «باورپذیر کردن و آگاه کردن بزهکاران بالقوه نسبت به روش‌های مختلفی که نهادهای پلیسی - قضایی می‌توانند در صورت ارتکاب جرم، آن‌ها را به سرعت شناسایی و محاکمه کنند، سبب می‌شود که آن‌ها حسابگرانه‌تر عمل کرده و احتمال دستگیری و محکومیت خود را بیشتر ارزیابی کنند» (Pickett, 2018)؛ چرا که در این حالت به باور «بزهکاران بالقوه»، سرعت و قطعیت مجازات افزایش می‌یابد و آن‌ها به نوعی متقاعد می‌شوند که در صورت ارتکاب جرم، به احتمال زیاد دستگیر خواهند شد. به نظر پیکت و همکارانش (Pickett et al., 2016)، ضرورت انجام این مداخلات از آنجا ناشی می‌شود که دستیابی به اطلاعات لازم در خصوص قطعیت مجازات - بر خلاف شدت آن - به آسانی قابل دسترس نیست و به متغیرهای مختلفی همچون مهارت و هوش بزهکاران، حضور شاهدان، ویژگی‌های قربانی، تمایل به گزارش دهی جرم از سوی بزه‌دیده و میزان گشت‌زنی پلیس وابسته است.<sup>۱</sup>

در کنار توجه به این بینش‌ها، لازم است در عمل نیز عوامل ایجاد اطاله دادرسی و تأخیر طولانی در اعمال مجازات شناسایی و تا حد امکان برطرف شود؛ چرا که وجود اختلاف میان تصورات ذهنی القاشده به بزهکاران و عملکرد واقعی نظام عدالت کیفری، می‌تواند قدرت بازدارندگی مجازات نسبت به این افراد را به شکل قابل توجهی کاهش داده و زمینه تکرار جرم را فراهم کند.

سطح دسترس‌پذیری شناختی، از دیگر مقوله‌های مهم در فرایند ادراک کیفر و اجرای نظریه تلنگر است. واقعیت این است که باورهای ما در مورد احتمال کشف جرائم و شدت مجازات‌ها، با مطالعه آمار سالانه پلیس یا مطالعه قوانین کیفری شکل

۱. برخی در این خصوص با توجه به شخصیت بزهکاران از جهت ریسک‌گریز یا ریسک‌پذیر بودن، قائل به تفکیک شده و معتقدند که شدت بیشتر و قطعیت کمتر در خصوص افراد «ریسک‌گریز»، و قطعیت بیشتر و شدت کمتر در خصوص افراد «ریسک‌پذیر»، گزینه‌های بهینه‌تری برای ایجاد بازدارندگی است (Zamir & Teichman, 2018: 444).

نمی‌گیرد. به نظر تورسکی و کوهلر (Tversky & Koehler, 1994)، افراد به جای نفس رویدادها، بیشتر به توصیف و برداشت‌های ذهنی خود از رویدادها (فرضیه‌ها) اهمیت می‌دهند. این مسئله نشان می‌دهد که حتی اگر سطح ریسک واقعی (قطعیت، شدت و سرعت) مجازات‌ها بدون تغییر باقی بماند، به دلیل عملکرد برخی سوگیری‌ها، اکتشافات و خطاهای شناختی به ویژه «روش اکتشافی دسترسی‌پذیری»<sup>۱</sup> ممکن است خطر درک شده ناشی از ارتکاب جرم حسب مورد افزایش یابد. «روش اکتشافی دسترسی‌پذیری»، یک قاعده سرانگشتی<sup>۲</sup> یا میان‌بُر ذهنی است که افراد متأثر از آن احتمال بروز یک نتیجه را بر اساس مقدار فراوانی آن در زندگی و تجربیات شخصی خود ارزیابی می‌کنند. این روش اکتشافی، قضاوت‌ها و ارزیابی‌هایی را موجب می‌شود که عمدتاً بر اساس اطلاعاتی شکل می‌گیرند که به سهولت در دسترس است، نه الزاماً اطلاعات کامل، عینی یا واقعی. تورسکی و کوهلر (Ibid.) بر اساس روش اکتشافی دسترسی‌پذیری، «نظریه حمایت»<sup>۳</sup> را مطرح می‌کنند. بر اساس این نظریه، افراد در ارزیابی مفاهیم یا تصمیم‌ها و بر آنچه سریعاً به خاطر آورده می‌شود، تکیه می‌کنند (Pickett, 2018: 7). در این زمینه گفته شده است که بزهکاران بالقوه نیز خطر دستگیری را بر اساس نمونه‌هایی که ممکن است سریعاً به خاطر بیاورند و همچنین سناریوهایی که برای ارتکاب جرم به آسانی به ذهنشان می‌رسد، قضاوت می‌کنند (کانمن، ۱۳۹۷). به بیان دیگر، هنگامی که بزهکاران به برآورد احتمال یا فراوانی دستگیری خود در ارتکاب یک جرم می‌پردازند، برآوردهایشان تحت تأثیر سهولت یادآوری مثال‌های مرتبط از دستگیری به دلیل ارتکاب آن جرم است. طبیعتاً هر چه این مثال‌ها (دستگیری یا عدم دستگیری) جدیدتر باشد و در یک بازه زمانی کوتاه‌تر و به صورت جمعی اتفاق افتاده باشد (همانند دستگیری گروهی سارقان یا خرده‌فروشان مواد مخدر)، به نظر می‌تواند تأثیر قوی‌تری بر ادراک افراد از خطر ارتکاب جرم داشته باشد.

به نظر تورسکی و کوهلر (Tversky & Koehler, 1994)، هنگامی که افراد احتمالات

1. Availability heuristic.
2. Rules of thumb.
3. Support theory.

را مورد قضاوت قرار می‌دهند، تمایل دارند که تصویری سازگار و پیوسته (هارمونیک) از احتمالات بسازند. بر همین اساس معمولاً وقایع خاصی را که دارای این ویژگی «هارمونیک» است، محتمل‌تر از یک حالت کلی می‌دانند. پوگارسکی و همکاران (Pogarsky et al., 2017) این مسئله را ناشی از اثرگذاری «خطای پیوستگی یا عطفی»<sup>۱</sup> در ارزیابی احتمال دستگیری می‌دانند. در این خطای فکری، دریافت جزئیات بیشتر سبب می‌شود که افراد واقعیت ظاهری یک سناریو را پیوسته و محتمل‌تر ارزیابی کرده و احتمال وقوع یک ترکیب را دست بالا بگیرند.<sup>۲</sup> در خصوص دلالت سیاستی این خطای فکری اشاره شده است که «ویژگی‌های موقعیتی یا اطلاعاتی که جزئیات سناریوهای تصور شده ارتکاب جرم توسط بزهکاران بالقوه را تحت تأثیر قرار می‌دهند، ممکن است بر ادراک کیفر آن‌ها اثرگذار باشند» (Ibid.). این خطای فکری، رابطه مستقیمی با سطح بینش شناختی و خودتعمقی<sup>۳</sup> افراد دارد و سبب می‌شود که افراد در فرایند شناختی، تمایلی به بازگشایی و تجزیه و تحلیل جزء به جزء هر یک از احتمالات نداشته باشند و به نوعی در بررسی گزینه‌های موجود، به شکل ناخودآگاه دچار نوعی «قضاوت انتخابی» شوند. شواهد تجربی قوی وجود دارد که نشان می‌دهد این خطای فکری و همچنین آنچه «اثر تکیه گاهی»<sup>۴</sup> نامیده می‌شود، به شدت بر درک احتمال دستگیری تأثیرگذار است (Ibid.). اثر تکیه گاهی یا «اثر لنگر انداختن»، نوعی سوگیری شناختی است که طی آن، ذهن در فرایند تصمیم‌گیری به نخستین اطلاعاتی که به دست می‌آورد، تکیه می‌کند. در این حالت، ذهن روی اطلاعات اولیه یا قسمتی از آن گیر می‌افتد و زحمت جستجوی بیشتر را به خود نمی‌دهد. معمولاً وقتی ذهن لنگرش را در قسمت خاصی از اطلاعات می‌اندازد، جانب‌دار می‌شود. پوگارسکی و همکاران بر اساس این خطای فکری، چنین استدلال می‌کنند:

1. Conjunction fallacy.
۲. برای نمونه، افراد احتمال حمله اتمی به یک کشور توسط گروه‌های تروریستی را بیشتر ارزیابی می‌کنند تا احتمال هر نوع حمله اتمی. این در حالی است که بر اساس قانون احتمال، درصد احتمال وقوع همزمان دو رویداد، کمتر یا مساوی احتمال وقوع هر یک از آن‌ها به تنهایی است.
3. Self-reflectiveness.
4. Anchoring effect.

«هر اخطار و اطلاعات موقعیتی که سبب می‌شود مجرمان بالقوه پیش از ارتکاب جرم ابتدا یک سطح خاص از خطر دستگیری را در نظر بگیرند، باید بر درک آن‌ها و احتمال ارتکاب جرم تأثیر بگذارد» (Ibid.).

به نظر می‌رسد که استفاده از تلنگرهای موقعیتی و ایجاد تردید در برداشت‌ها و اطلاعات دریافتی اولیه می‌تواند در برخی از موارد بر در ادراک افراد از خطرات و مزایای ارتکاب جرم اثرگذار باشد؛ برای نمونه، برخی مطالعات تجربی نشان داده‌اند که با ایجاد تغییرات نسبتاً جزئی در اظهارنامه‌های مالیاتی یا فرم‌های بیمه‌نامه مانند برجسته‌سازی جملات کلیدی و عواقب عدم صداقت، یادآوری هنجارها، استفاده از زبان شخصی‌سازی شده و مواردی از این دست می‌توان به کاهش تخلفات و جرائم در این حوزه‌ها کمک کرد.<sup>۱</sup>

مسئله حضور به موقع در دادگاه و کاهش اطلاع دادرسی، از دیگر بسترهای مناسب برای اجرای بینش‌های اقتصاد رفتاری و به ویژه نظریه تلنگر است. عدم حضور به موقع متهم، شهود و مطلعان در دادگاه به رغم ابلاغ احضاریه، از جمله چالش‌هایی است که در صورت فقدان عذر موجه یا اعلام نکردن دلیل موجه برای آن می‌تواند موجب صدور دستور جلب شود. شناسایی قانونی امکان ابلاغ احضاریه از طریق بخش خصوصی و به ویژه سامانه ابلاغ الکترونیکی، ظرفیت‌های بسیار مناسبی را در خصوص طراحی تلنگرهای رفتاری برای کاهش اطلاع دادرسی فراهم کرده است. ساده‌سازی نحوه ارائه اطلاعات و همچنین شفاف و برجسته‌تر کردن عواقب منفی عدم حضور غیر موجه، از جمله بدیهی‌ترین این موارد است. فیشبین و همکاران (Fishbane et al., 2020) در یک مطالعه تجربی - که در مجله معتبر ساینس<sup>۲</sup> منتشر شده است - نشان دادند که برخی تلنگرهای رفتاری می‌تواند نادیده گرفتن احضاریه و عدم حضور در دادگاه را به شیوه‌ای بهینه و در عین حال انسانی کاهش داده و از افزایش هزینه‌ها و طولانی شدن فرایند دادرسی ناشی از آن جلوگیری کند. البته به نظر می‌رسد اینکه چه کسی این مداخلات

1. Cabinet Office, "Fraud, Error and Debt: Behavioural Insights Team Paper", GOV.UK, 6 February 2012, <<https://www.gov.uk/government/publications/fraud-error-and-debt-behavioural-insights-team-paper>>.

2. Science.

و تلنگرها را اجرا می‌کند، نحوه ارائه آن چگونه است و اساساً مجری تا چه اندازه مورد اعتماد افراد است، می‌تواند بر میزان کارآمدی خطرها و اطلاعات موقعیتی و ادراک مخاطبان از این سیاست‌ها تأثیرگذار باشد.

## ۲-۲. «طراحی احساس» و شرمسازسازی بازدارنده

احساسات و عواطف، بخش مهم و جدایی‌ناپذیری از ذهن انسان را تشکیل می‌دهد و توانایی‌های استدلال، شناخت، ادراک و آگاهی ما، بسیار وابسته به شرایط احساسی و عاطفی است که در آن قرار داریم. فهم تعامل بین شناخت و عواطف و احساسات، از بایسته‌های اساسی درک جرم و شیوه پیشگیری از آن است. نگرش‌های عاطفی و ترجیحات افراد می‌تواند باورها و تصمیم‌گیری‌های آن‌ها را فارغ از واقعیت‌های بیرونی به شکل غالباً ناخودآگاه و خودکار هدایت کرده و بر ارزیابی و ادراکشان از خطرات و مزایای یک تصمیم تأثیر جدی بگذارد.

پژوهش‌های بسیاری بر نقش احساس شرمساری و گناه در پیشگیری از جرم تأکید کرده‌اند؛ چرا که احساس شرم و گناه به عنوان یک منبع تنبیه درونی، جایگاه بسیار مهمی در فهرست هزینه‌های جرم دارد. در این زمینه، رویکرد «طراحی احساس» در علوم شناختی و اقتصاد رفتاری به خوبی نشان می‌دهد که شرمسازسازی و ایجاد احساس پشیمانی و گناه در بزهکار صرفاً کارکرد پسینی ندارد و پیش از ارتکاب جرم نیز از طریق برانگیختن این احساسات و تأکید بر هنجارهای فرهنگی - اجتماعی می‌توان برخی از بزهکاران بالقوه را از ارتکاب جرم منصرف کرد.

اسلوویچ و همکاران (Slovic et al., 2007) با ارائه مفهوم «تصمیم مبتنی بر حس و حال» به عنوان یک «میان‌بُر عاطفی»<sup>۱</sup> توضیح می‌دهند که چگونه ترجیحات،

### 1. Affect heuristic.

بررسی مقاله اسلوویچ نشان می‌دهد که هدف او از به کار بردن این اصطلاح، اشاره به تصمیم‌گیری‌هایی است که «مبتنی بر حس و حال»، برانگیختگی‌ها و ترجیحات جاری فرد است (Slovic et al., 2007). به تعبیر دیگر، افراد اجازه می‌دهند چیزهایی که دوست دارند یا دوست ندارند (ترجیحاتشان)، بر باورهایشان از دنیای پیرامونشان تأثیر بگذارد. از آنجایی که باورها، رکنی اساسی در نظام تصمیم‌گیری هستند، هر گونه تغییری در آن‌ها، نظام تصمیم‌گیری را مستقیماً تحت تأثیر قرار می‌دهد.



عواطف، احساسات و باورهای افراد بر قضاوت‌ها و تصمیم‌گیری‌هایشان تأثیر می‌گذارد. تصمیم مبتنی بر حس و حال، یک میان‌بُر ذهنی برای تصمیم‌گیری سریع و معمولاً ناخودآگاه بر اساس حالت عاطفی، حس و حال جاری، هیجانات لحظه‌ای و باورهای افراد است. این اثرپذیری و برانگیختگی‌ها که محصول بخش خودکار مغز است، به‌عنوان نقد جدی بر الگوی فایده‌مورد انتظار مطرح شده است. نقش این میان‌بُر عاطفی در ارزیابی افراد از مزایا و خطرات یک تصمیم، در پژوهش‌های مختلفی مورد بررسی قرار گرفته است (برای نمونه ر.ک: van Gelder et al., 2015). پوگارسکی و همکاران (Pogarsky et al., 2017) بر اساس این میان‌بُر ذهنی استدلال می‌کنند که ویژگی‌های موقعیتی یا اطلاعاتی که باعث تغییر عواطف و احساسات بزهکاران بالقوه نسبت به یک فعالیت مجرمانه می‌شود، می‌تواند بر ارزیابی آن‌ها از خطرات و مزایای آن تأثیر بگذارد. این میان‌بُر ذهنی نشان می‌دهد که اگر عواطف و احساسات افراد نسبت به یک فعالیت و اقدام مجرمانه نامطلوب باشد، آن‌ها فارغ از واقعیت‌های بیرونی تمایل پیدا می‌کنند که خطرات آن را بیشتر و مزایای آن را کمتر از اندازه واقعی ارزیابی کنند.

به نظر می‌رسد تلنگرهایی که بر پایه شرمسازسازی و ایجاد احساس گناه بنا شده‌اند و هنجارهای اخلاقی، اجتماعی و یا باورهای مذهبی را به افراد یادآوری می‌کنند، در برخی موارد می‌توانند از طریق تغییر «ضریب اصلاح»<sup>۱</sup> درونی (دست‌کم) به پیشگیری موقت از ارتکاب جرم کمک کنند.<sup>۲</sup> برای نمونه، تیتل و همکارانش (Nettle et al., 2012, as cited in: Pogarsky & Herman, 2019)، با نصب تصاویر «چشمانی نظاره‌گر» در پارکینگ دوچرخه‌ها، نشان دادند که این تلنگر منجر به کاهش ۶۲ درصدی سرقت دوچرخه‌ها از محل نصب تصاویر شده است. در پژوهشی دیگر، شارما و اسکات (Sharma & Scott, 2016) نشان دادند که اگر خرده‌فروشان در کنار اجناس خود اطلاعیه‌ای نصب کنند که به مراجعه‌کنندگان نشان دهد پس‌انداز حاصل از کاهش ضرر ناشی از سرقت اجناس، به طور مستقیم به خیریه اهدا می‌شود، این راهکار

1. Fudge factor.

۲. البته به نظر می‌رسد این قبیل تلنگرها در برابر بزهکاران بانگیزه می‌تواند - همانند تدابیر پیشگیری وضعی- با چالش «جابه‌جایی جرم» و «بازدارندگی محدود» مواجه شود.

می‌تواند سرقت از مغازه آن‌ها را کاهش دهد.

آزمایش‌های آریلی در رابطه با ارتکاب جرم نشان می‌دهد تصویر ذهنی که افراد از خودشان دارند، برای آن‌ها مهم است. به نظر او، همه افراد تمایل دارند که به رغم ارتکاب اعمال منفعت‌طلبانه و خلاف هنجار، همچنان از نظر درونی احساس مثبتی نسبت به خودشان داشته باشند. با این حال از نظر آریلی، فرد به اندازه یک «ضریب اصلاح» به خودش اجازه می‌دهد که مرتکب جرم شود و اگر جرمی که مرتکب می‌شود، در حد و اندازه آن ضریب اصلاح باشد، همچنان خودش را فرد خوبی تلقی می‌کند. وجود تحریفات شناختی ضد اجتماعی از جمله مواردی است که بر تغییر ضریب اصلاح درونی افراد و تسهیل فرایند ارتکاب جرم اثرگذار است. شناخت تحریف‌شده نسبت به هنجارهای قانونی و اخلاقی با دامن زدن به استدلال‌های مختلف برای ارتکاب جرم می‌تواند احساسات بزهکار را تحت تأثیر قرار داده و سبب شود که آن‌ها با انکار مسئولیت خود، همچنان در برابر همدلی با بزه‌دیده یا احساس گناه و پشیمانی مقاومت کنند.

تیین‌های روان‌شناختی اجتماعی از اعمال غیر اخلاقی نشان می‌دهد که رفتارهای اخلاقی انسان به شدت انتخابی است و در بسیاری از موارد، اگر «بهبانه» و «توجیه» قانع‌کننده‌ای برای غیر اخلاقی عمل کردن ایجاد شود، ممکن است افرادی که ارزش بالایی برای رفتارهای اخلاقی قائل هستند نیز بدون احساس شرمساری و گناه، غیر اخلاقی عمل کنند (Bandura et al., 1996)؛ برای نمونه در خصوص ضرورت کمک به افراد حادثه‌دیده به نظر می‌رسد این توجیه که «کمک کردن به آن‌ها، فقط حاشیه و دردسر به همراه دارد»، می‌تواند بهانه کافی برای عدم مشارکت داوطلبانه را فراهم کند. از سوی دیگر، عوامل موقعیتی همچون حضور پرشمار افراد در صحنه حادثه به واسطه فراهم کردن امکان انتساب مسئولیت به دیگران می‌تواند سرزنش‌پذیری افراد و احساس ضرورت اقدام شخصی را به همان نسبت کاهش داده و -در فرض اطلاع آن‌ها نسبت به قانون- جنبه بازدارندگی کیفر در خصوص ترک فعل صورت گرفته را نیز به شدت تضعیف کند. این مسائل در حالی است که اهمیت دادن به حیات دیگران و احساس همدلی با آن‌ها از جمله وظایف اخلاقی و انسانی است که بی‌اعتنایی نسبت به آن

عموماً با احساسات منفی در افراد همراه است.

مداخلات کیفری در حوزه وظایف اخلاقی و الزامی کردن آن، از دیگر عواملی است که می‌تواند انگیزه‌های انسانی و خیرخواهانه افراد را تحت تأثیر قرار دهد. تیموس و همکاران (Titmuss, 1997) در کتاب *رابطه هدیه: از خون انسان تا سیاست اجتماعی* نشان می‌دهند که ایجاد انگیزه‌های مادی برای وظایف اخلاقی (همچون اهدای خون) می‌تواند انگیزه‌های انسان‌دوستانهٔ افراد برای مشارکت داوطلبانه را کاهش دهد. آن‌ها با اشاره به یک پدیده روان‌شناختی به نام «برون‌رانی»<sup>۱</sup> استدلال می‌کنند که:

«تحمیل مسئولیت قانونی برای کوتاهی در نجات نیز ممکن است این عمل را از یک کار خیر و انسان‌دوستانه که نشان‌دهنده فضایل اخلاقی نجات‌دهنده است، به عملی تبدیل کند که صرفاً بر خلاف قانون انجام می‌شود» (برای آگاهی بیشتر رک: محمودی جانکی، ۱۳۹۶).

با توجه به این مسائل به نظر می‌رسد تلاش برای کاهش زمینه‌های توجیه‌کننده رفتارهای غیر اخلاقی و خلاف هنجار، ترویج و تشویق نمونه‌های مثبت اخلاقی و به کارگیری آموزه‌های علوم شناختی و رفتاری برای «سوگیری‌زدایی» و جلب توجه بیشتر افراد به هنجارهای اجتماعی و اخلاقی در بسیاری از موارد می‌تواند با تقویت بازدارندگی درونی آن‌ها، کارآمدی بیشتری نسبت به رویکردهای مبتنی بر مجازات داشته باشد.

**۲-۳. تغییر نگرش‌ها، عادت‌ها و مغالطه‌های ذهنی اثرگذار در «تکرار جرم»**  
عوامل پیدا و پنهان بسیاری برای گرایش افراد به تکرار جرم وجود دارد. بخش قابل توجهی از این عوامل که ریشه در نگرش‌ها، عادت‌ها و مغالطه‌های ذهنی افراد دارد، امروزه سنجش خطر تکرار جرم و پیشگیری از آن را با دشواری‌های جدی مواجه کرده است. رویکرد روایی در جرم‌شناسی نشان می‌دهد که تکرار جرم و بازگشت دوباره افراد به فعالیت مجرمانه، تنها ناشی از ضعف کارکرد اربعایی مجازات حبس نیست؛ بلکه بیشتر ریشه در ناکارآمدی مداخله‌های سنتی مبتنی بر نظریه بازپروری در ایجاد یک نگرش و

1. Crowding-out.

هویت روایی سازگارتر با جامعه دارد. توجه به این ملاحظات تا حدود بسیاری مستلزم شناسایی دقیق‌تر سازوکارها و عوامل شناختی اثرگذار در تکرار جرم است. برای نمونه، تمایل افراد به دست بالا ارزیابی کردنِ خطرات ارتکاب جرم، از جمله نگرش‌ها و سازوکارهای ذهنی است که گاهی بر خلاف انتظارات می‌تواند تسهیل‌کننده تکرار جرم باشد. مطابق نظر کانمن و تورسکی (Kahneman & Tversky, 1979)، افراد ذاتاً مخاطره‌گریز و زیان‌گریز هستند و برای ضررهای بالقوه نسبت به افزایش منفعت بالقوه، ارزش بیشتری قائل‌اند. این ویژگی که ریشه در روان‌شناسی تکاملی انسان‌ها دارد، سبب می‌شود که افراد در تصمیم‌گیری برای ارتکاب جرم یا شروع یک فعالیت مجرمانه، همواره به شکل ذاتی، احتمال و خطر دستگیری را دست بالا ارزیابی کنند (Apel, 2012; Pickett & Roche, 2016). در این زمینه، الگوی نظریه چشم‌انداز نشان می‌دهد که هزینه‌های پیش‌بینی‌شده برای ارتکاب جرم ممکن است نقطه مرجعی را در ذهن بزهکار تشکیل دهد. در این حالت، تأثیر «شدت ادراک‌شده» مجازات‌های «تجربه‌شده» رسمی یا غیر رسمی بر تکرار جرم در آینده، در گرو بررسی این مسئله است که مجازات‌های اعمال‌شده از آنچه در ابتدا پیش‌بینی شده است (نقطه مرجع ذهنی)، تا چه میزان شدیدتر یا سبک‌ترند (Pickett et al., 2019). در این فرض، اگر کیفر متحمل‌شده خفیف‌تر از پیش‌بینی‌های قبلی بزهکار باشد، احتمال تکرار جرم افزایش می‌یابد و عکس این قضیه نیز صادق است. با توجه به این مسئله به نظر می‌رسد که اگر رویکرد اخیر سیاست‌گذار کیفری در زمینه کاهش مجازات حبس‌های تعزیری، با سیاست‌های بازپرورانه و حل مسئله پشتیبانی نشود و در تعیین کیفرهای اصلاحی و جایگزین حبس، ارزیابی دقیقی از خطر تکرار جرم صورت نگیرد، عملاً اختلاف به‌وجودآمده میان شدت و قطعیت «ذهنی» و «عینی» می‌تواند خطر تکرار جرم را افزایش دهد.

