

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



نشریه علمی

آموزه‌ها و حقوق کسب

دوره ۲۱، بهار و تابستان ۱۴۰۳، شماره ۲۷

فهرست

سیاست جنایی تقنینی و قضایی ایران پیرامون نهادهای ارفاقی در جرائم غیرخشونت آمیز علیه امنیت

دولت ۷

ایمان شیرزاد پرگو، حسین آقابابایی

فردی سازی بازپروری در پرتوالگوهای سه‌گانه اصلاح مجرمین ۳۵

شهرام ابراهیمی، مجتبی ملک‌افضلی اردکانی

تأملی بر ضرورت و استمرار شکایت در جرائم منافی عفت (موضوع ماده ۱۰۴ قانون آیین دادرسی کیفری) ۵۹

حامد پارسا

حق بر ترجمه در حقوق کیفری ایران؛ واکاوی چالش‌ها از تقنین تا اجرا ۸۳

حیدر پیری

رایاجنگ‌های مختل‌کننده زیرساخت‌های حیاتی به مثابه جنایت جنگی ۱۱۵

باقر شاملو، مهدی حسینی

- مطالعه تطبیقی تحولات مسئولیت کیفری در حقوق کیفری ایران و افغانستان (با تأکید بر قبض و بسط‌های سن مسئولیت کیفری) ۱۵۳
- ✍️ عبدالخالق حقانی، مهدی صبوری پور، علیرضا میرکمالی
- تحلیل تحولات کیفر حبس از زاویه جامعه‌شناسی فرهنگ در ایران پس‌انقلاب ۱۷۳
- ✍️ سیده زهرا خاکشوری، سید محمد جواد ساداتی، عبدالرضا جوان جعفری بجنوردی
- انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد»؛ از تبیین تا کاربرد در حقوق کیفری ۱۹۹
- ✍️ جمشید غلاملو، حمیدرضا ائیمی
- بدی را به بد پاسخ‌گفتن؛ تأملی فلسفی - اخلاقی در باب توجیه مکافات‌گرایانه اعمال درد ورنج ۲۳۳
- ✍️ احمد فلاحی
- قانون‌گذاری کیفری بی‌طرفانه؛ وحدت‌گرایی یا کثرت‌گرایی فرهنگی؟ ۲۶۳
- ✍️ مرجان مسعودیان خوزانی، قاسم قاسمی، نوروز کارگری، نسرین مهرا
- رویکرد جرم‌شناختی به تروریسم انتحاری ۲۹۳
- ✍️ نوروز کارگری
- مبانی و شرایط پذیرش شاهد گمنام در پرونده‌های کیفری (با نگاهی به رویه دیوان اروپایی حقوق بشر) ۳۱۷
- ✍️ علی خالقی، رضا محفوظی



The Legislative and Judicial Criminal Policy of Iran Regarding Clemency Mechanisms in Non-Violent Crimes against State Security

Iman Shirzad Porgoo¹, Hossein Aghababaei²

1. PhD Student in Criminal Law and Criminology, University of Guilan, Rasht, Iran. Email: iman_shirzad1@yahoo.com
2. Corresponding author, Associate Professor, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, University of Guilan, Rasht, Iran. Email: aghababaei@guilan.ac.ir

Article Info

Article type:

Original Research

Received: 21 September 2024

Received in revised form:

6 December 2024

Accepted: 14 December 2024

Available online:

29 December 2024

Keywords

clemency / leniency mechanisms, non-violent crimes, legislative criminal policy, judicial criminal policy



Abstract

The influence of teachings of criminal sciences on penal codes has led to the acceptance of mechanisms that exempt or mitigate punishment, aligning with utilitarian objectives and the principle of individualization of punishments. Iran's criminal laws in alignment with developments in criminal sciences, have embraced numerous clemency mechanisms for non-security offenses so that the legislative adoption of such mechanisms had a considerable impact on judicial procedure. The core question of the present note is if the leniency mechanisms have also been considered in non-violent offences against the state security. This paper, by examining existing laws and judicial procedure, concludes that in such crimes, due to the dominance of security-oriented policies, such mechanisms have not been adequately considered from both aforementioned perspectives, adequately in court rulings. This neglect of attention toward emerging clemency mechanisms in comparison to its classic counterparts is particularly evident. In the present paper, the aforementioned mechanisms in non-violent crimes are examined from the perspective of legislative and judicial criminal policy, and the degree of alignment between the two in utilizing these mechanisms has been analyzed.

Cite this article: Shirzad Porgoo, I. & Aghababaei, H. (2024). The Legislative and Judicial Criminal Policy of Iran Regarding Clemency Mechanisms in Non-Violent Crimes against State Security. *Criminal Law Doctrines*, 21(27),7-34. <https://doi.org/10.30513/cld.2025.6725.2076>



© The Author(s). Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.



سیاست جنایی تقنینی و قضایی ایران پیرامون نهادهای ارفاقی در جرائم غیرخشونت‌آمیز علیه امنیت دولت

ایمان شیرزاد پرگو^۱، حسین آقابابایی^۲

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران. رایانامه: iman_shirzad1@yahoo.com

۲. نویسنده مسئول، دانشیار، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران. رایانامه:

aghababaei@guilan.ac.ir

چکیده

تأثیرپذیری قوانین کیفری از آموزه‌های علوم جنایی موجب پذیرش نهادهای معاف‌کننده و یا تخفیف‌دهنده مجازات در راستای اهداف فایده‌گرایانه و اصل فردی‌سازی مجازات‌ها گردیده است. قوانین کیفری ایران نیز همسو با تحولات علوم جنایی از نهادهای ارفاقی متعددی در جرائم غیرامنیتی استقبال نموده، به نحوی که پذیرش تقنینی چنین نهادهایی در رویه قضایی نیز بازتاب درخور توجهی داشته است. سؤال اصلی مقاله حاضر آن است که آیا نهادهای ارفاقی در جرائم غیرخشونت‌آمیز علیه امنیت دولت نیز مورد توجه واقع گردیده‌اند؟ این مقاله با بررسی قوانین و رویه قضایی موجود، نتیجه گرفته است که در این جرائم، به دلیل غلبه سیاست امنیت‌گرا، این نهادها از هر دو منظر یادشده و به‌ویژه در آرای دادگاه‌ها به‌نحو بایسته‌ای مورد عنایت قرار نگرفته‌اند. این بی‌توجهی در خصوص نهادهای ارفاقی نوظهور، در مقایسه با مصادیق کلاسیک آن بسیار مشهود است. در مقاله حاضر، نهادهای فوق در جرائم غیرخشونت‌آمیز از دیدگاه سیاست جنایی تقنینی و قضایی بررسی شده و میزان همسویی این دو در استفاده از این نهادها مورد تحلیل قرار گرفته است.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۶/۳۱

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۹/۱۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۹/۲۴

تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۳/۱۰/۰۹

کلیدواژه‌ها

نهادهای ارفاقی، جرائم غیرخشونت‌آمیز، سیاست جنایی تقنینی، سیاست جنایی قضایی.

استناد: شیرزاد پرگو، ایمان؛ آقابابایی، حسین. (۱۴۰۳). سیاست جنایی تقنینی و قضایی ایران پیرامون نهادهای ارفاقی در جرائم غیرخشونت‌آمیز علیه امنیت دولت. آموزه‌های حقوق کیفری، ۲۱(۲۷)، ۷-۳۴.

<https://doi.org/10.30513/cld.2025.6725.2076>



مقدمه

تأمل در تاریخ حقوق کیفری حکایت از برتری سیاست ارعابی بر سیاست ارفاقی و اندیشه سزاگرایی بر پیامدگرایی دارد و سیری در تاریخ حقوق کیفری، این سخت‌گیری و بی‌توجهی در اعمال راهکارهای ارفاقی را، به‌ویژه در جرائم علیه امنیت دولت، آشکار می‌سازد.

علاوه بر شدت مجازات‌ها که از اوصاف اصلی سیاست حاکم بر جرائم علیه امنیت می‌باشد، باید از ناکارآمدی ضمانت اجرای کیفری، به‌ویژه حبس در کلیه جرائم و نیز در این دسته از جرائم سخن گفت، به‌گونه‌ای که آمار تکرار جرم حاکی از آن است که بسیاری از جرائم حرفه‌ای توسط افرادی دارای سابقه زندان‌های متعدد ارتکاب می‌یابند و در جرائم مورد مطالعه نیز به لحاظ ایدئولوژی و تفکرات خاص مرتکبین که قبحی برای اعمال ارتكابی خود قائل نبوده و حتی احساس ندامتی نیز از اعمال ارتكابی خود ندارند، اجرای کیفر سالب آزادی، هرچند به‌صورت طولانی مدت هم باشد، نمی‌تواند توفیق قابل توجهی را از منظر اصلاح‌پذیری به ارمغان آورد.

ناکارآمدی زندان و سایر مجازات‌ها و نیز ضرورت اصلاح و بازسازگاری اجتماعی مجرمین که متأثر از اندیشه‌های مکتب تحقیقی و به‌ویژه دفاع اجتماعی نوین بوده است، سیاست‌گذاران کیفری را بر آن داشت که در راستای برون‌رفت از شرایط نامطلوب، به تدابیری که در ادبیات حقوق کیفری «نهادهای ارفاقی» نامیده می‌شوند، بیندیشند. این قبیل نهادها را می‌توان تدابیری دانست که در راستای اهداف فایده‌گرایانه یا برخی ملاحظات عمومی دیگر مانند کاهش جمعیت کیفری وضع می‌گردند. در واقع، با وضع چنین نهادهایی، با وجود این‌که مجرم واجد مسئولیت کیفری بوده، از تحمل مجازات معاف یا از مقررات تخفیف مجازات بهره‌مند می‌گردد (رستمی، ۱۴۰۲، ص ۱۵۴).

با وجود این، باید اذعان داشت که مرتکبین جرائم امنیتی، برخلاف سایر مجرمین، بهره‌چندان از این قبیل نهادها نبرده و اتخاذ سیاست جنایی امنیت‌مدار و توسعه‌طلب در مبارزه با جرائم علیه امنیت توسط دولت‌ها، اعمال این نهادها را تا حد قابل توجهی محدود نموده است.^۲ در واقع، به دلیل غلبه حق امنیت بر حق تأمین حقوقی - قضایی در این جرائم، الگوی

۱. برخی کیفرشناسان بازسازگاری را تنها راهکار جلوگیری از سر بار بودن دائمی بزهکار و بی‌وقفه خطرناک‌تر شدن وی می‌دانند (بولک، ۱۴۰۱، ص ۵۰).

۲. رویگردانی از تعداد کثیری از تحولات نظری در مبانی حقوق کیفری و همچنین الغا و انحلال برخی نهادهای اصلاحی و

اتخاذی، در مسیر حقوق کیفری امنیت‌مدار که تا اندازه قابل توجهی الهام‌گرفته از آموزه‌ها و اصول جرم‌شناسی امنیتی بوده، گام برداشته است، هرچند اطلاق عنوان جرم‌شناسی بر آن، که منجر به سیاست کیفری امنیت‌مدار گردیده، از باب مسامحه می‌باشد (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۲، ص ۲۳). رویکرد سیاست جنایی ایران نیز در این جرائم سختگیرانه، بدون اغماض و مبتنی بر جرم‌انگاری حداکثری و تهاجمی و گفتمان حاکم نیز حاکی از بیشینه‌گرایی و مقابله کیفری با هرگونه رفتار تهدیدکننده امنیت نظام می‌باشد (آقای‌نیا؛ رستمی، ۱۴۰۱، ص ۸۳). دیهی است که از چنین نگرشی که در آن سخن از حذف، طرد و اخراج بزهکار از جامعه و کنارگذاری اصل بازگردانی و ادغام دوباره مجرم به جامعه و به بیان کوتاه، اعمال اقدامات تأمینی امنیتی توان‌گیر، و نه اقدامات تأمینی تربیتی، است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۲، ص ۲۲)، نمی‌توان انتظار استفاده گسترده از نهادهای ارفاقی را داشت.

نهادهای ارفاقی مورد اشاره از دستاوردهای نوین علوم جنایی تجربی است که در راستای اصل پیامدگرایی، تناسب و فردی‌سازی مجازات‌ها و به منظور ارتقا، تلطیف و کارآمدی سیاست مقابله با جرم وارد نظام کیفری گردیدند. بنابراین، مهم‌ترین هدف قانون‌گذار در اعمال آن‌ها اصلاح و بازسازی اجتماعی مجرمین بوده، هرچند در برخی شرایط اجتماعی از چنین راهکاری جهت کاهش و کنترل جمعیت کیفری نیز استفاده می‌گردد. از آن جاکه این نهادها نوعی سیاست جنایی پیشگیرانه (کیفری) نیز به حساب می‌آیند، در صورت ایجاد بسترهای قانونی مطلوب، دستیابی به اهداف مجازات‌ها و کاهش جمعیت کیفری، در کلیه جرائم، و از جمله جرائم علیه امنیت، قابل حصول خواهد بود.

نهادهای ارفاقی از منظر پیشینه و قدمت به دو دسته قابل تقسیم می‌باشند: بعضی از این نهادها مانند تخفیف و تعلیق اجرای مجازات، آزادی مشروط و مجازات‌های جایگزین حبس، دارای قدمت تقنینی بیشتری بوده و از آن‌ها به عنوان نهادهای ارفاقی کلاسیک نام می‌بریم. در مقابل، دسته دیگر ذیل عنوان نهادهای ارفاقی نوظهور نام برده می‌شود، از قبیل نظام نیمه‌آزادی، تعویق صدور حکم، معافیت از کیفر و قرار ترک تعقیب که محصول نوآوری‌های دهه‌های اخیر بوده و سابقه طولانی ندارند.

▶ تربیتی، بدون تردید از مختصات چنین سیاست کیفری سختگیرانه به حساب می‌آید (غلامی، ۱۳۸۴، ص ۹۵).

قانون‌گذار ایران نیز همسو با نوآوری‌های علوم جنایی و در جهت ملایم‌سازی قوانین کیفری^۳، نهادهای یادشده را در بسیاری از جرائم غیرامنیتی پذیرفته^۴ که در رویه قضایی نیز منعکس گردیده است، اما در جرائم علیه امنیت دولت، به دلیل امنیت‌گرایی، گفتمان دشمن‌محور در سیاست جنایی و البته همسو با سیاست جنایی حاکم بر این قبیل جرائم در سایر کشورها، نه تنها بسیاری تضمین‌های حقوق کیفری کلاسیک و نیز اصول و قواعد تفسیر قوانین کیفری را کنار گذاشته (آقابابایی، ۱۳۸۹، ص ۱۳۸)، از تحولات انسان‌مدار دهه‌های اخیر و نهادهای مذکور استقبال بایسته‌ای به عمل نیاورده است. در واقع، بررسی قوانین کیفری ایران، اعم از ماهوی و شکلی، حاکی از آن است که در جرائم مذکور سیاست‌گذار جنایی نگرانی چندانی در خصوص آزادی و حقوق شهروندان نداشته و عمده دغدغه اصلی آن‌ها امنیت است (رستمی، ۱۴۰۲، ص ۷۸).^۵

جرائم علیه امنیت دولت به لحاظ ماهیت و پیامدهایی که به دنبال دارند، به جرائم خشونت‌آمیز و غیرخشونت‌آمیز قابل تقسیم هستند. جرائم غیرخشونت‌آمیز مانند فعالیت تبلیغی علیه نظام یا تشکیل یا اداره دستجات غیرقانونی، اصولاً با ابزارها و روش‌های فاقد خشونت (فیزیکی) ارتکاب می‌یابند، درحالی‌که جرائم خشونت‌آمیز مانند اقدامات تروریستی، با اعمال خشونت فیزیکی یا با استفاده از سلاح رخ می‌دهند و پیامدهای متفاوتی را رقم می‌زنند.^۶ با توجه به تفاوت اساسی در ماهیت و پیامدها در گونه‌های مورد اشاره، از انتقادات قابل طرح نسبت به سیاست جنایی تقنینی و قضایی در خصوص این جرائم، بی‌توجهی به نهادهای ارفاقی و یک‌سویه‌نگری توأم با بی‌توجهی به آثار متفاوت آن‌ها می‌باشد. به عبارت دیگر، قانون‌گذار بدون تفکیک این قبیل جرائم و با اتخاذ سیاست امنیت‌مدار تمامی آن‌ها را جز در موارد استثنایی، مشمول مقررات سختگیرانه واحدی دانسته و ممنوعیت‌های گسترده‌ای را در خصوص مرتکبین اعمال نموده که چنین رویکردی در کنار همسویی رویه قضایی، موجب

۳. راهبرد سیاست جنایی تقنینی ایران، به‌ویژه از آغاز دهه ۱۳۹۰، در راستای تلطیف حقوق کیفری و انعطاف‌پذیری نسبی خشونت کیفری در پرتو رویدادهای سیاسی و حقوقی دو سده اخیر بوده است (نجفی، ۱۳۹۷، ص ۱۱۰).

۴. برخی نویسندگان افزایش بی‌رویه این نهادها را گاه در تعارض با یکدیگر دانسته و چنین اقدام تقنینی را موجب برهم زدن سیاست جنایی دانسته‌اند (رستمی، ۱۴۰۲، ص ۱۵۶).

۵. در جدال بین آزادی و امنیت، سیاست‌گذاران جنایی ایران، ناتوان در ایجاد تعادل بوده، به طوری که کفه امنیت را سنگین‌تر نموده‌اند و این رویکرد در کنار محدودیت‌های متعدد ایجادشده در این قلمرو، به وضوح سیاست‌گذاری جنایی امنیت‌مدار را در این حوزه به تصویر می‌کشد (آقایی‌نیا، رستمی، ۱۴۰۱، ص ۸۴).

۶. از منظر جرم‌شناختی، جرائم غیرخشونت‌محور به‌عنوان جرائم علیه امنیت فسفوری و جرائم خشونت‌محور به‌عنوان جرائم علیه امنیت کلسیمی شناخته می‌شوند (صادقی؛ فخر؛ رحیمی‌نژاد، ۱۳۹۸، ص ۸۶).

محرومیت بسیاری از مرتکبین از این تدابیر گردیده است. این سیاست در نهادهای ارفاقی نوظهور به مراتب نامقبول‌تر بوده و در عمل، هیچ بهره‌ای از این نهادها نصیب مرتکبین نگردیده است، درحالی‌که در صورت اتخاذ یک سیاست جنایی تقنینی و قضایی کارآمد، بخش قابل توجهی از این جرائم، با توجه به ماهیت آن‌ها، می‌توانستند از نهادهای ارفاقی^۷ و زمینه‌های باز اجتماعی شدن مرتکبین بهره‌مند گردند، و اصلاحات قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۹ و پذیرش ناقص برخی نهادهای ارفاقی نیز در عمل، تغییر قابل توجهی در این خصوص ایجاد نموده و تأمل در برخی آرا و مصاحبه با قضات، حاکی از آن است که حتی در خصوص بعضی نهادهای ارفاقی قابل اعمال تحت شرایط خاص، رویه قضایی، سختگیرانه‌تر از قانون عمل نموده و به دلیل اختیار مقامات قضایی در اعطای آن‌ها بسیاری از مرتکبین از این نهادها محروم گردیده‌اند.

به لحاظ پیشینه بحث، با وجود پژوهش‌های صورت‌گرفته در خصوص نهادهای ارفاقی، که در این مطالعه در حد مقدور از آن‌ها بهره‌برداری شده است،^۸ اعمال نهادهای ارفاقی در جرائم غیرخسونت‌آمیز علیه امنیت دولت، به‌ویژه از منظر سیاست جنایی قضایی، نقطه کانونی و نوآوری مقاله حاضر است.

در این مقاله، وضعیت نهادهای ارفاقی در جرائم علیه امنیت دولت از منظر تقنینی و قضایی و با تأکید بر قانون مجازات اسلامی و قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، نقد و بررسی گردیده است. موضوع مهم بررسی نهادهای فوق از جهت تقنینی و قضایی بوده، به‌نحوی که از طریق مقارنه، میزان همگرایی یا واگرایی سیاست جنایی تقنینی و قضایی، با بررسی آرای محاکم، نظرات مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه، دیدگاه‌های قضات و وکلای دادگستری از طریق

۷. مانند فعالیت تبلیغی علیه نظام، تخلیه اطلاعاتی مأموران بر اثر بی‌احتیاطی، ورود به اماکن ممنوعه به قصد سرقت و...

۸. به‌عنوان نمونه، رستمی (۱۴۰۲)، در مقاله «ارزیابی نهادهای ارفاقی در سیاست جنایی ایران» ضمن بیان علل گسترش تقنینی نهادهای ارفاقی، عوامل ناکارآمدی سیاست جنایی را در پرتو نهادهای فوق تشریح و راهکارهایی جهت برون‌رفت از چالش‌های مربوطه ارائه داده است. همچنین خالقی و محمودی (۱۴۰۱) در پژوهشی تحت عنوان «تحلیل سیاست کیفری تقنینی در خصوص نهادهای ارفاقی ناظر بر تعیین مجازات»، پس از بیان تعاریف و تاریخچه این نهادها، نهادهای متأثر از مجازات‌های قانونی و قضایی را بررسی نموده‌اند. همچنین، پورقهرمانی و نگهدار (۱۳۹۷) در مقاله‌ای با عنوان «ارزیابی رویکرد قضات به اعمال نهادهای ارفاقی جدید»، با بررسی برخی آرای محاکم بدوی و تجدیدنظر استان کردستان، رویکرد قضات را به استفاده از نهادهای ارفاقی سنتی، بیشتر از موارد جدید آن دانسته‌اند. نیز بهره‌مند و همکاران (۱۳۹۶) در مقاله «واکاوی نهادهای ارفاقی در جرائم مواد مخدر»، ضمن بیان ضرورت وجود نهادهای ارفاقی، نسبت نهادهای ارفاقی قانون مجازات اسلامی را با قانون مبارزه با مواد مخدر تبیین نموده‌اند.

مصاحبه،^۹ علی‌رغم برخی محدودیت‌ها، بررسی و نقد گردیده است. نحوه اعمال نهادهای ارفاقی کلاسیک و نوظهور در قوانین مجازات اسلامی و آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و نیز مقایسه رویکرد سیاست جنایی تقنینی و قضایی، در دو گفتار جداگانه بررسی شده است.

۱. کاربست نهادهای ارفاقی کلاسیک

نهادهای ارفاقی کلاسیک در نظام تقنینی کشورهای مختلف دارای قدمت بیشتری بوده و در مقایسه با موارد نوین، در آرای قضایی نیز انعکاس بیشتری دارد. با بررسی مجموع نهادهای ارفاقی، تخفیف مجازات، تعلیق اجرای مجازات، آزادی مشروط، مجازات‌های جایگزین حبس، توبه و تعلیق تعقیب را می‌توان از مصادیق قدیمی این نهادها به شمار آورد که در این گفتار به اجمال نحوه اعمال آن‌ها در جرائم غیرخشونت‌آمیز علیه امنیت دولت مورد بررسی قرار گرفته است.

۱-۱. تخفیف (تقلیل) مجازات^{۱۰}

تخفیف مجازات از ابزارهای مؤثر سیاست جنایی در اجرای اصل فردی کردن مجازات‌ها، اثربخشی بیشتر و نیز دستیابی به اهداف اصلاحی کیفر به حساب می‌آید (فلاحی، ۱۳۹۵، ص ۱۰۹). نهاد تخفیف مجازات دارای فوایدی از جمله رعایت اوضاع و احوال مرتبط با جرم، منطبق نمودن مجازات با شخصیت بزه‌کار، تأثیر احتمالی بزه‌دیده در ارتکاب جرم و اجرای عدالت با عنایت به مطالبه افکار عمومی است. هرچند وفق مواد ۳۷، ۳۸ و ۳۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ایران، نهاد یادشده صرفاً در مجازات‌های تعزیری قابل اعمال می‌باشد.

به دلیل اطلاق ماده ۳۷، این نهاد ارفاقی در تمام جرائم علیه امنیت دولت، به‌ویژه جرائم غیرخشونت‌محور قابل اعمال بوده، که چنین سیاستی قابل تقدیر می‌باشد. اما از منظر سیاست جنایی قضایی، علی‌رغم تجویز قانونی و ظرفیت‌های موجود، استقبال درخور توجهی از آن صورت نگرفته و این بی‌اعتنایی در دوران ناآرامی‌های سیاسی در حد اعلامی خود قرار داشته

۹. به‌منظور اخذ نظرات قضات (اعم از دادیار و بازپرس شعب ویژه و شعب دادگاه انقلاب) و وکلای دادگستری، تلاش گردید که در حد اشباع نظری، مصاحبه انجام شود، هرچند با وجود صرف وقت زیاد و انجام هماهنگی‌های متعدد، تعداد مصاحبه‌شوندگان به دلایلی از جمله حساسیت جرائم موضوع پژوهش و در نتیجه، عدم تمایل اکثر قضات و وکلا به انجام مصاحبه، با وجود قول‌های مساعد اولیه، محدود بودن تعداد قضات رسیدگی‌کننده به این قبیل جرائم به دلیل اختصاص شعب ویژه و نیز وکلا به دلیل تسری محدودیت موضوع ماده ۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری به مرحله رسیدگی در دادگاه توسط برخی از محاکم، به میزان مورد نظر محقق نرسید. در نهایت، مصاحبه با ۱۸ وکیل و ۱۳ قاضی میسر و انجام گردید. البته به دلیل شباهت پاسخ‌های ارائه‌شده، با همین تعداد نیز اشباع نظری نسبی حاصل گردید.

10. Mitigation of sentence

است. قابل ذکر آن‌که، در بسیاری از جرائم غیرخشونت‌محور متداول مانند تشکیل و اداره دستجات غیرقانونی، فعالیت تبلیغی علیه نظام و همکاری با دول متخاصم، جز در موارد معدود، نه تنها تخفیفی اعطا نگردیده، بلکه در بسیاری از آرا حکم به حداکثر مجازات قانونی نیز صادر گردیده است.^{۱۱}

برخلاف جرائم خشونت‌محور که سختگیری در آن‌ها تا حدود بسیاری موجه می‌باشد، چنین توجیهی در جرائم غیرخشونت‌آمیز وجود نداشته و این نهاد ارفاقی، می‌توانست مورد استفاده بیشتری در این جرائم قرار گیرد.

با وجود قید حسن سابقه و وضع خاص متهم به عنوان یکی از جهات تخفیف در بند ث ماده فوق، برخی آرای محکومیت صادره بیانگر آن است که علی‌رغم برخورداری برخی محکومین از شرط مذکور، این امر مورد توجه واقع نگردیده است.^{۱۲} البته در دادنامه‌های معدودی که عمدتاً از مراجع تجدیدنظر صادر گردیده‌اند، تخفیف مجازات ملاحظه گردید که در مقایسه با مجموع دادنامه‌های در دسترس، قابل توجه نبوده است. در ادامه، به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود.

الف. دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۰۲۲۳۶۰۰۲۵۰ مورخه ۱۳۹۵/۶/۲۴ صادره از شعبه ۳۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران که به موجب دادنامه یادشده و با توجه به نامه قرارگاه ثارالله و ابراز تنبه شدید و تقاضای رأفت اسلامی، محکومیت بدوی کلیه متهمین از ۵ سال حبس بابت اجتماع و تبانی به ارتکاب جرم علیه امنیت، به یک سال و نیم حبس تقلیل یافت، که این تقلیل مجازات حاکی از سیاست تعدیل احکام سختگیرانه دادگاه بدوی توسط مرجع تجدیدنظر می‌باشد.

ب. دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۳۳۱۴۴۰۰۰۷۲ مورخه ۱۳۹۴ صادره از شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان شرقی مبنی بر تقلیل مجازات حبس متهمین از ۶ و ۴ ماه به یک ماه حبس با

۱۱. تبصره ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی (الزام به صدور حکم به حداقل مجازات قانونی) را هرگز نمی‌توان نوعی کیفیت مخففه در نظر گرفت، چراکه منظور از تخفیف، صدور حکم به کمتر از حداقل قانونی است (الهام؛ پرهانی، ۱۴۰۰، ص ۲۰۹). بنابراین، ضرورت صدور حکم به حداقل قانونی، حتی در فرض فقدان جهات تخفیف، حق قانونی متهم بوده و نباید آن را یک سیاست ارفاقی برای وی به حساب آورد.

۱۲. صدور حکم به حداکثر مجازات حبس در دادنامه شماره ۱۱۶۳ صادره از شعبه ۲۶ دادگاه انقلاب تهران با عنوان تبلیغ علیه نظام، در خصوص س.ح.م. همچنین صدور حکم به حداکثر مجازات حبس در خصوص ا.ک به اتهام همکاری با دولت متخاصم، آمریکا، به موجب دادنامه شماره ۹۷۵/۴-۶۵۰ صادره از شعبه ۲۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

توجه به وضعیت خاص متهمان و فقدان سوابق کیفری و سن و سال آنان، بابت فعالیت تبلیغی علیه نظام.

ج. دادنامه شماره ۹۷..... مورخه ۱۳۹۷/۱/۲۹ صادره از شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان مازندران که به موجب آن، محکومیت بدوی از یک سال حبس به اتهام تبلیغ علیه جمهوری اسلامی ایران (تبلیغ به نفع گروه‌ها و سازمان‌های مخالف نظام) به ۴ ماه حبس تقلیل یافت، که این امر نیز بیانگر توجه بیشتر مرجع تجدیدنظر به نهاد ارفاقی یادشده در مقایسه با مرجع بدوی می‌باشد.

د. دادنامه شماره ۹۰۰۹۹۷۴۱۲۴۱۰۰۱۸۶ مورخه ۱۳۹۰/۲/۱۰ صادره از شعبه اول دادگاه انقلاب تبریز، که دادگاه متهمین را به اتهام اجتماع و تبانی برای ارتکاب جرم علیه امنیت (شرکت در تظاهرات ۱۳ فروردین در مورد دریاچه ارومیه)، مستنداً به ماده ۶۱۰ قانون تعزیرات و با رعایت ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ (ماده ۳۷) فعلی به شش ماه حبس تعزیری محکوم نمود. البته با توجه به رفتار ارتكابی و تردید در عنصر معنوی متهمین، نامبردگان قابلیت بهره‌مندی از حکم برائت را نیز داشتند.^{۱۳}

دادنامه‌های موجود حاکی از سختگیری بیشتر سیاست جنایی قضایی در مقایسه با نظام تقنینی بوده، به نحوی که علی‌رغم تجویز قانونی، جز در موارد معدود، تمایلی در استفاده از این نهاد توسط محاکم، حتی در جرائم غیرخسونت‌آمیز مشاهده نگردید. علاوه بر آن، تمایل به بهره‌مند نمودن مرتکبین از این نهاد ارفاقی نزد مراجع عالی به مراتب بیشتر از مراجع بدوی بوده است. در واقع، انتظار این بود که در جرائم غیرخسونت‌آمیز دارای مجازات خفیف و در خصوص مرتکبین بدون سابقه مؤثر کیفری، از این نهاد ارفاقی در حد قابل قبولی استفاده می‌گردید.

قابل تأمل آن‌که برخی جرائم پرتکرار علیه امنیت دولت مانند جرائم موضوع مواد ۴۹۸ الی ۵۰۰ قانون تعزیرات و به‌ویژه فعالیت تبلیغی علیه نظام، علی‌رغم عدم تصریح در قانون جرم سیاسی ۱۳۹۵، به لحاظ این‌که مرتکب آن دارای انگیزه سیاسی و حداقل به زعم خود، داعیه اصلاح طلبانه دارد، می‌توان آن را به لحاظ ماهیت، یک جرم سیاسی و مرتکب آن را نیز

۱۳. مشابه همین اتهام در همان شعبه اول دادگاه انقلاب تبریز مطرح و شعبه مذکور به موجب دادنامه شماره ۹۰۰۹۹۷۴۱۲۴۱۰۰۱۹۲۱ مورخه ۱۳۹۰/۱۱/۲۹ متهمین را مستنداً به ماده ۶۱۰ ق.ت.ب به دو سال حبس محکوم نمود که نهایتاً شعبه ۴ دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان شرقی با این استدلال که متهمین بزه انتسابی را انکار نموده و هدف خود را از برگزاری راهپیمایی مسالمت‌آمیز، بابت خشک شدن دریاچه ارومیه اعلام نموده بودند، به موجب دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۴۱۲۲۴۰۱۸۱۶ مورخه ۱۳۹۱/۱۲/۰۲ حکم به برائت متهمین صادر نمود.

مجرم سیاسی دانست (حیب‌زاده؛ موسوی مجاب، ۱۳۸۵، ص ۱۲۹). بنابراین، شایسته بود مورد رأفت قانون‌گذار و دستگاه قضایی قرار گرفته و مشمول سیاست ارفاق‌مدارانه بیشتری واقع گردند، حال آن‌که عکس این رویکرد در سیاست تقنینی و قضایی ایران انعکاس یافته است.

۲-۱. تعلیق اجرای مجازات^{۱۴}

این نهاد ارفاقی به دلیل عدم ضرورت قطعی اجرای مجازات در برخی جرائم فاقد خطرناکی و شرایط نامطلوب محیط جرم‌زای زندان دارای فواید قابل توجهی برای مجرم و اجتماع بوده (صانعی، ۱۳۷۶، ص ۲۹) و مورد پذیرش قاطبه نظام‌های حقوقی واقع گردیده است.

این نهاد، اولین بار در قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ در کلیه جرائم جنحه‌ای مشمول حبس پیش‌بینی گردید. اما به موجب قانون تعلیق اجرای مجازات ۱۳۴۶ با محدودیت‌هایی مواجه شده و برخی جرائم، از جمله احکام حبس بیش از یک سال، از شمول آن مستثنی گردیدند. لذا با توجه به برخورداری بسیاری از جرائم مورد مطالعه از مجازات مذکور، مرتکبین امکان بهره‌مندی از این نهاد را نداشتند.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی و پیش از تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، هیچ منع قانونی در خصوص اعطای تعلیق نسبت به مرتکبین جرائم موضوع پژوهش وجود نداشت. البته در آرای صادره، علی‌رغم فقدان منع قانونی، استقبال چندانی از این نهاد، به ویژه در دوران ناآرامی‌های سیاسی صورت نمی‌گرفت. به عنوان مثال، در حوادث پس از انتخابات ریاست جمهوری ۱۳۸۸ رویکرد قضات عموماً سختگیرانه بوده (جعفری دولت‌آبادی، ۱۳۹۸، ص ۱۹۸) و آرای صادره و نیز پاسخ‌های اکثر مصاحبه‌شوندگان، اعم از قضات و وکلای دادگستری، حاکی از عدم تمایل قضات به اعطای تعلیق در این جرائم بوده است، اما پس از فروش کردن بحران‌های سیاسی^{۱۵}، در تعداد معدودی از آرا به شرح زیر اعمال گردیده است:

الف. دادنامه شماره ۱۰۲۷ مورخه ۱۳۷۷/۱۰/۹ صادره از شعبه ۲۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، مبنی بر تعلیق مجازات حبس متهم به مدت ۲ سال از باب اقدام علیه امنیت از طریق هواداری گروهک توده‌ای.

14. probation

۱۵. باید خاطر نشان نمود که هنر حاکمیت در آن است که در دوران بحران‌های مختلف، به خصوص بحران سیاسی، خود را وفادار به دادرسی منصفانه نشان دهد، چراکه در زمان ثبات و آرامش، استقرار دادرسی منصفانه و پایبندی به آن هنر قابل ذکری به حساب نمی‌آید. در حقیقت، کارنامه حقوق بشری دولت‌ها در میزان پایبندی به قواعد دادرسی منصفانه در برخورد با مخالفان خود و در زمان ناآرامی‌های سیاسی ملاک سنجش می‌باشد (رستمی، ۱۴۰۲، ص ۹۵).

ب. دادنامه شماره ۲۲۴۷ / ۸۶ / ش ۱۵ مورخه ۱۳۸۶/۱۰/۱۶ صادره از شعبه ۱۵ دادگاه انقلاب تهران مبنی بر تعلیق مجازات متهم به مدت ۵ سال به اتهام اجتماع و تبانی به قصد برهم زدن امنیت کشور.

ج. دادنامه شماره ۹۰۰۹۹۷۴۱۲۴۱۰۰۹۲۹ مورخه ۱۳۹۰ / ۶ / ۱۹ صادره از شعبه اول دادگاه انقلاب تبریز مبنی بر تعلیق مجازات ۲ سال حبس تعزیری متهم به مدت ۴ سال بابت اجتماع و تبانی جهت ارتکاب جرم علیه امنیت.

د. دادنامه شماره ۹۰۰۹۹۷۴۱۲۴۱۰۱۹۲۱ مورخه ۱۳۹۰/۱۱/۲۹ صادره از شعبه اول دادگاه انقلاب تبریز مبنی بر تعلیق نیمی از مجازات تعدادی از محکومین به مدت ۵ سال به اتهام اجتماع و تبانی به قصد ارتکاب جرم علیه امنیت.

ه. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۳۵۳۱۹۰۰۰۲۸ مورخه ۱۳۹۱/۲/۴ صادره از شعبه دادگاه انقلاب شهرستان تفت مبنی بر تعلیق مجازات حبس ۹۱ روز متهم به مدت ۳ سال بابت فعالیت تبلیغی علیه نظام. بررسی آرای صادره حاکی از آن است که تعلیق مجازات صرفاً در خصوص مرتکبین دارای عنوان اتهامی واحد اعمال گردیده است. به عبارت دیگر، به دلیل حکم سختگیرانه ماده ۳۶ قانون مجازات اسلامی سابق مبنی بر عدم امکان تعلیق در فرض تعدد جرم و با توجه به عناوین اتهامی متعدد احصائی برای این قبیل متهمین، امکان تعلیق به حداقل کاهش یافته و علاوه بر آن، اعمال آن منحصر در جرائم دارای مجازات خفیف و نسبتاً خفیف بوده است، لذا بسیاری از جرائم دیگر، علی‌رغم فقدان محدودیت در قانون سابق (ماده ۲۵) به موجب سختگیری بیشتر رویه قضایی از این نهاد ارفاقی محروم گردیده‌اند.

با تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و همسو با سیاست جنایی امنیت‌مدار، به موجب ماده ۴۷ قانون مذکور، کلیه جرائم علیه امنیت جزو جرائم غیر قابل تعلیق اعلام گردید، که چنین سیاستی به دلیل تلقی یکسان و عاری از توجه به پیامدهای جرائم علیه امنیت و در نتیجه، محرومیت آنان از این نهاد ارفاقی، محل اشکال می‌باشد و به همین دلیل نیز هیچ رأیی مبتنی بر آن صادر نگردید.

البته به موجب اصلاحیه سال ۱۳۹۹ و الحاق تبصره‌ای به ماده فوق، تعلیق بخشی از مجازات در صورت همکاری مؤثر مرتکب در کشف جرم و شناسایی سایر متهمان بلامانع اعلام گردید، که چنین شرطی نیز دارای ابهام مفهومی بوده و به دلیل امکان ارائه تفاسیر متعدد و اختلاف

نظر قضایی واجد ایراد می‌باشد. همچنین عبارت «تعلیق بخشی از مجازات» به لحاظ کمیت فاقد شفافیت بوده که به دلیل تفاسیر متفاوت موجب استعلام از اداره حقوقی قوه قضائیه گردیده است.^{۱۶}

پس از اصلاحیه مذکور و تجویز ناقص و مشروط این نهاد کیفری، انتظار معقول اعمال آن به نحو قابل توجه در جرائم غیرخسونت‌آمیز دارای مجازات خفیف‌تر بود، اما علی‌رغم بررسی آرای متعدد، هیچ رأیی دال بر این امر یافت نگردید، که خود نشانگر سختگیری بیشتر رویه قضایی در این خصوص می‌باشد.^{۱۷}

۱-۳. آزادی مشروط^{۱۸}

آزادی مشروط از مهم‌ترین نهادهای متأثر از آموزه‌های جرم‌شناختی بوده و مرکز تلاقی سه رویکرد مهم جرم‌مداری مبتنی بر عدالت استحقاقی، مجرم‌محوری جرم‌شناسی اصلاح و درمان و بزه‌دیده‌مداری می‌باشد و بهره‌مندی از آن، انگیزه اصلاح و تربیت مجرمین را مضاعف نموده، موجب صرفه‌جویی در هزینه‌های عمومی گردیده و از عیوب زندان جلوگیری می‌نماید (علی‌آبادی، ۱۳۷۳، ص ۳۵۷).

با توجه به اطلاق ماده ۵۸ قانون مجازات اسلامی و امکان اعمال این نهاد در کلیه جرائم تعزیری، می‌توان قائل به شمول آن نسبت به جرائم مورد نظر شد،^{۱۹} اما موضوع قابل تأمل، سختگیری سیاست جنایی قضایی در این خصوص است، چراکه با وجود فقدان منع قانونی، هیچ موردی در خصوص اعطای آن، حداقل در جرائم غیرخسونت‌آمیز یافت نگردید.^{۲۰}

۱-۴. مجازات‌های جایگزین حبس^{۲۱}

این نهاد ارفاقی در راستای تلطیف حقوق کیفری تنبیهی، توجه به اصلاح مجرمان، بازپذیری

۱۶. اداره حقوقی قوه قضائیه نیز طی نظریه شماره ۷/۹۹/۹۰۲ مورخه ۱۳۹۹/۰۶/۳۱، میزان آن را به تشخیص و صلاح دادگاه واگذار نموده است، البته به شرط اینکه تعلیق شامل تمام مجازات نباشد.

۱۷. در این سختگیری قضایی، نمی‌توان نقش ساختار دادگاه انقلاب، چینش قضات آن و به‌ویژه ماهیت ایدئولوژیک این دادگاه‌ها را نادیده گرفت.

18. Parole (release on license)

۱۹. برای نظر مشابه (نک: مجیدی، ۱۳۹۳، ص ۳۶۰).

۲۰. صورتنجلسه نشست قضایی مورخه ۱۳۹۸/۱۱/۹ استان فارس/شیراز در صورت وجود شرایط، اعطای آزادی مشروط را در این قبیل جرائم ممکن دانسته است.

21. Alternatives to punishment

اجتماعی آنان و به دلیل ناکارآمدی مجازات حبس مورد استقبال قانون‌گذار واقع گردیده است.^{۲۲} جایگزین‌های حبس، مبتنی بر مداخله جامعه مدنی، نویدبخش پایداری سیاست جنایی مشارکتی (کیفری، ناکیفری) و الهام‌گرفته از آموزه‌های جدید مکتب دفاع اجتماعی نوین، کیفرشناسی و جرم‌شناسی می‌باشد (خاکساری؛ غلامی، ۱۳۹۸، ص ۱۲).

اگرچه قانون‌گذار به موجب قیودی طی مواد ۶۴ الی ۸۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و با الهام از آموزه‌های جرم‌شناسی به این نهاد ارفاقی جامعه قانونی پوشانده،^{۲۳} اعمال آن در جرائم علیه امنیت دولت، در راستای تداوم سیاست‌های سزاکرایانه امنیتی وفق ماده ۷۱ ممنوع گردید. اعمال این نهاد طبق ماده ۷۲ نیز با محدودیت مواجه است، چراکه وفق ماده مزبور، در فرض تعدد جرائم عمدی که مجازات قانونی حداقل یکی از آن‌ها بیش از یک سال حبس باشد، این نهاد اعمال نخواهد گردید و با توجه به برخورداری بسیاری از دادنامه‌های مربوط به این جرائم از ویژگی موصوف، منع قانونی مذکور از این منظر نیز پابرجاست.

با وجود منع قانونی، سیاست جنایی قضایی در این خصوص حاوی شگفتی می‌باشد، چراکه در برخی آرای ناظر بر جرائم غیرخشونت‌محور دارای مجازات نسبتاً خفیف، این نهاد اعمال گردیده است، که به نمونه‌هایی اشاره می‌شود.^{۲۴} چنین رویکردی اگرچه از منظر آموزه‌های جرم‌شناسی و سیاست فردی کردن مجازات‌ها قابل تحسین به نظر می‌رسد، به لحاظ مغایرت با صراحت ماده یادشده فاقد توجیه قانونی است.^{۲۵}

الف. دادنامه شماره ۳۷۰۶۳۷۴۱۶۷۴۰۹۹۷۴ مورخه ۱۳۹۹/۵/۲۸ صادره از شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان شرقی مبنی بر تبدیل حبس ۳ ماه متهم به پرداخت ۳۰ میلیون ریال جزای نقدی

۲۲. با وجود پیش‌بینی برخی مجازات‌های جایگزین جدید در ماده ۶۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، به دلیل سابقه تقنینی جزای نقدی، به‌عنوان رایج‌ترین جایگزین حبس در قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین مصوب ۱۳۷۳ و اصلاحیه سال ۱۳۸۹، این نهاد در بخش مربوط به نهادهای ارفاقی کلاسیک بررسی می‌گردد.

۲۳. به لحاظ پیشینه، باید به لایحه «مجازات‌های اجتماعی جایگزین زندان» سال ۱۳۸۴ اشاره نمود که به دلایلی تصویب نگردید.

۲۴. برخی قضات محاکم انقلاب با غیرقانونی دانستن این اقدام به موجب نص ماده ۷۱ اعتقاد داشتند که در مواردی، دادرسان دادگاه‌های انقلاب، به‌ویژه در شهرستان‌های غیر مرکز استان، رؤسا و یا دادرسان محاکم کیفری دو بوده و به دلیل عدم رسیدگی اختصاصی به جرائم امنیتی، نوعی خلط مبنایی و تسری قواعد رسیدگی جرائم عمومی به جرائم علیه امنیت صورت گرفته که واجد اشکال می‌باشد.

۲۵. البته نشست قضایی مورخه ۱۳۹۶/۹/۲۱ استان فارس با توجه به اطلاق ماده ۷۱، اعمال جایگزین‌های حبس را حتی در جرائم غیرعمدی علیه امنیت نیز ممنوع اعلام نمود.

بابت فعالیت تبلیغی علیه نظام. دادنامه مذکور از جهت تعدیل تصمیم سختگیرانه دادگاه بدوی قابل تقدیر بوده، اما از منظر نقض مفاد صریح ماده ۷۱ قابل انتقاد می‌باشد.

ب. دادنامه شماره ۱۴۰۲۰۳۵۰۰۰۰۰۰۰۰۰۰۰۰۰۰۰ مورخه ۱۴۰۰/۳/۴ صادره از شعبه دادگاه انقلاب سقز مبنی بر تبدیل حبس ۳ و ۶ ماه متهمین به پرداخت ۲۰ و ۴۰ میلیون ریال جزای نقدی به دلیل وضعیت سنی و عیال وار بودن متهمان، به اتهام فعالیت تبلیغی علیه نظام از طریق تجمع غیرقانونی در روز کارگر. ج. دادنامه شماره ۱۴۰۲۰۰۰۰۰۰۰۰۰۰۰۰۰۰۰۰ مورخه ۱۴۰۲/۷/۱۲ موضوع کیفرخواست شماره ۱۷۷۵۴۵ مورخه ۱۴۰۲/۶/۱۸ صادره از شعبه دادگاه انقلاب یکی از شهرستان‌های استان گیلان، به پرداخت ۷۰ میلیون ریال جزای نقدی بابت فعالیت تبلیغی علیه نظام در فضای مجازی. قابل تأمل آن‌که در دادنامه مذکور، حتی به این نکته که تبدیل در راستای اعمال کیفیت مخففه صورت گرفته و نیز به جهت مخففه احراز اشاره‌ای نگردیده است.

حیرت‌آور آن‌که رویه قضایی در خصوص برخی نهادهای ارفاقی فاقد منع قانونی، با سختگیری ناموجه از اعمال آن‌ها خودداری نموده، اما این نهاد ارفاقی را با وجود منع صریح قانونی، پس از احراز برخی جهات تخفیف موضوع ماده ۳۷ و در راستای اصل فردی نمودن مجازات‌ها، در موارد متعددی اعمال نموده است، که این بیانگر فقدان انسجام و همگونی سیاست جنایی قضایی می‌باشد. در خصوص برخی متهمین، قابلیت صدور حکم برائت و یا دیگر نهادهای ارفاقی، به منظور اعمال سیاست ارفاق مدار و رعایت مقررات قانونی وجود داشت که مدنظر قرار نگرفته است.

۵-۱. توبه

برخلاف دیگر نهادهای ارفاقی، توبه نهادی واجد خاستگاه فقهی بوده که در راستای سیاست قضازدایی و حبس‌زدایی و نیز اصلاح و بازپروری مجرمین می‌تواند ابزار مؤثری قلمداد گردد. «توبه» در لغت به معنای پیشمانی و در اصطلاح، همان بازگشت از گناه می‌باشد، به نحوی که مرتکب پیشمان شده و مصمم به عدم ارتکاب گناه در آینده گردد (برای تفصیل درباره مفهوم توبه نک: پاکتچی، ۱۳۸۷، ج ۱۶، ص ۲۸۱).

این نهاد در مقررات کیفری پیش از انقلاب فاقد پیشینه بوده و از ابداعات قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران می‌باشد، اگرچه برخی با توجه به مبحث مستقل توبه در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، آن را از نوآوری‌های این قانون می‌دانند (اردبیلی، ۱۴۰۲، ص ۲۴۳). به دلیل سابقه آن در قانون مجازات

اسلامی سال ۱۳۷۰ و قانون تعزیرات سال ۱۳۷۵ مناسب است آن را به عنوان یک نهاد ارفاقی کلاسیک به حساب آوریم.

علی‌رغم همسویی توبه با آموزه‌های علوم جنایی و با توجه به این‌که ژرف‌نگری هرچه بیشتر در آن می‌تواند موجب کارایی مفیدتر آن گردیده و استفاده شایسته از آن در خصوص مرتکبین نادم و فاقد سودای مجرمانه سودمند باشد (برهانی؛ لطفعلی‌زاده، ۱۴۰۱، ص ۳)، این نهاد در جرائم موضوع مطالعه به‌طور شایسته مورد اقبال واقع نگردیده است، چراکه مطابق با تبصره ماده ۵۱۲ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵، صرفاً دو جرم همکاری با دول متخاصم و تحریک مردم به جنگ و کشتار، مشمول معافیت از مجازات می‌باشند. بنابراین رویکردی که به موجب آن، جرائم مذکور، با وجود برخورداری از مجازات حبس سنگین می‌توانند از این نهاد ارفاقی بهره‌مند گردند، اما در جرم خفیی مانند فعالیت تبلیغی علیه نظام امکان اعمال چنین نهادی وجود ندارد، قابل انتقاد می‌باشد. همچنین وفق مقررات عام ماده ۵۱۱ قانون مجازات اسلامی، با احراز توبه، مجازات جرائم تعزیری درجات ۶ الی ۸ ساقط، اما در سایر درجات متهم صرفاً از تخفیف قضایی بهره‌مند خواهد گردید. بنابراین، از مجموع جرائم مورد مطالعه، توبه مستقیم مجازات، منحصرراً شامل جرائم معدودی مانند فعالیت تبلیغی علیه نظام و اخفای جاسوسان بوده و در سایر موارد، مرتکبین باید منتظر تخفیف قضایی که چندان هم مورد عنایت قرار نمی‌گیرد، باشند.

به‌طور کلی، رویکرد رویه قضایی نسبت به توبه کاملاً سلیقه‌ای، توأم با آرای متناقض و بدون مبنای مشخص و واحدی می‌باشد، چنان‌که در برخی از آرا بدون هرگونه استدلال خاصی، درخواست توبه متهم رد گردیده، حال آن‌که در برخی دیگر از آرا چنین ادعایی محمول به صحت تشخیص داده شده و لذا حکم به احراز توبه صادر گردیده است (عبداللهی، ۱۳۹۸، ص ۳۴۲-۳۴۷). از طرف دیگر، تأمل در سیاست جنایی قضایی در جرائم مورد مطالعه حاکی از سختگیری بیشتر رویه قضایی می‌باشد، به طوری که علی‌رغم بررسی آرای متعدد، هیچ رأیی مبتنی بر معافیت و یا تخفیف مجازات بر اساس توبه یافت نگردید. همچنین برخی مقامات قضایی نیز اظهار داشتند که تاکنون قرار موقوفی تعقیب یا حکمی مبتنی بر تخفیف صادر ننموده و به چنین آرای نیز برخورد ننموده‌اند.^{۲۶}

۲۶. به نظر برخی، اعمال این نهاد مستلزم طرح آن از جانب خود متهمین بوده و عدم اقدام از سوی آنان را در استفاده نکردن از این نهاد مؤثر می‌دانستند.

۶-۱. تعلیق تعقیب

این نهاد ارفاقی به عنوان تنها نهاد شکلی کلاسیک که در قوانین پیشین نیز دارای سابقه بوده، با الحاق ماده ۴۰ مکرر به قانون آیین دادرسی کیفری در سال ۱۳۵۲ وارد حقوق ایران شد و سپس به موجب ماده ۲۲ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری ۱۳۵۶ اصلاح گردید و نهایتاً در ماده ۸۱ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و در خصوص جرائم تعزیری درجات ۶ تا ۸ مورد پذیرش قرار گرفت.

این نهاد از جمله راهبردهای همسو با رهنمودهای الغاگرایی کیفری به حساب می‌آید که با وجود پیش‌بینی و تثبیت آن در حقوق کیفری ایران، به دلیل فقدان زمینه‌های فرهنگی - قضایی لازم و چالش‌های مربوط به این نهاد مورد استقبال و همگرایی شایسته رویه قضایی قرار نگرفته است (ساقیان؛ نورپور، ۱۳۹۷، ص ۷۵).

از منظر تقنینی، به دلیل شروط مندرج در ماده فوق، به‌ویژه ضرورت قابلیت تعلیق مجازات جرائم مورد نظر، باید قائل به عدم امکان استفاده از آن در جرائم موضوع بحث گردید.^{۲۷} همسو با این دیدگاه، اداره حقوقی قوه قضائیه نیز طی نظریه شماره ۲۵۷/۱۴۰۰/۷ مورخه ۱۴۰۰/۵/۱۰ تعلیق تعقیب متهمان مذکور را ممنوع دانسته است و فقدان سابقه این نهاد در آرای قضایی نیز مؤید همین ممنوعیت می‌باشد.

۲. کاربرد نهادهای ارفاقی نوظهور

نهادهای ارفاقی نوظهور، از ابداعات تقنینی عدالت کیفری در سال‌های اخیر بوده که در قوانین کیفری اخیرالتصویب ایران نیز پیش‌بینی شده است. این نهادها را می‌توان از نوآوری‌های قوانین کیفری جدید دانست که با بهره‌مندی از یافته‌های جرم‌شناسی و نقش‌آفرینی در بازدارندگی عام و خاص،^{۲۸} اصلاح بزهکار، انجام سازوکارهای عدالت ترمیمی و امتناع از برچسب‌زنی مؤثر بوده و موجب انعطاف بخشی به قوانین خشک و بی‌روح می‌گردد. قانون‌گذار ایران نیز هرچند با تأخیری نسبتاً طولانی در مقایسه با سایر کشورها، با پذیرش این قبیل نهادها در قوانین مجازات اسلامی و آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ تلاش قابل تقدیر و کم‌سابقه‌ای در راستای اصلاح و

۲۷. امکان تعلیق بخشی از مجازات جرائم علیه امنیت به موجب تبصره ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی، به منزله قابل تعلیق بودن این جرائم نمی‌باشد.

۲۸. به آثار مجازات قانونی بر عموم مردم (بزهکاران بالقوه) بازدارندگی عام (General Deterrence) و به چنین آثاری نسبت به شخص محکوم بازدارندگی خاص (Specific Deterrence) اطلاق می‌گردد (Mc Stafford; M warr, 1993, p. 123).

بازسازی محکومین در کنار اعمال کیفر و با بهره‌گیری از یافته‌های جرم‌شناسی و دستاوردهای نوین فایده‌گرایی مجازات به عمل آورده است، اما در جرائم مورد مطالعه و به دلیل قیود مورد استفاده، کاربست این قبیل نهادها در پایین‌ترین حد ممکن قرار دارد. با اندک تأملی می‌توان نظام نیمه‌آزادی، معافیت از کیفر، تعویق صدور حکم و مراقبت تحت سامانه‌های الکترونیکی (در قانون مجازات اسلامی) و ترک تعقیب، بایگانی کردن پرونده و توقف تحقیقات (در قانون آیین دادرسی کیفری) را از نمونه‌های نهادهای مذکور به حساب آورد.

۱-۲. مصادیق نهادهای ارفاقی نوظهور در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با معرفی نهادهای متعدد ارفاقی نوظهور، توفیق قابل توجهی در الگوپذیری از آموزه‌های علوم جنایی در جرائم غیرامنیتی به دست آورده است، اما در جرائم علیه امنیت، به دلیل حاکمیت سیاست جنایی دشمن‌مدار، برخی از این نهادها از منظر تقنینی کاملاً غیر قابل اعمال بوده و برخی دیگر نیز صرفاً در جرائم معدود با مجازات خفیف می‌توانند مورد استفاده قرار گیرند، و البته که رویه قضایی، حداقل با توجه به اطلاعات به دست آمده از آرای بررسی شده و نیز مصاحبه‌های به عمل آمده، از این تجویز کمینه قانونی نیز هیچ گونه استقبالی ننموده است.

۱-۲-۱. نظام نیمه‌آزادی^{۲۹}

این نهاد ارفاقی،^{۳۰} به عنوان یکی از جلوه‌های اصل شخصی کردن کیفر، با الهام از حقوق کیفری فرانسه و به دلیل تأکید بر کاربرد حداقلی حبس^{۳۱} در فقه اسلامی و انطباق آن با آموزه‌های شرعی و همچنین در راستای ایجاد فرصت‌های فعالیت خارج از زندان محکومین، در ماده ۵۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ پیش‌بینی گردید^{۳۲} (اکرمی؛ سیف‌الله‌پور، ۱۳۹۶، ص ۳). این نهاد اصلاح‌مدار و ارفاقی، به عنوان یکی از جلوه‌های نوظهور و بارز کیفرزدایی یا زندان‌زدایی (البته نه به طور کامل)،

29. Semi - liberty

۳۰. ظهور و پیدایش نظام نیمه‌آزادی را باید مدیون اجرای نظام تربیتی ویژه‌ای دانست که در گفتمان کیفرشناسان به عنوان نظام تدریجی یا ایرلندی معروف می‌باشد (رضوانی؛ خواجوند چتن؛ صفائی آتشگاه، ۱۳۹۵، ص ۸۴).

۳۱. پیامدهای نامطلوب و مضرات زندان نزد برخی از نویسندگان تا بدان حد است که حتی زندان کوتاه‌مدت را هم خالی از جنبه‌های آسیب‌زای آن ندانسته‌اند (Sevrdiren, 2011, p. 116).

۳۲. به دلیل شرط رضایت محکوم جهت برخورداری از این نهاد ارفاقی، گرایش سیاست جنایی ایران را در این خصوص می‌توان همسو با عدالت ترمیمی و مذاکره‌ای دانست (غلامی، ۱۳۸۹، ص ۷۱۴-۷۴۰).

در کنار تأثیر غیر قابل انکار در کاهش جمعیت کیفری، در اصلاح و بازپروری مجرمین و نیز حفظ ثبات خانوادگی آن‌ها می‌تواند نقش مؤثری ایفا نماید.

پیش از اصلاحیه سال ۱۳۹۹، این نهاد صرفاً در حبس‌های تعزیری درجه ۵ تا ۷ قابلیت اعمال داشت، اما به موجب اصلاحیه اخیر، حبس‌های تعزیری درجه ۲، ۳ و ۴ نیز در صورت سپری کردن یک چهارم حبس می‌توانند وفق تبصره ماده فوق مشمول این نظام ارفاقی گردند. در مقررات موجود، نص صریحی دال بر منع قانونی در خصوص اعمال این نهاد نوپا در جرائم امنیتی غیرخوشونت‌آمیز دیده نمی‌شود، هرچند علاوه بر نبود نظر ارشادی اداره حقوقی قوه قضائیه، نویسندگان حقوق کیفری نیز متعرض این موضوع در این جرائم نشده‌اند. اما تأمل در ماده فوق، به ویژه شرط گذشت شاکی که بیانگر قابلیت اعمال این نهاد صرفاً در جرائم غیر قابل گذشت دارای شاکی خصوصی می‌باشد، این فرض را کمرنگ می‌نماید، چراکه در جرائم مورد پژوهش، دولت (حاکمیت) زیان دیده اصلی جرم بوده و نمی‌توان از شاکی خصوصی و یا گذشت وی در مفهوم دقیق آن سخن گفت. لذا به نظر می‌رسد امکان کاربست این نهاد ارفاقی در این جرائم وجود ندارد، اگرچه مناسب بود قانون‌گذار با لحاظ قیود مناسب دیگر مانند وجود جهات تخفیف و یا فقدان سابقه کیفری مؤثر مرتکب، امکان اعمال این نهاد کارآمد را حداقل در بخشی از جرائم غیرخوشونت‌آمیز دارای مجازات خفیف فراهم می‌نمود.

از منظر سیاست جنایی قضایی نیز هیچ رأیی مبنی بر اعمال این نهاد، حتی در جرائم خفیف، یافت نگردید، و این امر در کنار بی‌اطلاعی صاحب‌شوندگان از وجود هر گونه رأیی، حاکی از عدم تجویز قانونی آن می‌باشد. البته با وجود شرط تقنینی مذکور انتظاری جز این نیز نبود.

۲-۱-۲. تعویق صدور حکم^{۳۳}

این نهاد ارفاقی نوپدید که به نظر برخی خاستگاه اولیه آن کاملاً بوده، با اقتباس از قانون مجازات فرانسه وارد قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ شده است (فروغی و همکاران، ۱۳۹۶، ص ۶۵۵). از منظر جرم‌شناسی، این نهاد که در نظام‌های کیفری سایر کشورها نیز نوپا بوده و مشابهت‌هایی نیز با تعلیق مجازات دارد، مبتنی بر آموزه‌های جرم‌شناسی انتقادی برجسب‌زنی بوده و می‌توان

آن را راهی برای پیشگیری از آثار زیان بار و نامطلوب برجسب مجرمیت به افراد دانست (مصدق، ۱۳۹۶، ص ۲۳۵).

به لحاظ تقنینی و به دلیل اختصاص تعویق صدور حکم به جرائم تعزیری درجه ۶ تا ۸ و نیز با توجه به خروج تعزیرات منصوص شرعی از قلمرو آن به موجب ماده ۱۱۵، دایره شمول گسترده‌ای نمی‌توان برای آن در نظر گرفت. چنین رویکردی اگرچه به لحاظ مبانی شرعی در حدود، قصاص و دیات قابل توجیه بوده، محدود نمودن آن به جرائم تعزیری خفیف، به دلیل مغایرت آن با فلسفه و مبنای چنین نهادی، قابل انتقاد به نظر می‌رسد.

قابل ذکر آن‌که علی‌رغم عدم استثنای جرائم علیه امنیت دولت از شمول این نهاد، با توجه به محدودیت مندرج در ماده ۱۱۵، از مجموع جرائم مورد پژوهش منحصراً دو جرم تبلیغ علیه نظام و اخفای جاسوسان که از جرائم دارای مجازات خفیف به حساب می‌آیند، می‌توانند از چنین نهادی منتفع گردند.

از منظر رویه قضایی نیز به دلیل نوپدید بودن این نهاد از یک سو و نگرش به جایگاه و اعتبار صدور حکم به منظور احراز مجرمیت از سوی دیگر (عالی‌پور؛ توحیدی نافع، ۱۳۹۴، ص ۳۱۲)، در جرائم عمومی نیز از این نهاد کمتر بهره گرفته می‌شود و همین رویکرد به نحو مضاعفی در جرائم مورد مطالعه نیز ملاحظه می‌گردد، به طوری که با وجود تجویز این نهاد در دو جرم یادشده، هیچ رأیی مبتنی بر این نهاد کیفری یافت نگردیده و نظرات برخی قضات و وکلای دادگستری نیز مؤید چنین سیاستی بوده است، هرچند با عنایت به پرتکرار بودن جرم فعالیت تبلیغی علیه نظام و خفیف بودن مجازات آن، رویه قضایی می‌توانست با عدول از سیاست سختگیرانه خود و اعمال این نهاد، حداقل در خصوص مرتکبین فاقد سابقه کیفری مؤثر، گام مهمی در راستای گسترش سیاست اصلاحی بردارد، که چنین رویکردی به دلیل مغایرت با سیاست کیفری حاکم، عملی نگردیده است.

۲-۱-۳. معافیت از کیفر

علاوه بر مفهوم عام این نهاد ارفاقی که شامل عفو، توبه و سایر موجبات معافیت از مجازات می‌باشد، در مفهوم خاص و به عنوان یکی از نوآوری‌های قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، این نهاد صرفاً ناظر به جرائم تعزیری درجه ۷ و ۸ بوده که در صورت وجود برخی شرایط ماده ۳۹، قاضی مخیر در صدور حکم معافیت از مجازات و بازگرداندن مجرم به جامعه خواهد بود.

نهاد ارفاقی مذکور که صرف‌نظر از برخی معایب آن مانند ناتوانی در پیشگیری از جرم و عقیم ماندن برنامه‌های اصلاح و درمان، دارای فواید انکارناپذیری از قبیل بازدارندگی عام و خاص و به‌ویژه انطباق آن با اصل فردی کردن مجازات‌ها می‌باشد (جمادی؛ المیر؛ شادمان‌فر، ۱۳۹۸، ص ۹۴-۹۹)، صرفاً در جرائم بسیار خفیف و به موجب شروط سختگیرانه متعددی قابل اعمال بوده و از منظر یک سیاست جنایی کارآمد قابل انتقاد می‌باشد، به‌ویژه در فرض فاقد اهمیت بودن جرائم فوق، شایسته بود مقنن با حذف آن‌ها باری از دوش دادگستری بردارد. با بررسی کلیه جرائم غیرخوشونت‌آمیز علیه امنیت می‌توان دریافت که صرفاً یک جرم (تخلیه اطلاعاتی مأموران) در محدوده این نهاد ارفاقی قرار دارد. بنابراین، سختگیری تقنینی در این خصوص مشهود بوده و سایر جرائم قابلیت بهره‌مندی از این نهاد را ندارند. آنچه در این خصوص مایه شگفتی بوده ذکر قیود و شروط متعدد برای نهادی است که صرفاً در مورد جرائم بسیار خفیف قابلیت اعمال دارد. در واقع، به‌نظر، این حجم از قیود با قلمرو شمول چنین نهادی متناسب نمی‌باشد. از منظر سیاست جنایی قضایی نیز از آن جاکه جرم مذکور به‌عنوان جرمی مرسوم و متواتر در رویه قضایی شناخته نشده است، با وجود بررسی دادنامه‌های بسیار، هیچ رأیی مبنی بر اعمال این نهاد ارفاق مدار مشاهده نگردید.

۲-۱-۴. مراقبت توسط سامانه‌های الکترونیکی^{۳۴}

این نهاد ارفاقی جایگزین حبس که پیشینه آن به سال ۱۹۸۴ در آمریکا برمی‌گردد، به‌عنوان پاسخی پسینی به بزهکاری، از جهات مختلفی از قبیل کاستن از جمعیت زندانیان، زدودن پیامدهای نامطلوب مجازات حبس و نیز محقق ساختن اهداف اصلاح و بازپروری مجرمان حائز اهمیت می‌باشد. این نهاد که آوردن آن ذیل مقررات آزادی مشروط به دلیل فقدان ارتباط موضوعی بین این دو، دارای ایراد می‌باشد، در ابتدا صرفاً شامل جرائم تعزیری درجه ۵ تا ۸ بود که پس از اصلاحیه ۱۳۹۹ و وفق تبصره ۲ ماده ۶۲، در صورت تحمل یک چهارم مجازات، حبس‌های تعزیری درجه ۲، ۳ و ۴ را نیز در بر می‌گیرد.

نکته تقنینی مهم دیگر امکان بهره‌مندی کلیه جرائم تعزیری و از جمله جرائم مورد مطالعه، نهایتاً با گذراندن بخشی از مجازات حبس، از مزایای نظام یادشده است^{۳۵}. بنابراین، از منظر

34. Electronic surveillance system

۳۵. برای دیدن نظر موافق، (نک: فروغی؛ ایرانی، ۱۳۹۵، ص ۶۲۰).

تقنینی، هیچ گونه ممنوعیت قانونی در خصوص بهره‌مندی جرائم مورد مطالعه از این نهاد ارفاق مدار وجود نداشته و حتی در بخشنامه شماره ۲۲۶۲/۱۰ مورخه ۱۴۰۲/۳/۸ دادگستری استان تهران منعی در این خصوص پیش‌بینی نگردیده و برخی نشست‌های قضایی^{۳۶} نیز اعمال آن را در جرائم علیه امنیت دولت به عنوان یک نهاد ارفاقی ممکن دانسته‌اند، اما در عمل و با وجود جست‌وجو، تحقیق و انجام مصاحبه، هیچ دادنامه‌ای که حاکی از اعمال آن در این قبیل جرائم باشد، یافت نگردید. در واقع، علی‌رغم تصریح به شرایط مقرر در تعویق مراقبتی در ماده ۶۲ قانون مجازات اسلامی جهت استفاده از این نهاد ارفاقی و استثنا نمودن جرائم علیه امنیت، رویه قضایی در عمل، ممنوعیت‌های موجود در ماده ۴۷ را مانعی در اعمال این نهاد می‌داند که رویکرد رویه قضایی فاقد توجیه قانونی است.

۲-۲. مصادیق نهادهای ارفاقی نوظهور در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲

نظام عدالت کیفری در دهه‌های اخیر از منظر مقررات شکلی نیز از یافته‌های علوم جنایی و جرم‌شناسی پیرامون سیاست جنایی ارفاق مدار منتفع گردیده است. در این رویکرد قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ جلوه بارز این نوع گفتمان تلقی می‌گردد که با تأسی از سازوکارهایی مانند قضازدایی، عدالت ترمیمی و با تأسیس برخی نهادهای ارفاقی نوین سعی در همسویی قابل قبولی با تحولات اخیر در مجموعه نظام عدالت کیفری داشته است.

گراینگاه نهادهای ارفاقی این قانون عمدتاً کاهش موارد تعقیب بوده و پاسخ سریع به برخی گونه‌های بزهکاری، اجتناب از الصاق برچسب مجرمانه به افراد و کاهش هزینه‌های نظام عدالت کیفری از دیگر دلایل به شمار می‌آید (تقی‌پور؛ سلیمی، ۱۳۹۷، ص ۶۳).

چنین نهادهای ارفاقی عموماً در جرائم سبک قابل اعمال بوده و در راستای «اصل موقعیت داشتن تعقیب» از جایگزین‌های تعقیب محسوب شده که در صورت فزونی عواقب سوء فرایند کیفری بر منافع آن از تعقیب متهم جلوگیری می‌نماید (خالقی، ۱۳۹۷، ص ۱۲۰).

علی‌رغم موفقیت تقنینی نسبی در پیش‌بینی این نهادها در جرائم غیرامنیتی، گفتمان جدیدی که بتوان آن را ملهم از آموزه‌های نوین علوم جرم‌شناختی دانست، در جرائم موضوع مطالعه ارائه نگردیده است. به سخن دیگر، قانون‌گذار بدون استثنا نمودن جرائم یادشده از شمول نهادهای مذکور، شرایطی را مقرر نموده است که به موجب آن‌ها بهره‌مندی از این

۳۶. نشست قضایی مورخه ۱۴۰۲/۰۸/۲۰ استان گیلان.

نهادهای تقریباً غیرممکن گردیده است. به عنوان نمونه، قرار ترک تعقیب موضوع ماده ۷۹ که اساساً به منظور کاستن از تعداد پرونده‌های محاکم پیش‌بینی گردیده است، صرفاً در جرائم قابل گذشت قابل اعمال می‌باشد. بنابراین، به دلیل ماهیت این جرائم، نهاد ارفاقی مزبور در این جرائم اعمال نخواهد گردید. همچنین قرار بایگانی کردن پرونده موضوع ماده ۸۰، به تصریح صدر ماده فوق منحصراً در جرائم تعزیری درجه ۷ و ۸ قابل استفاده بوده و از مجموع جرائم غیرخوشونت‌محور، فقط جرم تخلیه اطلاعاتی مأموران می‌تواند از این نهاد بهره‌مند گردد که آن‌هم به دلیل غیرمرسوم بودن، فاقد هرگونه سابقه در رویه قضایی بوده و تحقیقات و مصاحبه‌های انجام شده برابندی نداشت.

دیگر نهاد ارفاقی نوظهور دارای دامنه شمول وسیع، قرار توقف تحقیقات موضوع ماده ۱۰۴ می‌باشد که با توجه به اطلاق ماده فوق، کلیه جرائم تعزیری درجه ۴ تا ۸ را در بر می‌گیرد، به نحوی که در صورت معلوم نشدن مرتکب ظرف مدت دو سال، علی‌رغم انجام تحقیقات لازم، این قرار توسط بازپرس پس از جلب موافقت دادستان صادر می‌گردد. به نظر می‌رسد این نهاد، به دلیل اطلاق آن و فقدان هر نوع قیدی، تنها نهاد ارفاقی قابل اعمال در کلیه جرائم مورد مطالعه باشد، هرچند که در عمل، رویه قضایی کوچک‌ترین اقبالی نسبت به آن نشان نداده و بررسی‌های صورت‌گرفته منتج به مشاهده دادنامه‌ای در این خصوص نگردید.

نتیجه آن‌که سیاست جنایی سرکوبگرانه حاکم بر جرائم علیه امنیت دولت علاوه بر قوانین ماهوی، به قوانین کیفری شکلی نیز تسری یافته، به نحوی که از منظر سیاست جنایی تقنینی بهره حداقلی از نهادهای ارفاقی نوظهور موضوع این قانون برای جرائم موضوع پژوهش پیش‌بینی شده است و البته که رویه قضایی، در قلمرو اطلاعات به دست آمده، با اعمال سیاست سختگیرانه‌تر کوچک‌ترین استقبالی از این نهادها به عمل نیاورده است.

در واقع، به دلیل آن‌که این نهادها محصول آخرین دستاوردهای علوم جنایی و جرم‌شناسی‌اند، انتظار منطقی آن بود که از هر دو منظر یادشده مورد استقبال بیشتری واقع گردند، حال آن‌که عکس آن را به‌ویژه از جهت سیاست جنایی قضایی شاهد بوده‌ایم. در حقیقت، بررسی دادنامه‌های متعدد شعب دادگاه انقلاب حاکی از آن است که در جرائم موضوع پژوهش، نهادهای ارفاقی نوظهور به دلایل متعددی از جمله کافی نبودن برنامه‌های آموزشی قضات و حاکمیت سیاست امنیت‌مدار، تاکنون با فرهنگ قضایی ایران سازگار نگشته و به نوعی ناکارا

قلمداد می‌شوند و متولیان امر، علی‌رغم سپری شدن بیش از یک دهه از ورود این نهادها به نظام عدالت کیفری، هنوز نتوانسته‌اند ضمن برشمردن ویژگی‌های مثبت این دسته از نهادهای ارفاقی، ضرورت و اهمیت استفاده از آن‌ها را برای قضات تبیین و توجیه نمایند و می‌توان اذعان داشت که در جرائم مورد مطالعه، اعتقاد رویه قضایی صرفاً به چند نهاد ارفاقی سنتی محدود گردیده است (پورقهرمانی؛ نگهدار، ۱۳۹۷، ص ۲۴۷) و در عمل، علی‌رغم جست‌وجوی بسیار و با وجود تجویز قانونی در مواردی معدود، هیچ رأیی که حاکی از اعمال نهادهای ارفاقی نوظهور در این جرائم باشد، یافت نگردید^{۳۷} و به درستی باید این دور شدن رویه قضایی از قوانین و مقررات مربوط به سیاست جنایی را به عنوان یکی از نمادهای ناهمسازی میان سیاست‌های جنایی قلمداد نمود (لازرز، ۱۴۰۱، ص ۶۹ و ۷۰).

نتیجه‌گیری

نهادهای ارفاقی از دستاوردهای اثرگذار علوم جرم‌شناختی و بنیان‌های عدالت کیفری نوین در قوانین کیفری است. قوانین کیفری جمهوری اسلامی ایران نیز با پذیرش یا تأسیس نهادهای متعدد و به‌منظور دستیابی به اهداف اصلاح، بازسازی‌گری و کاستن از جمعیت کیفری، همگرایی قابل قبولی با تحولات اخیر در جرائم عمومی (غیرامنیتی) نشان داده که این همسویی در رویه قضایی نیز به‌طور قابل توجهی انعکاس یافته است، هرچند رویه قضایی به نهادهای ارفاقی کلاسیک در مقایسه با مصادیق نوظهور التفات بیشتری دارد. به عبارت دیگر، قضات در عمل، به دلایل عدیده‌ای از جمله فقدان زمینه‌های لازم فرهنگی و قضایی، نهادهای ارفاقی را عموماً منحصر در همان نمونه‌های قدیمی آن مانند تعلیق، تخفیف و آزادی مشروط می‌دانند.

سیاست کاربست نهادهای ارفاقی در جرائم غیرامنیتی، به دلیل امنیت‌گرایی و گفتمان سیاست جنایی دشمن‌محور، در کلیه جرائم علیه امنیت دولت، حتی در جرائم غیرخشونت‌محور، به‌نحو بارزی وارونه گردیده است، به نحوی که در قوانین ماهوی و شکلی در کنار نادیده‌انگاری برخی تضمین‌های حقوق کیفری کلاسیک، از این قبیل نهادها نیز استقبال قابل قبولی نشده

۳۷. اعتقاد به عدم استفاده از نهادهای ارفاقی نوظهور در جرائم موضوع پژوهش که از بررسی آرای متعدد صادره از شعب دادگاه انقلاب و نیز مصاحبه با تعداد قابل توجهی از قضات و وکلای دادگستری به دست آمده است، ممکن است تا حدودی از باب مسامحه باشد، چراکه ممکن است در مورد متهم خاصی، یکی از این نهادها مورد استفاده قرار گرفته باشد که دادنامه مربوطه در دسترس نبوده و مصاحبه‌شوندگان نیز از وجود آن بی‌اطلاع بوده باشند. اما به نظر می‌رسد با توجه به مفاد آرای بررسی شده و نظرات مصاحبه‌شوندگان و با صرف‌نظر از برخی موارد استثنایی احتمالی، رویه قضایی حاکم را مبتنی بر عدم استفاده از این دسته از نهادها دانست.

است. حتی در فرض پذیرش چنین سیاستی در جرائم خوشونت‌آمیز، این رویکرد در جرائم غیرخوشونت‌آمیز، موضوع پژوهش حاضر، پذیرفتنی نیست. در واقع، چنین گفتمانی ناشی از رویکرد یک‌سویه‌نگر و انتقادآمیز قانون‌گذار و رویه قضایی به کلیه جرائم علیه امنیت دولت است که بدون توجه به پیامدهای جرائم مذکور، تمامی آن‌ها را به موجب سیاست واحد و در سطح وسیعی، از نهادهای ارفاقی محروم کرده است.

نهادهای ارفاقی با توجه به پیشینه آن‌ها به نهادهای ارفاقی کلاسیک و نوظهور تقسیم می‌گردند و آنچه در این پژوهش قابل تأمل بوده، استقبال جزئی از نهادهای ارفاقی نوظهور در جرائم مورد مطالعه می‌باشد. در واقع، هرچند در این جرائم از نهادهای ارفاقی کلاسیک نیز به دلیل سیطره گفتمان امنیت‌گرایی استفاده شایسته‌ای نشده، این رویکرد در نهادهای نوظهور به مراتب سختگیرانه‌تر می‌باشد، به طوری که با اندکی مسامحه می‌توان قائل به عدم اعمال این قبیل نهادها در جرائم یادشده گردید، درحالی‌که با توجه به روزآمدی نهادهای مذکور، خلاف گفتمان حاکم مورد انتظار بود.

موضوع قابل تأمل دیگر، رویکرد سختگیرانه‌تر رویه قضایی نسبت به سیاست جنایی تقنینی در این جرائم است. به عبارت دیگر، علی‌رغم تجویز یا فقدان منع قانونی در اعمال این نهادها، رویه قضایی در موارد متعددی با بی‌اعتنایی به این نهادها گوی سبقت را در اعمال سیاست‌های تشدید از سیاست جنایی تقنینی ربوده است و این دیدگاه به خصوص در جرائم غیرخوشونت‌آمیز که قابلیت اجرای سیاست جنایی ارفاق‌مدار را دارد، محل انتقاد جدی است. نکته مهم دیگر، سیاست سختگیرانه و انعطاف‌پذیری بسیار کمتر محاکم تالی نسبت به محاکم عالی، در قبال جرائم مورد مطالعه می‌باشد.

پایان سخن آن‌که، با توجه به ماهیت و پیامدهای قابل تحمل جرائم موضوع پژوهش، سزاوار بود که سیاست جنایی تقنینی جمهوری اسلامی و به تبع آن رویه قضایی، رویکرد مناسبی در استفاده از این نهادها در پیش گیرد، که این امر از منظر تقنینی با اقبال کمتری مواجه گردیده، و قابل درنگ آن‌که، رویه قضایی با وجود برخی جوازهای قانونی، به جز مواردی معدود، تمایلی به اعمال این نهادها، خصوصاً نهادهای نوظهور، از خود نشان نداده است. به نظر می‌رسد با ارائه آموزش‌های تکمیلی و ضمن خدمت قضات شاغل در دادسراها و محاکمی که عهده‌دار رسیدگی جرائم موضوع پژوهش‌اند و تبیین فواید این قبیل نهادها برای آن‌ها، می‌توان امیدوار

بود که رویه قضایی با تعدیل سیاست امنیت‌گرایی در جرائم غیرخشونت محور علیه امنیت دولت، انس بیشتری با نهادهای ارفاقی و به‌ویژه با مصادیق نوظهور آن پیدا نماید.

۱۸. رضوانی، محمد؛ خواجه‌وند چتن، مظاهر؛ صفائی آتشگاه، حامد. (۱۳۹۵ش). بررسی نظام نیمه‌آزادی با تأکید بر سیاست کیفری ایران. مجله حقوقی دادگستری، ۸۰، (۹۶)، ۷۹-۱۰۳. <https://doi.org/10.22106/jzj.2016.24719>
۱۹. ساقیان، محمد مهدی؛ نورپور، محسن. (۱۳۹۹ش). ارزیابی و نقد نهاد تعلیق تعقیب در حقوق کیفری ایران (با نگاهی به حقوق فرانسه). حقوق تطبیقی، ۷۵، (۱)۷، ۱۰۰-۷۵. <https://doi.org/10.22096/law.2019.83889.1240>
۲۰. سامانه ملی آرای قضایی. <https://ara.jri.ac.ir>
۲۱. صادقی، سالار؛ فخر، حسین؛ رحیمی‌نژاد، اسماعیل. (۱۳۹۸ش). جایگاه عدالت ترمیمی در جرائم علیه حاکمیت. پژوهشنامه حقوق کیفری، ۱۰، (۲)، ۸۵-۱۱۲. <https://doi.org/10.22124/jol.2019.10682.1541>
۲۲. صانعی، پرویز. (۱۳۷۶ش). حقوق جزای عمومی، (ج ۲). تهران: گنج دانش.
۲۳. عبداللهی، افشین. (۱۳۹۸ش). کیفیت احراز توبه، با مطالعه موردی آرای دادگاهها. آموزه‌های حقوق کیفری، ۱۸، (۱۶)، ۳۵۰-۳۲۳. <https://doi.org/10.30513/cld.2020.610>
۲۴. عالی‌پور، حسن؛ توحیدی نافع، جلال. (۱۳۹۴ش). تعویق صدور حکم: تأخیر در اجرای عدالت یا تغییر در اجرای عدالت؟. مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، ۲، (۴ و ۵)، ۳۱۱-۳۳۱. <https://doi.org/JQ-CLCS-201604-1107>
۲۵. علی‌آبادی، عبدالحسین. (۱۳۷۳ش). حقوق جنایی، (ج ۲). تهران: انتشارات فردوسی.
۲۶. غلامی، حسین. (۱۳۸۴ش). سیاست کیفری سختگیرانه. پژوهش‌های دانش انتظامی، ۷، (۴)، ۹۵-۱۲۱.
۲۷. غلامی، حسین. (۱۳۸۹ش). عدالت ترمیمی، در: علوم جنایی، (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری). تهران: سمت.
۲۸. فروغی، فضل‌الله؛ ایرانی، امیر. (۱۳۹۵ش). مطالعه تطبیقی شناسایی و اجرای نظارت الکترونیکی در حقوق کیفری ایران و آمریکا. مطالعات حقوق تطبیقی، ۷، (۲)، ۶۰۱-۶۲۶. <https://doi.org/10.22059/jcl.2016.60695>
۲۹. فروغی، فضل‌الله؛ مقدسی، محمدباقر؛ غنی، کیوان. (۱۳۹۶ش). بررسی تطبیقی تعویق صدور حکم در حقوق کیفری ایران، انگلستان و فرانسه. مطالعات حقوق تطبیقی، ۸، (۲)، ۶۵۵-۶۷۸. <https://doi.org/10.22059/jcl.2017.227216.633449>
۳۰. فلاحی، ابوالقاسم. (۱۳۹۷ش). تخفیف مجازات در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲. مجله حقوقی دادگستری، ۸۲، (۱۰۲)، ۱۲۷-۱۰۹. <https://doi.org/10.22106/jlj.2018.32735>
۳۱. اکرمی، روح‌الله؛ سیف‌الله‌پور، فرزانه. (۱۳۹۶ش). تحلیلی بر نظام نیمه‌آزادی در حقوق کیفری ایران و فرانسه، با رویکردی به منابع فقهی آن. پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۴، (۳)، ۳۸-۳. <https://doi.org/10.22091/csiw.2018.3221.1387>
۳۲. گودرزی، محمدرضا. (۱۳۸۲ش). نارسایی‌های زندان. الهیات و حقوق، ۳، (۳ و ۴)، ۴۳-۱.

۳۳. لازرژ، کریستین. (۱۴۰۱ش). درآمدی بر سیاست جنایی، (ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی). تهران: میزان.
۳۴. مجیدی، سید محمود. (۱۳۹۳ش). جرائم علیه امنیت. تهران: میزان.
۳۵. مصدق، محمد. (۱۳۹۶ش). شرح قانون مجازات اسلامی، (ج ۱). تهران: جنگل.
۳۶. نجفی ابرندآبادی، علی حسین. (۱۳۹۲ش). تقریرات درس جرم‌شناسی (از جرم‌شناسی انتقادی تا جرم‌شناسی امنیتی). دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، (نیمسال دوم سال تحصیلی ۱۳۹۱-۱۳۹۲). تهیه و تنظیم: سکینه خانعلی‌پور و اجارگاه و مهدی قربانی.
۳۷. نجفی ابرندآبادی، علی حسین. (۱۳۹۷ش). تلطیف و ترمیمی شدن حقوق کیفری، با تأکید بر حقوق ایران، در: فرجیها، محمد، (زیر نظر)، عدالت ترمیمی؛ پل ارتباطی میان تمدن‌های جاده ابریشم، (چکیده مقالات). تهران: میزان. دسترس‌پذیر در: <http://lawtest.ir>
38. Martinson, R. (1974). What works? questions and answers about prison reform. *the public interest*, 35: 22-54
39. Mc Stafford; M warr. (1993). Reconceptualization of general and specific deterrence. *Journal of research in crime and delinquency*, 30(2), 3-39. <https://doi.org/10.1177/0022427893030002001>
40. Svdiren, O. (2011). *Alternatives to imprisonment in England and Wales, Germany and Turkey*. New York: Springer.



Individualization of Rehabilitation in the Light of the Tripartite Models of Offender Reform

Shahram Ebrahimi¹ ✉, Mojtaba Malekafzali Ardakani²

1. Corresponding Author, Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, University of Shiraz, Shiraz, Iran. Email: shahram.ebrahimi@gmail.com

2. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law, Political Science and History. University of Yazd, Yazd, Iran. Email: malekafzali@yazd.ac.ir

Article Info

Article type:

Original research

Received: 18 March 2025

Received in revised form:

16 March 2025

Accepted: 18 March 2025

Available online:

28 March 2025

Keywords

rehabilitation and treatment, recidivism, clinical criminology, recidivism risk assessment, high-risk offenders, risk of offending, offender rehabilitation.



Abstract

In the field of criminal sciences individualization can be observed as a multi-layered process comprising distinct stages. The first stage involves legal individualization, wherein legislators prescribe punishments proportionate to crime severity. But, due to the generic and impersonal nature of laws, the personal characteristics of offenders receive limited consideration. The subsequent stage entails judicial individualization, wherein the judge through examination of the defendant's personality traits, psychological profile, and social circumstances seeks to impose a sentence tailored to their individual conditions. Furthermore, individualization remains vital during punishment execution—particularly in systems where sentence enforcement retains judicial oversight. At this stage, adjustments to the execution modality may be made based on the prisoner's evolving circumstances. Beyond these tiers, rehabilitative individualization takes effect, aiming to reform and reintegrate offenders while preventing recidivism. This process requires the design of person-centered rehabilitation programs based on existing correctional models, ensuring each individual receives tailored educational, therapeutic, and vocational training—adapted to their specific needs and circumstances—to facilitate their reintegration into society. The Cognitive-Behavioral Model facilitates offender rehabilitation by targeting cognitive and behavioral patterns to induce intrinsic change. The Risk-Need-Responsivity (RNR) Model identifies and addresses individual-specific needs to mitigate recidivism risks. The Good Lives Model (GLM)—emphasizing creating opportunities for healthy, purpose-driven living helps offenders redirect their paths from criminal behavior toward personal growth and rehabilitation. Integrated implementation of these three models could significantly enhance personal rehabilitation of offenders, reduce recidivism rates, and facilitate successful societal reintegration.

Cite this article: Ebrahimi, Sh. & Malekafzali Ardakani, M. (2024). Individualization of Rehabilitation in the Light of the Tripartite Models of Offender Reform. *Criminal Law Doctrines*, 21(27), 35-57. <https://doi.org/10.30513/eld.2025.6725.2076>





فردی سازی بازپروری در پرتو الگوهای سه گانه اصلاح مجرمین

۱. شهرام ابراهیمی[✉]، مجتبی ملک‌افضلی اردکانی^۲

۱. نویسنده مسئول، دانشیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران. رایانامه: shahram.ebrahimi@gmail.com

۲. استادیار، بخش حقوق، دانشکده حقوق، علوم سیاسی و تاریخ، دانشگاه یزد، یزد، ایران. رایانامه: malekafzali@yazd.ac.ir

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۱/۴

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۱۲/۲۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۲/۲۸

تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۴/۱/۸

کلیدواژه‌ها

اصلاح و درمان، تکرار جرم،

جرم‌شناسی بالینی، ارزیابی خطر

تکرار جرم، مجرمین خطرناک،

ریسک جرم، بازپروری بزهکاران.

چکیده

فردی سازی در حوزه علوم جنایی را می‌توان به‌عنوان فرایندی چندلایه در نظر گرفت که از مراحل مختلفی تشکیل شده است. در نخستین مرحله، فردی سازی قانونی قرار دارد که در آن قانون‌گذار، مجازات را متناسب با شدت جرم تعیین می‌کند، اما به دلیل ماهیت کلی و غیرشخصی قوانین، ویژگی‌های فردی مجرمین کمتر مورد توجه قرار می‌گیرد. در مرحله بعد، فردی سازی قضایی مطرح می‌شود که در آن، قاضی ضمن بررسی ویژگی‌های شخصیتی، روان‌شناختی و اجتماعی متهم، می‌کوشد تا مجازاتی متناسب با شرایط فردی او تعیین کند. علاوه بر این، فردی سازی در مرحله اجرای مجازات نیز اهمیت دارد، به ویژه در نظام‌هایی که اجرای احکام جنبه قضایی دارد. در این مرحله، امکان تعدیل یا تغییر نحوه اجرای مجازات متناسب با وضعیت زندانی فراهم است. فراتر از این سطوح، فردی سازی بازپروری مطرح می‌شود که هدف آن، اصلاح و بازتوانمندسازی مجرم و پیشگیری از تکرار جرم است. این فرایند مستلزم طراحی برنامه‌های بازپروری فردمحور بر اساس الگوهای اصلاحی موجود است تا هر فرد، متناسب با نیازها و شرایط خود، تحت برنامه‌های آموزشی، درمانی و مهارت‌آموزی قرار گیرد و مسیر بازگشت به جامعه برای او هموار شود. «الگوی شناختی - رفتاری» با تمرکز بر اصلاح الگوهای فکری و رفتاری فرد، به ایجاد تغییرات درونی در مجرمین کمک می‌کند و زمینه‌های بازپروری آن‌ها را فراهم می‌سازد. «الگوی ریسک - نیاز - پاسخ‌دهی» با شناسایی و رفع نیازهای خاص هر فرد، شرایطی ایجاد می‌کند که خطر تکرار جرم کاهش یابد. «الگوی زندگی‌های سعادت‌مند» با تأکید بر ایجاد فرصت‌هایی برای زندگی سالم و هدفمند، به مجرمین کمک می‌کند تا مسیرشان را از بزهکاری به سوی بازتوانی و رشد شخصی تغییر دهند. به‌کارگیری همزمان این سه الگو می‌تواند تأثیر قابل توجهی در بهبود وضعیت فردی مجرمین، کاهش نرخ تکرار جرم و در نهایت، تسهیل بازگشت موفق آن‌ها به جامعه داشته باشد.

استناد: ابراهیمی، شهرام؛ ملک‌افضلی اردکانی، مجتبی. (۱۴۰۳). فردی سازی بازپروری در پرتو الگوهای سه‌گانه اصلاح مجرمین. *آموزه‌های حقوق کیفری*، ۲۱(۲۷)، ۳۵-۵۷.

<https://doi.org/10.30513/cld.2025.6725.2076>



مقدمه

در طول تاریخ، چگونگی مواجهه دولت‌ها با بزه‌کاران با تحولات و تغییرات مکرر روبه‌رو بوده است. تا قرن‌ها ضمانت اجرای رفتارهای ناقض قوانین کیفری، واکنشی به نام «کیفر» بوده است. ازان‌جا که ارتکاب جرم باعث خسارت مادی، درد و رنج جسمی و روانی برای بزه‌دیده بوده است، مجازات بزه‌کار به عنوان رنج و عذابی مشابه برای او در نظر گرفته می‌شده است. لذا مدت‌ها رسالت اصلی مجازات، اخلاقی بوده و کیفر عمدتاً مکافات و سزادهی بزه‌کار را دنبال می‌کرده است. با ظهور مکاتب فلسفی - کیفری، بزه‌کار فردی تلقی شد که پس از محاسبه هزینه کیفری جرم تصمیم به ارتکاب می‌گیرد (پرادل، ۱۴۰۲، ص ۴۲). در این بستر اجتماعی و فکری بود که کیفر دارای کارکرد سودمندانه (فایده‌گرا) شد. بدین ترتیب، کیفر افزون بر سزادهی به بزه‌کار، باید برای او و آن دسته از اعضای جامعه که وسوسه ارتکاب جرم را در سر می‌پروراندند، ارباب‌انگیز و عبرت‌آموز باشد (کارکرد بازدارندگی کیفری).

تولد جرم‌شناسی، از یک سو، موجب جابه‌جایی گرانگاه کیفر از بزه به بزه‌کار و از سوی دیگر، رونق اصل فردی‌سازی مجازات^۱ شد (پیناتل، ۱۳۶۵، ص ۱۷۵). فردی‌سازی مجازات، به عنوان یکی از جلوه‌های انسانی‌سازی نظام کیفری، بر این اصل استوار است که مجازات باید بر اساس شخصیت مجرم و شدت جرم تنظیم شود. این رویکرد نه تنها جنبه تنبیهی مجازات را حفظ می‌کند، بلکه با سازوکارهای اصلاحی، زمینه بازاجتماعی شدن بزه‌کار را نیز فراهم می‌سازد (بابایی، ۱۴۰۳، ص ۱۸). فردی‌سازی مجازات را می‌توان در چهار سطح بررسی کرد:

۱. فردی‌سازی قانونی (مرحله تقنین مجازات): در این مرحله، قانون‌گذار میزان و نوع مجازات را متناسب با شدت جرم تعیین می‌کند. بر اساس اصل قانونی بودن جرم و مجازات، قانون باید به صورت عام و کلی تدوین شود و این امر موجب می‌شود که ویژگی‌های شخصی مجرمان و عوامل

۱. در این چهارچوب بود که بازپروری، بازسازگاری و بازپذیرسازی اجتماعی بزه‌کار به عنوان کارکردی جدید برای حقوق کیفری تعریف شد. در همین راستا، بند ۳ ماده ۱۰ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۹۶۶ صراحتاً مقرر می‌دارد که نظام اجرای حبس باید اصلاح شود، به‌سازاری و بازاجتماعی‌سازی محکومان را دنبال کند و زمینه بازگشت ایشان را به جامعه هموار سازد. کارکرد بازپرورانه، در ادامه، به‌ویژه بعد از جنگ‌های جهانی اول و دوم، جنبه حقوق بشری پیدا کرد و به تدریج وارد نظام حقوق داخلی شد و وظایف مند گشت، از جمله در ایران، اقدام مناسب برای اصلاح مجرمان (قسمت دوم بند ۵ اصل ۱۵۶ قانون اساسی) به عنوان وظیفه‌ای برای قوه قضائیه پیش‌بینی شد.

۲. ماده ۱-۱۳۰ قانون مجازات فرانسه بین اهداف و کارکردهای مجازات تفکیک قائل شده است. این تغییر به‌گونه‌ای است که از نظر فلسفه کیفری، کیفر علاوه بر مجازات محکوم و حمایت از جامعه، باید بر جنبه‌های دیگری چون منافع بزه‌دیده، تسهیل بازپذیری مجرم و پیشگیری از تکرار جرم نیز تأکید داشته باشد. «ماده ۱-۱۳۰: به منظور تضمین حفاظت از جامعه، پیشگیری از ارتکاب جرائم جدید و بازسازی تعادل اجتماعی، با رعایت منافع بزه‌دیده، کیفر دارای وظایف و کارکردهای زیر است: مجازات کردن مرتکب جرم، ترغیب به اصلاح، ادغام یا بازگشت او به جامعه».

فردی مؤثر در ارتکاب جرم در مرحله قانون‌گذاری نادیده گرفته شود. در نتیجه، فردی سازی قانونی، فردی سازی واقعی محسوب نمی‌شود، بلکه صرفاً بستری را برای تحقق فردی سازی در مراحل قضایی و اجرایی فراهم می‌آورد.

۲. فردی سازی قضایی (مرحله صدور حکم): این مرحله زمانی تحقق می‌یابد که قاضی در مقام تعیین مجازات، با در نظر گرفتن ویژگی‌های شخصی مجرم و شرایط وقوع جرم، تصمیم‌گیری می‌کند. قاضی برای اتخاذ حکم عادلانه، باید علاوه بر شدت جرم و میزان تقصیر مرتکب، شناخت دقیقی از ویژگی‌های روان‌شناختی، اجتماعی و پیشینه کیفری مجرم داشته باشد. در این راستا، انجام بررسی‌های علمی از جمله ارزیابی‌های پزشکی و روان‌پزشکی، تحلیل شرایط اجتماعی و خانوادگی مجرم، مطالعه پیشینه کیفری و سوابق اصلاحی ضرورت دارد. این اطلاعات، قاضی را در انتخاب نوع و شدت مجازات مناسب راهنمایی می‌کند و امکان اعمال سیاست‌های کیفری فردمحور را فراهم می‌سازد.

۳. فردی سازی در مرحله اجرای مجازات: نظام‌های کیفری که فرایند اجرای احکام را قضایی سازی کرده‌اند، امکان فردی سازی مجازات را در این مرحله نیز فراهم می‌کنند. به عبارت دیگر، متناسب با وضعیت جسمانی، روانی و اجتماعی محکوم، می‌توان تغییراتی در اجرای مجازات اعمال کرد (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۶، ص ۱۲). این مرحله، به ویژه در مورد اعمال نهادهای ارفاقی (آزادی مشروط، نظام نیمه‌آزادی، آزادی تحت نظارت الکترونیکی)، تغییر در نحوه اجرای مجازات بر اساس پیشرفت اصلاحی زندانی، نقش بسزایی دارد (نیازپور، ۱۳۸۵، ص ۱۴۶).

۴. فردی سازی بازپروری (مرحله اصلاح و درمان): مفهوم فردی سازی بازپروری بر اصلاح بزهکار و پیشگیری از تکرار جرم تمرکز دارد. (ابراهیمی، ۱۳۹۱، ص ۱۵۱) این امر مستلزم طراحی برنامه‌های بازپروری فردمحور است. اصل فردی سازی در فرایند بازپروری کیفری، اقتضا دارد که با عنایت به طبقه‌بندی علمی و جرم‌شناختی بزهکاران، (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۸، ص ۱۶)، برای هر فرد بزهکار برنامه‌ای اختصاصی و متناسب با ویژگی‌های شخصیتی، روانی، اجتماعی و پیشینه ارتکاب جرم وی طراحی و اجرا گردد. هدف از این رویکرد، پیشگیری از تکرار جرم و گسستن چرخه بازگشت مجدد مجرم به نظام کیفری از طریق مداخلات هدفمند و متناسب سازی اقدامات اصلاحی و تربیتی است.^۳

۳. انواع روش‌های اعمال کیفر سلب آزادی در جهت فردی کردن اجرای محکومیت حبس، نخستین قلمرویی بوده که از ربع آخر سده نوزدهم در سطح کنفرانس‌های بین‌المللی موضوع بحث و تبادل نظر بوده است. زندان به تدریج آماج انتقادهایی قرار

دستیابی به این هدف، یعنی بازپروری بزهکاران و پیشگیری از تکرار جرم، نیازمند ایجاد نظامی منسجم و مبتنی بر الگوهای برآمده از داده‌های معتبر علمی است. نخستین الگو، اصلاح شناختی- رفتاری است که در طول چند دهه گذشته به طور گسترده در تحقیقات علمی و برنامه‌های درمانی به کار رفته و از موفقیت‌های چشمگیری در کاهش خطر تکرار جرم برخوردار بوده است. این الگو که از اصول و مفاهیم موجود در پزشکی و روان‌شناسی بهره می‌برد، بر تغییر الگوهای تفکر و رفتار بزهکار تأکید دارد و تلاش می‌کند با شناسایی و اصلاح افکار و رفتارهای مجرمانه، فرد را به جامعه بازگرداند. الگوی دوم که از دهه ۱۹۹۰ به بعد توسط محققان کانادایی توسعه یافت، مدل «ریسک- نیازها- پاسخ‌دهی»^۴ نام دارد. این الگو، به ویژه در درمان بزهکاران جنسی و خشونت‌آمیز مؤثر شناخته شده و در بیشتر کتاب‌های علمی در زمینه جرم‌شناسی بالینی طی ۲۵ سال گذشته مطرح شده است. الگوی سوم، «زندگی‌های سعادت‌مند»^۵ است که به عنوان الگویی نو در جرم‌شناسی معرفی شده است. این مدل در انتقاد از محدودیت‌های مدل ریسک-نیازها-پاسخ‌دهی و با هدف ارائه رویکردی جامع‌تر در مورد بازتوانمندسازی بزهکاران ایجاد شد. مدل زندگی‌های سعادت‌مند بر این باور است که بزهکاران باید فرصت‌هایی برای ایجاد زندگی‌های سالم و موفق داشته باشند و این امر تنها با فراهم آوردن شرایط مناسب برای تحقق نیازهای اساسی و بهبود کیفیت زندگی آن‌ها ممکن است. گرچه این الگو ابتدا برای بزهکاران جنسی طراحی شده بود، بعداً به طور فزاینده‌ای برای گروه‌های دیگر بزهکاران نیز به کار گرفته شده است.

معرفی و تحلیل این الگوها درک بهتری از رویکردهای مختلف به زمینه پیشگیری از تکرار جرم و بهبود فرایند بازتوانمندسازی بزهکاران به دست می‌دهد و به سیاست‌گذاران و پژوهشگران

گرفت که بعدها فیلسوف برجسته، میشل فوکو، به شکل زیر آن‌ها را جمع‌بندی کرد: ۱. زندان موجب کاهش بزهکاری نمی‌شود؛ آمارها نشان داده‌اند که حبس تأثیر قابل توجهی بر کاهش میزان جرم و جنایت ندارد. ۲. زندان موجب تکرار بزهکاری می‌شود؛ بسیاری از زندانیان پس از آزادی، به چرخه جرم بازمی‌گردند. ۳. زندان بزهکار می‌سازد؛ ساختار زندان و برجسب‌زنی اجتماعی باعث می‌شود افراد بیشتری به سمت بزهکاری سوق داده شوند. ۴. زندان به مدرسه بزهکاری تبدیل می‌شود؛ زندانیان، به ویژه تازه‌واردها، در محیط زندان از افراد حرفه‌ای آموزش می‌بینند و به بزهکارانی حرفه‌ای تبدیل می‌شوند. ۵. شرایط زندان، زندانیان را به تکرار جرم وامی‌دارد؛ فقدان امکانات بازپروری و انگ اجتماعی، زندانیان آزادشده را مجبور به تکرار جرم می‌کند. ۶. زندان، خانواده زندانی را نیز قربانی می‌کند. پیامدهای اجتماعی و اقتصادی حبس، خانواده زندانی را در معرض مشکلات متعدد و حتی سوق یافتن به سمت بزهکاری قرار می‌دهد. این نقدها نشان می‌دهند که زندان به رغم نیت اصلاح مجرم، همواره محل مناقشه بوده و در بسیاری از موارد، خود به بخشی از مشکل تبدیل شده است. در پی انتقادات گسترده از زندان و ناکامی آن در کاهش جرم و بازپذیرسازی اجتماعی بزهکاران، جنبش اصلاح زندان شکل گرفت.

4. Risk-Need-Responsivity Model

5. Good Lives Model

کمک می‌کند تا راهکارهای بهینه‌ای را برای کاهش تکرار جرم، اصلاح مجرمین و ارتقای امنیت اجتماعی ارائه دهند.

الف. الگوی بازپروری^۶ شناختی - رفتاری

الگوی بازپروری شناختی - رفتاری به عنوان یکی از موفق‌ترین مدل‌ها در نوشتگان جرم‌شناسی شناخته می‌شود. این الگو که دهه‌ها در زمینه بازپروری مجرمان مطرح بوده است، تمرکز خود را بر تغییر الگوهای فکری و رفتاری مجرمان قرار می‌دهد (GUERRIN, 2012, p.106). هدف در واقع این است که مجرمان با شناسایی و تغییر رفتارهای منفی و تفکرات آسیب‌زننده، به رفتارهای مناسب‌تر اجتماعی دست یابند. این الگو به ویژه برای افرادی کارآمد است که مرتکب جرائم ناشی از تصمیمات آنی می‌شوند یا توانایی کنترل رفتار خود را از دست می‌دهند. در این حوزه، انواع مختلفی از رویکردها وجود دارد که در درمان اختلالات رفتاری و کاهش احتمال تکرار جرم مؤثرند.

۱. رویکرد درمان شناختی - رفتاری

درمان شناختی - رفتاری (TCC^۷) یکی از روش‌های مهم در درمان بزهکاران است که به ویژه در زمینه پیشگیری از تکرار جرم کاربرد دارد. این روش درمانی بر تغییر و اصلاح شیوه تفکر، واکنش‌های احساسی و شیوه‌های اقدام متمرکز است. هدف اصلی این روش افزایش خودمدیریتی و خودآگاهی افراد است. تکنیک‌های درمانی در این رویکرد به سه سطح مختلف تقسیم می‌شوند:

سطح رفتاری: این بخش به تغییر رفتارهای نادرست یا منفی فرد توجه دارد و سعی می‌کند با آموزش‌های رفتاری مناسب، رفتارهای مثبت را تقویت کند.

سطح شناختی: در این سطح، به فرد کمک می‌شود تا الگوهای فکری منفی و نادرست خود را شناسایی و اصلاح کند. تغییر در شیوه تفکر می‌تواند به کاهش نگرش‌های منفی و افزایش توانایی در تصمیم‌گیری‌های مثبت منجر شود.

۶. به نظر می‌رسد در بحث اصلاح بزهکاران، از میان سه واژه «بازپروری»، «بازپذیرسازی» و «بازسازگارسازی اجتماعی»، واژه «بازپروری» دقیق‌ترین معادل برای واژه «rehabilitation» باشد، زیرا این واژه به فرایند بازسازی و درمان بزهکار اشاره دارد. «بازپذیرسازی» برای «reintegration» نیز مناسب است، چون این واژه به معنای بازگشت فرد به جامعه و پذیرش دوباره او در آن است. «بازسازگارسازی اجتماعی» برای «resocialisation» معادل مناسبی است، زیرا بر فرایند یادگیری رفتارهای اجتماعی و انطباق مجدد با هنجارهای اجتماعی تأکید دارد. با این حال، اگر بخواهیم واژه‌ای را به طور کلی برای تمامی فرایندهای اصلاح بزهکاران انتخاب کنیم، «بازپروری» به دلیل بار معنایی گسترده‌تری که دارد، مناسب‌تر به نظر می‌رسد.

7. Cognitive behavioral therapy

سطح عاطفی: این بخش بر تغییر واکنش‌های احساسی تمرکز دارد و به فرد کمک می‌کند تا احساسات و واکنش‌های خود را در برابر موقعیت‌های مختلف مدیریت کند. درمان شناختی - رفتاری علاوه بر اصلاح رفتارهای نادرست، به افراد این امکان را می‌دهد که در برابر مشکلات و چالش‌های زندگی خود واکنش‌های سالم‌تر و مثبت‌تری نشان دهند و از این طریق احتمال تکرار جرم را کاهش دهند.

راهبردهای شناختی معمولاً شامل تقویت مهارت‌های خودکنترلی، مدیریت خشم، افزایش توانایی حل مسائل اجتماعی و تغییر نگرش‌ها می‌باشند. برنامه‌های شناختی - رفتاری از چندین مؤلفه تشکیل می‌شوند که به نظر می‌رسد ظرفیت قابل توجهی در کاهش رفتارهای ضد اجتماعی و منفی دارند. چهار اصل حاکم بر این نوع از مداخله عبارت‌اند از: ۱. تفکر بر نوع رفتار تأثیر می‌گذارد؛ ۲. تفکرات غیرعقلانی، ضد اجتماعی و غیرسازنده منجر به رفتارهای ضد اجتماعی و غیرمولد می‌شوند؛ ۳. تفکر را می‌توان تغییر داد و تحت تأثیر قرار داد؛ ۴. با تغییر نحوه فکر کردن می‌توان احساسات و رفتار را نیز تغییر داد.^۸ مدل درمان شناختی - رفتاری بر این فرضیه تأکید دارد که نقص‌های شناختی مجرمان به جای آن‌که ذاتی باشند، آموختنی و اکتسابی‌اند. بر این اساس، برنامه‌های این مدل بر مسئولیت فردی تأکید می‌کنند و هدفشان آموزش فرایند تفکر به مجرمان است تا قبل از رفتار، طیف وسیعی از انتخاب‌ها را مورد توجه قرار دهند. در واقع، یادگیری تفکر خودنظارتی گام نخست در این مدل محسوب می‌شود. پس از آن، روش‌های درمانی به منظور اصلاح الگوهای تفکرهای مخاطره‌آمیز آموزش داده می‌شوند.^۹ تاکنون، برنامه‌های متنوعی مبتنی بر این رویکرد در کشورهای مختلف اجرا شده است. برای مثال، در فرانسه برنامه‌های پیشگیری از تکرار جرم که توسط اداره بازپروری زندان اجرا می‌شوند، از رویکردهای شناختی - رفتاری الهام گرفته‌اند (Benbouriche, 2015, p.219).

در ایران، به نظر می‌رسد تدوین برخی از مواد «آیین‌نامه سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور» مصوب ۱۴۰۰/۰۲/۲۸ تحت تأثیر این مدل اصلاحی بوده است. به عنوان نمونه، تأکید

۸. مثال‌های طرز فکر اشتباه: «او مرا تحریک کرد»، «همه علیه من هستند»، «همه سریع رانندگی می‌کنند»، «عجله داشتم»، «مهاجران شغل ما را می‌دزدند». در واقع، این دسته هرگز فکر نمی‌کنند خودشان ممکن است مسئول شرایط باشند. آن‌ها همیشه دیگران را مقصر می‌دانند.

۹. دلایل علمی متعددی برای اثربخشی مدل شناختی - رفتاری وجود دارد که برخی از آن‌ها عبارت‌اند از: ابتدا بر اصول علمی، قابلیت اجرا در اماکن مختلف، از جمله زندان‌ها، بازداشتگاه‌ها، اماکن مسکونی و حتی مدارس و کم‌هزینه بودن اجرای برنامه‌های آن.

بر اصلاح رفتارها در مواد مختلف آیین نامه، از جمله ضوابط راجع به برنامه‌های اصلاحی و تربیتی (موضوع ماده ۷۹)،^{۱۰} همچنین تهیه و به‌روزرسانی پرونده رفتاری (موضوع ماده ۲۷)، به‌وضوح نشان‌دهنده تمرکز بر تغییر الگوهای فکری و رفتاری زندانیان است. از سوی دیگر، برنامه‌های روان‌شناسی، مشاوره و آموزش مهارت‌های اجتماعی (موضوع ماده ۸۱) همگی، رویکردهای شناختی - رفتاری را نشان می‌دهند که به تغییر نگرش‌ها و رفتارهای ناسازگار کمک می‌کنند. افزون بر این، تفکیک محکومان بر اساس منشأ ارتکاب جرم و تأکید بر شناسایی علل اصلی بزهکاری (موضوع ماده ۷۹) و طراحی برنامه‌های متناسب برای رفع این علل، به‌خوبی رویکرد شناختی - رفتاری را نمایان می‌کند.

۲. رویکرد آموزش مهارت‌های اجتماعی

در این رویکرد، تمرکز بر آموزش مهارت‌های اجتماعی و بهبود تعاملات فرد با دیگران است. گاهی افراد به دلیل نداشتن مهارت‌های اجتماعی مناسب و ناتوانی در برقراری ارتباط مؤثر با دیگران، ممکن است مرتکب جرم شوند. در این رویکرد، فرد آموزش می‌بیند که در موقعیت‌های اجتماعی چگونه رفتار کند، چگونه احساسات خود را کنترل و مدیریت نماید و چگونه به‌طور مثبت و مؤثر با دیگران تعامل داشته باشد. این مهارت‌ها می‌تواند به کاهش تعارضات اجتماعی و احتمال ارتکاب جرم کمک کند.

۳. رویکرد حل مسئله

این رویکرد تمرکز خود را بر بازتوانمندسازی فرد برای حل مشکلات و چالش‌های زندگی قرار می‌دهد. گاهی چنین است که افراد به دلیل ناتوانی در حل مسائل زندگی خود، به رفتارهای مجرمانه متوسل می‌شوند. در این رویکرد، فرد می‌آموزد چگونه به‌طور مؤثر مشکلات خود را شناسایی کند و راه‌حل‌هایی مناسب برای آن‌ها بیابد. درمانگران به افراد کمک می‌کنند تا با

۱۰. ماده ۷۹: سازمان مکلف است ترتیبی اتخاذ کند که هر طبقه از زندانیان و مددجویان بر اساس اصول طبقه‌بندی و با توجه به برنامه‌های اصلاحی و تربیتی مدون، از دوره‌های آموزشی تخصصی و تفکیکی و برنامه‌های متنوع فرهنگی و تربیتی از قبیل آموزش‌های رسمی و غیررسمی علمی، فرهنگی، مذهبی، ورزشی و هنری و مانند آن به‌صورت داوطلبانه برخوردار شوند. در هر مؤسسه مجموعه اقدامات و برنامه‌های تفصیلی اصلاحی و تربیتی مختص هر طبقه که تعیین‌کننده رفتارهای مطلوب آنان است، بر اساس «منشأهای ارتکاب جرم» که در پرونده وضعیت زندانی، شناسایی شده، مبتنی بر اصول علمی و با هدف رفع یا تعدیل این منشأها و با در نظر گرفتن طول مدت اقامت زندانیان در مؤسسه و دیگر اوضاع و احوال مؤثر، توسط کمیته تخصصی اصلاح و تربیت (موضوع تبصره یک ماده ۲۷ این آیین‌نامه)، تصویب و جهت اجرا به رئیس مؤسسه اعلام می‌گردد.»

استفاده از راهبردهای حل مسئله، به جای استفاده از رفتارهای مخرب، از روش‌های سالم و مؤثر برای مواجهه با مشکلات استفاده کنند.

بدین ترتیب، این سه رویکرد درمانی - شناختی می‌توانند در کنار استفاده از الگوهای ریسک - نیاز - پاسخ‌دهی، به اصلاح رفتارهای مجرمانه کمک کنند.

ب. الگوی ریسک-نیاز-پاسخ‌دهی^{۱۱}

الگوی ریسک - نیاز - پاسخ‌دهی، از دهه ۱۹۶۰ و به‌ویژه از دهه ۱۹۸۰ در چهارچوب مطالعات علمی جرم‌شناسی و در واکنش به سیاست‌های مدارای صفر در برابر بزهکاری و همچنین مقاله رابرت مارتینسون که بیان کرد «هیچ چیزی کارآمد نیست» (الله‌وردی، ۱۳۹۹، ص ۳۰)، با هدف شناسایی عوامل مؤثر بر بازگشت به زندگی مجرمانه و تحلیل کارآمدی برنامه‌های کاهش تکرار جرم شکل گرفت و توسعه یافت^{۱۲} (Guillaume, 2019, p.69). مطالعات گسترده تطبیقی و طولی در این حوزه، تلاش کرده‌اند عوامل کلیدی مرتبط با بازگشت به جرم را شناسایی و بررسی کنند. این پژوهش‌ها که معمولاً شامل گروه‌های کنترل شده و دوره‌های طولانی مدت (تا ۱۰ سال) هستند، به تولید صدها مطالعه و متعاقباً فراتحلیل‌هایی منجر شده‌اند که این مدل را از منظر علمی معتبر ساخته‌اند.

الگوی ریسک - نیاز - پاسخ‌دهی، با استفاده از برخی دانش‌های میان‌رشته‌ای، از جمله

11. Risk-Need-Responsivity

۱۲. در این خصوص نک:

- Seena Fazel, Connie Hurton, Matthias Burghart, Matt DeLisi, & Rongqin Yu. (2024). An updated evidence synthesis on the Risk-Need-Responsivity (RNR) model: Umbrella review and commentary. *Journal of Criminal Justice*, 92(1), 102-197. <http://dx.doi.org/10.1016/j.jcrimjus.2024.102197>

- Lutz M, Zani D, Fritz M, Dudeck M, & Franke I. (2022). A review and comparative analysis of the risk-needs-responsivity, good lives, and recovery models in forensic psychiatric treatment. *Front Psychiatry*, 13. <https://doi.org/10.3389/fpsyt.2022.988905>

- Bijlsma, A. M. E., Assink, M., Sams, G. J. J. M., & van der Put, C. E. (2022). A Critical Evaluation of the Risk, Need, and Responsivity Principles in Family Interventions for Delinquent Youth: A Meta-Analysis. *Criminal Justice Review*, 49(3), 310-344. <https://doi.org/10.1177/07340168221140830>

- James Bonta D.A. Andrews. (2023). The Risk-Need-Responsivity model: 1990 to the Present. available at: <https://hmit-probation.justiceinspectorates.gov.uk/document/the-risk-need-responsivity-model-1990-to-the-present>

مقاله نخست که در سال ۲۰۲۴ توسط سینا فاضل و همکارانش منتشر شده است، به بررسی جامع مدل RNR پرداخته و شواهد موجود را تحلیل می‌کند. مقاله دوم در سال ۲۰۲۲ منتشر شده و به مقایسه مدل RNR با مدل‌های دیگر در بازتوانمندسازی مجرمان می‌پردازد. مقاله سوم در سال ۲۰۲۲ منتشر شده و به ارزیابی انتقادی اصول RNR در ارزیابی و درمان مجرمان می‌پردازد. مقاله آخر گزارشی است که توسط جیمز بونتا تهیه شده و تاریخچه توسعه مدل RNR از سال ۱۹۹۰ تاکنون را مورد بررسی قرار می‌دهد.

روان‌پزشکی و روان‌شناسی جنایی، ساختاری را ارائه می‌دهد که بر پایه داده‌های علمی، عوامل ریسک و ظرفیت‌های حمایتی هر فرد را شناسایی و تحلیل می‌کند. این کار با بررسی مدارک قضایی یا مصاحبه با خود شخص و شبکه ارتباطات اجتماعی او مانند خانواده و دوستان انجام می‌شود. در واقع، مدل ریسک - نیاز - پاسخ‌دهی، رویکردی جامع است که در آن به تفاوت‌های فردی، نیازهای خاص هر مجرم و همچنین ریسک‌های مرتبط با ارتکاب مجدد جرم توجه می‌شود. این مدل تلاش می‌کند با در نظر گرفتن عوامل فردی و نیازهای خاص هر فرد، مداخلات پیشگیرانه و درمانی مؤثری طراحی کند تا احتمال تکرار جرم کاهش یابد. این مدل مبتنی بر نظریه‌های مختلف از جمله نظریه شخصیت، فرایند شناختی و یادگیری اجتماعی است که در آن زمان در عرصه جرم‌شناسی و روان‌شناسی جنایی رونق داشت. مدل ریسک - نیاز - پاسخ‌دهی بر ارزیابی دقیق و علمی سه اصل زیر برای طراحی برنامه‌های پیشگیری از جرم و اصلاح مجرمین تمرکز دارد:

۱. اصل ریسک

اصل ریسک نخستین و اساسی‌ترین اصل در مدل خطرات - نیازها است. این اصل، از یک سو، سنجش دقیق ریسک، امکان تطبیق سطح ارائه خدمات اصلاحی با میزان خطر تکرار جرم فرد را فراهم می‌کند و از سوی دیگر، برای هر مداخله درمانی، مهم‌ترین شرط اثربخشی، شناخت و ارزیابی دقیق ریسک تکرار جرم توسط فرد را برآورد می‌نماید (Herzog-Evans, 2012, p.75). به عبارت دیگر، باید مشخص شود که فرد تا چه میزان در معرض خطر ارتکاب مجدد جرم قرار دارد. این ارزیابی به تعیین شدت و طول مدت برنامه اصلاح کمک می‌کند، به گونه‌ای که دوره بازپروری باید متناسب با سطح ریسک تکرار جرم تنظیم شود. هرچه ریسک تکرار جرم بالاتر باشد، برنامه‌های بازپروری باید طولانی‌تر باشند. خدمات اصلاحی و درمانی که به بزهکار ارائه می‌شود، بر اساس خطر تکرار جرم توسط فرد، برنامه‌ریزی می‌شود (Brillet, 2009, p.31).

۲. اصل نیاز^{۱۳}

شناسایی و ارزیابی عوامل خطر پویا محور این اصل را تشکیل می‌دهد. عوامل خطر پویا در تکرار جرم بزهکار تأثیر دارند. این عوامل می‌توانند شامل مشکلات روانی، اجتماعی، اقتصادی یا

مشکلات مربوط به شخصیت و رفتارهای فردی باشند. برای پیشگیری از تکرار جرم، لازم است این عوامل در هر برنامه درمانی با هدف پیشگیری از تکرار جرم، شناسایی و به طور ویژه مورد توجه قرار گیرند. این نیازها باید اولویت بندی گردند و در برنامه‌های بازپروری گنجانده شوند تا احتمال بازگشت فرد به جرم کاهش یابد. طبق این اصل، نیازهای مجرمان به دو دسته تقسیم می‌شوند (Vanderstukken, 2014, p.522):

۲-۱. نیازهای جرم‌زا: این نیازها عواملی اند که در صورت تعدیل یا برطرف شدن، احتمال تکرار جرم را به طور قابل توجهی کاهش می‌دهند. بیکاری و اعتیاد به مواد مخدر، از جمله این نیازها هستند. مداخلات هدفمند برای رفع این نیازها می‌توانند تأثیر مستقیم و مثبتی بر کاهش نرخ تکرار جرم داشته باشند.

۲-۲. نیازهای غیرجرم‌زا: این نیازها تأثیر چندانی بر رفتار مجرمانه ندارند یا تأثیر آن‌ها کوتاه مدت است. برای مثال، می‌توان از عدم اعتماد به نفس، اضطراب و عصبانیت یاد کرد. رفع این نیازها ممکن است کیفیت زندگی فرد را بهبود بخشد، اما تأثیر چشمگیری بر کاهش تکرار جرم ندارد. مداخلات اصلاحی - درمانی به طور ویژه باید بر نیازهای جرم‌زا متمرکز باشند تا بیشترین اثربخشی را داشته باشند.

۳. اصل پاسخ‌دهی^{۱۵}

طبق این اصل، انتخاب مدل و شیوه بازپروری باید مبتنی بر داده‌های علمی و خصوصیات فردی هر محکوم باشد. این بدان معناست که مداخلات باید با ویژگی‌های فردی، نیازهای روانی و

۱۴. مهم‌ترین نیازهای جرم‌زا که بر رفتار مجرمان تأثیر دارند، به شرح زیر است:

۱- شخصیت ضد اجتماعی: علائم آن: رفتارهای تکانشی، لذت جویی ماجراجویانه؛ ۲- انرژی تهاجمی، تحریک پذیری، نگرش مجرمانه. علائم آن: عقلانی پنداشتن ارتکاب جرم، دید منفی نسبت به قانون؛ ۳- برخورداری از حمایت اجتماعی اندک. علائم آن: دوستان پزهکار و فاصله‌گیری از افراد قانون‌مدار؛ ۴- اعتیاد. علائم آن: سوء مصرف الکل و مواد مخدر؛ ۵- روابط خانوادگی نامناسب. علائم آن: نظارت ضعیف والدین و روابط ضعیف والدین؛ ۶- محیط مدرسه و کار. علائم آن: کارنامه ضعیف در مدرسه و عدم رضایت از محیط کار. این نیازهای جرم‌زا اغلب عواملی هستند که در صورت اصلاح یا تعدیل، می‌توانند به کاهش احتمال تکرار جرم و بهبود رفتار مجرمان کمک کنند.

15. Responsivity

اصل Responsivity Principle را می‌توان با معادل‌های گوناگونی در زبان فارسی بیان کرد: اصل واکنش پذیری (با تأکید بر میزان واکنش فرد به مداخلات اصلاحی)، اصل انطباق‌پذیری (با تأکید بر هماهنگی مداخلات با ویژگی‌های فردی) و اصل قابلیت یادگیری (با تأکید بر افزایش توانایی فرد در بهره‌گیری از مداخلات اصلاحی). در این مقاله، معادل «اصل پاسخ‌دهی» برگزیده شده است؛ چراکه نه تنها با مفهوم اصلی این اصطلاح همخوانی دارد، بلکه در متون تخصصی روان‌شناسی و عدالت کیفری نیز به درستی قابل فهم است. در واقع، «پاسخ‌دهی» از نظر مفهومی دقیقاً با واژه Responsivity مطابقت دارد زیرا این واژه در این زمینه به توانایی پاسخ‌گویی فرد به مداخلات درمانی و بازتوانی اشاره دارد. انتخاب «پاسخ‌دهی» این معنا را به خوبی منتقل می‌کند و در عین حال با ادبیات تخصصی حوزه روان‌شناسی کیفری و عدالت ترمیمی سازگار است. همچنین، این اصطلاح با سایر اصول مدل «RNR» (مدل ریسک - نیاز - پاسخ‌دهی) هماهنگی دارد و فهم آن در این چارچوب آسان است.

اجتماعی، سطح آموزش و شرایط زندگی هر فرد تطابق داشته باشد. افراد مختلف ممکن است به شیوه‌های متفاوت درمانی نیاز داشته باشند. بنابراین به‌کارگیری مدل درمانی واحد برای همه افراد، ممکن است اثربخشی لازم را نداشته باشد. اصل پذیرش تأکید دارد که باید شیوه‌های درمان و برنامه‌های مداخله‌ای بر اساس اطلاعات شخصی و علمی تنظیم شوند. برای رسیدن به نتیجه مطلوب، باید مداخلات بازپرورانه با سبک یادگیری و ویژگی‌های فردی بزهکار هم‌راستا باشد.

الگوی ریسک-نیاز-پاسخ‌دهی، البته با چندین نقد اساسی مواجه است. نخست، این مدل بیش از حد بر حفاظت از جامعه تمرکز دارد و به رفاه و نیازهای فردی بزهکاران توجه کافی نمی‌کند. همچنین، برخلاف یک مدل علت‌شناختی، این الگو به تحلیل ریشه‌ای علل ارتکاب جرم نمی‌پردازد و بیشتر مجموعه‌ای از اصول کاربردی برای کاهش تکرار جرم است. دیگر نقد وارد بر این مدل، تمرکز بیش از حد بر مدیریت ریسک به جای تعریف زندگی‌ای سالم و معنادار برای محکومان است. این مدل تلاش می‌کند احتمال تکرار جرم را کاهش دهد، اما برای تأمین شرایطی که به بازسازی مثبت زندگی افراد پس از آزادی منجر شود، اقدام کافی انجام نمی‌دهد. بی‌توجهی به نیازهای اولیه انسانی مانند امنیت، تحصیل و اشتغال نیز یکی از نقاط ضعف آن محسوب می‌شود، درحالی‌که این نیازها می‌توانند انگیزه‌ای قوی برای اصلاح رفتار باشند.

همچنین، این مدل بزهکاران را صرفاً به مجموعه‌ای از عوامل خطر تقلیل می‌دهد و به ویژگی‌های مثبت و ظرفیت‌های آن‌ها برای تغییر بی‌توجه است.^{۱۶} رویکرد مداخله مکانیکی آن نیز بیشتر بر اجتناب از رفتارهای مجرمانه تمرکز دارد تا توسعه مهارت‌های مثبت و توانایی‌های فردی. در نهایت، مدل ریسک-نیاز-پاسخ‌دهی به نیازهای غیرجرم‌زا مانند اعتماد به نفس و روابط انسانی سالم که می‌توانند نقش کلیدی در بازپروری داشته باشند، توجه کافی ندارد. با وجود اثربخشی این مدل در کاهش تکرار جرم، به‌ویژه در جرائم خشونت‌آمیز و جنسی، برای کارآمدتر شدن، لازم است که به ابعاد انسانی، انگیزشی و بازپرورانه بزهکاران نیز توجه داشته باشد تا بتواند علاوه بر مدیریت ریسک، زمینه‌ای برای زندگی سالم و معنادار پس از آزادی فراهم کند.

۱۶. گفتنی است که در فرانسه اجرای این مدل نسبت به محکومان به حبس با استقبال روان‌پزشکان و روان‌شناسان همراه نشد، زیرا معتقد بودند آن‌ها را از مأموریت تخصصی خود دور می‌کند. به عبارت دیگر، این نوع نگاه موجب شده است «خطر» به عنوان مسئله‌ای روان‌پزشکی و مرتبط با اختلال روانی جای خود را به «مسئله‌ای جرم‌شناختی» و مرتبط با تکرار جرم بدهد. این نگرانی به‌ویژه با تصویب قانون مربوط به نگهداری تأمین‌ی افراد خطرناک، در سال ۲۰۰۸ (Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental) تشدید شد. در واقع، تشخیص آن‌ها از خطر می‌توانست موجب سلب آزادی فرد دارای ریسک شود.

گفتنی است که قواعد سازمان ملل در زمینه پیشگیری از جرم و عدالت کیفری نیز بر ضرورت تطبیق شیوه‌های بازپروری با نیازها، توانایی‌ها و ویژگی‌های فردی هر زندانی تأکید دارند (ابراهیمی، ۱۴۰۲، ص ۵). این موضوع در «ضوابط سازمان ملل در خصوص رفتار با زنان زندانی و تدابیر غیرسالب آزادی برای بزهکاران زن» (معروف به قواعد بانکوک)^{۱۷} و «مقررات سازمان ملل متحد برای حمایت از نوجوانان محروم از آزادی» (قواعد هاوانا) که در ۱۴ دسامبر ۱۹۹۰ به تصویب رسیده نیز مورد تأکید قرار گرفته است.^{۱۸} به همین ترتیب، «ضوابط حداقلی سازمان ملل برای طراحی اقدامات غیرسالب آزادی»^{۱۹} («قواعد توکیو»؛ موضوع قطعنامه ۱۱۰/۴۵ مجمع عمومی) نیز بر استفاده از تدابیر غیرحبسی مانند آزادی مشروط، تعلیق مجازات و جریمه تأکید کرده و اهمیت مشارکت داوطلبانه را در فرایند بازپروری و بازگشت به جامعه گوشزد نموده است. کارگاه دوم «چهاردهمین کنگره پیشگیری از جرم و عدالت کیفری» سازمان ملل با عنوان «کاهش تکرار جرم؛ شناسایی خطرات و راه حل‌ها» که در سال ۲۰۲۰ در ژاپن برگزار شد نیز بر این مدل تأکید دارد (ابراهیمی، ۱۴۰۴). در این کنگره، مدل RNR به عنوان چهارچوبی اساسی در حوزه‌های گوناگون از جمله اصلاح و توان بخشی مجرمان، عدالت کیفری مبتنی بر شواهد علمی و برنامه‌های کاهش جرم مورد توجه قرار گرفت. در این کنگره تأکید شد که برنامه‌های کاهش نرخ تکرار جرم باید بر پایه تحلیل دقیق ریسک و نیازهای مجرمان طراحی شوند تا بیشترین اثربخشی را داشته باشند. از این رو، این کنگره بر اهمیت مدل RNR تأکید کرده و آن را چهارچوبی کلیدی برای تدوین سیاست‌های پیشگیری از جرم و اصلاح مجرمین معرفی نمود.

