

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## فهرست مطالب

.....	عبدالعلی توجّهی و ابراهیم زارع	۳
.....	مبانی، قلمرو و آثار فقهی - حقوقی «حق سلامت» زندانیان دارای «بیماری سخت درمان» / علی مراد حیدری	۲۹
.....	جنایات جنگی و برهم کنش آن با جنایات علیه بشریت و نسل کشی / محسن قدیر و مهدی کیخسروی	۶۷
.....	واکاوی عقد امان در حمایت جانی از کافر مستأمن (قتل عمد) از منظر فقه و ماده ۳۱۰ قانون مجازات اسلامی	
.....	مهدی معظمی گودرزی و احمد مؤمنی راد و محمد معظمی گودرزی	۹۹
.....	حق جبران و ترمیم برای بزه دیده و چالش های فراروی آن در دیوان جنایی بین المللی	
.....	ندا نیازمند و مهرداد رایجیان اصلی	۱۲۹
.....	حقوق دفاعی متهم در جایگزین های تعقیب کیفری / محمد مهدی ساقیان	۱۶۱
.....	شهادت از طریق ویدئوکنفرانس و رویه دادگاه های بین المللی کیفری در پذیرش آن	
.....	هیبت الله نژندی منش و وحید بذار	۱۸۹
.....	جرایم علیه صخره های مرجانی از منظر حقوقی و بزه دیده شناختی / مهدی صبوری پور و اصغر احمدی	۲۱۱
.....	«عقلانیت جنایی»: محدودیت ها و چالش ها (با تأکید بر جرائم خشونت بار) / فرهاد الله وردی و علی مهرابی	۲۳۹
.....	بازخوانی فلسفی - جامعه شناختی از سوژه انسانی در جرم شناسی با تأکید بر نظریه تلفیقی جرم شناسی پست مدرن	
.....	حسین گلدوزیان	۲۷۱

## ترجمه حکم الایها

.....	ترجمه عربی (موجز المقالات) / صقر صبح	۳۰۵
.....	ترجمه انگلیسی (Abstracts) / محمد کاظم رجائی پور	۳۲۶

## راهنمای تدوین مقالات

مقالات باید علمی - پژوهشی، مستند و دارای نوآوری باشند.  
مقاله‌ارسالی بین ۶۰۰۰ تا ۹۰۰۰ کلمه حروف چینی شده باشد.  
تیرهای اصلی با شماره‌های ۱، ۲، ۳ و... و زیرمجموعه آنها با ۱-۱، ۱-۲، ۲-۱، ۲-۲، و... مشخص شود.  
چکیده مقاله که آئینه تمام‌نما و فشرده بحث است، به سه زبان فارسی، عربی و انگلیسی، حداکثر در ده سطر ضمیمه باشد و واژگان کلیدی مقاله (سه تا هفت واژه) به دنبال هر چکیده بیاید.  
ارجاعات در متن مقاله بین پراکنش به صورت (نام خانوادگی، سال انتشار: شماره صفحه یا شماره جلد/صفحه) نوشته شود.  
اگر ارجاع بعدی بلافاصله به همان مأخذ باشد از (همان یا همان: شماره جلد/صفحه) و اگر به مأخذ دیگری از همان نویسنده باشد (همو، سال انتشار: صفحه) استفاده شود.  
منابع لاتین، به صورت لاتین و از سمت چپ در بین پراکنش (صفحه/جلد: سال انتشار، نام خانوادگی) و در ارجاع بعدی اگر بلافاصله باشد (Ibid.) نوشته شود.

ترتیب منابع:

کتاب: نام خانوادگی، نام (نویسنده / نویسندگان)، نام کتاب، نام مترجم، محقق یا مصحح، نوبت چاپ (در صورتی که چاپ نخست باشد نیاز نیست)، محل نشر، نام ناشر، تاریخ انتشار.  
مقاله: نام خانوادگی، نام (نویسنده / نویسندگان)، «عنوان مقاله داخل گیومه»، نام نشریه، دوره / سال، شماره جلد، تاریخ انتشار.  
نام کامل نویسنده، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه متبوع وی به دو زبان فارسی و انگلیسی قید شود و همراه با نشانی پستی، شماره تلفن و نشانی الکترونیکی ارسال گردد.  
مجله در ویرایش مقالات آزاد است.

ارسال و دریافت مقالات صرفاً از طریق سامانه مدیریت نشریات به نشانی <www.razavi.ac.ir> انجام می‌گیرد.  
ارتباط با مدیریت مجله از طریق رایانامه <razaviunmag@gmail.com> امکان‌پذیر است.

### اصول اخلاقی مجله

فهرست نام نویسندگان نشان‌دهنده همکاری آنها در تدوین مقاله است و لذا تعیین نام مسئول مقاله و نیز رعایت عدم وجود اسامی غیر مرتبط ضروری است.  
نویسنده مسئول فردی است که در تهیه، آماده‌سازی و... مقاله، سهم عمده را بر عهده دارد و نیز مسئولیت هر گونه ایراد قانونی و رعایت ضوابط بر عهده وی می‌باشد.

### حقوق نویسندگان و داوران

اطلاعات شخصی نویسندگان برای عوامل اجرایی و اعضای تحریریه مجله محرمانه بوده و از آن محافظت می‌شود.  
داوری مقالات توسط داوران، بدون اطلاع از نام نویسندگان انجام می‌گردد.  
نام داوران مقاله، محفوظ است و به هیچ عنوان در اختیار نویسندگان قرار داده نمی‌شود.

### قانون کپی‌رایت

مقالات ارسالی نباید کپی‌برداری از آثار چاپ‌شده یا ترجمه آثار باشد و قبلاً در نشریه دیگری چاپ شده یا برای نشریه دیگری به طور همزمان ارسال شده باشد.  
در صورت تخلف نویسندگان، مطابق با ماده ۳ از فصل دوم قانون حمایت از حقوق پدیدآورنده (تأیید شده در وزارت علوم، تحقیقات و فناوری) رفتار خواهد شد.  
همپوشانی مقالات چاپ‌شده نویسنده یا نویسندگان تا ۱۰ درصد قابل قبول است و بیشتر از آن شامل قانون کپی‌رایت می‌گردد.

# سابقه محکومیت کیفری به عنوان جلوه‌ای از «حالت خطرناک» و کاربست آن در مجازات‌های جایگزین حبس\*

- عبدالعلی توجّهی<sup>۱</sup>
- ابراهیم زارع<sup>۲</sup>

## چکیده

مفهوم «حالت خطرناک» در قرن نوزدهم و بر مبنای ضرورت تأمین دفاع اجتماعی توسط نظریه‌پردازان مکتب تحقیقی مطرح شد. نشانه‌های توجه مقنن به این مفهوم و قانون‌گذاری بر اساس مفهوم خطرناکی، در جای‌جای قانون مجازات اسلامی دیده می‌شود. آنچه به تمامی این تحلیل‌های جرم‌شناختی اعتبار می‌بخشد، مدل قانون‌گذاری است که کارآمدی یک نهاد قانونی را مشخص می‌سازد.

مقاله حاضر در پی بررسی شرط اختصاصی وجود سابقه محکومیت کیفری بر مبنای مفهوم خطرناکی، در مجازات‌های جایگزین حبس (بندهای الف و ب ماده ۶۶ ق.ا.م.ا) به صورت مستقل و نیز مقایسه این مفهوم در سایر نهادهای قانون مجازات است تا مفهوم خطرناکی در این نهاد قانونی مورد سنجش قرار

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۸/۲۹.

۱. دانشیار دانشگاه شاهد (atavajohi@yahoo.com).

۲. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه تهران، پردیس فارابی (نویسنده مسئول) (hoghoghejaza@yahoo.com).

گرفته و بر مبنای آن، عملکرد مقنن در استفاده از مفاهیم جرم‌شناختی ارزیابی گردد. آنچه در بادی امر به ذهن متبادر می‌شود، استفاده صحیح و به‌جا از این مفهوم است، ولی پس از تحلیل این ماده روشن خواهد شد که علاوه بر خلأها و کاستی‌های موجود در همین ماده، بهره‌گیری مقنن از مفهوم حالت خطرناک در مقایسه با سایر نهادهای قانونی نیز دچار اشکال است. همچنین مشخص خواهد شد که به کارگیری نامناسب مفهوم حالت خطرناک در خصوص مجازات‌های جایگزین حبس از سوی مقنن، مصادیقی از حالت خطرناک را شامل شده که قابل اعتنا و توجه نیستند و از سوی دیگر، صوری از مصادیق حالت خطرناک را که مهم و قابل توجه هستند، نادیده گرفته است. همچنین عملکرد مقنن سبب شده که مفهوم خطرناکی در مقایسه بین جایگزین‌های حبس با سایر نهادهای ارفاقی قانون، دچار نوعی دوگانگی گردد و مجموعاً منجر به گسیختگی و عدم انسجام در قانون‌گذاری شود.

**واژگان کلیدی:** مفهوم خطرناکی، مجازات‌های جایگزین حبس، مصادیق خطرناکی، سابقه محکومیت کیفری.

## درآمد

با افزایش جمعیت کیفری زندان و مواجهه با چالش «ازدحام در زندان»<sup>۱</sup> و از سوی دیگر روشن شدن عدم کارایی مجازات حبس به دلیل بالا بودن هزینه‌های آن و سودمندی کم، غیر انسانی بودن زندان، مشکلات سخت‌افزاری، ناامن بودن و شکست نظام اصلاح و درمان (Evans, 1980: 12-20)، همچنین آثار ناگواری که بر بزهکار تحمیل می‌کند در زمینه‌های بهداشتی (انتقال بیماری‌های مسری)، جرم‌شناختی (تکرار جرم و اعتیاد)، اخلاقی (به لحاظ تورم جمعیت در بندها) و اجتماعی (انقطاع شغلی و خانوادگی) (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱: ۲)، تلاش‌های بسیاری در زمینه‌های مختلف برای گریز از اعمال آن صورت گرفت که یکی از آن‌ها حرکت به سوی مجازات‌های جایگزین حبس<sup>۲</sup> یا مجازات‌های اجتماع‌محور<sup>۳</sup> بوده است. بنابراین با رخت بریستن

1. Prison overcrowding.
2. Alternative imprisonment.
3. Community punishment.

تفکر قرن نوزدهمی در خصوص تمرکز بر مجازات حبس به عنوان مهم‌ترین روش برای پاسخ به جرم، از دهه ۱۹۶۰ به بعد، تأکید بر مجازات حبس کم‌رنگ، و ضمانت اجرای جامعه‌محور و جایگزین حبس، جایگزین آن و شتاب فزاینده‌ای گرفت.<sup>۱</sup> بدین ترتیب در بسیاری از نظام‌های غربی عدالت کیفری، حبس به عنوان آخرین وسیله و چاره تقلیل یافته و در بسیاری از اسناد بین‌المللی به آن اشاره شده است و بدین گونه ضمانت اجرای جامعه‌محور و جایگزین حبس، بیانگر تغییری بنیادین در تفکر راجع به مجازات‌ها شدند (آبرشت، ۱۳۹۵: ۱۰). به قول مارک آنسل، زندان را نمی‌توان مانند اعدام با یک نیش قلم از زرادخانه کیفری حتی کشورهای غربی حذف کرد، ولی می‌توان با توسل به راهکارهای مختلفی چون جایگزین‌های حبس، «محیطی انسانی‌تر» و در برخی از کشورها «محیطی انسانی» را فراهم کرد تا امکان طبقه‌بندی و بازپروری افرادی که واقعاً مستحق زندان‌اند، فراهم شود (آشوری، ۱۳۸۶: ۱۸).

از سوی دیگر، «حالت خطرناک»<sup>۲</sup> به دلیل گستردگی مفهومی و ابهام در تشخیص مصادیق، از مقوله‌های ذهنی در حقوق کیفری محسوب می‌شود؛ چه اینکه تشخیص خطرناکی، اندازه‌گیری میزان آن و نیز دسته‌بندی انواع خطر برای تعیین پاسخ کیفری مناسب نسبت به مجرمان خطرناک، در حقوق کیفری با مشکل مواجه است. بر این اساس، برخی در مفهوم‌سازی از خطر، آن را به خطر ملایم<sup>۳</sup> و خطر حتمی<sup>۴</sup> تقسیم کرده و برای هر یک از این دو مصادیقی را بیان کرده‌اند (See: Pratt & Brown, 2000: 90-130). ذهنی بودن و مشکل در تشخیص میزان خطرناکی و تعیین چگونگی پاسخ کیفری به آن می‌تواند در مثال زیر مشخص گردد. چگونه می‌توان تشخیص داد که خطرناکی سارق مسلح با مجازات قانونی ۳ ماه تا ۱۰ سال در مقایسه با مرتکب سرقت ساده با مجازات قانونی ۹۱ روز تا ۲ سال چقدر است؟ مشکل زمانی پیچیده‌تر خواهد شد که قاضی، سارق مسلح را به ۳ ماه، ولی سارق دیگر را به ۱ سال حبس محکوم کرده باشد.

۱. در خصوص انواع مجازات جایگزین حبس اعم از جایگزین‌های سنتی و جایگزین‌های نوین حبس، مانند جزای نقدی روزانه، خدمات عمومی رایگان، میانجیگری و... ر.ک: آشوری، ۱۳۸۵).

2. Dangerousness.
3. Fluid risk.
4. Categorical risk.

در این حالت آیا کماکان سارق مسلح نسبت به سارق دیگر، خطرناک‌تر محسوب می‌شود؟ آیا مفهوم خطرناکی دایرمدار جرم ارتكابی است یا مجازات مورد حکم توسط قاضی؟ و یا رویکرد سومی را باید برگزید و آن هم ویژگی‌هایی در شخص مجرم اعم از ذاتی یا اکتسابی است که احتمال ارتكاب جرم در آینده را افزایش می‌دهد؟

باید توجه داشت که حالت خطرناک دارای دو رکن است: نخست، ظرفیت یا استعداد جنایی شخص (رکن منفی حالت خطرناک) و دوم، ظرفیت، استعداد یا قابلیت سازگاری شخص با جامعه، یعنی توانایی فرد برای اصلاح و تغییر رویه مجرمانه خود پس از ارتكاب جرم (رکن مثبت حالت خطرناک)، و ترکیب این دو رکن است که حالت‌های خطرناک مختلفی را ایجاد می‌کند که بیانگر نوع و شدت حالت خطرناک فرد است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱: ۹). با توجه به وجود این گونه ابهام‌ها در مفهوم خطرناکی و با تضییق این مفهوم، باید آن را «مجموعه ویژگی‌ها و خصائص فرد اعم از ذاتی یا اکتسابی دانست که احتمال ارتكاب جرم را در آینده بالا می‌برد» (رضوانی، ۱۳۹۶: ۱۱). با این تضییق مفهوم خطرناکی، آن را ناظر به مجرمی می‌دانیم که به دلیل وجود معیارهایی اعم از خصائص ذاتی مانند ویژگی‌های روانی و زیستی یا معیارهای اکتسابی مانند مهاجر بودن یا ارتكاب جرم در گذشته، احتمال بازگشت به جرم توسط او در آینده بالا رفته و به همین دلیل، مستحق شدت در برخورد بوده و از برخی نهادهای ارفاقی محروم می‌شود.

مقابله با حالت خطرناک در خصوص برخی بزهکاران و عکس‌العمل در مقابل حالت مذکور، مقنن را بر آن می‌دارد که در بسیاری از نهادهای قانونی اقدام به پیش‌بینی اموری کند که به مقابله با این حالت بپردازد. این اقدام برگرفته از اندیشه بنیان‌گذاران مکتب تحقیقی است که بزهکاران را به پنج دسته بزهکاران مادرزاد، بزهکاران روانی، بزهکاران به عادت، بزهکاران هیجانی و بزهکاران اتفاقی تقسیم می‌کردند. بزهکاران مادرزاد، روانی و به عادت از منظر انریکو فری، مجرمان دارای حالت خطرناک محسوب می‌شدند. مقاله رافائل گاروفالو<sup>۱</sup> در اکتبر سال ۱۸۷۸

1. R. Garofalo (1852-1934).

میلادی با عنوان «خطرناکی» یا «دهشتناکی» می‌تواند به عنوان نقطه تبلور مفهوم مجرم خطرناک در مکتب تحقیقی شناسایی شود (برای مطالعه بیشتر ر.ک: نجفی ابرندآبادی و هاشم‌بیگی، ۱۳۹۵: ۱۵۹). در راستای این اندیشه‌ها برای نخستین مرتبه در سال ۱۹۱۰، اتحادیه بین‌المللی حقوق کیفری چنین مقرر داشت:

«قانون بایستی خواه به جهت تکرار قانونی جرم و خواه به لحاظ جرم به عادت و یا سابقه مجرم که به وسیله ارتکاب جنحه و جنایت به منصف ظهور می‌رسد، به منظور اطمینان از امنیت اجتماع، تأمین‌های ویژه‌ای را درباره مجرمین خطرناک، تأسیس و برقرار نماید» (بابایی، ۱۳۹۰: ۱۸۵).

بر اساس اندیشه موجود نسبت به مجرمان خطرناک است که قانون‌گذار کیفری در تمامی ادوار قانونی و خاصه در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، در بسیاری از نهادهای قانونی مانند تکرار جرم، تعدد جرم، ممنوعیت استفاده از تعلیق اجرای کیفر و تعویق صدور حکم به دلیل وجود حالت خطرناک در شخص مجرم، سه رویکرد داشته است:

- ۱- اقدام به تشدید کیفر در همان جرم کرده است.<sup>۱</sup>
  - ۲- استفاده از نهادهای ارفاقی برای همان جرم را ممنوع کرده است.<sup>۲</sup>
  - ۳- استفاده از نهادهای ارفاقی برای ارتکاب جرایم بعدی را ممنوع کرده است.<sup>۳</sup>
- پژوهش حاضر به بررسی یک جلوه از مفهوم خطرناکی در ارتباط با مورد سوم یعنی ممنوعیت استفاده از یک نهاد ارفاقی به دلیل وجود حالت خطرناک برای ارتکاب جرایم بعدی پرداخته و داشتن سابقه محکومیت قطعی در جرم عمدی به مجازات‌های مذکور در ماده ۶۶ را مانعی برای استفاده از مجازات‌های جایگزین حبس نسبت به جرایم موضوع مواد ۶۶ و ۶۷ قانون مجازات اسلامی (جرایم عمدی با حداکثر مجازات قانونی ۹۱ روز تا ۱ سال حبس) دانسته است. این معیار از خطرناکی که تلفیقی از

۱. مانند تعدد جرم در ماده ۱۳۴ و تکرار جرم در ماده ۱۳۷ ق.م.ا.

۲. مانند ممنوعیت استفاده از تعلیق اجرای مجازات و تعویق صدور حکم در جرایم موضوع ماده ۴۷ ق.م.ا.

۳. مانند وجود سابقه محکومیت کیفری مؤثر برای محرومیت از تعلیق اجرای کیفر و تعویق صدور حکم در مواد ۴۰ و ۴۶ ق.م.ا. یا شرط محکومیت قطعی در مواد ۶۶ و ۶۷ ق.م.ا.

شاخص عینی خطرناکی ناظر به تکرار جرم و شاخص غیر عینی سابقه کیفری است، در این مقاله مورد بررسی قرار خواهد گرفت.<sup>۱</sup>

در خصوص پیشینه مجازات‌های جایگزین حبس باید بیان داشت که «مجازات‌های اجتماعی جایگزین زندان» ابتدا به عنوان لایحه‌ای در تاریخ ۱۳۸۴/۴/۸ به پیشنهاد قوه قضاییه و تصویب هیئت وزیران به مجلس شورای اسلامی تقدیم شد، ولی به دلیل در دست تدوین بودن قانون مجازات اسلامی و با توجه این امر که به عنوان یکی از فصول قانون مجازات اسلامی قرار گیرد، به طور مستقل مورد تصویب مجلس قرار نگرفت و سرانجام در سال ۱۳۹۲ به عنوان فصل نهم از بخش اول قانون مجازات اسلامی و در مواد ۶۴ تا ۸۷ به تصویب رسید. از نشانه‌های این موضوع می‌توان به عدم استفاده از نظام درجه‌بندی در فصل جایگزین حبس اشاره کرد، به گونه‌ای که در هیچ ماده‌ای از فصل جایگزین‌های حبس، ردپایی از بحث درجه‌بندی وجود ندارد؛ در حالی که مقنن به راحتی می‌توانست ماده ۶۵ را به حبس‌های درجه ۸ (حداکثر تا ۳ ماه حبس) و ماده ۶۶ را به حبس‌های درجه ۷ (حداکثر ۹۱ روز تا ۶ ماه حبس) اختصاص دهد. علاوه بر این مورد، دوگانه بودن مفهوم سابقه محکومیت در فصل جایگزین‌های حبس با سایر نهادهای ارفاقی و نیز مفهوم دوگانه از تعدد جرم<sup>۲</sup> در ماده ۷۲ ق.م.ا. نیز نشان‌دهنده این امر می‌باشد. به طور خلاصه عواملی را که باعث شروع فرایند تنظیم و تدوین این لایحه شده و به طور کلی در پیدایش گفتمان حبس‌زدایی در ایران مؤثر بوده، می‌توان در نقش دانشگاهیان در ایجاد این گفتمان، تأثیر اسناد بین‌المللی، فقدان جایگاه زندان در گفتمان فقهی و تأثیر رویه قضایی و خصوصاً آراء صادره از دادگاه‌های عمومی جزایی و خاصه دادگاه اطفال در سال‌های ۱۳۷۸ و ۱۳۷۹ دانست

۱. جلوه‌های دیگری از مفهوم خطرناکی، خواه به اعتبار ماهیت جرم ارتكابی (ممنوعیت استفاده از مجازات‌های جایگزین حبس در خصوص جرایم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور (ماده ۷۱ ق.م.ا.)) و خواه به اعتبار تعداد جرایم ارتكابی (ممنوعیت استفاده از جایگزین حبس نسبت به شخصی که دارای تعدد جرایم عمدی است که مجازات قانونی حداقل یکی از آن‌ها بیش از ۶ ماه حبس است (ماده ۷۲ ق.م.ا.)) که ناظر به خصوصیات اکتسابی مجرم است نیز در فصل جایگزین‌های حبس وجود دارد که خود نیازمند پژوهشی مستقل است.

۲. در حالی که تعدد جرم مانع هیچ نهاد ارفاقی نیست، تعدد جرم با شرایطی سختگیرانه مانع جایگزین حبس است.



(نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۶: ۱۱۲-۱۱۳).<sup>۱</sup>

مجازات‌های جایگزین حبس تا کنون از نظرگاه‌های مختلفی مانند مسائل حقوقی (نوریور و احمدی، ۱۳۹۱)، جامعه‌شناختی (مه‌دوی‌پور و دیگران، ۱۳۹۷؛ پرچمی و درخشان، ۱۳۹۷)، کیفرشناختی و فرهنگی ارزیابی شده است، ولی آنچه به چنین نوشته‌هایی اعتبار می‌دهد، ارزیابی حقوقی و فنی آن اولاً به طور مستقل و ثانیاً در تعامل با سایر نهادهای قانون مجازات است. این پژوهش در صدد پرداختن به مفهوم جرم‌شناختی «خطرناکی» و ارزیابی این مفهوم از دیدگاه حقوقی و فنی است تا با بررسی مسائل تقنینی و قضایی این حوزه، چالش‌های آن را شناسایی و پیشنهادهای جهت رفع آن‌ها ارائه کند؛ زیرا عدم توجه مقنن به این چالش‌ها، باعث متروک شدن نهاد مذکور شده و تنها مقداری نگاشته در خصوص فواید و ضرورت‌های آن به جای می‌ماند.

آنچه در بادی امر به نظر می‌رسد آن است که مقنن با پیش‌بینی مفهوم حالت خطرناک در فصل مربوط به مجازات‌های جایگزین حبس، در صدد بوده که مجرمان خطرناک از «نهاد به ظاهر ارفاقی»<sup>۲</sup> جایگزین حبس محروم شوند که کلیت چنین اقدامی مثبت ارزیابی می‌شود؛ ولی آنچه دارای اهمیت است، تحلیل فنی مواد ناظر به حالت خطرناک است تا روشن سازد که مقنن در پیشبرد هدف اولیه خود به چه میزان توانسته مفاهیم جرم‌شناختی را در قالب پیچیدگی‌های فنی حقوقی به رشته تحریر درآورد؟ با این توضیح، این نوشتار به دنبال پاسخ‌گویی به این پرسش است که آیا مقنن توانسته مفهوم خطرناکی را به درستی تبیین و مصادیق آن را بیان کند؟ آیا رویکرد مقنن در برخورد با مصادیق خطرناکی در مجازات‌های جایگزین حبس با سایر نهادهای ارفاقی یکسان بوده است؟

مقاله حاضر به روش توصیفی - تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای به تبیین و تحلیل سابقه محکومیت کیفری به عنوان جلوه‌ای از حالت خطرناک در ممنوعیت استفاده از نهاد جایگزین حبس می‌پردازد. در این پژوهش در دو مبحث ابتدا به تبیین

۱. در خصوص راهکارهای کاهش جمعیت کیفری ر.ک: مجموعه مقالات همایش راهکارهای کاهش جمعیت کیفری زندان، ۱۳۸۶.

۲. در خصوص استفاده از این اصطلاح، در صفحات آتی مختصر توضیحاتی داده خواهد شد.

شرط سابقه محکومیت قطعی به عنوان مانعی برای اعمال جایگزین حبس در مواد ۶۶ و ۶۷ ق.م.ا. پرداخته و مراد مقنن از این شرط را بیان و روشن می‌کنیم (مبحث اول) و سپس به کاربست این شرط و آثار وجودی آن نسبت به مجازات‌های جایگزین حبس خواهیم پرداخت و مشکلات، تناقض‌ها و آسیب‌های آن را آشکار خواهیم کرد (مبحث دوم). ذکر این نکته حائز اهمیت است که دلیل عدم استفاده از رویه قضایی در این پژوهش، سلبی بودن موضوع پژوهش (شرط سابقه محکومیت قطعی) بوده و به عبارت دیگر به دلیل آنکه این شرط از مواردی است که مانع اعمال یک نهاد ارفاقی می‌شود، در آراء و رویه قضایی ظهور ندارد.

## مبحث اول: سابقه محکومیت قطعی به عنوان حالت خطرناک و ممنوعیت از جایگزین حبس

در مواد ۶۶ و ۶۷ ق.م.ا. که مجموعاً جرایم عمدی با حداکثر مجازات قانونی ۹۱ روز تا ۱ سال را در بر می‌گیرد، علاوه بر شرایط عمومی<sup>۲</sup> مجازات‌های جایگزین حبس، مقنن وجود یک شرط اختصاصی را نیز برای این دو دسته از جرایم ضروری می‌داند که از جهاتی شبیه به محکومیت قطعی مؤثر<sup>۳</sup> و اعاده حیثیت، و از جهاتی شبیه به بحث تکرار جرم<sup>۴</sup> و رویکرد تشدیدي مبتنی بر حالت خطرناک در این نهاد می‌باشد.

در ماده ۶۶ ق.م.ا.، شرط مذکور این گونه بیان شده است:

«مرتکبان جرایم عمدی که حداکثر مجازات قانونی آن‌ها نود و یک روز تا شش ماه حبس است، به جای حبس به مجازات جایگزین حبس محکوم می‌گردند؛ مگر اینکه

۱. باید توجه داشت که بیشترین تعداد جرایم مشمول مجازات‌های جایگزین حبس، مربوط به این دو ماده است.

۲. شرایط عمومی مجازات‌های جایگزین حبس، این دو مورد است: ۱- جرم ارتكابی از جرایم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور نباشد (ماده ۷۱ ق.م.ا.). ۲- تعدد جرایم عمدی که مجازات قانونی حداقل یکی از آن‌ها بیش از ۶ ماه حبس باشد، مانع از صدور حکم به جایگزین حبس است (ماده ۷۲ ق.م.ا.). ۳- از این جهت شبیه محکومیت مؤثر کیفری است که به نوعی باعث محرومیت شخص از نهاد ارفاقی جایگزین حبس می‌شود.

۴- از این جهت شبیه به بحث تکرار جرم است که دارای بازه زمانی و محدودیت زمانی (۵ سال پس از اجرای مجازات) جهت تشدید و محرومیت می‌شود.

به دلیل ارتکاب جرم عمدی دارای سابقه محکومیت کیفری به شرح زیر باشند و از اجرای آن پنج سال نگذشته باشد:

الف- بیش از یک فقره سابقه محکومیت قطعی به حبس تا شش ماه یا جزای نقدی بیش از ده میلیون ریال یا شلاق تعزیری.

ب- یک فقره سابقه محکومیت قطعی به حبس بیش از شش ماه یا حد یا قصاص یا پرداخت بیش از یک پنجم دیه».

شرط مذکور که در ماده ۶۷ نیز صراحتاً تکرار شده است،<sup>۱</sup> بدین معناست که اگر فردی به دلیل ارتکاب جرم عمدی دارای محکومیت‌های مذکور در بند الف یا ب ماده ۶۶ باشد و از اجرای مجازات آن کمتر از پنج سال گذشته باشد، در خصوص جرم دوم وی چنانچه دارای مجازات قانونی ۹۱ روز تا ۶ ماه حبس (ماده ۶۶) یا بیش از ۶ ماه تا ۱ سال حبس (ماده ۶۷) باشد، تا قبل از سپری شدن ۵ سال امکان استفاده از مجازات‌های جایگزین حبس وجود ندارد؛ ولی پس از ۵ سال، امکان اعمال جایگزین حبس در خصوص این دو دسته از جرایم وجود دارد.<sup>۲</sup>

پیشینه تقنینی این شرط را می‌توان در مواد ۳ و ۴ لایحه مجازات‌های اجتماعی جایگزین زندان دید. در ماده ۳ این لایحه در خصوص جرایم عمدی با مجازات قانونی حداکثر تا ۶ ماه حبس، وجود محکومیت‌های قطعی به شرح آن ماده باعث

۱. ماده ۶۷: «دادگاه می‌تواند مرتکبان جرایم عمدی را که حداکثر مجازات قانونی آن‌ها بیش از شش ماه تا یک سال حبس است، به مجازات جایگزین حبس محکوم کند. در صورت وجود شرایط ماده ۶۶ این قانون، اعمال مجازات‌های جایگزین حبس ممنوع است».

۲. باید توجه شود که تا قبل از سپری شدن ۵ سال از اجرای مجازات، اعمال جایگزین حبس نسبت به جرایم موضوع مواد ۶۵، ۶۸ و ۶۹ وجود دارد.

۳. ماده ۳ لایحه مجازات‌های اجتماعی جایگزین زندان: «در جرم‌های عمدی که حداکثر مجازات قانونی آن‌ها تا شش ماه حبس است، تعیین مجازات اجتماعی جایگزین برای حبس الزامی است؛ مگر در موارد زیر که تعیین آن در اختیار دادگاه می‌باشد:

الف- وجود پیشینه محکومیت قطعی بیش از یک فقره به ارتکاب جرم‌های عمدی که حداکثر مجازات قانونی آن‌ها تا شش ماه حبس یا جزای نقدی یا شلاق تعزیری است؛ به شرط آنکه از پایان اجرای محکومیت اخیر بیش از دو سال نگذشته باشد.

ب- وجود پیشینه محکومیت قطعی به ارتکاب جرم‌های عمدی که حداکثر مجازات‌های قانونی آن‌ها بیش از شش ماه حبس یا حد یا قصاص یا بیش از یک پنجم دیه کامل است؛ به شرط آنکه از پایان اجرای محکومیت اخیر بیش از سه سال نگذشته باشد».

ممنوعیت استفاده از مجازات‌های جایگزین حبس نمی‌شود، بلکه اعمال جایگزین حبس را از حالت الزامی به اختیاری تبدیل می‌کرد. ولی مقنن با تغییر شرایط در ماده ۶۶ و ۶۷ ق.م.ا.م. مصوب ۹۲، وجود شرط محکومیت قطعی به شرح این ماده را باعث ممنوعیت استفاده از جایگزین‌های حبس کرد و در نتیجه رویکرد مقنن در قانون مجازات اسلامی نسبت به لایحه<sup>۱</sup> پیش گفته، شدیدتر شده است. ولی در خصوص ماده ۴ آن لایحه، وجود محکومیت قطعی به شرح آن ماده با وجود اختیاری بودن جایگزین حبس، اعمال جایگزین حبس را ممنوع می‌کرد که در مقایسه با ماده ۶۷ قانون مجازات اسلامی رویکردی برابر محسوب می‌شود.

### گفتار اول: تبیین شرط سابقه محکومیت کیفری

در خصوص شرط مورد اشاره در ماده ۶۶ که نسبت به ماده ۶۷ نیز باید اعمال گردد، نکاتی قابل ذکر و قابل تأمل است:

۱. فقط محکومیت به جرایم عمدی به شرح بندهای این ماده، مانع استفاده از مجازات جایگزین حبس می‌شود و بر خلاف مانعیت تعدد جرم در ماده ۷۲، این ماده محکومیت به حد، قصاص، دیه بیش از یک‌پنجم در جنایت عمدی، جزای نقدی بیش از ده میلیون ریال و شلاق تعزیری را نیز در بر می‌گیرد.
۲. بر خلاف شرط تعدد جرم در ماده ۷۲ ق.م.ا.م. که مجازات قانونی آن جرم باعث ممنوعیت استفاده از جایگزین حبس می‌شود،<sup>۲</sup> ملاک برای مشمولیت در بندهای این

۱. ماده ۴ لایحه مجازات‌های اجتماعی جایگزین زندان: «در جرم‌های عمدی که حداکثر مجازات قانونی آن‌ها بیش از شش ماه تا دو سال حبس است، دادگاه می‌تواند حکم به مجازات اجتماعی جایگزین برای حبس بدهد؛ مگر در موارد زیر که تعیین این نوع مجازات‌ها امکان‌پذیر نمی‌باشد:

الف- وجود پیشینه محکومیت قطعی بیش از یک فقره به ارتکاب جرم‌های عمدی که حداکثر مجازات قانونی آن‌ها تا شش ماه حبس یا جزای نقدی یا شلاق تعزیری است؛ به شرط آنکه از پایان اجرای محکومیت اخیر بش از دو سال نگذشته باشد.

ب- وجود پیشینه محکومیت قطعی به ارتکاب جرم‌های عمدی که حداکثر مجازات قانونی آن‌ها بیش از شش ماه حبس یا حد یا قصاص یا بیش از یک‌پنجم دیه کامل است؛ به شرط آنکه از پایان اجرای محکومیت اخیر بیش از سه سال نگذشته باشد».

۲. ماده ۷۲: «تعدد جرایم عمدی که مجازات قانونی حداقل یکی از آن‌ها بیش از شش ماه حبس باشد، مانع از صدور حکم به مجازات جایگزین حبس است».

ماده، مجازات قضایی شخص است که در دادنامه وی ذکر می‌شود؛ زیرا مقنن از واژه «محکومیت» در این دو بند استفاده کرده و نیز در صدر ماده بیان داشته است: «از اجرای آن» ۵ سال نگذشته باشد. همچنین در بند ب، پرداخت بیش از یک‌پنجم دیه در جنایت عمدی، ظهور در مجازات قضایی و مورد حکم برای جنایت عمدی دارد (مواردی که به دلیل فقدان شرایط عمومی یا اختصاصی قصاص یا گذشت صاحب حق قصاص یا ممکن نبودن قصاص، حکم به پرداخت دیه به عنوان بدل قصاص - خواه بدل الزامی و خواه بدل اختیاری- می‌شود). قضایی بودن ملاک مورد بحث - بر خلاف لایحه مجازات‌های اجتماعی جایگزین زندان است که در آن ملاک مجازات قانونی، جرم ارتكابی بوده-<sup>۱</sup> گامی مثبت در تغییر این رویکرد محسوب می‌شود؛ زیرا تعیین میزان خطرناکی بر اساس مجازات مورد حکم توسط قاضی با توجه به دخیل دانستن شرایط و اوضاع و احوال شخصی، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی مرتکب و نیز اوضاع و احوال ناظر به جرم ارتكابی و نیز ناظر به بزه‌دیده، در برابر مجازات تعیین شده توسط مقنن با معیار تک‌بعدی ماهیت جرم، معیاری دقیق‌تر و سنجیده‌تر محسوب می‌شود و مجازات مورد حکم در دادنامه، ملاکی دقیق‌تر در ارزیابی حالت خطرناک محسوب می‌شود.

۳. در بند الف اگر محکومیت‌های شخص متفاوت باشد، آیا باز هم مشمول ممنوعیت این ماده می‌شود یا باید دو فقره محکومیت‌های بند الف از یک جنس باشند؟ به نظر می‌رسد به دلیل عدم تصریح و یکسان انگاشتن خطرناکی هر یک از محکومیت‌های این بند و نیز با توجه به اطلاق موجود در این بند، باید قائل به این امر شد که مشابه یا متفاوت بودن محکومیت‌های شخص در بند الف، در محرومیت نسبت به استفاده از جایگزین حبس تأثیری ندارد و در هر دو حالت مشمول این بند خواهد شد.

### گفتار دوم: تعداد جرایم ارتكابی و سابقه محکومیت

از موضوعات دیگری که باید به آن پرداخته شود، تعداد جرایم ارتكابی در این ماده است؛ با این سؤال که بیش از یک فقره سابقه محکومیت قطعی در بند الف ماده ۶۶

۱. «الف- وجود پیشینه محکومیت قطعی بیش از یک فقره به ارتكاب جرم‌های عمدی که حداکثر مجازات قانونی آن‌ها تا شش ماه حبس یا جزای نقدی یا شلاق تعزیری است؛ به شرط آنکه از پایان اجرای محکومیت اخیر بیش از دو سال نگذشته باشد».

ق.م.ا.، آیا باید در خصوص ارتکاب یک جرم باشد یا در صورت ارتکاب بیش از یک جرم محقق می‌شود؟ توضیح بیشتر آنکه اگر فردی مرتکب یک جرم با مجازات قانونی حبس و جزای نقدی یا حبس و شلاق تعزیری شد و به هر دو مجازات محکوم گردید، آیا این امر برای وی بیش از یک فقره سابقه محکومیت قطعی محسوب می‌شود یا این تعداد از محکومیت باید نسبت به بیش از یک جرم ارتكابی باشد؟ در پاسخ باید بیان داشت که به نظر می‌رسد متفاهم حقوقی از اصطلاح «سابقه محکومیت کیفری»، تعداد مجازات‌های مورد حکم نیست، بلکه تعداد جرایم ارتكابی است که ملاک برای احتساب سابقه محکومیت کیفری است. بنابراین چنانچه شخص، مرتکب یک جرم با دو مجازات قانونی گردد (برای مثال، مواد ۷۳۶-۷۳۸ و... از قانون تعزیرات) و هر دو محکومیت وی مشمول بند الف این ماده شود، نمی‌توان وی را دارای بیش از یک فقره سابقه محکومیت قطعی دانست و از نهاد جایگزین حبس محروم ساخت؛ زیرا در فهم متعارف حقوقی، این دو مجازات را یک فقره سابقه محکومیت کیفری می‌دانند.

### گفتار سوم: مبدأ احتساب شروع مدت ۵ سال

مبدأ احتساب، سپری شدن ۵ سال از مجازات، تاریخ محکومیت نیست، بلکه ملاک تاریخ اجرای مجازات است. در این خصوص به روشنی مشخص نیست که شروع به اجرای مجازات، ملاک احتساب مبدأ مذکور است یا اتمام اجرای مجازات. ممکن است به دلیل اطلاق موجود و در راستای تفسیر به نفع متهم، تاریخ شروع به اجرای مجازات را ملاک بدانیم، ولی چنین تفسیری دارای تالی فاسد بوده و به همین دلیل پذیرفتنی نیست؛ زیرا ممکن است محکومیت فرد بیش از ۵ سال باشد و قبل از پایان مدت محکومیت، مرتکب جرم دومی بشود که از نظر مجازات قانونی، مشمول یکی از مواد ۶۶ یا ۶۷ است که در این صورت نباید قائل به امکان اعمال جایگزین حبس شویم؛ مثلاً اگر فردی به ۷ سال حبس محکوم شود و ۶ سال پس از شروع به اجرای مجازات مرتکب جرم دوم شود، در این صورت هرچند از زمان شروع به مجازات وی، بیش از ۵ سال سپری شده است، ولی اعمال مجازات جایگزین حبس با فلسفه این ماده و شرط آن در تضاد است. بنابراین باید اتمام اجرای مجازات را مبدأ

احتساب مدت مذکور (۵ سال) بدانیم.

موضوع دیگری که در خصوص بند الف قابل طرح می‌باشد آن است که ملاک برای احتساب دو فقره محکومیت و شروع مدت ۵ سال چگونه است؟ در این خصوص باید بین دو حالت قائل به تفکیک شد:

حالت اول، صورتی است که پس از گذشت ۵ سال از مجازات اول، محکومیت دیگری مطابق بند الف ماده ۶۶ پدید آید. در این صورت نمی‌توان او را دارای دو محکومیت و مشمول بند الف ماده ۶۶ دانست. دلیل این تفسیر آن است که سپری شدن ۵ سال پس از اتمام اجرای مجازات، به منزله پاک شدن سابقه محکومیت قطعی شخص خواهد شد.

حالت دوم، صورتی است که شخص پس از محکومیت به مجازاتی از بند الف و قبل از سپری شدن ۵ سال از این محکومیت، مرتکب جرمی دوم با مجازاتی از همین بند شود (خواه محکومیت مشابه یا متفاوت باشد) و به عبارتی اجرای محکومیت دوم وی قبل از سپری شدن ۵ سال از محکومیت اول او شروع شود. در این صورت ملاک احتساب ۵ سال، اتمام مجازات دوم اوست. نکته جالب توجه در خصوص این حالت آن است که اگر شخص پس از اجرای محکومیت اول و قبل از سپری شدن ۵ سال، مرتکب جرم دوم با مجازات تا ۶ ماه شود، آیا امکان استفاده از جایگزین حبس برای او وجود دارد؟ پاسخ آن است که در این حالت به دلیل آنکه شخص بیش از یک فقره سابقه محکومیت ندارد، منعی برای استفاده از جایگزین حبس وجود ندارد.

موضوع قابل طرح دیگری که در این خصوص می‌توان بیان داشت اینکه اگر فردی مرتکب جرمی شود ولی نسبت به جرم وی، قاضی از مجازات‌های جایگزین حبس استفاده نماید، مشخص نیست که این مجازات مشمول ممنوعیت این ماده قرار می‌گیرد یا مجازات اصلی او که حبس است و بر اساس ماده ۷۰ ق.م.ا. تعیین می‌شود؟ برای مثال، فردی مرتکب جرم عمدی با مجازات قانونی ۳ ماه تا ۱ سال حبس شود و قاضی

۱. ماده ۷۰: «دادگاه ضمن تعیین مجازات جایگزین، مدت مجازات حبس را نیز تعیین می‌کند تا در صورت تعذر اجرای مجازات جایگزین، تخلف از دستورها یا عجز از پرداخت جزای نقدی، مجازات حبس اجراء شود».

از مجازات‌های جایگزین حبس استفاده کرده و او را به ۲ سال دوره مراقبت (بند پ ماده ۸۳) محکوم کند. در این موارد به دلیل الزام ماده ۷۰ ق.م.ا.، قاضی باید مدت حبس را مشخص کند (در این مثال فرض کنید که به ۱ سال حبس محکوم شود)، بنابراین در مورد این فرد، محکومیت به حبس نیز در دادنامه وجود دارد. اگر ملاک مجازاتی باشد که اجرا می‌شود، باید مجازات جایگزین را ملاک عمل قرار دهیم که در این صورت، هیچ یک از مجازات‌های جایگزین حبس در این دو بند قرار ندارد. اگر ملاک، محکومیت به مجازات اصلی (حبس) باشد، در این صورت چه زمانی را باید مبدأ احتساب مدت مذکور (سپری شدن ۵ سال) به حساب آوریم؟ سپری شدن مدت محکومیت به حبس، یا سپری شدن مدت محکومیت به جایگزین حبس؟ بر اساس تفاوت موجود بین مجازات «جایگزین» با «بدل» و به دلیل آنکه تمام ویژگی‌های مجازات اصلی (حبس) در خصوص جایگزین نیز قابلیت اجرا دارد و اجرای جایگزین حبس به منزله اجرای حبس است،<sup>۱</sup> باید گفت که ملاک برای مشمول شدن ذیل این

۱. بین دو اصطلاح «جانشین یا جایگزین» و «بدل»، تفاوت وجود دارد. با بررسی در متون تخصصی می‌توان نسبت به واژه «جانشین» و به تبع آن «جایگزین»، چهار ویژگی را بیان داشت: نخست، خلافت و جانشینی در خصوص ذوی‌الارواح و انسان کاربرد دارد و چنانچه غیر ذوی‌الارواح وجود داشته باشد، از واژه «جایگزین» استفاده می‌شود (نجفی، ۱۳۸۷: ۲۳۶). دوم، در جانشینی نوعی سنخیت وجود دارد (به همین دلیل است که انسان خلیفه‌الله دانسته شده)، حال آنکه موارد جایگزین به گونه‌ای اعتباری و قراردادی است و از ثبات بیشتری برخوردار است. سوم، آنچه اصیل است همان «مستخلف‌عنه» بوده که «آثار» آن در مورد خلیفه و جانشین نیز جاری می‌گردد و در نتیجه تمامی آثار مستخلف‌عنه و اصیل در مورد جانشین و جایگزین نیز جاری می‌شود (شرتونی، ۱۳۷۴: ۱۵۷/۲). چهارم، در جانشین و جایگزین، نوعی تزلزل و عدم ثبات وجود دارد که در صورت تخلف یا کم‌کاری، جانشین و جایگزین از بین رفته و مستخلف‌عنه و اصیل جای خود را می‌گیرد.

«بدل» نیز در مواردی به کار می‌رود که چیزی جای چیز دیگری را که از بین رفته و دیگر وجود ندارد، بگیرد (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۲۱۰/۱). بنابراین موارد زیر در خصوص معنای بدل قابل توجه است: نخست، در بدل، «مبدل‌منه» به کلی از بین رفته و «بدل» جای آن را می‌گیرد. دوم، خصوصیات مبدل‌منه نیز به بدل منتقل نمی‌گردد. سوم، بدل بر خلاف جایگزین، دارای ثبات و عدم تغییر بوده و تزلزل در آن راه ندارد. به نظر می‌رسد مصادیق موضوع ماده ۶۹ ق.م.ا. از موارد بدل بوده و جایگزین محسوب نمی‌شوند؛ زیرا جرایمی هستند که نوع و میزان مجازات آن‌ها در قوانین موضوعه مشخص نشده و به همین دلیل نمی‌توان مجازات آن‌ها را حبس دانست و نمی‌توان بر اساس ماده ۷۰ ق.م.ا. در کنار مجازات جایگزین آن‌ها، مدت حبس را نیز مشخص کرد تا در صورت تخلف یا تعذر یا عجز، این مجازات حبس اجرا گردد.



دو بند، محکومیت به مجازات اصلی (حبس) است؛ ولی ملاک برای اتمام مجازات و مبدأ شروع مدت ۵ سال، مجازات مورد اجرا یا همان مجازات جایگزین حبس است. ممکن است در این مثال، دوره مراقبت وی ۲ سال یا جزای نقدی روزانه او تا ۷۲۰ روز (۲ سال) باشد و یا اینکه هر دو مجازات باشد که در این صورت مدت ۵ سال پس از اتمام اجرای هر دو مجازات جایگزین محاسبه می‌شود.

## مبحث دوم: کاربست سابقه محکومیت کیفری نسبت به مجازات‌های جایگزین حبس

پس از مشخص شدن شرایط و کیفیت اعمال سابقه محکومیت قطعی نسبت به جرایم مشمول مواد ۶۶ و ۶۷ ق.ا.م.ا، در این بخش به نحوه عملکرد مقنن خواهیم پرداخت تا مشخص گردد که شرط مذکور چه آثاری را در اعمال مجازات‌های جایگزین حبس دارد.