مسئله «نادیده گرفتن مدت» مجازات (به دلیل عادی شدن و خوگیری با وضعیت نامطلوب) و همچنین قاعده اکتشافی اوج - انتها<sup>۱</sup> از دیگر سازوکارها و عادت‌های ذهنی است که می‌تواند تا حدودی علت نادیده گرفتن مجازات متحمل‌شده و بازگشت

1. The peak-end rule.

دوباره به فعالیت مجرمانه را توضیح دهد. این یافته‌ها نشان می‌دهند که افراد معمولاً طول مدت تجربیات خوب یا بد خود را به خاطر نمی‌آورند و آنچه از یک واقعه به یاد می‌آورند، برابندی از دو نقطه زمانی از آن تجربه است: نقطه اوج (زمانی از آن تجربه که شدیدترین اثر روانی مطلوب یا نامطلوب را بر شخص داشته است) و نقطه پایان (وضعیت عاطفی و روانی که در پایان تجربه احساس می‌شود) (صوری‌پور، ۱۳۹۸: ۱۶۱). این مسئله نشان می‌دهد که کارکرد ارعابی خاص حبس، بیشتر به ناخوشایندترین لحظات تجربه‌شده زندانیان (غالباً اوایل دوره حبس) و میزان رنج آن‌ها در انتهای دوره حبس وابسته است.

در سال‌های اخیر، دانش «طراحی رفتاری»<sup>۱</sup> متأثر از آموزه‌های اقتصاد رفتاری، توجهات بیشتری را به خود جلب کرده است. این دانش نوین به دنبال آن است که با ایجاد برخی طراحی‌ها و مشوق‌ها همانند «بازی‌وارسازی»<sup>۲</sup>، افراد را به سمت گزینش عادت‌های رفتاری و تصمیم‌های درست هدایت کند. «بازی‌وارسازی به دنبال استفاده از خصوصیت‌ها و تفکرهای بازی‌گونه در زمینه‌هایی است که ماهیت بازی ندارند». سویه‌هایی از کاربرد عملی این دانش را می‌توان در آیین‌نامه جدید اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی (مصوب ۱۴۰۰) تحت عنوان «نمره اعتباری» و «امتیاز رفاهی» ملاحظه نمود که در راستای ماده ۵۲۰ قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۹۲) با اعطای نمره به زندانی (متناسب با انجام تکالیف و نتایج حاصله از شرکت در برنامه‌های اصلاحی و تربیتی)، درجه اعتباری و میزان بهره‌مندی وی از نهادهای ارفاقی از قبیل مرخصی، ملاقات حضوری، نظام نیمه‌آزادی، آزادی مشروط، تعلیق و آزادی تحت مراقبت الکترونیکی را تعیین کرده و در برخی موارد، سطح برخورداری زندانیان از امور رفاهی فوق‌العاده را نیز با مصرف امتیازات رفاهی کسب‌شده مشخص می‌کند. این سازوکار که بر پایه «ارزیابی» و «قابلیت‌سازی» بنا شده است ظاهراً می‌تواند از طریق برخی مشوق‌ها و ایجاد نوعی شرطی‌سازی زمینه مشارکت بیشتر زندانیان در برنامه‌های مربوطه و مراقبت در حسن رفتار خود در محیط زندان را با انگیزه

1. Behavioral design.  
2. Gamification.

کسب نمره اعتباری و امتیازات رفاهی بالاتر فراهم کند.

خطاها و مغالطه‌های ذهنی، از دیگر متغیرهای اثرگذار در تکرار جرم است؛ برای نمونه، گاهی اوقات تحت تأثیر برخی مغالطه‌های ذهنی، دست کشیدن فرد از برخی رفتارهای مجرمانه بسیار دشوار می‌شود. در این حالت، بزهکار به نوعی با دوراهی «دست کشیدن از فعالیت مجرمانه و احساس ضرر» یا «تداوم فعالیت مجرمانه برای پرهیز از احساس ضرر» مواجه می‌شود. در این زمینه، «مغالطه هزینه برگشت‌ناپذیر»<sup>۱</sup> توضیح می‌دهد که بزهکار پس از صرف هزینه (اعم از مادی یا غیر مادی) برای انجام یک عمل مجرمانه - حتی اگر دریابد که خطر دستگیری دوباره‌اش پس از تکرار جرم بالاست - به دلیل آنکه انصراف از انجام عمل مجرمانه برای او با احساس منفی همراه است، سعی می‌کند که واقعیت کیفر را تا حدودی نادیده گرفته و احتمال دستگیری دوباره خود را به شکل خطرپذیرانه‌ای کمتر از میزان واقعی ارزیابی کند.

پژوهش‌های تجربی نشان داده‌اند برخی از بزهکارانی که به تازگی از زندان یا مجازات رهایی یافته‌اند و دوباره قصد ارتکاب جرم را دارند، (در این حالت) متأثر از برخی مغالطه‌های ذهنی، سرعت و قطعیت مجازات را نسبت به خودشان کمتر از هم‌تایانشان ارزیابی می‌کنند که چندین بار مرتکب جرم شده و دستگیر نشده‌اند (Pogarsky & Piquero, 2003). به بیان دیگر، بزهکار در این حالت با «بازنشانی»<sup>۲</sup> تصوراتش نسبت به خطرات ارتکاب جرم، احساس می‌کند که صاعقه کیفر دو بار بر او برخورد نمی‌کند و باید بسیار بداقبال باشد که برای ارتکاب دوباره جرم به شکلی سریع و قاطعانه دستگیر و مجازات شود. این خطای شناختی که «مغلطه قمارباز»<sup>۳</sup> نام گرفته است، جنبه‌های دیگری نیز دارد؛ همان‌طور که افراد قمارباز پس از باختن، تمایل بیشتری برای خطرپذیری دوباره دارند، بزهکاران نیز پس از تحمل مجازات (باخت) و یا در حالتی که چیزی برای باختن نداشته باشند، ممکن است تمایل بیشتری برای خطرپذیری و ارتکاب دوباره رفتارهای مجرمانه داشته باشند.

1. Sunk cost fallacy.
2. Resetting.
3. Gambler's fallacy.

### ۳. سوبه‌های ایدئولوژیک معماری انتخاب: تقلیل‌گرایی‌ها

توجه به بینش‌های اقتصاد رفتاری در علوم جنایی و مشخصاً کیفرشناسی، مستلزم جدی گرفتن مقوله ادراک کیفر و تلاش برای پاسخ به این پرسش اساسی است که اولاً درک مجرمان یا افراد در معرض ارتکاب جرم از کیفر، تا چه میزان بر اساس سوگیری‌ها و خطاهای شناختی شکل گرفته است و ثانیاً علوم شناختی و رفتاری، چه ابزارهایی را برای تغییر تصورات ذهنی افراد نسبت به خطرات ارتکاب جرم و تصحیح ادراک تحریف‌شده آن‌ها از کیفر پیشنهاد می‌دهند. درباره مسئله اول تقریباً اختلافی وجود ندارد و پژوهش‌های تجربی و استدلال‌های متعددی که در این مقاله هم به آن‌ها اشاره شده است، تا حد بسیار زیادی آن را تقویت می‌کند. اما درباره مسئله دوم (استفاده از ابزارهای شناختی برای مداخله در نحوه ادراک)، ملاحظات و دغدغه‌های بسیار مهمی (به ویژه در نظام‌های سیاسی غیر مردم‌سالار) وجود دارد که نمی‌توان و نباید نسبت به آن بی‌تفاوت بود. این دیدگاه بر خلاف اهداف و ادعاهای طراحان اولیه‌اش مبنی بر آزادمنشانه بودن، مستعد آن است که به نوعی از «پدرسالاری رفتاری»<sup>۱</sup> دامن بزند. این دغدغه‌ها اصالتاً زمانی مطرح می‌شوند که شهروندان عادی، مخاطب پدرسالاری رفتاری هستند. با این حال در حوزه سیاست‌گذاری کیفری نیز نمی‌توان به این ملاحظات و نگرانی‌ها بی‌توجه بود.

امروزه مدافعان اصلی پدرسالاری رفتاری خود نیز نسبت به پیامدهای احتمالی سوءاستفاده از بینش‌ها و ابزارهای اقتصاد رفتاری و یا تأثیرات ناخواسته آن‌ها در حوزه‌های عمومی هشدار می‌دهند (Thaler, 2018). یک نگرانی این است که «برخی روش‌های مخفی دستکاری روان‌شناختی می‌توانند در راستای منافع تجاری به عنوان یک تلنگر یا

#### 1. Behavioral paternalism.

بحث در مورد مفهوم پدرسالاری رفتاری از جهت نوع، میزان مشروعیت و جنبه‌های مختلف آن و ارتباط آن با مفاهیم هم‌خانواده‌ای مانند پدرسالاری حقوقی و یا پدرسالاری اخلاقی را باید در جای دیگری و به صورت مستقل پی گرفت. ما در این نوشتار، بدون ورود به بحث‌های پرآمنه حول مفهوم پدرسالاری، صرفاً به دنبال تذکر دادن نسبت به این جنبه از مداخلات رفتاری و تأکید بر ضرورت مواجهه انتقادی با آن هستیم (برای آگاهی بیشتر درباره پدرسالاری کیفری ر.ک: یزدیان جعفری و خیرمند، ۱۳۹۴).

معماری انتخاب توصیف شوند» (Le Grand & New, 2015: 143). پرسش این است که چه معیارهایی، استفاده از بینش‌های اقتصاد رفتاری را برای حمایت از سیاست‌های پدرسالارانه توجیه می‌کند؟

ادعای اصلی پدرسالاری رفتاری این است که این رویکرد «مبتنی بر شواهد»<sup>۱</sup> است (تیلر، ۱۳۹۶). طرفداران این رویکرد ادعا می‌کنند که از «ایدئولوژی» اجتناب کرده و از «آنچه مؤثر است»<sup>۲</sup> دفاع می‌کنند (Halpern, 2016); به این معنا که «توصیه‌های سیاستی»<sup>۳</sup> آن‌ها مبتنی بر شواهد معتبری است که توسط اقتصاد رفتاری و روان‌شناسی شناختی ارائه شده است. روشن است که باید با رویکردی انتقادی با این ادعا(ها) روبه‌رو شد و فارغ از مدهای دانشگاهی، سویه‌های اتفاقاً ایدئولوژیک پس پشت آن‌ها را به چالش کشید. به نظر ما می‌توان نقدهای پراکنده حول و حوش مفهوم «پدرسالاری رفتاری» را زیر عنوان مشخص «تقلیل‌گرایی» دسته‌بندی کرد و با ارجاع به ادبیات اقتصاد رفتاری، از آن به «سوگیری تقلیل‌گرایی» تعبیر کرد. به نظر می‌رسد این «تقلیل‌گرایی» دارای سه سطح متفاوت و البته مرتبط «معرفت‌شناختی»، «استثنا‌گرایانه» و «سیاستی» است.

منظور ما از تقلیل‌گرایی در سطح معرفت‌شناسانه این است که در گفتمان معماری انتخاب، سوگیری‌ها و خطاهای شناختی به سطح «عامل»<sup>۴</sup> فرو کاسته می‌شود و تأثیر «ساختار»<sup>۵</sup>ها نادیده گرفته شده و یا در بهترین حالت، به حاشیه رانده می‌شود. توضیح اینکه همان‌طور که بیان شد، طرفداران رویکرد اقتصاد رفتاری، ارتکاب رفتارهای مجرمانه را بر اساس مجموعه‌ای از «سوگیری‌ها و خطاهای شناختی فردی» توضیح داده و در نتیجه به دنبال آن هستند که با مداخله در این عوامل، انتخاب افراد را به نوعی «مدیریت» کنند. این در حالی است که حتی اگر بخواهیم تصمیمات و رفتارهای جنایی را بر اساس خطاها و سازوکارهای شناختی تحلیل کنیم، اساساً باید در نظر داشته

1. "Evidence-based".  
 2. "What works".  
 3. Policy recommendations.  
 4. Agency.  
 5. Structure.



باشیم که شناخت صرفاً مقوله‌ای روان‌شناختی و فردی نیست؛ بلکه ساختارهای اقتصادی و اجتماعی هم سهم مهمی در دستکاری‌های شناختی و تولید و بازتولید رفتارهای مجرمانه دارند. بنابراین مقوله شناخت را نمی‌توان یکسره دایرمدار «سوگیری‌های فردی و سوگیری‌زدایی» دانست. نمونه توضیح‌دهنده، «فقر» است. پژوهش‌ها به خوبی نشان داده‌اند که افراد فقیر به این خاطر فقیر نیستند که مثلاً به واسطه برخی عوامل شناختی، تصمیمات بدی می‌گیرند؛ بلکه افراد به این خاطر تصمیمات بدی می‌گیرند که فقیر هستند (مولاینین و شفیر، ۱۳۹۸). روشن است که فقر، مقوله‌ای عمیقاً سیاسی و ساختاری است و با چیزهایی شبیه به خودیاری یا مدیریت خود حل نمی‌شود و آن‌چنان تجربه‌ی دربرگیرنده و همه‌جانبه‌ای است که عملاً می‌تواند مداخله‌های شناختی را به پیشنهادهای ساده، سرگرم‌کننده و حتی ارتجاعی تبدیل کند. بدون اینکه بخواهیم رابطه خطی، ساده‌انگارانه و ضروری میان «فقر و جرم» برقرار کنیم، می‌توانیم بگوییم کسانی که در شرایط فقر دست به ارتکاب جرم می‌زنند، ادراکشان از کیفر - به عنوان متغیری که قرار است جنبه‌های بازدارنده داشته باشد - به کلی متفاوت از فردی است که در شرایط عادی‌تر به سر می‌برد.

علاوه بر این، پژوهش‌هایی که پدرسالاری رفتاری را توصیه می‌کنند، دچار مشکلات روش‌شناختی هستند که به صورت دیگری ریشه در همین «تقلیل‌گرایی معرفت‌شناسانه» دارد. گفته شده است که یافته‌های اقتصاد رفتاری کاملاً زمینه‌مند هستند و بنابراین کلیت مورد نیاز برای سیاست‌گذاری را در اختیار قرار نمی‌دهند و به کارگیری این یافته‌ها بدون مواجهه انتقادی با آن‌ها، «تعمیم نتایج کمی از آزمایشگاه به دنیای واقعی» است (Rizzo & Whitman, 2020: 296). بنابراین می‌توان گفت توصیه‌های سیاستی که توسط مدافعان پدرسالاری رفتاری ارائه می‌شوند، بر پیش‌فرض‌هایی در مورد رفتار انسان استوار شده‌اند که برخی از آن‌ها واقعاً با اطمینان چندانی ثابت نشده و به برخی از واقعیت‌ها و مسائل روش‌شناختی هم توجه کافی نشده است. برای نمونه، در بسیاری از زمینه‌ها هنوز مشخص نیست که آیا نتایج آزمایش‌هایی که در مقیاس خرد انجام می‌شوند، می‌توانند در سطح کلان نیز مورد استفاده قرار بگیرند؟ و از سوی دیگر، آیا مداخلات تجویز شده می‌توانند در طول زمان همچنان کارایی و اثرگذاری اولیه خود را حفظ کنند؟

وارد سطح دوم تقلیل‌گرایی که از آن به «استثناگرایی»<sup>۱</sup> تعبیر کرده‌ایم، می‌شویم. تردیدی نیست که انواع مختلفی از سوگیری‌ها وجود دارد. اما چرا سوگیری‌ها و خطاهای شناختی را صرفاً به «مردم» نسبت داده و فرو بکاهیم؟ چرا سیاست‌گذاران و از جمله سیاست‌گذاران کیفری را «استثنا» کنیم؟ به نظر می‌رسد حکمرانی با سقلمه‌زنی و معماری انتخاب در حد یک‌جور فن‌سالاری (تکنوکراسی) است که در آن، کارشناسان بهتر از مردم عادی می‌دانند چه انتخاب‌هایی به نفعشان است. این شاید در برخی موقعیت‌ها درست باشد؛ اما همیشه یا حتی اکثر اوقات، اگر باعث شود که مردم عادی دیگر فرصت مناسبی برای بیان ترجیحاتشان نداشته باشند، نمی‌توان این مداخلات را صحیح دانست (فارل، ۱۳۹۷). اگر بپذیریم که سیاست‌گذاران کیفری احتمالاً خود نیز دچار خطاها و سوگیری‌های شناختی هستند، دیگر قاعده‌تاً توصیف ما از به کارگیری این مداخله‌ها، متفاوت، انتقادی و بدبینانه می‌شود. بیشتر از این، اگر بپذیریم که قرار گرفتن در موقعیت سیاست‌گذاری به واسطه ماهیت پریچ و خم و آمیخته با منافع آن، سیاست‌گذار را در معرض انواع پیچیده‌تری از سوگیری‌ها - نسبت به سطح فردی - قرار می‌دهد، مسئله بغرنج‌تر نیز می‌شود. در این رابطه، مجموعه وسیعی از کارهای تجربی، شواهد متعددی از تفاسیر مغرضانه بر اساس نگرش‌ها و باورهای سیاسی ارائه کرده است (Druckman, 2012; Kahan et al., 2013; Lodge & Taber, 2013). این پژوهش‌ها نشان می‌دهد که سیاست‌گذاران به طیف وسیعی از سوگیری‌ها دچارند. آن‌ها به دنبال اطلاعاتی هستند که دیدگاه‌های موجود آن‌ها را تأیید کند. «تفکر گروهی»<sup>۲</sup> به سوگیری دیگری در میان آن‌ها اشاره می‌کند که بر اساس آن، افرادی که در ابتدای جلسات صحبت می‌کنند، می‌توانند نظر گروه را تحت تأثیر قرار داده و باعث شوند که ایده‌های بد رشد کنند. سیاستمداران و مقامات نیز در بسیاری از موارد نسبت به اجرای سیاست‌ها، اعتماد بیش از حد داشته و به نوعی دچار «سوگیری خوش‌بینی» می‌شوند. آن‌ها توانایی‌های خود، کیفیت برنامه‌های خود و احتمال موفقیت در آینده را بیش از حد برآورد می‌کنند و فکر می‌کنند بیشتر از کاری که انجام می‌دهند، می‌دانند و به طرز

1. Exceptionalism.

2. Groupthink.

نگران‌کننده‌ای، هر چه سنشان بیشتر شود، این وضعیت نیز بدتر می‌شود.<sup>۱</sup> بر این اساس، از «سیاست عمومی رفتاری»<sup>۲</sup> سخن گفته شده است؛ به این معنا که فرایند سیاست‌گذاری به صورت مستمر بر اساس بینش‌های اقتصاد رفتاری، بازبینی و بازطراحی شود.

اما سطح سوم تقلیل‌گرایی رویکرد معماری انتخاب چیزی است که برای توضیح آن، با ارجاع به بعضی نویسندگان، از مفهوم «اقتصاد سیاسی سیاست‌گذاری پدرسالارانه»<sup>۳</sup> استفاده می‌کنیم (Rizzo & Whitman, 2020: 423). همان‌طور که مشخص است، این اصطلاح می‌تواند پای بسیاری از نویسندگان شاخص سنت انتقادی در علوم انسانی و اجتماعی و بحث‌های پر دامنه و مفاهیم مرتبطی را به میان بیاورد. در نکته قبل، از «سیاست عمومی رفتاری» یعنی استفاده از علوم رفتاری برای بهبود نحوه تصمیم‌گیری دولت‌ها سخن گفتیم. اما مسئله این است که توضیح و تحلیل تصمیم‌گیری‌ها و سیاست‌گذاری‌ها از جمله در حوزه کیفری، در مواردی نه‌چندان کم، بیشتر از اقتصاد رفتاری، بر اساس «نقد اقتصاد سیاسی» ممکن است (برای آگاهی بیشتر در این باره ر.ک: Cavadino & Dignan, 2006). به بیان دیگر، اتخاذ دست‌کم بعضی از سیاست‌های کیفری، نتیجه روابط درهم‌تنیده قدرت است و نه لزوماً سوگیری‌هایی از جانب سیاست‌گذاران. توضیح نتایج بعضاً ویرانگر این سیاست‌ها بر اساس مواردی چون «سوگیری خوش‌بینی» و ارائه «توصیه‌های سیاستی رفتاری» برای حل آن‌ها، ساده‌سازی افراطی مسئله است. زندان نمونه خوبی است. واکان (Wacquant, 2009) در کتاب *مجازات فقرا* به خوبی نشان می‌دهد که زندان در ایالات متحده، یک ابزار فنی صرف برای اجرای قانون نیست؛ بلکه در بستر نئولیبرالیسم، یک نهاد سراپا سیاسی است و اساساً نئولیبرالیسم آن‌چنان که ادعا می‌شود، مستلزم ایجاد «دولت کوچک» نیست؛ بلکه مستلزم ساختن یک «دولت کیفری» رشدیافته و پیش‌رونده است که عمیقاً به آرمان‌های شهروندی مردم‌سالار آسیب می‌رساند.

۱. برای آگاهی بیشتر ر.ک: گزارشی با عنوان «استفاده از علوم رفتاری برای بهبود نحوه تصمیم‌گیری دولت‌ها»، قابل دسترسی در: <[https://www.instituteforgovernment.org.uk/sites/default/files/publications/BIT Behavioural Government Report.pdf](https://www.instituteforgovernment.org.uk/sites/default/files/publications/BIT_Behavioural_Government_Report.pdf)>.

2. Behavioural public policy.

3. The Political Economy of Paternalist Policymaking.

در انتها مایلیم بر این نکته مهم و بنیادین تأکید کنیم که کارکرد سیاست جنایی در یک جامعه مردم‌سالار، کنترل جرم به بهای از بین بردن عاملیت و فاعلیت اخلاقی سوژه‌ها و تبدیل شدن انسان‌ها به «عروسک‌های خیمه‌شب‌بازی» نیست و برای پیشگیری از جرم نیز نمی‌توان استفاده از هر وسیله، فن یا اقدامی را توجیه کرد. این همان چیزی است که به درستی و دقت از آن به «پیشگیری عادلانه» تعبیر شده است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۶). به نظر ما می‌توان این مفهوم را توسعه داد و در پرتو آن با دلالت‌های سیاست‌گذارانه اقتصاد رفتاری، مواجهه انتقادی داشت. این مواجهه انتقادی به معنای طرد یکسره استفاده از دستاوردهای حوزه شناختی و رفتاری در «سیاست جنایی» نیست؛ اما حتماً به معنای واسازی<sup>۱</sup> و بازسازی نقادانه، توجه به بسترهای سیاسی-اقتصادی و اجتناب از تقلیل‌گرایی‌های رایج در این زمینه هست. برخورد ایده معماری انتخاب با محک پیشگیری عادلانه، دو نتیجه مشخص دارد: اول اینکه همواره این نگرانی وجود دارد که ابزارهای برآمده از اقتصاد رفتاری ممکن است برای خدمت به اهداف سیاسی خاص یا برای تحمیل و توجیه سیاست‌ها یا مداخلاتی استفاده شوند که آزادی‌خواهانه نیستند، اما پشت صفت‌هایی مثل «خیرخواهانه» بزک می‌شوند (Quigley, 2018: 228): دوم اینکه درست است که اقتصاددانان رفتاری، ایده معماری انتخاب را با وصف «پدرسالاری آزادمنشانه»<sup>۲</sup> توصیف و توجیه کرده و «احترام به استقلال و برابری فردی»، «غیر الزام‌آور بودن» و همچنین «داشتن انگیزه اخلاقی و خیرخواهانه واقعی» را از مهم‌ترین شاخصه‌های مشروعیت بخشی به این نوع از پدرسالاری دانسته‌اند، با این حال، صرف نظر از متناقض‌نما بودن اصطلاح «پدرسالاری آزادمنشانه»، این قدر می‌توان گفت که عملاً تعادل واقعی میان دو عنصر «پدرسالاری» و «آزادمنشی» وجود ندارد و یا دستیابی به آن بسیار دشوار است. بر همین اساس، نظریه‌هایی که از پدرسالاری رفتاری دفاع می‌کنند، لازم است به گونه‌ای تنظیم شوند که بتوانند به طور مستمر خود را با معیارهای اخلاقی دشوارتر منطبق کنند؛ مسئله‌ای که البته احتمال نادیده گرفته شدن آن در حوزه سیاست جنایی به آسانی وجود دارد.

1. Deconstruction.

2. Libertarian paternalism.

## نتیجه گیری

در این مقاله، ابتدا برخی از سوگیری‌ها و خطاهای شناختی را که بر ادراک افراد از مجازات تأثیر می‌گذارند، معرفی کرده و نشان دادیم که چگونه اقتصاد رفتاری با توجه نظری به این متغیرها، ایده «عقلانیت محدود» را برجسته کرده و با طرح فرایند دوگانه تفکر و نظریه چشم‌انداز، رفتارهای متفاوت در برابر ریسک‌ها را به خوبی توضیح می‌دهد. مدل تصمیم‌گیری برآمده از این نظریه، بر خلاف الگوی سنتی «فایده مورد انتظار»، اثرات متغیرها و سوگیری‌های شناختی، محیط‌های فیزیکی، هیجانات و مناسبات اجتماعی بر ادراک کیفیت و نحوه تصمیم‌گیری افراد در موقعیت‌های جرم‌زا را جدی می‌گیرد. بر اساس یافته‌های اقتصاد رفتاری، تأثیر درک و تلقی بزهکاران از کیفیت در فرایند پیچیده تصمیم‌گیری جنایی، متغیر بسیار مهمی است که نادیده‌گیری آن در بسیاری از موارد، سیاست‌گذاری‌های کیفی را کم‌اثر کرده و به گزاره‌هایی انتزاعی تبدیل می‌کند.