امروزه این مدل در برخی کشورها از جمله فرانسه، به ویژه در بخش بازپروری زندان‌ها، در حال اجراست (Vanderstukken, 2014, p.522). دولت فرانسه در قانون شماره ۲۰۱۴-۸۹۶، مصوب ۱۵ اوت

۱۷. ماده ۴۱ این مجموعه بیان می‌کند که زنان زندانی باید به برنامه‌هایی برای رفع نیازهای خاص آن‌ها دسترسی داشته باشند. این برنامه‌ها باید شامل خدمات درمانی، آموزشی، حرفه‌ای و توانمندسازی باشد و به شرایط خاص زنان، از جمله آسیب‌های روانی، اعتیاد، و نقش آن‌ها به عنوان مادر یا سرپرست خانواده توجه کند.

۱۸. ماده ۲۷ بر این نکته تأکید دارد که برنامه‌های درمانی و بازپروری باید متناسب با نیازهای خاص نوجوانان طراحی شوند و به سن، جنسیت، ویژگی‌های شخصیتی و وضعیت فردی و اجتماعی آن‌ها توجه شود.

۱۹. «قواعد سازمان ملل متحد برای حمایت از نوجوانان محروم از آزادی» که با نام «قواعد هاوانا» شناخته می‌شوند، بر اصول عدالت ترمیمی و تدابیر غیرسالب آزادی تأکید دارند. بنابه ماده ۱۰ این مجموعه قواعد، اقدامات جایگزین محرومیت از آزادی باید به گونه‌ای طراحی شود که به نیازهای خاص فردی نوجوانان پاسخ دهد. این برنامه‌ها باید بر اساس ویژگی‌های شخصی، شرایط اجتماعی، سن، جنسیت و سایر ویژگی‌های مرتبط تنظیم شوند.

Compendium of United Nations standards and norms in crime prevention and criminal justice, UNITED NATIONS New York, 2016.

۲۰۱۴، تحت عنوان «قانون فردی سازی مجازات‌ها و تقویت اثربخشی آن‌ها» و همچنین در بخشنامه «قوانین نظارت شورای اروپا»، به ویژه ماده ۶۶ آن است که در ۲۰ ژانویه ۲۰۱۰ توسط کمیته وزرای شورای اروپا به تصویب رسید.^{۲۰}

در ایران، برخی از مواد «آیین‌نامه سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور» در خصوص طبقه‌بندی محکومان (نیازپور، ۱۳۹۵، ص ۱۹۳) بر اساس پیشینه کیفری، سن، جنس و منشأ یا علت اصلی ارتکاب جرم، بر اصول مدل ریسک - نیاز - پاسخ‌دهی قابلیت انطباق دارد.^{۲۱} همچنین استفاده از سامانه سجازا (موضوع بند «س» ماده ۱) برای ارزیابی مداوم وضعیت رفتاری و امتیاز اعتباری زندانیان، بیانگر توجه به سطح ریسک و نیازهای خاص هر فرد است. (نجفی ابرندآبادی، ۱۴۰۲، ص ۱۲). در ارتباط با شناسایی و رفع نیازها، تأکید بر بهداشت و درمان (موضوع ماده ۲۹۶)، ارائه خدمات مشاوره و مددکاری اجتماعی (موضوع ماده ۱۶۱) و شناسایی نیازهای آموزشی و حرفه‌آموزی، نشان‌دهنده تمرکز آیین‌نامه بر رفع نیازهای خاص زندانیان است. از سوی دیگر، شرط مشارکت در برنامه‌های اصلاحی برای دسترسی به ارفاق‌های قانونی مانند مرخصی یا آزادی مشروط (موضوع بند «ز» ماده ۱) به نوعی با ریسک‌سنجی و رفع نیازها در ارتباط است. در واقع، می‌توان گفت آیین‌نامه به‌طور گسترده تحت تأثیر مدل ریسک - نیاز - پاسخ‌دهی قرار دارد، زیرا شناسایی و مدیریت ریسک‌های فردی زندانیان و پاسخ به نیازهای آنان از عناصر کلیدی آن است.

اما مدل زندگی‌های سعادت‌مند که نسبت به الگوی قبلی جدیدتر است، به دنبال تقویت و نوسازی برنامه فردی سازی بازپروری مجرمان است.

20. Recommendation CM/Rec (2010)1 of the Committee of Ministers to member states on the Council of Europe Probation Rules.

۲۱. بر اساس تبصره ۲ ماده ۵۱۳، قانون آیین دادرسی کیفری، به جز مواردی که در قانون یا در حکم دادگاه تصریح شده است، محکومان با توجه به نوع و مدت محکومیت، پیشینه و شخصیتشان، بر اساس تصمیم شورای طبقه‌بندی و تأیید قاضی اجرای احکام در یکی از بخش‌های فوق‌نگهداری می‌شوند. این تبصره بر تفکیک و طبقه‌بندی محکومان تأکید دارد که یکی از اصول کلیدی در اصلاح و بازپروری مجرمان محسوب می‌شود. تفکیک بر اساس نوع و مدت محکومیت، پیشینه و شخصیت فرد نشان‌دهنده سیاست علمی در مواجهه با مجرمان است. این امر می‌تواند به کاهش تأثیر منفی مجرمان خطرناک بر مجرمان کم‌خطر، بهبود روند بازپروری و افزایش امنیت محیط‌های نگهداری (زندان‌ها و مراکز اصلاحی) منجر شود. توجه به شخصیت و پیشینه فرد نشان می‌دهد که سیستم کیفری صرفاً به جرم نگاه نمی‌کند، بلکه شخصیت و سوابق مجرم نیز در فرایند اصلاح و بازپروری مؤثرند. بدین ترتیب، این تبصره با تأکید بر اصلاح و بازپروری مجرمان، طبقه‌بندی علمی و نظارت قضایی، به دنبال ایجاد نظام کیفری کارآمدتر و انسانی‌تر است. اجرای صحیح این تبصره می‌تواند به کاهش بازگشت مجدد به جرم، بهبود وضعیت زندان‌ها و ارتقای امنیت اجتماعی کمک کند.

ج. الگوی زندگی‌های سعادت‌مند^{۲۲}

«الگوی زندگی‌های سعادت‌مند» (GLM) جدیدتر از دو مدل قبلی است. این الگو که به گفته مبدعش، «تونی وارد»^{۲۳} از فرهنگ مائوری‌ها^{۲۴} در نیوزیلند نشئت گرفته، به نام «الگوی زندگی‌های سعادت‌مند» معرفی شده است. مدل زندگی‌های سعادت‌مند در اصل برای درمان مجرمان جنسی طراحی شده بود، اما بعدها در مورد سایر بزهکاران نیز به کار گرفته شد (Corneille, 2017, p.12). برخلاف مدل‌های پیشین که بر مشکلات و آسیب‌های فرد متمرکز بودند، این مدل بیشتر بر ایجاد شرایطی برای دستیابی به زندگی سالم و متعادل تأکید دارد. الگوی زندگی سعادت‌مند بر این فرضیه استوار است که اقدامات و برنامه‌ها در این حوزه از یک سو باید امکان دسترسی به حداقل‌های انسانی اولیه مانند استقلال، آرامش درونی، احساس تعلق و غیره را فراهم سازد و از سوی دیگر، حداقل‌های ثانویه مانند شغل و روابط اجتماعی که دستیابی به حداقل‌های اولیه را تسهیل می‌کنند، تقویت نماید. بر این اساس، هدف اصلی برنامه‌های اصلاحی و درمانی، فراهم کردن شرایطی است که فرد بتواند یک برنامه زندگی را دنبال کند، بدون این‌که به دیگران آسیب برساند. اصل اساسی در الگوی GLM این است که بزهکاران بیشتر شبیه مایند تا غریبه با ما. آن‌ها بخشی جدایی‌ناپذیر از جامعه‌اند و به محبت، شناخته شدن و احترام نیاز دارند. بنابراین، اصلاح و درمان، مستلزم بهبود رفاه آن‌هاست.

برخلاف الگوهای دیگر که بر روی ارزیابی ریسک و نیازها تمرکز دارند، سؤال اصلی مدل زندگی‌های سعادت‌مند این است که چگونه می‌توان به شیوه‌ای رضایت‌بخش‌تر زندگی کرد؟ یعنی به جای تمرکز بر پیشگیری از جرم، باید اولویت‌های زندگی فرد را بررسی نمود. این امر مستلزم تجزیه و تحلیل دقیق اولویت‌ها و اهداف فرد است؛ اولویت‌هایی که فرد زمان و انرژی خود را صرف آن‌ها می‌کند. سؤال کلیدی دیگر این است که آیا فرد می‌خواهد با ابزارهای غیرقانونی به این اهداف دست یابد یا راه‌های قانونی و سالم را انتخاب می‌کند؟

این الگو در واقع، به دنبال رفع ایرادات موجود در الگوی ریسک - نیاز - پاسخ‌دهی است. طراحان الگوی GLM معتقدند که پرداختن به ریسک شرط لازم برای کاهش جرم است، اما برای

22. Good Lives Model

23. Tony Ward

۲۴. مائوری‌ها مردم بومی نیوزیلند هستند که تاریخ، زبان، هنر و سنت‌های منحصر به فرد خود را دارند. فرهنگ مائوری یکی از عناصر اساسی هویت ملی نیوزیلند است و تأثیر زیادی بر جامعه مدرن این کشور دارد.

کاهش تکرار جرم کافی نیست. به علاوه، تمرکز بیش از حد بر ریسک و نیاز می‌تواند اثر عکس داشته باشد و ممکن است به جای کاهش جرم، آن را تشدید کند. برخی از جرم‌شناسان مدل زندگی‌های سعادتمند را مکمل الگوی پیش‌گفته می‌دانند. با این حال، باید گفت که داده‌های تجربی اندکی در خصوص اثربخشی این مدل وجود دارد، زیرا تاکنون برنامه‌های زیادی با الهام از آن طراحی و اجرا نشده است. یکی از تفاوت‌های اصلی این دو مدل این است که مدل ریسک - نیاز - پاسخ‌دهی تا حد زیادی بر ارزیابی‌های عدالت آماری - تخمینی (نجفی ابرندآبادی، ۱۴۰۳، ص ۷۱۷) متکی است، در حالی که الگوی GLM بر توانایی بالینی درمانگر برای پیشبرد مداخله‌ای فردی متناسب با شخصیت و ویژگی‌های خاص هر فرد تأکید دارد. به عبارت دیگر، تشخیص دقیق نیازهای جرم‌زا در یک فرد نیازمند مهارت بالینی و توانایی مداخله‌گر است. مدل GLM در فنلاند هم اجرا می‌شود و به عنوان رویکردی نو در زمینه اصلاح و درمان مجرمان شناخته شده است (Vanderstukken, 2018, p.13). تحلیل فرایند بازپروری در مدل زندگی‌های سعادتمند و اصول حاکم بر این الگو، اهمیت آن را در فردی سازی بازپروری روشن می‌سازد.

۱. اصول کلی حاکم بر الگوی زندگی‌های سعادتمند

چند اصل کلیدی، حاکم بر ارتقای کارآمدی این الگوست: این مدل که به تمامی افراد، فارغ از گذشته یا رفتارهای مجرمانه‌شان توجه می‌کند، به جای برجسب زدن به فرد به عنوان «مجرم یا منحرف»، او را یک «انسان با نیازهای اساسی و قابل اصلاح» در نظر می‌گیرد. در این رویکرد، فرد نه تنها باید خود را بازناسی کند، بلکه لازم است در نقش ارزیابِ نیازهای اولیه خود رفتار نماید و خود را فردی مسئول در فرایند بازسازی و پیشگیری از تکرار جرم لحاظ کند. در این مدل، مجرم نه به عنوان موجودی منحرف و خطرناک، بلکه یک انسان در نظر گرفته می‌شود که به دنبال بهزیستی و درمان روانی است. او نیز مانند همه انسان‌ها برای رسیدن به زندگی مطلوب، به دنبال ارضای نیازهای اولیه‌اش است. جرم جنسی به عنوان وسیله‌ای برای ارضای نیازهاست. در این مدل، جرم به خودی خود هدف نیست، بلکه وسیله‌ای نامناسب برای ارضای نیازهای اساسی انسان است. تفاوت اصلی میان بزهکاران و غیر بزهکاران این است که بزهکاران برای ارضای این نیازها از ابزارهای نامناسب مانند ارتکاب جرم استفاده می‌کنند. جرم جنسی یا دیگر جرائم به عنوان وسیله‌ای نامناسب برای ارضای این نیازها دیده می‌شود، نه هدف خود جرم.

بنابراین، توجه به برآورده شدن نیازهای اولیه فرد به عنوان راهی برای جلوگیری از جرم‌های آینده در نظر گرفته می‌شود. مدل حاضر بر این فرض استوار است که انسان‌ها برای رسیدن به بهزیستی روانی نیاز به برآوردن نیازهای اولیه‌ای دارند، از جمله زندگی، دانش، اوقات فراغت، موفقیت در کار، استقلال، تعادل عاطفی، دوستی، معنویت، خلاقیت و شادی. این نیازها پایه و اساس زندگی رضایت‌بخش و معنادارند. نیازهای ثانویه در این مدل ابزارهایی برای دستیابی به نیازهای اولیه در نظر گرفته می‌شوند. این نیازها ممکن است شامل دسترسی به منابع مالی، شغل، حمایت اجتماعی و روابط سالم باشند که به افراد کمک می‌کنند تا به نیازهای اساسی خود برسند. یکی از ویژگی‌های بارز این مدل این است که فرد خود را بازیگر اصلی در فرایند بازپروری و با هدف پیشگیری از تکرار جرم می‌بیند. او نه تنها باید نیازهای خود را شناسایی کند، بلکه باید برای برآوردن آن‌ها به شیوه‌ای قانونمند و مطابق با هنجارهای اجتماعی تلاش نماید. این رویکرد، فرد را از وضعیت منفعل خارج می‌کند و او را به عامل تغییر در زندگی خود تبدیل می‌نماید.

بدین ترتیب، این الگو به عنوان رویکردی جامع و انسان‌محور در بازپروری مجرمان، به جای تمرکز صرف بر کاهش نرخ بازگشت به جرم، بر تأمین نیازهای اساسی بزهکاران تأکید دارد. این مدل با عبور از چهارچوب سنتی جرم و مجازات، زمینه‌های ارتقای کیفیت زندگی و بازاجتماعی شدن مجرمان را فراهم می‌کند و در نتیجه، به طور غیرمستقیم از تکرار جرم پیشگیری می‌نماید. در این رویکرد، به جای تأکید بر اجتناب از رفتارهای مجرمانه، توسعه مهارت‌های فردی، ارتقای توانمندی‌های اجتماعی و تأمین نیازهای روانی و اجتماعی مجرمان مورد توجه قرار می‌گیرد تا فرایند بازپروری به صورت پایدار و اثربخش محقق شود.

۲. فرایند بازپروری در الگوی زندگی‌های سعادت‌مند

بازپروری به عنوان فرایندی فعال و تربیتی تعریف می‌شود که به شناسایی و رفع مشکلات مرتکب و ایجاد شرایط برای دستیابی به زندگی رضایت‌بخش کمک می‌کند. این فرایند شامل سه مرحله اصلی است:

الف. ارزیابی: شناسایی ماهیت و میزان مشکلات و مسائل فرد؛

ب. تعیین اهداف: مشخص کردن اهداف و نیازهای فرد برای بهبود وضعیت زندگی و کاهش

ریسک تکرار جرم؛

ج. مداخله: مداخله‌هایی که می‌تواند شامل درمان‌های روان‌شناختی و حمایتی باشد که کیفیت زندگی فرد را بهبود می‌بخشد و او را قادر می‌سازد در جامعه به‌طور مؤثرتر عمل کند. الگوی زندگی‌های سعادت‌مند در کنار نقاط قوت خود، با ایراداتی نیز مواجه است. یکی از مهم‌ترین ایرادات، نگاه مبهم این الگو به مفهوم پیشگیری از تکرار جرم است. این مدل بیشتر بر برآورده کردن نیازهای اساسی انسان و ایجاد شرایط برای زندگی معنادار تأکید دارد، اما به‌طور مستقیم و روشن از رویکرد خاصی برای پیشگیری از تکرار جرم صحبت نمی‌کند. در واقع، گرچه هدف این مدل کاهش تکرار جرم به‌واسطه فراهم کردن شرایط بهتر زندگی است، اما شیوه‌های دقیق برای ارزیابی و مدیریت ریسک تکرار جرم در این مدل کمتر مشخص شده است. این مسئله ممکن است برای نظام‌های قضایی و زندان‌ها که نیاز به رویکردهای کاربردی و قابل‌سنجش برای پیشگیری از تکرار دارند، چالش‌برانگیز باشد.

یکی دیگر از نقدهای اصلی وارد بر الگوی زندگی‌های سعادت‌مند، فقدان داده‌های عینی دربارهٔ اثربخشی آن است. اگرچه این مدل، مفهومی نوآورانه برای بازپروری و پیشگیری از تکرار جرم ارائه می‌دهد، ولی مطالعات و داده‌های تجربی که اثربخشی آن را در کاهش تکرار جرم به‌طور قطعی اثبات کنند، هنوز به‌طور گسترده موجود نیستند. در نتیجه، پذیرش این مدل در نظام‌های اصلاح و درمان نیاز به شواهد علمی و تجربی بیشتری دارد که بتوانند تأثیرات آن را بر کاهش جرم و بازسازی افراد اثبات کنند.

در ایران، بحث ارتقای کیفیت زندگی در «آیین‌نامهٔ سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور» مانند تأکید بر حرفه‌آموزی و اشتغال (موضوع جزء ۶ بند «ب» مادهٔ ۱)، حمایت از زندانیان پس از آزادی (موضوع مادهٔ ۱۶۹ و بند «پ» مادهٔ ۳۱۲) و ارائهٔ خدمات حمایتی به زندانیان و خانواده‌های آن‌ها (موضوع بند «د» مادهٔ ۲) با رویکرد GLM تطابق دارد. این موارد نشان‌دهندهٔ تلاش برای فراهم کردن شرایط لازم برای یک زندگی سالم و معنادار پس از آزادی است. برنامه‌های بازاجتماعی‌سازی (موضوع بند «ح» مادهٔ ۱ و مادهٔ ۳۸) و تلاش برای حل مشکلات اجتماعی، روانی، و جسمی زندانیان برای بازپذیری آنان در جامعه، بیانگر وجود عناصری از این مدل در آیین‌نامه است. در عین حال، این نکته نیز شایستهٔ ذکر است که علی‌رغم بندها و مواد فوق، رویکرد مدل زندگی‌های سعادت‌مند، در مجموع، نسبت به دو مدل دیگر حضور کم‌رنگ‌تری در آیین‌نامهٔ مذکور دارد. دلیل این امر می‌تواند محدودیت منابع یا تمرکز بیشتر بر مدیریت زندان و

کاهش ریسک‌های فوری باشد. به طور کلی به نظر می‌رسد «آیین‌نامه سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور» عمدتاً تحت تأثیر الگوی ریسک-نیاز-پاسخ‌دهی و الگوی شناختی-رفتاری قرار دارد. جلوه‌های این دو الگو در بخش‌های مختلف، از طبقه‌بندی و ارزیابی تا ارائه برنامه‌های اصلاحی و تربیتی، مشهود است. برای تقویت رویکرد الگوی زندگی‌های سعادت‌مند می‌توان به مواردی مانند کیفیت زندگی زندانیان و تضمین حمایت‌های مؤثر پس از آزادی توجه بیشتری داشت.

نتیجه‌گیری و دورنما

تحقق فردی‌سازی بازپروری در نظام زندان مستلزم طراحی ساختارها و برنامه‌هایی است که متناسب با ویژگی‌های شخصیتی، روانی و اجتماعی محکومان و متهمان تدوین شده باشند. در این راستا، آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور، چهارچوب‌هایی مانند زندان‌های بسته، نیمه‌باز، مراکز حرفه‌آموزی و اشتغال، اردوگاه‌های کاردرمانی و کانون اصلاح و تربیت را پیش‌بینی کرده است. همچنین واحد تشخیص نقش کلیدی در شناسایی ویژگی‌های فردی و تنظیم پرونده شخصیت محکومان ایفا می‌کند تا برنامه‌های اصلاحی متناسب با نیازهای آن‌ها طراحی شود.

با وجود این، اجرای موفق این تدابیر با چالش‌هایی همراه است. فقدان شفافیت در آیین‌نامه و مشخص نبودن رویکرد علمی مورد استفاده، موجب اجرای پراکنده و غیراستاندارد برنامه‌های اصلاحی موجود شده است. علاوه بر این، قوانین عادی نیز هنوز چهارچوب روشنی برای فرایند اصلاح و درمان، گروه‌های هدف و الگوهای علمی بازپروری ارائه نکرده‌اند. مشخص نیست فرایند اصلاح و درمان و پیشگیری از تکرار جرم چگونه باید اجرا شود، نسبت به کدام دسته از بزهکاران اعمال گردد و بر اساس کدام مدل علمی پیش برود. این خلأ قانونی و سیاست‌گذاری، مانعی جدی در مسیر اجرای کارآمد برنامه‌های بازپروری و کاهش نرخ تکرار جرم محسوب می‌شود. این در حالی است که خبرگان قانون اساسی اصلاح مجرمین را به عنوان تکلیفی اساسی برای قوه قضائیه پیش‌بینی نموده و آن را به سطح اصول قانون اساسی ارتقا داده و به عبارتی، یافته‌های جرم‌شناسی کاربردی را اساسی‌سازی (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۳، ص ۹۹۵) کرده است. این بند قانون اساسی، مطالعات نظری و کاربردی پیشگیری از جرم و اصلاح مجرمین را به طور

ضمنی ضروری دانسته است. بر این اساس، گام نخست برای اجرای مؤثر قسمت دوم از بند ۵ اصل ۱۵۶^{۲۵}، تدوین قانونی جامع و شفاف است که مفهوم «اصلاح مجرمین» را به‌طور دقیق تبیین کند. این قانون باید تمامی ابعاد اصلاح، از جمله اهداف، فرایندها، گروه‌های هدف و شیوه‌های اجرایی را به‌صورت مشخص و کاربردی تعیین نماید.

افزون بر این، تحولات جدید جرم‌شناختی و ظهور انواع بزهکاری، از جمله جرائم مالی، زیست‌محیطی، سایبری، سازمان‌یافته و یقه‌سفیدها، ضرورت بازنگری در سیاست‌های اصلاحی را دوچندان کرده است. مدل‌های سنتی اصلاح، که عمدتاً بر جرائم خشن یا خرد تمرکز داشتند، دیگر پاسخ‌گویی نیازهای امروزی نیستند. بررسی تجربه سایر کشورها و پرونده‌های داخلی نشان می‌دهد که اصلاح مجرمین در سطوح مدیریتی - وزارتی نیز نیازمند رویکردی علمی^{۲۶} و دقیق است.

در همین راستا، جرم‌شناسان معاصر با الهام از نظریات ساترلند، رویکرد جرم-مرتکب‌محور را اتخاذ کرده‌اند تا توجه قضات، رسانه‌ها و افکار عمومی را به این گروه از مجرمان جلب کنند. هدف آن‌ها ترغیب قانون‌گذاران به تدوین سیاست جنایی افتراقی است که متناسب با ویژگی‌های این دسته از مرتکبان باشد و پاسخ‌های کیفی عادلانه‌تر و کارآمدتری ارائه دهد.

برای نیل به این هدف، پیشنهاد می‌شود که کارگروه‌های تخصصی متشکل از حقوق‌دانان، جرم‌شناسان، قضات، روان‌شناسان و جامعه‌شناسان تشکیل شود تا بر اساس پژوهش‌های علمی و

۲۵. بند ۵ اصل ۱۵۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، که به «اقدام مناسب برای پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین» اختصاص دارد، یکی از اصول کلیدی نظام عدالت کیفری ایران است. اگرچه تکلیف قسمت نخست این بند با تصویب «قانون پیشگیری از وقوع جرم» در سال ۱۳۹۴ تا حدودی روشن شد، لکن قسمت دوم آن یعنی «اصلاح مجرمین» با تکلیف باقی مانده و تاکنون مورد بررسی علمی قرار نگرفته است.

۲۶. به‌عنوان مثال، مجرمان یقه‌سفید به دلیل موقعیت خاص خود، نیازمند رویکردهای ویژه‌ای برای اصلاح و بازپروری‌اند. مهم‌ترین برنامه‌های بازپروری این دسته از بزهکاران عبارت‌اند از: ۱. «برنامه‌های آموزشی و ارتقاء اخلاق حرفه‌ای». روش اجرا: برگزاری دوره‌های آموزشی در زمینه اخلاق حرفه‌ای، قوانین کسب‌وکار و مسئولیت‌پذیری اجتماعی به‌منظور ارتقاء سطح آگاهی و درک اخلاقی بزهکاران و نیز آگاه‌سازی دقیق مجرمان از قوانین و پیامدهای حقوقی جرائم اقتصادی، با هدف کاهش احتمال تکرار جرم. ۲. «برنامه‌های اجتماعی». روش اجرا: تشویق بزهکاران به مشارکت در فعالیت‌های اجتماعی با هدف جبران خسارت‌های وارده و بازگرداندن آن‌ها به جامعه به‌عنوان اعضای مسئول. ۳. «برنامه‌های روان‌شناختی». روش اجرا: بهره‌گیری از درمان‌های رفتاری و شناختی به‌منظور اصلاح نگرش‌ها و باورهای نادرست که به ارتکاب جرم منجر شده‌اند. ۴. «اصلاح سازمانی». روش اجرا: بازنگری و اصلاح ساختارهای سازمانی، افزایش نظارت و شفافیت برای کاهش فرصت‌های وقوع جرم در محیط‌های کاری. ۵. «برنامه‌های مبتنی بر جبران خسارت». روش اجرا: برگزاری جلسات گفت‌وگو میان بزهکار و بزه‌دیده به‌منظور پذیرش مسئولیت جرم توسط بزهکار و تلاش برای جبران خسارت‌های وارده شده به بزه‌دیده.

به‌طور کلی، مؤثرترین رویکرد در بازپروری مجرمان یقه‌سفید، بهره‌گیری از ترکیبی از آموزش اخلاقی، روان‌درمانی، جبران خسارت و اصلاح ساختارهای سازمانی است. این رویکرد جامع می‌تواند نقش مهمی در کاهش تکرار جرم و بازگشت متعهدانه این افراد به جامعه ایفا کند.

تجربه عملی، سیاست‌های اصلاحی مناسب هر دسته بزهکاران تدوین گردد. برگزاری همایش‌های ملی نیز می‌تواند زمینه‌ساز بازنگری در روش‌های بازپروری و جلب توجه نهادهای سیاست‌گذار به موضوع اصلاح مجرمین باشد.

در نهایت، فردی‌سازی بازپروری تنها زمانی اثربخش خواهد بود که تعامل مؤثری میان نظام حقوقی، جرم‌شناسی، روان‌شناسی کیفری و سیاست‌گذاری اجتماعی برقرار شود. به جای تمرکز صرف بر سرکوب کیفری، باید فرصت‌های بازگشت موفق زندانیان به جامعه فراهم شود تا از چرخه جرم خارج شوند و زندگی سالم و معناداری را آغاز کنند.

فهرست منابع

۱. ابراهیمی، شهرام. (۱۴۰۴ش) (زیر چاپ). چهاردهمین کنگره پیشگیری از جرم و عدالت کیفری سازمان ملل: راهبردهای علمی، مشارکت جوانان و چالش‌های نوین پیشگیری از بزهکاری. پژوهش‌های جرم‌شناسی کاربردی. <https://doi.org/10.22034/aqcr.2024.2045137.1035>
۲. ابراهیمی، شهرام. (۱۳۹۱ش). بازپروری عادلانه مجرمان. آموزه‌های حقوق کیفری، ۹(۳)، ۱۵۱-۱۷۶.
۳. الله‌وردی میگونی، فرهاد. (۱۳۹۹ش). «هیچ چیز مؤثر نیست؟»: اسطوره شکست رویکرد بازپروری مجرمان. مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، ۵۰(۲)، ۳۰۱-۳۲۳. <https://doi.org/10.22059/jq-clcs.2020.305714.1580>
۴. بابایی، محمدعلی. (۱۴۰۳ش). جرم‌شناسی بالینی. تهران: نشر میزان.
۵. بیناتل، ژان. (۱۳۶۵ش). کیفرهای جان‌شین و جرم‌شناسی، (ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی). فصلنامه حقوق، شماره ۶. ص ۱۷۴-۱۹۶.
۶. نیازپور، امیرحسین. (۱۳۸۵ش). بازپروری بزهکاران در مقررات ایران، حقوق اسلامی، ۳(۱۱)، ۱۴۵-۱۶۴.
۷. نیازپور، امیر حسن. (۱۳۹۵ش). تحلیل جرم‌شناسانه جداسازی زندانیان در پرتو «آیین‌نامه نحوه تفکیک و طبقه‌بندی زندانیان». حقوقی دادگستری، ۸۰(۹۶)، ۱۷۳-۲۰۱. <https://doi.org/10.22106/fjl.2016.24725>
۸. نجفی ابرندآبادی، علی حسین. (۱۳۸۴ش). «حقوق کیفری در آغاز هزاره سوم»؛ دیباچه در: فلچر، جرج پی. مفاهیم بنیادین حقوق کیفری، (ترجمه سید مهدی سیدزاده ثانی). مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
۹. نجفی ابرندآبادی، علی حسین. (۱۳۸۶ش). «قضایی شدن مرحله اجرای احکام کیفری»؛ دیباچه در: جعفرزاده، فخرالدین، اجرای احکام کیفری در حقوق ایران و فرانسه. اصفهان: دادپار.
۱۰. نجفی ابرندآبادی، علی حسین. (۱۳۹۳ش). «درآمدی بر اساسی سازی حقوق کیفری»، در: گرجی، علی اکبر (به کوشش). در تکاپوی حقوق عمومی. تهران: جنگل.
۱۱. نجفی ابرندآبادی، علی حسین. (۱۴۰۳ش). کیفرشناسی نو - جرم‌شناسی نو؛ درآمدی بر سیاست جنایی مدیریتی خطرمدار، در: نجفی ابرندآبادی، علی حسین (زیر نظر). تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقالات). تهران: نشر میزان.
۱۲. نجفی ابرندآبادی، علی حسین. (۱۴۰۳ش). «تحولات جرم‌شناسی، بزهکاری، یقه‌سفیدها»؛ دیباچه در: دارابی، شهرداد. بزهکاری یقه‌سرخ‌ها. تهران: نشر میزان.
۱۳. نجفی ابرندآبادی، علی حسین. (۱۴۰۲ش). سیاست جنایی ایران در قلمرو اداره زندانها؛ تحول مستمر مقررات اجرایی. دیباچه در: بولک، برنار، کیفرشناسی، (ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی). ویراست پنجم. تهران: انتشارات مجد.
۱۴. پردال، ژان. (۱۴۰۲ش). تاریخ اندیشه‌های کیفری، (ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی). تهران: سمت.
15. Guerrin, Brigitte. (2012). Albert Bandura et son œuvre. *Recherche en soins infirmiers*, 108, 106-116. <https://doi.org/10.3917/rsi.108.0106>
16. Brillat, Emmanuel. (2009). Une nouvelle méthode d'intervention auprès des personnes placées sous main de justice: les programmes de prévention de la récidive. *Cahiers d'études pénitentiaires et criminologiques*, 31. <https://www.justice.gouv.fr/sites/default>

files/migrations/portail/art_pix/CahEtudesPenitCrim31.pdf

17. Arandel, Guillaume. (2019). *Pour une criminologie interculturelle: Ethnoprobaton*. Paris: L'Harmattan.
18. Benbouriche, Massil ;Vanderstukken, Olivier ;Guay, Jean-Pierre. (2015). Les principes d'une prévention de la récidive efficace: le modèle Risque-Besoins-Réceptivité. *Pratiques Psychologiques*, 21(3), 219–234. <http://dx.doi.org/10.1016/j.prps.2015.05.002>
19. Herzog-Evans, Martine. (2012). Outils d'évaluation: Sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique. *Actualité juridique Pénal*, 75–80. <https://herzog-evans.com/wp-content/uploads/2012/08/AJpenal-RISK-ASSESSMENT-complet-EVANS.pdf>
20. Vanderstukken, Olivier ;Benbouriche, Massil. (2014). Principes de prévention de la récidive et principe de réalité en France: Les Programmes de Prévention de la Récidive à la lumière du modèle "Risque-Besoins-Réceptivité". *Actualité juridique Pénal*, 11. https://www.researchgate.net/publication/271529700_Principes_de_prevention_de_la_recidive_et_principe_de_realite_en_France_Les_Programmes_de_Prevention_de_la_Recidive_a_la_lumiere_du_modele_Risque-Besoins-Receptivite
21. Vanderstukken, Olivier ;Garay, Delphine ;Letto, Nora ;Benbouriche, Massil. (2018). L'introduction du Good Lives Model en France: un risque de confusion avec le soin?. *Actualité juridique Pénal*, p. 13.
22. Martinson, Robert. (1974). What works? Questions and answers about prison reform. *The Public Interest*, 35, 22–54. https://www.nationalaffairs.com/public_interest/detail/what-works-questions-and-answers-about-prison-reform
23. Corneille, S. ;Devillers, B. (2017). Quand le Good Lives Model rencontre les travailleurs psychosociaux: une invitation à un changement de posture professionnelle. *Service social*, 63(1). <http://dx.doi.org/10.7202/1040027ar>
24. Corneille, S. ;Henrard, N. (2017). Le Good Lives Model: un modèle alternatif au modèle de prévention de la récidive. In: E. Dieu. *Les innovations criminologiques*. Paris: L'Harmattan. <https://hdl.handle.net/2268/212139>
25. LoI n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORF-TEXT000029362502>



A Reflection on the Necessity and Continuity of Complaints in Crimes Against Chastity (Subject of Article 102 of the Code of Criminal Procedure)

 Hamed Parsa¹ ✉

1. Corresponding Author, level 4 Seminary Student at Hawza 'Ilmiyya of Qom, Qom, Iran.
Email: parsasajjad2022@gmail.com

Article Info

Article type:

Original research

Received: 16 August 2023

Received in revised form: 7

August 2024

Accepted: 30 August 2024

Available online: 8 January

2025

Keywords

Complaint in crimes against chastity, investigation upon withdrawal of complaint under Article 102, continuity of complaint in Article 102, the position of the complainant in Article 102, the requirement of the complainant's presence in Article 102.



Abstract

Article 102 of the Criminal Procedure Code of Iran prohibits investigation and inquiry into crimes against chastity unless there is a private complainant in these cases. However, the question is what the basis for this permission is, and whether the requirement of a complaint is an initial condition or a continuous one? In other words, in numerous cases, a complaint exists at the outset, but during the investigation, for various reasons, the complaint is withdrawn. Yet, the obligation of the judicial authority remains unclear—whether they should halt the investigation or continue it—due to ambiguity in the law. Given that this matter pertains, on one hand, to the obligation of the judicial authority and, on the other hand, to the religious ruling on investigation and intrusion into the privacy of others, resolving this ambiguity is essential. "It is worth noting that no research has been conducted to address this question. This paper, using a descriptive-analytical method, first examines the Islamic jurisprudential foundations of the permissibility of investigation at the request of the complainant and its considerations. And subsequently, relying on credible Islamic jurisprudential and legal evidence, it demonstrates that the condition of having a complainant in Article 102 is a continuing condition. Consequently, if the complaint is withdrawn during the investigation and before the crime is proven, the judicial authority must cease the proceedings. Additionally, the arguments (evidences) cited to justify the continuation of the investigations are reviewed and critiqued.

Cite this article: Parsa, H. (2024). A Reflection on the Necessity and Continuity of Complaints in Crimes Against Chastity (Subject of Article 102 of the Code of Criminal Procedure). *Criminal Law Doctrines*, 21(27), 59-81. <https://doi.org/10.30513/cld.2024.5311.1863>





تأملی بر ضرورت و استمرار شکایت در جرائم منافی عفت (موضوع ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری)

✉ حامد پارسا ۱

۱. نویسنده مسئول، طلبه سطح ۴ حوزه علمیه قم، قم، ایران. رایانامه: parsasajjad2022@gmail.com

چکیده

ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری، تحقیق و تجسس در جرائم منافی عفت را ممنوع می‌داند، مگر به شرط وجود شاکی خصوصی در این جرائم. اما سؤال این است که مبنای این جواز چیست و اشتراط وجود شکایت، به صورت شرط ابتدایی است یا شرط استمراری؟ به عبارت دیگر، در پرونده‌های متعددی در ابتدای امر، شکایت وجود دارد، اما در اثنای تحقیقات، به دلایل مختلفی، شکایت منتفی می‌شود ولی تکلیف مقام قضایی روشن نیست که باید تحقیقات را متوقف کند یا می‌تواند به تحقیق ادامه دهد، زیرا قانون ابهام دارد. با توجه به این‌که این امر از یک طرف، به تکلیف مقام قضایی مربوط می‌شود و از طرف دیگر، به حکم شرعی تجسس و ورود به حریم خصوصی دیگران، رفع این ابهام ضروری است. شایان ذکر است که پژوهشی برای پاسخ به این سؤال انجام نشده است. این مقاله به روش توصیفی تحلیلی، ابتدا به مبانی فقهی جواز تجسس به درخواست شاکی و تأملات آن می‌پردازد و سپس با استناد به ادله معتبر اصولی و حقوقی، بیان می‌کند که شرط وجود شاکی در ماده ۱۰۲، به صورت شرط استمراری است، در نتیجه، مقام قضایی با منتفی شدن شکایت در حین تحقیقات و قبل از اثبات جرم، باید تحقیقات را متوقف کند. همچنین ادله‌ای که برای جواز ادامه تحقیقات مورد استناد قرار می‌گیرد، بررسی می‌شود.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۵/۲۲
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۵/۱۷
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۶/۱۹
تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۳/۱۰/۰۹

کلیدواژه‌ها

شکایت در منافیات عفت،
تجسس با انتفاء شکایت در ماده
۱۰۲، استمرار شکایت در ماده ۱۰۲،
جایگاه شاکی در ماده ۱۰۲، شرط
وجود شاکی در ماده ۱۰۲



استناد: پارسا، حامد. (۱۴۰۳). تأملی بر ضرورت و استمرار شکایت در جرائم منافی عفت (موضوع ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری). *آموزه‌های حقوق کیفری*. ۲۱(۲۷)، ۵۹-۸۱.
<https://doi.org/10.30513/cld.2024.5311.1863>



مقدمه

ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری، تحقیق و تجسس از جرائم منافی عفت را ممنوع می‌داند مگر در برخی موارد که تحقیق و تجسس جایز است. ماده فوق مقرر می‌دارد: «انجام هر گونه تعقیب و تحقیق در جرائم منافی عفت ممنوع است و پرسش از هیچ فردی در این خصوص مجاز نیست، مگر در مواردی که جرم در مرئی و منظر عام واقع شده و یا دارای شاکی یا به عنف یا سازمان یافته باشد که در این صورت، تعقیب و تحقیق فقط در محدوده شکایت و یا اوضاع و احوال مشهود توسط مقام قضایی انجام می‌شود». همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، قانون‌گذار در این ماده درصدد بیان یک مبنا و رویکرد نسبت به جرائم منافی عفت است که این مبنا، عدم ورود به این جرائم است مگر در برخی موارد از باب استثنا، تجسس را جایز می‌داند. این ممنوعیت در پرتو آموزه‌های حقوق کیفری اسلام است که بنای بر بزه‌پوشی و عدم اشاعه فحشاست (خالقی، ۱۴۰۲، ص ۱۵۳). در واقع، این ممنوعیت تجسس در جرائم منافی عفت ناظر به حکم فقهی تجسس از جرائم منافی عفت است، زیرا در فقه امامیه، تجسس از اعمال منافی عفت حرام است (گلبایگانی، ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۲۰۳). اگر کسی در سیره معصومین (ع) و قوانین مقرر در اثبات حدود، تأمل و تدبر کند، متوجه می‌شود که سیره معصومین (ع) بر آشکار نشدن این‌گونه جرائم است. معصومین (ع) نه تنها به دنبال کشف این‌گونه جرائم نبوده‌اند، بلکه تلاش می‌کردند که عمل منافی عفت ارتكابی را پوشانند و عاملین آن را از اقرار منصرف کنند (نک: پارسا، ۱۳۹۵). نگارنده در مقاله‌ای (پارسا، ۱۳۹۵) به تفصیل به بحث حرمت تجسس در جرائم منافی عفت پرداخته است و در اینجا فقط به نقل کلام برخی فقها نسبت به سیره ائمه (ع) در این زمینه اکتفا می‌شود:

” با ملاحظه شرایط مقرر برای اثبات حدود و تعزیرات در جرائم جنسی که در اکثر موارد حاصل نمی‌شود و همچنین با ملاحظه سیره منقوله از پیامبر (ص) و امیرالمؤمنین (ع) در پوشاندن و تخفیف در جرائم جنسی، و چیزی که از روش شارع معلوم است در عدم محبوبیت اشاعه فحشا و آشکار شدن بدی، روشن می‌شود که شرع مقدس راضی به تنفیذ حدود به مثل این طریق‌ها به غیر از اقرار و بینه نیست“
(موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷، ج ۱، ص ۲۴۹).

۱. «إنه بملاحظة الشرائط المقررة لإثبات الحد أو التعزير في الجرائم الأخلاقية الجنسية التي لا تحصل في أغلب الموارد، وأيضاً بملاحظة السيرة المنقولة عن النبي (ص) وأمير المؤمنين (ع) من الستر والتخفيف فيها، وما علم من ديدن الشارع من عدم محبوبية تشييع الفاحشة والجهر بالسوء، يظهر عدم ابتغاء الشرع المقدس لتنفيذ الحدود بمثل تكلم الطرق، ما عدا الإقرار والبينة».

یکی از مواردی که ماده ۱۰۲ تخصیص می‌زند وجود شاکی خصوصی است. ولی سؤال این است که آیا اصلاً از نظر فقهی می‌توان چنین حقی برای شاکی خصوصی قائل شد؟ یعنی به صرف شکایت شاکی، شروع به تجسس در این جرائم کرد؟. این امر تأملاتی دارد که بیان خواهد شد. از طرفی، آیا این حق به صورت شرط ابتدایی لحاظ شده یا شرط استمراری؟. به عبارت دیگر، اگر در ابتدای امر، شکایت وجود داشته باشد و مقام قضایی شروع به تحقیق کند، ولی در اثنای امر، به هر دلیلی شرط شکایت شاکی منتفی شود، آیا در این صورت، ادامه تحقیق برای مقام قضایی جایز است یا باید تحقیق را متوقف کند؟

اهمیت بحث: اهمیت بحث روشن است، زیرا در موارد متعددی، شاکی از ادامه تحقیق منصرف می‌شود، ولی تکلیف مقام قضایی در این پرونده‌ها چیست؟ آیا می‌تواند تحقیق و تجسس را ادامه دهد یا باید تحقیق را متوقف کند؟ اهمیت این امر از یک طرف، به تکلیف مقام قضایی مربوط می‌شود و از یک طرف، به حکم شرعی تجسس از جرائم منافی عفت، و از جهت دیگر، مربوط به آشکار شدن این امور و حیثیت مردم است، در نتیجه، پرداختن به این موضوع اهمیت دارد.

پیشینه بحث: علی‌رغم اهمیت موضوع، پژوهش علمی قابل ملاحظه‌ای در این زمینه انجام نشده و بیانات کلی و اجمالی در این زمینه به چشم می‌خورد. برخی (آقایی، ۱۴۰۲، ص ۶۰) صرفاً با بیان این‌که جرائم منافی عفت جزء جرائم غیر قابل گذشت‌اند می‌گویند این شرط ابتدایی است، اگرچه در ادامه می‌گویند در صورت رضایت شاکی و عدم کفایت ادله برای توجه اتهام، صدور قرار منع تعقیب دارای وجاهت قانونی است و در صورت وجود ادله متقن و علم‌آور، ادامه رسیدگی از وجاهت بیشتری برخوردار است. برخی (عابدی، ۱۴۰۳، ص ۴۴) هم بدون بیان دلیل خاصی قائل به تفصیل‌اند و می‌گویند اگر رضایت شاکی قبل از اثبات جرم باشد، باید قرار موقوفی و اگر بعد از اثبات باشد، باید رأی مقتضی صادر گردد. ابهام قضیه تا آنجاست که حتی به ادعای برخی قضات (نک: سامانه ملی آرای قضایی، دادنامه ۹۴۰۹۹۷۷۱۲۰۷۰۰۰۷۵)، ماده انصراف دارد به موردی که اصولاً شاکی وجود ندارد، نه این‌که گذشت کرده، و با همین استدلال، رسیدگی ادامه یافته و متهم محکوم شده است. ملاحظه می‌شود که برداشت‌ها چقدر متشتت‌اند. از طرفی، صرف بیان‌های سطحی که مثلاً گفته شود این جرائم قابل گذشت نیستند پس شرط ابتدایی است، مناسب به نظر نمی‌رسد، بلکه باید در بحث‌های حقوقی مانند بحث‌های فقهی، عمیق و ریشه‌ای بحث کرد تا کنه مطلب و نیز ابهامات روشن شوند. پژوهش حاضر متکفل این امر است و به روش

توصیفی - تحلیلی ابتدا به حق شکایت در این جرائم و تأملات آن می‌پردازد، سپس می‌کوشد ابهام کلام قانون‌گذار را با استناد به ادله معتبر اصولی و حقوقی رفع کند و در نتیجه تبیین کند که شرط وجود شاکی برای جواز تجسس، در ماده ۱۰۲، اشتراط به نحو ابتدایی است یا استمراری.

۱. تأملی بر حق شکایت در جرائم منافی عفت

در فقه شیعه، تجسس در جرائم منافی عفت به صرف شکایت شاکی، از مسائلی است که جای بحث و تأمل دارد. در نظام قضایی اسلام، برای اثبات زنا توسط مدعیان وقوع زنا (چون فرض عدم وجود اقرار است)، باید چهار مرد شهادت بر زنا دهند و حتی اگر یک نفر کمتر از این تعداد باشد بلافاصله مدعیان زنا مجازات می‌شوند و حتی انتظار برای تکمیل تعداد شهود منتفی است (خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۱، ص ۲۲۷). از این امر چنین استفاده می‌شود که وقتی انتظار برای تکمیل بینه منتفی است، پس به طریق اولی تجسسی برای اثبات زنا در کار نیست، این در حالی است که وقتی مثلاً سه نفر شهادت بر زنا می‌دهند، گمان بر ارتکاب زنا حاصل می‌شود و حداقل می‌توان از طریق تجسس، واقع قضیه را روشن کرد، ولی نه تنها به این گمان قوی اعتنا نمی‌شود، بلکه تجسسی هم در کار نیست و حتی مدعیان زنا مجازات می‌شوند. اگر به گمان قوی که ناشی از شهادت سه نفر است اعتنا نمی‌شود پس چگونه به ادعای زنا که به وسیله یک شاکی مطرح می‌شود باید ترتیب اثر داد و شروع به تجسس کرد؟ ممکن است گفته شود که بین مجنی علیه و اجنبی تفاوت هست، یعنی در برخی مواقع صرفاً اعلام وقوع زنا توسط شخص ثالث است و در برخی مواقع شکایت از طرف مجنی علیه مبنی بر تجاوز به عنف و مانند آن. این بحث با اشکالات و ابهاماتی روبه‌روست که با توجه به این که ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری، تجسس از جرم منافی عفت دارای شاکی را جایز می‌داند، قبل از ورود به مبحث اصلی، ابتدا به این بحث و تأملات آن می‌پردازیم.

دو مبنای جواز تجسس در صورت شکایت شاکی قابل تصور است. اگرچه ممکن است مبانی دیگری نیز قابل تصور باشد، ولی ما این دو را تصویر می‌کنیم:

۱-۱. حق شکایت مجنی علیه

ممکن است گفته شود تعدی و ظلمی مثل زنای اکراهی یا زنای با ذات بعل مانند سایر ظلم‌هاست و همان‌طور که در سایر ظلم‌ها صاحب حق، حق شکایت دارد در اینجا نیز می‌تواند

شکایت کند، که در این صورت، تجسس برای احقاق حق او جایز است. اما این استدلال محل تأمل است، زیرا بر فرض وجود چنین حقی،^۲ بین ثبوت حق و اثبات آن تفاوت است و نباید بین آن دو خلط کرد، همان‌گونه که برخی به دلیل دفاع از حقوق شاکی، تعقیب و رسیدگی را ضروری می‌دانند (بنی‌اسدی و انصاری، ۱۴۰۱، ص ۶۰)، درحالی‌که چنین حقی بر فرض وجود، در مقام ثبوت است که باید آن را اثبات کرد و طریق اثبات حق در موضوعات مختلف، متفاوت است، به‌ویژه حدود که ضوابط خاص خود را دارد، مثلاً لواط فقط با شهادت چهار مرد اثبات می‌شود (لنکرانی، ۱۴۲۲، ص ۲۸۸)، اما زنا با شهادت مرکب از زنان و مردان نیز اثبات می‌گردد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱، ص ۱۵۵)، یا جرائم تعزیری مثل اتیان البهائم، دو شاهد در اثباتش کفایت می‌کند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۴، ص ۲۴۷)، یا برخی از جرائم بدون بینة هم قابلیت اثبات دارند، زیرا در صورتی که مدعی بینة نداشته باشد، طبق قاعده «البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر» نوبت به قسم منکر می‌رسد و قسم مثبت دعوا می‌شود. این در حالی است که یمین در حدود وجود ندارد (علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۱۶۷)، یعنی در صورت فقدان بینة توسط مدعی، نوبت به قسم منکر نمی‌رسد، در نتیجه، مقام اثبات در هر جرمی علی‌الخصوص جرائم باب حدود، ضوابط و قواعد خاص خود را دارد و نمی‌توان به صرف ثبوت حق، این ضوابط را نادیده گرفت.

به نظر می‌رسد پیامبر (ص) در روایتی همین نکته را به سعد بن عبادة گوشزد می‌کند. سعد می‌گوید: اگر کسی را در حال زنا با همسر ببینم، او را با شمشیر مجازات می‌کنم. پیامبر (ص) از او می‌پرسد: پس چهار شاهد چه می‌شود؟ سعد می‌گوید: حتی اگر با چشم خودم زنا او را دیده باشم؟ پیامبر (ص) می‌فرماید: بله، خداوند متعال برای هر چیزی حدی قرار داده است.^۳

۲. حق‌الله یا حق‌الناس بودن حد زنا در برخی از مصادیق، محل بحث است. این مبحث مفصل است و در این مقال نمی‌گنجد، اما مختصراً باید گفت که بسیاری از فقهای سلف به صورت مطلق می‌گویند حدود در زنا از حقوق محض الهی است و تفصیلی در حق‌الناس بودن برخی موارد آن ندارند (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۱۲۷؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۴۹۵؛ لنکرانی، ۱۴۲۰، ص ۲۷۲). البته برخی فقها ملاحظاتی بر این مطلب دارند و می‌گویند فتوای مشهور مبنی بر حق‌الله بودن ناظر به ارتکاب عمل با تراضی طرفین است و ایشان در امثال زنا و لواط اگرایی نظر به حق‌الناس بودن دارند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۱۵۹).

۳. سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) يَقُولُ: إِنَّ أَصْحَابَ النَّبِيِّ (ص) قَالُوا لِسَعْدِ بْنِ عُبَادَةَ: أَرَأَيْتَ لَوْ وَجَدْتَ عَلَى بَطْنِ امْرَأَتِكَ رَجُلًا مَا كُنْتَ صَانِعًا بِهِ؟ قَالَ: كُنْتُ أَضْرِبُهُ بِالسَّيْفِ. قَالَ: فَخَرَجَ رَسُولُ اللَّهِ (ص) فَقَالَ: مَاذَا يَا سَعْدُ؟ قَالَ: سَعْدُ: قَالُوا لَوْ وَجَدْتَ عَلَى بَطْنِ امْرَأَتِكَ رَجُلًا مَا كُنْتَ تَصْنَعُ بِهِ؟ فَقُلْتُ: أَضْرِبُهُ بِالسَّيْفِ. فَقَالَ: يَا سَعْدُ وَكَيْفَ بِالْأَرْبَعَةِ الشُّهُودِ؟ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ بَعْدَ رَأْيِ عَيْنِي وَعَلِمَ اللَّهُ أَنَّهُ قَدْ فَعَلَ؟ قَالَ: إِي وَاللَّهِ بَعْدَ رَأْيِ عَيْنِكَ وَعَلِمَ اللَّهُ أَنَّهُ قَدْ فَعَلَ، لِأَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ قَدْ جَعَلَ لِكُلِّ شَيْءٍ حُدًّا وَجَعَلَ لِمَنْ تَعَدَّى ذَلِكَ الْحُدَّ خُدًّا» (كليني، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۱۷۶)؛ «از امام صادق (ع) شنیدم که فرمود: اصحاب رسول خدا (ص) به سعد بن عبادة گفتند: اگر مردی را در حال زنا با همسر مشاهده کنی چه خواهی کرد؟ وی گفت: او را با شمشیر به قتل می‌رسانم. حضرت فرمود: رسول خدا (ص) از آن‌جا عبور کرد و فرمود: ای سعد چه شده است؟ سعد عرض کرد: به من گفتند: اگر مردی را در حال زنا با همسر ببینی چه خواهی کرد؟ و من پاسخ دادم: او را با شمشیر می‌کشم، پیامبر (ص) فرمود: ای سعد، پس

سعد شاکي است از زنایي که با همسرش شده است و این مطلب برای او یقینی است، زیرا با چشم خود شاهد این قضیه است، ولی باید مقام اثبات، مراعات شود و با اقامه چهار شاهد، شخص مجازات شود. در نتیجه نباید بین مقام ثبوت و مقام اثبات خلط کرد.

برخی مدعی اند که برای اثبات زنا به عنف نیاز به چهار شاهد نیست، زیرا لزوم وجود چهار شاهد، اختصاص به عنوان زنا دارد، درحالی که زنا به عنف در روایات با عنوانی غیر از زنا مثل غصب فرج و... بیان شده، پس عنوان زنا بر تجاوز به عنف صادق نیست و تحت عمومیت ادله اثبات یعنی دو شاهد باقی می ماند (شعب، ۱۳۹۵، ص ۷۸ و ۷۹). این استدلال خلاف وجدان است، چون اگرچه در روایات چنین عناوینی برای زنا به عنف بیان شده، ولی در هر صورت، تجاوز به عنف از مصادیق زناست. این زناست که تقسیم به زنا به عنف و غیر آن می شود و نمی توان عنوان زنا را از این عمل خارجی زایل کرد. برای اثبات عنوان زنا هم نیاز به چهار شاهد است. آیا فقها در اثبات زنا فرقی بین زنا به عنف و غیر به عنف گذاشته و در دومی قائل به چهار شاهد و در اولی قائل به دو شاهد شده اند؟^۴

قابل توجه است که قائل این نظر، خود می گوید وقتی شاکي عمل منافی عفتی را به شخصی نسبت می دهد تکلیف دستگاه قضایی به تحصیل دلیل برای شکایت در مورد جرم منافی عفت، روش معهود و معمول فقها و کتاب های فقهی نیست و بنا به اقتضائات زمانی ایجاد شده است که تطبیق آن با احکام، مشکل به نظر می رسد (شعب، ۱۳۹۵، ص ۸۴).

ممکن است گفته شود علم قاضی مستند حکم است، زیرا به وسیله تجسس، برای قاضی علم حاصل شده است و طبق آن حکم می کند. اما باید گفت اولاً نسبت به حجیت علم قاضی در حقوق الله اختلافاتی وجود دارد (نک: شاهرودی، ۱۳۷۵؛ شاهرودی، ۱۳۷۶؛ اردبیلی، ۱۴۲۷، ج ۱،

چهار شاهد برای چیست؟ عرض کرد: ای رسول خدا، بعد از این که به چشم خود دیدم و خدا هم می داند که او آن عمل را انجام داده است [باز هم نیاز به شاهد هست]؟ حضرت فرمود: آری به خدا سوگند، با این که به چشم خود دیدی و خدا هم می داند که او آن عمل را انجام داده است. خداوند برای هر چیزی حدی قرار داده و بر کسی که از آن حد تجاوز کند، نیز حدی مقرر داشته است.»

۴. قابل ذکر است مقتضای اطلاق دلیل بینه، عدم فرق بین شهادت اجنبی و غیر اوست (لنکرانی، ۱۴۲۲، ص ۲۵۸). یعنی اطلاق دلیل بینه شامل هر زنایی می شود و تفصیل در انواع زنا برخلاف این اطلاق به نظر می رسد. حتی در برخی موارد، اثبات جرم توسط اجنبی راحت تر از مجنی علیه است، زیرا مثلاً در زنا زن شوهردار از روی رضایت که شوهر شکایت می کند، اثبات زنا توسط شوهر می تواند مشکل تر از غیر او باشد، زیرا برای مثال، اگر یکی از شهود زوج باشد (چون زوج نسبت به زنا با همسرش می تواند ذی حق و شاکي محسوب شود)، در اثبات زنا به وسیله چنین بینه ای اختلاف است که برخی قائل به عدم اثبات زنایند (خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۱، ص ۲۲۲). زیرا در زنا با ذات بعل، شبهه پایمال شدن حق زوج وجود دارد و زوج به نوعی مدعی است و شهادت او برای خودش محسوب می شود که شهادتش مقبول نیست (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۴۵۸). پس ذی حق بودن دلیلی برای آسان تر بودن اثبات نیست.

ص ۲۴۴). از طرفی، آیا مقصود تحصیل علم است یا حصول علم؟ آیا می‌توان چنین گفت که مقصود از علم قاضی تحصیل علم به هر طریق ممکن است؟ مثلاً به صرف یک ادعا، شروع به تجسس از هر طریقی شود تا علم به وقوع جرم تحصیل و در نهایت، طبق آن حکم شود؟ یا مقصود حصول علم است از طریق قراین و شواهد قضیه؟ آیا چنین رویکردی برخلاف نظام اقرار و شهادتی که در این جرائم وجود دارد نیست و عملاً نظام اقرار و بینه در زنا و مانند آن کنار گذاشته نمی‌شود؟ روایت سعد در این زمینه قابل تأمل است.

قابل ذکر است که از برخی فقها چنین استفتا شده که در صورت وجود شاکی خصوصی در مورد اعمال منافی عفت، آیا تجسس از آن جایز است؟ اینان پاسخ می‌دهند اگر احتمال عقلایی بر وقوع جرم باشد و مرتبط با حقی از حقوق شاکی، تجسس جایز است (پارسا، ۱۴۰۰، ص ۶۹). برخی دیگر نیز در پاسخ به استفتایی مبنی بر این که آیا آوردن متهم به زنا به دادگاه جهت اعتراف جایز است؟ می‌گویند متهم به زنا را نمی‌توان به دادگاه احضار کرد، مگر این که شهود قبلاً بروند و شهادت بدهند، و یا زنای به عنف صورت گرفته باشد و مزنی بها شکایت کند و یا متهم مرتکب جرائم منکراتی دیگری مانند خلوت با اجنبیه شده باشد، که به دلیل این امور جلب شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ج ۱، ص ۳۵۴).

۲-۱. ضرورت تجسس

مبنای دیگری که برای جواز تجسس به درخواست شاکی قابل تصور است، وجود ضرورت تجسس است که چه بسا با قرار دادن موضوع تحت عنوان ثانویه ضرورت، بتوان حکم جواز را جاری کرد. روشن است که این امر، مستلزم وجود ضرورت است. برخی فقها در مورد جواز تجسس در اعمال منافی عفت و نقض حریم خصوصی افراد به درخواست شاکی خصوصی می‌گویند شاکی خصوصی دلیلی برای ورود به حریم خصوصی نمی‌شود مگر حاکم شرع برای حفظ شاکله جامعه، نقض حریم خصوصی را لازم بداند، که در این صورت، اشکال ندارد (پارسا، ۱۴۰۰، ص ۷۰). به رغم محذورات پیش‌گفته، می‌توان چنین استدلال کرد که وجود ضرورت‌های اجتماعی ایجاب می‌کند که در برخی موارد، از این جرائم تجسس شود، مثل فرضی که جرم سازمان‌یافته باشد. طبق قاعده تراحم، اگرچه حکم اولیه ممنوعیت تجسس است، ولی موارد مهمی که اهمیت آنها از حرمت تفتیش بالاتر است و با حکم تجسس تراحم پیدا می‌کند، حرمت تجسس همانند سایر موارد تراحم از فعلیت می‌افتد (خرازی، ۱۳۸۰، ص ۶۶). برای مثال، وقتی جرائم منافی

عفت به صورت سازمان یافته برای ایجاد فساد و برهم زدن امنیت اجتماعی باشد، دیگر صرف یک جرم منافی عفت نیست، بلکه مسئله امنیت اجتماعی است و اهمیت بالایی می‌یابد و بنابراین قاعده تزاخم، مقدم بر امور غیر اهم می‌شود.

وجود شاکی خصوصی هم ممکن است یکی از ضرورت‌ها باشد، زیرا اگر مقام قضایی به صرف ممنوعیت تجسس از این جرائم، از تجسس خودداری کند، این امر باعث تزلزل امنیت اجتماعی می‌شود، زیرا هر کسی می‌تواند با خیال آسوده مرتکب تعرض جنسی به دیگران شود و اگر مجنی علیه هم اقدام به شکایت کند، چون تجسس از این جرائم ممنوع است و معمولاً اقامه چهار شاهد ناممکن است، پس عملاً مجازاتی بر مجرم اعمال نمی‌شود و این برخلاف امنیت اجتماعی است.^۵ این معنا را ماده ۳۰۶ همین قانون نیز تأیید می‌کند. این ماده ابتدا می‌گوید در صورت نبود ادله اثبات قانونی بر وقوع جرائم منافی عفت و انکار متهم، هر گونه تحقیق و بازجویی جهت کشف امور پنهان و مستور از انظار، ممنوع است. ولی در ادامه، برای جلوگیری از سوءاستفاده متهمان از فقدان ادله شرعی در برخی جرائم خشونت‌بار، بیان می‌دارد که موارد احتمال ارتکاب به عنف، آزار، ربایش یا اغفال، از شمول این حکم مستثناست (خالقی، ۱۴۰۲، ص ۳۹۲).

اما این رویکرد نیز تأملاتی دارد و با کمی دقت، چه بسا معذوراتی که در قسمت‌های قبلی بیان شد، شامل این استدلال نیز برای جواز تجسس بشود، مثلاً همان روایت سعد که سابقاً بیان کردیم، مبنی بر لزوم اقامه چهار شاهد برای اثبات زنا، آیا مبنای ضرورت در مقابل این روایت قرار نمی‌گیرد؟ بنابراین روایت یادشده چهار شاهد لازم است، ولی مبنای ضرورت، نفی چهار شاهد می‌کند. اصلاً آیا استناد به ضرورت برای جواز تجسس و اثبات این جرائم، برخلاف نظام اثباتی اسلام در این جرائم یعنی اقرار و بیینه نیست، خصوصاً زمانی که این امر گسترش یابد و شکایت و تجسس، روشی معمول در اثبات این جرائم شود؟ آیا این امر عملاً

۵. قابل ذکر است با توجه به این‌که در ماده ۱۰۲ دو عنوان «به عنف بودن» و «دارای شاکی» برای جواز تجسس ذکر شده، بعید نیست مقصود از جرم دارای شاکی، جرم غیر به عنف باشد، زیرا اگر مقصود جرم به عنف باشد، تحت عنوان «به عنف بودن» قرار می‌گیرد و تجسس تحت این عنوان جایز است و ذکر عنوان «دارای شاکی» لغو است. پس اگر غرض از ذکر عنوان «دارای شاکی» جرمی باشد که به عنف نیست، مثل شکایت شوهر از زنا یا مطاوعی همسرش، در این صورت، تکلیف مقام قضایی به تجسس در این مورد به صرف شکایت و بدون بیینه و دلیل شرعی، بسیار مشکل است و جای تأمل دارد، زیرا علاوه بر حرمت شرعی تجسس، بحث قذف هم وجود دارد. البته ممکن است گفته شود عنوان عفت برای جایی است که عفت بودن محرز است، ولی در جایی که شاکی مدعی عفت است و عفت بودن اثبات نشده، پس ذیل وجود شاکی تجسس می‌شود تا واقع قضیه اعم از عفت یا غیر آن مشخص شود. بنابراین وجود شاکی الزاماً دلالتی بر عدم عفت ندارد و حتی چه بسا اکثر موارد شکایت، ناظر به عفت باشد. در هر صورت، این مطالب جای تأمل و تدبیر بیشتری دارد.

موجب تعطیلی نظام اثبات بر مبنای اقرار و بینه نمی‌شود؟ حال، اگر بحث موضوعیت اقرار و بینه در اثبات این جرائم مطرح شود (نک: شاهرودی، ۱۳۷۵؛ شاهرودی، ۱۳۷۶)، چه می‌توان گفت؟. ضمن این‌که اگر بحث ضرورت باشد، برای موارد خاص و ضروری است، اما آیا می‌توان به طور کلی، هر موردی را که شاکی دارد با استناد به وجود ضرورت، حکم به جواز تجسس کرد؟ آیا وجود شاکی همیشه مصداق وجود ضرورت تجسس است، آن‌هم به صورت رویه و روشی معمول در اثبات این جرائم؟

از طرفی، می‌توان سؤال کرد که مگر قوانین و احکام اسلامی، خصوصاً در بحث ما یعنی جرائم اخلاقی، تأمین‌کننده امنیت جامعه نیست که گفته شود اگر بنای بر اثبات چنین جرائمی بر مبنای ضوابط اسلامی مثل بینه باشد امنیت اجتماعی متزلزل می‌شود و برای متزلزل نشدن امنیت اجتماعی از چنین ضوابطی دست می‌کشیم، در حالی که احکام اسلامی با توجه به همین موارد تشریح شده است؟ آیا در تشریح احکام اثبات جرائم اخلاقی، چنین مواردی مدنظر قرار نگرفته که ما می‌خواهیم با در نظر گرفتن آن‌ها چنین رویکردی داشته باشیم یا احکام اسلامی دیگر کاربرد اجتماعی ندارد؟!، مگر این‌که اثبات شود چنین طریقی برخلاف احکام و سیره اسلامی نیست یا ممکن است ادعا شود که ضرورت‌های امروزی چنین رویکردی را اقتضا می‌کند که سابقاً چنین ضرورت‌هایی وجود نداشته است. در هر صورت، این مبنا و رویکرد نیز مانند مبنا و رویکرد قبلی جای تأمل و بحث دارد.

شایان ذکر است که از برخی فقها چنین استفتا شده که در صورت وجود شاکی خصوصی در مورد اعمال منافی عفت، آیا تجسس از آن جایز است؟ برخی قائل به جواز شده (پارسا، ۱۴۰۰، ص ۷۱) و برخی هم پاسخ داده‌اند که جایز نیست (پارسا، ۱۴۰۰، ص ۶۵) و از دید برخی نیز تجسس از عیوب مؤمنین جایز نیست، مگر در صورت تراحم با ضرورت منحصراً اهم (پارسا، ۱۴۰۰، ص ۷۲).

۳-۱. جمع‌بندی مطالب

از مجموع مطالب بیان شده برای هر دو مبنا، روشن شد که بحث جواز تجسس در جرائم منافی عفت به صرف شکایت شاکی، چه تأملاتی دارد و حتی ممکن است مبنا و استدلال‌های دیگری نیز قابل طرح باشد، همان‌گونه که ممکن است پاسخ‌هایی برای تأملات بیان شده قابل ذکر باشد، ولی هدف ما به مناسبت ماده ۱۰۲، صرفاً بیان برخی تأملات و ملاحظات به صورت اجمالی بود، نه تبیین کامل و پاسخ به آن‌ها. بنابراین ما از اظهارنظر در مورد موضوع خودداری می‌کنیم، زیرا

به نظر ما بحث مشکل است و نیاز به بررسی فقهی عمیقی دارد که بتوان حکم اسلام در مورد تجسس از این امور و طریقه اثبات جرائم منافی عفت را تبیین کرد. لذا با توجه به این که این موضوع، هدف اصلی بحث نبود و صرفاً نگاهی گذرا به آن داشتیم، بحث دقیق و مفصل و پاسخ به تأملات و ابهامات را به تحقیقی کامل واگذار می‌کنیم. به علاوه پیشنهاد می‌شود برخی منابع مرتبط مثل مقاله آیت الله شاهرودی (۱۳۷۵ و ۱۳۷۶) با عنوان «علم قاضی» مورد ملاحظه و تدبیر قرار گیرد.

در ادامه، به ماهیت شرط شکایت که بحث اصلی ماست می‌پردازیم.

۲. ماهیت اشتراط

وجود شاکی خصوصی یکی از مواردی است که ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری آن را از حکم ممنوعیت تجسس تخصیص می‌زند و حکم به جواز تجسس در آن می‌کند، ولی بیان قانون‌گذار در این مورد، ابهام دارد، زیرا معلوم نیست که وجود شاکی فقط در ابتدای رسیدگی لازم است یا این که تا پایان رسیدگی باید شاکی وجود داشته باشد. به عبارت دیگر، آیا شرط وجود شاکی شرط ابتدایی است یا شرط استمراری؟^۶

برخی (آقایی، ۱۴۰۲، ص ۶۰) می‌گویند اشتراط ابتدایی است و چنین استدلال می‌کنند که هرچند قانون‌گذار بدون شکایت شاکی، تعقیب این جرائم را ممکن ندانسته، ولی این به معنای قابل گذشت بودن این جرائم نیست و جرائمی غیر قابل گذشت اند که در ماده ۱۰۴ قانون مجازات اسلامی بیان نشده است. البته قائل این نظر در ادامه سخنش و در فرض رضایت شاکی و عدم کفایت دلیل برای توجه اتهام، قرار منع تعقیب به دلیل فقدان یا عدم کفایت دلیل بر وقوع جرم را دارای وجاهت قانونی می‌داند. برخی (عابدی، ۱۴۰۳، ص ۴۴) دیگر بدون بیان دلیل خود، می‌گویند اگر رضایت قبل از اثبات جرم باشد باید قرار موقوفی تعقیب و اگر بعد از اثبات باشد باید رأی مقتضی صادر شود.^۷

نباید با بیان‌های کلی و این چنینی، مثل غیر قابل گذشت بودن این جرائم، به این امر

۶. در مورد رویه قضایی در این مورد گفته شده که در صورت کافی نبودن ادله، و رضایت شاکی، عموماً صدور قرار منع تعقیب است (آقایی، ۱۴۰۲، ص ۶۰).

۷. قابل ذکر است که بحث ما راجع به اصل جواز ادامه تحقیق و تجسس در صورت رضایت شاکی است، ولی نسبت به نوع رأی یا قرار صادره ورود نمی‌شود، کمابین که نسبت به صورتی که جرم اثبات شده و سپس شاکی رضایت می‌دهد ورود نمی‌گردد.

پرداخت و باید با استناد به ادله معتبر اصولی و حقوقی، مطلب را تبیین کرد. باید توجه داشت که ریشه مشکل در اجمال ماده ۱۰۲ است که اجمالش از نوع اجمال در مخصص متصل بین اقل و اکثر است، زیرا ماده، یک حکم عام دارد که همان ممنوعیت تجسس در جرائم منافی عفت است و یک مخصص متصل دارد که همان شکایت شاکی است، ولی این مخصص مجمل است و معلوم نیست که مراد قانونگذار از شرط شکایت شاکی، شرط ابتدایی است یا شرط استمراری. باید با اسلوب مناسب به دنبال رفع این اجمال بود.

اجمال مخصص انواع مختلفی دارد، از قبیل اجمال مفهومی یا مصداقی، اجمال در اقل و اکثر یا در متباینین، مخصص متصل یا منفصل. در اصول فقه هر کدام از این موارد حکم خود را دارد و پرداختن به آن خارج از موضوع این پژوهش است، ولی به طور کلی، اجمال در ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری از نوع اجمال در مخصص متصل است، زیرا مخصص در ادامه کلام قانونگذار بیان شده است. از طرفی، اجمال در مفهوم است، زیرا مراد قانونگذار از قید «دارای شاکی» روشن نیست که فقط شامل شکایت استمراری می شود یا شکایت ابتدایی را نیز در بر دارد. از طرفی اجمال بین اقل و اکثر است، زیرا این قید قطعاً شامل شکایت استمراری (اقل) می شود، ولی در شمول آن به شکایت ابتدایی (اکثر) شک است. در نتیجه، اجمال از نوع مخصص متصل مفهومی بین اقل و اکثر است (اگرچه فرقی نمی کند بین اقل و اکثر باشد یا بین متباینین)، که طبق قواعد اصولی، اجمال مخصص در صورتی که از نوع مخصص متصل مفهومی باشد، به عمومیت عام سرایت می کند و نمی توان به عمومیت عام تمسک کرد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۲۲۰).

بنابراین، در بحث ما که شک داریم در موردی که در اثنای امر، شکایت منتفی شده، آیا می توان تجسس را ادامه داد یا خیر، نمی توان به عمومیت عام تمسک کرد و ممنوعیت تجسس را شامل این مورد دانست. از طرفی، قدر متیقن از مخصص، موردی است که شکایت استمرار دارد و طبق قواعد اصولی، مخصص مجمل قطعاً شامل این مورد می شود (سبحانی، ۱۴۲۴، ج ۲، ص ۵۰۵)، یعنی تجسس در موردی که شکایت استمرار دارد قطعاً جایز است. بنابراین، ماده در موردی که شکایت در ابتدای امر وجود دارد، ولی در اثنای امر منتفی می شود مجمل است. با توجه به این که اجمال از نوع متصل مفهومی است، نمی توان به عموم عام تمسک کرد و حکم به ممنوعیت تجسس در جرم دارای شاکی ابتدایی کرد. حال باید با تمسک به طرق

معتبر، این ابهام را برطرف نمود و مراد قانون‌گذار را روشن کرد که مراد اشتراط ابتدایی است یا اشتراط استمراری. در ادامه، به این امر پرداخته می‌شود.

۱-۲. اشتراط ابتدایی

برای اشتراط به شرط ابتدایی، دو دلیل عمده قابل استناد است: استصحاب جواز تجسس و اطلاق ماده. در ادامه، این دو دلیل را بررسی می‌کنیم.

۱-۱-۲. اصل استصحاب

ممکن است برای جواز تجسس بعد از منتفی شدن شکایت، به اصل استصحاب تمسک شود، چنان‌که نگارنده از برخی اساتید شفافاً این نکته را شنیده است، زیرا در ابتدای امر با شکایت شاکی، تجسس جایز می‌شود، ولی در اثنای امر به دلیل منتفی شدن شکایت، شک می‌شود که ادامه تجسس جایز است یا خیر، که طبق اصل استصحاب باید جواز تجسس استصحاب شود. به نظر می‌رسد این استصحاب از جهاتی اشکال دارد که در ذیل بیان می‌شود.

۱-۱-۲. تغییر موضوع

اولین اشکال که اشکالی اساسی است این است که موضوع استصحاب تغییر کرده و با تغییر موضوع، نمی‌توان حکم موضوع سابق را برای موضوع جدید استصحاب کرد، زیرا موضوع تجسس، دارای قیدی است که این قید دخیل در موضوع است. این قید وجود شاکی است. به عبارت دیگر، حکم تجسس بدون قید شاکی، عدم جواز و با قید شاکی، جواز است. در این حالت که قید دخیل در موضوع است، اگر قید زایل شود، طبق قواعد اصولی، استصحاب جایز نیست (انصاری، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۶۹۲)، یعنی نمی‌توان حکم جواز تجسس را استصحاب کرد، زیرا در این حالت که قید زایل شده، چون دخیل در موضوع است پس موضوع عوض شده و روشن است که برای استصحاب، باید موضوع واحد باشد و با تغییر موضوع، استصحاب صحیح نیست.

برای تمییز قیدی که دخیل در موضوع است با قیدی که دخیل در موضوع نیست، می‌توان از عقل، لسان دلیل و عرف استفاده کرد (انصاری، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۶۹۳). طبق هر کدام از این موارد، قید در مانحن‌فیه دخیل در موضوع است. اگر مبنا عقل باشد، عقل می‌گوید موضوع تجسس با قید شاکی، مجاز شده و اگر این قید نباشد، حکم به جواز نمی‌شود، پس عقلاً قید شاکی دخیل در موضوع تجسس است. اگر مبنا عرف باشد، ظهور عرفی ماده این است که جواز

تجسس به دلیل وجود شاکی است که اگر این قید نبود قطعاً حکم به جواز نمی شد. اگر مبنا لسان دلیل باشد، ماده می گوید تجسس ممنوع است مگر جرم دارای شاکی باشد که در این صورت، تجسس جایز است. روشن است که ماده حکم جواز را بر تجسسی بار کرده که دارای قید شاکی باشد، در نتیجه، طبق هر مبنا، قید شاکی دخیل در موضوع تجسس است و در اثنای امر که قید زایل می شود عملاً موضوع زایل شده و استصحاب در چنین حالتی صحیح نیست. هرچند موضوع که تجسس به درخواست شاکی است تغییر کرده و کلاً جایی برای استصحاب باقی نمی گذارد، ولی حتی اگر کسی آن را انکار کند و حکم جواز را استصحاب کند، این استصحاب از جهت شک در مقتضی، محل تأمل است، زیرا در مورد علت جواز تجسس در فرض وجود شاکی، یکی از مبانی احتمالی جواز، عنوان ضرورت بود. ضرورت و حکم ثانویه، موقت است و اقتضای دوام ندارد. تا زمانی که عنوان ضرورت وجود داشته باشد حکم آن هم ادامه دارد. در نتیجه، حکم ثانویه موقت که اقتضای دوام ندارد، وقتی شک در بقای حکم می شود در واقع، به شک در مقتضی بر می گردد که آیا مقتضی موجود است یا خیر. در مانحن فیه در اثنای تجسس، با فقدان شکایت شک می شود که مقتضی جواز تجسس باز هم وجود دارد یا خیر، که با شک در آن، استصحاب می شود که طبق نظر فحول از اصولیین، حجیت استصحاب فقط شامل شک در رافع می شود، ولی شامل شک در مقتضی نیست (انصاری، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۵۶۱؛ نائینی، ۱۳۵۲، ج ۲، ص ۴).

۲-۱-۲. تعارض عموم با استصحاب

نکته دیگر تعارض بین استصحاب با عموم نهی از تجسس است، زیرا استصحاب مقتضی جواز تجسس و عموم نهی تجسس، مقتضی عدم جواز است. در این حالت، آیا استصحاب می تواند بر عموم عام غلبه کند؟ برخی از فحول اصولیین در مورد تعارض بین استصحاب و عموم عام قائل به تفصیل اند (انصاری، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۶۸۰). از دید اینان، اگر در نهی، هر فردی از زمان، موضوع مستقلی برای حکم باشد، هر فردی از زمان، حکم مستقل خود را دارد. مثلاً وقتی گفته می شود «علما را اکرام کن» ولی در ادامه، اکرام زید در روز جمعه را تخصیص می زند، در این صورت، زید باید در بقیه روزها به غیر از جمعه اکرام شود، زیرا جمله مخصص که متضمن قید «یوم الجمعة» است قرینه ای است که عموم اکرام شامل همه روزها می شود و فقط روز جمعه از آن تخصیص

زده شده، پس نمی‌توان در روز شنبه حکم اکرام روز جمعه را استصحاب کرد.^۸ در مسئله محل بحث ما هم به نظر می‌رسد به همین شکل است، زیرا عموم نهی از تجسس در مورد تجسس دارای شاکی تخصیص خورده است و با توجه به قرینه قید «دارای شاکی» در جمله مخصوص می‌توان گفت عموم حکم نهی از تجسس شامل همه افراد در زمان‌های مختلف است و فقط مورد دارای شاکی استثناست. پس موردی که شاکی منتفی شده و ادامه تجسس از مصادیق بدون شاکی است هم یکی از افراد تجسس است که عموم نهی شامل آن می‌شود. در نتیجه در این حالت نمی‌توان استصحاب جاری کرد و حکم جواز سابق را برای ادامه تجسس که بدون شاکی است بار کرد.

۲-۱-۲. انصراف

انصراف یکی دیگر از ادله استنادی است. یکی از قضات در یکی از پرونده‌ها به همین انصراف استناد می‌کند و می‌گوید مقررات ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری از حیث عدم انجام هرگونه تحقیق و تعقیب ناظر به مواردی است که اصولاً شاکی خصوصی وجود ندارد و منصرف از موردی است که شاکی گذشت کرده است و در مانحن فیه شاکی وجود دارد و اعلام شکایت کرده است، اما در این مرحله گذشت نموده است (نک: سامانه ملی آرای قضایی، دادنامه شماره ۷۵۰۰۷۰۷۰۷۱۲۷۷۹۹۷۰۹۴). در این پرونده، با همین استدلال رسیدگی ادامه یافته و متهم محکوم شده است. در قسمت اشتراط استمراری، مفصلاً به این ادعای انصراف پرداخته خواهد شد.

۲-۱-۳. اطلاق

ممکن است کسی تمسک به اطلاق کند و بگوید شکایت شاکی اطلاق دارد و شامل انتفای شکایت در اثنای رسیدگی هم می‌شود. به عبارت دیگر، وقتی قانون‌گذار می‌گوید با شکایت شاکی تجسس جایز است، این کلام اطلاق دارد و هم شامل موردی می‌شود که شکایت تا پایان رسیدگی موجود است و هم شامل موردی می‌شود که شکایت در اثنای امر منتفی می‌شود. در نتیجه، طبق اطلاق کلام قانون‌گذار باید گفت ادامه تجسس در موردی که شکایت در اثنای امر منتفی می‌شود جایز است.

۸. «إن أخذ فيه عموم إلزاماً فردياً بأن أخذ كل زمان موضوعاً مستقلاً لحكم مستقل، لينحل العموم إلى أحكام متعدّدة بتعدّد الأزمان... لو قال «أكرم العلماء» ثم قال «لا تكرم زيدا يوم الجمعة»، إذا فرض الاستثناء قرينة على أخذ كل زمان فرداً مستقلاً، فحينئذ يعمل عند الشك بالعموم ولايجرى الاستصحاب بل لو لم يكن عموم وجب الرجوع إلى سائر الأصول لعدم قابلية المورد للاستصحاب».

به نظر می‌رسد چنین اطلاقی درست نیست، زیرا برای ظهور اطلاق، باید مقدمات حکمت تمام باشد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۲۴۷)، درحالی‌که مقدمات حکمت در مورد ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی تمام نیست. یکی از شروط تمسک به اطلاق، عدم وجود قرینه بر مقصود متکلم است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۲۴۷)، درحالی‌که قراین متعددی وجود دارد که مراد قانون‌گذار در ماده ۱۰۲، صرف وجود شکایت ابتدایی نیست، زیرا اولاً قانون‌گذار در ادامه ماده می‌گوید: «تعقیب و تحقیق فقط در محدوده شکایت»، که این قید، مانع از ظهور اطلاق است، زیرا وقتی شکایت منتفی است چگونه در محدوده آن می‌توان تحقیق کرد و شکایت سالبه به انتفاء موضوع است و با انتفاء موضوع، تحقیق در اطراف موضوع هم عملاً ممکن نیست. از طرفی، عبارت «تعقیب و تحقیق فقط در محدوده شکایت»، دلالت دارد که بنای قانون‌گذار، حتی با وجود شکایت، بر محدود کردن دایره تجسس و اکتفا به مقدار ضرورت است، درحالی‌که اگر از کلام او اطلاق‌گیری کنیم، باید به جواز تجسس در فرض عدم وجود شاکی قائل شویم و این بر مبنای وسعت دایره تجسس است که برخلاف مقصود قانون‌گذار است که می‌خواهد دایره تجسس محدود و حداقلی باشد. به عبارت دیگر، مراد قانون‌گذار تجسس حداقلی است، درحالی‌که اطلاق‌گیری از کلام او یعنی جواز تجسس حداکثری، که این برخلاف مقصود اوست. ثانیاً اطلاق برای کشف مراد متکلم است (لنکرانی، ۱۳۸۱، ج ۳، ص ۶۲)، درحالی‌که مراد متکلم در ماده ۱۰۲ روشن است، زیرا قانون‌گذار به تبعیت از فقه، حکم به ممنوعیت تجسس در این امور کرده است. از طرفی، برخی از موارد از جمله وجود شاکی را استثنا نموده و حکم به جواز تجسس کرده است؛ یعنی مراد متکلم (قانون‌گذار) ممنوعیت تجسس است، ولی به دلیل وجود شاکی، حکم به جواز کرده است. پس اگر شاکی کلاً درخواستی برای تجسس ندارد، یعنی خواست و مراد قانون‌گذار همان ممنوعیت تجسس است. در نتیجه با روشن بودن مراد متکلم جایی برای تمسک به اطلاق برای کشف مراد متکلم نیست.

به علاوه، برخی فحول اصولیین، یکی دیگر از شروط تمسک به اطلاق را عدم وجود قدر متیقن در مقام تخاطب می‌دانند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۲۴۷)، درحالی‌که در مانحن‌فیه قدر متیقن وجود دارد، زیرا اصل ماده ۱۰۲ در مقام بیان ممنوعیت تجسس و عدم ورود به این جرائم است، ولی به دلیل وجود شاکی، تخصیصی بر این ممنوعیت می‌زند و حکم به جواز تجسس می‌کند، در واقع، قدر متیقنی در اینجا وجود دارد که جواز تجسس حول آن می‌گردد و قطعاً

مقصود و مراد قانون‌گذار است و کسی شک در آن ندارد. این قدر متیقن، جواز تجسس در فرض وجود شاکی است و سخن قانون‌گذار هم ناظر به درخواست تجسس اوست که ممنوعیت تجسس را نقض و حکم به جواز تجسس حول درخواست او می‌کند. بنابراین در صورت شک در مراد قانون‌گذار، این قدر متیقن مانع از ظهور اطلاق کلام او می‌شود.

این موارد بخشی از اشکالاتی است که بر اطلاق ماده ۱۰۲ وارد است. اشکالات دیگری هم وجود دارد که از بیان آن صرف نظر می‌شود.

۲-۲. اشتراط استمراری

ملاحظه شد که چه اشکالاتی بر ادله استنادی برای اشتراط ابتدایی شکایت وارد بود. اما ادله‌ای هم دلالت بر اشتراط استمراری دارند که در ادامه، بررسی می‌شوند.

۲-۲-۱. رجوع به اصل ۱۶۷ قانون اساسی

طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی، یکی از موارد رجوع به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، در صورتی است که قانون اجمال داشته باشد، اصل ۱۶۷ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد». در مورد ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری که اجمال دارد، می‌توان با رجوع به فقه اسلامی این اجمال را رفع کرد. همان‌طور که بیان شد، از نظر فقهی، تجسس از جرائم منافی عفت جایز نیست، مگر در برخی موارد که تجسس جایز است. قانون‌گذار، تجسس به دلیل وجود شاکی را استثنائاً جایز می‌داند، در حالی که شکایت شاکی هم منتفی شده، پس ادامه تجسس جایز نیست، چرا که از نظر فقهی، تجسس جایز نیست و مبنا همان مبنا و رویکرد فقهی یعنی عدم تجسس، ورود و کشف این جرائم است.

۲-۲-۲. اصالة الظهور

در علم اصول، اصالة الظهور حجت است، زیرا کشف از مراد متکلم می‌کند (نائینی، ۱۳۵۲، ج ۱، ص ۴۸۷). بنابراین یکی از راه‌های کشف مراد قانون‌گذار ظهور الفاظی است که در مواد قانونی مورد استفاده قرار گرفته است. قانون‌گذار در متن ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی می‌گوید تحقیق و تجسس در صورتی جایز است که جرم «دارای شاکی باشد». این عبارت ظهور دارد در وجود

شاکی حین تجسس، درحالی که وقتی در اثنای امر، شکایت منتفی می‌شود، حقیقتاً شاکی وجود ندارد و جرم «بدون شاکی» است. تجسس «بدون شاکی» غیر از تجسس «دارای شاکی» است و ماده، تجسس دارای شاکی را جایز دانسته است. از طرفی، کلمه «باشد» در متن ماده، از نوع افعال زمان حال است که ظهور دارد در موردی که شاکی فی الحال وجود دارد. عرفاً این کلمه را در مورد شاکی که فی الحال وجود دارد استفاده می‌کند. در نتیجه، عبارت قانون‌گذار که می‌گوید «دارای شاکی باشد» ظهور دارد در موردی که شاکی فی الحال وجود دارد و این ظهور کاشف از مراد قانون‌گذار است.

۲-۳. سیاق ماده و تبصره آن

سیاق ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری و تبصره آن دلالت دارد که مراد قانون‌گذار شکایتی است که استمرار داشته باشد نه صرف شکایت ابتدایی، زیرا از عباراتی از قبیل «هرگونه تعقیب و تحقیق»، «پرسش از هیچ فردی» و «فقط در محدوده شکایت» استفاده می‌کند، که هر یک بر این نکته دلالت دارند که قانون‌گذار تأکید زیادی بر پوشاندن و عدم ورود مجریان قانون به این جرائم دارد. از طرفی، تبصره نیز همین معنا را تأیید می‌کند که می‌گوید اگر شاکی وجود نداشته باشد و متهم بدو قصد اقرار داشته باشد، قاضی او را توصیه به پوشاندن و عدم اقرار می‌کند. از سویی، عبارت «فقط در محدوده شکایت» دلالت دارد که شکایت نقش موضوعی دارد و اگر شکایت منتفی شود، محدوده شکایت هم بی معنا می‌شود، زیرا دیگر موضوعی ندارد و در واقع، شکایتی در کار نیست که در محدوده آن تحقیق شود. کما این که در نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه در این زمینه به همین قید «تحقیق فقط در محدوده شکایت» استناد می‌گردد و گفته می‌شود که در صورت منتفی شدن شکایت باید تحقیقات متوقف شود.^۹ در نتیجه، از سیاق ماده ۱۰۲ و تبصره آن می‌توان استفاده کرد که شرط شکایت، برای قانون‌گذار موضوعیت دارد و

۹. نظریه مشورتی شماره ۱۵۴۲/۹۵/۷-۹۵/۷/۳-۱۵۴۲/۹۵/۷ بیان می‌کند: «طبق ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، اصل بر ممنوعیت تعقیب و تحقیق در جرائم منافی عفت است، مگر در موارد استثنایی مذکور در این ماده. یکی از این موارد، شکایت شاکی است که تعقیب و تحقیق در جرم منافی عفت مجاز است. در چنین فرضی، بقاء شکایت نیز شرط ادامه تعقیب و تحقیق است. عبارت "تحقیق فقط در محدوده شکایت"..... انجام می‌شود، مذکور در ماده ۱۰۲ قانون فوق‌الذکر مشعر بر همین معناست، زیرا در چنین مواردی، حیثیت فردی و خانوادگی شاکی باید مورد نظر باشد و با افشای موارد ناشکافته نباید موجب هتک حیثیت خانوادگی شاکی و مفسده عمومی باشد. بنابراین در فرض سؤال با گذشت شاکی، ادامه تعقیب و تحقیق برای احراز و اثبات جرم، جایز نیست و دادگاه باید با همان دلایل و قراین موجود، رأی مقتضی را صادر نماید» (سامانه ملی آرای قضایی، ذیل نظریه مشورتی مذکور به شماره فوق).

در صورت فقدان شکایت در اثنای تحقیق، با مناط فقدان شکایت در ابتدای امر که ممنوعیت تجسس است مطابق است.

از مطالب پیش‌گفته روشن می‌شود که ادعای انصراف ماده ۱۰۲ به صورتی که اصولاً شاکی وجود ندارد، که قبلاً توسط یکی از قضات مطرح شده بود، قابل پذیرش نیست. علاوه بر سیاق و تبصره ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی، ماده ۳۰۶ این قانون نیز مقرر می‌دارد: «به جرائم منافی عفت به طور مستقیم در دادگاه صالح رسیدگی می‌شود». از توضیحات است که علت رسیدگی به طور مستقیم در دادگاه در راستای همان سیاست عدم افشای این امور است. همچنین ماده ۲۴۱ قانون مجازات اسلامی این معنا را تأیید می‌کند: «در صورت نبودن ادله اثبات قانونی بر وقوع جرائم منافی عفت و انکار متهم، هر گونه تحقیق و بازجویی جهت کشف امور پنهان و مستور از انظار ممنوع است...». از مجموع این مطالب روشن می‌شود که بنای قانون‌گذار بر عدم ورود در این موضوعات است، مگر برخی موارد خاص و ضروری.

۲-۲-۴. احکام دائرمدار اسما

در فقه گفته می‌شود که «الأحكام يدور مدار الأسماء». اگرچه در این مورد بحث بسیار است که مقصود چیست، ولی شیخ انصاری (ره) می‌گوید:

» معنای قول علما که می‌گویند احکام دائرمدار اسما است این است که احکام دائرمدار اسما موضوعات احکام است؛ موضوعاتی که معیار در وجود یا عدم وجود احکام است. بنابراین اگر شارع می‌گوید انگور حلال است، پس اگر ثابت شود که موضوع، مسمای این اسم است، حکم دائرمدار آن است و منتفی می‌شود با تبدیل شدن آن به کشمش. اما اگر از عرف یا غیر آن دانسته شود که موضوع، آن کلی موجود در انگور است که مشترک بین انگور و کشمش است، یا مشترک بین انگور و آب انگور است، حکم دائرمدار آن است^{۱۰} (انصاری، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۶۹۶).

۱۰. «أن معنى قولهم "الأحكام تدور مدار الأسماء"، أنها تدور مدار أسماء موضوعاتها التي هي المعيار في وجودها وعدمها. فإذا قال الشارع: العنب حلال فإن ثبت كون الموضوع هو مستوي هذا الاسم، دار الحكم مداره، فينتفي عند صيرورته زبيبا. أما إذا علم من العرف أو غيره أن الموضوع هو الكل الموجود في العنب المشترك بينه وبين الزبيب أو بينهما وبين العصير دار الحكم مداره أيضاً».

همچنین ایشان بعد از بحث در مورد این امر می‌گویند:

” پس در این هنگام معلوم می‌شود که مراد از قول علما که می‌گویند احکام دائرمدار اسما است این است که مقتضای ظاهر دلیل حکم، تبعیت کردن این حکم از اسم موضوعی است که حکم بر آن معلق شده در ظاهر دلیل“ (انصاری، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۶۹۶).

در نتیجه، به طور کلی می‌توان چنین گفت که حکم، معلق بر اسم و عنوان موضوع است و تا زمانی که اسم و عنوان موجود باشد حکم آن هم وجود دارد و اگر عنوان منتفی شود حکم هم منتفی می‌شود. در مانحن‌فیه نیز دو عنوان وجود دارد: یکی جرم بدون شاکی که تجسس در آن جایز نیست؛ یکی جرم دارای شاکی که تجسس جایز است. بنابراین وقتی عنوان، جرم دارای شاکی است، این عنوان تا زمانی که باقی است حکم آن هم باقی است، یعنی جرم تا زمانی که دارای شاکی است حکم آن جواز تجسس است، ولی وقتی در اثنای امر، شکایت منتفی می‌شود، یعنی عنوان انقلاب پیدا کرد به جرم بدون شاکی، حکمش نیز عوض می‌شود. در نتیجه، از این استدلال روشن می‌شود که ادامه تجسس در صورتی که شکایت منتفی شود، مصداق تجسس بدون شاکی است که جایز نیست.

۲-۵. تفسیر ماده به روش غایبی

در مواقع ابهام در مواد قانونی، برای رفع ابهام، از روش‌های مختلفی استفاده می‌شود که یکی از آن‌ها تفسیر غایبی است. درک مقصود قانون‌گذار اساس این روش را تشکیل می‌دهد (اردبیلی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۲۲۱). در واقع، در این روش، به دنبال کشف قصد قانون‌گذاریم که هدف او برای تقنین این ماده چه بوده است. همین امر بهترین راه برای فهم درست مواد قانونی است.

همان‌طور که بیان شد، غرض اصلی قانون‌گذار، به تبعیت از فقه، عدم اشاعه فحشا و عدم افشای امور منافی عفت است و این ماده برای این مهم تقنین شده است. اگرچه برخی امور باعث شده این حکم عام تخصیص زده شود، پس تا زمانی که مقتضای این تخصیص وجود داشته باشد، یعنی شاکی درخواست تجسس داشته باشد، طبق آن عمل می‌شود، ولی وقتی شکایت منتفی شود روشن است که خواست قانون‌گذار همان است که در ابتدای ماده

۱۱. «فحينئذ فيستقيم أن يراد من قولهم إن الأحكام تدور مدار الأسماء أن مقتضى ظاهر دليل الحكم تبعية ذلك الحكم لاسم الموضوع الذي علق عليه الحكم في ظاهر الدليل».

به صورت عام بیان کرده، یعنی ممنوعیت تجسس، زیرا هیچ دلیل و ضرورتی برای ادامه تجسس و نقض سیاست عدم ورود به این مسائل باقی نمی ماند.

نتیجه‌گیری

ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری، تحقیق و تجسس در جرائم منافی عفت را ممنوع می داند، ولی برخی موارد را استثنا می کند. یکی از موارد استثنا جرمی است که دارای شاکی خصوصی باشد. ولی بیان ماده اجمال دارد و معلوم نیست شرط وجود شاکی برای جواز تجسس، به صورت شرط ابتدایی است یا شرط استمراری. طبق آنچه در این تحقیق مستنداً و مستدلاً بیان شد، اولاً نسبت به تجسس به درخواست شاکی، تأملات و ملاحظاتی وجود داشت که به آن پرداختیم. ثانیاً به نظر می رسد شرط وجود شاکی در ماده ۱۰۲، اشتراط به نحو استمراری است، زیرا اولاً ادله ای بر این امر دلالت داشتند که مفصل بیان شد، مثل مبنای فقهی ماده ۱۰۲، اصالة الظهور و سیاق ماده. ثانیاً ادله ای مثل استصحاب و اطلاق ماده که بر اشتراط به شرط ابتدایی دلالت داشتند مورد مناقشه قرار گرفت.

بنابر این که اشتراط به نحو استمراری باشد، اگر در اثنای تحقیقات و قبل از اثبات جرم، شکایت شاکی منتفی شود، باید تحقیق و تجسس متوقف شود، زیرا ادامه تجسس با انتفاء شکایت، دلیل و توجیهی ندارد و مبنا همان عدم ورود و تجسس از این امور است که ماده ۱۰۲ بیان کرده است.

فهرست منابع

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. (۱۴۰۹ق). کفایة الأصول. قم: آل البيت(ع).
۲. ابن ادریس حلی، محمد. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳. اردبیلی، سید عبدالکریم موسوی. (۱۴۲۷ق). فقه الحدود والتعزیرات. قم: مؤسسه النشر لجامعة المفید(ره).
۴. اردبیلی، سید عبدالکریم موسوی. (۱۴۲۳ق)، فقه القضاء. قم: بی نا.
۵. اردبیلی، محمدعلی. (۱۴۰۱ش). حقوق جزای عمومی. تهران: نشر میزان.
۶. آقایی، مهدی. (۱۴۰۲ش). رسیدگی به جرائم منافی عفت. تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
۷. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۶ق). فرائد الأصول. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۸. بنی اسدی، عبدالکریم؛ انصاری، ولی الله. (۱۴۰۱ش). بزه دیدگان شاکی در جرائم منافی عفت. آموزه های حقوق کیفری، ۱۹(۲۳)، ۵۵-۸۸. <https://doi.org/10.30513/cld.2023.3805.1604>
۹. پارسا، حامد. (۱۴۰۰ش). حق تحقیق نیروی انتظامی در اعمال منافی عفت از دیدگاه فقه امامیه. تهران: پژوهشگاه قوه قضائیه.
۱۰. پارسا، حامد. (۱۳۹۵ش). حق تحقیق نیروی انتظامی در اعمال منافی عفت از منظر فقه امامیه. رسائل، ۷(۱)، ۳-۱۱، ۳۳.
۱۱. خالقی، علی. (۱۴۰۲ش). نکته ها در قانون آئین دادرسی کیفری. تهران: شهر دانش.
۱۲. خرازی، سید محسن. (۱۳۸۰ش). کاوشی در حکم فقهی تجسس. فقه اهل بیت(ع)، ۷(۲۶)، ۱۴۲-۵۲.
۱۳. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج. قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی(ره).
۱۴. سامانه ملی آرای قضایی. <https://ara.jri.ac.ir/>
۱۵. سبحانی، جعفر. (۱۴۲۴ق). إرشاد العقول إلى مباحث الأصول. قم: مؤسسه امام صادق(ع).
۱۶. شاهرودی، سید محمود. (۱۳۷۵). علم قاضی. فقه اهل بیت(ع)، ۲(۸)، ۱۵-۳۵.
۱۷. شاهرودی، سید محمود. (۱۳۷۶). علم قاضی (۲). فقه اهل بیت(ع)، ۳(۹)، ۵۵-۱۱۱.
۱۸. شعیب، محمد مهدی. (۱۳۹۵ش). تحلیل فقهی ماده ۱۰۲ آیین دادرسی کیفری با تأکید بر مفهوم و مصادیق شاکی خصوصی. رسائل، ۳(۸)، ۶۷-۸۸.
۱۹. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
۲۰. عابدی، احمد رضا. (۱۴۰۳ش). آیین دادرسی کیفری. تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
۲۱. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۲۰ق). تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیه. قم: مؤسسه امام صادق(ع).
۲۲. فخرالمحققین، محمد بن حسن حلی. (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: اسماعیلیان.
۲۳. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۲۴. گلپایگانی، سید محمد رضا. (۱۴۱۲ق). الدر المنضود فی أحكام الحدود. قم: دار القرآن الکریم.
۲۵. لنکرانی، محمد فاضل. (۱۳۸۱ش). اصول فقه شیعه. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار(ع).

۲۶. لنکرانی، محمد فاضل. (۱۴۲۰ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - القضاء والشهادات. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
۲۷. لنکرانی، محمد فاضل. (۱۴۲۲ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - الحدود. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
۲۸. محقق حلی، جعفر بن حسن حلی. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام. قم: اسماعیلیان.
۲۹. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق). استفتاءات جدید. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
۳۰. نائینی، محمد حسین. (۱۳۵۲ش). أجود التقريرات. قم: مطبعة العرفان.
۳۱. نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.



The Right to Translation in Iranian Criminal Law; Analyzing Challenges from Legislation to Enforcement

Heidar Piri¹

1. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities and Social Sciences, University of Kurdistan, Sanandaj, Iran. Emai: h.piri@uok.ac.ir

Article Info

Article type:

Original research

Received: 22 September 2024

Received in revised form: 22 September 2024

Accepted: 19 February 2025

Available online: 26 February 2025

Keywords

language, the right to translation, defendant, the right to a fair trial, criminal courts, criminal justice.



Abstract:

Judicial dialogue is conducted as the articulation of legal disputes in Iranian criminal proceedings in the official language (Persian). To uphold the judicial principle of audi alteram partem (hear the other side), when the accused speaks another language and does not understand the language of the proceedings, or has hearing or speech impairments, the dialogue must be reconstructed/recreated with the assistance of an interpreter. The primary question is how and through what mechanisms the right to translation are ensured and protected in Iran's criminal justice system. To what extent has judicial practice supported this procedural right? Ultimately, what are the practical obstacles and challenges of this right? A set of legal regulations and judicial practices has restricted the right to translation to oral communications for linguistic minorities with disabilities in criminal proceedings, neglecting written communications. This approach not only violates adversarial principle (the principle of equality of arms; contradiction principle) but by creating an informational gap, it marginalizes the defendant's right to an effective defense. Relying on the Islamic jurisprudential principle of elimination of hardship and harm and the rational maxim of the legal interpretation in favor of the accused, the author argues that the translation of such documents—when directly related to the charges—must be guaranteed as a matter of legal necessity, this is not a mere privilege, but an obligation of the judiciary and a decisive factor in ensuring the defendant's right to a truly fair trial. The presence of an interpreter safeguards the rights of the accused and ensures this effective participation in the trial, as well as the proper administration of justice. However, due to practical, procedural, legal, and judicial challenges, mere recognition of this necessity does not always result the linguistic justice.

Cite this article: Piri, H. (2024). The Right to Translation in Iranian Criminal Law; Analyzing Challenges from Legislation to Enforcement. *Criminal Law Doctrines*, 21(27), 83-114. <https://doi.org/10.30513/cld.2025.6402.2039>



© The Author(s). Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.



حق بر ترجمه در حقوق کیفری ایران؛ واکاوی چالش‌ها از تقنین تا اجرا

حیدر پیری^۱

۱. استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه کردستان، سنندج، ایران. رایانامه: h.piri@uok.ac.ir

چکیده

گفت‌و شنود قضایی به عنوان بیان مناقشه قضایی در دادرسی‌های کیفری ایران به زبان رسمی (فارسی) سازماندهی می‌شود. به منظور رعایت اصل قضایی استماع (audi alteram partem)، زمانی که متهم به زبان دیگری صحبت می‌کند و زبان دادرسی را درک نمی‌کند یا دارای اختلالات شنوایی یا گفتاری است، لازم است که گفت‌و شنود با کمک مترجم بازسازی شود. پرسش اصلی این است که حق بر ترجمه در نظام کیفری ایران به چه صورت و از طریق چه سازوکارهایی تضمین و حمایت می‌شود؟ رویه قضایی تا چه حدی از این حق شکلی حمایت نموده است؟ در نهایت، موانع و چالش‌های این حق در عمل کدام‌اند؟ مجموعه‌ای از مقررات حقوقی و رویه قضایی، حق ترجمه را به ارتباطات شفاهی اقلیت‌های ناتوان زبانی در دادرسی‌های کیفری محدود ساخته و از ارتباطات مکتوب غفلت ورزیده است. این نگاه نه تنها اصل تناظر را نقض می‌کند، بلکه با ایجاد شکاف اطلاعاتی، حق دفاع مؤثر متهم را به حاشیه می‌برد. نگارنده با اتکا به قاعده فقهی نفی عسر و حرج و اصل عقلانی تفسیر حقوقی به نفع متهم، بر این باور است که ترجمه چنین اسنادی در مواردی که مستقیماً به اتهام مرتبط‌اند، نه یک امتیاز بلکه تکلیف دستگاه قضایی و عاملی تعیین‌کننده برای برخورداری متهم از یک محاکمه واقعاً منصفانه است. حضور مترجم، حافظ حقوق شخص متهم و ضامن مشارکت مؤثر وی در محاکمه و حسن اجرای عدالت است، اما با وجود چالش‌های عملی - اجرایی و قانونی - قضایی، صرف این شناسایی همیشه منجر به عدالت زبانی نمی‌شود.

استناد: پیری، حیدر. (۱۴۰۳). حق بر ترجمه در حقوق کیفری ایران؛ واکاوی چالش‌ها از تقنین تا اجرا. *آموزه‌های حقوق کیفری*، ۲۱(۲۷)، ۸۳-۱۱۴.

<https://doi.org/10.30513/cld.2025.6402.2039>

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۷/۳۰

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۱۲/۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۲/۵

تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۳/۱۲/۸

کلیدواژه‌ها

زبان، حق بر ترجمه، متهم، حق دادرسی منصفانه، دادگاه‌های کیفری، عدالت کیفری.



مقدمه

به دلیل افزایش تحرک و مسافرت افراد به کشور، جنایات در انواع و اقسام مختلف ممکن است افزایش پیدا کند که مستلزم واکنش سریع نهاد قضایی کشور است. در این میان، افراد بیشتری با رسیدگی کیفری در محاکمی روبه‌رو می‌شوند که قادر به صحبت یا درک زبان مورد استفاده دادگاه‌ها یعنی فارسی نیستند. در نتیجه، جایگاه و موقعیت آن‌ها تضعیف می‌شود. عدالت طبیعی ایجاب می‌کند متهم از محتوا و ماهیت اتهامات آگاه شود. این امر تنها از طریق درک زبان دادگاه یا استفاده از خدمات ترجمه ممکن است. متهمی که پرونده‌ای به زبان فارسی علیه وی مطرح شده را درک نمی‌کند، فرصتی برای دفاع مناسب ندارد. از این رو، این اصل بنیادین عدالت کیفری است اگر متهم زبان و اصطلاحات مورد استفاده در دادرسی مربوط به جرم را درک نکند، حق دارد بدون پرداخت هزینه، از کمک مترجم بهره‌مند شود. این حق به اندازه الزام به اطلاع از اتهامات بسیار حیاتی و مهم تلقی می‌شود.

بر اساس اصل ۱۵ قانون اساسی، زبان رسمی تمامی دادرراها و دادگاه‌ها (اعم از بدوی، تجدیدنظر و دیوان عالی) در ایران فارسی است. تمام ارتباطات بین دادگاه‌ها از یک طرف، و وکلای طرفین دعوا از طرف دیگر، همیشه به زبان رسمی کشور صورت می‌گیرد. علاوه بر این، همه قوانین قابل اجرا به این زبان نوشته شده است. اما در عمل، در برخی استان‌ها بیشتر زبان‌های محلی برای امور شفاهی دادگاه‌ها استفاده می‌شود و متخصصان نیز تمایل به فعالیت به زبان محلی را نشان می‌دهند. علاوه بر این، از آن جاکه جمعیت بی‌سواد زیادی در کشور به ویژه در مناطق کردنشین وجود دارد، اغلب به خدمات مترجم نیاز است تا زبان را به شیوه‌ای شفاف برای شخص متهم تشریح نماید. این در حالی است که اکثر قضات، دادیاران و بازپرس‌های محاکم کیفری در استان‌هایی که زبان رایج مردم، زبانی غیر از زبان فارسی است غیربومی‌اند. برای نمونه، ۸۰ درصد از قضات استان کردستان غیربومی‌اند و هیچ‌آشنایی به لحاظ درک یا صحبت به زبان کردی، زبان محل خدمتشان ندارند. در این صورت، متهمان نه تنها نمی‌دانند دادگاه چگونه پیش می‌رود، بلکه همچنین قادر به طرح سؤال در محکمه و ارائه دفاعیه نیستند. این امر ضرورت برخورداری از حق بر ترجمه در دادرسی‌های امروزی را دوچندان می‌نماید.

متهم غیرفارسی‌زبان در یک دادرسی کیفری مشکلات فزاینده‌ای برای اجرای عدالت کیفری دارد. اقلیت‌هایی که زبان فارسی برای آن‌ها زبان اصلی نیست یا به گویش‌های غیرمعمول فارسی صحبت

می‌کنند درک زبان و ارتباط برای آن‌ها مشکل است، و بخش ناامیدکننده‌ای از مجرمان را تشکیل می‌دهند. در مناطقی که تحت سیطره قومیت‌های بزرگی‌اند که زبان فارسی زبان غالب آن‌ها نیست تخمین زده می‌شود که بین ۲۰ تا ۳۰ درصد از متهمان کیفری برای درک کامل دادرسی علیه خود، به کمک مترجم نیاز دارند. به طور خاص این حق زمانی نقش خود را در دادرسی عادلانه پیدا می‌کند که متهم از اتباع خارجه و مورد تعقیب قرار گرفته باشد یا ناشنوا باشد یا نتواند تکلم کند (لطیفی، ۱۳۹۹، ص ۹۳). عدم ارائه مترجم ممکن است حقوق قانونی متهم در دادرسی یا مواجهه با شهود را نقض کند و حتی چه بسا منجر به محکومیت فردی بی‌گناه شود (Evert, 2010, p. 26-28). اگر ما می‌خواهیم با متهم و بزهکار در فرایند کیفری به عنوان یک عامل، و نه موضوع، برخورد کنیم، لازمه این امر آن است که علت و نوع اتهام به متهم، به زبانی که قابل فهم باشد، تفهیم شود (رحیمی‌نژاد، ۱۳۸۷، ص ۲۱۳). بنابراین، مترجمان و مفسران نقش مهمی در حفاظت از دادرسی منصفانه ایفا می‌کنند.

علی‌رغم این‌که در قانون اساسی کشور صراحتاً مقرر نشده که اگر متهم زبان دادگاه را درک نکند، مترجم یا مفسر بایستی در دسترس وی قرار گیرد، اما قانون‌گذار ایرانی با پذیرش میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، حق بهره‌مندی متهم ناتوان زبانی، از مترجم را شناسایی نموده است. اما صرف پیش‌بینی اصول پیشرفته، تصویب و تدوین قوانین مترقی و منطبق با حقوق بشر و ایجاد سیستم کارآمد نمی‌تواند وافی مقصود باشد، بلکه باید به نقش مجریان عدالت نیز توجه نمود. بنابراین، زبان موضوعی مناسب برای بررسی در گفتمان عدالت کیفری داخلی است. تعهد به تضمین انصاف و عدالت در محاکمه در حقوق کیفری داخلی باید متضمن تعهد به پرداختن به مسئله زبان باشد. تضمین کارایی زبان در فرایند دادرسی کیفری خدمت تبادل صرف آرا نیست که محاکم ارائه می‌کنند، بلکه حق ذاتی همه مشارکت‌کنندگان در دادرسی اعم از اشخاص متهم یا محکوم، بزه‌دیدگان، شهود، همچنین وکلا و قضات به عنوان دوست دادگاه^۲ است. شکست در تضمین این حق، ناقض حق دادرسی منصفانه است و پیامد آن چیزی جز بی‌عدالتی نخواهد بود. زبان عنصری فراگیر و پویاست که تأثیرات قابل توجهی بر فرایند حقوقی دارد (Levi and Walker, 1990, p. 2). زبان در عدالت کیفری عمدتاً به عامل ارتباط در اجرای عدالت و درک قانون و فرایندهای حقوقی مرتبط است. زبان ابزاری برای شرکت در فرایند دادرسی و ابزاری ضروری برای اجرای عدالت است. در واقع، زبان پایه اصلی عدالت و وسیله‌ای است که از طریق آن حقوق متهم تأمین و اعمال می‌شود

2. Amici curiae

(Namakula, 2014, p.143). علی‌رغم این واقعیت که زبان و ترجمه یکی از عوامل اساسی در رعایت تشریفات قانونی دادرسی‌های کیفری است و همچنین عاملی تعیین‌کننده در ارزیابی مدت زمان و امکانات کافی برای تهیه دفاع است، اما این موضوع اغلب نادیده گرفته می‌شود. جای تعجب است که زبان بخشی از گفتمان قانونی در دادگاه‌های کیفری ایران نبوده است.

حق بر ترجمه در دادرسی کیفری نه تنها ضرورتی عملی، بلکه بازتابی از تعارض ساختاری میان تکثرزبانی جامعه ایران و یکسان‌سازی زبانی نظام حقوقی است. در حالی که اصل ۱۵ قانون اساسی^۳ تنوع زبانی را به رسمیت می‌شناسد،^۴ تمرکز انحصاری بر فارسی به عنوان زبان رسمی دادگاه‌ها، نوعی امپریالیسم زبانی را در نظام عدالت کیفری تقویت می‌کند. این تناقض، به‌ویژه در استان‌های مرزی با زبانی متفاوت از زبان رسمی، به شکاف حقوقی - اجتماعی تبدیل شده است. این وضعیت نه تنها حق دفاع متهمان را مخدوش می‌کند، بلکه مشروعیت نظام قضایی را در جوامع محلی به چالش می‌کشد.

درک موانع زبانی و اجتماعی - فرهنگی حتی برای کسانی که زبان و فرهنگ متفاوتی نسبت به نظام عدالت کیفری دارند، دشوارتر است (Kibbee, 1998, p.5). اجرای عدالت کیفری برای کسانی که به زبان فارسی در دادسراها و دادگاه‌های ایران تسلط ندارند، بیهوده، درک ناشدنی و حتی حصول ناپذیر است. چند فرهنگی، ارتباطات مدرن، و عبور فزاینده مجرمان، مواد ممنوعه و افراد از مرزهای بین‌المللی، با هم ترکیب می‌شوند تا فضایی ایجاد کنند که در آن، جرائم قابل ارتکاب باشند و ضروری است نظام‌های حقوقی به طیف فزاینده‌ای از زبان‌ها واکنش نشان دهند. در صورتی که هر یک از طرفین دخیل در دادرسی، تسلط کافی بر زبانی که دادرسی به آن انجام می‌شود نداشته باشند یا زبان دادرسی را درک نکنند، اقدامات خاصی لازم است. این امر مستلزم کمک مترجم و حق بر مترجم است. بنابراین، در این پژوهش پرسش اصلی این است که جایگاه حق بر ترجمه در سیستم کیفری ایران به چه صورت و از طریق چه سازوکارهایی تضمین و حمایت می‌شود؟ در رویه قضایی محاکم، تا چه میزان از این حق شکلی حمایت شده است؟ علاوه بر این، ساختار مواد ۲۰۰، ۲۰۱، ۳۶۷ و ۳۶۸ ق.آ.د.ک و ماده ۱۴ (۳) (و) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی به عنوان منابع این حق، سؤالات اجتناب‌ناپذیر زیر را در

۳. طبق اصل پانزدهم قانون اساسی، استفاده از زبان‌های محلی و قومی در مطبوعات و رسانه‌های گروهی و تدریس ادبیات آن‌ها در مدارس در کنار زبان فارسی آزاد است.

۴. تنوع زبانی یکی از ویژگی‌های متنوع و تکراری دادگاه‌های کیفری ایران است. قانون اساسی نیز تنوع زبان‌های مختلف را به رسمیت شناخته است (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۸، ص ۱۲).

مورد این‌که آیا و چگونه تضمین حق مترجم رایگان با عادلانه بودن محاکمه مرتبط است: آیا حق بر ترجمه صرفاً یک امتیاز شکلی است یا به مثابه حق بنیادین دادرسی منصفانه، قابلیت اثرگذاری بر ماهیت احکام قضایی را دارد؟ چه سازوکارهایی وجود دارد برای تعیین این‌که آیا مظنون یا متهم نیاز به ترجمه/تفسیر دارد و در این میان، چه عواملی در نظر گرفته می‌شود؟ چه مراجعی صلاحیت دارند که به ارزیابی آن در مراحل مختلف دادرسی کیفری بپردازند؟ چه چیزی بر انتخاب مترجم حاکم است، آیا راهنمای رسمی در این زمینه وجود دارد؟ اگر مظنون یا متهم، به تصمیم مربوط به انتخاب مترجم اعتراض کند، چه سازوکاری برای رسیدگی به اعتراض وجود دارد؟ چه مدارکی نیازمند ترجمه‌اند؟ آیا همه اسناد به‌طور کامل و به‌صورت کتبی ترجمه می‌شوند یا این‌که فقط به توضیحات شفاهی اسناد و یا ترجمه بخشی از اسناد باید مراجعه کرد؟ چه معیارهایی اعمال می‌شود؟ برای سنجش کیفیت ترجمه چه سیستمی وجود دارد؟ آیا سازوکاری برای طرح شکایت نسبت به کیفیت ترجمه هست؟ آیا سازمان (دولتی یا غیر آن) که مترجمان را معرفی نماید وجود دارد؟

با توجه به مطالب فوق، در پژوهش حاضر، نخست مبانی حق بر ترجمه بیان می‌گردد. در ادامه، منابع حق بر ترجمه در قوانین ملی و بین‌المللی شناسایی می‌شود. سپس نحوه تفسیر، اجرا یا انکار حق بر ترجمه در رویه قضایی بررسی می‌گردد. در نهایت، نگاهی موسع به موانع و چالش‌های حق بر ترجمه در دادرسی کیفری ایران خواهیم انداخت.

۱. مبانی حق بر ترجمه

دیدگاه‌های متفاوتی در خصوص مبنای قانونی حق بر ترجمه در نظام‌های حقوقی مختلف مطرح شده است. در اسناد بین‌المللی، حق بر ترجمه به‌عنوان بخشی از عدالت رویه‌ای (حق بر دادرسی عادلانه)، حفظ کرامت انسانی، برابری در مقابل قانون و حق دفاع تضمین شده است. اما در رویه محاکم داخلی و بین‌المللی، حق بر ترجمه اساساً ریشه در سه جنبه از حاکمیت قانون یعنی دسترسی به عدالت، عادلانه بودن دادرسی و اصل برابری دارد. برخی نیز مبنای فقهی تضمین حق بر داشتن مترجم را در اصل کلی «لاضرر» یا وجوب تدارک کامل اضرار و احترام و تضمین حق در فقه جست‌وجو می‌کنند (قائم‌خرق و دیگران، ۱۴۰۳).

اگر متهم نتواند زبان دادگاه را درک کند یا نتواند در دادرسی مشارکت کند، دسترسی به عدالت بی‌معنا خواهد بود. حامیان حاکمیت قانون، دسترسی به عدالت را یکی از مبانی حق بر ترجمه

برشمرده‌اند (Waldron, 2011, p.73; O'Donnell, 2004, p.32). بر این اساس، دسترسی به مترجم به شیوه‌ای دوگانه و دیالکتیکی با حاکمیت قانون مرتبط است: به عنوان حقی بشری و به عنوان بخشی از حق دسترسی به دادگاه و به طور کلی حق دسترسی به عدالت (Vogiatzis, 2022, p.5). بنابراین، اگر متهم، حتی اگر وکیلی به وی کمک نماید، اما نتواند زبان دادگاه را درک یا در دادرسی مشارکت نماید، امکان دسترسی مؤثر به عدالت و دادگاه وجود نخواهد داشت. در واقع، حق مترجم یکی دیگر از جنبه‌های عدالت و برابری سلاح‌ها در دادرسی‌های کیفری است (General Comment No.32, 2007, para.40).

مبنای بنیادین حق بر ترجمه، اصول دادرسی منصفانه و حقوق دفاعی متهم است، زیرا در سایه برخورداری از این حق است که شرایط برای تضمین سایر حقوق شکلی فراهم می‌شود. دادرسی منصفانه مستلزم درک کامل متهم از اتهامات، ادله، و روند رسیدگی است، به گونه‌ای که حق دفاع (شامل حق سکوت، اطلاع از اتهامات، و دسترسی به وکیل) تنها در صورت توانایی متهم در فهم زبان دادگاه محقق می‌شود. ناتوانی در درک زبان، استفاده آگاهانه از حقوق مذکور را ناممکن می‌سازد و ارتباط مؤثر با وکیل نیز بدون مساعدت مترجم، دست نیافتنی است. تفاسیر کمیته حقوق بشر (HRC، 1994, paras.3.3, 9.5) و رویه دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق (ICTY, 2003, p.3) نیز، حق بر ترجمه را بخشی ضروری از «آماده‌سازی دفاع» و تضمین مشارکت مؤثر متهم در دادرسی قلمداد کرده‌اند. فقدان ترجمه دقیق، متهم را در موقعیتی نابرابر قرار می‌دهد، حق دفاع را نقض می‌کند و به تبعیض یا محرومیت از ابزارهای احقاق حق می‌انجامد.

تفهم اتهامات به زبانی ساده و قابل فهم، دسترسی به مترجم برای افراد ناشنوا، فاقد توان تکلم یا ناآشنا با زبان دادگاه، و رعایت اصولی مانند حق مشارکت کامل و مؤثر در دادرسی، تساوی ابزار و امکانات و داشتن زمان و تسهیلات کافی برای آماده‌سازی دفاع، از پایه‌های دادرسی منصفانه است. بر همین اساس، حق برخورداری از مترجم یکی از حقوق دفاعی مورد تأکید در اسناد بین‌المللی و نظام حقوق داخلی کشورهاست (طهماسبی، ۱۴۰۲، ص ۱-۹۰). لذا اگر متهم قادر به سخن گفتن یا درک زبان فارسی نباشد یا این که ناشنوا بوده و یا قدرت تکلم نداشته باشد، نمی‌تواند به طور مؤثر از حقوق خود دفاع کند (دیپانژاد و شایسته، ۱۴۰۲، ص ۳۷۷). بر این اساس، کمیته حقوق بشر در تفسیر عمومی شماره ۱۳، فقدان حق بر ترجمه را مانعی جدی در مسیر دفاع مؤثر می‌داند (General Comment, No.13, 1994, para.13). به این ترتیب، می‌توان گفت که حق برخورداری از مترجم که به حق مساعدت زبانی^۵

5. Linguistic assistance

نیز تعبیر شده است (Delmas-Marty and Spencer, 2002, p.559)، خود به معنای تضمین اجرای مؤثر حق دفاع است. بنابراین، هنگامی می‌توان در فرایند دادرسی‌های کیفری از یک دادرسی عادلانه سخن به میان آورد که در رعایت و تضمین حق بر ترجمه در جریان رسیدگی شبهه‌ای وجود نداشته باشد. بر اساس اصل کرامت انسانی، همه انسان‌ها حق دارند به‌عنوان موجوداتی که از ارزش ذاتی برخوردارند، محترم شمرده شوند و حیثیت و کرامتشان دستخوش آسیب قرار نگیرد (Kant, 1993, p.41). حال، پرسش این است که چگونه می‌تواند این حیثیت و کرامت انسانی برای متهمان ناتوان زبانی رعایت گردد، در صورتی که آن‌ها از تضمین‌های حداقلی برخوردار از دادرسی عادلانه و دفاع از خود به زبانی که برای آن‌ها قابل فهم باشد، برخوردار نباشند؟ همان‌گونه که اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاقین فلسفه حقوق مندرج در این اسناد را کرامت دانسته‌اند، این مبنا حق برخوردار از خدمات مترجم را نیز در بر می‌گیرد. حق‌های بشری مندرج در میثاق از جمله حداقل تضمین‌های دادرسی منصفانه در ماده ۱۴ میثاق که در شمار حقوق اساسی و انتقال‌ناپذیر قرار دارند، بر کرامت انسانی مبتنی‌اند. در نتیجه، احترام به کرامت انسانی و حمایت از آن به‌عنوان مفهوم پایه و ارزش اصیل جامعه بین‌المللی مبتنی بر رعایت حقوق بشر، از مهم‌ترین استدلال‌های مدافعان حق بر ترجمه متهمان ناتوان زبانی است.

مبنای چهارم حق بر ترجمه، حمایت از مفهوم برابری در محضر دادگاه است. دادرسی منصفانه همچنین متضمن اصل برابری سلاح‌هاست و اصل مزبور به آن معناست که همه اصحاب دعوی (متهم و مقام تعقیب) در فرایند کیفری از حقوق متعادل و متوازن برخوردار باشند. لازمه تحقق اصل تساوی سلاح‌ها این است که متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی نیز در صورتی که انجام تحقیقات به زبانی است که برای وی قابل فهم نباشد، از مساعدت یک مترجم برخوردار گردد (پیری، ۱۴۰۲، ص ۱۰۹). بنابراین، مفهوم برابری در محضر دادگاه به برابری زبانی متهم در برابر دادستان و مقام تعقیب نیز تسری پیدا می‌کند. دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق مبنای حق بر ترجمه را «اصل برابری در محضر دادگاه» (ICTY, 1996, para. 1) شناسایی می‌کند. جهت تحقق برابری سلاح‌ها میان متهم و نهاد تعقیب، برخی تضمین‌های ضروری، از جمله برخوردار از خدمات مترجم لازم است. متهم ناتوان زبانی بدون کمک مترجم رایگان قادر نیست در یک موقعیت مشابه با نهاد تعقیب قرار گیرد و عملاً در وضعیت برابر در محضر دادگاه قرار نمی‌گیرد. کمیته حقوق بشر، برابری در محضر دادگاه را به‌گونه‌ای تفسیر نموده است که برابری زبانی متهم در مقابل هر متهم دیگری در دادگاه با اتهامات مشابه تضمین شود

(General Comment, No.13, 1994, para.13). دیوان اروپایی حقوق بشر نیز به زبان مشابهی، هدف از این حق را کاهش آسیب (از جانب متهم آگاه به زبان دادگاه) به متهمی می‌داند که زبان دادگاه را درک نمی‌کند (ECtHR, 1978, p.42).

علاوه بر این، پیشگیری از اشتباهات قضایی و تضمین بی‌طرفی دادرسی از مهم‌ترین مبانی و ضرورت‌های عملی حق بر ترجمه است. ترجمه نادرست یا ناقص می‌تواند به سوءتفاهم در شهادت‌ها، اسناد یا اظهارات متهم منجر شده و حقوق او را نقض کند. همچنین سیستم قضایی موظف است با رفع موانع زبانی، بی‌طرفی اش را حفظ کند. بنابراین، مبنای حق مترجم، ترکیبی از تعهدات بین‌المللی، اصول عدالت رویه‌ای، و ضرورت‌های عملی برای تضمین دادرسی عادلانه است. نقض این حق نه تنها به بی‌اعتباری فرایند قضایی می‌انجامد، بلکه ناقض کرامت انسانی و حق دفاع مؤثر است. در نهایت، می‌توان اظهار داشت که اعتقاد به نوعی پلورالیسم حقوقی و ایجاد خاستگاه‌ها و مبناهای گوناگون برای حق بر ترجمه وجود دارد. این پلورالیسم حقوقی، آزان‌جاکه در راستای گره‌گشایی و رفع معضلات حقوقی و تأمین حقوق اقلیت‌های زبانی بوده و در عین حال، انسجام و نظم حقوقی را برهم نمی‌زند، مطلوب و قابل قبول بوده و نوعی حکمرانی خوب را بازتاب می‌دهد.

۲. منابع حق بر ترجمه

در این بخش ابتدا مستندات و منابع حق بر ترجمه در نظام کیفری ایران بیان می‌شود. در ادامه، منابع فراملی این حق در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و سایر اسناد بین‌المللی (به‌طور خاص کنوانسیون ۱۹۸۹ حقوق کودک و کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیت ۲۰۰۶) تشریح می‌گردد. در نهایت، به تحلیل اجزای اساسی منابع حق بر ترجمه پرداخته می‌شود.

۱-۲. منابع ملی

۱-۱-۲. پیشینه قانون‌گذاری حق بر ترجمه؛ از قانون اصول محاکمات جزایی مصوب ۱۲۹۰ و قانون آیین

دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸

نخستین قانون آیین دادرسی کیفری تحت عنوان اصول محاکمات جزایی در سال ۱۲۹۰ و در ماده ۵۰۶ ماده تصویب گردید. مواد ۳۹۷ تا ۳۹۹ این قانون به حق بر ترجمه می‌پردازد. ماده ۳۹۷ مقرر داشت: «در صورتی که مدعی خصوصی یا متهم یا یکی از مطلعین زبان فارسی ندانند باید یک نفر که بالغ

و رشید و محل اطمینان باشد مترجم برای او معین شود که در محکمه مطالب او را طابق النعل بالنعل ترجمه کند و آن مترجم قبل از شروع به ترجمه باید متعهد شود که تغییری در مطالب و اظهارات متهم یا مطلعین ندهد».

چنین حقی در ماده ۳۹۹ برای مدعی خصوصی، متهم یا مطلع گنگ و کرنیز پیش‌بینی شده است، که بر اساس آن، در صورتی که مدعی خصوصی یا متهم یا مطلع گنگ و کر باشند و کتابت نیز نتوانند، اشخاصی که از اشارات آن‌ها استفاده مطالب می‌کنند، به تعیین رئیس محکمه، مترجم آنان واقع می‌شوند، و هر گاه کتابت می‌توانند، باید منشی محکمه سؤالات محکمه را در صفحه نوشته، به آنان ارائه دهد و جواب کتبی از آنان بخواهد. در نهایت، ماده ۳۹۸ به رد مترجم پرداخته است. مدعی العمومی و خصوصی و متهم می‌توانند مترجم را به ترجمانی نپذیرند، ولی باید دلایل عدم قبول را در محکمه اظهار دارند تا محکمه به عدم قبول مترجم قرار بدهد و آن مترجم باید از غیر هیئت حاکمه و مطلعین انتخاب شود، ولو این‌که مدعی العمومی و متهم در باب انتخاب او تراضی کرده باشند. پس از انقلاب، قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور کیفری) در سال ۱۳۷۸ به تصویب رسید. ماده ۲۰۲ قانون فوق مقرر داشت:

«در صورتی که شاکی و مدعی خصوصی یا متهم فارسی نداند، دادگاه دو نفر را برای ترجمه تعیین می‌کند. مترجم باید مورد وثوق دادگاه باشد و متعهد شود که همه اظهارات را به طور صحیح و بدون تغییر ترجمه نماید». در ماده ۲۰۳ به رد مترجم توسط متهم و مدعی خصوصی پرداخته است که همان جهات عدم پذیرش شاهد است. ماده ۲۰۴ نیز به تحقیق دادگاه از مدعی خصوصی، متهم یا مطلعین کر یا لال به وسیله اشخاص خبره پرداخته است.

همچنین در ماده ۲۷۶ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ پیش‌بینی شده اگر خواننده به علت لکنت زبان یا لال بودن در قبال ادعای خواهان سکوت کند، قاضی دادگاه رأساً یا به وسیله مترجم یا متخصص امر، مراد وی را کشف می‌کند. در نهایت، بر اساس ماده ۲۰۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در مواردی که اشاره مفهوم نباشد یا قاضی به زبان شخصی که سوگند یاد می‌کند، آشنا نباشد و یا اداکننده سوگند قادر به تکلم نباشد، دادگاه به وسیله مترجم یا متخصص امر، مراد وی را کشف می‌کند.

۲-۱-۲. حق بر ترجمه در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲

قواعد فوق باید همراه با ماده ۲۰۰ ق.آ.د.ک خوانده شود که بر اساس آن:

«بازپرس برای شاکی، مدعی خصوصی، متهم، شاهد و مطلعی که قادر به سخن گفتن به زبان فارسی نیست، مترجم مورد وثوق از بین مترجمان رسمی تعیین می‌کند...».