### گفتار اول: دوگانگی در عملکرد مقنن نسبت به مصادیق محکومیت کیفری به عنوان حالت خطرناک

محکومیت به سایر مجازات‌ها غیر از موارد مذکور در این دو بند، باعث محرومیت شخص از نهاد جایگزین حبس نمی‌شود. برخی در انتقاد به این ماده بیان داشته‌اند که قانون‌گذار در این دو بند، به تقسیم‌بندی هشت‌گانه مجازات‌های تعزیری در ماده ۱۹ توجهی نداشته است. به همین دلیل اگر شخصی به مجازات مصادره کل اموال که مجازات تعزیری درجه یک است و یا انفصال از خدمات دولتی و عمومی [به طور دائم] که درجه چهار است یا محرومیت از حقوق اجتماعی بیش از ۵ تا ۱۵ سال که درجه ۵ است، محکوم شود، این محکومیت مانع صدور حکم به مجازات جایگزین حبس در ماده ۶۶ ق.ا.م.ا. به خاطر ارتکاب جرم جدید نخواهد شد؛ در حالی که محکومیت به حبس تعزیری درجه ۶ مانع استفاده از مجازات جایگزین حبس در ماده ۶۶ خواهد شد (الهام و برهانی، ۱۳۹۶: ۱۳۷/۲-۱۳۸؛ نیز ر.ک: شمس ناتری و مصطفی‌پور، ۱۳۹۶: ۱۲۸). هرچند کلیت این انتقاد به جا و صحیح است و مقنن توجهی به بسیاری از

مجازات‌ها نداشته، ولی در یک رویکرد عمل‌گرایانه و با کنار گذاشتن نگاه تئوریک، باید بیان داشت مگر موردی در قوانین کیفری وجود دارد که مجازات جرمی، مصادره کل اموال یا محرومیت از حقوق اجتماعی به صورت تنها و مستقل باشد؟<sup>۱</sup> هرچند این استدلال در خصوص مصادره کل اموال و محرومیت از حقوق اجتماعی صادق نیست، ولی جرایم متعددی هستند که پاسخ کیفری به آن‌ها مستقلاً انفصال دائم یا موقت<sup>۲</sup> است و ایراد پیش گفته نسبت به این گونه جرایم وارد است. به علاوه اینکه ممکن است در آینده قوانینی وضع شوند که پاسخ به جرمی را مستقلاً محرومیت از حقوق اجتماعی و یا مصادره کل اموال بدانند. بنابراین در این خصوص مقنن با بی‌توجهی نسبت به سایر محکومیت‌هایی که بعضاً حالت خطرناک بیشتری در مقایسه با محکومیت موجود در این ماده دارند، اقدام به نگارش این ماده کرده است.

## گفتار دوم: عدم تناسب در مصادیق حالت خطرناک در جایگزین‌های

### حبس

در خصوص محکومیت‌های موجود در این دو بند به عنوان مبنایی برای حالت خطرناک، هیچ گونه تناسبی وجود ندارد. بدین بیان که از نظر منطقی، تناسب هم میان بندهای الف و ب و هم میان محکومیت‌های موجود در هر بند باید به صورت مستقل برقرار باشد.

در مورد عدم وجود تناسب میان بندهای الف و ب باید بیان داشت که محکومیت به دو فقره شلاق درجه ۸ (تا ۱۰ ضربه) در بند الف، همسان با محکومیت به

۱. جز در خصوص اشخاص حقوقی در مواد ۲۰ و ۲۲ ق.م.ا. و نیز مصادره اموال متهمان فراری در قاچاق مواد مخدر بر اساس ماده ۲۸ قانون مبارزه با مواد مخدر، که در این دو مورد نیز اعمال جایگزین حبس بی‌معنا خواهد بود.

۲. مانند تبصره ۱ الحاقی ۱۳۷۹/۱/۳۰ به ماده ۵ قانون مطبوعات: «متخلف از مواد ۴ و ۵ به شرط داشتن شاکه، به حکم دادگاه به انفصال خدمت از شش ماه تا دو سال و در صورت تکرار به انفصال دائم از خدمات دولتی محکوم خواهد شد». یا ماده ۲۵ قانون مبارزه با مواد مخدر: «اشخاص مذکور در ماده ۲۴ و تبصره آن در صورتی که بدون عذر موجه از انجام وظیفه خودداری یا کوتاهی کنند، بار اول به شش ماه تا یک سال محرومیت از مشاغل دولتی و بار دوم به انفصال دائم از خدمات دولتی محکوم می‌شوند».

سلب حیات<sup>۱</sup> یا ۳۰ سال حبس تعزیری در بند ب دانسته شده و در هر دو حالت، مدت محرومیت از جایگزین حبس ۵ سال تعیین شده است. بنابراین برخورد یکسان با اشخاص دارای حالت خطرناک با محکومیت‌های متفاوت و محرومیت یکسان آن‌ها به مدت ۵ سال، قابل نقد می‌باشد. این در حالی است که در لایحه مجازات‌های اجتماعی جایگزین زندان مدت محرومیت در خصوص بند الف، ۲ سال و در خصوص بند ب، ۳ سال تعیین شده بود.

در خصوص عدم تناسب در هر بند به صورت مستقل نیز به عنوان مثال در بند ب ماده ۶۶، یک فقره سابقه محکومیت قطعی به حد، شخص را به مدت ۵ سال از جایگزین حبس با شرایط پیش گفته محروم می‌کند. در این بند، محکومیت به هر نوع مجازات حدی یکسان انگاشته شده است و از نظر مقنن، میزان خطرناکی زانی به عنف با مجازات حدی اعدام - با فرض عدم اجرای مجازات -، محارب با مجازات نفی بلد، سارق حدی مرتبه اول با مجازات قطع دست راست با شارب خمر یا قاذف با مجازات شلاق حدی یکسان انگاشته شده، در حالی که در تمام قانون بین گونه‌های محکومیت به مجازات حدی تفاوت وجود دارد. برای مثال در بحث مجازات تبعی در ماده ۲۵ ق.م.ا.، محکومیت به سلب حیات در بند الف، محکومیت به قطع عضو یا نفی بلد در بند ب و محکومیت به شلاق حدی در بند پ و با میزان متفاوتی از مدت‌های مجازات تبعی قرار دارد، یا در خصوص شروع به جرم (که یکی از مبانی مجازات کردن در آن، وجود و بروز حالت خطرناک است) یا معاونت در جرم نیز چنین تفاوتی وجود دارد و بین گونه‌های مجازات حدی در خصوص پاسخ کیفری تفاوت وجود دارد. این موضوع در مورد محکومیت به قصاص در بند ب نیز صادق است؛ بدین توضیح که بین محکومیت به قصاص یک بند انگشت با محکومیت به قصاص دو دست در این بند، هیچ تفاوتی وجود ندارد. به علاوه کسی که مرتکب جنایت عمدی شده و به هر دلیل به قصاص محکوم نمی‌شود یا قصاص اجرا نمی‌گردد، در صورتی از این دو ماده محروم می‌گردد

۱. لازم به ذکر است که محکومیت به سلب حیات ممکن است با نهادهایی مانند عفو خصوصی متوقف شود و در این موارد این چنینی مدنظر است و گرنه در صورت اجرای مجازات سلب حیات، موردی برای اعمال جایگزین حبس نسبت به جرم دوم وجود نخواهد داشت.

که میزان دیه قابل پرداخت بیش از یک پنجم باشد.

## گفتار سوم: دوگانگی در مصادیق حالت خطرناک نسبت به سایر نهادهای

### ارفاقی

در بسیاری از نهادهای قانونی که جرایمی با مجازات‌های شدیدتر را مشمول می‌شوند، مانند تعلیق اجرای مجازات (درجه ۳ تا ۸) و یا نهادهایی که از ارفاق بیشتری برخوردارند، مانند معافیت از کیفر (ماده ۳۹)، مقنن شرط «فقدان سابقه کیفری مؤثر» را برای اعمال نهاد مذکور لازم می‌داند و این در حالی است که در بین مجازات‌های تعزیری، فقط محکومیت به حبس، فرد را دارای سابقه کیفری مؤثر می‌کند و سایر محکومیت‌های تعزیری مانند شلاق تعزیری، جزای نقدی و... سابقه کیفری مؤثر به حساب نمی‌آیند؛ ولی در این ماده، سایر مجازات‌های تعزیری (شلاق و جزای نقدی) نیز به نوعی برای فرد سابقه‌ای کیفری محسوب شده که وی را از نهاد ظاهراً ارفاقی<sup>۱</sup> مجازات جایگزین حبس محروم می‌کند. در این حالت، مقنن رویکردی دوگانه نسبت به نهادهای ارفاقی اعمال کرده و حالت خطرناک و محرومیت شخص از نهادهای ارفاقی را به یک میزان مورد توجه قرار نداده و نسبت به مجازات‌های جایگزین حبس از

۱. البته در خصوص ارفاقی یا تشدیدی بودن مجازات‌های جایگزین حبس هرچند در بادی امر و با توجه به فلسفه وجودی این گونه مجازات‌های اجتماع‌محور، باید آنها را نهادی ارفاقی دانست ولی بحث در خصوص عملکرد مقنن و ارفاقی یا تشدیدی شدن این نهاد در عمل، خود محتاج پژوهشی مستقل است. مختصراً قریه‌هایی در خصوص تشدیدی بودن آنها ذکر می‌شود: به عنوان مثال جرمی که مجازات قانونی آن بین ۱ تا ۲ ماه حبس است را قاضی می‌تواند به دو نوع مجازات جایگزین حبس محکوم کند. جزای نقدی آن براساس قانون بودجه تا ۳۳ میلیون ریال و دوره مراقبت تا ۶ ماه، جزای نقدی روزانه تا ۱۸۰ روز و خدمات عمومی رایگان تا ۲۷۰ ساعت. علاوه بر جایگزین حبس می‌تواند به یک یا چند مورد از مجازات‌های موضوع مواد ۲۳ و ۲۶ (مصادیق محرومیت از حقوق اجتماعی) به عنوان مجازات تکمیلی براساس ماده ۸۷ نیز محکوم نماید. بعلاوه مجازات جایگزین وی در صورت تخلف، یک چهارم تا یک دوم افزوده می‌شود و در صورت تکرار لغو و مجازات اصلی (حبس) اجرا می‌گردد. به خاطر تشدیدی بودن این فصل است که در تاریخ ۱۳۹۵/۳/۳۱ و به درخواست دولت، لایحه مجازات‌های اجتماعی جایگزین زندان مجدداً در دستور کار مجلس قرار گرفت هرچند در نهایت با این استدلال که: «اغلب مفاد این لایحه ذیل فصل نهم از بخش دوم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با عنوان «مجازات‌های جایگزین حبس» لحاظ شده است و چنانچه نیاز به اقدام جدیدی باشد باید تحت عنوان اصلاح قانون مجازات اسلامی تنظیم و به مجلس تقدیم گردد.» از دستور کار خارج شد.

برخورد سختگیرانه‌تری استفاده کرده است.

علاوه بر آن، سابقه کیفری مؤثر در ماده ۲۵ ق.ا.م.ا.، در مورد محکومیت‌های تعزیری فقط در خصوص حبس است و آن هم محکومیت به حبس‌های بیش از ۲ سال (درجه ۵ و بالاتر)، در حالی که در ماده ۶۶ ق.ا.م.ا.، حبس‌های کمتر از ۲ سال نیز به نوعی برای فرد، سابقه محکومیت مؤثر به حساب آمده و مرتکب را از نهاد جایگزین حبس محروم می‌کند.

همچنین باید بیان داشت که محکومیت به حبس‌های مذکور در ماده ۲۵ ق.ا.م.ا.، فرد را نهایتاً ۳ سال از برخی نهادهای ارفاقی قانون محروم می‌کند (در محکومیت به حبس بیش از ۵ سال، ۳ سال محرومیت از حقوق اجتماعی و به تبع ۳ سال ممنوعیت از برخی نهادهای ارفاقی، و در محکومیت به حبس بیش از ۲ سال تا ۵ سال، فرد ۲ سال از برخی نهادهای ارفاقی محروم می‌شود) در حالی که در نهاد جایگزین حبس، حبس‌های کمتر از ۲ سال نیز فرد را به مدت «۵ سال» از مجازات جایگزین حبس به‌عنوان یک نهاد ارفاقی محروم می‌کند. بنابراین با وجودی که محکومیت به ۳۰ سال حبس، فرد را فقط ۳ سال پس از اجرای مجازات از برخی نهادهای ارفاقی محروم می‌کند و پس از گذشت این مدت، فرد می‌تواند در جرم تعزیری با مجازات قانونی ۱۵ سال حبس (درجه ۳) از نهاد تعلیق اجرای مجازات استفاده کرده و در برخی حالات هیچ‌گونه الزامی نیز برای وی به وجود نیاید (مانند تعلیق ساده)، در محکومیت به ۷ ماه حبس تعزیری (بند ب ماده ۶۶)، تا ۵ سال پس از اجرای مجازات، شخص از مجازات جایگزین حبس در جرمی که مجازات قانونی آن ۱ تا ۶ ماه حبس (ماده ۶۶) است محروم می‌شود (با وجودی که در برخی موارد، مجازات جایگزین عملاً از مجازات اصلی شدیدتر است).

هرچند استفاده از معیارهای متفاوت در سنجش حالت خطرناک بر اساس سابقه محکومیت کیفری در نهادهای ارفاقی قانون، در بادی امر بدون اشکال به نظر می‌رسد، ولی استفاده از چنین معیاری به سه دلیل دارای اشکال است:

اول آنکه معیاری با سختگیری بیشتر نسبت به جرایمی خفیف و سبک، نسبت به جرایم مشمول سایر نهادهای ارفاقی که دامنه آن‌ها، جرایم به مراتب شدیدتری را شامل

می‌شود، قابل انتقاد به نظر می‌رسد. همچنین باید در نظر داشت که نهاد جایگزین حبس هرچند باعث غیر قابل اجرا شدن حبس به صورت موقت می‌شود، ولی به جای حبس، امکان اعمال دو مجازات جایگزین را به صورت متزلزل فراهم می‌کند که در برخی حالات ممکن است از مجازات اصلی شدیدتر گردد. در حالی که برخی نهادهای ارفاقی مانند معافیت از کیفر (جرایم تعزیری درجه ۷ و ۸)، تعویق صدور حکم به صورت ساده (جرایم تعزیری درجه ۶ تا ۸) یا تعلیق اجرای مجازات (جرایم تعزیری درجه ۳ تا ۸) عملاً کمترین الزام را برای شخص ایجاد می‌کنند؛ مثلاً در نهاد معافیت قضایی از کیفر هرچند از نظر دامنه شمول تقریباً همانند جایگزین‌های حبس است، ولی بدون هیچ گونه الزامی برای مجرم، از مجازات معاف می‌گردد، در حالی که فقدان سابقه کیفری مؤثر از شرایط آن است.

دوم آنکه ایجاد قاعده‌ای در خصوص حالت خطرناک به دلیل وجود سابقه محکومیت پیشینی که بتواند تمامی حالات و تعاملات با سایر نهادهای قانونی را پوشش دهد و از نقص کمتری برخوردار باشد، یک بار توسط مقنن در ماده ۲۵ ق.م.ا. صورت گرفته و ایجاد قاعده‌ای جدید آن هم با چنین نقایص و خلأهایی به خصوص نسبت به جرایمی که هیچ ویژگی و خصیصه خاصی ندارند تا استحقاق این سختگیری را داشته باشد، قابل نقد به نظر می‌رسد.

سوم آنکه با توجه به فلسفه مجازات‌های جایگزین حبس که هدف اصلی آن دوری و پرهیز از حبس‌های کوتاه‌مدت است که داروی بدتر از درد نام دارند، اگر قرار بر معیاری دوگانه با سایر نهادهای قانونی باشد، مقنن باید معیاری را مدنظر قرار دهد که ارفاق بیشتری نسبت به نهادهای قانونی دیگر داشته باشد تا مجرمان بیشتری امکان استفاده از این نهاد را در جهت نیل به فلسفه آن به دست آورند.

به عنوان پاسخ نهایی همان طور که در مقدمه ذکر شد، دلیل اصلی وجود چنین قاعده دوگانه‌ای در قانون مجازات اسلامی آن است که فصل جایگزین‌های حبس ابتدا به صورت قانونی خاص و مستقل بدون نگاه به قواعد مورد استفاده در قانون مجازات اصلی و در سال ۱۳۸۴ نگارش یافت، ولی در نهایت با توجیهاتی به عنوان فصلی از قانون مجازات اسلامی در سال ۹۲ مورد تصویب قرار گرفت، اما سازوکارها و شرایط

مستقل پیش‌بینی شده در آن، با قواعد تعریف شده در قانون مجازات اسلامی هماهنگ و همسو نشد.

ایراد دیگری ممکن است در خصوص بند ب رخ دهد و آن فرضی است که فردی به مجازات سالب حیات در جرمی حدی محکوم می‌شود. اگر جرم او با اقرار ثابت شده باشد و پس از اثبات جرم بر اساس قسمت دوم ماده ۱۱۴ ق.ا.م.ا.<sup>۱</sup> توبه نماید، از موجبات عفو خصوصی برخوردار می‌شود.<sup>۲</sup> در این حالت از طرفی عفو خصوصی به منزله اجرای مجازات است و از طرف دیگر، این شخص بر اساس بند الف ماده ۲۵ قانون مجازات و به استناد تبصره ۳ این ماده، به مدت «۷ سال» از تاریخ عفو، از حقوق اجتماعی محروم می‌شود. در این صورت چنانچه تا قبل از ۵ سال از تاریخ عفو، مرتکب جرم دوم (مواد ۶۶ و ۶۷) شود، امکان استفاده از جایگزین حبس وجود ندارد. ولی چنانچه پس از گذشت ۵ سال از تاریخ عفو<sup>۳</sup> مرتکب جرم دوم شود، با وجودی که او سابقه محکومیت کیفری مؤثر داشته و هنوز اعاده حیثیت نشده است، ولی به دلیل سپری شدن ۵ سال از اجرای مجازات، امکان استفاده از مجازات‌های جایگزین حبس وجود دارد. بنابراین باید بیان داشت که مقررات این ماده به اندازه‌ای نابسامان است که در برخی موارد، فرد هیچ گونه سابقه محکومیت مؤثر کیفری ندارد، ولی از جایگزین حبس محروم می‌شود و در برخی موارد با وجودی که شخص دارای سابقه محکومیت مؤثر کیفری است، امکان استفاده از جایگزین حبس وجود دارد که چنین برخورد دوگانه‌ای در سنجش حالت خطرناک فاقد هر گونه توجیه حقوقی و جرم‌شناختی است.

موضوع دیگری که باید در نظر گرفت آن است که بر خلاف عفو خصوصی و

- 
۱. ماده ۱۱۴: «همچنین اگر جرایم فوق [حدود] غیر از قذف با اقرار ثابت شده باشد، در صورت توبه مرتکب حتی پس از اثبات جرم، دادگاه می‌تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضاییه از مقام رهبری درخواست نماید».
  ۲. بر اساس ماده ۲۶ آیین‌نامه کمیسیون عفو و تخفیف مجازات محکومان، بسیاری از حدود با این شرایط قابل عفو بوده و مشمول ممنوعیت این ماده قرار نمی‌گیرند.
  ۳. باید دقت نمود که تاریخ عفو به تصریح تبصره ۳ ماده ۲۵ ق.ا.م.ا.، در حکم تاریخ اتمام مجازات می‌باشد که از این تاریخ مجازات تبعی آغاز می‌شود.

آزادی مشروط که به منزله اجرای مجازات هستند،<sup>۱</sup> مرور زمان این گونه نبوده و در حکم اجرای مجازات نیست. قرینه این امر، صدر ماده ۲۵ ق.م.ا. است که مقنن شمول مرور زمان اجرای مجازات را در کنار اجرای مجازات قرار داده و شروع مدت مجازات تبعی را یا پس از اجرای مجازات یا پس از شمول مرور زمان می‌داند. پس مرور زمان در عرض اجرای مجازات قرار دارد. در این حالت ممکن است ایراداتی رخ دهد؛ برای مثال در صورتی که محکومیت قطعی تعزیریِ شخص، حبس تعزیری و مشمول بند ب ماده ۶۶ بوده و اجرا نشده و مرور زمان اجرای مجازات در خصوص آن شروع شود، در این صورت دو حالت متصور است:

حالت اول: آن شخص، قبل از شمول مرور زمان اجرای مجازات (ماده ۱۰۷ ق.م.ا.)، مرتکب جرم دوم شود. در این صورت چنانچه قاضی متوجه جرم اول وی شود، دستور اجرای آن را بر اساس مقررات صادر کرده که در این صورت، نسبت به جرم دوم امکان اعمال مجازات جایگزین وجود ندارد و ۵ سال پس از اجرای مجازات اول وی، امکان صدور حکم به جایگزین حبس فراهم می‌شود.

حالت دوم: آنکه پس از شمول مرور زمان اجرای مجازات نسبت به جرم اول وی، مرتکب جرم مشمول ماده ۶۶ یا ۶۷ شود. در این صورت به دلیل آنکه مرور زمان اجرای مجازات در حکم اجرای مجازات نیست، قاضی می‌تواند بدون سپری شدن ۵ سال از تاریخ شمول مرور زمان، نسبت به جرم دوم او از مجازات جایگزین حبس استفاده نماید. نکته عجیب‌تر آن است که مجازات جرم اول او می‌تواند به دو صورت باشد:

الف) صورت اول آنکه میزان محکومیت جرم اول او بیش از ۶ ماه تا ۲ سال حبس باشد (درجه ۶ و مشمول ممنوعیت بند ب ماده ۶۶) که این مجازات قضایی مشمول هیچ یک از بندهای ماده ۲۵ نبوده و به عبارتی، مجازات تبعی نداشته باشد. در این

۱. مقنن در تبصره ۳ ماده ۲۵، عفو و آزادی مشروط را دارای آثار تبعی محکومیت کیفری می‌داند و به دلیل آنکه این دو مورد از موارد اجرای مجازات محسوب می‌شوند، به صورت مستقل در صدر ماده ۲۵ قرار نگرفته، بلکه در تبصره ۳ این ماده قرار دارند و بازگشتشان به اجرای مجازات در صدر ماده ۲۵ است.  
۲. ماده ۲۵: «محکومیت قطعی کیفری در جرایم عمدی، پس از اجرای حکم یا شمول مرور زمان، در مدت زمان مقرر در این ماده محکوم را از حقوق اجتماعی به عنوان مجازات تبعی محروم می‌کند».



صورت بدون سپری شدن ۵ سال از تاریخ شمول مرور زمان، امکان اعمال جایگزین حبس نسبت به جرم دوم شخص وجود دارد.

ب) صورت دوم آنکه مجازات جرم اول او بیش از ۲ سال حبس (حبس درجه ۵ تا درجه ۱) باشد (مشمول ممنوعیت بند ب ماده ۶۶)، در این صورت با توجه به صدر ماده ۲۵ ق.ا.م.ا، از تاریخ شمول مرور زمان با توجه به میزان مجازات وی، مدت محرومیت از حقوق اجتماعی (حسب مورد ۲ یا ۳ سال) به عنوان مجازات تبعی شروع می‌شود. در این صورت چنانچه پس از شمول مرور زمان و قبل از سپری شدن مدت مجازات تبعی، مرتکب جرم دوم با مجازات قانونی ۹۱ روز تا ۶ ماه (ماده ۶۶) یا بیش از ۶ ماه تا ۱ سال (ماده ۶۷) شود، هرچند که او دارای سابقه محکومیت کیفری مؤثر می‌باشد، ولی به دلیل آنکه مشمول ممنوعیت ماده ۶۶ نمی‌شود، امکان استفاده از جایگزین حبس وجود دارد. در این حالت به نظر نمی‌رسد که مشمول مرور زمان شدن محکومیت شخص نسبت به اجرای مجازات در حالت مقابل آن، از میزان خطرناکی شخص کاسته و امکان استفاده از نهادهای ارفاقی را در مواردی که حالت خطرناک محرومیت از آن نهاد را به دنبال دارد، فراهم آورد. در این خصوص اگر مقنن از شرط عمومی «فقدان سابقه کیفری مؤثر» که در نهادهای قانون مجازات از آن بهره می‌گیرد، استفاده می‌کرد، این ایراد ایجاد نمی‌شد و پس از شمول مرور زمان نسبت به محکومیت اول، با شروع مجازات تبعی امکان استفاده از جایگزین حبس وجود نداشت.

## نتیجه‌گیری

بهره‌گیری از مفهوم خطرناکی برای طرد مجرمان و محروم ساختن آن‌ها از نهادهای ارفاقی توسط مقنن، در بادی نظر اقدامی مثبت ارزیابی می‌شود. ولی مشخص ساختن مصادیق مجرم خطرناک و یکسان‌سازی برخورد با این مفهوم در مجموع قوانین کیفری، اقدامی است که جهت انسجام سیاست جنایی، لازم و ضروری جلوه می‌کند.

۱. معافیت قضایی از کیفر (ماده ۳۹ ق.ا.م.ا)، تعویق صدور حکم (ماده ۴۰ ق.ا.م.ا)، تعلیق اجرای مجازات (ماده ۴۶ ق.ا.م.ا)، نظارت الکترونیکی (ماده ۶۲ ق.ا.م.ا).

در این راستا، مقنن ایرانی با برخوردی دوگانه در فصل مربوط به مجازات‌های جایگزین حبس، با تفسیری متفاوت از مفهوم خطرناکی و برشمردن مصادیقی خاص از این مفهوم که در سایر نهادهای قانونی وجود ندارد، اقدامی دوگانه را در پیش گرفته است. با توجه به فلسفه مجازات‌های جایگزین حبس که هدف اصلی آن دوری و پرهیز از حبس‌های کوتاه‌مدت است، سختگیری، توسعه مفهومی و مصداقی از حالت خطرناک توسط مقنن، عدم تناسب در مصادیق حالت خطرناک، عدم تناسب در طول دوره محرومیت از نهاد ارفاقی، بی‌دقتی در نگارش مصادیق حالت خطرناک و فراموش کردن حالاتی که شخص خطرناکی بیشتری نسبت به مصادیق ذکر شده دارد و تعارض مصادیق خطرناکی در جایگزین‌های حبس در مقایسه با سایر نهادهای ارفاقی که بعضاً الزامات کمتری نسبت به جایگزین‌های حبس ایجاد می‌کنند، اقدامی سختگیرانه و توجیه‌ناپذیر قلمداد می‌شود که باعث تزلزل در اهداف جایگزین‌های حبس و بازگشت حبس‌های کوتاه‌مدت خواهد شد.

ایرادات فوق که فقط ناظر به بندهای الف و ب ماده ۶۶ ق.م.ا. و نسبت مفهوم خطرناکی در مقایسه با سایر نهادهای قانون مجازات از یک طرف و نیز تعامل آن با مقررات موجود در مواد ۶۶ و ۶۷ از طرف دیگر است، شایسته یک قانون‌گذار حکیم نبوده و بسیار تعجب‌برانگیز است که مقنن بدون توجه به تعامل یک ماده و یا یک فصل با سایر مواد یا سایر فصول قانون، اقدام به نگارش قانون کرده باشد.

برای رفع عمده این اشکالات و همسان‌سازی رویکرد مقنن در محروم‌سازی اشخاص واجد حالت خطرناک در مقایسه با سایر نهادهای ارفاقی پیشنهاد می‌شود که شرط سابقه محکومیت قطعی در ماده ۶۶ ق.م.ا.، اصلاح و به جای آن شرط «فقدان سابقه کیفری مؤثر» قرار داده شود.

## کتاب‌شناسی

۱. آشوری، محمد، «جایگاه زندان در سیاست کیفری جهان معاصر»، مقاله در: *مجموعه مقالات همایش راهکارهای کاهش جمعیت کیفری زندان*، تهران، میزان، ۱۳۸۶ ش.
۲. همو، *جایگزین‌های زندان یا مجازات‌های بینابین*، چاپ دوم، تهران، گرایش، ۱۳۸۵ ش.
۳. آلبرشت، هانس‌یورگ، «از کیفرشناسی تا پاسخ‌شناسی جرم»، دیباچه در: غلامی، حسین، *کیفرشناسی (کلیات و مبانی پاسخ‌شناسی جرم)*، تهران، میزان، بهار ۱۳۹۵ ش.
۴. ابن فارس، ابوالحسین احمد، *معجم مقاییس اللغة*، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۵. الهام، غلامحسین و محسن برهانی، *درآمدی بر حقوق جزای عمومی*، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۶. بابایی، محمدعلی، «بزهکاران پیشینه‌دار: از سرکوبی بزهکاران خطرناک تا مدیریت خطر ارتکاب جرم»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۵۳، بهار ۱۳۹۰ ش.
۷. پرجمی، داود و فاطمه درخشان، «بررسی مجازات‌های اجتماعی جایگزین حبس و کاهش جرم»، *مطالعات جامعه‌شناسی*، شماره ۴۰، پاییز ۱۳۹۷ ش.
۸. رضوانی، سودابه، *مفهوم خطرناکی درگستره علوم جنایی*، تهران، میزان، بهار ۱۳۹۶ ش.
۹. شرتونی، سعید، *اقراب الموارد فی فصیح العربیة و الشوارد*، تهران، دار الاسوة للطباعة و النشر التابعة لمنظمة الاوقاف و الشؤون الخیریة، ۱۳۷۴ ش.
۱۰. شمس ناتری، محمدابراهیم و مسعود مصطفی‌پور، «تلاقی اندیشه‌های جرم‌شناختی "بازپروری" و "ناتوان‌سازی" در قانون مجازات اسلامی ۹۲»، *پژوهش‌نامه حقوق کیفری*، سال هشتم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۶ ش.
۱۱. مهدوی‌پور، اعظم، شهین دارابی‌پناه و نجمه شهرانی کرانی، «بررسی جایگزین‌های زندان با تکیه بر دیدگاه زندانیان»، *پژوهش حقوق کیفری*، سال ششم، شماره ۲۳، تابستان ۱۳۹۷ ش.
۱۲. نجفی، ابوالحسن، *غلط‌نویسیم (فرهنگ دشواری‌های زبان فارسی)*، چاپ چهاردهم، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۸۷ ش.
۱۳. نجفی ابرنآبادی، علی حسین، «کیفرهای جامعه‌مدار»، دیباچه در: بولک، برنار، *کیفرشناسی*، ترجمه علی حسین نجفی ابرنآبادی، چاپ هشتم، تهران، مجد، ۱۳۹۱ ش.
۱۴. همو، «مجازات‌های جامعه‌مدار در لایحه قانون مجازات‌های اجتماعی جایگزین زندان»، مقاله در: *مجموعه مقالات همایش راهکارهای کاهش جمعیت کیفری زندان*، تهران، میزان، بهار ۱۳۸۶ ش.
۱۵. نجفی ابرنآبادی، علی حسین و حمید هاشم‌بیگی، *دانشنامه جرم‌شناسی*، چاپ چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۵ ش.
۱۶. نورپور، محسن و مسعود احمدی، «جایگزین‌های نوین حبس در لایحه جدید قانون مجازات اسلامی»، *وکیل مدافع*، شماره‌های ۶-۷، پاییز و زمستان ۱۳۹۱ ش.
17. Evans, Peter, *Prison Crisis*, George Allen & Unwin London, 1980.
18. Pratt, John & Mark Brown, *Dangerous Offenders: Punishment and Social Order*, Psychology Press, 2000.



## مبانی، قلمرو و آثار فقهی - حقوقی «حق سلامت» زندانیان دارای «بیماری سخت درمان»\*

□ علی مراد حیدری<sup>۱</sup>

### چکیده

بسیاری از محکومان کیفری پیش از ورود یا در دوران زندان، دچار بیماری می‌شوند که درمان برخی از آنها دشوار و به اصطلاح «سخت‌درمان» است. در فقه جزایی، اجرای کیفر بدنی بیماران به تأخیر افتاده یا از بین می‌رود. در حقوق کیفری ایران، سازوکارهای ارفاقی گوناگونی برای محکومان بیمار پیش‌بینی شده است. از جمله برابر ماده ۵۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری، اگر اجرای کیفر موجب تشدید بیماری یا تأخیر در بهبودی باشد، اجرای آن به «تعویق» می‌افتد و اگر امیدی به بهبودی بیمار نباشد، به مجازات دیگری «تبدیل» می‌گردد. از جنبه کاربردی، این کار مبتنی بر مفهوم «توان تحمل کیفر» است که از سوی پزشکی قانونی احراز می‌گردد. پرسش نخست، کافی یا ناکافی بودن معیار پزشکی برای احراز توان تحمل کیفر، و پرسش دوم، امکان یا عدم امکان به کارگیری نهادهایی غیر از تعویق یا

تبدیل کیفر است.

انگاره نوشتار آن است که در احراز توان تحمل کیفر بر پایه «بیماری سخت‌درمان» باید معیار «پزشکی - قضایی» به کار رود و نظر به شرایط بهداشتی، نیازهای درمانی بیمار و بایسته‌های اداره زندان، بهترین راهکار، «معافیت کیفری» زندانی دارای بیماری سخت‌درمان است.

**واژگان کلیدی:** حق سلامت، زندان، بیماری سخت‌درمان، بیماری بی‌درمان، توان تحمل کیفر، معافیت کیفری.

### مقدمه

سلامتی در معنای لغوی محدود به کارکرد عادی و بهینه یک ارگانیزم در حالتی فارغ از مریضی یا ناهنجاری است، اما در مقدمهٔ اساسنامه سازمان بهداشت جهانی، سلامتی چنین تعریف شده است:

«سلامتی وضعیت رفاه کامل جسمی، روانی و اجتماعی است و تنها به نبود بیماری گفته نمی‌شود» (سازمان بهداشت جهانی، ۱۹۴۶: ۱۰۰).

هسته بنیادین این نوشتار، حمایت از «حق سلامتی» به عنوان یک حق بشری و به دور از تبعیض برای افراد بزه‌کار و ناکرده بزه از یک سو، و نیز ضرورت توجه دوچندان به سلامتی زندانیان دارای بیماری - و به ویژه بیماری‌های سخت‌درمان - است.<sup>۱</sup> هرچند سلامتی مطلوب همه است، اما در فضای بستهٔ زندان اهمیت بیشتری دارد؛ چرا که شرایط زندان اثرات بدتری بر سلامتی جسمانی و روانی زندانیان دارد. از سوی دیگر، بودجه کم سلامت زندان، سهم بالای زندانیان آلوده به بیماری‌های عفونی و جمعیت بالا، سه عاملی است که یکدیگر را تقویت کرده و برنامه‌های درمانی مؤثر را با مانع مواجه می‌کند (آلبرشت، ۱۳۹۵: ۱۰۳).

بنابراین مدیریت زندان مسئولیت دارد که نه تنها مراقبت‌های پزشکی را فراهم کند،

۱. «حق بر سلامتی» با «حق بر سالم بودن» یکی نیست؛ چرا که سالم بودن به فقدان بیماری دلالت دارد، اما حق بر سلامتی، فراتر از صرف نبود بیماری و دارای ابعاد مختلف جسمی، روانی و اجتماعی است و حقی است که مستلزم برخورداری از فرصت‌های برابر برای همه است (متقی، سیفی و درودیان، ۱۳۹۶: ۱۲۷).

بلکه شرایطی را ایجاد کند که موجب افزایش تندرستی زندانیان شود. زندانیان نباید زندان را در شرایطی بدتر از شرایط هنگام ورودشان ترک کنند. این امر حاکم بر تمامی جنبه‌های زندگی زندان و به طور خاص ناظر بر مراقبت‌های بهداشتی است (Coyle & Fair, 2018: 50).

از جنبه تعهدات بین‌المللی دولت‌های عضو میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی باید حقوق مندرج در میثاق را بدون تبعیض از هر حیث برای همه تضمین کنند. در این میان برخی گروه‌ها مستحق رفتار ترجیحی هستند و نیازهای آن‌ها باید مورد توجه خاص قرار گیرد؛ از جمله زنان، کودکان، افراد سالخورده و معلولان (نیاورانی و جاوید، ۱۳۹۲: ۵۳). از جمله گروه‌هایی که استحقاق رفتار ترجیحی برای حفظ سلامتی دارند، «زندانیان دارای بیماری سخت‌درمان» هستند که ارزش‌های انسانی و مصالح فردی و اجتماعی ایجاد می‌کند سازوکارهایی برای معافیت این دسته از زندانیان پیش‌بینی و به کارگیری شود.

آنچه تا کنون در نوشته‌های حقوقی مورد توجه قرار گرفته، تحلیل و احیاناً نقد مواد قانونی مرتبط با اجرای مجازات علیه بیمارانی است که به تشخیص پزشکی قانونی، توان تحمل کیفر را ندارند. از سوی دیگر، نتیجه این وضعیت هم در چارچوب ماده ۵۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری، تعویق یا تبدیل مجازات دانسته شده است، بدون اینکه رهنمودهای قضایی در اختیار پزشکی قانونی نهاده شده یا «پیامدهای آتی» فرض «توان تحمل فعلی» مورد توجه قرار گیرد. در این نوشتار با تمرکز بر «بیماری سخت‌درمان»، کوشش شده تا با تبیین مفهوم و مصادیق این نوع بیماری و لحاظ پیامدهای آینده اجرای مجازات بر این دسته از بیماران، نهاد حقوقی «سقوط مجازات» امکان‌سنجی گردد. بدین منظور نخست، مبانی فقهی و حقوقی حق سلامت زندانیان دارای بیماری سخت‌درمان، سپس قلمرو بیماری‌های سخت‌درمان که سیاست اجرایی افتراقی را ایجاد می‌کند و در پایان، آثار و پیامدهای موجود و مطلوب بیماری سخت‌درمان و بی‌درمان زندانیان شامل تعویق و تبدیل و به ویژه سقوط مجازات بررسی می‌شود.

## ۱. مبانی حق سلامت زندانیان دارای بیماری سخت درمان

سلامت، نخستین و مهم‌ترین حق هر انسانی، صرف‌نظر از جنسیت، سن، نژاد، ملیت، دین، مذهب و... است و هر کس به صرف انسان بودن از آن برخوردار است. هرچند از منظر فلسفه حقوق کیفری، مجازات بزهکاران با مبانی مختلفی از جمله ایجاد نظم عمومی و مصالح اجتماعی توجیه می‌شود، لکن در مواردی که تحقق این هدف در قالب اصلاح و بازپروری بزهکار دنبال می‌شود - که مجازات زندان بیشتر بر اساس چنین هدفی است-، در ترازوی مصلحت، حفظ سلامتی بزهکار مبتلا به بیماری سخت‌درمان، سنگین‌تر از فواید ادامه اجرای حبس و ماندن او در محیط بسته و پرمخاطره زندان است. اما پرسشی که باید بررسی شود این است که آیا مبانی فقهی و حقوقی و مستنداتی وجود دارد که در راستای حفظ سلامت محکومان کیفری، تأخیر یا عدم اجرای مجازات‌ها - به طور کلی یا خصوص زندان- را در چنین وضعیتی اجازه دهد؟ و اینکه رویکرد حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی در این خصوص چیست؟ در ادامه، نخست مبانی فقهی و سپس مبانی حقوقی اعم از حقوق داخلی و بین‌الملل بررسی می‌شود.

### ۱-۱. مبانی فقهی

در فقه جزایی، سلامت و حیات افراد در طول دیگر حقوق و حاکم بر آنهاست تا جایی که اگر متهم دارای وضعیت جسمانی آسیب‌پذیری باشد که احتمال ایراد صدمه بدنی مهم یا تلف شدن متهم یا ضرر به شخص دیگری برود، اجرای مجازات به تأخیر می‌افتد. تأخیر در اجرای مجازات بر زن باردار و مستحاضه نمونه‌ای از این رویکرد است. در روایتی از امام صادق علیه السلام آمده است:

«بر زن مستحاضه تا زمانی که از این وضعیت خارج شود، حدی جاری نمی‌شود»  
(حز عاملی، ۱۴۰۹: ۲۹/۲۸).

صاحب‌جوهر درباره زن باردار می‌نویسد:

«همان گونه که علامه حلی و دیگران تصریح کرده‌اند، هیچ حدی ولو شلاق بر زن باردار اجرا نمی‌شود، حتی اگر حمل ناشی از زنا باشد، تا زمانی که وضع حمل نموده و از دوره نفاس خارج شود» (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳۷/۴۱).



در سیره پیامبر اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ و امام علی عَلَيْهِ السَّلَام نیز بیماری و وضعیت جسمانی نامساعد متهم به عنوان یکی از راه‌های دفع کیفر مورد توجه بوده است. در روایتی از امام صادق عَلَيْهِ السَّلَام آمده است:

«پیامبر اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ در مورد کسی که مرتکب حد شده بود و شکم بزرگی داشت [نوعی بیماری]، یک دسته تازیانه صد رشته‌ای را یک بار بر او زده و او را رها کردند (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۱/۲۸).

در روایت مشهور اصبع بن نباته آمده که امام علی عَلَيْهِ السَّلَام در برخورد با کسی که نزد ایشان آمده و به زنا اقرار کرد، از وی پرسید:

«آیا بیماری که از آن رنج ببری یا دردی در سر یا بدنت احساس نمی‌کنی؟...» (همان: ۳۸/۲۸).

روشن است که پرسش امام از سلامت جسمی متهم بدین معناست که در صورت وجود بیماری، نباید حد بر او جاری شود. در دو روایت دیگر از امام صادق عَلَيْهِ السَّلَام آمده که امام علی عَلَيْهِ السَّلَام در مورد کسی که مرتکب جرم حدی شده بود و دچار بیماری یا زخمی در بدنش بود، فرمود:

«أَخْرَوْهُ حَتَّى تَبْرَأَ لَا تُنْكَأُ قَرْوُحُهُ عَلَيْهِ فَيَمُوت» (همان: ۲۹/۲۸): [اجرای حد] او را به تأخیر اندازید تا بهبود یابد و مبادا در همین وضعیت حد بر او جاری شود که می‌میرد.

تحلیل فقهی موضوع، مبتنی بر کشف مناط در موارد تأخیر اجرای حد یا تبدیل آن و الغاء خصوصیت است. هرچند در روایات، اسبابی همچون بارداری، استحاضه، نفاس، زخم، بیماری و شکم بزرگ موجب تأخیر یا تبدیل حد دانسته شده، لکن با ذکر عبارت «و أشباه ذلك»، به این موارد جنبه تمثیلی داده شده و آن گونه که از روایات برمی‌آید، معیار عدم اجرای مجازات، «وضعیت جسمی آسیب‌پذیر» و حکمت آن، «حفظ سلامت جسمی» و جلوگیری از تخریب به نفس بزهکار یا افراد ثالث است. پس اسباب مذکور در روایات، مصادیقی از این وضعیت کلی و فاقد ویژگی است و در هر جایی که چنین وضعیتی باشد، حکمت پیش‌گفته، تأخیر یا عدم اجرای کیفر را اقتضاء می‌کند. حکم ادعایی ناشی از اصل عملی حاکم در فرض تراحم است؛ از یک سو

مصلحت اجرای مجازات (مصلحت عمومی)، مقتضی قطعیت و فوریت و عدم تعطیل کیفر است و از سوی دیگر مصلحت حفظ سلامت فردی بزهکار (مصلحت فردی)، مقتضی تأخیر یا عدم اجرای مجازات است.<sup>۱</sup> در این حالت اگر ترجیحی در میان باشد، طرف دارای ترجیح باید انتخاب شود، وگرنه مکلف مختار به انتخاب هر کدام از متزاحمین است. رویکرد کلی در فقه جزایی، تقدم حق الناس بر حق الله و ترجیح اهم بر مهم است و این رویکرد مقتضی ترجیح حق سلامت فردی (مصلحت مهم‌تر) بر فواید اجرای مجازات (مصلحت مهم) است. همچنین این استدلال، مبتنی بر قاعده لاضرر است که در لسان فقهاء هم پیشینه دارد.

در خصوص مجازات زندان از دید فقهاء، زندانی کردن بدهکار بیمار - اگر حبس برای او ضرر داشته باشد- و نیز مدیونی که اجیر دیگری است، جایز نیست و استدلال آن‌ها قاعده «لاضرر» و نیز قاعده «نفی حرج» است (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۷۷/۲۷). برخی دیگر هم گفته‌اند که اگر محکوم علیه بیمار باشد و حبس برای او زیان داشته باشد یا زنی باشد که برای عفت او ضرر داشته باشد، زندانی نمی‌شود؛ زیرا در روایت صحیح غیاث اطلاق وجود ندارد و این حکم در هر موردی که مانعی مهم‌تر از تحصیل مالی باشد، جاری می‌شود (طبسی، ۱۳۷۴: ۵۱۲). این مبنا نشان می‌دهد که قاعده «لاضرر» بر قاعده «التعزیر لکل عمل محرّم» - که مقتضی اعمال مجازات بر گناهکار است-، حاکم بوده و دامنه آن را محدود می‌کند. تسری حکم به موضوع بحث، مبتنی بر استدلال به قیاس اولویت است؛ چون اگر هر گونه بیماری محتمل‌الضرر برای سلامتی دارای اثر تأخیری یا تبدیلی است، بیماری‌های «سخت‌درمان» یا «بی‌درمان» به جهت ضرر بیشتر و قطعی‌تر، به طریق اولی این پیامد را دارد.

اولویت دیگر از جهت نوع جرم است؛ بدین معنا که در نصوص وارده، بیماری، موجب تأخیر یا تبدیل «حدود» دانسته شده که علی‌القاعده تأخیربردار و تعطیل‌پذیر نیست، پس در «تعزیرات» که دست قاضی در متناسب‌سازی مجازات با شرایط

۱. محقق سبزواری در شرح کلام محقق حلی - مبنی بر اینکه: «اگر حاکم بداند در اثر اجرای حد، بیماری شدیدی بر سارق عارض می‌شود، در وجوب اجرای حد اشکال است» - می‌فرماید: «برای اینکه با ادله اربعه ثابت شده که اهمیت حفظ نفس بیشتر از اجرای حد است» (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۰۶/۲۸).

جسمی بزهکار بازتر است، به طریق اولی بیماری -به ویژه بیماری سخت درمان و بی درمان- موجب تأخیر، تبدیل یا سقوط کیفر خواهد بود. تحلیل مطلب اینکه وضعیت جسمانی بزهکار، از ارکان و شرایط اعمال تعزیر است، به همین دلیل هنگامی که کسی از امام صادق علیه السلام از میزان تعزیر می پرسد، ایشان در پاسخ می فرماید:

«عَلَى قَدَرِ مَا يَرَى الْوَالِي مِنْ ذَنْبِ الرَّجُلِ وَقُوَّةِ بَدَنِهِ» (طوسی، ۱۳۹۰: ۲۳۷/۴).

از این روی گفته شده که از نظر آموزه های حقوق کیفری اسلام، هسته مرکزی در موضوع فلسفه تعزیرات، تأدیب و منع افراد از ارتکاب جرم می باشد. کیفر تعزیر، جنبه اصلاحی و تربیتی دارد و با توجه به اینکه تابع مصالح اجتماعی است، تشخیص این موضوع به حاکم اسلامی واگذار شده که باید طبق مصالح فرد و جامعه، شرایط زمانی و مکانی، ویژگی های اخلاقی، روانی و حتی خصوصیات جسمانی بزهکار به تعیین و اجرای کیفری تعزیری اقدام نماید (بیوندی، ۱۳۹۵: ۱۰۴).

اولویت دیگر ناظر به نوع مجازات تعزیری است؛ چرا که اگر دیدگاه انحصار تعزیر در شلاق را هم نپذیریم، در اینکه «شلاق» مهم ترین کیفر در تعزیرات شرعی است، تردیدی وجود ندارد و وضع «زندان» به عنوان کیفر تعزیری با اما و اگرهایی روبه روست و حتی گفته شده که این کیفر در نتیجه ظلم و تعدی حاکمان ستمگر در طی قرون متمادی و برای رسیدن به مقاصد شوم آن ها به وجود آمده است (الخالصی، ۱۴۱۳: ۵) و بیش از اینکه مبتنی بر نصوص و فتاوی فقهی باشد، برگرفته از اختیارات و صلاحیت حکومت اسلامی برای برخورد با بزهکاران است و از این روی، اختیارات حکومت در تعیین روش های اجرای آن و پیش بینی سازوکارهای تأخیر، تبدیل و به ویژه سقوط مجازات گسترده تر خواهد بود.