در بخش دوم مقاله به سراغ این سؤال مشخص رفتیم که اگر سوگیری‌ها و خطاهای مختلف شناختی بر نحوه ادراک مجرمان بالقوه از کیفیت تأثیرگذار است، چطور و با چه ابزارهایی می‌توان این ادراک را در جهت بازدارندگی از ارتکاب جرم، دستکاری و «سوگیری زدایی» کرد؟ یکی از شیوه‌ها و ابزارها را می‌توان همان چیزی دانست که در ادبیات اقتصاد رفتاری از آن به «معماری انتخاب» یاد می‌شود. به نظر ما، ابزارهایی که در جعبه‌ابزار اقتصاد رفتاری برای اثرگذاری بر ادراک و انتخاب افراد یافت می‌شوند را می‌توان در سه سطح - که البته با هم همپوشانی دارند و در هم تنیده‌اند - طبقه‌بندی کرد: الف- سطح رفتاری، ب- سطح احساسی، و ج- سطح باورها. رویکرد معماری انتخاب در سطح رفتاری به دنبال آن است که با تلنگر زدن «قطعیت ادراک شده مجازات» برای بزهکاران بالقوه ایجاد کند؛ به صورتی که تصمیم به ارتکاب جرم، سخت‌تر از تصمیم بر عدم ارتکاب آن باشد. در سطح احساسی با قبول این فرض که تحلیل رفتار انسان‌ها بدون در نظر گرفتن جنبه‌های احساسی، تحلیلی کژتاب است، هدف اصلی، تقویت بازدارندگی درونی بزهکاران بالقوه از طریق ایجاد احساس شرمساری و گناه

است و در سطح باورها، تغییر نگرش‌ها و عادات ذهنی موضوعیت پیدا می‌کند. به نظر ما، متوقف شدن در دو بخش قبلی یعنی توصیف زمینه‌ها و ابزارهای مداخله در ادراک کیفر، به غایت ناقص و حتی گمراه‌کننده است. از این رو در بخش سوم مقاله، با مواجهه انتقادی با رویکرد معماری انتخاب، مبانی و نتایج سیاستی آن را تحلیل کرده‌ایم. نتایج این تحلیل نشان می‌دهد که این رویکرد با مسئله تقلیل‌گرایی روبه‌روست: تقلیل خطاها و سوگیری‌های شناختی به سطح عاملیت، تقلیل مداخله‌ها به سطح مخاطبان سیاست‌های کیفری و در نهایت تقلیل دلایل سیاست‌گذاری کیفری به سطح روان‌شناختی و غفلت از تحلیل سوبیه‌های پیچیده اقتصادی و سیاسی آن. به نظر ما، آگاهی به این سطوح تقلیل‌گرایی می‌تواند «به کارگیری یافته‌های اقتصاد رفتاری در سیاست جنایی» را از مد جدید دانشگاهی فراتر برده و به امری مسئله‌مند (پروبلماتیک) تبدیل کند. عدم مواجهه انتقادی با دانش اقتصاد رفتاری که خود در برابر تلقی‌های «ساده‌انگارانه» شکل گرفته - و به پژوهش‌های تجربی و میان‌رشته‌ای در زمینه فرایند تصمیم‌گیری نیز رونق بخشیده است - می‌تواند به نحوی متناقض‌نما، ساده‌انگاری اولیه را بازتولید کند.

## کتاب‌شناسی

۱. آریلی، دن، *نابخردی‌های پیش‌بینی‌پذیر: نیروهای پنهانی که به تصمیم ما شکل می‌دهند*، ترجمه رامین رامبد، تهران، مازیار، ۱۳۹۸ ش.
۲. آشوری، محمد، و مهدی صبوری‌پور، «مقایسه اثر شدت و قطعیت حبس بر بازدارندگی آن»، *مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، سال دوم، شماره‌های ۲-۳، بهار و تابستان ۱۳۹۴ ش.
۳. الله‌وردی، فرهاد، و علی مهربانی، «عقلانیت جنایی: محدودیت‌ها و چالش‌ها (با تأکید بر جرائم خشونت‌بار)»، *آموزه‌های حقوق کیفری*، سال شانزدهم، شماره ۱۷، بهار و تابستان ۱۳۹۸ ش.
۴. بهره‌مند، حمید، و زهرا ساکیانی، «تصمیم‌گیری مجرمان از منظر اقتصاد رفتاری و دلالت‌های آن در سیاست‌گذاری کیفری»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال هشتاد و پنجم، شماره ۱۱۵، پاییز ۱۴۰۰ ش.
۵. تیلر، ریچارد اچ.، *کج رفتاری: شکل‌گیری اقتصاد رفتاری*، ترجمه بهنام شهنائی، تهران، کتاب مهریان، ۱۳۹۶ ش.
۶. تیلر، ریچارد اچ.، و کاس آر. سانستین، *سُقلمه؛ بهبود تصمیم‌ها پیرامون سلامتی، ثروت و شادی*، ترجمه مهدی حبیب‌الهی و دیگران، تهران، شفاف، ۱۳۹۷ ش.
۷. تیموری، عباد، محسن رنائی، و عبدالحمید معرفی محمدی، «نقد انتخاب عقلانی از منظر رویکردهای رقیب: اقتصاد رفتاری، آزمایشگاهی و علوم مغزی»، *فصلنامه پژوهش‌های اقتصادی ایران*، سال بیست و دوم، شماره ۷۳، زمستان ۱۳۹۶ ش.
۸. صبوری‌پور، مهدی، *عقلانیت در ارتکاب جرم*، تهران، میزان، ۱۳۹۸ ش.
۹. غلامی، حسین، *کیفرشناسی (کلیات و مبانی پاسخ‌شناسی جرم)*، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۱۰. فارل، هنری، «چرا افکار آخرین نوبلیست اقتصاد چندان به نفع دموکراسی نیست؟»، ترجمه محمد معماریان، ۱۳۹۷ ش. قابل دسترسی در وبگاه ترجمان علوم انسانی به نشانی: <https://tarjomaan.com/neveshtar/8961>.
۱۱. کانمن، دانیل، *تفکر، سریع و کند*، ترجمه فروغ تالوصمدی، تهران، دُر دانش بهمن، ۱۳۹۷ ش.
۱۲. محمودی جانکی، فیروز، «حمایت کیفری از اخلاق»، مقاله در: *علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)*، تهران، سمت، ۱۳۹۶ ش.
۱۳. مولاینیتن، سندھیل، و الدار شفیر، *فقر احمق می‌کند*، ترجمه سیدامیرحسین میرابوطالبی، تهران، ترجمان علوم انسانی، ۱۳۹۸ ش.
۱۴. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «پیشگیری عادلانه از جرم»، مقاله در: *علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)*، تهران، سمت، ۱۳۹۶ ش.
۱۵. یزدیان جعفری، جعفر، و الهه خیرمند، «پدرسالاری کیفری؛ مفهوم، انواع، مشروعیت و مصادیق آن در حقوق کیفری»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، سال دوازدهم، شماره ۴۵، تابستان ۱۳۹۴ ش.
16. Apel, Robert, "Sanctions, Perceptions, and Crime", *Annual Review of Criminology*, Vol. 5(1), Oct. 2021.
17. Id., "Sanctions, Perceptions, and Crime: Implications for Criminal Deterrence", *Journal of Quantitative Criminology*, Vol. 29(1), 2012.
18. Bandura, Albert & Claudio Barbaranelli & Gian Vittorio Caprara & Concetta Pastorelli, "Mechanisms of Moral Disengagement in the Exercise of Moral Agency", *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 71(2), 1996.

19. Cavadino, Michael & James Dignan, "Penal Policy and Political Economy", *Criminology & Criminal Justice*, Vol. 6(4), Sage Publications, Nov. 2006.
20. Cornish, Derek & Ronald Clarke, *The Reasoning Criminal: Rational Choice Perspectives on Offending*, Routledge, Taylor & Francis Group, 2017.
21. Druckman, James N., "The Politics of Motivation", *Critical Review: A Journal of Politics and Society*, Vol. 24(2), Informa UK Limited, June 2012.
22. Fishbane, Alissa & Aurelie Ouss & Anuj K. Shah, "Behavioral nudges reduce failure to appear for court", *Science*, Vol. 370(6517), Nov. 2020.
23. Guan, Xin & T. Wing Lo, "Restrictive Deterrence in Drug Offenses: A Systematic Review and Meta-Synthesis of Mixed Studies", *Frontiers in Psychology*, Vol. 12, Aug. 2021.
24. Halpern, David, *Inside the Nudge Unit: How Small Changes Can Make a Big Difference*. Reprint, WH Allen, 2016.
25. Kahneman, Daniel & Amos Tversky, "Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk", *Econometrica*, Vol. 47(2), Mar. 1979.
26. Le Grand, Julian & Bill New, *Government Paternalism: Nanny State or Helpful Friend?*, 1<sup>st</sup> Ed., Princeton University Press, 2015.
27. Lodge, Milton & Charles S. Taber, *The Rationalizing Voter*, United Kingdom, Cambridge University Press, 2013.
28. Nadelhoffer, Thomas, "The Threat of Shrinking Agency and Free Will Disillusionism", in: Walter Sinnott-Armstrong & Lynn Nadel (Eds.), *Conscious Will and Responsibility: A Tribute to Benjamin Libet (Oxford Series in Neuroscience, Law, and Philosophy)*, Oxford University Press, 2010.
29. Nagin, Daniel S., "Criminal Deterrence Research at the Outset of the Twenty-First Century", *Crime and Justice*, Vol. 23, The University of Chicago Press, 1998.
30. Nagin, Daniel S. & Greg Pogarsky, "An experimental investigation of deterrence: Cheating, self-serving bias, and impulsivity", *Criminology*, Vol. 41(1), Feb. 2003.
31. Nettle, Daniel & Kenneth Nott & Melissa Bateson, "'Cycle Thieves, We Are Watching You': Impact of a Simple Signage Intervention against Bicycle Theft", *PLoS One* (Public Library of Sciences), Ronald Noë (Ed.), Vol. 7(12), Dec. 2012.
32. Pickett, Justin T. & J.C. Barnes & Theodore Wilson & Sean Patrick Roche, "Prospect Theory and Criminal Choice: Experiments Testing Framing, Reference Dependence, and Decision Weights", *Justice Quarterly*, Vol. 37(6), 30 Jan. 2019.
33. Pickett, Justin T. & Sean Patrick Roche, "Arrested Development", *Criminology & Public Policy*, Vol. 15(3), 12 May 2016.
34. Pickett, Justin T. & Thomas A. Loughran & Shawn Bushway, "Consequences of



- Legal Risk Communication for Sanction Perception Updating and White-Collar Criminality”, *Journal of Experimental Criminology*, Vol. 12(1), Mar. 2016.
35. Pickett, Justin T., “Using Behavioral Economics to Advance Deterrence Research and Improve Crime Policy: Some Illustrative Experiments”, *Crime & Delinquency*, Vol. 64(12), 21 Mar. 2018.
36. Pogarsky, Greg & Alex R. Piquero, “Can Punishment Encourage Offending? Investigating the ‘Resetting’ Effect”, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, Vol. 40(1), Feb. 2003.
37. Pogarsky, Greg & Sean Patrick Roche & Justin T. Pickett, “Heuristics and Biases, Rational Choice, and Sanction Perceptions”, *Criminology*, Vol. 55(1), Feb. 2017.
38. Pogarsky, Greg & Sean Patrick Roche & Justin T. Pickett, “Offender Decision-Making in Criminology: Contributions from Behavioral Economics”, *Annual Review of Criminology*, Vol. 1(1), 13 Jan. 2018.
39. Pogarsky, Greg & Shaina Herman, “Nudging and the Choice Architecture of Offending Decisions”, *Criminology & Public Policy*, Vol. 18(4), 24 Oct. 2019.
40. Quigley, Muireann, “Libertarian paternalism, nudging, and public policy”, in: Kalle Grill & Jason Hanna (Eds.), *The Routledge Handbook of the Philosophy of Paternalism*, Taylor & Francis Group, 2018.
41. Rizzo, Mario J. & Glen Whitman, *Escaping Paternalism: Rationality, Behavioral Economics, and Public Policy (Cambridge Studies in Economics, Choice, and Society)*, Cambridge University Press, 2020.
42. Sharma, Dhruv & Myles Kilgallon Scott, “Nudge; Don’t Judge: Using Nudge Theory to Deter Shoplifters”, 11<sup>th</sup> European Academy of Design Conference Proceedings: The Value of Design Research, 2016.
43. Slovic, Paul & Melissa L. Finucane & Ellen Peters & Donald G. MacGregor, “The affect heuristic”, *European Journal of Operational Research*, Vol. 177(3), 2007.
44. Thaler, Richard H., “Nudge, Not Sludge”, *Science*, Vol. 361(6401), 2018.
45. Titmuss, Richard Morris, *The Gift Relationship: From Human Blood to Social Policy*, Ann Oakley & John Ashton (Eds.), New York, New Press, 1997.
46. Tversky, Amos & Daniel Kahneman, “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”, *Science*, Vol. 185(4157), 27 Sep. 1974.
47. Tversky, Amos & Derek J. Koehler, “Support Theory: A Nonextensional Representation of Subjective Probability”, *Psychological Review*, Vol. 101(4), Oct. 1994.
48. van Gelder, Jean-Louis & Henk Elffers & Danielle Reynald & Daniel Nagin (Eds.), *Affect and Cognition in Criminal Decision Making (Crime Science Series)*, London-New York, Routledge-Taylor & Francis Group, 2015.

49. Wacquant, Loïc, *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*, Duke University Press, 2009.
50. Whichard, Corey & Richard B. Felson, "Are Suspects Who Resist Arrest Defiant, Desperate, or Disoriented?", *Journal of Research in Crime and Delinquency*, Vol. 53(4), 25 Feb. 2016.
51. Zamir, Eyal & Doron Teichman, *Behavioral Law and Economics*, New York, Oxford University Press, 2018.

## بررسی تطبیقی مستندات فقهی و حقوقی

### حکم به قتل زانی با محارم،

#### موضوع ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی\*

- زهرا وطنی<sup>۱</sup>
- معصومه زمانیان<sup>۲</sup>

#### چکیده

یکی از جرایم مشمول مجازات حد در نظام حقوقی اسلام، ارتباط جنسی نامشروع میان مرد و زن است و قرآن تعداد مشخصی ضربه شلاق را برای مرتکب آن مقرر نموده است. فقها به استناد روایات و پس از آن اجماع، با تصویر اقسامی برای زنا، مرتکبان برخی از آن‌ها از جمله زانی با محارم را مستحق قتل دانسته‌اند و همین رأی به عینه در قانون مجازات منعکس شده است. اشکالات سندی و دلالی برخی از روایات مورد استناد ایشان، صحت این فتوا را در محاق تردید قرار می‌دهد. این نوشتار با هدف ارزیابی این فتوا، به روش توصیفی - تحلیلی به بازخوانی و واکاوی ادله مورد استناد قائلان به این رأی پرداخته است و چنان که نمایانده می‌شود، تعداد محدود روایات وارده در این خصوص، ضمن اشکالات سندی،

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

۱. استادیار گروه فقه و حقوق پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول) (vatani@ri-khomeini.ac.ir).

۲. کارشناس ارشد فقه و حقوق، دانشگاه الزهراء (س)، تهران، ایران (miszmn@yahoo.com).

در تعارض قوی با روایات متضمن مجازات‌های) دیگر برای همین جرم بوده و اخبار متضمن قتل، فاقد مرجح قابل قبول و در نتیجه این فتوا مخدوش است. در مقابل، احادیث دالّ بر اشمال مجازات عام زنا (شلاق) بر زانی با محرم، علاوه بر قوت سندی، همسوی با قرآن و لذا احق به ترجیح در مقام تعارض می‌باشند.

**واژگان کلیدی:** حد، زنا، زنا با محارم، حد قتل، شلاق، جرایم جنسی، تجاوز جنسی.

### مقدمه

تجاوز و تخطی از موازین قانونی و شرعی در اکثر برهه‌های تاریخی با ضمانت اجرای مجازات همراه بوده است و لذا در هر نظام حقوقی، بخش قابل توجهی از احکام و قوانین به تعیین مجازات مرتکبان جرائم مختلف اختصاص می‌یابد. نگاهی به مجموعه‌های قوانین اشنونا، هیتی‌ها، حمورابی، تورات و قرآن کریم به صراحت بیانگر این واقعیت است. در فقه جزایی اسلام، مجازات‌ها در حقیقت به چهار دسته اصلی حدود، قصاص، دیات و تعزیرات تقسیم می‌شوند. حدود به معنای برخی مجازات‌های بدنی با اندازه‌های مشخص شده از جانب شرع برای جرائمی خاص (فراهیدی، ۱۴۰۵: ۱۹/۳؛ ابن فارس، ۱۴۱۸: ۲۴۳/۳؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۳۲۵/۱۴؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۲۵۴/۴۱؛ زحیلی، ۱۴۰۴: ۱۳۹۰۱)، از اقسام مجازات‌های غیر مالی - حسب آنچه در این تحقیق در مورد زنا مطرح است- و ماهیاتی تبعدی هستند که نوع و میزان و کیفیت آن‌ها و نیز جرائم منجر به آن‌ها در احکام فقهی تعیین شده است (ماده ۱۵ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲) و تعداد جرائم مشمول مجازات حد مورد اتفاق فقها نیست. محقق حلّی شش مورد، شهید ثانی هشت مورد و محقق خویی شانزده مورد را در برشماری جرائم حدی احصا نموده‌اند (محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۱۳۶/۴؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۵/۱۵ و ۲۲؛ موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۲۰۳/۱) و چه بسا بتوان بسیار بیش از این موارد را نیز در متون فقهی یافت؛ تا جایی که برخی نویسندگان تا حدود شصت بزه حدی را در کتب فقیهان شیعه و سنی شمارش کرده‌اند (سلیمانی، ۱۳۹۹: ۲۰۸) که البته زنا از مواردی است که حدی بودن آن مورد اتفاق است. زنا بر «جماع مرد و زنی که رابطه زوجیت بین آن‌ها نبوده است»، اطلاق می‌شود. در مشهور آراء فقهی، زنا اقسامی و هر قسم حد مشخصی دارد که عبارت از قتل، سنگسار و

شلاق است که جنبه‌های مختلف بازدارندگی فردی و اجتماعی در آن‌ها لحاظ شده است. در حالی که اساساً غیر از حد شلاق، هیچ یک از سایر حدود زنا در قرآن نیامده است و سنت نبوی صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ و اخبار ائمه عَلَيْهِمُ السَّلَامُ منبع احکام سایر انواع حد در مورد این جرم و متفرعات آن‌ها می‌باشند. در این کتاب که نخستین و مهم‌ترین منبع استنباط احکام است، زنا از ممنوعات شمرده شده و در سه آیه درباره مجازات زناکار سخن رانده شده است:

- «زنانی که عمل ناشایسته کنند، از چهار شاهد مسلمان بر آنان گواهی بخواهید؛ چنانچه شهادت دادند، آنان را در خانه نگه دارید تا زمان عمرشان به پایان رسد یا خدا راهی را بر آنان آشکار گرداند» (نساء/ ۱۵).

- «و از میان شما، آن دو تن را که مرتکب زشتکاری می‌شوند، آزارشان دهید؛ پس اگر توبه کردند و درستکار شدند، از آنان صرف‌نظر کنید؛ زیرا خداوند توبه‌پذیر مهربان است» (نساء/ ۱۶).

- «هر یک از زن و مرد زناکار را صد تازیانه بزنید و اگر به خدا و روز جزا ایمان دارید، نباید رأفت [و محبت کاذب] نسبت به آن دو، شما را از اجرای حکم الهی مانع شود و باید گروهی از مؤمنان در کیفر آن دو حضور یابند» (نور/ ۲).

آیه سوم به صراحت بدون تنويع، مجازات زن و مرد زناکار را صد ضربه شلاق معرفی می‌کند. در ادبیات عرب، قاعده‌ای وجود دارد که ورود الف و لام بر سر مبتدا، مفید حصر مبتدا در خبر دانسته می‌شود؛ مانند «الکرم فی العرب» که به معنای اختصاص کرامت به عرب است. بر پایه این قاعده، آیه مورد بحث مجازات زانی و زانیه را منحصر به صد ضربه شلاق نموده است و نمی‌توان برای آن‌ها مجازات دیگری در نظر گرفت (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۶/۵/۷). اسناد و مدارک تاریخی نیز بر اجرای مجازات جلد در اواخر حیات پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ و نیز بعد از ارتحال آن حضرت گواهی دارند (طباطبایی حائری، ۱۳۷۸: ۲۳۴/۴). آیه مبارکه ۲۵ سوره نساء نیز در خصوص کنیزان مرتکب فاحشه می‌فرماید:

«اگر این کنیزان بعد از اینکه ازدواج کردند، مرتکب فعل قبیحی شدند، مجازاتشان نصف مجازات زنان شوهردار آزاد است. بنابراین آیات قرآن نمی‌توانند مستند مجازات قتل و سنگسار قرار گیرند».

حد قتل در زنا که در ماده ۲۲۴ قانون مجازات بدان تصریح شده است، در چهار مورد اجرا می‌شود که یکی از آن‌ها در مجازات زانی با محارم نسبی خویش است. به نظر می‌رسد شدت قبح این عمل موجب شده است که فقها مجازات شدیدتری را نسبت به عمل مشابه با غیر محارم برای چنین فعلی در نظر گرفته و با تخصیص اصل حرمت خون مسلمان، زانی با محارم را مستحق کشته شدن بدانند. حکم به تخصیص «زانی با محارم» از اصل حرمت خون مسلمان و نیز از عمومات مجازات زانی، به یقین نیازمند ادله محکمی است که توان تخصیص ادله پیش گفته و اخراج این مصداق از آن حکم عام را داشته باشند. البته مشهور فقها با تمسک به تبادر و لزوم اکتفا به قدر متیقن معتقدند که مراد از «محرم» (که به اطلاق واژه، شامل محارم نسبی، رضاعی و مصاهره‌ای است) در روایات حاکم به قتل زانی با محارم، صرفاً محارم نسبی بوده و زنا با محارم سببی و رضاعی مشمول عمومات ادله مجازات زنا باقی می‌ماند. قانون مجازات ایران نیز به پیروی از رأی مشهور، کسی را که با یکی از محارم نسبی خویش زنا نماید، مستحق مجازات اعدام اعلام کرده است.<sup>۱</sup>

این مقاله با عنایت به وجود برخی اختلافات در آراء فقهی نسبت به موضوع بحث و پیروی قانون از رأی مشهور و در مقابل انتقادات فراوان حقوق بشری به کثرت مجازات مرگ در قوانین جزایی ایران، و نیز با توجه به میزان احتیاط شارع در هتک دم، به واکاوی ادله این حکم به ویژه با توجه به اختلاف مضامین موجب تفاوت آراء فقها در موضوع بحث می‌پردازد. در گام اول پس از بیان تفاوت آراء فقها، ادله و مستندات که مشهور با تمسک به آن‌ها، زانی با محارم را مستحق مرگ دانسته‌اند، ذکر و ارزیابی می‌شوند. در گام بعد دیدگاه‌های کیفری نوین و برخی مصادیق حکم مورد بحث در رویه قضایی و نیز موانع و ایرادات صدور و اجرای این حکم بیان می‌شود. در پایان با اتکا به نتایج این بررسی، لزوم تغییر این حکم فقهی و ماده قانونی متناظر با آن اثبات می‌گردد.

۱. «ماده ۲۲۴- حد زنا در موارد زیر اعدام است: الف- زنا با محارم نسبی. ب- زنا با زن پدر که موجب اعدام زانی است. پ- زنا با مرد غیر مسلمان با زن مسلمان که موجب اعدام زانی است. ت- زنا با عتف یا اکراه از سوی زانی که موجب اعدام زانی است».

## ۱. مستندات حکم به مجازات مرگ برای زانی با محارم

مراجعه به کتب فقهی روشن می‌سازد که هرچند غالب فقها مانند طبرسی (۱۴۱۰: ۳۹۲/۲)، موسوی خوانساری (۱۳۵۵: ۲۳/۷)، فاضل مقداد (فاضل مقداد، ۱۴۰۴: ۳۳۵/۴)، فاضل آبی (۱۴۱۷: ۵۵۴/۲)، یحیی بن سعید حلّی (۱۴۰۵: ۳۷۷)، علامه حلّی (۱۴۱۳ الف: ۵۲۶/۳)، شهید ثانی (جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۳۶۰/۱۴)، ابن بزّاج طرابلسی (۱۴۰۶: ۵۱۹/۲)، ابوصلاح حلبی (۱۴۰۳: ۴۰۵)، سلّار دیلمی (۱۴۱۴: ۲۵۲)، محقق حلّی (۱۴۰۸: ۱۴۱/۴)، ابن حمزه طوسی (۱۴۰۸: ۴۱۰) و بسیاری دیگر، تصریح به وجوب قتل و حتی برخی همچون شیخ طوسی (۱۳۷۷: ۳۸۶/۵) و ابن زهره حلبی (۱۳۷۷: ۴۲۱) ادعای اجماع بر این حکم دارند، اما عده‌ای همچون شیخ مفید (۱۴۱۳: ۷۷۸)، شیخ صدوق (۱۴۱۵: ۴۳۵) و سید مرتضی (سید مرتضی علم‌الهدی، ۱۹۹۴: ۵۲۴) هم می‌گویند که گردنش زده می‌شود و این زدن ممکن است منجر به قتل شود و یا منجر به قتل مضروب نشده و صرفاً آسیب‌دیدگی او را در پی داشته باشد که به همان اکتفا می‌شود. صاحب ریاض معتقد است:

«روایات مشتمل بر حکم زانی با محارم، ظهور در قتل ندارد، بلکه ظاهر اکثر آنها اکتفا به یک ضربه به صورت مطلق [به هر قسمتی زده شود] یا یک ضربه به گردن است، که این اقدام لزوماً کشته شدن فرد را در پی ندارد و حتی برخی روایات تصریح دارند که ممکن است فرد زنده بماند» (طباطبایی حائری، ۱۳۷۸: ۴۷۵/۱۵).