بر این اساس، زمانی که فردی متهم به یک جرم کیفری شود حق دارد با زبانی که درک می‌نماید در خصوص موضع اتهام و دلایل آن مطلع شود. از متن این ماده تفسیر می‌شود در مواردی که زبان افراد ذکر شده در ماده ۲۰۰، زبان سایر قومیت‌ها در ایران و یا خارج از ایران باشد، رعایت مقررات این ماده باید رعایت گردد. در همین راستا، قانون آیین دادرسی کیفری، دادگاه را موظف می‌کند هر کس متهم به ارتکاب جرمی شود و قادر به درک زبان فارسی نباشد، از نوع و علل اتهامی که به او نسبت داده شده است، به زبانی که می‌فهمد به تفصیل مطلع شود. بر این اساس، ماده ۳۶۷ ق.آ.د.ک یکی از حقوق دفاعی مظنون و متهم را برخورداری از مترجم دانسته است و قاعده مشابهی در حین رسیدگی در دادگاه مقرر نموده است که بر اساس آن:

«دادگاه برای شاکی، مدعی خصوصی، متهم و شاهدی که قادر به سخن گفتن به زبان فارسی نیست، مترجم مورد وثوق از بین مترجمان رسمی، و در صورت عدم دسترسی به او، مترجم مورد وثوق دیگری تعیین می‌کند.».

بنابراین، عدم رعایت این شرط، ممکن است کل دادرسی شخص متهم را باطل کند. در نتیجه، حق برخورداری از مترجم در تمام مراحل دادرسی (تحقیقات نزد ضابطان و محاکمه در دادگاه) ضروری است. حق برخورداری از مترجم در مرحله تحقیقات مقدماتی و در فرایند دادرسی برای افراد دارای اختلالات یا ناتوانی شنوایی نیز به رسمیت شناخته شده است. از آن جا که متهم ناشنوا قادر به درک گفت‌وگوها و مکالمات نیست و همچنین اگر فاقد توانایی تکلم باشد، نمی‌تواند منظور و بیانات خود را به مقام قضایی منتقل کند، این افراد در وضعیتی مشابه کسانی قرار می‌گیرند که زبان مقام قضایی را نمی‌فهمند. بر این اساس، ماده ۲۰۱ قانون آیین دادرسی کیفری مقررهای مشابه ماده ۲۰۰ برای این افراد در نظر گرفته است. طبق این ماده:

«بازپرس برای شاکی، مدعی خصوصی، متهم، شاهد و مطلعی که ناشنواست یا قدرت تکلم ندارد، فرد مورد وثوقی که توانایی بیان مقصود را از طریق اشاره یا وسایل فنی دیگر دارد، به عنوان مترجم انتخاب می‌کند...».

همچنین، مقررهای مشابه در ماده ۳۶۸ برای رسیدگی در دادگاه پیش‌بینی شده است که بر اساس آن:

«دادگاه برای شاکی، مدعی خصوصی، متهم و شاهدی که ناشنواست یا قدرت تکلم ندارد، فرد

مورد وثوقی که توانایی بیان مقصود او را از طریق اشاره یا وسایل فنی دیگر دارد، به عنوان مترجم انتخاب می‌کند».

این مقرر از ماده ۳۹۹ قانون اصول محاکمات جزایی مصوب ۱۲۹۰ و ماده ۲۰۴ ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۷۸ الهام گرفته است. بنابراین، چنانچه متهم یا شهود فارسی ندانند یا کر یا لال باشند، به کارگیری مترجم و اهل خبره از سوی دادگاه الزامی است و حتی اگر مرجع قضایی بتواند معنای اظهارات آن‌ها را بفهمد، باز باید از مترجم و اهل خبره استفاده کند. هر چند اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی شماره ۷/۶۲۸۹-۱۳۶۹/۱۷۱۴ چنین عقیده‌ای ندارد.

۲-۲. منابع فراملی

۱-۲-۲. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

حق بر مترجم در اسناد حقوق بشری نیز مورد تصریح واقع شده است. بر اساس ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، هر کس حق دارد از دادرسی عادلانه و علنی توسط دادگاه صالح، مستقل و بی‌طرف تشکیل شده توسط قانون برخوردار باشد. تضمین عادلانه بودن این حق بدون شناسایی حق متهم بر ترجمه در صورتی که قادر به درک زبان دادگاه نباشد، امکان‌پذیر نیست. بنابراین، در شق اول بند ۳ ماده ۱۴ میثاق مقرر شده است هر کس در مظان اتهام به ارتکاب جرم قرار گیرد، حق دارد در کوتاه‌ترین زمان ممکن به زبانی که با آن آشناست به تفصیل از ماهیت اتهامی که بر وی وارد آمده آگاه شود. در ادامه، مطابق شق ششم مقرر فوق، متهمی که زبان مورد استفاده دادگاه برای او قابل فهم نیست یا قادر به تکلم به آن زبان نیست، حق دارد از کمک رایگان یک مترجم برخوردار باشد (ICCPR, 1966: Article 14(3)). میثاق اشاره‌ای به حق مزبور در مرحله تحقیقات مقدماتی و بازجویی ننموده است، اما از قسمت اول بند ۳ ماده ۱۴ استنباط می‌شود که حق برخورداری از مساعدت مترجم محدود به مرحله رسیدگی در دادگاه نمی‌باشد، بلکه در مرحله تحقیقات مقدماتی نیز اعمال می‌گردد (Dijk & Van Hoof, 1998, p.478). از آن جا که ایران به میثاق پیوسته است، مقررات مندرج در آن بر اساس ماده ۹ قانون مدنی در حکم قانون عادی قلمداد می‌شود و برای تمام دادرسی‌ها و دادگاه‌های کیفری لازم‌الاجراست.

موضوع اصلی مطرح شده در ماده ۱۴(۳) میثاق این است که چه تعبیری باید از عبارت «مورد استفاده دادگاه»^۶ داشت؟ در حالی که به وضوح می‌توان گفت که این عبارت به دادرسی شفاهی اشاره

6. used in court

دارد، اما حق بر ترجمه اسناد کتبی به صراحت پیش‌بینی نشده است. با این حال، هم در نوشته‌های علمی و هم در عملکرد نهادهای حقوق بشری، این دیدگاه به‌طور پیوسته پذیرفته شده است که حق بر مترجم شامل ترجمه همه اسناد مربوطه می‌شود. همچنین ممکن است مظنون یا متهمی که توسط پلیس یا قاضی تحقیق در مرحله مقدماتی بازجویی می‌شود، حق بر مترجم را مطالبه کند. این حق به‌طور یکسان نسبت به بیگانگان و اتباع قابل اعمال است، اما نمی‌تواند توسط شخصی که به اندازه کافی به زبان دادگاه تسلط دارد، مطالبه شود. در صورت اعطا، حق کمک مترجم رایگان است و به هیچ وجه نمی‌توان آن را با درخواست وجه از متهم در صورت محکومیت محدود کرد (Pejic & Lesnie, 2000, p.9).

حق مورد اشاره در تمام مراحل دادرسی یعنی مرحله تحقیقات مقدماتی، دادرسی و صدور حکم و مرحله تجدیدنظر و با هر نتیجه‌ای که از این دادرسی‌ها حاصل شود، برای متهم قابل اجراست (صابر، ۱۳۸۸، ص ۱۶۶). حتی اگر رسیدگی غیابی صورت گیرد و در طی این محاکمه غیابی، شخص، متهم و در نهایت محکوم شود، باز این حق برخورداری از خدمات رایگان مترجم را باید برای او در نظر گرفت. باید توجه داشت که تضمین مورد بحث فقط به ترجمه مذاکرات و پرسش و پاسخ‌های شفاهی در دادگاه مربوط نمی‌شود، بلکه ترجمه همه اسناد، مدارک و اظهارات مربوط به محاکمه و مؤثر در دفاع را نیز در بر می‌گیرد. اقتضای محاکمه منصفانه چنین است.

۲-۲-۲. سایر اسناد بین‌المللی

هرچند در اعلامیه جهانی حقوق بشر به‌ویژه مواد ۱۰ و ۱۱ به صراحت از «حق بر ترجمه» نام برده نشده است، اما تفسیر اصول مندرج در اعلامیه نشان می‌دهد که دسترسی به مترجم برای درک اتهامات و مشارکت در دفاع، شرط ضروری تحقق تضمین‌های لازم برای دفاع است. اما کنوانسیون حقوق کودک که ایران با حق شرط به آن پیوسته است و مطابق ماده ۹ قانون مدنی در حکم قانون عادی و لازم‌الاجرا قلمداد می‌شود، با توجه به آسیب‌پذیری خاص کودکان در فرایندهای قضایی، حق بر ترجمه را به‌طور ویژه تضمین می‌نماید. ماده ۴۰ (۲) کنوانسیون حقوق کودک مقرر می‌دارد:

«کودک متهم ... حق دارد از کمک رایگان مترجم بهره‌مند شود، اگر کودک زبان مورد استفاده در دادگاه را نفهمد یا نتواند از آن استفاده نماید» (CRC, 1989, Art.40).

بر اساس ماده ۱۲، کودک باید حق ابراز نظر خود را در هر دعوی قضایی یا اداری مربوط به خود داشته باشد (CRC, 1989, Art.12). این نظر باید مطابق سن و بلوغ کودک، مورد توجه قرار گیرد. کمیته

حقوق کودک در تفسیر عمومی شماره ۲۴ در سال ۲۰۱۹، حق بر ترجمه را نه تنها در مرحله دادرسی بلکه در تمام مراحل فرایند قضایی از جمله بازرجویی و تحقیقات مقدماتی ضروری می‌داند. کمیته همچنین تأکید می‌کند که ترجمه باید متناسب با سن و سطح درک کودک باشد تا مشارکت مؤثر او در دفاع تضمین شود (CRC, No.24, 2019).

از دیگر اسناد بین‌المللی حقوق بشر که ایران به آن‌ها ملحق شده است کنوانسیون بین‌المللی رفع هر گونه تبعیض نژادی ۱۹۶۵ و کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیت ۲۰۰۶ است. هرچند کنوانسیون نخست مستقیماً به حق بر ترجمه اشاره نکرد، اما اصول کلی آن در زمینه ممنوعیت تبعیض نژادی (ماده ۶) و تضمین دسترسی برابر به عدالت (ماده ۵) می‌تواند به موضوع حق بر ترجمه برای اقلیت‌های زبانی یا نژادی مرتبط باشد. بنابراین، همان‌گونه که کمیته رفع تبعیض نژادی در نظر عمومی شماره ۳۱ اعلام می‌دارد محرومیت افراد از دسترسی به ترجمه به ویژه برای اقلیت‌های زبانی یا نژادی می‌تواند مصداق تبعیض غیرمستقیم و نقض مواد ۵ و ۶ کنوانسیون تلقی شود (CERD, No.31, 2005). کنوانسیون دوم، مقرراتی را برای رفع موانع زبانی و ارتباطی برای افراد دارای معلولیت وضع نموده است. مواد ۹، ۱۳ و ۲۱ کنوانسیون نه تنها حق دسترسی به مترجم زبان اشاره و سازگارسازی‌های ارتباطی را مقرر می‌نماید، بلکه همچنین ترجمه اسناد قضایی به فرمت‌های قابل درک (مانند بریل، فایل‌های صوتی، متن ساده شده) برای نابینایان یا افراد دارای معلولیت ذهنی را شناسایی نموده‌اند. کمیته حقوق افراد دارای معلولیت در تفسیر عمومی شماره ۶ نیز، عدم ارائه خدمات فوق‌راندسترس به عدالت قلمداد نموده و تصریح نموده که اسناد قضایی باید به زبان یا قالبی ارائه شود که فرد دارای معلولیت بتواند آن‌ها را درک نماید (CRPD, No.6, 2018).

این‌ها اجزای اساسی اجرای عدالت در نظام کیفری ایران برای متهمانی هستند که قادر به درک زبان کاری دادگاه‌ها نیستند. در این راستا، برای این‌که محاکمه عادلانه و حکم مطابق و سازگار با آیین دادرسی و تشریفات قانونی باشد که در قاعده عدالت طبیعی (توزیع حق طبیعی و یکسان به عامه بشر) بیان شده است، سیاست دوگانه عدالت طبیعی بایستی حاکم باشد. بنابراین، در حالی که ماده ۱۴(۳)(الف) میثاق و مواد ۴۶ و ۱۹۵ ق.آ.د.ک به حقوق پیش از تعقیب مبنی بر اطلاع از جرمی که ادعا می‌شود ارتکاب یافته است می‌پردازد، اما ماده ۱۴(۳)(و) میثاق و مواد ۲۰ و ۳۶۷ ق.آ.د.ک به حق شخص متهم برای اطلاع از جرم در زمان تعقیب به زبانی که او می‌فهمد مربوط می‌شود. در حالی که اولی به ارتباط کتبی می‌پردازد، دومین مقررره تا حدود زیادی به ارتباط شفاهی و کلامی می‌پردازد.

نکته آخر این که ضرورت استفاده از مترجم اختصاص به افراد متهم خارجی یا زبان‌های خارجی بیگانه ندارد. با عنایت به تکثر لهجه و یا زبان‌ها در کشورمان، رعایت مقررات مزبور در هر مورد که مقامات قضایی یا انتظامی، زبان متهم را متوجه نشوند جاری است. لذا اگر قاضی فارسی زبان در مناطق کردنشین با افرادی مواجه شود که توان تکلم به زبان فارسی را نداشته باشند، مقررات مزبور جاری است. همچنین زمانی که متهم از اقلیت‌هایی باشد که به زبان رسمی کشور آشنایی ندارد، باید برای او مترجم انتخاب شود.

۳. حق بر ترجمه در رویه قضایی

صرف بیان حقوق زبانی به عنوان یکی از اجزای حق دادرسی عادلانه در قوانین و مقررات کشور بدون اجرای صحیح و عملی آن، کفایت نمی‌کند. زمانی می‌توان ادعا نمود که حق دادرسی عادلانه تضمین شده است که در قوانین داخلی، اصول مختلف دادرسی عادلانه از جمله حق دفاع متهم، حق بر خدمات حقوقی و مترجم رایگان مورد شناسایی قرار داده و اجرای آن را تضمین کنند. همچنین رعایت اصول دادرسی عادلانه مستلزم این است که بازجویی و فرایند دادرسی پرونده‌های موجود با رعایت حقوق متهم و بزه‌دیده صورت گیرد. کنترل و نظارت بر اقدامات دادرسی‌زمینه را برای اجرای واقعی و مؤثر فراهم خواهد آورد و سبب تقویت باور برابر همگان در مقابل قانون خواهد شد.

چهارچوب قانونی حمایت از حقوق دادرسی عادلانه، ساختاری امیدوارکننده برای احقاق حقوق زبانی در دادرسی‌های حقوقی فراهم کرده است. این امر نشان‌دهنده تعهد به انجام وظیفه تضمین‌های حداقلی دادرسی عادلانه است. تقاضا برای خدمات ترجمه در فرایند حقوقی به‌طور سالانه در حال افزایش است. این امور دیرزمانی در ایران صرفاً آرزوهای ارزشمندی بودند.

۱-۳. آرا و نظرات محاکم داخلی

هرچند قوانین داخلی به حق متهم بر استفاده از مترجم رایگان اذعان دارند، متأسفانه در عمل، رویه قضایی چندان هماهنگ با این اصول دیده نمی‌شود. در برخی احکام صادره، دیوان عالی کشور به این موضوع اشاره کرده است. به عنوان مثال، در حکم شماره ۵۹۵ مورخ ۱۳۲۸/۴/۶ و حکم شماره ۱/۴۹ مورخ ۱۳۲۸/۷/۱۳ شعبه دوم دیوان عالی کشور تصریح شده است که اگر دادگاه کیفری برای متهمی که فارسی نمی‌داند مترجم گرفته باشد، اما تحقیقات اولیه بازپرس و سایر مراحل بدون حضور مترجم انجام شده باشد، چنین حکمی قانونی نخواهد بود. همچنین، در حکم

شماره ۹۹۲/۴۰۳۸ مورخ ۱۳۰۸/۸/۸ دیوان عالی کشور، تأکید شده است که اگر آشنایی متهم به زبان فارسی از پرونده محرز نباشد و دادگاه مطابق ماده ۳۹۸ قانون اصول محاکمات جزایی اقدام نکرده و مترجمی برای متهم تعیین ننماید، حکم صادره نقض خواهد شد. با این حال، هیئت عمومی دیوان عالی کشور در حکم شماره ۱۱۸۶ مورخ ۱۳۲۹/۵/۱۷ و حکم شماره ۳۰ مورخ ۱۳۳۰/۱/۱۵ اعلام کرده است که عدم تعیین مترجم در مراحل تحقیقاتی، در صورتی که رسیدگی در دادگاه با حضور مترجم انجام شده باشد، موجب نقض حکم نخواهد بود. دیوان عالی در حکم شماره ۸۵۸/۴۴۴ مورخ ۱۳۱۰/۷/۴ بیان داشت که اگر دادگاه تشخیص دهد که متهم تا حدی به زبان فارسی آشنایی دارد، عدم تعیین مترجم و استناد به اقرار متهم نزد بازپرس، به همراه شواهد و قراین دیگر، مخالف اصل محسوب نخواهد شد.

شعبه دوم دیوان عالی کشور در حکم شماره ۱۱/۲۵۸ مورخ ۱۳۲۰/۱۱/۳۰ بیان کرده است که ماده ۳۹۷ قانون آ.د.ک سابق، که تعهد مترجم را برای عدم تغییر در اظهارات متهم یا مطلع الزامی می‌داند، تنها مربوط به رسیدگی‌ها و تحقیقاتی است که در دادگاه انجام می‌شود. برای این‌که بازپرس نیز در تحقیقات مقدماتی چنین تکلیفی داشته باشد، دلیل خاصی لازم است که در قانون وجود ندارد. از سوی دیگر، شعبه پنجم دیوان عالی کشور در احکام شماره ۲۲۰۰ مورخ ۱۳۱۹/۴/۳۱ و شماره ۸۳۶ مورخ ۱۳۲۷/۳/۳۰ تأکید کرده است که مترجم قبل از شروع به ترجمه باید متعهد شود که در اظهارات متهم تغییر ایجاد نکند. در غیر این صورت، حکم صادره قانونی نخواهد بود. در احکام صادره بشماره در دیوان عالی مقرر شده است که اگر تعهد مترجم در دادگاه به عدم تغییر مطالب و اظهارات متهم رعایت نگردد، تخلف از این تعهد در رسیدگی و قانونی بودن حکم مؤثر و باعث نقض حکم خواهد بود (بروجردی عبده، ۱۳۸۱، ص ۲۳۳).

ماده ۲۰۰ قانون آیین دادرسی کیفری تصریح می‌کند چنانچه متهم به زبان فارسی آشنا نباشد... دادگاه مکلف است مترجمی را جهت ترجمه اظهارات او تعیین کند. با این حال، نظریه مشورتی شماره ۲/۶۲۸۹ مورخ ۱۳۶۹/۱۱/۱۴ اداره حقوقی قوه قضائیه، صلاحیت قاضی در درک زبان متهم را جایگزین مترجم می‌کند. این تفسیر با ماده ۳۶۷ ق.آ.د.ک که استقلال مترجم را شرط صحت تحقیقات می‌داند در تعارض است. اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه فوق معتقد است چنانچه دادرسی دادگاه بتواند پی به معنای اظهارات متهم یا شهودی که فارسی نمی‌دانند یا افراد کر یا لال، بی‌درد، نیازی به استفاده از مترجم و اهل خیره نیست. اما از ظاهر مواد ۲۰۱ و ۳۶۸ ق.آ.د.ک

چنین استنباط می‌شود که چنانچه متهم یا شهود فارسی ندانند یا کر یا لال باشند، به‌کارگیری مترجم و اهل خبره از سوی دادگاه الزامی است، هرچند دادرس دادگاه بتواند پی به معنای اظهارات آن‌ها ببرد.

در ماده ۲۰۳ قانون سابق آیین دادرسی کیفری مقرر شده بود:

«متهم و مدعی خصوصی می‌توانند با ارائه دلایل عدم قبول و پذیرش آن توسط محکمه، مترجم را رد نمایند. موارد رد مترجم همان جهات عدم پذیرش شاهد است.»

این مقرر در قانون جدید پیش‌بینی نشده و نسخ صریح شده است. لذا بر اساس نظریه مشورتی شماره ۷/۹۴/۱۲۳۵ مورخ ۱۳۹۴ امکان رد مترجم از سوی اصحاب پرونده وجود ندارد. هرچند این امر مانع از آن نیست تا اصحاب پرونده نکاتی که ممکن است مورد وثوق بودن مترجم را با تردید مواجه سازد، به دادگاه متذکر شوند.

به‌عنوان یک رویه، نقض حق بر اطلاع به صورت کتبی پیش از محاکمه بر دادرسی متهم تأثیر نمی‌گذارد، بلکه نقض حق متهم بر اطلاع شفاهی از جرمی که او متهم به آن است به زبانی که درک می‌کند، ممکن است محاکمه را باطل کند. اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۴/۱۶۷۴ مورخ ۱۳۹۴ مقرر داشت اگر متهم قادر به سخن گفتن به زبان فارسی نباشد و بازپرس نیز نتواند به لحاظ عدم دسترسی به مترجم از وی تحقیق نماید، بازپرس با استفاده از طریق مطمئن که امکان‌پذیر باشد (ولو استفاده از وسایل ارتباطی الکترونیک و مخابراتی) می‌تواند شخصاً یا با استفاده از اشخاص مورد وثوق، نسبت به تحقیق از متهم و صدور قرار تأمین مناسب اقدام نماید. در نتیجه، صرف عدم دسترسی به مترجم، مجوز ادامه بازداشت متهم و عدم تفهیم اتهام نمی‌باشد. علاوه بر این، اگر امکان ترجمه اظهارات متهم فراهم نباشد و بازپرس با زبان متهم آشنایی داشته باشد، تفهیم اتهام و صدور قرار تأمین از متهم توسط بازپرس بلاشکال است، زیرا هدف از استفاده از مترجم مورد وثوق اطمینان بازپرس به صحت ترجمه است و این هدف زمانی که بازپرس زبان متهم را می‌داند به طریق اولی محقق خواهد شد.

رویه قضایی محاکم ایران در خصوص حق بر ترجمه، با تناقضات تفسیری و فقدان رویه یکپارچه مواجه است. بررسی آرای دیوان عالی کشور نشان می‌دهد که محاکم گاه با استناد به صلاح‌دید قضات، حقوق زبانی متهمان را نادیده می‌گیرند، درحالی‌که این حق در ماده ۱۴ (۳) (و) میثاق، مطلق و غیر قابل تعلیق تلقی می‌شود. در رأی شماره ۱۳۲۸/۷/۱۳-۱/۴۹، عدم حضور مترجم در تحقیقات

مقدماتی موجب نقض حکم اعلام شده است، حال آن‌که در رأی شماره ۱۳۲۹/۵/۱۷/۱۱۸۶، دیوان عالی اعلام کرد اگر دادگاه با حضور مترجم تشکیل شود، نبود مترجم در مرحله بازجویی نقض محسوب نمی‌شود. این تعارض، با اصل وحدت رویه قضایی و استانداردهای بین‌المللی که ترجمه را در تمامی مراحل دادرسی الزامی می‌دانند، ناسازگار است.

در رأی اصراری شماره ۱۴۰۲/۱۰-۱۴۰۱/۵/۱۴۰، شعبه ۳۲ دیوان عالی کشور، عدم تفهیم اتهام به زبان کردی به متهم سقزی را موجب نقض رأی دانست و بر ضرورت ترجمه همه اسناد مکتوب تأکید کرد. این رأی، گامی پیشرو در همسویی با میثاق است که حق اطلاع دقیق از اتهامات را تضمین می‌کند. در مقابل، رأی شماره ۱۴۰۲/۸/۱۵-۳/۷۸۵-۱۴۰۰/۸/۱۵ شعبه ۱۰ دیوان عالی در پرونده‌های مربوط به اتباع افغانستانی، با استناد به آشنایی نسبی متهم افغانستانی با فارسی، نیاز به مترجم را نادیده گرفت. این رأی با نیاز به ترجمه که بایستی بر اساس تشخیص متخصصان زبان‌شناسی صورت گیرد نه قضات، در تعارض است. بنابراین، رویه قضایی ایران در خصوص حق بر ترجمه، دوگانگی آشکار میان تعهدات قانونی (مواد ۲۰۰ و ۳۶۸ ق.آ.د.ک) و اجرای عملی را نشان می‌دهد. از یک سو، آرای پیشرو مانند رأی ۱۴۰۲/۱۰، همگرایی با استانداردهای بین‌المللی را تقویت می‌کند. لذا انکار حق متهم بر ترجمه، نقض حق شکلی دادرسی منصفانه قلمداد می‌شود و با توجه به این‌که به قانونی بودن فرایند دادرسی آسیب جدی وارد می‌کند می‌تواند مشمول تبصره ماده ۴۵۵ ق.آ.د.ک باشد و باعث بی‌اعتباری و نقض رأی شود. از سوی دیگر، تفسیرهای محدودکننده (نظیر نظریه ۲/۶۲۸۹)، سلطه تفسیر قضات بر حقوق ذاتی متهمان را بازتولید می‌نماید.

۳-۲. رویه کمیته حقوق بشر

در رویه کمیته حقوق بشر به عنوان نهاد ناظر بر میثاق، رویه محدود ولی ارزشمندی در خصوص حق بر ترجمه صادر شده است. کمیته حقوق بشر در قضیه هاروارد علیه نروژ اظهار داشت لازمه حق دادرسی عادلانه این است که در دفاع، این امکان برای متهم فراهم شود تا با مدارک مستند علیه خودش (از جمله همه اسناد ضروری از جمله کیفرخواست، سوابق دادگاه و گزارش‌های پلیس) آشنا شود. اما این امر الزاماً دال بر ترجمه همه اسناد مربوطه برای متهم نیست، در صورتی که این اسناد در اختیار وکیل مدافع متهم قرار گرفته باشند که احتمالاً به لحاظ زبانی، قادر به مطالعه و درک محتوای آن‌ها خواهد بود. در نتیجه، کمیته دریافت که حقوق هاروارد نقض نشده است (HRC, 1994, paras.3.3, 9.5).

کمیته حقوق بشر معتقد است که دسترسی به خدمات رایگان مترجم در مواردی که متهم به زبان

مورد استفاده در دادگاه آگاهی ندارد یا قادر به درک آن نیست، یک مانع اساسی برای حق دفاع محسوب می‌شود. این حق، مستقل از نتیجه دادرسی است و هم برای بیگانگان و هم برای اتباع کشور قابل اعمال است (General Comment No.13, p.125). با این حال، خدمات مترجم تنها باید در اختیار متهم یا شهودی قرار گیرد که در درک یا بیان خود به زبان دادگاه با مشکل جدی مواجه‌اند. این که دولت‌های عضو تنها از یک زبان رسمی در دادگاه‌ها استفاده کنند، نقض ماده ۱۴ میثاق محسوب نمی‌شود و الزامات دادرسی عادلانه، کشورهای عضو را ملزم نمی‌کند که خدمات ترجمه را برای شهروندانی فراهم کنند که زبان مادری آن‌ها با زبان رسمی دادگاه متفاوت است، به شرطی که این شهروندان بتوانند به طور مناسب اظهارات خود را به زبان رسمی دادگاه بیان کنند. لذا به زعم کمیته، اگر متهم به اندازه کافی به زبان دادگاه تسلط داشته باشد، لازم نیست بررسی شود که آیا وی ترجیح می‌دهد به زبان دادگاه یا زبانی دیگر اظهاراتش را مطرح کند، زیرا حق محاکمه عادلانه مندرج در ماده ۱۴ (۱) میثاق، که در ارتباط با ماده ۱۴ (۳) (و) تفسیر شده است، به این معنا نیست که به متهم اجازه داده شود به زبانی که معمولاً یا با سهولت بیشتر استفاده می‌کند، اظهار نظر کند (Communication No.219, 1986, p.67).

کمیته حقوق بشر در تفسیر عمومی شماره ۲۳ بیان داشت حق دسترسی به عدالت مستلزم حق بر معاضدت حقوقی است. انکار این معاضدت ممکن است به منزله انکار عدالت قلمداد شود. کمیته در این خصوص مقرر می‌دارد:

«وجود یا نبود معاضدت حقوقی است که تعیین می‌کند آیا یک شخص می‌تواند به مراحل مربوطه دادرسی، دسترسی داشته باشد یا به نحو معناداری در آن‌ها مشارکت بکند یا نه» (HRC, No.32, 2007, para.10).

تصمیمات کمیته حقوق بشر حاکی از آن است که حق برخورداری از مترجم تنها زمانی به درستی مورد استناد قرار می‌گیرد که متهم نتواند زبان دادگاه را بفهمد یا دفاعیه خودش را به اندازه کافی به زبان دادگاه بیان کند. حق محاکمه عادلانه صرفاً به این دلیل که متهم مجاز نیست به زبان عادی خودش صحبت کند یا با سهولت بیشتری اظهارات خود را بیان کند، لغو و باطل نمی‌شود (HRC, 1991, p.95). قسمت ششم بند سوم ماده ۱۴ میثاق دادگاه را ملزم نمی‌کند که به ترجیحات زبانی شخص متهم تسلیم شود، در صورتی که آن شخص به اندازه کافی صلاحیت استفاده از زبان مورد استفاده دادگاه را داشته باشد.

تحلیل رویه قضایی نشان می‌دهد که حق بر ترجمه اساساً به سه جنبه از حاکمیت قانون یعنی عادلانه بودن دادرسی، دسترسی به عدالت و اصل برابری مرتبط است. حق برخورداری از مترجم یکی از مهم‌ترین تضمین‌های شکلی دادرسی منصفانه در ماده ۱۴ میثاق و ق.آ.د.ک ایران است، زیرا در سایه برخورداری از این حق است که شرایط برای تضمین سایر حقوق مندرج در قوانین فوق فراهم می‌شود. بنابراین، ترجمه فرایند پیچیده با تأثیرات گسترده بر دادرسی‌های حقوقی است. در واقع، ترجمه تنها وسیله حصول اطمینان از درک صحیح و مشارکت یک متهم در دادرسی‌ای است که قادر به درک زبان آن نیست. بدون مساعدت مترجم، متهم ناتوان زبانی ممکن است نتواند محاکمه را بفهمد و به طور کامل در جریان دادرسی قرار گیرد و دفاعیه مؤثری را ارائه نماید. لذا در رویه محاکم کیفری داخلی، انکار حق متهم بر ترجمه، نقض حق دادرسی عادلانه قلمداد شده است.

۴. چالش‌های حق بر ترجمه

در دادرسی‌های کیفری ایران، هنگام کاربست خدمات ترجمه برای متهمان ناتوان زبانی، موانع و چالش‌های عدیده‌ای وجود دارد. بنابراین، طبقه‌بندی آن‌ها زیر یک عنوان دشوار است. در این جا تنها به برخی از مهم‌ترین چالش‌ها پرداخته می‌شود.

۴-۱. صلاحیت و شایستگی مترجم در دادرسی‌های کیفری داخلی

راهنمایی هنجاری کمی در سطح داخلی در مورد چگونگی ارزیابی این‌که آیا یک مترجم صلاحیت دارد یا نه، وجود دارد. در واقع، رویه عملی محاکم کشور در مورد این موضوع، عموماً به صلاحیت‌ها یا توانایی‌های مترجم، علاقه‌مند نیست،^۷ بلکه صرفاً به کیفیت ترجمه حاصله علاقه دارد. در بسیاری از موارد، محاکم از مترجمان غیررسمی و کارکنان دادگاه‌ها (مدیر دفتر، منشی و...) که مهارت‌های زبانی محدودی دارند، استفاده می‌کنند. بنابراین، هویت و آموزش مترجم برای ملاحظات مربوط به عادلانه کمتر از نتیجه نهایی واقعی ترجمه اهمیت دارد. در واقع، در چهارچوب قوانین ایران هیچ شرط خاص یا مقرر قانونی در مورد سنجش کفایت مترجمی که دادرسی را به شخص متهم، به زبانی که او درک می‌کند و از سوی دیگر، به زبان فارسی به دادگاه اعلام می‌کند، وجود ندارد. به طور ضمنی گفته می‌شود که مفسر باید به زبان بومی متهم

۷. قانون‌گذار برای تخلف مترجم از اصول حرفه‌ای صرفاً مجازات انضباطی محرومیت از مترجمی رسمی مقرر نموده است که کافی به نظر نمی‌رسد. توجه به مسئولیت اخلاقی و ضمان کیفری مستقل برای مترجم در کنار مسئولیت انتظامی امری مهم و ضروری است.

و زبان فارسی که زبان محاکم ایران است، به صورت سلیس و روان تسلط داشته باشد. مفسر باید صلاحیت داشته باشد. او باید به زبانی که متهم می‌فهمد و همچنین به زبانی که ملزم به ترجمه برای متهم است، مهارت و خبرگی داشته باشد (وهبی؛ قربان‌زاده، ۱۴۰۲، ص ۳۹۰).

ماده ۲۰۲ ق.آ.د.ک سابق برای شاکی یا مدعی خصوصی یا متهم یا شهودی که فارسی نداند مقرر داشت: «دادگاه دو نفر را برای ترجمه تعیین می‌کند که باید مورد وثوق دادگاه باشد». اما ماده ۳۶۷ قانون جدید آیین دادرسی کیفری اعلام می‌دارد: «مترجم مورد وثوق ...»، که قانون‌گذار با توجه به سیاق ماده، یک نفر مترجم را پیش‌بینی کرده است. در حقوق ایران صرفاً به وثاقت مترجم اشاره شده است، حال هر شخصی که می‌خواهد باشد. قانون‌گذار معلوم نکرده است که وثاقت مترجم باید برای چه کسی اثبات شده باشد؟ در قانون ایران قید نشده که مترجم نمی‌تواند از قضات دادگاه رسیدگی‌کننده و مدیر دفتر آن شعبه باشد.

بر اساس ماده ۳۶۷، مترجم باید سوگند یاد کند که راست‌گویی و امانت‌داری را رعایت نماید. اتیان سوگند توسط مترجم از نوآوری‌های قانون جدید است. این ماده بین مترجم رسمی و غیررسمی در اتیان سوگند تفاوت قائل شده است که به نظر می‌رسد دلیل آن این است که مترجم رسمی سابقاً سوگند یاد کرده و در حال حاضر، ضرورتی به سوگند مجدد نمی‌باشد. در صورتی که مترجم سوگند یاد ننماید، این امر مانع پذیرش ترجمه وی نمی‌باشد. در این باره، ادامه ماده مقرر می‌دارد: «عدم اتیان سوگند سبب عدم پذیرش ترجمه مورد وثوق نیست». جمله انتهایی ماده ۳۶۷ بیانگر آن است که مترجم حتی اگر از مترجمان رسمی باشد، باز باید مورد وثوق باشد. تأثیر سوگند مترجم رسمی و مورد وثوق در این ماده مشخص نمی‌باشد، چون از طرفی، تکلیف به سوگند خوردن برای راست‌گویی و امانت‌داری دارد و از طرفی، عدم اتیان سوگند موجب عدم پذیرش ترجمه نمی‌باشد (راسخ؛ پروین، ۱۴۰۰، ص ۳۶۳).

علی‌رغم این‌که استاندارد کلی و مشخصی برای تعیین صلاحیت مترجمان دادگاه‌ها وجود ندارد، این مسئولیت دادگاه است که اطمینان حاصل کند که ترجمه با استانداردهای عدالت مطابقت دارد. علاوه بر این، تشخیص صلاحیت باید به قضات واگذار شود (Henry and Stone, 2018, p.22-23). دیوان اروپایی حقوق بشر در قضیه کاماسینسکی اعلام داشت که تعهد مقامات ذی صلاح صرفاً با انتصاب مترجم پایان نمی‌پذیرد، بلکه باید آن‌ها بر نحوه کار مترجم کنترل داشته باشند و کفایت و صلاحیت او را بررسی کنند (ECtHR, 2011, para.88). به نقل از: پیری، ۱۴۰۲، ص ۱۱۴). قاضی باید نیاز به کمک مترجم برای متهم یا سایر مشارکت‌کنندگان در یک پرونده کیفری را ارزیابی و تعیین کند. سپس بر اساس

صلاح‌دید، مترجمان دارای مجوز و آموزش دیده را انتخاب نماید، همان‌گونه که کارشناس را با قید قرعه از میان کارشناسان رسمی دادگستری انتخاب می‌کند.

۲-۴. چالش‌های مربوط به پیچیدگی ترجمه متون حقوقی و کیفری

ترجمه متون در دادگاه از زبانی به زبان دیگر مستلزم آگاهی مترجم از زبان مبدأ و مقصد از یک سو و احاطه بر موضوع حقوقی از سوی دیگر است (سبھانی و دیگران، ۱۴۰۱، ص ۲۰۳). ترجمه یا تفسیر حقوقی، بسیار تخصصی، پیچیده و به مهارت خاصی نیاز دارد. مترجم دادگاه باید قادر باشد به زبان حقوقی پیچیده، سؤالات مبهم، اصطلاحات عامیانه و... بپردازد. او باید در میان موارد دیگر، به زبانی که دادرسی به آن انجام می‌شود تسلط داشته باشد. هنگامی که چنین شخصی پیدا نشود، باید ناظری برای مترجم فراهم شود که به‌طور همزمان ترجمه را انجام دهد. در حالت ایدئال، مترجم باید افزون بر داشتن دانش حقوقی لازم، قابل اعتماد و مستقل باشد. مهارت‌ها و وظایف مترجم حقوقی با وکیل بسیار متفاوت است. مترجم حقوقی روشی را که یک وکیل انجام می‌دهد مطالعه و تفسیر نمی‌کند. مترجم حقوقی، قانون نیز نمی‌نویسد، اما با این حال باید بداند که حقوق دانان، از جمله قضات و قانون‌گذاران چگونه فکر می‌کنند و چگونه می‌نویسند و در عین حال، به پیچیدگی، تنوع، خلاقیت زبان و همچنین محدودیت‌ها و اختیارات آن حساس باشند (Garre, 1999, p.81).

مترجم رسمی دادگاه مسئولیت زیادی در نقش خود دارد. هر چیزی را که از یک فرد تفسیر می‌کند به عنوان واقعیت در نظر گرفته می‌شود، که بر مترجم فشار می‌آورد تا مطمئن شود این ارتباطات تا حد امکان دقیق است. علاوه بر کلمات به‌کاررفته، باید از بافت، لحن و دلالت مناسب نیز استفاده شود تا نزدیک‌ترین مفهوم ممکن از آنچه گفته شده، به دادگاه ارائه شود (وهبی؛ قربان‌زاده، ۱۴۰۲، ص ۳۸).

۳-۴. کیفیت ترجمه در دادرسی‌های کیفری

زندگی یک شخص به دقت بیان مترجم بستگی دارد. ترجمه باید از کیفیت کافی برخوردار باشد تا عادلانه بودن دادرسی تضمین شود (Birzu, 2016, p.142). حق کمک رایگان مترجم طبق قانون آیین دادرسی کیفری ایران زمانی عملی و مؤثر خواهد بود که ترجمه از کیفیت لازم و کافی برخوردار باشد. از آن‌جا که مشارکت‌کنندگان در هر مرحله از دادرسی کیفری برای غلبه بر موانع زبانی به مترجمان متکی‌اند، کیفیت تصمیمات، مشاوره، استراتژی و احکام تا حدی به کیفیت اطلاعات ترجمه شده بستگی دارد. واضح است که بین نتیجه یک پرونده و کار مترجمان پرونده، پیوند وجود دارد، اگرچه ترجمه یکی از عوامل پیچیده در هر پرونده است (Gentile et al, 1996, p.111).

حتی جایی که به یک متهم ناتوان زبانی، مترجم دادگاه اعطا می‌شود، این امر فوراً محاکمه عادلانه را تضمین نمی‌کند. حق داشتن مترجم مستلزم حداقل سطح کیفی معینی در رابطه با ترجمه دادگاه است. در مواردی که این حداقل سطح برآورده نمی‌شود، بعید است که متهم درگیر به اندازه کافی زبان مورد استفاده دادگاه را درک کرده باشد تا بتواند دادرسی عادلانه‌ای داشته باشد.

به طور کلی، هیچ تضمینی برای کیفیت ترجمه ارائه شده توسط مترجمان عمدتاً آموزش ندیده و کم دستمزد که در شرایط غیرحرفه‌ای کار می‌کنند، وجود ندارد. دادگاه‌ها باید اقدامات مشخصی برای حصول اطمینان از کیفیت ترجمه ارائه شده انجام دهند. به منظور ارتقای کیفیت ترجمه و دسترسی کارآمد به آن، دولت نه تنها باید تلاش کند تا فهرستی از مترجمان و مفسران مستقل ایجاد کند که واجد شرایط لازم باشند و آن‌ها را در اختیار مقامات صلاحیت دار قرار دهد، بلکه همچنین باید اطمینان حاصل کند که مترجمان ملزم به رعایت محرمانه بودن ترجمه ارائه شده به متهمان هستند (Road- map Practitioner Tools, 2015, p.23). ترجمه ارائه شده به متهم باید از کیفیت کافی برای محافظت از عادلانه بودن دادرسی برخوردار باشد، به ویژه از طریق حصول اطمینان از این که افراد مظنون یا متهم، از پرونده‌ای که علیه آن‌ها مطرح شده آگاهی دارند و می‌توانند از حق دفاع خود استفاده کنند.

۴-۴. هزینه‌های مترجم در دادرسی‌های کیفری

حق داشتن مترجم در تمام مراحل دادرسی و با هر نتیجه‌ای که از دادرسی حاصل شود رایگان است. ماده ۲۰۰ ق.آ.د.ک برخلاف قسمت ششم بند ۳ ماده ۱۴ میثاق در این خصوص سکوت اختیار کرده است. هرچند در ماده ۲۰۰ در خصوص مسئول و پرداخت حق الزحمه مترجم حکمی بیان نشده است، اما مترجم مانند کارشناسان دیگر، مستحق دریافت دستمزد می‌باشد و بر اساس ماده ۵۶۰ ق.آ.د.ک، در جریان فرایند کیفری، اصل بر پرداخت هزینه‌های مترجمان از محل اعتبارات مربوط به قوه قضائیه است و تحمیل آن بر شاکی امری استثنایی و بر متهم ممنوع است (خالقی، ۱۴۰۳، ص ۶۰). البته ممنوعیت اخذ هزینه‌ها از متهم تا زمان صدور حکم است و در صورت صدور حکم به محکومیت وی، پرداخت هزینه‌های دادرسی بر عهده اوست (ماده ۵۶۴ ق.آ.د.ک). در عمل، رویه قضایی نیز بیشتر حاکی از آن است که این قبیل هزینه‌ها به اصحاب دعوا و متهم تحمیل می‌شود. این در حالی است که در ماده ۱۴ (۳) میثاق، حق ترجمه رایگان به صورت مطلق و صرف نظر از موقعیت مالی متهم پیش بینی شده است. در صورت برائت یا محکومیت متهم، اجبار او به پرداخت هزینه‌های مترجم نوعی نقض محسوب می‌شود. واژه «رایگان» را باید به معنای متبادر و مدلول متعارف آن یعنی معافیت مطلق، تمام

و یک‌باره از پرداخت حمل نمود. معافیت مشروط، جزئی و موقت، خلاف معنای ظاهر مقررۀ مورد بحث است.^۸ بنابراین، تعهد بین‌المللی برای ارائه خدمات ترجمۀ رایگان به کسانی که قادر به درک فرایند کیفری نیستند، هرگز به‌طور خاص در قانون ایران، پیش‌بینی نشده است. از آن‌جا که دادرسی کیفری در جهت تأمین منافع عمومی است، استفاده از مترجم و خبره برای اصحاب دعوا باید رایگان باشد و هزینه‌های مربوط باید از طرف دولت تأمین شود.

۴-۵. فقدان چهارچوب قانونی و استانداردهای حرفه‌ای برای مترجمان دادگاه‌ها در ایران

مشکل اصلی در رابطه با خدمات مترجم در دادگاه‌های ایران، فقدان هرگونه خط‌مشی یا چهارچوب قانونی در خصوص خدمات ترجمه است. ایران کشوری چندقومیتی و چندزبانه است. بیش از ۷۵ زبان، لهجه و گویش در آن وجود دارد که ۷ زبان (فارسی، کردی، ترکی، عربی، لری، گیلگی، بلوچی) زبان‌های اصلی به حساب می‌آیند (جعفری دهقی و دیگران، ۱۳۹۴). در حالی که خدمات دادگاه‌ها یا نظام حقوقی نهادهایی ندارد که بتواند به مترجمان به زبان‌ها و گویش‌های مختلف دسترسی داشته باشد، هیچ مقرراتی وجود ندارد که مترجمان بتوانند در مهارت ترجمۀ زبان‌های ایران آموزش ببینند و مهارت کسب کنند. هیچ خط‌مشی دولتی در مورد مهارت‌های ترجمه یا دستورالعملی برای مترجمان وجود ندارد. اکثر مترجمان آموزش خاصی ندیده‌اند و هیچ آزمون یا معیاری برای کنترل کیفیت ترجمۀ آن‌ها وجود ندارد. تنها یک دوره آموزشی برای مترجمان در ایران در دسترس است. برای دستیابی به عدالت در موضوعات حقوقی مورد رسیدگی دادگاه‌ها، نیاز به تعیین استانداردهای حرفه‌ای برای مترجمان و مفسران دادرسی دادگاه‌ها وجود دارد.

چه بسا در وضعیت‌هایی که خدمات ترجمه یا تفسیر به وسیله افراد غیرحرفه‌ای ارائه می‌شود، نگرانی‌هایی جدی ایجاد شود. در برخی موارد، نقض و عدم اجرای عدالت، حتی ممکن است به دلیل مشکلات زبانی رخ دهد (Bacik, 2007, p.109). این یک نگرانی خاص در دادرسی‌های کیفری است، چه به این دلیل که به متهمان غیرفارسی‌زبان ترجمۀ نادرستی از زبان فارسی به زبان خود آن‌ها ارائه می‌شود، و چه در مواردی که مدارک شهود غیرفارسی‌زبان به اشتباه به فارسی ترجمه می‌شوند. از این رو، یک چهارچوب قانونی که در آن مترجمان بایستی کار کنند، به‌فوریّت مورد نیاز است. در نهایت، مترجمان باید همیشه توانایی خود در ارائه خدمات را ارزیابی کنند. آن‌ها باید به‌طور

۸. دادگاه اروپایی حقوق بشر بهره‌مندی از خدمات مترجم را در تمام فرایند دادرسی رایگان می‌شمارد و نه حق معافیت موقت از پرداخت هزینه؛ این حق مستقل از نتیجه نهایی محاکمه است (ECtHR, 1978, p.20).

مستمر مهارت‌ها و دانش خود را ارتقا دهند و حرفه‌شان را از طریق فعالیت‌هایی مانند آموزش عمومی و حرفه‌ای و تعامل با همکاران و متخصصان در زمینه‌های مرتبط ارتقا دهند (Hewitt, 1995, p.6).

۴-۶. چالش‌های مربوط به ترجمه اسناد و شواهد مکتوب

در نظام حقوقی ایران، حق برخورداری از مترجم فقط شامل ترجمه شفاهی در تحقیقات مقدماتی، اعم از این‌که توسط ضابطان انجام شود یا مقامات دادسرا، و همچنین مکالمات حضوری در جلسه دادگاه است. بنابراین، مستلزم ترجمه اسناد و شواهد کتبی ارائه شده از سوی متهم نمی‌شود. در این باره در مقررات قانون آیین دادرسی کیفری حکم صریحی پیش‌بینی نشده است. هرچند مترجم وظیفه ندارد که تمام اسناد و مدارک را ترجمه کند، اما باید آن دسته از مدارک، اسناد و اظهاراتی را که در جریان دادرسی مفید به نظر می‌رسند و اطلاع متهم از آن‌ها ضروری است و از طرف دیگر، در شکل‌گیری یک دادرسی منصفانه مؤثرند را ترجمه نماید (Delmas-Marty and Spencer, 2002, p.560). بنابراین، معاضدت مربوط به ترجمه باید به نحوی باشد که متهم را قادر به داشتن دانش و آگاهی لازم در مورد دعوی مطروحه علیه وی بسازد.

۴-۷. چالش‌های مربوط به زمان و طولانی شدن فرایند دادرسی

ترجمه فرایندی پیچیده، طولانی و بسیار فنی است که زمان زیادی از دادرسی را صرف می‌نماید، بر مشارکت‌کنندگان در دادرسی می‌افزاید، موضوع سوگیری در ارتباطات را مطرح می‌کند، ابزار اساسی دادرسی، و هزینه‌های عدالت را افزایش می‌دهد. ترجمه همچنین در فرایند ارتباطی دادگاه اختلال ایجاد می‌کند. مترجم عاملی ناخوانده و نفوذی در محیط دادگاه است که تهاجم آن مانع از کنترل شهادت‌ها می‌شود. ترجمه این فرصت را از دادگاه می‌گیرد تا آشکال فرازبانی ارتباط را ارزیابی کند، مانند زبان بدن، لحن صدا، شک و تردیدها و سایر جلوه‌هایی که رفتار شهود را مشخص می‌کند. مترجمان همچنین زمان زیادی را صرف تحقیق در مورد مواد ترجمه، ویرایش اسناد و خلق کلمات حقوقی برای زبان‌های تخصصی می‌کنند. بنابراین، نمی‌توان این فرایند را بدون صرف زمان کافی انجام داد. در نتیجه، فرایند ترجمه زمان دادرسی را طولانی می‌کند و صدور حکم را به تأخیر می‌اندازد.

نتیجه‌گیری

اهمیت حق بر ترجمه در نظام کیفری ایران در توسعه سریع تقاضا برای مدارک ترجمه شده به عنوان ادله در دادگاه و افزایش اتکا بر شواهد به زبانی غیر از زبان رسمی محاکمه است، به ویژه ترجمه بر

طیفی از بازیگران در دادرسی کیفری، از متهمان و شهود گرفته تا پلیس و سایر کارشناسان، در تمام مراحل دادرسی تأثیر می‌گذارد. بنابه این دلایل، در قانون آیین دادرسی کیفری ایران و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، زمانی که شخصی متهم به جرمی کیفری است و تحت تعقیب قرار می‌گیرد، حق کمک مترجم پیش شرط اساسی در تضمین برگزاری و بهره‌مندی از محاکمه‌ای عادلانه است. بر اساس ماده ۱۴(۳)(و) میثاق و مواد ۲۰۰، ۲۰۱، ۳۶۷ و ۳۶۸ ق.آ.د.ک این یک الزام اساسی حاکمیت قانون است، هم به عنوان بخشی از دسترسی به دادگاه‌ها و هم به عنوان بخشی از عادلانه بودن دادرسی، و هر قاضی یا دادرسی که این الزام را رعایت نکند یا این حق را انکار نماید، فرض بر این می‌شود که از الزامات دادرسی عادلانه تبعیت نکرده است و این عدم پیروی به عنوان مبنا و دلیل واقعی برای تجدیدنظر خواهد بود. بنابراین، حق متهمی که زبان فارسی را درک نمی‌کند یا دچار نقص شنوایی است، برای محاکمه عادلانه در نظام حقوقی ایران به خطر خواهد افتاد اگر مترجمی برای او در نظر گرفته نشود تا قادر باشد به شیوه‌ای منطقی روند رسیدگی را دنبال کند و از حق دادرسی منصفانه بر اساس اصول حاکمیت قانون استفاده نماید. علاوه بر این، درک زبان مورد استفاده در یک دادرسی کیفری در موفقیت شخصی که متهم به جرمی کیفری است در محیطی قانونی بسیار مفید است. ناتوانی در درک زبان دادگاه می‌تواند شانس اصحاب دعوی را در دادرسی کیفری کاهش دهد. این امر به این دلیل است که او نمی‌تواند به مسائل و سؤالاتی که توسط مقام تعقیب یا دادرس در یک پرونده علیه وی مطرح می‌شود پاسخ دهد. بنابراین، استفاده از مترجم، دادرسی منصفانه را برای متهم ناتوان زبانی تضمین می‌کند.

دولت باید اطمینان حاصل کند که مظنونین یا متهمینی که به زبان فارسی صحبت نمی‌کنند یا زبان فارسی را درک نمی‌کنند، بدون تأخیر، در مرحله تحقیقات مقدماتی و نزد مراجع قضایی، از جمله در هنگام بازجویی پلیس، در تمام جلسات دادگاه و تا پایان هر گونه رسیدگی کیفری، از جمله در مرحله تجدیدنظر و هر جلسه موقت ضروری دیگر و حتی در جلسات استماع آنلاین و ترکیبی، از خدمات مترجم بهره‌مند شوند. دولت باید تضمین نماید که رویه یا مکانیسمی برای تعیین این‌که آیا افراد مظنون یا متهم که به زبان دادرسی صحبت نمی‌کنند یا زبان دادرسی را درک نمی‌کنند و این‌که آن‌ها به کمک مترجم نیاز دارند، فراهم نماید، چراکه تنها در صورتی که متهم در درک زبان فارسی مشکل داشته باشد، خدمات مترجم باید در دسترس باشد. اگر متهم با صلاحیت و تسلط بر زبان فارسی از حقوق دادرسی عادلانه خود سوءاستفاده کند، درخواست مترجم پذیرفته نمی‌شود. علاوه بر این، افراد

مظنون یا متهم حق دارند تصمیمی که بر اساس آن نیازی به ترجمه و مفسر وجود ندارد را به چالش بکشند. چنین رویه یا سازوکاری مستلزم آن است که مقامات ذی صلاح به هر طریق مناسب، از جمله با مشورت با مظنونان یا متهمان مربوطه، بررسی کنند که آیا آن‌ها به زبان دادرسی کیفری صحبت می‌کنند یا زبان دادرسی را درک می‌کنند و آیا به کمک مترجم نیاز دارند یا خیر؟

این حق اختصاص به افراد تبعه خارجی یا زبان‌های خارجی بیگانه ندارد. با توجه به کثرت لهجه یا زبان در کشورمان، رعایت مقررات مزبور در هر مورد که مقامات قضایی یا انتظامی زبان متهم را متوجه نشوند جاری است. همچنین دولت باید قبل از انتخاب قضات در برخی استان‌های کشور که زبان‌هایی بومی و محلی غیر از فارسی در آن جا رایج است، نه تنها به توانایی‌های زبانی قضات توجه داشته باشد، بلکه باید با تخصیص بودجه برای ترجمه در سطح ملی، قادر باشد افراد واجد شرایط را به این حرفه جذب کند. لازم است دولت و قوه قضائیه مؤسساتی را برای آموزش مترجمان در دادسراها و دادگاه‌ها ایجاد نمایند و نهادهای حرفه‌ای مانند انجمن مترجمان ایرانی را برای صدور مجوز و تنظیم مقررات برای افرادی که صلاحیت ترجمه چندین زبان کشور در دادگاه‌ها یا دادرسی‌ها را دارند، ایجاد کنند، زیرا اگر قانون استناداری برای صلاحیت مترجمین تعیین نکرده باشد، به جز این فرض که یک مترجم شایسته باید دانش همه‌جانبه از زبان مادری متهم به همراه زبان فارسی نداشته باشد، منجر به انحراف و گمراهی خواهد بود. دلیل آن این است که ارتباط حقوقی از طریق خدمات مترجم باید بسیار ماهرانه باشد و بنابراین، نیاز به آموزش تخصصی در یک مؤسسه دارد. مترجم دادگاه با عبارات و اصطلاحات پیچیده حقوقی سروکار دارد و بدیهی است که ترجمه ضعیف می‌تواند موفقیت پرونده متهمی را که زبان رسمی دادگاه‌های ایران را نمی‌فهمد خدشه‌دار یا از بین ببرد. به منظور ارتقای شایستگی ترجمه و دسترسی کارآمد به آن، دولت باید فهرستی از مترجمان مستقل واجد شرایط لازم را تهیه و ثبت نماید.

با بررسی دقیق تعهدات دولت در قالب میثاق و ق.آ.د.ک برای ارائه ترجمه، بایستی صرف نظر از نوع جرم و طبقه‌بندی جرائم در نظم حقوقی داخلی به آن استناد شود. هرچند میثاق و ق.آ.د.ک استناد دارد خاصی برای ترجمه و تفسیر و تعیین مترجم برای متهمان ناتوان زبانی مشخص ننموده است، اما حق بر ترجمه و تفسیر باید عملی و مؤثر باشد، بدین معنا که قوه قضائیه نه تنها باید درجه‌ای از کنترل را بر روند رسیدگی اعمال نماید تا اطمینان حاصل شود که ترجمه اصول شکلی دادرسی منصفانه را برآورده می‌کند، بلکه همچنین از صلاحیت و شایستگی مترجم و کیفیت کافی ترجمه

در دادرسی‌های کیفری اطمینان یابد، چراکه فقدان کیفیت ترجمه می‌تواند حقوق اساسی متهمان و عادلانه بودن دادرسی را تضعیف نماید. همچنین، تحلیل رویه قضایی نشان می‌دهد که فقدان ضمانت اجرا برای تخلف مترجمان و عدم شناسایی حق جبران خسارت ناشی از ترجمه معیوب، عملاً این حق را به ابزاری صوری تبدیل کرده است. در نتیجه، تضمین حق بر ترجمه نیازمند بازاندازی نظام مند قوانین با تکیه بر رویکرد تلفیقی (فقه امامیه، اصول حقوق بشر، و واقعیت‌های چندزبانی جامعه ایران) و ایجاد هیئت‌های نظارت تخصصی بر عملکرد مترجمان قضایی است. مهم‌تر از همه، دولت با تعیین وکیل برای متهم که ممکن است نقش مترجم را نیز بر عهده بگیرد و حتی استفاده از مدیر دفتر دادگاه، منشی یا سایر کارکنان دادگاه به‌عنوان مترجم، به تعهدات خود در این زمینه عمل نخواهد کرد. تأکید بیشتر بر صلاحیت‌ها و نیاز به مترجمان مستقل و رسمی است.

تفسیر تحت‌اللفظی مواد ۲۰۰، ۲۰۱، ۳۶۷ و ۳۶۸ ق.آ.د.ک و ماده ۱۴(۳) (و) میثاق نشان می‌دهد که قوه قضائیه موظف به ارائه ترجمه تمام شواهد یا اسناد رسمی (مکتوب) در دادرسی که نقش محوری در شکل‌گیری ادله اثباتی دارند، نیست. آنچه برای دادرسی‌ها و محاکم کیفری اهمیت دارد این است که متهم بتواند پرونده علیه خود را درک نماید، از خودش دفاع کند و به‌ویژه قادر باشد روایت خودش از وقایع را در مقابل دادگاه توضیح دهد. بنابراین، اگرچه قوانین داخلی الزام به ترجمه شفاهی را در پاره‌ای موارد به رسمیت می‌شناسند، اما این سازوکارها در تعارض با دو چالش بنیادین قرار دارند: ناهمخوانی با استانداردهای دادرسی منصفانه در اسناد بین‌المللی که ترجمه اسناد مکتوب را نیز ضروری می‌دانند، و ابهام در مبانی فقهی تعهد نظام قضایی به تأمین «عدالت زبانی» به‌ویژه در مواجهه با اقلیت‌های زبانی یا اتباع خارجی که پرسش‌هایی درباره دایره شمول قاعده «حکم الحاکم یرفع الخلاف» ایجاد می‌کند. تمرکز قوه قضائیه بر زبان فارسی، ناخواسته تبعیض سیستماتیک علیه اقلیت‌های زبانی (مانند کردها، بلوچ‌ها و...) را تقویت می‌کند. این مسئله در تناقض آشکار با منع تبعیض مندرج در اصل ۱۹ قانون اساسی و منشأ بروز نقض حقوق شکلی دادرسی منصفانه است.

پیشنهادات

علی‌رغم آن‌که مقررات داخلی هیچ استاندارد خاصی نسبت به حق بر ترجمه مقرر ننموده است، اما یکی از راه‌های رفع مشکلات فقدان چهارچوب قانونی و استانداردهای حرفه‌ای برای مترجمان در ایران، خصوصی‌سازی ارائه خدمات ترجمه در فرایند کیفری به همراه سیستم پاسخ‌گویی عمومی است.

مؤسسات خصوصی می‌توانند آموزش‌های مناسبی برای مترجمان ارائه دهند. این نهادها همچنین استانداردهایی را تعیین می‌کنند که بر اساس آن می‌توان مترجمان را در فرایند کیفری قضاوت نمود. این نهادهای خصوصی باید مشمول استانداردهای آموزشی کلی و دستورالعمل‌های اخلاقی تعیین شده در سطح ملی باشند. در کشورهای دیگر، دستورالعمل‌ها و رهنمودهای دقیقی توسط متخصصان برای اطمینان از اعمال مؤثر این حق توسط اصحاب دعوا، متهمان، شهود و سایر کاربران دادگاه، تدوین شده است. قانون‌گذار ایرانی باید تسهیلاتی در قالب آیین‌نامه اجرایی، دستورالعمل و... برای اعمال این حقوق که در ق.آ.د.ک و معاهدات حقوق بشری که ایران به آن‌ها پیوسته است، فراهم نماید. ترجمه باید به زبان مادری متهمان یا هر زبانی که آن‌ها صحبت یا درک می‌کنند فراهم شود تا بتوانند به طور کامل حق دفاع خود را اعمال کنند و عادلانه بودن دادرسی تضمین شود. چنین حقی از زمان اعلام اتهام به متهم تا پایان فرایند دادرسی و صدور حکم قابل اعمال است.

با توجه به آنچه گفته شد، حق بر ترجمه، آزمونی برای سنجش پابندی نظام کیفری به عدالت ترمیمی است، نه صرفاً یک تعهد رویه‌ای و تکلیف اداری. تحقق این حق، نیازمند بازنگری در دو سطح تقنینی و فرهنگی - ساختاری، از جمله تدوین منشور عدالت زبانی با الهام از قاعده فقهی «الضرورات تبیح المحظورات»، اصلاح ماده ۲۰۰ ق.آ.د.ک با تصریح به لزوم ترجمه در تمامی مراحل دادرسی از تفهیم اتهام تا صدور حکم یا الحاق ماده ویژه‌ای به ق.آ.د.ک برای ترجمه اسناد مکتوب مرتبط با اتهام و در نهایت، آموزش قضات بر مبنای حساسیت زبانی و تقویت همکاری بین‌المللی برای بهره‌گیری از الگوهای موفق است. در نهایت، پیشنهاد می‌شود ضمن تدوین آیین‌نامه اجرایی برای تعیین صلاحیت و شایستگی مترجمان و نظارت بر عملکرد آنان، برنامه‌های آموزشی مداوم برای روزآمدسازی مترجمان ایجاد شود تا نه تنها نقش خود را درک کنند، بلکه ابزارها و آموزش‌هایی برای مقابله با پیچیدگی‌های ترجمه حقوقی در اختیار آن‌ها قرار گیرد. این اصلاحات نه تنها شکاف میان تقنین و اجرا را کاهش می‌دهد، بلکه گامی به سوی همسویی با نظام‌های پیشرفته دادرسی کیفری است.

فهرست منابع

۱. بروجردی عبده، محمد. (۱۳۸۱ش). اصول قضائی (جزائی) دیوان عالی کشور. تهران: رهام.
۲. پیری، حیدر. (۱۴۰۲ش). تأثیر تنوع زبانی و حق بر ترجمه در تحقق دادرسی عادلانه در دادرسی‌های کیفری بین‌المللی. آموزه‌های حقوق کیفری، ۲۰(۲۵)، ۹۳-۱۲۶. <https://doi.org/10.30513/cld.2023.5332.1868>
۳. خالقی، علی. (۱۴۰۳ش). نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری. تهران: شهر دانش.
۴. جعفری دهقی، محمود؛ خلیلی‌پور، نازنین؛ جعفری دهقی، شیما. (۱۳۹۳ش). زبان‌ها و گویش‌های ایرانی (گذشته و حال). تهران: مرکز دایرةالمعارف بزرگ اسلامی.
۵. دیبازاد، محسن؛ شایسته، یعقوب. (۱۴۰۲ش). قانون آیین دادرسی کیفری در نظم حقوقی کنونی. تهران: مجد.
۶. راسخ، متین؛ حبیب، پروین؛ کریم، حبیب. (۱۴۰۰ش). شرح آیین دادرسی کیفری (مواد ۳۳۵ تا ۴۲۵). تهران: انتشارات فرهنگ کلام و گفتمان.
۷. رحیمی‌نژاد، اسماعیل. (۱۳۸۷ش). کرامت انسانی در حقوق کیفری. تهران: نشر میزان.
۸. سبهانی، ثریا؛ گرجیان، بهمن؛ محمودی، خلیل؛ ویسی، الخاص. (۱۴۰۱ش). شناسایی هویت نوشتاری و گفتاری متهمان در دادگاه از منظر زبان‌شناسی حقوقی. پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، ۱۰(۲۰)، ۲۸۹-۳۱۶. <https://doi.org/10.22034/jlc.2023.329574.1652>
۹. قائمی‌خرق، محسن؛ آقایی‌نژاد، سمیه؛ ارژنگ، اردوان. (۱۴۰۳ش). حق بر داشتن مترجم در دادرسی‌ها و تضمینات فقه‌پایه آن. پژوهش‌های فقهی، ۲۱(۱)، ۱۴-۱۰۹. <https://doi.org/10.22059/jor.2024.380982.1009499>
۱۰. صابر، محمود. (۱۳۸۸ش). معیارها و تضمین‌های دادرسی عادلانه در مرحله تحقیقات. پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۳(۴)، ۱۴۳-۱۷۵.
۱۱. طهماسبی، جواد. (۱۴۰۲ش). آیین دادرسی کیفری، (جلد دوم: تحقیقات مقدماتی). تهران: میزان.
۱۲. لطیفی، حسین. (۱۳۹۹ش). تحلیلی بر اصل تساوی سلاح‌ها در حقوق کیفری ایران و آمریکا. دانش حقوق و مالیه، ۳(۱۱)، ۹۲-۱۰۳. <https://malieh.dmk.ir/article-1-152-fa.html>
۱۳. میرمحمدصادقی، حسین. (۱۳۸۸ش). پلورالیسم حقوقی. آموزه‌های حقوق کیفری، ۶(۱۲)، ۳-۱۴.
۱۴. وهبی، زهرا؛ قربان‌زاده، محمد. (۱۴۰۲ش). جایگاه ترجمه دادگاهی در ایران و ایالات متحده آمریکا. تمدن حقوقی، ۶(۱۵)، ۳۸۱-۳۹۱. <https://doi.org/10.22034/lc.2023.396455.1340>
15. Dijk, P.Van; G. J. H. Van Hoof. (1998). *Theory and Practice of The European Convention on Human Rights*. London: SIM.
16. Kant, I. (1993). *Grounding for the Metaphysics of Morals*. USA: Hackle Publishing Company.
17. Garre, M. (1999). *Human Rights in Translation: Legal Concepts in Different Languages*. Copenhagen: Copenhagen Business School Press.
18. Gentile, A; Ozolins, U; Vasilakakos, M. (1996). *Liaison Interpreting: a Hand Book*. Melbourne: Melbourne University Press.

19. Henry, John; Stone, Dingfelder. (2018). *Court Interpreters and Fair Trials*. Germany: Palgrave Macmillan.
20. Hewitt, William E. (1995). *Court Interpretation: Model Guides for Policy and Practice in the State Courts*. National Center for State Courts.
21. J. N. Levi et al. (eds.). (1990). *Language in the Judicial Process*. New York: Springer.
22. Kibbee, D.A (ed.). (1998). *Legal and Linguistic Perspectives on Language Legislation*. Amsterdam: Benjamin Publishers.
23. Pejic, Jelena & Lesnie, Vanessa. (2000). *What is a Fair Trial? A Basic Guide to Legal Standards and Practice*. New York: Lawyers Committee for Human Rights.
24. What Is a Fair Trial (A Basic Guide to Legal Standards and
25. Practice), 2nd Ed, New York: Lawyers Committee for Human Rights, 2000
26. Delmas-Marty, Mireille & Spencer, J.R.. (2002). *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press.
27. Namakula, Catherine S.(2014)). *Language and the Right to Fair Hearing in International Criminal Trials*. Switzerland: Springer.
28. Bacik, I.(2007). Breaking the Language Barrier: Access to Justice in the New Ireland. *Judicial Studies Institute Journal*, Vol.2. 109-123.
29. Birzu, B. (2016). The Right to Interpretation and Translation within Criminal Proceedings in the European Union. *Comparative examination, Juridical Tribune*, 6(1), 137-147.
30. Evert-Jan van der Vlis. (2010). The Right to Interpretation and Translation in Criminal Proceedings. *The Journal of Specialized Translation*, Issue.14.
31. O'Donnell, G. (2004). The Quality of Democracy: Why the Rule of Law Matters. *Journal of Democracy*, 15(4), 32-46. <https://doi.org/10.1353/jod.2004.0076>
32. Vogiatzis, N. (). Interpreting the Right to Interpretation under Article 6(3)(e) ECHR: A Cautious Evolution in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights? *Human Rights Law Review*, 22(1). <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngab027>
33. Waldron, J. (2011). The Rule of 2022Law and the Importance of Procedure. *NYU School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper*, No.10-73. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1688491>

Documents & Cases

34. ICC, Prosecutor v. Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07(OA3), 2008.
35. CERD, General Recommendation No. 31 (2005): The prevention of racial discrimination in the administration and functioning of the criminal justice system.
36. Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General Comment No. 6 (2018): On equality and non-discrimination.

37. Communication No. 219/1986, D. Guesdon v. France (Views adopted on 25 July 1990), in UN doc. GAOR, A/45/40 (Vol.II).
38. Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006).
39. Convention on the Rights of the Child (1989).
40. ECtHR, Hacıoglu v. Romania, App. no. 2573/03 (Judgment of 11 January 2011).
41. ECtHR, Luedicke, Belkacem and Koc v. Germany, 28 November 1978.
42. Eur. Court HR, Case of Luedicke, Belkacem and Koç, judgment of 28 November 1978, Series A, No.29.
43. General Comment No. 13 (Article 14), in United Nations Compilation of General Comments.
44. Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 24 (2019).
45. General Comment No.32 on 'Article 14: 'Equality before the Courts and the Right to a Fair and Public Hearing by an Independent Court established by Law' 27 July 2007 UN Doc CCPR/C/GC/32.
46. Hervé Barzhig v. France, 11 April 1991, HRC, Communication No. 327/1988.
47. HRC, Harward v. Norway, Communication No.451/1991, Doc. CCPR/C/51/451/1991 of 16 August 1994.
48. ICTY, Prosecutor v. Delalic, Trial Chamber, Case No. IT-96-21-T, 1996.
49. ICTY, Prosecutor v. Seselj, IT-03-67-PT, 2003.
50. International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1965).
51. International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. Res. 2200A (XXI), U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, opened for signature 16 December 1966.
52. Irish Translators and Interpreters' Association (ITIA), Assuring Cultural Competence in Health Care: Recommendations for National Standards and an Outcomes-Focused Research Agenda (US Office of Minority Health 1999).
53. Roadmap Practitioner Tools: Interpretation and Translation Directive, Co-funded by the Criminal Justice Programme of the European Commission, 2015.



Disruptive Cyberwars Targeting Critical Infrastructures as a War Crime

Bagher Shamloo¹, Mahdi Hosseini²

1. Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. Email: b_shamloo@sbu.ac.ir
2. Corresponding Author, PhD in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. Email: hosseini.mhdi@gmail.com

Article Info

Article type:

Original research

Received: 28 June 2024

Received in revised form: 27

October 2024

Accepted: 3 December 2024

Available online: 29 December 2024

Keywords

cyber warfare, critical infrastructures, war crimes, armed conflict, dual-use cyber infrastructures.



Abstract

In parallel with the expansion of cyberspace, cyber warfare has also expanded as a tool for exerting power against various countries. The imposition of legal restrictions on them has become inevitable. In the realm of international criminal law, imposing limitations of the laws of war on cyberattacks, which differ from conventional warfare, faces challenges. Because the regulations governing the laws of war and war crimes has been formulated to align with conventional warfare. Yet disruptive cyberattacks on critical infrastructure are a type of cyberwarfare that, without causing physical effects similar to conventional wars and solely through non-physical impacts on a country's vital infrastructure, are considered capable of producing consequences more severe than those of conventional wars. Employing a descriptive-analytical method and gathering materials through a library-based approach, this study addresses its central question whether under the existing framework of the Rome Statute, disruptive cyberattacks on critical infrastructure could constitute war crimes particularly Article 8 on war crimes. Ultimately, it holds the view that by adopting a dynamic interpretation of the concept of 'intensity' under existing regulations, it can be affirmed the possibility of cyber conflict and war crimes via severe disruptions to critical infrastructure. However, this approach will face challenges when dealing with critical infrastructure with dual-use.

Cite this article: Shamloo, B. & Hosseini, M. (2024). Cyberattacks Disrupting Critical Infrastructure as a War Crime. *Criminal Law Doctrines*, 21(27), 115-152. <https://doi.org/10.30513/cld.2024.6134.2005>





رایاجنگ‌های مختل‌کننده زیرساخت‌های حیاتی به مثابه جنایت جنگی

باقر شاملو^۱، مهدی حسینی^۲

۱. دانشیار، گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران. رایانامه:

b_shamloo@sbu.ac.ir

۲. نویسنده مسئول، دانش‌آموخته دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران،

ایران. رایانامه: hosseini.mhdi@gmail.com

چکیده

متناظر با گسترش استفاده از فضای سایبر، رایاجنگ‌ها نیز به عنوان ابزاری برای اعمال قدرت علیه کشورهای مختلف گسترش یافته‌اند و اعمال محدودیت‌های حقوقی بر آن‌ها ناگزیر شده است. در بهینه حقوق کیفری بین‌المللی، وضع محدودیت‌های حقوق جنگ بر رایاجنگ‌های غیرمشابه با جنگ‌های سنتی، با چالش‌هایی مواجه است، زیرا مقررات مربوط به حقوق جنگ و جنایات جنگی متناسب با جنگ‌های سنتی وضع شده‌اند. این در حالی است که رایاجنگ‌های مختل‌کننده زیرساخت‌های حیاتی گونه‌ای از رایاجنگ‌ها هستند که بدون ایجاد آثار فیزیکی مشابه با جنگ‌های سنتی و صرفاً با ایجاد آثار غیرفیزیکی بر زیرساخت‌های حیاتی یک کشور، یاری ایجاد آثاری شدیدتر از جنگ‌های سنتی دانسته می‌شوند. بر این اساس، این پژوهش با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی و با گردآوری مطالب با روش کتابخانه‌ای، می‌کوشد تا به این سؤال اصلی پاسخ دهد که در چهارچوب مقررات موجود در اساسنامه رم و خصوصاً ماده ۸ آن در خصوص جنایات جنگی، آیا با استفاده از رایاجنگ‌های مختل‌کننده زیرساخت‌های حیاتی، امکان وقوع جنایت جنگی وجود دارد یا خیر، و نهایتاً بر این نظر است که با اتخاذ رویکردی پویا از مفهوم «شدت» در استنباط از مقررات موجود، می‌توان قائل به امکان وقوع مخاصمه سایبری و جنایت جنگی از رهگذر ایجاد اختلال‌های شدید در زیرساخت‌های حیاتی شد، هرچند این رویکرد در مواجهه با زیرساخت‌های حیاتی سایبری با کاربرد دوگانه، با چالش مواجه خواهد بود.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۵/۱۶

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۸/۱۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۱۳

تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۳/۹/۱۷

کلیدواژه‌ها

رایاجنگ، زیرساخت‌های

حیاتی، جنایت جنگی، مخاصمه

مسلحانه، زیرساخت‌های

سایبری دوگانه.

استناد: شاملو، باقر؛ حسینی، مهدی. (۱۴۰۳). رایاجنگ‌های مختل‌کننده زیرساخت‌های

حیاتی به مثابه جنایت جنگی. آموزه‌های حقوق کیفری، ۲۱(۲۷)، ۱۱۵-۱۵۲.

<https://doi.org/10.30513/cld.2024.6134.2005>



مقدمه

گسترش رایاجنگ‌ها نگرانی دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی را برای تنظیم‌گری حقوقی این‌گونه از جنگ‌های نوین شدت بخشیده است. علی‌رغم دشواری‌های اثبات انتساب در فضای سایبر که موجب شده است برخی از پژوهشگران آن را خلوتگاه مناسب بزه‌کاران بنامند (پاکزاد، ۱۳۸۸، ص ۳۰)، نادیده گرفتن واقعیت رایاجنگ‌ها مشابه نادیده گرفتن کاربرد تانک‌ها، بمب‌افکن‌های هواپیما و راکت‌های مورد استفاده به‌عنوان ابزارهای اصلی جنگ در طول جنگ جهانی دوم است (Scheffer, 2022). بزهکاری سایبری جنبه فراملی دارد و تهدید جهانی برای کشورها و شهروندان آن‌هاست و مقابله با همه گونه‌های آن نیازمند همکاری فراملی و بین‌المللی است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۸، ص ۱۲۹؛ نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۵، ص ۱۳). برای این اساس و با توجه به چالش‌ها و دشواری‌ها در خلق سازوکارهای بین‌المللی نو و این موضوع که مشخصه بارز هزاره سوم، سرعت در پیشرفت‌ها و نوآوری‌هاست (شاملو؛ خلیلی پاجی، ۱۴۰۰، ص ۲۹)، از این منظر، بروز رایاجنگ‌ها به‌مثابه سوءاستفاده از فناوری‌های روز است که منشأ اخلاق در نظم و امنیت سایبری بین‌المللی بوده و با توجه به این‌که رایاجنگ نیز باید تابع قواعد حقوقی باشد و بی‌توجهی به آن از سوی هیچ طرفی در مخاصمات مسلحانه پذیرفتنی نیست (ضیایی بیگدلی، ۱۳۹۷، ص ۴۸۳-۴۸۲)، ظهور ضمانت‌های کیفری را که فصل‌میز میان اخلاق و حقوق است، ناگزیر ساخته است (محقق هرچقان و دیگران «الف»، ۱۴۰۲، ص ۱۵۵۵). حقوق جنگ که نقض آن‌ها منجر به جنایت جنگی می‌شود، اساساً برای جنگ‌های فیزیکی سنتی وضع شده‌اند و تنظیم‌گری حقوقی رایاجنگ‌ها در چهارچوب مقررات مربوط به جنایات جنگی، با چالش‌هایی مواجه است.

تا سال ۲۰۲۳، هیچ موقعیت مربوط به یک رایاجنگ مورد تحلیل دادستان دیوان کیفری بین‌المللی قرار نگرفته بود. وانگهی در سال ۲۰۲۳، دادستان در یک اظهارنظر مهم مکتوب، صراحتاً اعلام نمود که در حالی که هیچ ماده‌ای از اساسنامه رم مشخصاً به حملات سایبری اختصاص ندارد، چنین رفتاری ممکن است به‌طور بالقوه عناصر جنایات جنگی را برآورده کند (Khan, 2023). دفتر دادستانی دیوان نیز آن را به‌عنوان موضع رسمی و کنونی دیوان کیفری بین‌المللی تأیید نمود (Greenberg, 2023). در پرتو این راهبرد، به سبب آن‌که سند عناصر جنایات مذکور در اساسنامه رم (Preparatory Commission for the International Criminal Court, 2000, para. 18)

۱. «رایاجنگ» واژه مصوب فرهنگستان زبان و ادبیات فارسی برای عبارت «جنگ سایبری» است.

در خصوص ماده ۸ اساسنامه رم، مقرر می‌دارد که «جنایت جنگی ضرورتاً در چهارچوب و با مشارکت در یک مخاصمه مسلحانه انجام می‌شود»، دادستان مکلف است وجود عنصر زمینه‌ای «وقوع مخاصمه مسلحانه» برای ارتکاب جنایت جنگی را نیز ثابت کند (Saxon, 2016, p. 558). بر این اساس، احراز امکان وقوع مخاصمه مسلحانه از طریق رایاجنگ‌ها به عنوان «مهم‌ترین عامل زمینه‌ای در تلقی یک رایاجنگ به عنوان جنایت جنگی» دانسته می‌شود که در صورت وقوع رایاجنگ در بستر آن و علیه اهداف محافظت‌شده غیرنظامی مذکور در ماده ۸ اساسنامه رم، می‌توان از تحقق جنایت جنگی سخن گفت.

به منظور بررسی امکان وقوع جنایات جنگی سایبری از رهگذر ایجاد مخاصمه مسلحانه سایبری به عنوان عنصر زمینه‌ای وقوع جنایات مذکور، پژوهشگران میان رایاجنگ‌های «تخریبگر»^۲ (دارای اثرات فیزیکی مشابه جنگ‌های سنتی) و رایاجنگ‌های «مختل‌کننده»^۳ (دارای آثار غیرفیزیکی همچون تخریب داده‌ها یا اختلال در برنامه‌های رایانه‌ای) تمایز قائل شده و اغلب بر آن نظرند که صرفاً رایاجنگ‌های تخریبگر می‌توانند به آستانه توسل به زور و یک مخاصمه مسلحانه واصل شده و جنایت جنگی را شکل بدهند (Schmitt, 2011, p. 573; Schmitt, 1999, p. 17; Joyner, Lotrionte, 2001, p. 850; Creekman, 2001, p. 166; Silver, 2002, p. 85; Duncan, 2008, p. 7; Hoisington, 2009, p. 447; Kerschischnig, 2012, p. 135; Dinniss, 2012, p. 74; Schmitt, 2013, p. 48; Radziwill, 2015, p. 131). مبتنی بر همین رویکرد، گفته شده است که «گرچه حملات سایبری در کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو و پروتکل‌های الحاقی آن به عنوان مخاصمات مسلحانه شناسایی نشده‌اند، اگر حملات سایبری از حیث آثار با حملات فیزیکی برابری و همانندی کنند، می‌توانند از منظر حقوق بین‌الملل بشردوستانه، بخشی از مخاصمات مسلحانه تلقی شوند» (رنجبر؛ گرشاسبی، ۱۳۹۹، ص ۲۴۵).

برعکس، تلقی رایاجنگ‌های مختل‌کننده بدون آثار فیزیکی که صرفاً ایجاد اختلال می‌نمایند، به عنوان توسل به زور سایبری و ایجادگر مخاصمه مسلحانه سایبری، دارای مخالفان جدی است (Barkham, 2001, p. 84-85; Lin, 2010, p. 73). هرچند برخی نیز با آن موافقت کرده‌اند (Hoisington, 2009, p. 447; Silver, 2002, p. 85; Schmitt, 1999, p. 913). رایاجنگ‌های مختل‌کننده در برخی مواقع که در زیرساخت‌های حیاتی یک کشور ایجاد اختلال می‌کنند، قادر به

2. Destructive

3. Disruptive

ایجاد اثراتی بسیار شدیدتر از رایاجنگ‌های تخریبگر نیز هستند (Lin, 2010, p. 74) و این‌که رایاجنگ‌های دارای پیامدهای مستقیم یا غیرمستقیم بحران‌آفرین برای بقای دولت مورد هدف، به‌عنوان توسل به زور و ایجادگر جنایت جنگی شناسایی نشوند، غیرمنطقی به نظر می‌رسد. توضیح آن‌که، آن‌گونه که یکی از گونه‌های حملات سایبری را اقداماتی دانسته‌اند که موضوعات آن‌ها امنیت سامانه‌ها، داده‌ها یا شبکه‌هاست (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۵، ص ۱۲)، منظور از این‌گونه حملات سایبری و رایاجنگ‌های مختل‌کننده، اقداماتی است که «جریان اطلاعات یا عملکرد سیستم‌های اطلاعاتی را بدون ایجاد آسیب یا خسارت فیزیکی، قطع می‌کنند» (Brown, 2012). با توجه به این‌که اتکا به فضای سایبر و انتقال داده‌ها «تقریباً در هر جامعه‌ای ضروری شده است» (Kilovaty, 2016, p. 116)، این‌گونه از رایاجنگ‌های مختل‌کننده می‌توانند پیامدهای مخربی برای جمعیت غیرنظامی داشته باشند.

اصطلاح «زیرساخت‌های حیاتی» به زیرساخت‌ها، دارایی‌ها یا سیستم‌هایی اشاره می‌کند که یک دولت آن‌ها را برای حفظ عملکردهای حیاتی اجتماعی ضروری می‌شمارد یا تهدید آن را خطر جدی بالقوه‌ای برای جامعه می‌داند (Myjer, 2015, p. 287-290). بیشتر تعاریف، در میان بخش‌های خدمات دولتی و عمومی، امنیت، غذا، آب، حمل‌ونقل، انرژی، بهداشت، مالی و بانک را به‌عنوان بخش‌های حیاتی در نظر می‌گیرند (General Assembly of the United Nations, 2003; Tsagourias, 2012, p. 231). با این حال، هیچ تعریف پذیرفته‌شده جهانی از آنچه زیرساخت‌های حیاتی را تشکیل می‌دهند، وجود ندارد (Roscini, 2014, p. 56; Focarelli, 2015, p. 268). اکثر دولت‌ها تعریف خود را از آنچه که بخش حیاتی و زیرساخت‌های حیاتی را تشکیل می‌دهد، اتخاذ می‌کنند. دولت‌ها فهرستی از بخش‌های حیاتی را شناسایی می‌کنند و سپس در داخل هر بخش، زیرساخت‌های حیاتی را مورد شناسایی قرار می‌دهند.

با این توضیح، فارغ از این پیش‌زمینه که رویکرد غالب جهانی برای تلقی یک رایاجنگ به‌عنوان جنایت جنگی، ایجاد آثار فیزیکی است، این پژوهش می‌کوشد که به این پرسش بحث‌برانگیز پاسخ دهد که «آیا به سبب وقوع رایاجنگ‌های مختل‌کننده علیه زیرساخت‌های حیاتی یک کشور، امکان وقوع جنایت جنگی از رهگذر تحقق مواضع مسلحانه سایبری، به‌عنوان مهم‌ترین عنصر عمومی و زمینه‌ای برای وقوع جنایات جنگی سایبری، وجود دارد یا خیر؟». فرض این پژوهش بر آن است که اگر هدف یک رایاجنگ، ایجاد اختلال در یک

زیرساخت حیاتی باشد، عامل تشدیدکننده‌ای است که ممکن است تحت تفسیری پویا از مفهوم «شدت»، موجب شناسایی رایانگ مذکور به عنوان توسل به زور و جنایت جنگی شود. برای پاسخ به سؤال پژوهش و ارزیابی فرضیه آن، مصادیق زیرساخت‌های حیاتی و آثار ناشی از رایانگ‌های مختل‌کننده زیرساخت‌های حیاتی، به منظور تبیین اهمیت آن‌ها مورد بسط واقع شده و سپس، ضمن واکاوی شرط مبنایی وقوع جنایات جنگی سایبری، یعنی مخاصمه مسلحانه سایبری، به شناسایی آستانه وقوع مخاصمه مسلحانه بین‌المللی از رهگذر رایانگ‌های مختل‌کننده زیرساخت‌های حیاتی پرداخته می‌شود و نهایتاً پس از طرح چالش مربوط به تلقی زیرساخت‌های حیاتی سایبری با کاربرد دوگانه به عنوان اهداف نظامی مشروع، مبتنی بر اتخاذ رویکردی پویا، رسیدگی به رایانگ‌های مختل‌کننده علیه زیرساخت‌های حیاتی نزد دیوان کیفری بین‌المللی پیشنهاد خواهد شد.

۱. آثار رایانگ‌های مختل‌کننده بر زیرساخت‌های حیاتی

برای شناخت اهمیت ایجاد آثار سوء بر زیرساخت‌های حیاتی کشورها از سوی رایانگ‌ها و درک ماهیت ویرانگر اختلال در عملکرد زیرساخت‌های حیاتی، ابتدا مصادیق زیرساخت‌های حیاتی در اسناد سازمان ملل متحد، کمیسیون اروپا و قوانین ملی، واکاوی می‌گردد و سپس به برخی آثار ناشی از رایانگ‌های مختل‌کننده بر چنین زیرساخت‌هایی اشاره می‌شود.

۱-۱. مصادیق زیرساخت‌های حیاتی

در سطح بین‌المللی، مجمع عمومی سازمان ملل متحد در سال ۲۰۰۳، قطعنامه‌ای را درباره «ایجاد فرهنگ جهانی امنیت سایبری و حفاظت از زیرساخت‌های اطلاعاتی حیاتی» به تصویب رساند و مقرر نمود که زیرساخت‌های حیاتی عموماً به «تولید، انتقال و توزیع انرژی، حمل‌ونقل هوایی و دریایی، خدمات بانکی و مالی، تجارت الکترونیک، تأمین آب، توزیع مواد غذایی و بهداشت عمومی» مربوط است. این فهرست قطعی نیست و قطعنامه چنین مقرر نموده است که «هر کشور زیرساخت‌های اطلاعاتی حیاتی خود را تعیین خواهد کرد» (General Assembly of the United Nations, 2003). اتحادیه اروپا نیز برنامه خود را برای حفاظت از زیرساخت‌های حیاتی (EPCIP)،^۴ به عنوان چهارچوبی برای نتیجه‌بخشی به تلاش‌های خود جهت حفاظت از زیرساخت‌های

4. European Programme for Critical Infrastructure Protection

حیاتی در اروپا، به تصویب رسانده است (European Union, 2006) و در آن، میان زیرساخت‌های حیاتی ملی و زیرساخت‌های حیاتی اروپایی تمایز قائل می‌شود که مورد دوم به زیرساخت‌های حیاتی واقع در کشورهای عضو اشاره می‌کند که اختلال یا تخریب آن تأثیر قابل توجهی بر حداقل دو کشور عضو خواهد داشت. دستورالعمل شناسایی و تعیین زیرساخت‌های حیاتی اروپا و ارزیابی نیاز به بهبود حفاظت از آن‌ها^۵ مصوب ۲۰۰۸ نیز دو بخش از زیرساخت‌های حیاتی ملی را فهرست می‌کند که هر یک چندین زیربخش را در بر می‌گیرد: اول، انرژی (برق، نفت و گاز) و دوم، حمل و نقل (حمل و نقل جاده‌ای، ریلی، هوایی، آبراهه‌های داخلی و نیز کشتی‌رانی اقیانوسی و دریایی و بنادر) (European Union, 2008, Annex I). البته این فهرست را می‌توان نسبتاً فهرستی محدود دانست، زیرا فقط بر زیرساخت‌های حیاتی با اهمیت اروپایی تمرکز دارد.

در سال ۲۰۰۴، کمیسیون اروپا بیانیه‌ای را در خصوص «حفاظت از زیرساخت‌های حیاتی در مبارزه با تروریسم»^۶ تصویب کرد که شامل فهرستی از زیرساخت‌های حیاتی بود که به زیرساخت‌های حیاتی اروپایی محدود نمی‌شد. بر اساس این فهرست، بخش‌هایی که شامل زیرساخت‌های حیاتی می‌شوند، عبارت‌اند از: ۱. تأسیسات و شبکه‌های انرژی؛ ۲. ارتباطات و فناوری اطلاعات (مثل مخابرات، سیستم‌های پخش، نرم‌افزار، سخت‌افزار و شبکه‌ها از جمله اینترنت)؛ ۳. امور مالی؛ ۴. زیرساخت‌های مربوط به نهادهای مراقبت از سلامت و بهداشت؛ ۵. تغذیه؛ ۶. آب (برای مثال: سدها، ذخیره‌سازی، تصفیه و شبکه‌ها)؛ ۷. حمل و نقل؛ ۸. تولید، نگهداری و حمل و نقل کالاهای خطرناک؛ ۹. حاکمیت (European Union, 2004, p. 4).

ایالات متحده نیز در طی زمان، رویکردهای مختلفی را در خصوص زیرساخت‌های حیاتی اتخاذ کرده است (Roscini, 2014, p. 56). در حال حاضر، زیرساخت‌های حیاتی شامل فهرستی از شانزده بخش حیاتی می‌شود، از جمله: ۱. شیمیایی؛ ۲. تسهیلات تجاری؛ ۳. ارتباطات؛ ۴. تولیدات حیاتی؛ ۵. سدها؛ ۶. پایگاه صنعتی دفاع؛ ۷. خدمات اضطراری؛ ۸. انرژی؛ ۹. خدمات مالی؛ ۱۰. غذا و کشاورزی؛ ۱۱. تسهیلات دولتی؛ ۱۲. بهداشت و سلامت عمومی؛ ۱۳. فناوری اطلاعات؛ ۱۴. راکتورهای هسته‌ای، مواد و پسماندها؛ ۱۵. سامانه‌های حمل و نقل؛ ۱۶. سامانه‌های آب و فاضلاب (US White House, 2013).

5. Directive on the Identification and Designation of European Critical Infrastructures and the Assessment of the Need to Improve Their Protection

6. Critical Infrastructure Protection in the Fight against Terrorism

فرانسه دوازده بخش از زیرساخت‌های حیاتی را شناسایی کرده است^۷ که به سه دسته، به شرح ذیل تقسیم می‌شوند: ۱. حاکمیت (فعالیت‌های غیرنظامی دولت، فعالیت‌های نظامی دولت، فعالیت‌های قضائی، فضا و تحقیقات)؛ ۲. حفاظت از جامعه (سلامت، تأمین آب، تأمین غذا)؛ ۳. بخش‌های اقتصادی و اجتماعی (انرژی، اطلاعات، سمعی و بصری و ارتباطات الکترونیکی، حمل‌ونقل، مالی و صنعت) (Delerue, 2020, p. 301).

سه مثال از فهرست‌های بخش‌های حیاتی که در بالا ارائه شد، نشان می‌دهد که کشورها فهرست‌ها و رویکردهای متفاوتی را برای تعریف و برشماری زیرساخت‌های حیاتی اتخاذ می‌کنند، هرچند این فهرست‌ها بسیار شبیه یکدیگرند. زیرساخت‌های حیاتی امروزی به‌طور اساسی به سامانه‌ها و شبکه‌های رایانه‌ای وابسته بوده و بنابراین، به‌ویژه در برابر رایانگ‌های مختل‌کننده آسیب‌پذیرند (Shackelford, 2009, p. 199). مشخصاً، زیرمجموعه‌ای از زیرساخت‌های حیاتی که به‌طور خاص به شبکه‌ها و سامانه‌های رایانه‌ای مربوط می‌گردد، به‌عنوان «زیرساخت‌های اطلاعاتی حیاتی»^۸ شناخته می‌شود. زیرساخت‌های اطلاعاتی حیاتی شبکه‌ها و سامانه‌های رایانه‌ای‌اند که اختلال در آن‌ها، به‌طور جدی بر سلامت، ایمنی، امنیت یا رفاه اقتصادی شهروندان یا عملکرد مؤثر دولت یا اقتصاد تأثیر می‌گذارد (European Union, 2009). بر این اساس، دفاع حقوقی در برابر رایانگ‌های مختل‌کننده زیرساخت‌های مذکور را می‌توان دارای اهمیت راهبردی برای کشورها دانست. این موضوع آن‌گاه اهمیت مضاعف می‌یابد که دریافته شود که آسیب‌پذیری زیرساخت‌های حیاتی در برابر رایانگ‌ها دو بعد دارد: از یک سو، آسیب‌پذیری سامانه‌ها و شبکه‌های رایانه‌ای که زیرساخت‌های حیاتی بر آن‌ها تکیه دارند و از سوی دیگر، آسیب‌پذیری سامانه‌ها و شبکه‌های رایانه‌ای که خود زیرساخت‌های حیاتی را تشکیل می‌دهند.

۱-۲. آثار رایانگ‌های مختل‌کننده بر زیرساخت‌های حیاتی

رویدادهای مختلف در چند دهه گذشته، نشان داده است که تداخل در عملکرد زیرساخت‌های حیاتی، خصوصاً زیرساخت‌های اطلاعاتی حیاتی، می‌تواند تهدیدی جدی برای شهروندان غیرنظامی باشد. به‌ترتیب در سال‌های ۲۰۰۷ و ۲۰۰۸، استونی و گرجستان هر دو متحمل حملات

۷. در فرانسه، «زیرساخت‌های حیاتی» به «OIV (operateur d'importance vitale)» و «بخش‌های حیاتی» به «secteurs SAIV» ترجمه می‌شود.

8. critical information infrastructures (CII)

سایبری بندآوری توزیع شده خدمت^۹ شدند که وبسایت‌های دولتی آن‌ها را از بین برد (Mill-er, 2014, p. 222-224) و در مورد اولی، خطوط ارتباط اضطراری را برای مدت کوتاهی از دسترس خارج کرد (Bussolati, 2015, p. 102). اگرچه ممکن است حملات «بندآوری توزیع شده خدمت» به گرجستان و استونی در مقایسه با تخریب‌هایی که می‌تواند با روش‌های جنگی متعارف ایجاد شود، نسبتاً بی‌اهمیت به نظر برسد، برخی معتقدند که رایاجنگ‌ها حتماً در گذر زمان پیچیده‌تر می‌شوند و می‌توانند عواقب ویرانگری را در آینده ایجاد کنند (Ophardt, 2010, p. 10). قبلاً نیز چندین حادثه سایبری رخ داده است که زیرساخت‌های حیاتی دولت و به‌ویژه زیرساخت‌های مربوط به بهداشت و درمان را تحت تأثیر و در نتیجه، جمعیت شهروندان غیرنظامی را در معرض خطر قرار داده است. به‌طور مثال، حمله باج‌افزار واناکرای^{۱۰} در سال ۲۰۱۷، تأثیر شدیدی بر خدمات درمانی ملی انگلستان^{۱۱} گذاشت. گزارش شده است که شیوع واناکرای «تنها در انگلستان کامپیوترها را در بیش از ۸۰ سازمان خدمات درمانی ملی خاموش کرد که منجر به لغو تقریباً ۲۰۰۰۰ وقت ویزیت شد، ۶۰۰ جراح پزشکی مجبور به بازگشت به قلم و کاغذ شدند و در پنج بیمارستان، آمبولانس‌ها از مسیر اصلی منحرف شدند و بیمارستان‌ها قادر به رسیدگی به هیچ مورد اضطراری دیگر نبودند» (Hern, 2017). برای نمونه جدیدتر، در طول شیوع کووید-۱۹، تعداد زیادی عملیات سایبری و کمپین‌های اطلاعات نادرست علیه مراکز پزشکی، فعالیت‌های درمانی عمومی و حتی سازمان بهداشت جهانی اجرا شده است. این عملیات‌ها داده‌های پزشکی بیماران را در معرض خطر قرار داده، مانع از انتشار اطلاعات بااهمیت برای مردم شده و «مستقیماً در ارائه مراقبت‌ها، تدارکات پزشکی و تحقیقات لازم برای مبارزه مؤثر با ویروس و گسترش آن، مداخله داشته است» (Milanovic, Schmitt, 2020, p. 1).

نمونه‌های دیگر از عملیات‌های سایبری مختل‌کننده که زیرساخت‌های حیاتی را هدف قرار می‌دهند، عبارت‌اند از حمله به شبکه برق اوکراین در دسامبر ۲۰۱۵ و حمله به نیروگاهی هسته‌ای در هند در سپتامبر ۲۰۱۹. چنان‌که ذکر شد، در مورد اول، مهاجمان باعث قطعی برق بین یک تا شش ساعته نواحی آسیب‌دیده در این کشور شدند و آن‌ها را به‌گونه‌ای تحت تأثیر قرار دادند که آن‌ها به فرمان‌های از راه دور اپراتورها پاسخ نمی‌دادند و موجب شدند که تا ماه‌ها کارگران، موج‌شکن‌ها

9. Distributed Denial of Service (DDoS)

10. WannaCry

11. UK's National Health Service (NHS)

را به صورت دستی کنترل کنند (Zetter, 2016). در مورد دوم، هیچ نشانه‌ای مبنی بر به خطر افتادن کنترل و بهره‌برداری از نیروگاه وجود نداشت (dragos, 2019) و در عوض، هدف جمع‌آوری اطلاعات به نظر می‌رسید (Porup, 2019). در هر دو مورد و برخلاف حملات استاکس‌نت علیه تأسیسات هسته‌ای نطنز در ایران در سال ۲۰۱۰، هیچ آسیب فیزیکی به هیچ یک از تجهیزات وارد نشد، اما با وجود این، حملات مذکور باعث نگرانی قابل توجهی شد. در سال‌های اخیر، دامنه‌های رایانگ‌های مختل‌کننده علیه ایران نیز افزایش داشته است که می‌توان به برخی از موارد آن، که مورد مشاهده عموم بوده است، اشاره کرد: حملات با ویروس‌های رایانه‌ای Flame، Duku و Viper علیه تأسیسات نفتی و هسته‌ای ایران در سال ۱۳۹۱ (گیوکی و دیگران، ۱۴۰۰، ص ۲۷۹)، حمله به سامانه سوخت و جایگاه‌های توزیع فرآورده‌های نفتی در پاییز سال‌های ۱۴۰۰ و ۱۴۰۲، حمله به سامانه وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی در فروردین ۱۴۰۱ که روند فعالیت برخی وزارت مذکور را مختل نمود، حمله به شبکه زیرساخت مرکز آمار ایران در خرداد سال ۱۳۹۵، حمله به شبکه سازمان ثبت اسناد کشور، حمله به شبکه‌های برخی شهرداری تهران در سال ۱۴۰۱ و حمله به برخی از وب‌سایت‌های دولتی. حملات مذکور مجموعه‌ای از حملات سایبری است که هر کدام قابلیت بالقوه برای ایراد خسارات قابل توجه مالی و نرم‌افزاری یا بحران‌آفرینی اجتماعی نسبت به عموم شهروندان کشور را داشته است. این‌گونه از حملات مختل‌کننده نسبت به زیرساخت‌های حیاتی، از نظر فراوانی و شدت به صورت روزافزون افزایش می‌یابند، زیرا زیرساخت‌های حیاتی، بیشتر و بیشتر به صورت آنلاین منتقل می‌شوند و وابستگی روزافزون آن‌ها به فناوری اطلاعات و بستر آنلاین بیشتر می‌شود.

کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در گزارش خود در خصوص هزینه انسانی عملیات‌های سایبری اشاره کرد که رشد تصاعدی فضای سایبر از طریق اینترنت اشیا (Morgan, 2014) فرصت‌های حملات سایبری علیه زیرساخت‌های حیاتی را افزایش داده است و هشدار می‌دهد که «هر دستگاه متصل می‌تواند به هدف یا بخشی از یک عملیات سایبری تهاجمی تبدیل شود» (Gisel, Olejnik, 2019, p. 14-15). اشاره شده است که در دنیای دیجیتال امروز، می‌توان یک بازجوی نظامی را در حال جمع‌آوری اطلاعات از نمایه‌های آنلاین زندانی، تلفن فیزیکی و داده‌های ذخیره‌شده در فضای ابری تصور کرد که می‌تواند برای عذاب، تحقیر و شرمسازسازی زندانی کافی باشد (Lubin, 2021, p. 4). بر این اساس، رایانگ‌های مختل‌کننده زیرساخت‌های حیاتی می‌توانند برای دسترسی به یا دستکاری در داده‌های شخصی و تضعیف حق بر حریم خصوصی نیز استفاده شوند.

۲. شرط اساسی وقوع جنایت جنگی ناشی از رایاجنگ‌های مختل‌کننده زیرساخت‌های

حیاتی

جنایت جنگی، وفق حقوق بین‌الملل، نقض شدید مقررات و عرف‌های جنگ است که در مخاصمات مسلحانه صورت می‌گیرد (نژندی‌منش، ۱۳۹۴، ص ۲۳۱). مطابق با ماده ۸۴ سند مقررات تالین، اقدامات ارتكابی به وسیله ابزارهای سایبری می‌توانند جنایات جنگی به شمار آیند، زیرا حقوق مخاصمات مسلحانه بر ابزارها و روش‌های نوین جنگی که در زمان پدیدار شدن قاعده‌ای از حقوق عرفی منظور نشده‌اند، اعمال می‌گردد (محقق هرچقان و دیگران، «ب»، ۱۴۰۲، ص ۳۱۶). هرچند، تغییرات عمده در شیوه‌های جنگیدن ناشی از فناوری‌های نوین انعطاف گسترده را در حقوق بشردوستانه بین‌المللی ضروری می‌نماید (شریفی طرازکوهی، ۱۳۹۵، ص ۱۹۲) و موجب طرح مناقشات بسیار میان حقوق دانان بین‌المللی شده است (خلیل‌زاده، ۱۳۹۳، ص ۶۰). با توجه به این‌که جنایت جنگی در یک وجه، نقض حقوق بشردوستانه بین‌المللی دانسته می‌شود (برادران؛ حبیبی، ۱۳۹۸، ص ۱۴۳) و پیش شرط قابلیت اجرای قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی برای وقوع جنایت جنگی، وجود شرطی مبنایی یعنی وقوع مخاصمه مسلحانه است (کاسسه و دیگران، ۱۴۰۱، ص ۱۱۰) و تبعاً به منظور وقوع جنایت جنگی سایبری، تحقق شرط اساسی وقوع مخاصمه مسلحانه سایبری ضروری است، بر این اساس، در این قسمت تلاش می‌شود تا در سه بخش، اولاً به عنوان شرط مبنایی، آستانه وقوع مخاصمه مسلحانه سایبری از طریق رایاجنگ‌ها بررسی شود؛ ثانیاً چگونگی تشکیل مخاصمه مسلحانه سایبری از طریق رایاجنگ‌های مختل‌کننده زیرساخت‌های حیاتی مورد واکاوی قرار گیرد و نهایتاً، امکان جمع رایاجنگ‌های مختل‌کننده برای تشکیل مخاصمه مسلحانه ارزیابی شود.

۱-۲. آستانه مخاصمه مسلحانه سایبری

حسب رأی دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق^{۱۲} در قضیه تادیچ^{۱۳} که معمولاً برای تعریف مخاصمه مسلحانه بین‌المللی به آن استناد می‌شود، «مخاصمه مسلحانه زمانی وجود دارد که بین دولت‌ها (در موارد بین‌المللی) توسل به زور مسلحانه وجود داشته باشد...» (ICTY Rep, 1995, p. 70). دیوان بین‌المللی دادگستری و منشور سازمان ملل متحد آستانه «زور» ممنوع شده در بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحد را مشخص نکرده‌اند. وجود چنین آستانه‌ای از چندین پرونده مطرح نزد دیوان استنباط شده است که در آن‌ها توسل به زور با شدت کم به عنوان توسل به زور

12. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)

13. Tadic

توسط دولت‌ها شناخته نشده است. مثلاً در پرونده تنگه کورفو، دیوان مقرر نمود که مداخله کشتی‌های جنگی بریتانیا در آب‌های آلبانی نقض حاکمیت آلبانی است، اما آن را نقض ممنوعیت توسل به زور یا تهدید به آن توصیف نکرد (ICJ Rep, 1949, p. 35). برخی از محققان، این رویکرد را به عنوان استدلالی برای حمایت از وجود آستانه تحلیل می‌کنند (O'Connell, 2013, p. 102-105). این مجادله نظری توسط کمیسیون حقیقت‌یاب بین‌المللی در خصوص جنگ علیه گرجستان نیز مطرح شد که بیان کرد: «ممنوعیت توسل به زور شامل تمامی زور مادی که از حداقل آستانه شدت فراتر می‌رود، می‌شود» (Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2009, p. 242)، هرچند در مقابل، برخی دیگر از محققان ادعا می‌کنند که چنین آستانه‌ای وجود ندارد و مستثنا شدن «توسل‌های حداقلی به زور» از محدوده بند ۴ ماده ۲ را رد می‌کنند (Ruys, 2014, p. 159-210; Hoogh, 2009).

مبتنی بر شرط مارتنس، در جایی که موافقت‌نامه بین‌المللی وجود نداشته باشد، نظامیان و غیرنظامیان همچنان زیر لوای حمایتی اصول حقوق بین‌الملل که در عرف مقرر، اصل انسانیت و آنچه از خرد جمعی ناشی می‌شود، ریشه دارد، قرار خواهند گرفت (دهقانی و دیگران، ۱۴۰۱، ص ۱۴۰) و بر جریان حقوق بشردوستانه حکم خواهد شد، لکن در خصوص راه تعیین آستانه وقوع مخاصمه مسلحانه و توسل به زور در رایانگ‌ها، نظریات مختلفی مطرح شده است، هرچند اجماعی بر این‌که حمله‌ای سایبری در چه سطحی به مخاصمه مسلحانه تبدیل می‌شود، حاصل نشده است (رضائی؛ جلالی، ۱۳۹۷، ص ۷۰۲). یکی از روش‌های مشهور در ادبیات نظری موجود، روش ارائه شده در سند مقررات تالین^{۱۴} است. قاعده ۱۱ از نسخه نخست و قاعده ۶۸ از نسخه دوم سند مقررات تالین نیز اشاره می‌کند که تحت برخی شرایط، فعالیت‌های سایبری ممکن است بند ۴ ماده ۲ را نقض کنند، اما هرگز ادعا نمی‌کند که قانون بدون ابهامی در این خصوص وجود دارد (Schmitt, 2013, p. 47-52; Schmitt & Vihul, 2017, p. 333-337). برای این منظور،

۱۴. سند مقررات تالین به بررسی حقوق حاکم بر جنگ‌های سایبری پرداخته و به‌طور کلی، دربرگیرنده حقوق بر جنگ (حقوق بین‌الملل حاکم بر توسل به زور از سوی کشورها به‌عنوان ابزار سیاست ملی) و حقوق در جنگ (حقوق بین‌الملل تنظیم‌کننده رفتار در مخاصمات مسلحانه که به‌عنوان حقوق مخاصمات مسلحانه یا حقوق بشردوستانه بین‌المللی نیز شناخته می‌شود) است. این سند را که متخصصان و محققان حقوق بین‌الملل طرح‌ریزی کردند، در دو نسخه و در سال‌های ۲۰۱۳ و ۲۰۱۷ تدوین شد و به دنبال تسری هنجارهای حقوقی و قانونی موجود به جنگ‌های نوین است. سند نخست به حقوق بین‌الملل مربوط به جنگ سایبری می‌پردازد. نسخه دوم سند در سال ۲۰۱۷ که توسط گروهی متنوع‌تر از کارشناسان تشکیل شد، به عملیات سایبری به‌طور گسترده‌تر، هم در حین و هم در خارج از مخاصمات مسلحانه می‌پردازد و برای گنجاندن حقوق بین‌الملل حاکم بر فعالیت‌های سایبری در زمان صلح به‌روزرسانی شده است.

سند مقررات تالین آزمایش پیچیده هشت قسمتی را برای تعیین این‌که آیا یک عملیات سایبری خاص توسل به زور و واصل به آستانه مخاصمه مسلحانه محسوب می‌شود یا خیر، پیشنهاد می‌کند که برخی پژوهشگران، آن‌ها را «ضوابط و معیارهای تعیینی نظری در شدت آستانه» دانسته‌اند (محقق هرچقان و دیگران، ۱۴۰۱، ص ۲۸۷-۲۸۹). این آزمون دشوار شامل ارزیابی موارد ذیل است: شدت،^{۱۵} فوریت،^{۱۶} مستقیم بودن،^{۱۷} تهاجمی بودن (مداخله آمیز بودن)،^{۱۸} قابل اندازه‌گیری بودن اثرات،^{۱۹} ماهیت نظامی داشتن،^{۲۰} سطح مشارکت دولت^{۲۱} و مشروعیت احتمالی.^{۲۲} از میان معیارهای مذکور، معیار «آستانه شدت» مقبولیت بیشتری در ادبیات رایج حقوق بین‌الملل یافته و با تضعیف هفت معیار دیگر، چنین گفته شده است که «تنها معیاری که باقی می‌ماند شدت است» (Silver, 2002, p. 89-92). معیار «شدت» مطرح شده در سند مقررات تالین، اساساً مبتنی بر مقایسه میان پیامدهای عملیات سایبری و پیامدهای مرتبط با توسل به زور است. از این منظر، قاعده ۶۹ نسخه دوم سند مقررات تالین بیان می‌کند که «با توجه به قاعده عدم اعتبار آثار قابل اغماض، اعمال دارای پیامدهایی شامل آسیب فیزیکی به اشخاص حقیقی یا اموال، به عنوان توسل به زور تلقی می‌شوند» و «زمانی که مقیاس و اثرات آن با عملیات غیرسایبری که به سطح توسل به زور می‌رسد، قابل مقایسه باشد» (Schmitt & Vihul, 2017, p. 330) و اشاره می‌کند که «پیامدهایی شامل خسارت فیزیکی به افراد یا اموال» از آستانه شدت عبور می‌کنند (Schmitt & Vihul, 2017, p. 334). چنان‌که ملاحظه می‌شود، در مقررات سند مذکور، هیچ اشاره‌ای به عملیات سایبری که منجر به خسارات نامشهود محض می‌شود، نشده است. از این

۱۵. این معیار بر پیامدها تمرکز دارد و درجه خسارت یا آسیب را ارزیابی می‌کند.

۱۶. مدت زمان بین عملیات سایبری و وقوع پیامدهای آن است. آن دسته از عملیات‌هایی که فوری‌ترین پیامدها را دارند، به احتمال زیاد، به عنوان توسل به زور واجد شرایط‌اند.

۱۷. این معیار ارتباط علی بین عملیات سایبری و خسارت یا آسیب را ارزیابی می‌کند و اگر رابطه علت و معلولی روشن باشد، امکان ارزیابی به عنوان توسل به زور را آسان‌تر می‌کند.

۱۸. این معیار میزان نفوذ یا نقض حاکمیت کشور مورد هدف را ارزیابی می‌کند. هر چه عملیات سایبری تهاجمی‌تر باشد، امکان شناسایی عملیات به عنوان توسل به زور آسان‌تر است.

۱۹. بر این اساس، هر چقدر که اثرات عملیات سایبری قابل پیش‌بینی و شناسایی باشد، امکان شناسایی به عنوان توسل به زور آسان‌تر است.

۲۰. این معیار از پیوند بین عملیات سایبری و عملیات نظامی استفاده می‌کند تا احتمال توصیف به عنوان توسل به زور را افزایش دهد.

۲۱. این معیار پیوند بین یک دولت و عملیات سایبری را ارزیابی می‌کند. یک دولت می‌تواند به‌تنهایی یا از طریق کشندگان دیگر، درگیر عملیات شود. هر چه این پیوند نزدیک‌تر باشد، صلاحیت ارزیابی به عنوان توسل به زور بیشتر است.

۲۲. این معیار به دنبال این ارزیابی است که آیا عملیات سایبری می‌تواند به دسته‌های دیگری از اقدامات حقوق بین‌الملل تعلق داشته باشد که آن را مشروع سازد یا خیر.

عدم اشاره، شاید بتوان این‌گونه استنباط نمود که برای کارشناسان تدوینگر سند مقررات تالین، عملیات‌های سایبری مختل‌کننده، به آستانه لازم برای تحقق توسل به زور مسلحانه نمی‌رسند. وانگهی، با فرض این‌که عدم اشاره را نتوان حمل بر عدم امکان تصور توسل به زور سایبری با استفاده از عملیات‌های سایبری مختل‌کننده دانست، ناگزیر می‌بایست به رویکرد سند مذکور در عملیات‌های سایبری تخریبگر متوسل شد که بر آثار فیزیکی در ارزیابی یک عملیات سایبری به عنوان توسل به زور، تمسک می‌جوید. چنان‌که ذکر شد، تفسیر قاعده شماره ۶۹ به صراحت این احتمال را که عملیات‌های سایبری مختل‌کننده می‌توانند به عنوان توسل به زور محسوب شوند یا نشوند، مقرر نمی‌دارد. این امکان در تفسیر عامل «قابل سنجش بودن آثار» ذکر شده است که ذیل آن، به اختلال در داده‌ها، غیرفعال کردن سرورها و نفوذ در فایل‌های محرمانه به عنوان فعالیت‌هایی اشاره می‌شود که به طور بالقوه می‌توانند این معیار خاص را برآورده کنند (Schmitt and Vihul, 2017, p. 335). با این حال، لحن کلی این قاعده نشان می‌دهد که برای حمله به دارایی‌های نامشهود یا عملیاتی که تنها منجر به اختلال می‌شود، بسیار دشوار خواهد بود که بتوان آن را توسل به زور تلقی کرد. ریشه این رویکرد را شاید بتوان با توجه به این نکته یافت که زمانی که بسیاری از قوانین حقوق بشر دستانه بین‌المللی، به عنوان مبنای تحلیل‌های سند مقررات تالین، تدوین می‌شدند، تصورناپذیر بود که مخاصمه در جایی غیر از قلمرو فیزیکی رخ دهد. همچنین شایان توجه است در زمانی که گروه کارشناسان سند مقررات تالین مسائل مربوط به کاربست حقوق مخاصمات و حقوق بشر دستانه بین‌المللی در فضای سایبر را بررسی می‌کردند، اجماع کافی در مورد وضعیت آسیب‌های دیجیتالی وجود نداشت و عملیات‌های سایبری مختل‌کننده به رشد کمی و کیفی کنونی نرسیده بودند.

یک روش دیگر که تحت آموزه‌های نظری حقوق بین‌الملل پیشنهاد شده، این است که اگر اختلال ایجاد شده در نتیجه عملیات سایبری، به اندازه کافی مهم باشد و امنیت دولت را تحت تأثیر قرار دهد، عملیات سایبری ایجادکننده اختلال نیز تحت شمول بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحد قرار خواهد گرفت (Roscini, 2014, p. 55) که با این معیار می‌توان رایاجنگ‌های مختل‌کننده زیرساخت‌های حیاتی را در سطح آستانه مذکور تلقی نمود.

یک روش خلاقانه در سال ۲۰۲۱، توسط محققان پروژه آکسفورد در خصوص حمایت‌های

حقوق بین‌الملل در فضای سایبر پیشنهاد شد (Akande & Hollis, 2020)^{۲۳}. بر اساس آن، تمرکز بر آثار عملیات سایبری، امکان نقض بند ۴ ماده ۲ توسط عملیات‌های سایبری فاقد تأثیرات خاص را نادیده می‌گیرد (Hollis & Benthem, 2021) و این همان رویکردی است که در ادامه این پژوهش، در خصوص رایاجنگ‌های مختل‌کننده زیرساخت‌های حیاتی، در خصوص آن بحث می‌شود.

۲-۲. مخاصمه مسلحانه سایبری از رهگذر رایاجنگ‌های مختل‌کننده زیرساخت‌های حیاتی

مبتنی بر رویکرد عمدتاً غالب، تعیین این‌که آیا یک رایاجنگ به منزله توسل به زور است یا خیر، اساساً به تأثیراتی که ایجاد می‌کند، بستگی دارد. به نظر می‌رسد در مفهوم ممنوعیت توسل به زور، ضرورتی وجود ندارد که تسلیحات مورد استفاده لزوماً دارای آثار انفجاری بوده یا برای اهداف تهاجمی ساخته شده باشد (فقیه حبیبی، ۱۳۹۵، ص ۱۲۸) و شناسایی سند مقررات تالین در خصوص رایاجنگ‌هایی که فقط اثرات سایبری، دیجیتالی و غیرفیزیکی ایجاد می‌کنند، مانند تخریب یا اخلال در داده‌ها، نیازمند تأمل بیشتر است. با عنایت به این‌که سند مقررات تالین نیز تأکید ویژه خود را بر عامل «شدت» به عنوان شاخص توسل به زور، معطوف داشته و از سوی دیگر نیز عامل مذکور را به‌گونه‌ای «پیامدمحور» تحلیل می‌نماید، حتی می‌توان با تمسک به سند مقررات تالین، با توجه به پیامدهای بحران‌آفرین رایاجنگ‌های مختل‌کننده زیرساخت‌های حیاتی، از تحقق معیار «شدت» و وقوع مخاصمه در اثر ارتکاب چنین رایاجنگ‌هایی سخن گفت.

همچنین، مضاف بر این‌که ارتکاب رایاجنگ‌های مختل‌کننده علیه زیرساخت‌های حیاتی می‌تواند تحقق بخش معیار «شدت» تلقی شود، با این حال، با عنایت به این‌که ماهیت هدف نیز ممکن است بر این‌که یک رایاجنگ به عنوان توسل به زور سایبری شناسایی شود یا خیر تأثیر بگذارد، ارتکاب رایاجنگ‌های مختل‌کننده علیه زیرساخت‌های حیاتی نیز به سبب ماهیت پراهمیت هدف خود، یارای شناسایی به عنوان رفتارهای مشمول وصف توسل به زور، به نظر می‌رسند. به‌طور مثال، یک رایاجنگ با اثرات مخرب محدود به شبکه رایانه‌ای یک کتابخانه شهری به‌وضوح به منزله توسل به زور نخواهد بود. برعکس، اگر شبکه

۲۳. پروژه آکسفورد که توسط محققان معتبر حقوق بین‌الملل، یعنی Duncan Hollis و Dapo Akande، برگزار شده بود، توسط مؤسسه اخلاق، حقوق و مخاصمات مسلحانه آکسفورد، دولت ژاپن و شرکت مایکروسافت حمایت می‌شد. بدان سبب که اکثر قریب به اتفاق زیرساخت‌های سایبری متعلق به شرکت‌های خصوصی است، مشارکت بخش خصوصی برای تضمین موفقیت در ایجاد چهارچوبی هنجاری، ضروری است و این یک چالش منحصربه‌فرد دیگر در اعمال مقررات حقوق بین‌الملل در فضای سایبر است.

مختل شده، یک زیرساخت اطلاعاتی حیاتی باشد یا برای عملکرد یک زیرساخت اطلاعاتی حیاتی ضروری باشد، رایانگ مذکور به احتمال زیاد به عنوان توسل به زور شناخته می‌شود، علی‌رغم این‌که صرفاً اثرات دیجیتالی ایجاد می‌کند (Roscini, 2016, p. 245). رایانگ‌هایی که اثرات فیزیکی ایجاد نمی‌کند، اما یک زیرساخت حیاتی را هدف قرار می‌دهد که چنین هدفی یک عنصر تعیین‌کننده برای تغییر شناسایی عملیات به عنوان توسل به زور یا عدم آن می‌باشد، عموماً تحت شرایط توسل به زور دانسته می‌شود و برعکس، اگر رایانگ فقط اثرات غیرفیزیکی ایجاد کند که بر زیرساخت‌های حیاتی کشور مورد نظر تأثیری نداشته باشد، بعید است که این رایانگ واجد شرایط توسل به زور دانسته شود (Roscini, 2014, p. 58). بنابراین، اتکای فزاینده بر زیرساخت‌های حیاتی به این معناست که یک عملیات سایبری مختل‌کننده که زیرساخت‌های حیاتی ملی را غیرفعال می‌کند، می‌تواند به همان اندازه شدید و خشونت‌آمیز باشد که یک رایانگ منجر به تخریب فیزیکی، شدید و خشونت‌آمیز است. بر این اساس، تمرکز سند مقررات تالین بر خسارت فیزیکی، نارسایی‌های استدلال آن را در قیاس با سلاح‌های سنتی در زمینه ایجاد یک مخاصمه مسلحانه سایبری برجسته می‌کند. آن دسته از رایانگ‌های مختل‌کننده که زیرساخت‌های حیاتی یا اطلاعاتی ملی را هدف قرار می‌دهند و در نتیجه، ارائه خدمات ضروری به جامعه آن کشور را مختل می‌کنند، دارای تأثیرات قابل توجه بر جامعه محسوب می‌شوند، به ویژه اگر اثرات آن‌ها بلندمدت باشد. در چهارچوب این شاخص، آسیب‌های بحران‌آفرین اجتماعی و اقتصادی را نیز باید در این زمینه در نظر گرفت. در این راستا، به نظر می‌رسد که با توجه به اهمیت زیرساخت‌های حیاتی یا اطلاعاتی ملی یک کشور، ایجاد اختلال گسترده در آن‌ها از طریق رایانگ‌های مختل‌کننده، می‌تواند مستقلاً به عنوان معیار برآورنده شاخص «شدت» و شاید مهم‌ترین و ملموس‌ترین شاخص دانسته شود.

یکی از علت‌هایی که ممکن است به عنوان چالش مانع برای تلقی رایانگ‌های مختل‌کننده زیرساخت‌های حیاتی به عنوان جنایت جنگی تلقی شود، دشواری ارزیابی و عدم وجود معیار عینی برای سنجش چنین آثاری است. این در حالی است که به نظر می‌رسد اولاً در رایانگ‌های تخریبگر نیز ایجاد آثار فیزیکی در جهان خارجی الزاماً موجب تلقی یک رایانگ تخریبگر به عنوان توسل به زور نمی‌شود و نمی‌توان صرف ایجاد آثار فیزیکی را

به عنوان شاخص الزامی برای تحقق توسل به زور دانست. به طور مثال، ارتکاب عملیات سایبری علیه یک گوشی همراه هوشمند در کشور دیگر که موجب افزایش حرارت و تخریب فیزیکی واحد پردازش مرکزی گوشی مذکور می‌شود، هیچ‌گاه به عنوان توسل به زور دانسته نخواهد شد. سند مقررات تالین نیز بر آن نظر است که «یک حادثه سایبری که تنها باعث آسیب، تخریب، جراحت یا مرگ محدود شود، لزوماً مخاصمه مسلحانه بین المللی محسوب نمی‌شود» (Schmitt & Vihul, 2017, p. 383-384). در غیر از رایاجنگ‌ها و در چهارچوب جنگ‌های سنتی نیز ایجاد آثار فیزیکی محدود را نمی‌توان به عنوان معیار در تحقق توسل به زور دانست. بر این اساس، با عنایت به این‌که الزاماً ایجاد آثار فیزیکی از سوی رایاجنگ‌های تخریبگر به مثابه تحقق توسل به زور دانسته نمی‌شود، در رایاجنگ‌های مختل‌کننده نیز نمی‌توان به صرف عدم ایجاد آثار فیزیکی، حکم به عدم تحقق توسل به زور صادر نمود. ثانیاً عدم احتساب رایاجنگ‌های مختل‌کننده به عنوان توسل به زور می‌تواند منجر به سطحی از مشروعیت بخشی به ارتکاب آن‌ها ذیل مقررات مربوط به حقوق بین‌الملل باشد. این در حالی است که مشروعیت بخشی به چنین اقداماتی می‌تواند تمام ارتباطات داخل و خارج از کشور هدف را مختل کنند، جریان تجارت و نظام اقتصادی کشور هدف را با تعطیلی مواجه گردانند و زیرساخت‌های اطلاعاتی کشور هدف را به طور کلی ناکارآمد سازند (Barkham, 2001, p. 91). جوازبخشی به ایجاد چنین بحران‌هایی در کشور هدف را نمی‌توان صرفاً به سبب عدم ایجاد آثار فیزیکی، موجه نمود. خارج نمودن رایاجنگ‌های مختل‌کننده به صرف عدم وجود معیار عینی برای ارزیابی آن‌ها در تحقق توسل به زور در حالی ناموجه است که رایاجنگ‌های مذکور می‌توانند به صورت‌های بحران‌آفرین، صلح و امنیت بین‌الملل را مورد خدشه قرار دهند و جوازبخشی به آن‌ها به سبب عدم وجود معیار عینی، نتیجتاً موجب نقض غرض حقوق بین‌الملل است که هدف آن، تضمین صلح و امنیت بین‌الملل می‌باشد. نگارندگان ضمن عدم پذیرش دلیل مخالفت مذکور، بر آن‌اند که با تعیین معیارهایی برای تشخیص توسل به زور در نتیجه ارتکاب رایاجنگ‌های مختل‌کننده، می‌توان از وقوع آن‌ها جلوگیری نمود. ثالثاً در راستای تقویت این نظر می‌توان به شرط مارتنس نیز استناد کرد که بر اساس آن، در جایی که موافقت‌نامه بین‌المللی وجود نداشته باشد، نظامیان و غیرنظامیان همچنان زیر لوای حمایتی اصول حقوق بین‌الملل که در عرف

مقرر، اصل انسانیت و آنچه از خرد جمعی ناشی می‌شود، ریشه دارد، قرار خواهند گرفت. رابعاً آن‌گونه که احتساب رایانگ‌های تخریبگر به‌عنوان توسل به زور نیز صرفاً بر اساس معیار ایجاد آثار فیزیکی، مورد انتقاد قرار گرفته، معیارهای دیگری برای تحقق توسل به زور سایبری پیشنهاد شده است.

در چهارچوب حقوق کیفری بین‌المللی، الزام به ایجاد خسارات فیزیکی از سوی عملیات‌های سایبری، به دلایل عمده مشکل‌ساز است و شاید همین موضوع باعث شده است که بتوان ادعا کرد نتیجه‌گیری سند مقررات تالین در خصوص این موضوع، بیان‌کننده یک اجماع نبوده و تاکنون نیز موجب ایجاد اجماع نشده است، تا آن‌جا که، چنان‌که اشاره شد، برخی دولت‌ها و اندیشمندان، دیدگاه مخالف را اتخاذ کرده‌اند و استدلال می‌کنند که اگر عملیات‌های سایبری مختل‌کننده به اندازه کافی شدید باشند که امنیت دولت را خصوصاً با اثرگذاری بر زیرساخت‌های حیاتی، تحت تأثیر قرار دهند، باید به معنای توسل به زور باشند (Roscini, 2014, p. 73-75; Ziolkowski, 2010, p. 245). به‌عنوان مثال، فرانسه «این امکان را رد نمی‌کند که یک عملیات سایبری بدون اثرات فیزیکی نیز به‌عنوان توسل به زور شناخته شود» و از این موضع حمایت کرده است که: «در غیاب خسارت فیزیکی، یک عملیات سایبری ممکن است بر اساس معیارهای متعدد، از جمله شرایط حاکم در زمان عملیات، مانند منشأ عملیات و ماهیت محرک عملیات (نظامی یا غیرنظامی)، میزان نفوذ، اثرات واقعی یا مورد نظر عملیات یا ماهیت هدف مورد نظر، توسل به زور تلقی شود» (Ministry of the Armies, 2019, p. 7).

به‌طور مشابه، هلند این دیدگاه را بیان کرده است که «نمی‌توان رد کرد که عملیاتی سایبری با تأثیرات مالی یا اقتصادی بسیار جدی، ممکن است به‌عنوان توسل به زور تلقی شود» (Letter from the Minister of Foreign Affairs to the President of the House of Representatives on the International Legal Order in Cyberspace, Appendix, 2019, p. 4). به‌طور کلی، دولت‌هایی که زیرساخت‌های آن‌ها وابستگی بیشتری به فضای سایبر دارد و بیشتر در معرض این‌گونه حملات قرار می‌گیرند، طبیعتاً تمایل دارند هرگونه حمله سایبری را تهدید و توسل به زور در چهارچوب بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحد به حساب آورند (آهنی امینه؛ فتح‌اللهی، ۱۳۹۳، ص ۱۲۳) تا بتوانند به حق دفاع مشروع متوسل شوند (کیهانلو؛ رضادوست، ۱۳۹۴، ص ۲۰۴). بر همین اساس است که دولت هلند حتی تا آن‌جا پیش رفته که گفته است «اگر حمله‌ای سایبری کل سیستم مالی هلند را هدف قرار دهد ... یا

اگر دولت را از انجام وظایف اساسی مانند نظارت یا اخذ مالیات باز دارد ... به عنوان حمله‌ای مسلحانه تلقی می‌شود و بنابراین باعث می‌شود که یک دولت حق دفاع مشروع را حتی با توسل به زور، داشته باشد» (Bijleveld, 2018).

همچنین حملات متعدد به زیرساخت‌های حیاتی درمانی که در طی شیوع کووید-۱۹ روی داد، بحث‌های دوباره درباره ماهیت رایاجنگ‌های مختل‌کننده و این بحث را که آیا ایجاد مخاصمه مسلحانه توسط آن‌ها نیازمند عواقب فیزیکی است یا خیر، موجب شد. پژوهشگران معتقدند که به دلیل شدت همه‌گیری و مقیاس تأثیرات ویروس در سراسر جهان، دولت‌ها تمایل بیشتری دارند تا رایاجنگ‌های مختل‌کننده‌ای را که زیرساخت‌های مراقبت‌های درمانی آن‌ها را هدف قرار می‌دهند، به عنوان مخاصمه مسلحانه توصیف کنند. استدلال شده است که: «... عملیاتی که یک بیمارستان بزرگ را تعطیل می‌کند یا به شکلی قابل توجه و مستقیم، در توزیع اطلاعات ضروری سلامت عمومی دخالت می‌کند، توسط دولت‌ها می‌تواند به عنوان توسل به زور دانسته شود، حتی اگر آسیب مستقیمی به جان انسان‌ها یا سلامتی آن‌ها وارد نکند و حتی اگر در زیرساخت‌ها یا تجهیزات به طور دائم مداخله ننماید» (Milanovic & Schmitt, 2020, p. 12). این اعلامیه‌های دولت‌ها و ملاحظات پژوهشی نشان می‌دهد که حقوق عرفی در خصوص توسل به زور و ایجاد مخاصمه مسلحانه و جنایت جنگی در فضای سایبر به سمتی پیش می‌رود که روزاروز بیشتر شامل خسارت‌های دیجیتالی و غیرفیزیکی ناشی از رایاجنگ‌های مختل‌کننده زیرساخت‌های حیاتی می‌شود.