پرسش دیگر در این زمینه، ناظر به هزینه های درمان و معالجه زندانی بیمار است. اگر زندانی در زندان بیمار شود، هزینه های درمان او بر عهده کیست؟ در این زمینه دو احتمال وجود دارد: احتمال نخست اینکه خود شخص باید هزینه را پردازد؛ چون خودش سبب زندانی شدنش را فراهم کرده، بنابراین پیامدهای آن هم بر دوش خود اوست؛ احتمال دوم آنکه چون بیماری در حین اجرای حکم شرعی از سوی حاکم

شرعی ایجاد شده است، هزینه آن باید از بیت‌المال پرداخت شود که برای مصالح مسلمانان مهیا شده و این مورد هم از مصادیق منافع اجتماعی است (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۰۶/۲۸). در این زمینه، نصوص وارده و نیز سیره معصومان به ویژه سیره عملی امام علی علیه السلام مبنی بر مداوای حدخورده‌ها با هزینه بیت‌المال، احتمال دوم را تقویت می‌کند و مقتضای امتنان و سهولت شرعی نیز همین است.

یکی از مهم‌ترین مبانی فقهی حق سلامت زندانیان دارای بیماری سخت‌درمان، مبنای حقوق بشری است. حقوق بشر<sup>۱</sup> به معنای حقوق و امتیازاتی است که هر فرد به‌طور ذاتی، فطری و به‌صرف انسان بودن از آن بهره‌مند می‌شود. حقوق بشر دربردارنده حقوق طبیعی و حقوق قانونی است و مواردی همچون حق زندگی، آزادی، برابری، عدالت، دادخواهی عادلانه، حق حفظ در مقابل سوءاستفاده از قدرت، حفاظت در مقابل شکنجه، حفاظت از شرافت و خوشنامی، حق پناهندگی، حقوق اقلیت‌ها، حق شرکت در حیات اجتماعی، حق آزادی فکر، ایمان و سخن، حق آزادی دین، حق تجمع و اعلان، حقوق اقتصادی (حق حفظ مال، حق انتخاب کار، حق فرد بر اشتراک در امور ضروری مادی و معنوی)، حق تشکیل خانواده، حق تعلیم و تربیت، حق حفظ حیات فردی شخص و حق انتخاب آزاد محل زیست را در بر می‌گیرد. حقوق بشر از ویژگی‌هایی همچون جهان‌شمولی، غیر قابل سلب بودن، تبعیض‌ناپذیری، انتقال‌ناپذیری و تفکیک‌ناپذیری برخوردار است و از این روی به همه افراد در هر جایی از جهان تعلق دارد و هیچ کس را نمی‌توان از این حقوق محروم کرد. از سوی دیگر، همه افراد صرف‌نظر از نژاد، ملیت، جنسیت، مذهب، رنگ، زبان و... در برخورداری از این حقوق با هم برابرند و هیچ‌گونه تمایز، ارجحیت، محدودیت و محرومیت در بهره‌مندی از این حقوق ندارند و این حق‌ها قابل نقض نیستند. از دیدگاه اسلام، انسان ذاتاً دارای کرامت است؛ کرامتی که منسوب به خداوند است: «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ» (اسراء/ ۷۰)؛ این کرامت ذاتی - انسانی، در متن تکوین و آفرینش انسان است؛ چون خداوند انسان را ذاتاً بر سایر موجودات ظاهری و باطنی، برتری و فضیلت داده است.

1. Human Rights.

در حدیث شریف نبوی هم که شالوده و بنای حقوق انسان‌ها را می‌توان در آن دید، آمده است:

«ای مردم! بدانید که پروردگارتان یکی و پدرتان نیز یکی است. بنابراین بدانید که نه عربی را بر عجم، و نه عجمی را بر عرب، و نه سرخ‌پوستی را بر سیاه‌پوستی و نه سیاه‌پوستی را بر سرخ‌پوستی برتری است؛ مگر به تقوا و پرهیزگاری».

در بعد حکومتی نیز امیرالمؤمنین علیه السلام در بیان روش برخورد با مردم و چگونگی حکومت بر مردم، به مالک اشتر چنین توصیه می‌فرماید:

«مهربانی با مردم را پوشش دل خویش قرار ده و با همه دوست و مهربان باش. مبادا چونان حیوان شکاری باشی که خوردن آنان را غنیمت دانی».

دایره محبت و توجه حاکم فقط ناظر به مسلمانان نیست و همه انسان‌ها با هر رنگ، نژاد و مذهب را در بر می‌گیرد؛ چرا که از نظر امام علیه السلام شهروندان دو دسته‌اند؛ دسته‌ای برادر دینی تو و دسته دیگر در آفرینش همانند تو هستند (ر.ک: جوان آراسته، ۱۳۹۷: ۶۱-۶۵). اسلام حق بر سلامت را با پایه‌ریزی مفهوم «حفظ الصحه» به رسمیت شناخته است. حق بر سلامت در زمره حقوق رفاهی قرار می‌گیرد و ارتباط و تفکیک‌ناپذیری غیر قابل انکاری با دیگر حقوق بشر دارد؛ به گونه‌ای که تحقق بسیاری از حق‌های بشری منوط به برخورداری از این حق مسلم بشری است. گفته شده که در اسلام، مقام سلامت در مرتبه بعد از ایمان و باور به خداوند مهربان قرار داده شده و پیامبر صلی الله علیه و آله در این زمینه فرموده است:

«پس از نعمت باور به خداوند مهربان و ایمان به او، نعمتی هم‌تا و همسنگ سلامتی به انسان ارزانی نشده است» (عبدی و کتابی رودی، ۱۳۹۳: ۱۰۳).

نویسندگان مسلمان، حقوق و تکالیف زیادی برای بیماران و پزشکان در دولت اسلامی قائل شده‌اند؛ از جمله اینکه بیمار حق دارد در اسرع وقت درمان و مراقبت مطلوب، مؤثر و همراه با احترام کامل را بدون توجه به عوامل نژادی فرهنگی و مذهبی از گروه درمان انتظار داشته باشد (البار، ۱۴۲۹: ۱۱۲-۱۲۰). اساساً دستورات اکید اسلام در زمینه نظافت و بهداشت و تغذیه و احکام اطعمه و اشربه و تحریم برخی خوراکی‌ها،

در راستای حفظ سلامت بوده است. در این میان، حمایت از سلامتی برخی گروه‌ها اهمیت دوچندان دارد؛ برای نمونه نه تنها بیماران از جهاد معذورند (توبه / ۹۱)، بلکه به منظور تکریم سالمندان، جمهور فقها اتفاق نظر دارند که در جنگ با کفار، سالمندان کافر که در حال جنگیدن با مسلمانان نیستند، کشته شدنشان توسط سپاه اسلام حرام است (الرملی، ۱۴۱۰: ۶۴/۸). پرسش این است که اگر سلامتی به اندازه‌ای اهمیت دارد که یکی از مهم‌ترین تکالیف دینی از بیمار ساقط می‌شود و حتی اجازه کشتن کافران آن‌ها در جنگ را هم به مسلمانان نمی‌دهد، حکومت اسلامی بر چه مبنایی بیماری را که وضعیت وخیم دارد، برای منفعت ادعایی می‌تواند در زندان نگاه دارد؟ بر این اساس، حکومت اسلامی موظف است سازوکارهایی پیش‌بینی کرده و به کار بندد که اجرای مجازات سلامتی بیماران را به مخاطره جدی نیندازد؛ هرچند این سازوکار در قالب سقوط مجازات باشد.

## ۲-۱. مبانی حقوقی

حق سلامت نه تنها در زمره حقوق طبیعی است، بلکه در زمره حقوق قانونی به رسمیت شناخته شده در قوانین ملی و بین‌المللی است. در ادامه، مبانی و مستندات حقوق ملی و بین‌المللی مرتبط با حق سلامت بررسی شده است.

### ۱-۲-۱. حقوق بین‌الملل

حق برخورداری از سلامتی یکی از حق‌های بنیادین بشری شناخته شده در نظام بین‌المللی حقوق بشر است. حق بر سلامتی در پیوندی ناگسستنی با حق حیات (نسل اول حقوق بشر) قرار دارد و از سوی دیگر با حق بهداشت و تأمین اجتماعی گره خورده است. علاوه بر این، حق بر محیط زیست سالم که در نسل سوم حقوق بشر قرار دارد نیز از سرچشمه حق بر سلامتی سیراب می‌شود. به این ترتیب، حق بر سلامتی را می‌توان حلقه ارتباط نسل‌های مختلف حقوق بشر قلمداد نمود (زمانی، ۱۳۸۵: ۳۰). در سال ۱۹۴۶ برای نخستین بار حق بر سلامتی در اساسنامه سازمان بهداشت جهانی<sup>۱</sup> مورد شناسایی

1. World Health Organization (WHO).

قرار گرفت. در مقدمه این اساسنامه، بهره‌مندی از بالاترین استاندارد قابل حصول سلامتی، یکی از حق‌های بنیادی هر انسانی دانسته شده است. به دنبال آن، اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب ۱۹۴۸ (در بند ۱ ماده ۲۵) سلامتی را در زمره حق بر بهره‌مندی از استانداردهای مناسب زندگی قرار داد. اما روشن‌ترین و کامل‌ترین بیان از حق بر سلامتی در اسناد بین‌المللی، در میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مصوب ۱۹۶۶ یافت می‌شود. بند ۱ ماده ۱۲ این میثاق با الهام از اساسنامه سازمان بهداشت جهانی مقرر می‌دارد:

«دولت‌های عضو میثاق حق هر کس را به تمتع از بهترین حال سلامتی و روحی ممکن‌الحصول به رسمیت می‌شناسند».

و بند ۲ ماده ۱۲ به اقداماتی که باید از سوی دولت‌های عضو در تحقق کامل حق سلامتی اتخاذ شود، اشاره می‌نماید. در سال ۲۰۰۰ میلادی کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به عنوان مرجع صالح برای تفسیر میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در تفسیر کلی ماده ۱۲ قلمرو تعهدات دولت‌ها را برای ارتقای حق بر سلامتی شرح داده است. به نظر این کمیته، چهار عنصر ضروری برای حق بر سلامتی در تمام اشکال و سطوح آن جریان دارند که عبارت‌اند از: در اختیار بودن، در دسترس بودن، قابل پذیرش بودن و کیفیت (آل کجیاف، ۱۳۹۲: ۱۴۳).

در تحلیل عناصر چهارگانه گفته شده در اختیار بودن به این معناست که تسهیلات کالاها و خدمات مزبور باید به مقدار و کیفیت کافی در داخل کشور عضو مهیا و آماده باشد. این امکانات باید شامل عوامل اصلی مؤثر در سلامتی، نظیر آب آشامیدنی سالم و مطمئن، تسهیلات کافی نظافت، بیمارستان‌ها، کلینیک‌ها و سایر اماکن مربوط به سلامتی، پرسنل آموزش دیده پزشکی و حرفه‌ای باشد. قابل دسترس بودن به این معناست که تسهیلات کالاها و خدمات مربوط به سلامتی باید در دسترس همگان به ویژه آسیب‌پذیرترین یا به حاشیه رانده‌شده‌ترین بخش‌های جمعیت و بدون هیچ تبعیضی مبتنی بر دلایل نژادی و غیره قرار گیرد. در دسترس بودن، خود ابعاد چهارگانه دارد: عدم تبعیض، قابل دسترس بودن فیزیکی، قابل دسترس بودن اقتصادی - که مردم بتوانند از عهده پرداخت هزینه‌های آن‌ها برآیند- و قابل دسترس بودن اطلاعات مربوط به

سلامتی (کریون، ۱۳۸۸: ۵۵۰). قابل پذیرش بودن بدین معناست که تمام تسهیلات کالا و خدمات سلامتی باید با مراعات اخلاق پزشکی و در نظر گرفتن فرهنگ افراد، اقلیت‌ها، جوامع و ملاحظه مقتضیات جنسی و چرخه حیات و البته با احترام به اصول رازداری در اختیار نهاده شود و بالاخره، طیف متنوع امکانات باید از نظر علمی و پزشکی نیز دارای کیفیت خوبی باشد. این امر از جمله مستلزم پرسنل کارآموده پزشکی، داروهای تأییدشده علمی و دارای تاریخ مصرف معتبر است (آل کجیاف، ۱۳۹۲: ۱۵۱). امکانات پزشکی از جمله شامل نیروی انسانی نیز هست و نه تنها حضور یک پزشک عمومی در زندان الزامی است، بلکه باید در دسترس بودن پزشک متخصص برای موارد ضروری نیز تضمین گردد (Council of Europe, 2006, Art. 41, Para. 1); در حالی که آنچه امروز به ناکارآمدی سیاست اصلاح و درمان و شکست جرم‌شناسی بالینی مشهور شده است<sup>۱</sup> عمدتاً ناشی از عدم تدارک امکانات انسانی - ساختاری است که سیاست بازپروری محکومان به آن نیاز دارد (ابراهیمی، ۱۳۹۸: ۹۲۸/۴). از این روی در برخی کشورها سازوکارهایی برای دسترسی به یک دندان‌پزشک در زندان نیز پیش‌بینی شده است (UK Statutory, 1999: Art. 20, Para. 5).

مبنای اصلی حق سلامت در حقوق بین‌الملل، «حق حیات»<sup>۲</sup> است. این حق بدان معناست که هر انسانی به صرف انسان بودن حق زنده بودن و زندگی کردن را به ارث برده است و هیچ کس نباید به هیچ عنوان از این حق محروم شود. حق حیات بنیادی‌ترین حق بشر است و دیگر حقوق بشر متوقف بر این حق است و بدون حق زنده بودن، حقوق دیگر ارزش و کارایی ندارند. مطابق بند یک ماده شش میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی: حق زندگی از حقوق ذاتی شخص انسان است. این حق باید

۱. ماهیت زندان و فضای بسته آن، مستعد بروز بیماری‌های جسمانی و به ویژه روانی است و این پیامدها حتی با وجود فراهم بودن امکانات سخت‌افزاری در زندان نیز خود را نشان می‌دهد؛ برای نمونه، زندان سالداد در ایالات متحده در دوران بعد از جنگ جهانی و بسیار پیشرفته و با تمام چیزهایی که یک زندان می‌توانست داشته باشد، ساخته شد. این زندان دارای راهروهای رنگین، زمین بیس‌بال، ورزشگاه، سالن سینما، چندین کلاس و سلول‌های انفرادی بود. لکن طولی نکشید که برنامه‌های اصلاحی آن شکست خورد تا جایی که دانشمندی مانند «بی» که در ابتدا زندان سالداد را زندانی شایسته در تاریخ زندان‌ها توصیف کرده بود، در کتابش نوشت که این آرمان‌شهر، به یک بیمارستان روانی تبدیل شد (ارل، ۱۳۹۷: ۸۲).

2. The right to life.



به موجب قانون حمایت بشود. هیچ فردی را نمی‌توان خودسرانه و بدون مجوز از زندگی محروم کرد. مفهوم حق حیات نه تنها متضمن منع تعرض دولت و افراد به سلامتی و تمامیت جسمانی شهروندان است، بلکه مواردی همچون قتل با رضایت بیماران صعب‌العلاج (آتونازی) را هم با چالش جدی مواجه کرده است (قاری سیدفاطمی، ۱۳۷۹: ۱۵۸-۱۶۱).

بهره‌مندی از حق حیات، مستلزم رعایت حق سلامت است و بر این اساس، دولت باید امکانات و شرایط برخورداری از سلامت جسمی و روحی را برای همه شهروندان از جمله محکومان و افرادی که در محیط بسته زندان به سر می‌برند، فراهم آورد. آنچه از بررسی اسناد بین‌المللی مرتبط با حق سلامتی برمی‌آید، تمرکز و کوشش اسناد و نهادهای بین‌المللی بر دو محور «عدالت» و «اولویت» و ایجاد توازن مثبت در این زمینه است.

از یک سو حق سلامت یک حق بشری دانسته شده که باید بدون هر گونه تبعیض و صرف‌نظر از وضعیت قومی، مذهبی، جنسی، حقوقی و... برای همگان تأمین شود. از این منظر زندانیان نیز باید همانند دیگران از امکانات و تضمینات این حق بهره‌مند گردند. از سوی دیگر، زندانیان به جهت رفتار بودن در محیط بسته و درگیر بودن با عوامل تهدیدکننده سلامتی از اولویت بیشتری برای بهره‌مندی از این حق برخوردارند و همان گونه که گفته شده، در کنار حقوق اساسی مربوط به کلیه انسان‌ها، زندانیان به سبب وضعیت خود باید از محافظت‌های افزون‌تری برخوردار شوند و هنگامی که یک دولت افراد را از آزادی‌شان محروم می‌کند، مسئولیت مراقبت از سلامتی آنان را چه در خصوص شرایط نگهداری و چه درمان‌های فردی آنان که ممکن است در نتیجه نگهداری‌شان لازم باشد، عهده‌دار می‌شود (Coyle & Fair, 2018: 50). این مسئولیت همچنین مستلزم رایگان بودن دسترسی به امکانات پزشکی برای زندانیان خواهد بود (ODIHR, 2018: 145).

همانند این اولویت در میان خود زندانیان نیز لازم‌الرعايه است و برخی گروه‌های زندانیان به ویژه بیماران سخت‌درمان و بی‌درمان باید در اولویت اقدامات تقنینی و اجرایی حفظ سلامتی قرار گیرند و در صورت نبود این امکانات در زندان،

سازوکارهایی برای درمان آن‌ها در بیرون زندان پیش‌بینی گردد.

امروزه آزادی زودهنگام، مرخصی، کاهش مجازات یا عفو زندانی، از جمله استانداردهای بین‌المللی رفتار با عموم زندانیان بیمار است و در خصوص زندانیانی که دچار بیماری‌های وخیم هستند و امیدی به معالجه آنان نیست، توصیه شده که آن‌ها باید آزاد شده و در مکانی تحت نظر قرار گیرند تا بتوان آخرین معالجه‌های پزشکی را با کمک خانواده و دوستان روی آن‌ها انجام داد (سازمان اصلاحات جزایی بین‌المللی، ۱۳۸۱: ۸۳).

به هر روی در شناسایی و کاربرست حمایت‌های ترجیحی در خصوص محکومان بیمار نباید بر ذهنیت‌های سنتی مبتنی بر اصل تساوی مجازات‌ها در چارچوب عدالت کمی پافشاری کرد؛ چرا که این ارفاقات کیفری در چارچوب سیاست کیفری تفریدی مبتنی بر عدالت کیفی، قابل درک و تحلیل است.

## ۲-۲-۱. حقوق داخلی

اصل ۳۹ قانون اساسی ج.ا.ا. رعایت کرامت انسانی متهمان و محکومان کیفری را مورد توجه قرار داده و هتک حرمت و حیثیت زندانی را به هر صورت که باشد، ممنوع و موجب مجازات دانسته است. اصل ۲۹ نیز حق بر خدمات بهداشتی و درمانی را برای همگان به رسمیت شناخته و مقرر می‌دارد:

«تأمین اجتماعی از نظر بازنشستگی، بیکاری و پیری، ازکارافتادگی، بی‌سرپرستی، درراه‌ماندگی، حوادث و سوانح، نیاز به خدمات بهداشتی و درمانی و مراقبت‌های پزشکی به صورت بیمه و... حقی است همگانی».

انضمام دو اصل، مقتضی رعایت خدمات و مراقبت‌های بهداشتی در خصوص زندانیان بیمار به ویژه مبتلایان به بیماری‌های سخت‌درمان است.<sup>۱</sup>

۱. از چشم‌انداز حقوق عمومی، تعهدات دولت در قبال ارتقای حق بر سلامت دارای سه بعد است: تعهد به احترام؛ یعنی دولت به شیوه‌ای عمل کند که آزادی عمل فرد و کرامت او حفظ شود. در رابطه با حق بر سلامت، این امر از طریق قوانین و سیاست‌های حکومتی اعمال می‌شود. تعهد به حمایت که طبق این تعهد، حقوق افراد محترم است و نه تنها دولت نباید مداخله کند، بلکه باید از مداخله اشخاص ثالث هم جلوگیری به عمل آورد. تعهد به ایفاء که طبق این تعهد، دولت‌ها ملزم به انجام اقداماتی هستند که افراد را در عمل قادر به برخورداری از سلامت می‌کند؛ از جمله این اقدامات، اقدامات تقنینی، اداری، بودجه‌ای و قضایی است (عباسی، رضایی و دهقانی، ۱۳۹۳: ۱۸۵).

مبنای اصلی حق سلامت در حقوق داخلی «کرامت انسانی»<sup>۱</sup> است. اسلام برای انسان دو نوع کرامت طبیعی یا ذاتی و کرامت اکتسابی قائل شده است. برخی گفته‌اند که از نتایج اجتماعی کرامت ذاتی انسان، حق حیات وی در میان همه جانداران و هم‌نوعان می‌باشد و همه افراد انسانی به تساوی از این حق برخوردارند (هاشمی، ۱۳۹۴: ۹۳/۱). تکریم انسان و برتری او بر همه موجودات، در آیه ۷۰ سوره اسراء و «ایمان به کرامت و ارزش والای انسان» در بند ششم اصل دوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مورد تأکید قرار گرفته است. برخی گفته‌اند که کرامت ذاتی، مبنای حقوق بشر محسوب می‌شود و افراد بما هو انسان، از حقوق بشر بهره‌مند بوده و در دوران پسااجتماع و پدید آمدن حکومت‌ها و فرمانروایی هیئت حاکمه، مدعی حق‌های بشری خود هستند (حبیب‌زاده و فرج‌پور اصل مرندی، ۱۳۹۵: ۱۱۵). این حق نیز از خصیصه تبعیض‌ناپذیری برخوردار است و دولت باید اصل و لوازم این حق را به طور یکسان در مورد افراد عادی و محکومان جزایی تضمین نماید و روشن است که سلامت افراد از مهم‌ترین ابعاد کرامت انسانی است و رعایت این حق در خصوص زندانیان بیمار، مقتضی انجام اقدامات درمانی و معالجاتی است.

در نظام حقوقی ایران، ماده ۵۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مربوط به بیماری محکومان جزایی است که به طور کلی بیماری جسمی یا روانی محکوم‌علیه را موجب تعویق اجرای مجازات دانسته است. مواد ۵۰۱ و ۵۰۳ این قانون نیز وضعیت ویژه بانوان و جنون محکوم‌علیه را مورد توجه قرار داده‌اند. همچنین برابر تبصره ۲ ماده ۶۹ آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌های کشور، محکومان معرفی‌شده به زندان که وضعیت ظاهری آن‌ها حکایت از بیماری‌های روانی و جسمانی دارد، باید پیش از پذیرش، توسط پزشک معتمد مورد معاینه قرار گرفته و در صورت نیاز به مراقبت‌های پزشکی و بیمارستانی، مراتب به قاضی مربوط اعلام گردد.<sup>۲</sup>

### 1. Human dignity.

۲. با وجود ثبت وضعیت پزشکی در پرونده زندانیان، گفته شده که در بدو ورود بیماران خاص، از جمله مبتلایان به ایدز و هپاتیت شناسایی می‌گردند و در خصوص آن‌ها با احتیاط بیشتری اقدام می‌شود. هرچند که در بیشتر زندان‌ها این بیماران از سایر زندانیان تفکیک نمی‌شوند و در کنار دیگران زندگی می‌کنند و در بیشتر موارد سعی بر آن است که سایر زندانیان از این امر اطلاعی پیدا نکنند (ابراهیمی، ۱۳۹۸: ۹۲۰).

آیین‌نامه پیش‌گفته مقررات دیگری در حمایت از حق سلامت زندانیان به ویژه بیماران سخت‌درمان و بی‌درمان پیش‌بینی کرده که برخی از آن‌ها عبارت‌اند از: رسیدگی به وضع بیماران صعب‌العلاج یا لاعلاج و اقدام بر اساس مقررات آ.د.ک. (تبصره ماده ۱۰۳ آ.س.ز)؛ ضرورت اعطای مرخصی یک ماهه و امکان تمدید آن به زندانیانی که مبتلا به بیماری صعب‌العلاج باشند یا امکان معالجه آنان در زندان فراهم نباشد یا ادامه حبس موجب شدت بیماری یا تأخیر در بهبودی‌اش باشد یا اینکه قادر به تحمل حبس نباشند (ماده ۲۲۹ آ.س.ز) و ضرورت ارائه پیشنهاد عفو از جانب رئیس زندان برای محکومان مبتلا به بیماری‌های روانی و بیماری‌های خاص و لاعلاج (تبصره ماده ۱۱۶ و تبصره ماده ۱۲۹ آ.س.ز).

با وجود این، رویکرد قانونی - قضایی در ایران بیشتر ناظر به نگهداری و درمان زندانیان بیمار در محیط زندان یا بیمارستان تحت نظارت مقامات قضایی است، در حالی که تأمین نیازهای درمانی و مراقبتی بیماران، نیاز به تجهیزات خاصی دارد که در بسیاری از شهرهای محروم و دورافتاده نه تنها در زندان، بلکه در بیمارستان هم وجود ندارد. از این روی در کشورهای مختلف، قانون‌گذار این امکان را پیش‌بینی کرده است که اگر بزهکار به دلیل بیماری یا ضعف جسمی و... توان تحمل کیفر را نداشته باشد، از تحمل آن معاف شود (خانی، لکی و نصرآبادی، ۱۳۹۲: ۱۱۴). از سوی دیگر در نظام حقوقی ایران، بالاترین ارفاق قانونی برای بیماران سخت‌درمان، استفاده از نهادهایی همچون تعویق یا تبدیل - و در چارچوب فرایند اجرای مجازات - است، در حالی که جهات زیادی ایجاب می‌کند که بیماری سخت‌درمان یا بی‌درمان زندانی به عنوان عذر قانونی و الزام‌آور برای پایان زندان و رهایی از آن در نظر گرفته شود.

## ۲. قلمرو بیماری‌های سخت‌درمان

بررسی و تحلیل پیامدهای کیفری بیماری سخت‌درمان بدون شناخت قلمرو این بیماری‌ها و مصادیق آن امکان‌پذیر نیست. هرچند در دید نخست، بیماری سخت‌درمان بیماری‌هایی همچون سرطان دانسته می‌شود، از دیدگاه کارشناسی، بیماری سخت‌درمان مفهومی گسترده‌تر از بیماری‌های درمان‌ناپذیر و بیماری‌های نادر و خاص دارد. از

جنبه مفهومی، بیماری سخت‌درمان<sup>۱</sup> به بیماری‌هایی گفته می‌شود که پاسخ به درمان آن دشوار و دوره درمان آن زمان‌بر و پرهزینه است (Miller & Keane & O'Toole, 2003: 163). اما بیماری بی‌درمان یا درمان‌ناپذیر<sup>۲</sup> مفهومی محدودتر دارد و به بیماری‌ای گفته می‌شود که هیچ درمانی و یا درمان مناسبی برایش وجود نداشته باشد و در کوتاه‌مدت سبب مرگ بیمار شود.

در قانون تأمین اجتماعی انگلستان، بیماری درمان‌ناپذیر (لاعالج) به «یک بیماری پیش‌رونده که مرگ به عنوان پیامد منطقی آن در عرض ۶ ماه قابل انتظار است» تعریف شده است (Farlex, 2012: 413). در واقع، وجه تمایز این دو، «امید به درمان» در گونه نخست - هرچند زمان‌بر و با سختی و هزینه زیاد- و نبود امید به درمان و «انتظار مرگ» در گونه دوم است.

از سوی دیگر، بیماری‌های نادر بیشتر دارای زمینه‌های ژنتیکی و با شیوع بسیار کم هستند. با توجه به دسته‌بندی‌های علمی و جهانی «بنیاد بیماری‌های نادر» ایران که یک سازمان خصوصی و مردم نهاد است، حدود ۲۰ انجمن بیماری‌های نادر و ژنتیکی همچون ALS، دیستروفی، آتروفی، MPS و EB را تحت حمایت خود قرار داده است. اما بیماری خاص مفهومی محدودتر دارد و تنها بیماری‌های تالاسمی، هموفیلی و دیالیز با نام بیماری خاص شناخته می‌شوند؛ به گونه‌ای که «بنیاد بیماری‌های خاص» نیز در درجه نخست این بیماری‌ها را تحت حمایت خود قرار داده که هزینه‌های آن به صورت کاملاً رایگان است و تحت پوشش بنیاد امور بیماری‌های خاص انجام می‌شود.<sup>۳</sup> در ادامه، مصادیق بیماری‌های سخت‌درمان جسمی، واگیردار و روانی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

## ۱-۲. بیماری‌های جسمی

آنچه در تعریف بیماری سخت‌درمان گفته شد، به جهت لغزندگی مفهومی خود

1. Refractory.

2. Terminal illness.

۳. گفتنی است که در حال حاضر به دلیل میزان شیوع و هزینه‌های بالای درمانی، برخی بیماران صعب‌العلاج (مانند سرطان، ام.اس.، پیوند کلیه، دیابت و ای.بی.، متابولیک، پروانه‌ای و اوتیسم) نیز تحت پوشش این بنیاد قرار دارند.

به‌تنهایی برای تعیین دامنه این بیماری‌ها راهگشا نیست و باید معیار دقیق‌تری در این زمینه جستجو کرد. شوربختانه قوانین موضوعه دقیقی در این زمینه وجود ندارد و آنچه هست، آیین‌نامه‌های داخلی و رویه‌های عملی متغیر سازمان‌های خدمات‌رسان به بیماران سخت‌درمان است؛ برای نمونه برابر دستورالعمل برنامه حفاظت مالی از بیماران صعب‌العلاج، خاص و نیازمند مصوب ۱۳۹۳/۰۲/۱۵ وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، مجموعاً ۱۸ بیماری: هموفیلی، تالاسمی، ام.اس.، دیالیز خونی، دیالیز صفاقی، پیوند کلیه، کاشت حلزون، سرطان، سوختگی، بستری طولانی‌مدت در بخش‌های ویژه، بیماری‌های روانی، پیوند اعضا و فراهم‌آوری، بی.ام.تی.، مسمومیت‌ها، اسکولیوز، صرع مقاوم به درمان، هیپاتیت مقاوم در تالاسمی و هموفیلی و جراحی دی.بی.اس. برای بیماران پارکینسون و دیستونی، مشمول حمایت مالی این وزارتخانه هستند (وزارت بهداشت، ۱۳۹۳: ۴۸) و برابر دستورالعمل بسته حمایتی بیماران خاص، صعب‌العلاج و پیوند نیز بیماری‌های خاص مورد حمایت شامل هموفیلی، تالاسمی، دیالیز خونی، ام.اس.، متابولیک و بال‌پروانه‌ای است و بیماری‌های صعب‌العلاج شامل پیوند اعضا (کلیه، کبد، قلب، ریه، روده، پانکراس و مغز استخوان) و سرطان است ([www.medicare.health.gov.au](http://www.medicare.health.gov.au)).

در این زمینه، مصوبه ستاد کل نیروهای مسلح در سال ۱۳۸۶ در خصوص حمایت درمانی از بیماران خاص نیروهای مسلح دارای اهمیت است که در مرحله اول، ۱۷ گروه بیماری به عنوان صعب‌العلاج شناخته شد و در بازنگری آن، ۱۲ بیماری دیگر به آن‌ها اضافه شد و در حال حاضر، ۲۹ گروه از بیماران مشمول این طرح شده‌اند که علاوه بر بهره‌مندی از خدمات بیمه اولیه و مکمل درمان، از مزایای درمانی خارج از شمول تعهدات نیز استفاده می‌کنند.

۲۹ گروه بیماری تحت پوشش سازمان خدمات درمانی نیروهای مسلح شامل هموفیلی، تالاسمی، دیالیز، پیوند کلیه، مولتیپل اسکلروزیس (ام.اس.)، پیوند اعضا (قلب، ریه، کبد و مغز استخوان)، انواع بیماری‌های بدخیم (غیر از تومورهای محدود پوستی)، دیابت قندی وابسته به انسولین، سیروز کبدی (بیماری‌های پیشرفته کبدی)، هیپاتیت (D, B, C)، فیروز ریه، بیماری نارسایی مزمن کلیه (غیر دیالیزی)، بیماری

CHF پیشرفته (نارسایی قلبی)، بیماری‌های همراه با استومی بلندمدت، اسکیزوفرنی، تومورهای خوش خیم مغزی عارضه‌دار، دیابت بی‌مزه، نارسایی تنفسی شدید نیازمند اکسیژن‌درمانی، کارگزاری فیبریلاتور قلبی (ICD)، نارسایی قلبی (مراحل پیشرفته)، معلولیت ذهنی با ضریب هوشی زیر ۵۰، فلج دائمی حداقل دو اندام CP و قطع نخاع، بیماری‌های متابولیک ناتوان‌کننده، بیماران دچار آلزایمر بالای ۶۰ سال نیازمند نگهداری، سوختگی شدید منجر به اختلال عملکرد حرکت واضح و کرون و کولیت اولسراتیو، بیماری‌های روماتیسمی شدید و مقاوم به درمان‌های معمول شامل: آرتریت، روماتوئید، لوپوس و اسپوندیلیت انکیلوزان، پسوریازیس عارضه‌دار مقاوم به درمان، کاشت حلزون شنوایی و بیماری‌های تحریک عصبی نخاع، آمیوتروفیک لیترال اسکلروزیس (ALS) می‌شود (<<https://www.tamin.ir>>).

این فهرست تنها دسته‌بندی جامع و مشخص از بیماری‌های سخت‌درمان در نظام حقوقی ایران است که رفته‌رفته در خصوص بیماران عادی هم در حال اعمال است. با وجود این در عرف پزشکی، بیماری‌های سخت‌درمان گونه‌های زیادی دارند که دقیقاً منطبق با این فهرست نیست. برخی از این بیماری‌ها نیاز به «مراقبت‌های ویژه» و برخی نیاز به «درمان‌های ویژه» دارند. آرتریت،<sup>۱</sup> روماتیسم مفصلی،<sup>۲</sup> اسپوندیلیت انکیلوزان،<sup>۳</sup> اسکلوروز جانبی آمیوتروفیک،<sup>۴</sup> لوپوس،<sup>۵</sup> مولتیپل اسکلروزیس،<sup>۶</sup> سوختگی پسوریازیس،<sup>۷</sup> میوپاتی،<sup>۸</sup> نوروپاتی،<sup>۹</sup> استوما،<sup>۱۰</sup> سرطان یا چنگار،<sup>۱۱</sup> کاشکسی،<sup>۱۲</sup>

1. Arthritis.
2. Rheumatoid Arthritis.
3. Ankylosing Spondylitis.
4. Amyotrophic Lateral Sclerosis.
5. Systemic Lupus Erythematosus.
6. Multiplesclerosis.
7. Psoriasis.
8. Miophaty.
9. Neueopathy.
10. Stoma.
11. Cancer.
12. Cachexia.

آدیسون<sup>۱</sup> و پارکینسون<sup>۲</sup> در مراحل پیشرفته، از جمله بیماری‌هایی هستند که نیاز به مراقبت‌های ویژه دارند و درمان‌ها حمایتی و نگهدارنده و در جهت تسکین درد و کاهش عوارض است. بیماران پیوندی یا قطع نخاعی هم در این دسته قرار دارند (ولی‌نواز و واحدی‌زاده، ۱۳۹۷: ۱۶۰). در این بیماری‌ها به جهت ضعیف شدن یا از بین رفتن عملکرد اعضای داخلی و بیرونی بدن، فرد محدودیت‌های حرکتی دارد و نیازمند مراقبت و همراهی و پرستاری ویژه است و در زمانی که بیمار در زندان به سر می‌برد، این امکانات برای او فراهم نیست و در حال حاضر در بیشتر و چه بسا می‌توان گفت در هیچ یک از زندان‌های ما چنین بخش‌های مجهز درمانی برای نگهداری این گونه افراد وجود ندارد.

افزون بر این، برخی از بیماری‌ها نیز وجود دارند که نیاز به مداخلات درمانی ویژه دارند. سیروز کبدی،<sup>۳</sup> کبد چرب، افزایش فشار خون ریوی،<sup>۴</sup> بیماری مزمن انسدادی ریه،<sup>۵</sup> نارسایی قلبی،<sup>۶</sup> کاردیومیوپاتی،<sup>۷</sup> نارسایی کلیوی،<sup>۸</sup> دیابت،<sup>۹</sup> سندرم کوشینگ،<sup>۱۰</sup> آسم،<sup>۱۱</sup> بیماری‌های التهابی روده،<sup>۱۲</sup> نمونه‌هایی از این دسته‌اند. این بیماری‌ها در مراحل اولیه ممکن است با نظارت پرشکان زندان بر مصرف دارو با استفاده از تجهیزات درمانگاهی زندان قابل کنترل باشند، اما با پیشرفت بیماری، بیمار باید در بخش‌های مراقبتی ویژه بستری شده و تحت درمان قرار گیرد تا با انجام آزمایشات دوره‌ای و مشاهده میزان تأثیر دارو یا اقدامات پزشکی، جلوی پیشرفت بیماری گرفته شود.

- 
1. Addison.
  2. Parkinson.
  3. Cirrhosis.
  4. Pulmonary Hyper Tension.
  5. Chronic Obstructive Pulmonary Disease.
  6. Cardiomyopathy.
  7. Diabetes.
  8. Cushing Syndrome.
  9. Asthma.
  10. Inflammatory Bowel Disease.



از آنجا که سلامت، بزرگ‌ترین موهبت خدادادی و مهم‌ترین حق بشری است، حاکم بر دیگر حقوق و به ویژه حق عمومی مجازات بزهکاران است. بر مبنای چنین رویکردی، تشخیص بیماری سخت‌درمان، پیرو دو ضابطه قانونی و عرفی است؛ از یک سو باید به فهرست ۲۹ گانه ستاد کل نیروهای مسلح، به عنوان «فهرست حداقلی» و الزامی بیماری‌های سخت‌درمان نگریسته شود (ضابطه قانونی) و از سوی دیگر چنانچه در عرف پزشکی بیماری وجود دارد که درمان آن دشوار، زمان‌بر و پرهزینه است (ضابطه عرفی)، بایستی به عنوان بیماری سخت‌درمان شناخته شده و ارفاقات قانونی در مورد آن اعمال گردد. بر این اساس، بیماری سخت‌درمان محدود به بیماری‌های جسمی غیرواگیردار نیست و اولاً بسیاری از بیماری‌های واگیردار مانند ایدز و هپاتیت نیز در زمره بیماری سخت‌درمان به شمار می‌آیند و ثانیاً بیماری سخت‌درمان تنها بیماری جسمی نیست و شامل بسیاری از بیماری‌های روانی همچون شیذوفرنی و آلزایمر و مانند آن هم هست.

## ۲-۲. بیماری‌های واگیردار

بیماری‌های عفونی و واگیردار بیشتر از آن هستند که شمرده شوند، لکن کشنده‌ترین بیماری‌های واگیردار که علت مرگ میلیون‌ها نفر در سراسر جهان بوده‌اند، شامل بیماری‌های سل، ایدز، وبا، مالاریا، سرخک، سیاه سرفه، تب زرد، کزاز، منتزیت، هپاتیت B و بیماری‌های عفونی دستگاه تنفسی تحتانی است (طباطبایی و همکاران، ۱۳۸۵: ۱۱۳-۱۶۳). پژوهش‌های میدانی نشان داده که ارتباط معناداری بین زندان، اعتیاد و بیماری‌های عفونی و واگیردار مانند ایدز، سفلیس و حتی هپاتیت وجود دارد (ولی‌نواز و واحدی‌زاده، ۱۳۹۷: ۱۵۸). همراهی و هم‌پیوندی نزدیک زندان و مواد مخدر قابل انکار نیست.

در گزارش جهانی مواد مخدر که به تازگی از سوی مرکز مبارزه با جرم و مواد مخدر سازمان ملل ارائه شده، تحلیل مفصل و عمیقی از مصرف مواد و پیامدهای ناگوار آن بر سلامت در محیط زندان ارائه شده است. این گزارش نشان می‌دهد که شیوع بیماری‌های عفونی همچون اچ.آی.وی، هپاتیت سی، و سل و همچنین خطرات

مربوط به آن‌ها، به طور نسبی در زندان‌ها در مقایسه با جمعیت کل بیشتر است؛ در حالی که در همین گزارش آمده است که ۴۶ کشور، امکان ارائه درمان جایگزین مواد شبه افیونی در زندان را ندارند و برنامه‌های سوزن و سرنگ نیز در زندان بسیار به ندرت در دسترس است و فقدان چنین برنامه‌هایی در ۸۳ کشور تأیید شده است (UNODC, 2019: 7). محدودیت دسترسی به امکانات بهداشتی، دشوار شدن حفظ بهداشت فردی و عدم امکان تغذیه مناسب و بیماری‌هایی همچون آلودگی به ایدز، هپاتیت، آنفلوآنزا، سل ریوی، عفونت‌های انگلی، بیماری‌های پوستی و بیماری‌های منتقله از راه جنسی، از جمله مشکلات و بیماری‌های شایع در زندان‌های شلوغ هستند که سلامت جسمی زندانیان را تهدید می‌کنند (کاظمی، ۱۳۹۶: ۲۵۴).

با وجود این، واقعیت پزشکی و بهداشتی این است که حتی در شرایطی که جمعیت زندانیان متناسب با فضای زندان باشد، این جمعیت بیش از جمعیت عادی در معرض خطر مشکلات بهداشتی است. حال اگر در چنین محیطی، تعداد زندانیان هم افزایش یابد، بر شدت مشکلات بهداشت فردی شامل بیماری‌های عفونی مزمن و اختلالات روانی نیز افزوده می‌گردد. از این روی در کنار کوشش‌های متعارف برای اصلاح و درمان معتادان، شایسته است اقدامات قانونی و قضایی صریح و روشن‌تری برای شناسایی اعتیاد به عنوان یکی از مصادیق بیماری سخت‌درمان و اعمال ارفاقات قانونی در این زمینه برداشته شود.

## ۲-۳. بیماری‌های روانی

بیماری روانی اعم از جنون یا سایر اختلالات روحی و روانی است. آرزایمر شایع‌ترین بیماری در میان افراد بالای ۶۵ سال است. این بیماری نوعی اختلال عملکرد مغزی است که بر اثر آن به تدریج توانایی‌های ذهنی بیمار تحلیل می‌رود. در بیماری ام.اس. نیز سلول‌های عصبی در مغز و نخاع آسیب می‌بینند و این آسیب‌دیدگی می‌تواند در توانایی بخش‌هایی از سیستم عصبی که مسئول ارتباط هستند، اختلال ایجاد کند. اسکیزوفرنی، اختلال دوقطبی، اختلال استرس حاد، سایکوز، اوتیسم و اختلال هذیانی، نمونه‌های دیگری از بیماری‌های روانی هستند. بیشتر بیماری‌های روانی

برخلاف بیماری‌های جسمی، آثار بیرونی آشکاری ندارند و پیشرفت آن‌ها در مراحل ابتدایی آهسته و پیوسته است. بنابراین حتی بیماری‌هایی مانند افسردگی و اضطراب نیز اگر در مراحل ابتدایی مورد بررسی و رسیدگی جدی‌تر قرار نگیرند، با توجه به عوامل تشدیدکننده بیماری‌های روانی در زندان، پس از زمان اندک درمان آن‌ها دشوار و چه‌بسا غیر ممکن گردد. از این روی اقدامات تشخیصی در بدو ورود زندانی و تشکیل پرونده پزشکی و بررسی مستمر سلامت روانی زندانیان، ضرورت دوچندان دارد.

این نکته را هم باید در نظر داشت که اثر مجازات به جهت ترس‌آوری و خوارکنندگی، بر ایجاد و تشدید بیماری و یا تأخیر در بهبودی، بیشتر و ویرانگرتر از اثر آن بر بیماری‌های جسمی است. با وجود این، پژوهش‌های میدانی نشان می‌دهد که پزشکی قانونی در احراز مفهوم «عدم تحمل کیفر» بیشتر به بیماری‌های جسمی مانع اجرای مجازات بدنی نظر دارد. نتایج یک پژوهش نشان داده موارد مهم بیماری‌هایی که موجب عدم تحمل کیفر شلاق می‌شوند، عبارت‌اند از: نارسایی حاد و مزمن قلب، کبد، کلیه و تنفسی؛ پیوند عضو؛ وجود اختلالات همولیزدهنده و انعقادی؛ ابتلا به بیماری‌های عروقی قلب، افزایش فشار خون شدید؛ ابتلا به ضایعات پوستی دارای پدیده کوبرنر؛ ابتلا به بیماری صرع؛ بیماران شدیداً ناتوان و کاشکتیک مانند مبتلایان به بدخیمی‌ها، سل پیشرفته، ایدز، و کلیه شرایط مرحله پایانی بیماری (میرجیلی و همکاران، ۱۳۹۷: کد ۴۶۶۷)؛ در حالی که بیماری روانی نیز می‌تواند در زمره بیماری سخت‌درمان به شمار آمده و درمان بیمار در زندان ناممکن باشد.

### ۳. آثار حق سلامت بیماری سخت‌درمان

در نظام حقوقی کنونی ما، پیامدهای حقوقی بیماری محکوم‌علیه در قالب تعویق و یا تبدیل مجازات نمایان می‌شود. هرچند تأخیر در اجرای مجازات یا تبدیل آن گام بزرگی در راستای حفظ سلامتی محکوم‌علیه است، لکن بسنده نیست و دست‌کم در مورد زندانیانی که به بیماری‌های سخت‌درمان دچارند، معافیت و سقوط مجازات باید مورد بررسی قرار گیرد. در ادامه، پیامدهای قانونی موجود در خصوص بیماری محکومان بررسی شده و نهاد سقوط مجازات امکان‌سنجی می‌گردد.

### ۳-۱. تعویق اجرای مجازات

برابر ماده ۵۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری:

«هر گاه محکوم علیه به بیماری جسمی یا روانی مبتلا باشد و اجرای مجازات موجب تشدید بیماری و یا تأخیر در بهبودی وی شود، قاضی اجرای احکام کیفری با کسب نظر پزشکی قانونی تا زمان بهبودی، اجرای مجازات را به تعویق می‌اندازد».

گفته شده که این تعویق شامل اجرای همه مجازات‌ها، اعم از حدود، قصاص، دیات و تعزیرات می‌گردد و تا بهبودی محکوم علیه ادامه می‌یابد (خالقی، ۱۳۹۳: ۳۹۷).  
تعویق اجرای مجازات محکوم علیه در بردارنده بیماری‌های جسمی (شامل بیماری‌های حرکتی، واگیردار و مانند آن) و روانی (شامل جنون و اختلالات روحی و روانی) است و در صورتی انجام می‌شود که اجرای مجازات، موجب «تشدید بیماری» و یا «تأخیر در بهبودی» بیمار شود. با وجود این، قانون‌گذار در ماده ۵۰۳ قانون آیین دادرسی کیفری در جرایم تعزیری، نوع خاصی از بیماری روانی یعنی جنون را - جز در مجازات‌های مالی که از اموال محکوم علیه وصول می‌شود-، به طور مطلق موجب تعویق دانسته است:  
«هر گاه محکوم علیه در جرائم تعزیری، پس از صدور حکم قطعی، مبتلا به جنون شود، تا زمان افاقه، اجرای حکم به تعویق می‌افتد».