از میان قائلان به لزوم قتل، عده‌ای معتقدند که در مورد این فرد، ابتدا حد زنا اجرا شده و بعد از آن کشته می‌شود؛ زیرا آیه‌ای که مجازات زنا را بیان کرده (نور/۲)، مطلق است و این فرد هم بی‌تردید زناکار است و دلیلی هم بر سقوط حد زنا در این مورد وجود ندارد و آنچه در مورد این فرد، وجوب قتل را ثابت می‌کند، منافاتی با اطلاق آیه نداشته و در مقام بیان مجازاتی غیر از مجازات مذکور در آیه است. در واقع اجرای حد زنا و قتل بعد از حد، منافاتی با هم ندارند و لذا این فرد به حکم آیه، مشمول مجازات حدی زنا بوده و به حکم روایات، مشمول مجازات قتل است (ابن ادریس حلّی، ۱۴۱۰: ۴۳۷/۳). برخی نیز انتخاب شیوه قتل وی را بر عهده قاضی می‌دانند که اگر خواست او را سنگسار کند و اگر خواست او را با شمشیر بکشد (طوسی، ۱۳۴۹: ۲۰۹/۴).

مستند فقها در فتوا به لزوم قتل زانی با محارم، روایات و اجماع است. به نظر

می‌رسد شدت قبح فعل زنا با محارم موجب شده که روایات مجازات شدیدتری را نسبت به عمل مشابه با غیر محارم بیان نمایند و با تخصیص اصل حرمت خون مسلمان، مرتکب این عمل را مستحق کشته شدن بدانند. در گذاری بر موضع آیات الاحکام در این موضوع (ر.ک: مقدمه) نیز مشخص شد که قرآن جرم زنا و مجازات آن را متذکر شده است؛ اما هیچ یک از آیات، بیانگر حکم خاصی غیر از حکم عام زنا در مورد زنا با محارم نیستند. بنابراین علی‌رغم اینکه قرآن منبع اصلی احکام، و ائمه (مصدر روایات) مفسر قرآن هستند، این منبع از زمره ادله این حکم خارج است.

### ۱-۱. روایات

روایات وارده در موضوع زنا با محارم را علی‌رغم تفاوت‌های فراوان در مضمون، می‌توان در چهار دسته جای داد: دسته اول روایاتی که دال بر ضرب گردن هستند؛ دسته دوم روایاتی که به همراه ضرب گردن، حکم به حبس ابد در صورت زنده ماندن نموده‌اند؛ دسته سوم روایاتی که تصریح در تساوی حد زانی و حد زانی با محارم دارند؛ دسته چهارم روایاتی که صریح در قتل هستند.

#### ۱-۱-۱. دسته اول: روایات ضربه شمشیر بر گردن

در احادیث وارده در این موضوع، دو روایت از جمیل بن درّاج و بکیر بن اعین نقل شده که ظهور در لزوم گردن زدن زانی با محارم دارند:

##### ۱-۱-۱-۱. حدیث جمیل بن درّاج

احمد بن محمد از علی بن حسن از علی بن اسباط از حکم بن مسکین نقل کرده است که جمیل بن درّاج گفت:

«به امام صادق علیه السلام گفتم: کدام قسمت از بدن شخصی که با محرم خود زنا نموده، مورد ضربت قرار می‌گیرد؟ موضعی که شمشیر باید فرود آید، کجاست؟ فرمود: گردن او زده می‌شود» (کلینی، ۱۳۷۵: ۱۹۰/۷).

این حدیث را مجلسی دوم «مجهول» توصیف نموده است (مجلسی دوم، ۱۴۰۴: ۲۳/۲۸۹)؛ اما مراجعه به شرح حال روات آن، مثبت خلاف این ادعاست.



احمد بن محمد عاصمی (نجاشی، ۱۴۰۶: ۹۳؛ ابن داود حلّی، ۱۳۸۳: ۴۲). علی بن حسن بن فضال (نجاشی، ۱۴۰۶: ۲۵۷؛ علامه حلّی، ۱۴۱۷: ۹۳)، ابوالحسن علی بن اسباط بن سالم بیاع (ابن داود حلّی، ۱۳۸۳: ۴۸۱؛ علامه حلّی، ۱۴۱۷: ۹۹) و جمیل بن درّاج (کشی، ۱۴۰۳: ۲۵۱؛ نجاشی، ۱۴۰۶: ۱۲۶؛ طوسی، ۱۴۲۰: ۹۴) همگی از ثقات هستند. تنها در مورد حکم بن مسکین است که تصریحی به وثاقت وجود ندارد (نجاشی، ۱۴۰۶: ۱۳۶)؛ لکن ابن داود وی را در زمره ممدوحین و کسانی که تضعیف نشده‌اند، ذکر می‌کند (ابن داود حلّی، ۱۳۸۳: ۱۳۰). بنابراین این حدیث مسند را باید حداقل «حسن» دانست.

این روایات آن گونه که از ظاهر عبارت و فتوای فقها برمی‌آید، بر حکم به قتل حمل شده‌اند. در نظر ایشان، تعبیراتی مثل «ضربه زدن به گردن»، کنایه از قتل بوده و همچنین برداشت عرف از تعبیر «به هر اندازه اصابت کرد»، این است که لازم نیست در زدن ضربه دقت شود که مبادا از اندازه معینی بیشتر اجرا شود (ایروانی، ۱۴۲۲: ۲۳۸/۳). برخی فقها نیز گفته‌اند به دلیل اینکه در آن زمان بیشتر از شمشیر برای کشتن استفاده می‌شده، پس منظور حدیث از عبارت ضربه با شمشیر، کشتن و قتل می‌باشد (مکارم شیرازی، ۱۳۷۷: ۲۶۰).

در پاسخ این استدلال سه نکته قابل ذکر است:

۱- عدم ذکر مرگ به عنوان مجازات و استفاده از تعبیر «ضربه با شمشیر» می‌تواند شاهد عدم قطعیت اعدام و یا حتی عدم مشروعیت حکم به قتل باشد. در واقع اگر اراده امام از مجازات با شمشیر، سلب حیات مجرم بوده است، چه دلیلی می‌توان برای عدم تصریح به مراد واقعی که تردید مکلفان در تعیین حکم را در پی دارد، جست؟ چه بسا در بسیاری موارد در روایاتی صحیح و مسند، امام به صراحت حکم به مجازات مرگ برای مجرم نموده است:

الف) امام صادق علیه السلام در پاسخ به این پرسش که عقوبت یهودی که با زن مسلمان مرتکب زنا می‌شود، چیست؟ فرمود: «یقتل» (کلینی، ۱۳۷۵: ۲۳۹/۷).

ب) از امام باقر علیه السلام سؤال شد: کسی که با اجبار زنی را مجبور به زنا کند، چگونه باید مجازات شود؟ فرمود: «او را باید کشت، خواه محصن باشد و خواه غیر محصن» (همان: ۱۸۹/۷).

۲- کلمه ضرب در لغت عبارت است از «افکنندن چیزی بر روی چیزی دیگر» (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۵۰۵). پاسخ امام به سؤال جمیل با معنای لغوی مطابق است؛ زیرا مقصود امام، بیان قسمتی از بدن است که شمشیر باید بر آن وارد آید و این، ملازمه‌ای با لزوم کشتن مجرم ندارد.

۳- اگر «ضربه به گردن» را به معنای قتل بگیریم، مجاز مرسل<sup>۱</sup> اتفاق می‌افتد (درویش، ۲۰۱۴: ۲۰۱/۹-۲۰۲) و در استعمال مجازی باید قرینه و نشانه‌ای ذکر شود تا ذهن را از معنای اصلی منحرف و به معنای مجازی اشاره کند؛ ولی در اینجا این قرینه ذکر نشده است و لذا نمی‌توان طبق نظر فقها معتقد بود که از ضربه بر گردن، معنای مجازی آن اراده شده است. پس همان معنای حقیقی یعنی ضربت با شمشیر (نه معنای مجازی که قتل است) مراد بوده که موافق معنای لغوی است. این اشکالات و نیز تردید در سند روایت، برداشت فقها از این روایت را دچار تفاوت و اختلاف نموده است (برای نمونه ر.ک: موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۲۲۹/۱).

#### ۱-۱-۲. حدیث بکیر

علی بن ابراهیم از پدرش از ابن محبوب از ابوایوب و همگی از بُکیر بن اعین نقل کرده‌اند که بکیر از امام صادق یا امام باقر علیهما السلام چنین نقل نموده است:

«هر کس با یکی از محارم خویش زنا کند، طوری که واقعه صورت گیرد، باید او را تنها با یک ضربه شمشیر مجازات نمود و مهم نیست که شمشیر به چه قسمتی از بدنش اصابت نماید و اگر زن نیز با آن مرد همراهی کند، به همین صورت مجازات می‌شود. پرسیدند: با توجه به اینکه این دو شاکی خصوصی ندارند، چه کسی مجری این حکم خواهد بود؟ فرمود: در صورتی که این دو را نزد امام آورند، خود او این کار را به انجام خواهد رسانید» (کلینی، ۱۳۷۵: ۱۹۰/۷: ۱۴۰۳: ۴/۴).

این روایت را مجلسی اول و بحرالعلوم صحیح دانسته‌اند (مجلسی اول، ۱۴۰۶: ۵۷/۱۰: بحرالعلوم طباطبایی، ۱۳۶۳: ۲۵۶/۱). مراجعه به کتب رجال نیز بیانگر وثاقت روات

۱. مجاز مرسل، مجازی است که رابطه میان معنای حقیقی و معنای مجازی از طریق مشابهت حاصل نشده است و در آن جهاتی مانند اراده کل به وسیله گفتن جزء یا برعکس شده است (تفتازانی، ۱۳۷۶: ۲۲۰-۲۱۹/۱).

حدیث: بُکَیر بن اعیَن (کَشی، ۱۴۰۳: ۳۱۵؛ علامه حلّی، ۱۴۱۷: ۲۸؛ قهپایی، ۱۳۸۷: ۱/۲۷۹)، ابویوب خَزّاز (کَشی، ۱۴۰۳: ۳۶۴؛ نراقی، ۱۴۲۲: ۱/۴۳؛ موسوی خویی، ۱۴۰۳: ۱/۲۲۴)، حسن بن محبوب (نجاشی، ۱۴۰۶: ۳۴۹ و ۴۰۸؛ کَشی، ۱۴۰۳: ۵۵۶ و ۵۸۵؛ طوسی، ۱۴۲۰: ۴۶؛ همو، ۱۴۲۷: ۱۲۲؛ ابن داود حلّی، ۱۳۸۳: ۷۷؛ علامه حلّی، ۱۴۱۷: ۳۷)، ابوالحسن علی بن ابراهیم بن هاشم قمی (نجاشی، ۱۴۰۶: ۲۶۰؛ طوسی، ۱۴۲۰: ۱۵۲-۱۵۳؛ علامه حلّی، ۱۴۱۷: ۱۸۷) و در نتیجه مؤید ادعای صحت سند است.

مشهور فقها به استدلال مذکور در روایت سابق، این حدیث را دالّ بر لزوم قتل دانسته (برای نمونه رک: فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۱۰/۴۳۵؛ طباطبایی حائری، ۱۳۷۸: ۱۵/۴۷۳؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۳۰۹/۴۱) و برای اثبات اینکه منظور از «ضرب با شمشیر» و «تفاوتی نمی کند که شمشیر بر چه قسمتی از بدن او اصابت کند» همان قتل است، به روایتی که در مورد رابطه دو مرد است، استناد جسته اند:

«سلیمان بن هلال از امام صادق علیه السلام در مورد ارتباط بین دو مرد پرسید. حضرت فرمود: اگر واقعه و نزدیکی صورت نگرفته باشد، هر یک به صد تازیانه محکوم می شوند و چنانچه نزدیکی شده باشد، لواط کننده را در حالت ایستاده با ضربتی از شمشیر مجازات می نمایند و مهم نیست که شمشیر به چه اندازه از بدنش اصابت کند. آنگاه سلیمان پرسید: آیا منظور شما از این جمله قتل بود؟ فرمود: بله» (کلینی، ۱۳۷۵: ۲۰۰/۷).

در جواب این استدلال گفته شده است: اولاً روایت سلیمان بن هلال از حیث سند ضعیف توصیف شده است (مجلسی دوم، ۱۴۰۴: ۲۳/۳۰۴) و نمی توان استدلال در بحث حاضر را بر آن متکی نمود. ثانیاً اینکه امام در روایات مجازات زنا می فرماید: «ضربه» که به معنای یک بار زدن است، به قرینه جمله «تفاوتی نمی کند که شمشیر به چه قسمتی از بدن او اصابت کند»، منظور این است که یک ضربه به او زده می شود، ولو اینکه کشته شود؛ یعنی هدف کشتن او نیست، بلکه هدف و مجازات ایراد ضربه به اوست و منجر شدن به قتل بلاشکال است؛ زیرا اگر منظور امام وجوب کشتن او بود، لزومی نداشت که کلمه «زدن» را با قید «یک بار» بیاورد (مکارم شیرازی، ۱۳۷۷: ۲۶۰). روایاتی که در آنها از احتمال زنده ماندن مجرم و حکم آن سؤال می شود، به روشنی

دلالت بر این برداشت دارد. علاوه بر آن، گاهی آلت قتاله ذکر می‌شود، ولی منظور خود قتل نیست (منتظری، ۱۳۵۸: ۶۳).

بنابراین، این حدیث دلالتی بر قتل ندارد و در نصوص یادشده، ذکر از قتل نیامده است؛ بلکه بر اساس ظاهر روایات باید به یک ضربه شمشیر کفایت کرد و به بیشتر از آن اشاره‌ای نشده است. تعبیر به کاررفته در حدیث به این معناست که زمانی که ضربت شمشیر به بدن زانی یا زانیه خورد، باید به همین مقدار بسنده کرد؛ خواه با این ضربه بمیرد یا نمیرد و نمی‌توان ضربه دوم را بر او وارد کرد. همان طور که در روایتی آمده است:

«آیا بعد از وارد آمدن شمشیر باید زانی یا زانیه را رها کرد؟ امام فرمود: بعد از ضربه شمشیر اگر زنده ماند، تا تمام شدن عمرش و رسیدن مرگش باید در زندان حبس شود» (طباطبایی حائری، ۱۳۷۸: ۱۵/۴۷۵).

منتظری هم می‌گوید:

«روایات شامل عبارت "تفاوتی نمی‌کند که شمشیر بر کدام قسمت بدن اصابت کند"، دلالتی بر قتل ندارند و در هر صورت، روایات گسترده‌تر از موضوع قتل هستند (منتظری، ۱۳۵۸: ۶۳).

در این مضمون، روایات دیگری هم وارد شده‌اند (ر.ک: کلینی، ۱۳۷۵: ۱۹۰/۷-۱۹۱).

۱-۱-۲. دسته دوم: روایات بیان‌کننده حکم ضرب گردن به همراه حبس ابد  
دو روایت را در این دسته می‌توان جای داد:

۱-۱-۲. حدیث محمد بن عبدالله بن مهران

«محمد بن یحیی از محمد بن احمد از محمد بن عبدالله بن مهران نقل نموده است که از امام صادق علیه السلام در مورد مردی پرسیدم که با خواهر خویش مرتکب زنا می‌شود. حضرت پاسخ داد: مجازات او یک ضربه شمشیر است و تفاوتی نمی‌کند که شمشیر بر چه قسمتی از بدن او فرود آید و اگر احیاناً زنده بماند، به حبس ابد محکوم می‌شود» (همان: ۱۹۰/۷؛ طوسی، ۱۳۴۹: ۲۰۸/۴؛ حرّ عاملی، ۱۹۹۴: ۱۱۶/۲۸؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۴: ۲۸۹/۲۳).

مجلسی دوم (۱۴۰۴: ۲۸۹/۲۳؛ همو، ۱۴۰۶: ۴۶/۱۶)، موسوی خوبی (۱۴۲۲: ۲۳۰/۴۱) و بسیاری دیگر از فقها هم چون قمی (۱۴۲۲: ۱۹۲)، سند روایت را ضعیف و غیر منجبر با عمل اصحاب دانسته‌اند که به دلیل وجود محمد بن عبدالله بن مهران در سند است که بسیاری از علمای علم رجال وی را غالی و فردی خارج از اعتدال در عقاید (طوسی، ۱۴۲۷: ۴۴۳ و ۵۷۱؛ ابن غضائری، ۱۴۲۲: ۹۵) و نیز کذاب (نجاشی، ۱۴۰۶: ۳۵۰؛ طوسی، ۱۴۲۷: ۳۹۱) دانسته‌اند.

#### ۱-۲-۲. حدیث عامر بن سمط

«صفوان بن مهران از عامر بن سمط نقل نموده که عامر بن سمط می‌گوید از زین العابدین سؤال کردم در مورد مردی که با خواهر خویش زنا می‌کند. حضرت فرمود: مجازات او یک ضربه شمشیر خواهد بود و تفاوتی نمی‌کند که شمشیر به کدام قسمت بدن او اصابت می‌نماید. اگر احیاناً زنده ماند، به حبس ابد محکوم می‌شود» (صدوق، ۱۴۰۳: ۲۹/۳).

وثاقت عامر بن سمط معمرز نیست و نمی‌توان به حدیثش اعتماد کرد (قرشی، ۱۹۸۸: ۳۰۸-۳۰۷/۲؛ موسوی خوبی، ۱۴۰۳: ۲۰۹/۱۰؛ طوسی، ۱۴۲۷: ۲۵۵). در برخی کتب روایی نیز در سلسه سند حدیث به جای «عامر»، «عمرو» نوشته شده است (صدوق، ۱۴۰۳: ۲۹/۳؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶: ۲۹۴/۱۵)، در حالی که در منابع رجالی، نامی از «عمرو بن سمط» وجود ندارد. صدوق این حدیث را در کتاب خود از این شخص نقل کرده و سپس گفته است عامر بن سمط در کتاب‌های شیعیان مجهول است و فقط ابن حجر عسقلانی در کتاب *التقریب و التهنید* خود نقل کرده که نزد برخی اصحاب سنی مذهب، موثق است (صدوق، ۱۴۰۳: ۲۹/۳).

هرچند ضعف سند در هر دو حدیث یادشده، بی‌اعتباری آن‌ها را موجب گشته است، اما در مقام تعارض دلالتی، این دو روایت دلیلی بر نفی دلالت جمله «ضربه به گردن با شمشیر» بر قتل هستند؛ زیرا در این حدیث، خود امام صریحاً بلافاصله و بدون پرسش فرموده اگر ضربه کاری نبود، به حبس دائم کیفر داده می‌شود و این دلالت دارد که ممکن است بعضی اوقات این ضربه به مرگ نینجامد و دلالتی بر مجازات قتل ندارد.

۱-۳. دسته سوم: روایات مشتمل بر لفظ صریح قتل

دو گروه روایت در این دسته وجود دارد:

- ۱- روایات دالّ بر وجوب سنگسار کسی که با همسر پدرش زنا کرده است<sup>۱</sup> (نوری طبرسی، ۱۳۷۳: ۵۸/۱۸-۵۹) و مشهور هم در این مورد، حکم به وجوب قتل نموده‌اند. این روایات علاوه بر مخدوش‌الدلالة بودن (مؤذنی بیستگانی و کبخا، ۱۳۹۹: ۲۳۲)، به این دلیل که در مورد زنا با همسر پدر صادر شده و حکم عام مجازات زنا را در این مورد تخصیص زده‌اند، حتی در فرض صحت سند و تمامیت دلالت، قابل تسری به موارد مشابه نیستند.
- ۲- در مستدرک، سه روایت مصرّح به قتل از پیامبر، امیرالمؤمنین و امام صادق علیهم‌السلام از کتاب‌های دعائم و عوالی اللثالی نقل شده‌اند<sup>۲</sup> (نوری طبرسی، ۱۳۷۳: ۱۴/۳۳۸ و ۵۸/۱۸-۵۹) که فاقد سند و در نتیجه فاقد اعتبارند و این ارسال و ضعف سند، مانع ورود این روایات به دایره تعارض روایات وارده است.

۱-۴. دسته چهارم: روایات بیانگر تساوی حد زانی و حد زانی با محارم

محمد بن علی بن محبوب از احمد بن محمد از حسین از صفوان بن یحیی از اسحاق بن عمار نقل کرده‌اند که ابوبصیر از امام صادق علیه‌السلام نقل نموده است زمانی که مردی با محرمی از محارم خویش زنا کند، مجازات او همان حد و عقوبتی است که برای زانی وجود دارد، جز آنکه او مرتکب گناه سنگین‌تری شده است (طوسی، ۱۳۴۹: ۲۰۸/۴؛ همو، ۱۳۶۶: ۱۰/۲۳ و ۷۶؛ حرّ عاملی، ۱۹۹۴: ۲۸/۱۱۵).

سند روایت معتبر است؛ زیرا محمد بن علی بن محبوب، احمد بن محمد عیسی اشعری، حسین بن سعید اهوازی، صفوان بن یحیی بجلي، اسحاق بن عمار صیرفی و ابوبصیر اسدی همگی از بزرگان اصحاب ائمه بوده و در کتب رجالی بر وثاقت ایشان تصریح شده است (برای نمونه رک: کشی، ۱۴۰۳: ۲۳۸؛ طوسی، ۱۴۰۳: ۱/۳۸۴؛ نجاشی، ۱۴۰۶: ۲۳۸).

۱. «عنه [علی علیه‌السلام] انه رفع اليه رجل زنى بامرأة ابيه ولم يكن اخصن فأمر به فرجهم»، «الجعفریات، أخبرنا عبد الله أخبرنا محمد حدثني موسى قال: حدثنا أبي عن أبيه عن جده جعفر بن محمد عن أبيه عن جده أن علياً عليه‌السلام رفع اليه رجل وقع على امرأة ابيه فرجمه وكان غير مخصن».

۲. «عن علي عليه‌السلام أنه قال: من أتى ذات محرم يقتل» (ابن ابی جمهور احسانى، ۱۴۰۳: ۱/۱۹۰، ح ۲۷۵؛ نوری طبرسی، ۱۳۷۳: ۵۸/۱۸-۵۹، ح ۷؛ تمیمی مغربی، ۱۳۸۳: ۲/۴۵۶، ح ۱۶۰۵).

۴۴۱؛ طباطبایی حائری، ۱۳۷۸: ۴۷۵/۱۵). تنها نقطه ضعف احتمالی روایت، تردید بعضی از عالمان علم رجال در امامی بودن یا نبودن اسحاق بن عمار است که تحقیق دقیق نشان می‌دهد وی امامی بوده است (بحرالعلوم طباطبایی، ۱۳۶۳: ۳۱۵/۱؛ کلباسی، ۱۴۱۹: ۱۳۳/۲؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۱۹۲۹/۶ و ۳۷۵۷/۱۱) و بنابراین سند روایت معتبر است.

در این حدیث، زنا با محارم، یکی از مصادیق زنا و مجازاتش همان مجازات دانسته شده که تنها تفاوت بین این دو زنا در میزان بزرگی گناه زنا با محارم در مقایسه با گناه سایر اقسام زناست. بنابراین در صورتی که این حدیث مورد استناد قرار گیرد، مجازات قتل و ضرب کردن در مورد چنین فردی منتفی است.

شیخ طوسی برای جمع و توجیه این روایت با روایات پیشین گفته است که مقصود از ضرب با شمشیر، اعدام است و روایت ابوبصیر برای این نوع زنا، حد سنگسار را قرار داده است و در نهایت، سنگسار منجر به قتل می‌شود. پس این روایت با روایات دیگر تنافی ندارد و مقتضای جمع این است که امام هنگام اجرای حد، میان اعدام با شمشیر و سنگسار مخیر است (طوسی، ۱۳۴۹: ۲۰۹/۴). علامه حلی نیز نظر شیخ طوسی را پذیرفته است (علامه حلی، ۱۴۱۳: ب: ۱۴۷/۹). اما این نظر خالی از ایراد نیست:

۱- این روایت فقط در مورد حد سنگسار برای زانی نیست که بتوان با برقراری تساوی میان آن و موضوع بحث، مجازات مرگ برای زانی با محرم در نظر گرفت؛ بلکه روایت کلی است و هم زنا محصنه (سنگسار) و هم زنا غیر محصنه (صد ضربه شلاق) را در بر می‌گیرد.

۲- طبق بررسی‌های پیشین، روایات سابق مجازات زانی را ضرب اعلام کرده بودند و ضرب به صورت مطلق یا ضرب کردن به معنای اعدام نیست تا به دنبال همسانی این چینی در روایات باشیم. در حالی که شیخ طوسی در این جمع، به صورت پیش فرض مجازات زانی را قتل دانسته و از این مقدمه ناصحیح به آن نتیجه و جمع رسیده است.

۳- حتی اگر منظور از مجازات زانی در این روایت سنگسار باشد، آن هم دلالتی بر لزوم کشتن مجرم ندارد و چه بسا احکامی که در خصوص فرار مجرم و جان سالم به در بردن وی از سنگسار بیان شده است که نشان می‌دهد سنگسار لزوماً منتهی به مرگ نیست.