۲-۳. تجمیع رایاجنگ‌های مختل‌کننده پایین‌تر از آستانه مخاصمه مسلحانه

در برخی شرایط، دولتی ممکن است قربانی برخی رایاجنگ‌های مختل‌کننده زیرساخت‌های حیاتی واقع شود که مجموعاً از آستانه توسل به زور عبور می‌کنند. با این حال، هر یک به صورت جداگانه، در مرتبه‌ای پایین‌تر از مخاصمه‌ای مسلحانه واقع می‌گردد (Dinniss, 2012, p. 93-95). این راهکاری است که اغلب مرتکبین رایاجنگ‌های مختل‌کننده علیه زیرساخت‌های حیاتی با استفاده از مجموعه‌ای از حملات با شدت خفیف‌تر از یک حمله واحد شدید، به کار می‌برند (داینیس، ۱۳۹۵، ص ۱۰۷). نظریه «تجمیع رویدادها» که به آن نظریه «خراشیدن با نوک سوزن»^{۲۴} نیز گفته می‌شود، به چنین موقعیت‌هایی می‌پردازد. این نظریه استدلال می‌کند که در این شرایط،

24. pin-prick theory

هر رویدادی که به صورت مجزا انجام می‌شود، به منزلهٔ مخاصمهٔ مسلحانه نیست، اما به طور تجمیعی، مخاصمهٔ مسلحانه یا حتی حملهٔ مسلحانه محسوب می‌شوند. دیوان بین‌المللی دادگستری در پروندهٔ نیکاراگوئه، با طرح این سؤال، راه را برای پذیرش این نظریه هموار کرد که آیا حملات جزئی مشروع ممکن است در تجمیع با هم، «حملهٔ مسلحانه» تلقی شوند یا خیر (ICJ Report, 1986, p. 119-120). همچنین می‌توان رویکردی مشابه را در پروندهٔ سکوهای نفتی^{۲۵} و پروندهٔ کنگو علیه اوگاندا^{۲۶} نیز یافت (ICJ Report, 2003, p. 191; ICJ Report, 2005, p. 223).

در برخی شرایط، رایاجنگ‌های مختل‌کنندهٔ زیرساخت‌های حیاتی ممکن است همزمان علیه اهداف مختلف انجام شود تا اثرات آن به حداکثر برسد. برای مثال، در خصوص عملیات‌های سایبری علیه استونی در سال ۲۰۰۷، چندین نهاد دولتی و خصوصی به طور همزمان هدف قرار گرفتند.^{۲۷} در شرایطی مانند رایاجنگ‌ها علیه استونی، نظریهٔ تجمیع رویدادها اجازه می‌دهد تا واقعیت حملهٔ در حال انجام که از چندین عملیات سایبری تشکیل شده است، در نظر گرفته شود. علاوه بر این، اکثر رایاجنگ‌های علیه زیرساخت‌های حیاتی که از آستانهٔ توسل به زور عبور می‌کنند و مخاصمه‌ای مسلحانه را تشکیل می‌دهند، ممکن است به حملهٔ مسلحانهٔ موجد حق دفاع مشروع تبدیل نشوند. از این رو، تجزیه و تحلیل آن‌ها در ترکیب با یکدیگر، ممکن است تنها راه موجود برای ایجاد حق دفاع مشروع برای کشور هدف باشد. با این حال، موقعیت‌هایی که در آن‌ها می‌توان به نظریهٔ تجمیع رویدادها تکیه کرد، محدودند (Roscini, 2014, p. 110).

دیوان بین‌المللی دادگستری در سال ۲۰۰۵ در خصوص شکایت جمهوری دموکراتیک کنگو علیه اوگاندا، رأی خود را در خصوص حقوق توسل به زور مرتبط با فعالیت‌های نظامی اوگاندا صادر نمود و ذیل بند ۱۴۶ این رأی، بیان می‌کند که اگر مجموعهٔ حملات صورت‌گرفته را بتوان یک جا در نظر گرفت و حملهٔ مسلحانه قلمداد نمود، همچنان برای کنگو قابل استناد

25. Oil Platforms case

26. Congo v. Uganda case

۲۷. عملیات سایبری علیه استونی که به صورت جداگانه یا جمعی، مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفت، عموماً یک مخاصمهٔ مسلحانه دانسته نشد. برای مشاهدهٔ دیدگاه مخالف، می‌بایست به نظر Matthew Sklerov مراجعه کرد. او (۲۰۰۹) استدلال می‌کند که رایاجنگ‌های علیه استونی به منزلهٔ مخاصمهٔ مسلحانه‌اند و نوشته است که «حملات سایبری در سال ۲۰۰۷ علیه استونی نمونه‌ای از مجموعه‌ای هماهنگ از حملات سایبری بود که در مجموع، به سطح مخاصمه‌ای مسلحانه رسیدند. توضیح آن‌که، در حالی که برخی از حملات به استونی علیه زیرساخت‌های حیاتی آن بود و ممکن بود به صورت منفرد نیز مخاصمهٔ مسلحانه در نظر گرفته شوند، تأثیر جمعی آن‌ها بسیار بیشتر از آسیب وارد شده در هر یک از حملات جداگانه بود و مطمئناً این موضوع حملات سایبری را به درجهٔ مخاصمهٔ مسلحانه می‌رساند.

نیستند (ICJ Report, 2005, p. 146). همچنین دیوان در رأی پرونده سکوه‌های نفتی، بدون تحلیل تفصیلی در خصوص این نظریه، به نظریه تجمیع رویدادها اشاره کرده است. دیوان در رأی مذکور با اشاره به نظر نماینده دائم آمریکا در سازمان ملل که گفته بود: «حمله به کشتی «شهر جزیره دریایی» آخرین حمله از سری حملات موشکی علیه کشتی‌های دارای پرچم آمریکا و سایر کشتی‌های غیرمتخاصم (کشتی‌های غیرعراقی) بوده که برای اهداف تجاری در آب‌های کویت فعالیت می‌کردند»، بیان می‌کند که با در نظر گرفتن جمیع رویدادها و با حفظ مسئولیت ایران، به نظر نمی‌رسد که این رویدادها بتوانند حمله مسلحانه علیه آمریکا تلقی شوند.

«اگر مجموع حملات انجام شده، فاصله زمانی بیش از اندازه نداشته باشد و عرفاً بتوان آن‌ها را یک حمله در نظر گرفت، اعمال دفاع مشروع در برابر آن‌ها می‌تواند از نظر حقوقی توجیه گردد و این تئوری در سال‌های آینده بر اثر گسترش احتمالی حملات سایبری، بیشتر از گذشته مورد استناد قرار خواهد گرفت» (نامدار؛ قاسمی، ۱۳۹۷، ص ۲۱۰). بر این اساس، می‌توان گفت که با وجود آن‌که دیوان در دو رأی اخیر، به طور صریح، تئوری تجمیع وقایع را نه تحلیل و نه تأیید نموده است، اما عبارات آرا حاکی از آن است که احتمال این‌که انباشتی از حملات با مقیاس کوچک را بتوان حمله‌ای مسلحانه تلقی نمود و علیه آن نسبت به دفاع مشروع اقدام نمود، توسط دیوان رد نشده است.

شایان توجه است که در خصوص حملات سایبری واقع شده از سوی چندین رایانه، همچون حملات موسوم به «بندآوری خدمات» که دارای پیامدهایی بیش از یک مخاصمه مرزی ساده‌اند، برای احتساب آن‌ها به عنوان یک مخاصمه مسلحانه تشکیل دهنده جنایت جنگی، ضرورتی برای تمسک به رویکرد مرکب نیست و مادام که حمله از یک مرجع واحد مدیریت شود، توسل به زور و مخاصمه مسلحانه واحد تلقی می‌شود. این‌گونه حمله به مثابه توسل به زوری است که توسط بمب افکن‌های متعدد و از سوی یک روبوشبکه واحد انجام می‌پذیرد.

۳. زیرساخت‌های حیاتی سایبری با کارکرد دوگانه

با عنایت به این‌که بسیاری از زیرساخت‌های حیاتی مورد هدف در رایاجنگ‌ها، زیرساخت‌های حیاتی سایبری با کاربرد دوگانه‌اند که هم مورد بهره‌برداری نظامی و هم مورد بهره‌برداری غیرنظامی واقع می‌شوند، در صورت تحقق مخاصمه، بررسی ماهیت نظامی یا غیرنظامی آن‌ها نیز در خصوص

وقوع یا عدم وقوع جنایت جنگی نسبت به آن‌ها، به عنوان یکی از اهداف پرتکرار در رایانگ‌های حمله‌کننده به زیرساخت‌های حیاتی، مؤثر است. مطابق با تعریف موجود از اشیای نظامی، حتی تأسیسات و شبکه‌های با کاربری دوگانه نیز ممکن است از نظر قانونی، به عنوان اهداف نظامی شناخته شوند (Schmitt & vihul, 2017, p. 445). اگر تعریف پذیرفته شده از اهداف نظامی مندرج در بند ۲ ماده ۵۲ از پروتکل الحاقی نخست به کنوانسیون‌های ژنو در این زمینه اعمال شود، طیف وسیعی از زیرساخت‌های حیاتی سایبری که اساساً ماهیت غیرنظامی دارند، به عنوان اهداف نظامی مشروع شناخته می‌شوند، زیرا همه آن‌ها به واسطه روشی که از آن‌ها استفاده می‌شود و این‌که انهدام یا خنثی‌سازی آن‌ها یک مزیت نظامی قطعی را مطابق با بند ۲ از ماده ۵۲ پروتکل الحاقی اول موجب می‌شود، به عنوان اهداف نظامی قابل شناسایی هستند. علاوه بر این، کدهای نظامی که در فضای سایبر جابه‌جا می‌شوند، به بسته‌های داده‌ای مختلف تقسیم می‌شوند که معمولاً همگی از طریق سامانه‌های غیرنظامی مختلف عبور می‌کنند. بنابراین، حتی در یک حمله سایبری، طیف وسیعی از زیرساخت‌های فیزیکی سایبری، یعنی سرورها، روترها، کابل‌ها یا ماهواره‌ها و نرم‌افزارها، برای کمک مؤثر به اقدام نظامی استفاده می‌شوند و بنابراین با این رویکرد، به عنوان اهداف نظامی قابل شناسایی‌اند. اما چنین تفسیرهایی در عصر دیجیتال منسوخ شده‌اند و تلقی مطلق آن‌ها به عنوان اهداف نظامی، اساساً با اهداف پروتکل الحاقی نخست نیز ناسازگار به نظر می‌رسد و در صورت کاربست تعریف پذیرفته شده از اهداف نظامی، اجزای مختلف زیرساخت‌های سایبری غیرنظامی به یک هدف نظامی مشروع تبدیل خواهند شد، زیرا در رایانگ‌ها، طرفین از ابزارهایی از جنگ سایبری استفاده می‌کنند که در آن‌ها بخش‌های قابل توجهی از زیرساخت‌های سایبری غیرنظامی برای کمک مؤثر به اقدامات نظامی استفاده می‌شود، لکن نامشخص است که دقیقاً کدام اجزا برای اهداف نظامی استفاده خواهند شد. به دلیل پیوستگی ماهیتی فضای سایبر، به سختی می‌توان با هر درجه‌ای از قطعیت پیش‌بینی کرد که در کدام ثانیه، کدام اجزای زیرساخت سایبری برای یک عملیات نظامی خاص مورد استفاده قرار گرفته یا قرار خواهد گرفت. بر این اساس و با توجه به چنین عدم قطعیتی، می‌توان ادعا نمود که همیشه می‌بایست فرض را به نفع وضعیت محافظت شده، یعنی وضعیت غیرنظامی، قرار داد، هرچند دور است که چنین رویکرد محدودکننده‌ای در عمل قبول گردد. بر این اساس، پیش‌بینی منطق حقوقی مؤثر برای برون‌رفت از این چالش مهم، ضروری به نظر می‌رسد.

۱-۳. مواجهه سنتی با زیرساخت‌های سایبری با کاربرد دوگانه

بر اساس «معیار هدف» مذکور در بند ۲ ماده ۵۲ پروتکل الحاقی نخست، که معیاری مبهم است، قصد استفاده از شیئی در آینده برای اقدامی نظامی، جهت ارزیابی آن به عنوان هدف نظامی، کافی دانسته شده است (Sandoz and et al., 2022, p. 21). در صورت عدم وجود قطعیت در این خصوص، بند ۳ ماده ۵۲ مقرر می‌دارد که در صورت تردید، - تا آن جا که به اشیایی که معمولاً به اهداف غیرنظامی اختصاص داده می‌شوند، مربوط است - فرض می‌شود که از اشیای مورد نظر استفاده نظامی نمی‌شود. با این حال، گزاره اخیر که اصل را بر غیرنظامی بودن سامانه‌های سایبری با قابلیت دوگانه می‌نهد، نتوانسته است وضعیت قانون عرفی را در حقوق بین‌الملل به دست بیاورد. بنابراین، اکنون هر زیرساخت سایبری غیرنظامی که به سختی به عنوان یک هدف عموماً اختصاص داده شده به اهداف غیرنظامی شناخته می‌شود، می‌تواند قاعدتاً به عنوان هدفی نظامی تلقی گردد. در مواردی که بند ۳ ماده ۵۲ قابل اجرا نیست، به وضوح مشخص نیست که برای اثبات قصد و نیت دشمن در خصوص استفاده آتی از یک شیء به عنوان شیء نظامی، به چه درجه‌ای از قطعیت یا اثبات نیاز هست (Oeter, 2008, p. 180-181). بیشتر اشیای غیرنظامی در دنیای واقعی به سادگی پتانسیل نظامی قابل توجهی ندارند و بنابراین هرگز به روش نظامی مورد استفاده قرار نخواهند گرفت. این یکی از جنبه‌هایی است که به نظر می‌رسد حوزه سایبری اساساً در آن متفاوت است. هر ذره‌ای از ظرفیت حافظه یا قدرت رایانه‌ها، در هر کجا که باشند، همیشه قابلیت عملکرد نظامی دارد و به همین دلیل است که سیستم‌های نظامی و غیرنظامی به طور ذاتی به هم مرتبط اند. هیچ تفاوتی بین رایانه نظامی و غیرنظامی وجود ندارد. هر رایانه و اساساً هر بخشی از زیرساخت سایبری بزرگ‌تر می‌تواند برای خدمت به ارتش و حوزه غیرنظامی به صورت متقابل یا همزمان استفاده شود. در واقع، در حوزه سایبری چنین «استفاده دوگانه» ای معمولاً همزمان رخ می‌دهد. بنابراین، ۹۹ درصد از ظرفیت یک سرور ممکن است منحصراً برای انجام وظایف مهم غیرنظامی استفاده شود، در حالی که ۱ درصد یا حتی تنها ۰٫۱ درصد از ظرفیت آن ممکن است همزمان برای ارتباطات نظامی و سایر اهداف نظامی استفاده شود. با وجود این‌گونه کاربرد همزمان در فعالیت‌های نظامی و غیرنظامی، به نظر می‌رسد که دیدگاه پذیرفته شده این است که هر گونه استفاده نظامی، هرچند حداقلی، شیئی غیرنظامی را به هدفی نظامی تبدیل می‌کند (Dinstein, 2010, p. 141). نتیجه این است که در هر «رایا جنگ» در آینده، علی‌رغم اصل پذیرفته شده برای

حفاظت از غیرنظامیان در مخاصمات مسلحانه سایبری، تعریف مذکور از اهداف نظامی می‌تواند اساساً هر جزء از زیرساخت‌های سایبری را به یک هدف نظامی مشروع تبدیل کند. در این راستا، حتی اگر به نظر برسد که فضای سایبر از نظر فنی، امکان حملات بسیار دقیق و تفکیک‌گر علیه تأسیسات نظامی خاص را داراست، از نظر قانونی، در چهارچوب رویکرد فوق، بر اساس تعریف معاصر از اهداف نظامی، کل زیرساخت سایبری یک کشور به طور بالقوه می‌تواند به عنوان یک هدف نظامی، پس از درگیر شدن در مخاصمه‌ای مسلحانه، شناخته شود که حمله به آن‌ها مشمول هیچ ممنوعیت منجر به وقوع جنایت جنگی نخواهد بود. این نتیجه، خصوصاً برای دولت‌ها و جوامع مدرن که جنبه‌های مهم زندگی غیرنظامی آن‌ها به شدت و به طور فزاینده‌ای به فضای سایبر کارآمد وابسته است، نگران‌کننده است.

۳-۲. تلاش برای مواجهه نوین با زیرساخت‌های سایبری با کاربرد دوگانه

تعریف تثبیت‌شده از اهداف نظامی همواره توسط برخی از نویسندگان مورد انتقاد قرار گرفته است که «آن قدر گسترده است که می‌تواند عملاً هر چیزی را شامل شود» (Cassese, 2001, p. 993). تعریف محدودتر از اهداف نظامی می‌تواند به ایجاد تعادل مناسب‌ترین ضرورت‌های نظامی و ملاحظات بشردوستانه در حوزه سایبر و تشخیص بهتر اهداف نظامی از سیستم‌ها و تأسیسات حفاظت‌شده غیرنظامی کمک کند. یک راه حل، مستثنا کردن زیرساخت‌های سایبری مهم نظامی با ظرفیت استفاده دوگانه دارای کارکرد عمدتاً غیرنظامی، همچون اجزای خاص زیرساخت‌های سایبری، از محدوده اهداف نظامی مشروع است، مانند گره‌های اصلی تبادل اینترنت یا سرورهای مرکزی که میلیون‌ها کارکرد غیرنظامی مهم بر آن‌ها متکی است. البته این رویکرد نه جدید است و نه با قوانین بشردوستانه بیگانه است. بند ۱ ماده ۵۶ پروتکل الحاقی نخست، برخی از اشیاء را به دلیل پیامدهای انسانی شدیدی که ممکن است حمله به این اشیاء داشته باشد، حتی در مواردی که این اشیاء به عنوان اهداف نظامی واجد شرایط اند، از جواز حمله مستثنا کرده و حمله به آن‌ها را ممنوع می‌سازد (Dinstein, 2010, p. 102). بنابراین، بند ۱ ماده ۵۶ اشیایی با کاربرد دوگانه را مقرر می‌دارد که تخریب آن‌ها می‌تواند بر جمعیت غیرنظامی تأثیرات سوء قابل توجهی بگذارد. بر اساس این استدلال، بند ۱ ماده ۵۱ مقرر می‌دارد که حتی سایر اهداف نظامی واقع در مجاورت چنین تأسیساتی نیز نباید هدف حمله قرار گیرند. با کاربست این نگاه در قلمرو فضای سایبر، رویکرد بند فوق می‌تواند بر تأسیسات سایبری نیز مشابه با اشیایی که در حال حاضر در ماده

۵۶ پروتکل الحاقی اول فهرست شده‌اند، اعمال شود. خنثی کردن یا تخریب تأسیسات مذکور منجر به تأثیرات قابل توجه بر غیرنظامیان می‌شود که از مزایای نظامی حاصل شده معمولاً بیشتر است. در حوزه فضای سایبر، این رویکرد می‌تواند به کاهش آثار سوء بر جمعیت غیرنظامی کمک کند و از این واقعیت ناشی می‌شود که اجزای اصلی زیرساخت‌های سایبری دوگانه به طور اجتناب‌ناپذیری همیشه در عملیات سایبری نظامی، هرچند به صورت حداقلی، دخیل‌اند و این در حالی است که چنین تأسیساتی عمدتاً وظایف غیرنظامی را انجام می‌دهند و ممکن است برای عملکرد کلی ترافیک سایبری غیرنظامی ضرورت داشته باشند. چنین معافیت‌هایی به ویژه مرتبط با ماهیت قلمرو سایبری به نظر می‌رسد، زیرا اختلال در اجزای زیرساخت‌های سایبری، از نظر جغرافیایی، نمی‌تواند محدود به کشور مورد هدف باشد و ممکن است پیامدهایی برای عملکرد فضای سایبری در سراسر جهان داشته باشد و از این منظر موجب ایجاد آثار سوء بر غیرنظامیان شود. البته ممکن است این چنین استدلال شود که قیاس با ماده ۵۶ و توسیع این ماده به فضای سایبر، عملی به نظر نمی‌رسد، زیرا استثنای ارائه شده توسط بند نخست ماده ۵۶ پروتکل الحاقی نخست، تنها بر اساس احتمال «تلفات شدید در میان جمعیت غیرنظامی» توجیه می‌شود. تأثیر غیرنظامی ناشی از حملات علیه اجزای زیرساخت‌های سایبری، هرچند احتمالاً در مقیاس بسیار بزرگ خواهد بود و باعث از بین رفتن عملکرد سایبری هزاران نفر می‌شود، اما معمولاً به سطح مشابه مذکور در ماده فوق در خصوص شدت حمله، مانند آثار مخرب ناشی از تخریب تأسیسات هسته‌ای یا یک سد، نمی‌رسد.

در صورت عدم پذیرش راه‌حل فوق برای مستثنا کردن زیرساخت‌های حیاتی سایبری با کاربرد دوگانه از دایره اهداف نظامی مشروع، می‌بایست سایر تکالیف موجود در حقوق بشردوستانه بین‌المللی مربوط به جداسازی اهداف نظامی از غیرنظامی یا رعایت احتیاط در حمله هنگام ارتکاب رایاجنگ علیه زیرساخت‌های مذکور را مورد توجه قرار داد (Jensen, 2010, p. 1552) که هیچ یک موجب آن نمی‌شود که بتوان مطلقاً زیرساخت‌های حیاتی سایبری با کاربرد دوگانه را به عنوان اهداف غیرنظامی محافظت شده محسوب نمود.

۴. رسیدگی به رایاجنگ‌های مختل‌کننده زیرساخت‌های حیاتی نزد دیوان کیفری بین‌المللی

رسیدگی

دیوان کیفری بین‌المللی برای رسیدگی به حملات سایبری تخریب‌گر، به سبب عدم وجود

اختلاف در خصوص وصول به آستانه مخاصمه مسلحانه سایبری در نتیجه رایانگ‌های تخریبگر، با چالش جدی مواجه نیست، لکن در خصوص رایانگ‌های مختل‌کننده، با عنایت به این‌که هدف اصلی حقوق کیفری بین‌المللی، آن‌گونه که در مقدمه اساسنامه رم مورد اشاره قرار گرفته، «پایان دادن به بی‌کیفرمانی» برای «جدی‌ترین جنایات مربوط به جامعه بین‌المللی» است (بیگ‌زاده، ۱۴۰۲، ص ۱۳۳۰)، بررسی این موضوع ضروری است که آیا ماده ۸ اساسنامه رم می‌تواند رایانگ‌های مختل‌کننده زیرساخت‌های حیاتی را نیز که در چهارچوب هیچ مخاصمه دیگری رخ نمی‌دهد، مخاصمه مسلحانه محسوب کند و در محدوده صلاحیتی خود قرار دهد یا خیر؛ هرچند چنین پیشرفت‌های فناورانه‌ای در زمان تدوین آن پیش‌بینی نمی‌شده است. برای این منظور، اگر دیوان کیفری بین‌المللی به نتیجه‌گیری‌های سند مقررات تالین تکیه کند، این امر می‌تواند منجر به مستثنا کردن همه گونه‌های رایانگ‌های مختل‌کننده، حتی رایانگ‌های مختل‌کننده زیرساخت‌های حیاتی، از محدوده صلاحیتی دیوان کیفری بین‌المللی باشد. رایانگ‌های مختل‌کننده زیرساخت‌های حیاتی می‌توانند منجر به عواقبی ویرانگر شوند و با افزایش روزروز وابستگی به فناوری، اختلال در زیرساخت‌های حیاتی می‌تواند به اندازه‌ی توسل به زور منجر به آثار فیزیکی، موجب ورود خسارت شود (Kilovaty, 2016, p. 127). به این ترتیب، می‌بایست برای تأثیرات حملاتی که صرفاً در حوزه دیجیتال رخ می‌دهند و به هیچ‌گونه نمودهای تخریب فیزیکی منجر نمی‌شوند، قائل به موضوعیت شد، زیرا غفلت از خسارت دیجیتال، می‌تواند منجر به نادیده گرفته شدن اشکال جدیدی از ظلم شود که از آن‌ها به عنوان رایانگ‌های مختل‌کننده زیرساخت‌های حیاتی یاد می‌شود.

دولت‌ها به‌طور فزاینده‌ای این دیدگاه را بیان می‌کنند که حقوق بشردوستانه بین‌المللی انواع خاصی از عملیات‌های سایبری مختل‌کننده زیرساخت‌های حیاتی را ممنوع می‌سازد (Georgia, 2020, p. 214) و مثال آن، در خصوص رویکردهای کشور فرانسه و هلند، گذشت. کمیته بین‌المللی صلیب سرخ نیز دیدگاه مخالف با سند مقررات تالین را اتخاذ می‌کند و به این نتیجه می‌رسد که «صرف غیرفعال کردن یک چیز مانند خاموش کردن شبکه برق بدون تخریب آن نیز باید به عنوان یک حمله شناخته شود» (Dörmann, 2004). آن‌گونه که کمیته بین‌المللی صلیب سرخ اشاره کرده است: «اگر مفهوم حمله تنها به عنوان اشاره به عملیاتی باشد که منجر به مرگ، جراحت یا آسیب فیزیکی شود، عملیاتی سایبری که هدف آن ناکارآمد کردن شبکه‌ای غیرنظامی (مانند برق، بانک

یا ارتباطات) است یا انتظار می‌رود که اتفاقاً باعث ایجاد چنین آثاری شود، ممکن است تحت پوشش مقررات ضروری حقوق بشردوستانه بین‌المللی که از جمعیت غیرنظامی و اشیای غیرنظامی محافظت می‌کند، قرار نگیرد. تطبیق چنین درک بیش از حد محدودکننده‌ای از مفهوم حمله با موضوع و هدف قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی در مورد ارتکاب مخاصمات دشوار خواهد بود» (International Committee of the Red Cross, 2019, p. 8).

هرچند برخی صاحب‌نظران بر آن هستند که «کنوانسیون‌های ژنو و مقررات حقوق بشردوستانه در کل به طور کامل نمی‌توانند همه گونه‌های عملیات سایبری را که در جنگ‌ها و غیر آن مورد استفاده قرار می‌گیرند، مورد پوشش قرار دهند و بنابراین، شایسته است دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی در صدد آن بر آیند تا در قالب معاهده‌ای جدید، مقررات مربوط به جنگ سایبری را تهیه و تبیین کنند» (عسکری، ۱۴۰۱، ص ۲۴۳)، لکن در مواردی که برخی از عبارات اساسنامه رم قابلیت تفسیر داشته باشد، می‌بایست در چهارچوب رویکردی پویا مورد تفسیر واقع شود و منعکس‌کننده تحولات فناورانه در جنگ و گفتمان در حال توسعه در خصوص آسیب دیجیتال باشد که در جامعه بین‌المللی رخ می‌دهد، به‌گونه‌ای که رایاجنگ‌های مختل‌کننده را در محدوده صلاحیتی ماده ۸ قرار دهد و اطمینان حاصل کند که نقض دیجیتال حقوق بشردوستانه بین‌المللی بی‌کیفر باقی نمی‌ماند. رویه قضائی دیوان نشان داده است که رویکرد هدفمند و غایت‌نگر به ماده ۸ را می‌توان در مواردی اتخاذ کرد و در غیر این صورت، موضوع و هدف اساسنامه دیوان را تضعیف می‌کند؛ اساسنامه‌ای که چیزی جز تضمین این نیست که جدی‌ترین جنایات نگران‌کننده برای جامعه بین‌المللی به عنوان یک کل، دیگر بی‌کیفر باقی نمانند (ICC, 2007, p. 281)^{۲۸}. همچنین باید به خاطر داشت که دیوان کیفری بین‌المللی موظف است «در صورت اقتضا، ... اصول تثبیت شده حقوق بین‌الملل در خصوص مخاصمات مسلحانه» را اعمال کند^{۲۹} و حسب پاراگراف سوم ماده ۲۱ اساسنامه رم، قانون را به‌گونه‌ای تفسیر نماید که «منطبق با حقوق بشر شناخته شده بین‌المللی» باشد که هر دوی این موارد به طور طبیعی در طول زمان و در پاسخ به توسعه فناوری‌های جدید تکامل خواهد یافت. اثرات غیرفیزیکی حملات سایبری «می‌تواند اثرات فاجعه‌باری بر جامعه

۲۸. در این خصوص، در رأی فوق، مقدمه و مواد ۱ و ۵ از اساسنامه رم مورد ارجاع قرار گرفته است.

۲۹. این موضوع در بند «ب» از پاراگراف نخست ماده ۲۱ اساسنامه رم، مورد اشاره قرار گرفته است، لکن از سوی دیگر، لازم به ذکر است که بر اساس بند «الف» از پاراگراف نخست ماده مزبور، اعمال حقوق بشردوستانه بین‌المللی، در مقایسه با اعمال «اساسنامه، عناصر جرائم و قواعد دادرسی و ادله» خود دیوان کیفری بین‌المللی، در اولویت دوم قرار دارد.

مدنی داشته باشد» (Li, 2013, p. 188). استفاده از رایاجنگ‌های مختل‌کننده زیرساخت‌های حیاتی در جنگ می‌تواند منجر به حملات مکرر علیه غیرنظامیان نسبت به جنگ‌های متعارف شود، مگر این‌که به دقت مورد تنظیم‌گری واقع شوند، زیرا چنین جنگ‌هایی می‌تواند بدون ایجاد آسیب فیزیکی مستقیم بر روی اشیای غیرنظامی، انجام شود و در نتیجه، هزینه سیاسی کمتری داشته باشد (Kelsey, 2008, p. 1439-1441). به این دلایل، علی‌رغم وجود خلأهای تقنینی در ماده ۸ اساسنامه رم (بیگزاده، ۱۴۰۲، ص ۱۳۲۷)، دیوان کیفری بین‌المللی می‌تواند رویکرد «برابری با آثار حملات سنتی فیزیکی» را در تفسیر خود از ماده ۸ اساسنامه، رد کند تا امکان تعقیب جدی‌ترین تهدیدها علیه معیشت دیجیتال غیرنظامیان و جلوگیری از مصونیت از کیفر در فضای سایبر فراهم شود.

نتیجه‌گیری

حملات سایبری به یکی از وقایع پرتکرار در جهان امروز تبدیل شده‌اند و قدرت کشورهای مختلف در استفاده از گونه‌های پیشرفته آن‌ها تا آن‌جا پیش رفته است که از رایاجنگ‌ها، به عنوان ابزاری نظامی، جهت نمایش یا اعمال قدرت استفاده می‌کنند. استفاده فزاینده از حملات مذکور موجب گسترش تأثیرات آن‌ها در طیفی از آثار فیزیکی (تخریب‌گر) و غیرفیزیکی (مختل‌کننده) شده و برخی رایاجنگ‌ها را پدید آورده است که مانند تمام دیگر گونه‌های جنگ، همه کشورهای جهان ناگزیر از تنظیم‌گری و وضع محدودیت بر آن‌ها نیستند. آن‌گونه که سایر گونه‌های جنگ با وضع مقررات حاکم بر جنگ که نقض آن‌ها موجب شکل‌گیری جنایات جنگی می‌شود، مورد تنظیم‌گری واقع شده‌اند، در صورت امکان استفاده از مقررات حاکم بر جنگ و وضع ضمانت اجرای وقوع جنایت جنگی بر رایاجنگ‌ها، این‌گونه جدید جنگ نیز تا حدی مورد تنظیم‌گری واقع می‌شود.

رایاجنگ‌های ایجادگر آثار فیزیکی که از آن‌ها با عنوان «رایاجنگ‌های تخریب‌گر» یاد می‌شود، به سبب ایجاد آثار مشابه با جنگ‌های سنتی، بر اساس ادبیات نظری موجود، در چالش بسیار کمتری برای احتساب به عنوان جنایت جنگی قرار دارند، و این در حالی است که رایاجنگ‌های ایجادگر آثار غیرفیزیکی که «رایاجنگ‌های مختل‌کننده» نیز خوانده می‌شوند، آن‌گاه که آثار خود را بر «زیرساخت‌های حیاتی» واقع می‌سازند، علی‌رغم ایراد ضرر بسیار بر کشور مورد هدف، برای احتساب به عنوان جنایت جنگی، با چالش جدی مواجه‌اند. علی‌رغم عدم وجود تعریف واحد

میان کشورها در سطح جهان در خصوص «زیرساخت‌های حیاتی»، تعاریف موجود بسیار شبیه یکدیگرند و بر اساس هر تعریفی که پذیرفته شود، زیرساخت‌های حیاتی امروزی به طور اساسی به سامانه‌ها و شبکه‌های رایانه‌ای وابسته بوده و بنابراین، به ویژه در برابر رایاجنگ‌های مختل‌کننده آسیب‌پذیرند که این موضوع تأکیدی بر ضرورت تنظیم‌گری چنین رایاجنگ‌هایی در چهارچوب مقررات مربوط به جنایات جنگی است.

در صورتی می‌توان برخی اقدامات ارتکاب‌یافته در رایاجنگ‌های مختل‌کننده زیرساخت‌های حیاتی را به عنوان جنایت جنگی سایبری بر اساس مقررات موجود تلقی نمود که شرط زمینه‌ای برای وقوع جنایات جنگی در رایاجنگ موضوع رسیدگی وجود داشته باشد. شرط زمینه‌ای مذکور مشتمل بر آن است که در نتیجه یک رایاجنگ مختل‌کننده زیرساخت‌های حیاتی، مبتنی بر آموزه‌های مرتبط با حقوق مخاصمات مسلحانه، یک مخاصمه مسلحانه بین المللی یا غیربین‌المللی واقع شده باشد. سطح وقوع یک مخاصمه مسلحانه در خصوص رایاجنگ‌ها، دچار ابهام است. در ادبیات رایج حقوق بین‌الملل، به سبب شهرت اعتبار نظر سند مقررات تالین در فضای سایبر، برخی «ایجاد آثار فیزیکی» را ضرورت تشکیل مخاصمه مسلحانه سایبری می‌دانند و این موجب شده است که در تلقی رایاجنگ‌های تخریبگر به عنوان جنایت جنگی، هم‌نظری بیشتری میان صاحب‌نظران وجود داشته باشد و این در حالی است که به نظر می‌رسد حتی مبتنی بر سند مقررات تالین که مهم‌ترین شاخص را برای توسل به زور، وقوع «شدت» می‌داند و آن را در راستای پیامدهای ایجاد شده ناشی از رایاجنگ معنا می‌بخشد، می‌توان از تحقق مخاصمه سخن گفت آن‌گاه که رایاجنگ‌های مختل‌کننده زیرساخت‌های حیاتی، موجب ایجاد بحران‌های کلان ملی در سطح یک اجتماع می‌شوند.

بر این اساس، در تحلیلی روزآمد و پویا در خصوص تحقق معیار «شدت»، به عنوان آستانه وصول به مخاصمه مسلحانه سایبری، آستانه لازم برای وقوع توسل به زور و شکل‌گیری مخاصمه مسلحانه، از یک سو، ضرورتاً محدود به ایجاد آثار و خسارات فیزیکی مشابه با حملات سنتی نبوده و از سوی دیگر، آن‌گونه نیست که بتوان هر گونه ایجاد اختلال در سامانه‌های رایانه‌ای طرف متخاصم را نیز شامل شود و به‌گونه‌ای آستانه میانه ایجاد آثار فیزیکی صرف و ایجاد آثار غیرفیزیکی صرف را شامل می‌شود. با این توضیح که علاوه بر شمول نسبت به حملات سایبری موجب آثار فیزیکی، شامل خسارت غیرفیزیکی و مختل‌کننده زیرساخت‌های حیاتی ملی نیز می‌شود.

بر این اساس، از منظر عناصر زمینه‌ای لازم برای وقوع جنایات جنگی سایبری در نتیجه رایاجنگ‌های مختل‌کننده زیرساخت‌های حیاتی و رسیدگی نزد دیوان کیفری بین‌المللی، نیاز به اصلاح اساسنامه رم نیست و مقررات موجود در دو حوزه حقوق بشردوستانه بین‌المللی و حقوق کیفری بین‌المللی، با انعطاف لازم، یارای تنظیم‌گری رایاجنگ‌های مختل‌کننده زیرساخت‌های حیاتی مبتنی بر حقوق جنگ، هستند. در پرتو این راهبرد، دیوان کیفری بین‌المللی می‌تواند رویکرد «برابری با آثار حملات سنتی فیزیکی» را در تفسیر خود از ماده ۸ اساسنامه، رد کند تا متعاقب ارتکاب رایاجنگ‌های مختل‌کننده زیرساخت‌های حیاتی، امکان تعقیب جدی‌ترین تهدیدها علیه معیشت دیجیتال غیرنظامیان و جلوگیری از مصونیت از کیفر در فضای سایبر فراهم شود.

فهرست منابع

۱. آهنی امین، محمد؛ فتح‌اللهی، فاطمه‌زهرا. (۱۳۹۳ش). حقوق بین‌الملل مدرن در مواجهه با جنگی بست‌مدرن (نبرد سایبری). راهبرد، ش ۷۲، ص ۱۱۶-۱۴۴.
۲. برداران، نازنین؛ حبیبی، همایون. (۱۳۹۸ش). قابلیت اعمال قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه در جنگ‌های سایبری. مطالعات حقوق عمومی، ۴۹(۱)، ۱۳۹-۱۵۸. <https://doi.org/10.22059/jplsq.2017.228162.1478>
۳. بیگزاده، ابراهیم. (۱۴۰۲ش). حقوق بین‌الملل، (جلد دوم). تهران: نشر میزان.
۴. پاکزاد، بتول. (۱۳۸۸ش). تروریسم سایبری. رساله دکتری، (استاد مشاور: علی حسین نجفی ابرندآبادی). دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی. گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی. تهران.
۵. خلیل‌زاده، مونا. (۱۳۹۳ش). مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها در قبال حملات سایبری. تهران: مجد.
۶. داینیس، هیتر هریسن. (۱۳۹۵ش). جنگ سایبری و حقوق جنگ، (ترجمه سعید حکیمی‌ها و هومان شاهرخ). تهران: میزان.
۷. دهقانی، پریسا؛ رضانی‌قوام‌آبادی، محمدحسین؛ علی‌پور، محمدرضا. (۱۴۰۱ش). شرط مارتنس در حقوق کیفری بین‌المللی، ماهیت و کارکردهای تفسیری. آموزه‌های حقوق کیفری، ۱۹(۲۳)، ۱۲۳-۱۵۶. [doi://https.2022.3988.1634.cld/10.30513/org](https://doi.org/10.30513/org.2022.3988.1634.cld/10.30513/org)
۸. رضائی، مسعود؛ جلالی، محمود. (۱۳۹۷ش). جنگ سایبری و توسعه حقوق بین‌الملل منع توسل به زور. مطالعات حقوق عمومی، ۴۸(۳)، ۶۹۷-۷۱۳. <https://doi.org/10.30513/cld.2022.3988.1634>
۹. رنجبر، علیرضا؛ گرشاسبی، علی. (۱۳۹۹ش). موانع بنیادین فراروی تدوین حقوق بین‌الملل حاکم بر حمله سایبری. مجله حقوقی بین‌المللی، ۳۷(۶۳)، ۲۳۷-۲۶۴. [https://doi.org/10.22066/cila-](https://doi.org/10.22066/cila-mag.2020.111943.1823)
۱۰. شاملو، باقر؛ خلیلی پاجی، عارف. (۱۴۰۰ش). جرم‌انگاری در حوزه رمزرها. آموزه‌های حقوق کیفری، ۱۸(۲۱)، ۲۹-۶۸. <https://doi.org/10.30513/cld.2021.1420.1230>
۱۱. شریفی طرازکوهی، حسین. (۱۳۹۵ش). حقوق بشردوستانه بین‌المللی. تهران: میزان.
۱۲. ضیایی بیگدلی، محمدرضا. (۱۳۹۷ش). حقوق جنگ؛ حقوق بین‌الملل مخصصات مسلحانه. تهران: دانشگاه علامه طباطبائی.
۱۳. عسکری، پوریا. (۱۴۰۱ش). «حقوق بشردوستانه در جنگ سایبری»، در: دانشنامه رفتار سایبری، (به‌کوشش باقر شاملو). تهران: میزان.
۱۴. فقیه حبیبی، علی. (۱۳۹۵ش). جنگ مدرن و تخصصات سایبری در چارچوب فضای بین‌الملل. جستارهای سیاسی معاصر، ۷(۱۹)، ۱۱۵-۱۴۴.
۱۵. کاسسه، آنتونیو؛ گایتا، پائولو؛ بیگ، لورل؛ فان، ماری؛ گاسنل، کریستوفر؛ ویتینگ، الکس. (۱۴۰۱ش). حقوق بین‌الملل کیفری، (ترجمه حسین پیران). تهران: نشر نو.
۱۶. کیهانلو، فاطمه؛ رضادوست، وحید. (۱۳۹۴ش). حملات سایبری به‌منابۀ توسل به زور در سیاق منشور سازمان ملل متحد. تحقیقات حقوقی، ۱۸(۶۹)، ۱۹۳-۲۰۸.
۱۷. گیوکی، آذر؛ کفای‌فر، محمدعلی؛ رضایی، محمدتقی. (۱۴۰۰ش). حملات سایبری و لزوم رعایت اصول اساسی حقوق بشردوستانه در آن‌ها. تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، ۱۴(۵)، ۲۲۷-۳۰۵. <https://doi.org/10.30513/cld.2021.1420.1230>

org/10.30495/alr.2021.1872408.1562

۱۸. محقق هرچقان، علیرضا؛ اردبیلی، محمدعلی؛ بیگ‌زاده، ابراهیم؛ مهدوی ثابت، محمدعلی. «الف». (۱۴۰۲ش). حقوق بین‌الملل سایبری و توسعه صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی (با تأکید بر مذاکرات تالین ۲۰۱۷ میلادی). مطالعات حقوق عمومی، ۵۳(۳)، ۱۵۳۷-۱۵۵۹. <https://doi.org/10.22059/jplsq.2022.329515.2869>
۱۹. محقق هرچقان، علیرضا؛ اردبیلی، محمدعلی؛ بیگ‌زاده، ابراهیم؛ مهدوی ثابت، محمدعلی. (۱۴۰۱ش). اثربخشی دستورالعمل تالین ۲۰۱۷ میلادی بر صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی در ایجاد صلح و امنیت سایبری بین‌المللی. آموزه‌های حقوق کیفری، ۱۹(۲۳)، ۲۶۹-۲۹۶. <https://doi.org/10.30513/cld.2022.3192.1502>
۲۰. محقق هرچقان، علیرضا؛ اردبیلی، محمدعلی؛ بیگ‌زاده، ابراهیم. «ب». (۱۴۰۲ش). صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی و رسیدگی به جنایات بین‌المللی سایبری در عرصه‌های انسانی حقوق بین‌الملل. پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، ۱۱(۲۱)، ۳۰۳-۳۲۷. <https://doi.org/10.22034/jlc.2023.389750.1827>
۲۱. نامدار، سعید؛ قاسمی، غلامعلی. (۱۳۹۷ش). بررسی مفهوم دفاع مشروع در پرتو حملات سایبری (با تأکید بر حمله استاکس‌نت به تأسیسات هسته‌ای ایران). مطالعات حقوقی، ۱۰(۱)، ۱۹۹-۲۳۵. <https://doi.org/10.22099/jls.2018.23191.2178>
۲۲. نژندی منش، هیبت‌الله. (۱۳۹۴ش). حقوق بین‌الملل کیفری در رویه قضایی. تهران: خرسندی.
۲۳. نجفی ابرندآبادی، علی حسین. (۱۳۸۸ش). درباره بزهکاری و جرم‌شناسی سایبری. تعالی حقوق (ماهنامه آموزشی دادگستری کل استان خوزستان)، ۴(۳۶).
۲۴. نجفی ابرندآبادی، علی حسین. (۱۳۹۵ش). «از جرم‌شناسی حقیقی تا جرم‌شناسی مجازی»، دیباچه بر: پیکا، ژرژ. جرم‌شناسی، (ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، ویراست ۳). تهران: میزان.
25. Akande, Dapo, and Hollis, Duncan. (2020). *The Oxford Process on International Law Protections in Cyberspace*. Oxford: Oxford Institute for Ethics, Law and Armed Conflict. <https://www.elac.ox.ac.uk/the-oxford-process/>.
26. Barkham, Jason. (2001). Information Warfare and International Law on the Use of Force. *New York University Journal of International Law and Politics*, 34 (57).
27. Bijleveld, A. (2018). Keynote Address, Diplomacy and Defence in Cyber Space. *cyber seminar in Hague*. 20 June 2018. <https://english.defensie.nl/downloads/speeches/2018/06/21/keynote-address-by-the-minister-of-defence-ms.-ank-bijleveld-marking-the-firstanniversary-of-the-talinn-manual-2.0-on-the-20th-of-june-2018>.
28. Brown G, and Tullos O. (2012). On the Spectrum of Cyberspace Operations. *Small Wars Journal*. 12 Nov. 2012. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2400536.
29. Bussolati, N. (2015). The Rise of Non-State Actors in Cyberwarfare. in *Cyberwar: Law and Ethics for Virtual Conflicts*. Edited by JD Ohlin, K Govern and C Finkelstein. Oxford. Oxford University Press.
30. Cassese, Antonio. (2001). Terrorism is also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law. *European Journal of International Law*.

31. Creekman, Daniel M. (2001). A Helpless America? An Examination of the Legal Options Available to the United States in Response to Varying Types of Cyber-Attacks from China. *American University International Law Review*, Vol. 17 (3).
32. Delerue, F. (2020). *Cyber Operations and International Law*. Cambridge University Press.
33. Dinniss, H. Harrison. (2012). *Cyber Warfare and the Laws of War*. Cambridge. Cambridge University Press.
34. Dinstein, Yoram. (2010). *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*. 2nd edn. Cambridge. Cambridge University Press.
35. Dörmann, K. (2004). *The Applicability of the Additional Protocols to Computer Network Attacks: An ICRC Approach*. International Expert Conference on Computer Network Attacks and the Applicability of International Humanitarian Law. Stockholm. 19 November 2004. <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/applicabilityofihltoctna.pdf>.
36. Dragos. (2019). Assessment of Reported Malware Infection at Nuclear Facility. *Dragos*. 1 November 2019. available in: <https://www.dragos.com/blog/industry-news/assessment-of-reported-malware-infection-at-nuclear-facility/>.
37. Duncan, Hollis B, and Benthem, Tsvetelina van. (2021). What Would Happen If States Started Looking at Cyber Operations as a “Threat” to Use Force?. *LAWFARE*. 30 March 2021. <https://www.lawfaremedia.org/article/what-would-happen-if-states-started-looking-cyber-operations-threat-use-force>.
38. European Union. (2006). *Communication from the Commission on a European Programme for Critical Infrastructure Protection*. COM/2006/0786 final.
39. European Union. (2004). *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament – Critical Infrastructure Protection in the Fight against Terrorism*. COM/2004/0702 final.
40. European Union. (2009). Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Critical Information Infrastructure Protection – “Protecting Europe from Large Scale Cyber-Attacks and Disruptions: Enhancing Preparedness, Security and Resilience”. COM/2009/0149 final.
41. European Union. (2008). *Directive on the Identification and Designation of European Critical Infrastructures and the Assessment of the Need to Improve Their Protection*. Council Directive 2008/114/EC., 2008, Annex I: ‘List of ECI sectors’.
42. Focarelli, Carlo. (2015). Self-Defence in Cyberspace. in: *Research Handbook on International Law and Cyberspace*. Nicholas Tsagourias and Russell Buchan (eds.). Edward Elgar Publishing.
43. General Assembly of the United Nations. (2003). *Creation of a global culture of cybersecurity and the protection of critical information infrastructures*. UNGA Res 58/199. 23 December 2003.

44. Georgia, Beatty. (2021). War crimes in cyberspace: prosecuting disruptive cyber operations under Article 8 of the Rome Statute. *The Military Law and the Law of War Review*, Vol. 58 (2). <https://doi.org/10.4337/mlwr.2020.02.17>.
45. Gisel, L, and Olejnik, L. (2019). *The Potential Human Cost of Cyber Operations*. ICRC. 29 May 2019. <https://www.icrc.org/en/document/potential-human-costcyber-operations>.
46. Greenberg, A. (2023). The International Criminal Court Will Now Prosecute Cyberwar Crimes. *Wired*. 7 September 2023. <https://www.wired.com/story/icc-cyberwar-crimes/>.
47. Hern, A. (2017). WannaCry, Petya, NotPetya: how ransomware hit the big time in 2017. *The Guardian*. 30 December 2017. <https://www.theguardian.com/technology/2017/dec/30/wanna-cry-petya-notpetya-ransomware>.
48. Hoisington, Matthew. (2009). Cyberwarfare and the Use of Force Giving Rise to the Right of Self-Defense. *International & Comparative Law Review*. Vol. 32.
49. Hollis, Duncan B. (2008). New Tools, New Rules: International Law and Information Operations. In *THE MESSAGE OF WAR: INFORMATION, INFLUENCE AND PERCEPTION IN ARMED CONFLICT*. Edited by G. David and T. McKeldin. Temple University Legal Studies Research Paper.
50. Hoogh, André. (2009). Georgia's Short-Lived Military Excursion into South Ossetia: The Use of Armed Force and Self-Defence. *Ejiltalk*. 9 December 2009. www.ejiltalk.org/georgia-s-short-lived-military-excursion-into-southossetia-the-use-of-armed-force-and-self-defence/.
51. ICJ Report. (2005). *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*. (Judgment). ICJ Reports 168.
52. ICJ Report. (1986). *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicar. v. U.S.)*. Judgment. ICJ Report 14. 27 June 1986.
53. ICJ Report. (2003). *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. (Judgment). ICJ Reports 161, 2003.
54. ICJ Reports. (1949). *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*. ICJ Reports 4, 1949.
55. ICJ Reports. (2005). *The Armed Activities on the Territory of the Congo Case*.
56. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. (1995). *Prosecutor v. Tadić*. Case No. IT-1-94-1. Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. 2 October 1995.
57. International Committee of the Red Cross. (2019). *International Humanitarian Law and Cyber Operations during Armed Conflicts*. ICRC position paper. November 28, 2019. <https://www.icrc.org/en/document/international-humanitarian-law-and-cyber-operations-during-armed-conflicts>.

58. Joyner, Christopher C, and Lotrionte, Catherine. (2001). Information Warfare as International Coercion: Elements of a Legal Framework. *European Journal of International Law*, Vol. 12 (5). <https://doi.org/10.1093/ejil/12.5.825>.
59. Kelsey, J. (2008). Hacking into International Humanitarian Law: The Principles of Distinction and Neutrality in the Age of Cyber Warfare. *Michigan Law Review*. Vol. 106 (7).
60. Kerschischnig, Georg. (2012). *Cyberthreats and International Law*. Hague. Eleven International Publishing.
61. Khan, Karim A.A. (2023). Technology Will Not Exceed Our Humanity. *Digitalfrontlines*. 20 August 2023. <https://digitalfrontlines.io/2023/08/20/technology-will-not-exceed-our-humanity/>.
62. Kilovaty, I. (2016). Virtual Violence – Disruptive Cyberspace Operations as “Attacks” Under International Humanitarian Law. *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*. Vol. 23 (1).
63. Letter from the Minister of Foreign Affairs to the President of the House of Representatives on the International Legal Order in Cyberspace. (2019). Appendix, 5 July 2019. <https://www.government.nl/documents/parliamentary-documents/2019/09/26/letter-to-the-parliament-on-the-international-legal-order-in-cyberspace>.
64. Li, S. (2013). When Does Internet Denial Trigger the Right of Armed Self-Defense?. *Yale Journal International Law*, Vol. 38.
65. Lin, Herbert S. (2010). Offensive Cyber Operations and the Use of Force. Cybersecurity Symposium: National Leadership, Individual Responsibility. *Journal of National Security Law & Policy*, Vol. 4(1).
66. Lubin, A. (2021). The Rights to Privacy and Data Protection Under International Humanitarian Law and Human Rights Law. In: *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law: Further Reflections and Perspectives*. Edited by R Kolb, G Gaggioli and P Kilibarda. Edward Elgar. Cheltenham.
67. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. (2019). Report of the International Fact-Finding Commission on the Conflict in Georgia. *ceiig*. www.ceiig.ch/Report.html.
68. Milanovic, Marko, and Schmitt, Michael N. (2020). Cyber Attacks and Cyber (Mis)information Operations during a Pandemic. *Journal of National Security Law & Policy*. Vol. 11.
69. Miller, K. (2014). The Kampala Compromise and Cyberattacks – Can There Be an International Crime of Cyber-Aggression?. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Vol. 23.
70. Ministry of the Armies. (2019). *International Law Applied to Operations in Cyberspace* (English version). Ministère des Armées. 19 March 2019. <https://www.defense.gouv.fr/content/download/567648/9770527/file/international+law+applied+to+operations+in+cyberspace.pdf>.

71. Morgan, J. (2014). A Simple Explanation of the Internet of Thing. *Forbes*. 13 May 2014. <https://www.forbes.com/sites/jacobmorgan/2014/05/13/simple-explanation-internet-things-that-anyone-can-understand/#69481bd01d09>.
72. Myjer, Eric. (2015). Some Thoughts on Cyber Deterrence and Public International Law. in: *Research Handbook on International Law and Cyberspace*. Nicholas Tsagourias and Russell Buchan (eds.). London. Edward Elgar Publishing.
73. O'Connell, Mary Ellen. (2013). The Prohibition of the Use of Force. In: *Research Handbook on International Conflict and Security Law: Jus ad Bellum, Jus in Bello and Jus post Bellum*. Edited by Christian Henderson and Nigel White. London. Edward Elgar Publishing.
74. Oeter, Stefan. (2008). Methods and Means of Combat. in: *The Handbook of International Humanitarian Law*. Dieter Fleck (ed.). Oxford University Press.
75. Ophardt, J. (2010). Cyber Warfare and the Crime of Aggression: The Need for Individual Accountability on Tomorrow's Battlefield. *Duke Law & Technology Review*, Vol. 9 (3).
76. Porup, JM. (2019). How a nuclear plant got hacked. *CSO Online*. 9 December 2019. <https://www.csoonline.com/article/3488816/how-a-nuclear-plant-got-hacked.html>.
77. Preparatory Commission for the International Criminal Court. (2000). Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court. Addendum. add. Part II Finalized draft text of the Elements of Crimes, U.N. Doc. PCNIC/2000/1/Add.2.
78. Radziwill, Yaroslav. (2015). *Cyber-Attacks and the Exploitable Imperfection of International Law*. Leiden. Brill & Martinus Nijhoff Publishers.
79. Rome Statute of the International Criminal Court. (1998). 17 July 1998, 2187 U.N.T.S. 90.
80. Roscini, Marco. (2014). *Cyber Operations and the Use of Force in International Law*. Oxford. Oxford University Press.
81. Roscini, Marco. (2016). Cyber Operations as a Use of Force. in: *Research Handbook on International Law and Cyberspace*. Nicholas Tsagourias and Russell Buchan (eds.). London. Edward Elgar Publishing.
82. Ruys, Tom. (2014). The Meaning of "Force" and the Boundaries of the Jus Ad Bellum: Are "Minimal" Uses of Force Excluded from UN Charter Article 2(4)? *American Journal of International Law*, Vol. 108 (2).
83. Sandoz, Yves, Swinarski, Christophe and Zimmermann, Bruno (eds.). (2022). *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. International Committee of the Red Cross.
84. Saxon, Dan. (2016). Violations of International Humanitarian Law by Non-State Actors during Cyberwarfare: Challenges for Investigations and Prosecutions. *Journal of Conflict and Security Law*. Vol. 21 (8). <https://doi.org/10.1093/jcsl/krw018>.

85. Scheffer, David. (2022). Amending the Rome Statute to Cover Cyberwarfare as Aggression. *ICC Forum*, 7 March 2022. <https://iccforum.com/cyberwar#Scheffer>.
86. Schmitt, Michael N, and Vihul, Liis. (2017). *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*. 2nd edn. Cambridge. Cambridge University Press.
87. Schmitt, Michael N. (1999). Computer Network Attack and the Use of Force in International Law: Thoughts on a Normative Framework. *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 37.
88. Schmitt, Michael N. (2011). Cyber Operations and the Jus Ad Bellum Revisited', *Villanova Law Review*, Vol. 56.
89. Schmitt, Michael N. (2013). *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*. Cambridge. Cambridge University Press.
90. Shackelford, Scott. (2009). From Nuclear War to Net War: Analogizing Cyber Attacks in International Law. *Berkley Journal of International Law*, Vol. 27.
91. Silver, Daniel B. (2002). Computer Network Attack as a Use of Force under Article 2(4) of the United Nations Charter. *International Law Studies*, Vol. 76.
92. Sklerov, Matthew J. (2009). Solving the Dilemma of State Responses to Cyberattacks: A Justification for the Use of Active Defenses against States Who Neglect Their Duty to Prevent. *Military Law Review*, Vol. 201.
93. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. (2007). ICC-01/04-01/06. Decision on the Confirmation of Charges. PTC I, 29 Jan. 2007.
94. Tsagourias, Nicholas. (2012). Cyber Attacks, Self-Defence and the Problem of Attribution. *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 17.
95. US White House. (2013). *Presidential Policy Directive - Critical Infrastructure Security and Resilience*. Presidential Policy Directive/PPD-21, available in: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2013/02/12/presidential-policy-directive-critical-infrastructure-security-and-resil>.
96. Zetter, K. (2016). Inside the Cunning, Unprecedented Hack of Ukraine's Power Grid. *Wired*. 3 March 2016, accessed 2 May 2024, <https://www.wired.com/2016/03/inside-cunning-unprecedentedhack-ukraines-power-grid/>.
97. Ziolkowski, K. (2010). Computer Network Operations and the Law of Armed Conflict. *The Military Law and the Law of War Review*, Vol. 49.



Comparative Study of the Evolution of Criminal Liability in the Penal Code of Iran and Afghanistan (with Emphasis the Expansion and Restrictions of the Age of Criminal Liability)

Abdulkhaliq Haqani¹ **Mehdi Sabooripour**² **Ali Reza Mirkamali**³

1. Corresponding author, PhD Student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran, Professor at Jami University, Harat, Afghanistan. Email: abdulkhaliq.herawi@gmail.com
2. Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. Email: m-sabooripuor@sbu.ac.ir
3. Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. Email: a_mirkamali@sbu.ac.ir

Article Info

Article type:

Original research

Received: 2 August 2024

Received in revised form: 27 December 2024

Accepted: 8 January 2025

Available online: 12 January 2025

Keywords

penal code of Iran, penal code of Afghanistan, diminished criminal liability, immediate criminal liability, gradual criminal liability



Abstract

The rules governing criminal liability in the legal systems of Iran and Afghanistan have experienced numerous fluctuations and transformations. The purpose of this research is to elucidate the stages of the evolution of criminal liability in the penal code of Iran and Afghanistan and to provide an answer to the question what stages criminal responsibility, particularly the age of criminal liability for children, has undergone in the criminal law of Iran and Afghanistan and what the points of divergence and convergence between them are. The findings show that the most important components and instances of the evolution of criminal liability in the penal code of both countries are the transition to a gradual age of criminal liability, the equalization of the age of criminal liability for both girls and boys between 9 and 15 years, and the acceptance of diminished criminal responsibility in hudud (fixed sharia punishments) and ta'zir (discretionary punishments) crimes. The research data has been collected through library studies and analyzed applying the analytical-descriptive method.

Cite this article: Haqani, A.; Sabooripour, M. & Mirkamali, A.R. (2024). Comparative Study of the Evolution of Criminal Liability in the Penal Code of Iran and Afghanistan (with Emphasis the Expansion and Restrictions of the Age of Criminal Liability). *Criminal Law Doctrines*, 21(27), 153-172. <https://doi.org/10.30513/cld.2025.6014.1988>





مطالعه تطبیقی تحولات مسئولیت کیفری در حقوق کیفری ایران و افغانستان

(با تأکید بر قبض و بسط‌های سن مسئولیت کیفری)

عبدالخالق حقانی^۱✉، مهدی صبوری پور^۲، علیرضا میرکمالی^۳

۱. نویسنده مسئول، دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.؛ استاد دانشگاه جامی، هرات، افغانستان. رایانامه: abdulkhaliq.herawi@gmail.com
۲. استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران. رایانامه: m-sabooripuor@sbu.ac.ir
۳. استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران. رایانامه: mirkamali@sbu.ac.ir

چکیده

قواعد حاکم بر مسئولیت کیفری در نظام‌های حقوقی ایران و افغانستان فراز و نشیب‌های متعددی داشته است. هدف پژوهش حاضر تبیین مراحل تحول مسئولیت کیفری در حقوق کیفری ایران و افغانستان و ارائه پاسخ به این مسئله است که مسئولیت کیفری، به‌ویژه سن مسئولیت کیفری کودکان، چه مرحله‌ای را در حقوق کیفری ایران و افغانستان طی نموده و نقاط افتراق و اشتراک آن‌ها کدام‌اند. یافته‌های پژوهش بیانگر آن است که مهم‌ترین مؤلفه‌ها و مصادیق تحولات مسئولیت کیفری در حقوق کیفری دو کشور، گذار به سن مسئولیت کیفری تدریجی، تساوی سن مسئولیت کیفری دختران و پسران ۹ تا ۱۵ سال و پذیرش مسئولیت کیفری نقصان یافته در جرائم حدی و تعزیری است. داده‌های پژوهش از طریق مطالعات کتابخانه‌ای، جمع‌آوری شده و بر اساس روش تحلیلی - توصیفی، بررسی گردیده است.

استناد: حقانی، عبدالخالق؛ صبوری پور، مهدی؛ میرکمالی، علیرضا. (۱۴۰۳). مطالعه تطبیقی تحولات مسئولیت کیفری در حقوق کیفری ایران و افغانستان (با تأکید بر قبض و بسط‌های سن مسئولیت کیفری). آموزه‌های حقوق کیفری، ۲۱(۲۷)، ۱۵۳-۱۷۲.

<https://doi.org/10.30513/cld.2025.6014.1988>

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۵/۱۲
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۱۰/۷
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۱۹
تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۳/۱۰/۲۳

کلیدواژه‌ها

حقوق کیفری ایران، حقوق کیفری افغانستان، مسئولیت کیفری نقصان یافته، مسئولیت کیفری دفعی، مسئولیت کیفری تدریجی.



مقدمه

منظور از مسئولیت، پاسخ‌گو بودن فرد در قبال رفتارهای ارادی اش است. به یک لحاظ، مسئولیت را می‌توان به دو دسته مسئولیت اخلاقی و حقوقی تقسیم کرد. در مسئولیت اخلاقی، ضمانت اجراهای بیرونی و حقوقی وجود ندارد، درحالی‌که مسئولیت حقوقی متضمن ضمانت اجراهای مدنی، انضباطی و کیفری است (نبوی، ۱۳۹۵، ص ۱۹۶؛ شاملو؛ حسینی، ۱۴۰۱، ص ۱۲۶). مسئولیت کیفری نیز به مفهوم پاسخ‌گو بودن فرد در قبال رفتار مجرمانه اش است (بازوند؛ نورمحمدی، ۱۴۰۰، ص ۵۷؛ نظری؛ میرزاجانی؛ احمدی، ۱۴۰۲، ص ۱۶۳). برخی بر این باورند که مسئولیت کیفری زمانی تحقق پیدا می‌کند که دو جزء مجرمیت و قابلیت اسناد جرم به مرتکب وجود داشته باشد، بدین صورت که مسئولیت کیفری مستلزم وقوع رفتار مادی مجرمانه مندرج در مقررات کیفری، از جانب شخص خاصی است که شرایط اسناد جرم به او نیز فراهم باشد (جعفری، ۱۴۰۱، ص ۴۸). این مسئولیت بر اساس ساختارهای اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و سیاسی در جوامع مختلف، متفاوت است.

مطالعه تطبیقی تحولات مسئولیت کیفری در جوامع باستانی و مدرن، بیانگر آن است که به تناسب دگرگونی در ساختارهای اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و سیاسی، حوزه و گستره آن دچار دگرگونی‌های اساسی شده است، زیرا مسئولیت کیفری تا حدود زیادی ریشه در تلقی انسان از جرم، مجازات، اهداف مجازات و ماهیت انسان دارد. در گذشته، مسئولیت کیفری دامنه گسترده‌ای داشت، به‌گونه‌ای که شامل کودکان، مجانین و حیوانات نیز می‌شد، اما با گذشت زمان و تحول در مبانی نظری مسئولیت کیفری، دامنه آن محدود گردید و امروزه تنها کسانی دارای مسئولیت کیفری‌اند که قادر به درک و تمیز نتایج رفتار ارادی خود باشند (وطن‌یار؛ واعظی، ۱۴۰۱، ص ۴۷).

بررسی تاریخ تحولات حقوق کیفری ایران و افغانستان نیز بیانگر آن است که به تناسب تحولات اجتماعی، سیاسی، فرهنگی و اقتصادی، مسئولیت کیفری و مؤلفه‌ها و شرایط آن مسیر پرفراز و نشیبی را طی نموده است. این تحولات از ابعاد مختلف حقوقی، جامعه‌شناختی، جرم‌شناختی و فلسفی قابل طرح و بررسی است. پژوهش حاضر سعی می‌کند با رویکرد حقوقی و مبتنی بر اسناد تاریخی، قوانین و نظام‌نامه‌های کشور ایران و افغانستان، به این مسئله پاسخ دهد که مسئولیت کیفری در حقوق کیفری ایران و افغانستان چه تحولات و دگرگونی‌هایی را

پشت سر گذاشته است؟ نقاط اشتراک و افتراق حقوق کیفری ایران و افغانستان در خصوص تحولات مسئولیت کیفری چیست؟

به نظر می‌رسد تحولات سن مسئولیت کیفری در حقوق کیفری ایران و افغانستان ناشی از عوامل متعددی مانند تغییرات در نظام حقوقی، تأثیرپذیری از مبانی دینی، تحولات اجتماعی و فرهنگی، و حتی تعامل با اصول پذیرفته شده بین‌المللی در زمینه حقوق کودک و نوجوان باشد. این فرایند نشان‌دهنده تکامل تاریخی و دگرگونی رویکردهای حقوقی نسبت به مسئولیت کیفری است که در بازه‌های زمانی مختلف به تناسب مقتضیات جامعه و نظام حقوقی، ابعاد و معیارهای جدیدی پیدا کرده است. همچنین به نظر می‌رسد گذار از سن مسئولیت کیفری دفعی به مسئولیت تدریجی، تساوی سن مسئولیت کیفری بین دختران و پسران در جرائم تعزیری، پذیرش صریح مسئولیت کیفری نقصان یافته در جرائم تعزیری توسط قانون‌گذاران ایران و افغانستان و پذیرش ضمنی آن در جرائم حدی توسط قانون‌گذار ایران، از مهم‌ترین تحولات مسئولیت کیفری باشد.

اهمیت پرداختن به این مسئله ناشی از آن است که مفهوم، ماهیت و دامنه مسئولیت کیفری، رابطه مستقیم با تلقی انسان از جرم، مجرم و نحوه پاسخ به جرم دارد. بنابراین، در این پژوهش نه تنها محدودیت، بلکه گاهی توسعه و گسترش دامنه مسئولیت کیفری نیز مورد نظر است. از سوی دیگر، تبیین این مسئله می‌تواند در اصلاح و بازنگری قوانین کیفری، به ویژه در افغانستان کمک کند، زیرا طی نیم قرن اخیر، تحولات سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی زمینه را برای استقرار نظام حقوقی فراهم ساخته است که همزمان متأثر از ارزش‌های اسلامی و حقوق بشری است. ضمن این‌که تفاوت دیدگاه‌ها نسبت به مبانی و شرایط مسئولیت کیفری می‌تواند منجر به تقویت سیاست جنایی افتراقی نسبت به گروه‌های خاص از قبیل کودکان، مجانین، بیماران ام‌اس و افراد بی‌هوش، مست و خواب‌گردد.

مطالعات اجمالی پیشینه تحقیق بیانگر آن است که در خصوص مسئولیت کیفری و تحولات آن، پژوهش‌های محدودی صورت گرفته است. عمده این پژوهش‌ها در حقوق غرب و مبتنی بر اندیشه‌های فلسفی انجام شده است. اما در خصوص تحولات مسئولیت کیفری در حقوق کیفری ایران و افغانستان، به ویژه به صورت تطبیقی، پژوهش مستقلی تاکنون انجام نشده است یا حداقل نویسندگان این مقاله بدان دسترسی نداشته‌اند. غالب پژوهش‌های محدودی که در

حقوق کیفری ایران و افغانستان در خصوص مسئولیت کیفری انجام شده نیز بیشتر به مباحث مربوط به شرایط و موانع مسئولیت کیفری پرداخته‌اند، بی‌آن‌که اشاره‌ای به تحولات مسئولیت کیفری کرده باشند.^۱ بنابراین، پژوهش حاضر علاوه بر اهمیت نظری، به لحاظ کاربردی و جدید بودن موضوع آن نیز حائز اهمیت است.

داده‌های پژوهش حاضر از طریق مطالعات کتابخانه‌ای و با استفاده از منابع و اسناد تاریخی، لوایح، مقررات، نظام‌نامه‌ها، قوانین و اصولنامه‌های کیفری گردآوری شده و با استفاده از روش تحقیق تحلیلی - توصیفی مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است. با توجه به فرازوفرودهای مسئولیت کیفری که مهم‌ترین بخش آن، سن مسئولیت کیفری است، ابتدا گذار به مسئولیت کیفری تدریجی، سپس تساوی سن مسئولیت کیفری بین دختران و پسران و مسئولیت کیفری نقصان‌یافته را بررسی می‌کنیم. اما قبل از آن باید دید ملاک و معیار سن بلوغ یا رشد از منظر فقه و اسناد بین‌المللی چیست.

۱. معیار مسئولیت کیفری در فقه اسلامی و اسناد بین‌المللی

رویکرد فقه اسلامی و اسناد بین‌المللی در خصوص مبانی، اصول و معیارهای مسئولیت کیفری، متفاوت است. در فقه اسلامی، سن بلوغ که بر اساس نشانه‌های جسمی و علائم طبیعی مشخص می‌شود به عنوان آغاز تکلیف دینی و قابلیت تحمل مسئولیت یاد شده است. در مقابل، اسناد بین‌المللی به‌ویژه کنوانسیون حقوق کودک، معیارهای مبتنی بر رشد روانی، اجتماعی و سن تقویمی را برای تعیین سن مسئولیت کیفری ارائه می‌دهند. این تفاوت‌ها بیانگر اختلاف در نگاه فرهنگی، حقوقی و فلسفی به مفهوم بلوغ و رشد است. با توجه به اینکه تعیین معیار سن بلوغ و رشد در تعیین مسئولیت کیفری کودکان نقش و تأثیر دارد، لذا تبیین رویکرد فقه اسلامی و اسناد بین‌المللی در این زمینه حائز اهمیت است.

۱-۱. معیار مسئولیت کیفری در اسناد بین‌المللی

معیار سن مسئولیت کیفری در اسناد بین‌المللی، به‌ویژه کنوانسیون‌ها و مقاله‌نامه‌های مرتبط، از منظر حقوقی بر مبنای سن تقویمی و ویژگی‌های اجتماعی تعریف می‌شود. کنوانسیون حقوق

۱. نک: (الهامی؛ یوسفلو؛ شفیع‌زاده، ۱۴۰۰؛ امیریان فارسانی، ۱۴۰۲؛ نجفی؛ یحیی‌پور، ۱۳۹۷؛ گنجی، ۱۳۹۹؛ فلاح خاریکی؛ حسن حاجی‌تبار فیروزجانی، ۱۴۰۲؛ مهرا؛ نوروژی، ۱۳۹۸؛ حسنی، ۱۴۰۰؛ حسنی؛ افراسیابی، ۱۳۹۹).

کودک سازمان ملل متحد، ۱۸ سالگی را پایان دوره کودکی تعیین نموده است. این معیار برای دختران و پسران یکسان است و به عنوان استاندارد جهانی در بسیاری از کشورها پذیرفته شده است (امیریان فارسانی، ۱۴۰۲، ص ۱۰۹). با این حال، کنوانسیون امکان تعیین سن مسئولیت کیفری کمتر از ۱۸ سال را نیز فراهم کرده و این مسئله را به قوانین داخلی کشورها سپرده است (پیوندی، ۱۳۸۹، ص ۱۴۳). در واقع، سن ۱۸ سال قاعده‌ای کلی است، اما الزام‌آور مطلق نیست. در این کنوانسیون و سایر اسناد بین‌المللی، برخلاف برخی نظام‌های حقوقی و دینی مانند فقه اسلامی، میان مفاهیم بلوغ و رشد تفکیک روشنی صورت نگرفته است. به نظر می‌رسد این رویکرد، نتیجه فرهنگ حقوقی غرب است که به جای توجه به بلوغ جسمی یا جنسی، به سن رشد و توانایی‌های روانی - اجتماعی تکیه دارد (عباسی سرمدی؛ زنگی اهرمی، ۱۳۹۴، ص ۲۴). همچنین، در ماده ۱ قرارداد تکمیلی منع بردگی و برده‌فروشی مصوب ۱۹۶۲ و ماده اول مقاله‌نامه بدترین اشکال کار کودکان مصوب ۱۹۹۹ نیز سن ۱۸ سالگی به عنوان پایان دوران کودکی در نظر گرفته شده است.

بنابراین در اسناد بین‌المللی، معیار سن مسئولیت کیفری ۱۸ سالگی است که بدون تفکیک میان سن بلوغ و رشد تعیین شده است. این معیار توسط اکثر نظام‌های حقوقی داخلی نیز پذیرفته شده است. اما عدم تفکیک میان سن بلوغ و رشد در اسناد بین‌المللی، برای برخی از نظام‌های حقوقی، به ویژه در کشورهای اسلامی، تبدیل به چالش شده است، زیرا مطابق فقه اسلامی، بلوغ و رشد تعاریف متفاوتی دارند.

۲-۱. معیار مسئولیت کیفری در فقه اسلامی

در فقه اسلامی مسئولیت کیفری را مبتنی بر بلوغ و رشد شرعی می‌دانند. تحقق بلوغ شرعی و رشد از موضوعات مورد اختلاف میان فقهاست. مشهور فقهای امامیه بلوغ شرعی را امری طبیعی و ملاک آغاز تکالیف شرعی و مسئولیت کیفری می‌دانند. بر اساس این دیدگاه، بلوغ با ظهور علائم جسمی نظیر رشد جنسی تشخیص داده می‌شود و در صورت فقدان این علائم، اتمام ۹ سال قمری برای دختران و ۱۵ سال قمری برای پسران به عنوان معیار تعیین شده است (محقق حلی، ۱۴۰۳، ص ۱۴۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۱۰، ص ۶۶؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۱۲، ج ۹، ص ۱۸۸؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۱۳؛ سبزواری، بی‌تا، ص ۴۱۹). به عقیده فقهای امامیه، مسئولیت و تکلیف شرعی، وابسته به این سن خاص نبوده و بر اساس ظهور نشانه‌های بلوغ تعیین می‌شود (موسوی غروی، ۱۳۷۳، ص ۵۸۳؛

ساریخانی؛ عطازاده، ۱۳۹۲، ص ۲). همچنین از اقوال و فتاوی این گروه از فقها برمی آید که میان سن مسئولیت کیفری و سن تکلیف شرعی تفاوتی قائل نشده‌اند. بر این اساس، دختران پس از اتمام ۹ سال قمری و پسران پس از اتمام ۱۵ سال قمری واجد شرایط مسئولیت کیفری تلقی شده و در صورت ارتکاب جرم، قابل مجازات‌اند. اما کودکان کمتر از نه سال در صورتی که دارای قوه تمیز باشند، صرفاً تأدیب می‌شوند و در این خصوص تفاوتی میان دختران و پسران وجود ندارد.

اما فقهای شافعی، حنبلی و بسیاری از فقهای حنفی بر این باورند که بلوغ شرعی بر اساس تکمیل سن خاص تعیین می‌شود و علائم طبیعی، ملاک اصلی بلوغ نیست. این فقها عموماً تفاوتی میان سن بلوغ دختران و پسران قائل نمی‌شوند. با این حال، در خصوص تعیین دقیق این سن، میان فقهای اهل سنت اختلاف نظر وجود دارد. فقهای شافعی و حنبلی معتقدند که سن بلوغ دختران و پسران به ترتیب از ۹ سالگی و ۱۰ سالگی آغاز می‌شود و با تکمیل ۱۵ سالگی کامل می‌شود (ابن قدامه، ۱۴۱۴، ج ۳، ص ۱۲؛ عمرانی، ۱۴۲۱، ج ۶، ص ۲۱۹). مشهور فقهای مالکی، ۱۸ سالگی را معیار بلوغ دختران و پسران می‌دانند (ثعلبی، ۱۴۲۵، ج ۲، ص ۱۶۸؛ علیش، ۱۴۰۹، ج ۶، ص ۸۷) که امروزه در بسیاری از نظام‌های حقوقی کشورهای اسلامی به عنوان سن مسئولیت کیفری پذیرفته شده است. با وجود این، برخی از فقهای مالکی و ابوحنیفه بین دختران و پسران تفاوت قائل شده و بلوغ دختران را ۱۷ سال و پسران را ۱۷ یا ۱۸ سال در نظر گرفته‌اند. در دیدگاهی دیگر، حداقل سن مسئولیت کیفری ۹ یا ۱۲ سال و پایان آن ۱۷ یا ۱۸ سال تعیین شده است، به طوری که اصطلاح «مراهق» برای افراد بین ۹ تا ۱۲ سال به کار می‌رود (رخشانی‌فر؛ دلاور؛ سالارزایی، ۱۳۹۸، ص ۹۲۸).

در میان فقهای حنفی، دیدگاه رایج مبتنی بر تفکیک میان سن مسئولیت کیفری دختران و پسران است. با این حال، امام محمد و ابویوسف معتقدند که میان دختران و پسران تفاوتی وجود ندارد و هر دو گروه با اتمام ۱۵ سالگی به سن بلوغ می‌رسند (سغدی، ۱۴۰۴، ج ۱، ص ۱۱۳؛ مرغینانی، بی تا، ج ۳، ص ۲۸). این تفاوت دیدگاه‌ها بیانگر تنوع در رویکردهای فقهی اهل سنت نسبت به معیارهای بلوغ و مسئولیت کیفری است.

بنابراین، بررسی منابع فقهی نشان می‌دهد که فقهای مسلمان با استناد به منابع حدیثی، تلاش کرده‌اند شاخص زمانی معینی برای اثبات بلوغ ارائه دهند. با این حال، به دلیل تنوع محتوایی و مضمونی روایات مرتبط با این موضوع، تعیین زمان دقیق و همگانی برای تحقق بلوغ، که مبنای مسئولیت شرعی و اجتماعی فرد در برابر خداوند و جامعه باشد، عملاً امکان‌پذیر نبوده

است. این امر ناشی از وجود اختلافات در روایات‌ها و برداشت‌های متفاوت از آن‌هاست که نشان‌دهنده تأثیرپذیری مفهوم بلوغ از شرایط فرهنگی، اقلیمی و اجتماعی جوامع است (نظری توکلی؛ مصلح، ۱۳۹۷، ص ۱۷۶). در نتیجه، اعلام یک سن ثابت برای بلوغ، نیازمند تفسیر دقیق‌تر و جامع‌تر روایات و همچنین توجه به شرایط متغیر اجتماعی و زیستی در تحلیل‌های فقهی است. با استناد به اصل «عدم تعارض» و تطابق میان مراد استعمالی و مراد جدی شارع، می‌توان به جای برداشت تعارض‌آمیز از مضمون روایاتی که سنین مختلف را برای تحقق بلوغ بیان می‌کنند، این روایات را به‌عنوان بازتاب‌دهنده شرایط و حالت‌های گوناگون تحقق بلوغ تفسیر نمود. بر این اساس، می‌توان استدلال کرد که بلوغ، مفهوم انعطاف‌پذیر و شناوری است که وقوع آن بسته به متغیرهایی نظیر شرایط اقلیمی، ویژگی‌های خانوادگی و عوامل اجتماعی، برای دختران و پسران متفاوت است. این دیدگاه نه تنها به فهم عمیق‌تر از تعالیم فقهی کمک می‌کند، بلکه امکان تطبیق و انطباق این مفاهیم با واقعیت‌های مختلف فرهنگی و زیستی جوامع را نیز فراهم می‌آورد. از سوی دیگر، چنین رویکردی می‌تواند زمینه‌ساز برداشت جامع‌تری از مفهوم بلوغ در حقوق اسلامی شود و به توسعه چهارچوب‌های انعطاف‌پذیر برای تعیین مسئولیت شرعی و قانونی افراد در شرایط متغیر کمک نماید.

۲. تحولات مسئولیت کیفری کودکان در حقوق کیفری ایران و افغانستان

حقوق کیفری ایران و افغانستان با تأثیرپذیری از آموزه‌های فقهی و اسناد بین‌المللی، در تعیین سن مسئولیت کیفری کودکان دچار تحولات متعددی شده‌اند. این تحولات تلاش برای ایجاد توازن میان اصول عدالت کیفری و ملاحظات حمایتی از کودکان را نشان می‌دهد. بررسی تطبیقی این دو نظام حقوقی می‌تواند به شناسایی نقاط قوت، چالش‌ها و امکان همگرایی در این حوزه کمک کند. در این قسمت می‌کوشیم تا با تحلیل تغییرات قانونی و رویکردهای موجود، تحولات و دگرگونی‌های سن مسئولیت کیفری کودکان را از منظر حقوق کیفری ایران و افغانستان بررسی کنیم.

۲-۱. گذار از مسئولیت دفعی به مسئولیت تدریجی

منظور از سن مسئولیت کیفری تدریجی، پذیرش فاصله بین حداقل سن مسئولیت کیفری و سن بلوغ کیفری است که معمولاً با رشد کیفری همراه است (صدری و دیگران، ۱۳۹۸، ص ۲۲۰؛ حیدری، ۱۳۹۵، ص ۹۷). پیش از دوران مدرن، در حقوق کیفری ایران و افغانستان، سن بلوغ شرعی به‌عنوان معیار

مسئولیت کیفری تلقی می‌شد. بر اساس این معیار، در حقوق کیفری ایران دختران با تکمیل نه سال قمری و پسران با تکمیل پانزده سال قمری و در حقوق کیفری افغانستان دختران با تکمیل ۱۷ سال و پسران با تکمیل ۱۸ سال شمسی، به صورت دفعی مسئولیت کیفری کسب کرده و قابل مجازات تلقی می‌شدند. ولی این رویکرد با توجه به حالات و مراحل مختلف رشد کودک و نوجوان، مورد نقد قرار گرفت. لذا با گسترش نظام‌های حقوقی عرفی به جای نظام کیفری فقهی، زمینه برای گذار به مسئولیت کیفری تدریجی در ایران و افغانستان نیز فراهم شد.

در ایران، اولین بار مسئولیت کیفری تدریجی در قانون ۱۳۰۴ مورد پذیرش قرار گرفت. مطابق ماده ۳۴ این قانون، سن ۱۲ سال به عنوان حداقل سن مسئولیت کیفری تعیین شده بود که در آن زمان، تحول مهمی در حقوق کیفری قلمداد می‌شد (میرمحمدصادقی؛ محمدی، ۱۳۹۵، ص ۲۳). اما در قانون تشکیل دادگاه اطفال ۱۳۳۸، این سن به ۶ سال کاهش یافت، ولی تا سال ۱۳۴۵ اجرایی نشد. این تغییر نشانگر نوعی عقبگرد در حقوق کیفری ایران از نظر سن مسئولیت کیفری بود. بعدها با تصویب قانون مجازات عمومی ۱۳۵۲، سن ۱۸ سال شمسی به عنوان معیار مسئولیت کیفری کامل تعیین شد و به این ترتیب، عملاً معیار بلوغ شرعی کنار گذاشته شد (غلامی، ۱۳۹۱، ص ۸۶-۸۷؛ محقق هرجقان، ۱۳۹۰، ص ۱۴۱). با پیروزی انقلاب اسلامی ایران، بار دیگر سن بلوغ شرعی جایگزین سن مسئولیت کیفری گردید. ماده ۲۶ ق.ا.م.مصوب ۱۳۶۱ در این خصوص چنین آورده بود: «اطفال در صورت ارتکاب جرم مبری از مسئولیت کیفری هستند و تربیت آنان به نظر دادگاه به عهده سرپرست اطفال و عندالافتضا قانون اصلاح و تربیت اطفال می‌باشد».

در تبصره ۱ همین ماده نیز در مورد تعریف طفل تصریح شده بود که: «منظور از طفل کسی است که به حد بلوغ شرعی نرسیده باشد».

بر اساس این تبصره و با استناد به احکام فقه امامیه، سن بلوغ دختران با اتمام نه سال قمری و سن بلوغ پسران با اتمام پانزده سال قمری تعیین می‌شود (مهرپور محمدآبادی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۱۴۶). همچنین مطابق ماده ۴۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰، اطفال با رسیدن به سن بلوغ، واجد مسئولیت کیفری شناخته می‌شدند. به این ترتیب، دختران با اتمام نه سال قمری و پسران با اتمام پانزده سال قمری به طور دفعی وارد قلمرو مسئولیت کیفری می‌شدند و تفاوتی میان سن مسئولیت کیفری و سن تکلیف شرعی وجود نداشت (شاملو، ۱۳۹۰، ص ۸۴؛ نجفی؛ یحیی‌پور، ۱۳۹۷، ص ۲۹۸).

برخی رویکرد یکسان‌انگاری بلوغ شرعی و مسئولیت کیفری را مورد انتقاد قرار داده و بر این باورند که این یکسان‌انگاری، با واقعیت‌های اجتماعی مطابقت نداشته و مخالف رویکرد سن مسئولیت کیفری تدریجی است. لذا از نظر جرم‌شناختی قابل نقد است (مؤذن‌زادگان؛ چنگایی؛ رهدارپور، ۱۳۹۵، ص ۳۷). در حالی که یکی از اهداف گذار به معیار سن مسئولیت کیفری تدریجی، در نظر گرفتن واقعیت‌های اجتماعی و نیز رابطه واکنش کیفری با میزان رشد و تکامل عقلی افراد و عدم معقولیت سن مسئولیت کیفری دفعی مطرح شده است (هادی‌پور؛ قاسمی؛ نصرتی، ۱۳۹۹، ص ۱۷۸۱؛ طهماسبی، ۱۳۸۸، ص ۳۱۱).

با این حال، ملاحظه یک حد فاصل بین سن بلوغ شرعی و سن مسئولیت کیفری مسئله‌ای است که در بسیاری از کنوانسیون‌های بین‌المللی تأکید شده است (حیدری، ۱۳۹۵، ص ۹۴). این امر موجب شد که قانون‌گذار ایران در مواد ۸۸ تا ۹۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ سن مسئولیت کیفری تدریجی را در خصوص جرائم تعزیری به رسمیت بشناسد و کودکی و نوجوانی را به چهار دوره تقسیم نماید: از تولد تا ۹ سالگی، از ۹ سالگی تا ۱۲ سالگی، از ۱۲ سالگی تا ۱۵ سالگی و از ۱۵ سالگی تا ۱۸ سالگی. براینکه و نتیجه این رویکرد علاوه بر پذیرش مسئولیت کیفری تدریجی، از یک سو، بالا بردن سن کودکی از ۱۵ سالگی به ۱۸ سالگی است، از سوی دیگر، برای کودکان ۹ تا ۱۵ سال بیشتر بحث اصلاح و تربیت اطفال با تأکید بر مسئولیت والدین مطرح شده و برای کودکان ۱۵ تا ۱۸ سال، مجازات نگهداری در کانون اصلاح و تربیت، جزای نقدی و ارائه خدمات عمومی پیش‌بینی شده است (نظری توکلی؛ مصلح، ۱۳۹۷، ص ۱۸۱)؛ رویکردی که براینکه آن پذیرش سیاست کیفری افتراقی در خصوص اطفال و کودکان بود (حسنی؛ افراسیابی، ۱۳۹۹، ص ۱۹۴؛ تدین، ۱۳۸۸، ص ۲۴۷). اما در جرائم حدی، مسئولیت تدریجی تاکنون به صورت روشن در حقوق کیفری ایران مورد پذیرش قرار نگرفته است و در این مورد هنوز هم سن مسئولیت کیفری مطلق حاکم است (نقی‌زاده باقی؛ آشوری؛ مهرا؛ شاملو، ۱۴۰۱، ص ۴۸).

در حقوق کیفری افغانستان، گذار به مسئولیت کیفری تدریجی مسیر مشابه با حقوق ایران را پیموده است. قبل از تصویب قوانین عرفی، قانون‌گذار افغانستان در ماده ۲۳ قانون جزای عمومی ۱۳۰۲ش با توجه به فقه حنفی، سن دفعی مسئولیت کیفری را برای دختر و پسر به ترتیب سیزده و پانزده سال قمری تعیین کرده بود.^۲

۲. ماده ۲۳ نظام‌نامه جزای عمومی ۱۳۰۲: «در اثنای وقوع جرم کسانی که سن سیزده سالگی پوره (تکمیل) نکرده باشند، از قوه ممیزه محروم دانسته می‌شوند و از جرمی که کرده باشند مسئول شناخته نمی‌شوند...».

در قوانین جدید، قانون‌گذار افغانستان دو مرحله مسئولیت کیفری تدریجی را در ماده ۷۲ قانون جزای عمومی ۱۳۵۵ ش که نسخ ماده ۲۳ قانون ۱۳۰۲ ش محسوب می‌شود، پیش‌بینی نموده بود: صغیر و مراهق. «صغیر» به طفل بین ۷ تا ۱۲ سال و «مراهق» بین ۱۳ تا ۱۸ سال اطلاق می‌شد (علامه، ۱۳۹۶، ص ۱۹۵).^۳ ماده ۷۲ این قانون بیان می‌کرد که طفلی که کمتر از ۷ سال سن داشته باشد، به صورت مطلق مسئولیت کیفری ندارد و پس از آن، مسئولیت کیفری خفیفی متوجه او می‌شود. قانون رسیدگی به تخلفات اطفال ۱۳۸۳ ش افغانستان که نسبت به قانون ۱۳۵۵ قانون مؤخر و خاص است، افراد زیر هجده سال را طفل محسوب نموده و به سه گروه سنی مختلف تقسیم کرده است: طفل غیرممیز، ممیز و نوجوان.^۴ مطابق ماده ۵ این قانون، «شخصی که سن دوازده سالگی را تکمیل نکرده باشد، در صورت ارتکاب جرم مسئولیت جزایی به او راجع نمی‌شود». در واقع، بر اساس این قانون، سن مسئولیت کیفری در نظام حقوقی افغانستان تکمیل ۱۲ سال تعیین شده است. این قانون پس از تعدیلات مختلف، در نهایت به عنوان بخشی از کد جزای ۱۳۹۶ ش قرار گرفت و در ماده ۹۵ آن تکمیل ۱۲ سالگی به عنوان حداقل سن مسئولیت کیفری مورد پذیرش قرار گرفت: «طفلی که سن ۱۲ سالگی را تکمیل نکرده باشد، مسئولیت جزایی نداشته و دعوی جزایی علیه وی اقامه نمی‌شود».

مطابق ماده ۹۷ همین قانون، طفلی که بین ۱۲ تا ۱۶ سال داشته باشد، در صورت ارتکاب جنایت، به بیش از ربع حداکثر مجازات بزرگسالان محکوم نمی‌شود و طفلی که بین ۱۶ تا ۱۸ سال سن داشته باشد، به بیش از ثلث حداکثر مجازات پیش‌بینی شده برای بزرگسالان محکوم نمی‌گردد.

به این ترتیب، قانون‌گذار افغانستان نیز مسئولیت کیفری تدریجی را در کد جزا که قانون مؤخر محسوب می‌شود، پذیرفته بود. اما با حاکمیت مجدد طالبان و ملغی شدن تمام قوانین کیفری سابق، احکام فقه حنفی جایگزین قوانین وضعی شده است. لذا در شرایط فعلی،

۳. ماده ۷۰ قانون جزای عمومی ۱۳۵۵ ش افغانستان: «صغیر به طفلی اطلاق می‌گردد که بین سن هفت و سیزده سالگی کامل قرار داشته باشد».

ماده ۷۱ قانون جزای عمومی ۱۳۵۵ ش افغانستان: «مراهق به شخصی اطلاق می‌گردد که سن سیزده سالگی را تکمیل و هجده سالگی را تکمیل نکرده باشد».

۴. ماده ۴ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال: «۱. طفل: شخصی است که سن هجده سالگی را تکمیل نکرده باشد؛ ۲. طفل غیرممیز: شخصی است که سن هفت سالگی را تکمیل نکرده باشد؛ ۳. طفل ممیز: شخصی است که سن هفت سالگی را تکمیل و دوازده سالگی را تکمیل نکرده باشد؛ ۴. طفل نوجوان: شخصی است که سن دوازده سالگی را تکمیل، اما هجده سالگی را تکمیل نکرده باشد».

مسئولیت کیفری تدریجی^۵ در محاکم افغانستان رعایت نمی شود، بلکه دختران با تکمیل ۹ سال و پسران با تکمیل ۱۵ سال وارد مسئولیت کیفری دفعی می گردند.

۲-۲. گذار از معیار سنی دوگانه به تساوی سن مسئولیت کیفری

قانونگذار ایران در قانون راجع به مجازات اسلامی ۱۳۶۱، سن مسئولیت کیفری را سن بلوغ شرعی تعیین نموده بود. براینکه و نتیجه تعیین سن بلوغ شرعی به عنوان معیار مسئولیت کیفری، اتخاذ معیار دوگانه و مبتنی بر تفکیک جنسیتی بین دختران و پسران بود، درحالی که چنین رویکردی در مخالفت صریح با اسناد بین المللی قرار داشته و به نظر برخی از حقوق دانان فاقد توجیه عقلایی بوده و غیر قابل پذیرش است (میرمحمدصادقی، ۱۴۰۲، ص ۲۸۶؛ کلانتری؛ غفاری جراتی؛ رادمان، ۱۳۹۸، ص ۱۷۰؛ فلاح خاریکی؛ حاجی تبار فیروزجائی، ۱۴۰۲، ص ۱۴۸؛ زراعت، ۱۳۹۴، ص ۱۶۴؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۱۹۸)، زیرا یافته های جرم شناسی و روان شناختی نشان داده است که سن رشد دختران و پسران تقریباً یکسان است. لذا دلیلی ندارد که تفاوت جنسیتی از این حیث، وجود داشته باشد (ابوذری، ۱۳۹۸، ص ۳۵؛ شیرازی؛ شاکری، ۱۴۰۰، ص ۴۱).

اما قانونگذار ایران در ماده ۸۸ قانون مجازات ۱۳۹۲ رویکرد متعادل تری اتخاذ نموده، سن ۹ تا ۱۵ سال را به صورت یکسان به عنوان سن مسئولیت کیفری دختران و پسران در جرائم تعزیری قرار داده و سال شمسی را جایگزین سال قمری نموده است. لذا در برخی موارد، ممکن است فردی به سن بلوغ شرعی رسیده باشد، اما مسئولیت کیفری متوجه آن نشود. برای مثال، اگر دختری در سن ۸ سال و نه ماه شمسی قرار داشته باشد، بالغ محسوب می شود، اما چون ۹ سال شمسی را تکمیل نکرده مسئولیت کیفری متوجه وی نمی شود (الهامی؛ یوسفلو؛ شفیع زاده، ۱۴۰۰، ص ۲۳۸). همچنین مطابق تبصره ۲ ماده فوق، در خصوص مرتکبان جرائم حدود و قصاص نیز سن مسئولیت کیفری یکسان بین دختران و پسران پیش بینی شده است. در واقع، قانونگذار ایران معیار دوگانه مسئولیت کیفری مبتنی بر تفکیک جنسیتی را کنار گذاشته و در مطابقت نسبی با اسناد بین المللی، معیار واحدی را برای مسئولیت کیفری دختران و پسران پذیرفته است.

۵. «مسئولیت کیفری تدریجی در حقوق افغانستان» به این مفهوم اشاره دارد که افراد بر اساس سن و رشد عقلی به تدریج از مسئولیت کامل کیفری برخوردار می شوند. طبق قانون جزای افغانستان (ماده ۹۵-۹۶ کود جزای ۱۳۹۶ هـ. ش اطفال زیر ۱۲ سال فاقد مسئولیت کیفری هستند، نوجوانان بین ۱۲ تا ۱۸ سال در صورت ارتکاب جرم، تحت نظام عدالت اطفال قرار می گیرند و مجازاتشان بیشتر اصلاح گرانه و تربیتی است، درحالی که افراد بالای ۱۸ سال مسئولیت کیفری کامل دارند و مشمول مجازات های قانونی می شوند. این رویکرد نشان دهنده توجه نظام حقوقی افغانستان به اصل تفکیک سنی و رشد تدریجی مسئولیت پذیری در قبال جرائم است.

اما در حقوق کیفری افغانستان، معیار دوگانه از ابتدا کم‌رنگ یا هیچ بوده است، زیرا مطابق فقه حنفی، بلوغ شرعی که در دختران و پسران تقریباً یکسان است، آغاز سن مسئولیت کیفری محسوب می‌شود. لذا قانون‌گذار افغانستان در خصوص یکسان‌انگاری سن بلوغ و مسئولیت کیفری دختران و پسران از نظر امام ابو محمد و ابویوسف و در خصوص تعیین حداقل سن مسئولیت کیفری از نظر جمهور فقهای حنفی پیروی نموده است. از همین رو، ۱۲ سالگی را آغاز سن مسئولیت کیفری برای دختران و پسران تعیین کرده است و اتمام ۱۸ سالگی را پایان بلوغ و آغاز مسئولیت کیفری تام.

۲-۳. مسئولیت کیفری نقصان یافته در جرائم مستوجب حد و تعزیر

مسئولیت کیفری نقصان یافته به حالتی اشاره دارد که جرم به طور کامل تحقق یافته و تمامی ارکان جرم و شرایط اعمال مسئولیت کیفری وجود دارد، اما به دلیل عوامل خاص، مجازات اصلی قابل اعمال نیست و به جای آن، مجازاتی سبک‌تر تعیین می‌شود. در این موارد، مجازات به طور کامل منتفی نمی‌شود، بلکه قانون‌گذار به صورت استثنایی و بر اساس دلایل مشخص، مجازات فرد را تخفیف می‌دهد (هادی پور؛ قاسمی؛ نصرتی، ۱۳۹۹، ص ۱۷۷۸).

در ایران مسئولیت کیفری نقصان یافته به صورت نسبی در خصوص جرائم تعزیری پذیرفته شده بود. اما در خصوص جرائم حدی مقررات واضحی در این زمینه وجود نداشت. با تصویب قانون مجازات ۱۳۹۲ ایران، مسئولیت کیفری نقصان یافته در جرائم حدی و تعزیری پذیرفته شده است (صبوری پور؛ موسوی، ۱۴۰۳، ص ۹۹). تبصره ۲ ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در این خصوص چنین بیان کرده است: «هرگاه نابالغ مرتکب یکی از جرائم موجب حد یا قصاص گردد، در صورتی که از دوازده تا پانزده سال قمری داشته باشد، به یکی از اقدامات مقرر در بندهای (ت) و (ث) محکوم می‌شود و در غیر این صورت، یکی از اقدامات مقرر در بندهای (الف) تا (پ) این ماده در مورد آن‌ها اتخاذ می‌گردد».

هرچند در این تبصره در خصوص اطفال بین ۱۵ تا ۱۸ سال مقررات واضح وجود ندارد، اما مطابق ماده ۹۱ قانون مذکور، در صورتی که فرد فاقد درک و شعور لازم باشد، امکان این که مجازات حدی آن به مجازات تعزیری تبدیل شود فراهم است. از این رو می‌توان گفت قانون‌گذار ایران نه به صورت صریح، بلکه به طور ضمنی، مسئولیت کیفری نقصان یافته در جرائم حدی را نیز پذیرفته است (الهامی؛ یوسفلو؛ شفیع‌زاده، ۱۴۰۰، ص ۳۱). لذا برخی بر این باورند

که قرار گرفتن سن رشد در کنار سایر شرایط اجرای حدود و قصاص، به معنای پذیرش نسبی و غیرمستقیم مسئولیت کیفری نقصان یافته در جرائم حدی است (گنجی، ۱۳۹۹، ص ۶۵).^۶ منظور از ادراک در حقوق کیفری، قدرت و توانایی تشخیص و تفکیک افعال و تبعات اخلاقی و اجتماعی آن‌هاست که معمولاً با تکامل قوه عقل تحقق پیدا می‌کند (میرسعیدی، ۱۳۸۲، ص ۱۳). بنابراین، صرف رسیدن به بلوغ شرعی، برای تحمیل مجازات حدی و قصاص بر کودکان زیر ۱۸ سال کفایت نمی‌کند.

در افغانستان تا قبل از حاکمیت امارت اسلامی طالبان، نظام دوگانه فقهی - حقوقی حاکم بود و اجرای حدود و قصاص مطابق احکام فقه حنفی انجام می‌شد. لذا قانون‌گذار افغانستان مسئولیت کیفری نقصان یافته را در خصوص افراد بین ۱۳ تا ۱۵ سال در جرائم تعزیری پذیرفته بود، به‌گونه‌ای که در این صورت، اطفال به حداکثر، نصف مجازات بزرگسالان محکوم می‌شدند.^۷ همچنین بر اساس ماده ۹۳ قانون مجازات ۱۳۵۵ ش، مجازات اعدام تعزیری بر شخصی که بین ۱۸ تا ۲۰ سال باشد، تطبیق نمی‌شد. ولی فرمان شورای انقلابی جمهوری دموکراتیک ۱۳۷۰ ش، ماده فوق را لغو و سن مجازات اعدام را به ۱۸ سال کاهش داد (نظری توکلی؛ مصلح، ۱۳۹۷، ص ۱۸۰). اما بعداً با سقوط حکومت حزب دموکراتیک خلق و روی کار آمدن نظام جمهوری اسلامی در سال ۱۳۸۰، بار دیگر قانون جزای عمومی ۱۳۵۵ به عنوان قانون جزایی پذیرفته شد. با تصویب کد جزای افغانستان مفاد ماده ۹۳ قانون مذکور در ماده ۱۱۴ قانون جدید عیناً ذکر شده است.^۸ اما در جرائم حدی، چون مطابق فقه حنفی مسئولیت کیفری نقصان یافته پذیرفته نیست و قانون‌گذار نیز رسیدگی به این جرائم را به فقه احاله داده بود، بحث مسئولیت کیفری نقصان یافته نیز منتفی بود (پوپل، ۱۳۹۹، ص ۳۲۴). در نظام کنونی افغانستان که قوانین وضعی قبلی ملغی اعلام شده و فقه حنفی جایگزین آن‌ها گردیده است، مسئولیت کیفری نقصان یافته نه تنها در جرائم حدی پذیرفته نیست، بلکه در جرائم تعزیری نیز به رسمیت شناخته نشده است. این مسئله می‌تواند به مثابه عقب‌گرد در حقوق کیفری افغانستان تلقی شود.

۶. ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ایران: «در جرائم موجب حد یا قصاص، هر گاه افراد بالغ کمتر از هجده سال، ماهیت جرم انجام شده و یا حرمت آن را درک نکنند و یا در رشد و کمال عقل آنان شبهه وجود داشته باشد، حسب مورد، با توجه به سن آن‌ها به مجازات‌های پیش‌بینی شده در این فصل محکوم می‌شوند».

۷. ماده ۲۴ نظام‌نامه جزای عمومی ۱۳۰۲: «در حین وقوع جرم بچه‌هایی که سال سیزدهم عمر خود را پوره نموده و سال پانزدهم را اكمال ننموده باشند، جزایشان به درجه نصف مقداری که در نظام‌نامه مصرح گردیده است، حکم می‌شود. اگر جرم مستلزم اعدام باشند، به عوض آن، ده سال حبس می‌شود و از این چنین بچه‌ها جزای نقدی هم مناصفه گرفته می‌شود».

۸. «شخص که بیست سالگی را تکمیل نکرده باشد، به اعدام محکوم نمی‌گردد».

نتیجه‌گیری

مسئولیت کیفری به مفهوم دارا بودن اهلیت تحمل کیفر، یکی از مهم‌ترین مسائل حقوق کیفری محسوب می‌شود. پس از طرح مباحث انتقادی جرم‌شناختی و روان‌شناختی، بسیاری از مفاهیم و مسائل حقوق کیفری دچار تحول و دگرگونی گردید که مسئولیت کیفری نیز از آن جمله محسوب می‌شود. با توجه به عنوان مقاله و موضوع مورد پژوهش، برآیند و نتیجه پژوهش حاضر به این قرار است:

معیارهای تعیین مسئولیت کیفری اشخاص حقیقی، به ویژه سن مسئولیت کیفری، در حقوق کیفری ایران و افغانستان دچار قبض و بسط‌های متعدد شده است. این قبض و بسط‌ها متأثر از عوامل اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و سیاسی هر جامعه‌ای متفاوت بوده است. ولی متغیر اصلی در این خصوص، گفتمان کیفری شریعت و تأثیر آن بر مؤلفه‌های مسئولیت کیفری در نظام حقوقی ایران و افغانستان بوده است. با توسعه و گسترش قلمرو قواعد فقهی در حقوق کیفری ایران و افغانستان، سن مسئولیت نیز دچار دگرگونی شده است، با این تفاوت که در قوانین کیفری اوایل انقلاب اسلامی ایران، از یک سو، بین بلوغ شرعی و مسئولیت کیفری تفاوتی وجود نداشت، بلکه بلوغ شرعی معیار سن مسئولیت کیفری قلمداد شده بود. از سوی دیگر، نسبت به سن مسئولیت کیفری دختران و پسران سیاست کیفری افتراقی و رویکرد دوگانه حاکم بود. اما در قانون مجازات ۱۳۹۲ نه تنها بین مسئولیت کیفری و سن بلوغ شرعی تفکیک صورت گرفت، بلکه در خصوص اطفال ۹ تا ۱۵ سال، سن مسئولیت کیفری یکسان پیش‌بینی شده است. ولی در حقوق کیفری افغانستان به لحاظ سن مسئولیت کیفری، تفاوتی میان دختران و پسران لحاظ نشده است. در واقع، یکی از وجوه افتراق حقوق کیفری ایران و افغانستان، تفکیک میان سن مسئولیت کیفری دختران و پسران است که قانون‌گذار ایران با توجه به معیار قرار دادن بلوغ شرعی نسبت به سن مسئولیت کیفری دختران و پسران، رویکرد دوگانه اتخاذ نموده، در حالی که قانون‌گذار افغانستان متأثر از کنوانسیون‌های بین‌المللی و در برخی آرای فقهای حنفی، بین سن مسئولیت کیفری دختران و پسران تفاوت قائل نشده است.

همچنین قانون‌گذار ایران در گذشته مسئولیت کیفری نقصان‌یافته را صرفاً در جرائم تعزیری پذیرفته بود و در خصوص جرائم مستوجب حد، مسئولیت کیفری نقصان‌یافته را به رسمیت نشناخته بود. اما در تبصره ۲ ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مسئولیت کیفری

نقصان یافته در جرائم موجب حد و قصاص نیز به صورت ضمنی پذیرفته شده است؛^۹ زیرا بر اساس این تبصره، مجازات حدود و قصاص به مجازات تعزیری تبدیل می‌شود که در واقع، به نوعی ارفاق در حد مرتکب است. اما قانون‌گذار افغانستان با اتخاذ سیاست کیفری دوگانه بین جرائم حدی و تعزیری، مسئولیت کیفری نقصان یافته را صرفاً در جرائم تعزیری پذیرفته و در خصوص جرائم حدی، فقه حنفی را ملاک و معیار قرار داده بود. با روی کار آمدن گروه طالبان و ملغی اعلام شدن بسیاری از قوانین و مقررات قبلی، نظام حقوقی افغانستان فرو پاشید و تاکنون رویکرد یکسانی در زمینه حقوق کیفری به میان نیامده تا بتوان بر اساس آن، پذیرش یا عدم پذیرش مسئولیت کیفری نقصان یافته را مورد ارزیابی قرار داد. اما با توجه به رویه قضایی موجود و سیاست‌های کلی طالبان در خصوص قوانین وضعی و تأکید بر اجرای فتاوی فقهی، می‌توان گفت مسئولیت کیفری نقصان یافته در هیچ‌کدام از جرائم حدی و تعزیری مورد پذیرش قرار نگرفته است.

بنابراین، با توجه به مقررات کنوانسیون‌های بین‌المللی، اهمیت و توسعه یافتن ارزش‌های حقوق بشری، شرایط فرهنگی، اجتماعی، سیاسی و حقوقی، اقتضا دارد تا مسئولیت کیفری نقصان یافته در تمام جرائم از جمله حدود و قصاص، در افغانستان نیز مورد پذیرش قرار بگیرد، چنان‌که در جرائم تعزیری در هر دو نظام کیفری و در جرائم حدی تنها در حقوق کیفری ایران، مسئولیت کیفری نقصان یافته به صورت ضمنی پذیرفته شده است.

۹. تبصره ۲ ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی ایران: «هر گاه نابلغ مرتکب یکی از جرائم موجب حد یا قصاص گردد، در صورتی که از دوازده تا پانزده سال قمری داشته باشد، به یکی از اقدامات مقرر در بندهای (ت) و یا (ث) محکوم می‌شود و در غیر این صورت، یکی از اقدامات مقرر در بندهای (الف) تا (پ) این ماده در مورد آن‌ها اتخاذ می‌گردد».

فهرست منابع

۱. ابن قدامه، عبدالله بن احمد. (۱۴۱۴ق). الکافی فی فقه الامام احمد. بیروت: دار الکتب العلمیه.
۲. ابوذری، مهنوش. (۱۳۹۸ش). نگرش فازی در حوزه سن مسئولیت کیفری. مجله حقوقی دادگستری، ۸۳(۱۰۸)، ۲۳-۱. <https://doi.org/10.22106/ijl.2019.104478.2626>
۳. اردبیلی، محمدعلی. (۱۴۰۳ش). حقوق جزای عمومی، (جلد دوم، چاپ ۷۴). تهران: میزان.
۴. الهامی، رضا؛ یوسفلو، بهروز؛ شفیع‌زاده، اکبر. (۱۴۰۰ش). بررسی ابعاد حقوقی مسئولیت کیفری اطفال با رویکرد قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲. مطالعات فقه اسلامی و مبنای حقوق، ۱۱(۴۳)، ۲۹-۵۳. <https://doi.org/10.22034/fvh.2021.10813.1368>
۵. امیریان فارسانی، امین. (۱۴۰۲ش). بررسی تطبیقی مسئولیت کیفری اطفال در نظام حقوقی ایران و آمریکا. تمدن حقوقی، ۱۵۶(۱۵)، ۱۰۷-۱۱۶. <https://doi.org/10.22034/c.2023.390628.1322>
۶. بازوند، وحید؛ نورمحمدی، حسین. (۱۴۰۰ش). مسئولیت کیفری در مفهوم انتزاعی و گستره حاکمیت آن بر رفتار شخص حقوقی (از تحلیل نظری تا واکنش قضایی). پژوهش‌های حقوقی، ۲۰(۴۷)، ۵۵-۸۸. <https://doi.org/10.48300/ijr.2021.140164>
۷. بغدادی، ابی‌محمد قاضی عبدالوهاب. (۲۰۱۵م). شرح التلقین فی الفقه المالکی. بیروت: دار الکتب العلمیه.
۸. پوپل، محمد. (۱۳۹۹ش). مسئولیت کیفری اطفال و نوجوانان (مطابق کود جزای افغانستان و قانون مجازات اسلامی ایران). جغرافیا و روابط انسانی، ۳(۲)، ۳۱۸-۳۲۹. <https://doi.org/10.22034/gahr.2020.251870.1453>
۹. پیوندی، غلامرضا. (۱۳۸۹ش). مطالعه تطبیقی معیار کودکی. حقوق اسلامی، ۷(۲۷)، ۱۳۹-۱۶۷.
۱۰. تدین، عباس. (۱۳۸۸ش). سن مسئولیت کیفری اطفال و واکنش‌های اجتماعی در برابر بزهکاری آنان در کشورهای اروپایی و ایران، در: مجموعه مقاله‌های برگزیده همایش علمی کاربردی پلیس و نظام عدالت برای کودکان و نوجوانان. تهران.
۱۱. جعفری، فریدون. (۱۴۰۱ش). جایگاه رکن روانی و مسئولیت کیفری در تعریف جرم. آموزه‌های حقوق کیفری، ۱۹(۲۴)، ۳۳-۶۲. <https://doi.org/10.30513/cld.2023.4840.1780>
۱۲. حسنی، محمد. (۱۴۰۰ش). مسئولیت کیفری مطلق در جرایم یقه سفیدان. حقوق اسلامی، ۱۸(۶۸)، ۶۱-۹۰.
۱۳. حسنی، محمد حسن؛ افراسیابی، محمد مهدی. (۱۳۹۹ش). مقارنه تحولات ناظر بر مسئولیت کیفری اطفال و نوجوانان در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و فقه جزایی اسلام. مطالعات فقه اسلامی و مبنای حقوق، ۱۴(۴۲)، ۱۹۱-۲۱۲. <https://doi.org/10.22034/fvh.2021.7313.1163>
۱۴. حیدری، مسعود. (۱۳۹۵ش). بررسی تطبیقی سن مسئولیت کیفری اطفال در فقه اسلامی، اسناد بین‌المللی و قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲. پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۳(۱۱)، ۹۱-۱۱۴. <https://doi.org/10.22091/csiw.2017.818>

۱۵. رخشانی فر، مهرعلی؛ دلاور، غلامحسن؛ سالارزایی، امیرحمزه. (۱۳۹۸ش). بررسی حداقل و حداکثر سن بلوغ از نظر فقهای امامیه - حنفی و علم پزشکی، مجله دانشکده پزشکی، ۶۲ (ویژه روان شناسی)، ۴۶۸-۴۸۲. <https://doi.org/10.22038/mjms.2020.19840>
۱۶. زراعت، عباس. (۱۳۹۴ش). شرح مختصر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲. تهران: ققنوس.
۱۷. ساریخانی، عادل؛ عطازاده، سعید. (۱۳۹۲ش). معیار سن کیفری دختران در فقه و حقوق موضوعه. مطالعات حقوق تطبیقی، ۴(۲)، ۵۷-۷۹. <https://doi.org/10.22059/jcl.2014.36313>
۱۸. سبزواری، عبدالاعلی. (بی تا). جامع الأحکام الشرعية (سبزواری). قم: مؤسسه المنار.
۱۹. سغدی، علی بن حسین. (۱۴۰۴ق). النتف فی الفتاوی، بیروت: مؤسسه الرساله.
۲۰. شاملو، باقر؛ حسینی، مهدی. (۱۴۰۱ش). انتساب مسئولیت کیفری به اشخاص حقوقی در حقوق کیفری ایران و فقه امامیه. پژوهش نامه فقه اجتماعی، ۱۱(۱)، ۱۳۳-۱۴۶. <https://doi.org/10.30497/irj.2022.76398>
۲۱. شاملو، باقر. (۱۳۹۰ش). عدالت کیفری و اطفال (شخصیت طفل، بزهکاری، دادرسی، پاسخها). تهران: جنگل.
۲۲. شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه. قم: داوری.
۲۳. شیرازی، میثاق؛ شاکری، ابوالحسن. (۱۴۰۰ش). مسئولیت دختر نوجوان در ارتکاب جرائم تعزیری در فقه امامیه و حقوق کیفری ایران. فصلنامه اندیشه حقوقی معاصر، ۲(۶)، ۲۱-۳۳. <https://doi.org/10.22034/lth.2021.248571>
۲۴. صبوری پور، مهدی؛ موسوی، سید پوریا. (۱۴۰۳ش). حقوق کیفری عمومی اطفال و نوجوانان. تهران: میزان.
۲۵. صدری، سید محمد؛ امیرپور، حیدر؛ باقری، احمد؛ بزرگمهر، عیسی. (۱۳۹۸ش). تحولات و رویکرد قضایی سن مسئولیت کیفری در کشورهای مختلف جهان. مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۰(۱)، ۲۱۷-۲۳۷. doi.org/10.22059/jcl.2018.260048.633686
۲۶. طهماسبی، جواد. (۱۳۸۸ش). تحولات تقنینی ایران در قبال بزهکاری اطفال و نوجوانان، در: مجموعه مقاله های برگزیده همایش علمی کاربردی پلیس و نظام عدالت برای کودکان و نوجوانان. تهران.
۲۷. عباسی سرمدی، مهدی؛ زنگی اهرمی، عهدیه. (۱۳۹۴ش). بررسی سن کودک و آثار حقوقی آن از منظر اسناد بین المللی. فقه و حقوق خانواده، ۲(۶۳)، ۲۳-۴۱. <https://doi.org/10.30497/ij.2016.56648>
۲۸. علامه، غلام حیدر. (۱۳۹۶ش). حقوق جزای عمومی افغانستان. کابل: دانشگاه ابن سینا.
۲۹. علیش، محمد. (۱۴۰۹ق). شرح منح الجلیل علی مختصر العلامة خلیل. بیروت: دار الفکر.
۳۰. عمرانی، یحیی. (۱۴۲۱ق). البیان فی مذهب الامام الشافعی. جده: دار المنهاج.
۳۱. غلامی، علی. (۱۳۹۱ش). عوامل مانع مسئولیت کیفری. تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
۳۲. فلاح خاریکی، امین؛ حاجی تبار فیروزجانی، حسن. (۱۴۰۲ش). جایگاه رشد جزایی در مسئولیت کیفری از منظر فقه امامیه و حقوق ایران. پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، ۱۹(۷۱)، ۱۴۰-۱۶۵. [org/10.22034/ijrj.2023.702563](https://doi.org/10.22034/ijrj.2023.702563)

۳۳. کلانتری، کیومرث؛ غفاری چراتی، صالح؛ رادمان، امین. (۱۳۹۸ش). بررسی فقهی- حقوقی سن مسئولیت کیفری اطفال با تأملی در اسناد بین‌المللی. پژوهش‌نامه میان‌رشته فقهی، ۷(۱۴)، ۱۶۱-۱۸۲. <https://doi.org/10.30497/fiqh.2019.75384>
۳۴. گنجی، مریم. (۱۳۹۹ش). تحلیل جزایی ارکان و شرایط سن مسئولیت کیفری. تحقیقات حقوق قضایی، (۱)، ۵۵-۷۴.
۳۵. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۳ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام. تهران: استقلال.
۳۶. محقق هرجقان، علیرضا. (۱۳۹۰ش). سن مسئولیت کیفری از منظر جرم‌شناسی. تهران: دادگستر.
۳۷. مرغینانی، علی بن ابی‌بکر. (بی‌تا). الهدایة فی شرح بدایة المبتدی. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۳۸. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۱۲ق). مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان. قم: جامعه مدرسین.
۳۹. مهرپور محمدآبادی، حسن. (۱۳۹۲ش). مطالعه برخی نوآوری‌های قانون‌گذار در لایحه مجازات اسلامی در دست تصویب، در: دائرةالمعارف علوم جنایی، (ج ۲)، تهران: میزان.
۴۰. پورمحمی آبادی، حسین. (۱۳۹۵ش). سیاست کیفری کودکان و نوجوانان بزه‌دیده و بزه‌کار، تهران: میزان.
۴۱. موسوی غروی، سید محمدجواد. (۱۳۷۳ش). مبانی حقوق در اسلام، به‌ضمیمه رساله بلوغ. اصفهان: جهاد دانشگاهی.
۴۲. مهرا، نسرین؛ نوروزی، بهروز. (۱۳۹۸ش). سیاست‌گذاری ارکان مسئولیت کیفری در حقوق ایران و انگلستان، با نگرشی بر نظرات امام خمینی و دیگر فقها. پژوهش‌نامه متین، ۲۱(۸۴)، ۹۱-۱۲۹. <https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.24236462.1398.21.84.5.1>
۴۳. میرسعیدی، منصور. (۱۳۸۲ش). مسئولیت کیفری. تهران: میزان.
۴۴. میرمحمدصادقی، حسین. (۱۴۰۲ش). جرائم علیه اموال و مالکیت. تهران: میزان.
۴۵. نبوی، نعمت‌الله. (۱۳۹۵ش). حقوق جزای عمومی افغانستان. کابل: نشر واژه.
۴۶. نجفی، راضیه؛ یحیی‌پور، محدثه. (۱۳۹۷ش). بررسی مسئولیت کیفری اطفال و مجانین در فقه امامیه. قانون‌یار، ۲(۶)، ۲۹۷-۳۲۳.
۴۷. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
۴۸. نظری توکلی، سعید؛ مصلح، محمد صالح. (۱۳۹۷ش). مرتبه‌پذیری مفهوم بلوغ و گونه‌های مسئولیت ناشی از آن در فقه مذاهب اسلامی. فقه مقارن، ۶(۱۱)، ۱۷۵-۱۹۳.
۴۹. نظری، حسین؛ میرزاجانی، حمیدرضا؛ احمدی، زهرا. (۱۴۰۲ش). تأثیر مسئولیت کیفری محض (نظامیان) بر سیاست تسامح صفر (مورد مطالعه: استان خراسان شمالی). نظارت و بازرسی، ۱۷(۶۵)، ۱۶۱-۱۸۶. <https://doi.org/10.22034/si.2023.101847>
۵۰. نقی‌زاده باقی، المیرا؛ آشوری، محمد؛ مهرا، نسرین؛ شاملو، باقر. (۱۴۰۱ش). تحولات سیاست جنایی

تقنینی ایران در قلمرو مسئولیت کیفری نسبی نوجوانان. تعالی حقوق، ۱۳(۳)، <https://doi.org/10.22034/thdad.2022.538965.1956>

۵۱. هادی پور، کیانوش؛ قاسمی، مسعود؛ نصرتی، یزدان. (۱۳۹۹ش). مسئولیت کیفری نقصان یافته جرائم اطفال و نوجوانان در سیاست جنایی ایران و نظام حقوقی انگلستان. *جمع‌شناسی سبسی ایران*، ۱۷۷۷(۳): ۱۷۹۰-۱۷۹۰
<https://doi.org/10.30510/psi.2022.350675.3694>

۵۲. وطن‌یار، شمس‌الدین؛ واعظی، محمدناصر. (۱۴۰۱ش). حمایت کیفری از اطفال در فقه حنفی، امامی و قوانین جزایی افغانستان. *مطالعات حقوق اسلامی*، ۸(۱۷)، ۴۳-۶۰.
http://ls.miu.edu.af/arti-cle_100284_5c3df7bf6b8cd180f24d533cb3d52c4f.pdf

قوانین

۵۳. قانون تشکیل دادگاه اطفال، مصوب ۱۳۳۸ش.
۵۴. قانون جزای عمومی افغانستان، مصوب ۱۳۵۵ش.
۵۵. قانون راجع به مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۶۱ش.
۵۶. قانون رسیدگی به تخلفان اطفال، مصوب ۱۳۸۳ش.
۵۷. قانون مجازات اسلامی ایران، مصوب ۱۳۹۲ش.
۵۸. قانون مجازات عمومی، مصوب ۱۳۰۴ش.
۵۹. قانون مجازات عمومی، مصوب ۱۳۵۲ش.
۶۰. کد جزای افغانستان، مصوب ۱۳۹۶ش.



Analysis of the Evolution in imprisonment from the perspective of the sociology of culture in post-revolution Iran

Sayyideh Zahra Khakshoori¹, Sayyed Muhammad Javad Sadati², Abdu al-Reza Javan Jafari Bojnordi³

1. Master's Student in Criminal Law and Criminology, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran. Email: s.z.khakshoori@mail.um.ac.ir
2. Corresponding author, Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran. Email: mj.sadati@um.ac.ir
3. Full Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran. Email: javan-j@um.ac.ir

Article Info

Article type:

Original research

Received: 2 November 2024

Received in revised form: 8
December 2024

Accepted: 24 December 2024

Available online: 29 December
2024

Keywords

post-revolution Iran,
cultural sociology,
punishment of
imprisonment,, classical
approach, and post-
structuralist approach



Abstract

The prevalence of corporal punishments in the first decade of the Islamic Revolution and the marginalization of prisons were the result of the dominance of the religious traditionalist discourse. During this period, imprisonment, which had been the primary punishment for most crimes before the revolution, was set aside. While, after some time, the punishment of imprisonment was re-vived. The question is why imprisonment became marginalized in one period of history, but in another period, it turns to the primary penalty. This paper intends to utilize the field of sociology of culture for a causal analysis of these events. In this paper, among the various approaches relating to the sociology of culture, two approaches have been observed: the classical, which adopts a subjective perspective on culture, and the post-structuralist, which offers an objective perspective on culture. Ultimately, it can be achieved that punishments in general, and imprisonment in particular, are social phenomena influenced by other social phenomena, such as culture. Therefore, prison can be considered as a reflection of the cultural elements of the social system.

Cite this article: Khakshoori, S.Z.; Sadati, S.M.J. & Javan Jafari Bojnordi, A. (2024). Analysis of the Evolution in imprisonment from the perspective of the sociology of culture in post-revolution Iran. *Criminal Law Doctrines*, 21(27), 173-198. <https://doi.org/10.30513/cld.2024.6473.2044>





تحلیل تحولات کیفر حبس از زاویه جامعه‌شناسی فرهنگ در ایران پساانقلاب

سیده زهرا خاکشوری^۱، سید محمد جواد ساداتی^۲، عبدالرضا جوان جعفری بجنوردی^۳

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران. رایانامه: s.z.khakshoori@mail.um.ac.ir

۲. نویسنده مسئول، استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران. رایانامه: mj.sadati@um.ac.ir

۳. استاد، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران. رایانامه: javan-j@um.ac.ir

چکیده

فراگیر شدن مجازات‌های بدنی در دهه اول انقلاب اسلامی و به حاشیه رفتن زندان‌ها معلول حاکمیت گفتمان سنت‌گرای مذهبی بود. در این دوران، مجازات زندان که پیش از انقلاب مجازات اصلی اغلب جرائم بود، کنار گذاشته شد. این در حالی است که پس از مدتی، کیفر حبس مجدداً احیا شد. پرسش این است که چرا در دوره‌ای از تاریخ، زندان در حاشیه قرار می‌گیرد، اما در برهه‌ای دیگر، تبدیل به مجازات اصلی جرائم می‌شود؟ این مقاله بنا دارد از حوزه جامعه‌شناسی فرهنگ برای تحلیل علی این وقایع استفاده کند. در این پژوهش، از میان رویکردهای مختلف جامعه‌شناسی فرهنگ، دو رویکرد کلاسیک که دیدگاهی ذهنی به فرهنگ دارد، و رویکرد پساساختارگرا که دارای رویکرد عینی به فرهنگ است، مورد استفاده قرار گرفته‌اند. در نهایت، می‌توان نتیجه‌گرفت که مجازات‌ها به‌طور عام و زندان به‌طور خاص، پدیداری اجتماعی است که از سایر پدیده‌های اجتماعی همچون فرهنگ تأثیر می‌پذیرد. بنابراین می‌توان زندان را انعکاس بخش عناصر فرهنگی نظام اجتماعی دانست.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

تاریخ ارسال: ۱۴۰۳/۸/۱۲
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۹/۲۸
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۴
تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۳/۱۰/۹

کلیدواژه‌ها

ایران پساانقلاب، جامعه‌شناسی فرهنگ، کیفر حبس، رویکرد کلاسیک، رویکرد پساساختارگرا

استناد: خاکشوری، سیده زهرا؛ ساداتی، سید محمد جواد؛ جوان جعفری بجنوردی، عبدالرضا. (۱۴۰۳). تحلیل تحولات کیفر حبس از زاویه جامعه‌شناسی فرهنگ در ایران پساانقلاب. *آموزه‌های حقوق کیفری*، ۲۱(۲۷)، ۱۷۳-۱۹۸.

<https://doi.org/10.30513/cld.2024.6473.2044>



مقدمه

مجازات حبس به عنوان مکانی برای محبوس کردن بزهکاران عادی، کمتر از دویست سال عمر دارد. این نوع از مجازات در ایران، با تصویب قانون مجازات عمومی در سال ۱۳۰۴، به عنوان اولین قانون مدونی که قابلیت اجرایی داشت و اجرا شد، مجازاتی اصلی در قبال جرائم ارتكابی متولد شد. در طول این دوره صدساله، کیفر حبس، تحولات و دگرگونی‌های مختلفی را پشت سر گذاشته است. برخی از این تحولات را می‌توان پس از انقلاب در ایران مشاهده کرد. با استقرار گفتمان سنت‌گرای مذهبی در ایران، کیفرهای بدنی در دهه اول انقلاب اسلامی، مورد توجه محاکم و قانون‌گذاران قرار گرفت. در این دوران، کیفر حبس به حاشیه قوانین جزایی رانده شد. اما پس از مدتی، این نوع از مجازات مجدداً در مرکز توجه‌های کیفری قرار گرفت و در قوانین مختلف، به عنوان کیفر اصلی در مقابل جرائم مختلف مقرر شد. به عنوان مثال، می‌توان به تحولاتی که کیفر حبس در قانون مبارزه با مواد مخدر در سال‌های پس از انقلاب تجربه کرده است، اشاره کرد.

در سال ۱۳۶۷ قانون مبارزه با مواد مخدر توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام به تصویب رسید. در این قانون دو ماده ۱۱ و ۹ به چشم می‌خورد. ماده ۱۱ مقرر می‌داشت: «مجازات اقدام به قاچاق مواد مخدر موضوع این قانون به‌طور مسلحانه اعدام است و حکم اعدام، در صورت مصلحت، در محل زندگی مرتکب، در ملاء عام اجرا خواهد شد.» ماده ۹ نیز بیان می‌کند که در صورت ارتكاب جرائم مصرح در ماده ۸ برای مرتبه چهارم، اگر مجموع میزان مواد مخدر، به سی گرم برسد، فرد محکوم به اعدام است و این اعدام، در صورت مصلحت، در ملاء عام انجام خواهد گرفت.

سه دهه بعد، در سال ۱۳۹۶، ماده واحده‌ای تصویب شد و به قانون مبارزه با مواد مخدر به عنوان ماده ۴۵ الحاق گردید. این ماده واحده در خصوص مجازات مرتکبین جرائم مربوط به مواد مخدر حکم کرد که تمامی مجرمینی که محکوم به اعدام شده‌اند، در مجازاتشان تغییر ایجاد شده، که منجر به تخفیف مجازات آن‌ها گردیده است، زیرا مجازات آن‌ها از اعدام، به حبس درجه یک تا سی سال و همچنین جزای نقدی درجه یک تا دو برابر حداقل آن تبدیل می‌شود.

این یک نمونه از گرایش به کیفرهای بدنی در دهه اول انقلاب اسلامی و یک نمونه از تمایل به کیفر حبس در سال‌های اخیر بود.^۱ تقابلی در شکل و شیوه مجازات میان این دو تصویر

۱. مقررات متعدد دیگری نیز در این دوره به تصویب رسید که نشان از گرایش قانون‌گذار کیفری دهه نخست انقلاب به مجازات‌های بدنی و تغییر این گرایش به سمت کیفر حبس در سال‌های اخیر است. قوانینی همچون قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱، قانون مجازات اخلاک‌گران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳۶۹ و قانون جرائم مواد مخدر و اقدامات تأمینی و

احساس می‌شود. در حالی که در دهه اول انقلاب اسلامی قانون‌گذار به سمت مجازات‌هایی غیر از کیفر حبس گرایش پیدا کرده بود، در دهه‌های بعدی، از میزان علقه به کیفرهای بدنی کاسته و زندان به عنوان مجازات اصلی اکثر جرائم معرفی شد. در اوایل انقلاب، اکثر مجازات‌های بدنی در ملاء عام و با حضور میلیونی مردم اجرا می‌شد. به عنوان نمونه می‌توان به گزارشی که در روزنامه اطلاعات (۷ شهریور ۱۳۵۸) درج شده و در آن، از «شلاق زدن گرانفروشان، آن‌هم در مراسم برگزاری نماز جمعه و با حضور میلیون‌ها شهروند» سخن رفته بود، اشاره کرد. توجه به مجازات‌های بدنی در دهه نخست انقلاب تا بدان جا پیش رفت که در بین سال‌های ۱۳۵۷ تا ۱۳۶۱ که هنوز قانون مدون جزایی پس از انقلاب، در مورد برخورد با مجرمین وجود نداشت، محاکم و دادگاه‌های قضایی با استناد به تحریرالوسیله امام خمینی (ره) اقدام به صدور حکم می‌کردند (امیدی؛ عطوف، ۱۳۹۴، ص ۲۱۴). این مسئله را می‌توان به صورت آشکار در پرونده‌های مربوط به مواد مخدر نیز مشاهده کرد. توضیح آن‌که تا سال ۱۳۶۷، برای مجرمین جرائم مربوط به مواد مخدر حکمی وضع نشده بود، اما علی‌رغم آن، قضات، حکم اعدام و دستور به اجرای آن در ملاء عام را صادر می‌کردند (فرجیها؛ مقدسی، ۱۳۹۳، ص ۴۱). این در حالی است که پس از مدتی، کیفرهای بدنی به تدریج به حاشیه رانده شد. صحنه اجرای مجازات از ملاء عام به داخل صحن زندان منتقل شد. افراد تماشاگر نیز تنها محدود به کسانی شدند که در اجرای مجازات نقشی داشتند، همچون رئیس زندان، دادیار زندان، مسئول بند، چند نفر از مسئولان زندان به همراه اولیای دم (ایمانی‌فر، ۱۳۷۴، ص ۲). در اواخر سال ۱۳۸۶، آیت‌الله شاهرودی، رئیس وقت قوه قضائیه، بخشنامه‌ای را به تمام واحدهای قضایی ابلاغ کرد. این بخشنامه اجرای مجازات‌های بدنی به صورت علنی را ممنوع اعلام کرده بود. در این دوران، مجازات زندان جایگزین کیفرهای بدنی گشت. تصویب قانون تعزیرات در سال ۱۳۷۵، نقطه‌ای آغازین برای توجه به حبس بود (الهام؛ وطنی؛ حسن‌زاده لیلاکوهی، ۱۴۰۰، ص ۵۰). در دهه ۹۰ و با تصویب قوانین مختلفی همچون قانون مجازات اسلامی که بر اساس ماده ۱۹ آن یکی از مجازات‌های مندرج که در تمام درجات هشتگانه تعزیر به عنوان اولین مجازات مقرر شده، حبس می‌باشد، توجه به این مجازات به اوج خود می‌رسد. راز گذار از کیفرهای بدنی به کیفر حبس چیست؟ چرا در اوایل انقلاب تمایل قانون‌گذار به سمت مجازات‌های بدنی بوده و کمتر در

درمانی به منظور مداوا و اشتغال به کار معتادین مصوب ۱۳۵۹، در دهه نخستین انقلاب اسلامی به تصویب رسیدند و تمایل نظام کیفری به مجازات‌های بدنی را به نمایش می‌گذارند. در سال‌های اخیر نیز قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و همچنین آیین‌نامه اجرایی حدود، سلب حیات، قطع عضو، قصاص و شلاق و تبعید با رویکردی حبس‌گرایانه به تصویب رسیدند.