در واقع می‌توان گفت قانون‌گذار تشدید بیماری یا تأخیر در بهبودی را در مورد «بیماری جنون» مسلم فرض کرده و جنون را اماره قانونی تشدید بیماری دانسته است.  
حکم تعویق اجرای مجازات موضوع ماده ۵۰۱ ق.آ.د.ک. ناظر به زمانی است که محکوم علیه پس از صدور حکم قطعی و پیش از ورود به زندان دیوانه شود.<sup>۱</sup> با وجود این، هر گاه حین اجرای مجازات نیز بیماری حادث شود و تعویق اجرای مجازات فوریت داشته باشد، قاضی اجرای احکام کیفری ضمن صدور دستور توقف اجرای آن، طبق

۱. به تازگی برابر بند الف ماده ۲ دستورالعمل ساماندهی زندانیان و کاهش جمعیت کیفری زندانیان مصوب ۱۳۹۸/۵/۳۱ رئیس قوه قضاییه، به منظور کاهش صدور قرارهای تأمین کیفری منتهی به بازداشت، دادستان‌ها یا معاونان آن‌ها تا حد امکان باید شخصاً نسبت به ضرورت قانونی، عواقب و آثار قرار بازداشت برای بیماران بررسی و اعلام نظر نمایند. الزام دادستان یا معاون وی به اظهار نظر شخصی در این مورد به خودی خود می‌تواند در کاهش صدور قرار بازداشت موقت برای بیماران مؤثر باشد.

مقررات این ماده اقدام می‌کند.

همچنین اگر کسی در حین تحمل حبس دچار جنون گردد، تا زمان بهبودی در بیمارستان روانی یا مکان مناسب دیگری نگهداری می‌شود. در این زمینه برخی معتقدند که احتساب این ایام جزء مدت محکومیت اگرچه به نفع محکوم است، ولی با اهداف مجازات‌ها همخوانی ندارد؛ چرا که وقتی محکوم در حال جنون است، نه اصلاح در اثر حبس حاصل می‌گردد و نه تنبیه را درک می‌کند؛ چون در آن زمان فاقد شعور و ادراک لازم است (صفاری، ۱۳۹۲: ۱۷۷). با وجود این از نظر قانون‌گذار، این ایام جزء مدت محکومیت وی محاسبه می‌شود (تبصره ماده ۵۰۳ ق.آ.د.ک.).

تعویق اجرای مجازات به جهت بیماری جسمی یا روانی محکوم علیه، اقدامی قضایی است که با جلب نظر کارشناسی پزشکی قانون انجام می‌شود.<sup>۱</sup> برابر بند ۴۸۹ قانون آیین دادرسی کیفری، اتخاذ تصمیم درباره محکومان سالمند، مبتلایان به بیماری‌های روانی و بیماری‌های جسمی صعب‌العلاج و سایر افراد محکوم نیازمند به مراقبت و توجه ویژه، از قبیل صدور اجازه بستری برای آن‌ها در مراکز درمانی بر اساس ضوابط و مقررات، از جمله وظایف قاضی اجرای احکام است.<sup>۲</sup> در راستای عمل به

۱. برابر تبصره ۳ ماده ۱۷ دستورالعمل ساماندهی زندانیان، رئیس زندان زندانیان بیمار را جهت اخذ نظر پزشکی قانونی به قاضی اجرای احکام کیفری معرفی می‌نماید. اظهار نظر پزشکی قانونی باید صریح، روشن و منطبق بر قیود مذکور در ماده ۵۰۲ قانون مذکور باشد. از دید نگارنده هرچند ضرورت صراحت و روشن بودن اظهار نظر پزشکی قانونی هر گونه ابهام در نظریه او را از بین می‌برد، لکن سختگیری در رعایت دقیق قیود و شرایط ماده ۵۰۲، عملاً موجب کاهش موارد اعمال این ماده قانونی و در نتیجه اجرای بیشتر مجازات زندان می‌شود.

۲. برابر ماده ۱۷ دستورالعمل ساماندهی زندانیان، قضات اجرای احکام کیفری مطابق مفاد مواد ۴۸۹، ۵۰۲، ۵۵۲ و ۵۵۳ قانون آیین دادرسی کیفری، وظیفه اتخاذ تصمیم درباره محکومان سالمند، محکومان مبتلا به بیماری‌های جسمی و روانی و دیگر زندانیان نیازمند به مراقبت و توجه ویژه و پیشنهاد کاهش مدت تعلیق اجرای مجازات محکومان را بر عهده داشته و مکلف‌اند با بررسی پرونده‌ها در اسرع وقت اقدام مقتضی را به عمل آورند. مفاد این ماده از جهت الزام قاضی اجرای احکام به سرعت‌بخشی در انجام وظایف، امری پذیرفتنی است؛ لکن راهکار ویژه‌ای برای زندان‌زدایی از بیماران ارائه نکرده است. افزون بر این، نظارت قاضی اجرای احکام به عنوان یک مدل نظارتی درون‌سازمانی از سوی برخی، مورد انتقاد قرار گرفته و گفته شده اراده قانون‌گذار در مورد مسئله نظارت بر زندان و تظلم زندانیان هیچ‌گاه بر آن نبوده است تا مدل نظارت خارج از نظام قضایی -برای مثال از سوی جامعه مدنی یا دیگر قوای حاکمیتی- را بپذیرد (غلامپور و دیگران، ۱۳۹۷: ۲۰۷).

وظیفه مندرج در بند ۴۸۹ ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی کیفری، قاضی اجرای احکام موظف است محکوم را به پزشکی قانونی اعزام کند و دستور دهد در خصوص بیماری یا ابتلاء محکوم به جنون اظهار نظر نمایند. پزشکان قانونی، زندانی را معاینه و پس از انجام مشاوره معمولاً یکی از سه متن زیر را اعلام می‌دارند: ۱. رو به بهبود است و می‌تواند برای ادامه درمان در بیمارستان زندان بستری شود و پس از بهبود به بازداشتگاه اعزام گردد؛ ۲. با درمان از شدت بیماری کاسته شده و لازم است به مدت... روز دیگر تحت درمان باشد، با معاینه مجدد اظهار نظر خواهد شد؛ ۳. درمان‌ها مؤثر نبوده، حال بیمار وخیم است، احتمال خطر می‌رود (گودرزی و کیانی، ۱۳۹۳: ۳۸۸).

در عمل، پزشک قانونی به سؤالاتی از این قبیل پاسخ می‌دهد: آیا محکوم قادر به تحمل کیفر حبس می‌باشد؟ آیا اجرای حبس بیماری محکوم را تشدید نمی‌کند؟ آیا با اجرای حکم حبس در بهبودی بیماری محکوم تأخیر ایجاد می‌شود؟

از حیث اجرایی، معمولاً زندانیان اگر بیمار باشند، طبق دستورالعمل به بهداری زندان معرفی می‌شوند که اگر بیماری سرپایی باشد، برایش دارو تجویز می‌شود و اگر نیاز به بستری شدن داشته باشد، بستری و درمان می‌شود. گاهی زندانی دچار بیماری صعب‌العلاج است که در بهداری زندان، وسایل لازم برای درمان او موجود نیست. در این صورت، مراتب به دادیار ناظر زندان اعلام می‌شود و زندانی از جانب وی به پزشکی قانونی معرفی می‌گردد. پزشکان قانونی با معاینه زندانی اظهار نظر می‌کنند که امکان درمان او در بهداری زندان وجود دارد یا باید به بخش تخصصی منتقل شود. این بخش اگر در بیمارستان نیروی انتظامی وجود داشته باشد، ارجح است وگرنه به یک بخش ترجیحاً دانشگاهی فرستاده می‌شود. در آنجا پزشکان قانونی به اتفاق پزشکان معالج پس از مدت مناسب زندانی را معاینه می‌کنند و پس از انجام مشاوره و در خصوص ادامه درمان، بهبودی و عودت به زندان اعلام نظر می‌کنند (زعفری و پنجه‌پور، ۱۳۹۵: ۳۲۰).

در یک پژوهش میدانی، پرونده ۳۰۰ مراجعه‌کننده به پزشکی قانونی مدعی عدم تحمل کیفر شامل ۲۸۵ مرد (۹۵٪) و ۱۵ زن (۵٪) مورد بررسی قرار گرفت و نتایج پژوهش نشان داد که ۴۰ درصد محکومان قادر به تحمل کیفر نبودند.

بیماری‌هایی که باعث عدم تحمل کیفر شد، عبارت بود از بیماری‌های قلبی و عروقی در ۶۲ نفر (۲۰/۷٪)، بیماری‌های کلیوی در ۱۰ نفر (۳/۳٪)، بیماری‌های اعصاب و روان در ۶۷ نفر (۲۲/۳٪)، بیماری پوستی در ۲ نفر (۰/۷٪)، و ۱۵۹ نفر (۵۳٪) نیز سایر بیماری‌ها را داشتند و ۵۰ نفر (۱۶/۷٪) سن بیشتر از ۶۰ سال داشتند (نجاری و همکاران، ۱۳۹۴: ۲۹۸).

در خصوص جنون نیز هر زمان که موضوع جنون توسط مسئولان زندان گزارش شد، قاضی اجرای احکام دستور می‌دهد محکوم تحت‌الحفظ مأموران مراقب به پزشکی قانونی اعزام شود تا پزشک قانونی پس از معاینه راجع به سلامتی یا جنون محکوم اظهار نظر نماید. چنانچه مطابق نظر پزشکی قانونی، جنون محکوم تأیید شود، محکوم به زندان اعزام و معرفی و ضمن نامه اعلام محکومیت، تذکر داده می‌شود که محکوم‌علیه تحت نظر و مراقبت مسئولان و مأموران زندان تا زمان بهبودی در بیمارستان روانی نگهداری شود (احمدی موحد، ۱۳۸۷: ۱۸۰).

ماهیت تعویق اجرای مجازات در هر دو حالت بیماری جسمی و روانی، مقتضی آن است که در صورت بهبودی، محکوم‌علیه باید به زندان برگردد؛ لکن واقعیت این است که این حکم قانونی، بیش از آنکه بر مبنای واقعیات بیرونی باشد، مبتنی بر استدلالات محض حقوقی و ادعای عادلانه بودن این حکم است. استدلال حقوقی این است که معافیت بیمار یا دیوانه با عدالت سازگاری ندارد؛ چون ارتکاب جرم موجب اشتغال ذمه بزهکار شده و مجازات علیه او ثابت می‌شود. اسقاط ذمه یقینی، برائت ذمه یقینی می‌طلبد و بیماری یا جنون، دلیلی که موجب این برائت باشد، به شمار نمی‌آید.

در استدلال بالا به این نکته توجه نمی‌شود که مجازات کردن فردی که دچار بیماری سخت‌درمان است و بازگرداندن وی به زندان و نگهداری او در حال تحمل درد و رنج، در حقیقت اعمال دو مجازات همزمان علیه بزهکار است؛ چرا که این کار نه تنها احتمال تثبیت بهبودی و امید به زندگی او را کاهش داده و چه‌بسا زمینه مرگ زودرس او را فراهم می‌کند، بلکه هزینه‌ها و گاه دردهای فراوانی برای مدیران و مأموران زندان دارد و حتی گاه موجب آزار روحی بقیه زندانیان یا ابتلای آنان به افسردگی یا بیماری واگیر هم‌بندشان می‌شود. همچنین این پرسش بی‌پاسخ می‌ماند که

فردی که دچار جنون شده و مدتی در حال جنون بوده، آیا از چنان بهبودی برخوردار خواهد شد که برگرداندن او به زندان موجب تشدید زمینه‌های روانی و برگشت دوباره جنون نشده و یا موجب تأخیر در بهبودی همیشگی او نگردد؟ و آیا مجازات کردن فردی که با ابتلا به جنون، پیوند فکری او با گذشته‌اش قطع شده و در واقع شخصیت پیشین زمان ارتکاب جرم نیست، با عدالت سازگاری دارد؟ بنابراین معاف کردن بیمار سخت‌درمان از تحمل زندان، بهترین راهکار است.

این راهکار به جهت گسترده‌تر بودن اختیارات قانون‌گذار در جرایم تعزیری، قابل پذیرش است و از آنجا که بیشتر محکومیت‌های زندان هم ناظر به جرایم تعزیری است، پرکاربرد نیز خواهد بود.

### ۲-۳. تبدیل مجازات

همان گونه که گفته شد، برابر ماده ۵۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری، بیماری جسمی و روحی محکوم علیه موجب تعویق مجازات است و در صورت بهبودی، مجازات مورد حکم دوباره اجرا می‌شود. با وجود این، در بخش دیگری از ماده ۵۰۲ این قانون آمده است:

«چنانچه در جرائم تعزیری امیدی به بهبودی بیمار نباشد، قاضی اجرای احکام کیفری پس از احراز بیماری محکوم علیه و مانع بودن آن برای اعمال مجازات، با ذکر دلیل، پرونده را برای تبدیل به مجازات مناسب دیگر با در نظر گرفتن نوع بیماری و مجازات، به مرجع صادرکننده رأی قطعی ارسال می‌کند».

هرچند در این ماده اصطلاح «بیماری سخت‌درمان» به کار نرفته است، اما می‌توان گفت که قانون‌گذار در این ماده، ویژگی بیماری سخت‌درمان را در نظر داشته است. تبدیل مجازات به جهت بیماری منوط به چند شرط است: شرط نخست اینکه جرم ارتكابی از جرایم تعزیری باشد؛ شرط دوم این است که امیدی به بهبودی بیمار نباشد و چنانچه در زمان اجرای مجازات، امیدی به بهتر شدن حال او نسبت به پیش از اجرای مجازات نباشد، باید مجازات متهم تبدیل شود. از دید نگارنده، رویکرد قانون‌گذار در این زمینه سختگیرانه است؛ زیرا قاضی اجرای احکام را موظف کرده که ابتدا بیماری



«بیمار» و سپس مانع بودن بیماری برای اعمال مجازات را احراز کند و در صورتی که بیماری محکوم علیه را که امیدی به بهبودی آن نیست، احراز کند، ولی نتواند مانعیت آن برای اعمال مجازات را اثبات کند، نمی‌تواند تقاضای تبدیل مجازات کند!

تبدیل مجازات به جهت بیماری سخت‌درمان نیز همانند تعویق آن، مبتنی بر مفهوم «عدم توان تحمل کیفر» است و در این مورد هم عدم توان تحمل کیفر توسط پزشکی قانونی و پس از انجام معاینات پزشکی احراز می‌شود. در ارتباط با کارشناسی تحمل کیفر حبس می‌توان تقسیم‌بندی سه‌گانه‌ای را نسبت به بزهکاران بیمار پذیرفت؛ گروه اول، بزهکارانی که بیماری آن‌ها با دارو تحت کنترل باشد. این گروه با نظارت پزشک متخصص حاضر در درمانگاه زندان، قادر به تحمل کیفر خواهند بود. گروه دوم، شامل بزهکارانی است که برای تنظیم داروها یا عمل جراحی، نیاز به بستری شدن در بیمارستان دارند، مانند بیماری سل. این بزهکاران نیز قدرت تحمل کیفر را داشته و با نظر کارشناس برای حضور در بیمارستان مرخصی می‌گیرند و با طی زمان درمان و پایداری وضعیت، دوران حبس را می‌گذارند. اما گروه سوم، بزهکارانی را در بر می‌گیرد که بیماری آن‌ها پیشرفته و صعب‌العلاج است، مانند سیروز، ایدز، بیماری مزمن کلیه و... در رابطه با گروه سوم، پرهزینه بودن نگهداری این محکومان و نیاز این بیماران به مراقبت‌های ویژه و مسری بودن بیماری و احتمال سرایت آن به دیگر زندانیان، صدور دستور یا حکم عدم تحمل کیفر را ضروری می‌سازد (داداش‌پور اشکذری و همکاران، ۱۳۹۴: ۱۷۵). رابطه بیماری سخت‌درمان با بیماری موجب صدور گواهی عدم تحمل کیفر، رابطه تساوی نیست؛ بلکه در برخی بیماری‌ها مانند سرطان پس از طی دوره شیمی‌درمانی، از نظر پزشکی اجرای مجازات مانعی ندارد و ممکن است بیمار به زندان برگردانده شده و ادامه دوره محکومیت را در زندان سپری کند. این مطلب در رویه قضایی نیز مورد پذیرش است و قضات کمیسیون تخصصی دیوان عالی کشور به اتفاق آراء اعلام کرده‌اند که آنچه در ماده ۲۱۱ ق.آ.د.ک. ۱۳۷۸ (ماده ۵۰۲ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲) آمده، تشدید بیماری یا تأخیر در بهبودی وی است و صعب‌العلاج بودن ملاک نیست؛ مثلاً فردی که دستش قطع شده، ممکن است قادر به تحمل حبس باشد و مشکلی هم نداشته باشد، اما دچار عارضه‌ای صعب‌العلاج است (باختر، ۱۳۸۸: ۱۶۰) و از

نظر اعضای کمیسیون با کسب نظر پزشکی قانونی یا پزشکی معتمد، ویژگی بیماری صعب‌العلاج یا موارد شدت‌پذیری بیماری قابل تشخیص است. بنابراین اگر زندانی، مبتلا به بیماری علاج‌ناپذیر یا وخیم گردد، با معاینه و مطالعه پرونده بالینی و مشاوره با پزشکان معالج و بهداری زندان اظهار نظر می‌شود. در این موارد با سه دسته بیمار روبه‌رو می‌شویم: ۱. بیمارانی که تحت درمان دارویی و در حال کنترل هستند؛ ۲. بیمارانی که تحت درمان دارویی هستند، ولی وضع آنان متغیر است؛ ۳. بیمارانی که نیاز به بستری شدن در بیمارستان و یا مراقبت ویژه دارند. دسته اول و دوم قادر به تحمل حبس بوده، ولی دسته سوم قادر به تحمل حبس نخواهند بود (محمدی و صابری، ۱۳۹۱: ۵۵). از دید نگارنده، مفهوم «توان تحمل» نباید تنها در چارچوب دانش پزشکی تفسیر شود، بلکه در خصوص محکومان کیفری بیشتر باید از منظر علم اجرای زندان مورد بررسی قرار گیرد که از این نگاه، «توان تحمل» مفهومی نسبی و متناسب با نوع بیماری، امکانات و تجهیزات پزشکی و نیروی انسانی برخوردار از مهارت و در دسترس برای درمان زندانی تفسیر گردد. از این منظر، روند درمان بسیاری از بیماری‌های زندانیان در زندان‌های کشور، کند و دشوار و تحمل زندان در این وضعیت مشقت‌بار است. نمونه‌ای از این دست بیماری آسم است که در وضعیت عادی با دارودرمانی و استراحت در منزل یا مراجعه کوتاه‌مدت به بیمارستان بهبودی نسبی حاصل می‌شود؛ اما در محیط بسته زندان با توجه به شرایط حاکم بر آن از جمله آلاینده‌های محیطی مانند دود سیگار، حمله‌های آسمی بیشتر شده و کنترل آن دشوارتر می‌گردد. با وجود این، در سازمان زندان‌های ما اولاً ادعای «عدم تحمل کیفر» باید از سوی زندانی مطرح شود و ثانیاً بتواند این ادعا را در پزشکی قانونی با معیارهای مورد پذیرش دانش پزشکی به اثبات رساند و چنانچه از نظر معیارهای پزشکی اثبات نگردد که نگهداری بیمار سخت‌درمان یا بی‌درمان در زندان تأثیر بسزایی در وخیم‌تر شدن بیماری او دارد، پزشکی قانونی گواهی به توان تحمل کیفر داده و بیمار همچنان در زندان می‌ماند؛ در حالی که شایسته است بیماری سخت‌درمان به عنوان یک «فرض قانونی» شناخته شود و پزشکی قانونی یا پزشک معتمد زندان تنها به احراز بیماری بسنده کند و پس از آن قاضی اجرای احکام، موظف به معافیت و ترخیص او از زندان

گردد.

از سوی دیگر، بیشترین ارفاق قانونی که در این موارد در نظر گرفته شده، «تبدیل مجازات» است و در این راستا تصور رایج بر این است که محکومیت به جزای نقدی، هیچ گونه آسیبی برای سلامتی بیمار ندارد، در حالی که محکومیت به جزای نقدی نیز برای محکومان به زندان که چه بسا مدتی را در محیط زندان به سر برده و منبع درآمدی نداشته‌اند، به ویژه در شرایط اقتصادی کنونی که گاه برخی افراد به جهت مشکلات مالی دست به خودکشی می‌زنند، کیفر ساده‌ای نیست و تصور بی‌تأثیری این مجازات در بهبودی بیمار - به ویژه بیماری‌های روحی و روانی - بسیار ساده‌انگارانه است. از این روی برخی اجبار محکوم‌علیه به پرداخت مبلغی پول یا ضبط اموال را موجب آزدگی وی دانسته و پیشنهاد داده‌اند که با توجه به توانایی مالی محکوم بیمار، پرداخت جزای نقدی به نحو تقسیط انجام گیرد (افضلیان، ۱۳۹۰: ۸۲). نگارنده بر این باور است که پس از احراز و تشخیص بیماری سخت‌درمان، بهترین راهکار، «معافیت محکوم‌علیه از مجازات» است.

گفتنی است که قانون‌گذار در ماده ۵۰۴ این قانون مقرر داشته که در غیر مجازات حبس، هر گاه رئیس قوه قضاییه با پیشنهاد عفو یا تخفیف مجازات محکوم‌علیه به مقام رهبری موافقت کند و دستور توقف اجرای حکم دهد، اجرای حکم متوقف می‌شود. این در حالی است که نگهداری بیمار سخت‌درمان در زندان بسیار دشوارتر از بقیه مجازات‌ها و پیامدهای ناگوار آن برای خود محکوم‌علیه و دیگر زندانیان و مدیران زندان بسیار بیشتر است. از این روی مسئولان اداره زندان‌ها نیز بهترین راهکار برای این دست از بیماران را درخواست عفو از رهبری دانسته‌اند و یکی از موارد همیشگی عفوهای مناسبتی رهبر انقلاب، بیماران سخت‌درمان هستند که تازه‌ترین نمونه آن در بند ب موافقت‌نامه رهبری با عفو و تخفیف مجازات محکومان به مناسبت فرا رسیدن چهلمین سالروز پیروزی انقلاب اسلامی به چشم می‌خورد که برابر آن باقی‌مانده محکومیت حبس بیماران صعب‌العلاج یا لاعلاج که مراتب بیماری آنان تا قبل از پایان دوره محکومیت مورد تأیید کمیسیون پزشکی قانونی قرار گیرد، مورد عفو قرار می‌گیرند و در همین بند تصریح شده که:

«اقدامات دادگاه در جهت اجرای مواد ۵۰۲ و ۵۲۲ قانون آیین دادرسی کیفری، مانع اعمال این عفو نیست» (آملی لاریجانی، ۱۳۹۷: ش ۲۱۵۳۳).

سخن نگارنده این است که چه مبانی فقهی یا حقوقی اقتضاء کرده که در غیر مجازات حبس، رئیس قوه قضاییه می‌تواند دستور توقف اجرای حکم دهد، ولی در مجازات حبس این امکان را ندارد؟ پرسش دیگر اینکه اگر اجرای کیفر برای بیماران دارای بیماری سخت‌درمان از چنان پیامدهای ناخوشایندی برخوردار است که تقاضای عفو مجازات رهبری در مناسبت‌های گوناگون را اقتضاء می‌کند، چرا این معافیت در قالب یک قاعده کلی درنیاید و جایگاه قانونی پیدا نکند، تا از صرف ساعت‌ها وقت و هزینه برای احراز شرایط معافیت در کمیسیون عفو و بخشودگی جلوگیری شود؟

### نتیجه‌گیری

بنا بر آنچه گفته شد، در حال حاضر بیماری محکوم‌علیه در قالب مفهوم «توان تحمل کیفر» مورد ارزیابی قرار می‌گیرد و تشخیص آن تنها بر مبنای معیار صرف «پزشکی» است و از سوی پزشکی قانونی احراز می‌گردد؛ در حالی که این رویکرد باید اصلاح شده و با کاربست معیار «پزشکی - قضایی» برای تشخیص «توان تحمل کیفر»، این مفهوم از منظر علم اداره زندان‌ها نیز مورد توجه قرار گیرد و نقش مسئولان اداره زندان از جمله «پزشک زندان» در تشخیص این مفهوم پررنگ‌تر گردد.

مطلب دیگر آنکه هرچند رابطه بین «توان تحمل کیفر» و «بیماری سخت‌درمان»، رابطه عموم و خصوص من‌وجه است، لکن بر پایه معیار «پزشکی - قضایی» مورد پیشنهاد برای تشخیص توان تحمل کیفر، از آنجا که در بیشتر بیماری‌های سخت‌درمان جسمی یا روحی، اجرای مجازات موجب تشدید بیماری یا تأخیر در بهبودی است، از این روی رابطه «توان تحمل کیفر» و «بیماری سخت‌درمان» باید از نوع عموم و خصوص مطلق دانسته شده و به جای اینکه قاضی اجرای احکام موظف باشد علاوه بر بیماری، «مانعیت» آن در اجرای کیفر را هم اثبات کند، به صرف احراز بیماری سخت‌درمان، عدم توان تحمل زندان مفروض انگاشته شده و نهاد ارفاقی اعمال گردد.

از سوی دیگر، تضمین حق سلامت زندانیان منوط به حضور پزشک زندان است.

برابر قوانین زندان اروپایی، «هر زندان باید از خدمات یک پزشک عمومی برخوردار باشد و سازوکاری پیش‌بینی شود که اطمینان از در دسترس بودن یک پزشک متخصص در مواقع ضروری را تضمین کند» (Council of Europe, 2006, Art. 41, Para. 1). روشن است که این پزشک باید متعهد به مراقبت از بهداشت جسمی و روانی زندانیان باشد و باید روزانه همه زندانیان بیمار، همه زندانیانی که از بیماری شکایت دارند، یا کسانی که علائم بیماری دارند، ولی خودشان متوجه نیستند را معاینه کند و در صورت دیدن علائم بیماری خطرناک، فوراً فرایند درمان را آغاز و حسب مورد به مراکز بیمارستانی اعزام کند. برابر بند ۲۵-۲۰ قواعد حداقل رفتار استاندارد با زندانیان سازمان ملل، «پزشک زندان هر گاه متوجه شود که سلامت جسمی یا روانی یک زندانی بر اثر ادامه حبس یا هر علت دیگر ناشی از حبس، به حد زیان‌آوری تحت تأثیر قرار گرفته یا خواهد گرفت، باید موضوع را به مدیر زندان اطلاع دهد» (سازمان اصلاحات جزایی بین‌المللی، ۱۳۸۱: ۹۵).

## پیشنهادات

۱. توان تحمل کیفر باید اعم از «توان اولیه» و «توان ثانویه» دانسته شود. توان اولیه ناظر به بردباری در حین اجرا، و توان ثانویه ناظر به تاب‌آوری در برابر پیامدهای پس از اجرای مجازات است.
۲. تشخیص «بیماری سخت‌درمان» مبتنی بر دو معیار «احصاء قانونی» مندرج در مصوبه ستاد کل نیروهای مسلح و نیز «عرف پزشکی» است. بر این اساس، فهرست ۲۹ گانه ستاد کل باید به عنوان فهرست حداقلی الزامی به کار گرفته شده و تشخیص کارشناسی در عرف پزشکی، به عنوان معیار مکمل شناخته شود.
۳. در حال حاضر، پیامد قانونی بیماری، تعویق یا تبدیل مجازات است، منوط به اینکه اجرای مجازات، موجب تشدید بیماری یا تأخیر در بهبودی و مانع اجرای مجازات باشد؛ در حالی که بایسته است فراتر از تعویق یا تبدیل مجازات، بیماری سخت‌درمان از معاذیر قانونی معافیت و موجب «سقوط مجازات» دانسته شود.
۴. معافیت از زندان در صورت دچار شدن زندانی به بیماری سخت‌درمان باید با رویکرد حمایتی و با موافقت خود زندانی انجام شود. بنابراین اگر برخی بیماران

در صورت آزادی از زندان توان مالی پرداخت هزینه‌های بیماری خود را نداشته باشند و خواهان ماندن در زندان یا درمان تحت نظارت مسئولان زندان باشند، حاکمیت و دستگاه عدالت قضایی نباید به بهانه رهاسازی محکوم علیه از زندان، از زیر بار این مسئولیت شانه خالی کند.

۵. از آنجا که برخی بیماری‌ها مانند سرطان در ابتدای بیماری علایم برجسته‌ای ندارند، ولی در صورت تشخیص زودهنگام بهتر قابل درمان‌اند، از این روی برای تضمین حق سلامت همه بیماران زندانی به ویژه بیماران سخت‌درمان، تخصیص پزشک زندان با الزام به حضور در زندان ضروری است.

## کتاب‌شناسی

۱. آلبرشت، هانس‌یورگ، تورم جمعیت زندان‌ها؛ در جست‌وجوی کارآمدترین راه حل‌ها، ترجمه محمدعلی اردبیلی و دیگران، تهران، معاونت امور اجرایی و اطلاع‌رسانی مرکز تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام، ۱۳۹۵ ش.
۲. آل کجیاف، حسین، «مفهوم و جایگاه حق بر سلامت در اسناد بین‌المللی حقوق بشر»، فصلنامه حقوق پزشکی، سال هفتم، شماره ۲۴، ۱۳۹۲ ش.
۳. آملی لاریجانی، محمدصادق، «دستورالعمل شماره ۹۰۰۰/۵۵۳۱۷/۱۰۰ مورخ ۱۳۹۷/۱۱/۱۰ در خصوص شرایط و ضوابط عفو به مناسبت چهلمین سالگرد انقلاب شکوهمند اسلامی»، روزنامه رسمی، سال هفتاد و پنجم، شماره ۲۱۵۳۳، ۱۳۹۷ ش.
۴. ابراهیمی، شهرام، «مدیریت زندان در سنجه موازین حداقل سازمان ملل درباره نحوه رفتار با زندانیان (درباره قواعد ماندلا)»، مقاله در: *دائرةالمعارف علوم جنایی؛ مجموعه مقاله‌های تازه‌های علوم جنایی*، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، میزان، ۱۳۹۸ ش.
۵. ازل، رود، *جرم‌شناسی محکومان؛ افق‌های نوین در جرم‌شناسی*، به کوشش فرهاد شاهیده، تهران، میزان، ۱۳۹۷ ش.
۶. افضلیان، مینا، «حقوق متهمین و محکومین بیمار در نظام عدالت کیفری ایران»، فصلنامه حقوق پزشکی، سال پنجم، شماره ۱۶، ۱۳۹۰ ش.
۷. باختر، سیداحمد، *اجرای احکام کیفری در آیین قوانین و رویه قضایی*، چاپ سوم، تهران، جنگل، جاودانه، ۱۳۸۸ ش.
۸. البار، محمدعلی، *الطیب ادبه و فقهه، دمشق، دار القلم، ۱۴۲۹ ق.*
۹. پیوندی، غلامرضا، «حکمت‌های کیفر در نظام جزایی اسلام»، فصلنامه حقوق اسلامی، سال سیزدهم، شماره ۴۸، بهار ۱۳۹۵ ش.
۱۰. جوان آراسته، حسین، *حقوق بشر در اسلام؛ مفاهیم، مبانی و مصادیق*، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۷ ش.
۱۱. حبیب‌زاده، توکل، و علی اصغر فرج‌پور اصل مرندی، «کرامت انسانی و ابتدای حقوق بشری و شهروندی مندرج در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بر آن»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره چهل و ششم، شماره ۱، بهار ۱۳۹۵ ش.
۱۲. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، قم، آل البیت (ع)، ۱۴۰۹ ق.
۱۳. الخالصی، محمدباقر، *احکام المحبوسین*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۴. خالقی، علی، *نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری*، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۳ ش.
۱۵. خانی، محمد، زینب لکی و محمدعلی نصرآبادی، «عدم تحمل کیفر؛ مبانی و معیارهای حقوقی - پزشکی»، فصلنامه حقوق پزشکی، سال هفتم، شماره ۲۶، پاییز ۱۳۹۲ ش.
۱۶. داداش‌پور اشکذری، محسن، محمد دلیر راد، حسن توفیقی زواره و سیدامیرحسین مهدوی، «عدم تحمل کیفر، بررسی موارد ارجاع‌شده به سازمان پزشکی قانونی تهران در سال ۱۳۸۱»، *مجله علمی پزشکی قانونی*، دوره نهم، شماره ۳۲، زمستان ۱۳۸۲ ش.
۱۷. الرملی، شهاب‌الدین، *نهایة المحتاج*، دمشق، المکتب الاسلامی، ۱۴۱۰ ق.

۱۸. زعفری، زیبا و جواد پنجه‌پور، «نقش پزشکان قانونی در فرایند دادرسی کیفری بر اساس قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲»، *مجله پزشکی قانونی ایران*، دوره بیست و دوم، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۵ ش.
۱۹. زمانی، سیدقاسم، «شبه‌سازی درمانی و حق بر سلامتی در قلمرو حقوق بین‌الملل بشر»، *پژوهش حقوق و سیاست*، شماره ۱۹، ۱۳۸۵ ش.
۲۰. سازمان اصلاحات جزایی بین‌المللی و سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور، *رویه عملی در زندان؛ کاربرد مقررات بین‌المللی در امور زندان‌ها*، تهران، راه تربیت، ۱۳۸۱ ش.
۲۱. صفاری، علی، *کیفرشناسی؛ تحولات، مبانی و اجرای کیفر سالب آزادی*، چاپ بیست و پنجم، تهران، جنگل، جاودانه، ۱۳۹۲ ش.
۲۲. طباطبایی، سیدمحمد، محسن زهرایی، هاله احمدنیا، مرجان قطبی و فرانک رحیمی، *اصول پیشگیری و مراقبت از بیماری‌ها*، تهران، روح قلم، ۱۳۸۵ ش.
۲۳. طیبی، نجم‌الدین، *موارد السجن فی النصوص و الفتاوی*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۴ ش.
۲۴. عباسی، محمود، راحله رضایی و غزاله دهقانی، «مفهوم و جایگاه حق بر سلامت در نظام حقوقی ایران»، *فصلنامه حقوق پزشکی*، سال هشتم، شماره ۳۰، پاییز ۱۳۹۳ ش.
۲۵. عبدی، یاسین و احمد کتابی رودی، «جایگاه حق بر سلامت در اسلام و حقوق بین‌الملل»، *فصلنامه تأمین اجتماعی*، سال دوازدهم، شماره ۴۴، پاییز ۱۳۹۳ ش.
۲۶. غلامپور، مهدی، محمد فرجیها، محمود صابر و محمدجعفر حبیب‌زاده، «سازوکارهای نظارت بر بازداشتگاه‌ها و زندان‌ها در پرتو اسناد بین‌المللی و حقوق کیفری تطبیقی»، *پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، دوره بیست و دوم، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۷ ش.
۲۷. قاری سیدفاطمی، سیدمحمد، «حق حیات»، *تحقیقات حقوقی*، شماره‌های ۳۱-۳۲، ۱۳۷۹ ش.
۲۸. کاظمی، سمین، «پیامدهای بهداشتی زندان‌های شلوغ و ضرورت مداخله برای پیشگیری»، *سلامت اجتماعی*، دوره چهارم، شماره ۴، ۱۳۹۶ ش.
۲۹. کریون، متیو سی. آر.، *چشم‌اندازی به توسعه میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی*، ترجمه محمد حبیبی مجنده، قم، دانشگاه مفید، ۱۳۸۸ ش.
۳۰. گودرزی، فرامرز و مهرزاد کیانی، *پزشکی قانونی برای دانشجویان رشته حقوق*، چاپ نهم، تهران، سمت، ۱۳۹۳ ش.
۳۱. متقی، سمیرا، آناهیتا سیفی و مجید درودیان، «ماهیت حق بر سلامت و جایگاه دولت در تحقق آن»، *پژوهش‌نامه حقوق اسلامی*، سال هجدهم، شماره ۲ (پیاپی ۴۶)، ۱۳۹۶ ش.
۳۲. محمدی، محمدرضا و سیدمهدی صابری، *نگرشی نو به روان‌پزشکی قانونی؛ دانش بهره‌وری از مفاهیم روان‌شناختی در حیطه قضایی*، تهران، تیمورزاده، طبیب، ۱۳۹۱ ش.
۳۳. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، *مهدب الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۳۴. میرجلیلی، محمدحسین، افشین اسلامی سامانی، احسان بلادی مقدم و مرضیه ساریخانی، «مروری بر موضوع تحمل کیفر شلاق»، ۱۳۹۷ ش.، قابل دستیابی در پایگاه علمی - تحلیلی عصر اسلام به نشانی: <http://www.asrislam.com/fa/news/4667>.
۳۵. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.



۳۶. نیاورانی، صابر و احسان جاوید، «قلمرو حق سلامتی در نظام بین‌المللی حقوق بشر»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال پانزدهم، شماره ۴۱، ۱۳۹۲ ش.
۳۷. وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، مجموعه دستورالعمل‌های برنامه تحول نظام سلامت؛ دستورالعمل برنامه حفاظت مالی از بیماران صعب‌العلاج، خاص و نیازمند، ۱۳۹۵ ش. قابل دسترسی در وبگاه مجتمع آموزشی درمانی پژوهشی امید به نشانی:  
<[http://omid.mui.ac.ir/sites/omid.mui.ac.ir/files/6\\_hemayat\\_az\\_b\\_khas.pdf](http://omid.mui.ac.ir/sites/omid.mui.ac.ir/files/6_hemayat_az_b_khas.pdf)>.
۳۸. ولی‌نواز، داریوش و جواد واحدی‌زاده، «مبانی، معیارها و چالش‌های حقوق کیفری و پزشکی قانونی در بیماری‌های منجر به عدم تحمل حبس»، فصلنامه پزشکی قانونی، سال دوازدهم، شماره ۴۴، بهار ۱۳۹۷ ش.
۳۹. هاشمی، سیدمحمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۱ (اصول و مبانی کلی نظام)، چاپ سیزدهم، تهران، میزان، ۱۳۹۴ ش.
40. Council of Europe, *European Prison Rules*, Council of Europe Publishing, Strasbourg Cedex, June 2006, Available at: <<http://book.coe.int>>.
41. Coyle, Andrew & Helen Fair, "A Human Rights Approach to Prison Management, Handbook for Prison Staff", 3<sup>rd</sup> Ed., London, Institute for Criminal Policy Research Birkbeck, University of London, 2018.
42. Farlex, Inc., *Segen's Medical Dictionary*, 2012, Available at: <<https://medical-dictionary.thefreedictionary.com>>.
43. Miller, Benjamin Frank & Claire Brackman Keane & Marie T. O'Toole, *Miller-Keane Encyclopedia and Dictionary of Medicine, Nursing, and Allied Health*, 7<sup>th</sup> Ed., Elsevier Publishing, Imprint of W. B. Saunders, 2003.
44. UK Statutory, *The Prison Rules, UK Statutory in Instruments*, 1999, Available at: <<http://www.legislation.gov.uk>>.
45. United Nation Office on Drug and Crime (UNODC), *World Drug Report 2019*, Pre-release to Member States, Vienna, 19 June 2019, Available at: <<http://www.unodc.org>>.
46. United Nation, Guidance Document on The Nelson Mandela Rules, Implementing The United Nation Revised Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR) and Penal Reform International (PRI), 2018.



## جنایات جنگی

### و برهم کنش آن با جنایات علیه بشریت و نسل کشی\*

- محسن قدیر<sup>۱</sup>  
□ مهدی کیخسروی<sup>۲</sup>

#### چکیده

جنایات جنگی به عنوان اولین، قدیمی ترین و مهم ترین جنایات بین المللی دانسته می شوند. در حوزه قراردادی، اساسنامه دیوان کیفری بین المللی در اقدامی مبتکرانه و مترقیانه، گستره اجرایی جنایات جنگی را علاوه بر مخاصمات مسلحانه بین المللی به مخاصمات مسلحانه غیر بین المللی تعمیم بخشیده و بدین ترتیب می توان گفت نخستین بار نظام دوگانگی در دوگانگی جنایات جنگی را به رسمیت شناخته است. با این حال، در حقوق بین الملل کیفری از یک سو، در خصوص چارچوب مفهومی جنایات جنگی، وحدت نظر وجود ندارد و از سوی دیگر در اساسنامه پیش گفته، هیچ مقرره‌ای در زمینه مناسبات ابعاد جنایات جنگی و به طور کلی، ترسیم تمایز میان جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت و

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۱/۲۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۸/۲۹.

۱. استادیار دانشگاه قم (نویسنده مسئول) (mn.ghadir@gmail.com).

۲. دانشجوی دکتری حقوق بین الملل دانشگاه قم (mkeykhosravi@ut.ac.ir).

جنایت نسل‌زدایی وجود ندارد. این امور، منجر به اختلاط جنایات مطروح و بالمآل، بروز اختلافات کیفری در سطح بین‌المللی می‌گردد. جستار حاضر بر آن شده است تا از رهگذر واکاوی دوسویه قواعد ناظر بر ابعاد جنایات جنگی و وجوه افتراق و اقتران جنایات جنگی با جنایات علیه بشریت و همین‌طور جنایت نسل‌زدایی، به ایضاح دامنه مفهومی جنایات جنگی در حقوق بین‌الملل کیفری موضوعه پردازد.

**واژگان کلیدی:** اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، نظام دوگانگی در دوگانگی جنایات جنگی، نقض‌های جدی، جنایات علیه بشریت، جنایت نسل‌زدایی، مقامات دولتی، غیر نظامیان.

## درآمد

از ۳۴۰۰ سال تاریخ شناخته‌شده بشری تا به امروز، جنگ مهم‌ترین وسیله ارتباط میان ملت‌ها بوده است (ضیایی بیگدلی، ۱۳۹۱: ۴۸۳).

صرف‌نظر از عوامل مؤثر در ایجاد جنگ از جمله عوامل فرهنگی، اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و تاریخی، بروز جنگ همواره با جنایات علیه کیان و حیثیت انسانی و خسارات شدید مالی همراه بوده است (نیکوکار، ۱۳۹۶: ۲۴۳).

جنایات جنگی از سرآغاز حقوق کیفری تا به امروز به عنوان جرایم داخلی مورد جرم‌انگاری قرار گرفته‌اند. با وجود این نخستین بار جنایات جنگی به عنوان جنایات بین‌المللی در نیمه دوم قرن نوزدهم به رسمیت شناخته شدند. این جنایات اولین جنایاتی بودند که مطابق حقوق بین‌الملل تحت تعقیب قرار گرفتند.

بر این اساس، محاکمات صورت‌گرفته در لایپزیگ آلمان در اوایل دهه ۱۹۲۰ میلادی، بر اساس مواد ۲۳۰-۲۲۸ معاهده ورسای، تعدادی از سربازان آلمانی را به خاطر تخطی از قوانین و عرف‌های جنگی در «مخاصمات مسلحانه بین‌المللی»<sup>۱</sup>

### 1. Non-international armed conflicts.

یک مخصوصه مسلحانه غیر بین‌المللی، مخصوصه مسلحانه‌ای است که بین مقامات دولتی و گروه‌های مسلح سازمان‌یافته غیر دولتی یا صرفاً بین چنین گروه‌هایی اتفاق می‌افتد (International Committee of the Red Cross (ICRC) Opinion Paper, 2008: 1).

محکوم کردند.<sup>۱</sup> به طور کلی در حقوق بین‌الملل، مبنای جرایم جنگی، جرایم علیه انسانیت، جرم نسل‌زدایی و جرم تجاوز، نظام‌نامه‌های ضمیمه به کنوانسیون ۱۹۰۷ لاهه می‌باشد (Cassese, 2013: 63; Schabas, 2007: 63). جنایات جنگی تا زمان‌های مدیدی صرفاً در خصوص دانش‌واژه مختصات مسلحانه بین‌المللی اعمال می‌شدند. اما نخستین بار شعبه پژوهشی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی در قضیه تادیچ، گستره جنایات جنگی را به دانش‌واژه «مختصات مسلحانه غیر بین‌المللی»<sup>۲</sup> هم تسری داد. دیوان در قضیه مزبور در گام نخست دیدگاه سنتی و متعارف را اتخاذ و اعلام کرد که در وضعیت حاضر از توسعه حقوق، ماده ۲ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق (راجع به نقض‌های جدی کنوانسیون‌های ۱۹۴۹) صرفاً بر جنایات ارتكابی در چهارچوب مختصات مسلحانه بین‌المللی اعمال می‌شود (Solis, 2016: 106-107). شعبه در مقایسه با تفسیر دقیق خود از ماده ۲، یک رویکرد جدید و موسع از ماده ۳ ارائه کرد. این مقرر ناظر بر «نقض‌های حقوق بین‌الملل

۱. حقوق بین‌الملل کیفری علاوه بر مسئله محاکمه بزه‌کاران جنگی به مسئله حمایت از بزه‌دیدگان جنگی نیز می‌پردازد. ارائه خدمات به بزه‌دیدگان جنایات جنگی از مؤلفه‌های ذاتی عدالت کیفری بین‌المللی است که مستلزم همکاری نهادهای مختلف و ضرورت وجود معیارهای مشخص برای اهتمام به این مهم است. بر این ابنا، دیوان بین‌المللی کیفری به عنوان نخستین دادگاه دائمی بین‌المللی کیفری با تصدیق اشکال مختلف خسارات ناشی از جرم، در مسیر ترمیم آلام و آسیب‌های ایجادشده، حمایت‌های گوناگونی را برای بزه‌دیدگان در نظر گرفته است. در این خصوص می‌توان به خدمات درمانی، تأمین نیازهای زیستی، ایمنی و مراقبت، خدمات عاطفی - روانی و حمایت‌های مالی که در این عرصه پیش‌بینی شده است، اشاره کرد (نیکوکار، ۱۳۹۷: ۴۱۷-۴۱۸).

## 2. International Armed Conflicts.

چنانچه درگیری مسلحانه‌ای میان دو یا چند کشور روی دهد، این درگیری را مختصمه مسلحانه بین‌المللی می‌نامند. علاوه بر این، درگیری مسلحانه میان جنبش‌های آزادی‌بخش ملی با رژیم‌های نژادپرست، اشغالگر و استعمارگر در یک سرزمین واحد هرچند ظاهراً مختصمه مسلحانه غیر بین‌المللی است، اما در حکم مختصمه مسلحانه بین‌المللی و تابع قواعد حقوق بشردوستانه حاکم بر درگیری‌های مسلحانه بین‌المللی است؛ به شرطی که آن درگیری مسلحانه در چارچوب منشور ملل متحد و اعلامیه اصول حقوق بین‌الملل حاکم بر مناسبات و همکاری دوستانه میان کشورها باشد. همچنین اگر در یک درگیری مسلحانه غیر بین‌المللی، کشور ثالثی بر خلاف اصل عدم مداخله، در آن درگیری مداخله نظامی کند و برای یاری رساندن نظامی به مخالفان حکومت قانونی وارد قلمرو کشور محل درگیری شود، آن درگیری تغییر وضعیت یافته و بین‌المللی شده محسوب می‌گردد (ضیایی بیگدلی، ۱۳۹۲: ۵۱-۵۲).