اعراض مشهور فقهای شیعه از این حدیث و حمل آن بر تقیه، موجب مهجور ماندن مدلول روایت شده است. در حالی که اتفاقاً از میان گروه‌های روایی ذکر شده، این دسته از روایات، همسو و موافق با قرآن بوده و در مباحث تعارض روایات گفته شده است که روایات مخالف قرآن باید کنار گذاشته شود (برای نمونه ر.ک: مظفر، ۱۴۲۳: ۳/۲۵۴).<sup>۱</sup>

اما در عمل، بیشتر فقهای شیعه با حمل روایت بر تقیه یا به دلیل هجران اصحاب، به این حدیث عمل نکرده و به سایر روایات استدلال نموده‌اند (برای نمونه ر.ک: ایروانی، ۱۴۲۲: ۳/۲۶۹) و یا از آن در اثبات لزوم جمع میان مجازات‌ها، یعنی اجرای مجازات زنا پیش از ضرب به شمشیر و قتل استفاده نموده‌اند (برای نمونه ر.ک: ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳/۴۴۰؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۱۴/۳۶۲). در مقابل این صحیحه غیر مشهور، روایاتی که تعبیر به ضربت شمشیر نموده‌اند، از امتیاز شهرت عملی برخوردارند و به اعتقاد بسیاری از فقها، شهرت عملی با جبران ضعف روایت در هنگام تعارض با مضمون روایت دیگر (وحید بهبهانی، ۱۴۱۷: ۱۳۸-۱۵۴؛ طباطبایی حائری، ۱۳۷۸: ۲/۱۹-۲۰؛ نراقی، ۱۴۲۲: ۲/۴۰۱؛ بحرانی توبلی، ۱۲۰۳: ۱/۳۸)، موجب حجیت روایت ضعیف در مقابل روایت معارض شده و روایت معارض را از حجیت می‌اندازد (موسوی خمینی، ۱۳۷۴: ۱/۲۸). بسیاری از فقها با این استدلال معتقدند که در نتیجه حدیث ابوبصیر توان رویارویی با احادیث ضرب با شمشیر را ندارد و ضرب با شمشیر را باید ملاک در تعیین نوع مجازات برای زنانی با محارم دانست (نجفی، ۱۹۸۱: ۴۱/۳۱۱؛ موسوی سبزواری، ۱۹۹۲: ۲۷/۲۶۷) که با حمل آن بر اراده قتل، به مجازات مرگ برای مرتکب این جرم حکم شده است. البته برخی محققان نیز در عین ارجح و حجت دانستن روایت ضرب به شمشیر، قائل به لزوم قتل نیستند (امام و دیگران، ۱۳۹۵: ۴۱).

## ۲-۱. اجماع

هرچند فقهای از جمله شیخ طوسی (۱۳۷۷: ۵/۳۸۶) و ابن زهره حلبی (۱۳۷۷: ۴۲۱) در مقام استدلال به استحقاق مرگ زانی، اجماع را مستند فتوای خویش قرار داده‌اند، لکن باید گفت که این اجماع علاوه بر اشکال صغروی و کبروی، به دلیل مدرکی بودن فاقد حجیت و ارزش استنادی است و در نتیجه بحث از آن هم لغو خواهد بود.

۱. این ملاک مورد تصریح برخی روایات نیز هست (برای نمونه ر.ک: حرّ عاملی، ۱۹۹۴: ۱۸/۷۶ و ۲۷/۱۲۱).



## ۲. واکنش نظام کیفری مدرن، رویه قضایی ایران و صاحب نظران

### نسبت به زنا با محارم

استفاده از حقوق کیفری و مداخله در رفتارها و امور افراد جامعه از سوی دولت‌ها، همواره بر یکی از سه معیار زیر مبتنی است:

۱- اصل نفی ضرر<sup>۱</sup> به معنای لزوم جلوگیری از ایراد ضرر و صدمه به دیگران و جامعه. مطابق اصل اولی آزادی، اجبار افراد و تعیین محدوده برای کنش‌های ایشان زمانی مقدور است که بتوان ثابت کرد عملی برای دیگران آسیب‌زا است. در واقع، تنها قسمتی از اعمال فرد که برای آن در مقابل اجتماع مسئول است، آن قسمت است که اثرش به دیگران می‌رسد. آزادی فرد در آن قسمت از اعمال خود که به خود او مربوط است، مطلق است و حدی بر آن متصور نیست (دلماس-مارتی، ۱۳۹۵: ۲۰۸).

۲- اصل پدرسالاری حقوقی<sup>۲</sup> بدین معنا که دولت برای جلوگیری از آسیب رساندن افراد به خودشان، به یک رفتار وصف مجرمانه داده و مردم را در برابر خودشان مورد حمایت و حفاظت قرار داده و بدین ترتیب به سلامتی و ایمنی در مقایسه با آزادی ایشان رتبه بالاتری از اهمیت اعطا می‌نماید (عبدالفتاح، ۱۳۸۱: ۱۵۲).

۳- اصل اخلاق‌گرایی حقوقی<sup>۳</sup> به معنای حمایت از اخلاق و مذهب و جلوگیری از ایراد آسیب به اخلاق یا مذهب (نجفی توانا و مصطفی‌زاده، ۱۳۹۲: ۱۵۱) که باعث شده است با جرم‌انگاری بخشی از مهم‌ترین مسائل اخلاقی، ضمن تحقق خواست اجتماعی، نظم اجتماعی تحت‌الحفظ قرار گیرد (اسدی و دژخواه، ۱۳۹۸: ۸۰).

مجازات مقرر برای موضوع بحث را باید به اصل اخیر نسبت داد؛ چه اینکه اساساً ارتباط جنسی با اقارب، در غالب جوامع، امری ضد اخلاقی محسوب می‌شود. برای نمونه، هرچند در قوانین فرانسه ممنوعیتی برای ازدواج خواهرزاده با دایی یا خاله و برادرزاده با عمه یا عمو وجود ندارد، اما در عمل هرگز چنین ازدواجی صورت نگرفته است؛ زیرا جامعه آن را ناپسند می‌داند (باتر و ساعدی، ۱۳۸۴: ۴۵۵-۴۵۶) و به نظر می‌رسد

1. Harm principle.
2. Legal paternalism.
3. Legal moralism.

در این موارد، نوعی تحریم و حرمت عرفی وجود دارد که حتی بدون ممنوعیت قانونی نیز به حیات خود ادامه می‌دهد (Jestaz, 1996: 387). بنابراین باید گفت جرم‌انگاری ارتباط با محارم و مجازات مرتکب آن، توجیه‌پذیر و چه بسا ضروری است.

## ۱-۲. دیدگاه سایر نظام‌های کیفری

در نظام حقوقی «کامن‌لا» نیز زنانی با محارم در زمره جرایم جنسی برشمرده شده است (نوبهار، ۱۳۸۹: ۲۹). حقوق‌دانان غربی معمولاً جرایم جنسی را به سه دسته تجاوز جنسی بدون رضایت، جرایم آسیب‌زا برای اطفال و عقب‌افتادگان فکری (که چون قانون رضایت آن‌ها را معتبر نمی‌داند، حتی رضایت ایشان نیز از شدت جرم نمی‌کاهد) و جرایم مخالف «معیارهای مقبول اخلاقی» تقسیم می‌کنند (میرمحمدصادقی، ۱۴۰۰: ۵۰۰؛ اکرمی، ۱۳۹۵: ۵۶) که از مصادیق جرایم گروه آخر، تجاوز به محارم است (Elliott & Quinn, 2014: 132; Graupner, 2000: 23; Martin, 2014: 204) و در قوانین بسیاری از کشورها از شدت مجازات بیشتری نسبت به روابط با غیر محارم برخوردار است (شامبیاتی، ۱۳۹۷: ۴۶۴/۳؛ شیدائیان و نصرتی، ۱۳۹۷: ۱۷۸). از جمله در قانون مجازات فرانسه به موجب ماده ۲۴-۲۲۲، هتک ناموس به عنف، مستوجب ۱۵ سال حبس جنایی با اعمال شاقه است. اما به موجب بند ۴ ماده ۲۴-۲۲۲، هنگامی که هتک ناموس به عنف توسط یکی از والدین قانونی، طبیعی یا پدرخوانده صورت گیرد، ۲۰ سال حبس جنایی با اعمال شاقه را در پی خواهد داشت (حسینی و حیدری، ۱۳۹۰: ۱۰۷). تأثیر محرمیت در تشدید مجازات، منحصر به هتک ناموس به عنف نیست؛ بلکه سایر تهاجم‌های جنسی غیر از هتک ناموس نیز چنانچه توسط والدین قانونی طبیعی یا پدرخوانده یا مادرخوانده ارتکاب یابد، موجب می‌شود مجازات از ۵ سال حبس ساده و ۷۵ هزار یورو جزای نقدی به ۷ سال حبس ساده و ۱۰۰ هزار یورو جزای نقدی افزایش یابد (ماده ۲۷-۲۲۲ و بند ۲ ماده ۲۸-۲۲۲ ق.م.فرانسه). همین عمل چنانچه نسبت به کودک زیر ۱۵ سال صورت گیرد، موجب ۷ سال حبس ساده و ۱۰۰ هزار یورو جزای نقدی خواهد بود و اگر این عمل توسط والدین قانونی، طبیعی یا پدرخوانده صورت گیرد، ۱۰ سال حبس ساده و ۱۵۰ هزار یورو جزای نقدی به دنبال دارد (ماده ۲۹-۲۲۲ و بند ۲ ماده ۳۰-۲۲۲ ق.م.فرانسه).

لازم به ذکر است که در حقوق فرانسه، روابط جنسی صرفاً در مواردی که بدون رضایت طرف مقابل و در قالب هتک ناموس به عنف یا تهاجم جنسی صورت گیرد، وصف مجرمانه دارد و به تبع آن، روابط جنسی با محارم نیز در همین وضعیت موجب تشدید مجازات است و در غیر این صورت، روابط جنسی با محارم نیز همانند سایر موارد، کیفری در پی ندارد؛ چنان که در ماده ۲۲-۲۲۲ این قانون (مبحث سوم: تهاجم‌های جنسی) تصریح شده است: «هر تعرض جنسی ارتكابی همراه با خشونت، اجبار، تهدید یا تهییج، تهاجم جنسی به شمار می‌آید» و تهاجم جنسی به دو قسم «هتک ناموس به عنف» و «دیگر تهاجم‌های جنسی» تقسیم شده و برای مواردی که رابطه جنسی با تراضی باشد، کیفری تعیین نشده است (آقایی، ۱۴۰۰: ۱۷۶). در حالی که در قانون مجازات اسلامی، تفاوتی بین تراضی و عدم تراضی طرفین وجود ندارد و از حیث مجازات هم فقط عمل «زنا» با محارم مستوجب کیفر شدیدتر «قتل» است و در سایر موارد روابط جنسی، تفاوتی بین محرم بودن یا نبودن طرفین وجود ندارد (حسینی و حیدری، ۱۳۹۰: ۱۰۷).

## ۲-۲. رویه قضایی ایران

سردرگمی محاکم در برخی پرونده‌های مرتبط با این موضوع و طولانی شدن سیر قانونی پرونده و تکرار نقض و ابرام آراء صادره را می‌توان قرینه‌ای بر عدم پذیرش عرفی و قانونی این حکم و یا وجود خلأ قانونی و وجود راه فرار از این حکم دانست. برای نمونه در دادنامه ۱۸۴/۴۶۸ دادگاه عمومی جزایی مشهد، پرونده تجاوز به عنف مردی به دختر ناتنی خویش علی‌رغم چهار بار اقرار متهم و دلالت نتیجه آزمایش DNA بر رابطه ابوت متهم و طفل متولدشده، در دست‌انداز نقض و ابرام شعبات متعدد دادگاه عمومی و حتی دیوان عالی قرار گرفت و در آخر به استناد دلایلی هم چون قاعده درء و... حکم به برائت صادر شد. در نمونه‌ای دیگر، دختری ۱۹ ساله به نام ل.م. به موجب حکم مورخ ۱۳۸۳/۲/۶ شعبه ۲۵ محاکم عمومی اراک در پرونده شماره ۸۳/۶۵ به جهت ۴ بار اقرار به زنا با برادرانش به اعدام محکوم شد و پرونده روندی طولانی و با تغییرات متعدد وکلا و قضات و نقض و ابرام مکرر را سپری نمود<sup>۱</sup> و نهادهای بین‌المللی

1. <<https://www.iransos.com/gozaresh/04.05/leilamafi.html>>.

و مقامات کشورهای دیگر از جمله وزیر امور خارجه دانمارک نیز خواستار توقف حکم اعدام متهمه شدند<sup>۱</sup> و وکلای وی به دلایلی از جمله عدم رضایت وی به عمل انجام شده و قاعده درء، خواستار نقض حکم اعدام بودند. در این پرونده‌ها به عنوان نمونه‌ای از هزاران پرونده، مشاهده می‌شود که راه‌های اثباتی در بسیاری مواقع به قاعده درء ختم می‌شود و یا به دلیل اشدیت مجازات تعیین شده و در واقع دوران امر میان اعدام و برائت (و عدم وجود حد وسط) به ضمیمه عدم تمایل قضات به صدور حکم اعدام، علی‌رغم اثبات جرم، مفری یافت گردیده و حکم برائت صادر می‌شود. همچنین در بسیاری از موارد تجاوز برادر به خواهر، سن کم زانی و تطبیق موضوع با تبصره ۲ ماده ۶۵۸ ق.م.ا. موجب تبرئه وی می‌گردد؛ زیرا این احتمال وجود دارد که بزه‌دیده و بزه‌کار، ماهیت عمل انجام‌یافته یا حرمت عمل را به لحاظ سن کم درک نکرده باشند (اسپانلو و کلانتری، ۱۳۹۹: ۲۰۶). ساقط شدن ولایت پدر پس از اثبات جرم نیز یکی از موانع بسیار مهم پیش روی قضات در محکوم نمودن پدر متجاوز است (رزمان، ۱۳۹۵: ۸۶). حکم به اعدام پدر که در بسیاری از خانواده‌های ایرانی نان‌آور خانواده است، منجر به بی‌سرپرست شدن و فقر خانواده و یا بی‌سرپرست ماندن بزه‌دیده‌ای که با پدرش زندگی می‌کرده و دچار این آسیب از سوی پدر شده است، می‌گردد و غالباً قضات را در صدور حکم اعدام دچار چالش می‌کند. فقدان تعامل مناسب و همکاری نکردن سازمان‌های حمایتی مرتبط نیز از موانع صدور حکم اعدام است. در واقع، عواقب حکم سنگین اعدام برای خانواده، غالب بزه‌دیدگان و خانواده‌های مطلع را به سکوت و عدم گزارش و شکایت (خسروی، ۱۳۹۷: ۹۸)<sup>۲</sup> و نیز بسیاری از قضات را به حکم به برائت ناچار می‌نماید. گاهی نیز ابهام

1. <<https://www.radiofarda.com/a/292487.html>>.

۲. لیلا ۲۴ ساله از یک خانواده متوسط که از حدود ۹ سالگی آزارهای جنسی پدرش را تحمل کرده بود و علی‌رغم همه این مشکلات توانسته بود وارد دانشگاه شود، می‌گوید: «خیلی با خودم کلنجار رفتم، بارها می‌خواستم به پلیس زنگ بزنم یا پیش وکیل بروم، اما دلم برای مادر و خواهر و برادرانم می‌سوخت و منصرف می‌شدم و کارهایش را تحمل می‌کردم، اما دیگر توانستم». زینب ۱۷ ساله می‌گوید: «مادرم دو سال است که از این جریان خبر دارد، قرص اعصاب می‌خورد، اما التماس می‌کرد که به کسی نگویم، چون هر دویمان را اعدام می‌کنند و بدبختی‌هایمان بیشتر می‌شود». ترس از اعدام و مسکوت گذاشتن واقعه تجاوز مخصوصاً در تجاوزات برادر به خواهر شدیدتر نیز هست؛ زیرا والدین به خاطر هراس از اعدام فرزندانشان مانع شکایت و علنی کردن موضوع می‌شوند.

و نبود ضابطه مشخص برای تشخیص شاکی، موجب انتفاء رأی نهایی به محکومیت می‌گردد؛ برای نمونه، در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۲۰۰۴۰۸ مورخ ۱۳۹۳/۰۴/۰۷ صادره از شعبه ۲۲ دادگاه تجدیدنظر تهران، هرچند دادگاه بدوی متهمان را به دلیل شکایت همسایه‌ها بر ارتکاب روابط نامشروع محکوم نموده بود، اما شعبه مذکور به دلیل عدم وجود شاکی خصوصی، متهمان را تبرئه نمود.

در کنار همه این‌ها، دشواری اثبات این جرم (شهادت چهار مرد عادل که تقریباً ناممکن است و معمولاً این جرم در خفا روی می‌دهد، چهار بار اقرار نیز که غالباً مجرم با راهنمایی اطرافیان می‌فهمد که نباید اقرار کند) در بسیاری موارد به تبرئه متهم می‌انجامد. حتی طریق کارشناسی و پزشکی قانونی نیز حداکثر تا ۷۲ ساعت می‌تواند انتساب را معلوم کند، ولی قربانیان تجاوز به محارم معمولاً بلافاصله به مراجع انتظامی یا قضایی مراجعه نمی‌کنند و در بسیاری موارد نیز قضات به دلیل احتراز از جریحه‌دار شدن عفت عمومی و ترس از شکستن قبح آن، سعی می‌کنند با سد کردن راه‌های ممکن برای اثبات، تصویری بسیار منزّه از خانواده مقدس و جامعه اسلامی نمایش داده شود. در همه این موارد، اولاً بزه‌دیده عملاً با بی‌اعتنایی قانون نسبت به آسیبی که متحمل شده است، مواجه می‌شود و ثانیاً رها شدن بزه‌کار از بند قانون، در معرض خطر قرار گرفتن بزه‌دیده و حتی دیگران را موجب می‌گردد (جوان‌جعفری و شاهیده، ۱۳۹۳: ۵۳؛ رایجیان اصلی، ۱۳۹۶: ۱۵۹). کثرت وقوع این جرم در جامعه نیز نشان می‌دهد که تعیین چنین مجازاتی در تحقق هدف بازدارندگی مجازات‌ها کارایی چندانی نداشته است و علی‌رغم تقنین حکم اعدام، در عمل، قبح آن‌چنانی از سوی مرتکبان احساس نمی‌شود و عملاً به طرق قانونی، راه اعمال این حکم مسدود شده است.

لازم به ذکر است که در ارتباط با پرونده‌های زنای با محارم در کشور، هیچ‌گاه آماری منتشر نشده و صرفاً در بیانات پراکنده برخی مرتبطان به این حوزه، اشاراتی صورت گرفته است؛ برای نمونه در یکی از روزنامه‌های کشور، به نقل از رئیس انجمن آسیب‌های اجتماعی، تشکیل ۴۰۰۰ پرونده تجاوز برادر به خواهر و ۱۲۰۰ پرونده تجاوز پدر به دختر گزارش شده است که به گفته برخی جامعه‌شناسان، تنها مشتکی از نمونه خروار و غیر از هزاران موردی است که هرگز گزارش نشده‌اند (زارعی محمودآبادی، ۱۳۹۶: ۳۰۶).

در واقع، غالب موارد سوءاستفاده‌های جنسی از محارم به دلایل گوناگونی مانند در خفا انجام شدن و وجود رابطه خویشاوندی یا دوستی بین مجرم و قربانی، اساساً گزارش نمی‌شود (مالجو، ۱۳۸۸: ۱۰۳؛ متولیان، مالجو و فتحی، ۱۳۹۱: ۴۷). قتل پسر جوانی به نام صادق در سال ۱۳۹۲ توسط همسر صیغه‌ای خواهرش با این استدلال که مقتول در سال‌های پیش به خواهر خود تجاوز کرده بوده و دختر به دلیل اینکه خانواده از هم نپاشد، آن را مخفی کرده است، مثالی برای این مطلب است.<sup>۱</sup> اما به هر حال نمونه‌هایی از این واقعه را می‌توان در اخبار یافت.<sup>۲</sup>

علاوه بر همه این موارد، نارسایی قانونی سبب شده است در بسیاری از مواردی هم که گزارش می‌شود، با وجود چالش‌های عرفی، قضایی و خانوادگی، ضعف حمایتگری قانونی و روانی از آسیب‌دیده و برچسب‌زنی‌های بعد از آن، مراجعه‌کننده دچار پشیمانی گردد (باشگاه خبرنگاران جوان، ۱۳۹۵)؛ چنان که بزه‌دیده تجاوز موضوع دادنامه شماره ۴۲۲ مورخ ۱۳۹۶/۱۲/۱۵ شعبه دوم دادگاه کیفری یک استان گلستان، مبادرت به خودکشی منجر به فوت نموده است.

لازم به ذکر است که بر اساس بندهای الف و ب ماده ۲۰۷ قانون مجازات عمومی سال ۱۳۰۴، چنانچه زنا با محارم با عنف و تهدید صورت می‌گرفت یا در صورت عدم عنف و تهدید و چنانچه زانیه بین ۱۵ تا ۱۸ سال سن داشت، مجازات مرتکب عبارت بود از حبس ابد با اعمال شاقه (جوانمرد، ۱۳۹۵: ۳۹؛ چلبی، ۱۳۹۰: ۲۱۵). همچنین بر اساس بند ج، چنانچه زنا با محارم از روی رضایت بود و زن بیش از ۱۸ سال سن داشت، مجازات هر کدام ۱۰ تا ۱۵ سال حبس با اعمال شاقه بود. اما در قوانین مجازات اسلامی سال‌های ۱۳۷۰ و ۱۳۹۲، نظر به اینکه مقدمه قانون اساسی به قانون‌گذار

1. <<https://gilkhabar.ir/182769>>.
2. <<https://www.talab.org/news/events/پدری-دختر>>;  
<<https://www.jamaran.news/fa/tiny/news-1197213>>;  
<<https://www.rokna.net/fa/tiny/news-689059>>;  
<<https://www.didarnews.ir/fa/news/22480>>;  
<<https://www.isna.ir/news/1400013118564>>;  
<<https://www.borna.news/fa/tiny/news-911295>>;  
<<https://fararu.com/fa/news/393678>>.

تکلیف کرده که ضابطه‌های مدیریت اجتماعی بر مبنای قرآن و سنت را رعایت کند و اصل دوم این قانون نیز حکومت را بر پایه ایمان به خدای یکتا و وحی الهی استوار دانسته است، توجه به اجتهاد مستمر فقهای عظام در تدوین قوانین به ویژه قانون مجازات، ضروری دانسته شده است (یوسفوند و محمدی مقدم، ۱۳۹۷: ۱۸۶؛ شیدائیان، ۱۳۹۷: ۱۲۵). به همین دلیل به پیروی از فقه، زنا با محارم نسبی، مستوجب قتل شناخته شده است. رضایت یا عدم رضایت مفعول در رابطه واقع شده صرفاً در اثبات و نفی مجازات خود وی اثرگذار است و تأثیری در حکم اعدام زانی ندارد.

### ۲-۳. ایرادات وارد بر مجازات قتل زانی با محارم

قانون‌گذار ایران بر خلاف نظام‌های حقوقی دیگر که گذشت، تنها در عمل «زنا»، «با محارم» بودن را مستوجب کیفر شدیدتر «قتل» دانسته و در سایر موارد روابط جنسی، تفاوتی بین محرم بودن یا نبودن طرفین قائل نشده است (حسینی و حیدری، ۱۳۹۰: ۱۱۵). همچنین علی‌رغم اینکه تلاش قانون‌گذار در تعیین مجازات، انطباق مقررات بر احکام شرعی بوده است، به نظر می‌رسد در تعیین مجازات اعدام برای زانی با محارم، این مقصد به درستی محقق نشده و این مقرر به بدون توجه به دیگر فتاوی موجود، در قانون مجازات جانمایی شده است. در حالی که قانون‌گذار نمی‌تواند صرفاً با انعکاس یک فتوای فقهی در متن قانون و بدون توجه به فتاوی مخالف که ممکن است با شرایط زمانی و مکانی فعلی سازگارتر باشند، مدعی اسلامی کردن قوانین باشد (میرمحمدصادقی، ۱۴۰۰: ۲۲۰؛ کلارکسون، ۱۳۷۱: ۲۲۵). توجه به این مهم نیز ضروری است که کاربرد و اثر مجازات، منوط به اجرای کامل آن است و اصل قطعیت و حتمیت مجازات‌ها، یکی از اصول شناخته‌شده می‌باشد و جمله مشهور «وقتی گریز از کیفر محال باشد، ملایم‌ترین رنج‌ها نیز روح بشر را متوحش می‌سازد» (بکاریا، ۱۳۶۸: ۹۹)، نشان‌دهنده اهمیت این موضوع است. در مقابل، اگر جرم‌انگاری و تعیین مجازات بر مبنای اصول مبرهن شکل نگرفته باشد، این ضعف و تزلزل و تشویش ذهن قانون‌گذار در مرحله اجرای مجازات نمایان می‌گردد (حیدری و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۲۶؛ رستمی و قربان‌پور، ۱۳۹۹: ۱۵۷). این اتفاق را می‌توان با نگاهی به ماده ۱۷۳ ق.ا.م.ا. که انکار پس از اقرار را در

جرایم حدی مستوجب رجم و قتل پذیرفته و آن را یکی از اسباب سقوط مجازات می‌داند، در مورد مجازات اعدام برای زانی با محارم مشاهده نمود که قانون‌گذار از سویی شدیدترین مجازات را برای این عمل مقرر نموده و از سوی دیگر به راحتی راه فرار مجرم را در اختیار وی قرار داده است. علاوه بر آن، با توجه به اینکه مجتهد معتقد به اجتهاد پویا باید قادر باشد ضمن تقید به محکمت، به مقتضای روز اندیشیده، به زبان روز سخن گفته و مشکلات حقوقی جامعه را برطرف نماید. مقتضیات زمان و مکان و انتقادهای برآمده از دیدگاه‌های حقوق بشری،<sup>۱</sup> بازنگری در برخی احکام فقهی مبنای مجازات‌ها از جمله حکم موضوع بحث را ضروری می‌سازد (رضائی، ۱۳۷۷: ۱۲۱). برای نمونه می‌توان به قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل در محکومیت «نقض سیستماتیک حقوق بشر در ایران» در قطعنامه شماره GA/10801 69-54-57 آبان‌ماه ۱۳۸۸<sup>۲</sup> با رأی ۷۴ و در قطعنامه شماره GA/SHC/4339 آبان‌ماه ۱۴۰۰<sup>۳</sup> با رأی اشاره کرد که مشخصاً یکی از موارد ابرازشده در آن‌ها، نگرانی این سازمان در خصوص کثرت مجازات اعدام در ایران است. سازمان عفو بین‌الملل نیز با ابراز نگرانی، افزایش اعدام در ایران را دلیل اصلی افزایش بیست درصدی آمار جهانی اعدام دانسته و اعلام کرد ۵۴ درصد اعدام‌های سال ۲۰۲۱ در ایران صورت گرفته است. این نکته نیز نباید مغفول واقع شود که امروزه هدف اصلی در حقوق جزا، اصلاح بزهکار و برخورد با او به مثابه یک بیمار است (Hart, 1958: 408; Baker, 2016: 165) و به همین علت، مجازات قتل که سبب حذف مرتکب از صحنه جامعه می‌گردد، باید تنها در مواردی به اجرا درآید که دیگر هیچ امیدی به اصلاح بزهکار وجود نداشته باشد؛ چنان‌که افلاطون معتقد بود اعدام باید تنها در مواردی اعمال شود که مجرم اصلاح‌ناپذیر است (Hood, 2022).