قوانین کیفری، حبس برای جرائم به چشم می‌خورد، درحالی‌که هرچه به سال‌های اخیر نزدیک و از اوایل انقلاب دور می‌شویم، تعداد جرائمی که حبس برای آن‌ها به‌عنوان مجازات اصلی در نظر گرفته شده است رو به فزونی می‌گذارد؟^۲ مقاله حاضر در پی پاسخ به پرسش بنیادین علت این تحولات است.

برای پاسخ به پرسش‌های فوق می‌توان از زوایای مختلف و حوزه‌های متفاوت ادراکی همچون فلسفه کیفر،^۳ کیفرشناسی، فقه و گزاره‌های فقهی و... بهره جست. اما موضوع مورد نظر در این پژوهش، نه فلسفه کیفر، نه کیفرشناسی و نه فقه است، بلکه محور اصلی بحث بر مدار حوزه جامعه‌شناسی کیفر می‌گردد. از دید جامعه‌شناسی کیفر، مجازات متأثر از نیروهای فرهنگی، تاریخی و اجتماعی است (اسفندیاری، ۱۳۹۴، ص ۲۲). در این مقاله درصددیم از زاویه فرهنگ به مجازات زندان و تحولات آن بنگریم و با استفاده از جامعه‌شناسی فرهنگ به پرسش‌های فوق پاسخ دهیم.

اهمیت این پژوهش از آن‌جا ناشی می‌شود که موضوع مقاله از زاویه جامعه‌شناسی فرهنگ، و نه مطالعات فنی و مرسوم حقوق کیفری، مورد بررسی قرار خواهد گرفت، زیرا مطالعاتی که در حوزه حقوق کیفری از زاویه مطالعات فنی حقوق انجام می‌گیرد، ابزارهایی قابل اعتماد برای رمزگشایی و پاسخ دادن به سؤالات مورد بحث در این پژوهش نیستند. این‌گونه مطالعات به دلیل نادیده گرفتن واقعیات اجتماعی پدیدارهای انسانی، واقعیت امر را در اختیار محققان قرار نمی‌دهند. اما در مقابل، رویکرد جامعه‌شناختی به کیفر به‌عنوان ابزاری کارآمد برای بررسی ریشه‌های مجازات و تبیین بستر اجتماعی کیفرها می‌باشد (غلامی، ۱۳۹۵، ص ۱۰۱). به عبارتی دیگر، مطالعاتی که از منظر جامعه‌شناسی به حقوق کیفری می‌نگرند، مجازات را همچون پدیده‌ای اجتماعی می‌پندارند؛

۲. شاید خواننده نکته سنج گمان برد که در سال‌های اخیر و به‌ویژه پس از تصویب قانون کاهش مجازات حبس تعزیری در سال ۱۳۹۹، کیفر حبس مجدداً به حاشیه رانده شده و مجازات‌های محروم‌کننده از حقوق اجتماعی در کانون توجه کیفری قرار گرفته‌اند. اما مسئله‌ای که باید تبیین شود این است که گرچه ممکن است در حوزه سیاست جنایی یا کیفرشناسی، این نکته صحیح باشد، اما در حوزه ادراکی جامعه‌شناسی که با جامعه و وجدان جمعی در ارتباط است، امری نادرست تلقی می‌شود. در میان وجدان جمعی و افکار عمومی، هنوز این مسئله پذیرفته نشده است که فرد مجرم و ناقض قانون، تنها به کیفرهای محروم‌کننده از حقوق اجتماعی محکوم شود. به بیان دیگر، جامعه ایرانی هنوز آمادگی پذیرش مجازات‌های جایگزین حبس در برابر مجرمین نیست (پورمحمی‌آبادی؛ بوستانی؛ قماش، ۱۳۹۷، ص ۴۲). عبارتی که در میان عامه مردم به گوش می‌رسد حکایت از این ماجرا دارد: «باید بیوفته هلفدونگی»، «باید بره آب خنک بخوره تا...». به عبارت دیگر، درست است که افراد در دوران کنونی، تمایلی به دیدن فرایند رنج کشیدن مجرم در ملا عام ندارند، اما در مقابل، چنین کیفرهایی را برای مرتکبین جرم، کافی نمی‌دانند و به بیان بهتر، این نوع ضمانت‌های اجرا را هنوز به‌مثابه مجازات به معنای واقعی آن نمی‌پندارند. به همین دلیل در این مقاله از صحبت در این مورد پرهیز شده است.

۳. برای مطالعه یک دیدگاه در خصوص تحلیل فلسفی از مجازات (نک: رستمی، ۱۳۹۹).

پدیده‌ای که در سیستم نظام اجتماعی، انعکاس بخش سایر پدیده‌ها همچون مناسبات قدرت، سیاست، فرهنگ، اقتصاد و ... است و در ارتباط با آن‌ها قرار می‌گیرد.

در کنار این اهمیت، می‌توان از ضرورت انجام این پژوهش نیز سخن گفت. تحقیق جامعه‌شناسانه در مورد کیفر حبس از آن رو ضرورت دارد که در جامعه کنونی، مجازات اصلی اغلب جرائم در قانون، حبس است و بنابراین باید به این نوع از مجازات، توجه بیشتری مبذول داشته باشیم تا بتوان چرایی تولد و تحولات رخ داده در آن را درک کنیم و سپس در مسیری صحیح‌تر برای تحولات آتی گام برداریم.

جامعه‌شناسی فرهنگ در معنای خاص خود عبارت است از بررسی فرهنگ و تحقیق در مورد آن از زاویه جامعه و قواعد جامعه‌ی (حیدرپور؛ محمدی مزینانی، ۱۳۹۳، ص ۱۹؛ محسنی، ۱۳۸۶، ص ۵۰).^۴ جامعه‌شناسی فرهنگ، حوزه‌ای میان‌رشته‌ای است که مابین دو علم جامعه‌شناسی و مطالعات فرهنگی قرار می‌گیرد (Wolff, 1999, p. 500). فرهنگ را در یک تعریف می‌توان «نظام از معانی و نمادها، نظام ارزش‌ها و هنجارها، نظام کنش‌ها و واکنش‌ها، محصولاتی نظیر شکل پوشش، هنرهای رایج و سرانجام نهادهای اجتماعی» (ساداتی، ۱۴۰۱، ص ۱۳۶) دانست. البته می‌توان تعریف فرهنگ را با افزودن قیده‌های زمان و مکان تکمیل کرد، زیرا فرهنگ در هر دوره و مکان خاصی شکل می‌گیرد و با دوره‌ها و مکان‌های دیگر تفاوت دارد (محسنی، ۱۳۸۶، ص ۴۲). بنابراین، فرهنگ به‌عنوان نظامی از معانی و نمادها، ارزش‌ها و هنجارها، کنش‌ها و واکنش‌ها، و همچنین محصولات اجتماعی مانند پوشش و هنرهای رایج تعریف می‌شود که در یک زمان و مکان خاص شکل می‌گیرد.

در این مقاله، با تمرکز بر جامعه‌شناسی فرهنگ، تغییرات فرهنگی و تأثیرات آن بر نظام مجازات‌ها در ایران پس از انقلاب بررسی می‌شود. در ذیل جامعه‌شناسی فرهنگ رویکردهای مختلف قرار می‌گیرد که هر کدام زوایای دید مختص خود را دارد و از بُعدی خاص به فرهنگ می‌نگرد.^۵ این رویکردها را می‌توان از جنبه‌های مختلف تقسیم‌بندی کرد، از جمله می‌توان بر

۴. دو حوزه «جامعه‌شناسی فرهنگ» و «جامعه‌شناسی فرهنگی»، علی‌رغم شباهت‌های لفظی، متفاوت از یکدیگرند. در حالی که جامعه‌شناسی فرهنگ بیشتر بر تحلیل فرهنگ و پویایی آن در بسترهای اجتماعی متمرکز است، جامعه‌شناسی فرهنگی به بررسی جامعه و تحولات آن از منظر فرهنگ می‌پردازد (ساداتی، ۱۴۰۱، ص ۱۴۴).

۵. وجود رویکردهای مختلف در مطالعات فرهنگ، به معنای وجود فرهنگ‌های متنوع و متفاوت نیست. فرهنگ پدیده‌ای پیچیده و مبهم است که جلوه‌ها و ابعاد بسیار متفاوتی دارد (Held, 2000, p. 68). بنابراین هر یک از رویکردهای مذکور، تنها از جلوه‌ای خاص به فرهنگ واحد می‌نگرند.

اساس مبنای دریافتی که محققان از فرهنگ دارند، حوزه جامعه‌شناسی فرهنگ را به دو دسته کلی تقسیم نمود: دسته اول محققانی که نگاه ذهنی به فرهنگ دارند و دسته دوم عبارت است از تحقیقاتی که با نگاه عینی به فرهنگ می‌نگرند (وسنو، ۱۳۹۹، ص ۵۷). آن‌هایی که نگاه ذهنی به فرهنگ دارند، به فرهنگ از زاویه افراد و جهان بینی‌شان می‌نگرند. از دید آنان، فرهنگ همان ارزش‌ها و هنجارهایی است که افراد یک جامعه دارند (وسنو، ۱۳۹۹، ص ۶۷) و محققانی که نگاه عینی به فرهنگ دارند فرهنگ را نه یک عنصر مضمّن ذهنی، بلکه محصول عینی می‌دانند که قابلیت رؤیت و مشاهده را داراست (وسنو، ۱۳۹۹، ص ۶۲).^۶ هر یک از این دو دسته کلی، رویکردهای متفاوتی را در خود جای می‌دهد. از آن‌جا که این رویکردها در نزد هیچ کس، به اندازه آنچه نزد روبرت وسنو می‌بینیم، به‌طور منظم عرضه نشده است، بنابراین در این پژوهش برای تعریف مفهوم رویکردهای مورد استفاده، از نوشته‌های او کمک گرفته می‌شود.

در زمینه پژوهش حاضر و تحلیل جامعه‌شناختی مجازات، نویسندگان مختلفی قلم زده‌اند. از جمله می‌توان به مقاله «روابط معنا-نماد و الهیات مجازات؛ پدیداری آیین تعذیب» از ساداتی (۱۴۰۰) اشاره کرد. ساداتی در این مقاله در پی یافتن پاسخ این پرسش است که چرا تعذیب در دوران باستان به‌عنوان یک مجازات متولد شد و تداوم یافت؟ وی در پاسخ، از حوزه ادراکی جامعه‌شناسی بهره می‌گیرد و به این نتیجه می‌رسد که امنیت به‌مثابه مهم‌ترین نیاز بنیادین دوران باستان، باعث ایجاد روابط معنا-نماد و ایفای نقش مهم آن شده است. از آن‌جا که حیات انسان دیرینه به‌صورت مناسکی بوده، ساداتی معتقد است که می‌توان پدیداری تعذیب را در حیات مناسک‌گونه تحلیل کرد که با هدف بازتولید حیات جمعی انجام می‌شده است.

مقاله دیگر ساداتی (۱۴۰۱) با عنوان «جامعه‌شناسی کیفر در دوگانگی فرهنگ و قدرت؛ تأملی بر جلوه‌های تعامل فرهنگ و قدرت از منظر جامعه‌شناسی کیفر»، از دیگر آثار پژوهشی در زمینه مورد نظر است. این مقاله به این موضوع می‌پردازد که تحولات قدرت بر تحولات مجازات اثر دارد و البته در این راه، نقش فرهنگ به‌عنوان یک عامل که قدرت نیز از آن ناشی شده، نادیده گرفته نمی‌شود. ساداتی در نهایت بدین نتیجه می‌رسد که نمی‌توان مجازات را تنها با

۶. در ذیل دسته‌ای که نگاه ذهنی به فرهنگ دارند، رویکردهای کلاسیک و نئوکلاسیک قرار می‌گیرند و در زیرمجموعه نظریات دارای نگاه عینی، رویکردهای ساختارگرا، پساساختارگرا و نهادی جای دارند. برای مطالعه بیشتر در مورد رویکردهای مختلف حوزه جامعه‌شناسی فرهنگ نک: (وسنو، ۱۳۹۹).

مطالعه یک بعد مورد موشکافی قرار داد، بلکه مجازات پدیداری اجتماعی است که در ارتباط با سایر پدیده‌ها تفسیر و تشریح می‌شود.

کتاب تحلیل جامعه‌شناسانه زندان اثر اسفندیاری (۱۳۹۴) کتابی است که می‌تواند پیشینه پژوهشی ما قرار گیرد. مؤلف در این اثر در پی بررسی تولد و استمرار زندان از منظر چهار نظریه دورکهایم، فوکو، وبر و الیاس می‌باشد. او در نتیجه‌گیری در این مورد که کدام نظریه از نظریات بحث شده بهتر از سایرین می‌باشد، این‌گونه استنباط می‌کند که تمامی نظریات تبیین شده در تغییر و تحول مجازات مؤثر بوده‌اند و نمی‌توان یکی را بر دیگری بهتر و ارجح دانست.

همین نویسنده (۱۳۹۹) در رساله دکتری‌اش با عنوان کارکرد مجازات به عنوان یک عامل فرهنگی در جامعه ایران معاصر، به بازسازی نظریه مجازات و همبستگی اجتماعی با استفاده از رویکرد تأثیر دولت و الگوهای فرهنگی بر مجازات پرداخته و از همین منظر، مجازات‌های مجری در صد سال اخیر ایران را بررسی کرده و چنین نتیجه گرفته است که واکنش‌های شدید اجتماعی زمانی به وقوع می‌پیوندند که محتوای کنش‌هایی که دولت انجام می‌دهد، برخلاف ارزش‌های جامعه باشد.

رساله دکتری نورپور (۱۳۹۹) با عنوان تحلیل جامعه‌شناختی پیوند میان تحول در گفتمان‌های حاکم و تحول در مجازات‌های بدنی در ایران نیز تحولات کیفی‌های بدنی در ایران پساانقلاب را از منظر جامعه‌شناختی مورد بررسی قرار می‌دهد. نورپور معتقد است که با وجود کیفرگذاری مجازات‌های بدنی در دهه اول انقلاب، در دهه ۹۰ نظام کیفرگذاری تعدیل شده و در برخی موارد با تغییر پارادایم روبه‌رو گردیده است. وی علت این تحولات را خروج جامعه از حالت سنتی، تغییر نسل‌ها و تأثیر نیروهای اجتماعی، سیاسی و علمی جدید می‌داند و در نهایت به این نتیجه می‌رسد که نظام کیفری ایران به سمت کیفرگذاری عرفی حرکت می‌کند و این محتمل‌ترین گزینه پیش‌روی آن است.

با نگاهی اجمالی به پیشینه تحقیق مقاله حاضر و ضمن ارج نهادن به تلاش‌های اساتید و محققان گران‌قدر، اما تاکنون پژوهش و تحقیقی در رابطه با بررسی تحولات کیفر حبس از زاویه جامعه‌شناسی فرهنگ انجام پذیرفته است و پژوهش مقاله حاضر در نوع خود، نوآوری دارد. در این پژوهش، دو رویکرد جامعه‌شناختی فرهنگ برای بررسی تحولات کیفر حبس و نقش و جایگاه آن‌ها در نظام کیفری ایران پساانقلاب انتخاب شده‌اند. یکی از این دو رویکرد،

رویکرد کلاسیک است که در ذیل نگاه ذهنی به فرهنگ قرار می‌گیرد و رویکرد دیگر، رویکرد پساساختارگراست که دارای نگاه عینی به فرهنگ است.^۷ از آن جاکه این رویکردها در نزد هیچ کس به اندازه آنچه در نزد و سنو می‌بینیم، به طور منظم عرضه نشده است، در این مقاله برای تعریف مفهوم رویکردهای مورد استفاده، از نوشته‌های او کمک گرفته می‌شود. بنابراین مطالب گفته شده در این نوشتار، تحولات کیفر حبس در ایران پس از انقلاب را ابتدا از منظر رویکرد کلاسیک حوزه جامعه‌شناسی فرهنگ تحلیل می‌کنیم و سپس به بررسی این تحولات از زاویه رویکرد پساساختارگرا خواهیم پرداخت.

۱. تحلیل تحولات زندان به مثابه ابزار شناخت در ایران پساانقلاب؛ واكاي تحولات كیفر

حبس از زاویه رویکرد کلاسیک

چنان‌که پیش‌تر گذشت، رویکرد کلاسیک در زمره دسته‌ای قرار می‌گیرد که نگاهی ذهنی به فرهنگ دارد. این رویکرد دارای پیش‌فرضی با عنوان دوآلیستی میان سوژه و ابژه می‌باشد. این دوآلیستی از نظریات دکارت است. وی معتقد بود که میان افراد جامعه در مقام سوژه، با جهان عینی و بیرونی به عنوان ابژه، بیگانگی و جداافتادگی وجود دارد (وسنو، ۱۳۹۹، ص ۸۲). به عبارت دیگر، سوژه چیزی است که در درون افراد به عنوان یک امر ذهنی وجود دارد و «من» تنها همان اندیشه و ذهن است. بنابراین اگر حالتی عینی و خارجی به خود گیرد، جدای از «من» محسوب می‌شود. به همین دلیل است که جسم و تن نیز جزئی از «من» یا «سوژه» نیستند و در زمره «ابژه» یا امور خارجی محسوب می‌شوند (دکارت، ۱۳۹۴، ص ۲۸). دکارت معتقد است جز اندیشه و ذهن ما هیچ چیزی در اختیار ما نیست و ما نمی‌توانیم آن‌ها را بشناسیم (دکارت، ۱۳۹۴، ص ۲۱). بنابراین دوگانگی میان سوژه و ابژه وجود خواهد داشت. رویکرد کلاسیک وظیفه خود می‌داند که میان سوژه و ابژه پیوند برقرار کند و برای این کار از ابزارها استفاده می‌کند (وسنو، ۱۳۹۹، ص ۸۸). به عبارت دیگر، از آن جاکه بیگانگی و جداافتادگی سوژه و ابژه ناشی از ناشناخته بودن ابژه توسط سوژه است، این رویکرد می‌کوشد که با استفاده از یک ابزار شناخته شده، واقعیت ناشناخته را توضیح دهد (وسنو، ۱۳۹۹، ص ۹۵). این ابزارها که برای پیوند میان سوژه و ابژه استفاده می‌شدند،

۷. علت انتخاب این دو رویکرد آن است که به نظر می‌رسد مکمل یکدیگرند. رویکرد کلاسیک به دنبال کشف ارزش‌ها و هنجارهای افراد جامعه و تغییرات آن است، و رویکرد پساساختارگرا در پی کشف شرایطی است که این تغییرات در آن انجام می‌گیرد.

متفاوت‌اند. در این مورد می‌توان به اسطوره‌ها، ادیان و مذاهب ابتدایی همچون توت‌پرستی^۸ اشاره کرد. انسان‌های باستان همان‌طور که از زیبایی‌های طبیعت لذت می‌بردند، از مشکلات و ددمنشی‌های آن نیز آشکارا در هراس بودند (هیلنز، ۱۳۶۸، ص ۱۳). افراد در آن دوران اتفاقاتی را تجربه می‌کردند که از نظرشان کاملاً توجیه‌ناپذیر می‌نمود. به دلیل قطعی بودن این تجربیات، باید دلیلی برای وقوع آن‌ها می‌یافتند. این دلیل باید به‌گونه‌ای می‌بود تا اتفاقات را موجه و حق جلوه دهد تا از ترس بشر نسبت به آن‌ها بکاهد (گیویان، ۱۳۸۶، ص ۲۰)، مثلاً پدیده کنترل‌ناپذیر مرگ که پدیده‌ای ترسناک بود، در نظر مردمان باستان، امری تلقی می‌شد که اهریمن آن را با جادوگری خویش در میان مردمان می‌پراکند (هیلنز، ۱۳۶۸، ص ۶۰)، یعنی جادوی اهرمن، ابزاری برای رفع بیگانگی میان سوژه و ابژه و ترس ناشی از این بیگانگی بوده است.

ترس از ابژه به‌عنوان یک امر بیرونی در این دوران کاملاً محسوس بوده است. به دلیل وجود ترس، ادیان و اسطوره‌هایی به‌عنوان ابزاری برای غلبه بر این هراس متولد شدند. به‌عنوان مثال، باورهای^۹ مذهبی در راستای تلاش انسان‌ها برای فهمیدن نیروهایی است که بدون وجود واسطه، امکان درک آن‌ها را ندارند (وسنو، ۱۳۹۹، ص ۹۰). اسطوره‌ها نیز به همین دلیل ایجاد شدند. اسطوره‌ها را می‌توان آن دسته از تصورات جمعی در نظر گرفت که سوررئالیست بودند و به تحلیل پدیده‌های طبیعی، آفرینش و اسرار دیگر می‌پرداختند (نقیب‌زاده، ۱۳۸۷، ص ۱۴۴). به‌عنوان نمونه، خشک‌سالی را ناشی از سیطره دیو‌اپوش می‌دانستند که بر زمین پراکنده شده است. در حقوق کیفری، جرم همان ابژه است. به عبارت دیگر، جرم بر هر آن چیزی اطلاق می‌شود که افراد جامعه یا سوژه از آن وحشت دارند. جرم‌ها اعمالی‌اند که همه اعضای جامعه آن را محکوم می‌کنند (دورکیم، ۱۳۸۱، ص ۷۲)، زیرا افراد جامعه برای ترس‌هایی که در درون خود دارند، نمادی ایجاد می‌کنند و برای آن نماد، واژه جرم را برمی‌گزینند. بنابراین افراد به‌عنوان سوژه از ابژه یعنی جرم احساس جداافتادگی می‌کنند و برای ایجاد پیوند میان خود و ابژه، کشف ابژه و در نتیجه، غلبه بر ترس خود از آن، نیازمند ابزاری‌اند که آن ابزار، مجازات است. مجازات پلی ایجاد می‌کند میان سوژه و ابژه برای درک ابژه توسط سوژه. به عبارت دیگر، به‌کارگیری مجازات برای رفع ناشناختگی و ترس از ابژه است، زیرا انسان از آنچه تازه و ناشناخته باشد، ترس و

۸. برای مطالعه بیشتر در این خصوص (نک: دورکیم، ۱۳۹۳).

۹. باورها را می‌توان پیشنهادهایی نیمه‌مدون دانست که افراد یا گروه‌هایی، با آن‌ها رابطه احساسی برقرار می‌کنند و آن‌ها را چیزهایی واقعی می‌پندارند، حال آن‌که الزاماً در نظر علم، دلیلی برای صحت آن‌ها وجود ندارد (Boudon, 1999, p. 52).

بیزاری دیرینه‌ای دارد (یونگ، ۱۳۹۵، ص ۲۳). بنابراین، نوع مجازات و شیوه اجرایش تأثیر فراوانی از تفکر و تصویری که افراد جامعه نسبت به جرم دارند و این که جرم را چه می‌پندارند، می‌پذیرد. با بیان مقدمه مذکور، به سراغ تحلیل تحولات کیفر حبس در ایران پساانقلاب می‌رویم. این که چرا در اوایل انقلاب، این نوع از کیفر از متن مجازات‌ها به حاشیه رانده شده بود، اما بعد از گذشت چند دهه، قانون‌گذار دوباره به سمت مجازات زندان رفت و جایگاهش را به آن بازگرداند، سؤالی است که بر اساس مقدمه گفته شده، تأثیر زیادی از تصویری که مردم نسبت به جرائم داشته‌اند، می‌پذیرد. بنابراین در ابتدا این نوع از کیفرها در دهه نخست انقلاب اسلامی بررسی می‌شود و سپس به سراغ تحلیل مجازات زندان در سال‌های اخیر جامعه ایران می‌رویم.

۱-۱. کیفر حبس و افول آن به مثابه ابزار شناخت در دهه نخست انقلاب اسلامی

در اوایل انقلاب، دو ویژگی مهم انقلابی‌گری و بیگانه‌ستیزی نسبت به مردمان آن زمان، آشکار و مبرهن است (حسن‌زاده، ۱۳۸۶، ص ۲۷). انقلاب ناشی از تمایل وجدان جمعی به تغییر بود. افراد جامعه تصمیم گرفتند نظام سیاسی^{۱۰} سابق کنار گذاشته شود و نظام سیاسی جدیدی مستقر شود (زیباکلام، ۱۳۸۸، ص ۱۱۴-۱۲۰).

به همین دلیل، افکار عمومی جامعه ایران در آن زمان، هر آن چیزی که ارزش‌های انقلاب و جامعه را در معرض خطر قرار می‌داد، تهدید بزرگ تلقی می‌کردند که هرچه زودتر باید با آن به شدت برخورد شود. بنابراین، نگرش مردم در آن دوران به مجرمین صرفاً افرادی ناقض قانون و کسانی که تنها به مقررات جامعه وفادار نیستند، نبود، بلکه آن‌ها را افرادی شرور و خطرناک می‌شمردند که دشمن مردم و جامعه می‌باشند. به عبارت دیگر، مردم در آن زمان، نسبت به مجرمین رویکرد دشمن‌مدارانه داشتند (اسفندیاری، ۱۳۹۴، ص ۴۵-۴۶). مجرمین نه به خاطر نقض قانون، بلکه به دلیل همکاری با دشمن مورد محاکمه و مجازات قرار می‌گرفتند. ترس مردم از جرم به عنوان ابژه، در آن دوران کاملاً مشهود است. بنابراین سوژه در این دوران، در راستای ترس از ابژه، مجازاتی را طلب می‌کرد تا بتواند بر این ترس خود غلبه کند.

همچنین، بلافاصله بعد از وقوع انقلاب در جامعه ایران، جنگی ۸ ساله بر مردم تحمیل شد. این واقعه موجب شکل‌گیری این تصور در میان مردم شد که رفتن به جبهه و جنگیدن با

۱۰. نظام سیاسی عبارت است از مجموعه عوامل و علل که با ارتباط بین خود، یک کل پویا و متحول را به وجود می‌آورد. بدین ترتیب می‌توان نظام سیاسی را اعم از دولت، احزاب، نهادها و سازمان‌ها دانست (نقیب‌زاده، ۱۳۸۷، ص ۱۷۸-۱۷۹).

دشمن، افتخار است و نرفتن به جبهه موجب سرشکستگی و سرافکنندگی فرد و خانواده وی (رفیع‌پور، ۱۳۸۴، ص ۱۳۷). در این هنگامه و زمانی که مردم دارای چنین تفکری بودند، مجرمین دست به اعمالی می‌زدند که تمرکز قدرت و جامعه را از جنگ و پیروزی بر جبهه باطل، برای مدتی مخدوش می‌کردند. بنابراین، ارتکاب جرم در آن زمان، در تصور مردم یعنی همکاری با دشمن، یعنی در جبهه دشمن جنگیدن و همسنگر او بودن. به همین سبب، مرتکبین جرم در آن روزگاران، دشمنانی بودند که هیچ‌گونه رحم و شفقتی نباید در مورد آن‌ها کارگر افتد و باید به شدیدترین شکل ممکن مجازات شوند. آن‌ها نباید زنده بمانند، بلکه باید به سرعت حذف و محو شوند و جامعه از وجود آنان عاری گردد. شعارهایی که در هنگام اجرای مراسم اعدام مجرمین، بعضاً در صحنه اجرای مجازات، توسط مردم سر داده می‌شد، دقیقاً بیانگر نحوه نگرش مردم و افکار عمومی نسبت به مجرمین است. به عنوان مثال، می‌توان به شعارهایی همچون «دشمن دین و امت در پیشگاه ملت، اعدام باید گردد» (حسن‌زاده، ۱۳۸۶، ص ۱۷) اشاره کرد که بر طبق این شعار، فرد مجرم دشمنی تلقی می‌شود که علیه دین و امت و ارزش‌های مهم آن‌ها به پا خاسته است و هرچه سریع‌تر باید اعدام گردد. تلقی دشمن‌مدارانه سوژه از مرتکبین ابژه در دهه نخست انقلاب را می‌توان از این نکته نیز برداشت کرد: در اوایل انقلاب، بسیاری از محکومین، به خصوص مرتکبان جرائم مذهبی و اخلاقی، از مدفون شدن در قبرستان مسلمین محروم بودند (نورپور، ۱۳۹۹، ص ۴۹). مردم در آن دوران، نگرشی برون‌گروهی نسبت به مجرمین داشتند. به عبارت دیگر، افراد جامعه، یعنی کسانی که مطیع انقلاب و آرمان‌های آن بودند، یک گروه را تشکیل می‌دادند و مرتکبین جرم گروه دیگری که خارج از گروه جامعه‌ی قرار داشت. در نتیجه، افراد به دلیل تعصب بر روابط درون‌گروهی خود، با افراد بیرون از گروه به سختی برخورد می‌کردند (Stewart, 1988, p.50). بر همین مبنا می‌توان گفت سوژه به خاطر تصور دشمن‌مدارانه‌ای که نسبت به مرتکبین ابژه داشتند، مجازات حبس را در مورد آن‌ها نمی‌پذیرفتند، زیرا معتقد بودند این مجازات برای آنان کافی نیست و باعث حذف آنان از جامعه نمی‌شود، بلکه تنها برای مدتی از جامعه دور نگاه داشته می‌شوند. بنابراین بهترین مجازات برای این افراد اعدام بود. در اوایل انقلاب، گرایش به سوی کیفی‌های بدنی با محوریت سلب حیات را می‌توان نمودی از خشم جامعه در برابر نقض مهم‌ترین ارزش‌ها و

هنجارها دانست؛ ارزش‌هایی که آیینۀ تمام‌نمای جامعه محسوب می‌شدند و برای حفظ آن‌ها جان‌ها فدا می‌شد (دانائی‌راد، ۱۳۹۹، ص ۳۵).

۱-۲. کیفر حبس و بازتولید آن به مثابه ابزار شناخت در دهه‌های بعدی انقلاب اسلامی

با گذشت چند دهه از پیروزی انقلاب و تغییر شرایط جامعه، تصور دشمن‌مدارانه نسبت به مجرمین کنار گذاشته شد. ترس سوژه نسبت به ابژه کم شد. ابژه در این دوران در جهت دشمنی دین، انقلاب، ارزش‌های جامعه و مردم حرکت نمی‌کند، بلکه مرتکبین آن‌ها تنها به دلیل بیکاری، مشکلات اجتماعی و فقر اقتصادی، به سمت آن‌ها گرایش می‌یابند. در واقع، این افراد خود قربانی و بزه‌دیده سیاست‌های نادرست دولتمردان در ایجاد اشتغال شمرده می‌شوند. این افراد به خاطر فقر و ناتوانی در به دست آوردن معیشت به سراغ جرم می‌روند. بنابراین، این افراد را می‌توان برای مدتی، دور از جامعه نگاه داشت و نیازی به حذف آن‌ها از جامعه به‌طور کلی نیست. با این توضیح می‌توان دریافت از آن‌جا که از نظر افکار عمومی، اعمال ارتکاب یافته مجرمین، ارزش‌های جامعه را مورد هدف قرار نمی‌دهد، رویکرد دشمن‌مدار و امنیت‌مدار مردم نسبت به مجرمین، تغییر کرده و به رویکردی ملایم‌تر بدل شده است. مردم در این زمان، به جای قضاوت دشمن‌پنداشتن مجرمین و ترس از ابژه، با مرتکبین آن‌ها همدردی و همدلی می‌کنند و از آن‌رو که افراد قضاوت‌های خود را به دیگران نیز منتقل می‌کنند (O'Brien, 1964, p. 193) این دیدگاه تبدیل به گفتمانی در جامعه شد.

در دوران حاضر، مجازات و واکنشی هیجانی و احساسی برای حذف سریع‌تر فرد مجرم یا همان دشمن نیست، بلکه از آن‌جا که جرم یک بیماری و مجرم نیز فردی بیمار است، مجازات باید در جهت درمان بیمار باشد، لذا جنبه اصلاح و درمان به خود می‌گیرد (اسفندیاری بهرآسمان؛ جوان‌جعفری بجنوردی، ۱۳۹۵، ص ۱۴۴).

بنابراین، امروز مجازات زندان مناسب‌ترین مجازاتی است که می‌تواند مورد توجه قرار گیرد، زیرا از یک سو، جامعه دیگر جرم را ابژه‌ای که فرد انجام‌دهنده آن، مستحق اعمال مجازات‌هایی خشن و سرکوبگر باشد نمی‌داند و از سوی دیگر، مجازات نکردن یا اعمال مجازات‌های سبک بر مجرمین، با توجه به مفهومی که مجازات در نگاه مردم دارد، از طرف سوژه مورد قبول واقع نمی‌شود (اسفندیاری بهرآسمان؛ جوان‌جعفری بجنوردی، ۱۳۹۵، ص ۱۴۶). به همین دلیل است که مجازات زندان بعد از چند دهه افول، در دوران کنونی مجدداً رونق گرفته و

به خط اصلی کیفرهای جرائم بازگشته است. پژوهشی در سال ۱۳۹۶ توسط پورقهرمانی و نگهدار، در استان کردستان انجام گرفت. طبق این پژوهش، میزان تمایل قضات به اعمال نهادهای ارفاقی جدید^{۱۱} مورد بررسی قرار گرفته بود. بر اساس نتایج این پژوهش، اکثر قضات در رابطه با اعمال نهادهای ارفاقی^{۱۲} روی خوشی نشان نداده بودند و در تمام موارد، پاسخ «خیر» درصد استفاده از نهادهای ارفاقی، نسبت به پاسخ «بله»، بیشتر بود (پورقهرمانی؛ نگهدار، ۱۳۹۷، ص ۲۴۵).^{۱۳} این مورد دقیقاً تأییدکننده سخن پیشین ماست. درست است که تصور مردم نسبت به مجرمین، از رویکرد دشمن‌مدارانه خود فاصله گرفته است، اما بدان معنا نیست که افراد جامعه با مجازات نشدن مرتکبین جرم مشکلی ندارند.^{۱۴} به همین دلیل، زندان بهترین و مناسب‌ترین نوع مجازات در دوران کنونی است که بازتولید شده است، زیرا ضمن این‌که ویژگی‌های خشونت‌عریان جسمانی را ندارد، رنج و مشقتی را که مورد تقاضای مردم جامعه می‌باشد، بر مجرم تحمیل می‌کند (جوان‌جعفری بجنوردی؛ ساداتی، ۱۳۹۴، ص ۱۹۴).

تحلیل بر اساس رویکرد کلاسیک نشان می‌دهد که تحول در نظام مجازات‌ها نتیجه مستقیم تغییرات ذهنیتی جامعه نسبت به جرم و مجرمین است. تغییرات ذهنی، تأثیر مستقیمی بر تحول در نظام مجازات‌ها دارد و نمایانگر این است که تغییرات اجتماعی در نهایت می‌توانند به تغییرات اساسی در ساختارهای قانونی و مجازات‌ها منجر شوند.

بر این اساس، به منظور درک جامع‌تر از تحولات کیفر حبس، رویکرد پسا ساختارگرا بررسی می‌شود تا با تحلیل شرایط اجتماعی که موجب تغییرات در ذهنیت و نگرش‌های افراد جامعه می‌شود، فرایندهای زمینه‌ساز این تحولات شفاف‌سازی گردد.

۱۱. منظور از نهادهای ارفاقی جدید، نهادهایی همچون نظارت الکترونیک، قاعده دره و توبه، معافیت از کیفر، نظام نیمه‌آزادی، تعویق صدور حکم و جایگزین‌های حبس که از ورودی‌های جدید قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ هستند، می‌باشد.

۱۲. چه نهادهای ارفاقی جدید همچون مواردی که در پاورقی پیشین بیان شد، و چه نهادهای ارفاقی قدیمی‌تر همچون آزادی مشروط و تعلیق مجازات.

۱۳. نویسندگان این مقاله نتیجه‌گیری می‌کنند که قضات به‌طور کلی، بیش از این‌که به نهادهای ارفاقی جدید تمایل داشته باشند، به نهادهای ارفاقی قدیمی‌تر گرایش دارند. اما نویسندگان مقاله حاضر، با توجه به نتایج پیمایش انجام‌گرفته، و بدون این‌که به استنباط و نتیجه‌گیری نویسندگان مقاله «ارزیابی رویکرد قضات به اعمال نهادهای ارفاقی جدید با مطالعه مورد محاکم کیفری استان کردستان» خدشه‌ای وارد کنند، تنها به تحلیل نتایج آن مقاله بر اساس مقاصد مقاله حاضر پرداختند.

۱۴. ما در این پژوهش، قضات را نه نماینده قدرت، که نماینده وجدان جمعی در نظر گرفتیم، زیرا قضات قبل از این‌که قاضی باشند، انسان‌اند و از وجدان جمعی جامعه خود تأثیر می‌پذیرند و بر آن تأثیر می‌گذارند. این مورد را می‌توان در اعمال مجازات‌هایی که هنوز قانونی از طرف قدرت برایشان وضع نشده است و همچنین عدم استناد به مواد قانونی که وجود دارد (که باعث متروک شدن آن مواد قانونی می‌شود) دریافت.

۲. تحلیل تحولات زندان به مثابه وسیله ارتباط در ایران پساانقلاب؛ واکاوی تحولات کیفر

حبس از زاویه رویکرد پساساختارگرا

رویکرد پساساختارگرا رویکردی است که در ذیل نگاه عینی به فرهنگ قرار دارد، یعنی فرهنگ را محصولی عینی و قابل رؤیت و مشاهده می‌بیند (وسنو، ۱۳۹۹، ص ۶۲). بنابراین رویکرد، مشکل اصلی بشر ارتباط است (وسنو، ۱۳۹۹، ص ۱۰۷). وجدان‌های فردی افراد به خودی خود نسبت به یکدیگر در حالت بسته قرار دارند و نمی‌توانند با هم ارتباط برقرار کنند مگر به کمک علائمی که ترجمان حالت‌های درونی آن‌ها باشد. به عبارت دیگر، برای این‌که افراد بتوانند با هم ارتباط برقرار کنند نیازمند آمیختگی احساسات جمعی در یک حس مشترک اند و لازم است که علائم بیان‌کننده آن نیز در یک نتیجه واحد، با هم بیامیزند (دورکیم، ۱۳۹۳، ص ۳۱۶).

توضیح آن‌که، افراد بشر برای معانی و احساساتی که در درون دارند باید در بیرون از خود، نمادی^{۱۵} ایجاد کنند تا بتوانند از طریق آن با یکدیگر ارتباط برقرار کنند و مرتبط شوند. نماد را می‌توان از نظر کارکردی، سازوکاری دانست که در چهارچوب نظامی فرهنگی، پدیده‌ای ملموس و عینی را به معانی مرتبط می‌سازد (بیمن، ۱۳۸۱، ص ۲۵). نماد ممکن است در یک دوران معنای متفاوتی از دوران دیگر داشته باشد. همچنین چه بسا برخی نمادها به خودی خود و بدون دانستن معنای ورای آن‌ها بی‌معنا باشند (یونگ، ۱۳۹۵، ص ۱۵). رویکرد پساساختارگرا به دنبال این است که شرایطی را که نمادها در آن معنا دار می‌شوند کشف کند و همچنین چگونگی انتقال مفاهیم را نیز مورد توجه قرار دهد تا از این طریق بتواند بر مشکل ارتباط میان افراد بشری فائق آید و بر آن غلبه کند (وسنو، ۱۳۹۹، ص ۱۱۱).

در حقوق کیفری، مجازات‌ها را می‌توان همان نمادهایی در نظر گرفت که برای بیان معانی مختلف به کار می‌روند. رویکرد پساساختارگرا نه در پی کشف معنای این نمادها،^{۱۶} بلکه به دنبال گفتمانی است که آن نمادها در آن، برای افراد جامعه معنا پیدا می‌کنند و درک می‌شوند. همچنین می‌خواهد کشف کند که این نمادها چگونه معنای مورد نظر خود را انتقال می‌دهند. در مورد کیفر حبس، بر اساس رویکرد پساساختارگرا و رسالت‌های آن، ابتدا در پی بررسی این مطلب بر خواهیم آمد که چه گفتمانی در اوایل انقلاب وجود داشت که باعث گرایش بیشتر

۱۵. نماد برای انتقال معنا به کار می‌رود، هرچند پیوندی ضروری میان خود آن و چیزی که برای آن استقرار یافته است، وجود نداشته باشد (edgar, 2002, p. 394).

۱۶. کشف معانی نمادها یکی از وظایف اصلی و مهم رویکرد نئوکلاسیک است که در زیرشاخه نگاه ذهنی به فرهنگ قرار دارد.

مردم و در نتیجه، قانون‌گذار به سمت مجازات‌های بدنی و سرکوبگرانه و کنار گذاشتن تقریبی زندان شد؟ سپس به تحلیل تغییراتی در این گفتمان خواهیم پرداخت که منجر به توجه مجدد به کیفر حبس در دهه‌های بعدی شد.

۲-۱. کیفر حبس و کاهش نقش آن به مثابه وسیله ارتباط در دهه نخست انقلاب اسلامی

برای توضیح گفتمان موجود در جامعه که باعث درک نماد^{۱۷} در اوایل انقلاب شد، باید بیان کرد که در دهه ۶۰، جامعه ایران دچار شرایط بحرانی و استثنایی بود. پیروزی انقلاب اسلامی و تغییر رژیم سیاسی، ترورها، وجود گروه‌های مخالف نظام و آغاز جنگ تحمیلی، شرایط جامعه ایران را متشنج و از حالت عادی خارج کرده بود. وجود چنین شرایطی و پرداخت هزینه‌های جانی و مالی فراوان توسط اعضای جامعه، افراد را بر آن داشته بود که مرتکبین جرم در این شرایط آشوب‌زده، نه تنها در کنار مردم نیستند، بلکه رودرروی آن‌ها قرار گرفته‌اند و باید به شدت و سرعت مجازات شوند. در این حالت از گفتمان، افکار عمومی مجازاتی غیر از مجازات‌های سرکوبگرانه و حذف‌کننده نمی‌خواستند. آن‌ها ضمن این‌که خواهان درک مجازات افراد شرور بودند، درخواست مشاهده این مجازات را نیز داشتند. به عبارت دیگر، وجدان عمومی در این دوران، تنها به حوزه درک انتزاعی محدود نبود و خواهان تماشای عینی این نوع مجازات هم بود. به همین دلیل، مجازاتی همچون زندان که نتواند در ملاء عام و در برابر دیدگان افراد اجرا شود، قابل پذیرش و درک نبود.

از دیگر شرایط گفتمانی که باعث درک معنای کیفرهای سرکوبگر در جامعه آن دوران می‌شد می‌توان به تک‌ساختی و یک‌پاره بودن جامعه اوایل انقلاب نسبت به چندساختی و پاره‌پاره شدن جامعه کنونی ایران اشاره کرد. توضیح آن‌که، جامعه اول انقلاب را می‌توان جامعه‌ای تک‌ساختی در نظر گرفت. جامعه تک‌ساختی جامعه‌ای با مجموعه‌ای از ارزش‌های واحد است که به صورتی تقریباً یک‌پارچه در جامعه گسترده شده است. این ارزش‌ها در جامعه اول انقلاب، چیزی جز نظام ارزشی اسلامی نبود و اگر نگوییم تمامی، اما می‌توان گفت که اغلب اعضای جامعه نسبت به این نظام ارزشی توافق داشتند و ارزش‌های مشترکی را پذیرفته بودند. به عبارت دیگر، در این دوران، گروهی با عناصر و ارزش‌های واحد در جامعه وجود

۱۷. مجازات‌های بدنی اوایل انقلاب.

داشت. بدیهی است افرادی که ارزش اجتماعی مشترکی دارند، گونه‌ای انسجام اجتماعی را در بین خود به وجود می‌آورند. در چنین جامعه‌ای، قدرتی که در رأس قرار دارد، نماینده و منعکس‌کننده همین نظام ارزشی است. از آن‌جا که این نظام، در میان افراد جامعه دارای اعتبار بالایی است، هر گونه نقض ارزش یا مقابله با آن نظام و ارزش‌های آن، با واکنش شدید مردم و به تبع آن، قدرت مواجه خواهد شد (ساداتی، ۱۳۹۸، ص ۱۷۵-۱۷۶). در این نوع از جامعه، اکثر جرائم همان اعمالی‌اند که همه اعضای جامعه آن‌ها را محکوم می‌کنند (دورکیم، ۱۳۸۱، ص ۷۲). به عبارت دیگر، جرائم در این جامعه، جریحه‌دارکننده حساسیت اکثر اعضای جامعه است. در ایران اوایل انقلاب، چنان‌که بیان شد، نظام ارزشی مبتنی بر شریعت بود و اکثر اعضای جامعه، این نظام ارزشی را پذیرفته بودند و هر گونه مخالفت و مقابله با آن، واکنش شدید جامعه را در پی داشت. قدرت حاکم نیز، که نماینده جامعه محسوب می‌شد، از سویی، بنابه خواست خود و از سویی دیگر، به دلیل فشار افکار عمومی، با شدت عمل بسیاری نسبت به ناقضان قانون که در واقع، دشمنان مردم و جامعه تلقی می‌شدند، برخورد می‌کرد. بنابراین، وجود جامعه تک‌ساختی و نظام ارزشی واحد در جامعه دهه اول انقلاب ایران، یکی از دلایل پذیرش مجازات سرکوبگر و پذیرفتن مجازات حبس در آن دوران بود.

همچنین می‌توان بیگانگی افکار عمومی در ایران پس‌انقلاب را با هر آنچه که جزئی از نظام ارزشی گفتمان قدرت سابق بود، یکی دیگر از زمینه‌هایی دانست که باعث عدم درک معنای مجازات حبس در اوایل انقلاب و در نتیجه گرایش به سمت کیفی‌های بدنی شد. به عنوان مثال، از آن‌جا که دولت پهلوی در تبلیغات فرهنگی‌اش سلطنت ایران باستان و مؤلفه‌هایی که بدان وابسته بودند را بسیار پررنگ می‌ساخت، می‌توان بی‌اعتنایی ایرانیان را بعد از انقلاب اسلامی در مورد این عناصر مشاهده کرد (حسن‌زاده، ۱۳۸۶، ص ۱۵). به بیان دیگر، از آن‌جا که تاریخ ایران باستان و افراد و عناصر مربوط به آن، یادآور دوران حکومت گفتمان شبه‌مدرنیسم مطلقه برای جامعه ایران آن زمان بود، این جزء از تاریخ را به فراموشی سپرده بودند و هر شخص یا چیزی که یادآور آن دوران بود، نکوهش می‌شد. به عبارتی، می‌توان گفت چون «اسلام احیاشده همه آن چیزی بود که رژیم شاه نبود و همه آن چیزهایی را پدید آورد که رژیم شاه نخواسته یا نتوانسته بود پدید آورد» (زیباکلام، ۱۳۸۸، ص ۱۲۰)، در نتیجه، ارتباط جامعه با دوران قبل از انقلاب رو به انقطاع رفته بود. با همین استدلال می‌توان کنار گذاشتن حبس و عدم تمایل به اجرای این مجازات در اوایل

انقلاب را تحلیل کرد. گفتمان قدرت پهلوی، حامی غربی کردن ایران بود (حسن‌زاده، ۱۳۸۶، ص ۲۳) و با انجام اقداماتی، در این راه نیز گام‌هایی برداشت،^{۱۸} به‌گونه‌ای که می‌توان ساخت زندان و ایجاد مکان‌هایی برای نگهداری افراد به‌عنوان مجازات جرم ارتكابی را نیز یکی از این اقدامات دانست. بنابراین افرادی که با شخصیت امام خمینی که حامی هویت دینی و سنتی بود، آشنا شده بودند، از هر چیزی که نشانه‌ای از قدرت حاکم سابق را داشته باشد دوری می‌کردند، که زندان نیز یکی از آن‌ها بود. به بیان دیگر، از آن‌جا که نظام حقوقی رژیم سابق، ناشی از گرده‌برداری از غرب بود، با استقرار انقلاب اسلامی و حکومت اسلام، به‌کلی ابطال می‌شود (اداره کل روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۲، ص ۹۴۸). به همین دلیل، زندان به‌عنوان نماد غرب، از متن مجازات‌ها کنار رفت^{۱۹} و مجازات‌های بدنی جایگزین آن شد.

در خصوص وظیفه دیگر رویکرد پسا ساختارگرا یعنی چگونگی انتقال معنا توسط نماد نیز باید به‌طور مختصر بیان کرد که این انتقال در اوایل انقلاب با خشونت همراه بود. به بیانی دیگر، اگر نماد کیفر با ابزاری غیر از خشونت و به طریقی غیر از کیفرهای بدنی، که به‌صورت خشونت‌آمیز بر بدن مجرم تحمیل می‌گردد، اجرا می‌شود، توانایی انتقال معنایی را که در ورای خویش مستتر داشت، از دست می‌داد.

۲-۲. کیفر حبس و بازسازی آن به‌مثابه وسیله ارتباط در دهه‌های بعدی انقلاب اسلامی

در خصوص شرایطی که در ایران پس از دهه اول انقلاب اسلامی باعث تغییر در طرز تفکر جامعه و در نهایت، تحول دستگاه قضا به‌طور کلی و بالخصوص نظام مجازات‌ها شد، می‌توان به پایان یافتن شرایط غیرعادی سال‌های اوایل انقلاب اشاره کرد. در دوران کنونی و به دلیل تغییر در فضای جامعه‌ی، وجدان جمعی، مجازات افراد را در حوزه درک انتزاعی خود می‌پذیرد. آن‌ها با زندانی شدن مرتکبین جرم، تنها خواستار تنبیه شدن مجرمین‌اند و دیگر، خواهان رنج و حذف این قبیل افراد نمی‌باشند. به عبارت دیگر، با اجرای مجازات‌های خشن در دوران کنونی، فرد مجری مجازات خود تبدیل به مجرم و قاضی تبدیل به جنایتکار می‌شود (فوکو، ۱۳۷۸، ص ۱۸)، زیرا معنای این مجازات‌ها توسط مردم درک نمی‌شود.^{۲۰}

۱۸. همچون تصویب قانون متحدالشکل نمودن البسه اتباع ایران در داخل مملکت در سال ۱۳۰۷ خورشیدی، قانون کشف حساب در سال ۱۳۱۴ خورشیدی.

۱۹. برای مطالعه بیشتر در این مورد (نک: استوار، ۱۳۹۲).

۲۰. علت این‌که در معدود مجازات‌های اجرایی در ملاء عام نیز مأمورین اجرای مجازات، صورت خود را با پارچه‌ای می‌بندند نیز می‌تواند همین باشد.

از دیگر شرایطی که منجر به تغییر در نظام مجازات‌ها و گرایش به کیفر حبس شد، چندساختی شدن جامعه ایران پس از گذشت یک دهه از انقلاب اسلامی است. در این دوران، گفتمان جامعه دچار تحول شد و موجبات پیدایش جامعه‌ای چندساختی و نظام ارزشی بخشی شده را فراهم آورد. تقابل ارزشی در جامعه به وجود آمد. در چنین جامعه‌ای ارزش‌های واحد معنا ندارد. نظام‌های ارزشی متفاوتی با شخصیت‌های خاص خود در جامعه ایجاد می‌شوند (ساداتی، ۱۳۹۸، ص ۱۷۶). همچنین بخش فردی وجدان نیز در مقابل بخش جمعی، زمینه بروز پیدا می‌کند (دورکیم، ۱۳۸۱، ص ۱۲۳). گفتمان‌های قدرت در این جامعه، مورد قبول اکثر اعضای جامعه نمی‌باشد. بنابراین، شیوه‌های اعمال قدرت نیز تلاشی در راستای حفاظت از نظام ارزشی غالب جامعه نیست. به تبع این تغییرات، نظام کیفری ایجاد شده توسط قدرت، به سرنوشتی مشابه دچار شده و مورد قبول اکثر اعضای جامعه قرار نمی‌گیرد، بلکه تصور می‌شود که تنها در راستای حفاظت از نظام ارزشی ویژه خود^{۲۱} جریان دارد (ساداتی، ۱۳۹۸، ص ۱۷۷). بنابراین، با توجه به چندساختی شدن جامعه کنونی ایران، مجازات‌های سرکوبگر مورد پذیرش افراد جامعه قرار نمی‌گیرد و معنای این مجازات‌ها توسط مردم درک نمی‌شود. بنابراین مردم خواستار مجازات‌های غیرسرکوبگر و ملایم‌تری همچون کیفر حبس‌اند.

تغییر در گفتمان جامعه و به تبع آن، تغییر در درک معنای نماد را می‌توان به ایجاد تفاوت نسلی نیز مرتبط دانست. مهم‌ترین دلیل ایجاد تفاوت نسلی، تفاوت در سن است (آزادارمکی، ۱۳۸۷، ص ۱۹۳). در جامعه کنونی ایران، دو نسل در کنار یکدیگر زندگی می‌کنند. نسل بزرگسال که دارای تجربه انقلاب، جنگ، بحران‌های سیاسی و اقتصادی و تغییرات سریع اجتماعی و فرهنگی می‌باشد، در کنار نسلی می‌زید که هیچ یک از تجربیات فوق را ادراک نکرده است (قاضی‌نژاد؛ ذبیحی، ۱۳۹۴، ص ۱۳۰). در جامعه ایران، افرادی که در نسل بزرگسال قرار می‌گیرند و در جریان انقلاب اسلامی و جنگ تحمیلی قرار داشتند، از آن‌جا که برای انقلاب و آرمان‌های خود، هزینه‌هایی پرداخت کرده‌اند، نسبت به نسل جوان، در مقابل رفتارهایی که نقض

۲۱. منظور نظامی ارزشی است که به نظر می‌رسد دولت نماینده آن است. عبارت «به نظر می‌رسد» کاملاً آگاهانه به کار رفته است، زیرا در هیچ زمانی نمی‌توان گفت که دولت آلت اجرای اهداف یک طبقه است، بلکه تنها در برهه‌هایی از زمان ممکن است ایدئولوژی دولت نزدیک به ایدئولوژی یک طبقه خاص قرار گیرد، اما در همین زمان نیز نمی‌توان گفت دولت نماینده آن ایدئولوژی است و نقش دولت تنها کاهش دهنده تنش‌های اجتماعی است (نقیب‌زاده، ۱۳۸۷، ص ۱۸۹). به همین دلیل است که در دوران کنونی، قدرت از اعمال مجازات‌های بدنی به شکلی که در اوایل انقلاب بود، خودداری می‌کند. این در حالی است که اگر دولت را نماینده ایدئولوژی شریعت‌مدار کنونی بدانیم، امکان عقب‌نشینی از مجازات‌های بدنی وجود ندارد.

ارزش‌های موجود را در پی دارد، واکنش شدیدتر و سرکوبگرانه‌تری از خود نشان خواهد داد (ساداتی؛ نوبهار، ۱۳۹۷، ص ۶۷). بنابراین، با گذشت زمان و با به وجود آمدن نسلی جوان در جامعه ایرانی - نسلی که هزینه‌ای برای آرمان‌ها و اعتقادات خود پرداخت نکرده است - که دارای ارزش‌ها و هنجارهای متفاوتی نسبت به نسل بزرگسال می‌باشد، شرایطی در جامعه ایجاد شد که باعث عدم درک معنای مجازات‌های سرکوبگر توسط این افراد می‌شد. بنابراین، در دهه اخیر، به سمتی حرکت کردیم که مجازات‌های سرکوبگر هرچه بیشتر کم‌رنگ شده و مجازات حبس که رنج و شدت کمتری دارد^{۲۲} جایگزین آن‌ها شد.

در خصوص یکی دیگر از دلایلی که باعث عدم درک معنای مجازات‌های سرکوبگر در دوران کنونی، در مقابل درک این نوع از مجازات در دهه‌های اول انقلاب شد، می‌توان به حضور بیشتر افراد در دانشگاه‌ها و آشنایی با افکار و نظرات مختلف اشاره کرد. توضیح آن‌که، در اوایل پیروزی انقلاب اسلامی ایران، با پیشنهاد تصویب لایحه حدود و قصاص، عده‌ای از افراد جامعه با این لایحه مخالفت کردند و آن را مغایر با حقوق بشر دانستند (مرکز اسناد انقلاب اسلامی، ۱۷ بهمن ۱۳۹۷). در حالی که گفتمان غالب در جامعه موافقت با لایحه حدود و قصاص بود، برخی افراد با انتشار بیانیه‌ای در روزنامه مخالفت خود را بیان کردند. در میان امضاکنندگان این بیانیه می‌توان نام تعدادی از اساتید دانشگاه در رشته حقوق را مشاهده نمود. افراد با حضور در دانشگاه‌ها با تعلیمات و افکار اساتید خود آشنا شده و از آن‌ها بهره می‌گیرند. از تأثیر آموزش بر فرهنگ جامعه نمی‌توان چشم پوشید و یکی از مؤلفه‌های آن، اثرگذاری اندیشه اساتید بر ذهنیت و تفکر دانشجویان خود به عنوان بخشی از وجدان عمومی است. به علاوه، حضور افراد در دانشگاه، آن‌ها را با نگرش‌ها و دیدگاه‌های متفاوت‌تر و متنوع‌تری آشنا می‌کند، چنان‌که برخی محققین با به‌کارگیری روش تحقیق میدانی و کمی، بدین نتیجه رسیده‌اند که متغیر حضور در دانشگاه، باعث کاهش میزان جدی‌انگاری جرم می‌شود (جعفری؛ سراج‌زاده، ۱۳۹۰، ص ۷۹). تعداد دانش‌آموختگان دوره‌های مختلف نیز مؤید این نکته است. بنابر آمار بانک داده‌های اقتصادی وبگاه عدسرا (۱۴۰۲)، در حالی که در سال ۱۳۷۴-۱۳۷۵، تعداد کل دانشجویانی که در مقطع کاردانی، کارشناسی و کارشناسی ارشد، فارغ‌التحصیل شده‌اند، ۸۳۳۸۵ نفر بوده است، در سال ۱۳۹۲-۱۳۹۳ این تعداد به ۷۳۸۲۶ نفر افزایش یافته است.

۲۲. یا به عبارت دیگر، رنج و شدت کمتری را به نمایش می‌گذارد.

به علاوه، گسترش وسایل ارتباطی، افزایش چشمگیر تعداد رایانه‌های شخصی و دسترسی آسان به اینترنت، پلی ارتباطی میان جوامع و فرهنگ‌های مختلف ایجاد کرد. این امر موجب شد تا نخبگان، محققان و اساتید حقوق کیفری به سرعت به یافته‌ها و آموزه‌های کیفری کشورهای دیگر دسترسی پیدا کنند (مهرآ؛ یکرنگی؛ مؤذن، ۱۳۹۷، ص ۱۹۵). در چنین شرایطی، این افراد توانستند یافته‌های خود را از طریق تدریس و نشر مقالات علمی به جامعه منتقل کنند و همچنین از طریق مشارکت در فرایند تدوین و اصلاح قوانین کیفری، بر نظام کیفرگذاری کشور تأثیر گذارند. افزون بر این، تسهیل استفاده از اینترنت و فضای مجازی فرصتی را برای عموم افراد جامعه فراهم آورد تا بتوانند با نظام‌های کیفری کشورهای مختلف آشنا شوند و وضعیت نظام مجازات‌های ایران را با سایر کشورها مقایسه کنند. این مقایسه‌ها به تغییر درک افراد از کیفرها انجامید. آگاهی عمومی از گزارش‌ها و اعلامیه‌های بین‌المللی علیه ایران در خصوص مجازات‌های مختلفی همچون رجم^{۲۳} و سایر کیفرهای بدنی، به تقویت اندیشه‌های حقوق بشری کمک کرد. وجود چنین شرایطی، معنای کیفرهای بدنی و شدید را تحت تأثیر قرار داد و درک و پذیرش آن‌ها را دشوار ساخت. در نتیجه، جامعه به سوی کیفرهای ملایم‌تری مانند حبس تمایل می‌یافت.

از دیگر وظایف این رویکرد، توجه به چگونگی انتقال معنا توسط نماد بود. در خصوص این وظیفه در دوران کنونی، باید گفت ساختار مجازات‌ها در این دوران تغییر کرده است. به نظر می‌رسد ساختار مجازات‌ها از نوع خشونت‌آمیز بودن خود فاصله گرفته و به سوی ساختارهای ملایم‌تری گرایش یافته است. به همین دلیل است که زندان دوباره به مجازات اصلی جرائم تبدیل شد (اسفندیاری، ۱۳۹۹، ص ۲۹۲).

در نهایت، تحلیل تحولات کیفر حبس در ایران پس‌انقلاب، از منظر رویکرد پسا ساختارگرا بیانگر این است که تحولات در نظام مجازات‌ها، تحت تأثیر شرایط اجتماعی می‌باشد. به عبارت دیگر، رویکرد پسا ساختارگرا با تبیین و بررسی شرایط اجتماعی که منجر به دگرگونی در نگرش‌های جامعه می‌شود، می‌تواند به عنوان تکمیل‌کننده رویکرد کلاسیک عمل کند. بنابراین، بررسی تحولات کیفر حبس در ایران پس‌انقلاب، نیازمند توجه به پیچیدگی‌ها و ابعاد مختلف است که هم‌زمان تحت تأثیر تغییرات ذهنی و شرایط اجتماعی قرار دارند.

۲۳. برای مطالعه بیشتر در این مورد (نک: رحماندوست؛ بیاتی، ۱۴۰۱).

نتیجه‌گیری

در ایران پسانقلاب، کیفر حبس از متن اصلی مجازات‌ها کنار رفت و مجازات‌های بدنی و سرکوبگر جای آن را گرفتند. اما در دوران کنونی یعنی زمانی که چهار دهه از پیروزی انقلاب اسلامی می‌گذرد، شاهد بازگشت مجازات حبس به عنوان مجازات اصلی اکثر جرائم هستیم. علت این تغییر مسیر و تحول در کیفر حبس از زاویه جامعه‌شناسی فرهنگ و از منظر دو رویکرد کلاسیک که نگاهی ذهنی به فرهنگ دارد و فرهنگ را از زاویه جهان‌بینی افراد می‌نگرد، و رویکرد پساساختارگرا که نگاهی عینی به فرهنگ دارد و فرهنگ را محصول عینی و نه یک عنصر مضمّن ذهنی می‌داند، قابل بررسی است.

در رویکرد کلاسیک، تغییرات ایجاد شده در تصورات افراد جامعه ایرانی نسبت به جرائم و مرتکبین آن‌ها، از اوایل انقلاب تا دوران کنونی حائز اهمیت است و با بررسی این موارد درمی‌یابیم که افراد جامعه در اوایل انقلاب رویکرد دشمن‌مدارانه‌ای نسبت به مجرمین داشتند و همین تفکر باعث ایجاد مجازات‌های سرکوبگر شد. اما در دوران کنونی، این تفکر از میان رفت و افراد جامعه، مجرمین را نه دشمن انقلاب و اسلام، بلکه صرفاً ناقضین قواعد و مقررات ساخته دست بشر می‌دانند.

رویکرد پساساختارگرا نیز با پرداختن به شرایطی که باعث عدم درک معنای مجازات سرکوبگر در دوران کنونی و درک معنای مجازات زندان در همین دوران می‌شود، به بررسی این تحولات می‌پردازد. شرایطی در اوایل انقلاب وجود داشت که مردم جامعه در آن دوران نمی‌توانستند معنای هیچ مجازاتی غیر از مجازات‌های سرکوبگرانه را درک کنند. اما با تغییر شرایط، افراد جامعه در دوران کنونی، معنای مجازات زندان را درک کردند و خواهان آن‌اند.

بنابراین می‌توان استنباط کرد که مجازات و نظام کیفری، یک ابزار صرف حقوقی نیست که تنها از طرف قدرت حاکم اعمال شود و مردم و افراد جامعه، هیچ دخالتی در نوع و شیوه اجرای مجازات‌ها نداشته باشند، بلکه مجازات پدیداری اجتماعی است که با سایر پدیده‌های اجتماعی در ارتباط است، از آن‌ها تأثیر می‌گیرد و بر آن‌ها تأثیر می‌گذارد. فرهنگ نیز یکی از پدیده‌های اجتماعی است که بر نظام مجازات‌ها اثرگذار است و تحولات آن می‌تواند بر مجازات‌ها اثر گذارد و منجر به تغییرات و تحولاتی در نوع مجازات‌ها و شیوه اجرای آن‌ها شود. بدین سبب می‌توان مجازات را نه یک عنصر محدود مضیق موم مانند دانست که در دستان

قدرت شکل می‌گیرد و تغییر می‌پذیرد، بلکه باید آن را به عنوان انعکاس بخش عناصر فرهنگی نظام اجتماعی درک کرد. از این رو، برای مطالعه مجازات صرفاً نباید به مطالعات فنی حقوقی بسنده کرد، بلکه باید مجازات را مطالعه‌ای جامعه‌شناسانه کرد.

فهرست منابع

۱. اداره کل روابط عمومی مجلس شورای اسلامی. (۱۳۶۴ش). صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهائی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، (ج ۲). تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی.
۲. استوار، مجید. (۱۳۹۲ش). انقلاب اسلامی و نبرد نمادها. تهران: نگاه معاصر.
۳. اسفندیاری بهرآسمان، محمد صالح. (۱۳۹۹ش). کارکرد مجازات به عنوان یک عامل فرهنگی در جامعه معاصر ایران. رساله دکتری، (استاد راهنما: عبدالرضا جوان جعفری بجنوردی). دانشگاه فردوسی مشهد. دانشکده حقوق و علوم سیاسی. گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی.
۴. اسفندیاری بهرآسمان، محمد صالح؛ جوان جعفری بجنوردی، عبدالرضا. (۱۳۹۵ش). کارکرد زندان از منظر نظریه‌های جامعه‌شناسی مجازات. آموزه‌های حقوق کیفری، ۱۳(۱۲)، ۱۲۷-۱۶۹.
۵. اسفندیاری، محمد صالح. (۱۳۹۴ش). تحلیل جامعه‌شناسانه زندان (تولد و استمرار زندان از نگاه دورکیم، فوکو، وبر و لیاس). تهران: مجد.
۶. الهام، غلامحسین؛ وطنی، امیر؛ حسن‌زاده لیلاکوهی، محبوبه. (۱۴۰۰ش). تحولات قانون‌گذاری کیفری جمهوری اسلامی در مورد حبس با رویکرد فقهی. پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۲۲(۲)، ۴۹۹-۵۱۸. <https://doi.org/10.30497/law.2022.241379.3080>
۷. امیدی، جلیل؛ عطوف، حسینعلی. (۱۳۹۴ش). اجرای علنی مجازات: توجیهاات و تبعات، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، ۲(۴ و ۵)، ۲۱۳-۲۳۶. [https://doi.org/JQCLCS-201510-1056/20\(R6](https://doi.org/JQCLCS-201510-1056/20(R6)
۸. ایمانی‌فر، ابراهیم. (۱۳۷۴ش). پشت دیوار ندامت. تهران: کیهان.
۹. آزاد ارمکی، تقی. (۱۳۸۷ش). جامعه‌شناسی فرهنگ. تهران: نشر علم.
۱۰. بانک داده‌های اقتصادی وبگاه عددسرا. (۱۴۰۲ش). «آمار دانش‌آموختگان دانشگاه‌های کشور»، تاریخ استخراج <https://adadsara.ir.1402/12/12>
۱۱. بيمين، ویلیام. (۱۳۸۱ش). زبان، منزلت و قدرت در ایران، (ترجمه رضا مقدم‌کیا). تهران: نشر نی.
۱۲. پورقهرمانی، بابک؛ نگهدار، ایرج. (۱۳۹۷ش). ارزیابی رویکرد قضات به اعمال نهادهای ارفاقی جدید (مطالعه موردی: محاکم کیفری استان کردستان). مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، ۴۸(۲)، ۲۲۷-۲۵۵. <https://doi.org/10.22059/jqclcs.2019.70809>
۱۳. پورمحمی‌آبادی، حسین؛ بوستانی، داریوش؛ قماش، سعید. (۱۳۹۷ش). سیطره حبس‌گرایی و رؤیای حبس‌زدایی در سیاست کیفری ایران (مطالعه موردی: حوزه قضایی شهر کرمان). پژوهشنامه حقوق کیفری، ۱۹(۱)، ۳۳-۵۹. <https://doi.org/10.22124/jol.2018.5837.1241.59-33>
۱۴. جعفری، احمد؛ سراج‌زاده، سید حسین. (۱۳۹۰ش). جدی‌انگاری جرم و عوامل مرتبط با آن (مطالعه نمونه‌ای از دانشجویان دانشگاه تربیت معلم تهران). مجله جامعه‌شناسی ایران، ۱۲(۱)، ۶۳-۹۴. <https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.17351901.1390.12.1.3.9>
۱۵. جوان جعفری بجنوردی، عبدالرضا؛ اسفندیاری بهرآسمان، محمد صالح. (۱۳۹۷ش). نگرشی جامعه‌شناسانه بر تحولات مجازات اعدام مجرمان مواد مخدر. پژوهش حقوق کیفری، ۷(۲۵)، ۱۲۵-۱۷۵. <https://doi.org/10.22054/jcl.2018.26381.1504>
۱۶. جوان جعفری بجنوردی، عبدالرضا؛ ساداتی، سید محمد جواد. (۱۳۹۴ش). ماهیت فلسفی و جامعه‌شناختی کیفر. تهران: بنیاد حقوقی میزان.

۱۷. حسن زاده، اسماعیل. (۱۳۸۶ش). هویت ملی در شعارهای انقلاب اسلامی. فصلنامه مطالعات ملی، ش ۳۱، ص ۳-۳۰.
۱۸. حیدریپور، محمد؛ محمدی مزینانی، آتوسا. (۱۳۹۳ش). جامعه‌شناسی فرهنگ. تهران: جامعه‌شناسان.
۱۹. دانائی راد، الناز. (۱۳۹۹ش). ارزیابی نگرش مأمورین مبارزه با مواد مخدر در مورد سیاست کیفری ارفاقی قانون‌گذار ایران در ماده ۴۵ الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر. پایان‌نامه کارشناسی ارشد. دانشگاه فردوسی مشهد. دانشکده حقوق و علوم سیاسی. گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی.
۲۰. دورکیم، امیل. (۱۳۸۱ش). درباره تقسیم کار اجتماعی، (ترجمه باقر پرهام). تهران: نشر مرکز.
۲۱. دورکیم، امیل. (۱۳۹۳ش). صور بنیانی حیات دینی، (ترجمه باقر پرهام). تهران: نشر مرکز.
۲۲. رحماندوست، مهدیار؛ بیاتی، محمد حسین. (۱۴۰۱ش). نقدی بر گفتمان نظام حقوقی ایران در مواجهه با چالش‌های تقنین و اجرای حدود. پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، ۱۰(۱۹)، ۲۶۳-۲۹۶. <https://doi.org/10.22034/jlc.2022.299078.1543>
۳۲. رستمی، هادی. (۱۳۹۹ش). حقوق کیفری و لیبرالیسم (بررسی کیفر در سنت‌های فلسفی لیبرال). تهران: نگاه معاصر.
۲۴. رستمی، هادی. (۱۳۹۹ش). حقوق کیفری و لیبرالیسم (بررسی کیفر در سنت‌های فلسفی لیبرال). تهران: نگاه معاصر.
۲۵. رفیع‌پور، فرامرز. (۱۳۸۴ش). توسعه و تضاد کوششی در جهت انقلاب اسلامی و مسائل اجتماعی ایران. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۶. روزنامه اطلاعات. (۷ شهریور ۱۳۵۸ش).
۲۷. زیباکلام، صادق. (۱۳۸۸ش). مقدمه‌ای بر انقلاب اسلامی. تهران: انتشارات روزنه.
۲۸. ساداتی، سید محمد جواد. (۱۳۹۸ش). مجازات و کنترل اجتماعی تبارشناسی پیوند قدرت و واکنش‌های کیفری. تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۲۹. ساداتی، سید محمد جواد. (۱۴۰۱ش). جامعه‌شناسی کیفر در دوگانگی فرهنگ و قدرت: تأملی بر جلوه‌های تعامل فرهنگ و قدرت از منظر جامعه‌شناسی کیفر. پژوهشنامه حقوق کیفری، ۱۳(۲)، ۱۳۱-۱۶۱. <https://doi.org/10.22124/jol.2022.20653.2202>
۳۰. ساداتی، سید محمد جواد؛ نوبهار، رحیم. (۱۳۹۷ش). تأملی بر زمینه‌های شکل‌گیری سیاست کیفری سخت‌گیرانه در دهه نخست انقلاب اسلامی ایران. فقه و حقوق اسلامی، ۹(۱۷)، ۱۵۷-۱۸۳. <https://doi.org/10.22034/law.2018.8999>
۳۱. ساداتی، سید محمد جواد. (۱۴۰۰ش). روابط معنا-نماد و الهیات مجازات: پدیداری آیین تعذیب. فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، ۱۰(۳۶)، ۷۷-۱۱۲. <https://doi.org/10.22054/jclr.2022.51563.2094>
۳۲. غلامی، حسین. (۱۳۹۵ش). کیفرشناسی «کلیات و مبانی پاسخ به جرم». تهران: میزان.
۳۳. فرجیها، محمد؛ مقدسی، محمد باقر. (۱۳۹۳ش). جلوه‌های عوام‌گرایی در سیاست‌های کیفری مواد مخدر. تحقیقات حقوقی، ۱۷(۶۸)، ۲۵-۴۸.
۳۴. فوکو، میشل. (۱۳۷۸ش). مراقبت و تنبیه (تولد زندان)، (ترجمه نیکو سرخوش و افشین جهان دیده). تهران: نشر نی.
۳۵. قاضی‌نژاد، مریم؛ ذبیحی، مینا. (۱۳۹۴ش). نسل و جدی‌انگاری جرم. بررسی مسائل اجتماعی ایران، ۱۰(۱)، ۱۲۳-۱۵۰. <https://doi.org/jjisp.2015.56922/10.22059>

۳۶. گیویان، عبدالله. (۱۳۸۶ش). کلیفورد گیرتز و دیدگاه تفسیری او در باب دین و فرهنگ. مطالعات فرهنگی و ارتباطات، ۳(۱۰)، ۱-۲۸.
۳۷. محسنی، منوچهر. (۱۳۸۶ش). جامعه‌شناسی فرهنگ بررسی در ایران. تهران: پژوهشگاه فرهنگ، هنر و ارتباطات.
۳۸. مرکز اسناد انقلاب اسلامی. (۱۷ بهمن ۱۳۹۶). «موضع‌گیری جبهه ملی علیه لایحه قصاص». تاریخ استخراج: ۱۴۰۲/۱۱/۲۰. <https://irdc.ir/fa/news>
۳۹. مهرا، نسربین؛ بکرنگی، محمد؛ موذن، عباس. (۱۳۹۷). سیاست کیفری ایران بعد از انقلاب در تعزیرات. مجله حقوقی دادگستری، ۲۸، (۳۰۱)، ۵۷۱-۲۰۰. <https://doi.org/10.22106/ijl.2018.33935>
۴۰. نقیب‌زاده، احمد. (۱۳۸۷ش). درآمدی بر جامعه‌شناسی سیاسی. تهران: سمت.
۴۱. نورپور، محسن. (۱۳۹۹ش). تحلیل جامعه‌شناختی پیوند میان تحول در گفتمان‌های حاکم و تحول در مجازات‌های بدنی در ایران. رساله دکتری، (استاد راهنما: عبدالرضا جوان جعفری بجنوردی). دانشگاه فردوسی مشهد. دانشکده حقوق و علوم سیاسی. گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی.
۴۲. وسنو، روبرت. (۱۳۹۹ش). جامعه‌شناسی فرهنگ نظریه‌ای درباره رابطه اندیشه و ساختار اجتماعی، (ترجمه مصطفی مهرآیین). تهران: نشر کرگدن.
۴۳. هیلنز، جان. (۱۳۶۸ش). شناخت اساطیر ایران، (ترجمه ژاله آموزگار و احمد تفضلی). تهران: نشر چشمه.
۴۴. یونگ، کارل گوستاو. (۱۳۹۵ش). انسان و سمبولهایش، (ترجمه محمود سلطانیه). تهران: جامی.
45. Boudon, Raymond. et a. (1999). *Dictionnaire de sociologi*. Paris: Larouss.
46. Edgar, Andrew. (2002). *Cultural theory: the key concepts*. London: Routledge.
47. Held, David. (2000). *A Globalizing World?: culture, economics, politics*, London: New York, The open university.
48. O'brien, Robert, et al. (1964). *Reading in General Sociology*. New York: Houghton Mifflin.
49. Stewart, Elbert w. (1988). *Introduction to sociology*. New York: Mc Graw-Hill.
50. Wolff, Janet. (1999). Cultural studies and the sociology of culture. *Contemporary Sociology*, 5, 449-505. <https://doi.org/10.2307/2654982>



The De Minimis; Understanding the Concept and Its Application in Criminal Law

Jamshid Gholamloo¹ , Hamid Reza Asimi²

1. Corresponding author, Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology , Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: jamshid.Gholamloo@ut.ac.ir
2. PhD Graduate in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: hamidr.asimi@gmail.com

Article Info

Article type:

Original research

Received: 25 October 2024

Received in revised form: 6

December 2024

Accepted: 24 December 2024

Available online: 29 December 2024

Keywords

La De Minimis, Criminal justice system, Criminal defenses, Justificatory conditions, Labeling.



Abstract

Certain criminal conducts are so insignificant that pursuing them through the criminal justice system seems unwarranted. However, the current application of criminal codes and legislative regulations often leads to seemingly "trivial" subjects or acts being categorized as criminal conduct, compelling legal authorities to prosecute the offenders. Reliance on the judiciary's interpretative discretion in these cases is problematic, as it may not always prevent convicting and sentencing that appear unjust and unfair. This article seeks to explore the concept of "De minimis non curat lex"—which suggests that the law does not concern itself with insignificant matters—through a comparative framework. By employing library research and a descriptive-analytical approach, the study aims to clarify this principle across different criminal justice systems and establish a normative foundation for its implementation in criminal law. The concept holds relevance at various stages of legal proceedings, serving both as a substantive defense, where the "significance of the criminal conduct" can act as a condition of the crime's actus reus, and the "insignificance of the conduct" can serve as a barrier to criminal liability. Furthermore, it can function as a procedural defense, effectively hindering criminal prosecution, a perspective we argue is more appropriate and effective.

Cite this article: Gholamloo, J. & Asimi, H.R. (2024). The Principle "the Law Does not Deal with Minor Matters"; from Explanation to Application in Criminal Law. *Criminal Law Doctrines*, 21(27), 199-231. <https://doi.org/10.30513/cld.2024.6468.2042>



© The Author(s). Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.



انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد»؛ از تبیین تا کاربرد در حقوق کیفری

جمشید غلاملو^۱، حمیدرضا ائیمی^۲

۱. نویسنده مسئول، استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. رایانامه: jamshid.gholamloo@ut.ac.ir

۲. دانش‌آموخته دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. رایانامه: hamidr.asimi@gmail.com

چکیده

برخی رفتارهای مجرمانه، چنان خرد و ناچیزند که شایسته نیست از سوی نظام عدالت کیفری تعقیب، محاکمه و مجازات شوند. با وجود این، اطلاق قوانین کیفری و محدودیت‌های قانون‌گذاری به ترتیبی است که گاه موضوعات یا رفتارهای «ناچیز» نیز در دامنه تعریف رفتار مجرمانه قرار می‌گیرند و مقامات قضایی، از نظر قانونی ناگزیر به رسیدگی می‌شوند، و به قابلیت‌های تفسیر قضایی که در چنین مواردی، امکان قانونی عدم صدور محکومیت به کیفر را فراهم می‌کنند نیز نمی‌توان دل بست. این مقاله، بر بنیان ناموجه و غیرمنصفانه بودن چنین محکومیت‌هایی و با هدف تأسیس مبنایی انضمامی برای جلوگیری از آن، با بررسی تطبیقی انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد»، کوشیده است تا با روش کتابخانه‌ای و رویکرد توصیفی - تحلیلی، ضمن تبیین این ایده در نظام‌های گوناگون عدالت کیفری، مبنایی هنجارین از کاربرد آن در حقوق کیفری ارائه دهد. این انگاره می‌تواند چه در مرحله تعقیب کیفری و چه در دیگر فرایندهای دادرسی، در قالب‌های گوناگون قانونی اعمال گردد. از سویی، به عنوان دفاعی ماهوی، «مهم بودن موضوع یا رفتار مجرمانه» را می‌توان یکی از شرایط رکن مادی جرم در نظر گرفت و یا «ناچیز بودن موضوع یا رفتار» را به مثابه یکی از موانع مسئولیت کیفری و در زمره دفاعیات خاص قرار داد، و از سویی دیگر، آن را با تعبیر «منع رسیدگی به امور جزئی» از انگاره، در قالب دفاعی آیینی و از موانع تعقیب کیفری پیشنهاد کرد که به نظر نگارندگان این مقاله، مناسب‌تر و مؤثرتر است.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۸/۴

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۹/۱۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۴

تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۳/۱۰/۹

کلیدواژه‌ها

منع رسیدگی به امر جزئی،
نظام عدالت کیفری، دفاع
کیفری، عوامل موجهه جرم،
برچسب‌زنی.

استناد: غلاملو، جمشید؛ ائیمی، حمیدرضا. (۱۴۰۳). انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد»؛ از تبیین تا کاربرد در حقوق کیفری. *آموزه‌های حقوق کیفری*، ۲۱(۲۷)، ۱۹۹-۲۳۱.
<https://doi.org/10.30513/cld.2024.6468.2042>



مقدمه

چند سال پیش رأیی در رسانه‌ها منتشر شد که طی آن، دادگاهی کیفری در ساری، فردی را به اتهام سرقت ۸ عدد نارنج به تحمل یک سال حبس تعزیری، ۲۰ ضربه شلاق تعزیری و رد هشت عدد نارنج رپوده شده محکوم کرده بود.^۱ فارغ از واکنش‌های عمومی که البته می‌تواند بازتابی قابل اعتنا از عملکرد دادگستری باشد، از نظر حقوقی، بسته به نگاهی که به چنین حکمی می‌توان داشت، واکنش به آن نیز متغیر خواهد بود و برپایه دریاچه‌های گوناگونی که خاستگاه فکری مخصوص به خود را دارد، برداشت‌ها و واکنش‌های احتمالی را می‌توان در قالب دو رویکرد کلی دسته‌بندی کرد:

رویکرد نخست، واکنش مبتنی بر نقد و شگفتی نسبت به دادنامه است که البته خود دربرگیرنده چند برداشت است: ۱. ناعادلانه بودن تصمیم. تعیین یک سال حبس برای دزدیدن ۸ عدد نارنج واقعاً چه تناسبی با عدالت دارد؟ ۲. بی‌فایده و نامعقول بودن تصمیم. اصلاً بر چنین محکومیت سخت‌گیرانه‌ای چه فایده‌ای مترتب است، جز این‌که بر سارق نگون بخت برچسب انسان بد الصاق کند؟ همچنین، تعقیب و رسیدگی چنین جرائم ناچیزی اساساً نامعقول می‌نماید، چراکه نتیجه‌ای جز اتلاف ناروای هزینه و منابع دادگستری در بر ندارد. در میان انبوه پرونده‌های جنایی مهم و متهمان و مجرمان دانه‌درشت، چه سودی متصور است که بازپرس و پلیس و قاضی و...

معطل احراز مجرمیت و محکومیت خرده‌سارقی شوند که ۸ عدد نارنج دزدیده است؟

رویکرد دوم، واکنش مبتنی بر دفاع از دادنامه است که چند برداشت را در بر می‌گیرد: ۱. قانونی بودن تصمیم. قاضی طبق قانون عمل کرده و چون ۸ عدد نارنج مصداق عرفی و شرعی «مال» است، ربودنشان جرم سرقت شمرده می‌شود. پس آنچه مایه شگفتی است سرزنش قاضی برای اجرای قانون است. ۲. اخلاقی بودن تصمیم. آنچه اخلاقاً مهم است، حمایت از ارزش‌ها و حقوقی است که برای حمایت از آن، توافق جمعی وجود دارد نه میزان و کمیت مخدوش شده آن‌ها و چه بسا مسامحه با موضوعات خُرد، ناروا باشد و بستر ساز وقوع جرائم بیشتر و شدیدتر گردد.^۲ لذا در حکم صادرشده، قاضی دادگاه به درستی به نقض حق مالکیت شاکی و نقض هنجار قانون جزایی توجه داشته و متناسب با شدت و شرایط پیرامون بزه، کیفر تعیین کرده است.

۱. برای نمونه، خبرگزاری ایسنا: «ماجرای حکم حبس برای سرقت ۸ نارنج»، <https://www.isna.ir/news/94100703738>: ۷ دی ۱۳۹۴، تاریخ بازدید: ۴ مهر ۱۴۰۳. گفتنی است پیش از این، تصویر دادنامه در شبکه‌های اجتماعی و پیام‌رسان‌ها منتشر شده بود و مایه طنزگویی برخی کاربران گشت.

۲. ایده‌ای که در سیاست‌های تسامح یا مدارای صفر مطرح گردیده است (نک: جوانمرد، ۱۳۹۳).

رای یادشده تنها یک مثال بود و بی‌تردید آرای فراوانی صادر می‌شود که در جرائم متفاوت و هم‌نظر با قاضی دادنامه پیش‌گفته و موافق با رویکرد دوم، عمل می‌کنند. واقعیت آن است که در همین مثال سرقت، ماده ۲۶۷ قانون مجازات اسلامی، مطلقاً ربودن مال را برای تحقق سرقت کافی دانسته است و اگر بخواهیم مَرّ قانون را ملاک قرار دهیم، نه تنها دست‌کم از نظر حقوقی، نقد و سرزنشی متوجه قاضی نخواهد بود که تصمیم او منطبق با قانون بوده است، به‌ویژه که می‌توان این استدلال را نیز در تقویت رویکرد دوم و رای صادره افزود که قانون خود به این موضوع آگاه بوده و با استفاده از واژه «مال»، سرقت اشیایی را که عرفاً مال نیستند و مابه‌ازای اقتصادی ندارند از شمول جرم سرقت خارج کرده است. با وجود این، پاسخ این است که «یک عدد آدمس» نیز عرفاً و قانوناً مال محسوب می‌شود، آیا معقول است که تعقیب و محاکمه کیفری صورت بگیرد و مجازات قانونی سرقت، از جمله حبس و شلاق و جزای نقدی و ننگ برخاسته از اصل محکومیت بر محکوم بار شود؟ فرضیه ما در این مقاله، نامعقول بودن پرداختن به امور ناچیز و جزئی در حقوق کیفری و نظام عدالت کیفری است.^۳ در تبیین این ایده، از قاعده قدیمی «قانون خود را به امور ناچیز مشغول نمی‌کند»^۴، یاری جسته و با نگاهی نقادانه، حقوق کیفری ایران را تحلیل می‌کنیم. این قاعده که در هر دو حیطه حقوق کیفری و حقوق مدنی کاربرد دارد، در قلمرو جزایی با اشاره به بزه‌کاری‌های خرد، مانند دزدیدن قرصی نان یا مقدار کمی پول، از چشم‌اندازهای مختلف فایده‌باورانه، عدالت‌باورانه و شهودباور، محکومیت و کیفر مجرم را نادرست قلمداد می‌کند. به‌رغم وجود این قاعده در حقوق روم و سپس پیوند حقوق کیفری^۵ آن به نظام‌های مختلف عدالت کیفری در غرب، بر سر چیستی این انگاره، شیوه طبقه‌بندی آن در ذیل عنوان دفاعیات و یا خارج از آن، و همچنین کارکرد آن اختلاف نظر وجود دارد. همچنین پیامد استناد به این قاعده در دکتترین و متون قوانین دستگاه‌های عدالت کیفری در غرب، غیرمنسجم و مضطرب است. در حالی که بخشی از دکتترین حقوقی و رویه قضایی کامن‌لا و قانون الگوی حقوق کیفری آمریکا از کیفیت اباحه‌ساز قاعده و تیرئه متهم سخن گفته‌اند (Husak, 2011, p. 344)، برخی دیگر از

۳. چه بسا در دعوی مدنی نیز بتوان طی شرایطی چنین قاعده‌ای را جاری دانست و به کار بست.

4. De minimis non curat lex/ De Minimis Rule

معادل‌هایی با تفاوت‌های کم را می‌توان برای این قاعده لاتین برگزید، از جمله «قانون خود را به امور جزئی مشغول نمی‌سازد»، «قانون به موضوعات ناچیز/جزئی رسیدگی نمی‌کند»، «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد» و «منع رسیدگی به امور جزئی» که همگی درست‌اند و در این مقاله به فراخور موضوع مورد بحث، با مفهومی واحد و یکسان استفاده می‌شوند.

۵. پیوند حقوقی (Legal Transplantation) استعاره‌ای است که با ارائه فهمی ارگانیک از دستگاه‌های حقوقی، می‌کوشد تا جابه‌جایی نهادهای حقوقی در میان آن‌ها را توضیح دهد (نک: ائیمی؛ محمودی جانکی، ۱۴۰۳).

نظام‌های عدالت کیفری در اروپا و اندیشمندان، آن را ذیل عوامل معافیت از کیفر یا حتی توقیف دادرسی کیفری قرار داده‌اند (Robinson, 1984, p. 79).

این مقاله می‌کوشد تا در گام نخست، از چشم‌اندازی توصیفی به مبانی پذیرش انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد/ منع رسیدگی به امور جزئی» بپردازد. پردازش این مبانی به ما نشان خواهد داد که چگونه اغلب نظام‌های عدالت کیفری، از حاکمیت قانون و وظیفه نهاد دادستانی و دادگاه‌های کیفری فهمی منعطف دارند و خود را ناچار به پیگیری و مجازات هر آنچه در قوانین جزایی آمده است نمی‌دانند. آنگاه، چنان‌که در عمل آگاهیم، دادسراها در ایران اغلب هر اقدام به ظاهر مجرمانه‌ای را تعقیب نمی‌کنند و دادگاه‌ها نیز عمدتاً در محکومیت مجرمان، فهمی شهودی از استحقاق و عدالت را به کار می‌گیرند. از این چشم‌انداز، آشنایی با انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد» می‌تواند پنجره‌ای هنجارین برای قانون‌گذار اسلامی بگشاید تا با اتکا به ظرفیت‌های فقه شیعه، اندراج چنین انگاره‌ای را در قانون مجازات اسلامی بررسی نماید. در واقع، تحلیل خواهیم کرد که این قاعده افزون بر مرحله دادرسی، تا چه اندازه به ما یاری می‌رساند تا کاربرت آن را در سطوح مختلف حقوق کیفری بیازماییم و در انگاره‌هایی مانند شرایط و ارکان تشکیل دهنده جرم (دفاعیات ناظر بر ارکان جرم)، ارکان مسئولیت کیفری (دفاعیات ناظر بر مسئولیت کیفری)، انصاف در دادرسی (دفاع آیینی) و برچسب زنی و نیز تفسیرهای قضایی و حقوقی مرتبط با آن‌ها مذاقه نماییم. در این مسیر، پس از ارزیابی مبانی «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد»، با رویکردی تطبیقی به حقوق کشورهای که به چنین انگاره‌ای توجه داشته‌اند، به پردازش کارکردهای آن در نظام‌های عدالت کیفری گوناگون و انطباق آن با نهادهای موجود در قوانین جزایی ایران خواهیم پرداخت.

گفتنی است کارکرد دیگری نیز می‌توان به موارد یادشده افزود که به مرحله پیش از وقوع جرم، یعنی جرم‌انگاری (و روی دیگر آن، جرم‌زدایی)، مربوط می‌شود و از مسئله این مقاله که به مرحله پس از جرم‌انگاری تمرکز دارد، خروج موضوعی دارد. برای مثال، تمرکز اصلی پژوهش این نیست که چرا سرقت جرم است و باید از آن جرم‌زدایی کرد، بلکه توجه به شرط «مهم بودن یا ناچیز نبودن» موضوع آن است. در واقع، اگر قاعده «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد» در قامت توصیه‌ای کلی و هنجارین فهم شود، می‌تواند با اصل کاربرت حقوق کیفری به مثابه

آخرین راه حل هم پوشان باشد.^۶ چنین تفسیری از انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد» از قانون‌گذاران می‌خواهد تا جز در موارد ضروری، به سراغ جرم‌انگاری نروند و از تصویب قوانین کیفری به شیوه‌ای که هر نوع تخلف کوچک از آن را قابل محکومیت و مجازات تلقی می‌کند، خودداری کنند. در واقع، جرم‌انگاری و مجازات یک بد ضروری است و فقط «در موارد مهم باید استفاده شود و نه در همه موارد، زیرا برای شکستن یک فندق، از پتک استفاده نمی‌شود» (محمودی جانکی، ۱۳۸۷، ص ۳۳۲).^۷ همچنین از آن‌جا که تمرکز «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد»، بر آسیب ناچیز و عدم تعدی به غایت قانون کیفری است، توصیه‌ای ضمنی بر پشتیبانی از اصل ضرر در جرم‌انگاری از سوی نظام‌های عدالت کیفری را در بر دارد.^۸ بنابراین، احتمالاً چنین چشم‌اندازی از قانون‌گذار می‌خواهد که نخست، به طور دقیق حد کفایت آسیب مدنظر در قانون کیفری را مشخص سازد، بدین ترتیب که قانون‌گذار حداقل مورد نیاز برای رخداد عمل مجرمانه را تدقیق کند، یا با پذیرش قاعده‌ای کلی از مهم بودن میزان جرم در نصوص کیفری، از دادرسان کیفری بخواهد تا اهمیت عرفی رفتار مجرمانه را احراز نماید. آشکار است که چشم‌انداز پشتیبان کاربرد کمینه حقوق کیفری، از اتخاذ راهکاری جایگزین از سایر حیطه‌های حقوقی و انتظامی حمایت خواهد کرد. برای نمونه، در مصداق دزدی کوچک از فروشگاه‌های بزرگ یا خط کشیدن زیر کتاب امانت‌گرفته شده از کتابخانه، ضمانت اجرای غیرکیفری، مانند منع دوباره از ورود به محل ارتکاب رفتار نادرست، لغو کارت اعتباری یا عضویت یا قرار گرفتن در لیست سیاه مظنونان در آینده، می‌تواند ضمانت‌هایی متناسب با رفتار مرتکب قلمداد گردد.

۱. مبانی انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد»

انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد» زمانی کاربرد دارد که رفتار متهم منجر به ایجاد آسیب یا شر مورد نظری که قانون جزایی تعریف کرده نشود یا اگر هم پیامدی داشته، به اندازه‌ای ناچیز بوده که سزاوار محکومیت نباشد (Veech, 1947, p. 537). چنین تعریفی از قاعده «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد»، تا حد زیادی بر پیش‌دوری‌هایی گوناگون و مفاهیمی نسبی اتکا دارد

۶. برای مقاله‌ای در این خصوص (See: Husak, 2004). ترجمه فارسی این مقاله با عنوان «حقوق کیفری به مثابه آخرین راه حل» به قلم مهرانگیز روستایی در کتاب اصل حداقل بودن حقوق جزا (به کوشش غلامی و همکاران، ۱۳۹۳) منتشر شده است.

۷. برای مطالعه دیگر پیامدهای جرم‌انگاری (نک: محمدی جانکی، ۱۳۸۷).

۸. در رابطه با اصل ضرر به عنوان مبنای جرم‌انگاری (نک: رستمی، ۱۳۹۹).

که چشم‌اندازهای متفاوت در قبال آن، ایده‌هایی مختلف و گاه متعارض را به همراه خواهند داشت. این تعریف سنتی که ریشه در حقوق روم دارد (Level, 1947, p. 580)، بر اصول متفاوت جرم‌انگاری و ارزش‌هایی تأکید می‌ورزد که قانون‌گذار در پی محافظت از آن است و می‌تواند مفهومی متفاوت از قانون و کیفر برخاسته از آن را روایت کند. همچنین، ناچیز بودن یک جرم، افزون بر وابستگی آن به مفاهیمی مانند باورهای فایده‌گرایانه و عدالت خواهانه، در جوامع و شرایط مختلف، معنای متکثری پیدا خواهد کرد. بنابراین، استناد به «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد»، ابتدا منوط به شناسایی آسیب یا شری است که قانون موضوع دادرسی کیفری در پی مراقبت از آن است. در ادامه، می‌بایست این نکته ارزیابی گردد که آیا می‌توان نوعی ارزیابی عینی از کم بودن ضرر یا شیوه محاسبه آسیب ایجاد شده را ارائه کرد؟ برای مثال، در مصداق جرم‌انگاری استعمال و نگهداری مواد مخدر، هدف قانون‌گذار چیست؟ آیا غایت محافظت شده از سوی مقنن، پیشگیری و بازدارندگی از شیوع مصرف مواد مخدر در جامعه است یا در پی مراقبت از شهروندان در برابر آسیب به خویش است؟ برای نمونه، انتخاب هر یک از این مبانی، در شیوه تفسیر ماده ۵ قانون مبارزه با مواد مخدر و الحاق موادی به آن (مصوب ۱۷/۰۸/۱۳۷۶ اصلاح شده در ۱۲/۷/۱۳۹۶) و کاربست انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد» اثرگذار خواهد بود. در فرضی که مرتکب صرفاً مقدار ۱ گرم تریاک نگهداری کرده، بر فرض انتخاب هر کدام از مبانی، استناد به «منع رسیدگی به امر جزئی»، برای توجیه، به مقدمات متفاوتی نیاز خواهد داشت. از طرف دیگر، بر فرض پذیرش «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد»، چه میزان از مواد مخدر آن قدر جزئی محسوب می‌شود که مرتکب را از تحمل انگ مجرمیت مبرا می‌سازد یا برعکس، تحمیل انگ مجرمانه را بر وی منصفانه قلمداد می‌کند؟ باور مشترک میان حقوق دانان و دکترین قضایی در غرب این است که رفتار و پیامد حاصل از آن، در صورتی استحقاق برخورداری از قاعده یاد شده را دارد که اندک باشد. در اینجا موضوع جزئی بودن محل مناقشه است. طیف وسیعی از موضوعات می‌تواند در خرد بودن یک رفتار به ظاهر بزهکارانه دخیل باشد. اموری همچون قصد مرتکب، اندازه واقعی آسیب ایجاد شده و تناظر آن با رفتار، هزینه-فایده کردن درباره سود حاصل از محاکمه و کیفررسانی در برابر عدم مجازات متهم، و ارتباط محکومیت با مفاهیمی مانند استحقاق و عدالت، از جمله مواردی است که می‌تواند در ارزیابی جزئی بودن یا نبودن رفتار مرتکب و تأسیس مفهوم «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد» دخیل باشد.

۱-۱. میزان موضوع جرم و شدت رفتار

هسته اصلی ایده «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد»، مهم نبودن/ناچیز بودن/جزئی بودن جرم است، اما تشخیص ناچیز بودن همواره آسان نیست و ضروری است معیاری برای احراز آن تعیین گردد. آیا «موضوع» جرم است که معیار مهم بودن و نبودن جرم می‌گردد یا «رفتار» تشکیل‌دهنده جرم و شدت و خفت آن؟ بر این باوریم که این مسئله وابستگی زیادی به نوع جرم ارتكابی دارد. در جرائم علیه اموال، موضوع جرم معیار مناسب و دقیق‌تری برای احراز ناچیز بودن نبودن آن است و در جرائم علیه اشخاص، رفتار معیار درست‌تری است. برای مثال، در فرضی که فردی یک عدد آدامس متعلق به دیگری را برآید (جرم سرقت) یا با تقلب و فریب ببرد (جرم کلاهبرداری)، بر پایه موضوع جرائم رخ داده، یعنی یک عدد آدامس، باید آن‌ها را ناچیز تلقی کرد. حال اگر فردی با انگشتش به فردی عمداً ضربه آرامی بزند بی آن‌که آسیبی به فرد وارد آید (جرم ضرب عمدی موضوع ماده ۵۶۷ قانون مجازات اسلامی^۹)، جرم ارتكابی ناچیز انگاشته می‌شود و به تعبیری، چه عرف و چه در صورت شکایت بزه‌دیده، مراجع قضایی، آن را در حکم عدم تفسیر خواهند کرد. در جرائم علیه تمامیت معنوی اشخاص نیز چنین به نظر می‌رسد. مثلاً چنانچه فردی به دروغ خبری را با قصد اضرار به غیر منتشر کند که بسیار کم‌اهمیت یا بی‌اهمیت باشد، بعید است که مصداق جرم نشر اکاذیب ماده ۶۹۸ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی قرار گیرد، مانند این‌که اعلام کند که فلانی پیش از خواب موهایش را شانه می‌زند، درحالی‌که چنین اظهاری برخلاف واقعیت بوده و فرد مدنظر هرگز پیش از خواب شانه نمی‌زده است و او به خاطر چنین رفتاری علیه اظهارکننده به اتهام نشر اکاذیب و مطلب خلاف واقع، شکایت کیفری مطرح کند. قانون اطلاق دارد، اما عقل سلیم تشخیص می‌دهد که منظور قانون‌نشر هر دروغی نبوده و تنها نشر دروغ‌هایی جرم است که عرفاً بر آن ضرری متصور باشد، و به عبارتی، ناچیز نباشد، مهم یا فاحش باشد. در توهین نیز این‌گونه است و بر همین اساس، هر نوعی از بی‌ادبی و بی‌احترامی، وجه کیفری نمی‌یابد، بلکه لازم است شدید و مهم باشد. ممکن است در نقد این دیدگاه گفته شود که تکلیف وضعیت‌های دوگانه‌ای مانند فرضی که فردی با خشونت و آزار یک عدد آدامس را می‌دزد چه می‌شود؟ آیا همچنان به دلیل ناچیز بودن موضوع سرقت، باید قائل به عدم تعقیب

۹. ماده ۵۶۷: «در مواردی که رفتار مرتکب نه موجب آسیب و عیبی در بدن گردد و نه اثری از خود در بدن بر جای بگذارد ضمانت منتهی است، لکن در موارد عمدی در صورت عدم تصالح، مرتکب به حبس یا شلاق تعزیری درجه هفت محکوم می‌شود».

یا عدم مسئولیت و عدم محکومیت مرتکب بود؟ به نظر می‌رسد در اینجا گرچه تعقیب سرقت منتفی باشد، مرتکب بر مبنای شدت رفتار ارتكابی‌اش، یعنی تهدید و آزار، حسب مورد تحت اتهامات تهدید یا اخاذی یا ضرب و جرح عمدی قابل تعقیب و مجازات است. بنابراین، وقتی در جرائم علیه اموال «موضوع» جرم معیار مهم بودن و نبودن آن قرار گیرد، تفاوتی نمی‌کند که بردن مال با خشونت همراه باشد یا با لطافت. در این فرض، اگر فردی یک عدد الماس خیلی کوچک یا چند گرم طلا که هر دو قیمتی‌اند را بدزدد، بدون آن‌که هیچ اذیت و آزاری روا دارد، سرقت قطعاً رخ داده و او سزاوار تعقیب و محاکمه و مجازات است. در ارتباط با موضوع جرم، گاه حجم و میزان و تعداد آن مشخص می‌کند که مهم است. در مثال آدامس، یک عدد آدامس ناچیز است، اما یک کارتن خیر.

همین معیار درباره‌ی وجه ناقص جرائم نیز صدق می‌کند. برای مثال، شروع به جرم کلاهبرداری یا سرقتی که موضوع آن یک عدد آدامس یا چند عدد نارنج است، بر پایه‌ی قاعده‌ی «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد»، قابل تعقیب نیست. با وجود این، حکم قضیه در وضعیتی که شخصی به قصد ربودن الماسی گران بها اقدام به ربودن جعبه‌ی جواهر می‌کند، بی‌خبر از آن‌که محتوای جعبه را با یک عدد آدامس خروس نشان جابه‌جا کرده بودند، قابل تأمل به نظر می‌رسد. اگر بخواهیم بدون در نظر گرفتن قاعده‌ی یادشده رفتار مرتکب را از نظر حقوقی توصیف کنیم، به نظر می‌رسد او مرتکب جرم تام سرقت تعزیری شده است، چراکه جعبه‌ی معمولی و آدامس هر دو، مال محسوب می‌شود و اگرچه او قصدش در سرقت الماس محقق نشد، عامدانه مال دیگری را ربوده و این برای تحقق جرم تام کافی به نظر می‌رسد (آقایی‌نیا؛ رستمی، ۱۴۰۲، ص ۱۸۲). اما اگر بخواهیم بر مبنای قاعده‌ی «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد» اظهار نظر کنیم، از یک سو، آنچه ربوده شده ناچیز است و تعقیب مرتکب ناموجه می‌باشد، و از سوی دیگر، یقیناً او قصد ارتكاب سرقتِ موضوع مهمی (الماس گران قیمت) را داشته است که چشم‌پوشی از آن روا نیست و عادلانه و معقول به نظر نمی‌آید.

شاید استدلال درست این باشد که در چنین فرضی، مرتکب نسبت به شروع به جرم سرقت (یا مصادیق در حکم آن) مسئولیت داشته باشد و بهره‌مندی او از امتیاز در نظر گرفته شده محدود به مالی باشد که ربوده و ناچیز بوده است. بنابراین، هر گاه قصد مرتکب بر سرقت مالی ارزشمند بود، ولی به اشتباه مال ناچیزی بدزدد، نمی‌شود صرفاً به دلیل کم ارزش بودن موضوع

جرم، آن را جزئی و فاقد مسئولیت قلمداد کرد. همچنان‌که گاه دکترین حقوقی و رویه قضایی در فرایند تفسیر قانون کیفری، حدی از شدت و اهمیت را در رفتار ارتكابی برای تحقق جرم، مفروض قلمداد می‌کنند. برای نمونه، اگرچه اطلاق دامنه ماده ۲۶۵ قانون مجازات کانادا، هر گونه تماس فیزیکی بدون رضایت را جرم‌انگاری کرده، حقوق دانان و دادگاه‌ها پذیرفته‌اند که بسیاری از رفتارها، از جمله ضربه‌ای کم‌اهمیت به بازو، با اصل تناسب و شایستگی محکومیت کیفری همخوانی ندارد.^{۱۰} در ایران، گاه پیش آمده که محاکم و دادسراها نیز با پذیرش این رویکرد، کم‌اثر بودن رکن مادی در تحقق نتیجه را از موانع احراز بزهکاری قلمداد نمایند. برای نمونه، رأی شماره ۴۹۶۴۲۹۰۰۰۴۳۹۰۰۳۴۳۹۰۰۰ در پرونده ۹۸۰۹۹۸۱۳۱۶۲۰۰۵۰۱، شعبه ۴ دادپاری دادسرای شهرستان رشت، «ایجاد مقداری سروصدا در درگیری که امری طبیعی است» را برای احراز جرم اختلال در نظم کافی ندانسته و قرار منع تعقیب صادر کرده است. همچنین، رفتار مجرمانه می‌تواند در پرتو کلیت رفتار انتسابی متهم ارزیابی شود و آن‌گاه رکن مادی منتسب به متهم، در مقایسه با کلیت رفتار انجام شده، کم‌اهمیت جلوه می‌کند. برای نمونه، دیوان عالی آمریکا در پرونده مربوط به انجمن صنعتی سانفرانسیسکو^{۱۱} چنین نتیجه گرفت که تخلفات چند هزار دلاری در جایی که اصل موضوع تراکنش‌های مالی مازاد بر صد میلیون دلار است، ناچیز و مشمول «منع رسیدگی به امر جزئی» است.^{۱۲} همچنین در جایی دیگر، اشاره کرده که اصل دشواری اندازه‌گیری میزان جرم، می‌تواند از جزئی بودن جرم مهم‌تر و عامل موجهی برای استناد به دفاع مذکور باشد.^{۱۳}

۲-۱. هزینه‌های فرایند دادرسی کیفری و برجسب‌زنی

یکی دیگر از انگیزه‌های تأسیس انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد»، نامعقول و ناموجه بودن صرف هزینه‌های مادی و معنوی دادرسی و نیز پیامد ناخواسته آن، یعنی الصاق برجسب مجرم بودن، است. می‌توان تصور کرد که برای مثال، شکایت تحصیل مال از طریق نامشروع در جایی که ارزش مال اذ دست‌رفته تنها هزار تومان باشد، ناچیز خواهد بود. آن‌گاه تعقیب و تحقیق و محاکمه و مجازات مرتکب که مستلزم هزینه‌های مالی و منابع انسانی است، در مقایسه با نتایج

۱۰. برای رأی صادره از دیوان عالی کانادا (نک: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/4628/index.do>).

11. Industrial Ass'n of San Francisco

12. Industrial Association V. United States, 268 U.S. 64 (1925)

۱۳. در این باره (نک: <https://casetext.com/case/hessel-v-ohearn>).

آن چندان موجه نمی‌نماید. در همین خصوص، دادگاه تجدیدنظر کالیفرنیا چنین استدلال کرده که طرح چنین شکایاتی «اتلاف احمقانه منابع دادگاه... و شهروندان کالیفرنیا» محسوب می‌شود، حال آن‌که «مالیات آن‌ها نظام قضایی» را تأمین می‌کند.^{۱۴} همچنین، اگر پیشگیری از تأخیر در اجرای عدالت یا اطالۀ دادرسی را از اصولی بنیادین قلمداد کنیم، «منع رسیدگی به امر جزئی»، بر اساس هزینه فرصت، مبنایی قابل قبول برای چشم‌پوشی از چنین متهمانی فراهم می‌سازد، چراکه نبود آن باعث می‌شود تا بزه‌دیدگانی که شکایات مهم‌تری دارند، مدت بیشتری برای دادرسی منتظر بمانند. بسیاری از پرونده‌های جاری در دادسراها و دادگاه‌ها در ایران، به دلیل جرائم بیانی نظیر توهین‌ها و افتراهای جزئی جریان می‌یابد که در عمل، منجر به ضرر به شاکی نشده‌اند و بسیار محتمل است که هزاران پرونده سرقت یک عدد مرغ و چند عدد تخم مرغ و چند عدد نارنج و نارنگی در حال رسیدگی باشد. از سوی دیگر، درگیر شدن متهمان در فرایند دادرسی کیفری، در جایی که میزان جرم و آثار آن اندک است، به دلیل آسیب‌هایی روانی و اقتصادی که بر شهروندان وارد می‌آورد، در مقایسه با سود حاصل شده از تعقیب چنین متهمانی، بر اساس رویکرد هزینه-فایده، محکومیت کیفری چنین متهمانی را نامعقول می‌نماید و پیامدهای منفی بی‌شماری دارد (حبیب‌زاده؛ نجفی ابرنآبادی؛ کلانتری، ۱۳۸۰). بنابراین، شرط جزئی بودن رفتار در کنار هزینه‌های دادرسی کیفری می‌تواند مبنای قابل قبولی برای پذیرش تأسیس انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد» فراهم سازد.^{۱۵}

افزون بر هزینه‌های مادی دادرسی، پیامد ناخواسته دیگری که در تمام مراحل دادرسی بر نظام عدالت کیفری و جامعه تحمیل می‌شود، برجستگی است که به سارق یک عدد آدامس و چند عدد نارنج زده می‌شود، که این خود هزینه ناموجه دیگری است. نظریه برجستگی^{۱۶} دیدگاهی جامعه‌شناختی و جرم‌شناختی است که بر چگونگی برجستگی خوردن افراد توسط جامعه و تأثیر این برجستگی بر هویت و رفتار آن‌ها تمرکز دارد. این نظریه به‌ویژه در زمینه دادرسی کیفری تأثیرگذار است؛ جایی که فرایندها و برایندهای برخاسته از نهادهای نظام عدالت کیفری می‌توانند برجستگی‌های اجتماعی را تقویت کنند. این نظریه ادعا می‌کند که

۱۴. در این پرونده، دلیل شکایت این بود که کلمات روی پاکت، باعث فریب شاکی برای باز کردن آن شده است (نک: Harris v. Time, Inc., 191 Cal.App.3d 449 | Casetext Search + Citorator)

۱۵. درباره دو الگوی جرم‌زدایی و جرم‌انگاری در خصوص جرائم بیانی و سیاست کیفری جمهوری اسلامی ایران در قبال آن (نک: غلاملو؛ دریایی، ۱۴۰۱).

16. Labeling theory

جامعه بر اساس اعمال درک شده افراد، نسبت به آن‌ها واکنش نشان می‌دهد. هنگامی که شخصی متهم یا محکوم به جرمی می‌شود، اغلب به عنوان «مجرم و منحرف و خلافکار» برچسب می‌خورد (نجفی ابرندآبادی؛ هاشم بیگی، ۱۴۰۱، ص ۱۸۲). این برچسب فقط بازتابی از رفتار او نیست، بلکه همراه با قضاوت اجتماعی است که می‌تواند عمیقاً بر آینده ایشان تأثیر بگذارد. ادوین لی مرت با تفکیک بین انحراف اولیه و ثانویه، اظهار داشت که انحراف اولیه به اعمال انحرافی جزئی و اغلب غیر قابل توجه اشاره دارد، درحالی‌که انحراف ثانویه پس از این‌که جامعه فردی را به عنوان مجرم معرفی می‌کند، رخ می‌دهد (سلیمی؛ داوری، ۱۳۸۷، ص ۴۲۶). فرایند رسمی تعقیب و محاکمه و محکومیت در دادگستری، اغلب می‌تواند منجر به ارتکاب و تکرار و تشدید انحرافات ثانویه شود، زیرا ممکن است افراد را در واکنش به برچسب تحمیلی خود بیشتر به سمت ارتکاب رفتارهای مجرمانه سوق دهد. بر پایه چنین ایده‌ای، در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ سیاستی اتخاذ شده است که برای محکومیت‌های کیفری کودکان و نوجوانان هیچ گونه آثار تبعی و سوءپیشینه‌ای در نظر گرفته نشده است.^{۱۷} در فرایند دادرسی کیفری، در واقع، رفتار متهم فقط مورد قضاوت و داوری قانونی قرار نمی‌گیرد، بلکه او از نظر اجتماعی نیز قضاوت می‌گردد و این امر پیامدهای ماندگاری دارد که فراتر از دادگاه و دادرسی است و بر نحوه نگرش افراد توسط جامعه و نحوه نگرش آن‌ها نسبت به خود تأثیر می‌گذارد. او افزون بر تحمل مجازات‌های قانونی، با واکنش‌های اجتماعی مانند طرد اجتماعی، آسیب‌های حیثیتی و خانوادگی و از دست دادن شغل تنبیه خواهد شد. وقتی حسب برخی مطالعات حتی دادگاه حکم به بی‌گناهی متهم می‌دهد، تغییر زیادی در نگرش بیشتر مردم صورت نمی‌گیرد و همچنان این باور وجود دارد که «حتماً ریگی در کفش داشته» (Clow & Leach, 2015)، با محکومیت رسمی او زدودن انگ و بدنامی بسیار دشوار و گاه نشدنی می‌شود. ضمن این‌که مرتکبان جرائم خرد اغلب از طبقات پایین و فقیر جامعه‌اند و تمرکز بر محاکمه و مجازات آن‌ها به ذات تبعیض‌آمیز خواهد بود. حال با نگاه هزینه-فایده‌ای، جامعه و دادگستری چقدر از چنین رخدادی نسبت به سارق یک آدامس سود می‌برد و چقدر هزینه می‌دهد؟ از همین رو بوده است که سیاست‌های مانند عدالت ترمیمی بیش از گذشته مورد توجه قرار گرفته است.

۱۷. ماده ۹۵ قانون مجازات اسلامی: «محکومیت‌های کیفری اطفال و نوجوانان فاقد آثار کیفری است».

۳-۱. غایت نقض شده قانونی

قاعده «قانون به امور جزئی نمی پردازد» اغلب بر این باور اتکا دارد که رفتار مرتکب چنان جزئی بوده که به ارزش محافظت شده از سوی قانون، تعرض کافی نکرده است. به بیان بهتر، اگرچه رفتار از منظر حقوقی، صرف مجرمانه تلقی می شود، چنان ناچیز است که نمی تواند به غایت قانون تجاوز کند. بنابراین در چنین وضعیتی، چنین فرض می شود که محکومیت متهم، به دلیل فقدان عنصر آسیب رسانی به قدری ناچیز و کم اهمیت است که با عدالت منافات دارد. با این حال، این رویکرد مستلزم آن است که قانون یا دادگاه در خصوص هر جرم، توافقی ضمنی درباره ماهیت جرم و موضوع حمایت شده از سوی آن ارائه کند. این منطقی نیست مگر با ایست مبنایی قابل قبول درباره هر جرم و موضوع حفاظت شده از سوی قانون فراهم آورد، بلکه باید بتواند با توسل به یکی از نظریه های تبیین کننده جرم، مبنایی بنیادین برای توضیح قانون کیفری فراهم آورد. از طرف دیگر، اصل بنیادین نظام های عدالت کیفری در رویکرد جرم انگاری، می تواند تا حد زیادی امکان تحقق دفاع «منع رسیدگی به امر جزئی» را گسترده یا محدود سازد. هنگامی که قانون گذار با رویکردی کمال باورانه، در پی جرم انگاری حداکثری است و مبنای حقوق کیفری را به امری اخلاقی، والا و گاه مغایر با ارزش های جامعه ارجاع می دهد، جای چندانی برای استناد به این دفاع باقی نمی ماند. در مقابل، اتکا به اصل ضرر در تبیین نظام جرم انگاری، گستره بیشتری برای ظهور و استناد به انگاره موضوع بحث را فراهم می سازد.

گاه رفتار مرتکب، اگرچه نص قانونی را نقض می کند، در حیطه مجوز یا مدارای عرفی^{۱۸} قرار می گیرد. تحمل رد جزئی محدودیت سرعت به میزان یک کیلومتر در ساعت در جایی که سرعت مجاز ۱۱۰ کیلومتر است، می تواند مصداق چنین مدارایی از سوی پلیس تلقی شود. همچنین در جایی که از امانت گیرنده کتاب از کتابخانه انتظار می رود که از هر گونه آسیب خودداری کند، می توان میان فردی که صفحه ای از کتاب را جدا می کند با کسی که زیر یک کلمه خط می کشد، تفاوتی بنیادین در نظر گرفت. برای نمونه، در پرونده ای در دادگاه فدرال آمریکا، دادگاه به این دلیل که تنها یک درصد از اجزای کالای ارسالی، در خارج از آمریکا

18. Customary license

این تعبیری است که در بند ۱ ماده ۱۲ قانون الگوی آمریکا از آن برای توضیح انگاره «قانون به امور جزئی نمی پردازد» استفاده شده است.

تولید شده بود، اعمال تعرفه از سوی اداره گمرک را ناعادلانه قلمداد کرد.^{۱۹} در این پرونده، دادگاه فدرال با این استدلال که هدف قانون مربوطه جلوگیری از ورود کالاهای غیرداخلی به کشور بوده است، مقرر داشت که یک درصد چنان ناچیز است که نمی‌تواند با هدف قانون مصوب همخوانی داشته باشد. این برداشت از «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد» در قانون الگوی^{۲۰} آمریکا، در بخش ۲۰۱۲ با نام جرائم خرد^{۲۱}، در بند ۱ و ۳ آمده است.^{۲۲} بر پایه این ماده پیشنهادی، در مصادیقی که رفتار مرتکب در داخل حیطه مجوز یا تحمل عرفی قرار می‌گیرد، و با هدف تعریف شده از قانون مجرمانه در ستیزه نیست، و یا در حالتی که آسیب پیش آمده نمی‌تواند به شیوه‌ای معقولانه با هدف قانون‌گذار در زمان قانون‌گذاری، متعارض باشد، دادگاه «باید» از ادامه رسیدگی به پرونده خودداری یا تعقیب کیفری را رد کند.^{۲۳}

در اینجا می‌توان به ویژگی کارکرد تفسیری انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد» اشاره کرد. مفسر نص قانون کیفری می‌تواند با فرض مفروض دانستن وجود نقیض قاعده فوق، چنین استدلال کند که قانون‌گذار در هر جرم‌انگاری، در واقع، از پیش به قابل توجه بودن جرم و تأثیر آن باور داشته و خود را از ذکر آن بی‌نیاز قلمداد کرده است. از همین رو، چنین نگاهی دادگاه‌ها را در بررسی هر رفتار مجرمانه موظف می‌داند تا اثرگذاری کافی جرم را احراز و در پی آن، اقدام به محکوم کردن متهم نمایند. برای نمونه، اگرچه ممکن است که اطلاق ماده ۶۸۸ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ بر هر گونه مجرمانه بودن ریختن «زباله در خیابان‌ها» دلالت نماید، می‌توان چنین استدلال کرد که شرط «قابل توجه بودن رفتار» از پیش در ضمیر قانون مستتر است و نمی‌توان پرتاب یک بطری آب معدنی خالی از پنجره ماشین را رفتاری مجرمانه و مستحق انگ محکومیت کیفری قلمداد کرد. مثال دیگر می‌تواند در رابطه با جرم رانندگی در حالت مستی باشد: هنگامی که فرد مست اقدام به انتقال خودرو از جلوی در منزلش به داخل پارکینگ می‌کند، در مقایسه با زمانی که از خودرو برای جابه‌جایی و تردد در سطح شهر بهره می‌برد. در واقع، در این جا فاصله دو رفتار چنان گسترده است که نمی‌توان

19. United States v. Alcan Aluminum Corp., 892 F. Supp. 648 (M.D. Pa. 1995)

20. Model Penal Code

21. De Minimis Infractions

۲۲. برای متن قانون پیشنهادی (نک: <https://www.law.upenn.edu/faculty/paul-robinson/clrgcodes/MPC.html>).

23. The Court shall dismiss a prosecution

آن‌ها را همسان و محکومیت هر دو فرد را عادلانه و مستند به یک قانون در نظر گرفت. به بیان بهتر، عدم محکومیت و سرزنش کیفری در این جا، علاوه بر شمی از عدالت شهودی، نیاز به مبنایی قانونی دارد، زیرا «حتی یک کودک نیز می‌داند که مجازات شدن برای یک تخلف کوچک، پذیرفتنی نیست» (Husak, 2011, p. 332).

اگرچه دفاع «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد» به صورت آشکار، نه در رویه و نه در قوانین ایران، یافت نمی‌شود، نشانه‌هایی از پذیرش آن در فقه و نیاز به آن در نظام عدالت کیفری قابل مشاهده است. برای نمونه، شرایط ثبوت حق الماره در فقه، نظیر جزئی بودن موضوع (میوه چیده شده) و به تکرار نبودن آن، می‌تواند نمونه سنتی و آشنای خوبی از جهت مقایسه و تطبیق موضوع باشد.^{۲۴} در همین راستا، مشهور فقهای شیعه، مجازات سرقت میوه از درخت را حتی بر فرض انقیاد آن در حرز، از شمول کیفر حدی خارج دانسته‌اند (حسین نژاد، ۱۳۹۹، ص ۷۳).^{۲۵} همچنین، چنان‌که اشاره شد، عناوین عدالت و استحقاق، از پررنگ‌ترین مبانی «منع رسیدگی به امر جزئی» است. دریافت‌هایی که استاد امیرناصر کاتوزیان، در مقالات و کتب متعدد خود درباره نیاز به عدالت و نقش فعال دادرس در تحقق آن دارد، می‌تواند انگیزه‌ای موجّه برای دکتترین و رویه حقوقی در تأسیس هنجارین این مفهوم باشد. آشکار است که در صورت تحقق چنین مسیری و با ظهور این مفهوم در متون قانون کیفری یا رویه قابل اتکا و معتبر، مسئله از صرف شهود عادلانه یا گاه دل‌خواهانه خارج می‌شود و به آن انضباطی ساختاری و قابل نقد و بحث می‌بخشد.

۲. ارزیابی کارکرد انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد»

انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد» کارکردهای متنوعی در نظام‌های عدالت کیفری دارد. پس از تبیین انگاره مزبور و مبانی آن، نوبت آن است که مشخص شود این قاعده در چه قالب‌هایی می‌تواند به حقوق و عدالت کیفری کمک کند. به نظر ما این قاعده را در مرحله پس از وقوع جرم^{۲۶} در مجموع می‌توان در چهار قالب حقوقی کلی گنجانند: نخست، به مثابه یکی از شرایط

۲۴. برای جنبه‌های متعدد حق الماره (نک: کلانتری، ۱۳۹۳).

۲۵. آشکار است که انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد» در صورتی می‌تواند به نظام کیفری ایران پیوند بخورد که تعارضی با جرائم حدی و منصوص شرعی نداشته باشد (نک: برهانی؛ لطفعلی‌زاده، ۱۴۰۲).

۲۶. چنان‌که در مقدمه تصریح شد، انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد» را می‌توان در مرحله جرم‌انگاری نیز قابل اعمال و اثرگذار دانست، اما تمرکز این مقاله ناظر به این مرحله نیست.

رکن مادی جرم؛ دوم، به عنوان یکی از موانع مسئولیت کیفری؛ سوم، در قالب یکی از معاذیر قانونی معافیت از کیفر؛ چهارم، در قالب یکی از موانع تعقیب کیفری. همچنین، افزون بر بررسی کارکردهای «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد»، مصادیق ظاهرشده آن در نظام‌های مختلف عدالت کیفری به بحث گذاشته می‌شود.^{۲۷}

۱-۲. دفاع ماهوی عدم تحقق جرم

انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد» را می‌توان به عنوان یکی از شرایط رکن مادی جرم در نظر گرفت و «مهم بودن» یا «ناچیز نبودن» را شرط تحقق جرم محسوب کرد. آن‌گاه هر جرمی که فاقد این شرط باشد، یعنی یا موضوعش ناچیز باشد یا رفتارش جزئی، رخ‌نداده تلقی کرد. در همین راستا و حتی اگر چنین قاعده‌ای در قانون جزایی تصریح نشده باشد، همچنان‌که در حقوق کیفری ایران این‌گونه است، چنانچه رویه قضایی و دکترین غالب حقوقی، اهمیت و یا حدی از شدت رفتار را شرط لازم برای تحقق هر نوع از جرم و با توجه به شرایط پیرامون و ماهیت رفتار مجرمانه در نظر بگیرد، انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد» می‌تواند در قامت سنجه‌ای تفسیری با اصل «تفسیر مضیق» قوانین کیفری همپوشان شود.^{۲۸} برای مثال، مطابق با ماده ۶۹۸ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی، نشر اکاذیب با قصد اضرار به غیر یا تشویش اذهان عمومی یا اذهان مقامات رسمی، جرم محسوب می‌شود، بدون این‌که شرط باشد که در عملی ضرری رخ دهد و اذهانی مشوش گردد (جرم مطلق). با این حال، آیا با نشر هر کذبی همراه با رکن روانی مقرر در قانون، جرم را واقع شده باید در نظر گرفت؟ به‌رغم این‌که قانون اطلاق دارد و جرم نیز مطلق است، پاسخ به این پرسش منفی است و محکومیت فردی که با علم به دروغ بودن و با سوءنیت، به دروغ بیان داشته که رنگ مورد علاقه او آبی کم‌رنگ است نه پررنگ، نه تنها معقول نمی‌نماید، بلکه ناعادلانه و موجب فکاهی به نظر می‌آید. بنابراین، تفسیر قضایی قاضی بسیار می‌تواند راهگشا و کمک‌کننده باشد.

۲۷. بی‌گمان استاد ناصر کاتوزیان از بلندآوازه‌ترین نام‌ها در عرصه گسترش عدالت در نظام حقوقی در ایران است. با این حال و برخلاف اقبال گسترده به این رویکرد، فقه شیعه، عدالت را در قامت سنجه‌ای اصولی در ارزیابی متون فقه به کار نیسته و اندیشمندان ایرانی نیز از دیرباز به مفهوم عدالت از چشم انداز امری سیاسی یا حقوقی نپرداخته‌اند. چنین رویکردی موجب شده است تا درک از انگاره عدالت در بهترین شرایط، شهودی و گاه دل‌خواهانه گردد که آن را به انگاره‌ای نسبی تقلیل و از حیطه گفت‌وگوی علمی خارج کرده است. برای مقاله استاد کاتوزیان درباره نسبت عدالت و حقوق بشر (نک: کاتوزیان، ۱۳۸۶).

۲۸. در این ارتباط و درباره تفسیر قضایی که ناچیز بودن موضوع یا شدت رفتار جرم را مانع تحقق جرم و وصف مجرمانه رفتار تلقی می‌کنند، می‌توان به رویکردی اشاره داشت که استاد می‌ری دلماس-مارتی از آن «جرم‌زدایی عملی» یاد می‌کند (نک: دلماس-مارتی، ۱۴۰۲).

قاضی کانادایی، والتر اسکات، در سال ۱۸۱۸ با رد امکان پذیرش «منع رسیدگی به امر جزئی» در قامت یک دفاع کلی، آن را دخالت در حیطه قانون‌گذاری دانست، ولی با پذیرش آن در معنای ابزاری تفسیری اعلام کرد که «دادگاه موظف به رعایت دقتی خشک در اجرای قوانین نیست... اگر رفتار تنها مسئله‌ای جزئی باشد و تأثیر کمی یا هیچ پیامدی، بر منافع عمومی نداشته باشد، ممکن است به درستی نادیده گرفته شود» (Ferguson, 2015, p. 269). نمونه دیگر در جایی است که مقدار مواد مخدر یافت شده آن قدر ناچیز است که کشف میزان آن جز از طریق آزمایش‌های پیچیده ممکن نخواهد بود. در همین خصوص، دادگاه فدرال آلبرتای کانادا، با این استدلال که دادستانی از دادگاه می‌خواهد تا وارد فرایندهای پیچیده‌ای برای کشف جرم شود که با اصل مضیق تفسیر قانون کیفری در تعارض است، با توجه به جزئی و بی‌اهمیت بودن جرم رخ داده، حکم به تبرئه متهم داد.^{۲۹} در واقع، در این پرونده، دادگاه با استناد به انگاره «منع رسیدگی به امر جزئی» چنین فرض کرد که پارلمان اساساً قصدی برای مجازات مقدار بسیار کم از مواد مخدر نداشته و بدین ترتیب، با «تعیین معنای واقعی مورد نظر مقنن»^{۳۰}، دامنه اطلاق قانون را مقید کرده است. همچنین، چنین برداشتی از کارکرد انگاره مورد بحث در بخش ۲۰۱۲ قانون الگوی آمریکا در بندهای ۱ و ۳ آن مقرر، در قامت سنج‌های تفسیری مورد بهره‌داری قرار گرفته است، بدین صورت که بند ۱ آن ماده پیشنهادی، با اتکا به اصل تفسیر مضیق، بنابر انگاره‌هایی نظیر مجوز و مدارای عرفی، رفتارهایی را که صراحتاً هدف قانون‌گذار را نقض نمی‌کنند، در دامنه مفهوم «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد» قرار داده است و بند ۳ مقرر پیشنهادی، با اشاره به مبانی تفسیر، دادگاه را موظف به کشف ذهنیت قانون‌گذار در زمان تصویب قانون مجرمانه مدنظر قلمداد کرده، تا از این طریق، میان آسیب پیش‌آمده و قصد مقنن در کیفر دادن به جرائم خرد، ارزیابی نماید.

با این حال، تفسیر رقیب ممکن است چنین بگوید که قانون‌گذار در زمان تصویب قانون، از اساس به این ایده در قامت قاعده‌ای که نباید هر رفتاری را مستحق محکومیت دانست، توجه داشته و آنچه در قانون آمده، در واقع، رد شدن از آستانه مدارا یا مجوز عرفی است و ارتکاب رفتاری که مصیب به منع قانون کیفری باشد، در هر صورت مستحق محکومیت و مجازات است و تنها در مرحله صدور حکم می‌توان با توسل به سایر ابزارآلات قانونی، قائل به تخفیف

29. <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/2016/index.do>

30. <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/1280/index.do>

یا تعلیق مجازات شد. برای نمونه، در وضعیتی که قانون‌گذار برای مبلغ خاصی از رشوه، قائل به تشدید مجازات شده است، آیا می‌توان به این دلیل که مرتکب صرفاً ۱۰۰۰ تومان از مرز تشدید عبور کرده، او را از محکومیت اشد معاف دانست؟ آیا می‌توان با این استدلال که تازه غروب شده است، سرقت را عادی قلمداد کرد؟ اگرچه بی‌گمان پاسخ به پرسش‌های مطروحه منفی است، ولی این چشم‌انداز، قابل نقد جدی است.