عرفی یا قراردادی ناظر بر مخاصمات» می‌باشد که به طور متعارف بر نقض‌های ارتكابی در طی مخاصمات مسلحانه بین‌المللی اعمال می‌گردند. شعبه بیان کرد که چنین نقض‌هایی در خصوص هر نوع مخاصمه مسلحانه اعم از بین‌المللی یا غیر بین‌المللی اعمال می‌شود. علاوه بر این شعبه نتیجه گرفت که این ماده صرفاً شامل «مقررات لاهه»<sup>۱</sup> نمی‌شود، بلکه تمام نقض‌های حقوق بین‌الملل بشردوستانه به جز نقض‌های جدی ماده ۲ کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ (قواعد ژنو)<sup>۲</sup> یا نقض‌های مواد ۴ و ۵ (به ترتیب در خصوص جنایت نسل‌زدایی و جنایات علیه بشریت) را در بر می‌گیرد (La Rosa & Patel King, 1997: 145-146). شعبه مزبور همچنین اعلام کرد که نقض‌های مقررات جنگ در حقوق بین‌الملل، مسئولیت کیفری فردی را صرف‌نظر از اینکه آن‌ها در مخاصمات مسلحانه اعم از بین‌المللی یا غیر بین‌المللی رخ بدهند، در بر می‌گیرد (Solis, 2016: 106-107). نهایتاً در کنفرانس ۱۹۹۸ رم با اعلام آمادگی دولت‌ها در جهت پذیرش مسئولیت کیفری برای جنایات جنگی در مخاصمات

۱. قواعد لاهه شامل کنوانسیون‌های ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ لاهه می‌گردند. کنوانسیون‌های مزبور به تنظیم ابزار و روش‌های جنگ می‌پردازد. بسیاری از موضوعات مربوط به حقوق جنگ در این کنوانسیون‌ها عینیت یافته‌اند؛ برای مثال، ماده ۳ کنوانسیون ۱۹۰۷ لاهه درباره قوانین و عرف‌های جنگ زمینی چنین تصریح می‌کند: «یک طرف متخاصم که قوانین و عرف‌های مربوط به جنگ زمینی را نقض نماید، مکلف به جبران خسارت است. او مسئول تمام اعمال ارتكابی توسط نیروهای مسلح تحت اختیار خود است». هرچند تعداد زیادی از مقررات این کنوانسیون‌ها، از طریق کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ به روزآوری و اصلاح شده‌اند، اما آن‌ها علاوه بر اینکه یک منبع کلیدی حقوق بین‌الملل هستند، از لحاظ جهانی به عنوان حقوق بین‌الملل عرفی پذیرفته شده‌اند (Nash, 2009: 113; Bassiouni, 2008: 295-296; <<https://www.diakonia.se/en/IHL/The-Law/International-Humanitarian-Law-1/Introduction-to-IHL/Sources-of-international-law/>>).

۲. قواعد ژنو شامل کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ و دو پروتکل الحاقی آن می‌گردند. کنوانسیون‌های مزبور، مقررات حقوق بین‌الملل بشردوستانه را تشکیل می‌دهند و هسته حقوق عرفی قابل اجرا در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی را مشخص می‌کنند. این کنوانسیون‌ها رفتار جنگی را از طریق حمایت از طبقات معینی از اشخاص نظیر مجروحان و اعضای بیمار نیروهای مسلح در هنگام لشکرکشی، مجروحان، بیماران و غریقان نیروهای مسلح در دریا، اسرای جنگی و غیر نظامیان در زمان جنگ تنظیم می‌کنند. به عبارت دیگر کنوانسیون‌های مزبور به تنظیم موضوعات حمایتی در مخاصمات مسلحانه می‌پردازند (McDonald & Swaak-Goldman, 2000: 290; <<https://www.diakonia.se/en/IHL/The-Law/International-Humanitarian-Law-1/Introduction-toIHL/Sources-of-international-law/>>).

مسلحانه غیر بین‌المللی، به تردیدها درباره گسترش قلمرو جنایات جنگی پایان داده شد. اساسنامه رم اولین سندی است که علاوه بر جنایات جنگی در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی به تصریح جنایات جنگی در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی هم پرداخته است (Schabas, 2007: 115). به رغم تلاش‌های به عمل آمده از یک طرف، مفهوم جنایات جنگی در حاله‌ای از ابهام قرار دارد و از طرفی دیگر، به رغم تفکیک ابعاد جنایات جنگی و به طور کلی جنایات جنگی از جنایات علیه بشریت و جنایت نسل‌زدایی در حقوق بین‌الملل قراردادی از جمله اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، وجود اشتراکات و نیز قرابت تاریخی و حقوقی جنایات جنگی با جنایات علیه بشریت و جنایت نسل‌زدایی، منجر به اختلاط جنایات مزبور و به تبع آن بروز اختلافات کیفری در سطح بین‌المللی می‌گردد.

با عنایت به آنچه که اظهار شد به نظر می‌رسد تجزیه و تحلیل جامع و روزآمد از قوانین و مقررات ناظر بر ابعاد جنایات جنگی و نیز ترسیم وجوه افتراق و اقتران جنایات جنگی با جنایات علیه بشریت و جنایت نسل‌زدایی، می‌تواند ایضاً دامنه مفهومی جنایات جنگی در حقوق بین‌الملل کیفری را به همراه داشته باشد. بنابراین ما در دو مبحث به صورت جامع و مفصل به بررسی جنایات جنگی و برهم‌کنش آن می‌پردازیم.

## ۱. گستره اجرایی جنایات جنگی

همان‌طور که در بالا اشاره گردید، تا سالیان دراز اعتقاد جامعه بین‌المللی بر این بود که جنایات جنگی تک‌بعدی هستند و صرفاً بر مخاصمات مسلحانه بین‌المللی اعمال می‌شوند. اما به تدریج پذیرفته شد که جنایات جنگی علاوه بر مخاصمات مسلحانه بین‌المللی، بر مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی هم اعمال می‌گردند. در این راستا، اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی با نوآوری بی‌نظیر، نخستین بار نظام دوگانگی در دوگانگی را در خصوص ابعاد جنایات جنگی به رسمیت شناخت و به تعبیری دیگر، اساسنامه هر یک از جنایات جنگی قابل اعمال در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و غیر بین‌المللی را به دو شق دسته‌بندی نمود. البته ممکن است ایراد وارد شود که این

اقدام اساسنامه گامی به سوی عقب است؛ چرا که تمایل عمومی به سوی برداشتن این تمایزات و اعمال حقوق واحد بر کلیه مخاصمات می‌باشد. همچنین اعمال یک نظام حقوقی نسبت به مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و اعمال یک نظام حقوقی دیگر نسبت به مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی، گنج‌کننده به نظر می‌رسد. در پاسخ می‌توان گفت که اولاً در بسیاری موارد، مقررات ناظر بر هر دو مخاصمه در اساسنامه یکسان است؛ ثانیاً تفکیک قواعد حاکم بر این دو نوع مخاصمه، حاکی از دقت نظر بالای تنظیم‌کنندگان اساسنامه و اهمیت بالای موضوع دارد؛ ثالثاً ماهیت متفاوت این دو نوع مخاصمه، لزوم تنظیم قواعد خاص در هر مورد را ایجاب می‌نماید. در هر صورت تحول در دامنه اجرایی جنایات جنگی، مستلزم واکاوی در دامنه مفهومی جنایات مزبور می‌باشد. در این راستا در گفتار اول و دوم، مقررات ناظر بر جنایات جنگی در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و غیر بین‌المللی مورد پردازش قرار می‌گیرد.

### ۱-۱. بعد بین‌المللی جنایات جنگی

در جریان کنفرانس دیپلماتیک رم<sup>۱</sup> در سال ۱۹۹۸، مذاکرات متعددی پیرامون جنایات جنگی و صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی در مورد این جنایات صورت گرفت که در نهایت منجر به تصویب ماده ۸ اساسنامه دیوان گردید (سیدزاده ثانی و فرهادی آلاشتی، ۱۳۹۳: ۴۵). ماده ۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی با ذکر ۵۰ مورد جنایت جنگی، جامع‌ترین مقرر حقوق بین‌الملل قراردادی در خصوص حقوق جنایات جنگی است. در تدوین این جنایات، پیشرفت‌های اخیر در حوزه حقوق بین‌الملل عرفی و رویه‌های قضایی دیوان‌های کیفری بین‌المللی سابق نظیر دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا مدنظر قرار گرفته است

۱. کنفرانس دیپلماتیک سازمان ملل متحد به منظور ایجاد یک دیوان کیفری بین‌المللی، از ۱۵ ژوئن تا ۱۷ ژوئیه ۱۹۹۸ در مقر سازمان خواروبار و کشاورزی در رم ایتالیا برگزار گردید. نمایندگان از ۱۶۰ کشور و ۳۳ سازمان بین‌المللی و ائتلافی از ۲۳۶ سازمان غیر دولتی در این کنفرانس شرکت کردند. سرانجام اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی با ۱۲۰ رأی موافق، ۷ رأی مخالف و ۲۱ رأی ممتنع به تصویب رسید. در این بین، ایالات متحده آمریکا به اساسنامه رأی مخالف داد. در مقابل، کشورهای فرانسه، بریتانیای کبیر و ایرلند شمالی و فدراسیون روسیه به اساسنامه رأی موافق دادند (Arsanjani, 2017).



(Wolfrum & Lachenmann, 2017: 1313). در بین جنایات جنگی در هنگام مخاصمه مسلحانه بین‌المللی، اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی ۸ مورد نقض فاحش کنوانسیون‌های ژنو ۱۲ اوت ۱۹۴۹ و ۲۶ مورد از دیگر موارد نقض فاحش قوانین و عرف‌های حاکم بر مخاصمات مسلحانه بین‌المللی را از هم متمایز نموده است (اردبیلی، ۱۳۸۶: ۳۳).

### ۱-۱-۱. نقض‌های فاحش خاص

در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی سابق و مطابق حقوق بین‌الملل عرفی، تحقق جنایات جنگی صرف‌نظر از شرط ارتکاب در جریان مخاصمات مسلحانه، مستلزم هیچ قرینه‌ای نیست. یک عمل قتل، تجاوز به عنف و غارت در جریان مخاصمات مسلحانه می‌تواند یک جنایت جنگی تلقی گردد. اساسنامه رم در ماده ۸(۱) برای جنایات جنگی قابل تعقیب، آستانه‌ای تعیین می‌کند:

«دیوان نسبت به جنایات جنگی صلاحیت دارد؛ به ویژه هنگامی که در قالب یک برنامه یا سیاست عمومی یا در قالب ارتکاب گسترده‌ی چنین جنایاتی صورت گرفته باشد».

مطابق نظر شعبه پژوهشی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی، شرط «ارتکاب گسترده»<sup>۱</sup> در اساسنامه، جایگزین شرط «ارتکاب به عنوان بخشی از یک سیاست»<sup>۲</sup> گردیده است. علاوه بر این، شعبه بیان کرد که شرط «ارتکاب گسترده» یا شرط «ارتکاب به عنوان بخشی از یک سیاست» مطلق نیست و با اصطلاح «به ویژه»<sup>۳</sup> مقید و محدود می‌شود. شعبه دوم دادگاه بدوی اعلام کرد که اصطلاح «به ویژه» ناظر بر این امر است که وجود برنامه، سیاست یا ارتکاب گسترده، شرط لازم برای اعمال صلاحیت دادگاه بر جنایات جنگی نیست، بلکه این اصطلاح اصول راهنمای عملی را برای دادگاه تأمین می‌سازد. در نتیجه یک عمل منحصر می‌تواند در قالب صلاحیت دادگاه به جنایت جنگی منتهی بشود، چنانچه آن عمل علاوه بر اینکه با قرینه ارتکاب

1. The Requirement of Large-Scale Commission.
2. The Requirement of Commission as Part of a Policy.
3. In Particular.

می‌یابد، با یک مخاصمه مسلحانه همراه باشد (Schabas, 2016: 225-226). در خصوص اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری به نظر می‌رسد شرط تحقق جنایات جنگی در قالب یک برنامه، سیاست عمومی یا ارتکاب گسترده صرفاً به صلاحیت دیوان مربوط می‌شود و بر مفهوم فعلی جنایات جنگی اثرگذار نیست. به عبارت دیگر، این حقیقت که دیوان باید صرفاً با در نظر گرفتن این مسئله که جنایات جنگی بخشی از یک برنامه یا سیاست می‌باشد، حکم صادر نماید، به این معنا نیست که مفهوم جنایات جنگی، مطابق حقوق بین‌الملل صرفاً به جنایات جنگی با مقیاس گسترده محدود می‌شود.

نقض‌های فاحش قسمت الف ماده ۸(۲) شامل فهرستی از نقض‌های فاحش کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو می‌گردند (Boot, 2002: 544). نقض‌های فاحش، جنایات جنگی مهمی هستند که تابع صلاحیت جهانی همه کشورها قرار دارند. با این حال چنانچه کشوری قصد نداشته باشد خاطی را تعقیب کند، باید او را به هر کشور عضوی که با رعایت کنوانسیون‌های ژنو قصد دارد آن شخص را تعقیب و مجازات نماید، مسترد دارد. علاوه بر این نقض‌های فاحش، تعهداتی نظیر تحقیق، تعقیب، جاری نساختن قاعده یا عدم اعمال رژیم مرور زمان نسبت به این گونه جرایم، عدم پذیرش توجیه «اطاعت از دستورات مقام مافوق» به عنوان دفاع، عدم تأثیر سمت رسمی افراد و مساعدت به دولت متقاضی اعمال مجازات از طریق معاضدت قضایی و انجام نیابت قضایی را به همراه دارد (دبیم، ۱۳۸۴: ۲۹۶-۲۹۵).

خصیصه بین‌المللی بودن مخاصمه مسلحانه، شرط لازم برای اعمال مقررات ناظر بر نقض‌های فاحش کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو می‌باشد. کمیسیون مقدماتی دیوان کیفری بین‌المللی تصریح کرده است که حداقل در مورد دیوان کیفری بین‌المللی، اصطلاح «مخاصمه مسلحانه بین‌المللی» شامل «اشغال نظامی»<sup>۱</sup> هم می‌شود (چایساری، ۱۳۹۳: ۱۷۳).

#### 1. Military Occupation.

چنانچه نیروهای نظامی یک دولت در آن سوی مرزهای شناخته‌شده دولت متبوع خود، بدون وجود موافقتنامه بین‌المللی در روند اعمال کنترل بر سرزمین دولت متخاصم یا دولت بی‌طرف مداخله نمایند، از لحاظ حقوقی اشغال نظامی محقق گردیده است (Schabas, 2016: 231).

نقض‌های فاحش قسمت الف ماده ۸(۲) شامل کشتار عمدی، شکنجه و رفتار غیرانسانی، فراهم آوردن موجبات رنج عظیم یا صدمه شدید به جسم یا سلامتی، تخریب و ضبط گسترده اموال که ضرورت نظامی آن را توجیه نمی‌کند و به صورت غیر قانونی و خودسرانه اجرا شده است، اجبار اسرای جنگی یا دیگر اشخاص مشمول حمایت کنوانسیون به خدمت در صفوف نیروهای دولت دشمن، محروم کردن عمدی اسرای جنگی یا دیگر اشخاص مشمول حمایت از حق محاکمه عادلانه و قانونی، تبعید یا انتقال غیر قانونی یا حبس غیر قانونی و گروگان‌گیری (Kälin & Kunzli, 2009: 63).

نقض‌های فاحش قسمت الف ماده ۸(۲) باید علیه اشخاص تحت حمایت ارتکاب یابند. عبارت مقدماتی قسمت الف ماده ۸(۲) به «اشخاص یا دارایی‌هایی که تحت حمایت مقررات کنوانسیون‌های چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو قرار دارند»، اشاره دارد و این اصطلاح در هر کدام از عناصر جنایات مقرر در ماده مزبور تکرار می‌شود. کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ با هدف حمایت از قربانیان جنگ ایجاد گردیده است. باید این کنوانسیون‌ها را از کنوانسیون‌های لاهه تفکیک کرد. کنوانسیون‌های لاهه به طور کلی به موضوعات مربوط به حقوق رزمندگان می‌پردازند. هر کدام از کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو به مطالعه طبقه مشخصی از قربانیان می‌پردازند؛ از جمله مجروحان و اعضای بیمار نیروهای مسلح در هنگام لشکرکشی، مجروحان، بیماران و غریقان نیروهای مسلح در دریا، اسرای جنگی و غیر نظامیان در زمان جنگ. از این طبقات قربانیان تحت عنوان «اشخاص تحت حمایت»<sup>۱</sup> یاد می‌شود. بنابراین منظور از اشخاص تحت حمایت در قسمت الف ماده ۸(۲) اشخاص قربانی فوق می‌باشد و به منظور تعقیب نقض‌های فاحش کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ باید اثبات گردد که شخص قربانی جزء اشخاص تحت حمایت می‌باشد. در کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ مقرره خاصی در خصوص تعریف اصطلاحات سربازان و سربازان «ناتوان از جنگ»<sup>۲</sup> وجود ندارد؛ چرا که آن‌ها به عنوان مجروح، بیمار یا غریق یا زندانی در نظر گرفته شده‌اند. در هر صورت، آن‌ها باید متعلق به یکی از طرفین مخاصمه باشند. شعبه

1. Protected Persons.  
2. Bors De Combat.

اول دادگاه بدوی دیوان کیفری بین‌المللی در «قضیه کاتانگا»<sup>۱</sup> اعلام کرد که تعیین اشخاص تحت حمایتی که هیچ ارتباطی با اتهامات وارده بر متهم ندارند، بر اساس کنوانسیون‌های اول، دوم و سوم ژنو ضروری نیست. تعقیب نقض‌های سه کنوانسیون نخست ژنو در رویه معاصر دادگاه‌های کیفری بین‌المللی امری شاذ و نادر است. اسرای جنگی در ماده ۴ کنوانسیون سوم ژنو و مواد ۴۳ تا ۴۵ پروتکل اول الحاقی تعریف شده‌اند. متعاقب کنوانسیون چهارم ژنو تمام غیر نظامیان در زمره اشخاص تحت حمایت قرار نمی‌گیرند. اشخاص تحت حمایت کنوانسیون اشخاصی هستند که باید در زمان مربوطه در اختیار یک طرف درگیر یا قدرت اشغالگری باشند که از اتباع آن نیستند. اتباع دولتی که به کنوانسیون ملتزم نیستند، تحت حمایت آن کنوانسیون قرار نمی‌گیرند (Schabas, 2016: 238-239). بر این اساس به نظر می‌رسد غیر نظامیانی که در جریان مخاصمه مسلحانه بین‌المللی در سرزمین اشغال‌شده و در سرزمین تحت کنترل دشمن حضور ندارند، مشمول حمایت قسمت الف ماده ۸(۲) قرار نگرفته و در نتیجه نقض‌های فاحش قسمت الف ماده ۸(۲) نسبت به آن‌ها اعمال نمی‌گردد. این اشخاص توسط حقوق بین‌الملل عرفی و پروتکل اول الحاقی مورد حمایت قرار می‌گیرند.

نکته در خور تأمل این است که اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری صرفاً به تعیین جرایم جنگی پرداخته و در مورد آثار بزه‌دیدگی ناشی از زمان جنگ ترتیباتی ندارد. توضیح آنکه آثار بزه‌دیدگی ناشی از زمان جنگ می‌تواند در یک دوره طولانی وجود داشته باشد. کودکان نسل اول قربانیان جنایات جنگی ممکن است به واسطه قربانی شدن والدینشان دچار آسیب‌های روانی شوند. مطالعات نشان می‌دهد که نسل دوم بزه‌دیدگان

#### 1. Katanga Case.

در قضیه کاتانگا شخصی به نام جرمن کاتانگا متهم به ارتکاب جنایات بین‌المللی در جریان حمله به دهکده بوگورو در منطقه ایتوری جمهوری دموکراتیک در فوریه ۲۰۰۳ بود. دیوان کیفری بین‌المللی در ۷ مارس ۲۰۱۴ کاتانگا را به یک مورد جنایات علیه بشریت و چهار مورد جنایات جنگی محکوم و در ۲۳ مه ۲۰۱۴ او را به ۱۲ سال زندان محکوم کرد. در ۱۳ نوامبر ۲۰۱۵ شعبه پژوهشی دیوان در حکم خود تجدیدنظر کرد و مدت حبس را تقلیل داد. جرمن کاتانگا به منظور گذراندن حکم حبس خود در ۱۹ دسامبر ۲۰۱۵ به زندانی در جمهوری دموکراتیک کنگو منتقل گردید. قرار ۲۴ مارس ۲۰۱۷ در خصوص جبران خسارت قربانیان توسط کاتانگا در ۸ مارس ۲۰۱۸ در شعبه پژوهشی تأیید گردید (Shiedregt, 2012: 166; <<https://www.icc-cpi.int/drc/katanga/documents/katangaeng.pdf>>).

نیز ممکن است متحمل آسیب عمیق و دردناکی شوند که به عنوان میراث ناخوشایند والدین به ایشان رسیده و می‌تواند تهدیدی برای افراد جامعه باشد. بدین‌سان پیامدهای روان‌شناختی، اجتماعی و مالی بزه‌دیدگی زمان جنگ برای بزه‌دیدگان، مستلزم توجه به نیازهای روانی - اجتماعی، مالی و پزشکی آنان و نسل‌های بعد از آنان می‌باشد (نیکوکار، ۱۳۹۷: ۴۳۱).

«اموال مورد حمایت» در هیچ یک از مواد کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو یا پروتکل اول الحاقی مشخص نشده‌اند. اسناد فوق تنها اموالی را بیان می‌کنند که نباید مورد حمله، تخریب یا تصرف واقع شوند. (اموال) مزبور عبارت‌اند از: واحدها و تأسیسات پزشکی، وسایل نقلیه بهداشتی و کشتی‌های حامل بیماران. همان‌گونه که ماده ۵۳ کنوانسیون چهارم ژنو نیز مقرر کرده، از نظر حقوق بین‌الملل عرفی جز در شرایط ضرورت نظامی، هر گونه تخریب اموال منقول یا غیر منقول از سوی قوای اشغالگر ممنوع است. بنابراین «اموال مورد حمایت» اموالی هستند که در مناطقی یافت می‌شوند که به اشغال نیروهای بیگانه، از جمله نیروهایی که در عمل به عنوان یک رکن یا عامل دولت خارجی به نحوی عمل می‌کنند که مخاصمه مسلحانه مورد نظر را به یک مخاصمه مسلحانه بین‌المللی تبدیل می‌کنند، درآمده باشد. اموالی که برای مقاصد نظامی استفاده می‌شوند مادام که برای این هدف استفاده می‌شوند، اشیاء نظامی هستند و در نتیجه، موقعیت خود را به عنوان اموال مورد حمایت، در آن مدت از دست می‌دهند (چایساری، ۱۳۹۳: ۱۷۶-۱۷۷). پذیرش تعریف فوق از اموال مورد حمایت، جامعه بین‌المللی را با چالش‌هایی مواجه می‌نماید. مطابق این تعریف چنانچه یک گروه نظامی یا شبه نظامی از یک مرکز بهداشتی یا یک مرکز آموزشی یا حتی یک آمبولانس به منظور مقاصد نظامی نظیر حملات راکتی استفاده بکنند، اموال یادشده جزء اشیاء نظامی تلقی می‌گردند و در نتیجه حمله به آن‌ها جایز می‌باشد. این در حالی است که حفظ صلح، امنیت، حیات و کیان جامعه بین‌المللی بر حملات نظامی اولویت و تقدم دارد. همچنین هدف اصلی قواعد بشردوستانه، حمایت از اشخاص، اموال و اهداف غیر نظامی و نظامی می‌باشد. به نظر می‌رسد در این راستا دیوان بین‌المللی کیفری می‌تواند با ارائه تفسیری دقیق و موشکافانه از اموال مورد حمایت، مفهوم و گستره اجرایی این اموال را تعیین نماید.

## ۱-۲-۱. سایر نقض‌های فاحش

جنایات جنگی در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی که در قسمت ب ماده ۸(۲) اساسنامه رم فهرست شده‌اند، عبارت‌اند از: «سایر نقض‌های فاحش قوانین و عرف‌های داخل در چهارچوب پذیرفته‌شده حقوق بین‌الملل و حاکم بر منازعات مسلحانه بین‌المللی». استعمال عبارت «سایر» دلالت بر این امر دارد که فهرست اعمال ممنوعه در قسمت ب ماده ۸(۲) اساسنامه، افزون بر فهرست نقض‌های فاحش قسمت الف ماده ۸(۲)<sup>۱</sup> هستند (Klamberg, 2017: 73). این عبارت‌پردازی کاملاً بر این موضوع دلالت می‌کند که جنایات نوع (ب) به مانند جنایات نوع (الف) به مخاصمات مسلحانه بین‌المللی محدود می‌شود. فهرست جنایات نوع (ب) به طور کلی متشکل از جنایات مشخص شده در حقوق لاهه است؛ چون این فهرست در اصل از نظام‌نامه‌های ضمیمه به کنوانسیون چهارم لاهه ۱۹۰۷ سرمنشأ می‌گیرد. پروتکل الحاقی شماره ۱ به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو مصوب ۱۹۷۷ دامنه تعریف نقض‌های فاحش کنوانسیون‌های ژنو را گسترش داده است؛ هرچند پروتکل مزبور اندکی از میزان تعهدات دولت‌های متأثر کاسته است. اساسنامه رم برخی از این نقض‌های فاحش جدید را به جای قسمت الف ماده ۸(۲) در قسمت ب ماده ۸(۲) گنجانده است. قسمت ب ماده ۸(۲) شامل همه نقض‌های جدی پروتکل الحاقی شماره ۱ نیست. بر خلاف کنوانسیون‌های چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو که از تصویب تقریباً جهانی بهره‌مندند، پروتکل شماره ۱ از مقبولیت به مراتب کمتری برخوردار است و تبلور آن در ماده ۸ اساسنامه رم بیانگر ویژگی در حال تکامل تعاریف نقض‌های فاحش و سایر نقض‌های جدی است. پروتکل شماره ۱ در مقایسه با کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو تا حدی بر طیف گسترده‌تری از مخاصمات اعمال می‌شوند و دادستان می‌تواند در نزد دیوان کیفری بین‌المللی به خوبی استدلال نماید که مقررات ماده ۸ (مشق از پروتکل الحاقی شماره ۱) می‌تواند در مخاصمات مسلحانه‌ای که مردم علیه

۱. جهت آشنایی بیشتر با وجه تمایز جنایات مندرج در قسمت ب ماده ۸(۲) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی با جنایات مندرج در قسمت الف ماده ۸(۲) اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری ر.ک: (Donnelly & McGoldrick & Rowe, 2004; Funk, 2010; Schiff, 2008).

«رژیم‌های استعمارگر»،<sup>۱</sup> «نژادپرست»<sup>۲</sup> و «اشغالگر»<sup>۳</sup> در راستای «حق تعیین سرنوشت»<sup>۴</sup> خود پیکار می‌کنند، ارتکاب یابند (Schabas, 2007: 122-123).

قسمت ب ماده ۸(۲) و قسمت «و» ماده ۸(۲) اساسنامه به عبارت جالب «داخل در چهارچوب پذیرفته‌شده حقوق بین‌الملل»<sup>۵</sup> اشاره می‌کند. در هیچ کدام از مقررات دیگر ماده ۸ و مقررات مربوط به نسل‌زدایی و جنایات علیه بشریت به عبارت مزبور اشاره نشده است. یک تفسیر قابل قبول برای این عبارت جالب آن است که جنایات تعیین‌شده در دو قسمت مزبور در صورتی در طبقه جنایات جنگی قرار می‌گیرند که در حقوق بین‌الملل عرفی هم واجد عنوان جنایات جنگی باشند. دادگاه هنگامی می‌تواند افعال مندرج در دو قسمت یادشده را به عنوان جنایت جنگی در نظر بگیرد که این افعال پیشتر از رهگذر حقوق بین‌الملل عام به عنوان جنایت جنگی تلقی شده باشد. مطابق این تفسیر، «اعلان اینکه به احدی رحم نخواهد شد» (قسمت ب ماده ۸(۲)(۱۲))، بدون شک یک جنایت جنگی تلقی می‌گردد؛ زیرا در جنایت بودن این عمل مطابق حقوق بین‌الملل عرفی تردیدی وجود ندارد و در صورتی که اعلان بشود که به احدی رحم نخواهد شد، جنایت جنگی رخ داده است. در مقابل جنایاتی نظیر «اقدام دولت اشغالگر، به طور مستقیم یا غیر مستقیم، برای انتقال بخش‌هایی از جمعیت غیر نظامی خود به سرزمینی که اشغال می‌کند، یا اخراج یا انتقال تمام یا بخش‌هایی از جمعیت سرزمین اشغالی در داخل یا به خارج این سرزمین» (قسمت ب ماده ۸(۲)(۸)) نمی‌تواند فی‌نفسه به عنوان جنایت جنگی تلقی گردد. دادگاه در این مواقع باید ابتدا اثبات نماید که: ۱- مطابق حقوق بین‌الملل عرفی چنین اخراج یا انتقالی به عنوان نقض حقوق بین‌الملل بشردوستانه تلقی می‌گردد و ۲- مطابق حقوق بین‌الملل عرفی چنین نقضی به عنوان جنایت جنگی تلقی می‌گردد (Cassese, 1999: 151). در هر صورت در مورد جرایم مندرج در قسمت ب ماده ۸(۲) و قسمت «و» ماده ۸(۲) فرض بر این است که آن‌ها عرفی نمی‌باشند؛ مگر اینکه عرفی بودن آن‌ها ثابت گردد. اما در مورد

1. Colonial regimes.
2. Racist regimes.
3. Occupation regimes.
4. Right of self-determination.
5. Within the established framework of international law.

قسمت الف ماده ۸(۲) و قسمت ج ماده ۸(۲) فرض بر این است که آن‌ها تحت پوشش حقوق بین‌الملل عرفی قرار دارند. این مسئله از تفسیر ماده ۸ استنباط می‌گردد؛ چرا که درباره دو طبقه مهم جرایم جنگی، اساسنامه در صدد نیست یک نظام حقوقی جامع را مقرر نماید، بلکه می‌خواهد دادگاه هر قضیه را مطابق حقایق آن و نیز حقوق بین‌الملل معاصر به طور اجباری بررسی نماید. به عبارت دیگر، اساسنامه در خصوص سایر طبقات جنایات جنگی به تعیین مضمون عمل ممنوعه بسنده می‌کند و در نتیجه دادگاه می‌تواند مقرر به مربوطه را مستقیماً یا فوراً اعمال کند، اما در رابطه با دو قسمت یادشده این مسئله مُجرا نیست. قلمرو حمایت از قربانیان نقض‌های فاحش در قسمت ب ماده ۸(۲) از قلمرو حمایت از قربانیان نقض‌های فاحش در قسمت الف ماده ۸(۲) گسترده‌تر است. قربانیان نقض‌های فاحش در قسمت ب ماده ۸(۲) بر خلاف قربانیان نقض‌های فاحش در قسمت الف ماده ۸(۲) محدود به اشخاص حمایت‌شده نمی‌باشند (Mehring, 2014: 144).

## ۲-۱. بعد غیر بین‌المللی جنایات جنگی

در مذاکرات کنفرانس رم، نمایندگی‌های کشورهای مختلف بر خلاف قسمت‌های الف و ب ماده ۸(۲) اساسنامه نسبت به حذف یا نگهداری قسمت‌های ج و ه ماده ۸(۲) اختلاف نظر داشتند. غالب کشورهای جهان سوم، کشورهای عربی و کشور ایران با درج قسمت‌های ج و ه ماده ۸(۲) در اساسنامه مخالفت داشتند. با وجود این، کنفرانس نهایتاً نظر کشورهای ابرقدرت و توسعه‌یافته را در خصوص نگهداری مقرر مزبور مورد تأیید قرار داد (شریعت باقری، ۱۳۸۶: ۲۰۳-۲۰۵). در نتیجه اساسنامه رم، جنایات جنگی و نقض‌های جدی در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی را نیز به رسمیت شناخت. اساسنامه ذیل قسمت‌های ج و ه ماده ۸(۲)، ۱۶ مورد از نقض‌های جدی را به‌عنوان جنایات جنگی برمی‌شمرد (Solis, 2016: 108). بر اساس ماده ۸ اساسنامه، دیوان کیفری بین‌المللی جنایات جنگی در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی را به دو نوع تقسیم می‌کند: ۱- نقض‌های جدی ماده ۳ مشترک در کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ (قسمت‌های ج و د ماده ۸(۲)) و ۲- سایر نقض‌های جدی قوانین و عرف‌های قابل اجرا در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی (قسمت‌های ه و «و» ماده ۸(۲)).



## ۱-۲-۱. نقض‌های جدی خاص

در خصوص نوع اول مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی، دیوان به موجب قسمت ج ماده ۸(۲)<sup>۱</sup> صرفاً بر نقض‌های جدی ماده ۳ مشترک صلاحیت دارد. مقررره موجود به مانند مقررات ماده ۵ اساسنامه، حوزه اجرایی اساسنامه را «به جدی‌ترین جنایات مورد اهتمام جامعه بین‌المللی در کل» محدود می‌کند. بنابراین می‌توان استدلال کرد که در حقیقت هر نقض ماده ۳ مشترک باید جدی تلقی گردد. در قضیه تادیچ، در نهایت شعبه پژوهشی اظهار کرد نقض در صورتی جدی است که اولاً منجر به تخلف از قاعده‌ای گردد که حمایت از ارزش‌های انسانی را به همراه دارد و ثانیاً مستلزم عواقب فاحش برای قربانی عمل مورد نظر باشد (Bassiouni, 2008: 332-333).

نقض‌های جدی در قسمت ج ماده ۸(۲) به مانند نقض‌های فاحش قسمت الف ماده ۸(۲) اساسنامه رم باید علیه اشخاص مورد حمایت ارتکاب یابند. قسمت ج ماده ۸(۲) با اشاره به ماده ۳ مشترک، اعمالی را تعیین می‌کند که «بر ضد اشخاصی که هیچ‌گونه شرکت فعالی در کارهای جنگی ندارند، از جمله افراد نیروهای مسلح که سلاح‌هایشان را زمین گذاشته‌اند و کسانی که به سبب بیماری، جراحت، حبس یا هر علت دیگری از شرکت در جنگ ناتوان هستند»، صورت گرفته باشند. این اعمال قابل مجازات عبارت‌اند از: قتل، قطع عضو، رفتار ظالمانه و شکنجه، تجاوز نسبت به کرامت شخصی، گروگان‌گیری و اعدام‌های شتابزده. جنایات ارائه شده، مخرج مشترک حقوق بنیادین بشر هستند. کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، اغلب ماده ۳ مشترک را به عنوان «معاهده کوچک»<sup>۲</sup> از قوانین قابل اعمال بر مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی

۱. به موجب قسمت ج ماده ۸(۲) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در حالت وقوع نزاع مسلحانه غیر بین‌المللی، نقض فاحش ماده ۳ مشترک در چهار کنوانسیون ۱۲ اوت ۱۹۴۹ ژنو یعنی هر یک از اعمال ارتكابی زیر بر ضد اشخاصی که هیچ‌گونه شرکت فعالی در کارهای جنگی ندارند، از جمله افراد نیروهای مسلح که سلاح‌هایشان را زمین گذاشته‌اند و کسانی که به سبب بیماری، جراحت، حبس یا هر علت دیگری از شرکت در جنگ عاجزند: خشونت بر ضد جسم و جان به ویژه قتل از هر نوع، قطع عضو، رفتار بی‌رحمانه و شکنجه؛ تجاوز به کرامت شخص به ویژه رفتار موهن و تحقیرکننده؛ گروگان‌گیری؛ صادر کردن احکام و اجرای مجازات‌های اعدام بدون وجود حکم قبلی صادر شده از دادگاهی که به طور قانونی تشکیل شده باشد و تمام تضمین‌های قضایی را که ضرورت آن به طور عام شناخته و پذیرفته شده است، تأمین نماید.

2. Mini-convention.

توصیف می‌کند. همچنین شعبه پژوهشی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق معتقد است که مقررات مندرج در ماده ۳ مشترک، جوهره قواعد بشردوستانه کنوانسیون‌های ژنو در کل را تشکیل می‌دهند (Schabas, 2007: 144). در این راستا، هریک از اعضا ملتزم به اجرای حداقل حمایت‌های انسانی در مورد کلیه اشخاص خارج از نبرد، اعم از نظامی و غیر نظامی هستند و در همه وضعیت‌ها باید با آنان بدون هیچ گونه تبعیض ناروا از حیث نژاد، رنگ، مذهب، عقیده، جنسیت، اصل و نسب و یا ثروت یا هر معیار مشابه آن‌ها، با اصول انسانیت رفتار شود (ضیایی بیگدلی، ۱۳۹۲: ۵۴).

باید خاطر نشان کرد که به رغم کوشش‌های به عمل آمده در جرم‌انگاری نقض‌های جدی ماده ۳ مشترک، ماده ۸ اساسنامه جرم‌انگاری تضمیناتی را که مکمل مقررات ماده ۳ مشترک هستند، در بعضی موارد مسکوت گذاشته است. منظور برخی مقررات ماده ۴ پروتکل دوم الحاقی است که در خود پروتکل دوم تضمینات اساسی و بنیادی دانسته شده‌اند و جای تأسف است که اساسنامه نقض این ماده را یکجا داخل در صلاحیت دیوان نکرده است. امتناع از جرم‌انگاری برخی ترتیبات ماده ۴ پروتکل بیشتر از آنجا مایه تعجب است که این‌ها صرفاً تکمیل و تصریح مقررات ماده ۳ مشترک می‌باشند. از این روی تأسف‌آور است که اساسنامه، مجازات‌های جمعی را در زمره جنایات جنگی نام نمی‌برد. در حالی که اعمال مجازات‌های جمعی به یقین ناقض ماده ۳ مشترک است؛ زیرا چنین مجازات‌هایی ضرورتاً لطمه به شرافت انسانی اشخاص است و آشکارا مغایر با منع محکومیت‌های بدون محاکمه و فاقد تصمیمات قضایی است که ماده ۳ مشترک مقرر می‌کند. ممنوعیت مجازات‌های جمعی یکی از تضمینات اساسی است که ماده ۴ پروتکل دوم برای کسانی در نظر می‌گیرد که در گیرودار مخاصمه‌ای داخلی توقیف می‌شوند (ممتاز و رنجبریان، ۱۳۸۷: ۲۴۱-۲۴۲). علاوه بر این، قسمت ج ماده ۸(۲) برای جرائم ارتكابی در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی علیه نیروهای مقابل که در جنگ مشارکت ندارند، اشاره به نوع خاصی از مخاصمه مسلحانه داخلی می‌کند («مخاصمه مسلحانه‌ای که خصیصه بین‌المللی ندارد»)، که بدین ترتیب موارد اغتشاشات و اختلالات داخلی مانند شورش و اعمال خشونت‌آمیز انفرادی و پراکنده یا سایر اعمال مشابه مستثنا می‌شود. در حالی که قسمت «و» ماده ۸(۲) که به جرایم ارتكابی در محاربه

اختصاص دارد، اشاره می‌کند که مقررات این بند «در مورد مخاصمات مسلحانه‌ای قابل اجراست که در قلمرو دولتی اتفاق می‌افتد که مخاصمه مسلحانه طولانی مدتی میان نیروهای حکومت و گروه‌های مسلح سازمان‌یافته یا میان چنین گروه‌هایی وجود دارد». بنابراین ارتکاب جرم مشمول بند اخیر مستلزم یک شرط اضافی است؛ به این معنا که زدوخوردهای مسلحانه داخلی باید «مداوم» باشد (کسسه، ۱۳۸۷: ۷۲).

## ۲-۲-۱. سایر نقض‌های جدی

قسمت ه ماده ۸(۲) اساسنامه مشتمل بر ۱۲ نوع جرم بوده<sup>۱</sup> و بر «سایر نقض‌های جدی قوانین و عرف‌های قابل اجرا در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی» اعمال

۱. به موجب قسمت ه ماده ۸(۲) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی دیگر نقض‌های جدی قوانین و عرف‌های قابل اجرا در منازعات مسلحانه غیر بین‌المللی در چارچوب تعیین شده در حقوق بین‌الملل، یعنی هر یک از اعمال زیر: الف) هدایت عمدی حملات بر ضد مردم غیر نظامی در کلیت آن یا بر ضد افراد غیر نظامی که در اعمال جنگی شرکت مستقیم ندارند؛ ب) هدایت عمدی حملات بر ضد ساختمان‌ها، مواد، واحدها و وسایل نقلیه پزشکی، و افرادی که از نشان‌های مشخصه مذکور در کنوانسیون‌های ژنو مطابق حقوق بین‌الملل استفاده می‌کنند؛ پ) هدایت عمدی حملات بر ضد کارکنان، تأسیسات، مواد، واحدها و خودروهایی که در کمک‌رسانی بشردوستانه یا مأموریت حفظ صلح به موجب منشور ملل متحد به کار گرفته می‌شوند؛ مادام که آن‌ها شایسته برخورداری از حمایتی هستند که به موجب حقوق بین‌الملل منازعات مسلحانه به غیر نظامیان یا اهداف غیر نظامی داده شده است؛ ت) هدایت عمدی حملات بر ضد ساختمان‌هایی که برای مقاصد مذهبی، آموزشی، هنری، علمی یا خیریه اختصاص یافته و [نیز بر ضد] آثار تاریخی، بیمارستان‌ها و مکان‌های تجمع بیماران و زخمی‌ها مشروط بر آنکه آن مکان‌ها اهداف نظامی نباشند؛ ث) غارت شهر یا محلی، گرچه غلبه بر آن با زور صورت گرفته باشد؛ ج) ارتکاب تجاوز [جنسی]، برده‌گیری جنسی، اجبار به فحش‌های جنسی، حاملگی اجباری آن‌چنان که در بند ۲(و) ماده ۷ تعریف شده است. عقیم کردن اجباری یا هر شکل دیگر از اشکال خشونت جنسی نیز که موجب نقض فاحش کنوانسیون‌های ژنو می‌شود؛ چ) بسیج اجباری یا داوطلبانه کودکان زیر ۱۵ سال در نیروهای مسلح یا گروه‌های مسلح یا به کار گرفتن آنان برای مشارکت فعال در کارهای جنگی؛ ح) صدور دستور جابه‌جایی اهالی غیر نظامی به دلایل مربوط به نزاع، مگر آنکه امنیت غیر نظامیان مورد نظر یا دلایل الزام‌آور نظامی چنین اقتضا کند؛ خ) خائنانه کشتن یا زخمی کردن رزمنده دشمن؛ د) اعلان این مطلب که به احدی رحم نخواهد شد؛ ذ) در معرض نقص بدنی یا هر نوع آزمایش پزشکی یا علمی قرار دادن اشخاصی که تحت سلطه طرف دیگر هستند به طوری که نه درمان پزشکی، دندانپزشکی یا بیمارستانی شخص مورد نظر آن را توجیه می‌کند و نه در جهت منفعت وی صورت می‌گیرد و موجب مرگ یا خطر جدی برای آن شخص یا اشخاص می‌شود؛ ر) تخریب یا ضبط اموال دشمن مگر آنکه ضرورت‌های جنگ چنین تخریب یا ضبط اموال را ایجاب نماید.

می‌شود. مقررات مزبور از کنوانسیون‌های ژنو، پروتکل دوم الحاقی و کنوانسیون ایمنی کارکنان سازمان ملل و کارکنان وابسته سرمنشأ می‌گیرد. همچنین در خصوص دسته نقض‌های جدی،<sup>۱</sup> تعاریف متعدد در خصوص اعمال شاکله نقض‌های جدی مانع از تعریف نقض‌های جدی در مقررات معاهده‌ای می‌گردد. به علاوه برخی از تعاریف، متأثر از مفاهیم حقوق بشر هستند. وضعیت جنایات جنگی در مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی نسبت به جنایات جنگی در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی تا حدودی با گنجاندن برخی جنایات قسمت ب ماده ۸(۲) در قسمت ه ماده ۸(۲) تعدیل گردیده است؛ برای مثال، «هدایت عمدی حملات بر ضد اشخاص و اهدافی که در کمک‌رسانی بشردوستانه یا مأموریت‌های حفظ صلح به کار گرفته می‌شوند» در قسمت ه ماده ۸(۲)(۳)، جنایات تجاوز به عنف و سایر اشکال خشونت جنسی در قسمت ه ماده ۸(۲)(۶) و «بسیج اجباری یا داوطلبانه کودکان زیر ۱۵ سال در نیروهای مسلح ملی یا به کار گرفتن آنان برای مشارکت فعال در کارهای جنگی» در قسمت ه ماده ۸(۲)(۷) درج گردیده است (Boot, 2002: 547). البته اگرچه کودکان از سن ۱۵ سالگی ممکن است مشمول یا داوطلب خدمت سربازی گردند، اما دادگاه نسبت به اشخاصی که در زمان ارتکاب جرم کمتر از ۱۸ سال دارند، صلاحیت ندارد (Rome Statute, 1998: Art. 26). بنابراین شخصی که بین ۱۵ تا ۱۷ سال دارد، یک رزمنده قانونی تلقی می‌گردد و می‌تواند مرتکب جرمی شود، بدون اینکه به دادگاه احضار و محاکمه گردد. بر این اساس، یک فرمانده می‌تواند کودکان را برای ارتش خود و به منظور تشکیل واحدهای تروریستی که اعضای آن مصون از تعقیب می‌باشند، به کار گیرد. علاوه بر این، در جنگ مدرن به ویژه در کشورهای در حال توسعه، اشخاص جوان بیشتر در مخاصمات مسلحانه شرکت می‌کنند و در نتیجه به طور فزاینده‌ای مرتکب جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت می‌گردند. این مقرر می‌تواند زمینه‌ساز سوءاستفاده از کودکان در

۱. در خصوص وجه تمایز نقض‌های جدی از نقض‌های فاحش ر.ک:

<https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/827EE9EC-5095-48C0-AB04E38686EE9A80/283279/GRAVEBREACHESMUCHABOUTSERIOUSVIOLATIONS.pdf>; Petrovic, 2015.

مخاصمات مسلحانه گردد.

هرچند قسمت ه ماده ۸(۲) با کاستی‌هایی همراه می‌باشد، اما به طور کلی جرایم دوازده گانه مندرج در قسمت مزبور، نشان‌دهنده پیشرفت حقوق بین‌الملل عرفی از سطح بین‌المللی به سطح داخلی است؛ زیرا جرایم مذکور به طور خاص، به عنوان منازعات مسلحانه‌ای تعریف می‌شود که در درون مرزهای کشوری روی دهد؛ کشوری که در میان نیروهای حکومت از یک طرف و مخالفان مسلح سازمان‌یافته از طرف دیگر و یا میان گروه‌های سازمان‌یافته مسلح مخالف، دچار منازعات مسلحانه بلندمدت شده باشد (رابرتسون، ۱۳۸۳: ۴۶۳).

شایان ذکر است که در قسمت ه ماده ۸(۲) اساسنامه، کلیه قوانین و رسوم مقرر در پروتکل دوم الحاقی درج نگردیده‌اند. در این زمینه می‌توان به نقض مواد ۱۴ و ۱۵ پروتکل دوم الحاقی اشاره نمود که در ردیف جنایات جنگی مشمول صلاحیت دیوان قرار نگرفته‌اند. این دو ماده به ترتیب، استفاده از سلاح گرسنگی و حمله به اموال ضروری برای بقای جمعیت غیر نظامی و حمله به تأسیسات و کارخانه‌های دارای انرژی خطرناک را منع می‌کنند. ضعف مشهود اساسنامه در این زمینه، به خصوص کوتاهی در جرم‌انگاری استفاده از سلاح گرسنگی و ایجاد قحطی بین غیر نظامیان حین مخاصمات داخلی بسیار ناگوار است؛ زیرا به کارگیری این روش توسط یکی از طرف‌های متخاصم بر ضد هموطنان خویش در این دسته از مخاصمات بسیار رایج است. به همین دلیل ارتکاب این عمل غیر انسانی در مخاصمه‌ای داخلی بیشتر سزاوار سرزنش و تقبیح است تا در مخاصمه‌ای بین‌المللی (ممتاز و رنجبریان، ۱۳۸۷: ۲۵۱-۲۵۲).