علاوه بر همه این‌ها، زانی با محارم از این حیث که یکی از مصادیق اصلی خشونت علیه زنان محسوب می‌شود - و به قول یکی از نویسندگان: «آشنایان و عاشقان زنان برای

1. <<https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>>.
2. <<https://undocs.org/en/A/RES/63/191>>.
3. <<https://www.un.org/press/en/2021/gashc4339.doc.htm>>.



آن‌ها خطرناک‌تر از بیگانگان در خیابان هستند» (Edward, 2002: 18).- نیز نیازمند واکاوی از نگاه علوم مختلف حقوق، جامعه‌شناسی، مردم‌شناسی و... است که خود تحقیقی مستقل و وسیع می‌طلبد. لکن باید توجه نمود که انحصار مجازات بزهکار به اعدام و در نتیجه دوران امر بین برائت و اعدام و عدم وجود حد وسط و مجازات‌های تعدیل‌شده دیگر، مخالف نگاه حمایتی به زنان جامعه و با توجه به پیش‌گفته‌ها، در معرض خطر بیشتر قرار دادن ایشان است که خود مؤیدی دیگر بر لزوم بازنگری در این مقررۀ قانونی می‌باشد.

### نتیجه‌گیری

ماده ۲۲۴ قانون مجازات جمهوری اسلامی ایران به تبعیت از نظر غالب فقها، زانی با محارم را یکی از مستحقان مجازات اعدام دانسته است. در سطور گذشته، عمده مستندات این حکم بازخوانی و ملاحظه شد که علی‌رغم اتحاد نظر غالب فقها در استحقاق مرگ زانی با محارم، ادله وارده در این خصوص دارای مضامین و محتوای پراکنده بوده و بسیاری از حیث اصالت صدور، از اعتبار پایینی برخوردارند. با توجه به اینکه قرآن، ۱- در این موضوع به خصوص، تصریح به حکم خاصی ندارد، ۲- به صورت مطلق، مجازات زناکار را شلاق اعلام کرده است، ۳- مجازات کنیز زناکار را نصف مجازات زن آزاد در همین جرم دانسته است، برداشت حکم از روایات وارده نیازمند دقت نظر و توجهی ویژه است؛ به خصوص اینکه باید روایات وارده از چنان قوت و استحکامی برخوردار باشند که توانایی تخصیص عموماً قرآنی را داشته و بتوانند آن‌ها را محدود نمایند.

همچنین حکم به نصف بودن مجازات کنیز در آیه شریفه ۲۵ نساء، این سؤال را در ذهن مخاطب ایجاد می‌کند که نصف مجازات قتل چگونه اجرا می‌شود و آیا اساساً قابلیت اجرا دارد؟ در حالی که اگر مجازات چنین مجرمی، همان «صد ضربه» که قرآن فرموده می‌بود، به راحتی نصف آن در مورد کنیز اجرا می‌گشت. نباید فراموش نمود که در طلب تعیین تکلیف اصحاب ائمه در تحیر میان روایات متعارض، بارها امام معصوم اولین ملاک عدم پذیرش و ردّ روایت را مخالفت با قرآن اعلام نموده است. بنابراین باید گفت که در مقام تعارض، آن دسته از روایاتی که مجازات زانی با محارم را

همان مجازات عام زنا اعلام می‌دارند، علی‌رغم هجران اصحاب از مضمون آن، به جهت موافقت با کتاب شریف، مرجح بر بقیه روایات بوده و روایات مخالف این حکم از اعتبار ساقط می‌گردند؛ به ویژه اینکه در کلام فقها برای اعراض از مضمون این روایات، دلیل قانع‌کننده‌ای به چشم نمی‌آید.

در کنار همه این‌ها باید حساسیت و دقت نظر فراوان اسلام در مسئله حرمت خون مسلمان و لزوم رعایت جوانب احتیاط در این موضوع را مورد توجه قرار داد و این نکته را مدنظر داشت که صدور حکم به جواز ریختن خون مسلمان، نیازمند ادله و حجج بسیار محکم و دارای قوت بالاست که توان تخصیص ادله حرمت خون را داشته باشد و نمی‌توان با استناد به روایاتی که معارضاتش هم کم نیست، حکم به این تخصیص نمود و چنین مجوزی صادر کرد. حتی نزد آن فقهای که این دسته از روایات را کنار نهاده‌اند نیز با توجه به بی‌اعتباری سندی روایات دال بر قتل، با کنار هم قرار دادن روایات ضرب به شمشیر و روایات حبس در صورت زنده ماندن، باید در حمل «ضرب به شمشیر» بر لزوم کشتن مجرم تجدیدنظر نموده و در استناد فتوا، به تخصیص اولی حرمت خون مسلمان و عموماً تعیین مجازات زنا با روایاتی این‌چنینی که علاوه بر اسناد نه چندان مطمئن، دارای معارضات متعدد هستند، تردید جدی و تأملی تازه روا دارند. همچنین علی‌القاعده قبح شدید عقلایی چنین کنشی، اخراج آن از دایره اصل لزوم تناسب جرم و مجازات را سبب نشده و نمی‌توان بدون دلیل متقن، مرتکب فعل قبیحی را مستحق مرگ دانست. علاوه بر موارد پیش گفته، تعارضات متعدد این حکم با سایر اصول و اهداف حقوق جزا، مانند اصل قطعیت و حتمیت مجازات‌ها و تعریف هدف «درمان مجرم به مثابه بیمار به جای آزار» برای جعل مجازات و مورد هجمه شدید جامعه جهانی و انتقادات حقوق بشری نظام بین‌الملل قرار گرفتن احکام این‌چنینی و بالمآل اصل دین اسلام که در واقع آیین رحمت و عطف و مؤسس آن به تصریح قرآن «رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ» (انبیاء/ ۱۰۷) است، تردید در این حکم را به دنبال می‌آورد.

به علاوه، بنا به تجربه، مجازاتی که باید یکی از مهم‌ترین ضمانت‌های تأمین فوری امنیت برای قربانیان سوء رفتارهای جنسی باشد، نه تنها تا کنون قادر به بازپروری مجرمان و تأمین امنیت برای قربانیان چنین سوء رفتارهای جنسی نبوده است، بلکه فقط می‌تواند

به برانگیختن هر چه بیشتر خشم و خشونت و یا پنهان نگاه داشتن و پرهیز زنان از واکنش فعال نسبت به این گونه آزارها منجر شود. این قوانین کیفی کاملاً جنبه تنبیهی دارد و حاوی برنامه‌هایی تربیتی نیست که مثلاً بتواند آموزش لازم را برای مجرمان جهت رفتار صحیح در خانواده فراهم کند. باید در میزان این مجازات‌ها و تأثیر عملی آن‌ها بازنگری، و مجازات‌های دیگر از قبیل زندان جایگزین اعدام شود تا در عمل تأثیر بیشتری داشته باشد. البته مشروط به آنکه زندان را مکانی بدانیم که به فرد مجرم فرصتی می‌دهد تا با استفاده از ابزارهای اصلاحی به بازپروری خود پردازد که یقیناً در کنار آن باید سایر سازمان‌ها نیز اقدامات حمایتی لازم را انجام دهند و این خلأ عدم کنش‌های متقابل بین سازمانی برطرف شود؛ چرا که مسئله تجاوز صرفاً یک مسئله حقوقی نیست، بلکه یک مشکل اجتماعی است که نظام حقوقی به تنهایی قادر به حل آن نمی‌باشد. بنابراین با عنایت به اثبات مخدوش بودن دلایل این حکم فقهی در سطور سابق، لازم است قانون‌گذار به بازنگری این حکم اقدام نماید. برآورد موارد یادشده، تقویت احتمال عدم توجه قانون‌گذار به سیاست‌های کلان جنایی در موضوع مورد بحث است که آسیب‌شناسی چنین رویه‌ای خود مجالی وسیع می‌طلبد.

## کتاب‌شناسی

۱. قرآن کریم.
۲. آقایی، مهدی، رسیدگی به جرایم منافی عفت (با نگرشی کاربردی)، تهران، قوه قضاییه، ۱۴۰۰ ش.
۳. ابن ابی‌جمهور احسایی، محمد بن زین‌الدین علی بن ابراهیم، *عوالی اللثالی العزیزیه فی الاحادیث الدینیّه*، قم، دار سیدالشهداء (عج)، للنشر، ۱۴۰۳ ق.
۴. ابن ادريس حلّی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاووی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۵. ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحریر، *المهذب فی الفقه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۶. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، *الوسیله الی نیل الفضیله*، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ق.
۷. ابن داود حلّی، تقی‌الدین حسن بن علی، *کتاب الرجال (رجال ابن داود)*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۳ ش.
۸. ابن زهره حلبی، سیدحمزه بن علی حسینی، *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۳۷۷ ش.
۹. ابن سعید حلّی، یحیی، *الجامع للشرائع*، قم، مؤسسه سیدالشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ ق.
۱۰. ابن غضائری، احمد بن حسین بن عبیدالله بن ابراهیم ابی‌الحسین واسطی بغدادی، *الرجال لابن الغضائری*، تهران، دار الحدیث، ۱۴۲۲ ق.
۱۱. ابن فارس، ابوالحسین احمد، *معجم المقاییس فی اللغة*، چاپ دوم، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۸ ق.
۱۲. ابوصلاح حلبی، تقی‌الدین بن نجم‌الدین، *الکافی فی الفقه*، تصحیح رضا استادی، اصفهان، کتابخانه امیرالمؤمنین (ع)، ۱۴۰۳ ق.
۱۳. اسپانلو، محمود، و کیومرث کلانتری، «جبران خسارت بزه‌دیده مدعی تجاوز جنسی پس از تبرئه متهم در حقوق ایران»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال هشتاد و چهارم، شماره ۱۱۰، تابستان ۱۳۹۹ ش.
۱۴. اسدی، لیلیاسادات، و علی دژخواه، *حقوق کیفری خانواده*، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۹۸ ش.
۱۵. 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 (پیاپی ۷)، بهار ۱۳۹۵ ش.
۱۶. امام، سیدمحمدرضا، سیدمحمد حسینی، و سیدمحمود هل‌اتائی، «بازخوانی ادله مشروعیت اعدام در زنا با محارم»، *فصلنامه فقه و اصول*، سال چهل و هشتم، شماره ۱۰۵، تابستان ۱۳۹۵ ش.
۱۷. ایروانی، محمداقبر، *دروس تمهیدیة فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری*، قم، مؤسسه الفقه، ۱۴۲۲ ق.
۱۸. باتر، انیک، و سیدامید ساعدی، «ممنوعیت رابطه جنسی بین محارم»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، سال هشتم، شماره ۴۱، تابستان ۱۳۸۴ ش.
۱۹. باشگاه خبرنگاران جوان، «شوک تکان‌دهنده تجاوز به محارم»، ۱۳۹۵ ش.، قابل دسترسی در وبگاه: <https://www.yjc.ir/fa/news/5715274>.
۲۰. بحرالعلوم طباطبایی، محمد مهدی بن مرتضی، *رجال السید بحرالعلوم، المعروف بالفوائد الرجالیه*، تهران، مکتبه الصادق، ۱۳۶۳ ش.
۲۱. بحرانی توبلی، سیدهاشم بن سلیمان، *تنبیهاث الاریب فی رجال التهنذیب*، نسخه خطی، بی‌جا، بی‌نا، ۱۲۰۳ ق.
۲۲. بکاریا، سزار، *رساله جرایم و مجازات‌ها*، ترجمه محمدعلی اردبیلی، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۶۸ ش.

۲۳. تفتازانی، سعدالدین مسعود بن عمر، *مختصر المعانی*، قم، دار الفکر، ۱۳۷۶ ش.
۲۴. تمیمی مغربی، قاضی ابوحنیفه نعمان بن محمد بن منصور، *دعائم الاسلام و ذکر الحلال و الحرام و القضايا و الاحکام*، چاپ دوم، قاهره، دار المعارف، ۱۳۸۳ ق.
۲۵. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۲۶. جوان جعفری، عبدالرضا، و فرهاد شاهیده، «نقش زنان بزه دیده در ارتکاب جرایم جنسی»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال دوم، شماره ۷، تابستان ۱۳۹۳ ش.
۲۷. جوانمرد، بهروز، «رویه های قضایی و نظریه های مشورتی پیرامون جرم رابطه نامشروع»، *دوفصلنامه رویه قضایی (حقوقی کیفری)*، سال اول، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۵ ش.
۲۸. چلبی، ارژنگ، «تحلیل حقوقی - جرم شناختی تجاوز به عنف»، *آموزه های حقوق کیفری*، سال هشتم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۰ ش.
۲۹. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه الى تحصیل مسائل الشریعه*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۹۴ م.
۳۰. حسینی، سیدمحمد، و علی مراد حیدری، «تأثیر خویشاوندی در جرم زنا»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی (فصلنامه حقوق سابق)*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، سال چهل و یکم، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۰ ش.
۳۱. حیدری، فریبرز، حسن شاه ملکپور، و عباس سلمان پور، «تحولات تقنینی جرم زنا در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، *پژوهشنامه حقوق کیفری*، سال نهم، شماره ۱ (پیاپی ۱۷)، بهار و تابستان ۱۳۹۷ ش.
۳۲. خسروی، خلیل، *جرایم جنسی علیه زنان در عرصه بین المللی*، تهران، قانون یار، ۱۳۹۷ ش.
۳۳. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، چاپ دوم، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۳۵۵ ش.
۳۴. درویش، محیی الدین، *اعراب القرآن الکریم و بیانه*، بیروت، دار ابن کثیر، ۲۰۱۴ م.
۳۵. دلماش - مارتی، می ری، *نظام های بزرگ سیاست جنایی*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۳۶. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، *المفردات فی غریب القرآن*، تهران، مرتضوی، ۱۴۱۲ ق.
۳۷. رایجیان اصلی، مهرداد، *بزه دیده شناسی (تحولات بزه دیده شناسی و علوم جنایی)*، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۶ ش.
۳۸. رزمان، علی، *بررسی کیفری جرائم جنسی و منافی عفت با نگاهی بر فضای سایبر*، تهران، قانون یار، ۱۳۹۵ ش.
۳۹. رستمی، هادی، و ناصر قربان پور، «ادارسی اختصاری در جرایم جنسی (چالش ها و راهکارها)»، *مجله پژوهش های حقوق جزا و جرم شناسی*، سال هشتم، شماره ۱۶، پاییز و زمستان ۱۳۹۹ ش.
۴۰. رضائی، حسن، «نقش مقتضیات زمان و مکان در حقوق کیفری اسلامی»، *دوفصلنامه دین و ارتباطات*، سال چهارم، شماره ۸، زمستان ۱۳۷۷ ش.
۴۱. زارعی محمودآبادی، مهدی، «واکاوی بزه پوشی در قوانین کیفری ایران»، *مطالعات حقوق*، سال دوم، شماره ۱۷، زمستان ۱۳۹۶ ش.
۴۲. زحیلی، وهبه بن مصطفی، *الفقه الاسلامی و ادلته*، دمشق، دار الفکر، ۱۴۰۴ ق.

۴۳. سلار دیلمی، ابویعلی حمزة بن عبدالعزيز، *المراسم العلویة والاحکام النبویه*، قم، المعاونة الثقافية للمجمع العالمی لاهل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
۴۴. سلیمانی، حسین، «حدود شرعی در پرتو اصل قانونمندی قوانین کیفری، با نگاهی تطبیقی به فقه شیعه و اهل سنت»، *دوفصلنامه حقوق تطبیقی*، سال هفتم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۹ ش.
۴۵. سید مرتضی علم الهدی، علی بن حسین موسوی، *الانصار فی انفرادات الامامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۹۹۴ م.
۴۶. شامبیاتی، هوشنگ، *حقوق جزای اختصاصی (جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص)*، چاپ دوم، تهران، مجلد، ۱۳۹۷ ش.
۴۷. شبیری زنجانی، سیدموسی، *کتاب نکاح*، قم، رای پرداز، ۱۴۱۹ ق.
۴۸. شیدائیان، مهدی، و زینب شیدائیان، «رویکرد قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ به جرایم منافی عفت»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال هشتاد و دوم، شماره ۱۰۱، بهار ۱۳۹۷ ش.
۴۹. شیدائیان، مهدی، و یزدان نصرتی، «شناسایی و چالش‌های تعقیب کیفری با نگاهی به حقوق انگلستان»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، سال بیست و سوم، شماره ۸۲، تابستان ۱۳۹۷ ش.
۵۰. صدوق، ابوجعفر محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *المقنع*، قم، مؤسسه امام هادی علیهم السلام، ۱۴۱۵ ق.
۵۱. همو، *عیون اخبار الرضا علیهم السلام*، تهران، جهان، ۱۴۰۳ ق.
۵۲. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۳۷۸ ش.
۵۳. طبرسی، امین الاسلام ابوعلی فضل بن حسن، *المؤتلف من المختلف بین ائمة السلف*، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۵۴. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الاستبصار فیما اختلف من الاخبار*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۴۹ ق.
۵۵. همو، *العدة فی اصول الفقه (عدة الاصول)*، قم، بی نا، ۱۴۰۳ ق.
۵۶. همو، *الفهرست*، تحقیق عبدالعزیز طباطبایی، قم، مکتبه المحقق الطباطبائی، ۱۴۲۰ ق.
۵۷. همو، *تهذیب الاحکام*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۶ ش.
۵۸. همو، *رجال الطوسی*، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۷ ق.
۵۹. همو، *کتاب الخلاف فی الفقه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۷ ش.
۶۰. عبدالفتاح، عزت، «جرم چیست و معیارهای جرم‌انگاری کدام است؟»، ترجمه و توضیح اسماعیل رحیمی نژاد، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۴۱، زمستان ۱۳۸۱ ش.
۶۱. علامه حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *خلاصة الاقوال فی معرفة الرجال (رجال العلامة الحلی)*، قم، نشر الفقاهه، ۱۴۱۷ ق.
۶۲. همو، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق. (الف)
۶۳. همو، *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق. (ب)
۶۴. فاضل آبی، زین‌الدین حسن بن ابی طالب یوسفی، *کشف الرموز فی شرح المختصر النافع*، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۶۵. فاضل مقداد، جمال‌الدین مقداد بن عبدالله سیوری حلی، *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.

۶۶. فاضل هندی، بهاء‌الدین محمد بن حسن اصفهانی، *کشف اللثام والابهام عن قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۶۷. فراهیدی، خلیل بن احمد، *کتاب العین*، تحقیق مهدی مخزومی و ابراهیم سامرائی، قم، دار الهجره، ۱۴۰۵ ق.
۶۸. قرشی، باقر شریف، *حیة الامام زین العابدین؛ دراسة وتحلیل*، بیروت، دار الاضواء، ۱۹۸۸ م.
۶۹. قهپایی، عنایة‌الله علی، *مجمع الرجال*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ش.
۷۰. کشتی، ابوعمر و محمد بن عمر بن عبدالعزیز، *اختیار معرفة الرجال المعروف برجال الکشتی*، قم، آل البيت (علیهم‌السلام)، ۱۴۰۳ ق.
۷۱. کلارکسون، کریستوفر ام، *تحلیل مبانی حقوق جزای عمومی*، ترجمه و توضیح حسین میرمحمدصادقی، تهران، جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۱ ش.
۷۲. کلباسی، ابوالهدی، *سماء المقال فی علم الرجال*، قم، مؤسسه ولی العصر (علیهم‌السلام) للدراسات الاسلامیه، ۱۴۱۹ ق.
۷۳. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران، دار الحدیث، ۱۳۷۵ ق.
۷۴. مالجو، محسن، «تجاوز به محارم: زمینه‌ها، استراتژی‌های متجاوز و واکنش‌های بزه‌دیده»، *فصلنامه رفاه اجتماعی*، سال نهم، شماره ۳۴، پاییز ۱۳۸۸ ش.
۷۵. متولیان، علی محمد، محسن مالجو، و مهدی فتحی، *کودک‌آزاری*، تهران، رنگین قلم، مؤسسه نوپژوه، ۱۳۹۱ ش.
۷۶. مجلسی اول، محمدتقی بن مقصودعلی، *الوجیزة فی الرجال*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۲۰ ق.
۷۷. همو، *روضه المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، کوشانپور، ۱۴۰۶ ق.
۷۸. مجلسی دوم، محمدباقر بن محمدتقی، *مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول*، تحقیق سیدهاشم رسولی محلاتی، چاپ دوم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۴ ق.
۷۹. همو، *ملاذ الاخبار فی فهم تهذیب الاخبار*، قم، کتابخانه آیة‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ق.
۸۰. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، *شراعیة الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۸۱. مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، قم، دفتر نشر اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۸۲. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، *المقننه*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
۸۳. مکارم شیرازی، ناصر، *انوار الفقاهة (کتاب الحدود و التعزیرات)*، قم، مدرسه الامام علی بن ابی‌طالب (علیهم‌السلام)، ۱۳۷۷ ش.
۸۴. منتظری، حسینعلی، *الحدود فی مباحث الزنا و اللواط و السحق و القیاده*، قم، دار الفکر، ۱۳۵۸ ش.
۸۵. مؤذنی بیستگانی، حمید، و محمدرضا کیخا، «ارزیابی انتقادی مستندات حکم اعدام در زنا با همسر پدر (بند ب ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲)، *آموزه‌های حقوق کیفری*، سال هفدهم، شماره ۱۹، بهار و تابستان ۱۳۹۹ ش.
۸۶. موسوی بجنوردی، محمد، «آیا سنگسار واقعاً یک حکم اسلامی است» (مصاحبه)، ۱۳۸۶/۵/۷ ش.
- قابل دستیابی در وبگاه عصر ایران به نشانی: <https://www.asriran.com/fa/news/22589>.
۸۷. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، قم، اسلامی، ۱۳۷۴ ش.

۸۸. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲ ق.
۸۹. همو، *معجم رجال الحدیث و تفصیل طبقات الرواة*، بیروت، الثقافة الاسلامیة فی العالم، ۱۴۰۳ ق.
۹۰. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*، قم، دفتر معظم له، ۱۹۹۲ م.
۹۱. میر محمد صادقی، حسین، *حقوق کیفری اختصاصی ۱؛ جرایم علیه اشخاص*، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۴۰۰ ش.
۹۲. نجاشی اسدی کوفی، ابوالعباس احمد بن علی بن احمد بن عباس، *رجال النجاشی (فهرست اسماء مصنفی الشیعه)*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۹۳. نجفی، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.
۹۴. نجفی توانا، علی، و فهیم مصطفی زاده، «جرم انگاری در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران»، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، سال پنجم، شماره ۸، بهار و تابستان ۱۳۹۲ ش.
۹۵. نراقی، میرزا ابوالقاسم، *شعب المقال فی درجات الرجال*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۹۶. نوبهار، رحیم، *اهداف مجازات ها در جرایم جنسی؛ چشم اندازی اسلامی*، قم، علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹ ش.
۹۷. نوری طبرسی، حسین بن محمد تقی، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، لاحیاء التراث، ۱۳۷۳ ش.
۹۸. وحید بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل، *حاشیة مجمع الفائدة و البرهان*، قم، مؤسسه العلامة المجدد الوحید البهبهانی، ۱۴۱۷ ق.
۹۹. یوسفوند، مهدی، و یحیی محمدی مقدم، *جرایم جنسی از دیدگاه جرم شناسی و فقه امامیه*، تهران، مدید، ۱۳۹۷ ش.
100. Baker, Dennis J., "The Right Not to be Criminalized. Demarcating Criminal Law's Authority", London, Routledge, 2016.
101. Edward, Robyn, *Violence Against Women and Crime Prevention*, University of Sydney, 2002.
102. Elliott, Catherine & Frances Quinn, *Criminal Law*, 10<sup>th</sup> Ed., England, Pearson Education Limited, 2014.
103. Graupner, Helmut, "Sexual Consent, The Criminal Law in Europe and Outside of Europe", *Journal of Psychology & Human Sexuality*, Vol. 29(5), 2000.
104. Hart, Henry M., Jr., "The Aims of the Criminal Law", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 23, 1958.
105. Hood, Roger, "capital punishment", *Encyclopedia Britannica*, 2022, <<https://www.britannica.com/topic/capital-punishment>>.
106. Jestaz, Philippe, "La parenté (Conférence Wainwright)", *Revue de droit de McGill*, Vol. 41(2), 1996.
107. Martin, Jacqueline, *Criminal Law (Key Facts Key Cases)*, 1<sup>st</sup> Ed., London, Routledge, 2014.