در مثال‌های پیشینی، در واقع، قانون‌گذار صراحتاً مرز کمینه و بیشینه بودن تخلف را بیان کرده است. از طرف دیگر، آشکار است که قانون‌گذار، به‌ویژه در جرائمی که از اصول اخلاق باوری کیفری یا کمال‌گرایی در جرم‌انگاری پیروی می‌کند، غالباً خود را مقید به رعایت اصل «منع رسیدگی به امر جزئی» نکرده است. حتی در سایر جرائم نیز همگان می‌دانند که دادسراها نه مایل و نه توانا بر تعقیب همه جرائم خرد مبتنی بر ضررند و شکات نیز در بیشتر مواقع جز در مواردی که قاصد بر احیای منفعتی درخور باشند، از تعقیب مرتکبان خودداری می‌کنند. برای نمونه، قوانین مرتبط با سرقت، عام و مطلق است و قانون تنها برای سرقت حدی نصاب (به حکم بند چ ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی چهارونیم نخود طلای مسکوک) تعیین کرده و کمتر از آن را سرقت تعزیری محسوب کرده است. همین‌طور است جرم ارتشاء مقرر در قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ که مجازات مرتکب بر پایه میزان مال یا وجه دریافت شده، متغیر در نظر گرفته شده است. شاید جدیدترین مقررۀ قانونی مرتبط را بتوان جرم تخریب موضوع ماده ۶۷۷ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی دانست که به موجب قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹ بین وضعیتی که مال مورد تخریب نسبتاً کم و خفیف بوده (ده میلیون تومان) در برابر موردی که مال و میزان خسارت مهم بوده، تمایز قائل شده است، بدین ترتیب که مرتکب را در فرض نخست، تنها به پرداخت جزای نقدی نسبی معادل دو برابر خسارت وارده (جزای نقدی درجه ۷) قابل کیفر دانسته و در واقع، سیاست حبس‌زدایی/کیفرزدایی را پیش گرفته در فرض دوم، او را با کیفر شدیدتر حبس سه تا هجده ماه (حبس درجه ۶) قابل سرزنش محسوب کرده است. با وجود این، مسئله این است که برای مثال، اگر کارمندی از خودروی در اختیار، برای طی مسافتی کمتر از صد متر و برای برآورد نیاز همسرش استفاده کند، اگرچه می‌توان او را ذیل اطلاق ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی مسئول تلقی کرد، فهمی شهودی از عدالت به ما می‌گوید که حتی

در صورت انطباق قانونی، مسئولیت کیفری و محاکمه و مجازات او معقول نمی‌نماید و گویی دادگستری به درستی عمل نکرده است.

نکته دیگر، چالش شیوه ارزیابی نوع و اندازه خرد بودن جرم، یا عبور رفتار از آستانه تحمل یا مدارای عرفی است. به بیان دیگر، نمی‌توان از قانون‌گذار انتظار داشت که در هر جرم، آستانه قانونی را تعریف کند و یا آن‌که سنجه‌ای کلی برای ارزیابی کمینه تحمل عرفی برای همه جرائم ارائه دهد. غلبه بر این چالش، اگرچه انحصار به «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد» ندارد و در بسیاری از جرائم دیگر، مانند ارتکاب رفتار علیه عفت عمومی نیز قابل مشاهده است، نیازمند بررسی جزئی و در هر پرونده است. به بیان بهتر، دادگاه‌ها و قوانین نمی‌توانند برای یک جرم مشخص و در همه جا آستانه‌ای مشخص برای «جزئی» قلمداد نشدن رفتار تعیین نمایند، زیرا این موضوع به شرایط پیرامون جرم ارتكابی وابسته است. چنین وظیفه‌ای در کشورهای کامن‌لا، بر شانه‌های نهاد هیئت منصفه بار شده است و از آن‌جا که شیوه انتخاب، تشکیل و ترکیب این هیئت در آن کشورها، اتفاقی و برابندی از جامعه تلقی می‌گردد، می‌توان چنین فرض کرد که این روش، شیوه‌ای معقول برای اصطیاد مدارا یا تحمل عرفی، برای عبور از مرز «جزئی» بودن تلقی می‌گردد.^{۳۱} در ایران نیز، و در قامت توصیه‌ای هنجارین می‌توان فرض کرد که چنین نگاهی به هیئت منصفه، به عنوان هیئتی که صرفاً در مصادیق ارجاع موضوع به عرف، اظهار نظر می‌کند، نه تنها با مبانی شرعی منافاتی ندارد، بلکه با قصد نویسندگان قانون اساسی در مجلس خبرگان نیز منطبق است.^{۳۲}

۲-۲. دفاع ماهوی مانع مسئولیت کیفری

یک قالب مهم برای «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد»، تلقی آن به عنوان یک دفاع ماهوی مستقل در کنار دیگر دفاعیات عام و خاص در حقوق کیفری مانند دفاع مشروع و اضطرار و رضایت است؛ با این توضیح که وقتی فردی رفتاری مرتکب می‌شود که واجد شرایط قانونی جرم است، مانند دزدیدن یک آدماس خروس نشان یا یک قرص نان، گرچه جرم به لحاظ قانونی رخ داده،

۳۱. یکی از کارکردهای هیئت منصفه تبریته متهمانی دانسته شده است که به دلیل ارتکاب رفتارهای جزئی، داخل در فرایند تعقیب کیفری شده‌اند. بنابر ارزیابی آرای اصداری از سوی این نهاد، دو کارکرد اصلی هیئت منصفه آمریکایی، عبارت دانسته شده‌اند از دستیابی به فهم مشترک عمومی (Common Sense) و تعدیل ساختارهای خشک حقوقی. طبق اطلاعات جمع‌آوری شده، در ۱۹ درصد موارد، هیئت منصفه آمریکایی مایل به تبریته متهمانی است که قضات باور داشتند بنابر نص قانون کیفری، مستحق محکومیت‌اند (Kalven & Zeisel, 1967).

۳۲. در مجلس خبرگان قانون اساسی، شهید بهشتی در پاسخ به انتقادات درباره غیرشرعی بودن نهاد هیئت منصفه، جایگاه آن را کارشناسی و رجوع به متخصص قلمداد کرد. به نظر می‌رسد جز عوام، کسی برای فهم عامه از مفاهیم، تخصص ندارد.

متهم می‌تواند با استناد به ناچیز بودن موضوع یا رفتار، از خود دفاع و از مسئولیت کیفری رها گردد، که البته این امر منوط به پذیرش چنین دفاعی در قانون کیفری است. تبریئه کامل و پذیرش انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد»، در واقع گسترده‌ترین تفسیر از این مفهوم و دریافت کارکرد آن در قامت یکی از عوامل موجهه جرم محسوب می‌شود. این نگاه که اغلب، فلاسفه حقوق کیفری آن را پشتیبانی کرده‌اند، با تکیه بر انگاره‌هایی مانند مسئولیت کیفری، و تناظر جرم و دفاع، به بررسی تحلیلی معانی هر یک از مفاهیم پیش‌گفته پرداخته و در نهایت، بنابر وضع مقدماتی استدلالی، در پی تأسیس دفاعی ماهوی از «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد»، در کنار سایر دفاعیات موجهه یا روایش‌گر جرم، همچون دفاع مشروع است (Husak, 2011, p. 328). در همین راستا، به نظر می‌رسد که در میان نظام‌های عدالت کیفری جهان، صرفاً قانون کیفری الگوی ایالات متحده آمریکا، در بند دوم مقرر ۲۰۱۲ از چنین مفهومی از «منع رسیدگی به امر جزئی» پیروی کرده که تنها از سوی پنج ایالت آمریکایی مورد پذیرش قرار گرفته است (Duff, 2023, p. 57). بنابر این مقرر، چنانچه رفتار متهم «واقعاً موجب آسیب یا شر مورد نظر قانون تعریف‌کننده جرم یا تهدید جدی به وقوع آن نشده باشد یا اگر چنین کرده تنها به میزانی بسیار جزئی بوده که محکومیت و سرزنش ناشی از آن را توجیه نمی‌کند»، دادگاه می‌بایست تعقیب کیفری را رد کند.

این چشم‌انداز، از منظر هنجارین یا تجویزی می‌کوشد تا با تدقیق مرزهای انگاره‌های جرم و دفاع، نشان دهد که چگونه هر کدام از تئوری‌های ارائه‌شده درباره ماهیت رفتار مجرمانه می‌تواند به جانمایی متفاوت «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد» منجر شود. اگر جرم را رفتاری بدانیم که هنجار اخلاقی منسجم^{۳۳} و مورد وفاقی را نقض می‌کند (Fletcher, 2000, p. 562)، هر نوع سرقتی لاجرم در دامنه رفتار غیرقانونی گنجانده می‌شود و می‌توان بنابر جزئی یا خرد بودن، قائل به کارکرد دفاعی «منع رسیدگی به امر جزئی» شد. با این حال، وفاق اخلاقی درباره همه جرائم وجود ندارد و رویکردهای مختلف جرم‌انگاری از هنجارهای متفاوت اخلاقی گواهی می‌دهند. در همین راستا، در صورتی که مرتکب، مقدار کمی هروئین پخش شده بر روی فرش داشته باشد، حسب مورد، بنابر اصول مختلف پدرسالاری کیفری، اصل ضرر جرم‌انگاری و کیفر برخاسته از آن، «منع رسیدگی به امر جزئی» می‌تواند در دامنه جرم یا انتفای هر گونه رفتار مجرمانه قرار گیرد. چنین تناقضاتی درباره جرائمی با محتوای مناقشه‌برانگیزتر، نظیر قانون

33. A Morally Coherent Norm

کپی‌رایت یا جرائم منفی عفت تشدید نیز می‌شود. نگاه دیگر کوشیده تا مسئولیت کیفری را از حالت مطلق یا ۱-۰ بودن آن خارج کند و بر این اساس، درون‌مایه‌ای روایش‌گر به انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد» بخشد. از این منظر، اگرچه رفتار زمانی موجه می‌شود که مباح یا مجاز باشد، گاه به اندازه کافی غیرمجاز^{۳۴} نیست که منجر به ثبوت مسئولیت کیفری شود (Husak, 2011, p. 345). در واقع، در این ایده، میزان مشخصی از آسیب، ضرر یا تهدید جدی به انجام آن و تعریف آستانه‌ای عرفی برای مسئول قلمداد شدن متهم ضروری قلمداد می‌گردد، و در غیر این صورت، اگرچه رفتار مرتکب، نه کاملاً مجاز، شبه‌مجاز^{۳۵} تلقی خواهد شد (Husak, 2011, p. 346) و بر اساس این رویکرد، از آن‌جا که انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد» به رفتار مرتکب می‌پردازد و با وضعیت ذهنی مرتکب یا شیوه دادرسی و رعایت قواعد آیین دادرسی کیفری سروکار ندارد، نمی‌تواند ذیل عناوینی مانند عوامل شخصی مانع مسئولیت کیفری^{۳۶} یا دفاعیات آیینی و شکلی طبقه‌بندی گردد.

ملاحظات هنجاری^{۳۷} که از روایش‌گر و توجیه‌کننده بودن کارکرد «منع رسیدگی به امر جزئی» پشتیبانی می‌کنند، صرف عدم مجازات مرتکب در صورت ارتکاب جرم ناچیز را کافی نمی‌دانند و در پی تبریئه کامل متهم‌اند. این ملاحظات که توأمان فایده‌باورانه و مبتنی بر استحقاق است، بر این باور است که محاکمه متهم در چنین شرایطی، خود شری بزرگ‌تر از جرم ارتكابی است، زیرا فرایند دادرسی کیفری و محکومیت برخاسته از آن، حتی در فرض انتفای مجازات به هر طریقی، برچسبی نامنصفانه^{۳۸} است که نمی‌تواند برخلاف جرم ارتكابی، ناچیز، خرد یا اندک تلقی شود. بنابراین، نه هر رفتاری، بلکه صرفاً رفتارهایی که از آستانه تحمل عرفی عبور می‌کنند، شایسته انگ مجرمانه تلقی می‌شوند. در همین راستا، هوساک با

34. Not Sufficiently Wrongful

35. Relatively Close to Being Permissible

۳۴. در حالی که عوامل موجهه جرم، قواعدی رفتاری (Conduct Rules) هستند که از قابلیت محاسبه‌گری پیش از ارتکاب رفتار برخوردارند (Ex Ante)، عوامل رافع مسئولیت کیفری، با امر قضاوت و تشخیص کارشناسی (Rules of Adjudication)، در حالت پس‌ازرتکاب جرم (Ex Post) پیوسته‌اند. برای نمونه، مدعی دفاع مشروع، می‌تواند و البته استحقاق دارد که پیش از انجام رفتار انتسابی، به عواقب و سبک‌وسنگین کردن منافع و آسیب‌های مستند به کنش خویش پردازد، درحالی‌که فرد مجنون به دلیل وضعیت ذهنی‌اش خارج از این محدوده قلمداد می‌گردد.

۳۷. در این‌جا منظور از ملاحظات هنجاری (Normative Considerations) اصولی اخلاقی است که به منصفانه و عادلانه بودن قوانین و سیاست‌های کیفری نگاه می‌کند.

38. Unfair Labeling

استناد به اصل تناسب^{۳۹} می‌کوشد تا درون‌مایه این انگاره را از تناظر میان جرم و مجازات فراتر برده و پیوستگی نوینی را میان جرم و محکومیت برقرار سازد. به باور او، «وقتی که رفتار ارتكابی کاملاً جزئی و ناچیز است، هیچ نوع تنبیه کیفری، حتی مجازات تعلیقی، نمی‌تواند متناسب با آن باشد» (Husak, 2011, p. 351) و در چنین شرایطی، به دلیل پیامدهای ناگوار برخاسته از فرایند دادرسی کیفری و هر شکل از محکومیت کیفری، بهترین واکنش و راه حل موجود، اعطای ویژگی ای تبریته‌گر به انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد» و پذیرش آن در قامت یک دفاع ماهوی است.

بر فرض پذیرش چنین دفاعی، مسئله این است که ماهیت آن را باید از دسته عوامل رافع مسئولیت کیفری دانست یا موجهه. از یک سو، عذر و عامل رافع دانستن این انگاره پیامدهای حقوقی ناموجه در پی خواهد داشت، چراکه پذیرفتنی نیست که مرتکب اصلی را با استناد به این دفاع فاقد مسئولیت دانست و او را معاف کرد، ولی معاون او را مسئول قلمداد و محکوم کرد. از سوی دیگر، چنانچه آن را در دسته عوامل توجیه‌کننده قرار داد، به این معنا خواهد بود که مرتکب نه تنها مسئولیت کیفری ندارد، بلکه رفتارش موجه و حتی مورد تأیید و تحسین است، همچنان‌که در دفاع مشروع، مدافع نه تنها سرزنش و تنبیه نمی‌شود، بلکه تحسین نیز می‌گردد و حتی در فقه شیعه، سوابقی از وجوب دفاع مشروع از نفس به چشم می‌خورد. حال آن‌که اساساً چنین هدفی برای عدم محاکمه و مجازات فردی که مثلاً دست به ارتکاب سرقت یک آدمس می‌زند، مدنظر نیست، وگرنه عملاً به تشویق و ترغیب شهروندان به ارتکاب چنین جرائمی منجر خواهد شد. در هر صورت، باید گفت که پذیرش «منع رسیدگی به امر جزئی» با هر کارکردی استثنای پذیر است، از جمله عدم امکان پذیرش و اعمال آن در خصوص مجرمان سابقه دار، به عادت، یا مرتکبانی که ذیل عناوین تکرار و حتی تعدد جرم محاکمه می‌شوند.

۲-۳. دفاع معافیت از مجازات

برخی نظام‌های عدالت کیفری در برابر جرائم جزئی به جای توقف فرایند رسیدگی، رفع مطلق اتهامات^{۴۰} یا معافیت از مجازات را پیش‌بینی کرده‌اند. برای نمونه، قاضی گورمن،^{۴۱} «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد» را نوعی پاداش قلمداد می‌کند و رفع مطلق اتهامات از بزهدار را پاسخ بهتری در

39. Principle of Proportionality

40. Absolute Discharges

41. Gorman

مقایسه با توقف و منع فرایند رسیدگی یا احتمالاً تبرئه در نظر می‌گیرد. در همین باره، بند ۱ بخش ۷۳۰ قانون مجازات کانادا^{۴۲}، در جایی که متهم به اتهام انتسابی اقرار می‌کند یا دادگاه بزهکاری او را احراز می‌نماید، اجازه می‌دهد تا دادرس کیفری، با تحصیل شرایطی، محکوم را از همه اتهامات مرخص سازد. از این رو، به باور گورمن، «دسترسی به چنین حکمی، اجتناب از تحمیل هر گونه مجازاتی را فراهم می‌آورد و در نتیجه، به همان هدف دفاع «منع رسیدگی به امر جزئی» خدمت می‌کند» (Fehr, 2021, p. 12).

کارکرد دیگر انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد»، آن را در قامت ابزاری برای جلوگیری از مجازات‌های بی‌دلیل یا غیرمنعطف در نظر می‌گیرد و از این رو ترجیح می‌دهد تا با اندراج شرایطی در قوانین شکلی و ماهوی کیفری، به دادرس کیفری اجازه دهد تا با احراز ویژگی‌هایی، حکم به معافیت مجرم از مجازات دهد. در واقع، از این نگاه، مرتکب اگرچه بار محکومیت کیفری را به دوش می‌کشد، به دلیل جزئی بودن رفتار، به طور مطلق از مجازات معاف می‌شود. برای نمونه، ماده ۱۳۱ مکرر قانون مجازات ایتالیا^{۴۳} این اجازه را به دادگاه می‌دهد تا با توجه به شدت جرم و شرایط بزهکار، وی را از کیفر قانونی به طور کامل معاف سازد.^{۴۴} با این حال، مشخص است که مبانی اصلی انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد»، نه در پی معافیت از مجازات یا حتی توقف دادرسی کیفری رأساً از سوی مقامات، بلکه به دنبال تأسیس یک دفاع مستقل از متهم در برابر هر گونه تعقیب کیفری است. به بیان بهتر، با توجه به فشاری که هر گونه تعقیب کیفری به شهروندان وارد می‌آورد، «منع رسیدگی به امر جزئی» به دستگاه‌های عدالت کیفری هشدار می‌دهد تا آغاز و ادامه این فرایند تنها در شرایطی جایز است که نوعی از توازن میان رفتار ارتكابی و اصل تعقیب کیفری موجود باشد و به پیامد، این استحقاق را برای متهم قائل می‌شود تا این فرایند آغاز شده از سوی دستگاه قضایی را همواره به چالش بکشد. بنابراین، حتی در مصداق رفع مطلق اتهامات، نویسندگان حقوق کیفری هشدار داده‌اند که چنین تصمیمی، بنابر نص ماده ۷۳۰ قانون مجازات کانادا، پس از احراز مجرمیت است و همچنان می‌تواند پیامدهایی مستقیم یا غیرمستقیم بر سرنوشت حقوقی یا زیست اجتماعی متهم داشته باشد (Fehr, 2021, p.14). به علاوه، سیاق تنظیم قوانین مرتبط با کارکردهای انگاره «منع رسیدگی به امر جزئی»، اغلب طیف گسترده‌ای از جرائم

42. See: Criminal Code (justice.gc.ca)

43. Codice Penale

44. https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaArticolo?art.versione

بسیار خرد تا بزرگ را در بر می‌گیرند. برای نمونه، مقررۀ مربوط به قانون مجازات کانادا، بزه‌های با حداکثر حبس ۱۴ سال را نیز در شرایطی، در پوشش خود قرار می‌دهد و در ایتالیا تا حبس ۵ سال در سیطرۀ اختیار بر معافیت از مجازات مستقر می‌شود. این در حالی است که تفسیری دقیق از انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد» مشتاق است تا رفتارهایی بسیار خرد و با پیامدهای ناچیز را از اساس از سیطرۀ هر نوع از محکومیت یا معافیت از مجازات خارج نماید تا متهم از هر گونه سرزنش کیفری رهایی یابد.

در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، در دو ماده به امکان «ساقط شدن» مجازات و «معافیت از کیفر» اشاره شده است. ماده ۳۹ قانون مجازات اسلامی، با تمرکز بر ایده اصلاح‌گر کیفر، در جرائم ۷ و ۸ تعزیری، با پذیرش شرایطی، به دادگاه اجازه داده تا پس از احراز مجرمیت، محکوم را از تحمل مجازات معاف نماید.^{۴۵} همچنین در ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی، در بخش توبه، قانون با سیاق و لحنی که نوعی از الزام و پیامد وضعی توبه را متبادر به ذهن می‌نماید، از سقوط مجازات متهم توبه‌گر درباره جرائم تعزیری درجه شش و هفت و هشت سخن گفته است.^{۴۶} صرف نظر از تفاوت‌های موجود میان پذیرش انگاره دفاع «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد» و ایده‌هایی نظیر معافیت یا سقوط کیفر، قانون‌گذار ایران در مواد یادشده، به اندک بودن آسیب برخاسته از جرم، یا موضوعیت داشتن این ویژگی پرداخته، بلکه در مواد جداگانه، اصلاح مرتکب و یا ثبوت عنوان توبه را شرط ضروری تحقق مجرای قوانین پیش‌گفته قلمداد کرده است.

۲-۴. دفاع آیینی منع رسیدگی

رویکرد متفاوتی که از نظر حقوقی می‌توان تعریف کرد، پذیرش انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد» به عنوان یکی از موانع تعقیب کیفری است. در این صورت، این قاعده در قالب یک دفاع آیینی و شکلی نمایان خواهد گشت که برخلاف موارد پیش‌گفته که ناظر به عدم تحقق جرم و عدم تحقق مسئولیت کیفری بود، به موضوع از زاویۀ اصول دادرسی می‌نگرد و تعقیب و رسیدگی کیفری به امور جزئی را ناموجه دانسته و منع می‌کند. درست بر پایه چنین نگاهی، معادل

۴۵. به نظر می‌رسد که با توجه به عدم تفکیک مرحلۀ محکومیت و تصمیم‌گیری درباره کیفیت و کمیت مجازات، دادگاه می‌بایست ضمن تصمیم در خصوص میزان کیفر، حکم به معافیت متهم از تحمل مجازات صادر نماید. چنین برداشتی از قانون از واژه معافیت از کیفر سازگارتر نیز می‌نماید.

۴۶. به نظر می‌رسد حسب مفهوم شرعی توبه و با توجه به سیاق کلام قانون‌گذار در کاربرد واژه سقوط، دادگاه در صورت احراز توبه، نمی‌تواند حکم به مجازات صادر نماید. همچنین مطابق رأی وحدت رویه شماره ۸۱۳-۱۴۰۰/۵/۱۹ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، حکم ماده ۱۱۵ تنها تا پیش از قطعیت حکم حاکمیت دارد (میرمحمدصادقی، ۱۴۰۱، ص ۲۶۴).

«منع رسیدگی به امور جزئی» را پیشنهاد دادیم و به نظر ما این دیدگاه بیش از هر قالب دیگری، با مبانی و اهداف اصلی انگاره موضوع بحث همسو و از نظر عملی نیز مؤثرتر و راهگشاستر است. در همین ارتباط گفتنی است که در نظام‌های حقوقی کامن لایی، انگاره‌ای با نام «سوءاستفاده از فرایند دادرسی»^{۴۷} وجود دارد که بر پایه آن، تعقیب دل‌بخواهی متهمان که فرایند آن «منجر به بی‌عدالتی در دادرسی شود» یا اقداماتی که مبتنی بر «انگیزه نامناسب» باشد، ممنوع است (Coughlan, 2018, p. 275). درباره ویژگی‌ها و عناصر تشکیل‌دهنده این مفهوم، به یک فرایند کیفری نامعقول همراه با سوءنیت از سوی مقام تعقیب اشاره می‌کنند که صرف‌نظر از ساختار قانونی و نتیجه دادرسی، می‌تواند به بهره‌برداری غیرمنصفانه از چهارچوب‌های آیین دادرسی کیفری منجر شود (Bretz, 1971, p. 403). بنابراین، در حالی که ممکن است اقدامات کیفری صورت‌گرفته ظاهری قانونی داشته باشد، نحوه تعقیب و کاربست ابزارها و شیوه‌های آیین دادرسی کیفری، به آن جنبه‌ای ناعادلانه می‌بخشد.

برخی متفکران میان دو مفهوم «منع رسیدگی به امر جزئی» و «سوءاستفاده از فرایند دادرسی» همپوشانی قائل شده و گفته‌اند که در صورت وجود هر یک از این دو مفهوم در ساختار عدالت کیفری، نیازی به دیگری نیست (Coughlan, 2018, p. 274). دادگاه‌ها اغلب زمانی به این دفاع آیینی یا شکلی^{۴۸} در قامت سنجه‌ای برای ارزیابی سلامت فرایند دادرسی استناد می‌کنند که نتیجه بگیرند در صورت فقدان سوءاستفاده از قانون، متهم یا شاکی از آنچه به آن تن داده، سر باز می‌زند یا تصمیم قضایی با کیفیت گوناگونی اتخاذ می‌شده است (Bretz, 1971, p. 403). از جمله مصادیق پراستناد در این باره، طولانی شدن بیش از حد فرایند دادرسی، تلاش برای در بازداشت ماندن بیش از حد متهم، عدم رعایت تناسب میان جرم رخ داده و اقدامات دادستانی^{۴۹} و یا در موارد شدیدتر، انتقال متهم به جایی است که دستور قضایی اقتضا ندارد.^{۵۰} در این باره و برای نمونه، دادگاهی در کانادا تأخیر دادستانی در پیگیری پرونده در دادگاه پس از دو سال را با توجه به غیر قابل اندازه‌گیری بودن ضرر پیش‌آمده از سوی متهم و امکان اختلال

47. Abuse of Process

لازم به توضیح است که دو انگاره سوءاستفاده از فرایند دادرسی (Abuse of Process) و (Malicious Prosecution) اگرچه بنابر ظریفی، با یکدیگر تفاوت دارند، ولی از بسیاری جهات با یکدیگر همپوشان‌اند تا جایی که بعضی از حقوق‌دانان غربی، آن دو را به یک معنا به کار گرفته‌اند (Bretz, 1971, p. 401-408).

48. Procedural Defense

49. <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2013/2013scc72/2013scc72.html>

50. McGann v. Allen, 105 Conn. Rpts. 177, 134 A. 810 (1926)

در شهادت شهود، نامنصفانه تشخیص داد و حکم به توقف فرایند قضایی نمود (Inest, 2006, p. 948). بنابراین، به نظر می‌رسد که دادگاه‌ها در کاربرد این جنبه از «منع رسیدگی به امر جزئی»، بر نوعی از تعادل انعکاسی^{۵۱}، یعنی برقراری توازن میان اصول کلی حقوق کیفری و قضاوت انضمامی تمرکز می‌کنند. در واقع، در انگاره‌هایی تا حدی همپوشان، نظیر «منع رسیدگی به امر جزئی» و «سوءاستفاده از فرایند دادرسی»، نظام‌های عدالت کیفری می‌کوشند تا میان «لکه ننگی» که بر زندگی محکوم، اثری «واپس‌گرا» دارد و او را در حیطه‌های مختلفی مانند «انتخاب شغل، سفر و تحصیل دچار آشفتگی می‌سازد»^{۵۲} با چشم‌پوشی از تعقیب، محاکمه و محکومیت، نوعی توازن و مصلحت‌سنجی برقرار سازند. این مصلحت‌سنجی نه تنها از چشم‌انداز هزینه-فایده روایش می‌شود، بلکه از منظر استحقاق و اصل تناسب نیز قابل پشتیبانی است.

این چشم‌انداز به انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد»، در واقع، آن را در قامتی دفاعی به کار می‌برد که بیش از آن‌که به رفتار یا وضعیت ذهنی مرتکب پردازد، بر مسئولیت اخلاقی دولت در دادرسی کیفری تمرکز می‌کند. به بیانی آشکارتر، می‌توان مدعی شد که اجماعی شهودی وجود دارد که بیشتر تخلفات و جرائم خرد، چه از سوی شکات و چه از سوی نهاد دادرسی، تعقیب نمی‌شوند. ما به ندرت شنیده‌ایم که کارفرما یا دولت از کارگر یا کارمند خود به دلیل برداشتن یک خودکار از محل کار، شکایت کیفری نماید. با این حال، می‌دانیم که گاه پرونده‌هایی با آسیب‌های بسیار جزئی در محاکم کیفری طرح می‌شوند و از آن‌جا که اطلاق نصوص قانونی، آن رفتارها را جرم قلمداد می‌کند، دادگاه‌ها نیز با وجود کم‌اهمیت بودن پیامد رفتار ارتكابی با هدف محافظت شده از سوی قانون‌گذار کیفری، اقدام به محکومیت و مجازات متهم کرده‌اند.^{۵۳} در چنین موقعیت‌هایی، تعقیب و محکومیت کیفری می‌تواند کاربردی دل‌بخواهی پیدا کند. انگاره «منع رسیدگی به امر جزئی» در پی آن است که با گسترش مفهوم منع سوءاستفاده از قدرت تعقیب کیفری، نکته‌ای اخلاقی درباره شیوه رفتار دستگاه قضایی را یادآوری نماید. این نکته می‌تواند بدین ترتیب صورت‌بندی شود که اساساً تعقیب شهروندان از سوی دولت به دلیل ارتكاب جرائم بسیار خرد و بدون پیامد، اخلاقاً روا نیست.

51. Reflective Justice

52. R. v. Malmö-Levine; R. v. Caine, 2003 SCC 74 (CanLII), [2003] 3 SCR 571

۵۳. برای نمونه، در پرونده‌ای، دادسرا برای دزدیدن دو قوطی روغن نباتی، برای متهم قرار جلب به دادرسی صادر کرده است (نک: <https://vokalapress.ir>).

روشن است که ناروایی این اقدام نظام عدالت کیفری، اگرچه منوط به احراز اندک بودن موضوع یا شدت رفتار مجرمانه است، صرفاً مشروط به آن نیست. در واقع، همان‌گونه که پیش‌تر اشاره شد، خرد بودن رفتار ارتكابی متهم، گاه در پرتو کلیت رفتار او مورد سنجش قرار می‌گیرد. در این خصوص نیز طبیعی است در جایی که دولت با جرائم کلان و سازمان‌یافته درگیر باشد، تعقیب و کیفردهی متهمان خرد، با درک شهودی ما از عدالت ناسازگار خواهد بود، به‌ویژه که جرائم خرد اغلب از سوی افراد طبقه پایین و فقیر جامعه رخ می‌دهد و بر اساس دیدگاه‌های انتقادی گوناگونی، تعقیب و مجازات آن‌ها در ذات خود تبعیض‌آمیز و ناعادلانه می‌نماید و به تعبیری، مجازات فقر است و هنگامی که توجه مقامات پلیسی و قضایی بر این دسته از مجرمان متمرکز می‌شود، مجرمان دانه درشت و یقه‌سفید فرصت گریز بیشتری از عدالت می‌یابند (New-bum, 2017, p. 388؛ نیز: اوبرین؛ یار، ۱۴۰۱، ص ۶۸-۷۴). معمولاً مجرمان جرائم خرد از امکانات کمتری برای دفاع از خود، از جمله استخدام وکیل، برخوردارند و بدین سان، بیشتر ممکن است در معرض بی‌عدالتی قرار گیرند (امیدی و همکاران، ۱۳۹۷).

در نظام‌های عدالت کیفری در اروپا، اغلب مقررۀ ماده ۱۵۳ قانون آیین دادرسی کیفری آلمان^{۵۴}، در قامت انگاره «منع رسیدگی به امر جزئی» و «سوءاستفاده از فرایند دادرسی» مورد استناد قرار می‌گیرد. این ماده با عنوان «انصراف از تعقیب در موارد جرائم خفیف»^{۵۵}، اختیاری بیشتر به دادستان می‌دهد تا درباره جرائم خفیف با «رضایت دادگاه» از تعقیب انصراف دهد. همچنین در ادامه ماده ذکر شده است که تصمیم دادگاه قطعی و از سوی متهم غیر قابل اعتراض است. آشکار است که در ماده مذکور، «منع رسیدگی به امر جزئی» بیش از آن‌که در قامت یک دفاع تلقی شود، انگاره‌ای است که از سوی دادستان قابلیت طرح دارد و پیامد آن، نه تبرئه یا معافیت از مجازات، بلکه توقف فرایند دادرسی است و بدین سان، نیازی به درخواست آن از سوی متهم یا موافقت او نیست. این در حالی است که بنابر ماده ۱۵۶ قانون آیین دادرسی کیفری آلمان، فرایند دادرسی پس از آغاز نمی‌تواند با صلاحدید مقام تعقیب رأساً خاتمه یابد.^{۵۶} این چشم‌انداز، با سلب ماهیت دفاع‌گونه «منع رسیدگی به امر جزئی» و منع

54. Strafprozessordnung

55. Absehen von der Verfolgung bei Geringfügigkeit

برای ترجمه رسمی انگلیسی (نک: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html) و برای زبان اصلی (نک: https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/_153.html)

۵۶. ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری، در صورتی که فردی دیگر با ارائه گزارش غیرواقعی (Untrue) منجر به تعقیب کیفری

«سوءاستفاده از فرایند دادرسی»، در واقع، نوعی پیوند حقوقی توأم با بازسازی معنای بیگانه بر اساس ساختار نظام داخلی محسوب می‌شود؛ رویه‌ای که نظام عدالت کیفری آلمان در برابر نهادهای دیگری از جمله معامله اتهام و هیئت منصفه نیز به کار گرفته است.^{۵۷}

به نظر، صدور قرار «بایگانی پرونده» و «تعلیق تعقیب» موضوع مواد ۸۰ و ۸۱ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و اصلاحات ۱۳۹۴ که دربرگیرنده اختیاراتی گسترده برای نهاد دادستانی می‌باشد، تا اندازه‌ای همتای رویکرد حقوق کیفری در آلمان شمرده می‌شود. در واقع، هر دو مقررۀ یادشده، به مقام تعقیب اجازه می‌دهد تا در قبال جرائم کم‌اهمیت، متهم را به شیوه‌ای از درگیر شدن در فرایند زمان‌بر و سرکوبگر دادرسی کیفری، در امان نگاه دارد.^{۵۸} با این حال، در قوانین دادرسی کیفری ایران، انگاره امکان سوءاستفاده دادستانی از فرایند کیفری و تفاسیر دل‌بخوانانه از قواعد کیفری با نیت تحصیل پیامد مطلوب، مورد اشاره قرار نگرفته است. این در حالی است که برخی مقررات مربوط به بازداشت موقت و پذیرش قرارهای تأمین کیفری در کنار قرارهایی مانند منع دسترسی به پرونده از سوی طرفین دادرسی کیفری، قابلیت ظهور انگاره سوءاستفاده از قدرت تعقیب را ممکن می‌سازد. بنابراین، در حالی که بنیاد کارکرد «منع رسیدگی به امر جزئی» و نهی از «سوءاستفاده از قدرت تعقیب» به دادگاه اجازه می‌دهد تا در ضمانت اجرایی آشکار، پرونده را به‌رغم تمایل دادستانی متوقف سازد، چنین اختیاری در حقوق کیفری ایران صرفاً در مقام حق و رویکردی بنابر احسان و تخفیف به دادستان تعلق گرفته است.

شود، مرتکب گزارش خلاف واقع را ضامن هزینه‌های دادرسی دانسته است. این ماده، ارتباطی به حقوق دفاعی متهم ندارد. با این حال، کشورهای عضو کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (ECHR)، ذیل ماده ۶، موظف به رعایت دادرسی منصفانه (Fair Trial) هستند. شایان ذکر است که این کنوانسیون ارتباطی به اتحادیه اروپا ندارد و جزو اسناد لازم‌الاجرای آن تلقی نمی‌شود. اتحادیه سندی دیگر با نام منشور حقوق بنیادین اتحادیه اروپا (Charter of Fundamental Rights of the European Union) را تصویب کرده است. برای ماده ۶ این کنوانسیون و راهنمای منتشرشده دادگاه حقوق بشر اروپا (See: <https://ks.echr.coe.int/>)
(documents/d/echr-ks/guide_art6.criminal_Leng).

۵۷. نظام عدالت کیفری در آلمان، در جرائم غیرتخصصی، از شهروندان عادی به‌عنوان قاضی شهروند (Lay Judge) بهره می‌برد که در مسیر محاکمه از سوی قاضی حرفه‌ای راهنمایی می‌شوند. شدت جرم، باعث کاستن از قضات غیرحرفه‌ای و افزایش قضات متخصص می‌شود (See: Bliessner, T., 2013, 179-197). همچنین آلمان‌ها با فهمی متفاوت از مفهوم فرایند دادرسی و عدالت، کوشیده‌اند تا با بازنمایی مفهوم «معامله اتهام»، استعاره‌ای سازگار با دستگاه عدالت کیفری خود تأسیس نمایند (Absprachen) که در آن قاضی نقش فعال‌تری بر عهده دارد. نیز در حالی که در انگاره آمریکایی، اقرار متهم در برابر تغییر عنوان اتهامی معامله می‌شود، در سیستم آلمانی، پاداش اقرار، مجازات خفیف‌تر است (See: Langbein, J. H. 2022, 139-161).

۵۸. برای نمونه، در دادنامه‌ای مندرج در سامانه ملی آرای قضایی (<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/36546>)، مقام تحقیق با این استدلال که متهم حامل «مواد مخدر از نوع هرویین به میزان یک گرم» بوده، قرار تعلیق تعقیب صادر کرده است. در همین دادنامه، مقام تحقیق برای متهم دیگر که حجم بیشتری از مواد مخدر به همراه داشته و سابقه کیفری او در این مورد در پرونده ثبت شده بود، قرار جلب به دادرسی صادر نموده است.

نتیجه‌گیری

انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد» یا به تعبیری دیگر، «منع رسیدگی به امور جزئی»، در نظام‌های عدالت کیفری بر پرہیز از اجرای سختگیرانه قانون، به ویژه در مواضعی که محکومیت و مجازات متهم ناعادلانه تلقی می‌شود، تأکید دارد. این انگاره بر این بنیاد که هر عمل مجرمانه‌ای، ضرورتاً مستحق محکومیت و تحمیل ننگ برخاسته از آن به مرتکبان نیست، از دو عزیمتگاه فایده‌باوری و عدالت‌خواهی، بر وجود فرایندهایی با هدف جلوگیری از محکومیت کیفری و گاه اعمال معافیت از کیفر دلالت می‌کند. مدافعان تجویز انگاره «منع رسیدگی به امر جزئی»، بر این باورند که دادرسی کیفری، در قبال جرائمی که آسیب و ضرر بسیار ناچیزی ایجاد کرده و غایت محافظت شده از سوی قانون را به شکلی جدی نقض نکرده‌اند، هزینه بیشتری در مقایسه با تعقیب و محکوم نکردن چنین متهمینی در پی دارد. نظام‌های عدالت کیفری گوناگون، با پذیرش انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد» در درجات گوناگون، فهم‌ها و کارکردهای متفاوتی از آن را در درون سیاهه قوانین کیفری خویش گنجانده‌اند. برخی نظام‌ها، انگاره مربوط را در قامت سنج‌ای برای جرم‌انگاری و توسل به حقوق کیفری به عنوان آخرین راه حل فهم کرده‌اند. همچنین، حقوق دانان این مفهوم را به عنوان ابزاری تفسیری، برای مضیق کردن اطلاق نصوص قانونی، به کار گرفته و چنین فرض کرده‌اند که حدی از قابل توجه و مهم بودن جرم ارتكابی در تمام متون کیفری مستتر است. برخی دیگر نیز کوشیده‌اند تا کارکردی عمل‌باورانه‌تر برای انگاره یادشده قائل شوند. شرط «ناچیز نبودن» و مهم بودن موضوع یا رفتار مجرمانه برای تحقق جرم، تأثیر بر مسئولیت کیفری و یا معافیت از مجازات و نیز تأثیر بر تعقیب کیفری و ممنوعیت تعقیب در فرض ناچیز بودن، از اصلی‌ترین کارکردهای انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد» محسوب می‌شوند که در قوانین دادرسی و ماهوی کیفری کشورهای مختلف به آن پرداخته شده است. بدیهی است که ارزیابی اولیه جرم گزارش شده توسط مقامات تعقیب برای احراز ناچیز نبودن ضروری است. واقعیت آن است که پردازش انگاره موصوف، در قامت دفاعی شکلی و ماهوی، بنابر خاستگاه‌های اخلاقی، منجر به صورت‌بندی متفاوتی از آن شده است. از چشم‌اندازی، تعقیب کیفری شهروندان به دلیل ارتكاب جرائم خرد، آن‌ها را در معرض اقدامات دل‌بخوانه

دادسراها و دادگاه‌ها قرار می‌دهد. از این رو، یک نگاه، انگاره «قانون خود را به امور جزئی مشغول نمی‌سازد» را دفاعی شکلی و آیینی می‌داند و تعقیب این جرائم کم‌اهمیت از سوی دولت را غیراخلاقی، بی‌فایده و حتی مضر قلمداد می‌کند. منظر دیگر، یا «مهم بودن» را یکی از شرایط رکن مادی جرم در نظر می‌گیرد و یا با تکیه بر مدرّج بودن مسئولیت کیفری، چنین فرض می‌گیرد که هر اقدامی که در ظاهر با ارکان قانونی تشکیل دهنده جرم انطباق دارد، ناگزیر منجر به ثبوت مسئولیت کیفری نمی‌شود و حدی از اهمیت و شدت در رفتار برای استحقاق تحمیل انگ محکومیت کیفری ضروری است. البته بر انگاره «قانون به امور جزئی نمی‌پردازد»، استثنائاتی می‌توان در نظر گرفت که از جمله عدم امکان استناد به آن در تکرار جرم است. در نظام عدالت کیفری ایران، اگرچه نهادهایی مانند معافیت از کیفر، تعلیق و بایگانی کردن تعقیب کیفری، تا حدی کارکردهای انگاره فوق را برآورده می‌کنند، هیچ نهاد همتایی به متهمان اجازه نمی‌دهد که به چنین مفهومی در قامت دفاعی شکلی یا ماهوی مشخص استناد ورزند. از این رو، تجویز و اندراج چنین مفهومی در فهرست دفاعیاتی که متهمان یا دادگاه‌ها بتوانند به آن استناد کنند، موجب می‌شود تا درک شهودی از عدالت، از اجتهادهای دل‌بخواخانه‌های یابد و به پیامد، درون‌مایه‌ای انضمامی پیدا کند که حدود آن از سوی رویه قضایی و دکترین حقوقی، قابل نقد و ارزیابی قلمداد می‌شود.

فهرست منابع

۱. ائیمی، حمیدرضا؛ محمودی جانکی، فیروز. (۱۴۰۳ش). ارزیابی پیوند حقوقی، امکان‌سنجی اصلاحات در حقوق کیفری و محدودیت‌های آن. مطالعات حقوق تطبیقی، (۱)، ۱۵-۲۲. <https://doi.org/10.22059/jcl.2023.353151.634457>
۲. امید، جلیل؛ عارفی، مرتضی؛ حبیب‌زاده، محمدجعفر؛ فرجیها، محمد. (۱۳۹۷ش). مبنای توجیهی وکالت تسخیری و ارزیابی عملکرد وکلای تسخیری در دفاع از متهمان فقیر در پرونده‌های مواد مخدر (مطالعه موردی: شهرستان کاشان)، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، ۴۸(۱)، ۱-۲۶. <https://doi.org/10.22059/jqclcs.2018.237629.1226>
۳. اوپرین، مارتین؛ یار، مجید. (۱۴۰۱ش). مفاهیم کلیدی جرم‌شناسی، (ترجمه مسعود حیدری و محمد شمعی). تهران: گنج دانش.
۴. آقایی‌نیا، حسین؛ رستمی، هادی. (۱۴۰۲ش). جرایم علیه اموال و مالکیت. تهران: میزان.
۵. برهانی، محسن؛ لطفعلی‌زاده، الهه. (۱۴۰۲ش). تکنرگرایی حقوقی - فقهی، ثابتهات شریعت و نظام تقنینی ایران. حقوق اسلامی، ۲۰(۷۶)، ۱۸۷-۲۱۰.
۶. جوانمرد، بهروز. (۱۳۹۳ش). تسامح صفر؛ سیاست کیفری سخت‌گیرانه در قبال جرایم خرد. تهران: میزان.
۷. حبیب‌زاده، محمدجعفر؛ نجفی ابرندآبادی، علی حسین؛ کلانتری، کیومرث. (۱۳۸۰ش). تورم کیفری، عوامل و پیامدها. مدرس علوم انسانی، ۵(۴)، ۵۹-۷۸.
۸. حسین‌نژاد، سید مجتبی. (۱۳۹۹ش). مجازات سرقت میوه در فقه امامیه. پژوهش‌های فقه و حقوق خصوصی، ۱۷(۶۲)، ۷۳-۹۸. <https://doi.org/10.22034/ijrj.2021.680386>
۹. دلماس-مارتی، می‌ری. (۱۴۰۲ش). نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، (ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی). تهران: میزان.
۱۰. رستمی، هادی. (۱۳۹۹ش). حقوق کیفری و لیبرالیسم؛ بررسی کیفر در سنت فلسفی لیبرال. تهران: نگاه معاصر.
۱۱. سلیمی، علی؛ داوری، محمد. (۱۳۸۷ش). جامعه‌شناسی کجروی. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۱۲. غلاملو، جمشید؛ دریائی، رضا. (۱۴۰۱ش). توهین، افترا و نشر اکاذیب تعزیری؛ از جرم‌انگاری تا جرم‌زدایی با تأکید بر الگوی حقوق مدنی. آموزه‌های حقوق کیفری، ۱۹(۲۳)، ۲۰۳-۲۴۰. <https://doi.org/10.30513/cld.2023.4836.1779>
۱۳. غلامی، حسین؛ نوبهار، رحیم؛ رستمی، هادی؛ روستایی، مهرانگیز و همکاران. (۱۳۹۳ش). اصل حداقل بودن حقوق جزا. تهران: میزان.
۱۴. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۶ش). عدالت و حقوق بشر. مطالعات حقوق خصوصی، ۳۷(۳)، ۳۲۳-۳۳۱. <https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.25885618.1386.37.3.9.3>
۱۵. کلانتری، علی‌اکبر. (۱۳۹۳ش). حق المازه در نگاهی نو. فقه و اصول، ۴۶(۳)، ۱۵۹-۱۸۱. <https://doi.org/10.22067/fiqh.v46i18.14607>

۱۶. محمودی جانکی، فیروز. (۱۳۸۷ش). جرم‌زدایی به‌منزله یک تغییر. فصلنامه حقوق، ۳۸(۱)، ۳۲۱-۳۵۰.
<https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.25885618.1387.38.1.15.2>
۱۷. وایت، راب؛ هینز، فیونا. (۱۳۸۵ش). جرم و جرم‌شناسی، (ترجمه علی سلیمی). قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۱۸. نجفی ابرندآبادی، علی حسین؛ هاشم‌بیگی، حمید. (۱۴۰۱ش). دانشنامه جرم‌شناسی. تهران: گنج دانش.
19. Bliesener, T. (2013). *Lay judges in the German criminal court: Social-psychological aspects of the German criminal justice system*. Understanding world jury systems through social psychological research (p. 179-197).
20. Breitel, C. D. (1960). *Controls in criminal law enforcement*. The University of Chicago Law Review, 27(3), 427-435.
21. Bretz Jr, C. G. (1971). *Abuse of Process-A Misunderstood Concept*. Clev. St. L. Rev., 20, 401-408.
22. Clow, K., Leach, A. (2015). After Innocence: Perceptions of individuals who have been wrongfully convicted. *Legal and Criminological Psychology*, 20(1), 147-164. <https://psycnet.apa.org/doi/10.1111/lcrp.12018>
23. Coughlan, S. (2018). Why De Minimis Should Not Be a Defence. *Queen's LJ*, 44(2), 262-283.
24. Duff, R. A. (2023). De Minimis' and the Structure of the Criminal Trial. *Law and Philosophy*, 42(1), 57-86. <https://doi.org/10.1007/s10982-022-09451-z>
25. Fehr, C. (2021). Why De Minimis is a Defence: A Reply to Professor Coughlan. *McGill Law Journal*, 67(1), 1-23.
26. Ferguson, P. R. (2015). *Scots Criminal Law*. Edinburgh University Press.
27. Fletcher, G. P. (2000). *Rethinking Criminal Law* (Vol. 636). Oxford University Press.
28. Herring, J. (2022). *Criminal Law Concentrate: Law Revision and Study Guide*. Oxford University Press.
29. Husak, D. (2004). The Criminal Law as Last Resort. *Oxford Journal of Legal Studies*, 24(2), 207-235. <https://doi.org/10.1093/ojls/24.2.207>
30. Husak, D. (2011). The De Minimis' Defence'to Criminal Liability, In: *Philosophical foundations of criminal law*. Oxford University Press.
31. Inest, A. (2006). A Theory of De Minimis and a Proposal for its Application in Copyright. *Berkeley Tech. LJ*, 21(2), 945-995. <https://doi.org/10.15779/Z385D76>
32. Kalven Jr, H., & Zeisel, H. (1967). The American jury: Notes for an English controversy. *The Round Table*, 57(226), 158-165. <https://doi.org/10.1080/00358536708452665>

33. Langbein, J. H. (2022). The turn to confession bargaining in German criminal procedure: Causes and comparisons with American plea bargaining. *The American Journal of Comparative Law*, 70(1), 139-161. <https://doi.org/10.1093/ajcl/avac025>
34. Leval, P. N. (1997). Nimmer lecture: Fair use rescued. *UCLA L. Rev.*, 44(2), 537-570.
35. Newburn, Tim (2017). *Criminology*, (Third edition): Routledge.
36. Robinson, P. H., Grall, J., & Moskowitz, M. (1984). *Criminal law defenses* (Vol. 2). St. Paul, MN: West.
37. Veech, M. L., & Moon, C. R. (1947). De Minimis Non Curat Lex. *Michigan Law Review*, 45(5), 537-570.

منابع الکترونیکی

38. https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_6_criminal_eng
39. <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2013/2013scc72/2013scc72.html>
40. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html
41. https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/_153.html
42. https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaArticolo?art.versione=8&art.idGruppo=12&art.flagTipoArticolo=1&art.codiceRedazionale=030U1398&art.idArticolo=131&art.idSottoArticolo=2&art.idSottoArticolo1=10&art.dataPubblicazioneGazzetta=1930-10-26&art.progressivo=0
43. <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/2016/index.do>
44. <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/1280/index.do>
45. <https://www.law.upenn.edu/faculty/paul-robinson/clrgcodes/MPC.html>
46. <https://casetext.com/case/hessel-v-ohearn>
47. <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/4628/index.do>
48. <https://www.isna.ir/news/94100703738/>
49. <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text36546/>



Responding to Evil with Evil

A Philosophical-Ethical Reflection on the Retributive Justification of Inflicting Pain and Suffering

Ahmad Falahi¹

1. Corresponding author, Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Humanities and Social Sciences, University of Kurdistan, Sanandaj, Iran. Email: a.falahi@uok.ac.ir

Article Info

Article type:

Original research

Received: 4 April 2024

Received in revised form: 26 December 2024

Accepted: 29 December 2024

Available online: 31 December 2024

Keywords

pain, suffering, punishment, violence, retributivism, justification.



Abstract

In addressing this fundamental question of whether punishment is morally good/just, proponents of retributivism - emphasizing principles such as desert, blameworthiness and proportionality - have primarily sought to limit sever and indeterminate punishments, developing elaborating a theory of punishment based on the offender's just deserts, maintaining its moral justification. T his note, employing a descriptive-analytical method, argues that retributivism can only be morally justified if it demonstrates that: the moral worth of acts derives solely from their intrinsic nature (deontic grounding), and duty-compliance carries inherent significance for the individual—or ought to. Beyond this, quite apart from the inherent difficulty in defining good and evil and creating demarcation criteria, it remains unclear how retributivists determine appropriate punishment types as being truly commensurate with crimes committed, and how punishment could guarantee the realization of moral good. he backward-looking approach of retributive justice presupposes the individual as the architect of his own life plan and the author of personal aspirations, construing criminal conduct as the offender's conscious and free choice— thus deeming them deserving of punishment. This premise faces critique from perspectives emphasizing the deterministic role of coercive social structures in shaping human agency.

Cite this article: Falahi, A. (2024). Responding to Evil with Evil; A Philosophical-Ethical Reflection on the Retributive Justification of Inflicting Pain and Suffering. *Criminal Law Doctrines*, 21(27), 233-262. <https://doi.org/10.30513/cld.2024.5903.1972>



© The Author(s). Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.



بدی را به بد پاسخ گفتن؛ تأملی فلسفی - اخلاقی در باب توجیه مکافات گرایانه اعمال درد و رنج

✉ احمد فلاحی^۱

۱. نویسنده مسئول، استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه کردستان، سنندج، ایران. رایانامه: a.falahi@uok.ac.ir

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱/۱۶

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۱۰/۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۹

تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۳/۱۰/۱۱

چکیده

در پاسخ به این پرسش بنیادین که آیا کیفردهی امری خوب/درست است، طرف‌داران نظریه مکافات‌گرایی، با تأکید بر مبانی‌ای همچون استحقاق، سززش و تناسب، در ابتدا در پی محدود کردن کیفرهای شدید و نامعین، به شرح و بسط نظریه‌ای از کیفردهی بر پایه سزاواری مرتکب پرداخته و اعمال آن را امری نیک پنداشته‌اند. در مقاله حاضر با تکیه بر روش توصیفی تحلیلی، بیان شده است که مکافات‌گرایی در صورتی درست می‌نماید که بتواند اثبات کند ارزشمندی اعمال، به صرف نفس انجام آن متکی بوده و این‌که انجام وظیفه، به صرف آن، برای فرد، دارای اهمیت است یا باید باشد. در کنار این، جدای از دشواری چگونگی تعیین امر نیک و ناپسند و سنجه و مبنای مرزبندی آن‌ها، مشخص و محرز نیست که مکافات‌گرایان چگونه انواع کیفر را سزای درست و درخور ارتکاب جرم می‌دانند و این‌که کیفر چگونه می‌تواند تحقق امر خوب را تضمین کند. از طرف دیگر، تأکید بر موجه و اخلاقی بودن ایراد درد و رنج بر دیگری، با هر انگیزه‌ای، و جابه‌ت اعمال مجازات، موجب ارزشمند جلوه دادن «بدی را به بد پاسخ گفتن» می‌شود. رویکرد گذشته‌گرایانه عدالت مکافات‌گرایانه، فرد را طراح برنامه زندگی و راقم اهداف و آمال خود می‌پندارد و ارتکاب بزه را انتخاب آگاهانه و آزادانه مرتکب می‌داند و به همین جهت، او را سزاوار کیفر می‌داند؛ موضوعی که از منظر نقش‌آفرینی ساختارهای اجتماعی جبرآلود در کنش‌های انسانی، قابل نقد است.

کلیدواژه‌ها

درد، رنج، کیفر، خشونت، مکافات‌گرایی، توجیه.

استناد: فلاحی، احمد. (۱۴۰۳). بدی را به بد پاسخ گفتن؛ تأملی فلسفی - اخلاقی در باب توجیه مکافات‌گرایانه اعمال درد و رنج. آموزه‌های حقوق کیفری، ۲۱(۲۷)، ۲۲۳-۲۶۲. <https://doi.org/10.30513/cld.2024.5903.1972>



مقدمه

هر کیفری، آسیبی روانی، جسمی یا توأمان را برای محکوم علیه و نیز افراد بی‌گناه متأثر از وضعیت او به بار می‌آورد. با توجه به مسائل اخلاقی پیرامون درد و رنج نهران در کیفر، نظریه‌های مختلف در جهت درست یا خوب جلوه دادن کیفردهی تلاش کرده‌اند. در «طرح‌های نخستین، فیلسوفان برای کیفر سه وظیفه قائل می‌شدند: انتقام جویی، سزا، آرامش در جامعه» (پرادل، ۱۴۰۰، ص ۱۸-۲۰). آنچه در هر سه مورد، مطمح نظر قرار گرفته، توجیه کیفر بر اساس کارکردهای آن بوده و در اصل، بر پیوند ابزار و هدف تأکید شده و به توجیه ماهیت کیفر - اعمال درد و رنج - و اخلاقی بودن آن، کمتر توجه گردیده است. از جمله مکاتبی که در قالب خوانش‌های متعدد به بررسی و امکان‌سنجی توجیه کیفر پرداخته، مکافات‌گرایی است و حتی باور بر این است که «سزادهی قدیمی‌ترین هدف کیفر در حقوق جنایی است» (هالوی، ۱۴۰۲، ص ۳۱). اساس استدلال در این آموزه بر سزاواری و استحقاق محکوم علیه کیفری بر تحمل کیفر است. در کنار این، مکافات‌گرایی با پرسش‌های جدی، هم در مورد توجیه ماهیت کیفر و هم امکان اخلاقی به‌کارگیری آن روبه‌روست: این‌که سزاواری مرتکب را چگونه می‌توان تشخیص داد و تعیین کرد؟ آیا کیفردهی باعث نهادینه کردن نگرش «پاسخ بدی را با بدی دادن» و خشونت‌افزایی نمی‌شود؟ چگونه می‌توان کیفر را سزای متناسب و درخور مرتکب جرم دانست؟ در کنار این، مکافات‌گرایی چگونه می‌تواند ماهیت کیفر را در قالب یکی از اشکال خشونت توجیه کند؟

لازم به ذکر است که در ارتباط با موضوع این نوشتار، آثار مختلفی به زبان فارسی منتشر شده است که از جمله می‌توان به مقالات زیر اشاره کرد: «سزاگرایی در فلسفه کیفر» نوشته عبدالرضا جوان جعفری و سید محمد جواد ساداتی (۱۳۹۱)؛ «از سزاگرایی کلاسیک تا سزاگرایی نوین» از همین نویسندگان (۱۳۹۰)؛ «قرائت‌های معاصر از سزاگرایی» نوشته علی صابری (۱۳۹۳)؛ «نولیرالیسم و تولد دوباره سزاگرایی کیفری» نوشته فائزه فخر (۱۳۹۹)؛ «تقابل وظیفه‌گرایی و غایت‌گرایی فایده‌محور

۱. چه این‌که گمانی در میان نیست که «در صورت ناحق بودن کیفر [و عدم مشروعیت اخلاقی آن]، صرفاً اعمال زور تلقی خواهد شد» (بکرینگی، ۱۳۹۶، ص ۴۱).

۲. در همین ارتباط باید گفت پرسش در مورد «توجیه مجازات می‌تواند از دو زاویه مطرح باشد: از زاویه‌ای تجویزی (چرا فردی باید دیگری را مجازات کند؟) و از منظری توصیفی (چرا مردم در واقعیت زندگی، یکدیگر را مجازات می‌کنند؟)» (Fassin, 2018, p.64). در همین راستا باید گفت پذیرش این واقعیت که مردم در زندگی شخصی و اجتماعی، اقدام به اعمال درد و رنج بر یکدیگر می‌کنند، تا چه میزان موجب موجهی برای مشروعیت کیفر از منظر اخلاقی خواهد بود و در اساس، آیا ما حق داریم دیگران را با هر هدفی، در آماج درد و رنج قرار دهیم؟ از جمله پرسش‌های فراروی کیفردهی از منظری فلسفی - اجتماعی است.

در توجیه کیفر» نوشته هادی رستمی (۱۳۹۵).^۳ در برخی از این مقالات، ضمن معرفی مبانی آموزه مکافات‌گرایی کیفری، به نقد مبانی آن نیز پرداخته شده است. در کنار نقد نیز، چرایی توجه به این نظریه توجیه‌گردیده است، از جمله: با وجود ابهام‌های متعددی که در خصوص جایگاه اخلاقی و عقلانی اندیشه مکافات‌گرایی وجود دارد، ارزش‌های نهفته در درون این رویکرد را نیز نباید از نظر دور داشت. تلقی مکافات‌گرایان از بزه و کیفر بیش از هر اندیشه کیفری دیگر با برداشت فطری انسان از فلسفه مجازات انطباق دارد (جوان‌جعفری؛ ساداتی، ۱۳۹۱، ص ۷۶)؛ اما جوان‌جعفری و ساداتی بیان نکرده‌اند چگونه می‌توان تشخیص داد و تعیین کرد که فطرت انسان چیست و چگونه احراز شده است که تلقی مکافات‌گرایان با فطرت انسان، که خود مفهومی متنازع‌فیه است، همخوانی دارد؟ در خصوص نوآوری نوشتار حاضر می‌توان گفت در این مقاله، بر نقد ماهیت کیفر تأکید شده است، چه این‌که دیگر مباحث موجود در چهارچوب کارکردهای کیفر موضوع را بررسی کرده است. تفکیک انگیزه مکافات‌گرایانه در اعمال کیفر از قصد طراحان و مجریان کیفر، دیگر موضوعی است که در این نوشتار مورد توجه است و به عبارتی، کیفر، از دیدگاه این نوشتار، تفاوت ماهوی با دیگر تنبیهات ندارد و از این منظر، تفکیک انگیزه کیفردهی از قصد اعمال آن، کمتر مورد توجه بوده است. توجه به نسبت عدالت توزیعی و عدالت جنایی در نقد مکافات‌گرایی و چگونگی تعیین تناسب میان کیفر و جرم و این‌که آیا تناسب صرفاً بر اساس شکل عمل فرد تعیین می‌شود یا این‌که قصد او نیز در این میان مؤثر است و از طرف دیگر، چگونه می‌توان تشخیص داد و تعیین کرد که کیفر سزای مناسب و درست و خوب عمل ارتكابی است، از دیگر موضوعاتی است که در این نوشتار به آن توجه می‌شود. همچنین، این موضوع که کیفر چگونه تحقق امر خوب و نیک و همچنین عدالت را محقق می‌کند و از طرف دیگر، این‌که سزا دادن وظیفه است یا امری خوب و نیک، از دیگر موضوعات مورد توجه است. همچنین، این امکان و احتمال که آموزه مکافات‌گرایی مورد توجه دولت‌ها قرار گیرد و بر اساس آن، حقوق و آزادی‌های فردی مخدوش گردیده و به نام مکافات‌گرایی، فضایی خاص در جوامع ایجاد شود و به نام مردم و عدالت، اعمال کیفر در میان مردمان نهادینه شود، از دیگر موضوعاتی است که در نقد مکافات‌گرایی بیان شده است.

بنابر مطالب فوق، ایده اصلی نوشتار حاضر، بر نقد دلایل توجیهی اعمال کیفر در پرتو ماهیت آن قرار گرفته و بیان از آن دارد که تلقی از کیفردهی چون وظیفه و سزآوری بزهکار در تحمل کیفر،

۳. لازم به ذکر است محتوای این مقالات به تناسب در نوشتار حاضر مورد استفاده قرار گرفته است.

در تقابل با دیگر بنیادهای اخلاقی بوده و مکافات‌گرایان نمی‌توانند اثبات کنند کیفر امری درست و خوب است. در همین راستا، در این مقاله با اتکا بر روشی توصیفی - تحلیلی، در آغاز، دلایل توجیهی مکافات‌گرایانه کیفر و خوانش‌های متعدد از آن مطرح خواهد شد. سپس با تأکید بر این‌که اعمال کیفر در قالب ایراد درد و رنج معنا می‌یابد و با توجه به این‌که مکافات‌گرایی به مقوله توجیه ماهیت کیفر، توجیهی درخور نداشته است، از این منظر، به نقد دلایل توجیه کیفردهی مکافات‌گرایانه پرداخته شده و بیان می‌شود که اعمال کیفر از منظر مکافات‌گرایی به توجیه پاسخ بدی را به بد دادن می‌انجامد. در ادامه، از آن‌جا که مکافات‌گرایان بر ایده تناسب کیفر و بزه تأکید دارند، ناسازگار تناسبات میان جرم و کیفر و بزه‌کار، تبیین شده و بر اساس مبانی عدالت ترمیمی و پیوند عدالت جنایی و عدالت توزیعی، همچنین با تشکیک در سزاواری مرتکب در تحمل کیفر (درد و رنج)، دلایل توجیه اعمال مکافات‌گرایانه کیفر نقد می‌شود.

۱. دلایل توجیهی اعمال مکافات‌گرایانه کیفر و خوانش‌های مختلف از سزا و سزاواری

مکافات‌گرایی از منظری گذشته‌گرایانه به توجیه کیفردهی پرداخته است و کیفر را سزای عادلانه رخداده جنایی می‌داند. این نظریه، با تأکید بر عمل ارتكابی و آنچه واقع شده و آنچه می‌تواند در مدار جرم واقع شده، اعمال کیفر را عادلانه جلوه دهد، به بررسی موضوع می‌پردازد. در عین حال، مکافات‌گرایی همچون هر آموزه دیگر، مدام در حال تغییر و تطور بوده است و بر این اساس، ما با خوانش‌های گوناگون از آن روبه‌رو هستیم. بدین آیین، چرایی توجیه کیفر از منظر هر کدام از این خوانش‌ها متفاوت بوده و در همین راستا، سزاواری محکوم‌علیه، از زاویه‌های مختلف توجیه می‌شود.

۱-۱. دلایل توجیهی کیفردهی در آموزه مکافات‌گرایی

می‌توان گفت کیفرهای نامتناسب، شدید، نامعین و توجیه‌شده بر اساس امور غیرعینی، آغازگاه بحث‌های مبتنی بر وجاهت توجیه مکافات‌گرایانه^۴ کیفر شدند. در کنار این، چگونگی عادلانه کردن کیفر، موضوع دیگری بود که این آموزه مورد تأکید قرار داد.^۵

۴. برخی بر این باورند که توماس هابز اولین کسی بود که بنیان نظری را برای فیلسوفان مکافات‌گرایی کلاسیک ایجاد کرد (Norrie, 1991, p.3). از دیدگاه هابز، با توجه به ارزشمندی قانون، صرف نقض آن، اعمال کیفر را موجه می‌سازد و «مجازات، عمل ناخوشایند و زجرآوری است که مقامات عمومی بر کسی اعمال می‌کنند که مرتکب فعل یا ترک فعلی شده باشد که به حکم همان مقامات، نقض قانون به شمار می‌رود» (هابز، ۱۴۰۲، ص ۲۸۴-۲۸۵).

۵. با وجود این، بیان شده است که باتوجه به این‌که اعمال کیفر، ایراد درد و رنج را ایجاد می‌کند، باید گفت «هر تئوری‌ای از مجازات در واقع، متضمن انگیزه مکافات‌گرایانه است» (R.P.Kaufman, 2013, p.190).

۱-۱-۱. مکافات‌گرایی و ارزشمندی ذاتی کیفر

مکافات‌گرایی بر پایه نظریه اخلاق هنجاری (وظیفه‌گرا) و با تلقی از کنش‌های انسانی چون وظیفه، به توجیه خوبی و درستی اعمال می‌پردازد و بنیادهای این نظریه «در سنت لیبرال از این باور فلسفی نشئت می‌گیرد که حق، مقدم بر خیر است» (رستمی، ۱۳۹۹، ص ۵). کیفر در این نظریه، با نگاهی گذشته‌گرایانه، همچون دیگر کنش‌ها و واکنش‌ها، از منظر خوبی یا درستی ذاتی آن توجیه می‌شود. فارغ از این‌که وظایف انسانی در طول زمان هم از نظر مفهوم یا از چشم‌انداز مصادیق، دگرگونی می‌یابد یا خیر، از نگاه کانت، همچون فیلسوفی که بنیادهای نظری وظیفه‌گرایی را تبیین کرده است، «اصول اخلاقی، اصول برآمده از عقلانیت‌اند و ابژکتیوی کلی و تغییرناپذیرند» (استور، ۱۴۰۲، ص ۱۷). مطلق بودن، کلی بودن و تغییرناپذیر بودن، ویژگی‌های اخلاق مدنظر کانت است و از این منظر، باید در نظر داشت کیفر نیز در صورت وجود تمامی شرایط برای استحقاق آن، این ویژگی‌ها را می‌یابد. از طرف دیگر، کانت می‌گوید «صرفاً اعمالی ارزش اخلاقی دارند که از سر وظیفه باشند» (استور، ۱۴۰۲، ص ۴۵) و بر این اساس، درستی یا نادرستی اعمال، فارغ از پیامدهای آن‌ها باید مورد تأکید قرار گیرد و بدین آیین، اعمالی که بر اساس وظیفه انجام می‌شوند، ارزشمندند و نه این‌که ارزشمند تلقی شوند، چراکه فرد آن‌ها را انجام می‌دهد، نه از آن‌رو که خیری برای او در پی دارد، بلکه از آن جهت که آن را وظیفه و امر حق می‌داند، حتی اگر برای او ناخوشایند نیز باشد. آنچه مکافات‌گرایی را از دیگر آموزه‌ها متمایز می‌کند این است که مکافات‌گرایان بر «صرف ایراد درد، فارغ از نتایج خوب آن» (Clarke, 1982, p.27) تأکید دارند، هرچند این بدان معنا نیست که آنان لزوماً پشتیبان کیفرهای شدیدند.

مکافات‌گرایان با نقد وارونه پیامدگرایان که به کارکرد ابزاری کیفر نظر دارند، با تأکید بر مفاهیم فضیلت و رذیلت و تا حدودی ذاتی دانستن این موضوع، بر این باورند که «مجازات کردن شخص در پاسخ به ارتکاب اعمال غیراخلاقی، فی‌نفسه امری پسندیده است» (Bennett, 2008, p.14). آنچه بنیاد این نظریه را تشکیل می‌دهد هم از ایده سزاواری و هم درستی و خوبی ذاتی سرچشمه می‌گیرد و از این منظر، محکوم علیه کیفری یا آنچه بزه‌کار خوانده می‌شود، سزاوار کیفر است و «این سزاواری هم علت و هم دلیل کیفر است» (رستمی، ۱۳۹۹، ص ۴۷). بحث از سزاواری، موجب تأکید بر عادلانه دانستن کیفردهی است و از این‌رو، کیفر سزای عادلانه مرتکب جرم است. مکافات‌گرایی را چه بر مبنای این‌که جامعه - دولت وظیفه دارند مرتکب

جرم را کیفر دهند تحلیل کنیم یا بر مبنای محق بودن آنان در کیفردهی، در هر دو شکل، از منظر این تئوری، «دلیل موجه تحمیل کیفر، در پی آوردن نتایج سودمند برای جامعه یا فرد مرتکب نیست، بلکه رنج ناشی از مجازات است که مناسب‌ترین یا مقتضی‌ترین پاسخ اخلاقی برای عمل ارتكابی غیراخلاقی می‌باشد» (هارت، ۱۳۸۸، ص ۹۳).^۶ بر بنیاد این نگاه ماثلت خواه، چون مرتکب، درد و رنجی را به بزه‌دیده وارد کرده، عادلانه آن است که همان را نیز بر او اعمال کرد، چون عدالت ایجاب می‌کند آدمی هر آنچه را به دست می‌آورد مابه‌ازایش را بپردازد. بر این اساس، تأکید بر پرداخت هزینه آنچه کسب شده است از منظر طرف‌داران این مکتب، بر این مبنا استوار می‌گردد که جامعه^۷ با اعمال کیفر و «تحمیل رنج و خسارت بر مقصر از یک سو، و ترمیم خسارات وارده از سوی دیگر، برقراری نوعی تعادل در جامعه را دنبال می‌کند» (بولک، ۱۴۰۲، ص ۲۹).^۸ بدین آیین، هدف آن است که کیفر، احساس رنجی را که جرم به بزه‌دیده وارد کرده است، به بزه‌کار منتقل نماید تا او سزای رفتار خویش را حس کند و از این رو، گفته شده که «در حقوق جنایی مدرن، سزادهی تجلی معاصر احساس قدیمی انتقام است» (هالوی، ۱۴۰۲، ص ۳۲).^۹ در این میان، «اصل اساسی برای استدلال مبتنی بر توجیه سزاواری کیفر، تناسب است. شدت کیفر باید همخوان با شدت عمل مرتکب جرم باشد» (Von Hirsch, 1986, p.32)، هرچند باید گفت بحث از تناسب کیفر و نیز اصل فردی کردن، لزوماً به کیفردهی ختم نخواهد شد، زیرا گاهی در قالب بنیادهای اصل فردی کردن و بر اساس پرونده شخصیت، کیفر ندادن، عادلانه‌تر جلوه می‌کند.

۱-۲. سرزنش و سزاواری محکوم علیه برای تحمل کیفر از دیدگاه مکافات‌گرایی

از نگاه زیبرت، میان مجازات کردن و سرزنش آمیز بودن یک رفتار، پیوندی در میان است و یگانه

۶. در همین ارتباط مطرح شده است که بر پایه اندیشه مکافات‌گرایی، «مجازت نه تنها حق، که وظیفه جامعه است» (میرمحمدصادقی، ۱۴۰۱، ص ۳۴).

۷. البته باید توجه داشت در بیشتر موارد، به نام جامعه سخن راندن در اندیشه‌های حقوقی کیفری مبتنی بر داده‌های کمی عینی نیست و مرز ظریفی میان افکار عمومی طبیعی و افکار عمومی ساخته شده وجود دارد.

۸. در همین ارتباط بیان شده است که بنابر فلسفه سزادهی، صدمه به موجب فعل مجرمانه‌ای صورت می‌گیرد که تعادل شکننده‌ای را که در جامعه وجود دارد، به خطری می‌اندازد، به طوری که این تعادل تنها با مجازات متخلف می‌تواند مجدداً برقرار گردد (شیکر، ۱۳۹۳، ص ۳۰). البته باید خاطر نشان شد، اگر این‌گونه باشد، در این حالت نمی‌توان گفت مکافات‌گرایی یک آموزه ناب از حیث صرف تأکید بر مکافات است، بلکه نوعی ایده پیامدگرایانه در این حالت پدیدار می‌گردد، چه در این برداشت از مکافات‌گرایی، تعادل باید دوباره برقرار گردد و این خود نشان از آن دارد که کیفر باید اثری ذهنی یا عینی داشته باشد و این نیز نوعی توجه به آثار کیفر در بعد اجتماعی آن است و بیان از گونه‌ای مکافات‌گرایی پیامدگرایانه دارد.

۹. باید گفت مکافات‌گرایی در مفهوم لیبرالی آن، از سطح ابتدایی تلافی (مقابل به مثل) فاصله گرفته است (رستمی، ۱۳۹۹، ص ۴۷).

دلیل اعمال مجازات، سرزنش‌پذیری رفتار مرتکب است (Zaibert, 2006, p.28). سرزنش کردن، بر اساس رویکردهای مختلف، معنا و مصداق متفاوتی دارد و حتی درجات کیفی آن یکسان نیست. در اینجا است که خوانش‌های متفاوتی از سزا و سزاواری شکل می‌گیرد و مکافات‌گرایان برداشت‌های مختلف و چندوجهی از این موضوع و مبانی آن ارائه می‌دهند. به همین جهت، در خوانش کلاسیک، صرف عمل در کانون توجه است و در رویکردهای متأخر، سزاواری «از زاویه‌های مختلفی چون توجه به تقصیر و خصوصیت ذهنی» (Murphy, 2011, p.28) ارزیابی می‌شود. از دیدگاه برخی خوانش‌های مکافات‌گرایانه، «اگرچه مجازات، برخی از حقوق محکوم علیه را مخدوش می‌کند، اما مرتکب پیش‌تر با ارتکاب جرم، خود را از برخی حقوق محروم ساخته است و کیفر، غرامتی است که بزه‌کار باید در برابر جرمی که انجام داده پرداخت کند» (Macdermott, 2001, pp.404-413). به دیگر سخن، چون مرتکب با ارتکاب جرم، منفعت ناموجهی تحصیل کرده، سزاوار آن است که هزینه‌هنگفت این منفعت را که کیفر است، تحمل کند و همین موضوع، ملاک مشروعیت اخلاقی کیفر شناخته می‌شود. سزاواری شخص در کیفر شدن بر این پایه استوار است که او عامل مختار و مستقل‌گزینه‌گر و طراح زندگی خود فرض می‌شود و مبنا «استحقاق آن است که ما فاعلان عاقل و قادر به عمل بر مبنای دلایل و اصولی هستیم که خود تأیید می‌کنیم. در نتیجه، ما در این مقام، مسئول اقدامات خود و به همین دلیل سزاوار پاداش یا پادافره هستیم» (جیکوبز، ۱۳۹۶، ص ۶۷-۶۸). تأکید بر میزان استحقاق مرتکب و این‌که او باید کیفری را که سزاوار آن است تحمل نماید، در جهت عادلانه کردن نظام عدالت کیفری و دور شدن از کیفرهای نامعین است، چه «وقتی فردی کار خوبی انجام می‌دهد، عادلانه است به او پاداش بدهیم و وقتی کسی کار ناپسندی مرتکب می‌شود، عادلانه است او را مجازات کنیم» (Wittman, 1974, p.209).

۱-۱-۳. مکافات‌گرایی و تلقی از کیفردهی چون وظیفه

با تدقیق در تاریخ چرایی مجازات، آشکارا درمی‌یابیم که کانت یکی از مؤثرترین ایده‌های مطرح در قلمرو مکافات‌گرایی را بیان کرده است. او ضمن توضیح ماهیت کیفر، بیان می‌دارد: «حق مجازات حقی است که به موجب آن، حاکم اختیار دارد اتباع خود را در ازای جرمی که مرتکب شده‌اند، گرفتار درد و رنج کند» (کانت، ۱۴۰۱، ص ۱۹۱).^{۱۰} البته باید گفت حق کیفردهی در

۱۰ در کنار این، باید گفت کانت برخی کیفرهای قضایی را مغایر با کرامت انسانی می‌داند (استور، ۱۴۰۲، ص ۱۶۵). این نیز بدان علت است که کانت، اگرچه بر مفهوم وظیفه تأکید می‌کند، اما بر این باور است که این کیفرهای شدید نه با عمل فرد تناسب دارد و نه او سزاوار آن است و به همین جهت، نمی‌توان گفت بحث از وظیفه، به معنای عدم تحول در دامنه کمی و کیفی کیفرهاست.

اندیشه کانت، یک تکلیف اخلاقی و هنجاری بوده و منصرف از جواز اخلاقی است و به عبارتی، بحث از حق به این معنا نیست که دولت می‌تواند یا اختیار دارد کیفر را اجرا کند، چه این‌که از منظر کانت، کیفردهی یک وظیفه است و «مجازات بهایی است که در قبال تخطی از قوانین پرداخت می‌شود» (رستمی، ۱۳۹۹، ص ۴۹). این نیز بر این ایده استوار است که فرد در برابر آنچه به دست می‌آورد، باید بهایی پرداخت کند. این بها می‌تواند خوشایند یا ناخوشایند باشد. در همین راستا، ایجاد احساس تحقق عدالت در میان مردم مورد توجه مکافات‌گرایان قرار گرفته است. «آکویناس و حقوق دانان مسیحی چون مولینا و سوتو می‌پذیرند که جامعه می‌تواند انواع مجازات‌ها را نه فقط با هدف دفاع مشروع، بلکه با هدف سزا دادن اعمال کند. این امر را باید شناسایی حق واقعی کیفر برای انسان‌ها تلقی کرد که بر نیاز عدالت خواهی استوار است» (پرادل، ۱۴۰۰، ص ۲۳). اگر احساس عدالت را مبنایی برای توجیه سزاوار بدانیم، در این صورت، نوعی از مکافات‌گرایی پیامدگرا بر پایه کارکرد کیفر ارائه شده است. بر اساس این، کیفردهی نوعی توجه به احساسات و افکار عمومی در تحقق عدالت نیز هست، اگرچه باید گفت چگونگی پیوند دادن کیفردهی مکافات‌گرایانه با امر عادلانه و خوب و نیک، یکی از جدی‌ترین چالش‌های فراروی مکافات‌گرایی است که به آن اشاره خواهد شد. این مهم نیز بدان علت است که عدالت هدف اصلی مجازات است که بر پایه ایده استحقاق توجیه می‌شود (رستمی، ۱۳۹۹، ص ۵۰). بر این اساس، چون محکوم علیه استحقاق کیفر را دارد و سزاوار آن است، امری نیک است. با توجه به مطالب فوق، می‌توان گفت از نظر مکافات‌گرایان، به مبانی متعددی در توجیه کیفر و عادلانه دانستن آن استناد می‌شود: تأکید کانت بر کرامت انسان و این‌که نباید هیچ انسانی، ابزاری برای تحقق اهداف دیگران، حتی خیر عمومی شود و به مثابه وسیله مورد استفاده قرار گیرد، نقدی جدی بر ایده‌های پیامدگرایانه است. به همین جهت، مرتکب جرم باید کیفر داده شود، اما به آن میزان که استحقاقش را دارد و استحقاق نیز از آن جا نشئت می‌گیرد که مکافات‌گرایان انسان را موجودی عقلانی دانسته و او را برخوردار از آزادی در انتخاب شمرده‌اند و این، موجب تحقق مسئولیت می‌شود.

۲-۱. خوانش‌های گوناگون از مکافات‌گرایی و سزاوار بزهکار

مکافات‌گرایی همچون هر اندیشه دیگر بشری، در طول تاریخ تطوری اش مشمول دگرگونی‌های متعددی گردیده و در عین حال، در یک زمان خاص نیز برداشت‌های متفاوتی از آن ارائه شده

است. در واقع، ما با خوانشی واحد از مکافات‌گرایی روبه‌رو نیستیم. در ارتباط با تمایز خوانش کلاسیک از مدرن باید گفت در خوانش اخیر، «اندیشهٔ برابری جرم و مجازات که مورد تأکید مکافات‌گرایان سنتی است، تبدیل به تناسب کیفر با جرم ارتكابی می‌شود» (جوان‌جعفری؛ ساداتی، ۱۳۹۰، ص ۱۳۴)، اگرچه باید گفت که چگونگی متناسب‌سازی و تشخیص این‌که آیا این موضوع امری کیفی است یا به‌صورت مکانیکی باید آن را تعیین کرد، خود از مسائل مورد اختلاف است؛ این‌که آیا کیفر سزای متناسب عمل ارتكابی است و حتی در فرض قبول، چه نوع مجازاتی شایستهٔ اعمال است یا این‌که می‌توان به‌گونه‌ای دیگر و شکلی غیرکیفری، با آن کنش مواجه شد، چالش‌های متفاوتی را موجب می‌گردد.

۱-۲-۱. خوانش‌های لیبرال و ابزارگرایانه از مکافات‌گرایی

خوانش مکافات‌گرایان از کیفر متفاوت است. برخی آن را ماهیتاً امری خوب و نیک می‌دانند و برخی ماهیتی ابزاری برای آن قائل می‌شوند. در همین راستا بیان شده است که بسیاری از مکافات‌گرایان، سزاواری و استحقاق را چون خوبی و نیکی، ذاتی^{۱۱} بیان می‌کنند: این‌که اگر کسی به تناسب عمل سرزنش‌آوری که انجام داده است رنج ببیند، امری ذاتاً خوب است (Be-man in Duff, 2011, p.439). از این منظر، فرد منفعتی غیرعادلانه کسب کرده است و بر این اساس، «مکافات‌گرایان لیبرال برای توجیه مکافات، عمدتاً به ایده‌هایی مانند مزیت غیرمنصفانه یا احساسات تنبیهی استناد می‌کنند» (رستمی، ۱۳۹۹، ص ۵۱). در واقع، فرد از آن جهت که مزیتی که استحقاق آن را نداشته است به‌صورت غیرمشروع به دست آورده است، سزاوار تنبیه است. اگر توجیه فوق را به‌عنوان هستهٔ اساسی توجیه مکافات‌گرایی بپذیریم، در واقع، مکافات‌گرایان رنج دیدن مرتکب جرم را شیوه‌ای قلمداد می‌کنند برای تحقق امری که به‌طور ذاتی نیک است و از این جهت، رنج دادن / کیفر دادن، صرفاً یک ابزار است، نه این‌که خود ماهیتاً خوب باشد.^{۱۲} بر این اساس، می‌توان چنین خوانشی را «مکافات‌گرایی ابزارگرا»^{۱۳} نام نهاد که ارزش ذاتی را در رنج دیدن مرتکبان جرم بازمی‌شناسد» (Beman in Duff, 2011, p.440). حتی می‌توان به این موضوع نیز

11. intrinsic goodness

۱۲. بر پایهٔ نظریهٔ تعادل اخلاقی، مجرم کسی است که از همکاری‌های اجتماعی که باید به‌طور متقابل سودمند باشد، سوءاستفاده می‌کند و به همین دلیل، برای لغو مزیت غیرمنصفانه‌ای که به‌واسطهٔ عدم خویش‌داری نسبت به سایر شهروندان تابع قانون کسب کرده است، باید کیفر ببیند (رستمی، ۱۳۹۹، ص ۷۵).

13. retributivist instrumentalism

اشاره کرد که در این خوانش، کیفر بر اساس نتیجه‌ای که از احساس تحقق امر خوب و نیک در درون آدمیان ایجاد می‌کند، ارزیابی می‌شود و از این جهت، کیفر نه این‌که ذاتاً خود مقصود باشد، بلکه به علت امر دیگری مقصود است که همانا احساس تحقق عدالت یا امر نیک است. در راستای خوانش ابزارگرایانه از مکافات‌گرایی، یکی دیگر از برداشت‌های مطرح در این باب، اندیشه مبتنی بر ویژگی اعلام سرزنش توسط کیفر است و از این منظر، کیفر خصوصیتی کارکردی می‌یابد.^{۱۴} در همین راستا، رسالت انتقال سرزنشی درخور جرم به مرتکب آن، بر عهده کیفر نهاده می‌شود. این امر «باید از طریق فرایندی انتقالی - ارتباطی،^{۱۵} با هدف متقاعد کردن شخص برای ندامت از ارتکاب جرم و تلاش وی به منظور اصلاح خویش شکل بگیرد» (Duff, 2001, p. xvii). می‌توان گفت این خوانش از مکافات‌گرایی، یک نوع پیامدگرایی را پذیرفته است. از این منظر، کیفر ابزار انتقال و اعلام سرزنش است و برخلاف خوانش آغازین از مکافات‌گرایی که در آن، کیفر امری ماهیتاً نیک و خوب قلمداد می‌شود، در این برداشت، خصوصیتی ابزاری می‌یابد.

۲-۲-۱. مکافات‌گرایی متشدد و ضعیف، سلبی و ایجابی

می‌توان از دریچه‌ای دیگر، مکافات‌گرایی را به دو برداشت متشدد و ضعیف تقسیم کرد. گاه کیفردهی چون وظیفه‌ای اخلاقی فرض می‌شود که در آن، عدم کیفردهی مرتکب جرم، انفعالی غیراخلاقی را برمی‌سازد. اما در برداشتی دیگر، کیفر دادن، اگرچه امری عادلانه تفسیر می‌شود، عدم کیفردهی نیز امری غیراخلاقی تلقی نمی‌گردد. مکافات‌گرایان در مورد این‌که ارتکاب جرم شرط لازم برای کیفردهی است یا شرط کافی، اختلاف دارند، چنان‌که «مکافات‌گرایی ضعیف^{۱۶} صرف ارتکاب [جرم] را شرط کافی برای اعمال کیفر ندانسته و بلکه بر این باور است که کیفر باید نتایج خوب نیز در پی داشته باشد. اما مکافات‌گرایی متشدد،^{۱۷} صرف ارتکاب را دلیل کافی برای اعمال کیفر می‌داند» (Alexander in Coleman, 2102, p.37). در کنار این دو خوانش، برداشت میانه از مکافات‌گرایی^{۱۸} «بر این باور است که مکافات‌گرایی سلبی^{۱۹} شرط لازم و کافی برای کیفر

۱۴. بنابر این ایده، کیفر مکافات‌گرایانه شکلی از اشکال کنش ارتباطی انسانی سرزنش‌کننده است که علیه مرتکب جرم اعمال می‌شود (Markel in White, 2011, p.49).

15. communicative

16. weak retributivists

17. strong retributivists

18. moderate retributivism

۱۹. اگرچه باید در نظر داشت که مکافات‌گرایی سلبی همان فایده‌گرایی قاعده‌گراست و جایگاهی در میان نظریه‌های مکافات‌گرا

است، اما اعمال کیفر را الزام نمی‌کند» (Alexander, Kessler, Morse, 2012, p.7). مکافات‌گرایی سلبی، مجازات بزهکاران را جایز دانسته و کیفردهی را کنشی غیرعادلانه ترسیم نمی‌کند، اما مکافات‌گرایی ایجابی^{۲۰} بیان می‌دارد که ما موظف هستیم که بزهکاران را کیفر دهیم یا این‌که کیفر دادن آنان خواسته عدالت است» (Duff, 2001, p.19). اما مکافات‌گرایی ایجابی، کیفر بزهکاران را الزامی می‌پندارد، چرا که آن را زمینه تحقق عدالت می‌داند. با این وصف و در جهت بیان این‌که ارتکاب جرم شرط لازم کیفردهی است و نه کافی و در جهت متناسب‌سازی کیفردهی، «تلاش‌های کنونی برای اعمال ایده‌های مکافات‌گرایانه در سیاست‌های کیفری استدلال می‌کنند یا چنین می‌پندارند که کیفر عادلانه ممکن است یا باید بر اساس طبقه‌بندی عمومی جرائم و ترسیم کلی کیفرها باشد» (Tonry, 2011, p.19). در این حالت، باید تناسب طولی و عرضی میان جرائم و کیفرها رعایت شود.

۱-۲-۳. تفسیرهای مختلف از سزاواری مرتکب در میان مکافات‌گرایان

از دیگر مسائلی که دیدگاه‌های متفاوتی را میان مکافات‌گرایان ایجاد کرده، اختلاف در مورد تعیین میزان کیفر سزاوار عمل و چگونگی متناسب‌سازی است. این مهم نیز بدان علت است که «مکافات‌گرایی در اساس، در برابر استفاده از کیفرهای شدید [و به تعبیر مکافات‌گرایان، غیرشایسته] و کیفرهای نامتناسب ظهور کرد» (Rosenberg and Dagan, 2018, p.5). این مکتب بر مجازاتی که سزاوار مرتکب باشد تأکید می‌کند و طرح تناسب کیفر با کمیت و کیفیت جرم ارتكابی نیز از همین منظر بود. آنچه مبنای اصلی ایده مکافات‌گرایی را تشکیل می‌دهد این است که مرتکب باید کیفری را تحمل کند که سزاوار آن است. به بیان دیگر، کاربست کیفر نامتناسب برای پاسخ به کنش مرتکب، غیراخلاقی یا ناعادلانه است و بر این اساس، کیفر نوعی اعلام انزجار است، بیان از جایگاه عمل فرد در میان مردم دارد و این موضوع حاکی از نوعی نظریه بیانی کیفر دارد. در عین حال، کارکرد کیفر، نشان دادن اعمال درست از نادرست نیز هست، اگرچه به نظر می‌رسد که تفکیک عمل خوب از بد، پیش از استحقاق کیفر صورت می‌گیرد. در همین راستا، بر این اساس، «نظریه احساسات تنبیهی حاوی نوعی اخلاق‌گرایی است که توجیه کیفر

ندارد. بیان شده است که مکافات‌گرایی منفی، به مثابه اعمال محدودیت جنبی بر پیامدگرایی است. بر پایه این خوانش، نباید افراد بی‌گناه را بیش از حدی که سزاوار آن‌اند، کیفر دهیم و بر حق دولت در کیفر مجرمین تأکید می‌کند. مکافات‌گرایی مثبت بر وظیفه دولت در کیفردهی تأکید دارد. در مکافات‌گرایی منفی خطا کار بودن، شرط لازم برای کیفردهی است، ولی در مکافات‌گرایی مثبت، شرط کافی (رستمی، ۱۳۹۹، ص ۵۰).

را بر مبنای شهودهای اخلاقی و این حس درونی که گناهکار مستحق تحمل درد است توجیه می‌کند» (رستمی، ۱۳۹۹، ص ۸۲). مردم انجام کار خوب را مستحق تشویق دانسته و کار بد را مستحق ملامت و سرزنش می‌دانند، اگرچه باید گفت اما از گزاره استحقاق سرزنش، نمی‌توان استحقاق کیفر را استنتاج کرد.

۲. واری دلایل موجه‌انگار مکافات‌گرایانه کیفر

پرسشی که باید ذهن حقوق‌دان کیفری را درگیر کند، چرایی و چگونگی اقداماتی است که در فرایند تحقق عدالت کیفری، مداومتاً در حال انجام و اجراست: «متهم ساختن، احضار، صدور حکم، طرح سؤالات و کیفر دادن»^{۲۱} همگی تشریفات ثابت است که روزانه توسط جامعه [و در دادرسی کیفری] انجام می‌شود، بدون این‌که معنا یا منطق آن‌ها مورد ارزیابی قرار گرفته باشد» (De Lagansnerie, 2018, p.8).^{۲۲} تکرار و تداوم مکرر مجازات افراد جامعه به‌گونه‌ای است که می‌تواند شائبه‌ساز این باشد که کیفر دادن، تنها گونه‌ای عادت است که هیچ فلسفه موجهی برای آن متصور نیست. موضوعی که هولناک می‌نماید این است که اجرای کیفر، چه خفیف‌ترین و چه شدیدترین آن، برای مجریان تبدیل به امری اداری و وظیفه‌ای معمول شود و متحملین کیفر در قالب یک عدد، تبدیل به سیاهه آمار گردند. این موضوع حتی اگر از لحاظ نظری نیز مورد پسند و پذیرش حقوق کیفری نباشد، عملاً ختم به آن خواهد شد^{۲۳} و در همین راستا باید خاطر نشان کرد هنگامی که فردی به ارتکاب کنشی خلاف قانون جزایی دست می‌یازد، تبدیل به بزهکار می‌گردد و به دنبال آن، کیفردهی فرد بزهکار، فروکاست‌گرایی کیفردهی را رقم می‌زند.^{۲۴} در راستای همین موضوع، در ادامه، مهم‌ترین چالش‌هایی را که فراروی آموزه مکافات‌گرایی قرار دارد بیان می‌کنیم و دیدگاه‌های طرف‌داران این مکتب را واری می‌نماییم.

۲۱. این بدان معنا نیست که نویسنده و نقل‌کننده مطلب به احکام برائت که روزانه در دادگاه‌ها صادر می‌شود توجه نداشته‌اند.

۲۲. هاشک در رمان شوایک، به شیوه‌ای ادیبانه به نقد چگونگی صدور برخی احکام کیفری می‌پردازد: «الآن پنج روز برات می‌نویسم و دلم می‌خواد کنار نون خشک و آب خوردن، متوجه بشی تنبیه انتقام نیست، بلکه به وسیله تربیتی که هدفش سازندگی و اصلاح سرباز تنبیه شده است» (هاشک، ۱۴۰۲، ص ۲۱۹).

۲۳. چه این‌که گاه یک «سیستم دادرسی و اجرای کیفر، به‌صورت ناخودآگاه ساختاری را کسب کرده است» (De Lagansnerie, 2018, p.7)، بدون این‌که قصدمندانه خواستار آن باشد.

۲۴. این موضوع، در بیان زیبایی کنستان به تصویر کشیده شده است که تصویر درد و رنجی که به کسی تحمیل می‌کنیم، از دور گنگ و مبهم است، به ابری می‌ماند که به آسانی می‌توان از میانش عبور کرد (کنستان، ۱۴۰۳، ص ۱۸). دولت‌آبادی در عبارتی بسیار تأمل‌برانگیز نوع احساس ما در برابر رنج دیگران از کیفر شدن را به تصویر می‌کشد: «از وقتی آن گلوله سربی ساخته شد با دستگاهی که بتوان آن را شلیک کرد و انسانی دیگر را کشت، آدمی به عدد تبدیل شد و دیگر به دشواری می‌توان کسی را شخص نامید» (دولت‌آبادی، ۱۳۹۷، ص ۸۳).

۱-۲. اعمال درد و رنج و مسئله اخلاقی رنج‌آفرینی رسمی و قانونی

کیفر دادن، با وجود پذیرفتن اشکال متعدد، فقط هنگامی به این نام متصف می‌گردد که در چهارچوب قانون کیفری قرار گیرد. بر این اساس، کیفر دارای یک مصداق یا برداشت ثابت و ایستا نیست. به عنوان مثال، برخی در قالب تنبیه کودک، اقدام به کیفر روانی - جسمی او می‌کنند. منظور از کیفر، صدمه‌ای است که بر جسم یا روان فرد محکوم وارد می‌آید و اجراکننده آن از این ایدای آراسته به قانون به خوبی آگاه است. طراحی کیفر در اساس، بدین منظور است که محکوم علیه درد و رنجی را حس کند و در واقع، هدف این است که فرد این واکنش را به عنوان سزای عمل خود بداند. مجازات با هر هدفی که کیفرگذاری شده باشد یا اجرا شود، یکی از ویژگی‌های آن، دردآوری و رنج‌دهندگی است. دگرگونی در مصداق و یا شیوه‌های اجرای کیفر موجب تغییر در ماهیت آن نمی‌شود، زیرا به تعبیر دورکیم، «تغییر مقاصد و نیات آگاهانه مجریان یک عمل، لزوماً موجب دگرگونی طبیعت آن عمل نمی‌باشد. وانگهی ممکن است بدون آن‌که متوجه باشیم، طبع جدید نیز همان نقش قدیم را ایفا کند» (دورکیم، ۱۳۵۹، ص ۱۰۶-۱۰۷). کیفر دادن، اجرای ساماندهی شده درد و رنج است و اتفاقاً «یکی از ویژگی‌های مجازات قصد ایراد درد از سوی کیفردهنده بر کیفرشونده است» (Zaibert, 2006, p.48). در این جا باید میان انگیزه اجرای کیفر و قصد موجود در اجرای آن تفکیک قائل شد: انگیزه می‌تواند اصلاح‌گرایانه و خیرخواهانه باشد، اما قصد نهفته در اجرای کیفر، چیزی جز قصد ایراد درد و رنج با انگیزه مثبت و اصلاح مرتکب جرم نیست و هر گاه محکومی کیفر می‌شود، «او قصدمندانه صدمه می‌بیند. اگر بزهکاری در اثر اجرای کیفر، رنج نبرد یا به هر صورتی صدمه نبیند، گویی مجازات نشده یا مجازات کردن وی چندان موفقیت‌آمیز نبوده است» (Tadros, 2011, p.1).^{۲۵} در تفکیک درد و رنج نیز باید گفت درد ناشی از کیفر، محل مشخصی دارد و عینی است، اما رنج ناشی از آن است که تمام وجود فرد را فرا می‌گیرد و جسم و روان را درگیر می‌کند و آثاری درازمدت را بر جای می‌گذارد و ممکن است به چشم نیاید، اما سراسر وجود فرد را بگذرد. مسئله اخلاقی فراروی ایراد و درد رنج نیز این است که

۲۵. باید در نظر داشت که قانون‌گذاران برخی از کشورها «چون ایالات متحده، عمداً تصمیم به تمایل به تنبیه کردن کیفری دارند. شاید برخی کشورها از مجازات‌هایی از مجازات کردن دور شده باشند، ولی همزمان ازدیاد تعداد زندان‌ها و نیز افزایش جمعیت کیفری زندان‌ها و نیز جراتی که موجب کیفر حبس می‌شوند» (A. Frost, 2006, p.1, 103). خود حاکی از گرایش آنان به کیفر است. به علاوه، چنان‌که گارلند می‌گوید باید این موضوع را نیز مورد توجه قرار داد که «دولت‌ها و نیروهای سیاسی، مجازات را عرصه مفیدی برای انجام فعالیت‌های ایدئولوژیکی یافته‌اند. در صورتی که چنین مسئله‌ای واقعیت داشته باشد و جنبش‌های سیاسی مرتبط با آن، قادر باشند از مجازات‌ها و نمادهای کیفری به عنوان استدلالی متقاعدکننده در تحمیل حاکمیت، مشروعیت و سلطه‌گری خود استفاده کنند، این مسئله از طریق این واقعیت میسر شده است که مجازات ابزار مناسبی برای متقاعد ساختن است» (گارلند در موسوی‌مجاوب، ۱۳۹۹، ص ۱۵۶).

ما این وظیفه مطلق و اولیه اخلاقی را داریم که به دیگران درد و رنج وارد نکنیم و نمی‌توان از این وظیفه اولیه به این علت که فرد عملی بد را انجام داده است و باید به آن واکنش درخور آن را نشان داد، عدول کرد.

با توجه به ماهیت کیفر، دیدگاهی که ما در مورد توجیه کیفر ارائه می‌دهیم، باید با اندیشه ما در مورد چگونگی امر خوب و نیک و تمایز آن از امر نادرست و زشت همخوانی داشته باشد، «چراکه این موضوع در اصل بازنمایی تفکر و برداشت ما در مورد مفهوم امر درست و نادرست است» (Lacy, 1988, p.13). سؤال جدی این است که آیا ما در موارد غیرکیفری، اعمال سرزنش جزایی، تنبیه، درد و رنج و خشونت را بر دیگری امری درست و موجه می‌دانیم یا خیر؟^{۲۶} و^{۲۷} به همین جهت، باید گفت موضوع و مسئله اساسی مکافات‌گرایان، توجیه «رنج دادن»^{۲۸} است و نه کیفر» (Beman in Duff, 2011, p.438). از این رو، پرسش بنیادین و پرسمان خیز در برابر مکافات‌گرایی به توجیه کاربست خشونت و اعمال قصدمندانه درد و رنج بر انسانی دارای ادراک و احساس برمی‌گردد. به نظر می‌رسد که در حالت معمول، اگر مردم جامعه را در برابر این گزاره قرار دهیم که شخصی منزل دیگری را تخریب کرده است مردم نمی‌گویند که قاعدتاً و متقابلاً او نیز مجاز به تخریب منزل آن شخص مرتکب است، بلکه دیدگاهشان بر گرد موضوع ترمیم و جبران خسارات می‌چرخد و به ندرت و سختی پا را از این حد فراتر می‌نهند. اگر ما فرد/ جمعی را مشاهده کنیم که دیگری/ دیگران را مورد ضرب و جرح قرار می‌دهد، این وضعیت بر ایمان رخدادی طبیعی و عادی نیست و صرف این‌که شخص مضروب کار بد یا زشت یا نادرستی انجام داده است، منجر به توجیه ضرب متقابل وی نخواهد شد، زیرا پاسخ بدی را با بدی دادن، از نگاه ما امری نیک و ارزشمند و سزاوار احترام نیست و این مسئله، چالش کلان نظریه‌های توجیهی کیفردهی است.

کیفر دادن را نمی‌توان از نظر اخلاقی توجیه کرد، «چراکه هسته اساسی کیفر این است که صدمه‌ای را بر [جسم یا روان فرد یا هر دوی آن‌ها] وارد می‌کند» (Zimmerman, 2011, p.3). آنچه

۲۶. باید در نظر داشت طرح این پرسش بدین معنا نیست که نگارنده مکافات‌گرایی را به انتقام، قصاص و مقابله به مثل فرومی‌کاهد، بلکه صرفاً بیان از طرح یک درآمد است برای پاسخ به یک پرسش اساسی، که ماهیت کیفر بر اساس توجیه‌های مکافات‌گرایانه، آیا می‌تواند امری درست، خوب و اخلاقی تلقی شود؟

۲۷. می‌توان گفت در سیاست‌گذاری غالب کشورها یک نوع ناسازگاری وجود دارد و آن این‌که «چگونه از یک طرف، به‌کارگیری کیفر جسمانی بر کودکان توسط والدین یا معلمان تقبیح می‌شود و از طرف دیگر، نظام کیفری گسترش پیدا کرده است؟» (Fassin, 2018, p.27).

28. suffering

نظریه‌های توجیهی کیفر نیز درصدد آن‌اند خود‌گویای آن است که کیفر، به صورت طبیعی، امری خوب و خوشایند تلقی نمی‌شود. استدلال اساسی در برابر توجیه کیفر این است که «یک فرض [اساسی و بنیادین در اخلاق] وجود دارد که ایراد صدمه به دیگری نارواست و کیفر نیز دربرگیرنده ایراد عمدی صدمه است» (Rebuck, 2011, p.75) و چون کیفر ایراد عمدی درد و رنج بر دیگری، با هر انگیزه مثبتی، است، توجیه آن جز از منظر توجیه وسیله بر مبنای هدف امکان‌پذیر نیست. نقد اساسی که به مکافات‌گرایی وارد است و بسی بغرنج‌تر «از اهمیتی که به جرم و سرزنش فرد [در نظام عدالت کیفری] داده شده است، چتر مشروعیتی است [که آموزه مکافات‌گرایی] بر [ایراد] درد و رنج گسترده است» (Christie, 1981, p.46). این موضوع، جدای از مشروعیت قانونی که به کیفر داده است، از نظر اجتماعی نیز، گاه گرایش به ایراد کیفرهای شدید، خود‌کارکردی آموزشی را برای جامعه دارد. در کنار این، آنچه مکافات‌گرایی به آن کمتر توجه دارد، این است که به نام سزا، قاعده‌ای اخلاقی چون عفو و گذشت خدشه‌دار می‌شود و «حتی اگر از نظرگاه فردی، انتقام، امری تا حدودی طبیعی [البته نه به معنای پذیرفتنی بودن] بنماید، اما برای جامعه و دولت، این پذیرفتنی نیست که کنش و واکنش انتقام‌جویانه را در جامعه مورد تأیید قرار دهند یا نهادینه کنند، بلکه جامعه به گذشت و رواداری، بیشتر نیاز دارد» (Morisi, 2014, p.48). پرسش نغز دیگری که در برابر مکافات‌گرایی روی می‌نماید این است که وظیفه اخلاقی آدمیان در برابر کار نادرست دیگران چیست؟ پاسخ می‌تواند از چند منظر باشد: این‌که به شیوه‌ای پیش رفت که مانع ارتکاب دوباره رفتار ناروا گردد؛ یا مطابق قاعده طابقاً النعل بالنعل، مشابه و همسان رفتار مرتکب را بر او اجرا کرد، و یا وفق منش و سیره درست با او روبه‌رو شد.

۲-۲. تأملی در باب تلقی از کیفر چون وظیفه

همان‌گونه که پیداست، اساس نظریه مکافات‌گرایی در تلقی از کیفر چون وظیفه است. جان استوارت میل در نقد دیدگاه وظیفه‌گرایانه کانت بیان می‌دارد کسی که فضیلت را برای فضیلت می‌خواهد، یا به این سبب است که تصور داشتن آن یک لذت است یا به این سبب که تصور نداشتن آن یک رنج است یا به علت این هر دو با هم (میل، ۱۴۰۲، ص ۱۱۵). اگر بر این باور باشیم که منشأ واکنش کیفری در احساسات یا شهود یا برآمده از عقلانیت تغییرناپذیر ماست، در این صورت، نوعی از ذات‌گرایی اخلاقی را پذیرفته‌ایم که جدای از عدم امکان تغییر در اخلاق و

مصادیق آن، میل به کیفر را در درون افراد و نوعی میل طبیعی یا ذاتی قلمداد کرده‌ایم که در این صورت، امکان تغییر کیفر نسبت به یک عمل خاص، ممکن یا محتمل نیست و از طرف دیگر، در مواردی که عملی جرم‌زدایی شده است و به مناسبت آن هم کیفرزدایی شده است، توجیه چرایی عدم تمایل به کیفر آن، موجب تأمل است. در کنار این، این موضوع که شهود و ندای درونی ما به کدام سمت گرایش دارد قابل بحث است. اگر از مردم سؤال کنیم، فردی منزل دیگری را تخریب کرده است، آیا آنان کیفر را واکنش سزاوار آن می‌دانند یا بیان از جبران خسارت دارند. کیفر از منظر مکافات‌گرایی، اگر مبتنی بر وظیفه باشد و هیچ هدف و تمایلی در ورای آن نباشد، بر این پایه استوار است که من آن را صرفاً به این علت و هم به این دلیل انجام می‌دهم که آن را وظیفه خود می‌دانم، اما این‌که من خود را ملزم می‌دانم آنچه وظیفه من است را انجام دهم، مبتنی بر سائق و کششی درونی در من است که انجام وظیفه، درست و خوب است و این خود موجب می‌شود بنیاد موضوع تغییر یابد و بر این اساس، وظیفه انجام نمی‌شود صرفاً و فقط از آن جهت که وظیفه است. همچنان باید در نظر داشته باشیم از نظر کانت، دو غایت الزام‌آور داریم: بهبود خودمان و شادکامی دیگران (استور، ۱۴۰۲، ص ۲۸۵) و اگر چنین باشد، وظایف در خدمت این دو وظیفه متعالی قرار می‌گیرند و در واقع، وظیفه صرفاً به خاطر وظیفه بودنش انجام نمی‌گیرد.

۲-۳. بازاندیشی توجیه کیفردهی بر پایه میل و گرایش انسان

اگر یکی از دلایل توجیهی کیفر در چهارچوب سزادهی، توجیه بر اساس میل انتقام‌جویانه افراد باشد، فارغ از چگونگی اثبات وجود این میل و این‌که اساساً انسان چنین میلی را داراست یا خیر، «عمل بر اساس امیال انتقام‌جویانه، غیراخلاقی است [کما این‌که الزاماً برخی از امیال انسان، مورد تأیید اخلاق نیست]، حتی اگر این میل موجب رضایتمندی یا لذت شود، چراکه تبعیت از تمایلات دیگرآزارانه، از منظر اخلاقی مردود و ناموجه است» (pereboom, 2014, p.158). حتی باید گفت اگر انسان‌ها در برابر امر بد، واکنش بدی داشته باشند یا دارند، به این معنا نیست که این واکنش صحیح است یا باید از منظری اخلاقی آن را مورد تأیید قرار داد و این استدلال که چون بیشتر افراد، در چنین حالت‌هایی برانگیخته می‌شوند،^{۲۹} نمی‌تواند مبنایی برای توجیه کنش‌ها

۲۹. در قوانین «ایسلند برای مدت‌ها مجازات قتل پرداخت جزای نقدی به بازماندگان و یک امر مدنی بوده است» (Friedman, 1979, p.400). از منظر مخالفان اخلاق‌گرایی قانونی همچون هربرت هارت، در جرائمی که با عنوان جرائم علیه اخلاق شناخته می‌شوند، «وقتی هیچ قربانی‌ای وجود ندارد و صرفاً یک قاعده اخلاقی نقض شده است» (هارت، ۱۳۸۸، ص ۹۵)، نمی‌توان گفت مرتکب درد و زنجی را که به دیگران وارد کرده است، تحمل می‌کند.

یا واکنش‌ها باشد، زیرا همه واکنش‌های بشری همانند حسادت، بخل و حرص را نمی‌توان توجیه کرد.

اگر بنیان مکافات‌گرایی را بر سزاواری مرتکب جرم در تحمل درد و رنج بدانیم،^{۳۰} چنین چیزی در بطن خود نوعی از انتقام را جای داده و باید گفت «انتقام جویی به شیوه شگفتی‌آوری نایناست» (کنستان، ۱۴۰۳، ص ۱۷۳). بدین سان، مکافات‌گرایی «که مجازات را بر احساسات پست و دانی بشری مبتنی کرده» (یزدیان جعفری، ۱۳۹۱، ص ۵۳)، چیزی نیست جز اعتبار بخشیدن به انتقام؛ آنچه تنبیه می‌کند و پایه توجیهی خود را بر این بنا استوار می‌کند که این، سزای عمل ارتكابی است، انتقام نام دارد. بی‌راه نیست اگر گفته شود «عنوان پرطمطراق کیف‌های مکافات‌گرا صرفاً نامی اغواکننده و مؤدبانه برای چهره سنتی، غیراخلاقی و خشونت‌بار انتقام است» (Pratt, 2008, p.387).^{۳۱} تلافی یا انتقام زیر نام واکنش قانونی، محکوم به بطلان است،^{۳۲} چراکه واکنش‌هایی چون تلافی که غریزی پنداشته می‌شوند، بر بنیان احساس و هیجان ناهشیار آدمی استوار خواهد گشت و نه قانون برتافته از خرد آدمی و اساساً «یک تئوری پیشرفته کیفری باید غرایز آدمیان را تربیت کند نه این‌که مهار آن را بگسلاند» (Tebbit, 2000, p.169).^{۳۳} از آن‌جا که ما نمی‌توانیم اثبات کنیم که انسان تمایل به ایراد درد و رنج بر دیگری دارد یا از سرناچاری و در بستر اجتماع این را به صورت مستقیم یا غیرمستقیم آموزش می‌بیند و از آن‌رو که بخشش می‌تواند جامعه را به کمال و آرامش برساند، قانون، دست‌کم، نباید گرایش به درد رساندن را با هر توجیهی در جامعه موضوعی عادی و امری منطقی و معقول بنمایاند.

۳۰. اگرچه درد و رنج ویژگی و خصوصیت کیفر در همه نظریه‌های توجیه کیفر است، اما در این نوشتار، از منظر نقد مکافات‌گرایی و بر اساس نقد آن در درون اخلاق وظیفه‌گرا به آن پرداخته می‌شود و این گفته بدان معنا نیست که از منظر پیامدگرایانه، ماهیت کیفر تغییر می‌یابد. همان‌گونه که پیداست، از منظر فایده‌گرایانه نیز ماهیت کیفر، درد و رنج است و در همین راستا بیان شده است: هر مجازاتی توأم با درد و رنج برای مرتکب است یا درد و رنج جزء ویژگی‌های ضروری مجازات است (فرخ‌بخش، ۱۳۹۲، ص ۲۹۷-۲۹۸). با این وصف، آنچه در این نوشتار و در این بخش، موضوع بحث است، نقد توجیه مکافات‌گرایانه کیفر است و بر این اساس باید در نظر داشت توجیه اخلاقی کیفر مرگ فقط از منظر مکافات‌گرایانه مطرح نیست، بلکه از چشم‌اندازی پیامدگرایانه نیز به توجیه آن پرداخته شده است. اما آنچه در یک وجه، تمایز مکافات‌گرایی از فایده‌گرایی را موجب می‌شود آن است که مکافات‌گرایان «رنج ناشی از مجازات را نه تنها امر مذمومی تلقی نمی‌کنند، بلکه چه بسا امر ممدوحی می‌دانند» (فرخ‌بخش، ۱۳۹۲، ص ۲۹۸).

۳۱. آلبر کامو، اندیشمند فرانسوی، با زبانی گویا در نقد کیفر مرگ می‌نویسد: «بیایم آن را به نامی بخوانیم که عاری از هر جنبه انسانی است، جز این‌که دست‌کم حقیقتش را برملا می‌کند و به ما امکان می‌دهد آن را چنان که هست بشناسیم: انتقام» (کامو، ۱۳۹۹، ص ۴۰).

۳۲. همچنان‌که بیان شده است، اخلاق برای تقلیل یک شر، به شر دیگری متوسل نمی‌شود (فرخ‌بخش، ۱۳۹۲، ص ۲۹۶).

۳۳. «هر کسی می‌داند آنچه موجب ترافیک بزرگراه می‌شود تصادف وحشتناکی است که مردم فقط از روی کنجکاوی نیست که تماشاایش می‌کنند» (سانتاگ، ۱۴۰۱، ص ۷۵).

آنچه موجب نقد کیفر مکافات‌گرایانه است، ناسازگاری میان دو نگاه ناهمگون به این موضوع واحد است که مردم در حالت عادی خشونت را نقد و نفی کنند و صدمه رساندن به جسم یا روان فرد را امری مذموم و غیرموجه تلقی کنند و در حالت کیفردهی، بخواهند آن را موجه بدانند و بر این اساس، نمی‌توان توجیهی اخلاقی برای «پاسخ بدی را با بدی دادن» در نظر گرفت، زیرا ایراد درد و رنج توجیه‌پذیر و خردپسند نیست.

۲-۴. استحقاق و ناسازگاری تناسب میان جرم و کیفر

مکافات‌گرایی بر همانندی میان کیفر و عمل ارتكابی تأکید دارد و در همین راستا، بحث از ضرورت تناسب میان جرم و کیفر را مطرح می‌کند.^{۳۴} اگرچه در خوانش نوین از این نظریه، چگونگی وضعیت ذهنی مرتکب جرم نیز مورد توجه قرار می‌گیرد، اما پر واضح است که هرگز نمی‌توان به سنجشی دقیق از وضعیت مرتکب در حین ارتكاب جرم و احوال ذهنی و روانی حاکم بر وی در هنگام انجام جرم، به‌ویژه در جرائمی چون قتل، دست یافت. بنابراین، هرگونه قضاوت صرفاً ارزشی و بر مبنای احتمالات خواهد بود. در چنین وضعیتی، مفهوم مماثلت به چالش کشیده می‌شود، چراکه در اجرای کیفر، لاجرم باید در تمام جزئیات نیز همین همسانی رعایت گردد.^{۳۵} درد و رنج و فشارهای روانی ناشی از درماندگی میان مرگ و زندگی، خود مجازات مضاعفی است که به صورتی اندیشیده و به نام کیفر قانونی یا موجه اعمال می‌شود. در کنار توجیه‌ناپذیری خود کیفر، توجیه حالت‌هایی چون بازداشت موقت، که شخص صرفاً متهم بوده و گاه مدت زمان طولانی را در زندان یا بازداشتگاه طی می‌کند، خود، توجیهی به مراتب بیشتر از کیفر مبتنی بر محکومیت را می‌طلبد.

رعایت تناسب میان جرم و کیفر، ورود نرم مکافات‌گرایی به اصول حقوق جنایی در حوزه کیفردهی است. اما چگونه می‌توان صرف همخوانی ظاهری کیفر با ضرر ایجادشده را تناسب قلمداد کرد، به‌ویژه آن‌که میان جرم و کیفر، پیوند ذاتی وجود ندارد؟ به تعبیری، این تصور که برای هر رفتاری که در زمره جرائم آید، لاجرم باید برایش کیفر چون واکنش دردآور و رنج‌آور،

۳۴. اگرچه این بخش از نوشتار، با توجه به پرسش اساسی آن و روش نقد ایده کیفردهی در آموزه مکافات‌گرایی، پیوندی سراسر با تأملات مطرح‌شده ندارد، اما از این جهت بیان آن ضرورت دارد که یکی از مدعاهای اساسی مکافات‌گرایی در تناسب میان بزه و کیفر نقد کرده و این نظریه از منظر چگونگی تناسب بخشی نیز قابل نقد است.

۳۵. در این باب، در نقد تناسب در کیفردهی و ایراد بر فاصله زمانی و درد و رنجی که محکوم به اعدام از زمان صدور حکم تا اجرای آن تحمل نموده، بیان گردیده اگر قرار است عدالت در اثر اجرای اعدام، اجرا شود، «تنها در صورتی حقیقتاً اجرا می‌شد که قاتل، پس از آن‌که قربانی را از ماه‌ها قبل، از قتل او آگاه می‌کرد، عاقبت یک روز به خانه‌اش وارد می‌شد، او را محکم می‌بست و ساعت مرگش را مشخص می‌کرد و در نهایت، در زمان مقرر او را به تیغ می‌سپرد» (کامو، ۱۳۹۹، ص ۴۴).

اعمال شود، دقیق نمی‌نماید. این امکان وجود دارد رفتاری خاص جرم‌انگاری شده باشد، ولی واکنش به آن، ضمانت اجرای ترمیمی باشد. در همین ارتباط باید گفت، یکی از نقدهای جدی بر مکافات‌گرایی از جانب طرف داران آموزه عدالت ترمیمی قابل طرح است، چه رویکرد ترمیمی به حقوق جنایی و به «عدالت، هدفش ترمیم و احیای مجرم است. بازداشت شدن و متهم شدن به ارتکاب یک جرم معمولاً به از دست دادن کرامت انسانی منجر می‌شود» (شیکر، ۱۳۹۳، ص ۱۰۱). در واقع، چنان‌که پیداست، عدالت ترمیمی با تأکید بر فرایندهای جایگزین، با هدف ترمیم و جبران خسارات وارده بر بزه‌دیده و رعایت منافع و خیر آنان و نیز با تأکید بر شیوه‌هایی در جهت عدم کیفردهی، شکل دیگری از عدالت را تعریف می‌کند؛ عدالتی که مکافات‌گرایانه نیست و آن را از طریق درد و رنج موجود در ماهیت کیفر دنبال نمی‌کند.

آنچه در بحث از تناسب مطرح می‌شود، در کنار ایرادهای ماهوی به موضوع چگونگی متناسب‌سازی، بر این فرض استوار است که آن‌که محکوم می‌شود، سزاوار کیفر است، درحالی‌که میان محکوم شدن و سزاوار کیفر بودن، نسبت تساوی وجود ندارد. آنچه در دعوای کیفری، در نهایت شخص به آن محکوم شده، واقعیتی است که قاضی به آن نائل آمده، نه این‌که حقیقت همان باشد، چراکه خطاهای موجود در فرایند دادرسی کیفری و چالش‌های فراروی نظام ادله در دعوای کیفری، در قطعیت واقعی حکم تردید ایجاد می‌کند. به عنوان مثال، «مرکز [بررسی] محکومیت‌های نادرست، اثبات کرد ۵۹/۵ درصد از چهل و دو محکومیت به قتل که از سال ۱۹۷۰ ثبت شده است، به‌طور کلی، متکی بر اقرارهای نادرست متهم یا متهمان بوده است» (Douglas et al, 2006, p.500). در این صورت، به‌سادگی نمی‌توان گفت که محکومین به کیفر، هم در اصل محکومیت و هم در میزان کمی و کیفی آنچه به آن محکوم گشته، مستحق بوده‌اند.

۲-۵. عدالت جنایی و عدالت توزیعی؛ چالش مسئولیت فرد و جبرهای ساختار اجتماعی

در گستره حقوق کیفری باید به افتراق میان مبنای مسئولیت جنایی و مسئولیت اخلاقی توجه کرد. مسئولیت جنایی به علت پیوند قانون کیفری با جامعه، بر اساس مسئولیت اجتماعی استوار گشته است و جرم بسان شدیدترین حالت نقض نظم عمومی نگریسته می‌شود. نباید از نظر دور داشت که مبانی و شرایط مسئولیت اخلاقی و نیز واکنش در برابر قواعد اخلاقی، متفاوت از مسئولیت جنایی است. مکافات‌گرایی، زمانی‌که از سزاواری فرد برای سرزنش - کیفر صحبت

می‌کند، مرتکب جرم را کسی می‌داند که با اراده آزاد خود دست به انتخاب زده و به همین جهت مسئول است.^{۳۶} بر پایه این پیش فرض، او فردی است که خیر و نیکی خود را رقم می‌زند. در مقابل، گروهی که به آزادی ارادی مرتکب جرم مشکوک‌اند، «مکافات‌گرایی را رد می‌کنند، چراکه چنین توجیهی برای سزاواری مرتکب به کیفر دادن بر اساس شک‌هایی که آنان در وجود اراده آزاد مطرح می‌کنند، منطبق نیست» (Shaw, 2019, p.99). شرط مسئولیت، قابلیت سرزنش فرد است و شرط ضروری سرزنش، وجود آزادی اراده است و چنانچه بر این باور باشیم که فرد فاقد اراده آزاد است، نمی‌توان او را سرزنش کرد، چون که «کنترل فرد بر رفتار و اعمال خود پایه انتساب عمل به اوست که [نظریه مکافات‌گرایی] به این مبنا در انتساب عمل [و نه اسناد] نیاز دارد» (Shaw, 2019, p.99). بر این اساس، اگرچه مکافات‌گرایان وجود آزادی اراده مرتکب را فرض می‌گیرند، اما همین ایده موجب خواهد شد که اگر نقش عواملی را که بر آزادی اراده مؤثر واقع می‌شوند، اثبات شود، به تناسب این اثر، مسئولیت جنایی و به تبع سرزنش و کیفر، تعیین گردد و به همین دلیل، «شک‌گرایی در اراده آزاد، هر نوع از عمل سرزنش کردن که مسئولیت اخلاقی فاعل را بر اساس مفهوم و مدلول سزاواری فرض گرفته باشد، زیر سؤال می‌برد» (pereboom, 2014, p.127). در جوامع کنونی، فرد درون ساختارهای اجتماعی قرار گرفته است و این‌گونه نیست که او را گزینش‌گر اصلی تصمیم‌ها و کنش و واکنش‌های خود قلمداد کرد. نظریه مبتنی بر مسئولیت فردی، رابطه علیت را نیز در قالبی مکانیکی و عددی تعریف کرده است و نقش عوامل دیگر و سیمای ناپیدای جبر را نادیده می‌گیرد. در دنیای امروز، فرد فقط درون ساختار اجتماعی جامعه خود قرار نگرفته است، بلکه در اثر تکامل فناوری، در محیط سایبر غوطه‌ور است و جهان‌سایبری بسیاری از واقعیت‌ها و نگرش‌ها و طرز تلقی او از زندگی را شکل می‌دهد. مکافات‌گرایی به فروکاستن مسئولیت ساختاری و اجتماعی به مسئولیت فردی اقدام کرده و امر ساختاری، به فردی - روان‌شناختی تقلیل داده شده است. این واقعیت‌گزنده را نباید نادیده گرفت که جامعه در صورتی می‌تواند یکی از اعضایش را مجازات کند که تمام تکالیف خود را در قبال او انجام داده باشد و به تعبیری، در صورتی می‌تواند از او انتظار رعایت مسئولیت اجتماعی خود را داشته باشد که پیش‌تر، حقوق فردی او پاس داشته

۳۶. بر پایه رویکرد معاصر از مکافات‌گرایی، «به رسمیت شناختن آزادی فردی و در نتیجه، قبول اثر سزادهنده برای مجازات، محکوم را به سمت تأمل درباره عمل و آینده خود سوق می‌دهد» (پرادل، ۱۴۰۰، ص ۱۲۱). این امر نیز نوعی از احساس مسئولیت را در قبال عمل خود ایجاد خواهد کرد و بر این اساس، کیفر فقط وجهی مکافات‌گرایانه ندارد و نوعی از پیامد‌گرایی در آن مشاهده می‌گردد.

شده باشد.^{۳۷} عدالت کیفری در صورتی می‌تواند نمودی از عدالت استحقاقی باشد که ابتدائاً عدالت توزیعی - اجتماعی در جامعه رعایت شده باشد و به‌راستی چگونه می‌توان از شخص بینوایی که خود، قربانی عدم تحقق عدالت اجتماعی گردیده و جامعه به او مهارت‌های لازم و فرصت‌های رشد را نداده، انتظار مسئولیت‌پذیری داشت؟^{۳۸} اگر جامعه - دولت می‌خواهد بر پایه نقض مسئولیت اجتماعی از جانب مرتکب جرم، اعمال کیفر را توجیه کند، «در قدم اول باید برای همگان آشکار شده باشد که دولت تمامی توان و ابزارهای خود را برای از بین بردن بی‌عدالتی به کار گرفته است» (Gargarella, 2011, p.7)، زیرا چنان‌که پیداست، ارتکاب جرم در بیشتر موارد خود معلول شرایط محیطی است و «بزه‌کاران بیشتر قربانی اند تا گناهکار. این جامعه است که مسئول سقوط آنان است» (مالوری، ۱۳۸۸، ص ۲۷۳) و باید هر فقره ارتکاب جرم را واکاوی کرد تا سهم و نقش جامعه در شکل‌گیری فرایند مجرمانه مشخص شود.

۲-۶. مکافات‌گرایی و مسئله سزاواری

دادگاه‌های کیفری روزانه همت خود را برای محکومیت شمار فراوانی از اشخاص به کار می‌گیرند. اگر از قضاات سؤال شود چرا حکم به کیفر می‌دهید و چه هدفی در ورای این حکم وجود دارد، به موارد متعددی اشاره می‌کنند، از جمله این‌که، مرتکب عمل شدیدی را انجام داده است و باید بتوان رفتارش را تحمل کند و به تعبیری، دین خود را به بزه‌دیده و جامعه ادا کند. از دیگر سو، مکافات‌گرایان با این «مدعا موافق‌اند که مجازات کردن بزه‌کار به بیش از آنچه سزاوار است، از نظر اخلاقی غیرموجه است» (Rebuck, 2011, p.75). مدعای آموزه مکافات‌گرایی چنین عنوان می‌شود که باید مرتکب جرم را مجازات کرد، چون او سزاوار آن است، و استحقاقش از این جهت است که او جرم مرتکب شده و در هنگام ارتکاب نیز وضعیت ذهنی - روانی سالمی داشته است. اما نباید فراموش کرد که «همه آدم‌ها در طول عمرشان لاقلاً یک بار مرتکب اشتباه می‌شوند»

۳۷. ویکتور هوگو در داستان کلود ولگرد، به ترسیم آثار ساختارهای اجتماعی مؤثر بر ارتکاب جرم می‌پردازد و نوعی از اجبارهای مؤثر بر آزادی اراده را به تصویر می‌کشد. کلود در برابر رئیس دادگاه با اشاره‌ای عمیق به نقش پیچیده عوامل اجتماعی در ارتکاب جرم، چنین بیان می‌دارد: «البته دزدی کرده و مرتکب قتل هم شده‌ام، ولی شما آخر از خود بپرسید که من چرا دزدی کرده‌ام، چرا آدم کشته‌ام؟ آقایان قضاات، اگر راست می‌گویید به این دو سؤال جواب بدهید!» (هوگو، بی‌تا، ص ۵۵). هوگو خود به این پرسش‌های بی‌پاسخ کلود جواب می‌دهد و بر این باور است که «تقدیر او را در اجتماع چنان فاسدی انداخت که ناچار کارش به دزدی کشید. سپس اجتماع او را در زندان چنان بدی گرفتار کرد که عاقبت دست به آدم‌کشی زد» (هوگو، بی‌تا، ص ۶۰). در همین ارتباط، کامو پرسش بنیادین را مطرح می‌کند که باید درباره آن درنگ کرد: «آیا جامعه دست‌کم تا حدودی، مسئول جنایتی نیست که خود با این قاطعیت تنبیه می‌کند؟» (کامو، ۱۳۹۹، ص ۴۸-۴۹).

۳۸. در همین ارتباط بیان شده است عدم توجه آموزه سزادهی به واقعیت‌های اجتماعی و سیاسی ناظر به بزهکاری و پاسخ‌دهی به بزه، از جمله مهم‌ترین انتقادهای وارد بر آن است (غلامی، ۱۴۰۱، ص ۱۲۶).

(کلیم، ۱۴۰۱، ص ۴۸۹) و چه بسا آن اشتباه کشتن یک انسان باشد. افزون بر این، درد و رنج نهفته در کیفر نه فقط بر او، بلکه بر خانواده و افراد بی‌گناه متأثر از وضعیت محکوم علیه نیز تحمیل می‌شود، درحالی‌که بر اساس پذیرش ایده این آموزه در توجیه اخلاقی کیفر، «کیفر در صورتی موجه خواهد بود که بر بزهکار اعمال شود نه بر اشخاص بی‌گناه» (Duff in White, 2011, p.9).

از این رو و بر پایه اصل شخصی بودن کیفر، فقط باید مرتکب جرم متحمل کیفر گردد.

مسئله مهم دیگر در رویکرد مکافات‌گرایی این است که اگر پذیرفته شود بزهکار باید سزای عمل خود را ببیند، در وهله نخست باید دانست که بزهکار کیست؟ آیا لزوماً باید هر شخصی که قانون کیفری را نقض کرد، بزهکار دانست؟ از منظر اجتماعی تا چه میزان تمامی ناقضان قانون کیفری بزهکار محسوب می‌شوند؟ پرسش فراروی مکافات‌گرایی این است که سزای حقیقی مرتکبان جرم، در فرض توجیه سزاواری، چیست؟ باید گفت از این گزاره که باید هر عمل، واکنش سزاوار خود را داشته باشد، نمی‌توان نتیجه گرفت که کیفر همان چیزی است که مرتکب استحقاقش را دارد و بر این اساس، هم در اتصاف و وصف بزهکار به یک شخص تردیدهای متعدد می‌تواند وجود داشته باشد و هم در آنچه او سزاوار آن است.

در نظام‌های کیفری که تقسیم دوگانه جرم به جرائم طبیعی و قراردادی پذیرفته شده است، کیفر دادن جرائم با ماهیت قراردادی که تعداد آن‌ها بیش از جرائم طبیعی نیز هست، بیشتر محل تردید است. در این جرائم، توجیه «سرزنش‌پذیری بسیار دشوارتر خواهد بود» (Husak in Duff, 2005, p.70). در کنار این، یکی از مسائل غامض فراروی حقوق جنایی در دنیای امروز، افراط در جرم‌انگاری و کیفری قلمداد کردن اعمالی است که حتی در مورد ناهنجار بودن بعضی از آن‌ها نیز تردید وجود دارد. گاه اشخاص به علت ارتکاب اعمالی کیفر می‌شوند که آن عمل نباید وفق اصول و قواعد جرم‌انگاری داخل در قلمرو کیفری می‌شد و در این صورت، نمی‌توان گفت آنان که محکوم به ارتکاب جرم می‌شوند، سزاوار کیفرند. شاید مکافات‌گرایان در برابر این ایده پاسخ دهند که ما در پی سرزنش آنانی هستیم که در حقیقت بزهکارند، اما باید گفت که چگونه می‌توان دانست چه شخصی و در چه شرایطی حقیقتاً بزهکار است؟ به ویژه در دنیای کنونی که حقوق جنایی، پلیسی و امنیت‌گرا شده است و ما با پدیده سیاسی شدن حقوق کیفری روبه‌رویم. در همین ارتباط بیان شده است که مکافات‌گرایان درصدد توجیه کیفر از منظری اخلاقی‌اند، بدون این‌که بسترها و زمینه‌های سیاسی آن را به‌طور کافی

مورد توجه قرار دهند (Duffin White, 2011, p.6). در همین راستا باید به جنبه سیاسی کیفر توجه کرد و نباید مجازات را پدیده‌ای پنداشت که صرفاً ماهیتی اخلاقی یا اجتماعی دارد. گاه نظریه‌های کیفری به توجیه امری مبادرت کرده‌اند که به نام جامعه یا اخلاق اعمال می‌شود، ولی ضرورتاً این‌گونه نبوده است. پرسشی که در مقابل مکافات‌گرایی قرار می‌گیرد این است که «چه شخصی، چه کسی را کیفر می‌دهد» (Duffin White, 2011, p.7) و چرا کیفر می‌دهد. همان‌گونه که پیداست، در جهان کنونی، این دولت است که مجری قانون است و ضمانت اجرای کیفری توسط او اجرا می‌شود. آنچه در بیشتر نظریه‌های سیاسی موجه‌انگار کیفردهی مورد تأکید است، ضرورت حفظ نظم و تضمین امنیت عمومی است که رویکردی پیامدگرایانه دارد. به عبارتی دیگر، بیم آن هست که مکافات‌گرایی در دام توجیه اخلاقی مجازات و کیفرهایی قرار گیرد که دولت‌ها به کام خود و به نام سزآوری یا عدالت اجرا می‌کنند و از این منظر، دولت‌هایی که طرف‌دار کیفرهای شدیدند، بر اساس توجیه مکافات‌گرایانه اقدام به کیفرگذاری و کیفردهی شدید خواهند کرد و آموزه مکافات‌گرایی، حتی بدون آن‌که خود بخواهد، در چنبره توجیه استفاده از کیفرهای شدید و گاه غیرانسانی قرار گرفته است.^{۳۹}

یکی از استدلال‌های طرف‌داران مکافات‌گرایی این است که مرتکب از طریق ارتکاب جرم، امتیازات یا منافع را به دست آورده است و باید در برابر این برخورداری ناروا، مابه‌ازای آن را پرداخت کند و بر این اساس، کیفر توجیه می‌شود. در مقابل، باید گفت جبران خسارت در امر خصوصی یا خسارات تنبیهی، مصداقی از جبران در برابر به دست آوردن منافع غیرعادلانه است. این‌که آیا بدون اعمال کیفر می‌توان به نظم عمومی تضمین بخشید و آیا می‌توان روابط شهروندان را بدون ارجاع به خشونت و کیفر تنظیم و تمشیت کرد؟ پاسخی که والتر بنیامین می‌دهد، این است که بدون تردید، روابط میان اشخاص [در حقوق] خصوصی سرشار از نمونه‌های این حالت است (بنیامین، ۱۳۹۹، ص ۱۰۷). در همین راستا، از منظر بکاریا،^{۴۰} «هدف کیفر جز آن نیست که بزهکار را از زیان رساندن دوباره به شهروندان باز دارد» (بکاریا، ۱۴۰۰، ص ۶۷)،

۳۹. دفاع اجتماعی از جمله آموزه‌هایی است که می‌توان از ایده‌های آن در نقد مکافات‌گرایی الهام گرفت، چه این‌که این مکتب به اصلاح و درمان مرتکب توجه کرده و ناکارآمدی بسیاری از سیاست‌های کیفری در قبال جرم را اعلام نموده و این آموزه «علیه برداشت سنتی [است] که انحصاراً بر حقوق کیفری [اعمال کیفر علیه پدیده مجرمانه] تأکید دارد» (آنسل، ۱۴۰۱، ص ۴۴).