در شرط آستانه‌ای قسمت ه ماده ۸(۲) که در قسمت «و» ماده ۸(۲) آمده به شرح ذیل تصریح گردیده است: این قسمت از ماده فوق، نسبت به مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی قابل اجراست و بنابراین، شامل وضعیت آشوب‌ها و تنش‌های داخلی همچون شورش‌ها و اعمال خشونت‌آمیز منفرد یا پراکنده یا سایر اعمال مشابه نمی‌شود. مقررات این بند در مورد مخاصمات مسلحانه‌ای قابل اجراست که در قلمرو دولتی اتفاق می‌افتد که میان نیروهای حکومت و گروه‌های مسلح سازمان‌یافته یا میان چنین گروه‌هایی، مخاصمات مسلحانه طولانی‌مدت وجود دارد. این مسئله تأثیری بر مسئولیت

حکومت برای حفظ یا برقراری نظم عمومی در کشور یا دفاع از وحدت و تمامیت ارضی کشور با تمام وسایل قانونی (یعنی مجاز از نظر حقوق بین‌الملل) نخواهد داشت (اردبیلی، ۱۳۸۶: ۳۴). شرط مزبور به جز یک مورد، در سایر موارد با شرط آستانه‌ای قسمت ج ماده ۸(۲) که در قسمت د ماده ۸(۲) اساسنامه پیش‌بینی شده، مشابه می‌باشد. این تفاوت به شرح ذیل می‌باشد:

جمله دوم قسمت ه ماده ۸(۲) شرط جدیدی است که شامل «مخاصمات مسلحانه طولانی‌مدت»<sup>۱</sup> و وضعیتی که گروه‌های مسلح سازمان‌یافته با هم بدون هر نوع دخالت مقامات دولتی می‌جنگند، می‌شود. بنابراین، آستانه قابلیت اجرای قسمت ه ماده ۸(۲) بسیار پایین‌تر از قسمت ج ماده ۸(۲) و نیز از آستانه قابلیت اجرای پروتکل الحاقی دوم می‌باشد. همانند قسمت ج ماده ۸(۲) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، ماده ۸(۳) مقرر می‌دارد که هیچ یک از مطالب قسمت ه ماده ۸(۲) تأثیری بر مسئولیت حکومت برای حفظ یا برقراری مجدد قانون و نظم در کشور یا دفاع از وحدت و تمامیت قلمرو آن کشور با تمام وسایل قانونی نخواهد گذاشت (چایساری، ۱۳۹۳: ۲۵۰).

## ۲. برهم‌کنش جنایات جنگی

اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نخستین بار در کنار جنایات علیه بشریت و جنایت نسل‌زدایی به ابعاد جنایات جنگی اشاره می‌کند، اما به برهم‌کنش جنایات جنگی با جنایات علیه بشریت و جنایت نسل‌زدایی هیچ اشاره‌ای نمی‌کند. بنابراین با توجه به مطالب اظهارشده در گفتار نخست، به بررسی برهم‌کنش جنایات جنگی با جنایات علیه بشریت و در گفتار دوم به ارزیابی برهم‌کنش جنایات جنگی با جنایات علیه بشریت می‌پردازیم.

### ۲-۱. برهم‌کنش جنایات جنگی با جنایات علیه بشریت

تلاش‌های جامعه بین‌المللی در راستای قانونمند کردن جنگ و در امان ماندن غیرنظامیان از صدمات جنگ و محاکمه عاملان جنایات فجیع علیه انسان‌های بی‌گناه و

1. Protracted armed conflict.

یا به عبارتی دیگر غیر نظامیان، تحت عنوان جنایات جنگی و مقابله با آن صورت می‌گرفته است و لذا تا سال ۱۹۴۲ در هیچ یک از اسناد بین‌المللی از جنایات علیه غیر نظامیان تحت عنوان جنایات علیه بشریت و به صورت مستقل از جنایات جنگی یاد نشد. در حالی که امروزه مفهوم جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت کاملاً از هم متمایز هستند (علامه، ۱۳۸۵: ۳۰). بر اساس حقوق بین‌الملل، جنایات علیه بشریت<sup>۱</sup> اعمالی هستند که در چهارچوب یک حمله گسترده یا سازمان‌یافته بر ضد یک جمعیت غیر نظامی ارتکاب می‌یابند (1: Framework of Analysis for Atrocity Crimes, United Nations, 2014). دادگاه‌های نظامی بین‌المللی ارتباط با جنگ را به عنوان شرط ضروری شناسایی جنایات علیه بشریت تلقی می‌کردند (Malekian, 2014: 165). علاوه بر این، ماده ۵ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق (مصوب ۱۹۹۳ توسط شورای امنیت) جنایات علیه بشریت را به جنایات ارتكابی در مخاصمات مسلحانه اعم از داخلی یا بین‌المللی محدود می‌کند. مطابق این دیدگاه، جنایات علیه بشریت به مانند جنایات جنگی باید با یک مخاصمه مسلحانه در ارتباط باشند. شورای امنیت بلافاصله با تصویب اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا، بدون اشاره به چنین شرطی در اساسنامه از موضع سابق خود عقب‌نشینی کرد. این دیدگاه جدید شورای امنیت در اساسنامه رم تأیید گردید (Cryer & Friman & Robinson & Wilmshurst, 2010: 234-235). با تعدیل دیدگاه دیوان کیفری بین‌المللی، امروزه حداقل پذیرفته شده است که جنایات علیه بشریت

۱. به موجب ماده ۷ اساسنامه، منظور از جنایات علیه بشریت هر یک از اعمال مشروحه ذیل است، هنگامی که در چارچوب یک حمله گسترده یا سازمان‌یافته بر ضد یک جمعیت غیر نظامی و با علم به آن حمله ارتکاب می‌یابد: الف) قتل؛ ب) ریشه کن کردن؛ ج) به بردگی گرفتن؛ د) تبعید یا کوچ اجباری جمعیت؛ ه) حبس کردن یا ایجاد محرومیت شدید از آزادی جسمانی که بر خلاف قواعد اساسی حقوق بین‌الملل انجام می‌شود؛ و) شکنجه؛ ز) تجاوز جنسی، برده‌گیری جنسی، فحشای اجباری، حاملگی اجباری، عقیم کردن اجباری، یا هر شکل دیگر خشونت جنسی همسنگ با آن‌ها؛ ح) تعقیب و آزار هر گروه یا مجموعه مشخصی به علل سیاسی، نژادی، ملی، قومی، فرهنگی، مذهبی، جنسیت یا علل دیگر در ارتباط با هر یک از اعمال مذکور در این بند یا هر جنایت مشمول صلاحیت دیوان که در سراسر جهان به موجب حقوق بین‌الملل غیر معجاز شناخته شده است؛ ط) ناپدید کردن اجباری اشخاص؛ ی) جنایت تبعیض نژادی؛ ک) اعمال غیر انسانی مشابه دیگری که عامداً به قصد ایجاد رنج عظیم یا صدمه شدید به جسم یا به سلامت روحی و جسمی صورت پذیرد.

علاوه بر زمان صلح می‌توانند در زمان جنگ هم ارتکاب یابند (Mehmeti, 2015: 66). جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت از حیث آثار، هر دو عواقب ناگواری را به همراه دارند و در این راستا، جامعه بین‌المللی این اعمال را محکوم و سازمان ملل متحد کشورها و سازمان‌ها را از مشارکت در ارتکاب این اعمال بر حذر می‌دارد (Difference Between War Crimes and Crimes against Humanity, 2011).

این دو دسته جنایات، جزء جنایات بسیار جدی هستند؛ اما جنایات علیه بشریت نسبت به جنایات جنگی جدی‌تر هستند. اسناد مهمی نظیر طرح پیش‌نویس ۱۹۹۶ کمیسیون حقوق بین‌الملل درباره جنایات علیه صلح و امنیت بشری و اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی صریحاً بیان می‌کنند که جنایات علیه بشریت همیشه حاوی عناصر ویژه‌ای هستند که آن‌ها را از حیث ماهیت و شدت از جنایات جنگی متمایز می‌کند. شروط حقوقی منحصر به فردی نظیر گستردگی، سازمان‌یافتگی و آگاهی بر جدیت جنایات علیه بشریت می‌افزایند (Frulli, 2001: 349). مرتکبان این جنایات با مرتکبان جرایم عادی تفاوت دارند؛ زیرا اغلب، این حکومت‌ها هستند که مرتکب جنایات بین‌المللی می‌گردند (نیکوکار، ۱۳۹۶: ۷۳۷). به تعبیر دیگر، ارتکاب این جنایات با شرکت یا حداقل با اغماض دولت همراه است و دخالت مستقیم یا غیرمستقیم مقامات حکومتی در آن آشکار است (Pemberton & Groenhuijsen, 2011: 5).

تفاوت اساسی بین جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت این است که جنایات جنگی در زمان جنگ علیه اتباع سایر دولت‌ها ارتکاب می‌یابند؛ حال آنکه جنایات علیه بشریت علیه اتباع همان دولت مرتکب ارتکاب می‌یابند. با وجود این، نخستین بار منشور نورنبرگ در چهارچوب توسعه صلاحیتی‌اش گامی مترقیانه برداشت و اعلام کرد که قربانیان جنایات جنگی حتی در صورتی که تابعیت دولت مرتکب را داشته باشند، مورد حمایت قرار می‌گیرند. تفاوت دیگر این دو دسته جنایات این است که جنایات علیه بشریت صرفاً علیه یک گروه تحت حمایت ویژه و بر مبنای دلایل معین ارتکاب می‌یابد (Askin, 1997: 138-139).

1. Available at: <<https://www.differencebetween.com/difference-between-war-crimes-and-crimes-against-humanity/>>.



چنانچه اعمال تجاوزکارانه در اوضاع و احوال یک مخاصمه به آستانه مشخصی منتهی گردند، می‌توانند صرفاً به عنوان جنایات جنگی تلقی شوند، اما چنانچه آن اعمال در هر وضعیتی ارتکاب یابند، به عنوان جنایات علیه بشریت تعیین می‌گردند؛ برای مثال، چنانچه افسران پلیس شدیداً معترضان را بازداشت نمایند، اعمالشان نمی‌تواند به عنوان جنایات جنگی تلقی گردد در حالی که ممکن است آن اعمال به عنوان جنایات علیه بشریت تعیین گردند. میزان خفت و خواری جنایات علیه بشریت بیشتر از جنایات جنگی است؛ برای مثال، تعداد زیادی از جوانان و میانسالان آلمانی همچنان به واقعه «هولوکاست»<sup>۱</sup> به عنوان یک واقعه شرم‌آور می‌نگرند. در حالی که جنایات جنگی که توسط نیروهای نظامی در زمان جنگ ارتکاب یافته‌اند، به تدریج فراموش گردیده‌اند (Difference Between War Crimes and Crimes Against Humanity, 2016).<sup>۲</sup>

جنایات علیه بشریت معمولاً به حکومت یا کشور در کل منتسب می‌گردند، در حالی که جنایات جنگی می‌توانند به شخصی خاص منتسب گردند. جنایات جنگی در مقایسه با جنایات علیه بشریت، ابعاد گسترده‌تری دارند. جنایات علیه بشریت، اعمال خشونت‌باری هستند که یک گروه مشخص سیاسی، نژادی و مذهبی را مورد هدف قرار می‌دهند. جنایات جنگی اعمالی خشونت‌بارند که ممکن است گروهی مشخص را هدف قرار بدهند یا ندهند (Difference Between War Crimes and Crimes against Humanity, 2011).<sup>۳</sup>

۱. Holocaste (هولوکاست) واژه‌ای یونانی است و از ترکیب دو کلمه Holo، معادل Whole انگلیسی، یعنی همه و کل و Kaustos، معادل Cauterise انگلیسی یعنی سوزاندن و داغ کردن ساخته شده است. بنابراین هولوکاست از نظر لغوی و معنای تحت‌اللفظی، یعنی «همه‌سوزی» یا «تمام‌سوزی» و نابودی کامل... گسترده از طریق سوزاندن. هولوکاست به معنای فاجعه، مصیبت، بلا، طوفان و تحولات عمده و ناگهانی نیز آمده است. اما مفهومی که از این واژه در ادبیات سیاسی جهان به طور گسترده وجود دارد و با حرف بزرگ H و به عنوان خاص نوشته می‌شود، مترادف با «یهودی‌ستیزی» است. تعریفی که از هولوکاست شده است این است که در جریان جنگ جهانی دوم، شش میلیون یهودی در اردوگاه‌های اسرای جنگی آلمان نازی در اتاق‌های گاز خفه شده‌اند و اجساد آن‌ها در «کوره‌های آدم‌سوزی» مجاور سوزانده و به خاکستر تبدیل شده است (نیکوکار، ۱۳۹۶: ۲۲۹).

2. Available at: <<http://www.differencebetween.net/miscellaneous/politics/difference-between-war-crimes-and-crimes-against-humanity/>>.

3. Available at: <<https://www.differencebetween.com/difference-between-war-crimes-and-crimes-against-humanity/>>.

## ۲-۲. برهم کنش جنایات جنگی با جنایت نسل‌زدایی

بر اساس حقوق بین‌الملل، نسل‌زدایی<sup>۱</sup> جنایتی است که علیه یک گروه ملی، قومی، نژادی و مذهبی ارتکاب می‌یابد (Framework of Analysis for Atrocity Crimes, United Nations, 2014: 1).

اصطلاح «نسل‌زدایی» نخستین بار در سال ۱۹۳۳ توسط حقوق‌دانی لهستانی به نام رافائل لمکین به کار رفت (بیگزاده، ۱۳۷۶-۱۳۷۷: ۷۳). این جنایت که اغلب در رژیم‌های دیکتاتوری اتفاق می‌افتد (نیکوکار، ۱۳۹۶: ۷۴۳)، در پاسخ به واقعه هولوکاست به عنوان جنایتی بین‌المللی مورد شناسایی قرار گرفت؛ ولی با وجود این تا مدت‌ها جزئی از جنایات علیه بشریت بود (Cryer & Friman & Robinson & Wilmschurst, 2010: 205). نخستین بار مجمع عمومی در قطعنامه (۱) ۹۶ مصوب ۱۱ دسامبر ۱۹۴۶ نسل‌زدایی را به عنوان یک جنایت بین‌المللی مستقل (جدا از جنایت علیه بشریت) به رسمیت شناخت و در اهمیت این جرم اعلام کرد که جرم مزبور «وجدان بشریت را با ضربه شدید روانی مواجه می‌سازد» و مجازات آن نیز یک دغدغه بین‌المللی محسوب می‌شود (نیکوکار، ۱۳۹۷: ۶۷). دو سال بعد کنوانسیون نسل‌زدایی توسط کمیته ششم مجمع عمومی به تصویب رسید (Cryer & Friman & Robinson & Wilmschurst, 2010: 205). به موجب ماده ۱ کنوانسیون مزبور جنایت نسل‌زدایی در زمان صلح و جنگ ارتکاب می‌یابد (Charles Elliot & Oswald Spring & Aharoni & Summy, 2010: 124).

این دو دسته از جنایات در زمینه سیاسی، ایدئولوژیک و اجتماعی خاصی ارتکاب می‌یابند که به نظر می‌رسد اخلاق مرسوم جامعه را وارونه کرده و باعث می‌شود افراد بر این باور باشند که ارتکاب جرم‌های قتل عمد و نسل‌زدایی برای آن‌ها یک تکلیف ضروری است. این جرایم به جای «جرایم ناشی

۱. به موجب ماده ۶ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، منظور از نسل‌زدایی هر یک از اعمال مشروحه ذیل است که به قصد نابود کردن یا قسمتی از یک گروه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی از حیث همین عناوین ارتکاب می‌یابد: الف) قتل اعضای یک گروه؛ ب) ایراد صدمه شدید به سلامت جسمی یا روحی اعضای یک گروه؛ ج) قرار دادن عمدی یک گروه در معرض زندگی نامناسبی که منتهی به زوال قوای جسمی، کلی یا جزئی آن بشود؛ د) اقداماتی که به منظور جلوگیری از تولد و تناسل یک گروه صورت گیرد؛ ه) انتقال اجباری اطفال یک گروه به گروه دیگر.

از انحراف»<sup>۱</sup> باید به عنوان جرایم ناشی از اطاعت و فرمانبرداری توصیف شوند. نباید این طور گفته شود که این جرایم فقط بر اساس دستورهای مستقیم ارتکاب می‌یابند، بلکه در فضایی که به نظر می‌رسد صاحبان قدرت از این جرایم حمایت می‌کنند و آن‌ها را مشروع و قانونی می‌سازند نیز ارتکاب می‌یابند. بنابراین مرتکبان این جرایم متفاوت از مرتکبان دیگر جرایم هستند (نیکوکار، ۱۳۹۶: ۷۴۶-۷۴۷).

جنایت نسل‌زدایی به مانند انواع معینی از جنایات جنگی علیه غیر نظامیان اتفاق می‌افتد. علاوه بر این، جنایت نسل‌زدایی و جنایات جنگی غالباً به وسیله عوامل اجتماعی و روان‌شناسی تسهیل و توجیه می‌شوند؛ از جمله گرایش اجتماعی در تلقی قربانیان کشتار به عنوان شبه انسان (مادون انسان)، به کار بردن زبان استعاره برای مخفی کردن حقایق مربوط به کشتار گسترده و غیره (Strozier & Flynn, 1996: 83). همچنین این جرایم ممکن است در پرتو نظریات حقوقی جرم‌شناختی از جمله نظریه «فنون خنثی‌سازی»<sup>۲</sup> توجیه گردند. مطابق این نظریه، مجرمان به ندرت بر یک مبنای تعارض پایدار و جامع در برابر فرهنگ‌های مسلط و مرسوم دست به ارتکاب جرم می‌زنند. بر این مبنا مرتکب در برابر جرم، حس گناه و شرمساری دارد و لذا برای خنثی‌سازی این حس، از قهرمانان و دیگر عناصر مرسوم در رویه اخلاقی جاری (همچون هم‌ذات‌پنداری) استفاده می‌کنند. طیفی از توجیهات، از یک طرف به عنوان حامیان شخص پس از واقعه در مقابل رنج و سرزندی که بر شخص تحمیل می‌شود و از سوی دیگر، به عنوان عوامل تسهیل‌کننده و توجیه‌ساز ارتکاب جرم با خنثی ساختن کنترل‌های اجتماعی ویژه مورد شناسایی قرار گرفته‌اند (نیکوکار، ۱۳۹۷: ۷۱).

تعاریف جنایات جنگی و جنایت نسل‌زدایی دائماً به تعداد زیاد قربانیان اشاره دارد. در مورد نسل‌زدایی منظور از مقدار زیاد قربانیان، «گروهی»<sup>۳</sup> است که فاقد حمایت کافی است. در مورد جنایات جنگی، تعداد زیاد قربانیان به «برنامه یا سیاست»<sup>۴</sup> یا

1. Crime of deviance.
2. Techniques of neutralisation.
3. Group.
4. A plan or a policy.

«ارتکاب گسترده جنایات»<sup>۱</sup> دلالت دارد. تمام این عبارتها صرفاً در مورد تعداد زیاد قربانیان به کار می‌رود، حتی زمانی که تعداد زیادی از قربانیان این جنایات با قربانیان جنایات عادی مقایسه می‌شوند. علاوه بر این، با وجود تعریف جنایت نسل‌زدایی و جنایات جنگی در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، این جنایات چندان روشن و صریح نیستند، اما چنانچه فراسوی عبارت‌پردازی حقوقی اساسنامه به واقعیت اساسی جنایات مزبور بپردازیم، این عدم صراحت برطرف می‌گردد. این عدم صراحت از ارتباط بین قربانیان جنایات مزبور و مرتکبان آنها نشئت می‌گیرد. در واقع، این ارتباط غالباً با فقدان درک کامل از «روابط انسانی بهنجار»<sup>۲</sup> صورت می‌گیرد. جنایات مزبور معمولاً توسط افرادی ارتکاب می‌یابند که قربانیان را به عنوان مرتکبان جنایت تلقی می‌کنند و این امر به طور ضمنی از اصطلاح «دشمنان» یا از اصطلاح «سایر» مردمی که خطرناک هستند، برداشت می‌گردد. بدیهی است که این مشخصه ویژه جنایات مزبور بر اساس ملاحظات به عمل آمده معمولاً به طور صریح یا ضمنی به اعمال مجرم مستند است؛ چرا که مجرم با استناد به این مشخصه در صدد توجیه اعمال خود است. همچنین آن از دیدگاه قربانیان پیامدهایی برای واکنش به بی‌عدالتی دارد (Pemberton & Groenhuijsen, 2011: 5-6).

هر دو دسته جنایات جزء جدی‌ترین جنایات علیه بشریت هستند. شناسایی این اعمال به عنوان جنایات بین‌المللی بر مبنای این باور ترسیم شده است که این اعمال بر کرامت ذاتی انسان به ویژه اشخاصی که توسط دولت‌ها چه در زمان صلح و چه در زمان جنگ باید مورد حمایت قرار بگیرند، تأثیر می‌گذارد

(Framework (of) Analysis for Atrocity Crimes, United Nations, 2014: 1)

همچنین انگیزه مرتکبان از ارتکاب جرایم مذکور معمولاً حفظ قدرت سیاسی، کسب منفعت اقتصادی شخصی یا سازمانی، دسترسی به منابع، انتقام صرف و در نهایت عوامل مذهبی می‌باشد (نیکوکار، ۱۳۹۶: ۲۳۹-۲۴۰).

مشخصه اصلی که جنایت نسل‌زدایی را از جنایات جنگی تمیز می‌دهد این است که قصد مرتکب در خصوص نابود کردن تمام یا قسمتی از یک گروه ملی، مذهبی،

1. Large scale commission of crimes.
2. Normal human relationships.

قومی و نژادی باید اثبات گردد. دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا این مشخصه را «قصد خاص»<sup>۱</sup> جنایت نسل‌زدایی نامیده‌اند. کمیسیون حقوق بین‌الملل در تفسیرش درباره طرح پیش‌نویس جنایات علیه صلح و امنیت (۱۹۹۶) از قصد خاص جنایت نسل‌زدایی به عنوان ویژگی متمایز این جنایت خاص بر اساس حقوق بین‌الملل یاد می‌کند. اثبات چنین قصدی ممکن است از رهگذر بررسی وقایع، برداشت گردد. در مورد جنایات جنگی چنین قصد خاصی متصور نیست (<<https://www.usip.org/sites/default/files/MC1/MC1-Part2Section1.pdf>>).

### نتیجه‌گیری

بی‌تردید دهه نود را می‌توان سرآغاز تحولی نو در حقوق بین‌الملل کیفری دانست. دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق با تفسیر مترقیانه و مبتکرانه از ابعاد جنایات جنگی، گامی محکم در جهت عدالت کیفری و جلوگیری از بی‌کیفرمانی در جنایات ارتكابی در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی برداشت و این دیدگاه با تقسیم جنایات جنگی به دو بعد بین‌المللی و غیر بین‌المللی در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی تثبیت گردید. تصویب ابعاد جنایات جنگی در اساسنامه، جهشی در جهت دگرذیسی ساختاری در دامنه مفهومی این جنایات است. بر خلاف گذشته، تحقق جنایات جنگی علاوه بر ارتباط با مخاصمه مسلحانه باید در قالب یک برنامه یا سیاست عمومی یا در قالب ارتكاب گسترده صورت بگیرد. اعمال نظام دوگانگی در دوگانگی در خصوص ابعاد جنایات جنگی از نوآوری‌های بی‌نظیر اساسنامه است و به عبارتی اساسنامه هر یک از جنایات جنگی قابل اعمال در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و غیر بین‌المللی را به دو شق دسته‌بندی نموده است. برخی معتقدند که اساسنامه با این اقدام، زمینه اعمال قوانین و مقررات متفاوت بر ابعاد جنایات جنگی را فراهم کرده است؛ اما در واقع این عمل به منظور شفاف‌سازی و تمیز هر چه بهتر ابعاد جنایات جنگی صورت گرفته و بیانگر حسن دقت و ظرافت نگارندگان اساسنامه است. شق اول

جنایات جنگی قابل اعمال در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی جنبه حمایتی دارد؛ در نتیجه صرفاً محدود به نقض‌های فاحش ارتكابی علیه اشخاص و اموال مورد حمایت در کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ می‌گردد. در مقابل، شق دوم جنایات جنگی قابل اعمال در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی علاوه بر جنبه حمایتی، جنبه تنظیمی هم دارند. به عبارت بهتر، شق دوم علاوه بر نقض‌های فاحش پروتکل الحاقی شماره ۱ به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹، شامل نظام‌نامه‌های ضمیمه به کنوانسیون چهارم لاهه ۱۹۰۷ هم می‌گردند. بی‌شک مهم‌ترین اقدام نگارندگان اساسنامه در کنفرانس رم، تعیین قوانین و مقررات ناظر بر جنایات ارتكابی در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی بود. شق اول جنایات جنگی در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی شامل نقض‌های جدی ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو، و شق دوم جنایات جنگی قابل اعمال در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی شامل نقض‌های جدی پروتکل الحاقی شماره ۲ به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ می‌گردد. هر دو شق از جنبه حمایتی برخوردارند و در صدد حمایت از اشخاصی هستند که در مخاصمات، مشارکت فعالانه یا مستقیم نداشته‌اند. با وجود این، دو تفاوت عمده بین این دو شق وجود دارد؛ اول اینکه جنایات مندرج در شق دوم به تفسیر و تبیین برخی از عبارات شق اول پرداخته است و دوم اینکه آستانه اجرای جنایات شق دوم از آستانه اجرای جنایات شق اول گسترده‌تر است.

از ارزیابی‌های به عمل آمده در خصوص برهم‌کنش جنایات جنگی با جنایات علیه بشریت و جنایت نسل‌زدایی می‌توان نتیجه گرفت که جنایات جنگی، جنایات علیه بشریت و جنایت نسل‌زدایی با یک مخاصمه مسلحانه ارتباط دارند، ولیکن این شرط در خصوص جنایات علیه بشریت و جنایت نسل‌زدایی، جنبه احتمالی اما در مورد جنایات جنگی جنبه اجباری دارد. به عبارت بهتر، جنایات جنگی باید در یک مخاصمه مسلحانه ارتكاب یابند؛ اما جنایات علیه بشریت ممکن است در یک مخاصمه مسلحانه یا در دوران صلح ارتكاب یابند. این جنایات از حیث عامل ارتكاب جنایت، جنایاتی حکومتی یا دولتی هستند. به تعبیری می‌توان اظهار نمود که هرچند ضرورتی ندارد این جنایات توسط مقامات حکومتی ارتكاب یابند، اما به طور معمول، ارتكاب این جنایات

با تسهیل، ترغیب، مشارکت، ترک فعل یا رضایت آن مقامات حکومتی ارتکاب می‌یابد. دامنه قربانیان این جنایات حکومتی یا دولتی قدری متفاوت است؛ در حالی که جنایات علیه بشریت و نسل‌زدایی صرفاً علیه غیر نظامیان ارتکاب می‌یابند، جنایات جنگی می‌توانند علاوه بر غیر نظامیان (اعم از دشمن یا دولت متبوع) علیه نظامیان دشمن هم ارتکاب یابند. این سه دسته از جنایات جزء جدی‌ترین جنایات بین‌المللی هستند که حیثیت و اعتبار بشری را خدشه‌دار می‌کنند. در هر صورت، امید است که شناخت برهم‌کنش این جنایات در درجه اول، تمیز و تفکیک مرزهای دقیق این جنایات، و در درجه دوم، کاهش تنش‌های بین‌المللی، و در درجه سوم، تحقق آرمان جامعه بین‌المللی در کل یعنی عدالت کیفری را به همراه داشته باشد.

## کتاب‌شناسی

۱. اردبیلی، محمدعلی، *حقوق بین‌الملل کیفری*، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۸۶ ش.
۲. بیگ‌زاده، ابراهیم، «بررسی جنایت نسل‌زدایی و جنایات بر ضد بشریت در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره‌های ۲۱-۲۲، ۱۳۷۶-۱۳۷۷ ش.
۳. چایساری، کریانگ ساک کیتی، *حقوق کیفری بین‌المللی با لحاظ اصلاحات کنفرانس کامپالا*، ترجمه حسین آقائی جنت‌مکان، چاپ چهارم، تهران، جنگل، ۱۳۹۳ ش.
۴. دیهیم، علیرضا، *درآمدی بر حقوق بین‌الملل کیفری*، چاپ دوم، تهران، وزارت امور خارجه، ۱۳۸۴ ش.
۵. رابرتسون، جفری، *جنایات علیه بشریت*، ترجمه حسین میرمحمدصادقی، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۳ ش.
۶. سیدزاده ثانی، سیدمهدی و زهرا فرهادی آلاشتی، «جنایات جنگی در منازعه‌های داخلی و بین‌المللی: مبانی و مصادیق تمایز»، *پژوهش‌نامه ایرانی سیاست بین‌الملل*، شماره ۱، ۱۳۹۳ ش.
۷. شریعت باقری، محمدجواد، *حقوق کیفری بین‌المللی*، چاپ چهارم، تهران، جنگل، ۱۳۸۶ ش.
۸. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، *حقوق بین‌الملل بشردوستانه*، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۲ ش.
۹. همو، *حقوق بین‌الملل عمومی*، چاپ چهل و دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۱ ش.
۱۰. علامه، غلام‌حیدر، *جنایات علیه بشریت در حقوق بین‌الملل کیفری*، تهران، میزان، ۱۳۸۵ ش.
۱۱. کسسه، آتونو، *حقوق کیفری بین‌المللی*، ترجمه زهرا موسوی، اردشیر امیراجمند و حسین پیران، تهران، جنگل، ۱۳۸۷ ش.
۱۲. ممتاز، جمشید و امیرحسین رنجبریان، *حقوق بین‌الملل بشردوستانه مخاصمات مسلحانه داخلی*، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۸۷ ش.
۱۳. نیکوکار، حمیدرضا (به کوشش)، *جرم‌شناسی فراملی: به سوی جرم‌شناسی جنایات بین‌المللی*، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۱۴. همو، *رویکردهای جرم‌شناختی به حقوق بین‌الملل کیفری*، تهران، میزان، ۱۳۹۷ ش.
15. Arsanjani, Mahnoush H., "The Rome Statute of the International Criminal Court", *American Journal of International Law*, Vol. 93(1), 2017.
16. Askin, Kelly Dawn, *War Crimes against Women: Prosecution in International War Crimes Tribunals*, Martinus Nijhoff Publishers, 1997.
17. Bassiouni, M. Cherif, *International Criminal Law, Sources, Subjects and Contents*, 3<sup>rd</sup> Edition, Vol. 1, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
18. Boot, Machteld, *Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes: Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*, Intersentia Publishers, 2002.
19. Cassese, Antonio, "The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections", *European Journal of International Law*, Vol. 10(1), 1999.
20. Cassese, Antonio & Paola Gaeta & Laurel Baig, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford University Press, 2013.



21. Charles Elliot, Robert & Ursula Oswald Spring & Ada Aharoni & Ralph V. Summy, *Peace Studies, Public Policy and Global Security*, Vol. VII, EOLSS Publications, 2010.
22. Cryer, Robert & Hakan Friman & Darryl Robinson & Elizabeth Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2010.
23. Donnelly, Eric & Dominic McGoldrick & Peter J. Rowe, *The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues*, Hart Publishing, 2004.
24. Frulli, Micaela, "Are Crimes against Humanity More Serious than War Crimes?", *European Journal of International Law*, Vol. 12(2), 2001.
25. Funk, Markus, *Victims' Rights and Advocacy at the International Criminal Court*, Oxford University Press, 2010.
26. <<http://www.differencebetween.net/miscellaneous/politics/difference-between-war-crimes-and-crimes-against-humanity/>>.
27. <<https://www.diakonia.se/en/IHL/The-Law/International-Humanitarian-Law-1/Introduction-to-IHL/Sources-of-international-law/>>.
28. <<https://www.differencebetween.com/difference-between-war-crimes-and-crimes-against-humanity/>>.
29. <<https://www.differencebetween.com/difference-between-war-crimes-and-crimes-against-humanity/>>.
30. <<https://www.icc-cpi.int/drc/katanga/documents/katangaeng.pdf>>.
31. <<https://www.usip.org/sites/default/files/MC1/MC1-Part2Section1.pdf>>.
32. International Committee of the Red Cross (ICRC) Opinion Paper, *How is the Term "Armed Conflict" Defined in International Humanitarian Law?*, 2008.
33. Kälin, Walter & Kunzli Jorg, *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford University Press, 2009.
34. Klamberg, Mark, *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels, 2017.
35. La Rosa, Anne-Marie & Faiza Patel King, "International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Current Survey; The Jurisprudence of the Yugoslavia Tribunal: 1994-1996", *European Journal of International Law*, Vol. 8(1), 1997.
36. Malekian, Farhad, *Jurisprudence of International Criminal Justice*, Cambridge Scholars Publishing, 2014.
37. McDonald, Gabrielle Kirk & Olivia Swaak-Goldman, *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Courts*, Materials, Kluwer Law International, 2000.
38. Mehmeti, Arta, "International Crimes Provided by The Rome Statute of the

- International Criminal Court”, *International Journal of Academic Research and Reflection*, Vol. 3, No. 4, 2015.
39. Mehring, Sigrid, *First Do No Harm: Medical Ethics in International Humanitarian Law*, Brill Nijhoff, 2014.
40. Nash, Susan & Ilias Bantekas, *International Criminal Law*, Routledge Publisher, 2009.
41. Pemberton, Antony & Marc S. Groenhuijsen, *Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes*, Victimological Approaches to International Crimes Publisher, 2011.
42. Petrovic, Jadranka, *Accountability for Violations of International Humanitarian Law: Essays in Honour of Tim McCormack*, Routledge Publishers, 2015.
43. Schabas, William, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2007.
44. Schabas, William, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2016.
45. Schiff, Benjamin N., *Building the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2008.
46. Sliedregt, E. Van, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford University Press, 2012.
47. Solis, Gary D., *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge University Press, 2016.
48. Strozier, Charles B. & Michael Flynn, *Genocide, War, and Human Survival*, Rowman & Littlefield, 1996.
49. Wolfrum, Rüdiger & Frauke Lachenmann, *The Law of Armed Conflict and the Use of Force: The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2017.

# واکاوی عقد امان در حمایت جانی از کافر مستأمن (قتل عمد) از منظر فقه و ماده ۳۱۰ قانون مجازات اسلامی\*

- مهدی معظمی گودرزی<sup>۱</sup>
- احمد مؤمنی راد<sup>۲</sup>
- محمد معظمی گودرزی<sup>۳</sup>

## چکیده

از جمله احکام مترتب بر حق شهروندی از طریق عقد امان، حمایت جانی (قتل عمد) از کسب‌کننده حق شهروندی (کافر مستأمن) است که در دو بُعد ایجابی که به معنای مجازات تعرض کنندگان به جان شهروند، و سلبی که به منزله تخفیف مجازات شهروند در مقابل غیر شهروند است، می‌باشد. اما مسئله مورد بحث در این نوشتار این است که عقد امان چه حمایت‌هایی از کافر مستأمن در حوزه حمایت جانی (قتل عمد) در هر دو بُعدش، از منظر فقها امامیه کرده و تا

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۴/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۸/۲۹.

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه علوم اسلامی رضوی (نویسنده مسئول)  
(goodarzi243@yahoo.com).

۲. استادیار دانشگاه تهران (momenirad@ut.ac.ir).

۳. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران، پردیس فارابی  
(allame208@gmail.com).

چه حد در قالب ماده ۳۱۰ ق.م. که متکفل این مهم است، انعکاس یافته است. این نوشتار به صورت تحلیلی - توصیفی به این نتیجه دست یافت که حمایت جانی از کافر مستأمن در بُعد ایجابی، در صورتی که قاتل کافر مستأمن مسلمان باشد، به حبس تعزیری، و در موردی که قاتل غیر مسلمان باشد، محکوم به قصاص می‌شود. اما حمایت جانی از کافر مستأمن در بُعد سلبی، محکومیت آن به حبس تعزیری، در موردی که مقتول کافر حربی باشد، و محکوم به قصاص در سایر موارد است. این رویکرد تا حدودی البته با وجود نقایصی، در ماده ۳۱۰ ق.م. منعکس یافته است.

**واژگان کلیدی:** عقد امان، استیطان، حق شهروندی، کافر، مستأمن.

### مقدمه

به باور مشهور فقیهان امامیه، اقامت غیر مسلم در بلاد اسلامی بدون انعقاد قرارداد با حاکم اسلامی ممنوع است (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۳۳۳/۹). اکتساب حق اقامت و استیطان در بلاد اسلامی توسط غیر مسلمانان، از طریق عقود ذمه، امان، معاهد (مهادنه) صورت می‌گیرد. یکی از احکام مترتب بر این حق در حوزه حقوق کیفری، حمایت جانی از کافر مستأمن (قتل عمد) می‌باشد. حمایت جانی از کافر، در ماده ۳۱۰ ق.م.ا. انعکاس یافته است که می‌گوید:

«هر گاه غیر مسلمان مرتکب جنایت عمدی بر مسلمان ذمی، مستأمن، معاهد شود، حق قصاص ثابت است. در این امر تفاوتی میان ادیان، فرقه‌ها و گرایش‌های فکری نیست. اگر مسلمان، ذمی، مستأمن، معاهد، بر غیر مسلمانی که ذمی، مستأمن و معاهد نیست، جنایتی وارد کند، قصاص نمی‌شود. در این صورت مرتکب به مجازات تعزیری محکوم می‌شود».

این ماده دو تبصره دارد که تبصره ۲ این قانون مورد بررسی قرار می‌گیرد. در این تبصره آمده است:

«اگر مجنی علیه غیر مسلمان باشد و مرتکب پیش از اجرای قصاص مسلمان شود، قصاص ساقط و علاوه بر پرداخت دیه، به مجازات تعزیری محکوم می‌شود».

همان طور که ملاحظه می‌شود، قانون‌گذار حمایت جانی از غیر مسلمان شهروند را

که می‌تواند کافر ذمی، مستامن، معاهد (مهادنه) و... باشد، در قالب یک ماده آورده است. این در حالی است تکسب حق شهروندی این‌ها، در قالب عقود متعددی صورت می‌گیرد که مثلاً کافر ذمی از طریق عقد ذمه، کافر مستامن از طریق امان و... که هر کدام از این‌ها آثار مختص به خود را دارد که می‌تواند در قسمت مربوط به قتل عمد نیز تبلور پیدا کند و از طرفی در هیچ کتاب حقوقی، خصوصاً کتب رایج حقوق جزا و مقالات به این مقوله به صورت کاملاً انفکاک‌ی با لحاظ منشأ ایجاد آن حق در کتب فقهی نیافتیم.

لذا با توجه به این امور و از طرفی دیگر چون که عمده کارها فقط متمرکز روی کافر ذمی می‌باشد، ما بحث حمایت جانی (قتل عمد) از کافر مستامن را فقط در این نوشتار مورد بررسی قرار دادیم. به همین خاطر، با توجه به وجود رویکردها و نظرات متفاوت و همچنین پراکندگی مطالب در کتب فقهی در این زمینه، با مراجعه به کتب مختلف فقهی (از قدام تا متأخرین) به صورت توصیفی - تحلیلی در ابتدا به طور مختصر به بحث سبب ایجادکننده این حق شهروندی کافر، توسط عقد امان در قالب ساختار قراردادی پرداخته و تجلی حکم مرتب بر این حق را در قلمرو حقوق کیفری در قسمت مربوط به قتل عمد را در دو بُعد ایجابی (مجنی علیه بودن کافر مستامن) و سلبی (جانی بودن کافر مستامن) در قالب فروع مختلف مورد بررسی قرار دادیم که همزمان با ماده ۳۱۰ ق.م. با تمرکز بر کافر مستامن، تطبیق داده و نقایص آن را بیان داشته‌ایم.

## ۱. مفهوم‌شناسی امان

«أمان، أمانة و أمن به سکون ميم»، مصادر ماده «أمن» می‌باشند (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۹۰-۹۱). ماده «أمن» در ثلاثی مجرد به صورت لازم است و وقتی به باب افعال یا استفعال رود، متعدی می‌شود؛ مثلاً گفته می‌شود: «أمنته یا أمنت الأسیر فأمن و استأمنه: طلب منه الأمان» (مقری فیومی، بی‌تا: ۲۴/۲). برخی لغویان امان را مشترک لفظی در دو معنا دانسته‌اند: یکی امانی که به معنای ضد خیانت است که به معنای سکون قلب است و دیگری امان به معنای تصدیق کردن (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۱۳۴/۱). اما برخی دیگر حقیقت در معنای اول یعنی سکون قلب یا همان آرامش خاطر و مجاز در معانی دیگر

دانسته‌اند (مقری فیومی، بی‌تا: ۲۴/۲). به نظر می‌رسد گفته فیومی درست باشد؛ چرا که غالب لغویان فقط معنای اول را برای امان ذکر کرده‌اند (حمیری، ۱۴۲۰: ۳۳۰/۱؛ فراهیدی، ۱۴۱۰: ۳۸۸/۸؛ صاحب بن عباد، ۱۴۱۴: ۴۱۳/۱۰؛ جوهری، ۱۴۱۰: ۲۰۷۱/۵). مطابق همین معنا، امان عبارت است از:

«امان کلام یا آنچه که در حکم کلام است که دلالت بر سلامت کافر از حیث نفس می‌کند و این امر در پی اجابت درخواست امان از کافر نمی‌آید» (نجفی، ۱۴۰۴: ۹۳/۲۱).

## ۲. ماهیت شناسی امان

ظاهر کلام فقها نسبت به ماهیت امان این است که امان عقد است. نهایت اینکه اکثر فقها عقد بودن امان را به صراحت تبیین نکرده‌اند و از لابه‌لای کلماتشان این برداشت حاصل می‌شود، مثلاً صاحب شرایع در بحثی اینطور می‌نویسد: «عقد الحربی لنفسه» (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۸۶/۱). اما در این بین، علامه در قواعد به صراحت عقد بودن امان را تبیین کرده است:

«ولا بد من قبول حربیّ إمّا نطقاً أو إشارةً أو سکوتاً...» (همان)؛ «بعد از ایجاب شخص مسلم، برای انعقاد امان چاره‌ای جز قبول حربی از طریق نطق یا اشاره یا سکوت نیست».

اما امان عقدی است که از طرف مسلم لازم و از طرف کافر جایز است (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۴۳۳/۳)؛ دلیل این امر این است که اولاً این عقد یک عقد ارفاقی است نسبت به حال کافر، پس هر وقت که خواست، می‌تواند آن ارفاق مسلمین را از خود سلب کند (همان). به عبارت دیگر، به خاطر ارفاقی بودن این عقد برای کافر، عقد از طرف او جایز است. ثانیاً ظاهر ادله لزوم عقد امان، لزوم از جانب مسلم را به تنهایی می‌رساند؛ مانند «... فَأَتَمُّوا إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَىٰ مُدَّتِهِمْ...» (توبه/۹)؛ «پس به پیمان‌شان تا پایان مدتشان وفادار باشید». پس با این آیه، حاکم اسلامی یا مسلمانان نمی‌توانند پیمان با آن‌ها را نقض کنند (حسینی، بی‌تا: ۲۲۷/۳۷).

### ۳. شرایط متعاقدين

امان یک عقد است که توسط حداقل دو نفر، یکی عاقد (موجب) و دیگری قابل (معقوله) منعقد می‌شود. در اینجا شرایط هر کدام به ترتیب بررسی می‌شود:

#### ۳-۱. شرایط عاقد (موجب)

عاقد در قرارداد امان، خواه دارای اختیارات عام یا خاص باشد، با دارا بودن این شرایط، عقد امان او صحیح است: ۱. مسلمان بودن، ۲. بالغ بودن، ۳. عاقل بودن، ۴. اختیار داشتن. پس با این بیان، انعقاد امان توسط کافر، صبی مطلقاً چه ممیز و چه غیر ممیز، مجنون و مکره باطل است. نسبت به معتبر بودن این شروط، احدی از فقهای امامیه اختلافی ندارند؛ چنانچه این گفته را شیخ طوسی در *مبسوط* (همان: ۱۵/۲)، محقق حلی در *شرایع* (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۸۶/۱)، علامه حلی در *کتب قواعد* (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۵۰۲/۱)، *تحریر الاحکام* (همو، ۱۴۲۰: ۱۴۷/۲)، *منتهی* (همو، ۱۴۱۲: ۱۲۴/۱۴)، *تذکره* (همو، ۱۴۱۴: ۸۷/۹)، محقق کرکی در *جامع المقاصد* (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۴۳۰/۳)، شهید ثانی در *مسالك الافهام* (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۲۹/۳) و صاحب *جواهر* (نجفی، ۱۴۰۴: ۹۵/۲۱) به صراحت بیان داشته‌اند.

#### ۳-۲. شرایط معقوله (قابل)

قرارداد امان بر خلاف قرارداد ذمه که بنا بر مشهور فقها تنها شامل اهل کتاب می‌شود، همه اصناف کفار را در بر می‌گیرد. بنابراین طرف قابل در این قرارداد می‌تواند کفار حربی غیر اهل کتاب و کفار ذمی را که عقد ذمه را به هر دلیلی فسخ یا انفساخ کرده‌اند، شامل بشود. نسبت به این گفته هیچ اختلافی بین فقها نیست؛ چنانچه این امر از ظاهر *قواعد* (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۵۰۳/۱)، *ایضاح الفوائد* (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۴۳۰/۱)، *جامع المقاصد* (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۸۷/۳) و... از کتب فقها تأیید می‌شود.

### ۴. شرایط انعقاد عقد امان با کافر

فقها شرایطی را برای انعقاد عقد امان مقرر کرده‌اند که در صورت وجود آن‌ها عقد

امان صحیح والا باطل می‌باشد. با تتبع انجام گرفته در کتب فقهی به چهار شرط دست یافتیم که عبارت‌اند از:

#### ۱-۴. مصلحت داشتن

عقد امان در صورتی جایز است که در انعقاد آن مصلحتی نهفته باشد (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۸۷/۹). دلیل اعتبار این شرط اجماعی است که علامه در تذکره (همان) بیان داشته است؛ چنانچه این اجماع را با عبارت «لا نعلم فیه خلافاً» در منتهی مورد تأیید قرار داده است (همو، ۱۴۱۲: ۱۴/۱۲۲).

#### ۲-۴. انتفاء مفسده

شرط دوم عقد امان این است که در انعقاد عقد، هیچ گونه مفسده‌ای نباشد. پس اگر مسلمان به شخص جاسوسی از کفار یا کافری که در او یک نوع ضرر است، امان دهد، امانش باطل است (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۵۰۳/۱). البته شاید کسی اشکال کند به اینکه شرط دانستن مصلحت، اقتضای نفی مفسده را دارد، پس ذکر این شرط بلافاصله است. جواب اشکال این است که وجود مصلحت، وجود مفسده را از وجه دیگر نفی نمی‌کند. پس ممکن است گفته شود اگر در عقد، هم مصلحت وجود داشت و هم مفسده، عمل به ارجح می‌شود، پس اگر هر کدام از این دو، دیگری را که در جنبش می‌باشد، مضمحل یا کالمضمحل کرد، عمل به آن می‌شود (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۴۳۰/۳-۴۳۱).

#### ۳-۴. قبل از اسارت کافر

شرط سوم عقد امان این است که وقت بستن آن قبل از به اسارت گرفتن کافر است. پس امان بعد از اسارت صحیح نمی‌باشد (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۸۶/۱-۲۸۷؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۸۳). علت این گفته غیر از ادعای عدم خلاف صاحب جواهر (نجفی،

۱. البته می‌توان وجه قوت دیگری برای تأیید شرط مصلحت و شرط نفی مفسده دانست و آن اینکه انعقاد هر نوع قراردادی باید طبق مصلحت و نفی مفسده منعقد شود، که این مهم در اموری که مربوط به حوزه امنیت و منافع حیاتی یک جامعه است، ضرورت بیشتری دارد که البته قرارداد امان که باعث ورود عنصر بیگانه در جامعه اسلامی می‌شود، از جمله این امور محسوب می‌شود.



۱۴۰۴: ۱۰۱/۲۱) این است که بین اسیر و غیر اسیر که هر کدام یک مقوله حقوقی‌اند و بار معنایی و آثاری مختص به خود را دارند، تفاوت است؛ زیرا در صورت اسیر شدن کافر، حاکم اسلامی یک اختیاراتی دارد که دست برداشتن از آن اختیارات، احتیاج به دلیل دارد که این دلیل در اینجا وجود ندارد. به همین خاطر امان بعد از اسارت منعقد نمی‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۲: ۱۴/۱۳۴-۱۳۵).