## موجز المقالات

### حظر استخدام الأسلحة البيولوجية

#### من منظور القانون الجنائي الدولي والإسلام

- على أصغر آقالر (طالب دكتوراه في القانون الدولي)
- مسعود راعي (أستاذ مشارك بجامعة آزاد الإسلامية، فرع نجف آباد، اصفهان)

إذا تمّ استخدام عوامل بيولوجية وسامة وضارة كأسلحة في النزاعات المسلحة والعمليات الإرهابية، يتمّ تصنيف هذا العامل كسلاح بيولوجي. الأسلحة البيولوجية التي لها تاريخ في الاستخدام في الأعمال الإرهابية والصراعات العسكرية تحظى باهتمام الدول المتقدمة. نظرًا للخصائص الفريدة لهذه الأسلحة فإنّ استعمالها يعتبر تهديدًا خطيرًا لصحة الإنسان وسلام وأمن المجتمع الدولي. إنّ خطر هذه الأسلحة أكبر من خطر الأسلحة النووية والكيميائية لأنها قادرة على التسبب في تدمير عشرات الملايين من الناس في فترة وجيزة من الزمن، والمضاعفات الناتجة يمكن أن تنتقل إلى الأجيال القادمة. وقد أظهرت نتائج هذه الدراسة التي تمت لمنهج وصفي - تحليلي أنّه بالنظر إلى أنّ الأسلحة البيولوجية لم تكن موجودة وقت ظهور الإسلام بشكلها الحالي، لكن

الأساس النظريّ المقبول لحظر استخدام مثل هذه الأسلحة والمعاقبة عليها يستند إلى قواعد مماثلة نسيئاً في الشريعة الإسلاميّة والنظام الجنائيّ الدوليّ؛ لذلك ومن أجل حظر استخدام مثل تلك الأسلحة وكما أنّه من الممكن الاستناد إلى الوثائق الدوليّة المختلفة، فإنّه يمكننا اللجوء إلى التعاليم الإسلاميّة وأحكام الشريعة. الأحكام والقواعد التي تشير إلى معايير حقوق الإنسان والقانون الإنسانيّ وتتفق مع الشريعة العقلانيّة ومصالح المجتمع البشريّ.

الكلمات الأساسيّة: جرائم الحرب، الجريمة ضدّ البشريّة، القانون الجنائيّ الدوليّ، القانون الإسلاميّ، الأسلحة البيولوجيّة.

## الوقاية من تكرار الجريمة عن طريق الذكاء الاصطناعيّ: المتطلّبات والقيود

□ شهرام إبراهيمي

□ أستاذ مشارك في قسم القانون الجنائيّ وعلم الإجرام بجامعة شيراز

لا يخفى على أحد النموّ المحيّر لاستخدام الذكاء الاصطناعيّ في مجالات النقل والصحة وما إلى ذلك. كما أنّ نظام العدالة الجنائيّة اليوم يلجأ إلى تلك الأداة التكنولوجيّة لحلّ بعض قضاياها ومشاكله في مجال منع الجريمة. إنّ الوقاية من تكرار الجريمة وتوقّع الإصلاح الجنائيّ بعيداً عن الاعتبار الشخصية والذاتيّة أو تقييم احتمال تكرار الجريمة أثناء التعليق أو الإفراج المشروط أو غيرها من المؤسّسات القابلة للتطبيق في سياق المجتمع، هي دائماً مسألة أساسيّة لرجال القانون وعلماء الجريمة والقضاة والشرطة أيضاً. لحلّ هذه المشكلة هل يمكننا الاعتماد على قدرات الذكاء الاصطناعيّ للتنبؤ بسلوك الشخص المستقبليّ بناءً على ماضيه؟ تظهر نتائج البحث أنّه على الرغم من هذا الأمر ممكن من الناحية التقنية ومتطلّباته متاحة، غير أنّ تنفيذه غير ممكن بأيّ ثمن. وتوضيح ذلك أنّه من أجل تجنّب أيّ انتهاك محتمل لمبادئ القانون الجنائيّ الراسخة فإنّه من الضروريّ مراعاة القيود القانونيّة الموضوعيّة والرسميّة وكذلك الأخلاقيات المهنيّة. بعبارة أخرى من الممكن استخدام تدابير لمنع تكرار الجريمة من خلال الذكاء الاصطناعيّ في ضوء تلك القيود.

الكلمات الأساسية: الذكاء الاصطناعي، الخوارزمية، الوقاية من التكرار، الوضع الخطير.

٣٤٣

## الضحايا المدّعين في الجرائم المنافية للعفة

- عبد الكريم بنى أسديّ (طالب دكتوراه في القانون الجنائيّ وعلم الإجرام)
  - وليّ الله أنصاريّ (أستاذ مساعد في القانون الجنائيّ بجامعة آزاد الإسلامية وحدة طهران شمال)
- إنّ وضع النظام القانونيّ الإيرانيّ غامضة ومثيرة للجدل فيما يخصّ من هم الأشخاص الذين يمكن محاكمتهم في جرائم العفة، وبعبارة أخرى منهم الأشخاص الذين يعتبرون ضحايا لمثل تلك الجرائم. ومع ذلك فإنّ الضحية هو الشخص الذي تكبد خسائر بشكل مباشر وعرفيّ، وفي الجرائم المنافية للعفة يكون الشخص الذي تعرض للعمل المنافي للعفة متضرراً بشكل مباشر من الجريمة. وعليه فإنّ شكوى الأشخاص الآخرين لا تعدّ إذناً لبدء الدعوى باستثناء الحالات التي ألحقها المشرّع بالشاكي. بالإضافة إلى ذلك فإنّ الطرف الآخر في الفعل المنافي للعفة ليس مجنيّ عليه في كلّ الحالات، وإذا كان لديه رضا حقيقيّ في ارتكاب الجريمة فلا يُعتبر شخصاً متضرراً؛ ولكن إذا كان الرضا بالتهديد والإغفال وأمثال ذلك وتمّ بطريقة تعتبر الشخص عرفاً قد تكبد خسائر وأضرار. حتّى لو كان لدى الشخص عنصر نفسيّ فإنّ أحكام الشاكي تنطبق عليه ويمكن النظر في شكواه. تسعى هذه المقالة في مبحثين إلى الإجابة على سؤال أساسيّ وهو أيّ شخص أو أشخاص يعتبرون ضحايا في الجرائم ضدّ العفة، وفي النتيجة يمكن أن تؤدّي شكواهم إلى بدء الإجراءات الجنائيّة واستمرارها.
- الكلمات الأساسية: العمل المنافي للعفة، المدّعي، الضحية، منع التحقيق.

## انعكاس نظريّات العدالة الجنائيّة

### في النظام الأساسيّ للمحكمة الجنائيّة الدوليّة

- بهرام پشميّ (دكتوراه في القانون الدوليّ العامّ)
  - هيبه الله نژندي منش (أستاذ مساعد في قسم القانون الدوليّ العامّة بجامعة العلامة الطباطبائيّ)
- تعتبر العدالة من أكثر القضايا تعقيداً في مجال العلاقات الإنسانيّة. ولا سيّما عندما

تتخذ المحكمة الجنائية الدولية خطوات «تعويض الضحايا» و«التعامل مع المجرمين ومعاقبتهم» من أجل تحقيقها. يزداد تعقيد هذا الموضوع عندما تربط المحكمة تحقيق العدالة بقضية السلام والأمن والازدهار. إن دراسة مفهوم العدالة فى ضوء الاختصاص التكميلى يُظهر أنّ نظام روما الأساسى يحاول تكييف التعددية المعيارية مع أداء العدالة الجنائية الدولية عبر اللجوء إليها. فى الوقت نفسه يستند مفهوم العدالة فى نظام روما الأساسى إلى ظروف وأوضاع مختلفة. بالإضافة إلى ذلك تشير العدالة بمعناها الخاص إلى إثبات ذنب الجانى وكذلك إصلاحه، وبمعناها العام تشمل مصالح الضحايا أيضاً. لهذا السبب ومن أجل أن يكون لها تأثير دائم على العدالة والسلام، أنشأت المحكمة وحدة لدعم الضحايا والشهود، بالإضافة إلى صندوق استئماني. فى الوقت نفسه تقوم المحكمة بإنفاذ عدالة الجانى من خلال معقبة مرتكبى الجرائم الجماعية. وبناءً على ذلك كانت قرارات المحكمة فى اتجاه الردع لتحقيق السلام والأمن أكثر من التناسب بين العقوبة والفعل الإجرامى المرتكب، بحيث تكون فى أحكامها علامات على التعويض عن عدم المساواة التى لا تظهر مفهوم عدالة العقوبة.

الكلمات الأساسية: الملاحقة الجنائية، السلام، العدالة الإجرائية، العدالة المسيسة، العدالة الجنائية، العدالة الانتقائية.

### شرط مارتنز فى القانون الجنائى الدولى؛ الطبيعة ووظائف التفسير

- پریسا دهقانی (طالبة دكتوراه فى القانون الدولى العام)
- محمد حسين رمضانى قوام آبادى (أستاذ مشارك فى قسم القانون الدولى، بجامعة الشهيد بهشتى)
- محمد رضا على پور (أستاذ مساعد بجامعة آزاد الإسلامية، وحدة العلوم والبحوث، طهران)

فى مؤتمر لاهای الأول للسلام ١٨٩٩ صرح ممثل الحكومة الروسية فريدريك فان مارتنز أنه حتى يتمّ تجميع مجموعة القواعد النظامية للحرب، تتفق الحكومات المتعاقدة على أنه فى الحالات التى لا تغطّيها اللوائح المعتمدة سيستمرّ السكّان المدنيون والمتخاصمون فى الحماية بموجب مبادئ حقوق الأمم الناشئة من الأعراف القائمة بين الأمم المتحضّرة، ومبادئ البشرية ونداء الضمير العام. وقد أحدث هذا البيان الذى اشتهر فى أدبيات القانون الدولى بشرط مارتنز آثار ملموسة فى القانون الجنائى الدولى.

لجأت المحاكم الجنائية الدولية إلى شرط مارتنز في مناسبات مختلفة. من خلال تحليل أحكام وآراء المحاكم الجنائية الدولية يمكن التأكيد على أنّ شرط مارتنز في القانون الدولي بشكل عام والقانون الجنائي الدولي بشكل خاص له صلاحيات ووظائف مختلفة. إنّ التمييز بين هذه الأدوار ليس بالأمر السهل سواء كانت الإشارة إلى شرط مارتنز تهدف إلى سدّ الثغرات أو تفسير قاعدة غامضة، أو ما إذا كانت تعمل فقط على تعزيز الحجّة القانونيّة للمحكمة، فهي ليست مقنعة للغاية ولا تخلو من جدل، لأنّ نوع النظرة إلى شرط مارتنز تحدّد التعرّف على أثره في القانون الجنائي الدولي. هذه القدرات والإمكانيات المتنوعة لشرط مارتنز تجعل المجتمع البشري يستفيد دائماً من قبضه وبسطه باستمرار وبحسب الحاجة للوصول إلى الوضع المطلوب والانتقال من الوضع القائم. وبناءً على ذلك فقد شهدنا وظائف موضوعية مختلفة لشرط مارتنز في القانون الجنائي الدولي وستستمرّ هذه العملية في المستقبل.

الكلمات الأساسية: شرط مارتنز، القانون الجنائي الدولي، المصدر، التفسير، المفهوم المخالف، الدليل التأويلي.

## أدلة قصاص قاتل الشخص المديون

### بناءً على الرأي المخالف للمشهور وقانون العقوبات الإسلاميّ ٢٠١٣

- منصوره سهرابي أفقو (دكتوراه في الفقه ومبادئ القانون الإسلاميّ)
- سيّد محمّد هادي قبولي درأفشان (أستاذ مشارك بجامعة فردوسي مشهد)
- محمّد حسن حائري (أستاذ بجامعة فردوسي مشهد)

تمّ وضع القصاص في سياق حماية المصالح العامّة، لكن ومع ذلك وعلى فرض أنّ المقتول كان مديوناً ولكن ليس لديه تركة لسداد ديونه من قبل الورثة، يُطرح هذا السؤال الهامّ فيما إذا كان أولياء المتوفّي يستطيعون القصاص من القاتل دون الاهتمام بدين المقتول؟ إنّ مشهور علماء الفقه بناءً على رواية أبو بصير هو أنّ حقّ القصاص غير جائز لأولياء الدم دون الدفع أو ضمان ديون المقتول. بينما يستشهد صاحب الجواهر وبعض الفقهاء المعاصرين بعمومات القرآن والروايات ومبدأ عدم وجوب اكتساب المال ومبدأ عدم الأداء والضمان فإنّهم يقولون بجواز قصاص القاتل. في هذا الصدد أبقى قانون العقوبات

الإسلامي لعام ٢٠١٣ هذه المسألة مسكوت عنها، ولا يوجد إجراء قضائيّ محدّد في هذه القضية. يعتبر هذا المقال باستخدام المنهج الوصفيّ - التحليليّ ومن خلال تحليل أدلّة الرأيين المذكورين أنّ الرأي المشهور الذي يلعب دوراً أساسياً في تأمين المنافع الاقتصاديّة والنظام العامّ للمجتمع أقوى، وينتقد القوانين الموضوعية التي تخالف الرأي المشهور. الكلمات الأساسية: الغرماء، المقتول المديون، القصاص، أداء أو ضمان الديون، الورثة، قانون العقوبات الإسلاميّ ٢٠١٣.

## آفاق التغلب على عقبات اختصاص المحكمة الجنائيّة الدوليّة في حالة أفغانستان

□ جواد صالحيّ

□ أستاذ مشارك في قسم القانون بجامعة پیام نور، طهران

تستند محاكمة جرائم الحرب في المحكمة الجنائيّة الدوليّة على معايير منصوص عليها في نظامها الأساسيّ. هذا الوضع دليل على الوفاء بضمانات انتهاك المحظورات المنصوص عليها في اتفاقيّات جنيف الأربع والتي لم تكن موجودة بعد. وضع أفغانستان أمام المحكمة الجنائيّة الدوليّة هو مثل هذا الشرط بسبب الجرائم التي ارتكبتها القوات العسكريّة وموظفو وكالة المخابرات المركزيّة التابعة لحكومة الولايات المتّحدة الأمريكيّة. ومع ذلك فإنّ حكومة الولايات المتّحدة تحاول عرقلة وتعطيل عمل المحكمة الجنائيّة الدوليّة بطرق مختلفة. ومع ذلك فإنّ حكومة الولايات المتّحدة تحاول عرقلة وتعطيل تطبيق اختصاص المحكمة الجنائيّة الدوليّة بشتى الطرق والوسائل. وبهذا المعنى من المهمّ دراسة أبعاد اختصاص المحكمة الجنائيّة الدوليّة في حالة أفغانستان بما في ذلك طبيعة جرائم الحرب في إطار نظام روما الأساسيّ وأسس إعداده، إلى فقدان المانع القانونيّ لتطبيق الاختصاص التكميليّ وعدم فعاليّة معوّقات حكومة الولايات المتّحدة الأمريكيّة. منهج البحث في هذه الدراسة وصفيّ - تحليليّ ليجيب على سؤال ما هو تأثير تصرّفات وعوائق حكومة الولايات المتّحدة على تطبيق اختصاص المحكمة الجنائيّة الدوليّة في حالة أفغانستان؟ تظهر نتائج البحث أنّ الموافقة على بعض السلوك الإجراميّ في إطار السياسة التنفيذيّة للحكومة أو ملاحقة بعض الجنود عن بعض جرائم

الحرب فى المحاكم الداخلىة؁ أو معاوبة المدعىن العامىن وقضاة المحكمة الجنائىة الدولىة لا تمنع من ممارسة اختصاص المحكمة الجنائىة الدولىة.

الكلمات الأساسىة: المحكمة الجنائىة الدولىة؁ جرائم الحرب؁ تطبيق الاختصاص؁ وضع أفغانستان؁ القوات العسكرىة وموظفو وكالة المخابرات المركزىة.

## الإهانة والقذف ونشر الأكاذيب التعزىرىة؛ من التجرىم إلى عدم التجرىم مع التاكىد على نموذج الحقوق المدنىة

- جمشىد غلاملو (أستاذ مساعد فى قسم القانون الجنائى وعلم الجريمة بجامعة طهران)
- رضا درىائى (أستاذ مساعد فى قسم القانون بجامعة كىلان)

جرت العادة على تجرىم الإهانة والقذف ونشر الأكاذىب ضدّ الأفراد بهدف حماىة السمعة والهىبة. على الرغم من أنّ الحماىة الجنائىة تُظهر الأهمىة الكبىرة للقىم المذكورة فإنّها تتعارض فى بعض الأحيان مع قىم أخرى يحمىها القانون؁ وتحديداً حقّ حرىة التعبير والمعلومات؁ بطرىقة تجعل من الضرورى إقامة توازن قانونى بىنهما بحيث لا تفرض حماىة أحد الحقوق قىوداً قانونىة غير ضرورىة على الحقّ الآخر. لهذا السبب قامت بعض البلدان بتبئى نهج عدم التجرىم واستبدلت العقوبة بالمسؤولىة والردود المدنىة. تشير هذه المقالة مع الأخذ بعىن الاعتبار هذا الموضوع الهامّ واعتبار أنّ المقاربة الوسطىة أكثر استحساناً؁ إلى أنّه فىما يخصّ جرائم الإهانة والتشهير اللفظى ونشر الأكاذىب التعزىرىة فإنّ العقوبات ضدّ الأفراد الذىن لا يتمتعون بحماىة جنائىة يتمّ إزالتها عموماً من النظام القانونى إلا فى حالات محدودة؁ يتمّ استخدام ضمانات التنفيذ المدنىة والتعوىض المعنوى فقط فى ظلّ ظروف معىنة؁ بحيث يواجه الحقّ فى حرىة التعبير والإعلام الذى فىه الكثرى من المصالح العامّ قىوداً قانونىة أقلّ؁ ولا سىما الصحف ووسائل الإعلام والخبراء بحسن نىة بحيث لا يشعر الخبراء المقصودون من أجل أداء مهمتهم المهنىة بأىة ضغوط لا داعى لها من الملاحقة القضائىة والإدانة الجنائىة على قلمهم ولسانهم. إنّ اعتماد نموذج المسؤولىة المدنىة القائم على الخطأ يقلّل من هذا القلق إلى حدّ كبىر.

الكلمات الأساسىة: الإهانة؁ التشهير؁ نشر الأكاذىب؁ الحقّ فى حرىة التعبير؁ التجرىم؁ نزع الصفة الجرعىة؁ المسؤولىة المدنىة.

## تأمل من منظور علم الاجتماع على تحولات عقوبة الإعدام في أفغانستان

- مهدي قائمي (طالب دكتوراه في القانون الجنائي وعلم الإجرام بجامعة فردوسي مشهد)
  - عبد الرضا جوان جعفرى بجنوردى (أستاذ في قسم القانون الجنائي وعلم الإجرام بجامعة فردوسي مشهد)
  - سيد محمد جواد ساداتي (أستاذ مساعد في قسم القانون الجنائي وعلم الإجرام بجامعة فردوسي مشهد)
- يعتبر الإعدام من أهم ردود الفعل الجنائية وأكثرها جدية والتي مرّت بالعديد من التغيرات في المجتمع الأفغاني منذ عام ١١٢٦ شمسي حتى الآن. وقد تمت تلك التغيرات في سياق التخفيض الكمي والتخفيف النوعي لعقوبة الإعدام. في الدراسة الحالية تم استخدام المنهج الوصفي التحليلي لفحص مسألة العوامل التي كانت مؤثرة في تلك التطورات التي شهدتها عقوبة الإعدام في أفغانستان. وتوضيح كيف كان ذلك التأثير من منظور علم الاجتماع الإجرامي. تشير النتائج إلى أن هناك عاملان يلعبان دوراً هاماً في تلك التطورات: الأول تحوّل هيكل السلطة من الحالة التقليدية والعنيفة إلى سلطة مؤسسية قائمة على القيم القبلية إلى ثقافة متعدّدة البناء والهيكل الاجتماعي القائم على قيم مدنيّة ومتعدّدة. في هذا البحث تمّ التحقّق من تأثير التغييرات في السلطة والانسجام الاجتماعي على تطوّر عقوبة الإعدام في أفغانستان من خلال نهج دراسات علم الاجتماع الإجرامي في إطار نظرية السلطة لميشيل فوكو ونظرية الانسجام الاجتماعي لإيميل دوركيم.
- الكلمات الأساسية: أفغانستان، الإعدام، تكنولوجيا السلطة، التطورات الثقافية، التماسك الاجتماعي.

## تأثير مرسوم تالين ٢٠١٧ بشأن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية في إيجاد السلام والأمن السبراني الدولي

- علي رضا محقق هرجقان (طالب دكتوراه في القانون الجنائي وعلم الإجرام)
- محمد علي أردبيلي (أستاذ في قسم القانون الجنائي وعلم الإجرام بجامعة الشهيد بهشتي)
- إبراهيم بيگ زادة (أستاذ في قسم القانون الدولي بجامعة الشهيد بهشتي)
- محمد علي مهدي ثابت (أستاذ مشارك بجامعة آزاد الإسلامية، وحدة العلوم والبحوث، طهران)



نظرًا للعلاقات الودية وضرورة حل الخلافات بطريقة الالتزام بمنع تدخل الحكومات في شؤون الدول الأخرى. مع تطور الأنشطة السيبرانية يعتبر السلام والأمن الدوليين مبدأ ضروري يتم انتهاكه باللجوء إلى القوة السيبرانية. مبدأ حظر استخدام القوة لتحديد انتهاك أو عدم انتهاك المادة (٤) ٢ من ميثاق الأمم المتحدة وحظرها في القانون الدولي العرفي. في المقابل فإن استعمال القوة من قبل طرفي الصراع فإن التدخل القانوني من قبل مجلس الأمن التابع للمجتمع الدولي من أجل إحلال السلام والأمن الدوليين يمكن أن يتم بإحالة الأمر إلى المحكمة الجنائية الدولية. يمكن وصف انتهاك السلم والأمن السيبراني الدولي بارتكاب جرائم إلكترونية، إذا وصلت إلى العتبة المناسبة على أنها «جريمة عدوان» على شكل «فاعل معنوي». بحسب القاعدة ١٣ من مرسوم تالين ١ في العام ٢٠١٣ وكذلك الفقرة ٦ من المادة ٦٩ في مرسوم تالين ٢ في عام ٢٠١٧ استنادًا إلى تأثير الجرائم الإلكترونية ومداهها وخطورتها، ينبغي اعتبار عتبة جريمة العدوان «هجومًا مسلحًا» له طبيعة مخالفة لقواعد القانون الدولي وحظر استخدام القوة، وستمند المسؤولية الجنائية ليست فقط للشخص المتخاصم بل ستمند أيضًا للنشطاء غير الحكوميين أيضًا. الكلمات الأساسية: حظر التدخل، السلام والأمن السيبراني، المحكمة الجنائية الدولية، مبدأ الفعالية، المسؤولية الجنائية الفردية.

### الإقتصاد السلوكي ومشكلة تصور العقوبة:

#### من العمارة المختارة إلى نقد النظام الأبوي السلوكي

- على مهراي (ماجستير في القانون الجنائي وعلم الإجرام)
  - فهاد الله وردى ميكوني (أستاذ مساعد في كلية القانون والعلوم السياسية بجامعة مازندران)
- يعتبر استخدام اعتبارات العلوم المعرفية والسلوكية ضرورة لا يمكن إنكارها لإجراء تحليل أكثر دقة للسلوك الإجرامي وتحسين الوظيفة الرادعة للعقوبات. تُظهر معرفة الإقتصاد السلوكي بناءً على اعتبارات العلوم المعرفية والسلوكية أن قدرة القوى المعرفية للإنسان محدودة، وهذه القدرة المحدودة تشارك أيضًا في مجموعة واسعة من التحيزات والأخطاء المعرفية. هذه المتغيرات تجعل المجرمين (المحتملين) يدركون حقيقة العقوبات بطريقة مشوهة في كثير من الحالات وينحرفون عن المنطق الكلاسيكي

لنظرية الاختيار العقلاني في قراراتهم بارتكاب جريمة معينة (أو الانخراط في نشاط إجرامي)، إن الاعتراف بتأثير هذه المتغيرات المعرفية على خلق اضطراب نسبي في الإرادة الحرة والحساب يمكن أن يساعد في تحديد الإستراتيجيات العملية الوقائية وتقييم أكثر دقة لخطر تكرار الجريمة. بناءً على الرؤى النفسية يقترح علم الاقتصاد السلوكي فكرة «هندسة الاختيار» و«نظرية أداة التحفيز». يظهر هذا البحث أنه في بعض الحالات وبالاعتماد على الرؤى الجديدة للاقتصاد السلوكي في مجال الردع فإنه يمكن منع تشويه حقيقة العقوبة في أذهان المجرمين. في هذا المجال يدعى مؤيدو فكرة هندسة الاختيار أنهم يستطيعون قيادة الناس لاتخاذ خيار أفضل بطريقة «الإرادة الحرة». بالطبع واجهت هذه الفكرة انتقادات مهمة وتعاني من نواحي كثيرة من خطأ الاختزالية. على الأقل يمكن القول أن التعرض غير الانتقادي لها يمكن أن يغدّي السياسات الإيدولوجية وبرامج مكافحة الجريمة.