۴۰. البته باید در نظر داشت نقدهای جدی نیز بر ایده سودمندی کیفرها وجود دارد که موضوع این مقاله نیست و اشاره نویسنده به بکاریا، به معنای عدم توجه به چالش‌های فراروی آموزه بکاریا و دیگر سودگرایان کیفری نیست.

همچنان‌که باید گفت حقوق جنایی در ماهیت خود، رویکردی پیامدگرایانه دارد و «ارزش ذاتی حقوق جنایی پیشگیری از قتل، زنا یا به عنف، ضرب و جرح و دیگر موارد مشابه است» (Moore, 2012: 27). این مهم نیز بدان علت است که قانون کیفری یکی از اقسام قانون است و قانون نیز محصول توافق اجتماعی است و مبتنی بر ضرورت‌های همزیستی مسالمت‌آمیز وضع شده است. وجود قانون، متکی بر اعتباری است که در اثر نقش اجتماعی خود یافته است. بی‌گمان، در امری که خود محصول توافق است و اعتبار، نمی‌توان از ذاتی بودن آن صحبت به میان آورد و صرف وجود آن را فارغ از نتایج، خوب یا درست قلمداد کرد و به همین جهت اگر مکافات‌گرایی، تحقق سزا و استحقاق را امری نیک می‌داند، باید پرسید که «آیا آن خیری که مردم سزاوار آن‌اند و باید به آن‌ها اعطا کرد، یک خیر ذاتی است یا صرفاً خیری ابزاری؟» (Kagan, 2012, p.15). از این نکته نباید غفلت کرد که مردم قانون را درون زندگی اجتماعی تجربه می‌کنند و نمی‌توان دیدگاهی فارغ از پیامدهای اجرای قانون به اعمال کیفر داشت.

نتیجه‌گیری

دغدغه اساسی مکافات‌گرایی، موجه کردن یا عادلانه معرفی نمودن کیفر است و با وجود نقش خوبی که اندیشه مکافات‌گرایی در نقد کیفرهای نامتناسب و شدید و نامعین داشته و دارد، با چالش‌های مبنایی جدی مواجه است. نقد اصلی به مکافات‌گرایی این است که کیفر را به مثابه واکنشی درخور در برابر رفتار ارتكابی پذیرفته و در واقع، ماهیت آن را نادیده گرفته است و دل‌مشغولی خود را به عمل و سزای آن محدود کرده و هیچ هدفی ناظر بر مرتکب جرم یا جامعه ندارد. در کنار این، تلقی از کیفر، چون وظیفه، موجب این نقد می‌شود که در مقام اثبات، این‌که چه چیزی و چرا وظیفه است، نتواند با مبنایی متقن همراه گردد و از این رو، وظیفه نیز خود در راستای تحقق امر دیگری است، حتی اگر آن، کشش و سائق انسان به سوی امر خوب و درست یا آرامش ناشی از انجام وظیفه باشد. از طرفی، نقد کانت بر برخی کیفرهای برخلاف کرامت انسانی، گویای آن است که در تقابل وظیفه و تناسب و سزاواری و کرامت، کانت اولویت را به ارزشمندی انسانی می‌دهد و این نیز بیانگر آن است که وظیفه به‌صرف وظیفه بودنش انجام نمی‌گیرد. مکافات‌گرایی در صورتی می‌تواند موجه نماید که کاربرد خشونت را به هر انگیزه‌ای، کاملاً اخلاقی بداند. اگر در برخی اندیشه‌های مکافات‌گرایانه، صرف به دست آوردن منفعت

غیرعادلانه، توجیه‌کننده کیفر است، باید گفت بسیاری از اعمال در حوزه حقوق خصوصی، ضرر و صدمه‌ای را ایجاد می‌کنند، اما به جبران خسارات اکتفا می‌شود. همچنین، این‌که سزا دادن وظیفه است یا خوب است، دو گزاره مختلف با آثار متفاوت‌اند. شاید در وهله نخست، خوبی همچون زیبایی، امری همه‌شمول و ذاتاً نیک قلمداد گردد، اما این خوبی باید در راستای تأمین امر دیگری باشد که نیک است و این‌گونه نیست که مقصود لذاته باشد و از این منظر، مکافات‌گرایی خصوصی کارکردی می‌یابد. اگر کیفر دادن یک جرم عادلانه باشد، در این صورت، کیفر ندادن یا جرم‌زدایی از آن امری غیرعادلانه می‌شود، اما شهود اجتماعی مردم، غیر این است. در کشورهایی که از سامانه نظام مجازات‌ها کیفرهای شدید حذف می‌شوند، افکار عمومی الزاماً این کیفرزدایی را غیرعادلانه نمی‌دانند. در همین ارتباط، مسئله اساسی فراروی مکافات‌گرایی، چگونگی تعیین امر درست و نادرست و چگونگی تشخیص آن‌هاست و این‌که کیفر دادن چگونه می‌تواند امر خوب را تضمین کند. همچنین این موضوع که عدالت چیست و امر عادلانه چگونه و توسط چه کسی تعیین می‌شود، بر فرایند توجیه عادلانه کیفر اثر می‌گذارد، و چگونه می‌توان تعیین کرد که کیفر دادن مرتکب عین عدالت است، زیرا دست‌کم در مواردی، کیفر ندادن مرتکب جرم امری عادلانه تلقی می‌شود.

فهرست منابع

۱. آنسل، مارک. (۱۴۰۱ش). دفاع اجتماعی، (ترجمه محمد آشوری و علی حسین نجفی ابرندآبادی). تهران: گنج دانش.
۲. استور، کارن. (۱۴۰۲ش). انتخاب آزادی، راهنمای کانتی زیستن، (ترجمه حسام گودرزی). تهران: طرح نو.
۳. بکاریا، سزار. (۱۴۰۰ش). رساله جرایم و مجازات‌ها، (ترجمه محمدعلی اردبیلی). تهران: نشر میزان.
۴. بنیامین، والتر. (۱۳۹۹ش). برگزیده مقالات والتر بنیامین، (ترجمه رؤیا منجم). تهران: نشر علم.
۵. بولک، برنار. (۱۴۰۲ش). کیفرشناسی، (ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، ویراست پنجم). تهران: مجد.
۶. برادل، ژان. (۱۴۰۰ش). تاریخ اندیشه‌های کیفری، (ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی). تهران: سمت.
۷. جوان جعفری، عبدالرضا؛ ساداتی، سید محمدجواد. (۱۳۹۰ش). از سزاگرایی کلاسیک تا سزاگرایی نوین (ارزیابی اندیشه مکافات‌گرایی). آموزه‌های حقوق کیفری، ۲۸، ۱۱۹-۱۴۸.
۸. جوان جعفری، عبدالرضا؛ ساداتی، سید محمدجواد. (۱۳۹۱ش). سزاگرایی در فلسفه کیفر. پژوهشنامه حقوق کیفری، ۳(۱)، ۵۹-۸۱.
۹. جیکوبز، جانان‌آ. (۱۳۹۶ش). فرهنگ اصطلاحات فلسفه اخلاق، (ترجمه سید محمدعلی تقوی و زهره علوی راد). تهران: نشر مرکز.
۱۰. دورکیم، امیل. (۱۳۵۹ش). تقسیم کار اجتماعی، (ترجمه حسن حبیبی). تهران: انتشارات قلم.
۱۱. دولت‌آبادی، محمود. (۱۳۹۷ش). طریق بسمل شدن. تهران: نشر چشمه.
۱۲. رستمی، هادی. (۱۳۹۹ش). حقوق کیفری و لیبرالیسم. تهران: نگاه معاصر.
۱۳. رستمی، هادی. (۱۳۹۵ش). تقابل وظیفه‌گرایی و غایت‌گرایی فایده‌محور در توجیه کیفر. پژوهشنامه حقوق کیفری، ۷(۲)، ۱۳۱-۱۵۵.
۱۴. ساتناگ، سوزان. (۱۴۰۱ش). تماشای رنج دیگران، (ترجمه زهرا درویشیان). تهران: نشر چشمه.
۱۵. شیکر، دیوید. (۱۳۹۳ش). مفهوم و ماهیت مجازات، (ترجمه حسین آقایی جنت‌مکان). تهران: انتشارات جنگل.
۱۶. صابری، علی. (۱۳۹۳ش). قرائت‌های معاصر از سزاگرایی. مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، ۱(۱)، ۱۴۵-۱۶۴. <https://doi.org/10.22059/jqclcs.2014.54929.164>
۱۷. غلامی، حسین. (۱۴۰۱ش). کیفرشناسی؛ کلیات و مبانی پاسخ‌شناسی جرم. تهران: نشر میزان.
۱۸. فخر، فائزه. (۱۳۹۹ش). نو لیبرالیسم و تولد دوباره سزاگرایی کیفری. فصلنامه سیاست، ۵۰(۱)، ۲۲۹-۲۴۸. <https://doi.org/10.22059/jpq.2020.140601.1006701>
۱۹. فرح‌بخش، مجتبی. (۱۳۹۲ش). جرم‌انگاری فایده‌گرایانه. تهران: نشر میزان.
۲۰. کامو، آلبر. (۱۳۹۹ش). تأمل درباره گیوتین، (ترجمه قاسم رستمی). تهران: فرهنگ جاوید.

۲۱. کانت، ایمانوئل. (۱۴۰۱ش). *فلسفه حقوق*، (ترجمه منوچهر صانعی دژه‌بیدی). تهران: انتشارات نقش و نگار.
۲۲. کلیما، ایوان. (۱۴۰۱ش). قاضی، (ترجمه فرخ پوری‌آوری). تهران: نشر ثالث.
۲۳. کنستان، بنژامن. (۱۴۰۳ش). آدلف، (ترجمه مینو مشیری). تهران: نشر ثالث.
۲۴. مالوری، فیلیپ. (۱۳۸۸ش). اندیشه‌های حقوقی، (ترجمه مرتضی کلانتریان). تهران: نشر آگه.
۲۵. موسوی‌مجاب، سید درید؛ مهذب، مریم. (۱۳۹۹ش). جستارهایی در جامعه‌شناسی کیفری. تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
۲۶. میرمحمدصادقی، حسین. (۱۴۰۱ش). حقوق جزای عمومی، (جلد سوم: واکنش اجتماعی در برابر جرم). تهران: دادگستر.
۲۷. میل، جان استیوارت. (۱۴۰۲ش). فایده‌گرایی، (ترجمه مرتضی مردیها). تهران: نشر نی.
۲۸. نانسی، ژان لوک. (۱۳۹۲ش). عدالت، عشق، زیبایی، (ترجمه افشین حقیقی). تهران: نشر مرکز.
۲۹. یکرنگی، محمد. (۱۳۹۶ش). مشروعیت سیاسی کیفر. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۳۰. یزدیان جعفری، جعفر. (۱۳۹۱ش). چرایی و چگونگی مجازات. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۳۱. هابز، توماس. (۱۴۰۲ش). لویاتان، (ترجمه حسین بشیریه). تهران: نشر نی.
۳۲. هارت، هربرت. (۱۳۸۸ش). آزادی، اخلاق، قانون، (ترجمه محمد راسخ). تهران: طرح نو.
۳۳. هاشک، یاروسلاو. (۱۴۰۲ش). شوایک، (ترجمه کمال ظاهری). تهران: نشر چشمه.
۳۴. هالوی، گابریل. (۱۴۰۲ش). کیفردهی آموزه‌ای مدرن، (ترجمه علی شجاعی). تهران: دادگستر.
۳۵. هوگو، ویکتور. (بی‌تا). کلود ولگرد، (ترجمه محمد قاضی). تهران: گوتنبرگ.
36. Alexander, Larry, Kimberly Kessler Ferzan, Stephen J. Morse. (2012). *Crime and Culpability*. Cambridge University Press.
37. Bennett, Christopher. (2008). *The apology ritual*. Cambridge university press.
38. Christie, Nils. (1981). *Limit to pain*. Universite tsforlagate.
39. Clarke, Dean H. (1982). *Justification for punishment*. contemporary crises.
40. Coleman, Jules L, Kenneth Einar Himma, and Scott J. Shapiro. (2012). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford University Press.
41. De Lagansnerie, Geoffry. (2018). *Jude and punish: the penal state on trial*, (translated by Lara vergaud). Stanford university press.
42. Douglas, John E, Ann W. Burgess, Allen G. Burgess, Robert K. Ressler. (2006). *Crime classification manual*. Jossey-Bass.

43. Duff, R. A, Punishment. (2001). *communication and community*. Oxford university press.
44. Duff, R.A and Stuart p Green. (2005). *Defining crimes; essays on the special part of the criminal law*, (first published). Oxford university press.
45. Duff, R.A and Stuart p Green. (2011). *Philosophical foundation of criminal law*. Oxford university press.
46. Fassin, Didier. (2018). *The will to punish*. Oxford university press.
47. Frost, Natsha A. (2006). *The punitive state, crime, punishment and imprisonment across the United states*. LFB scholarly publishing LLC.
48. Gargarella, Roberto. (2011). Penal coercion in context of social injustice. *Crim law and philosophy*, 5(1), 21-38. <http://dx.doi.org/10.1007/s11572-010-9107-4>
49. Kagan, Shelly. (2012). *The Geometry of desert*. Oxford university press.
50. Kelly, Erin l. (2018). *The limits of blame; rethinking punishment and responsibility*. Harvard university press.
51. Lacy, Nicola. (1988). *State punishment*, (first published). Routledge.
52. McDermott, Daniel. (2001). The permissibility of punishment, *law and philosophy journal*, 20(4), 403-432. <https://link.springer.com/article/10.1023/A:1010686627586>
53. Moore, Michael. (2012). *Placing Blame; A general theory of the criminal law*. Oxford university press.
54. Morisi, Eve. (2014). To kill a human being: Camus and capital punishment. *South central Review*, 31(3), 43-63. <http://dx.doi.org/10.1353/scr.2014.0022>
55. Murphy, Jeffrie G. (2011). *punishment and the moral emotion*. Oxford university press.
56. Norrie, Alan w, law. (1991). *ideology and punishment*. Kluwer academic publisher.
57. Pereboom, Derk. (2014). *Free will, agency and meaning in life*. Oxford university press.
58. Pratt, Jhon. (2008). *Retribution and Retaliation, in penology and criminal justice*, (edited by Shlomo Giora, Ori Beck and Martin Kett). CRC press.
59. R.P. Kaufman, Whitley. (2013). *Honor and revenge: a theory of punishment*. Springer.
60. Roebuck, Greg; David Wood. (2011). A retributive argument against punishment. *Criminal law and philosophy*, 5(1). <http://dx.doi.org/10.1007/s11572-010-9109-2>
61. Dancig-Rosenberg, Hadar.; Netanel Dagan. (2018). Retributarianism: a new individualization of punishment. *Criminal law and philosophy*, 13(2016), <https://link.springer.com/article/10.1007/s11572-018-9460-2>
62. Shaw, Elizabeth; Derek Pereboom and Gregg Carusog. (2019). *Free will skepticism in law and society*. Cambridge university press.

63. Tadros, Victor. (2011). *The ends of harm; the moral foundation of criminal law*. Oxford university press.
64. Tebbit, Mark. (2000). *Philosophy of Law, an Introduction, printed in Great Britian*, (first publish). Routledge.
65. Tonry, Michael. (2011). *Retributivism has a past, has it a future?*. Oxford university press.
66. Von Hirsch, Andrew. (1986). *Past or future crimes*. Manchester university press.
67. White, Mark D. (2011). *Retributivism; essay on theory and policy*. Oxford university press.
68. Wittman, Donald. (1974). Punishment as retribution. *Theory and decision*, 4(3-4), 209-237. <https://link.springer.com/article/10.1007/BF00136647>
69. Zaibert, Leo. (2006). *punishment and retribution*. Ashgate.
70. Zimmerman, Michael J. (2011). *The immorality of punishment*. Broadview press.



Neutral Criminal Legislation; Cultural Monoism or Pluralism

Marjan Massodian Khouzani¹, Ghasem Ghasemi², Norouz Kargari³, Nasrin Mehra⁴

1. PhD Student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Theology and Political Science, Islamic Azad University, Research and Science Branch, Tehran, Iran. Email: mj.masoodian@gmail.com
2. Corresponding author, Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Theology and Political Science, Islamic Azad University, Research and Science Branch, Tehran, Iran. Email: ghasem.ghasemi@srbiau.ac.ir
3. Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Theology and Political Science, Islamic Azad University, Research and Science Branch, Tehran, Iran). Email: nouroozk@gmail.com
4. Full Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. Email: docnas@mail.com

Article Info

Article type:

Original research

Received: 19 October 2024

Received in revised form: 11

December 2024

Accepted: 21 December 2024

Available online: 4 January

2025

Keywords

principle of neutrality, cultural Pluralism, cultural monoism, justice-seeking, minimalism, democracy.



Abstract

In accordance with the principle of neutrality as a pillar of the 'Rule of Law,' legislation must remain impartial to individual conflicts. This paper aims to elucidate the rationale behind the validity of the neutrality principle and propose a framework for its application in criminal legislation concerning cultural issues. Consequently, this study investigates the fundamental principles of neutral criminal legislation, the normative approach derived from such cultural policymaking, and the significant criteria for formulating criminal laws based on this approach. The present article utilizes a descriptive-analytical method study these research questions. Based on paper findings, the neutral approach to criminal legislation emerges from multiple foundational principles, including the Autonomy, Individualism, and the collective will of citizens regarding their governance. These components align with the substance of cultural pluralism, which delegates authority to citizens to observe prevailing cultural practices (major cultural matters.). criminal norm-setting under this approach relies on criteria such as justice-seeking, minimalism, and the procedural-institutional framework of criminal legislation. The resulting penal code remains free from unjust cultural discrimination and maintains equal impartiality toward all cultures.

Cite this article: Massodian Khouzani, M.; Ghasemi, Gh.; Kargari, N. & Mehra, N. (2024). Neutral Criminal Legislation; Cultural Monoism or Pluralism. *Criminal Law Doctrines*, 21(27), 263-292. <https://doi.org/10.30513/cld.2024.6380.2038>



© The Author(s). Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.



قانون گذاری کیفری بی طرفانه؛ وحدت گرایی یا کثرت گرایی فرهنگی؟

مرجان مسعودیان خوزانی^۱، قاسم قاسمی^۲، نوروز کارگری^۳، نسرين مهرا^۴

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق، هیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. رایانامه: mj.masoodian@gmail.com

۲. نویسنده مسئول، استادیار، گروه حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق، هیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. رایانامه: ghasem.ghasemi@srbiau.ac.ir

۳. استادیار، گروه حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق، هیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. رایانامه: nouroozk@gmail.com

۴. استاد، گروه حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران. رایانامه: docnas@mail.com

چکیده

مطابق با اصل بی طرفی به عنوان یکی از ستون‌های اصل «حاکمیت قانون» (Rule of Law)، قانون باید نسبت به تضادهای افراد، بی تفاوت باشد. هدف این مقاله، تبیین دلایل اعتبار اصل بی طرفی و ارائه چهارچوبی برای به کارگیری این اصل در قانون گذاری کیفری در حوزه فرهنگ است. از این رو، مهم ترین مبانی قانون گذاری کیفری بی طرفانه و رویکردی که این گونه هنجار گذاری در حوزه فرهنگ از آن حاصل می گردد و مهم ترین معیارهای قانون گذاری کیفری مبتنی بر این رویکرد، مورد پرسش می باشد. مقاله پیش رو به روش توصیفی - تحلیلی، به بررسی سؤال های مطرحه می پردازد و بنابر یافته های آن، نگرش بی طرفانه به قانون گذاری کیفری از مبانی مختلفی نظیر خودفرمانی، فردگرایی و خواست عمومی شهروندان نسبت به حکمرانی بر آن ها سرچشمه می گیرد. این مؤلفه ها با محتوای کثرت گرایی فرهنگی که اختیار پیروی از عمده امور فرهنگی را به شهروندان واگذار می نماید، منطبق می باشند. هنجار گذاری کیفری بر اساس این رویکرد، متکی بر معیارهایی نظیر عدالت خواهی، کمیته گرایی و ساختار فرایندی و نهادی قانون گذاری کیفری است و قانون کیفری برخاسته از آن، از تبعیضات فرهنگی ناروا به دور است و از همه فرهنگ ها جانب داری یکسان می نماید.

استناد: مسعودیان خوزانی، مرجان؛ قاسمی، قاسم؛ کارگری، نوروز؛ مهرا، نسرين. (۱۴۰۳). قانون گذاری کیفری بی طرفانه؛ وحدت گرایی یا کثرت گرایی فرهنگی؟ آموزه های حقوق کیفری، ۲۱(۲۷)، ۲۶۳-۲۹۲.

<https://doi.org/10.30513/cld.2024.6380.2038>

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۷/۲۸
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۹/۲۱
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۱
تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۳/۱۰/۱۵

کلیدواژه ها

اصل بی طرفی، کثرت گرایی فرهنگی، وحدت گرایی فرهنگی، عدالت خواهی، کمیته گرایی، دموکراسی.



مقدمه

خلق و ایجاد قانون کیفری که از آن به عنوان فرایند قانون‌گذاری کیفری یاد می‌شود و طی آن، مقنن فعلی یا ترک فعلی را ممنوع و برای آن ضمانت اجرا تعیین می‌کند، از اصول و معیارهایی تبعیت می‌نماید. اصول حاکم بر قانون‌گذاری کیفری، نه تنها اثربخشی قوانین کیفری را تضمین می‌کنند، بلکه لازمه استقرار حاکمیت قانون در جوامع مدرن نیز محسوب می‌گردند. بدین ترتیب، معیار قانون‌مندی یا حاکمیت قانون که به طور سنتی به معنای لزوم اقدام متولیان در چهارچوب قوانین ازپیش تعیین شده و اقتباس صلاحیت آن‌ها از منشأ قانونی است، امروزه مستلزم کیفی بودن قانون و رعایت ضوابط متعددی نظیر شفافیت، ثبات، در دسترس بودن و ناظر به آینده بودن قانون می‌باشد^۱ و در برداشتی وسیع‌تر و «خردبنیاد»، رعایت اصول فراقانونی و ارزش‌های بنیادین نظیر کرامت انسانی در محتوای قانون کیفری نیز از ملزومات حاکمیت قانون به شمار می‌رود.^۲ اصل قانون‌مندی، به‌ویژه در برداشت خردبنیاد از آن، نقش عمده‌ای در حمایت از حقوق و آزادی‌های افراد، به خصوص افراد آسیب‌پذیر دارد. یکی از ضوابط حاکمیت قانون، پایبندی به «اصل بی‌طرفی»^۳ است. مطابق با این اصل، قانون باید نسبت به تضادهای افراد، بی‌تفاوت باشد و آن‌ها را به دنبال نمودن اهداف خاصی ملزم نسازد. قانون‌گذاری کیفری پیرو این رویکرد، به ویژگی‌ها و دیدگاه‌های متفاوت همه شهروندان احترام می‌گذارد و از هر گونه امتیازدهی یا ایجاد محرومیت که شائبه جانب‌داری از جنسیت، دین، زبان، نژاد یا مؤلفه خاص دیگری را ایجاد می‌کند، دوری می‌گزیند. این شیوه که به موجب آن، قانون اعم از حمایت‌کننده و یا کیفردهنده، نسبت به همه افراد، یکسان اجرا می‌شود، حاکی از بی‌طرفی شکلی قانون و «برابری رفتاری»^۴ آن با شهروندان است. با این حال، از آن‌جا که برخی افراد در پیگیری غایات خود در جامعه با مانع مواجه می‌باشند، گاهی قوانینی که نسبت به تضادهای آن‌ها بی‌تفاوت‌اند، نمی‌توانند به منافع تک‌تک، صحنه‌نهاد و از تبعیض و جانب‌داری مبرا بمانند. از این رو در مواردی، افراد و گروه‌های دارای مؤلفه‌های متمایز، از تکلیف تبعیت از قوانین مخالف با آن مؤلفه‌ها مستثنا می‌شوند و

۱. برای مطالعه بیشتر (نک: نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۲ (الف)، ص ۱۳).

۲. برداشت خردبنیاد «Right-Based» از اصل حاکمیت قانون، برگرفته از سنت انگلیسی حاکمیت قانون است که بر نظام‌های حقوقی دیگر کشورها از جمله فرانسه تأثیر قابل ملاحظه‌ای گذاشته است. برخی معتقدند که این سنت، ادامه سنت «دولت قانونی» (Rechtsstaat) در آلمان است (مرکزالمیری، ۱۳۹۴، ص ۴۰).

3. Principle of Neutrality

4. Behavioral Equality

تضمیناتی به نفع این افراد و گروه‌ها و در جهت فراهم شدن امکان پیروی آن‌ها از مؤلفه‌های خود ایجاد می‌گردد. التزام به این رویکرد خردمندانه موجب می‌شود تا قوانین عام کیفی به منظور برآوردن انتظارات برخی افراد آسیب‌پذیر، جرح و تعدیل شوند و حکایت از بی‌طرفی ماهوی قانون و «برابری حمایتی»^۵ آن از شهروندان دارد.^۶

بر این اساس، مطاوعت و اعتباربخشی به ارزش‌های فرهنگی مختلف در قانون کیفی، حاکی از پایبندی قانون‌گذار به اصل بی‌طرفی است. ارزش‌های فرهنگی مختلف، نه تنها در جوامعی که اقلیت‌های قومی، زبانی، دینی و حتی نژادی حضور دارند، بلکه در جوامعی نیز که به واسطه گسترش وسایل ارتباط جمعی و وسعت مرزهای مشترک با سایر کشورها و یا به علل دیگر، با تفاوت‌های شهروندان در پوشش، آداب و رسوم و سبک زندگی مواجه می‌باشند، قابل مشاهده است. در چنین شرایطی، مستندات بسیاری برای رعایت اصل بی‌طرفی توسط قانون‌گذار کیفی وجود دارد. التزام به اصل بی‌طرفی یکی از دستاوردهای علوم جنایی مدرن محسوب می‌شود.^۷ همچنین محتوای این اصل و آثار آن، در اسناد بین‌المللی متعددی مورد تأکید قرار گرفته است^۸ و به موجب قوانین اساسی در بسیاری از کشورها به هنجار برتر تبدیل شده است.^۹ با این حال، اعمال بی‌طرفی و هر گونه رویکرد هنجاری دیگر نسبت به قانون‌گذاری کیفی، تا حدود زیادی در پیوند با نظریه‌های سیاسی و بستریهایی که فراهم می‌آورند، می‌باشد. رویکرد قانون‌گذاری کیفی به اصل بی‌طرفی در حوزه فرهنگ نیز بیش از

5. Supportive Equality

۶. برای مطالعه بیشتر (See: Lecce, 2008).

۷. برای نمونه، مطابق با یافته‌های جرم‌شناسی فرهنگی به عنوان یکی از شاخه‌های جرم‌شناسی انتقادی، جرم اغلب ریشه در فرهنگ دارد. از این رو هنگام بررسی بزهکاری باید به تبیین فرهنگی از زمینه‌های ارتکاب آن پرداخت و از هر اقدام کیفی که باعث به حاشیه راندن فرهنگ‌های مختلف شود، اجتناب نمود. برای مطالعه بیشتر در خصوص جرم‌شناسی فرهنگی (نک: آقایی، ۱۳۹۷).

۸. اصل بی‌طرفی و آثار آن، از جمله در ماده ۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده ۲، ۲۶ و ۲۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، ماده ۲ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، اشاره شده است و اعلامیه حقوق افراد متعلق به اقلیت‌های ملی، قومی، مذهبی و زبانی، اعلامیه جهانی تنوع فرهنگی، کنوانسیون چهارچوب حمایت از اقلیت‌های ملی، کنوانسیون رفع هر گونه تبعیض نژادی و... در راستای پذیرش آن می‌باشند و این اصل را به یک اصل بین‌المللی تبدیل نموده‌اند. در خصوص بین‌المللی شدن اصول کیفی (نک: نجفی ابرنآبادی، ۱۳۹۹).

۹. اصل بی‌طرفی و آثار آن، برای نمونه، در اصل یکم قانون اساسی فرانسه و اصل چهارم و پنجم قانون اساسی آلمان قید شده و سیاست جنایی این کشورها را بر مبنای آن شکل داده است. در خصوص شکل‌گیری سیاست جنایی بر مبنای اصول قوانین اساسی (نک: نجفی ابرنآبادی، ۱۴۰۱).

هر چیز از نظریات سیاسی و وابستگی آن‌ها به «گفتمان^{۱۰}» های فرهنگی وحدت‌گرا یا کثرت‌گرا اثر می‌پذیرد.

همانندسازی یا وحدت‌گرایی فرهنگی به معنای پذیرش ارزش‌ها، الگوهای فرهنگی و سبک زندگی گروه برتر توسط افراد و گروه‌های حاضر در جامعه به ترتیبی که در بطن گروه برتر جذب شوند، به کار می‌رود (ساروخانی، ۱۳۸۰، ص ۴۴). تأکید بر تمرکز فرهنگ‌ها، آرمان‌گرایی و استحاله فرهنگی، برخی از شاخصه‌های وحدت‌گرایی‌اند که در تحلیل ابعاد گوناگون این گفتمان، کارساز می‌باشند. گفتمان وحدت‌گرا، با توجه به مؤلفه‌های آن، اغلب در نظرات فلاسفه طیف‌های مختلف «جمع‌گرا»^{۱۱} مشاهده می‌شود.

در نقطه مقابل، کثرت‌گرایی یا پلورالیسم فرهنگی به معنای شناسایی شیوه‌ها و رسوم اجتماعی مختلف در درون جوامع فرهنگی گوناگون است (وینست، ۱۴۰۲، ص ۲۶۴). این گفتمان، از حقانیت و ارجمندی مؤلفه‌های فرهنگی همه افراد، غیر از مواردی که مورد پذیرش همه فرهنگ‌هاست و تعامل میان فرهنگ‌های مختلف بحث می‌کند و در آن، جایی برای سرکوبی، دنباله‌روی و انحصارطلبی وجود ندارد و با وجود داشتن سابقه در اندیشه‌های «لیبرالیسم»^{۱۲} عهد روشنگری، بیشتر در تفکرات نولیبرالیست‌ها نظیر «رالز»^{۱۳} و «دورکین»^{۱۴} قابل مشاهده است. این امر قابل انکار نیست که پلورالیسم فرهنگی، خاص این طیف از نظریه‌پردازان نیست.^{۱۵}

۱۰. دیدگاه‌های رایج، گفتمان (Discourse) را زبانی که منعکس‌کننده نظم خاصی است و خود نیز نظم خاصی را شکل می‌دهد، تعریف می‌کنند (خانعلی‌پور و اجارگاه؛ محبی، ۱۳۹۷، ص ۷۳). صرف‌نظر از معنای فلسفی پیچیده گفتمان، در این پژوهش از وحدت‌گرایی و کثرت‌گرایی فرهنگی به عنوان دو رویکرد (اعم از گفتار، نوشتار و ...) اصلی تولید معانی نسبت به پدیده چندفرهنگی در سطح جهان که در بستر تعاملات افراد ایجاد شده و شیوه تعامل خاصی را در این حوزه شکل می‌دهند، به عنوان گفتمان‌های فرهنگی یاد می‌شود.

۱۱. جمع‌گرایی (Collectivism)، طیفی از نظریات سیاسی است که وجه مشترک آن‌ها این است که انسان‌ها را جاندارانی اجتماعی می‌دانند که با یکدیگر پیوند دارند و از راه هویتی جمعی به هم بستگی یافته‌اند. کمونیسم، مارکسیسم، فمینیسم، سوسیالیسم و ناسیونالیسم، از ایدئولوژی‌های جمع‌گرا محسوب می‌شوند (هیوود، ۱۳۸۳، ص ۶۷). این رویکرد تا حدود زیادی در تفکرات انتقادی گروه موسوم به جماعت‌گرایان (Communitarianism)، نسبت به لیبرالیسم معاصر نیز مشاهده می‌شود.

۱۲. لیبرالیسم (Liberalism) مجموعه‌ای از سیاست‌ها و ایدئولوژی‌هایی است که هدف از آن‌ها فراهم کردن آزادی هرچه بیشتر برای فرد است (آشوری، ۱۳۹۴، ص ۲۸۰). این سنت، دارای طیف‌های مختلف کلاسیک، لیبرالیسم دولت رفاه و نولیبرالیسم است.

13. Rawls

14. Dworkin

۱۵. اغلب اصطلاح پلورالیسم فرهنگی را بر ساخته «هوراس کالن» (Horas Kallen)، فیلسوف آمریکایی می‌دانند که در سال ۱۹۲۴ کتاب فرهنگ و دموکراسی در ایالت متحده را منتشر و در آن اصطلاح مذکور را معرفی کرد (حمیدیه، ۱۴۰۰، ص ۴۰). با این حال، معنای این عبارت، چندان روشن نیست و هر کس از ظن خود بدان استناد می‌کند. در این نگارش، کثرت‌گرایی فرهنگی در معنا و محدوده مذکور در متن، مورد بررسی قرار می‌گیرد. در خصوص تعاریف مختلف پلورالیسم فرهنگی، (See: Pantoja & two more, 1977).

کثرت‌گرایی و وحدت‌گرایی فرهنگی موضوع تحقیقات متعددی قرار گرفته‌اند. با این حال، بررسی بازتاب آن‌ها در قانون‌گذاری کیفی، کمتر مورد توجه قرار گرفته است. این مقاله به تبیین تأثیر این رویکردها در اعمال اصل بی‌طرفی در قانون‌گذاری کیفی ماهوی می‌پردازد و منصرف از قانون‌گذاری کیفی شکلی می‌باشد. بدین ترتیب، پس از بررسی مبانی اصل بی‌طرفی و تحلیل آن‌ها جهت دستیابی به رویکردی که این نوع هنجارگذاری در حوزه فرهنگ از آن حاصل می‌گردد، معیارهایی که در راستای پیروی از این رویکرد و بی‌طرف‌سازی قانون‌گذاری کیفی لازم است رعایت شوند، همواره در قیاس با رویکرد رقیب، مورد بررسی قرار می‌گیرند.^{۱۶}

۱. مبانی اصل بی‌طرفی در ارتباط با گفتمان‌های فرهنگی

قانون‌گذاری‌های بی‌طرفانه بدون پیش‌داوری نسبت به عقاید و سلايق مختلف مردم، هرگونه جرم‌انگاری و کیفی‌گذاری را فارغ از تبعیض یا جانب‌داری، در مورد همه آن‌ها اعمال می‌کنند و گاهی حتی تضمیناتی برای افراد آسیب‌پذیر در نظر می‌گیرند. این رویکرد، از پشتوانه‌های نظری مستحکمی برخوردار است که در تأملات فلسفی حقوق‌مدرن جای دارند. دیدگاه قانون‌گذاری که انسان را نیک‌نهاد و رها از زنجیرهای محدودکننده آزادی می‌داند و قانون را با رضایت وی تصویب و اعمال می‌کند، نسبت به اصل بی‌طرفی، متفاوت از قانون‌گذاری است که آدمی را بدسرشت، مقهور جامعه و مطیع حاکمیت شخصی می‌پندارد. بنابراین، می‌توان از «خودفرمانی»^{۱۷} «فردگرایی»^{۱۸} و «خواست عمومی»^{۱۹} به عنوان مهم‌ترین مبانی اصل بی‌طرفی نام برد. در ذیل، ضمن تبیین این مبانی، ارتباط آن‌ها با گفتمان‌های فرهنگی جهت دستیابی به رویکردی که قانون‌گذاری کیفی بی‌طرفانه در حوزه فرهنگ از آن حاصل می‌شود، بررسی می‌گردد. لازم به یادآوری است که مبانی دیگری مانند «تساهل و مدارا»^{۲۰} نیز جایگاه شایسته‌ای در اعتباربخشی به رویکرد بی‌طرفانه دارند که از ذکر آن‌ها اجتناب می‌شود.

۱۶. از جمله پژوهش‌های مرتبط با این مقاله، می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد: ۱. زینالی (۱۳۹۴). ۲. رستمی (۱۳۹۹). ۳. موسی‌زاده؛ نجفی ابرندآبادی؛ شاملو؛ محمودی جانکی (۱۴۰۰). در آثار مذکور، به‌طور اختصاصی به مبانی و معیارهای قانون‌گذاری کیفی بی‌طرفانه که در مقاله حاضر مورد کنکاش قرار گرفته، پرداخته نشده است.

17. Autonomy

18. Individualism

19. General Will

۲۰. مدارا و تساهل (Toleration)، از پیش‌فرض‌های انسان‌شناسانه و معرفت‌شناسانه است که به‌ویژه توسط جان لاک (John Locke)، فیلسوف بریتانیایی عصر روشنگری مطرح گردیده است و به موجب آن، کیفر، تنها راه مقابله با کجروی انسان‌ها نیست، بلکه

۱-۱. خودفرمانی

نگرش بی طرفانه به قانون‌گذاری کیفری، در بادی نخست، در پرتو اعتقاد به سرشت نیک انسان و توانایی فرمان راندن وی بر خود و به تعبیر دیگر، خودفرمانی انسان لازم می‌گردد. خودفرمانی به عنوان ارزشی بنیادین، از یک سو به معنای عقل و شعور و از سوی دیگر، وجهی است که به موجب آن، انسان قادر به تعیین سرنوشت خود فراتر از طبیعت می‌باشد و خودفرمان کسی است که بر اساس فرامینی که خود وضع می‌کند، زندگی می‌گذراند.^{۲۱} اعتقاد به خودفرمانی، ریشه در اندیشه‌های کانت در فلسفه اخلاق دارد که بنابر آن‌ها «توان تفکر مستقل برای تشخیص این‌که چه چیز از حیث اخلاقی درست و چه چیز نادرست است، به دلیل توان تعقل و استدلال آدمی، در همه کس ذاتی است» (سالیان، ۱۳۸۹، ص ۴۲). از این رو، کانت اعمال فرمانروایی بر انسان‌ها از بیرون را بر نمی‌تابد. در این رویکرد، آدمیان صرف نظر از تضادهای طبیعی که دارند، می‌توانند بدون هر گونه دخالت و نظارت، فرمانروای مطلق ارزش‌گذاری‌های خویش باشند و از این حیث تمایزی میان آن‌ها با عناوینی مثل «ما» و «دیگران» وجود ندارد.

باور به خودفرمانی یکی از ستون‌های کثرت‌گرایی فرهنگی است که به موجب آن، انسان‌ها می‌توانند هویت فرهنگی منحصر به فرد خود را حفظ کنند و ارزش‌های سایر فرهنگ‌ها، توسط فرهنگ غالب پذیرفته می‌شود. این حقیقت در نظرات فلاسفه نولیبرال علاقه‌مند به این گفتمان مشهود است. به عنوان نمونه، رالز در نظریه «عدالت به مثابه انصاف»،^{۲۲} انسان‌ها را دارای توان بهره‌گیری از قابلیت‌های خود برای پروراندن، بازنگری و دنبال کردن سبک زندگی خویش و توانایی رسیدن به توافق با دیگران معرفی می‌نماید (رالز، ۱۳۹۲، ص ۱۶۰). دورکین نیز که وی را فیلسوف حق می‌نامد، فرد را واجد «حقوق اخلاقی»^{۲۳} می‌داند که این حقوق، از کرامت وی در مقابل دیگران حمایت می‌کنند (فرح‌بخش، ۱۳۹۳، ص ۲۶۲). بدین ترتیب، فلاسفه تکثرگرا به بی‌طرفی قانون‌گذاری کیفری در پرتو باور به هویت خودفرمان انسان اعتبار می‌بخشند.

با این حال، مطالعه مختصر افکار این متفکران، حکایت از وجود اصولی الزامی دارد که

► مدارا به منزله یک روش توصیه می‌شود. از آن جاکه بی‌طرفی را از تساهل و مدارا می‌توان نتیجه‌گیری نمود، این نظریه به عنوان یکی از مبانی اصل بی‌طرفی قابل بحث است.

۲۱. از خودفرمانی با عناوین دیگری نظیر خویش‌فرمانی، خودمختاری، خودفرمانروایی، خودقانون‌گذاری و خودآیینی نیز یاد می‌شود.

22. Justise as fairness

23. Moral Rights

هرچند حوزه محدودکننده بسیار مضیقی برای آن‌ها تعریف می‌گردد، ولی رعایت آن‌ها جهت حفظ خودفرمانی سایر افراد جامعه، ضروری شمرده می‌شود. ریشه اعتقاد به این اصول را نیز در آرای کانت می‌توان یافت. این فیلسوف، خودفرمانی کامل را موجب تعرض به این حق برای دیگران می‌پندارد و برای رفع این معضل، ایجاد توافق خودجوش و جامعه‌ای متشکل از افراد معترف به ارزش‌های قابل تعمیم را پیشنهاد می‌دهد. کانت این اصول را امور مطلق اخلاقی می‌نامد و افراد را دعوت به تطابق با آن‌ها می‌نماید.

به نظر می‌رسد این اصول، همان «حقوق قانونی»^{۲۴} هستند که در دیدگاه دورکین در برابر حقوق اخلاقی قرار دارند و حدودمرز آزادی‌های فردی را مشخص می‌نمایند.^{۲۵} رالز نیز با تأکید بر حاکمیت اصولی کلی، توافق بر آن‌ها را در «حجاب تجاهل»،^{۲۶} یعنی توسط انسان‌های بی‌خبر از طبقه، نژاد، جنسیت، قومیت و امتیازها و محرومیت‌های خود پیش‌بینی می‌نماید؛ امری که باعث می‌شود تا از همه‌نظر عادلانه و منصفانه گردند. همچنین این اصول، متعلق به گروه خاصی نیستند، بلکه حداقل‌هایی را در بر می‌گیرند که همگان بر آن‌ها صحه می‌نهند و مدام تغییر می‌یابند. «هدف از این تغییرات، ایجاد تعادل و قابل‌پذیرش کردن آن‌هاست. به تعبیر رالز، ما درصدد رسیدن به یک «تعادل اندیشه‌ورزانه»^{۲۷} هستیم» (Jareborg, 2004, p. 523)؛ بدین ترتیب، حاکمیت اصول کلی و اعمال ضمانت اجرا برای نقض آن‌ها، نافی خودفرمانی افراد و بی‌طرفی قانون‌گذار پیرو کثرت‌گرایی فرهنگی نیست و آن را از رویکردهایی که هیچ‌گونه صحیح مطلق را نمی‌پذیرند، متمایز می‌گرداند. در نقطه مقابل، وحدت‌گرایان با تأکید بر گزاره‌های واحد در عقیده و عمل، اغلب توانایی انسان را در گزینش درست‌ارزش‌های فرهنگی خود زیر سؤال می‌برند و او را از خودبیگانه تصور می‌کنند. با فروافتادن انسان در ورطه از خودبیگانگی، تصمیمات مداخله‌جویانه و حتی جانب‌دارانه بنا بر صلاحدید قانون‌گذار مجوز می‌یابند.

۲-۱. فردگرایی

نگرش بی‌طرفانه به قانون‌گذاری کیفی، به‌ویژه در پرتو ایده فردگرایی یا اولویت فرد نسبت به

24. Legal Rights

۲۵. در خصوص تمایز حقوق اخلاقی و حقوق قانونی از منظر دورکین (نک: فرح‌بخش، ۱۳۹۲، ص ۲۶۲-۲۶۵).

26. Veil of Ignorance

27. Reflective Equilibrium

اجتماع که در میان فلاسفه به نظریهٔ تقدم «حق» بر «خیر» معروف است، لازم می‌گردد. در این بینش که به جایگاه رفیع فرد نسبت اجتماع تأکید دارد، انسان موجودی مستقل از جامعه است که نه تنها شیوهٔ زندگی خود را برمی‌گزیند، بلکه با گزینش‌های خود به جامعه نیز سامان می‌دهد. از این رو، آزادی‌های او مغلوب سعادت جامعه نمی‌شود. ترجیح آشکار فرد نسبت به جامعه در امتداد اعتقاد به خودفرمانی قرار دارد. در حقیقت، منفعت و خواست فردی انسان خودفرمان که کانت به تکرار بر آن تأکید می‌نماید، به یقین مقدم بر منفعت و خواست اجتماعی است که در آن به سر می‌برد. با این حال، خودفرمانی و فردگرایی، هر کدام به تنهایی می‌توانند مبنایی برای بی‌طرفی باشند و به وضوح در پیوند با کثرت‌گرایی فرهنگی قرار دارند که از تلاش برای جذب مردم به فرهنگ اولیه بیزاری می‌جوید و در عوض، مردم را تشویق می‌کند تا منحصر به فرد عمل کنند و ارزش‌های فرهنگی خود را به ثمر برسانند.

در سایهٔ فردگرایی، زمینه‌ای فراهم می‌شود تا انسان‌ها از بند محدودیت‌های اجتماعی، مذهبی، سیاسی و عمومی موجود در جامعه رها شوند و وجود خود را آن‌گونه که می‌خواهند رشد و توسعه دهند (شهابی، ۱۴۰۱، ص ۲۲۸) و دولت حق و یا تکلیفی ندارد که با ابزار قانون‌گذاری، آزادی آن‌ها را محدود نماید و فقط می‌تواند برای تنظیم روابط شهروندان خودفرمان و دارای برداشت‌های مختلف از امر درست، قواعدی مقرر کند. اندیشمندان فردگرا با تأکید بر انسان‌ها به عنوان خودهای مستقل از جامعه، دغدغهٔ اصلی دولت و به تبع آن قانون‌گذار را سعادت جامعه و سبک زندگی مطلوب آن نمی‌دانند، بلکه به حفظ آزادی عقیده، بیان و عمل تک‌تک انسان‌ها می‌اندیشند و به این حق خدشه‌ناپذیر در قالب «آزادی منفی»^{۲۸} یا «آزادی مثبت»^{۲۹} مجوز می‌بخشند. آزادی منفی، به فقدان محدودیت‌ها تعبیر می‌شود و طی آن افراد می‌توانند فارغ از هر گونه نیروی مانع قهری و غیرقهری، از توان اخلاقی و فرامین ابداعی خویش بهره ببرند و جز در مواردی که آزادی آن‌ها با آزادی دیگران تداخل کند، محدود نمی‌شود. این در حالی است که در آزادی مثبت که در بیان برخی طرف‌داران آن، بسیار به رویکرد قبلی نزدیک می‌باشد، با تأکید بر لزوم رفع موانع از سر راه آزادی، دخالت قانون‌گذار از طریق تلاش برای از بین بردن موانع، شرط تحقق آزادی و تعالی تمامی افراد است.^{۳۰}

28. Negative Liberty

29. Positive Liberty

۳۰. در خصوص مفاهیم مثبت و منفی آزادی، (نک: برلین، ۱۳۹۴).

در همین راستا، رالز شهروندان را از بیشترین آزادی‌های بنیادین برابر با دیگران و تا آن‌جا که با آزادی مشابه سایر افراد سازگاری داشته باشد، برخوردار می‌داند و نابرابری‌های اجتماعی و اقتصادی را تنها در صورتی در اولویت قرار می‌دهد که به‌نحو معقولی به سود همگان، به‌ویژه به سود محروم‌ترین افراد جامعه باشند (همپتن، ۱۴۰۱، ص ۲۷۰). رالز در این نظریه، با وجود تأکید بر مزیت آزادی، حقوق سایر افراد را نیز در نظر می‌گیرد. از این رو، مداخله در آزادی را به شکل محدود و برای حفظ حقوق سایرین، به‌ویژه افراد آسیب‌پذیر، عقلایی می‌داند.

دورکین نیز اگرچه با محوریت‌بخشی به حق فرد در مقابل حق جمع، از عدم مداخله دولت در آزادی انسان‌ها دفاع می‌کند و تحدید آزادی فردی و هدایت زندگی از بیرون را موجب بهبود زیست اخلاقی آن‌ها تصور نمی‌نماید، با این حال، بدون افتادن در ورطه مکاتب جمع‌گرا، از برخی سیاست‌های ارشادی دولت دفاع می‌کند (رحمت‌الهی؛ شیرزاد، ۱۴۰۰، ص ۱۵۲). آنچه از دخالت دولت در این نگرش مدنظر است، در راستای محدود نمودن گزینش‌های افراد نیست، بلکه در جهت فراهم نمودن فرصت‌هایی برای گروه‌های اقلیت است که اکثریت پیش‌تر از آن‌ها بهره‌مند گردیده‌اند. از منظر دورکین، عقل آشکارا بر درستی این رویکرد گواهی می‌دهد.^{۳۱}

این امر قابل انکار نیست که با پذیرش ملاک فردیت، مجال بروز ایده‌های متضاد با روش‌ها و اصول حاکم فراهم می‌گردد و ارزش حریم خصوصی افراد و تفکیک آن از حوزه عمومی نمایان می‌شود (زینالی، ۱۳۹۴، ص ۱۶۵). با این حال، مخالفان تکثرگرایی فرهنگی، افراد را در چهارچوب فرهنگ واحد و برتر نظیر یک دین یا نژاد یا آیین خاص، قابل هدایت می‌دانند و از این‌گذر، به کنترل آن‌ها می‌پردازند. این رویکرد با انکار تقدم فرد بر اجتماع و تأکید بر نقش مربی‌گری اجتماع، مجوز مداخله در زندگی خصوصی افراد را صادر می‌نماید و همه آن‌ها را وادار می‌کند تا اعمال خود را بر اساس فرهنگ مورد پذیرش اجتماع، هرچند مخالف نظر آن‌ها باشد، تنظیم کنند تا از این طریق، سعادت شهروندان، به زعم اجتماع، تضمین گردد و نظام فرهنگی که توسط آن تبلیغ می‌شود، پابرجا بماند.

۳-۱. خواست عمومی

یکی دیگر از گزاره‌هایی که نگرش بی‌طرفانه نسبت به قانون‌گذاری کیفی بر مبنای اعتقاد به

۳۱. برای مطالعه بیشتر (نک: محمودی، ۱۳۹۳). همچنین به تأثیر این رویکرد در قانون‌گذاری کیفی، در بخش دوم همین مقاله اشاره می‌گردد.

آن حاصل می‌گردد، خواست عمومی شهروندان نسبت به حکمرانی و قانون‌گذاری بر آن‌هاست. دولت‌سازی و قانون‌گذاری در نظریه خواست عمومی که مهم‌ترین شکل آن قرارداد اجتماعی است، بر اساس رضایت مردم صورت می‌گیرد و از آن‌جا که به طور منطقی مردم به دولت و قانونی که در خصوصی‌ترین زوایای زندگی آن‌ها مداخله نماید و با آن‌ها به دیده تبعیض‌آمیز نظر کند، رضایت نمی‌دهند، این رویکرد به تصمیمات غیرخودسرانه که از مداخلات و تبعیضات نابه‌جا به دور است، اعتبار می‌بخشد. اولویت قانون‌گذاری مبتنی بر خواست عمومی نسبت به حکمرانی مبتنی بر خواست فردی در تحقق بی‌طرفی را به وضوح می‌توان از تلقی انسان به عنوان موجود خودفرمان و مقدم بر جامعه نیز برداشت نمود. در واقع، اعتقاد به خودفرمانی و آزادی افراد از حصار محدودیت‌ها، الزامات قرارداد اجتماعی را برای حل تعارضات احتمالی، در اولویت قرار می‌دهد. با این حال، خواست عمومی به طور مستقل می‌تواند به عنوان مبنای بی‌طرفی مورد بحث قرار گیرد.^{۳۲} در این رویکرد، افراد خودفرمان و آزاد، برای رفع تناقض ناشی از تداخل حقوق و آزادی‌های خود با دیگران، زیر سلطه دولت و قانون قرار می‌گیرند و از آن‌جا که برقراری یک اجماع همگانی از شهروندان امکان‌پذیر نمی‌باشد، اشتیاق به همدلی و پیوند اجتماعی و فرهنگی، اغلب با موافقت اکثریت مردم و نه تک‌تک آن‌ها اجابت می‌شود و اصول قانونی، با رضایت افراد و احترام به عقلانیت آن‌ها تصدیق می‌گردند. بسیاری از نظریه‌پردازان قرارداد اجتماعی نظیر رالز و دورکین، حتی استمرار رضایت عمومی و تداوم احترام به عقلانیت بشر را نیز شرط مشروعیت قانون می‌دانند و در صورت تخلف از این امر، به شهروندان حق «نافرمانی مدنی» را اعطا می‌نمایند.^{۳۳} «نافرمانی مدنی در خصوص کسانی صدق می‌کند که اقتدار سیاسی را به طور بنیادین به مبارزه نمی‌طلبند و مشروعیت حکومت را پذیرفته‌اند و نمی‌خواهند وظیفه شهروندی خود را کنار بگذارند، بلکه به دنبال انجام درست آن هستند» (راسخ، ۱۳۹۳، ص ۱۲۵). بدین ترتیب، بی‌طرفی قانون را از وجود خواست و رضایت عمومی در تصویب و تداوم حیات آن نیز می‌توان استنتاج نمود.

۳۲. قرارداد اجتماعی در بینش برخی از متقدمان این رویکرد به معنای به امانت دادن فرمانروایی به حاکم، به طوری که شهروندان قادر به بازپس‌گیری آن می‌باشند، است. قرارداد اجتماعی از نظرگاه برخی دیگر به معنای سلب حقوق مردم و واگذاری آن‌ها به دولت توسط خودشان می‌باشد. اختیاراتی که دولت‌ها از طریق هر یک از خوانش‌های قرارداد اجتماعی برای سلب حقوق و آزادی‌های افراد کسب می‌نمایند، متفاوت است و پذیرش هر یک از آن‌ها می‌تواند آثار متفاوتی در قانون‌گذاری کیفری بر جا گذارد، که از ورود به این مبحث در این مقاله اجتناب می‌گردد (نک: یکرنگی، ۱۳۹۵).

۳۳. در خصوص نافرمانی مدنی (Civil Disobedience)، در دیدگاه رالز و دورکین (نک: رستمی (الف)، ۱۳۹۹، ص ۳۰۸-۳۱۵).

بنیان اندیشه‌ی خواست عمومی که به‌طور کلی به معنای نقش‌آفرینی و مشارکت مستقیم یا غیرمستقیم مردم و گروه‌های مردمی در سیاست‌گذاری‌ها و قانون‌گذاری‌هاست (میرمحمدصادقی؛ قرقانی، ۱۴۰۳، ص ۲۹۹)، می‌تواند از بطن مفهوم کثرت‌گرایی و نه وحدت‌گرایی فرهنگی، سربر کشد؛ در واقع، محترم شمردن اختلاف‌نظر شهروندان در مورد سبک زندگی مطلوب در کثرت‌گرایی فرهنگی، مستلزم رضایت و مشارکت مردم در حکمرانی برایشان و امکان نافرمانی در صورت عدم خشنودی آن‌هاست و به دولت و قانون‌گذاری بی‌طرف نسبت به باورهای مختلف افراد، اعتبار می‌بخشد و در مقابل، به رسمیت نشناختن تنوع و تکثر فرهنگی، مانعی جدی برای شرط رضایت فرهنگ‌های مختلف در اتخاذ تصمیمات است. از این رو، وحدت‌گرایان اغلب مبنای مشروعیت حکمرانی بر مردم را تفویض شده از جانب خداوند تلقی می‌کنند. برخی نیز چنین حقی را برای خود ذاتی می‌دانند و نه به مردم و نه به خداوند منتسب نمی‌کنند. فرامین همانندساز صادره از جانب دولت مطلقه در چهارچوب مدنظر فرمانروا یا فرمانروایان اعمال می‌شود. «به اعتقاد لاک، در این دیدگاه، انسان آزاد زاده نمی‌شود. بنابراین، هرگز آزادی انتخاب حاکمان خویش یا اشکال حکومت را ندارد» (همپتن، ۱۴۰۱، ص ۳۵). عدم التزام به خواست عمومی که گاهی در میان فلاسفه‌ی سیاسی مدرن نیز با استدلال‌های مختلف مشاهده می‌شود، به دخالت‌های نابه‌جا و تبعیض‌آمیز قانون‌گذار، مجوز می‌بخشد.

۲. معیارهای اصل بی‌طرفی در پیروی از کثرت‌گرایی فرهنگی

مبانی اصل بی‌طرفی، علاوه بر این‌که حکایت از دلایل اعتبار این اصل دارند، افق‌های کلی در خصوص قانون‌گذاری کیفی بی‌طرفانه را نشان می‌دهند و رسالت، قلمرو مداخله و ساختار آن را ترسیم می‌نمایند. بر این اساس، اعمال بی‌طرفی تقنینی که مقدمه‌ای برای بی‌طرفی قضایی و اجرایی است، مستلزم تمسک به مجموعه‌ای از معیارهاست که از گذر آن‌ها، قانون کیفی بی‌طرف نسبت به بزه‌کاران و بزه‌دیدگان فرهنگی^{۳۴} محقق می‌گردد. این معیارها که اغلب در قانون‌گذاری‌های دولت‌های مدرن دیده می‌شوند، در حوزه‌ی فرهنگ، از رویکرد تکثرگرای آنان

۳۴. به رفتار افرادی که ارزش‌های فرهنگی جامعه را با تکیه بر باورهای خود زیر پا می‌گذارند، در ادبیات اروپایی، جرم فرهنگی (Cultural Crime) و در آمریکا، دفاع فرهنگی (Cultural Defense) گفته می‌شود (هوشیار، ۱۳۹۳، ص ۲۷۶). در ایران نیز توسط برخی از حقوق‌دانان از عباراتی نظیر «جرایم میان‌فرهنگی» (Intercultural Crimes)، استفاده شده است (نک: نوبهار، ۱۳۹۹، ص ۷۷). همچنین، به بزه‌دیدگانی که به علت داشتن برخی مؤلفه‌های متمایز و نفرت‌دیگران از آن‌ها، آماج جرم قرار می‌گیرند، در کشور آمریکا، بزه‌دیدگان جرایم مبتنی بر نفرت (Hate Crime) می‌گویند (رایجیان اصلی، ۱۳۹۰، ص ۱۰۱). در مطالعات برخی از بزه‌دیده‌شناسان ایرانی، برای این نوع جرایم، از تعبیری مثل «جرایم پیام‌دار» (استفاده شده است (نک: رایجیان اصلی، ۱۳۸۴، ص ۱۰۰).

ناشی می‌گردند که افراد را در عمده امور، غیر از اموری که مورد توافق همه فرهنگ‌هاست، رها می‌گذارد. این در حالی است که به اعتقاد طرف‌داران همانندسازی، بها دادن به فرهنگ‌های مختلف، حمایت از حقوق اساسی را به خطر می‌اندازد و هنجارهای حاکم بر مسئولیت فردی را تضعیف می‌کند. از این رو، قانون‌گذاری کیفری مبتنی بر این رویکرد، دارای معیارهای متفاوت است. در ادامه، «عدالت خواهی»،^{۳۵} «کمینه‌گرایی کیفری»^{۳۶} و «قانون‌گذاری کیفری فرایندی و نهادی»^{۳۷} را به عنوان مهم‌ترین معیارهای قانون‌گذاری کیفری بی‌طرفانه، بررسی می‌کنیم.

۱-۲. عدالت خواهی

عدالت که اغلب به معنای برابری و انصاف از آن یاد می‌شود، از جمله مفاهیمی است که آدمی از ابتدای حیات خود آن را مورد توجه قرار داده و در مسیر تحقق آن تلاش می‌نماید. هرچند در مورد مفهوم عدالت، اتفاق نظر وجود ندارد، اما عدالت قانونی به طور سنتی با این اندیشه پیوند دارد که باید حق هر کس را به او داد (هیوود، ۱۳۸۳، ص ۲۶۵). از این رو، معیار عدالت خواهی در قانون‌گذاری کیفری، به معنای تلاش برای احیای حقوق افراد از طریق قانون‌گذاری کیفری و عدم به‌کارگیری آن به عنوان ابزاری برای تثبیت قدرت حاکم یا نیل به اهداف عمومی است. این امر حاکی از بیشترین هم‌نشینی مفهوم عدالت خواهی با مفهوم «سزاگرایی»^{۳۸} در فلسفه کیفر است. در عدالت سزاگرا، اعمال افراد دارای اراده آزاد، فارغ از نتایج احتمالی، مشمول داوری و مکافات قرار می‌گیرند و تکلیف‌های قانونی با نگاه به گذشته، بر افراد بار می‌گردند. این رویکرد در برابر نظریه «فایده‌گرایی»^{۳۹} در فلسفه مجازات است که قانون‌گذاری کیفری را در جهت کاهش ارتکاب جرم در آینده و کسب منفعت بیشتر برای بیشترین افراد جامعه، موجه قلمداد می‌نماید.^{۴۰}

در قانون‌گذاری کیفری مبتنی بر کثرت‌گرایی فرهنگی، با وجود ابتننا بر حقانیت فرهنگ‌های مختلف و حیطة اختیارات گسترده در پیروی از مؤلفه‌های فرهنگی، رعایت حقوق و آزادی‌های دیگران امری ضروری است و ضمانت اجرای کیفری در جهت مقابله با نقض حقوق بنیادین، به عنوان یک اصل

35. Equalitarianism

36. Criminal Minimalism

37. Procedural and Institutional criminalization

38. Retributivism

39. Utilitarianism

۴۰. نظریه‌های سزاگرا و فایده‌گرا نظریات فلسفی توجیه‌کننده کیفرند که ریشه در وظیفه‌گرایی و غایت‌گرایی در ساحت فلسفه اخلاق دارند. در خصوص نظریات اخلاقی مجازات (نک: یزدیان جعفری، ۱۳۹۱؛ جوان جعفری؛ ساداتی، ۱۳۹۴).

قابل تعمیم، منطقی و توجیه پذیر است. با این حال، در این رویکرد قانون‌گذار دغدغه‌ای برای ترقی فرهنگ خاصی ندارد و رسالت آن تعیین و تبلیغ عملکرد صحیح و جلوگیری از نوع خاصی از سبک زندگی نیست، بلکه قوانین کیفری به علت نقض اصولی که مورد پذیرش همه فرهنگ‌ها هستند، صرف نظر از پیامدهای آن‌ها برای افراد یا جامعه مقرر می‌شوند. از این رو، رسالت قانون‌گذاری کیفری بی‌طرفانه، نه تنها با برخی خوانش‌های سزاگرایی که حاوی قضاوت‌های اخلاقی هستند،^{۴۱} بلکه با بینش فایده‌گرایانه که قانون‌گذاری کیفری را به علت منفعت آن برای بیشترین افراد جامعه، موجه می‌داند، در تعارض قرار می‌گیرد. پیرو این رویکرد، هر گونه واکنش کیفری نابرابر که به قربانی کردن اقلیت‌ها و افراد دارای فرهنگ مخالف و تبعیض ناروا نسبت به آن‌ها در جهت خرسندی اکثریت بپردازد، ناموجه تلقی می‌شود. این در حالی است که در قانون‌گذاری کیفری مبتنی بر وحدت‌گرایی فرهنگی، مقنن اغلب به سنجش مزایا و معایب قانون‌گذاری برای پیشبرد منفعت فرهنگ پرشمار جامعه می‌پردازد و برای تحقق این آرمان فایده‌گرایانه، ممکن است سرکوب مذهب، زبان، عقیده یا پوشش خاصی را موجه قلمداد نماید.

هرچند در منظومه فایده‌گرایی نیز کیفر فی‌نفسه شر و بسان سایر امور شر باید کاهش یابد، اما از آن‌جا که هیچ ارزشی جز فایده مطلوبیت ذاتی ندارد و دیگر مطلوب‌ها در حکم ابزار برای وصول به آن‌اند، باب سوءاستفاده اکثریت گشوده می‌شود (رستمی، ۱۳۹۹ (الف)، ص ۳۷۹). بدین ترتیب، با روی‌آوری به وحدت‌گرایی فرهنگی و اتخاذ رسالت فایده‌گرا برای قانون‌گذاری کیفری، اگرچه به احتمال زیاد، خرسندی حاکمیت و شهروندان ممتاز از دیدگاه آن تأمین می‌شود، اما از حقوق طبیعی سایرین، به ویژه اقلیت‌ها، چشم‌پوشی می‌گردد. بسیاری از نظریه‌پردازان حقوق کیفری نیز استفاده از قانون‌گذاری کیفری را به عنوان ابزاری برای رسیدن به اهداف اجتماعی بزرگ‌تر مجاز نمی‌دانند. به عنوان نمونه، از نظر یاربورگ، استفاده از قانون‌گذاری کیفری در جهت پیشگیری عمومی، عدالت کیفری را به فساد می‌کشاند (Jareborg, 2004, p. 528).

در نتیجه، هدف از قانون‌گذاری کیفری بی‌طرفانه ناشی از کثرت‌گرایی فرهنگی، در مواردی که ناگزیر پذیرفته می‌شود، اجرای عدالت و نه تأمین نفع جامعه یا یک گروه معین است، زیرا همه

۴۱. منظور نظریاتی‌اند که بزه‌کار را به علت مزیت ناروایی که نسبت به سایر افراد جامعه کسب نموده و یا به جهت شخصیت پلید و عدم احترام به دیگران، به لحاظ اخلاقی مستحق کیفر می‌دانند. برای مطالعه بیشتر (نک: رستمی، (الف)، ۱۳۹۹، ص ۷۴-۸۵).

شهروندان، واجد کرامت انسانی اند و نمی‌توان به بهای حمایت از ارزش‌های جمعی، حقوق آن‌ها را زیر پا نهاد.

با این حال، در رویکرد تکثرگرا، کنش‌های برخی از افراد، حتی در نقض حقوق دیگران، ناشی از متفاوت بودن اندیشه و شیوه زندگی و بنابراین فاقد سرزنش اخلاقی است. در این وضعیت، صرف نظر از موجه بودن یا نبودن فرهنگ، آنچه اهمیت دارد این است که فرد مطابق با فرهنگ خود مرتکب رفتاری معقول گردیده است و به این علت، لاقبل به اندازه دیگران، قابل سرزنش نمی‌باشد.^{۴۳} با ابتننا بر این رویکرد، از گذر نظریه‌های سنتی سزاکرایی و یا عدالت مطلق که با توجه به جرم ارتكابی تصمیم‌گیری می‌کنند و ویژگی‌های متفاوت افراد را مدنظر قرار نمی‌دهند، نمی‌توان به خرد بی‌طرفانه دست یافت و رویکردی نوین نسبت به سزاکرایی، یعنی «سزاکرایی عادلانه» یا «عدالت استحقاقی»^{۴۴} لازم است، که «سرزنش‌پذیری یا ارزش کیفری»^{۴۴} رفتار را لحاظ می‌نماید و علاوه بر جرم ارتكابی، به اندیشه مجرمانه‌ای هم که توسط بزه‌کار بروز داده شده است، توجه می‌کند. چنین رویکردی به احتمال زیاد می‌تواند اهتمام قانون‌گذار برای تحقق بی‌طرفی را به نتیجه نایل گرداند. در این چشم‌انداز که مورد توجه رالز در عدالت به مثابه انصاف نیز قرار گرفته است، قانون‌گذار بدون این‌که طبقه، نژاد یا فرهنگ خاصی را بر دیگری ترجیح دهد، ویژگی‌های ذاتی جرم، اندیشه مرتکب، وضعیت بزه‌دیده و شرایط وقوع جرم را در نظر می‌گیرد و از گذر «اصل تناسب»^{۴۵} جرائم و مجازات‌ها و اتخاذ واکنش استحقاق‌آمیز نسبت به افرادی که از قوانین تخلف می‌کنند، عدالت را به اجرا می‌گذارد. برخی از محققان طرف‌دار کثرت‌گرایی فرهنگی در اظهارات خود، به صراحت عوامل فرهنگی را از جمله ملاحظات می‌دانند که می‌تواند بر افراد تأثیر بگذارد و آن‌ها را از نظر قانونی کمتر مورد سرزنش قرار دهد.^{۴۶}

هرچند توسل به اصل استحقاق و سزاکرایی نوین، مهر کم‌رنگی که حاوی مفاهیم فایده‌گرایی است را بر پیشانی قانون‌گذاری کیفری مبتنی بر کثرت‌گرایی فرهنگی حک می‌نماید، اما آنچه از این رویکرد حاصل می‌گردد، تصویر بینشی فایده‌گرایانه به نفع اکثریت نیست، بلکه با وجود تأکید

۴۲. برای دیدگاه‌های موافق و مخالف، (See: Tunick, 2004).

43. Just deserts

44. Blameworthiness or Penal value

45 . The Principle of Proportionality

46. See: Kymlicka and two more, 2014, p. 3

پیشینی بر حقوق و آزادی‌های بنیادین افراد، سدی در برابر واکنش‌های خشونت‌بار نسبت به افراد انسانی، به‌ویژه اقلیت‌ها و افراد دارای باورهای مختلف است و از این رهگذر به تعدیل کیفر نسبت به آن‌ها می‌انجامد.^{۴۷} پیرو این رویکرد، فرهنگ متمایز قربانیانی که به این علت متحمل جرم گردیده‌اند نیز به نحو منصفانه می‌تواند در مجازات، اثرگذار گردد. برای نمونه، می‌توان از ارتکاب جرم از روی پیش‌داوری و نفرت به‌عنوان یکی از موانع تخفیف و یا سایر تدابیر ارفاقی برای مرتکبان صحبت کرد یا جبران خسارت دولتی در صورت فقدان متهم یا عدم توانایی او بر جبران خسارت را در این جرائم پیش‌بینی نمود.

بدین ترتیب، مفهوم استحقاق در سزاگرایی نوین، برخلاف باورهایی که به آن نسبت داده شده است، عاملی برای کنترل خشونت، تعیین مرز برای مجازات و در نهایت، حفظ کرامت انسانی و پاسداری از حقوق انسان‌ها می‌باشد (جوان‌جعفری؛ ساداتی، ۱۳۹۴، ص ۵۲) و می‌تواند از معیارهای بی‌طرف‌سازی قانون‌گذاری کیفری محسوب گردد.

از نیمه دوم قرن بیستم، ادبیات سزادهی به دلایل مختلف ولی به شکل متفاوت بازتولید شد.^{۴۸} در گفتمان جدید سزادهی، ضرورت لحاظ استحقاق در مرحله تقنین و یا فراهم نمودن شرایط اجرای آن در مرحله قضا، لازمه عدالت و انصاف و نتیجه استقرار سیاست‌گذاری خردبنیاد محسوب می‌گردد.^{۴۹} در همین راستا امروزه در بسیاری از کشورها با گذر از وحدت‌گرایی به کثرت‌گرایی فرهنگی، رسالت قانون‌گذاری کیفری در جرائم مرتبط با عقیده و فرهنگ، اجرای عدالت و نه فایده‌مندی است. عدالت خواهی و رعایت استحقاق، اگر در سطح معقول و با معیارهای روشن که از سلیقه‌ای شدن وضع و اعمال قانون جلوگیری کند، به کار گرفته شود، رسالت و روشی خردمندانه برای اتخاذ واکنش کیفری در جرائم مرتبط با فرهنگ است، دولت‌ها را از سوءظن به افراد متعلق به سایر فرهنگ‌ها باز می‌دارد و احترام به باورهای مختلف، همواره به‌عنوان الگویی بنیادین، مورد توجه متولیان عدالت کیفری قرار می‌گیرد. امروزه که اسناد حقوق بشری نیز دولت‌ها را با محدودیت‌های زیادی در خصوص چگونگی واکنش کیفری مواجه نموده‌اند، در بسیاری از آن‌ها، قوانین کیفری شدید و

۴۷. بر اساس دیدگاهی مشابه، گذر از فرهنگ تک‌ساختی به چندفرهنگی در افغانستان، باعث کاهش مجازات‌های شدید و بدنی گردیده است (نک: فهیمی؛ ساداتی؛ جوان‌جعفری، ۱۴۰۲).

۴۸. در خصوص دلایل ظهور مجدد سزاگرایی (نک: جوان‌جعفری؛ ساداتی، ۱۳۹۴، ص ۸۸-۹۵).

۴۹. قانون‌گذار انگلستان در قانون عدالت کیفری ۱۹۹۱ و سپس در قوانین بعدی، مبنای کیفر را در مرحله تقنین سزاگرایی قرار داده است و با دادن اختیاراتی به دادگاه‌های کیفری و با ارائه دستورالعمل‌هایی آن‌ها را مکلف نموده که با توجه به میزان صدمه وارده به قربانی جرم و میزان قابلیت سرزنش صدمه، اقدام به تعیین مجازات نمایند (سیزوری‌نژاد، ۱۳۹۶، ص ۱۴۹). همچنین در خصوص عوامل تأثیرگذار در تعیین مجازات توسط دادگاه (نک: مهرا، ۱۳۹۸).

تعذیب‌کننده در مورد جرائم مرتبط با محدودیت آزادی عقیده و فرهنگ، منسوخ گردیده و یا کاهش یافته است و با پیش‌بینی ضمانت‌اجراهایی که ثابت نیستند و روش‌های ارفاقی نظیر تعویق و تعلیق، در جهت آرمان عدالت‌خواهی و ایجاد شرایط بی‌طرفانه تلاش می‌گردد.^{۵۰}

۲-۲. کمیته‌گرایی کیفری

کمیته‌گرایی کیفری یا اصل حداقل بودن قانون‌گذاری کیفری، یکی از اصول بنیادین تنظیم‌کننده میزان مداخله کیفری است که به موجب آن، در مواردی که مداخله دولت در حقوق و آزادی‌های اشخاص پذیرفته می‌شود، تمسک به نوع کیفری آن، مستلزم توجیه اقناع‌آور است و باید «به‌عنوان آخرین راهکار»^{۵۱} صورت گیرد و پاسخ‌گذاری‌های مدنی، صنفی، انضباطی و اداری برجسته شود. اگرچه دلایل متعددی برای کمیته‌گرایی کیفری عنوان می‌گردد، اما این رویکرد بیشتر، از این واقعیت سرچشمه می‌گیرد که مداخله کیفری شدیدترین نوع مداخله در آزادی انسان‌ها و ناقض کرامت انسانی آن‌ها می‌باشد. «در این شرایط، «صرفه‌جویی کیفری»^{۵۲}، بهترین راه برای محدود کردن آسیب واردشده توسط قانون کیفری در زمان بقای آن است» (Duff, 2010, p. 294). بدین‌سان، ابتدا بر آموزه‌های انسان‌گرایانه، مداخله کیفری در آزادی‌های افراد را به‌طرز چشمگیری محدود و مستلزم توجیه می‌نماید. در خصوص اصول توجیه‌کننده مداخله کیفری، اجماعی وجود ندارد، اما مطالعه بحث‌های فلسفی و نیز تحلیل قوانین کیفری، حکایت از اعمال محدودیت بر آزادی‌های افراد، با تکیه بر «اصل آسیب»^{۵۳} و نگرش‌های «حمایت‌گرایی»^{۵۴}، «اخلاق‌گرایی»^{۵۵} و «کمال‌گرایی»^{۵۶} کیفری دارد. بدون تردید، ابتنای قانون‌گذار بر هر کدام از این رویکردها، در قبض و بسط قلمرو مداخله کیفری تأثیرگذار است. در این میان، اصل آسیب

۵۰. به‌عنوان مثال، در آلمان، قانون‌گذار با پیش‌بینی امکان قرار گرفتن استناد به هنجارهای فرهنگی ذیل مفهوم «انگیزه بنیادی»، امکان استناد به هنجارهای فرهنگی را فراهم و موجب شده تا بسیاری از متهمان فرهنگی با مجازات قانونی کمتر مواجه شوند (حسینی؛ دانش‌ناری، ۱۳۹۵، ص ۵۴۳). در استرالیا نیز مجازات برای افراد متعلق به گروه‌های اکثریت با توجه به ملاک انسان متعارف تعیین می‌شود، ولی برای تعیین مجازات اقلیت‌ها، توجه به ملاک «انسان خاص» الزامی است (دانش‌ناری؛ دانش‌ناری، ۱۴۰۰، ص ۸۲).

51. As the Last Resort/ultima ratio

52. Penal Parsimony

53. Harm principle

54. Criminal Paternalism

55. Criminal Moralism

56. Criminal Perfectionism

به‌عنوان مضیق‌ترین اصل تحدیدکننده آزادی، بیشتر مورد پسند قانون‌گذاری‌های علاقه‌مند به حداقل‌گرایی کیفری است.

از سوی دیگر، پیرو تفسیر معقول از اصل آخرین راهکار، قانون‌گذاری کیفری باید محدود به مواردی گردد که سیاست‌های جایگزین، در رسیدن به اهداف قانونی، کم‌اثرتر باشند (Husak, 2007, p. 217). بدین ترتیب، در رویکرد کمینه‌گرا، اگر تدابیر غیرکیفری که به‌طور معمول دارای شدت کمتری نسبت به مجازات‌اند، به همان خوبی یا به‌نحو مؤثرتری دولت را در رسیدن به اهداف خود یاری کنند، مداخله کیفری نباید اعمال شود.^{۵۷} کمینه‌گرایی با این پیش‌فرض‌ها، یعنی لزوم وجود توجیه اقناع‌آور و مضیق برای مداخله کیفری و نیز ضرورت توسل به این‌گونه مداخله به‌عنوان آخرین وسیله، موانعی در حوزه قانون‌گذاری کیفری ایجاد می‌کند و نقش مقنن را به‌نگه‌بان زندگی شهروندان تقلیل می‌دهد و در مقابل، مشارکت جامعه مدنی را در واکنش نسبت به ناهنجاری‌ها افزایش می‌دهد و از این طریق می‌تواند محتوای قانون کیفری را تا حدود زیادی از دخالت‌های نابه‌جا و تبعیض‌های ناروا پالایش نماید. ازاین‌رو، علاوه بر ضرورت وجود معیار عدالت‌خواهی و در امتداد آن، به‌جرت می‌توان از کمینه‌گرایی، به‌عنوان معیار بی‌طرف‌سازی قانون‌گذاری کیفری یاد نمود.

در رویکرد تکثرگرا به فرهنگ که افراد را در دنبال نمودن غایات به‌خصوصی ملزم نمی‌کند، بلکه اهتمام دارد که آزادی آن‌ها را در پیروی از آمال خویش بیشینه سازد، مداخله حکومت در گزینش‌های افراد نظیر انتخاب مذهب، گذراندن ایام فراغت، نوع کتاب، فیلم، موسیقی و... تقلیل می‌یابد. پیرو این رویکرد، فرهنگ‌های مختلف بدون تمسک به فرهنگ حاکم نیز می‌توانند شکوفا شوند. بدین ترتیب، نوعی درک حداقلی از مداخله کیفری ارائه می‌کند که آن‌سان که پیدا است، تنها آسیب به دیگران و نه به خود یا خداوند را به‌عنوان معیار معقول برای صدور جواز مداخله کیفری مورد پذیرش قرار می‌دهد. هرچند در خصوص معنای آسیب اختلاف نظر وجود دارد، اما آسیب را در این رویکرد می‌توان به آثار زیان‌بار یا آزاردهنده‌ای که از فرهنگ جانب‌دارانه‌ای سرچشمه نمی‌گیرند، تعبیر نمود.^{۵۸} در نتیجه، کنش‌هایی نظیر نژادپرستی یا قتل‌های زنجیره‌ای که فارغ از هرگونه پیش‌دآوری، در همه فرهنگ‌ها آسیب‌زا

۵۷. برای مطالعه بیشتر در خصوص کمینه‌گرایی کیفری (نک: غلامی، ۱۳۹۳).

۵۸. آسیب در این معنا به قرأت مشهور آن، که توسط فاینبرگ ارائه شده است و عبارت از «خنثی‌کردن، عقب‌انداختن و یا سلب منفعت در اثر عمل خطای دیگری» است (Feinberg, 1987, p. 33) به نقل از: فرح‌بخش، ۱۳۹۲، ص ۳۳۳، نزدیک می‌باشد.

تلقی می‌گردند و حتی رفتارهایی نظیر توهین علنی به اموات که موجبات آزار دیگران و آسیب معنوی به آن‌ها را ایجاد می‌کنند، در قانون‌گذاری کیفری بی‌طرفانه نیز به طور منطقی جرم تلقی می‌گردند و قابل مداخله کیفری می‌باشند. اما رفتارهایی که مانع، تعویق انداز و یا عامل سرکوب اهداف دیگران نیستند، نظیر استفاده از وسیله سرگرمی مشخص و یا نوعی متفاوت از پوشش، به یقین مشمول مداخله کیفری در این رویکرد قرار نمی‌گیرند.

برخی سازشگران با مفهوم کثرت‌گرایی فرهنگی حتی پاره‌ای از آسیب‌هایی که در روابط خودمختارانه و آزادانه درون خرده فرهنگ‌ها رخ می‌دهند، نظیر تنبیه کودکان توسط والدین را خارج از مداخله کیفری قلمداد می‌نمایند (فلچر، ۱۳۹۳، ص ۱۵۰). این بینش که در میان مخالفان جرم‌انگاری رفتارهای دیگری نظیر ازدواج اجباری نیز وجود دارد،^{۵۹} اگرچه رفتارهای قابل سرزنش افراد را تأیید نمی‌کند، اما به معنای مدارا و تسامح بیشتر و تمسک به سازوکارهای غیرکیفری نسبت به بزه‌کاران فرهنگی است. بدین سان، قانون‌گذار را به استفاده از مداخله کیفری به مثابه آخرین راهکار برای سرزنش رفتارهای فرهنگی قابل سرزنش افراد هدایت می‌کند و راهبردهای آموزشی در کنار تدابیر تقنینی غیرکیفری را در اولویت قرار می‌دهد.

این امر قابل انکار نیست که رفتار فرهنگی که می‌تواند به دیگران آسیب برساند، با تواقی بیشتری توسط دولت‌ها و حتی مردم محکوم می‌گردد.^{۶۰} با این حال، از آن‌جا که در قانون‌گذاری‌های مبتنی بر وحدت‌گرایی فرهنگی، دستیابی به عقیده، بیان و عملکرد واحد اهمیت دارد، علاوه بر رفتارهای آسیب‌زا، هرگونه مداخله کیفری گسترده در حقوق و آزادی‌های افراد به بهانه حمایت از آن‌ها برای جلوگیری از ضرر به خود (حمایت‌گرایی کیفری) و یا واداشتن آن‌ها به انجام اعمالی که به صلاح آن‌هاست و بازداشتن از افعالی که دستیابی آن‌ها را به سعادت با وقفه مواجه می‌نمایند (کمال‌گرایی کیفری)، موجه می‌گردد. همچنین، الزام انسان‌ها به ترک اعمالی که اخلاق متعارف جامعه آن‌ها را مذموم می‌شمارند (اخلاق‌گرایی کیفری)، مداخله کیفری را توجیه می‌نماید.^{۶۱} بدین ترتیب، پذیرش و ترویج نوعی فرهنگ خاص و جذب، حل و ادغام همه فرهنگ‌ها در یک پیکره

۵۹. ازدواج اجباری در میان برخی اقوام، امری رایج محسوب می‌شود و اغلب منجر به صدمات جسمی یا روحی می‌گردد. درخصوص دیدگاه‌های مخالف و موافق جرم‌انگاری این رفتار (نک: مقدسی؛ عامری، ۱۳۹۵).

۶۰. برای مطالعه یک نمونه تحقیق در این خصوص (See: Barbara J, 2007).

۶۱. استعمال مواد مخدر و مشروب‌خواری که متضمن صدمه به خود شخص هستند و به طور مستقیم به دیگران زیان نمی‌رسانند، روسپی‌گری، چندهمسری، همجنس‌گرایی و قماربازی و در نهایت، ازدواج زیر سن قانونی، آوردن سگ به بیرون از منزل و پوشش اختیاری برای زنان، از دیگر مواردی‌اند که به ترتیب با توجه به مبانی مذکور در قوانین کیفری کشورهای مختلف دچار محدودیت شده‌اند. درخصوص مبانی توجیه مداخله کیفری (نک: محمودی جانکی؛ روستایی، ۱۳۹۲؛ برهانی؛ محمدی فرد، ۱۳۹۵).

واحد، ناگزیر مداخلات قانون‌گذار را در حقوق و آزادی‌های شهروندان، به‌عنوان بدیهی‌ترین و ابتدایی‌ترین ابزار، افزایش می‌دهد. ازدیاد عناوین مجرمانه، افراد را در معرض محدودیت‌های ناروا و مجازات‌هایی که مستحق آن نیستند قرار می‌دهد و به نقض بی‌طرفی قانون کیفری و اهتمام کمتر آن نسبت به افرادی که در پیکره فرهنگ حاکم سهیم نیستند، می‌انجامد. برخی از این‌گونه جرم‌انگاری‌ها با علم قانون‌گذار به عدم اجرای آن‌ها تصویب می‌گردند و اگرچه هرگز مجالی برای اجرا نمی‌یابند، اما می‌توانند عاملی برای اعتراض سایر فرهنگ‌ها و در نهایت، افزایش قوانین متروک باشند.^{۶۲} کثرت‌گرایان با مخالفت با این رویکردها که هدایت انسان‌ها را حق و تکلیف قانون‌گذار می‌دانند و سیاست‌های مداخله‌گرایانه در حقوق و آزادی‌های آن‌ها را موجه قلمداد می‌نمایند، بر قانون کیفری با کمترین حد مداخله تأکید می‌کنند. با این حال، در این‌گونه نگرش به قانون‌گذاری کیفری نیز برای ممانعت از این‌که شأن و منزلت آن افراد یا گروه‌هایی که به بنیادهای فرهنگی حکومت احترام گذاشته‌اند بر دیگران برتری یابد، لازم است گاهی به مداخله کیفری بیشتر تمسک گردد. این‌گونه بیشینه‌گرایی، برای جلوگیری از نادیده انگاشتن بزه‌دیدگان فرهنگی است و به نفع فرهنگ‌های اقلیت و نه فرهنگ حاکم ختم می‌گردد. از این‌رو، نه تنها مانع بی‌طرفی قانون کیفری نیست، بلکه ضامن حقوق انسان‌ها نظیر حق حفظ زبان، حق انجام مراسم دینی، حق پیروی از رسوم فرهنگی و حتی حق استفاده از پوشش، رسانه و وسایل سرگرمی متفاوت است و مداخله قانون‌گذار را در کنش‌های شهروندان منطقی می‌سازد. در همین راستا، در برخی از کشورها ارتکاب جرائم از روی پیش‌داوری نسبت به فرهنگ افراد نظیر توهین یا تحقیر یک دین یا آیین خاص، به‌طور مستقل جرم‌انگاری شده است.^{۶۳}

امروزه دولت‌ها با تأثیرپذیری از اندیشه‌های مدرن، اغلب دغدغه جلوگیری از آسیب رساندن شهروندان به یکدیگر و پیش‌بینی واکنش مناسب در برابر این آسیب‌ها را دارند. گسترش الزامات این رویکردها از گذر اسناد بین‌المللی نیز موجب محدودیت بیشتر دولت‌ها در زمینه نقض حریم خصوصی و آزادی‌های بنیادین افراد می‌گردد. بدین سان، در قوانین اساسی بسیاری از کشورها،

۶۲. قانون ممنوعیت به‌کارگیری عبارات انگلیسی در فرانسه نمونه‌ای از قانون‌گذاری‌هایی است که قانون‌گذار در تصویب آن بیشتر به دنبال نشان دادن موضع خود به نفع جناح یا حزب خاصی بوده است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱، ص ۲۴).

۶۳. در قوانین انگلستان، هرگونه آزار و اذیت و ایراد صدمه بدنی و ارباب برای قربانیان دارای رنگ، جنس، ملیت، سن، مذهب و قومیت متفاوت، جرمی خاص تلقی و مرتکب به مجازاتی شدیدتر از مجازات ارتکاب جرم بدون انگیزه فوق، محکوم می‌شود (سینزوار، ۱۳۸۹، ص ۷۹). در آمریکا نیز جرم مبتنی بر نفرت، به‌طور خاص جرم‌انگاری شده است (نک: عباچی، ۱۳۹۲؛ همچنین: ماده ۴۹۹ مکرر قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲).

حداقل‌گرایی به رسمیت شناخته شده است^{۶۴} و از رویکرد کمینه‌ای نسبت به مداخله کیفری در مورد اغلب رفتارها، به‌ویژه رفتارهای برخاسته از عقیده و فرهنگ، دفاع می‌شود. همچنین امروزه در پرتو نظریه‌ها و مکاتب جرم‌شناسی، در بسیاری از جرائم، بر مداخله کمینه‌ای تأکید می‌گردد و مفاهیم، برنامه‌ها و اصول عدالت ترمیمی که از جلوه‌های تحدید و تلطیف مداخله کیفری محسوب می‌شوند نیز رواج یافته‌اند (نجفی ابرندآبادی، ۱۴۰۲، ص ۷). پیش‌بینی این برنامه‌ها در قوانین جوامع چندفرهنگی، در نهایت می‌تواند نقش قابل توجهی در درونی کردن مفاهیم فرهنگی بنیادین هر جامعه و خودکنترلی افراد و گذار از عدالت کیفری جانب‌دارانه به سمت عدالت کیفری بی‌طرفانه داشته باشد. کمینه‌گرایی در قانون‌گذاری کیفری در حوزه فرهنگ، در چهارچوب یک سیاست جنایی خردمندانه که به ارزیابی جایگزین‌های مناسب پردازد و منافع بزه‌دیده و بزه‌کاران فرهنگی را لحاظ نماید، قابل دفاع است و موجب می‌شود تا تفاوت در مؤلفه‌های فرهنگی، تغییری در جایگاه والای انسان‌ها در جامعه به وجود نیاورد و کرامت انسانی آن‌ها در هر حال باقی بماند.

۳-۲. قانون‌گذاری کیفری فرایندی و نهادی

قانون‌گذاری کیفری بی‌طرفانه علاوه بر این‌که متکی بر آرمان عدالت خواهی و قلمرو مداخله کمینه در حقوق و آزادی‌های افراد است، حتی بیش از آن‌ها، مستلزم ساختار بی‌طرفانه است، به طوری که می‌توان اذعان نمود پیش شرط اهداف و مبانی بی‌طرفانه، وجود قانون‌گذار بی‌طرف است. قانون‌گذاری کیفری فرایندی و نهادی، راهبردی است که به موجب آن، هرگونه هنجارگذاری کیفری، پس از طی فرایند دموکراتیک مقرر در قانون اساسی و در نهاد متشکل از نمایندگان مردم، تصویب می‌شود و به اقتدار مختلف، کرسی‌های ثابتی برای تصمیم‌گیری، اختصاص می‌یابد. این ساختار از قانون‌گذاری که در آن، رضایت افراد از طریق نمایندگان آن‌ها اعلام می‌شود و اعمال ممنوعه و کیفرهای ناظر بر آن‌ها به نوعی خواست عمومی محسوب می‌گردند، بیشترین بخت را برای بی‌طرفانه بودن دارد و در برابر قانون‌گذاری شخصی قرار می‌گیرد که در آن، هرگونه هنجارگذاری کیفری، بر ساخته تصمیمات پیش‌بینی‌ناپذیر و خودسرانه حاکم یا حاکمان است. در قانون‌گذاری کیفری مبتنی بر کثرت‌گرایی فرهنگی، به دلیل ابتننا بر خواست شهروندان، دیدگاه‌های رقیب همه آن‌ها محترم می‌باشند. در نتیجه، قانون باید از طریق گفت‌وگو و

۶۴. در خصوص کشورهایی که در قانون اساسی خود به کمینه‌گرایی اشاره نموده‌اند (نک: موسی‌زاده و دیگران، ۱۴۰۰، ص ۶۶).

مشارکت میان افراد، احزاب و گروه‌های مختلف و مبتنی بر نیازسنجی آن‌ها تصویب‌گردد و نقدپذیر و اصلاح‌پذیر باشد. لزوم نقدپذیری و اصلاح‌پذیری قانون از این جهت است که تصمیم‌گیری در نهاد قانون‌گذاری کیفری و بر اساس رأی اکثریت نیز می‌تواند حقوق شهروندان دارای باورهای مختلف را در معرض خطر قرار دهد، زیرا نمایندگان اکثریت که از کرسی‌های بیشتر در قانون‌گذاری برخوردارند، مطابق با دیدگاه خود، اقدام به جرم‌انگاری و کیفرگذاری می‌نمایند که ممکن است با باورهای فرهنگی سایر شهروندان مخالف باشد.^{۶۵} همچنین در این فرایند، اکثریت حق پیدا می‌کنند تا شیوه زندگی واحدی را به جامعه القا نمایند، که می‌تواند زمینه را برای نوعی «عوام‌گرایی» هموار کند و نتیجه‌ای جز نادیده انگاشتن حقوق اقلیت‌ها ندارد.^{۶۶} از این رو، علاوه بر قانون‌گذاری‌های شخصی، دخالت نابه‌جا، تبعیض و جانب‌داری را در قانون‌گذاری‌های نهادی و فرایندی که بر پایه «خودکامگی اکثریت» شکل گرفته‌اند، می‌توان دید.^{۶۷} بدین ترتیب، تجلی حقیقی بی‌طرفی از زمانی می‌توان مشاهده نمود که قانون‌گذار به حقوق شهروندان، به خصوص اقلیت‌ها توجه ویژه نماید و از این نظر توسط مجاری خاصی مورد نظارت و کنترل قرار گیرد. ضرورت نظارت و کنترل در جهت تحدید قدرت و کنترل مصوبات پارلمان منتخب است و تخصیص یک ساختار غیردموکراتیک برای قانون‌گذاری کیفری نسبت به منتخبین جامعه محسوب نمی‌شود تا بی‌طرفی قانون را خدشه‌دار نماید. این ساختار را می‌توان مبتنی بر موافقت قبلی شهروندان دانست تا هر زمان قانون‌گذار از مسیر عقلانیت خارج شود و با آن‌ها به دیده تبعیض‌آمیز برخورد کند، مانع این‌گونه انحرافات آن گردند. بنابراین، «ترتیبات فوق، نشان‌دهنده اصل خودحکمرانی آنان از طریق اراده داوطلبانه نسبت به تحدید خود از قبل می‌باشد» (زارعی، ۱۳۸۷، ص ۹۸). چنین ساختاری می‌تواند باعث افزایش مسئولیت‌پذیری متولیان و ضامن بی‌طرفی قانون کیفری گردد. این در حالی است که در قانون‌گذاری کیفری مبتنی بر وحدت‌گرایی فرهنگی، فرمانروا یا فرمانروایان، دین، زبان یا هر گونه آیین خود را یگانه معیار مشروع می‌دانند و از قدرت جبری خود برای حفظ وحدت

۶۵. به‌عنوان نمونه، قانون مجازات اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۲، در حدود، قصاص و دیات، مأخوذ از فتاوی فقهای شیعه است و با وجود تنوع مذاهب فقهی حاضر در کشور، در حد سؤالات ابتدایی و تردیدهای زودگذر هم در حقانیت فقه شیعه و نامشروع بودن فتاوا و نظریات مذاهب دیگر تعلق نکرده است (امیدی، ۱۳۹۹، ص ۲۴۸).

۶۶. در خصوص عوام‌گرایی (Populism) در مدل دولت - جامعه لیبرال (نک: نجفی ایرندآبادی، ۱۳۹۲ (ب)، ص ۴۶-۵۰).

۶۷. در خصوص خودکامگی اکثریت (Despotism of Majority) (نک: دوتوکویل، ۱۳۹۳).

فرهنگی موجود استفاده می‌کنند. این شیوه قانون‌گذاری که بدون دخالت شهروندان صورت می‌گیرد، تأثیر معکوسی در بی‌طرفی قانون کیفری بر جا می‌گذارد.

امروزه در اغلب دولت‌های مدرن، تصمیمات به شکل نهادی، جمعی و فرایندی اتخاذ می‌شود و در مواردی هم که به حکم حکومتی دست آویخته شود، مرجع صدور حکم به نوعی یک نهاد و نه یک شخص است. چنانچه اختیارات رئیس کشور در حوزه‌ای زیاد باشد، ترتیبات نهادی برای کنترل قدرت او پیش‌بینی می‌شود (نوبهار، ۱۳۹۹، ص ۷۴). قانون‌گذاری نهادی، در مقایسه با قانون‌گذاری فردی شده، شانس بیشتری برای پیروزی در رقابت بی‌طرف‌سازی دارد. با این حال، مدرنیسم به تعبیر «ماکس وبر»^{۶۸} با تمسک به مجموعه‌ای از قواعد ثابت و قابل پیش‌بینی، که از طریق مجموعه‌ای درهم‌تنیده از نهادها و ساختارها تنظیم و اعمال می‌شوند، در معرض شکل‌دهی به قفس‌های آهنینی است که تمامی جلوه‌های حیات فردی و اجتماعی شهروندان را جهت‌دهی می‌کند و با پنهان کردن اراده قدرت در لابه‌لای نهادها، عملکردهای آن را به مثابه اموری عقلانی و الزامی برای حفظ انضباط اجتماعی به تصویر می‌کشد (ساداتی، ۱۴۰۰، ص ۱۱۶). در این شیوه نوین اعمال سلطه، ارزش‌های فرهنگی مدنظر حاکمیت از طریق نهاد قانون‌گذاری، بر همه شهروندان تحمیل می‌شود. قانون کیفری برآمده از این ساختار، به علت تصویب توسط نمایندگان مردم، در ظاهر بی‌طرفانه به نظر می‌رسد و مورد مقاومت کمتری نیز قرار می‌گیرد، اما از آن‌جا که اغلب انعکاس‌دهنده فرهنگ مطلوب حکومت‌اند، احتمال تبعیض‌آمیز بودن آن زیاد است.

در جهت رفع این چالش، در اغلب جوامع مدرن، قانون‌گذاران ضمن اتکا بر رأی مردم، در مقابل آن‌ها پاسخ‌گو نیز می‌باشند. در چنین بستری، مردم می‌توانند با واکنش در برابر قوانین تبعیض‌آمیز در مناسبت‌های مختلف به دولت‌ها یادآوری کنند که در سیاست‌گذاری کیفری باید بی‌طرف باشند. «اراده عمومی در این نوع از قدرت ارتباطی قادر است نوع و کیفیت هنجارگذاری کیفری را خلق و در پاره‌ای از موارد تقویت یا محدود کند» (موسی‌زاده و دیگران، ۱۴۰۱، ص ۱۷).

همچنین، در این جوامع، نهادها و کنشگران مختلفی نظیر قوه قضائیه و اعضای آن، وکلا و مشاوران حقوقی، سندیکاهای انجمن‌های علمی، سازمان‌های مردم‌نهاد، کنشگران فراملی و

68. Max Weber

رسانه‌ها، به اشکال مختلف در تنظیم، اصلاح و تصویب قانون و به عبارت بهتر، در مراحل مختلف فرایند قانون‌گذاری مداخله می‌نمایند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱، ص ۲۹). برخی از این کنشگران نظیر قضات به‌طور معمول از میان اعضای فرهنگ رسمی منصوب می‌شوند. از این رو، علاوه بر وجود تردید در تبلور اراده مردم در تصمیمات آن‌ها، اتخاذ رویکرد ناجانب‌دارانه از سوی ایشان نیز در هاله‌ای از ابهام قرار دارد. برخی دیگر از جمله رسانه‌ها، اغلب دارای ویژگی‌هایی نظیر سطحی و اغراق‌آمیز بودن و سیاست‌زدگی‌اند و به همین علت، ممکن است مردم و حتی قانون‌گذار را از مسیر بی‌طرفی منحرف سازند. با این حال، در صورت وجود قوه قضائیه‌ای مستقل و بی‌طرف و نهادها و کنشگرانی که با نقد و بررسی‌های کارشناسانه به تعدیل و تحدید تمایلات جانب‌دارانه نمایندگان اکثریت بپردازند، می‌توان به جبران خلأ بی‌طرفی در قوانین دموکراتیک و ایجاد بستری مناسب برای مقبولیت اجتماعی نظام عدالت کیفری امیدوار بود. در این راستا، در برخی از کشورها اجرای اصل بی‌طرفی، تحت نظارت محاکم قانون اساسی قرار دارد.^{۶۹} بسیاری از کشورها نیز به نظام حقوق بین‌الملل بشر پیوسته‌اند، که با پیش‌بینی نهادهای ناظر، عرضه بی‌طرفانه را تضمین می‌کنند.^{۷۰}

مراجعه به آرای دادگاه‌های قانون اساسی و مراجع بین‌المللی، در راستای تأمین حقوق اشخاص و گروه‌های آسیب‌پذیر است و انسجام حقوقی را بر هم نمی‌زند. از این رو مطلوب و قابل قبول است.^{۷۱} در شرایطی که قانون اعتبار خود را از رضایت حکومت‌شوندگان می‌گیرد و طی تشریفات مقرر در قانون اساسی تصویب و از طریق مجاری خاصی بر بی‌طرفانه بودن آن نظارت می‌گردد، از هر گونه برداشت ایدئولوژیک که بدان تقدس ببخشد، مبرا می‌شود و بستر مناسبی برای حاکمیت قانون در برداشت خردبنیاد از آن فراهم می‌گردد.

نتیجه‌گیری

رعایت اصل حاکمیت قانون، از مهم‌ترین ضابطه‌های زمامداری و نیز حکمرانی خوب محسوب

۶۹. به‌عنوان نمونه، شورای قانون اساسی در فرانسه ناظر به رسیدگی به رعایت اصول قانون اساسی در مرحله تقنین و در مواردی در مرحله قضا و اجرای قوانین است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۹، ص ۲۵۴-۲۵۵).

۷۰. به‌عنوان نمونه، دیوان اروپایی حقوق بشر با ارائه مفهومی چندبعدی و همه‌جانبه از «امنیت ملی»، منافع تمامی گروه‌ها، اقوام و مذاهب ساکن در دول عضو را در این مفهوم قرار داده و اقدام دولت‌ها در تحدید حقوق این گروه‌ها، به نام «امنیت ملی» را ناقض مقررات کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و قابل محاکمه دانسته است (عزیزی، ۱۴۰۲، ص ۱۳۴).

۷۱. برای مطالعه بیشتر (نک: رستمی (ب)، ۱۳۹۹).

می‌شود. یکی از لوازم حاکمیت قانون، پایبندی قانون‌گذار به اصل بی‌طرفی است. بر اساس یافته‌های این مقاله، رویکرد بی‌طرفانه، از کثرت‌گرایی فرهنگی سرچشمه می‌گیرد، که با بنا نهادن نظم فرهنگی خاص، افراد را ملزم به رعایت اصولی که به فرهنگ خاصی تعلق ندارند، می‌نماید و در عوض، نسبت به عمده مسائل فرهنگی به بی‌تفاوتی توصیه می‌کند. قانون‌گذاری کیفری مبتنی بر این رویکرد، بر محور اعتماد به حقانیت همه فرهنگ‌ها، دغدغه‌ای برای تأمین مصلحت فرهنگ اکثریت را ندارد و هنجارگذاری کیفری در حوزه جرائم مرتبط با فرهنگ را در موارد استثنایی، با هدف اجرای عدالت و به شرط رعایت استحقاق، موجه قلمداد می‌نماید. در این رویکرد، حتی در مواردی که مداخله حکومت در حقوق و آزادی‌های فرهنگی افراد پذیرفته شود، تمسک به نوع کیفری آن مستلزم توجه اقناع‌آور است و باید به عنوان آخرین راهکار برای سرزنش مرتکبان به کار رود، و همچنین مستلزم ساختار فرایندی و نهادی قانون‌گذاری کیفری بر مبنای توافق عموم و پاسخ‌گویی در مقابل آن‌ها و نه رأی شخص یا اشخاص حاکم در هدایت اتباع است. قانون کیفری برآمده از این معیارها، با احترام به سلیق مختلف شهروندان، انتظارات و خواسته‌های آن‌ها را دارای ارزش و اعتباری مساوی با دیگر رقبا قلمداد می‌نماید و از هر گونه هنجارآفرینی و الگوسازی که شائبهٔ جانب‌داری از دین، نژاد، زبان و... را ایجاد می‌کند، دوری می‌گزیند. چنین قانونی، حتی در مواردی، تضمیناتی به نفع افراد و گروه‌های اقلیت و در جهت فراهم شدن امکان پیروی آن‌ها از مؤلفه‌های فرهنگی خود ایجاد می‌کند. این حقیقت، سپری در برابر تبعیض و جانب‌داری و مظهر حاکمیت قانون در جامعه است.

هرچند ممکن است نظام‌های وحدت‌گرای فرهنگی که بر پایهٔ انکار تکثر و تمایز فرهنگ‌ها بنا شده‌اند، در سیاههٔ قوانین کیفری خود به بی‌طرفی قانون و رفتار برابر با شهروندان دارای باورهای مختلف اذعان دارند، ولی در نهایت، به احتمال زیاد، از کنش‌های فرهنگی آن‌ها هیچ‌گونه حمایتی به عمل نمی‌آورند و امکان حمایت را هم توسط سایر متولیان عدالت کیفری پیش‌بینی نمی‌کنند، زیرا در این نوع از نظام‌ها، رسالت قانون‌گذاری کیفری در امتداد رهایی از تعارضات فرهنگی و ترقی فرهنگ حاکم است. از این رو، در طراحی قوانین کیفری در این حوزه، قلمرو پیشینه‌ای برای خود ترسیم می‌نمایند و اغلب هنجارسازی‌ها یا توسط شخص حاکم و یا از طریق اکثریت منتخب، بدون کنترل، نظارت و پاسخ‌گویی در برابر مردم، صورت می‌گیرد. قانونی که از خواست عمومی نشئت نگیرد و به بهای حمایت از ارزش‌های جمعی،

حقوق فردی را قربانی کند و آزادی شهروندان را به نحو گسترده سلب نماید، تبعیض‌آمیز بوده و نه تنها با فطرت بشر و کرامت ذاتی او مغایر است، از جانب مردم یا اکثریت آن‌ها مقبول واقع نمی‌شود و دور از انتظار نیست که به عاملی برای برهم خوردن نظم عمومی تبدیل شود و پس از مدتی متروک گردد.

در نهایت، می‌توان اذعان نمود که هر آینه قانون‌گذاری کیفی در حوزه فرهنگ تکثرگرا شود، بی‌طرف می‌گردد و به پشتیبانی یکسان از شهروندان التزام می‌یابد. با این حال، فقدان ضابطه دقیق و خطر تضعیف همبستگی و نیز هزینه‌بردار بودن اجرای برخی از ضوابط بی‌طرف‌سازی، نظیر جایگزین‌های ضمانت اجرای کیفی، باعث می‌شود تا قانون‌گذاران در وجهت بی‌طرف‌سازی قوانین کیفی تردید کنند. این در حالی است که با وجود حقانیت برخی از ایرادات، به‌کارگیری خردمندانه و منطقی این رویکرد؛ نه تنها می‌تواند مسیری سنجیده را برای هنجارگذاری کیفی در حوزه فرهنگ پیش‌رو قرار دهد، بلکه موجبات مشروعیت قوانین کیفی را نیز فراهم می‌آورد و نظام عدالت کیفی را در برابر تورم چیره می‌نماید. بدین ترتیب، صرف ایدئال تلقی کردن این رویکرد، نافی ضرورت حرکت به سوی آن نیست. توسعه مطالعات جامعه‌شناختی و کیف‌شناختی و ارزیابی تطبیقی راهکارهایی که قانون‌گذاری‌های کیفی کشورهای مختلف از طریق آن‌ها کثرت‌گرایی فرهنگی را به نحو معقول به کار گرفته و بی‌طرف گردیده‌اند، می‌تواند کارساز باشد.

فهرست منابع

۱. آشوری، داریوش. (۱۳۹۴ش). دانشنامه سیاسی، تهران: مروارید.
۲. آقایی، سارا. (۱۳۹۷ش). تحلیل جرم در جرم‌شناسی فرهنگی. تهران: میزان.
۳. امیدی، جلیل. (۱۳۹۹ش). قانون‌گذاری اسلامی و مسئله تنوع مذاهب فقهی؛ نقدی بر قانون اساسی و قانون مجازات اسلامی، در: مجموعه مقالات در تقابل شرع و حقوق، (به کوشش فیروز محمودی جانکی و جمشید غلاملو). تهران: میزان.
۴. برلین، آیزیا. (۱۳۹۲ش). چهار مقاله در آزادی، (ترجمه محمدعلی موحد). تهران: خوارزمی.
۵. برهانی، محسن؛ محمدی فرد، بشری. (۱۳۹۵ش). کمال‌گرایی کیفری. مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، ۲(۳)، ۱۷۳-۱۹۴.
۶. جوان جعفری، عبدالرضا؛ ساداتی، محمدجواد. (۱۳۹۴ش). ماهیت فلسفی و جامعه‌شناسی کیفر. تهران: میزان.
۷. حسینی، حسین؛ دانش ناری، حمیدرضا. (۱۳۹۵ش). قابلیت استناد به هنجارهای فرهنگی در مرحله تعیین کیفر؛ مطالعه تطبیقی در نظام قضایی ایران، آلمان و آمریکا. مطالعات حقوق تطبیقی، ۷(۲)، ۵۳۳-۵۴۹. <https://doi.org/10.22059/jcl.2016.60692>
۸. حمیدیه، بهزاد. (۱۴۰۰ش). آزادراه فرهنگ، درآمدی بر لیبرالیسم فرهنگی. تهران: کانون اندیشه جوان.
۹. خانعلی پور واجارگاه، سکینه؛ محبی، جلیل. (۱۳۹۷ش). گفتمان‌های کلان‌انگزار بر فرایند قانون‌گذاری کیفری. مجلس و راهبرد، ۲۵(۹۶)، ۷۱-۹۸.
۱۰. دانش ناری، حمیدرضا؛ دانش ناری، زهرا. (۱۴۰۰ش). فرایند سیاست‌گذاری فرهنگی در نظام جرم‌انگاری ایران. مجلس و راهبرد، ۲۸(۱۰۸)، ۶۷-۹۸. <https://doi.org/10.22034/mr.2021.3833.3877>
۱۱. دوتوکویل، آکسی. (۱۳۹۳ش). دموکراسی در آمریکا. (ترجمه رحمت‌الله مراغه‌ای). تهران: علمی و فرهنگی.
۱۲. راسخ، محمد. (۱۳۹۳ش). حق و مصلحت، مقالاتی در فلسفه حقوق. تهران: طرح نو.
۱۳. رحمت‌اللهی، حسین؛ شیرزاد، امید. (۱۴۰۰ش). کمال‌گرایی و بی‌طرفی. تهران: مجد.
۱۴. رالز، جان. (۱۳۹۲ش). عدالت به مثابه انصاف، یک بازگویی، (ترجمه عرفان ثابتی). تهران: ققنوس.
۱۵. رایجیان اصلی، مهرداد. (۱۳۹۰ش). بزه‌دیده‌شناسی حمایتی، (جلد اول: تحولات بزه‌دیده‌شناسی و علوم جنایی). تهران: دادگستر.
۱۶. رایجیان اصلی، مهرداد. (۱۳۸۴ش). بزه‌دیدگان و نظام عدالت جنایی. مجله حقوقی دادگستری، ۶۹(۵۲-۵۳)، ۷۵-۱۱۸.
۱۷. رستمی، هادی (الف). (۱۳۹۹ش). حقوق کیفری و لیبرالیسم. تهران: نگاه معاصر.
۱۸. رستمی، هادی. (ب). (۱۳۹۹ش). پلورالیسم حقوقی، در: دانشنامه سیاست‌گذاری حقوقی، (به کوشش لعیا جنیدی و امیرحسین نیازپور). تهران: معاونت حقوقی رئیس‌جمهور.
۱۹. زارعی، محمد. (۱۳۸۷ش). حاکمیت قانون و دموکراسی، سازگاری یا تعارض. تحقیقات حقوقی، ۱۱(۴۸)، ۶۵-۱۰۵.
۲۰. زینالی، امیرحمزه. (۱۳۹۴ش). جرم‌انگاری در حوزه فرهنگ. تهران: مجد.
۲۱. ساداتی، محمدجواد. (۱۴۰۰ش). مجازات و کنترل اجتماعی. تهران: میزان.

۲۲. ساروخانی، باقر. (۱۳۸۰ش). دایرةالمعارف علوم اجتماعی. تهران: کیهان.
۲۳. سالیوان، راجر. (۱۳۸۹ش). اخلاق در فلسفه کانت، (ترجمه عزت‌الله فولادوند). تهران: طرح نو.
۲۴. سبزواری نژاد، حجت. (۱۳۹۶ش). جایگاه اصل تناسب جرم و مجازات در حقوق کیفری ایران. دیدگاه‌های حقوق قضائی، ۲۲(۷۷)، ۱۳۳-۱۶۴.
۲۵. سبزواری نژاد، حجت. (۱۳۸۹ش). نقش نژاد و مذهب قربانی جرم در تعیین مجازات در قوانین کیفری ایران و انگلستان. مجله حقوقی دادگستری، ۷۴(۷۱)، ۷۳-۹۲. <https://doi.org/10.22106/ijl.2010.11165>
۲۶. شهابی، مهدی. (۱۴۰۱ش). فلسفه حقوق. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۲۷. فرح‌بخش، مجتبی. (۱۳۹۲ش). جرم‌انگاری فایده‌گرایانه. تهران: میزان.
۲۸. فلچر، جورج. (۱۳۹۳ش). نظریه‌های سیاسی و حقوق کیفری، (ترجمه بهمن خدادادی و زینب‌السادات نوابی)، در: اصل حداقل بودن حقوق جزا، (به کوشش حسین غلامی و دیگران). تهران: میزان.
۲۹. فهیمی، فیض‌محمد؛ ساداتی، سید محمدجواد؛ جوان‌جعفری بجنوردی، عبدالرضا. (۱۴۰۲ش). بررسی تحولات واکنش‌های کیفری بدنی در جامعه افغانستان از منظر جامعه‌شناسی فرهنگی. آموزه‌های حقوق کیفری، ۲۰(۲۵)، ۲۹۷-۳۲۴. <https://doi.org/10.30513/cld.2024.5428.1888>
۳۰. عباچی، مریم. (۱۳۹۲ش). جرم‌های مبتنی بر نفرت. تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقالات). تهران: میزان.
۳۱. عزیززی، ستار؛ حسینی محبوب، حسین. (۱۴۰۲ش). مفهوم امنیت ملی در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر. پژوهشنامه حقوق تطبیقی، ۱۷(۱)، ۱۲۹-۱۴۹. <https://doi.org/10.22080/10.149-129> [ips.2022.24255.1390](https://doi.org/10.22080/10.149-129)
۳۲. غلامی، حسین. (۱۳۹۳ش). اصل حداقل بودن حقوق جزا، در: اصل حداقل بودن حقوق جزا، (به کوشش حسین غلامی و دیگران). تهران: میزان.
۳۳. محمودی، علی. (۱۳۹۳ش). تحلیل و ارزیابی دکتربین‌های بی‌طرفی در فلسفه سیاسی و فلسفه اخلاق، در: درخشش‌های دموکراسی. تهران: نگاه معاصر.
۳۴. محمودی جانکی، فیروز؛ روستایی، مهرانگیز. (۱۳۹۲ش). توجیه مداخله کیفری، اصول و ضرورت‌ها. پژوهش حقوق کیفری، ۱(۳)، ۳۵-۶۶.
۳۵. مرکزالمیری، احمد. (۱۳۹۴ش). حاکمیت قانون، مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها. تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۳۶. مقدسی، محمدباقر؛ عامری، زهرا. (۱۳۹۵ش). ازدواج اجباری؛ از ممنوعیت‌انگاری تا جرم‌انگاری. آموزه‌های حقوق کیفری، ۱۳(۱۲)، ۱۶۹-۱۹۸.
۳۷. موسی‌زاده، مهدی؛ نجفی ابرندآبادی، علی حسین؛ شاملو، باقر؛ محمودی جانکی، فیروز. (۱۴۰۱ش). نقش دموکراسی در مشروعیت‌بخشی سیاست‌گذاری و فرایند کیفری. تحقیقات حقوقی، ۲۶(۱۰۴)، ۱۱-۳۶. <https://doi.org/10.48308/jlr.2022.227031.2214>
۳۸. موسی‌زاده، مهدی؛ نجفی ابرندآبادی، علی حسین؛ شاملو، باقر؛ محمودی جانکی، فیروز. (۱۴۰۰ش). حق بر کیفر خردبنیاد. پژوهش حقوق کیفری، ۱۰(۳۶)، ۴۳-۷۶. <https://doi.org/10.22054/10.76-43> [jclr.2021.53531.2144](https://doi.org/10.22054/10.76-43)

۳۹. مهرا، نسرین. (۱۳۹۸ش). تأثیر مشخصه‌های جرم بر تعیین مجازات. تحقیقات حقوقی، ۲۲(۸۸)، ۶۳-۸۳.
<https://doi.org/10.29252/lawresearch.22.88.63>
۴۰. میرمحمدصادقی، حسین؛ قرقانی، علی‌رضا. (۱۴۰۳ش). ناسیونالیسم مدنی از مسیر قانون‌گذاری کیفری در ایران (مطالعه سیر کنشگری‌های منتهی به تصویب قوانین کیفری حامی هویت‌های قومی-مذهبی در ایران). پژوهش‌های حقوقی، ۲۳(۵۸)، ۲۹۷-۳۳۰.
<https://doi.org/10.48300/ijr.2023.381157.2261>
۴۱. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین. (۱۴۰۲ش). تحولات حقوق کیفری، دیباچه در: پرادل، ژان، تاریخ اندیشه‌های کیفری. تهران: سمت.
۴۲. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین. (۱۴۰۱ش). حقوق کیفری آزایی سیاست جنایی در پرتو راهبردهای سیاست عمومی، در: حقوق کیفری پویا، (به کوشش نسرین مهرا و امیرحسین نیازپور). تهران: میزان.
۴۳. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین. (۱۳۹۹ش). بین‌المللی-اساسی شدن اصول حقوق کیفری، در: دانشنامه سیاست‌گذاری حقوقی، (به کوشش لیا جنیدی و امیرحسین نیازپور). تهران: معاونت حقوقی رئیس‌جمهور.
۴۴. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین (الف). (۱۳۹۲ش). درآمدی بر پژوهش در نظام عدالت کیفری، فرصت‌ها و چالش‌ها، در: بایسته‌های پژوهش در نظام عدالت کیفری. تهران: میزان.
۴۵. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین (ب). (۱۳۹۲ش). درآمدی بر سیاست کیفری عوام‌گرا، دیباچه در: لازرژ، کریستین، درآمدی بر سیاست جنایی. تهران: میزان.
۴۶. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین. (۱۳۹۱ش). تقریرات جامعه‌شناسی کیفری، (به کوشش سمیرا گل‌خندان). دوره دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران، پردیس قم، نیمسال تحصیلی ۱۳۹۱-۱۳۹۲.
۴۷. نوبهار، رحیم. (۱۳۹۹ش). ضرورت بازاندیشی آموزه‌های فقه جزایی در پرتو پدیده دولت مدرن، در: مجموعه مقالات در تقابل شرع و حقوق، (به کوشش فیروز محمودی جانکی و جمشید غلاملو). تهران: میزان.
۴۸. وین‌ست، اندرو. (۱۴۰۲ش). نظریه‌های دولت، (ترجمه حسین بشیریه). تهران: نشر نی.
۴۹. همپتن، جین. (۱۴۰۱ش). فلسفه سیاسی، (ترجمه خشایار دیهیمی). تهران: نشر نو.
۵۰. هوشیار، مهدی. (۱۳۹۳ش). دفاع فرهنگی در نظام عدالت کیفری ایران و آمریکا. پژوهشنامه حقوق کیفری، ۲۷(۲)، ۲۷۳-۲۹۸.
۵۱. هیوود، آندرو. (۱۳۸۳ش). مقدمه نظریه سیاسی، (ترجمه عبدالرحمان عالم). تهران: ققنوس.
۵۲. یزدیان جعفری، جعفر. (۱۳۹۱ش). چرایی و چگونگی کیفر. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۵۳. یکرنگی، محمد. (۱۳۹۵ش). مشروعیت سیاسی کیفر. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
54. Barbara J. Costello. (2007). *cultural relativism and the study of deviance*. *Sociological Spectrum*, 26(6), 581- 594. <http://dx.doi.org/10.1080/02732170600948824>
55. Duff, Antony. (2010). *Criminal law for citizens, Theoretical criminology*. 14(3), 293-309, <https://doi.org/10.1177/1362480610369784>
56. Feinberg, Joel. (1987). *Harm to Others: The Moral Limits of Criminal Law*. Oxford University press

57. Husak, Douglas. (2004). Criminal law as last resort. *Oxford Journal of legal studies*, 24(2), 207- 235. <https://doi.org/10.1093/ojls/24.2.207>
58. Jareborg, Nils. (2004). Criminalization as Last resort (Ultima ratio). *OHIO State Journal of Criminal Law*, PP 521- 534.
59. Kymlicka, Will, Lernerstedt, Claes, Matravers, Mat. .)2014(*criminal law and cultural diversity*. Oxford University press
60. Lecce, Steven. (2008). *Against Perfectionism, Defending Liberal Neutrality*, University of Toronto Press.
61. Pantoja, Antonia & two more. (1977). Towards the development of theory: Cultural pluralism Redefined. *the journal of sociology & social welfare*, V. 4, Article 11.
62. Tunick, Marck. (2004). Can Culture Excuse Crime? Evaluating The Inability Thesis. *Punishment and Society*, 6(4), 395- 409. <https://doi.org/10.1177/146247450404046120>



The Criminological Approach to Suicide Terrorism

 **Norouz Kargari**¹ ✉

1. Corresponding author, Assistant Professor, Faculty of Law, Theology and Political Science Branch, Islamic Azad University, Research and Science, Tehran, Iran. Email: n.kargari@srbiau.ac.ir

Article Info

Article type:

Original research

Received: 24 July 2024

Received in revised form: 4 December 2024

Accepted: 7 December 2024

Available online: 29 December 2024

Keywords

suicide terrorism,
suicide, terrorism,
Criminology,
Psychology of
Terrorism.



Abstract

Initially, terrorist acts were one of the methods used to express political dissent., Today—especially after their proliferation in Syria and Iraq they have become a subject of serious consideration under different legal approaches. Given that deterring a suicide attacker from engaging in an act that leads them to embrace death through criminal measures is difficult, examining the underlying factors that shape such actions and the logic governing the perpetrator's behavior becomes crucial for preventing these acts. The present paper is designed based on the question of whether the actions of suicide attackers can be explained through criminological theories. In addressing this question, it should be noted that, generally speaking—and subject to the acceptance of criminal logic—suicide perpetrators adhere to their own specific rationale. Therefore, criminological perspectives can rationally explain their actions and, based on a non-punitive approach, prevent such behaviors. Suicidal behaviors can be explained both by the perpetrator's individual and internal factors and by environmental factors, among which multiple motivational factors framed as organizational, ideological, individual, etc.—may facilitate the transition to criminal action. After examining the historical context of suicide terrorism this note investigates the underlying factors contributing to suicidal acts.

Cite this article: Kargari, N. (2024). The Criminological Approach to Suicide Terrorism. *Criminal Law Doctrines*, 21(27), 293-315. <https://doi.org/10.30513/cld.2024.6170.2009>



© The Author(s). Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.



رویکرد جرم‌شناختی به تروریسم انتحاری

نوروز کارگری^۱

۱. نویسنده مسئول، استادیار، دانشکده حقوق، هیات و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی علوم تحقیقات، تهران، ایران. رایانامه: n.kargari@srbiau.ac.ir

چکیده

اقدامات تروریستی ابتدائاً یکی از شیوه‌های مورد استفاده در بیان مخالفت سیاسی بوده که امروزه و به‌ویژه پس از گسترش آن در سوریه و عراق، با رویکردهای متفاوت، مورد توجه جدی قرار گرفته است. با توجه به این‌که بازداشتن انتحارکننده از انجام رفتاری که با ارتکاب آن به استقبال مرگ می‌رود از طریق کیفری دشوار است، بررسی زمینه‌های شکل‌گیری این اقدامات و منطق حاکم بر رفتار مرتکب برای پیشگیری از این رفتارها اهمیت دارد. مقاله حاضر بر پایه این پرسش طراحی شده است که آیا می‌توان اقدامات انتحارکنندگان را بر اساس نظریه‌های جرم‌شناسی توضیح داد؟ در راستای پاسخ به این پرسش باید گفت که به‌طور کلی و با فرض پذیرش منطق مجرمانه، انتحارکنندگان نیز دارای منطق خاص خود هستند و از این‌رو دیدگاه‌های جرم‌شناسی می‌توانند آن‌ها را به‌صورت منطقی توضیح دهند و بر پایه راهکاری غیرکیفری، از این رفتارها پیشگیری کنند. رفتارهای انتحاری هم بر پایه عوامل فردی و درونی مرتکب و هم بر پایه عوامل محیطی، قابل توضیح‌اند و در این میان، عوامل انگیزشی متعددی نیز در قالب عوامل سازمانی، ایدئولوژیکی، فردی و ... می‌توانند فرایند‌گذر به عمل مجرمانه را موجب شوند. در این مقاله پس از پرداختن به زمینه تاریخی تروریسم انتحاری، به عوامل زمینه‌ساز اقدامات انتحاری پرداخته می‌شود.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۵/۳
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۹/۱۴
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۹/۱۷
تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۳/۱۰/۹

کلیدواژه‌ها

تروریسم انتحاری، خودکشی،
تروریسم، جرم‌شناسی،
روان‌شناسی تروریسم.

استناد: کارگری، نوروز. (۱۴۰۳). رویکرد جرم‌شناختی به تروریسم انتحاری. آموزه‌های حقوق کیفری، ۲۱(۲۷)، ۲۹۳-۳۱۵.

<https://doi.org/10.30513/eld.2024.6170.2009>



مقدمه

«تروریسم» از واژه‌هایی است که اگر درصدد تعریف آن باشیم، با تعاریف گسترده‌ای مواجه می‌شویم که از دیدگاه‌های مختلف و توسط افراد مختلف ارائه شده است و اجماعی در تعریف آن وجود ندارد. این امر تا حد زیادی ناشی از نسبیّت معنایی واژه مورد بحث است که نیل به یک توافق در خصوص آن را تا به امروز غیرممکن کرده است (کارگری، ۱۳۹۶، ص ۳۱۷-۳۳۴)، به‌گونه‌ای که بی‌اغراق نیست اگر گفته شود که به تعداد متخصصان این حوزه، تعاریف متفاوتی از تروریسم وجود دارد (شاهیده، ۱۴۰۲، ص ۳۲). با این حال، بر مبنای یک تعریف مصداقی از این واژه، می‌توان برخی از رفتارهایی که در کنوانسیون‌های بین‌المللی ذکر شده‌اند را ذیل این واژه دانست و در کنار آن، به رفتارهای خشونت‌آمیز علیه اهداف غیرنظامی‌گزینه‌نشده با اهداف سیاسی نیز برچسب تروریستی الصاق کرد. این تعریف، مصداق‌شناسی حداقلی اقدامات تروریستی است و بی‌تردید، نمی‌توان دامنه آن را محدود به رفتارهای سیاسی کرد، چراکه به‌ویژه در سال‌های اخیر زمینه‌های مذهبی در این اقدامات شدت بیشتری گرفته است.

پس از ارائه تعریفی مصداقی از تروریسم، به منظور ترسیم ساختارهای مفهومی و چهارچوب بحث، می‌توان به صورت ساده، تروریسم انتحاری را به استفاده تخریب‌گرانه از خود، علیه اهداف و افراد غیرنظامی با هدف تغییرات سیاسی اطلاق کرد.

تروریسم انتحاری که موضوع بحث در این مقاله است، تاریخچه‌ای طولانی و نسبتاً پیچیده دارد و احتمالاً نخستین موارد ثبت شده آن را می‌توان در اقدامات زلیوت‌های یهودی و سیکاری‌ها علیه اشغالگران رومی دید^۱ (کارگری، ۱۳۹۹، ص ۱۸۰-۱۸۱). در قرن هشتم تا چهاردهم میلادی در بخش‌هایی از ایران گروهی به نام حشاشین ظهور کردند که دست به قتل افراد گزینش‌شده حکومتی می‌زدند، درحالی‌که اغلب برای نجات جان خود برنامه‌ای از قبل تعیین شده نداشتند (محمدپور، ۱۳۹۹، ص ۲۲-۴۶).

فارغ از نمونه‌های تاریخی که فراوان می‌توان در خصوص آن‌ها سخن گفت، نخستین حمله تروریستی انتحاری معاصر در خاورمیانه، در ۱۵ دسامبر ۱۹۸۱ رخ داد و در طی آن، سفارت عراق

۱. این گروه‌ها دست به ارتکاب قتل‌هایی می‌زدند که در فرایند آن کمترین ایمنی برای مرتکب وجود داشت و احتمال نجات مرتکب در آن‌ها تقریباً نزدیک به صفر بود. از این رو به عنوان نمودی از انتحار ذکر شده‌اند، چراکه شانس زنده ماندن مرتکب بسیار کم بود.

در بیروت با حدود ۲۷ کشته و ۱۰۰ زخمی تخریب شد.^۲ می‌توان گفت که حمله انتحاری، از آن پس تبدیل به ابزاری استراتژیک برای حمله به افراد یا اماکن خاص بوده است که منجر به یک تغییر در استفاده از خود به عنوان یک ابزار جنگی در راستای ایجاد وحشت گردید. در دهه ۱۹۹۰، حملات انتحاری به عنوان شیوه‌ای برای مقابله با نیروهای نظامی توسط گروه آزادی بخش تامیل^۳ در سریلانکا استفاده گردید. برخی از ادعاها گویای آن‌اند که از سال ۱۹۸۷ تا ۲۰۰۱، این گروه ۷۶ حمله تروریستی انجام داد که ۱۴۳ نفر (اعم از زن و مرد) در آن دخالت داشتند (Pape, 2005). برخلاف گروه‌های اسلام‌گرای لبنان، این گروه کاملاً سکولار بود، به علاوه که برخلاف گروه‌های لبنانی، حدود ۴۰ درصد از انتحارکنندگان آن زنان بودند. در کنار این گروه‌ها، گروه سکولار «پ ک ک» نیز قرار دارد که در موارد متعددی، از اقدامات انتحاری بهره می‌برد. ۱۱ مورد از مجموع ۱۵ مورد اقدام انتحاری این گروه را زنان انجام دادند (Ergil, 2001, p.105-128).

در ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱، ناشناخته‌ترین شیوه حمله انتحاری در غرب رخ داد و برج‌های مرکز تجارت جهانی در نیویورک با هواپیما مورد حمله قرار گرفتند که پیامد آن، اشغال عراق و افغانستان توسط آمریکا بود که خود سلسله‌ای از اقدامات انتحاری را موجب گردید. حملات انتحاری در متروی لندن در هفتم جولای ۲۰۰۵ نخستین حمله انتحاری بود که مرتکب آن بزرگ‌شده انگلستان بود. میانگین تعداد حملات انتحاری از ۳ مورد در سال برای دهه ۸۰ به ۱۰ مورد در سال برای دهه ۹۰، و ۲۵ مورد برای سال ۲۰۰۰ و ۲۰۰۱ افزایش یافت (Pastor, 2004, p.701-707). تا سال ۲۰۰۵، عراق پیشرو در حملات تروریستی بوده است و تا پایان مارس

۲. اطلاعات در این خصوص مفصل و البته متناقض است. با این حال، کلیت ماجرا از یک حمله انتحاری با خودروی بمب‌گذاری شده به سفارت عراق در بیروت حکایت دارد که توسط گروه شیعه عراقی حزب‌الدعوه (بنابه ادعای سایت ویکی‌پدیا) صورت گرفته است. این انفجار به حدی عظیم بود که سفارت به طور کامل از بین رفت و به همین ترتیب، ابهت حزب بعث را در آن دوره زمانی خدشه‌دار کرد.

3. Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE)

۴. نمونه‌های دیگری از اقدامات انتحاری را می‌توان نام برد که نشان از گستره جغرافیایی وسیع این اقدامات دارد. نخستین اقدام بمب‌گذاری انتحاری روسیه در ۷ ژوئن ۲۰۰۰ نزدیک پایتخت چین رخ داد و ۲ نیروی پلیس ویژه در آن اقدام، به قتل رسیدند. پس از آن، اقدامات انتحاری چینی‌ها تبدیل به یک فعالیت معمول شد. به عنوان نمونه، در سال ۲۰۰۲ به تئاتر مسکو حمله شد و ۸۰۰ نفر به گروگان گرفته شدند. در جریان عملیات نجات، همه تروریست‌ها به همراه ۱۸۰ نفر از گروگان‌های تئاتر کشته شدند. در جولای ۲۰۰۳، ۱۵ نفر در جشنواره سنگ مسکو کشته شدند و در ۲۴ اگوست ۲۰۰۴ یک حمله گروهی به هواپیمای غیرنظامی روسی شکست خورد. یک هفته بعد، یک انتحارکننده زن ۱۰ نفر را در ورودی مترو کشت (Bowers et al, 2004, p.261-279). در ۹ سپتامبر ۲۰۰۱ و پس از قتل احمدشاه مسعود، یک رشته از قتل‌های سیاسی در جمهوری‌های شوروی سابق آغاز شد (Bowers et al, 2004).

سال ۲۰۰۴، ۵۱ حمله منجر به ۷۰۰ مرگ شده و این آمار به سرعت در حال افزایش بوده است (Merari, 2005, p.70-86).

فارغ از تاریخچه ذکر شده از اقدامات انتحاری، آنچه در مقاله حاضر مشخصاً موضوع بررسی و تحلیل قرار خواهد گرفت، این است که چگونه می‌توان بر پایه عوامل و انگیزه‌های مبتنی بر منطق جرم‌شناختی، اقدامات تروریستی انتحاری را توضیح داد؟ در صورتی که پاسخ مثبت باشد، کدام یک از عوامل فردی یا گروهی یا سازمانی مشخص می‌توانند در توضیح این اقدامات استفاده شوند؟ افزون بر آن، هر یک از این عوامل و محرک‌ها بر چه پایه‌ای اثبات و بر چه مبنایی توجیه می‌شوند؟

ورای آنچه از اقدامات تروریستی به چشم می‌آید و منطقی که پس آن نهفته است، در آن سوی این پدیده، سطوحی از عوامل و اسباب وجود دارند که شامل عوامل شخصی (از جمله عوامل روانی، فرهنگی، تحصیلی و زمینه‌های اجتماعی)، عوامل سازمانی، مذهبی و محیط‌های جهانی می‌شوند. با این حال، همزمان با وجود این عوامل، فشارهای سیستمی باید به اندازه‌ای شدید باشد که بتواند جرقه یک انفجار را فراهم سازد و افراد را قانع کند تا جان خود را برای موضوعی قربانی کنند.

گرچه حوزه تروریسم و به‌ویژه تروریسم انتحاری امروزه موضوع بحث و بررسی مفصلی قرار دارد، اما به‌صورت مستقل کمتر بحثی در خصوص تحلیل جرم‌شناختی و یا انگیزه‌شناسی انتحار صورت گرفته است. عمده منابع در دسترس، در فهرست منابع مقاله حاضر ذکر شده‌اند. با این حال، منابع بیشتری نیز در دسترس‌اند، از جمله:

- کتاب تروریسم و عملیات انتحاری به قلم علیرضا سوری و صالح یاری، مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه امام حسین (ع)، ۱۴۰۰.
- مقاله «زنان، جنسیت و تروریسم» به قلم مسلم کرم‌زادی و فهیمه خوانساری فرد، در فصلنامه علمی رهیافت‌های سیاسی و بین‌المللی، بهار ۱۴۰۰، دوره ۱۲، شماره ۳ (پیاپی ۶۵)، ص ۱۴۵-۱۷۴. Doi: 10.29252/PIAJ.2021.213823.0
- مقاله «تمایز تروریسم انتحاری مبتنی بر نظریه اثر وضعی جرم» به قلم یاسر اسماعیل زاده، در فصلنامه خاورمیانه، تابستان ۱۴۰۰، سال ۲۸، شماره دوم (۱۰۴ پیاپی)، ص ۱۴۵-۱۸۰.

- کتاب تحلیل حقوق - جرم‌شناختی تروریسم به قلم علی زلّی، محمد انگالی و فرزاد کریمی خنجری، انتشارات پژواک عدالت، ۱۴۰۰.
 - کتاب روان‌شناسی تروریسم به قلم علیرضا عرب‌بیگی و علی بیجاد، انتشارات وانیاء، ۱۳۹۸.
 - کتاب سیاست‌گذاری جنایی در برابر تروریسم به قلم فرهاد شاهیده، نشر میزان، ۱۴۰۲.
- با مدنظر قرار دادن منابع موجود، در این مقاله در پی بررسی و تحلیل عوامل نهفته در پشت اقدامات انتحاری و در کنار آن، وضعیت‌هایی هستیم که منجر به آغاز فرایندی انتحاری خواهد بود. برای این منظور، در ادامه در قالب سه گفتار مجزا به زمینه‌های شکل‌گیری اقدامات انتحاری، انگیزه‌های مرتکبین این اقدامات و در نهایت، روان‌شناسی مرتکبین پرداخته خواهد شد. با توجه به هدف اولیه مقاله که پرداختن به علت‌شناسی اقدامات انتحاری است، گزینش بخش‌های مختلف مقاله با این رویکرد صورت گرفته است که بتواند تمامی محرک‌ها و بسترهای شکل‌گیری اقدامات تروریستی انتحاری را بررسی کند.

۱. گفتار اول: عوامل مؤثر بر گسترش تروریسم انتحاری

در دهه اخیر، تحولات و بحران‌های ناشی از تروریسم موجب ایجاد پارادایم جدید در اندیشه‌های جرم‌شناسی شده است. شدت آسیب‌های ناشی از جرائم تروریستی، نیاز به سیاست‌گذاری جرم‌شناسانه را ضروری تر ساخته است (شاهیده، ۱۴۰۲، ص ۱۰۳). همین موضوع توجهات را به سمت وسوی علت‌شناسی اقدامات تروریستی و به‌ویژه تروریسم انتحاری جلب کرده است.

اگرچه هدف اولیه انتحارکننده تخریب یا حمله به اهداف خاص است، با این حال، استفاده از خود به‌عنوان یک سلاح در راستای جلب بیشترین توجه عمومی صورت می‌گیرد، به‌ویژه آن‌که به برخی از ویژگی‌های این اقدامات توجه داشته باشیم که آن‌ها را به شدت در معرض توجهات عمومی قرار می‌دهد. شماری از این خصوصیات که چنین اقداماتی را به یک کابوس اجتماعی بدل ساخته‌اند، عبارت‌اند از دقت بالا، غافل‌گیری، انعطاف‌پذیری، و تأثیر روانی و اجتماعی گسترده بر مردم و مخاطبان (مهربان، ۱۳۸۷، ص ۹۳-۹۷) که خود می‌تواند زمینه‌ساز ایجاد بیشترین هراس در جامعه باشد. با این توضیح می‌توان گفت که تروریسم انتحاری به معنای حمله‌ای تروریستی است که در آن مرتکب از بدن خود به‌عنوان سلاحی هوشمند استفاده می‌کند. در چنین حملاتی مرگ انتحارکننده

پیش فرض موفقیت حمله است (Aman, 2007, p.3) و مرتکب به عنوان بخشی از سلاح مورد استفاده قلمداد می‌شود.

با این حال، باید توجه داشت که هدف اصلی نهفته در پس این اقدامات، همچون سایر گونه‌های رفتاری تروریستی، تغییرات سیاسی است و تروریسم انتحاری اغلب به عنوان شیوه‌ای برای رسیدن به اهداف سیاسی و استراتژیک استفاده می‌گردد و در این راستا تلاش بر آن است که با توسل به ایجاد بیشترین ترس، بیشترین اهداف را قابل دسترس سازد.

استفاده از شیوه‌های تروریستی انتحاری محصول اتفاق نیست و خود نتیجه برنامه‌ریزی دقیقی است که عمدتاً توسط گروه‌های تروریستی و با توسل به مطالعات روان‌شناختی اعضای گروه، جامعه هدف و قدرت سیاسی حاکم صورت می‌گیرد. اما سؤالی که می‌بایست از نظر روان‌شناختی به آن پرداخت این است که مرتکبین این اقدامات با چه انگیزه‌ای دست به این اقدامات خودتخریبگر می‌زنند؟ چگونه می‌توان تصور کرد که فردی بتواند قانع شود که با از بین بردن خود، حمایتگر گروه برای رسیدن به اهداف سیاسی باشد؟ به طور کلی، انگیزه ارتکاب این رفتارها را می‌توان در ابعاد و زمینه‌های مختلفی بررسی کرد که هم می‌تواند جنبه شخصی داشته باشد و هم سازمانی.

گرچه اقدامات تروریستی به خودی خود دربردارنده میزان زیادی از خشونت است و نمایش عمومی آن می‌تواند بر احساس این خشونت اثر بگذارد، با این حال، این اقدامات، همزمان برای رسانه‌های جمعی می‌توانند نمایشی برای نشان دادن تأثیرات روانی‌شان بر افکار عمومی جامعه باشند (Patkin, 2004, p.79-88). بدین ترتیب، زمانی که عنصر خشونت، نمایش عمومی و تبلیغات یا پوشش رسانه‌ای گسترده به صورت همزمان عمل کنند می‌توان دید که چه اثر روانی‌ای از این اقدامات حاصل می‌شود و چگونه گروه‌های تروریستی را قانع می‌سازد که به عنوان شیوه‌ای رفتاری از آن استفاده کنند. با این تحلیل می‌توان دید که اقدامات تروریستی انتحاری اقداماتی عامدانه‌اند که توسط افرادی عاقل و منطقی و در قالب شیوه‌ای عقلانی توسط گروه‌های تروریستی ارتکاب می‌یابند. با ارتکاب این رفتارها، گروه‌های تروریستی به شیوه‌ای حساب‌شده و منطقی جریان اخبار در رسانه‌ها را مدیریت می‌کنند.

گرچه تاریخچه تروریسم انتحاری تا حد زیادی بیانگر ریشه‌های آن است، اما این موضوع به تنهایی دلیل وقوع این اقدامات را توضیح نمی‌دهد، چراکه علت‌شناسی رفتار را باید از زمینه‌های ظهور آن متفاوت در نظر گرفت. برای ظهور رفتارهای تروریستی پیش شرط‌های خاصی مورد نیاز است که در

کنار عوامل مؤثر بر این اقدامات، می‌بایست بررسی گردند. این پیش شرط‌ها مرحله ظهور اقدامات تروریستی را تنظیم می‌کنند، درحالی‌که زمینه‌ها، حوادث، وضعیت‌ها یا پدیده‌های خاصی را شامل می‌شوند که باعث بروز اقدامات تروریستی می‌گردند. این عوامل خود می‌توانند دسته‌بندی‌هایی داشته باشند: (Pape, 2005, p.3-4)

۱-۱. عوامل ساختاری

به صورت خلاصه، این عوامل دربردارنده ساختارهایی کلی همچون جهانی شدن و عوامل اجتماعی می‌شوند. گرچه این عوامل در برخی از مواقع می‌توانند نادیده گرفته شوند یا کم‌اهمیت‌تر پنداشته شوند، اما با توجه به واقعیت‌های اجتماعی مربوط به اقدامات انتحاری و نیز ظهور این اقدامات به عنوان مقاومت‌هایی در برابر فرایند جهانی شدن، می‌توان اثربخشی آن را عاملی پر قدرت در اقدامات انتحاری در نظر گرفت. عوامل تاریخی، اجتماعی - فرهنگی و سیاسی را می‌توان در این دسته قرار داد که تأثیرشان در ظهور و بروز اقدامات تروریستی امروزه چندان محل مناقشه و تردید نیست (التیامی‌نیا، ۱۴۰۰، ص ۱۴۷-۱۴۹).

۲-۱. عوامل تسهیل‌کننده

این عوامل اقدامات تروریستی را برای مرتکبین جذاب می‌کنند، بدون آن‌که عامل اولیه‌ای همچون رسانه‌های جمعی مدرن و سلاح‌های جمعی باشند. حضور در شرایط خاص مانند وضعیت فقر اقتصادی و فرهنگی می‌تواند جذب افراد برای گروه‌های تروریستی را تسهیل کند یا رضایت آن‌ها برای توسل به خشونت‌های انتحاری و خودتخریبگر را بیشتر سازد.

۳-۱. عوامل انگیزشی

این عوامل انگیزه‌های شخصی مرتکبین تروریستی‌اند. ساده‌ترین عامل انگیزش می‌تواند ناظر به ایجاد طمع مادی در افراد با وعده‌های مالی باشد که البته منافع ناظر به آن، نه در مورد مرتکب که در مورد بازماندگان او موضوعیت پیدا می‌کند. موقعیت‌های اجتماعی برتر و یا حتی ایجاد انگیزه‌های ماورایی و پاداش معنوی می‌توانند نمونه‌های دیگری از این عوامل باشند. این عوامل می‌توانند از منظر جرم‌شناختی، تأثیر خود را در قالب انکار قربانی به نمایش بگذارند، به این صورت که رسالت حاکم بر رفتار مرتکب، به ویژه در اقدامات تروریستی برخاسته از تمایلات دینی، می‌تواند با القای

استحقاق قربانی، حقوق او را نادیده گرفته و انگیزشی قوی را در مرتکب ایجاد نماید (شاهده؛ کوشا، ۱۴۰۱، ص ۱۴۱-۱۴۳).

۱-۴. عوامل تحریک‌کننده

این عوامل همچون حوادث خشونت‌بار، به مثابه یک محرک عمدتاً اجتماعی در ظهور تروریسم قلمداد می‌شوند. این دسته از عوامل به مثابه انفجار اولیه برای شکل‌گیری یک پدیده گسترده اجتماعی‌اند. وقوع قتلی مبتنی بر نفرت توسط نیروهای دولتی یا انجام رفتاری مبتنی بر تبعیض نژادی می‌تواند زمینه‌ساز بروز انفجار خشم بر پایه گرایش‌های نژادی باشد که زمینه بروز و ظهور اقدامات خودتخریبگر را فراهم می‌کند. اختلافات قومی، مذهبی، سرکوب عقاید دینی، سلطه فرهنگی و مواردی از این دست، هر کدام می‌تواند در قالب نظریه فشار در حوزه جرم‌شناسی، باعث ایجاد فشارهایی بر مرتکبان بالقوه اقدامات تروریستی انتحاری شود که بروز آن به شیوه‌ای خشونت‌آمیز و در قالب اقدامات انتحاری جلوه کند (شاهده؛ کوشا، ۱۴۰۱، ص ۱۴۵؛ صادقی؛ اکبری، ۱۳۹۹). این عامل اغلب نیازمند رسانه‌های گروهی به عنوان ابزاری برای توزیع محرک‌هاست (محسنی، ۱۳۹۰، ص ۲۱۳؛ التیامی‌نیا، ۱۴۰۰، ص ۱۵) که همین امر منجر به خدمت‌رسانی تکنولوژی‌های رسانه‌ای به اقدامات تروریستی می‌شود. بنابراین، عوامل مختلفی با اولویت‌بندی‌های متفاوت در گسترش اقدامات تروریستی انتحاری تأثیر می‌گذارند. این عوامل در برخی از موارد، قابل کنترل نیستند،^۵ مانند جهانی شدن و پیامدهای ناظر به آن، و در برخی موارد، تجربیات شخصی افراد را در بر می‌گیرد، مانند مرگ خویشاوندان. با این حال، تنها تعداد کمی از جوامع، اقدامات تروریستی انتحاری را تجربه می‌کنند (Post, 2005, p.54-69). این بدان معناست که ترکیبی از عوامل فوق باید با محیط اجتماعی منطبق شود تا ظهور اقدامات انتحاری را موجب گردد. این عوامل می‌توانند ملی‌گرایی، اشغال نظامی و اختلافات یا تفاوت‌های مذهبی در جامعه را در بر بگیرد. اقدامات انتحاری به طور معمول، در پی انقلاب‌ها رخ می‌دهند و از آن متأثر می‌شوند و از این رو چرخه‌ای شکل گرفته و ادامه خواهد یافت (Pape, 2005, p.3-4). با این حال، جهانی شدن اجتماعات و تغییرات جمعیتی با فرهنگ‌های متفاوت که در کشورهای مختلف رخ می‌دهد، بدان معناست که نیاز نیست این عوامل لزوماً در نقطه جغرافیایی مشخصی شکل بگیرد. توسعه اینترنت و وابستگی دهکده جهانی به فضای مجازی، علاوه بر گسترش تروریسم

۵. در خصوص تأثیر جهانی شدن بر ظهور و گسترش اقدامات تروریستی مباحث بسیاری مطرح شده است که در این مقاله مجال پرداختن به آن‌ها نیست. برای اطلاعات بیشتر در این خصوص (نک: کارگری، ۱۳۸۹، ص ۱۲۹ به بعد).

سایبری، موجب استفاده از همین امکانات برای ایجاد رعب و وحشت بیشتر، آموزش اقدامات تروریستی، جذب نیرو و سرمایه و تبلیغ عقاید شده است (شاهیده، ۱۴۰۲، ص ۸۳).

۲. گفتار دوم: انگیزه‌های سازمانی و گروهی

فردی که طی اجرای عملیاتی انتحاری کشته می‌شود آخرین حلقه از سازمانی پیچیده و مرکب است که ساختاری انعطاف‌پذیر دارد و نقطه کمال عقلانیت سازمانی انسانیت زدوده ماکس وبر به شمار می‌آید. عملیات انتحاری موفقیت‌آمیز حاصل عملکرد سازمانی واحدی تروریستی است که اجزای متفاوتی دارد (مهربان، ۱۳۹۰، ص ۳۵) و عملکرد گروه، تابعی است از ارتباط میان این اجزا و عناصر. زمانی که از موفقیت یا اثرگذاری این اقدامات سخن گفته می‌شود، بدان معناست که ارتباط میان عناصر به خوبی و درستی برقرار گردیده است. این یعنی اقدامات تروریستی ظهور نهایی سلسله‌ای از تصمیمات، برنامه‌ریزی‌ها و انگیزه‌بخشی‌هایی است که در نهایت، به شکلی غیرانسانی ظهور کرده است. از این رو فهم اقدامات تروریستی مستلزم درک فرایندی است که به چنین نتیجه‌ای منجر شده است.

ریشه‌های تروریسم انتحاری را می‌توان از دو دیدگاه اساسی بررسی کرد: سازمان‌ها (و یا گروه‌ها و افرادی) که این اقدامات را سازماندهی می‌کنند و افرادی که این اقدامات را مرتکب می‌شوند. موضوع مرتبط با درگیر شدن سازمان‌های تروریستی در اقدامات انتحاری را می‌توان در قالب انگیزه‌های سازمانی بررسی نمود. سؤال این جاست که چرا گروهی تروریستی با انجام این اقدامات، طرف‌داران باوفای خود را قربانی می‌کند؟ محتمل‌ترین پاسخ بر یک پایه منطقی این است که چنین اقدامی کارایی دارد، به این معنا که طراحان را به اهداف از پیش تعیین شده خود می‌رساند. نمونه‌ای که در خصوص اقدام دولت فرانسه و آمریکا در سال ۱۹۸۴ در لبنان گفته شد، نشان می‌دهد که این اقدامات مؤثرند و کارایی دارند. در تأیید این دیدگاه می‌توان دید که اقدامات تروریستی رخ داده در اسرائیل کمتر از ۱ درصد بوده است، اما ۵۱ درصد اثرگذاری داشته‌اند (Merari, 2005). اثرگذاری در این برداشت به آن معناست که اقدامات صورت‌گرفته، مرتکبین را به اهداف خود (عمدتاً اهداف ضد اشغالگری، آزادسازی زندانیان و...) نائل کرده است.

سازمان‌های تروریستی اغلب به این دلیل از تروریست‌های انتحاری استفاده می‌کنند تا نشان دهند که هیچ چیز نمی‌تواند آن‌ها را متوقف کند و از این رو بی‌تردید پیروزی از آن‌ها خواهد بود (Merari).

2005) و قطعاً در این میان، به ایجاد هراس و هراس افکنی به عنوان مهم‌ترین هدف در فرایند اقدامات تروریستی در راستای رسیدن به اهداف خود توجه دارند.

سازمان‌هایی که از بمب‌گذاران انتحاری استفاده می‌کنند اغلب اهداف سیاسی دارند و برای رسیدن به همین اهداف است که تلاش می‌کنند. هم این اهداف و هم این تلاش‌ها می‌توانند با عملکرد و اهداف سایر گروه‌ها یا دولت‌ها همپوشانی داشته باشند. با این حال، اگرچه ممکن است حمایت‌هایی را از دولت‌ها دریافت کنند، اما قاعداً مستقل عمل می‌کنند (Pape, 2005, p.5).

بمب‌گذاری انتحاری می‌تواند از سه دیدگاه بررسی شود (Post, 2005):^۶

الف. دیدگاه‌های استراتژیک که هدفشان تغییر در سیاست‌های دولت است؛

ب. دیدگاه‌های اجتماعی که هدف آن‌ها جلب حمایت عمومی است؛

ج. دیدگاه‌های فردی که نشان‌دهنده انگیزه‌های نوع‌دوستانه است.

یک سازمان تروریستی، اهداف اول و دوم برای استفاده از تروریسم انتحاری به عنوان یک شیوه را خود تعریف می‌کند، درحالی‌که هدف سوم، امر شخصی و در ارتباط با ذهنیت فرد مرتکب است. دیدگاه نخست نه تنها در مورد اقدامات انتحاری که در خصوص همه گونه‌های ترور قابلیت طرح دارد، و اساساً وصف ضروری در اقدامات تروریستی همین وجه غالب سیاسی در آن‌هاست. در کنار این وجه سیاسی که نمونه آشکار آن در تغییر سیاست‌های دولت است، جلب توجه عموم به پیام نهفته در یک رفتار نیز موضوعی است که همه اقدامات تروریستی در پی آن‌اند، اما از نظر روانی، این هدف در اقدامات انتحاری به نحو بهتری تأمین می‌شود. این‌که این اقدامات خطرناک‌ترند یا این‌که باعث طرح پرسش‌های منطقی در مخاطب می‌شوند،^۷ به بهترین نحو ممکن می‌تواند باعث جلب توجهات عمومی شود.

اگر این منطق را بپذیریم که با توسل به اقدامات انتحاری، گروه‌های تروریستی می‌توانند توجهات عمومی را به خود جلب کنند، می‌توان گفت که برای یک سازمان تروریستی، بمب‌گذاران

۶. این ادعا به معنای آن است که گرچه دولت‌ها خود نیز در اقدامات تروریستی دست دارند و از این ابزار استفاده می‌کنند، با این حال، انتحار شیوه رایجی برای دولت‌ها یا گروه‌های وابسته به دولت‌ها نیست. برای نشان دادن مظلومیت در رفتار مرتکبان و نیز تحقیر دولت‌ها، این عدم وابستگی ظاهری امری ضروری است.

۷. می‌توان به صورت ساده این پرسش را مطرح کرد که چگونه یک نفر می‌تواند جان خود را برای انجام یک رفتار در معرض مخاطره بگذارد؟ گرچه ممکن است برخی این قمار را نشانه‌ای از اختلال رفتاری مرتکب بدانند، ولی همچنان جای طرح این پاسخ وجود دارد که وضعیت سیاسی و اجتماعی، مرتکب را در وضعیتی قرار داده است که حاضر می‌شود برای تغییر آن حتی از جان خود هزینه کند. همین پاسخ اخیر است که افکار عمومی را متوجه ایرادات موجود بر ساختار سیاسی و اجتماعی جامعه می‌کند.

یا عاملان انتحاری دارای‌های قابل توسعه‌ای هستند که از دست دادن آن‌ها می‌تواند دارای‌های بیشتری را از طریق توسعه‌ی حمایت‌های عمومی و نیز عضوگیری‌های بیشتر ایجاد کند. بمب‌گذاران انتحاری عاملانی ارزان‌قیمت، مؤثر و مورد توجه مطبوعات‌اند و همزمان یک سیستم هوشمند تحویل را در اختیار گروه‌های تروریستی قرار داده و جنگ روانی مؤثری را ایجاد می‌کنند (Patkin, 2004, p.79).

بخش عمده‌ی بمب‌گذاران انتحاری جزئی از یک گروه یا اندیشه‌ی سازمان‌یافته‌اند و تنها تعداد کمی از حوادث انتحاری به صورت اتفاقی رخ می‌دهند، به این معنا که برخلاف برداشت اولیه از موضوع، اقدامات انتحاری تابع منطقی قوی هستند نه این‌که بر پایه‌ی یک حادثه واقع شوند. اهداف ملی به عنوان منطبق نهفته در اقدامات انتحاری اغلب بسیار برجسته و چشمگیرند و معمولاً این اقدامات برای مقابله با اشغال سرزمین صورت می‌گیرند. دین نیز می‌تواند در این زمینه نقشی بر عهده داشته باشد و به‌ویژه زمانی که جمعیت اشغالگر از یک اقلیت دینی متفاوت باشند، این نقش برجسته‌تر می‌شود، گرچه بسیاری از حملات انتحاری در کشوری چون عراق علیه جمعیتی متمرکز است که دین مشابه دارند. در چنین مواردی، افزایش ناامیدی، و نه بنیادگرایی دینی، می‌تواند یک عامل احتمالی در افزایش اقدامات انتحاری در چنین کشوری باشد (Pape, 2005, p.10). تلاش برای تعادل بخشی بین قدرت اشغالگر و گروه‌های تروریستی، این گروه‌ها را به استفاده از اقدامات انتحاری سوق می‌دهد تا این اقدامات خشونت‌بار را به عنوان ابزار قدرت برای رسیدن به تعادل در مقابل با قدرت نظامی دولت استعمارگر مورد استفاده قرار دهند. برای مثال، در خصوص فلسطین، اقدامات انتحاری از آن‌رو ضروری دانسته می‌شود که سایر شیوه‌ها و نیز امکانات نظامی دچار عدم تعادل‌اند (Hisham, 2005, p.87-102)،^۸ به این معنا که امکانات نظامی موجود از حیث قابلیت مقایسه نمی‌توانند گروه‌های مبارز را در موقعیتی برتر و یا حتی بهتر قرار دهند و از این‌رو برای رعایت موازنه، از ابزاری جدید به نام ترور استفاده می‌شود.

اقدامات تروریستی انتحاری به‌خودی‌خود دارای این اثرند که صرف فکر کردن به حمله‌ی انتحاری، برای ایجاد ترس در میان عموم افراد کافی است (Pastor, 2004, p.702). این شیوه شیوه‌ای مؤثر و تا حدودی ارزان‌قیمت است. با این حال، انگیزه‌ی استفاده از آن باید در میان گروه تروریستی زیاد باشد. وجود چنین انگیزه‌ای یا ایجاد آن ریشه در فرهنگی دارد که استفاده از چنین اقدامی را

۸. این موضوع که دین یا گرایش‌های دینی به‌صورت مستقل، شرط کافی برای ظهور اقدامات انتحاری نیستند، موضوعی است که استدلالات خاص خود را دارد (برای اطلاعات بیشتر، نک: کارگری، ۱۳۹۹، ص ۱۹۳-۱۹۴).

پذیرفتنی می‌داند. با این حال، ساده است که بفهمیم چگونه سازمان‌های تروریستی از این رفتارها منتفع می‌شود، درحالی‌که اعضای گروه به صورت عامدانه و مشتاقانه خود را به کشتن می‌دهند و همین موضوع اخیر است که بررسی روان‌شناسی مرتکبین را به امری حیاتی تبدیل می‌کند.

۳. گفتار سوم: روان‌شناسی و انگیزه مرتکبین بمب‌گذاری انتحاری

برخلاف این تصور که بمب‌گذاران انتحاری از یک جامعه محروم‌اند یا از نظر روانی، وضعیت بی‌ثباتی دارند، تحقیقات نشان می‌دهند که این افراد از نظر روانی، وضعیت آسیب‌شناختی خاصی ندارند (مهر؛ کارگری، ۱۳۹۵، ص ۸۵ به بعد) و حداقل دارای سطح تحصیلات و وضعیت اقتصادی برابر با سایر افرادند (Atran, 2003, p.1534-1539). اگرچه پژوهشی در خصوص ۲۵۰ تروریست به این نتیجه رسید که از دست دادن یکی از والدین در کودکی یا اختلاف شدید با حاکمیت، از عوامل شایع ارتکاب اقدامات تروریستی بوده است، با این حال، در خصوص اعتبار این ارقام هنوز تردید وجود دارد (Pastor, 2004). در واقع، تروریست‌ها به طور کلی، بیشتر افرادی‌اند که از وضعیت اقتصادی مناسبی برخوردارند و دارای تحصیلات هستند (Malec, 2005, p.33-43). هیچ نمونه‌ای از اقدامات تروریستی سیاسی یا مذهبی وجود ندارد که مرتکب از وضعیت نامتعادل برخوردار باشد یا آن‌که به صورت مستقل و به تنهایی عمل کند. به همین ترتیب، هیچ نشانه‌ای از ناکارآمدی اجتماعی در این افراد وجود ندارد (Atran, 2003).

با توجه به توصیف فوق، پرسش این است که چرا افرادی که برای زندگی کردن دلیلی دارند، مشتاقانه خود را به کشتن می‌دهند؟ برخی بر این باورند که آنچه افراد را به انتحار می‌کشاند ناامیدی است. استیصال ناشی از موقعیتی که افراد در آن قرار دارند و روزبه‌روز نیز بدتر می‌شود باعث ایجاد این ناامیدی در افراد می‌گردد که زندگی آن‌ها تفاوتی با مرگ ندارد. افراد نیاز به احترام دارند، درحالی‌که این احترام را در زندگی به دست نمی‌آورند و برعکس، مردن برای آن‌ها نشانه‌ای از احترام است (Butler, 2002, p.72). این اندیشه زمانی بیشتر پررنگ می‌شود که توجه داشته باشیم که در تمام فرهنگ‌ها مردن برای یک آرمان یا سرزمین باعث احترام برای افرادی می‌شود که در زمان زندگی نه تنها دارای احترامی نبودند، بلکه به شدت با اندیشه‌های ناامیدانه ناشی از تیگی سرنوشت خود مواجه بودند. با این وصف، در مردن فرد افتخاری هست که هیچ‌گاه نمی‌تواند آن را با زندگی به دست آورد.

این بحث روشن می‌کند که گرچه تروریست‌های انتحاری ممکن است وضعیت رفاهی نسبتاً مناسبی در جامعه خود داشته باشند، اما ناامیدی ناشی از موقعیت و وضعیت، آن‌ها را به سمتی سوق می‌دهد که در آن، بمب‌گذاری انتحاری معنادار می‌شود. این وضعیت ناامیدی می‌تواند ناشی از زندگی در سرزمین‌های اشغالی یا کمپ‌های مهاجران باشد که در نهایت، افراد را به سوی گروه‌های تروریستی سوق می‌دهد. بدین رو، بمب‌گذاران انتحاری اغلب یک دغدغه شخصی نیز دارند (Pat-kin, 2004, p.80).

برخی دیگر بر این باورند که انگیزه اصلی تروریست‌های انتحاری ترکیبی از گناه، سرزنش و اشتیاق برای انتقام از بی‌عدالتی موجود در سرزمین است و عامل اصلی توسل به انتحار شمرده می‌شود (Dipak, 2005, p.17)، به این معنا که تروریست‌ها به زبان انتقام، نفرت و با ادبیات نابودی کامل مخالفان سخن می‌گویند (Pastor, 2004, p.703). نفرت و انتقام عواملی بسیار احساسی‌اند و نقش الهام‌دهنده‌ای در ترویج اقدامات تروریستی و به تبع آن در توسعه اقدامات انتحاری دارند.^۹ با این حال، نباید از این نکته غافل بود که از بین رفتن عوامل انتحاری موفق، خود یکی از موانع در بررسی روان‌شناختی این افراد است، به این معنا که کمتر می‌توان به یک انتحارکننده دست پیدا کرد، زیرا که خودتخریبی، عنصری اساسی در این اقدامات است و از این رو تحلیل‌های روانی در این مورد چندان هم دقیق نیست.

در راستای تبیین روان‌شناختی اقدامات تروریستی انتحاری، پاستور ۵ مدل مفهومی از عوامل مؤثر در بمب‌گذاری انتحاری را پیشنهاد می‌کند (Pastor, 2004, p.703):

۱-۳. عامل وجودی

بنابر این عامل، اعتقاد به تهدید مرگ‌بار علیه چیزی یا کسی که هدف یا دشمن قلمداد می‌شود، مهم‌تر از جان یک نفر است، به این معنا که وجود فرد در مقابل هدفی که به آن حمله می‌شود، اهمیت کمتری دارد و فرد را در فدا کردن آن چندان مردد نمی‌سازد.

۲-۳. عامل ایدئولوژیکی

مهم‌ترین عامل، اعتقاد به مردن در راه هدفی والا و برتر است، خواه در نظام مذهبی یا غیرمذهبی. فارغ از منشأ قضاوت در خصوص این شیوه باورمندی، این عامل می‌تواند مقاومت در برابر اقدامات

۹. تأثیر نفرت در بروز اقدامات تروریستی قابل انکار نیست و این موضوع در خصوص انتحارکنندگان فلسطینی بیشتر به چشم می‌خورد، هرچند در ظهور حوادثی نظیر اقدامات تروریستی ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ تأثیری نداشتند (کارگری، ۱۳۹۹، ص ۱۹۴ و ۱۹۵).

خودتخریبی انتحاری را کم‌رنگ کند و فرد را برای رسیدن به افتخار ناشی از نیل به مقام شهادت تهییج گرداند.^{۱۰}

۳-۳. عامل شخصی

عامل شخصی عبارت است از وجود تجربه‌ای مبنی بر از دست دادن یک عزیز یا اعتقاد به انتقام. این عامل بر پایه زندگی و تجربیات شخصی فرد تعریف می‌شود و عمدتاً بیانگر خشم افسارگسیخته‌ای است که توسط گروه‌های تروریستی مدیریت می‌شود و در قالب اقدام تروریستی نمود می‌یابد.

۳-۴. عامل تکوینی - شخصیتی

عامل تکوینی - شخصیتی به معنای انتشار هویت یا آسیب‌پذیری مبتنی بر خودشیفتگی " خود است. این دو عامل را نمی‌توان چندان از هم مستقل دانست. در برخی از مواقع، هویت برخی از گروه‌ها یا اندیشه‌ها در قالب آسیب‌پذیری آن‌ها معنا می‌یابد و از همین رو، انتشار هویت، همراه با اعلام گذشته مظلوم‌گونه مرتکب اقدامات انتحاری است، همان‌گونه که توجه دادن به گذشته‌های خونین یهود در دوران جنگ جهانی دوم توجه‌گر خشونت امروز اسرائیل است. این امر در خصوص گروه‌های تروریستی با اقدامات انتحاری که بیشترین جلوه را دارد، می‌تواند به بهترین نحو نشان داده شود.

۳-۵. عامل محیطی - وضعی

دسترسی به تأمین مالی برای گروه‌هایی که از خشونت برای اهداف سیاسی استفاده می‌کنند، مهم‌ترین عامل وضعی یا محیطی است. این عامل زمانی می‌تواند مؤثر بر بروز رفتارهای انتحاری باشد که انگیزه ارتکاب پیرامون مسائل مالی یا اقتصادی برای بازماندگان مرتکب باشد (التیامی‌نیا، ۱۴۰۰، ص ۱۵۲).

بنابراین، فرض بر این است که سائق‌هایی که فرد را به یک بمب‌گذار انتحاری تبدیل می‌کند،

۱۰. برقراری ارتباط مستقیم بین یک ایدئولوژی خاص با اقدامات انتحاری تقریباً ممکن نیست. با توجه به مفاهیم مورد استفاده توسط گروه‌های انتحاری، این شائبه قابل طرح است که امروزه بیشتر طرف‌داران این اقدامات، گروه‌های اسلامی‌اند، درحالی‌که بررسی تاریخی حوادث انتحاری، نمی‌تواند مؤید این ادعا باشد. بدین رو، نیمرخ جنایی مرتکبین اقدامات انتحاری، طیف گسترده‌ای از هواخواهان این اقدامات را برای ما تعریف می‌کند (نک: کارگری، ۱۳۹۹، ص ۱۸۵-۲۰۷؛ شاهیده: گوشا، ۱۴۰۱).

۱۱. مراد از خودشیفتگی در این معنا باور به حقانیت، برتری (نژادی، دینی، سیاسی و...) و در برخی موارد، الوهیت یا قداست خود به عنوان هویتی فردی یا جمعی است.

گستره‌ای از عوامل روانی (عوامل مذهبی و اعتقاد به وجود یک موجود برتر)، تا انتقام به خاطر از دست دادن یک عزیز، تا شخصیت و نهایتاً وجود یک سازمان که در پی استفاده از این وضعیت است را شامل می‌شود. بمب‌گذار انتحاری نیاز به همه این عوامل ندارد. به عنوان نمونه، بمب‌گذاران لندن در هفتم جولای ۲۰۰۵^{۱۲} متحمل زیانی نشده بودند، گرچه احساس انتقام‌گیری محقانه را، بر پایه زبانی که احساس می‌کردند، داشتند. پاستور همچنین لیستی از عوامل روان‌شناختی را پیشنهاد می‌دهد که به بمب‌گذاران انتحاری مربوط است (Pastor, 2004, p.704):

سابقه بی‌عدالتی: مانند یک ضربه روانی شخصی یا گروهی که به مرتکب وارد شده است و یا حتی در مواردی که فرد درگیر در توهم ظلم است (مبلغی؛ محمدی‌کیا، ۱۳۹۲، ص ۲۲۰)؛
ایدئولوژی شهادت: به معنای تعهد به یک میراث سکولار یا باور به دنیای پس از مرگ در اندیشه‌ای دینی؛

محرومیت‌های اجتماعی: به معنای فقدان فرصت‌های قانونی و مشروع و نبود عدالت اجتماعی برای ارتقا و پیشرفت در جامعه‌ای که نسبت به آن معترض است (محسنی، ۱۳۹۰، ص ۲۱۲)؛
ترویج هویت: جست‌وجو برای تعلق داشتن به یک هویت، نشان دادن این تعلق و تمایل برای مرگی قهرمانانه در مقابل یک زندگی دنیوی بی‌اعتبار؛
فرصت برای تحقق رؤیاها: این فرصت به معنای پاداش مالی، پیشرفت موقعیت کاری، رؤیای درگیر شدن در خشونت، نشان دادن شجاعت و... است که البته در عمده موارد، با محوریت بازماندگان مرتکب معنا می‌یابد؛

روان‌شناسی انتقام: به معنای محرک‌های درونی یا درگیری ذهنی با ناملاطی‌های سابق که فرد را برای اقدامات خشونت‌بار برمی‌انگیزاند.

تحرك‌های گروهی: این محرک به راهکارهایی برای معرفی مداوم گروه‌ها به عنوان یک فرقه یا دسته است که اغلب از سوی مدیران یا تصمیم‌گیران گروه‌های تروریستی استفاده می‌شود و منجر به قربانی شدن برخی از اعضا به عنوان تروریست انتحاری می‌شود. در واقع، می‌توان گفت همین مشخصه بارز تروریسم قابلیت آن را در برانگیختن خیال‌پردازی‌های فردی یا جمعی با حمله به نمادهایی که هدف آن از کار انداختن عقل از طریق بروز واکنش‌های احساسی است را به نمایش می‌گذارد (اتنف، ۱۳۸۳، ص ۳۲۳).

۱۲. در ۷ ژوئیه ۲۰۰۵، ۳ بمب دست‌ساز در داخل قطارهای متروی لندن و یک بمب در یک اتوبوس دوطبقه منفجر کردند. این حادثه به ۷/۷ شهروست و در طی آن بیش از ۵۰ نفر کشته شدند.

عوامل فرهنگی: گرچه شهادت خود به عنوان عامل ایدئولوژیکی محسوب می‌شود، ولی دیدگاه‌های فرهنگی مثبت نسبت به آن به عنوان راهی برای به دست آوردن احترام و تحسین در جامعه، می‌تواند افراد را تحریک به خودتخریبی کند، به ویژه زمانی که این عامل همراه با زمینه‌های اجتماعی همچون فقر و بی‌احترامی نیز باشد.

عوامل محیطی: مانند نزدیکی به گروه‌های حامی و کمک‌کننده که بر پایه رویکردهای یادگیری می‌تواند هم فرد را در ارتکاب جرم انگیزه‌مند کند و هم این‌که راه‌های توسل به این اقدامات را به مرتکب بیاموزد.

عامل منطقی: این عامل کاملاً به دور از احساسات و هیجانات صورت می‌گیرد و به معنای استفاده ابزاری از شیوه‌های تروریستی جهت پیشبرد اهداف سیاسی است که بر پایه نوعی مدیریت کلان در گروه‌های تروریستی استفاده می‌شود.

به هر رو، نمی‌توان گفت که این عوامل انحصاری‌اند یا به‌طور کامل اثرگذارند، ولی به‌طور کلی، منطقی به نظر می‌رسند. بررسی دیدگاهی دیگر در خصوص بمب‌گذاران انتحاری اتحاد جماهیر شوروی می‌تواند جالب باشد. بر اساس دیدگاه‌های صاحب‌نظران در زمینه بمب‌گذاران انتحاری تاجیک، شخصیت این افراد ترکیبی است از شرایط زیر:

- به‌طور کلی، بین ۱۵ تا ۲۰ سال سن دارند؛
- بیشتر آن‌ها مواد مخدر مصرف می‌کنند که این مواد توسط فرماندهانشان تأمین می‌شود؛
- افراد حاشیه‌ای هستند که خانواده خود را از دست داده‌اند یا خانواده‌ای ندارند یا گروه‌های حامی خود را از دست داده‌اند؛
- از جایگاه اجتماعی برخوردار نیستند، شاغل نبوده و تحصیلات محدودی دارند؛
- بیشتر از کودکان پناهنده‌اند و در دوران کودکی، در کمپ‌های پناهندگان زندگی کرده‌اند؛
- الگوهای فکری غیرمنطقی دارند؛
- زود قانع می‌شوند (Bowers et al, 2004, p.271).

این ویژگی‌ها به‌تنهایی تفاوت‌های بسیاری را بین تروریست‌ها نشان می‌دهند و باعث ایجاد این پرسش می‌شوند که آیا انتحارکنندگان دارای اوصاف شخصیتی مشترکی‌اند یا محصول محیط و سازمانی تروریستی هستند که در آن فعالیت می‌کنند؟ یافتن تفاوت‌های بین تروریست‌های وفادار به آرمان‌های گروهی یا سازمانی، تحصیل کرده و منحصر به فرد یا مهاجرانی

که درگیر در مصرف مواد مخدر و فاقد وجهه اجتماعی مثبتی اند، چندان دشوار نیست. شاید اوصاف و انگیزه‌های بمب‌گذاران انتحاری در یک گروه تروریستی یکسان باشند، اما از آن‌جا که بمب‌گذاری انتحاری تنها یک شیوه رفتاری است که توسط گروه‌های متنوعی استفاده می‌شود، بیشترین اشتراک بین گروه‌ها در استفاده از این تاکتیک عملی است.

با این حال، قطعاً این نکته را می‌توان مشاهده کرد که گروه و گرایش‌ها و روابط موجود در آن تأثیر زیادی بر افراد بمب‌گذار دارد. یکی از این عوامل تأثیرگذار پویایی گروه‌های تروریستی است که نقش مهمی در شکل‌گیری شخصیت تروریست‌ها دارد. فشارها برای قانع کردن اعضا به منظور ارتکاب اقدامات انتحاری و نیز توجیه آن پس از ارتکاب، بسیار است. این فشارها می‌تواند گروه را در اقدامات خود وادار به عقب‌نشینی کند. فرایند آماده‌سازی یک عضو برای انجام اقدامات انتحاری در گروه‌های اسلامی اغلب به این شکل است که پس از طی دوره آموزشی طولانی و تلقین عنوان «شهید» به فرد، ویدئو یا دست‌نوشته‌ای از آن فرد بر جای می‌ماند که می‌تواند پس از اقدام انتحاری، برای انگیزه دادن به دیگران یا برای تقویت اهداف گروه استفاده شود. این فرایند تلقین به فرد تا جایی ادامه می‌یابد که مرتکب در روز انجام عملیات انتحاری تمام آداب و مناسک مذهبی مربوط را انجام می‌دهد و در کمال آرامش، مرتکب اقدام انتحاری می‌شود (Patkin, 2004, p.81).

بدین رو، واضح است که سمبل‌گرایی و ایجاد تعهد، وفاداری بمب‌گذاران انتحاری را تقویت کرده و باعث آن وفاداری در یک نامه یا ویدئوی ضبط شده توسط مرتکب قبل از انجام عمل انتحاری، عدول از آن را برای مرتکب دشوار می‌سازد، به‌ویژه که قبل از آغاز عملیات نیز تعهد یا وفاداری ثبت شده مجدداً به نظر مرتکب رسانده می‌شود.

فرایند آماده‌سازی مرتکب انتحاری مراحل و اقداماتی را شامل می‌شود (Merari, 2005, p.78-79):

معرفی: آمار و ارقام نشان می‌دهند که به‌طور دائمی، انگیزه‌های انتحارکنندگان در حال تقویت و تشدید است، به این معنا که همواره تعریف‌های جدیدی از نقش مرتکب و کارکرد عمل انتحاری در حال ظهورند و بر پایه آن، اقدامات این دسته توجیه می‌شوند.

ایجاد تعهد گروهی: انگیزه‌ها و باورهای گروهی برای انجام اقدام انتحاری به‌وسیله پویایی گروه و فعالیت‌های انگیزشی عمدتاً در دل گروه‌های کوچک که استعداد اقدامات انتحاری را

دارند تقویت می‌شود. هرچه گروه متمرکزتر و روابط آن قوی‌تر باشد، تعهد برای انجام اقدامات انتحاری بیشتر خواهد بود.

تعهد شخصی: فرایند متعهدسازی مرتکب و وظایف او برای ارتکاب عمل انتحاری از طریق ضبط فیلم صورت می‌گیرد و او را نسبت به انجام رفتار مورد نظر مصمم می‌سازد. ویدئوی ضبط شده می‌تواند حاصل یک هیجان یا فریب باشد، ولی هرچه هست، در نهایت، موجب پایبندی مرتکب به ادامه فرایند خواهد بود.

این عوامل به صورت همزمان عنصر احترام نسبت به شخصیت‌ها و همکاران و نیز تعهد به انجام اقدامات مدنظر گروه را تأمین می‌کند. گرچه این عوامل به خودی خود ریشه تمایل تروریست‌ها به انجام اقدامات انتحاری نیستند، اما دلیل اصلی این‌که یک فرد در هر زمان می‌تواند دست به اقدامات انتحاری بزند را تشکیل می‌دهند. بر این پایه، ریشه اقدامات انتحاری اغلب در زمینه‌های اجتماعی قرار دارد که این انتحارکنندگان بالقوه در آن بزرگ شده‌اند یا زندگی می‌کنند. عوامل اقتصادی یا روانی، تنها عوامل تعیین‌کننده در بمب‌گذاری‌های انتحاری نیستند، با این حال، می‌توانند بخشی از پویایی یک گروه تروریستی و یا احساس بی‌عدالتی شکل‌گرفته در مرتکب باشند، حتی اگر انتحارکنندگان خود مستقیماً درگیر در وضعیت‌هایی که ناعادلانه پنداشته می‌شود، نباشند. ارتباطات جمعی مدرن این امکان را فراهم می‌کند که افرادی که از نظر جغرافیایی در موقعیت دورتری قرار دارند، بخشی از زندگی امروزه ما باشند و بدین ترتیب، از نظر روانی می‌توانند بخشی از یک خرده‌فرهنگ به عنوان نمونه در جامعه غربی تبدیل شوند (Meyer, 2005, p.147-150).

نتیجه‌گیری

از مباحث گفته شده می‌توان به این برداشت مهم از موضوع دست یافت که علی‌رغم این‌که اقدامات انتحاری در طول تاریخ سابقه‌ای طولانی دارند، اما از حیث روانی، با مجموعه پیچیده‌ای از عوامل گره می‌خورند که علت‌یابی آن‌ها را در عمل با دشواری مواجه می‌سازد. شاید مهم‌ترین چالش در زمینه درک واقعیت مربوط به انتحارکنندگان در پاسخ به این پرسش نهفته است که چگونه کسی می‌تواند ارزشمندترین دارایی خود یعنی جان‌ش را موضوع یک معامله قرار دهد؛

معامله‌ای که به صورت مستقیم از آن بهره‌ای نخواهد برد؟ و دیگر این‌که چگونه گروهی تروریستی حاضر خواهد شد یک عضو وفادار خود را با این اقدامات قربانی کند؟

گرچه زمینه‌های ظهور این اقدامات متنوع‌اند و طیف گسترده‌ای از مبانی اقتصادی، اجتماعی و اعتقادی را در بر می‌گیرند، با این حال، آماده‌سازی روانی انتحارکننده در مراحل قبل از عملیاتش موضوعی است که نیازمند بررسی دقیق روان‌شناختی مرتکب و نیز گروه‌های تروریستی است. به این معنا که منطق نهفته در اقدامات تروریستی با عملکرد منطقی تروریست‌ها دو موضوع متفاوت و مجزا است. اگرچه منطق اقدامات تروریستی موضوعی پذیرفته شده است، با این حال، برخی دیدگاه‌ها حاکی از وجود اختلالاتی روانی در تروریست‌هاست.

بی‌تردید، گروه‌های تروریستی به تبعیت از یک منطق کلی، خود را درگیر در فعالیت‌های تروریستی می‌کنند و انتحار را نیز یکی از روش‌های کاربردی قرار می‌دهند، بدین معنا که این اقدامات به صورت کاملاً مؤثر و ارزان و اخیراً مبتنی بر سازماندهی آسان به کار گرفته می‌شوند. با این حال، فهم موضوع از نگاه گروه‌ها نیز گرچه نه به پیچیدگی فهم آن‌ها از نگاه مرتکبین، اما چندان هم ساده نیست. این‌که چگونه گروهی می‌تواند یک یا چند عضو وفادارش را در اقدامی تروریستی از دست دهد، فقط بر پایه کارایی و اثربخشی این اقدامات و تحقق اهداف گروه قابل توجه است. باید پذیرفت که انتحارکنندگان از زندگی خود بیزار نیستند و نمی‌توان آن‌ها را مشتاقِ مردن دانست و یا حتی شاید علقه‌های شخصی بسیاری نیز در زندگی دارند، ولی با این حال، برای رسیدن به یک مقصود به اقدامات خودتخریبگر یا اقداماتی که ریسک مرگ در آن‌ها بالاست دست می‌زنند، خواه باورشان به اهداف تعریف شده باور منطقی باشد یا باور توأم با فریب.

پاسخ به این اقدامات می‌تواند در نگاهی منطقی زمینه‌های سیاسی ظهور این اقدامات را مدنظر قرار دهد و با افزایش سطح تعلقات اجتماعی در افراد، آن‌ها را از درگیر شدن در رفتارهای تروریستی بازدارد و یا می‌تواند در نگاهی مبتنی بر تبعیض و تحقیر، مرتکبین رفتارهای خشونت‌بار تروریستی را مصداقی از توحش انسانی دانسته و با آن‌ها به شدیدترین شیوه ممکن برخورد کرد. پذیرش منطق مرتکبین اقدامات تروریستی، بی‌تردید ما را بر آن خواهد داشت که زمینه‌ای را برای برخوردهای منطقی با این افراد فراهم کنیم. صرف خشونت شاید در کوتاه‌مدت

و به صورت موقت کارایی داشته باشد، ولی بی‌تردید نمی‌تواند تمام خواستِ مقابله‌کنندگان را تأمین کند.

بر این اساس، می‌توان گفت انتحار منطق خاص خود را دارد؛ منطقی که بر پایهٔ مقدمات نادرست بنیان گذاشته شده است. این مقدمات به قدری متأثر از ریشه‌های اجتماعی، سیاسی و مذهبی‌اند که در بسیاری از موارد می‌توان زمینه‌های واقعیت‌جدایی و یا حتی واقعیت‌گریزی را در مرتکبان دید. با این حال، مرتکبان در دنیای موازی خود کاملاً انتخابشان را بر منطقی خاص استوار کرده و در پی رسیدن به اهداف مدنظر خود هستند؛ اهدافی که بر پایهٔ منطق غالب جامعه قابل فهم نیست.

فهرست منابع

۱. اتنف، زنالد. (۱۳۸۳ش). رهیافت جرم‌شناختی و بزه‌دیده‌شناختی به تروریسم (تحلیل جرم‌شناختی تروریسم)، (ترجمه علی حسین نجفی ابرنآبادی)، تحقیقات حقوقی، ۷(۳۹)، ۳۱۹-۳۴۱.
۲. اسماعیلی، مهدی. (۱۳۹۱ش). تروریسم از منظر اختلالات روان‌شناختی. مجله حقوق پزشکی، ۶(۲۰)، ۱۶۷-۱۹۰.
۳. التیامی‌نیا، رضا. (۱۴۰۰ش). روان‌شناسی سیاسی تروریسم: نقش محیط پدیداری، زمینه‌ساز و شخصی در گسترش تروریسم. پژوهش‌های روابط بین‌الملل، ۱۱(۱)، ۱۳۳-۱۶۰. <https://doi.org/10.22034/irr.2021.133218>
۴. شاهیده، فرهاد. (۱۴۰۲ش). سیاست‌گذاری جنایی در برابر تروریسم. تهران: نشر میزان.
۵. شاهیده، فرهاد؛ کوشا، جعفر. (۱۴۰۱ش). بررسی رویکردهای جرم‌شناختی به تروریسم دینی. مطالعات فقه اسلامی و مبنای حقوق، ۱۶(۴)، ۱۳۵-۱۶۵. <https://doi.org/10.22034/fvh.2021.11004.1380>
۶. صادقی، سالار؛ اکبری، عباسعلی. (۱۳۹۹ش). بررسی جرم‌شناختی جرائم علیه امنیت کشور، با رویکرد جامعه‌شناسی جنایی. مطالعات جامعه‌شناسی، ۱۲(۴۸)، ۵۳-۷۱. <https://doi.org/10.30495/jss.2020.1907835.1229>
۷. ظهیری، صمد. (۱۳۸۵ش). عقلانیت و تروریسم. پایان‌نامه کارشناسی ارشد، (استاد راهنما: داود فیرحی). دانشگاه تربیت مدرس. دانشکده علوم انسانی، گروه علوم سیاسی.
۸. کارگری، نوروز. (۱۳۹۹ش). بررسی روان‌شناختی - جامعه‌شناختی تروریسم انتحاری. دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۲۵(۹۲)، ۱۸۵-۲۰۷.
۹. کارگری، نوروز. (۱۳۸۹ش). ماهیت حقوقی سیاسی تروریسم با تأکید بر جایگاه آن نسبت به ساختارهای قدرت. رساله دکتری، (استاد راهنما: نسرین مهرا). دانشگاه شهید بهشتی. گروه حقوق.
۱۰. کارگری، نوروز؛ مهرا، نسرین. (۱۳۹۷ش). روان‌شناسی اقدامات تروریستی: هراس و هراس‌افکنی. تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، ۱۴(۳۶)، ۵۱-۷۷.
۱۱. مبلغی، عبدالمجید؛ محمدی‌کیا، طیبیه. (۱۳۹۲ش). روان‌شناسی اجتماعی تروریسم و نسبت آن با امنیت (بررسی تروریسم از منظر روان‌شناسی اجتماعی و تحلیل رابطه آن با امنیت). آفاق امنیت، ۶(۲۱)، ۲۱۳-۲۴۲.
۱۲. محسنی، رضاعلی. (۱۳۹۰ش). بازشناسی و تحلیل پدیده تروریسم. مطالعات سیاسی، ۳(۱۲)، ۱۹۹-۲۲۰.
۱۳. محمدپور، داریوش. (۱۳۹۹ش). اسطوره‌های سکولار/ مذهبی خشونت: موردپژوهی اسماعیلیه نزاری دوره الموت، (ترجمه شهرزاد رضایی مقدم و ماشاءالله اسماعیلی). پژوهش در تاریخ، ۱۰(۲)، ۲۱-۴۶.
۱۴. مراری، آریئل. (۱۳۸۱ش). آمادگی برای کشتن و کشته شدن: تروریسم انتحاری در خاورمیانه، در: رایش، والتر. ریشه‌های تروریسم، (ترجمه سید حسین محمدی‌نجم). تهران: سپاه پاسداران انقلاب اسلامی، دوره عالی جنگ.
۱۵. مهرا، نسرین؛ کارگری، نوروز. (۱۳۹۵ش). تروریسم، یک نشانه روانی - اجتماعی یا یک ابزار سیاسی؟. پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، ۴(۸)، ۸۵-۱۰۷.
۱۶. مهربان، احمد. (۱۳۸۷ش). ۱۱ سپتامبر و موج جدید عملیات انتحاری در خاورمیانه. پایان‌نامه کارشناسی ارشد، (استاد راهنما: منصور میراحمدی). دانشگاه شهید بهشتی. دانشکده علوم اقتصادی و سیاسی.
۱۷. مهربان، احمد. (۱۳۸۷ش). جنگ علیه تروریسم و افزایش حملات انتحاری در عراق و افغانستان. راهبرد، ۱۶(۴۸)، ۳۱-۵۶. <https://ensani.ir/file/download/article/20110103144439-865.pdf>

18. Ahmed HH. (2005). Palestinian resistance and 'suicide bombing. In: *Root Causes of Terrorism: Myths, Reality, and Ways Forward*, (Bjorgo T. (ed.)). London & New York: Routledge.
19. Aman, Michael. (2007). *Preventing Terrorist Suicide Attacks*. Massachusetts: Jones and Bartlett Publishers.
20. Atran S. (2003). Genesis of suicide terrorism. *Science*, 299(5612), 1534-1539. <https://doi.org/10.1126/science.1078854>
21. Benjamin D. (2005). A breeding ground in Iraq. In: *Boston Globe*. Boston: Mass.
22. Bowers S.R, Derrick A.A, & Olimov M.A. (2004). Suicide terrorism in the former USSR. *The Journal of Social, Political, and Economic Studies*, 29(3), 261-279.
23. Butler L. (2002). Suicide bombers: dignity, despair, and the need for hope. *Journal of Palestine Studies*, 31(4), 71-76. <https://doi.org/10.1525/jps.2002.31.4.71>
24. Ergil. D. (2001). Suicide Terrorism in Turkey, in: Ganor. B (ed). *Countering Suicide Terrorism: An International Conference*, The International Policy Institute for Counter-Terrorism at the Interdisciplinary Center, Herzliya, Israel.
25. Gupta D.K. (2005). Exploring the roots of terrorism. In: *Root Causes of Terrorism: Myths, Reality, and Ways Forward*, (Bjorgo T. (ed.)). London & New York: Routledge.
26. Maleckova J. (2005). Impoverished terrorist: stereotype of reality? In: *Root Causes of Terrorism: Myths, Reality, and Ways Forward*, (Bjorgo T. (ed.)). London & New York: Routledge.
27. Merari A. (2005). Social, organizational and psychological factors in suicide terrorism. In: *Root Causes of Terrorism: Myths, Reality, and Ways Forward*, (Bjorgo T. (ed.)). London & New York: Routledge.
28. Meyer K.E. (2005). The black book of religion: II. *World Policy Journal*, 22(1), 103-107.
29. Pape R. (2005). *Dying to Win: The Strategic Logics of Suicide Terrorism*. Melbourne: Scribe Press.
30. Pastor L.H. (2004). Countering the psychological consequences of suicide terrorism. *Psychiatric Annals*, 34(9), 701-707. <http://dx.doi.org/10.3928/0048-5713-20040901-15>
31. Patkin T.T. (2004). Explosive baggage: female Palestinian suicide bombers and the rhetoric of emotion. *Women and Language*, 27(2), 79-88.
32. Post J.M. (2005). The socio-cultural underpinnings of terrorist psychology: when hated is bred to the bone. In: *Root Causes of Terrorism: Myths, Reality, and Ways Forward*, (Bjorgo T (ed.)). London & New York: Routledge.



Foundations and Admissibility Conditions of Anonymous Witnesses in Criminal Cases

(With Reference to the Jurisprudence of the European Court of Human Rights)

Ali Khaleghi¹, Reza Mahfoozi²

1. Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: akhaleghi@ut.ac.ir
2. Corresponding author, PhD Student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: mahfoozi.reza@ut.ac.ir

Article Info

Article type:

Original research

Received: 10 August 2024
Received in revised form: 17 March 2025
Accepted: 18 March 2025
Available online: 20 March 2025

Keywords

Witness, European Court of Human Rights (ECHR), truth-seeking, silent witnesses, anonymous witnesses.



Abstract

"Testimony" is one of the most influential forms of evidence in civil and criminal litigation. However, due to the specific circumstances governing certain cases such as domestic violence, sexual offenses, family disputes, or national security matters and etc. conventional witness testimony is unworkable or inadmissible. Based on this, some countries have reformed witness testimony procedures by adopting measures such as remote testimony and anonymous witness testimony. Although this policy is grounded in the principles of 'necessity of truth-seeking,' 'respect for private life,' 'protection of the right to security,' and 'the requirement of administering justice,' it may conflict with the 'presumption of innocence' and the 'principle of legality (quality principle),' potentially enabling the filing of malicious or prejudicial claims. Accordingly, utmost caution must be exercised in implementing this policy a critical imperative achieved through the application of the principle of minimal interference; ensuring equality of arms between the parties to the proceedings, and the reasonableness and proportionality of the proposed measures. These are considerations which the European Court of Human Rights (ECHR) has also emphasized in its jurisprudence.

Cite this article: Khaleghi, A. & Mahfoozi, R. (2024). Foundations and Admissibility Conditions of Anonymous Witnesses in Criminal Cases (With Reference to the Jurisprudence of the European Court of Human Rights). *Criminal Law Doctrines*, 21(27), 317-340. <https://doi.org/10.30513/cld.2025.6205.2012>





مبانی و شرایط پذیرش شاهد گمنام در پرونده‌های کیفری (با نگاهی به رویه دیوان اروپایی حقوق بشر)

علی خالقی^۱، رضا محفوظی^۲

۱. دانشیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. رایانامه: akhaleghi@ut.ac.ir

۲. نویسنده مسئول، دانشجوی دکتری، حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، ایران. رایانامه: mahfoozi.reza@ut.ac.ir

چکیده

«شهادت» یکی از دلایل اثباتی اثرگذار در دعاوی حقوقی و کیفری است. با این حال، به دلایلی همچون شرایط خاص حاکم بر بعضی پرونده‌ها، مثلاً در خشونت‌های خانگی یا امور جنسی، دعاوی خانوادگی، موضوعات امنیتی و... بهره‌مندی از آن به صورت مرسوم میسر نیست. بر این اساس، برخی از کشورها به تغییر و تحول در نحوه ادای شهادت روی آورده و مواردی مانند شهادت غیرحضوری یا شهادت ناشناس را پیش‌بینی کرده‌اند. هرچند این سیاست مبتنی بر «ضرورت کشف حقیقت»، «احترام به حریم خصوصی»، «پاسداری از حق بر امنیت» و «لزوم اجرای عدالت» است، اما می‌تواند در تضاد با «اصل برائت» و «اصل کیفیت» بوده و زمینه طرح دعاوی خصمانه و مغرضانه را فراهم کند. بر این اساس، لازم است که در کاربری این سیاست، نهایت احتیاط را داشت؛ امر مهمی که از رهگذر «به‌کارگیری اصل حداقلی»، «بررسی برقراری تساوی سلاح میان طرفین دعوا» و «منطقی و معقول بودن تغییر و تحول مورد بحث» به دست می‌آید؛ نکات و ملاحظات که آرای دیوان اروپایی حقوق بشر نیز بر آن تأکید کرده‌اند.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۵/۲۰

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۱۲/۲۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۲/۲۸

تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۳/۱۲/۳۰

کلیدواژه‌ها

شاهد، دیوان اروپایی حقوق بشر، کشف حقیقت، شاهدان خاموش، شاهدان گمنام.

استناد: خالقی، علی؛ محفوظی، رضا. (۱۴۰۳). مبانی و شرایط پذیرش شاهد گمنام در پرونده‌های کیفری (با نگاهی به رویه دیوان اروپایی حقوق بشر). *آموزه‌های حقوق کیفری*، ۲۱(۲۷)، ۳۱۷-۳۴۰.

<https://doi.org/10.30513/cld.2025.6205.2012>



مقدمه

ادله اثبات جرم همواره از مباحث چالش برانگیز علم حقوق، چه از چشم انداز نظری و چه از چشم انداز عملی بوده است، زیرا با کمک آن‌ها می‌توان به حقیقت ماجرا، دست‌کم در ظاهر، دست یافت. از جمله این ادله که در تمامی نظام‌های حقوقی دنیا به رسمیت شناخته شده است، شهادت شهود است. با این همه، از آنجا که فرایند شهادت دادن در تمامی پرونده‌ها نمی‌تواند همواره یکسان و به صورت معمول باشد و نیز شرایط هر پرونده با پرونده دیگر متفاوت است، لازم است که در این خصوص گاه طرحی نو در انداخت و از شکل معمول عدول کرد، زیرا مشخصاً شاهد تا اطمینان از عدم آسیب پیدا نکند، دور از ذهن است که اقدام به ادای شهادت کند (تقی‌پور، ۱۳۹۰، ص ۳۲). این ملاحظه در اساسنامه مراجع کیفری بین‌المللی مانند دیوان کیفری بین‌المللی (ماده ۶۸)، دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق (برای نمونه، ماده ۶۹)، دادگاه بین‌المللی رواندا (مثلاً ماده ۶۹) و دادگاه مختلط تیمور شرقی (مثلاً ماده ۲۴) مورد توجه قرار گرفته است. برای نمونه، در ماده ۶۸ اساسنامه رم برای دیوان کیفری بین‌المللی، به منظور حفظ امنیت و سلامت جسمی و روحی و همچنین حیثیت و حریم خصوصی شاهدان، شکلی متفاوت از شکل رایج ادای شهادت پیش‌بینی شده است و امکان ادای شهادت از طریق وسایل الکترونیکی و دیگر روش‌های مخصوص وجود دارد و همچنین، چنانچه ارائه ادله و داده‌ها موجب خطرات بزرگی برای شاهد یا خانواده وی شود، به جای حضور شاهد در دادگاه و مواجهه حضوری وی با متهم، دادستان می‌تواند خلاصه‌ای از آنچه شاهد گفته را در دادگاه بیان کند. بنابراین، دگرگونی در نحوه ادای شهادت و تحول آن نسبت به ادای شهادت معمول، امر ناشناخته‌ای در حقوق بین‌الملل نیست.^۱ با این حال، آنچه تاکنون کمتر از آن سخن رانده شده، بحث دگرگونی در نحوه ادای شهادت شهود در دیوان اروپایی حقوق بشر است که بررسی آن از دو منظر امکان‌پذیر است: ۱. از منظر قواعد مندرج در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر؛ ۲. از منظر رویه دیوان اروپایی حقوق بشر. درباره کنوانسیون اروپایی حقوق بشر باید توجه داشت برخلاف دادگاه‌های بین‌المللی، ماده روشنی در خصوص موضوع وجود ندارد، اما از فحوای ماده ۶ کنوانسیون نیز ممنوعیتی در این رابطه به نظر نمی‌رسد. این ماده مقرر می‌دارد: «تحقیق از شاهدهی که علیه شخص شهادت

۱. لازم به ذکر است که به نظر می‌رسد با توجه به قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، با شرایط زیر امکان تغییر و تحول در ادای شهادت، دست‌کم با شهادت از راه دور وجود دارد: ۱. تعذر حضور شاهد؛ ۲. منحصر نبودن دلیل پرونده به شهادت شاهد؛ ۳. احراز شرایط شاهد و شهادت؛ ۴. صحت انتساب شهادت از راه دور به شاهد (خدادی، خالدی، ۱۳۹۵، ص ۴۱-۴۴).

می‌دهد و حاضر کردن و تحقیق از شاهی که به نفع وی شهادت می‌دهد، باید در شرایط مشابه باشد.^۲ در برابر، رویه دیوان اروپایی حقوق بشر که تمرکز پژوهش مقاله حاضر نیز بر آن است، متفاوت از مواد کنوانسیون است و آرای پرشماری درباره شهادت شهود و نحوه ادای آن وجود دارد که با مطالعه این موارد، می‌توان رویه دیوان را در رابطه با این موضوع مشخص نمود. بررسی تحقیق از شهود از چشم‌انداز رویه دیوان از این جهت اهمیت دارد که آرای این مرجع، به مثابه آخرین دستاوردهای قضایی امروز تلقی می‌گردد. بنابراین توجه به آن‌ها برای روزآمدسازی قوانین و مقررات کشورهای دنیا مفید و ضروری است. در این بین، کشوری مانند ایران نیز می‌تواند از چنین دستاوردهایی بهره‌بردار و نباید به استناد این‌که ایران در شمار کشورهای اروپایی نیست، از رهاوردهای حقوق بشری دیوان به‌سادگی گذر کرد. به تعبیر دیگر، قید «اروپایی» نباید موجب کم‌توجهی کشورهای غیراروپایی به چنین آرای حقوق بشری‌ای شود (برای مطالعه بیشتر نک: جلالی؛ مالدار، ۱۴۰۱). لازم به ذکر است در حقوق ایران نیز ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ (با اصلاحات ۱۳۹۴) و «آیین‌نامه اجرایی حمایت از شهود و مطلعان» مصوب ۱۳۹۴، تغییر و تحول در ادای شهادت را به رسمیت شناخته است، با این توضیح که طبق ماده مذکور و تبصره ۲ آن، عدم مواجهه حضوری بین شاهد یا مطلع با شاکی یا متهم، عدم افشای اطلاعات مربوط به هویت، مشخصات خانوادگی و محل سکونت یا فعالیت شاهد یا مطلع و استماع اظهارات شاهد یا مطلع در خارج از دادسرا با وسایل ارتباط از راه دور، در جهت حمایت از شهود و مطلعین به‌عنوان راهکار پذیرفته شده است، ولی این راهکارها نباید به‌گونه‌ای استفاده شود که حقوق دفاعی متهم خدشه‌دار گردد.

با توجه به آنچه گذشت، این پرسش اساسی مطرح می‌شود که مبانی، شرایط و محدودیت‌های تحول در نحوه ادای شهادت چیست؟ در مورد کیفیت شهادت و شهادت الکترونیکی یا شهادت از راه دور، مطالب زیادی در کتاب‌های آیین دادرسی کیفری و نیز مقالات وجود دارد. برای نمونه، در مقاله‌ای تحت عنوان «شهادت از راه دور (تحلیل ماده ۱۸۶ قانون مجازات اسلامی)» نویسندگان به این نتیجه دست یافته‌اند: «برای قابل استناد بودن این شکل از شهادت به‌عنوان شهادت مثبت دعوا، باید شاهد متعذر از حضور در دادگاه باشد و صحت انتساب شهادت از راه دور به شاهد احراز شود، شرایط عمومی شاهد و شهادت حسب

۲. ترجمه مواد کنوانسیون، دسترس‌پذیر از: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_FAS

مورد وجود داشته باشد و دلیل پرونده منحصر به شهادت شهود نباشد. به غیر از شرایط مختص شهادت از راه دور، مقامات قضایی دادسرا و دادگاه باید دیگر شرایط عمومی ادله و همچنین شرایط شهادت غیرالکترونیکی را احراز نمایند تا بتوانند ارزش اثباتی شهادت از راه دور را برای اثبات دعاوی در نظر بگیرند.» (خدادی؛ خالدی، ۱۳۹۵، ص ۳۳). همچنین در پژوهشی دیگر با نام «ماهیت حقوقی اقرار و شهادت الکترونیکی و ارزش اثباتی آن»، «متعذر بودن حضور»، «صحت انتساب شهادت به شاهد» و نیز «عدم تغییر تحول ادله الکترونیکی و موجود بودن آن در حالت اولیه» از شرایط صحت تغییر و تحول در ادای شهادت است (هاتف‌نیا؛ فلاح، ۱۴۰۱، ص ۷۷۳). با این حال، مقاله حاضر با در نظر گرفتن آثار نویسندگان گذشته، در تکاپو برای یافتن پاسخ به این پرسش است که اولاً چرا باید در مواردی، امکان عدول از شیوه سنتی ادای شهادت وجود داشته باشد و مبانی لزوم دگرگونی در خصوص آن چیست؟ در ثانی، در صورت پذیرش این امر، این تحول باید مشروط به چه اصول و قواعدی صورت گیرد؟؛ امری که در نوشته‌های مربوط به موضوع شهادت و نحوه ادای آن، کمتر بررسی شده است. بر این اساس، در بخش نخست، با عنوان «مبانی تحول در شیوه ادای شهادت» به تجزیه و تحلیل ضرورت کشف حقیقت، احترام به حق بر حریم خصوصی، پاسداری از حق بر امنیت و لزوم اجرای عدالت پرداخته شده است تا اول ثابت شود که کاربست این شیوه می‌تواند درست باشد. سپس، در بخش دوم با عنوان «شرایط سزاواری تحول در شیوه ادای شهادت»، از شرایطی که تحول در شیوه ادای شهادت را مشروعیت می‌بخشد، صحبت شده است. این موارد شامل به‌کارگیری اصل حداقلی، امکان برقراری تساوی سلاح‌ها میان طرفین دعوا و منطقی و معقول بودن می‌باشد.

۱. مبانی تحول در شیوه ادای شهادت

شهادت و ادای آن از طرقی‌اند که به وسیله آن می‌توان سعی بر کشف حقیقت نمود و این امر، هم موجب تأمین منافع اشخاص خصوصی و هم سبب حمایت از مصالح عمومی جامعه خواهد شد (باقری‌نژاد، ۱۳۸۷، ص ۱۱۴). مبانی را نیز «دلیل اعتبار» یک حکم معنا کرده‌اند (منصورآبادی؛ ریاحی، ۱۳۹۱، ص ۲۲)، به‌گونه‌ای که می‌توان با کمک آن، چرایی مشروعیت آن حکم را برای همگان تبیین و تشریح کرد. به‌طور کلی، هر اندازه مبنا یک حکم قوی‌تر و مستدل‌تر باشد، راه برای پذیرش آن هموارتر است. امکان تحول‌پذیری ادای شهادت نیز از این قاعده مستثنا نیست، لذا باید مبانی

درستی به‌کارگیری آن روشن شود، چراکه این مسئله خلاف برخی اصول دادرسی از جمله توافقی بودن، حضوری بودن و علنی بودن است، همچنان‌که با این روش، تحصیل دلیل نیز به‌صورت عادی و روشن اتفاق نمی‌افتد، زیرا گویی این‌گونه به نظر می‌رسد که پرونده از مسیر معمول و متداولش خارج می‌شود. از این رو، این بخش در تلاش است تا ادله‌ای در راستای مشروعیت تغییر و تحول در ادای شهادت برشمرد و به چرایی این ضرورت پاسخ دهد؛ موضوع مهمی که ذیل چهار عنوان فرعی مشخص شده است.

۱-۱. ضرورت کشف حقیقت

هرچند فرایند کیفری، اهداف پرشماری مانند اجرای مجازات به منظور اعاده نظم لطمه دیده از جرم را دنبال می‌کند، اما گزاره نیست اگر مهم‌ترین هدف آن را «کشف حقیقت» بدانیم (کاتوزیان، ۱۴۰۳، ج ۱، ص ۱۷۳). بنابراین سخن گفتن از کشف حقیقت به عنوان بنیادی‌ترین و مهم‌ترین آرمان فرایند کیفری مقبول است و می‌توان مشروعیت فرایند کیفری را در گرو تحقق آن دانست، به طوری که تمام سازوکارهای به‌کارگرفته شده در تعقیب کیفری را نهایتاً برای نیل به این مقصود و مطلوب تلقی نمود. لذا باید قوانین و مقررات آن‌گونه تنظیم شوند که دسترسی به چنین هدفی امکان‌پذیر گردد (تقی‌پور، ۱۴۰۱، ص ۵۷۸). برای این اساس، نظام‌های حقوقی دنیا برای دستیابی به این مقصود خطیر سازوبرگ‌های مختلفی را در نظر گرفته‌اند. در این خصوص، اصل آزادی تحصیل دلیل اهمیت بسیاری در حقوق کیفری دارد، زیرا بدون تحصیل دلیل، امکان اجرای عدالت کیفری از بین می‌رود و نظام قضایی نمی‌تواند به درستی درباره وقوع جرم و مجرمیت یا بی‌گناهی متهم تصمیم‌گیری کند و دادرسی کیفری بدون ادله کافی ممکن است منجر به محکومیت افراد بی‌گناه یا تبرئه مجرمان واقعی شود. همچنین جمع‌آوری صحیح و قانونی ادله به کاهش خطاهای قضایی و افزایش اعتبار نظام کیفری کمک می‌کند، و در نهایت، کشف و اثبات جرائم به وسیله تحصیل دلیل، نقش مهمی در پیشگیری از جرم و افزایش احساس امنیت در جامعه دارد.

یکی از مهم‌ترین مبانی آزادی تحصیل دلیل، اصل حقیقت‌یابی در دادرسی کیفری است. هدف اصلی رسیدگی کیفری، کشف حقیقت و شناسایی مجرم است. برای تحقق این هدف، لازم است مقامات قضایی ابزارهای لازم برای جمع‌آوری و بررسی دلایل را در اختیار داشته باشند. همچنین طبق نظریه تفکیک قوا، قوه قضائیه باید استقلال لازم را برای اجرای عدالت داشته باشد. این استقلال مستلزم آن است که قضات و دادسراها بتوانند به صورت

مستقل به جمع‌آوری و ارزیابی ادله پردازند و تحت تأثیر سایر قوا قرار نگیرند. یکی دیگر از مبانی آزادی تحصیل دلیل، مصلحت عمومی و حفظ نظم اجتماعی است. در بسیاری از موارد، جرائم باعث اخلاف در امنیت و آرامش جامعه می‌شوند و ضرورت دارد که نهادهای قضایی بتوانند با استفاده از ادله مختلف، نسبت به برخورد قانونی با مجرمان اقدام کنند (خیابانی؛ فرید، ۱۳۹۷، ص ۱۵).

البته روشن است که «اصل آزادی قاضی در تحصیل دلیل» نمی‌تواند حقوق متهم از جمله «کرامت» و «آزادی‌های بنیادی انسان» و نیز «ارزش‌های اساسی تمدن بشری» و «دادرسی منصفانه» را نقض کند (همتی؛ نصرتی؛ جعفری، ۱۴۰۰، ص ۱۸۷). به دیگر سخن، آزادی تحصیل ادله برای احراز حقیقت به معنای مشروعیت بخشی به تمامی اقدامات، از جمله شکنجه و یا تحت فشار قرار دادن متهم نیست و اگر اصول تحصیل دلیل و قواعد آن رعایت نشود، اعتماد مردم به دستگاه قضایی کم شده و این امر موجب می‌شود که اشخاص برای اثبات مدعای خود به سمت تحصیل ادله غیرقانونی و نامشروع بروند (حلالخور میرکلا؛ تدین؛ گلدوست جویباری، ۱۳۹۹، ص ۱۷۸). این موضوع به اندازه‌ای از اهمیت برخوردار است که برای مهار اصل «آزادی تحصیل دلیل»، اصل دیگری به نام «مشروعیت تحصیل دلیل» شکل گرفته است و عدم رعایت شرایط قانونی و شرعی تحصیل دلیل می‌تواند موجب «بطلان» آن دلیل شود.

مسئله اخیر که برخی از آن به عنوان نظریه «بطلان دلیل» یاد کرده‌اند «به دنبال تضمین رعایت قواعد دادرسی به منظور حمایت از منافع اصحاب دعوا به ویژه متهم است و از سوی دیگر، به دنبال پیشگیری از عدم رعایت این قواعد و واداشتن مجریان عدالت کیفری به تبعیت از آن‌هاست.» (تدین، ۱۳۸۷، ص ۷۶). در واقع، دعوای جزایی تابع مقرراتی است که در صورت رعایت نکردن آن، اگر دعوا منتهی به تصمیمی شود، لاجرم باید آن تصمیم را باطل و بی‌اثر دانست (زراعت، ۱۴۰۳، ص ۱۱۲)، همان‌گونه که در حقوق ایران نیز طبق مواد «۴۳۴»^۲، «۴۶۴»^۴ و «۴۷۴»^۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، «عدم اعتبار ادله»، «عدم رعایت

۳. جهات تجدیدنظرخواهی به شرح زیر است: الف. ادعای عدم اعتبار ادله یا مدارک استنادی دادگاه...

۴. جهات فرجام‌خواهی به قرار زیر است: ... ب. ادعای عدم رعایت اصول دادرسی با درجه‌ای از اهمیت منجر به بی‌اعتباری رأی دادگاه

۵. درخواست اعاده دادرسی در مورد احکام محکومیت قطعی دادگاه‌ها اعم از آن‌که حکم مذکور به اجرا گذاشته شده یا نشده باشد، در موارد زیر پذیرفته می‌شود: ... ث. در دادگاه صالح ثابت شود که اسناد جعلی یا شهادت خلاف واقع گواهان، مبنای حکم بوده است...

اصول دادرسی مهم» مانند عدم رعایت ضوابط و شرایط حاکم بر شهادت شهود و «شهادت خلاف واقع گواهان» به ترتیب می‌تواند از جهات تجدیدنظرخواهی، فرجام‌خواهی و اعاده دادرسی باشد.

با این حال، هر دلیل مشروعی که بتواند به تکمیل پازل علم قاضی کمک بنماید، قابل استناد است. یکی از این موارد، شهادت است. اما همان‌طور که در مقدمه اشاره شد، گاهی شاهد به دلایلی نمی‌تواند یا نمی‌خواهد که به شیوه‌های معمول (غالباً ترافعی) شهادت دهد. بنابراین به نظر می‌رسد چنانچه شرایطی مانند رعایت تساوی سلاح‌ها (نک: همین مقاله، بخش دوم)، رعایت شود، مشکلی برای این تغییر و تحول وجود نخواهد داشت. این گزاره با ماهیت طریقی ادله اثبات نیز همساز و همسوست، زیرا اگر ما هدف از فرایند کیفری را دستیابی به حقیقت امر بدانیم، هر وسیله مشروعی که ما را به آن سوره‌نمون می‌کند، باید مورد پذیرش قرار گیرد. این اهمیت تا آن جاست که برخی به درستی معتقدند که در جریان رسیدگی به پرونده، قرائن و امارات قضایی می‌توانند ادله شرعی را از اعتبار بیندازند (حق‌وردیان؛ پورقهرمانی، ۱۳۹۶، ص ۳۷). این نظر موافق با رویکرد قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در ماده «۲۱۲»^۶ درباره برتری علم قاضی بر سایر ادله می‌باشد. طبق این ماده، هر آنچه برای قاضی علم‌آور باشد و بتواند او را به حقیقت برساند، مشروع است. نباید از یاد برد که شهادت از جمله ادله شرعی است که حتی اگر از حالت «شرعی بودن» خارج شود و به اماره‌ای تبدیل گردد، باز می‌تواند برای مقام قضایی «یقین‌آور» باشد. بر این اساس، ضرورت کشف حقیقت که هدف والای فرایند کیفری است، بر این تغییر و تحول، لباس مشروعیت می‌پوشاند. در این رابطه در پرونده (Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom (2011) شاکیان در دیوان اروپایی حقوق بشر ادعا کردند که استفاده از شهادت غیابی در جهت محکومیت ایشان، حقوق دفاعی آن‌ها را مخدوش کرده و در نتیجه، دادرسی عادلانه نقض شده است، اما دیوان اروپایی حقوق بشر این‌گونه حکم داد که استفاده از شهادت غیابی می‌تواند در شرایط خاص، اگر منتهی به علم قاضی شود، مجاز باشد. البته دیوان تأکید کرد که باید تعادل مناسبی بین کشف حقیقت و حقوق دفاعی متهم برقرار باشد تا دادرسی عادلانه تضمین شود و در این

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

پرونده خاص، دیوان با توجه به شرایط حکم داد، نقض دادرسی عادلانه رخ نداده است. همچنین در پرونده *Wigley v. United Kingdom* (1990) شاکی ادعا کرد که حقوق دفاعی وی در محاکمه نقض شده است و قاضی از شواهد معتبر برای صدور حکم استفاده نکرده و تصمیمات قاضی بر اساس شواهد ناکافی یا نامعتبر اتخاذ شده است. در این پرونده نیز دیوان اروپایی حقوق بشر تأکید کرد که قاضی باید بر اساس شواهد معتبر، آگاهی دقیق از حقیقت پرونده داشته باشد و از علم خود برای رسیدگی به پرونده استفاده کند تا از نقض حقوق دفاعی جلوگیری شود و دادرسی عادلانه و حقوق بشر رعایت گردد، و در این پرونده نیز نقض حقوق دفاعی متهم صورت نگرفته است.

۱-۲. احترام به حق بر حریم خصوصی

دومین مبنایی که می‌توان با کمک آن به تغییر و تحول در شیوه شهادت دهی اعتبار بخشید احترام به حریم خصوصی است که می‌توان از آن به مثابه یک حق یاد کرد. در این رابطه، ذات اجتماعی انسان و زیستن وی در میان دیگران نتوانسته است نافی حریم خصوصی وی باشد و او میل دارد تا برای خود مرزی ترسیم کرده تا دیگران نتوانند به آن وارد شوند (رحمدل، ۱۳۸۴، ص ۱۱۹). به سخن دیگر، هیچ نیرویی نباید و نمی‌تواند آن را نقض کند مگر به حکم قانون. برتری این حق بر سایر حقوق موجب شده تا جلوه‌های توجه به این حق، در آرای پرشماری در دیوان اروپایی حقوق بشر مورد توجه قرار بگیرد (*L.H. v. Latvia* 29 April 2014⁷; *Malone v. the United King-* dom 2 August 1984⁸; *Kruslin v. France* 24 April 1990⁹).

این حق که از جنبه‌های پرشماری از جمله «آزادی وجدان و اندیشه»، «کنترل بر جسم خود»، «داشتن خلوت و تنهایی در منزل و مکان خصوصی»، «کنترل بر اطلاعات شخصی»، «رهایی از نظارت‌های سمعی و بصری دیگران»، «حمایت از حیثیت و اعتبار خود»، «حمایت

۷. در این پرونده، خانم L.H. ادعا نمود اقدام اداره بازرسی کنترل کیفیت مراقبت‌های پزشکی در دادن اطلاعات محرمانه پزشکی او به بیمارستان، نقض حریم خصوصی وی بوده است و دیوان با توجه به نقض حریم خصوصی شاکی، اداره مذکور را به جبران ضرر و زیان محکوم نمود.

۸. در این پرونده، آقای Malone ادعا نمود ضبط مکالمات تلفنی وی توسط مقامات دولتی، موجب نقض حریم خصوصی وی شده است و دیوان با توجه به عدم وجود مبنای دقیق و مشخص برای شنود مکالمات در قوانین بریتانیا، این امر را نقض حریم خصوصی شاکی محسوب نمود.

۹. در این پرونده، آقای Kruslin ادعا کرد که مقامات قضایی فرانسه بدون داشتن چهارچوب قانونی، مکالمات وی را شنود کرده‌اند و دیوان با توجه به واضح و دقیق نبودن مقررات کشور فرانسه در این خصوص، فرانسه را به نقض حریم خصوصی شاکی محکوم نمود.

در برابر تفتیش‌ها، تجسس‌ها و رهگیری‌ها» (موسوی، ۱۳۹۵، ص ۱۲۳) قابل بحث است، در فرایند کیفری نیز قابل تصور است. یعنی آن‌که این حق موجب تحدید قدرت حاکمیت شده است و او نمی‌تواند آن را نقض کند. این مهم در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ از نگاه قانون‌گذار دور نمانده و او در مواد مختلفی به آن اشاره کرده است. برای نمونه، بر اساس مواد «۴»^{۱۰} و «۷»^{۱۱} قانون یادشده، ورود به حریم خصوصی افراد صرفاً طبق قانون مجاز است. نیز گرچه بر اساس ماده «۶۵۳»^{۱۲} این قانون، قوه قضائیه موظف است اطلاعات مشخصی را از طریق «درگاه ملی قوه قضائیه» در دسترس عموم قرار دهد، اما طبق بند «ت» باید حریم خصوصی افراد حفظ شود.

با این همه، نباید از یاد برد که حق بر حریم خصوصی منحصر به موارد خاصی نیست، یعنی می‌تواند به مواردی همچون شهادت دادن نیز راه یابد، یعنی حریم خصوصی افراد بتواند بر ادله اثبات دعوا هم تأثیر بگذارد، همچنان‌که اکنون گرچه در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ (با اصلاحات ۱۳۹۴) جلب شهود پیش‌بینی شده است، اما اجبار فرد به ادای شهادت منتفی است که این می‌تواند در راستای حق مورد بحث باشد. به هر حال، در فرایند یادشده، افراد متنوعی با روابط گوناگون با اصحاب دعوا دخیل‌اند که شاید تمایل به شهادت دادن آشکارا نداشته باشند. برای نمونه، این احتمال هست که شهود از دوستان یا بستگان طرفین باشند. این مسئله به‌ویژه در تجاوز و اذیت و آزار جنسی محارم (مانند پدر نسبت به فرزند) به چشم

۱۰. اصل، برائت است. هرگونه اقدام محدودکننده، سالب آزادی و ورود به حریم خصوصی اشخاص جز به حکم قانون و با رعایت مقررات و تحت نظارت مقام قضایی مجاز نیست و در هر صورت، این اقدامات نباید به گونه‌ای اعمال شود که به کرامت و حیثیت اشخاص آسیب وارد کند.

۱۱. در تمام مراحل دادرسی کیفری، رعایت حقوق شهروندی مقرر در «قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۳/ ۲/ ۱۵» از سوی تمام مقامات قضایی، ضابطان دادگستری و سایر اشخاصی که در فرایند دادرسی مداخله دارند، الزامی است. متخلفان علاوه بر جبران خسارات وارده، به مجازات مقرر در ماده ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده) مصوب ۱۳۷۵/۰۳/۰۲ محکوم می‌شوند، مگر آن‌که در سایر قوانین مجازات شدیدتری مقرر شده باشد.

۱۲. قوه قضائیه موظف است اطلاعات زیر را از طریق «درگاه ملی قوه قضائیه» ارائه کند و آن‌ها را روزآمد نگه دارد. الف. اهداف، وظایف، سیاست‌ها، خط‌مشی‌ها و ساختار کلان مدیریتی و اجرایی قوه قضائیه به همراه معرفی مسئولان و شرح وظایف و نحوه ارتباط با آنان؛ ب. نشانی، شماره تماس و پیوند به تارنمای (وب‌سایت) تمامی معاونت‌ها و دادگستری‌های استان‌ها، دستگاه‌های تابعه قوه قضائیه، وزارت دادگستری، کانون‌های وکلای دادگستری و کارشناسان رسمی دادگستری؛ پ. کلیه قوانین لازم‌الاجرا، آرای وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور و آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، بخشنامه‌های رئیس قوه قضائیه و نظریات مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه؛ ت. آرای صادره از سوی محاکم در صورتی که به تشخیص قاضی اجرای احکام خلاف عفت عمومی یا امنیت ملی نباشد به‌صورت برخط (آنلاین) برای تحلیل و نقد صاحب‌نظران و متخصصان با حفظ حریم خصوصی اشخاص؛ ث. خدمات معاضدت قضایی به مقامات ذی‌صلاح سایر کشورها بر پایه اسناد و معاهده‌های همکاری حقوقی بین‌المللی و اطلاعات راجع به خدمات حقوقی و قضایی به اتباع سایر کشورها؛ ج. آموزش آسان و قابل درک عمومی چگونگی اقامه دعوی برای شهروندان؛ چ. اطلاعات پژوهشی و علمی حقوقی قضایی.

می‌خورد. در این مورد، تمایل شاهد به پنهان ماندن موضوعی بعید نیست. جدای از این‌ها ممکن است در خشونت‌های خانگی نیز افراد خانواده شاهد ماجرا باشند و تبعاً به فاش شدن هویتشان روی خوش نشان ندهند. بنابراین باید چاره‌ای اندیشید تا افراد بتوانند در عین حفظ حریم خصوصی‌شان در حل پرونده کیفری، کمک حال دستگاه قضا باشند. از این رو، حق بر حریم خصوصی ایجاب‌کننده عدول دادگاه از شیوه‌های معمول شهادت است، به ویژه آن‌که ممکن است شهادت یک شاهد تنها دلیل پرونده بوده و بتواند به صورت کلی، مسیر کشف حقیقت را هموار کند. لذا باید با احترام به حریم خصوصی افراد نوعی تعامل میان شهروندان و حاکمیت برقرار کرد و مقام قدرت نباید چنین فرصتی را از دست بدهد. این موضوع از نگاه قضات دیوان اروپایی حقوق بشر به دور نمانده است. بر این اساس، مرجع رسیدگی‌کننده موظف است که شرایط و اوضاع و احوالی را رقم بزند تا شاهد بتواند در آن به درستی و بدون پنهان‌کاری به بیان حقیقت بپردازد (Bocos-Cuesta v. the Netherlands, 2005, § 71^۳).^۴ البته هرچند که حق بر حریم خصوصی به تغییر در شیوه شهادت مشروعیت می‌بخشد، اما این موضوع نباید نفی‌کننده حقوق طرف دعوا باشد؛ ضابطه مهمی که به طور مفصل در بخش دوم توضیح داده خواهد شد.

۳-۱. پاسداری از حق بر امنیت

یکی دیگر از مهم‌ترین مبانی مشروعیت تغییر در شیوه‌های معمول ادای شهادت، می‌تواند پاسداری از حق بر امنیت شاهد باشد؛ حقی که در اسناد گوناگون ملی و بین‌المللی مورد توجه بازیگران این عرصه قرار گرفته است، چراکه وجود امنیت، به سایر حقوق معنا می‌بخشد. برای نمونه، چنانچه امنیت جانی مفقود باشد، شخص نمی‌تواند به طور شایسته و بایسته از دیگر حقوق استفاده کند. بر این اساس است که همیشه امنیت دستاویزی برای حاکمیت‌های سرتاسر جهان در راستای تشدید کیفری و تحدید حقوق شهروندان بوده است. جرم‌انگاری‌هایی که در حوزه امنیت در حقوق کشورهای دنیا انجام گرفته است، مثال روشنی درباره توجه حاکمیت‌ها به این موضوع است. همچنین، در اسناد بین‌المللی، از جمله ماده ۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر آمده است: «هر فردی سزاوار و محق به زندگی، آزادی و امنیت فردی است». نیز در ماده ۵ کنوانسیون اروپایی

۱۳. در این پرونده، شاکی ادعا نمود دادگاه‌های هلند برای استرداد او به اسپانیا بررسی کافی را انجام نداده‌اند، اما دیوان با توجه به مطابقت روند استرداد با قوانین داخلی و بین‌المللی و دسترسی شاکی به حقوق دفاعی، ادعای شاکی را رد نمود.

۱۴. نیز در این باره نک: P.S. v. Germany, 2001, § 26; Accardi and Others v. Italy 2005; S.N. v. Sweden, 2002, § 52.

حقوق بشر مصوب ۱۹۹۸ آمده است: «هر کسی دارای حق آزادی و امنیت فردی می باشد...». بنابراین بدیهی است که دولت‌ها موظف به تأمین امنیت شهروندان و پاسداری از این مهم‌اند. گرچه با پیشرفت‌های بشری در زمینه‌های گوناگون، گونه‌های تازه‌ای از امنیت تولد یافته است (رهامی، ۱۳۹۲، ص ۲۰۷)، اما این به معنای نفی وظیفه دولت‌ها در پاسداری از اشکال سنتی امنیت مانند جان و مال نیست. بر این اساس، اولاً امنیت شهروندان بایستی در ابعاد گوناگون از جمله مالی، عرضی، جانی و... از سوی دولت‌ها تأمین شود. ثانیاً شهادت در برخی پرونده‌ها می‌تواند با تهدیدها و آسیب‌های مختلفی در جهت سلب امنیت همراه باشد، بنابراین، کاربست شیوه‌های غیرمعمول می‌تواند منطقی باشد، چراکه کمتر کسی برای ادای شهادت حاضر است امنیت خویش را متزلزل و مخدوش سازد، به‌ویژه آن‌که شهادت در برخی پرونده‌ها نه تنها امنیت شاهد بلکه امنیت خانواده او را در خطر جدی قرار می‌دهد، بنابراین باید چاره‌ای اندیشید.

بر این اساس است که شهادت به طریق بی‌نام و ناپیدا در آرای دیوان اروپایی به رسمیت شناخته شده است. این مرجع در آرای مختلفی بر این نکته تأکید کرده است که «استفاده از اظهارات شهود ناشناس و ناپیدا در مراجع قضایی تحت هیچ شرایطی ناسازگار با کنوانسیون نیست» (Doorson v. the Netherlands, 1996, § 69)^{۱۶}. این اعلام موضع رسمی، در راستای اصل محافظت و مراقبت از شهود و اطمینان بخشی به آن‌ها برای جلوگیری از افشای هویت و اطلاعات آن‌هاست تا بتوانند در آرامش خاطر و امنیت روانی، هر آنچه را که به کشف حقیقت و صدور حکمی عادلانه کمک می‌کند، ادا کنند. البته ناگفته نماند که در ماده ۶ کنوانسیون اروپایی به تأمین امنیت شهود به صورت روشن و واضح اشاره نشده است، اما این عدم صراحت به معنای نفی این ضرورت نیست. شاید دلیل این سکوت این است که وظیفه تأمین امنیت از نخستین و مهم‌ترین وظایف حاکمیت‌هاست و نیازی به تصریح در این باره نیست. به عبارت دیگر، در هر حالتی باید امنیت شهروندان در هر لباسی تأمین شود، همچنان‌که دیوان اروپایی در آرای خود بر برقراری توازن میان حقوق شهود و اصحاب دعوا به مثابه وظیفه دولت‌ها اصرار ورزیده است (Doorson v. the Netherlands, 1996, § 70)^{۱۷} بدین معنا که هر آن‌قدر که مال، جان،

۱۵. در این پرونده شاکی ادعا نمود که محکومیت او به قاچاق مواد مخدر در هلند براساس شهادت شاهدان گمنام بوده است و این امر، نقض دادرسی عادلانه محسوب می‌گردد، اما دیوان با توجه به اینکه این شهادت، تنها دلیل موجود در پرونده نبوده و حقوق دفاعی متهم به طور کامل از بین نرفته است، دعوی شاکی را رد نمود.

۱۶. نیز نک: Van Mechelen and Others v. the Netherlands, 1997, § 52; Krasniki v. the Czech Republic, 2006, § 76

۱۷. نیز نک: Van Mechelen and Others v. the Netherlands, 1997, § 53

آبرو و دیگر حقوق بنیادی طرفین دعوا اهمیت دارد، حقوق ابتدایی شهود نیز دارای ارزش و مقام است. بنابراین، باید تمام دولت‌ها، از همه امکانات و داشته‌های خود در پاسداری از این حقوق بهره ببرند.

۴-۱. لزوم اجرای عدالت

«عدالت» به قرار دادن هر چیز در جای خود و واگذاری آنچه فرد لایق و شایسته آن است، معنا شده است (فتاحی زرفندی، ۱۳۹۵، ص ۲۶). عدالت را می‌توان اصل ضروری در تمام جوامع دانست که باید حاکمیت‌های سرتاسر گیتی برای تحقق آن تلاش کنند. بی‌راه نیست اگر بگوییم، جدای از فلسفه تشکیل دادگستری که تحقق عدالت بوده، دادگاه‌های بین‌المللی از جمله دیوان کیفری بین‌المللی (ICC) و دیوان اروپایی حقوق بشر (ECtHR) نیز بر همین مبنا، بنا نهاده شده است تا به پیشبرد هرچه بهتر این اصل کمک نمایند. برای نمونه، دیباچه اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی صراحتاً بر این موضوع تأکید می‌کند.^{۱۸} در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نیز به این مفهوم در مواد ۶ و ۳۶ و نیز ماده ۳ پروتکل شماره ۱۶ کنوانسیون حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی (مصوب ۲۰۱۳) اشاره شده است. بررسی مواد پیشین نشان می‌دهد که اجرای هرچه بهتر و روشن‌تر عدالت دغدغه اصلی طراحان این محکمه بوده است. لذا قانون باید به گونه‌ای باشد که نتیجه آن، دوری از عدالت و تضییع حقوق اصحاب دعوا نباشد. این مهم زمانی اتفاق می‌افتد که «قانون ناقص یا مشتمل بر مقررات نادرست و خلاف اصول نباشد» (غلامو، ۱۳۹۸، ص ۴۷۸).

یکی از مهم‌ترین جلوه‌های نمود عدالت، فرایند کیفری است، چراکه خروجی آن غالباً در دید عموم جامعه قرار می‌گیرد. بنابراین نظام حقوقی باید برای پاسداشت و اجرای آن بکوشد تا جامعه طعم اجرای درست عدالت را بچشد، یعنی هرچند اجرای عدالت همواره مهم است و هم در سطح ملی و هم در سطح بین‌المللی، مقام قدرت برای تحقق آن در تمام موارد تلاش می‌کند. با این همه، در برخی از بزرگراه‌ها انتظار برای تحقق عدالت بیشتر از زمان‌ها و مکان‌های دیگر است، یعنی جامعه اعم از جهانی و ملی بیشتر پیگیر اجرای عدالت در آن نقطه‌اند، زیرا در هنگام ارتکاب جرم، جدای از بزه‌دیده، جامعه نیز لطمه می‌بیند و بازگرداندن جامعه به وضعیت سابق، انتظار وجدان جمعی است. بنابراین حاکمیت نباید از

۱۸. در انتهای دیباچه اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی این چنین آمده است: «با اراده‌ای قاطع برای تضمین احترام پایدار و اجرای عدالت بین‌المللی...»

اقدامات عقلایی و منطقی در این زمینه فروگذاری کند. همچنین عدالت اقتضا می‌کند که طرفین دعوا بتوانند عدالت را در دعوای کیفری حس کنند، به ویژه در جایی که متهم در معرض مجازات باشد، زیرا کیفر، آثار سوء فردی و اجتماعی به همراه دارد، بنابراین باید در اجرای آن احتیاط کرد؛ موضوعی که اصل حداقلی بودن حقوق کیفری نیز مؤید آن است. این اصل که یکی از مشرب‌های آن، دوری‌گزینی از مجازات‌رسانی است، این ایده را تقویت می‌کند که می‌توان از تمامی سلاح‌ها و روش‌های مشروع و قانونی برای اعمال هرچه کمتر مجازات بهره برد (غلامی، ۱۳۹۱، ص ۶۳؛ نوبهار، ۱۳۹۰، ص ۱۱۳). بر این اساس، می‌توان به راه‌های مقبول و معقول، لباس مشروعیت پوشاند. بنابراین عدالت در اینجا کارکردی دوسویه دارد: از یک سو، موجب می‌شود تا حاکمیت برای تحقق هرچه بهتر عدالت تلاش کند. برای مثال، گاهی شاید تنها راه اجرای عدالت در مورد سردسته باندهای مواد مخدر شهادت شهودی باشد که به دلیل ترس، حاضر به ادای شهادت نیستند. از سوی دیگر، گاهی عدالت اقتضا می‌کند که مقام قضایی برای جلوگیری از مجازات شدن متهم بی‌گناه که شاهد او به هر دلیلی تمایلی به ادای شهادت به شیوه معمول ندارد، چاره‌ای بیندیشد. در اینجا به نظر می‌رسد یکی از این راه‌ها دگرگونی در شیوه شهادت است، یعنی آن‌که عدالت مقتضی آن است تا بتوان از همه وسایل مشروع برای دستیابی به آن بهره برد. همچنین از زاویه دیگر، عدالت اقتضا می‌کند که مجرم نیز به سزای کردار خود برسد، و لذا شاکی نیز باید بتواند از تمام سازوکارهای قانونی و مشروع برای دستیابی به حق خویش استفاده کند.

بنابراین، برای اجرای عدالت در فرایند دادرسی کیفری، در برخی موارد خاص می‌توان از کاربرد مصلحت در استثنایپذیری قواعد دادرسی استفاده نمود. برای مثال، در برخی پرونده‌ها، شهادت ممکن است اطلاعاتی را فاش کند که امنیت ملی یا نظم عمومی را به خطر بیندازد. به همین دلیل، در پرونده‌های تروریستی یا جرائم سازمان‌یافته، ممکن است دادگاه تصمیم بگیرد که برخی شهادت‌ها محرمانه بمانند یا هویت شاهدان فاش نشود. همچنین در مواردی مانند جرائم مربوط به خشونت خانگی، قاچاق انسان یا جرائم علیه کودکان، ممکن است شاهدان از ترس انتقام‌جویی، حاضر به ادای شهادت نباشند. در این موارد، برای حفظ جان و امنیت شاهدان، قانون‌گذار راهکارهایی مانند شهادت مخفیانه و شهادت از طریق ویدئوکنفرانس را در نظر می‌گیرد. همچنین در برخی موارد، قانون به دلیل مصلحت عمومی یا خصوصی، شهادت برخی

افراد را معتبر یا نامعتبر می‌داند. برای مثال، هرچند در بسیاری از نظام‌های حقوقی، شهادت کودکان محدودیت‌هایی دارد، اما در مواردی مانند کودک‌آزاری، شهادت کودک می‌تواند با ضوابط خاص پذیرفته شود. البته باید به این نکته توجه داشت که یکی از چالش‌های اساسی این است که مصلحت نباید منجر به ایجاد تبعیض در روند دادرسی شود. اگر استثنایا بدون معیارهای مشخص اعمال شوند، ممکن است اصل عدالت دچار خدشه شود.

۲. شرایط سزاواری دگرگونی در شیوه‌های شهادت در دادگاه

در بخش پیشین این مسئله روشن شد که چرا باید بتوان در شیوه‌های معمول شهادت تغییر و تحول ایجاد کرد، زیرا قدم برداشتن برخلاف قاعده نیازمند استدلال و مبنای است. با این حال، به نظر می‌رسد که این دگرگونی باید در یک چهارچوب مشخص و ساختار معین صورت پذیرد، زیرا به هر رو، احتمال اظهاراتی مغرضانه و بدخواهانه از سوی یک شخص علیه شخصی دیگر می‌رود. همچنین باید توجه داشت که گاهی نه اظهارات بلکه شخصیت و ویژگی‌های اخلاقی، رفتاری، اجتماعی، فرهنگی و منافع شاهد می‌تواند ناقض گفته‌های وی باشد. به هر حال، روشن است که باید برای متهم حق دفاعی در رابطه با شهادتی که علیه وی توسط شاهد صورت می‌گیرد، در نظر گرفت و ممنوعیت هر گونه سؤال در مورد هویت، محل سکونت یا شغل شاهد، بدون ذکر هر گونه تحقیق در مورد رابطه قبلی شاهد با متهم و بزه‌دیده، می‌تواند یک دادرسی «ناعادلانه»، یک طرفه، خصمانه و خدشه‌پذیر» رقم بزند (Lonati, 2018, p141). بر این اساس، باید در این باره نهایت دقت و رعایت چهارچوب را داشت. از این رو، در بخش پیش‌رو، ضوابط و قواعد حاکم بر این مسئله روشن خواهد شد.

۱-۲. به‌کارگیری حداقلی

یکی از اصول بنیادین در دادرسی عادلانه، حفظ تعادل میان حقوق اصحاب دعواست. هر گونه تغییر و تحول در نحوه‌های شهادت باید با احتیاط و به میزان حداقلی صورت گیرد، چراکه این تغییر می‌تواند تأثیر مستقیم بر حقوق طرفین داشته باشد. بنابراین در مواردی که چنین دگرگونی‌ای ضروری به نظر می‌رسد، باید در حداقل میزان ممکن اعمال شود تا از تضییع حقوق سایر اصحاب دعوا جلوگیری شود. برای نمونه، یکی از حقوق مهم طرفین، حق جرح شاهد است که در صورت اعمال تغییرات گسترده در شیوه‌های شهادت ممکن است تضعیف یا حتی از بین برود. اگر امکان

بررسی و ارزیابی شاهد برای طرف مقابل محدود شود، این امر می‌تواند تأثیر مستقیمی بر حق دفاع و برابری سلاح‌ها در دادرسی داشته باشد. از این رو، نخستین و مهم‌ترین اصل در تغییر نحوه ادای شهادت، استفاده حداقلی از این تغییرات است.

یکی از مهم‌ترین دلایل سخت‌گیری نسبت به تغییر شیوه شهادت، ارتباط آن با اصل برائت است. اعمال تغییرات گسترده در ادای شهادت و گنجاندن تدابیر حمایتی برای شاهد، ممکن است به طور ناخودآگاه ذهنیت مقام قضایی را نسبت به متهم تغییر داده و او را در دسته افراد خطرناک قرار دهد. چنین برداشتی می‌تواند در تصمیم‌گیری نهایی مؤثر باشد (شاکری؛ رضایی، ۱۳۹۴، ص ۹۷). از همین رو، در نظام‌های حقوقی، تغییر در شیوه معمول شهادت امری استثنایی تلقی می‌شود، به‌ویژه در پرونده‌های کیفری که نتایج آن می‌تواند تبعات سنگینی، از جمله مجازات‌های شدید، مصادره اموال یا حتی آسیب به حیثیت اجتماعی متهم داشته باشد. بنابراین، تغییر در نحوه ادای شهادت تنها در شرایط خاص و پس از بررسی‌های دقیق قابل پذیرش است و نباید به صورت دائمی و بدون توجه به شرایط خاص هر پرونده اعمال گردد (Al-Khawaja and Tahety v The United Kingdom, 2011, § 125; Lucic v Ctoatia, 2014, § 75).

همچنین در موارد خاص نیز که منتهی به تغییر در نحوه ادای شهادت می‌گردد، باید توجه داشت که در مقام تعارض میان حقوق شاهد و متهم، حقوق متهم اولویت دارد و به شهادت شهود بدون رعایت حقوق متهم، نباید ترتیب اثر داد (شاکری؛ رضایی، ۱۳۹۴، ص ۹۷). این امر مستلزم اتخاذ سیاستی محتاطانه از سوی مقام قضایی است، به‌ویژه در مواردی که شهود توسط شاکی معرفی شده‌اند، چراکه ممکن است این امر موجب ایجاد موانع جدی در مسیر اثبات بی‌گناهی متهم شود. در چنین شرایطی، ضرورت دارد که دادگاه تدابیر لازم را برای حفظ توازن در فرایند دادرسی اتخاذ نماید (Van Mechelen and Others v The Netherlands, 1997, § 72; Asani v The former Yugoslav Republic of Macedonia, 2018, § 37; Haas v Germany, 2005, § 54). چراکه به هر طریق این روش استثنایی بر اصول بنیادی حقوق کیفری است. در این باره راهکار دیوان این است که باید قضات رسیدگی‌کننده راه‌های دیگری برای برقراری توازن میان اصحاب دعوا به کار گیرند، مانند آن‌که متهم نیز بتواند از این شیوه استفاده کند و یا تحقیق بیشتری نسبت به سایر موارد در این باره، چه از شاهد و چه از شاکی، انجام پذیرد. در قسمت بعد، به این موضوع، بیشتر پرداخته خواهد شد.

۲-۲. امکان برقراری تساوی سلاح‌ها میان طرفین دعوا

از جمله مهم‌ترین اصول دادرسی منصفانه، اصل تساوی سلاح‌ها میان طرفین دعواست. این اصل به معنای آن است که طرفین دعوا از حقوق مساوی در تمامی موارد برخوردار باشند و سازوکارهای قانونی برای هر دو طرف فراهم باشد. اجرای اصل برابری سلاح‌ها مستلزم آن است که قانون‌گذار امکانات و تجهیزات اشخاص مزبور را مشخص و تضمین‌هایی در جهت رعایت حقوق دفاعی آن‌ها پیش‌بینی کند (ساقیان، ۱۳۸۵، ص ۹۶). در واقع، در نظام‌های نوین رسیدگی، برقراری تساوی سلاح‌ها میان طرفین و رعایت تساوی میان آن‌ها تکلیفی است که توأمان بر عهده مقنن و قاضی در جهت برگزاری یک دادرسی منصفانه گذاشته شده است (آشوری، ۱۳۹۷، ج ۱، ص ۵۸)، همان‌طور که در ماده ۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ (با اصلاحات ۱۳۹۴) آمده است: «دادرسی کیفری باید مستند به قانون باشد، حقوق طرفین دعوی را تضمین کند و قواعد آن نسبت به اشخاصی که در شرایط مساوی به سبب ارتکاب جرائم مشابه تحت تعقیب قرار می‌گیرند، به صورت یکسان اعمال شود». این اصل مخالف این پیش‌فرض ذهنی است که هر متهمی لزوماً مجرم نیز می‌باشد. به عبارت دیگر، این اصل بر این اندیشه که متهم مجرمی است که هنوز جرم وی اثبات نشده است، خط بطلان می‌کشد. در این رابطه، شهادت به صورت ناشناس، غیابی و نظیر این‌ها، از سوی هر طرف دعوا، می‌تواند اصل مورد بحث را خدشه‌دار کند. با آن‌که، همان‌گونه که دیوان نیز در آرای خود بر این نکته تأکید کرده است، یکی از اصول اساسی محاکمه امکان به چالش کشیدن شاهد توسط فردی است که مفاد شهادت به ضرر اوست (Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom, 2011, § 127).^{۱۹} اما شهادت دادن به این شیوه، امکان جرح آن‌ها را از میان می‌برد، زیرا مشخصات شاهدان برای اصحاب دعوا روشن نیست. همچنین، تغییر در شیوه معمول شهادت دادن می‌تواند امکان پرسش متهم یا وکیل وی از شهود را متزلزل ساخته و نیز دفاع وی از اتهامات علیه خود را با مشکل مواجه می‌سازد. برای مثال، از نظر دیوان، صرف نشان دادن فیلم یا صدای ضبط شده شهود نمی‌تواند فراهم‌کننده شرایط دفاع مناسب باشد (41) § 41, A.L. v. Finland, 2009²¹; 50 § 50, D. v. Finland, 2009²⁰). همچنان‌که بی‌نام بودن شهود

۱۹. نیز نک: Asani v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, 2018, § 33

۲۰. در این پرونده، شاکی ادعا نمود در صورت اخراج وی توسط دولت فنلاند، در معرض شکنجه در کشور خود قرار گرفته و حریم خصوصی‌اش نقض خواهد شد، اما دیوان با توجه به عدم کفایت دلیل در خصوص احتمال شکنجه و نقض حریم خصوصی، ادعای او را رد نمود.

۲۱. در این پرونده، ادعای شاکی آن بود که افشای اطلاعات پزشکی او توسط مقامات فنلاندی در دادگاه، موجب نقض حریم خصوصی وی شده است. دیوان نیز در این خصوص این‌گونه نظر داشت که افشای چنین اطلاعاتی حتی در دادگاه‌ها باید با دقت و ملاحظات خاص صورت گیرد و از آنجاکه این دقت و ملاحظه در افشای اطلاعات شاکی وجود نداشته است، مقامات

یا غایب بودن آن‌ها امکان پرسش از آن‌ها را توسط طرف مقابل یا وکیل وی از بین می‌برد. بنابراین، هم طرف روبه‌رو باید از این امکان بهره‌مند شود و هم آن‌که همان‌طور که گذشت، این شیوه باید در شرایط حداقلی به کار گرفته شود. بر این اساس است که دادرسان دیوان در آرای خود بر این نکته تأکید کرده که باید دادگاه‌ها سازوکاری مانند دستگاه ارتباطی صوتی فراهم کنند تا شاهد گمنام سؤالات طرف روبه‌رو را شنیده و پاسخی برای آن‌ها آماده کند (پرادل؛ کورستنز؛ فرملن، ۱۴۰۳، ص ۵۷۹). در همین راستا برخی راهکارهایی همچون «برقراری ارتباط از طریق ویدئوکنفرانس، ارائه شهادت از پشت حائل فیزیکی تعبیه شده میان متهم و شاهد، ارائه شهادت با تغییر صدا و یا چهره مبدل، نیز قائل شدن حق جرح شاهد برای وکیل متهم» را پیشنهاد کرده‌اند تا کمکی به برقراری اصل تساوی سلاح‌ها در فرایند کیفری بشود (رتوفیان؛ حسن‌زاده محمدی، ۱۳۹۴، ص ۱۰۷). البته شایان ذکر است که رویه دیوان درباره راهکار جرح شهود توسط طرفین دعوا ساکت است و فقط بر رعایت تساوی سلاح تأکید دارد، همان‌گونه که در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی (ماده ۶۸)، تغییر در نحوه شهادت باید به‌گونه‌ای باشد که یک محاکمه منصفانه و بی‌طرفانه را نقض نکند. البته این نکته انکارناپذیر است که چنانچه امکان جرح شاهد مهیا باشد، دیگر ترغیب و تشویق وی به ادای شهادت مشکل می‌شود و عملاً شهادت به صورت گمنام از معنا و موضوعیت می‌افتد، همان‌طور که پرونده ویلیام روتو، از متهمان جرائم بین‌المللی در کنیا، به دلیل عدم حضور شهود مختومه شد (سیدزاده؛ قائمی، ۱۳۹۹، ص ۱۶۱). از سوی دیگر، چنانچه شهادت، تنها دلیل مستند در پرونده باشد، اعمال چنین روشی می‌تواند به ضرر متهم باشد. بنابراین برای برقراری تساوی سلاح‌ها باید راه‌حل میانه را برگزید، یعنی در جایی که تنها راه کشف حقیقت شهادت شهود است، با احتیاط بیشتری از این روش استفاده کرد، اما در جایی که دیگر ادله اطمینان‌آور وجود داشته باشد و شهادت تنها دلیل منحصر در پرونده نباشد، این شیوه بیشتر مورد استفاده قرار گیرد. قانون‌گذار ایران نیز این راه‌حل را در برخی موارد به کار گرفته است. برای مثال، در جایی که مقام قضایی می‌خواهد از شاهد و مطلع به صورت الکترونیکی تحقیقاتی به عمل آورد، این امر در صورتی مجاز است که تنها دلیل موجود در پرونده، شهادت ایشان نباشد و در مواردی که دلیل منحصر به شهادت باشد، تحقیق الکترونیکی از آنان به علت اهمیت امر، مجاز شمرده نشده است.^{۲۲}

▶ فنلاند را به پرداخت ضرر و زیان به شاکی محکوم نمود.

۲۲. تبصره ۲ ماده ۲۰۴: «در صورتی که دلیل پرونده منحصر به شهادت شهود و مطلعان نباشد، تحقیق از آنان می‌تواند به صورت الکترونیکی و با رعایت مقررات راجع به دادرسی الکترونیکی به عمل آید».

۲-۳. منطقی و معقول بودن

تا این جا بیان شد که تغییر و تحول در نحوه ادای شهادت نیازمند دو شرط به کارگیری حداقلی و امکان برقراری این دگرگونی برای طرفین دعواست. جدای از دو مورد اخیر، وجود شرط دیگری را نیز می توان برای مشروعیت بخشیدن به این موضوع برشمرد و آن «منطقی و معقول بودن» است، همچنان که از مهم ترین مؤلفه های مورد تأکید در آرای دیوان، اصرار بر منطقی و معقول بودن تصمیمات است (۳۳§33، Hadjianastassiou v. Greece, 1992). به عبارت دیگر، در یک نظام حقوقی استاندارد، فرایند کیفری حول محور «اصل کیفیت» می چرخد. این اصل دربردارنده شفافیت، صراحت، منطقی و معقول بودن تصمیمات نظام حقوقی است (جلالی؛ مالدار، ۱۴۰۱، ص ۲۵۶). این اصل تا آن جا پیش رفته است که از منظر حقوق مدرن امروز که جلوه هایش را می توان در همین آرای دیوان دید، تصمیمات بی کیفیت، غیرحقوق بشری خوانده می شوند.

گستره اصل کیفیت، بر فرایند کیفری نیز سایه انداخته است و شامل تغییر و تحول در نحوه شهادت هم می شود، یعنی این تصمیم باید منطقی و معقول باشد، زیرا طبیعی است که نباید تصمیمات قضایی بر مبنای احساس و به دور از خردورزی، و صراحت گرفته شوند، و در غیر این صورت، نمی توانند مبتنی بر موازین حقوق بشری باشند چراکه نقض حقوق یکی از طرفین دعواست، به ویژه آن که دستاوردهای امروز بشری، مانند حقوق دفاعی متهم که یکی از بایسته های دادرسی عادلانه تلقی می شود، پس از تلاش های فراوان در طی قرن های طولانی با رنج و سختی به دست آمده است. بنابراین محدود نمودن آن ها جدای از آن که بایستی به صورت حداقلی صورت گیرد (رئوفیان؛ حسن زاده محمدی، ۱۳۸۹، ص ۹۳)، باید در چهارچوب استدلال و استناد انجام شود. بر این اساس است که برخی بر این باورند که نظام حقوقی باید «نظام استدلالی و مبتنی بر قوانین و قاعده های منطقی» باشد (موسی زاده، ۱۳۹۸، ص ۱۰۲۶). بنابراین، تغییر و تحول در شیوه ادای شهادت باید منطقی و معقول باشد.^{۲۴} بر همین اساس،

۲۳. در این پرونده، شاکی ادعا نمود بررسی جرم وی (افشای اطلاعات محرمانه نظامی) در دادگاه نظامی با توجه به عدم بی طرفی این دادگاه، حق دادرسی عادلانه وی را نقض نموده است. دیوان نیز با توجه به آن که در ترکیب این دادگاه، افسران نظامی حاضر بوده اند، موضوع را از موارد نقض دادرسی منصفانه محسوب نمود.

۲۴. در این زمینه نکته قابل توجه آن که در آرای مرتبط با موضوع مورد بحث، عدم الزام دولت ها به به کارگیری شیوه خاص در شهادت است، یعنی دیوان این اختیار را به مراجع قضایی داده است تا به ابتکار عمل در این زمینه دست بزنند و با روش های معقول و منطقی در پی کشف حقیقت باشند. این موضوع نشان از پویایی آموزه های دیوان و استمرار روزآمدی آن ها در گذر زمان دارد، با این توضیح که دیوان امکانی کلی را درباره تغییر در شیوه معمول در شهادت بدون محصور کردن مصادیق آن بیان می سازد تا بعدها دولت ها بتوانند از روش های نوین و روزآمد که اکنون موضوعیت ندارند، بهره ببرند.

دیوان اروپایی برای استفاده از این شیوه قیدها و شرایطی را مشخص و معین کرده است و از منظر دیوان، استفاده از این نوع شهادت، نمی‌تواند به صورت مطلق و بدون هیچ محدودیتی توسط دولت‌ها صورت گیرد. نخستین شرط، تصریح به دلیل یا دلایل استفاده از این مکانیزم است (Doorson v. the Netherlands, 1996, § 71).^{۲۵} به دیگر سخن، لازم است که ادله قانع‌کننده‌ای از سوی شاهد برای این نوع از ادای شهادت ارائه شود، زیرا همان‌گونه که گذشت، این شیوه با تمام محاسن خود می‌تواند ناقض برخی از حقوق متهم باشد، زیرا می‌تواند ناقض اصل برائت باشد. از این رو، استفاده از آن باید مدلل و مستند باشد. در این باره رویه دیوان، مواردی مانند ترس از اصحاب دعوا یا احتمال خسارت‌های مالی، جانی و عرضی که ممکن است از پس شهادت به شاهد و نزدیکان وارد شود را معقول و منطقی دانسته است؛ مسئله‌ای که در پرونده‌های کیفری درباره جرائم سازمان‌یافته، جرائم مربوط به مواد مخدر، جرائم جنسی و مانند این‌ها می‌تواند وجود داشته باشد. البته باید توجه داشت که دیوان می‌بایست تحقیقات مناسب و کافی در این زمینه انجام دهد تا اولاً صحت کلام شاهد روشن شود، یعنی صرف ادعای ترس و درخواست تغییر و تحول در ادای شهادت نمی‌تواند پذیرفته شود. ثانیاً آیا دلایل عینی برای این ترس وجود دارد، یعنی آیا این ترس معقول و منطقی است یا نه؟ و ثالثاً آیا این ادله به وسیله خود شاهد تأیید می‌گردد یا خیر؟ (Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom, 2011, § 124) از این رو، پاسخ به این پرسش‌ها نمی‌تواند از طریق حدس، گمان و ظن صورت پذیرد و باید عینی، قابل لمس و محسوس باشد. همچنین از منظر دادرسان دیوان، حضور قاضی و مداخله او الزامی است. در این جا به نظر می‌رسد مراد از مداخله، پرسش از شاهد و به چالش کشیدن اوست. نیز دادرسان باید اظهارات را تأیید کند، یعنی نباید به گفته‌های او تمام و کمال اکتفا شود، بلکه مانند شهود عادی اظهارات نیازمند قبولی دادرسان است. در نهایت آن‌که ادله اثبات دیگری نیز در پرونده وجود داشته باشد. برای نمونه، در کنار شاهد، علم قاضی هم موجود باشد یا مطلعانی در پرونده حضور داشته باشند (پرادل؛ کورستنز؛ فرملن، ۱۴۰۳، ص ۵۸۱). به عبارت دیگر، گویا دیوان در جایی که شهادت شهود تنها دلیل اثبات است، در روایی گمنام ماندن شاهد تردید داشته و آن را منطقی و معقول نمی‌داند.

۲۵. نیز نک: Visser v. the Netherlands, 2002, § 47; Sapunarescu v. Germany, 2006; Dzelili v. Germany, 2009; Scholer v. Germany, 2014, §§ 53-56

نتیجه‌گیری (یافته‌ها و پیشنهاد)

حمایت از شهود در اسناد بین‌المللی پرشماری، به‌ویژه اساسنامه دادگاه‌های بین‌المللی کیفری، متجلی شده است. یکی از جلوه‌های این امر، امکان تغییر نحوه ادای شهادت برای دو طرف دعواست. بررسی‌ها نشان می‌دهد که کنوانسیون اروپایی حقوق بشر درباره تحول در ادای شهادت، ماده صریحی ندارد، گرچه ممنوعیتی نیز برای آن در نظر نگرفته است. با این حال، درباره رویه دیوان، قضیه متفاوت است و قضات این دادگاه در آرای خود به صراحت نسبت به این موضوع اظهار نظر کرده و آن را تا حدود قابل توجهی پذیرفته‌اند.

در پاسخ به این پرسش که مبانی، شرایط و محدودیت‌های تحول در نحوه ادای شهادت چیست، این نتایج به دست آمد که مبانی ضرورت کشف حقیقت، احترام به حق بر حریم خصوصی، پاسداری از حق بر امنیت و لزوم اجرای عدالت گمنامی در ادای شهادت را روا می‌سازد، اما نباید از یاد برد که به‌کارگیری حداقلی، امکان برقراری تساوی سلاح‌ها میان طرفین دعوا و منطقی و معقول بودن، از شرایط سزاواری این نوع از ادای شهادت است. دستاوردهایی که کمتر پژوهشی از چنین زاویه‌ای به آن‌ها دست یافته بود.

نکته قابل توجه، تعمیم‌پذیری یافته‌های پژوهش به حقوق داخلی کشورها از جمله ایران است. البته در حقوق ایران، ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ (با اصلاحات ۱۳۹۴) سه تدبیر «عدم مواجهه حضوری بین شاهد یا مطلع با شاکی یا متهم»، «عدم افشای اطلاعات مربوط به هویت، مشخصات خانوادگی و محل سکونت یا فعالیت شاهد یا مطلع» و «استماع اظهارات شاهد یا مطلع در خارج از دادسرا با وسایل ارتباط از راه دور» را در نظر گرفته است. همچنین با توجه به آیین‌نامه اجرایی حمایت از شهود و مطلعان مصوب ۱۳۹۴ می‌توان از ابتکارات دیگری همچون حمایت امنیتی و پلیسی، آموزش دفاع شخصی، در اختیار گذاشتن وسایلی همچون اسپری فلفل، سازوکار تغییر محل اشتغال و سکونت و تغییر صدا و تصویر شاهد و مطلع بهره برد.

در انتها به نظر می‌رسد یکی از مهم‌ترین زمینه‌های تحقیق در این حوزه که جای خالی آن در میان پژوهش‌های مرتبط حس می‌شود، چالش‌های اجرایی آیین‌نامه اجرایی حمایت از شهود و مطلعان مصوب ۱۳۹۴ باشد، که شایسته است دغدغه‌مندان آیین دادرسی کیفری در پی پر کردن این خلأ برآیند.

- حقوق کیفری، ۱۲(۱۰)، ۱۰۴-۸۱.
۱۶. رهامی، روح‌الله. بررسی وظیفه دولت‌ها در حفظ امنیت فردی انسان‌ها. پژوهش حقوق عمومی، ۱۶(۴۳)، ۱۸۵-۲۱۱.
۱۷. زراعت، عباس. (۱۴۰۳ش). بطلان در آیین دادرسی کیفری. کاشان: اندیشه‌های حقوقی.
۱۸. غلاملو، جمشید. (۱۳۹۸ش). غفلت از اثبات. در: افق‌های نوین حقوق کیفری. تهران: میزان.
۱۹. غلامی، حسین. (۱۳۹۱ش). اصل حداقل بودن حقوق جزا. پژوهش حقوق کیفری، ۱(۲)، ۴۱-۶۵.
۲۰. فتاحی زفرقندی، علی. (۱۳۹۵ش). آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی؛ بررسی مفهوم «عدالت». تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
۲۱. کاتوزیان، ناصر. (۱۴۰۳ش). اثبات و دلیل اثبات. تهران: میزان.
۲۲. مهدوی ثابت، محمدعلی؛ محرابی، محمد. (۱۳۹۲). تحصیل دلیل در حقوق کیفری ایران و اسناد بین‌المللی. ماهنامه قضاوت، ۹۱(۷۷)، ۴۵-۵۱.
۲۳. منصورآبادی، عباس؛ ریاحی، جواد. (۱۳۹۱ش). مفهوم‌شناسی «مبانی» در پژوهش‌های حقوقی. پژوهش‌های حقوقی، ۱۱(۲۲)، ۲۴-۹.
۲۴. موسوی، محمدحسن. (۱۳۹۵ش). مبانی حقوقی و فلسفی حریم خصوصی بر اساس منابع اسلامی. فصلنامه علمی-پژوهشی پوهنتون خصوصی غالب، ۱۲(۱۲)، ۱۲۱-۱۴۰.
۲۵. موسی‌زاده، ابراهیم. (۱۳۹۸ش). منطق فهم حقوقی در نظام وحیانی. فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، ۴۹(۴)، ۱۰۲۵-۱۰۴۲. <https://doi.org/10.22059/jplsq.2019.263571.1809>
۲۶. نوبهار، رحیم. (۱۳۹۰ش). اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری. آموزه‌های حقوق کیفری، ۱(۸)، ۹۱-۱۱۴.
۲۷. هاتف‌نیا، محمدعلی؛ فلاح، محمدرضا. (۱۴۰۱ش). ماهیت حقوقی اقرار و شهادت الکترونیکی و ارزش اثباتی آن. مطالعات حقوق، ۱(۱)، ۷۵۸-۷۷۵.
۲۸. همتی، محسن؛ نصرتی، یزدان؛ جعفری، محمدجواد. (۱۴۰۰ش). چالش‌های کشف حقیقت در فرایند دادرسی‌های کیفری با تأکید بر قاعده بطلان دلیل و طرق نامشروع تحصیل دلیل توسط ضابطین دادگستری. فصلنامه کارآگاه، ۱۵(۵۵)، ۱۷۳-۱۹۰. <https://doi.org/10.22034/det.2021.211305.1231>
29. Lonati, Simone (2018). Anonymous Witness Evidence before European Court of Human Rights, *European Criminal Law Review*, 142 116-118. <https://doi.org/10.5771/2193-5505-2018-1-116>

پرونده‌های دیوان اروپایی حقوق بشر

1. Accardi and Others v. Italy (dec.), 2005. 30598/02 | 2005/01/20
2. Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [GC], 26766/05 | 2011/12/15
3. A.L. v. Finland, 2009, 23220/04 | 2009/01/27
4. Asani v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, 27962/10 | 2008/02/01

5. Balta and Demir v. Turkey, 2015, 48628/12 | 2015/06/23
6. Bátěk and Others v. the Czech Republic, 2017, 54146/09 | 2017/01/12
7. Bocos-Cuesta v. the Netherlands, 2005, 54789/00 | 2005/11/10
8. Doorson v. the Netherlands, 1996, 20524/92 | 1996/03/26
9. D. v. Finland, 2009, 30542/04 | 2009/07/07
10. Haas v. Germany (dec.) 73047/01 | 2005/11/17
11. Hadjianastassiou v. Greece, 1992, 12945/87 | 1992/12/16
12. Krasniki v. the Czech Republic, 2006, 51277/99 | 2006/02/28
13. Kruslin v. France, 11801/85 | 1990/04/24
14. L.H. v. Latvia, 52019/07 | 2004/04/29
15. Malone v. the United Kingdom, 8691/79 | 1984/08/02
16. P.S. v. Germany, 33900/96 | 2001/12/20
17. Sapunarescu v. Germany (dec.), 22007/03 | 2006/09/11
18. Dzelili v. Germany (dec.), 15065/05 | 2009/09/29
19. Scholer v. Germany, 2014, 14212/10 | 2014/12/18
20. S.N. v. Sweden, 2002, 34209/96 | 2002/07/02
21. Van Mechelen and Others v. the Netherlands, 21363/93 | 1997/04/23
22. Van Wesenbeeck v. Belgium, 2017, 67496/10 52936/12 | 2017/05/23
23. Visser v. the Netherlands, 2002, 26668/95 | 2002/02/14