#### ۴-۴. موقتی بودن عقد امان

فقها در مدت آن، محدودیت قائل شده‌اند و آن این است که بیشتر از یک سال نباشد. از جمله فقهایی که به صراحت این شرط را آورده‌اند، علامه حلی می‌باشد. البته علامه تنها این شرط را در کتاب *قواعد* (همو، ۱۴۱۳: ۵۰۳/۱) و *تذکره* (همو، ۱۴۱۴: ۹۹/۹) بیان داشته و حتی نسبت به این شرط در کتاب *منتهی چیزی* نگفته است. محقق کرکی نیز بعد از تأیید این شرط، دلیل آن را اجماع دانسته است (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۴۳۳/۳). البته مقید شدن به این مدت، زمانی است که مصلحت برای بیشتر از این مدت نباشد؛ چرا که با وجود مصلحت، انعقاد بیشتر از یک سال هم بلامانع است (همان).

#### ۵. اثر بارز قرارداد امان (استیطان یا حق شهروندی)

هر قراردادی اثر بارزی دارد که به تبع آن اثر، احکام متعددی بر آن قرارداد تعلق می‌گیرد (فاضل آبی، ۱۴۱۷: ۴۴۴/۱). حال در بحث عقد امان، اثر بارزش حق سکونت در دارالاسلام است (عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۴۸۳/۱) که با این حق مستامن در دارالامان از همه حقوق انسانی به مقتضای قرارداد امان برخوردار است و از تعرض به مال و جان و عرض و سایر حقوق شناخته‌شده، مصونیت کامل دارد (عمید زنجانی، ۱۳۶۷: ۲۶۸/۳). قانون اساسی نیز در اصل ۱۴ به طور ضمنی حق شهروندی را پذیرفته است. در این اصل آمده است:

«... دولت جمهوری اسلامی ایران و مسلمانان موظف‌اند نسبت به افراد غیر مسلمان با اخلاق حسنه و قسط و عدل اسلامی عمل نمایند و حقوق انسانی آنان را رعایت کنند».

با توجه به اینکه اصل سیزدهم قانون اساسی، اقلیت‌های دینی (زرتشتی، کلیمی و مسیحی) را اختصاصاً مورد توجه قرار داده، طبعاً سایر فِرَق غیر اسلامی در تحت اصل چهاردهم هستند (هاشمی، ۱۳۷۴: ۱۶۰/۱؛ کعبی، ۱۳۹۴: ۶). به عبارت دیگر، رابطه بین دو اصل ۱۳ و ۱۴ عام و خاص مطلق است (ابراهیمی، ۱۳۹۴: ۵). در حقیقت با جمع‌بندی این دو اصل، چهار نوع شهروند طبق آخرین مذاکرات مشروح قانون اساسی برشمرده‌اند:

۱. شهروند مسلمان شیعی، ۲. شهروند مسلمان غیر شیعی، ۳. شهروندان اقلیت‌های دینی شناخته‌شده از طریق قرارداد ذمه، ۴. شهروندان غیر مسلمان شناخته‌نشده (همان: ۲۲-۲۱).<sup>۱</sup> عمید زنجانی نیز در کتاب *کلیات حقوق اساسی* به صراحت شهروند بودن کفار را ذیل اصل ۱۴ پذیرفته است. وی می‌نویسد:

«افراد موضوع این اصل (۱۴) از حقوق و آزادی‌های مذکور در فصل سوم قانون اساسی نیز برخوردارند و به عنوان شهروند رسمیت خواهند داشت» (عمید زنجانی، ۱۳۸۷: ۸۷).

## ۶. حمایت از امنیت جانی کافر از منظر فقه و قانون مجازات اسلامی

با انعقاد قرارداد امان، کافر مستأمن حق شهروندی و اقامت را در حیطة عقد اکتساب می‌کند (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۴۳۳/۳). یکی از احکام مترتب بر این حق در قلمرو حقوق کیفری این است که جان شخص کافر و خانواده‌اش، معصوم از کشتن قرار می‌گیرد (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۳۷۸/۱). معصوم ماندن از تعرض جانی، از جانب مثبت، (معنی علیه بودن کافر) به این معناست که نفس کافر مستأمن، از حمایت قانونی در بلاد اسلامی برخوردار است. از جانب منفی (جانی بودن کافر) تحمیل قواعد جنایی اسلام بر اوست که خود نیز در مواقعی باعث برتری نسبت به غیر شهروند اسلامی خواهد شد. نکته قابل ذکر در اینجا این است که برخورداری از حقوق شهروندی به منزله تساوی در همه سطوح حقوقی با مسلمانان، اعم از خصوصی،

۱. با تتبعی که در کتاب *مشروح مذاکرات قانون اساسی* انجام گرفت، به چنین عبارتی دست نیافتیم، ولی در کتاب *سلسله جلسات بازخوانی مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی سال ۱۳۵۸* اثر مهدی ابراهیمی که پژوهشگاه شورای نگهبان آن را به چاپ رسانده است، این قول را نقل کرده‌ایم.

عمومی و کیفری نیست (شریعت باقری، ۱۳۹۵: ۹۹). حال ما حمایت قانونی را در دو جنبه مثبت و منفی بررسی خواهیم کرد.



## ۱-۶. حمایت قانونی ایجابی (مجنی علیه بودن کافر مستأمن)

اگر شخصی در بلاد اسلامی، مسلمی را به طور عمد به قتل برساند، قاتل با تحقق شرایطی، ممکن است به این مجازات‌ها محکوم شود: ۱. قصاص، ۲. دیه، ۳. حبس تعزیری (عاملی جعی، ۱۴۱۰: ۱۳/۳). این گزاره یعنی اینکه قانون‌گذار برای مجنی علیه مسلم، حمایت قانونی مثبت در هر سه مقوله مذکور قائل است. حال مقتول واقع شدن کافر مستأمن در بلاد اسلامی، چه حمایت قانونی مثبت را نسبت به این سه مقوله بار می‌کند؟ بررسی این امر، در ضمن صورت ذیل قابل تحقق است:

### ۱-۱-۶. قاتل کافر مستأمن، مسلمان باشد

در صورتی که مسلمانی، کافر حربی را به قتل برساند، به علت محقون‌الدم نبودن کافر حربی، مسلمان قصاص نمی‌شود (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۰: ۱۹۴؛ امیدوی و حسینی، ۱۳۹۳: ۶۷؛ برای آگاهی از ادله مطروحه در این بحث ر.ک: هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۰). اما در صورتی که مسلمانی کافر معاهدی (اعم از ذمی، مستأمن، مهادن) را عمداً به قتل برساند، در رابطه با قصاص مسلم چهار رویکرد بین فقها وجود دارد که عبارت‌اند از: ۱. قصاص مطلقاً، ۲. عدم قصاص مطلقاً، ۳. در صورتی که مسلمان به قتل کافر عادت کرده باشد، قصاص می‌شود، ۴. در صورتی قتل کافر، توأم با فریب و سبق تصمیم باشد (امیدی و حسینی، ۱۳۹۳: ۶۷). از بین این چهار رویکرد، رویکرد چهارم در فقه امامیه قائل ندارد و رویکرد سوم نیز در حقیقت استثناء بر رویکرد دوم و داخل در رویکرد دوم می‌باشد (برای آشنایی بیشتر با این رویکرد ر.ک: ساریخانی، ۱۳۸۷: ۱۷۱-۱۹۸). لذا مهم تحلیل دو رویکرد اول می‌باشد.

### ۱-۱-۱-۶. بررسی قول اول (شرط نبودن تساوی در دین)

تنها فقیهی که قائل به این قول است، شیخ صدوق در *المقنع* می‌باشد (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۲: ۴۰). وی در این رابطه می‌نویسد:

«اگر مسلمانی، دست معاهدی را قطع کند، اولیاء معاهد مخیرند؛ پس اگر خواستند، دبه دست را اخذ کنند و اگر خواستند، دست مسلمان را قطع کنند و مابه‌التفاوت دو دبه را به مسلمان بپردازند و اگر مسلمان معاهد را کشت، همین طور که در رابطه با قطع بد گفته شد، عمل کنند» (صدوق، ۱۴۱۵: ۵۳۴).

سه روایت برای قول صدوق استناد شده است که عبارت‌اند از: روایت ابن مسکان (کلینی، ۱۴۰۷: ۳۰۹/۷)،<sup>۱</sup> شماعه (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۸۹/۱۰)<sup>۲</sup> و ابوبصیر (همو، ۱۳۹۰: ۲۷۱/۴)<sup>۳</sup> که هر سه مضمونشان این است که اگر مسلمانی اهل کتابی را کشت، اگر اولیاء دم کتابی، قصد قصاص مسلمان را داشتند، مابه‌التفاوت دبه را به مسلمان پرداخت کرده و بعد مسلمان را قصاص کنند. این روایات هم به لحاظ سند مشکلی ندارند، چنانچه علامه مجلسی در دو کتاب *مرآة العقول* (مجلسی، ۱۴۰۴: ۸۳/۲۴) و *ملاذ الاخیار* (همو، ۱۴۰۶: ۳۸۸/۱۶) به ترتیب از روایات سه‌گانه، تعبیر به صحیحه، موثقه و صحیحه کرده و این گفته را خوبی در *مبانی تکملة المنهاج* تأیید کرده است (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۷۵/۴۲) و هم به لحاظ دلالتی تام است، چنانچه احدی از علما نسبت به دلالت این روایات خدشه‌ای وارد نکرده‌اند (حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲: ۳۹/۲۶). اگر هم متن کتاب *المقتع* را به عنوان حدیث پذیریم، چنانچه مشهور قائل‌اند، آن متن نیز یک روایت محسوب می‌شود (فاضل موحدی لنگرانی، ۱۴۲۱: ۱۲۹). پس با این بیان، قول شیخ صدوق تام و مستند است، به طوری که سیداحمد خوانساری در *جامع المدرک* از متأخرین، میل به این قول دارند (خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۲۹/۷-۲۳۰).

بنابراین طبق این قول، مسلمان چه به کشتن کفار ذمی عادت داشته باشد و چه عادت نداشته باشد، چون که ملاک تساوی در دین بین کافر ذمی و مسلمان طبق این قول مورد قبول نیست، لذا مسلمان به خاطر قتل کافر ذمی قصاص می‌شود.

۱. «صحیحة ابن مسکان عن أبی عبد الله عليه السلام قال: إذا قتل المسلم يهودياً أو نصرانياً أو مجوسياً فأرادوا أن يقتلوه، ردوا فضل دية المسلم وأقادوه».
۲. «مؤثقة سماعة عن أبی عبد الله عليه السلام فی رجل قتل رجلاً من أهل الذمة، فقال: ... يعطى الذمى دية المسلم ثم يقتل به المسلم».
۳. «صحیحة أبی بصیر عن أبی عبد الله عليه السلام إذا قتل المسلم النصرانی فأراد أهل النصرانی أن يقتلوه قتلوه وأدوا فضل ما بین الدینین».

اما این قول پذیرفتنی نیست؛ به این روایات از چند جهت اشکال دارند:

اولاً سند این روایات مشکل دارد، مثل اینکه روایت ابن مسکان به صورت مقطوعه در *تهذیب الاحکام* (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۷۹/۱۰) نقل شده یا روایت ابوبصیر به خاطر اشتراک مردود است (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۷/۱۴)؛ زیرا ابوبصیر مشترک بین شش نفر است که برخی از آنها ثقة و برخی دیگر غیر ثقة‌اند و یا روایت زُرعه از شماعه به خاطر اینکه نجاشی در رابطه با این دو گفته است: «هما واقفیان» (نجاشی، ۱۴۰۷: ۱۷۶/۱ و ۱۹۳)، ضعیف‌السند است.

اما به نظر می‌رسد اشکال به اسناد این روایات، ضعیف است؛ زیرا اولاً طریق شیخ در *تهذیب* به یونس بن عبدالرحمن در آخر کتاب *تهذیب* بیان شده (طوسی، ۱۴۰۷: ۸۲/۱۱)، پس روایت متصله است نه مقطوعه و ثانیاً مراد از ابوبصیر لیث بن مرادی است همان طوری که خود محقق اردبیلی اعتراف دارد (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۷/۱۴)، لذا ثقة است و ثالثاً درست است که زُرعه و شماعه هر دو واقفی‌اند، مگر اینکه هر دو به اعتراف نجاشی (نجاشی، ۱۴۰۷: ۱۷۶/۱-۱۹۳) و علامه حلی در *خلاصة الرجال* (علامه حلی، ۱۳۸۱: ۲۲۴ و ۲۲۸) ثقة هستند. علاوه بر اینکه شماعه در سلسله اسناد *کامل الزیارت* ابن قولویه آمده است (ابن قولویه قمی، ۱۳۹۸: ۶۰).

ثانیاً جهت صدور این روایات، تقیه است، به خاطر اینکه این روایات مخالف کتاب، اخبار، اجتماعات است (حسینی عاملی، بی‌تا: ۲۸/۱۱؛ تبریزی، ۱۴۲۶: ۱۳۰/۱). این اشکال نیز وارد نیست؛ چرا که اهل سنت نیز در این بحث قائل به سه قول هستند: اول: مؤمن به خاطر کافر کشته نمی‌شود. از کسانی که قائل به این قول‌اند، شافعی، ثوری، احمد بن حنبل، داود و جماعتی هستند. دوم: مؤمن به خاطر کافر کشته می‌شود. ابوحنیفه و اصحابش و ابن ابی‌لیلی قائل به این قول‌اند. سوم: مؤمن به خاطر کافر کشته نمی‌شود، مگر مسلم او را غیلة کشته باشد و مراد از غیله این است که او را در رختخواب کشته و ذبح کند. مالک و لیث قائل به این قول‌اند (ابن رشد اندلسی، ۱۴۲۸: ۳۲۵/۲).

با وجود اقوال مختلف از اهل سنت، چگونه می‌توان گفت که این روایت از روی تقیه صادر شده است. البته به نظر می‌رسد کلام صاحب *جوهر دقیق* باشد. وی می‌نویسد: «این روایات تقیه به خاطر برخی از اهل سنت صادر شده است» (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۵۰/۴۲).

مراد از بعض را ابوحنیفه و اصحابش می‌داند؛ چرا که شاهد این قول را یک بیت شعر می‌آورد که در این بیت شعر، قول ابویوسف را که از بزرگان و شاگردان ابوحنیفه است، نقل می‌کند که البته قصه و جریان این شعر در *المبسوط* شیخ طوسی گفته شده است (طوسی، ۱۳۸۷: ۶/۷). آن بیت شعر عبارت است از:

«جاز علی الدین ابو یوسف      بقتله المسلم بالکافر»

(نجفی، ۱۴۰۴: ۱۴۲/۴۲) (۱۵۰/۴۲)

لذا می‌توان گفت که کلام صاحب *جوهر* مقبول است؛ چرا که فقه رایج در دوران امام صادق علیه السلام در دستگاه حکومت، فقه ابوحنیفه و اتباعش می‌باشد و چون که در قصاص مسلم به خاطر کشتن کافر، آن‌ها یکپارچه قائل به قصاص اند، لذا امام به خاطر موافقت با آن‌ها و عدم اظهار مخالفت، از روی تقیه این احادیث را صادر کرده است. ثالثاً اشکال این روایات، مطلق بودن آن‌هاست که می‌توانند از طریق روایاتی که در ادامه می‌آید، مقید شوند. چنانچه شیخ طوسی در *تهذیب الاحکام* (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۷۹/۱۰) و *الاستبصار* (همو، ۱۳۹۰: ۲۷/۴) این نوع حمل را برای رفع تعارض بین روایات مطروحه در این بحث به کار برده است و تقیید مطلق یک امری است که مشهور اصولیان آن را پذیرفته‌اند. بنا بر قسمت دوم اشکال دوم و خصوصاً اشکال سوم، به نظر می‌رسد میل جامع *المدارک* به قول صدوق، ضعیف و موجه نمی‌باشد.

## ۱-۱-۲. بررسی قول دوم (شرط بودن تساوی در دین)

تساوی در دین یکی از شروط معتبر در قصاص می‌باشد. بسیاری از فقها به این شرط قائل اند، چنانچه این مهم را محقق در *شرایع* (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۹۶/۴) و *مختصر* (همو، ۱۴۱۸: ۲۹۶/۲)، ابن ادریس در *سرائر* (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳۲۴/۳)، شهید اول در *غایة المراد* (عاملی جزینی، ۱۴۱۴: ۳۴۵/۴) و خویی در *تکملة المنهاج* (موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۷۲) و بسیاری دیگر قائل اند. اما این گروه اتفاق نظر ندارند؛ به طوری که عده‌ای، قصاص مسلم را به خاطر کافر ذمی مطلقاً جایز نمی‌دانند و گروهی دیگر قصاص مسلم را به خاطر ذمی جایز می‌دانند؛ منتها با یک شرط و آن تعوّد مسلم به کشتن کفار ذمی است. بررسی این دو گروه در ذیل عبارت‌اند از:

## ۱-۱-۲-۱. بررسی قول قاتلان به عدم قصاص مسلم مطلقاً

اگر مسلمی کافر ذمی را به قتل برساند، مطلقاً قصاص نمی‌شود؛ چه به این فعل عادت داشته باشد و چه عادت نداشته باشد. از جمله قاتلان به این قول، ابن ادریس در *سراثر* (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳/۳۲۴) و به تبع او فخرالمحققین در *قواعد* (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۱/۵۹۴)، مجلسی دوم در *مرآة العقول* (مجلسی، ۱۴۰۴: ۸۳/۲۸)، قائلین به این قول هستند. البته محقق در *شرایع* (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۴/۱۹۶) و علامه در کتب *ارشاد* (علامه حلی، ۱۴۱۰: ۲/۲۰۳)، *قواعد* (همو، ۱۴۱۳: ۳/۵۹۳)، *تحریر* (همو، ۱۴۲۰: ۵/۴۵۴) و شهید اول در *لمعه* (عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۲۶۹)، قول قصاص مسلم را در صورتی که تعوّد به کشتن کفار ذمی دارد، به صورت «قیل» نقل می‌کنند و محقق اردبیلی (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۴/۲۶-۲۷) نیز در اینجا به تردید افتاده است که وجود این امور در کلام این عده، به نوعی به تقویت ابن ادریس و فخرالمحققین پرداخته‌اند و قول این دو را قبول دارند. بنا بر این قول، مسلم در هیچ صورت حتی در زمانی که عادت به کشتن کفار ذمی در بلاد اسلامی دارد، قصاص نمی‌شود.

ادله مطروحه بر این قول:

اولاً این حکم از آیه «لَنْ يُجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ سَبِيلاً» (نساء/۱۴۱) استفاده می‌شود (دهقان، ۱۳۹۶: ۸۱). آیه به طور مطلق آمده و تفصیل مذکور در قول بعدی در آن نیامده است.

ثانیاً اجماع (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳/۳۵۷؛ مجلسی، ۱۴۰۴: ۸۳/۲۸).

ثالثاً روایت محمد بن قیس از امام محمد باقر علیه السلام که فرمود:

«مسلم به خاطر قتل یا جراحت وارده بر ذمی قصاص نمی‌شود، اما به حسب جنایتی که بر روی ذمی انجام داده، به قدر دیه ذمی، دیه پرداخت می‌کند».

این روایت هم به لحاظ سندی صحیح‌السند است، چنانچه به این امر محقق اردبیلی اذعان کرده (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۴/۲۵) و هم به لحاظ دلالتی تام است.

رابعاً روایاتی که از طُرُق عامه رسیده به این مضمون که پیغمبر اکرم صلی الله علیه و آله فرمود: «مسلم به خاطر کافر قصاص نمی‌شود» (ابن رشد اندلسی، ۱۴۲۸: ۲/۳۲۵). این دو روایت مثل آیه اطلاق دارند.

به نظر می‌رسد که ادله این قول نیز ضعیف باشد؛ زیرا:

اولاً آیه که به آن تمسک کرده، اطلاق دارد و قابلیت تقیید به روایاتی که دال بر تفصیل دارد، بلامانع است.

ثانیاً ادعای اجماع ابن ادریس اولاً با اجماعی که سید مرتضی در *الانتصار* (سید مرتضی علم‌الهدی، ۱۴۱۵: ۵۴۲) و قاضی ابن براج در *المهذب* و ابن زهره در *الغنیه* بنا بر نقل سید محمد جواد عاملی در *مفتاح*، ادعای نفی خلاف دارند (حسینی عاملی، بی‌تا: ۱۸/۱۱)، تعارض دارد که همه این فقها قبل از ابن ادریس می‌زیستند. ثانیاً این چگونگی اجماعی است که شیخ طوسی نه تنها در *استبصار* (طوسی، ۱۳۹۰: ۲۷۱/۴) و *تهذیب* (همو، ۱۴۰۷: ۱۷۹/۱۰) قائل به این قول نیست، بلکه در کتاب *نهایه* به صراحت قائل به تفصیل شده است (همو، ۱۴۰۰: ۷۷۳). ثالثاً مشهور علما با این قول مخالف‌اند، به طوری که شهید اول با عدم اعتنا به قول ابن ادریس در *غایة المراد*، ادعای اجماع نسبت به قول به تفصیل کرده است (عاملی جزینی، ۱۴۱۴: ۳۴۷/۴). با وجود این، تعجب از شهید است که در *لمعه*، قول به تفصیل را «قیل» آورده است که مشعر به ضعف این قول است (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۵۶/۱۰).

ثالثاً روایتی که از طرُق عامه آمده، سند آن ضعیف و معتبر نیست و آن روایتی که از محمد بن قیس نقل شد، بر فرض صحیح بودن در سندش، چرا که محمد بن قیس مشترک است، به روایات قول به تفصیل تقیید می‌خورد (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۳۵/۹).

## ۲-۱-۱-۲-۲. بررسی قول قائلان به کشتن<sup>۱</sup> مسلم در صورت تعوُّد

طبق این قول، اگر مسلمی کافر ذمی را به قتل برساند، قصاص نمی‌شود، اما در صورتی که مسلم نسبت به این فعل عادت کند، به قصاص محکوم می‌شود (عظیمی گرکانی، ۱۳۸۷: ۱۰۵). مشهور فقها قائل به این قول‌اند که از جمله آن‌ها فاضل آبی در *کشف الرموز* (فاضل آبی، ۱۴۱۷: ۶۰۹/۲)، فاضل مقداد در *التقیح الرائع* (سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۴۲۴/۴) و فاضل هندی در *کشف الثام* (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۸۸/۱۱) می‌باشد. ادله مطروحه

۱. به خاطر اینکه قائلان به این قول، در عنوان کشتن مسلم اختلاف دارند، لذا ما تعبیر به قصاص در اینجا نکرديم.



بر این قول، علاوه بر آیه ۱۴۱ سوره نساء و ادعای اجماع برخی از فقها (عاملی جزینی، ۱۴۱۴: ۳۴۷/۴)، روایات می‌باشد. سه روایت بر این قول دلالت دارند که عبارت‌اند از:

۱. صحیح‌ه اسماعیل بن فضل از امام صادق علیه السلام است. اسماعیل می‌گوید امام درباره مردی (مسلمانی) که مردی از اهل ذمه را به قتل رسانده بود، فرمود: آن مرد کشته نمی‌شود مگر اینکه نسبت به این فعل عادت داشته باشد (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۸۹/۱۰). این روایت از محمد بن فضیل از امام رضا علیه السلام هم نقل شده است (همان).

۲. موثقه اسماعیل بن فضل از امام صادق علیه السلام است. اسماعیل می‌گوید: از امام درباره مسلمان سؤال پرسیدم که آیا اگر مسلمان اهل ذمه و اهل کتاب را بکشد، کشته می‌شود؟ امام فرمود: خیر، مگر اینکه به این فعل عادت کرده باشد، پس به خاطر این امر کشته می‌شود (کلینی، ۱۴۰۷: ۳۱۰/۷).

۳. خبر اسماعیل بن فضل از امام صادق علیه السلام است. اسماعیل می‌گوید از امام در مورد دماء مجوس، یهود، نصارا سؤال پرسیدم که آیا بر آنها یا بر کسی که آنها را می‌کشد، چیزی هست، زمانی که مسلمین به آنها حمله برند... امام فرمود: خیر، مگر اینکه عادت به قتل آنها داشته باشند... و اسماعیل می‌گوید: از امام در مورد مسلمان سؤال پرسیدم که آیا اگر مسلمان اهل ذمه و اهل کتاب را بکشد، کشته می‌شود؟ امام فرمود: خیر، مگر اینکه به این فعل عادت کرده باشد، پس به خاطر این امر کشته می‌شود (همان: ۳۰۹/۷). این روایت از محمد بن فضیل از امام رضا علیه السلام هم نقل شده است (همان).

روایت اول و دوم به لحاظ سندی مشکلی ندارند، به طوری که از اولی تعبیر به صحیح‌ه کردیم و از دومی تعبیر به موثقه. اما روایت دوم به خاطر مجهول بودن برخی از راویانش و به خاطر وجود اضطراب در متن ضعیف است (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۱: ۱۳۰). لذا تعبیر به خبر از آن شد و ما از آن به عنوان مؤید استفاده می‌کنیم. پس با این بیان، این روایات به لحاظ سند تام و مدول آنها نیز به صراحت قول به تفصیل را بیان داشته‌اند.

با این تحلیل از ادله و وجود روایات صحیح‌السند و قابل قبول، چه نسبت به عدم قصاص مسلم به خاطر کافر مطلقاً و چه قصاص شدن مسلم به خاطر تعدد به این عمل،

به نظر می‌رسد استدلال برخی که عمدۀ دلیلشان برای قصاص مسلم، تمسک به اطلاق برخی از آیات، و روایاتی که عمدتاً از طریق اهل سنت ضعیف می‌باشد (امیدی و حسینی، ۱۳۹۳: ۱۱-۱۳) و آنهایی هم که سعی دارند که از طریق فقدان قرینه، یا تنوع آرای اهل سنت و غیره جهت صدور روایات قصاص مسلمان به خاطر کافر را ساقط کنند (امامی و نورالدینی، ۱۳۹۵: ۱۷۸-۱۸۱)، مورد قبول نیست. در هر صورت ماده ۳۰۱ قانون مجازات نیز قول مشهور فقها را پذیرفته است، اگرچه نسبت به تعوّد یا عدم تعوّد سکوت کرده است.

اما آیا با کشتن کافر مستأمن توسط مسلم، پرداخت دیه واجب است؟ ظاهر عبارات فقها این است که پرداخت دیه از طرف مسلم، به اولیاء دم کافر مستأمن واجب نیست؛ چرا که فقها وقتی مسئله قتل مطلق کافر توسط مسلم را بیان می‌کنند، قصاص نشدن مسلم را به عنوان حکم مشترک سه نوع کافر (ذمی، مستأمن، معاهد) می‌آورند، اما الزام به پرداخت دیه را مقید به کافر ذمی کرده‌اند؛ برای نمونه، فاضل هندی در کشف اللثام می‌نویسد: «فإن كان المقتول ذمياً ألزم بدیته...» (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۸۸/۱۱) یا اسدی حلی در المهدّب فی شرح المختصر النافع می‌نویسد: «یغرم دية الذمی...» (اسدی حلی،

۱۴۰۷: ۱۷۷/۵). مستند این حکم معتبره محمد بن قیس از امام باقر علیه السلام است: «... اما از مسلم بابت جنایتی که بر "ذمی" وارد کرده، دیه "ذمی" که عبارت است از هشتصد درهم گرفته می‌شود» (حزّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۰۸/۲۹).

پس با ظاهر عبارات فقها و دلیلی که برای آن قید آورده شد، این امر استنباط می‌شود که هیچ فقیهی قائل به اخذ دیه از مسلم به خاطر کشتن کافر مستأمن نیست. اما در تبصره ۲ ماده ۳۱۰، پرداخت دیه را از طرف قاتل مسلمان، برای مطلق مقتول غیر مسلمان واجب کرده است. در تبصره ۲ این ماده آمده است: «اگر مجنی علیه غیر مسلمان باشد و مرتکب پیش از اجرای قصاص، مسلمان شود، قصاص ساقط و علاوه بر پرداخت دیه به مجازات تعزیری... محکوم می‌شود».

عبارت قانون‌گذار، مطلق مجنی علیه غیر مسلمان را که عبارت‌اند از: کافر ذمی، کافر مستأمن، کافر معاهد و مرتد، مشمول حق دریافت دیه می‌داند. این در حالی است

که اطلاق این تبصره با اتفاق فقها که پرداخت دیه را تنها برای کافر ذمی واجب دانسته‌اند، مخالفت دارد و لازمه این گفته، آن است که قانون‌گذار باید ذیل تبصره را که مربوط به پرداخت دیه است، مقید به کافر ذمی می‌کرد. وجه ضعف این اطلاق تبصره، در قسمت مربوط به مرتد هم خواهد آمد.

اما گویا فقها حکم تعزیر مسلم را به خاطر کشتن کافر مستأمن، بالاجماع قبول دارند. این حکم بدین خاطر است که فقها وقتی مسئله قتل مطلق کافر توسط مسلم را بیان می‌کنند، قصاص نشدن مسلم را به عنوان حکم مشترک سه نوع کافر (ذمی، مستأمن، معاهد) می‌آورند و بعد به طور مطلق، این عبارت «لکن یعزر» را چنان که محقق در *شرایع* (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۹۶/۴) و *مختصر* (همو، ۱۴۱۸: ۲۹۶/۲) آورده و یا «بل یعزر» را چنان که علامه در *قواعد* (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶۰۵/۳) و *ارشاد* (همو، ۱۴۱۰: ۲۰۳/۲) آورده است، بیان می‌کنند.

اطلاق این عبارات، این امر را به ذهن تداعی می‌کند که اگر مسلمان، کافر ذمی، مستأمن، معاهد، حربی را بکشد، تعزیر می‌شود. این در حالی است که برخی از فقها تعزیر مسلم را به خاطر قتل کافر حربی جایز نمی‌دانند؛ زیرا آن‌ها قتل کافر حربی را بدون اذن امام، جایز، و او را مهدورالدم می‌شمارند (حسینی عاملی، بی‌تا: ۱۸/۱۱). بنابراین این‌ها قتل کافر حربی را بدون اذن امام، مباح دانسته و از طرفی چون که تنها فعل حرام سبب ایجاد تعزیر است، لذا مسلمان را برای قتل کافر حربی مستحق مجازات تعزیری نمی‌دانند.

اما تعزیر مسلم به خاطر مرتکب شدن ذنب و عمل حرام است. نام گناه مسلم *عَدْر* یا همان خیانت است که احادیث متعددی در مذمت این نوع از گناه آمده است که دال بر کثرت تقبیح این گناه است، چنانچه باب خاصی را شیخ حر عاملی برای تحریم *عَدْر* اختصاص داده است (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۷۱-۷۰/۱۵). پس مسلم به خاطر کشتن کافر مستأمن، مرتکب عمل حرام از نوع *عَدْر* شده که به خاطر آن حاکم می‌تواند او را تعزیر کند.

قانون مجازات اسلامی، نظریه اول یعنی تعزیر شدن مسلمان را به خاطر قتل کافر حربی به صراحت در ماده ۳۱۰ پذیرفته است:

«... اگر مسلمان، ذمی، مستأمن، معاهد، بر غیر مسلمانی که ذمی، مستأمن و معاهد نیست، جنایتی وارد کند، قصاص نمی‌شود. در این صورت مرتکب به مجازات تعزیری... محکوم می‌شود».

تبصره ۲ ماده ۳۱۰، تعزیر شخص مسلمان را به خاطر ارتکاب قتل نسبت به مطلق کافر که از جمله آن‌ها ذمی، مستأمن، معاهد، می‌باشد، مورد تأیید قرار داده است: «اگر مجنی علیه غیر مسلمان باشد و مرتکب پیش از اجرای قصاص، مسلمان شود، قصاص ساقط و علاوه بر پرداخت دیه به مجازات تعزیری... محکوم می‌شود».

قانون‌گذار در ماده ۶۱۲ (۸۴۳) مقدار تعزیر را بیان داشته است. اشکالی که بر قانون‌گذار وارد است این است که جرم‌انگاری قتل مسلمان نسبت به کافر حربی را با قتل کافر ذمی، مستأمن و معاهد، در قالب تعزیر به طور مطلق بیان کرده و تفکیکی بین تعزیر از نوع قتل کافر حربی با سایر کفار قرار نداده است، در حالی که تعزیر نوع اول، به نوعی به خاطر عدم رعایت نظم عمومی است، در حالی که تعزیر نوع دوم، به خاطر خیانت و غدَر است که شدت نوع دوم به خاطر روایاتی که شدیداً این عمل را نهی می‌کنند، از نوع اول بیشتر است.

## ۱-۲-۶. قاتل کافر مستأمن، کافر مستأمن یا ذمی یا حربی باشد

در صورتی که کافر مستأمن توسط کافر ذمی یا مستأمنی کشته شود، قاتلان به قصاص محکوم می‌شوند. این گفته از عموم آیه قصاص (دهقان، ۱۳۹۶: ۸۰) و اجماع فقهای شیعه برداشت می‌شود؛ چنان که به این گفته، علامه حلی در قواعد (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶۰۵/۳)، فاضل هندی در کشف اللثام (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۸۹/۱۱) و صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۵۵/۴۲) اعتراف دارند.

اما از بین اهل تسنن بنا بر نقل فاضل هندی (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۸۹/۱۱) دهقان، ۱۳۹۶: ۸۱)، ابوحنیفه قصاص ذمی را به خاطر کشتن مستأمن قبول ندارد که به نظر می‌رسد قول ابوحنیفه قابل قبول نیست؛ به خاطر اطلاق ادله قصاص مثل آیه ﴿النَّفْسِ بِالنَّفْسِ﴾ (نساء/ ۴۵) و آیه ﴿مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا﴾ (مائده/ ۳۲) نجفی، ۱۴۰۴: ۱۵۵/۴۲) و همچنین اطلاق روایاتی که دلالت بر حرمت قتل از روی ظلم دارند (حز عاملی،

این حکم یعنی قصاص کردن کافر ذمی، مستأمن و حربی، به خاطر کشتن کافر مستأمن، نه تنها به صورت ضمنی در ماده ۳۰۱ ق.م. که تساوی در دین را مطرح می‌کند، پذیرفته شده است، بلکه به صراحت در صدر ماده ۳۱۰ ق.م. آمده است: «هر گاه "غیر مسلمان" مرتکب جنایت عمدی بر مسلمان ذمی، مستأمن، معاهد شود، حق قصاص ثابت است...».

اطلاق غیر مسلمان، شامل کافر ذمی، مستأمن، معاهد، حربی و مرتد می‌شود.

### ۳-۱-۶. قاتل کافر مستأمن، مرتد باشد

با تتبعی که در کتب فقهای امامیه انجام دادیم، حکمی را برای کافر مستأمن به صراحت پیدا نکردیم. اما در این بین، شیخ طوسی در مبسوط عنوانی را انتخاب کرده که شاید بتوان گفت تا حدودی به این فرع، اشاره کرده باشد. شیخ طوسی در عنوان بحث می‌نویسد: «إذا قتل المرتد نصرانیاً له ذمة ببذلٍ أو جزيةٍ أو عهدٍ» (طوسی، ۱۳۸۷: ۴۷/۷).

علت اینکه گفته شد که تا حدودی اشاره کرده است، این است که وی به قرارداد «عهد» تصریح کرده که می‌تواند قرارداد استیمان را شامل بشود. اما اشکال این شمول، منحصر کردن حکم به نصرانی است، این در حالی است که خود ایشان قرارداد استیمان را هم شامل اهل کتاب و هم شامل اهل غیر کتاب می‌داند.

در هر صورت، فقها حکم کشتن کافر ذمی توسط مرتد را به صراحت بیان داشته‌اند. اگر مرتدی (ملی یا فطری) کافر ذمی را به قتل برساند، دو قول وجود دارد: یکی قصاص نکردن مرتد؛ وجه آن این است که اسلام باعث محقون‌الدم بودن مرتد در مقابل کافر ذمی می‌شود (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۴۵۸/۵). به همین خاطر است که مرتد به بردگی گرفته نمی‌شود، کافر ذمی، حق نکاح با زن مرتد ندارد و اینکه واجبات فوت شده در ایام ارتداد را باید قضا کند (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۹۰/۱۱).

اما قول دیگر قصاص کردن؛ چرا که مرتد با کافر ذمی در کفر یکسان بوده و به منزله امت واحده می‌باشند (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶۰۵/۳). بلکه کفر مرتد از کفر ذمی بدتر است؛ چرا که ذمی بر دینش در بلاد اسلامی می‌تواند اقرار کند، این در حالی است که

اقرار مرتد بر ارتدادش جایز نیست (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۹۰/۱۱).

به خاطر این دو وجه، برخی از فقها در ترجیح یکی از آن‌ها سکوت کرده‌اند، چنان که این امر از ظاهر کلام علامه در *قواعد* (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶۰۵/۳) و فاضل هندی در *کشف اللثام* (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۹۰/۱۱) برمی‌آید و قریب به اتفاق فقها حکم قصاص را برای مرتد قائل‌اند؛ چنان که از قداما شیخ طوسی در *مبسوط* (طوسی، ۱۳۸۷: ۴۷/۷)، علامه در *تحریر* (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۴۵۸/۵)، از معاصران خوبی در *تکملة المنهاج* (موسوی خوبی، ۱۴۱۰: ۷۳)، امام خمینی در *تحریر* (موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۲۱/۲)، فاضل لنکرانی در *تفصیل الشریعه* (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۱: ۱۴۵) و روحانی در *منهاج* (حسینی روحانی قمی، بی‌تا: ۳۲۵/۳) به این قول قائل‌اند.

به نظر ما همین دو وجه، نسبت به رابطه بین مرتد و کافر مستأمن نیز جاری است؛ چرا که:

اولاً علت شک و دو وجهی شدن حکم، مرتد بود و عنوان ذمی دخل و تصرفی در جاری شدن قصاص یا عدم جاری شدن آن نداشت.

ثانیاً اطلاق ادله قصاص که در فوق اشاره شد، اصل را در قتل عمد، اجرای قصاص می‌داند و فقط یک مورد در رابطه با شرط تساوی در دین استثنا شد و آن، مسلم بودن و کافر بودن یکی از طرفین جانی و مجنی‌علیه بود. قاعده مجری در استثنائات، رجوع به قدر متیقن آن‌هاست که قدر متیقن در مورد بحث ما، محرز بودن اسلام احد الطرفین است. اما در صورت شک و عدم احراز اسلام احد الطرفین، باید به اصل مأخوذ از ادله که عبارت بود از اجرای قصاص، مراجعه کرد. پس با این بیان، فرقی بین رابطه کافر ذمی با مرتد و رابطه کافر مستأمن با مرتد نیست.

ثالثاً در هیچ کتابی برای اختصاص حکم به کافر ذمی دلیلی ارائه نشده است. بنابراین اگر ما قائل به ترجیح حکم اجرای قصاص شویم، همان طوری که مشهور فقها قائل بودند. به این نتیجه دست می‌یابیم که اگر مرتد، کافر مستأمن را به قتل برساند، قصاص می‌شود. این حکم از صدر ماده ۳۱۰ ق.م. که می‌گوید: «هر گاه غیر مسلمان»، مرتکب جنایت عمدی بر مسلمان ذمی، مستأمن، معاهد شود، حق قصاص ثابت است...»، به صراحت برداشت می‌شود. همان طور که گفته شد، اطلاق

غیر مسلمان، شامل کافر ذمی، مستأمن، معاهد، حربی و مرتد می‌شود.

البته این برداشت، ظاهر صدر ماده ۳۱۰ ق.م. است. اما اگر به ذیل این ماده نگاه شود، قانون‌گذار یک تفسیر محدودتری از غیر مسلمان دارد. در حقیقت قانون‌گذار غیر مسلمان را در این ماده تنها کافر ذمی، مستأمن و معاهد می‌داند، چنانچه این استنباط از ذیل ماده ۳۱۰ ق.م. که می‌گوید: «غیر مسلمانی که ذمی، مستأمن و معاهد نیست...»، به خوبی برداشت می‌شود. علاوه بر اینکه اگر کلمه «غیر مسلمان» را که در ذیل ماده آمده، به مرتد تسری دهیم، لازمه این تفسیر موسّع از غیر مسلمان، این است که ذیل ماده که می‌گوید: «اگر مسلمان، ذمی، مستأمن، معاهد، بر غیر مسلمانی که ذمی، مستأمن و معاهد نیست، جنایتی وارد کند، قصاص نمی‌شود. در این صورت، مرتکب به مجازات تعزیری محکوم می‌شود»، با اجماع فقهای امامیه سازگار نباشد؛ زیرا همان طوری که در ادامه می‌آید، فقهای امامیه بالاجماع قائل‌اند که اگر کافر مستأمن، مرتد را به قتل برساند، قصاص بر او جاری می‌شود. این در حالی است که اگر منظور از غیر مسلمان، مرتد نیز باشد، کافر مستأمن، طبق ذیل نباید به خاطر کشتن مرتد قصاص شود.

بنابراین یا باید کلمه «غیر مسلمان» را که هم در صدر ماده آمده و هم در ذیل، به مرتد حمل نکنیم و اساساً قائل بشویم که قانون‌گذار حکم قاتل یا مقتول شدن مرتد را در این ماده نیاورده است یا مفهوم غیر مسلمان را در صدر ماده، شامل مرتد قرار دهیم و بگوییم قانون‌گذار حکم صورت قاتل شدن مرتد را بیان داشته، اما حکم مقتول شدن مرتد را بیان نکرده است. به عبارت دیگر اختلاف در مفهوم بین این کلمه قائل بشویم.

## ۲-۶. حمایت قانونی سلبی (جانی بودن کافر مستأمن)

حمایت قانونی منفی برای کافر مستأمن بدین معناست که همان طوری که قانون‌گذار از شهروند مسلمان در مواردی و یا به عللی، حکم قصاص یا دیه یا غیره را برمی‌دارد، نسبت به کافر مستأمن چگونه است؟ مثلاً آیا موردی است که به خاطر قرارداد استیمان، مجازات کافر مستأمن برداشته شود. برای تبیین حمایت قانونی منفی، صوری را باید مورد بررسی قرار داد که عبارت‌اند از:

## ۱-۲-۶. کافر مستأمن، قاتل مسلمانی باشد

در صورتی که مستأمنی، مسلمانی را به قتل برساند، در کتب فقهای امامیه، حکمی را برای قاتل بودن کافر مستأمن به صراحت بیان نکرده‌اند. به نظر می‌رسد این حکم همانند حکم قبل، از طریق کافر ذمی به دست بیاید. زمانی که کافر ذمی مسلمانی را به عمد به قتل برساند، با این عمل، اولاً قرارداد ذمه او باطل، ثانیاً او به ورثه مقتول سپرده می‌شود. آن‌ها سه اختیار دارند: ۱. کافر را تحت نظارت حاکم قصاص کنند؛ ۲. کافر را ببخشند؛ ۳. کافر را به بردگی بگیرند. در صورت سوم، ورثه مقتول می‌توانند اموال کافر ذمی را صاحب شوند؛ زیرا مال عبد، مال صاحبش است، اما در صورتی که صورت اول یا دوم را اختیار کنند، ورثه مقتول نسبت به مال کافر ذمی هیچ حقی ندارند (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۳۱/۹-۳۳۳).

این گفته علامه در *مختلف*، تأیید گفته شیخ در *نهایه* (طوسی، ۱۴۰۰: ۷۴۸) و ابن ادریس در *سرائر* (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳۵۱/۳) و عمل بسیاری از متأخران مثل خوبی در *تکملة المنهاج* (موسوی خوبی، ۱۴۱۰: ۷۲) می‌باشد.

علت این فتوا، اولاً اجماع مورد ادعای سید مرتضی در *الانتصار* (سید مرتضی علم‌الهدی، ۱۴۱۵: ۵۴۸)، ثانیاً مشهور فقها، ثالثاً روایتی است که شیخ صدوق در *فقیه* از امام باقر علیه السلام نقل می‌کند که فتوای فقها دقیقاً برگرفته از این متن روایت امام علیه السلام می‌باشد (صدوق، ۱۴۱۳: ۱۲۲-۱۲۱/۴). بر فرض که این روایت به خاطر مرسل بودنش، دارای ضعف سندی باشد، عمل به این روایت از طریق شهرت مذکوره در کلام فقها، جابر ضعف سند این روایت می‌باشد. رابعاً از طریق قیاس اولویت، به این صورت که شهروندی کافر ذمی در بلاد اسلامی از طریق قرارداد ذمه، از قوت بیشتری نسبت به شهروندی کافر مستأمن از طریق قرارداد امان برخوردار است؛ زیرا گزینه‌های حمایتی از طرف حاکم اسلام از طریق عقد ذمه بیشتر است. لذا وقتی که کافر ذمی به خاطر این جرم، به این مجازات‌ها محکوم می‌شود، کافر مستأمن به طریق اولی باید به این مجازات‌ها محکوم شود. خامساً از طریق عموم ادله قصاص می‌توان این حکم را استنباط کرد.

صدر ماده ۳۱۰ قانون مجازات، قصاص کافر مستأمن را به صراحت پذیرفته است: «هر گاه "غیر مسلمان"، مرتکب جنایت عمدی بر مسلمان، ذمی، مستأمن، معاهد



شود، حق قصاص ثابت است...».

غیر مسلمان، شامل کافر مستأمن می‌شود که مرتکب جنایت عمدی بر مسلمان... سپس ثابت شدن حق قصاص است.

## ۶-۲-۲. کافر مستأمن، قاتل کافر مستأمن یا ذمی یا معاهد یا حربی باشد

اگر کافر مستأمن، کافر مستأمن یا کافر ذمی یا معاهدی را به قتل برساند، قصاص خواهد شد (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۵۹۶/۴). در این حکم احدی از فقها اختلافی ندارند، چنان که صدر ماده ۳۱۰ ق.م. نیز بر این امر دلالت دارد. اما در اینکه اگر کافر مستأمن، کافر حربی را به قتل برساند، قصاص می‌شود یا نه، دو قول بین فقهاست. قول اول اینکه کافر مستأمن به خاطر ارتکاب این قتل قصاص می‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۰: ۲۰۲/۲-۲۰۳). دلیل این گفته، عموم ادله قصاص می‌باشد و خفت یا شدت در کفر، تأثیری در عمومیت این عموم ندارد (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۳۰/۱۴). قول دوم اینکه کافر مستأمن به خاطر ارتکاب این قتل قصاص نمی‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶۰۶/۳). دلیل این قول آن است که کافر مستأمن، معصوم‌الدم است و کافر حربی مهدورالدم (فاضل هندی، ۱۴۱۳: ۹۲/۱۱).

از آنجایی که از طریق قرارداد امان، کافر مستأمن حق استیطان را در بلاد اسلامی کسب می‌کند و یکی از احکام مترتب بر این حق، معصوم ماندن جان کافر است و از طرفی کافر مستأمن از این طریق، یک برتری نسبت به کافر حربی پیدا می‌کند، لذا قول دوم یعنی قصاص نشدن کافر مستأمن ارجح است و بلکه می‌توان گفت که به خاطر اینکه خون کافر حربی، مباح و مهدورالدم است (موسوی خمینی، بی‌تا: ۱۰۴/۱)، کافر مستأمن مسئول پرداخت دیه نیز نمی‌باشد. لذا ذیل ماده ۳۱۰ ق.م. که می‌گوید: «اگر مسلمان، ذمی، مستأمن، معاهد، بر غیر مسلمانی که ذمی، مستأمن و معاهد نیست، جنایتی وارد کند، قصاص نمی‌شود. در این صورت مرتکب به مجازات تعزیری محکوم می‌شود»، همین قول دوم را مورد تأیید قرار می‌دهد. نسبت به تعزیر کافر مستأمن و یا عدم آن، دیدگاه فقها نسبت به تعزیر مسلمان، زمانی که قاتل کافر حربی باشد، گفته شد. همان بیان نیز نسبت به کافر مستأمن جاری خواهد شد.