الكلمات الأساسية: الاقتصاد السلوكي، تصوّر العقوبة، الردع الإدراكي، الأبوية السلوكية، الوقاية العادلة.

## دراسة مقارنة للتوثيق الفقهي والقانوني لحكم قتل الزاني بالمحارم،

### موضوع المادة ٢٢٤ من قانون العقوبات الإسلامي

- زهراء وطني (أستاذ مساعد بمعهد بحوث الإمام الخميني والثورة الإسلامية، طهران)
- معصومة زمانيان (ماجستير في الفقه والقانون)

من الجرائم التي تخضع لعقوبة الحد في النظام القانوني الإسلامي هي الاتصال الجنسي غير المشروع بين الرجل والمرأة، وقد نصّ القرآن على عدد من الجلدات لمرتكبيها. وقد اعتبر الفقهاء استناداً للروايات ومن بعدها الإجماع، مع وصفهم أنواع الزنا، أن مرتكبي بعضها بما في ذلك الزنا بالمحارم يستحقّون القتل وقد انعكس هذا الرأي بعينه في قانون العقوبات. وقد أثارت إشكالات توثيق ودلالة بعض الروايات التي تمّ الاستشهاد بها الشك في صحّة هذه الفتوى. ومن أجل تقييم تلك الفتوى قامت هذه المقالة بمنهج وصفي - تحليلي بإعادة قراءة وتحليل الأدلة التي استشهد بها مؤيدو هذا الرأي، وكما هو مبين فإن عدداً قليلاً من الروايات الواردة في هذا الصدد، إضافةً إلى

مشكلة توثيقها فإنها تتعارض بشدّة مع الروايات التي تتضمّن العقوبات الأخرى المقرّرة لهذه الجريمة، والأخبار التي تتضمّن القتل تفتقر إلى مرجّح مقبول، وفي النتيجة فإنّ هذه الفتوى مخدوشة. في المقابل فإنّ الأحاديث الدالّة على اشتمال العقوبة العامّة للزنا (الجلد) على الزانى بالمحارم، إضافة إلى صحّتها فإنّها تتماشى مع القرآن وبالتالى فإنّها أحقّ بالترجيح عند التعارض.

الكلمات الأساسيّة: الحدّ، الزنا، الزانى بالمحارم، حدّ القتل، الجلد، الجرائم الجنسية، الاعتصاب.

code. Jurisprudents sentenced the perpetrator of some types of adultery including incest by dividing some types for zinā' (or zinā زِنَى or زِنَا, an Islamic legal term referring to unlawful sexual intercourse) to death (Arabic: قَتْل, qatl) based on aḥādīth (Arabic: أَحَادِيث, singular: ḥadīth, narrations or traditions) and after that consensus, and the same verdict has been reflected in the penal code. Documentary and evidentiary problems of some traditions cited by jurisprudents put the authenticity of this fatwā (Arabic: فَتْوَى, a legal ruling) in doubt. This article, with the aim of evaluating this fatwā in a descriptive-analytical way, has reread and analyzed the evidence referred by the murderers for this verdict, and as it is shown, the limited number of narrations in this regard, in addition to the evidence problems is in strong conflict with the narrations involving punishment(s) for this crime, and the narrations that involving qatl (death penalty), lacks acceptable preponderant point and thus, this fatwā is distorted. In contrast, the aḥādīth (Arabic: أَحَادِيث, singular: ḥadīth, narrations or traditions) indicating the general punishment of adultery (flogging) on an adulterer who committed adultery with maḥram (incest), in addition to the validity of the document, are in line with the Qur'an and therefore, they are qualified to be preferred in the position of conflict.

**Keywords:** *Hadd, Adultery, Incest, Hadd of qatl, Flogging, Sexual offences, Rape.*



distortion of the reality of punishment can be prevented in the minds of criminals in some cases by relying on new insights of behavioral economics in the field of deterrence. In this regard, supporters (favoritism) of the idea of choice architecture claim that they can lead people to make a better choice in a “free-spirited” way. However, this idea is faced with important critiques and it has a reductionism error in many ways. It can be said, at least, that uncritical exposure to it can face policies and ideological plans of crime control.

**Keywords:** *Behavioral economics, Perception of crime, Perceptual deterrent, Behavioral patriarchy, Fair prevention.*

**A Comparative Study of Jurisprudential and  
Legal Documents (Evidence) of the Sentence  
for the Death Penalty of an Adulterer  
Who Committed Adultery with Maḥrams (incest),  
the Subject of Article 224 of the Islamic Penal Code**

□ *Zahra Vatani (Assistant prof. at Res. Inst. of Imam Khomeini & Islamic Revolution)*

□ *Masoumeh Zamanian (MA of Jurisprudence & Law)*

**I**llegitimate sexual intercourse between a man and a woman is one of the crimes punishable by ḥadd [fixed punishment] in the Islamic legal system, and the Qur'an has determined a certain number of lashes for the perpetrator. Jurisprudents, based on traditions and after that consensus, have described the types of adultery, the perpetrators of some of them, including adultery with incest, have been deemed deserving of death, and the same opinion has been reflected in the penal

## Behavioral Economics and the Issue of the Perception of Crime: From Architecture of Choice to Patriarchy of Behavior

□ *Ali Mehrabi (MA of Criminal Law & Criminology)*

□ *Farhad Allahverdi Meygooni (Assistant professor at Univ. of Mazandaran)*

The use of cognitive and behavioral science considerations is an undeniable necessity for more accurate analysis of criminal behaviors and improving the deterrent function of punishments. The knowledge of behavioral economics, relying on cognitive and behavioral sciences considerations, shows that the capacity of human cognitive powers is limited and this limited capacity is also involved with a wide range of cognitive biases and errors. These variables cause criminals (potential delinquent) to perceive the reality of punishment in a distorted form in many cases, and distance themselves from the classical logic of rational choice theory in their decisions to commit a particular crime (or engage in criminal activity). The recognition of the effectiveness of these cognitive variables on the relative disturbance on free will and calculator will can help to determine preventive (deterrent) practical strategies and can help to measure the risk of recidivism more accurately. This article, by relying on descriptive-analytical method, is going to investigate the capacities and possible challenges of the practical use of these insights in the field of criminal policy as the perception of punishment. Behavioral economics based on psychological insights suggests the idea of “choice architecture” and “nudge theory”. This research shows that

- *Ebrahim Beigzadeh (Full professor at Shahid Beheshti University)*
- *Muhammad Ali Mahdavi Sabet (Associate prof. at Islamic Azad Univ., Tehran)*

Paying attention to friendly relations and the necessity of resolving disputes in a way that prohibits governments from interfering in the affairs of other countries is an inevitable issue. Peace and cyber security with the development of cyber activity is an essential principle that is violated by resorting to cyber force. The principle of prohibiting the use of force is used to determine the breach or non-breach of Article (4)2 of the United Nations Charter and its prohibition in customary international law. Legal intervention by the Security Council of the International Community in contrast to the use of force by a hostile side in order to establish international peace and security can be done by referring the matter to the International Criminal Court. Breach of international peace and cyber security by committing cybercrimes can be recognized as a “crime of invasion” in the form of a “moral perpetration” (agent) if they reach the appropriate action. In accordance with the rule 13 of Tallinn 1’s Manual in 2013, as well as paragraph 6 of Article 69 of in the Manual of Tallinn 2 in 2017, the beginning for the crime of invasion should be considered as an “armed conflict” based on the effect, domain and severity of cybercrime, which has the nature of a breach of international law and prohibition of use of force, and criminal liability will be extended to informed non-governmental activists in addition to the hostile person.

**Keywords:** *Prohibition of intervention (interference), Peace and cyber security, ICC, Effectiveness doctrine, Individual criminal liability.*

in Afghanistan since 1747 AD (1160 AH). These changes have been aimed at reducing the quantity and mitigating quality of the capital punishment (execution). It has been used by analytical-descriptive research method in this research to examine the issue of what factors have been effective in the evolution of the capital punishment (execution) in Afghanistan and how this influence is explained from the criminal sociology (the sociology of crime) point of study. The results indicate that two have a prominent role in these developments: First, the transformation of the power structure from traditional and violent to institutional power based on the bureaucratic system; second, the evolution of the social structure from a single structure based on tribal values to a culture and multi-structured structure based on civil and multiple values. The effects of power developments and social cohesion on the developments of the death penalty in Afghanistan have been investigated in this study with the approach of criminal sociology studies within the framework of the theory of Michel Foucault's technology of power and Emile Durkheim's social cohesion theory.

**Keywords:** *Afghanistan, Capital punishment, Technology of power, Cultural developments, Social cohesion.*

## **The Effectiveness of Tallinn Manual 2017 on the ICC's Jurisdiction in Establishing International Peace and Cyber Security**

- *Alireza Mohaghegh Harcheqan (PhD student in Criminal Law & Criminology)*
- *Muhammad Ali Ardebili (Full professor at Shahid Beheshti University)*



protection of one right would not impose incorrect legal restrictions on the other right in such a way. This is why some countries have taken a decriminalization approach and replaced responsibility and civic responses with punishment. This article by considering this important issue and considering the middle approach more favorably suggests that in the case of discretionary (ta'zeer or ta'zir, Arabic: تَعْزِير) crimes of insult, slander and spreading false news against individuals will be used without the termination of the criminal protection from the legal system in general, except in limited cases, with conditions only by civil sanctity and moral damages compensation in order to ensure the right to freedom of expression and information that has collective benefits, faces the least legal restrictions, and especially newspapers, media and experts with good intentions, for carrying out their professional mission not to feel the pressure of prosecution and criminal conviction inadvertently on their efforts. Adopting a civil liability model based on fault greatly reduces this concern.

**Keywords:** *Insult, Defamation, Spreading false news, Right to freedom of speech, Punishment, Decriminalization, Civil liability.*

## **A Sociological Study on the Evolutions of the Death Penalty in Afghanistan**

- *Mahdi Qaemi (PhD Student in Criminal Law & Criminology)*
- *Abdolreza Javan Jafari Bojnordi (Professor at Ferdowsi Univ. of Mashhad)*
- *Sayyid Muhammad Javad Sadati (Assistant prof. at Ferdowsi Univ. of Mashhad)*

**C**apital punishment is considered as the most important and serious criminal reaction, which has undergone many changes

U.S. government sabotage. The research method in this article is descriptive-analytical to answer a question. What is the impact of the U.S. government's actions and sabotages on the ICC's jurisdiction in the situation of Afghanistan? The findings of the research show that the confirmation (approval) of some criminal behavior in the form of the government's executive policy, the prosecution of some soldiers for some of the war crimes in domestic courts, or the sanctions of the prosecutor and judges of the International Criminal Court do not prevent the application of the jurisdiction of the International Criminal Court.

**Keywords:** *ICC, War crimes, Exercise of jurisdiction, Situation of Afghanistan, Military forces and employees of the American CIA.*

## **Discretionary (ta'zeer or ta'zir, Arabic: تَعْزِير)** **Insulting, Defaming and Spreading False News;** **From Criminalization to Decriminalization** **with an Emphasis on the Model of Civil Rights**

□ *Jamshid Gholamlu (Assistant professor at University of Tehran)*

□ *Reza Daryaie (Assistant professor at University of Guilan)*

**I**nsulting, defaming and spreading false news against individuals have been traditionally criminalized with the aim of protecting the value of reputation, honor and dignity. Although, the criminal protection shows the great importance of the mentioned values, sometimes they conflict with other values supported by rights, specifically the right to freedom of expression and information; in such a way, that the protection of both mentioned rights necessitates the establishment of a legal balance between them, in order to the

entered less of it, and on the other hand, there is no specific judicial procedure (precedent) in this case. The present article by using descriptive-analytical method and analyzing the evidences of these two mentioned views has considered the dominant (popular, famous) opinion stronger, which has a major role in providing the economic interests and general order of the society.

**Keywords:** *Creditors, Owed victim, Qişās (retaliation), Eda or accommodation endorsement of debts, Heirs.*

## **The Prospect of Overcoming the Obstacles of the Jurisdiction of the International Criminal Court in the Situation of Afghanistan**

□ *Javad Salehi*

□ *Associate professor at Payame Noor University, Tehran*

**T**he prosecution of war crimes in the ICC relies on the criteria provided in its statute. This situation is a manifestation of the fulfillment of the criminal sanctions in violation of the breach of the Four Geneva Conventions, which did not exist before. The situation in Afghanistan before the ICC is eligible due to the crimes committed by U.S. military forces and CIA personnel. However, the U.S. government is trying to obstruct and sabotage in various ways; so, that the ICC does not exercise its jurisdiction. it is important in this regard to examine the dimensions of the ICC's jurisdiction in the situation of Afghanistan, including the nature of war crimes within the framework of the Rome Statute and the grounds of its preparation to the lack of legal barriers to the exercise of supplementary jurisdiction and the ineffectiveness of

criminal law, and this process will continue in the future.

**Keywords:** *Martens Clause, International criminal law, Source, Interpretation, Argumentum e contrario, Hermeneutics guide.*

## **The Proofs of Qisas of the Debtor's Murderer by Relying on Unfamed View of Şāhib al-Jawāhir and the Islamic Penal Code of 2013**

- *Mansoureh Sohrabi Afqu (PhD in Jurisprudence & Fundamentals of Islamic Law)*
- *S.M. Hadi Qabooli Dorafshan (Associate prof. at Ferdowsi Univ. of Mashhad)*
- *Muhammad Hassan Ha'eri (Professor at Ferdowsi University of Mashhad)*

**Q**isas (Arabic: قِصَاص, lit. 'retaliation, accountability, following up after, pursuing or prosecuting') has been legislated in order to protect the public interest, but the important question arises whether the avengers of blood can retaliate (qisas) the murderer regardless of the victim (slain)'s debts in the assumption that the victim owes money; but, lacks patrimony (inheritance) to pay his/her debts by the heirs? Famous scholars of jurisprudence have not considered the right of qisas (retaliation) permissible based on Abū Baṣīr (Arabic: أَبُو بَصِير) 's narration for the avengers of blood without paying or accommodation endorsement of the victim's debt, while Şāhib al-Jawāhir (Arabic: صاحب الجواهر, the author of al-Jawahir) and some contemporary jurists has been considered it permissible by citing the Qur'anic and narrative generalities, considered the principle of non-acquisition of property and the principle of non-paying (Arabic: أَصْلُ عَدَمِ الْأَدَاءِ) and accommodation endorsement. The Islamic Penal Code of 2013 has also held the case silent in this regard and criminal law doctrine has



regular rule of war is compiled, the Contracting States would agree that in cases not included by the ratified provisions, civilian and hostile populations will continue to be protected by the principles of the rights of nations derived from established customs among civilized nations are considered as the principles of humanity and the call of public conscience. This statement, which became famous in the literature of international law as the Martens clause, has had objective effects in international criminal law. International criminal courts have resorted to the Martens Clause on various occasions. It can be stated by analyzing the verdicts and opinions of international criminal courts that the Martens Clause, generally in international law and international criminal law in particular has different capacities and functions. It is not easy to distinguish between these roles. Whether citing the Martens Clause is in line with the role of fixing problems or interpreting an ambiguous rule, or merely strengthening the court's legal arguments is not very convincing and without controversy; since, the type of attitude towards the Martens Clause determines the identification of its effect in international criminal law. The present article by searching in the international judicial procedure, concludes that the role of interpretation and clearing (elimination) the ambiguity and obscurity of legal have had a special effect on the citation of international criminal courts on the Martens Clause. These various capabilities and capacities of the Martens Clause cause human society to use it constantly and as needed to achieve the desired situation and transition from the existing situation. Based on this, we have observed various objective functions of the Martens clause in international

security and prosperity. The study of the concept of justice in the supplementary jurisdiction shows that the Rome Statute, by appealing to it, is trying to partially adapt normative pluralism to the performance of international criminal justice. At the same time, the concept of justice in the Rome Statute is based on different circumstances and situations. In addition, justice in its own special sense is based on the authentication of offender's fault as well as the rehabilitation of the offender, and in its general sense also includes the interests (profits) of the victims. That's why the Court in order to have a lasting impact on justice and peace, has established a unit to support victims and witnesses, as well as establishing a trust fund. The Court, meanwhile, enforces the retributive justice by punishing perpetrators of atrocity crime. Accordingly, the Court's decisions were aimed more at deterring (preventive) with the aim of achieving peace and security rather than the proportionality of offence and punishment; thus, indications of compensation for inequality have been occurred, which is not the concept of retributive justice in its rulings.

**Keywords:** *Criminal prosecution, Peace, Procedural justice, Politicized justice, Criminal justice, Selective justice.*

## The Martens clause in International Criminal Law; the Nature and Interpretive Functions

- *Parisa Dehqani (PhD student in Public International Law)*
- *M.H. Ramazani Ghavamabadi (Associate professor at Shahid Beheshti Univ.)*
- *M.R. Alipour (Assistant prof. at Islamic Azad Univ., Science & Research Branch)*

**F**riedrich Van Marts, the representative of the Russian government, in the first Hague Peace Conference of 1899, stated that until a



those which the legislator has added them to the complainant, are not allowed to initiate prosecutions. Furthermore, the opposite party of detrimental acts to public morality (with incompatible with chastity, crimes against morality) is not guilty in all cases, and the victim is not considered to be the one who suffers the loss, if the he/she has real consent to the commitment of a crime, but if consent is made by threats, deception and so on, and in a way that the person is conventionally considered to be the victim of loss and damage, even if the person has a criminal intent (*mens rea*), the plaintiff's sentences will be imposed on him/her and his/her complaint can be processed. The present article is going to answer this basic question in two general topics: Which person or persons are considered victims in detrimental crimes to public morality (crimes against morality), and as a result, their complaint can lead to the initiation and continuation of criminal proceedings.

**Keywords:** *Detrimental act to chastity, Plaintiff, Victim, Prohibition of investigation.*

## **The Reflection of Criminal Justice Theories in the Statutes of the International Criminal Court**

□ *Bahram Pashmi (PhD in Public International Law)*

□ *Heybatollah Nazhandimanesh (Assistant professor at Allameh Tabataba'i Univ.)*

**J**ustice is considered as one of the most complicated issues in the field of human relations, especially when steps are to be taken by the ICC in order to compensate for “victim’s damage” and “deal with criminals and punish them”. The complexity of this issue is intensified when the Court connects the realization of justice to the issue of peace,

been a fundamental issue for jurists, criminologists, judges and police. Is it possible to solve this problem by hoping for the capabilities of artificial intelligence to predict one's future behavior based on his/her past? The findings of the research show that although this issue is technically feasible and its requirements are available, its implementation is not possible at any cost. It is explained that the observance of substantive restrictions and legal adjective (procedural) restrictions and also, code of conduct of professional ethics in order to avoid any possible encroachment on the basic principles of criminal law is mandatory. In other words, it is possible to apply measures to prevent recidivism through artificial intelligence despite these limitations.

**Keywords:** *Artificial intelligence, Algorithm, Prevention of recidivism, Dangerous state.*

## **Complainant Victims in Detrimental Crimes to Public Morality**

- *Abdolkarim Baniasadi (PhD student in Criminal Law & Criminology)*
- *Valiollah Ansari (Assistant professor at Islamic Azad Univ., Tehran North Branch)*

The situation of Iran's legal system is ambiguous and controversial about who can be prosecuted for detrimental crimes to public morality (crimes against morality) and in other words, who are considered victims in such crimes. However, a victim is a person who has suffered losses directly and conventionally (customarily), and the person who is in the opposite side of the act against public morality and chastity is the direct victim of the crime in detrimental crimes to public morality. Therefore, the complaints of other persons, except



passed-on to the next generations. The results of this study, organized by a descriptive-analytical method, show that although biological weapons did not exist in their present modern form at the time of the emergence of Islam, but the accepted theoretical basis for prohibiting the use and punishment of using such weapons is based on the relatively similar rules in Islamic Sharia (Arabic: شريعة) and the international criminal system. Therefore, Islamic teachings and sharia law can also be used to prohibit the use of such weapons as may be cited by various international documents, in which such rules and regulations that govern the standards of human rights and international humanitarian law and conform to (in accordance with) the rational Sharia and the interests of human society.

**Keywords:** *War crimes, Crimes against humanity, International criminal law, Islamic law, Biological weapons.*

## **Prevention of Recidivism through Artificial Intelligence; Requirements and Limitations**

□ *Shahram Ebrahimi*

□ *Associate professor at Shiraz University*

The astounding growth of the use of artificial intelligence in the fields of transportation, health and etc. is not hidden from anyone. Nowadays, the criminal justice system is also looking at this technological tool to solve some of its issues and problems in preventing of recidivism. Prevention of recidivism and predicting rehabilitation of the perpetrator far from personal and subjective (mental) considerations or measuring the probability of recidivism during suspension, parole or other applicable executory establishments in society has always

## Abstracts

### **The Prohibition on the Use of Biological Weapons from the Perspective of International Criminal Law and Islam**

□ *Ali Asghar Aqalar (PhD student in International Law)*

□ *Masoud Raei (Associate professor at Islamic Azad Univ., Najafabad, Isfahan)*

**B**iological weapons, which have a historical history of use in terrorist acts and military conflicts have been especially noticed by developed countries today. The use of these weapons is considered a serious threat to human health and the peace and security of the international community due to their unique characteristics. The danger of such weapons is greater than the danger of nuclear and chemical weapons, because they are capable of destroying tens of millions of people in a short period of time, and their consequences could be



## Table of contents

The Prohibition on the Use of Biological Weapons from the Perspective of International Criminal Law and Islam/ Ali Asghar Aqalari & Masoud Raei .....	3
Prevention of Recidivism through Artificial Intelligence; Requirements and Limitations Shahram Ebrahimi .....	33
Complainant Victims in Detrimental Crimes to Public Morality Abdolkarim Baniasadi & Valiollah Ansari .....	55
The Reflection of Criminal Justice Theories in the Statutes of the International Criminal Court/ Bahram Pashmi & Heybatollah Nazhandimanesh .....	89
The Martens clause in International Criminal Law; the Nature and Interpretive Functions Parisa Dehqani & Muhammad Hossein Ramazani Ghavamabadi & Muhammad Reza Alipour	123
The Proofs of Qisas of the Debtor's Murderer by Relying on Unfamed View of Šāhib al-Jawāhir and the Islamic Penal Code of 2013/ Mansoureh Sohrabi Afqū & Sayyid Muhammad Hadi Qabooli Dorafshan & Muhammad Hassan Ha'eri .....	157
The Prospect of Overcoming the Obstacles of the Jurisdiction of the International Criminal Court in the Situation of Afghanistan/ Javad Salehi .....	179
Discretionary (ta'zeer or ta'zir, Arabic: تَعْزِير) Insulting, Defaming and Spreading False News; From Criminalization to Decriminalization with an Emphasis on the Model of Civil Rights/ Jamshid Gholamloo & Reza Daryaie .....	203
A Sociological Study on the Evolutions of the Death Penalty in Afghanistan Mahdi Qaemi & Abdolreza Javan Jafari Bojnordi & Sayyid Muhammad Javad Sadati .....	241
The Effectiveness of Tallinn Manual 2017 on the ICC's Jurisdiction in Establishing International Peace and Cyber Security/ Alireza Mohaghegh Harcheqan & Muhammad Ali Ardebili & Ebrahim Beigzadeh & Muhammad Ali Mahdavi Sabet .....	269
Behavioral Economics and the Issue of the Perception of Crime: From Architecture of Choice to Patriarchy of Behavior/ Ali Mehrabi & Farhad Allahverdi Meygooni .....	297
A Comparative Study of Jurisprudential and Legal Documents (Evidence) of the Sentence for the Death Penalty of an Adulterer Who Committed Adultery with Maḥrams (incest), the Subject of Article 224 of the Islamic Penal Code Zahra Vatani & Masoumeh Zamanian .....	331
<b>Translation of Abstracts:</b>	
Arabic Translation/ Kamel Esmail .....	361
English Translation/ Muhammad Hossein Golyari .....	386

صاحب امتیاز: **مجله علوم اسلامی رضوی**

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 / حجة الاسلام دکتر عبدالرضا اصغری / دکتر علیرضا

تقی‌پور / دکتر کاظم خسروی / دکتر شهرداد دارابی / حجة الاسلام دکتر رضا

دانشورثانی / دکتر هادی رستمی / دکتر بهزاد رضوی فرد / دکتر حسین سلیمانی /

دکتر صادق سلیمی / دکتر آزاده صادقی / دکتر احمدرضا صادقی / دکتر جواد

صالحی / حجة الاسلام دکتر مهدی صالحی مقدم / دکتر مهدی صبوری‌پور / دکتر

محمد فرجی / دکتر حسن قاسمی مقدم / حجة الاسلام دکتر محمدباقر گرایلی /

دکتر محسن نورپور



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

بهار - تابستان ۱۴۰۱، شماره ۲۳



جانشین سردبیر

دکتر عبدالرضا اصغری

کارشناس مسئول

اسماعیل شفیعی

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. 23

Spring & Summer 2022



**Proprietor:**

Razavi University of Islamic  
Sciences

**Managing Director:**

R. Daneshvar Sani

**Editor -in- Chief:**

A. H. Nadjafi Abrand Abadi

**Senior Editor:**

A. Asghari

**Expert in Charge:**

E. Shafiei

**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)