### ۳-۲-۶. کافر مستأمن، قاتل مرتد باشد

به نظر می‌رسد این حکم همانند حکم قبل، از طریق کافر ذمی به دست بیاید. اگر کافر ذمی، شخص مرتدی را به قتل برساند، کافر ذمی به قصاص محکوم می‌شود (همان: ۵۲۱/۲). در این حکم احدی از علمای امامیه اختلاف نکرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۶/۴۲)، بلکه در این حکم اجماع فقهای امامیه وجود دارد (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۲۷/۲۸).

اما ذیل ماده ۳۱۰ ق.م. که می‌گوید: «اگر مسلمان، ذمی، مستأمن، معاهد، بر غیر مسلمانی که ذمی، مستأمن و معاهد نیست، جنایتی وارد کند، قصاص نمی‌شود. در این صورت مرتکب به مجازات تعزیری محکوم می‌شود»، مخالف با اجماع فقهاست؛ زیرا غیر مسلمان، شامل مرتد نیز می‌شود. پس طبق ظاهر قانون، کافر مستأمن قصاص نمی‌شود. بله در یک صورت می‌توان گفت که مراد از غیر مسلمان، مرتد نیست؛ زیرا سیاق و بلکه شاید بتوان گفت تفسیر قانون‌گذار از غیر مسلمان که گفته: «غیر مسلمانی که ذمی، مستأمن و معاهد نیست»، شامل مرتد نیست. لذا از این جهت اشکالی بر قانون‌گذار وارد نیست. بنابراین قانون‌گذار نسبت به این قسمت، حکمی را بیان نکرده است.

اما سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود، این است که مرتد، مهدورالدم است و به خاطر همین مهدورالدم بودنش، اگر مسلمانی مرتد را به قتل برساند، نه تنها قصاص نمی‌شود، بلکه مشهور فقها قائل‌اند که دادن دیه به خاطر این قتل، بر مسلمان واجب نیست (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۶/۴۲)؛ پس چرا کافر ذمی به خاطر یک مهدورالدم باید قصاص شود؟ وجود این استدلال آن قدر قوی است که بنا بر نقل شهید ثانی در *مسالك*، شافعی قائل است که کافر ذمی به خاطر این قتل قصاص نمی‌شود. استدلال شافعی این است که مرتد مباح‌الدم است، پس قصاص برای کشتن چنین شخصی واجب نیست (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۵۳/۱۵). لذا شهید در *مسالك*، ملاک قصاص کردن کافر ذمی را این امر می‌داند که کفر کافر ذمی از کفر مرتد بدتر است. لذا کافر ذمی را به خاطر کشتن مرتد باید قصاص کنیم (همان).

عده دیگر از فقها، علت قصاص کافر ذمی را محقون بودن خون مرتد نسبت به

کافر ذمی دانسته‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۹۸/۴؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۹۰/۱۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶۰۵/۳). توضیح کلام این عده از این قرار است که دو نوع مهدورالدم داریم:

۱. مهدورالدم بودن عام: یعنی نزد همه افرادی که در بلاد اسلامی زندگی می‌کنند؛ چه مسلم، چه کافر ذمی یا مستأمن و غیره، مهدورالدم محسوب می‌شود. ۲. مهدورالدم نسبی: یعنی نسبت به برخی از افرادی که در بلاد اسلامی زندگی می‌کنند، مهدورالدم است.

۱. مهدورالدم نسبت به مسلمانان؛
۲. مهدورالدم نسبت به حاکم؛ ۳. مهدورالدم نسبت به مقتض منہ (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۱: ۱۴۵).

با این بیان و تقسیم، هم مغالطه شافعی ظاهر شد و هم گفته آن عده از فقها واضح شد. به این صورت که مرتد، مهدورالدم نسبی نه عام خلافاً للشافعی و مهدورالدم نسبی از نوع اول است، پس مرتد نسبت به کافر ذمی محقون‌الدم است.

به خاطر وحدت در ملاک بین کافر ذمی و مستأمن، این فتاوا و این اشکال، دقیقاً در مورد کافر مستأمن نیز جاری می‌شود. لذا اگر کافر مستأمن، مرتدی را به قتل برساند، مجازات قصاص بر او جاری می‌شود.

## نتیجه‌گیری

حمایت از جان کافر مستأمن، دو بُعد دارد:

بُعد ایجابی:

۱. قاتل کافر مستأمن، مسلمان باشد. قاتل قصاص نمی‌شود، دیه پرداخت نمی‌کند، به حبس تعزیری محکوم می‌شود، کفاره نمی‌دهد. قانون مجازات به خلاف اجماع فقها پرداخت دیه را لازم دانستند.

۲. قاتل کافر مستأمن، کافر ذمی، معاهد و یا حربی باشد. هر کدام از این گروه قاتل کافر مستأمن باشد، به قصاص محکوم می‌شود و صدر ماده ۳۱۰ ق.م. همین حکم را مورد تأیید قرار داده است.

۳. قاتل کافر مستأمن، مرتد باشد. طبق مشهور فقها، مرتد به قصاص محکوم

می‌شود و اگر ما اختلاف در مفهوم بین کلمه غیر مسلمان که در صدر ماده آمده و بگوییم شامل مرتد می‌شود، با اینکه کلمه غیر مسلمان در ذیل ماده شامل مرتد نمی‌شود، در این صورت ماده ۳۱۰ ق.م. حکم فقها را مورد تأیید قرار داده است.  
بُعد سلبی:

۱. کافر مستأمن قاتل مسلمان شود. طبق نظر فقها قرارداد استیمان باطل، وارثین مقتول اختیار دارند یا او را قصاص کنند یا ببخشند یا به بردگی بگیرند و در این صورت اموالش به تبع خودش در ملکیت وارثین مقتول قرار می‌گیرد. صدر ماده ۳۱۰ ق.م. حکم قصاص را فقط برای کافر مستأمن در نظر گرفته است.

۲. کافر مستأمن، قاتل کافر مستأمن یا ذمی یا معاهد یا حربی باشد. نسبت به سه مورد اول، به اجماع فقها، کافر مستأمن قصاص می‌شود و این حکم را صدر ماده ۳۱۰ ق.م. مورد تأیید قرار داده است.

۳. کافر مستأمن، قاتل مرتد باشد، به اجماع فقها به قصاص محکوم می‌شود، اما در این رابطه ذیل ماده ۳۱۰ ق.م. که تفسیر محدودی از لفظ غیر مسلمان ارائه داده، حکم این صورت را بیان نکرده است.

پس با این بیانات روشن شد سه نقیصه مهم در رابطه با ماده ۳۱۰ ق.م. اسلامی است:

اولاً طبق تبصره ۲ ماده ۳۱۰ ق.م. پرداخت دیه را برای مطلق مجنی‌علیه غیر مسلمان لازم دانستند، این در حالی است که تنها زمانی که مجنی‌علیه کافر ذمی باشد، پرداخت دیه توسط مسلمان واجب است. ثانیاً حکم مجازات قاتل مرتد را بیان نکرده است. ثالثاً بین تعزیر مسلم زمانی که کافر حربی را به قتل برساند و بین زمانی که کافر ذمی، مستأمن، معاهد را بکشد، فرق قائل نشده، در صورتی که درجه دومی به خاطر گناه غدر از اولی که در راستای نظم عمومی است، شدتش بیشتر است. رابعاً حکم تمام غیرمسلمانان را قالب یک ماده به طور یکسان بیان کرده است. لذا پیشنهاد ما برای اصلاح این ماده رفع این نقائص و تقسیم و تفکیک بین مطالب در قالب حداقل سه ماده است.

## کتاب شناسی

۱. ابراهیمی، مهدی، سلسله جلسات بازخوانی مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی سال ۱۳۵۸، تهران، پژوهشگاه شورای نگهبان، ۱۳۹۴ ش.
۲. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابن رشد اندلسی، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بیروت، دار الفکر، ۱۴۲۸ ق.
۴. ابن فارس، ابوالحسین، معجم مقانيس اللغة، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۵. ابن قولویه قمی، جعفر بن محمد، کامل الزیارات، قم، دار المرتضویه، ۱۳۹۸ ق.
۶. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۷. اسدی حلی، احمد بن محمد، المذهب البارح فی شرح المختصر النافع، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۸. امامی، محمد و حسین نورالدینی، «بازکاوی حق قصاص اهل ذمه در فقه و حقوق»، آموزه های حقوق کیفری، شماره ۱۱، ۱۳۹۵ ش.
۹. امیدی، جلیل و زکریا حسینی، «جریان قصاص میان مسلمان و غیر مسلمان از منظر فقه اسلامی و حقوق ایران»، دوفصلنامه علمی پژوهشی فقه مقارن، شماره ۴، ۱۳۹۳ ش.
۱۰. تبریزی، جواد، منهاج الصالحین، قم، مجمع الامام الهادی (ع)، ۱۴۲۶ ق.
۱۱. جوهری، اسماعیل بن حماد، المعجم الصحاح، بیروت، دار العلم، ۱۴۱۰ ق.
۱۲. حاجی ده آبادی، احمد، «تأملی پیرامون قصاص مسلمان در مقابل کافر»، نامه مفید، شماره ۴۰، ۱۳۸۲ ش.
۱۳. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، بیروت، مؤسسة آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۱۴. حسینی، سیداحمد، «حقوق السیاح غیر المسلمین فی البلدان الاسلامی»، مجله فقه اهل البيت (ع)، عربی، العدد ۳۷، قم، مؤسسة دائرة المعارف الاسلامیه، بی تا.
۱۵. حسینی روحانی قمی، سیدمحمدصادق، فقه الصادق (ع)، قم، دار الکتاب، ۱۴۱۲ ق.
۱۶. همو، منهاج الصالحین، قم، انوار الهدی، بی تا.
۱۷. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامه، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۱۸. حمیری، نشوان بن سعید، شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم، بیروت، دار الفکر المعاصر، ۱۴۲۰ ق.
۱۹. خوانساری، سیداحمد، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۲۰. دهقان، مجید، «بررسی مجازات قصاص مسلمان و غیر مسلمان»، فصلنامه مطالعات علوم اجتماعی، شماره ۱، ۱۳۹۶ ش.
۲۱. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات الفاظ قرآن، بیروت، دار العلم، ۱۴۱۲ ق.
۲۲. ساریخانی، عادل و همکاران، «مسئولیت کیفری مسلمان نسبت به قتل اهل ذمه»، مجله فقه و حقوق، شماره ۱۸، ۱۳۸۷ ش.
۲۳. سید مرتضی علم الهدی، علی بن حسین موسوی، الانتصار فی انفرادات الامامیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۲۴. سیوری حلی (فاضل مقداد)، جمال الدین مقداد بن عبدالله، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، قم،

- کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
۲۵. صاحب بن عباد، ابوالقاسم اسماعیل، *المحیط فی اللغة*، بیروت، عالم الكتاب، ۱۴۱۴ ق.
۲۶. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *المقنع*، قم، مؤسسه امام هادی علیه السلام، ۱۴۱۵ ق.
۲۷. همو، *من لایحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۸. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الاستبصار فی ما اختلف من الاخبار*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ق.
۲۹. همو، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، قم، المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ ق.
۳۰. همو، *النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی*، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ ق.
۳۱. همو، *تهذیب الاحکام*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۳۲. همو، *کتاب الخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۳۳. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه*، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۳۴. همو، *مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۳۵. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، *الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۳۶. همو، *اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیه*، بیروت، دار التراث - الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۳۷. همو، *غایة المراد فی شرح نکت الارشاد*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۳۸. عظیمی گرکانی، هادی، «حقوق اهل ذمه در نظام اسلامی»، *فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی*، شماره ۱۲، ۱۳۸۷ ش.
۳۹. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، *ارشاد الاذهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۴۰. همو، *تحریر الاحکام*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق.
۴۱. همو، *تذکره الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام، ۱۴۱۴ ق.
۴۲. همو، *خلاصة الاقوال فی معرفة احوال الرجال*، چاپ دوم، نجف، المنشورات الحیدریه، ۱۳۸۱ ق.
۴۳. همو، *قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۴۴. همو، *مختلف الشیعه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۴۵. همو، *منتهی المطلب فی تحقیق المذهب*، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۲ ق.
۴۶. عمید زنجانی، عباسعلی، *فقه سیاسی*، چاپ چهارم، تهران، امیرکبیر، ۱۴۲۱ ق.
۴۷. همو، *کلیات حقوق اساسی*، چاپ سوم، تهران، مجد، ۱۳۸۷ ش.
۴۸. فاضل آبی، زین الدین حسن بن ابی طالب یوسفی، *کشف الرموز فی شرح المختصر النافع*، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۴۹. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعه (کتاب القصاص)*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیه السلام، ۱۴۲۱ ق.
۵۰. فاضل هندی، محمد بن حسن، *کشف اللثام و الایهام عن قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۵۱. فخرالمحققین حلی، ابوطالب محمد بن حسن، *ایضاح الفوائد فی شرح القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.

۵۲. فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، قم، هجرت، ۱۴۱۰ ق.
۵۳. کرکی عاملی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
۵۴. کعبی، عباس، تحلیل مبانی نظام جمهوری اسلامی ایران، تهران، پژوهشگاه شورای نگهبان، ۱۳۹۴ ش.
۵۵. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول، چاپ دوم، قم، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۴ ق.
۵۶. همو، ملاذ الانخارف فی فهم تهذیب الاحکام، قم، کتابخانه آية الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ق.
۵۷. محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن هذلی، المختصر النافع فی فقه الامامیه، چاپ ششم، قم، مؤسسة المطبوعات الدینیة، ۱۴۱۸ ق.
۵۸. همو، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، چاپ دوم، تهران، موسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۵۹. مقرئ فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر، قم، دار الرضی، بی تا.
۶۰. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، تحریر الوسیله، قم، دار العلم، بی تا.
۶۱. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، قم، مؤسسة احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲ ق.
۶۲. همو، منهاج الصالحین، چاپ بیست و هشتم، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
۶۳. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام، چاپ چهارم، قم، مؤسسة المنار، ۱۴۱۳ ق.
۶۴. نجاشی، ابوالحسن احمد بن علی، رجال النجاشی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۶۵. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۶۶. هاشمی، سیدمحمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۴ ش.
۶۷. هاشمی شاهرودی، سیدمحمود، «دیه اهل ذمه و شهروندان غیر مسلمان»، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، شماره ۲۸، ۱۳۸۰ ش.





## حق جبران و ترمیم برای بزه‌دیده و چالش‌های فراروی آن در دیوان جنایی بین‌المللی\*

- ندا نیازمند<sup>۱</sup>
- مهرداد رایجیان اصلی<sup>۲</sup>

### چکیده

اگرچه «اساسنامه دیوان جنایی بین‌المللی»<sup>۳</sup> و «قواعد دادرسی و ادله»<sup>۴</sup> با رویکردی متفاوت نسبت به سایر اسناد بین‌المللی تا زمان تصویب متون فوق، جایگاه خاصی را به بزه‌دیدگان جنایات داخل در صلاحیت آن معطوف داشته‌اند، اما مسئله جبران و ترمیم برای بزه‌دیده به عنوان یکی از حق‌هایی که هم‌تراز با دادرسی دادگرانه برای متهم فرض می‌شود، نیازمند شفاف‌سازی و مشخص شدن ضوابط ناظر به آن است. در مقاله حاضر، ضمن بهره‌گیری از روش توصیفی - تحلیلی، ابتدا موضوع

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۳/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۸/۲۹.

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی (nedaniazmand@yahoo.com).

۲. استادیار پژوهشکده تحقیق و توسعه علوم انسانی (نویسنده مسئول) (mehرداد.rayejian@gmail.com).

3. The Statute of International Criminal Court.

4. The Rules of Procedure and Evidence.

حق جبران و ترمیم از بزه‌دیده و جایگاه آن در «اساسنامه دیوان جنایی بین‌المللی» و اسناد بین‌المللی مرتبط از جمله اعلامیه ۱۹۸۵ و اصول ۲۰۰۵ سازمان ملل متحد مورد بررسی قرار می‌گیرد. سپس گونه‌های جبران و ترمیم از بزه‌دیده در این سند بین‌المللی و چالش‌های مترتب بر آن به واسطه خلأها و نقص‌های موجود تحلیل خواهد شد. در ادامه، نمونه‌هایی از فعالیت دیوان در مسئله مورد بحث عنوان شده تا عملکرد دیوان در پی گذشت بیش از یک دهه از شروع به کار و پیروی آن از رویکرد بزه‌دیده‌مدار اساسنامه مورد بررسی قرار گیرد. در نهایت، با شناخت و بررسی این موارد و چالش‌های آن، ضرورت بازنگری در مفاد اساسنامه و همچنین تدوین ضوابط و مقرراتی خاص توسط مجمع عمومی دولت‌های عضو در جهت برآورده ساختن جبران و ترمیم برای بزه‌دیده پیشنهاد گردیده است.

**واژگان کلیدی:** بزه‌دیده، دیوان جنایی بین‌المللی، اساسنامه، جبران و ترمیم.

### مقدمه

«اساسنامه دیوان جنایی بین‌المللی» مصوب ۱۹۹۸<sup>۱</sup> در زمره اسنادی است که به بزه‌دیدگان توجه خاصی معطوف داشته است. «اندیشهٔ تشکیل یک دادگاه کیفری که بتواند به طور دائم به جرایم بین‌المللی رسیدگی کند و به عنوان ابزاری پیشگیرانه با ضمانت اجراهای قوی، جانان بالقوه را از ارتکاب جرم باز دارد، به بیش از شصت سال پیش، یعنی جنگ جهانی دوم و حتی پیش از آن برمی‌گردد. سرانجام، این اندیشه به عنوان آرزویی دیرینه، در ابتدای قرن بیست و یکم جامه عمل پوشید» (اسدی، ۱۳۸۸: ۷۲). بر خلاف سایر اسناد بین‌المللی پیش از اساسنامه، «دیوان جنایی بین‌المللی در راستای اتخاذ رویکردی هماهنگ با تحولات نیمه دوم قرن بیستم در توجه به حقوق بزه‌دیدگان، جایگاهی را به آنان اعطا نموده که پیشتر در هیچ یک از دادگاه‌های بین‌المللی کیفری تجربه نشده بود» (بیگی و کتانچی، ۱۳۹۷: ۲۶). موادی چند از این سند به صورت ویژه به بزه‌دیدگان، حق‌ها و جبران آسیب‌ها از آن‌ها اختصاص یافته است. در حالی که «معاهدات حقوق بین‌الملل بشردوستانه به ویژه چهار کنوانسیون ژنو مصوب ۱۲ اوت ۱۹۴۹ راجع به حمایت از قربانیان جنگ و دو پروتکل الحاقی آن‌ها مصوب ۸

۱. زین پس اساسنامه.

ژوئن ۱۹۷۷ مقرر می‌دارند کسانی که مقررات این معاهدات را نقض کنند، می‌توان از نظر کیفری مجازات نمود، اما با این حال هیچ نوع حق غرامتی برای قربانیان در نظر نمی‌گیرند» (فلاح، ۱۳۸۸: ۱۱۸). همچنین «هیچ یک از دادگاه‌های کیفری بین‌المللی پیشین، اختیار اعطای غرامت به بزه‌دیدگان را نداشتند» (رضوی فرد و فقیه محمدی، ۱۳۹۰: ۲۱۷). قواعد دادرسی و ادله نیز که بر اساس پیش‌بینی ماده ۵۱ اساسنامه توسط مجمع عمومی دولت‌های عضو در سال ۲۰۰۲ به تصویب رسید، در راستای مفاد اساسنامه در قواعد متعددی حسب مورد، به مسائل مرتبط با بزه‌دیدگان پرداخته است؛ زیرا «دادرسی کیفری یکی از اساسی‌ترین جنبه‌های حقوق بشر است و حمایت‌های حقوقی، سازوکارهایی هستند که برای احقاق حقوق بزه‌دیدگان در سراسر فرایند جنایی لحاظ می‌شوند» (رضوی فرد و دیرباز، ۱۳۹۲: ۶۸).

در خصوص مسئله جبران و ترمیم از بزه‌دیده، ماده ۷۵ اساسنامه دیوان و قاعده ۱۴۵ قواعد دادرسی و ادله در نوع خود، نوآوری قابل توجهی محسوب می‌شوند. نگارش اساسنامه و مواد پیش‌بینی شده در آن، اگرچه در نگاه اول گویای گام‌های مهمی در راستای حمایت از بزه‌دیدگان بوده و در واقع امر نیز پیشرفت قابل توجهی در این زمینه محسوب می‌شود (رضوی فرد، ۱۳۹۰: ۱۹۹)، اما دقت هر چه بیشتر در مفاد اساسنامه و چالش‌هایی که به صورت عملی در روند کار دیوان به خصوص در دعوای دادستان علیه توماس لوبانگو دایلو<sup>۱</sup> (در وضعیت جمهوری دموکراتیک کنگو) به وجود آمد (صالحی، ۱۳۹۴: ۱۵۶)، این پیام را به دنبال داشت که نظر به ساختار رسیدگی در دیوان از یک طرف و آنچه که در نظر بوده تا نسبت به بزه‌دیدگان اعمال گردد از طرف دیگر، فاصله زیادی وجود دارد. «به همین خاطر پیش‌بینی شده است که دیوان در حین رسیدگی به هر پرونده باید اصول و رویه‌های مربوط به جبران خسارت را تعیین نماید» (لعل‌علیزاده، ۱۳۹۷: ۱۶۸). اتخاذ روش رسیدگی مورد به مورد در پرونده‌ها حاکی از این است که اسناد دیوان به اندازه کافی شفاف و جامع نیستند.

در سطح داخلی و بین‌المللی، مطالعات و پژوهش‌های متعددی در زمینه بزه‌دیدگان

اعم از بزه‌دیده‌شناسی جرم‌شناختی و بزه‌دیده‌شناسی حمایتی، حمایت از بزه‌دیدگان و مباحث مربوط به عدالت ترمیمی که نقطه اصلی تمرکز آن بر بزه‌دیدگان می‌باشد، صورت پذیرفته است. از طرف دیگر، با عنایت به اینکه این نوشتار از منظری دیگر مبحث جدی حقوق جنایی بین‌المللی و موضوعات مرتبط با دیوان جنایی بین‌المللی را نیز در بر می‌گیرد، شایان ذکر است که در این زمینه نیز مطالعات گسترده و مفیدی به زبان فارسی و سایر زبان‌ها که در موارد مختلف در این نوشتار به آن‌ها استناد گردیده، انجام شده است. از جمله کتاب‌های حقوق بزه‌دیده در دادرسی‌های کیفری بین‌المللی (اسدی، ۱۳۹۱)، دادگاه کیفری بین‌المللی (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۳)، جستارهایی از حقوق جزای بین‌الملل (خالقی، ۱۳۹۵)، آیین دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی (صابر، ۱۳۸۸)، اهداف نظام کیفری بین‌المللی در اسناد و رویه دادگاه‌های کیفری بین‌المللی (اردبیلی و وحید دستجردی، ۱۳۹۷).

با این حال، مسئله جبران و ترمیم آسیب‌های وارده به بزه‌دیدگان به دلیل گستردگی جنایات بین‌المللی تبدیل به موضوعی چالش‌برانگیز شده است که به صورت جدی باید مورد بررسی قرار گیرد و مستلزم پیش‌بینی ضوابط خاص و سیاست‌گذاری در این زمینه است. «[اتخاذ] معیار سیاست‌گذاری گسترده برای منتفع ساختن بزه‌دیدگان، اغلب مؤثرترین روش برای محقق ساختن ترمیم است به جای رویکرد محدود رسیدگی پرونده به پرونده<sup>۱</sup> در دادگاه‌ها» (Magarrell, 2007: 1). به نظر می‌رسد به جای بررسی مورد به مورد مسئله ترمیم آسیب‌های وارده به بزه‌دیده در هر پرونده، شفاف‌سازی ضوابط ناظر به جبران و ترمیم از بزه‌دیده است که ضرورت دارد؛ چرا که اگر به دنبال احقاق حق از بزه‌دیده هستیم، باید هم‌تراز با برقراری دادرسی دادگرانه برای متهم که اولویت اوست، ترمیم آسیب از بزه‌دیده نیز صورت پذیرد و اسناد دیوان حاکی از عدم شفافیت در خصوص چنین ضوابطی است.

بدین ترتیب، پیرو بررسی موضوع حق جبران و ترمیم از بزه‌دیده، پرسش‌های اصلی قابل طرح در مقاله حاضر این است که نخست، رویکرد حاکم بر دیوان جنایی

1. Case by case.

بین‌المللی نسبت به مسئله جبران و ترمیم از بزه‌دیده از چه سمت و سویی برخوردار بوده، و دوم، با در نظر گرفتن این مطلب، ناکارآمدی دیوان جنایی بین‌المللی در این موضوع، در چه مواردی قابل ذکر و بررسی است؟

بر این اساس، نوشتار حاضر ضمن بررسی موضوع حق جبران و ترمیم، ابتدا رویکرد و صلاحیت دیوان جنایی بین‌المللی را در مسئله جبران و ترمیم از بزه‌دیده مورد بررسی قرار داده و سپس ضمن بیان گونه‌های پیش‌بینی‌شده جبران و ترمیم در اساسنامه، چالش‌های مترتب بر آن را با ذکر مواردی از تجربه دیوان در طی این مدت از فعالیت تشریح می‌کند تا در نتیجه، نقص‌ها و خلأهای قابل تأمل در این خصوص شناسایی شده و حتی‌الامکان پیشنهادهایی ارائه گردد.

## ۱. جبران و ترمیم برای بزه‌دیده در دیوان جنایی بین‌المللی

اگرچه ماده ۷۵ اساسنامه با پیش‌بینی «ترمیم بزه‌دیدگان»،<sup>۱</sup> سه گونه برای ترمیم آسیب از بزه‌دیده مقرر نموده است، اعمال گونه‌های ترمیم در روند فعالیت دیوان با چالش‌هایی مواجه گردیده است. به منظور بررسی این چالش‌ها، ابتدا به این موضوع پرداخته می‌شود که آیا دو مفهوم «جبران»<sup>۲</sup> و «ترمیم»<sup>۳</sup> از منظر ضوابط دیوان و در مقایسه با سایر اسناد بین‌المللی مرتبط، متمایز می‌باشند یا خیر. در ادامه، رویکرد ترمیمی دیوان در مسئله ترمیم آسیب از بزه‌دیدگان مورد بررسی قرار گرفته و سپس گونه‌های ترمیم پیش‌بینی‌شده در اساسنامه دیوان به تفکیک تشریح و چالش‌های مترتب بر آن‌ها تحلیل می‌شوند.

### ۱-۱. رویکرد دیوان جنایی بین‌المللی در مسئله جبران و ترمیم از بزه‌دیده

در سندهای بین‌المللی از جمله ماده ۷۵ اساسنامه دیوان، بندهای ۴، ۵، ۱۷، ۱۹ و ۲۱ اصول بنیادین دادگری برای بزه‌دیدگان و قربانیان سوءاستفاده از قدرت مصوب ۱۹۸۵<sup>۴</sup>

1. Reparations to victims.
2. Remedy/Redress.
3. Reparation.
4. Declaration of Basic Principles for Victims and Abuse of Power 1998. (اعلامیه ۱۹۸۵)

و اصل ۷ اصول و رهنمودهای بنیادین دادگری درباره حق جبران و ترمیم برای بزه‌دیدگان نقض‌های فاحش حقوق بین‌المللی حقوق بشر و نقض‌های شدید حقوق بشردوستانه بین‌المللی مصوب ۲۰۰۵<sup>۱</sup> سازمان ملل متحد از دو واژه «جبران» و «ترمیم» استفاده شده است، اما تمایز این دو مفهوم به درستی مشخص نبوده و معلوم نیست که آیا حقیقتاً متمایز از یکدیگرند یا خیر. وقتی در علوم جنایی و حقوق جنایی بین‌المللی سخن از «ترمیم» می‌شود، می‌توان گفت که ترمیم، اهداف گسترده‌تری، شامل شناسایی بزه‌دیدگان و اصلاح خسارت‌های ایجادشده به وسیله جرم (فرا‌تر از خسارت‌های مادی) را دنبال می‌کند که پرداخت غرامت می‌تواند یک بخش از آن را ایفاء کند (McLaughlin & Muncie, 2013: 376).

«اعلامیه ۱۹۸۵ برای بیان حق جبران از دو واژه «Redress» و «Remedy» (در معنایی مشترک، به ترتیب برای بزه‌دیدگان و قربانیان سوءاستفاده از قدرت) بهره برده، اصول و رهنمودهای ۲۰۰۵ در کنار واژه دوم، اصطلاح «Reparation» را نیز به کار می‌برد. این اصطلاح، به دسته گسترده‌ای از تدبیرهایی اشاره دارد که در پاسخ به نقض‌های واقعی یا تهدیدکننده اتخاذ می‌شود و ماهیت کمک یا حمایت و نیز رویه یا آیین دادرسی آن را در چارچوب دادرسی دادگرانه قرار می‌دهد» (رابیجان اصلی، ۱۳۹۰: ۴۰).

علی‌رغم تمامی تفسیرها برای تمایز دو مفهوم جبران و ترمیم از یکدیگر، با فرض در نظر گرفتن این دو مفهوم در کنار یکدیگر، می‌توان برای جبران و ترمیم از بزه‌دیده دو جنبه مهم را مطرح کرد: جنبه شکلی یا آیین دادرسی مدار و جنبه ماهوی. «جنبه آیین دادرسی مدار مربوط به ابزارهای قانونی است که مقامات مستقل و بی‌طرف، ادعای نقض‌های حقوق بشری را [به وسیله آن] مورد خطاب قرار می‌دهند. از طرف دیگر، جنبه ماهوی به ترمیم کافی، مناسب و مؤثر برای آسیب تحمیل شده برمی‌گردد» (Contreras-Garduno, 2012: 43). با این تفاسیر، آنچه که حائز اهمیت به نظر می‌رسد

1. Declaration of Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian law 2005. (زین پس، اصول ۲۰۰۵)

همانا این است که جایگاه بزه‌دیدگان علی‌رغم تمامی فراز و نشیب‌ها، شناسایی شده و از بُعد شکلی و ماهوی در دادرسی‌های کیفری مورد توجه قرار گرفته است. بدین ترتیب بزه‌دیدگان از شرایط مناسب‌تری برخوردار شده و به این اعتقاد خواهند رسید که پیرو بزه‌دیده واقع شدن تنها و منزوی نیستند و حمایت جامعه از خود را دارا می‌باشند (بسیونی، ۱۳۹۰: ۱۶۱). اگرچه به اعتقاد برخی، از جمله کمیسیون حقوق بین‌المللی سازمان ملل متحد، مسئله جبران خسارت فاقد وجه جنایی بوده و موضوعی مربوط به حوزه حقوق مدنی است تا جایی که به اعتقاد این کمیسیون، رسیدگی به موارد جبران خسارت می‌بایست به دادگاه‌های ملی و بعضاً توافق‌های بین‌المللی واگذار شود (رضوی‌فرد، ۱۳۹۰: ۱۱۶).

علی‌رغم تمامی انتقادهایی که به دیوان جنایی بین‌المللی به دلیل پرداختن به مسائل ترمیم و جبران آسیب از بزه‌دیده به مثابه موضوعی غیر کیفری وارد آمده است اما به واسطه رویکرد دیوان نسبت به مسائل قربانیان جرم، «می‌توان گفت که دیوان جنایی بین‌المللی ضمن برخورداری از ساختار دادگری جنایی، واجد جنبه‌هایی از دادگری ترمیمی نیز می‌باشد و پرتوهایی از نفوذ دادگری ترمیمی را در مقررات آن می‌توان ملاحظه کرد» (غلامی و رستمی‌غازانی، ۱۳۹۲: ۳۳).

در دادگری ترمیمی، مسئله جبران از بزه‌دیده نقشی مهم و ضروری ایفا می‌کند، اما نباید فراموش کرد که تعامل بزه‌کار و بزه‌دیده و برآورده ساختن جبران و ترمیم از رهگذر تعامل این دو، از جمله اهدافی است که دادگری ترمیمی به دنبال آن می‌باشد تا از طریق برقراری این تعامل، بزه‌کار شخصاً در صدد جبران و ترمیم آسیب‌ها و خسارات وارده بر بزه‌دیده برآید. با وجود این، در صورتی که امکان جبران خسارت به واسطه در دسترس نبودن بزه‌کار یا عدم استطاعت مالی وی نمی‌تواند متصور باشد، ممکن است بزه‌دیده ناکام از جبران خسارت باقی مانده و این موضوع موجب می‌گردد که چه‌بسا از روند دادگری نیز رضایت لازم را نداشته باشد (قادری و دیگران، ۱۳۹۵: ۲۲).

همچنین «در بسیاری از موارد، ادعای بزه‌کار مبنی بر عدم توان پرداخت خسارت موفق بوده و اینکه دیوان جنایی بین‌المللی بخواهد نسبت به شناسایی و توقیف اموال آن‌ها اقدام کند، چه‌بسا انتظاری زیاد و امری غیر واقعی باشد» (شبت، ۱۳۹۴: ۱۹۴). با

این حال، «در مواردی چون رسیدگی به وضعیت جمهوری دموکراتیک کنگو، شعبه مقدماتی یک در پرونده توماس لوبانگو دایلو، به تهیه درخواست‌هایی مبنی بر همکاری دولت‌های عضو اساسنامه در معرفی، ردیابی، مسدود کردن حساب‌ها، ضبط و توقیف اموال توماس لوبانگو دایلو حکم نمود. این تصمیم، گویای اتخاذ تدابیر حمایتی از سوی شعبه مقدماتی به منظور تضمین حکم جبران خسارات در آینده است» (لسانی و دیرباز، ۱۳۹۰: ۱۸۶). علاوه بر تضمین جبران خسارات در آینده، تصمیم شعبه مقدماتی با هدف اجرای حکم از طریق شخص بزهکار و اموال او بوده است.

از آنجا که طبق اساسنامه و صراحت مواد ۷۵<sup>۱</sup> و ۷۹<sup>۲</sup> آن، جبران و ترمیم از بزه‌دیده از جمله اهداف والای دیوان می‌باشد، لذا ضمن بهره‌گیری از ظرفیت‌های دادگری ترمیمی و نه پایبندی به صورت مطلق، به نظر می‌رسد که تمرکز اصلی بر تحقق جبران و ترمیم از بزه‌دیده از طرق مختلف از جمله شخص بزهکار باشد. اما چنانچه جبران از بزه‌دیده از مجرای شخص بزهکار میسر نباشد، راهکار دیگر پیش‌بینی شده، ماده ۷۹ اساسنامه و حفظ منافع بزه‌دیدگان از محل «صندوق امانی بزه‌دیدگان»<sup>۳</sup> است.<sup>۴</sup>

علاوه بر این‌ها، در عین حال باید دید مسئولیت دولت‌ها برای جبران خسارت از بزه‌دیده در اساسنامه از چه جایگاهی برخوردار است؟ «در حقوق بین‌المللی، واژه جبران خسارت عبارت از تدابیری است که یک دولت پس از نقض حقوق بین‌الملل

۱. ماده ۷۵ اساسنامه تحت عنوان ترمیم از بزه‌دیدگان مقرر می‌دارد: «دیوان در مورد ترمیم بزه‌دیدگان یا در ارتباط با آن‌ها، قواعدی را که شامل جبران خسارت، پرداخت غرامت و بازتوانی است، پایه‌گذاری می‌کند. بر این اساس، دیوان بنا به تصمیم خود حسب درخواست یا تشخیص خود در اوضاع و احوال استثنایی، حوزه و گستره هر گونه خسارت، فقدان و جراحی را برای بزه‌دیدگان یا در ارتباط با او تعیین کرده و باید بیان کند که بر اساس چه اصولی اقدام می‌کند».

۲. ماده ۷۹ اساسنامه تحت عنوان صندوق امانی مقرر می‌دارد: «۱- به منظور حفظ منافع بزه‌دیدگان جنایات داخل در صلاحیت دیوان و همچنین خانواده‌های این بزه‌دیدگان، یک صندوق امانی به موجب تصمیم مجمع عمومی دولت‌های عضو باید ایجاد شود. ۲- دیوان می‌تواند دستور دهد که وجوه یا سایر اموال جمع‌آوری‌شده از جرمه‌ها یا ضبط آن‌ها به صندوق امانی منتقل شود. ۳- صندوق امانی باید طبق ترتیب‌هایی که توسط مجمع عمومی دولت‌های عضو تعیین گردیده، اداره شود».

3. Trust Fund for Victims.

۴. در مطلب مربوطه به پرداخت غرامت به عنوان یکی از گونه‌های جبران و ترمیم به تفصیل بدان پرداخته خواهد شد.



اتخاذ می‌نماید. به طور معمول، در موارد نقض حقوق بین‌الملل بشری و حقوق بین‌الملل بشردوستانه، هم فرد مرتکب نقض و هم دولت ملتزم به جبران خسارت خواهند بود؛ چه اسناد حقوق بشری و حقوق بشردوستانه‌ای<sup>۱</sup> دولت را متعهد می‌نمایند از نقض این قواعد از سوی افراد و اشخاص جلوگیری نموده و در صورت نقض، علاوه بر مرتکب، دولت نیز مسئولیت خواهد داشت» (داعی، ۱۳۹۰: ۱۱۸). اما از طرف دیگر، طبق ماده ۱۳ و ۲۵ اساسنامه، صلاحیت دیوان محدود به رسیدگی به اتهام وارده به اشخاص حقیقی است. دیوان از صلاحیت لازم برای مداخله در مسائل دولت‌ها برخوردار نمی‌باشد و عدم امکان محکوم ساختن دولت‌ها به پرداخت خسارت از جانب دیوان جنایی بین‌المللی از جمله مهم‌ترین ضعف‌های این نهاد بین‌المللی محسوب می‌شود که از نظر دادگری ترمیمی نیز مغایر با حق‌های بزه‌دیدگان در مسئله حق جبران خسارت‌های وارد بر آن‌هاست. البته باید در نظر داشت که «بند ۶ ماده ۷۵ تا حدی این ایراد را مرتفع کرده است. به موجب این بند، موارد مذکور در ماده ۷۵ نباید به گونه‌ای تفسیر شود که به حق‌های بزه‌دیدگان که در حقوق داخلی یا بین‌المللی مقرر شد، لطمه‌ای وارد سازد. از این رو اگر در حقوق داخلی امکان مسئولیت برای جبران چنین خسارت‌هایی پیش‌بینی شده باشد، بزه‌دیده می‌تواند از طریق سازوکارهای داخلی در صدد جبران خسارت خود برآید» (غلامی و رستمی‌غازانی، ۱۳۹۰: ۵۸). بنابراین پذیرش مسئولیت دولت در جبران خسارت به واسطه جنایات ارتکاب‌یافته داخل در صلاحیت دیوان تنها در فرضی امکان‌پذیر است که در حقوق داخلی کشور مسئول ظرفیت قانونی لازم برای الزام آن به جبران خسارت وجود داشته باشد که مسئله‌ای فارغ از صلاحیت دیوان برای شناسایی مسئولیت دولت‌ها و رسیدگی بدان توسط این نهاد بین‌المللی می‌باشد.

۱. از جمله این اسناد می‌توان به کنوانسیون ژنو درباره رفتار با اسیران جنگی مصوب ۱۹۴۹، کنوانسیون ژنو درباره حمایت از غیر نظامیان در زمان جنگ مصوب ۱۹۴۹ و پروتکل یکم الحاقی به کنوانسیون ژنو مصوب ۱۹۷۷ نام برد:

The Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War 1949 (Geneva Convention III); The Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War 1949 (Geneva Convention IV); The protocol of Protection of Victims of International Armed Conflicts 1977.

همچنین در خصوص مسئولیت دولت‌ها و تفکیک آن از مسئولیت اشخاص حقیقی در پی جنایت‌های ارتكابی در سطح بین‌المللی، از منظر حقوق بین‌الملل آنچه که می‌تواند برقرارکننده حاکمیت قانون باشد، پذیرش مسئولیت کیفری فردی در عرصه بین‌المللی است؛ مسئله‌ای که مداخله قضایی دادگاه‌های کیفری بین‌المللی را جنبه مثبت بخشیده و از بی‌کیفر ماندن مرتکبان جلوگیری می‌کند. بدین منظور استدلال دادگاه‌های کیفری بین‌المللی اختصاصی پیش از تشکیل دیوان جنایی بین‌المللی که به مسئولیت دولت‌ها رسیدگی می‌کردند<sup>۱</sup> و مسئول دانستن اشخاص حقیقی در صلاحیت آن‌ها نبود و خلأ آن را به شدت احساس می‌کردند، بدین سو رفت که مرتکبان حقیقی مرتبط را جزء تفکیک‌ناپذیر دولت‌ها دانسته و ارتکاب جنایت توسط دولت را جز با شناسایی مسئولیت شخص حقیقی قابل تصور ندانند (نژندی‌منش، ۱۳۸۹: ۱۶۲). با این حال، دستیابی به این مهم متصور نیست مگر از طریق نظامی یکپارچه و منطقی که در آن مجموعه‌ای از اهداف مناسب، سازگار و هماهنگ تأمین گردد. این اهداف اگرچه در بسیاری موارد همان اهداف مطرح در حقوق کیفری ملی است، اما در بُعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی و جوه بین‌المللی حقوق کیفری داخلی فراتر است (اردبیلی و وحید دستجردی، ۱۳۹۷: ۶۶).

در طرح تدوین شده از جانب کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد که در سال ۲۰۰۱، نسخه بازنگری شده آن منتشر گردید، در ۵۹ ماده به مسئولیت دولت‌ها به صورت خاص من جمله تعیین مفهوم تخلف، تعریف دولت و اشخاصی که تخلف آن‌ها منتسب به دولت است، تعیین مصادیق اقدامات دولت‌ها از حیث پاسخ‌گویی به تخلف صورت گرفته و موارد مهم دیگری در این حوزه پرداخته شده است.<sup>۲</sup> اما در تطبیق موضوع با صلاحیت دیوان باید اذعان داشت که صلاحیت این نهاد تنها محدود به مسئولیت

۱. برای مثال، نظر دادگاه نورنبرگ در ۱۹۴۷ در مورد مسئولیت اشخاص حقیقی که به نام دولت یا شخص حقوقی، عملی را مرتکب می‌شوند، بر این بود که «این اشخاص حقیقی هستند که مرتکب جرم می‌شوند و نه هیئت‌های مجازی و مجازات همین اشخاص حقیقی، ضمانت اجرای حقوق بین‌المللی است». دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در مورخ ۲۶ فوریه ۲۰۰۷ در قضیه بوسنی و هرزگوین علیه صربستان و در اجرای کنوانسیون نسل‌زدایی، همین نظر را تأیید نمود (ICJ Judgment in Case Concerning Genocide Convention, 26 Feb 2007: para. 172).

۲. برای مطالعه بیشتر در خصوص «مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها» ر.ک: حلمی، ۱۳۹۵.

کیفری اشخاص حقیقی است؛ فارغ از اینکه رفتار او قابل انتساب به دولت باشد یا خیر که در فرض قابل انتساب بودن نیز دیوان فاقد صلاحیت برای رسیدگی به مسئولیت دولت مربوطه است. توضیح آنکه در مواردی همچون رسیدگی به وضعیت جمهوری دموکراتیک کنگو که متهم پرونده، توماس لوبانگو دایلو، شخص حقیقی غیر دولتی بود، فرض بررسی مسئولیت دولت به طور کامل منتفی است. بنابراین در صورت احتمال وجود مسئولیت دولت در قضیه‌ای خاص، موضوع قابل بررسی با مصوبه کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد و در نظر گرفتن ضوابط حقوق بین‌الملل می‌باشد.

## ۲-۱. گونه‌های جبران و ترمیم برای بزه‌دیده در دیوان جنایی بین‌المللی

### و چالش‌های مترتب بر آن

ماده ۷۵ اساسنامه رم تنها به سه شیوه برای جبران و ترمیم از بزه‌دیده تصریح کرده است که عبارت‌اند از: جبران خسارت،<sup>۱</sup> پرداخت غرامت<sup>۲</sup> و بازتوانی<sup>۳</sup> (اعاده حیثیت). «بر خلاف دادگاه‌های بین‌المللی ویژه یوگسلاوی سابق و رواندا، دیوان کیفری بین‌المللی این اختیار را دارد که با استرداد اموال، پرداخت غرامت و اعاده وضع به حال سابق، بر اساس بند ۴ ماده ۷۵ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، خسارت‌های وارده بر بزه‌دیدگان را جبران کند. در گذشته، تعداد زیادی از دیوان‌های داوری به دعاوی مدنی رسیدگی می‌کردند و این نخستین بار بود که یک نهاد قضایی بین‌المللی که مسئول اجرای عدالت کیفری است، با وظیفه دوگانه کیفری مدنی مواجه می‌شود. از این رو، دیوان از لحاظ حقوقی ملزم به ایجاد اصولی درباره جبران خسارت است» (سایانی، ۱۳۸۷: ۱۵۸-۱۵۹).

«مقررات پیش‌بینی شده از سوی دیوان، گویای به رسمیت شناختن گونه‌های متفاوت آسیب‌های برآمده از جرم و کوشش در مسیر ترمیم این آسیب‌ها به شیوه‌های مناسب است. شناسایی حقوق برای بزه‌دیدگانی که شدیدترین و عمیق‌ترین آسیب‌ها را با تجربه جنایت‌های بین‌المللی چشیده‌اند، اهمیت ویژه‌ای دارد» (لسانی و دیرباز، ۱۳۹۰: ۱۷۴).

1. Restitution.
2. Compensation.
3. Rehabilitation.

در اینجا اقسام گونه‌های جبران و ترمیم که در ماده ۷۵ اساسنامه عنوان گردیده و به چالش‌های پیش روی اجرای آن‌ها پرداخته می‌شود. اما واقع امر این است که گونه‌های جبران و ترمیم از بزه‌دیده، محدود به این سه گونه نیست و «از دیوان به منظور پشتیبانی از قواعد و توسعه دادن اصول ترمیم، انتظار می‌رود که استانداردهای موجود را [در خصوص] این موضوع ترسیم کند» (González, 2006: 29)؛ همچنان که اصول ۲۰۰۵ ضمن برشمردن انواع خسارت‌هایی که جبران آن می‌تواند نسبت به بزه‌دیده قابل تصور باشد، از گونه‌های دیگری برای ترمیم در بندهای ۱۸ و ۱۹ ذیل اصل ۸، زیر عنوان

۱. بند ۱۸ مقرر می‌دارد: رضایتمندی (بزه‌دیده) باید به تناسب، هر یک از مورد‌های زیر یا همه آن‌ها را در بر گیرد: الف) تدبیرهای کارآمدی که به توقف ادامه نقض‌ها توجه کند. ب) واریسی واقعیت‌ها و افساء کامل و همگانی حقیقت به اندازه‌ای که این افساء، زیان یا تهدید بیشتری به امنیت و منافع بزه‌دیده، بستگان او، گواهان او، یا کسانی که در جریان کمک به بزه‌دیده یا در صدد پیشگیری از رخداد نقض‌های دیگر بوده‌اند، وارد نکند. پ) تحقیق درباره مکان و سرنوشت ناپدیدشدگان، شناسایی هویت کودکان ربوده شده و جسد کسانی که کشته شده‌اند و کمک به بازسازی و درمان، تشخیص هویت و دفن جسد‌ها بر پایه خواست صریح یا ضمنی بزه‌دیدگان، یا (بر پایه) آیین‌های فرهنگی خانواده‌ها و جماعت‌ها (بزه‌دیده). ت) بیانیه‌ای رسمی یا تصمیمی قضایی به منظور ترمیم کرامت یا اعاده حیثیت و ترمیم حق‌های بزه‌دیده و کسانی که از نزدیک با بزه‌دیده در ارتباط‌اند. ث) پوزش‌خواهی همگانی از جمله اذعان به واقعیت‌ها و پذیرش مسئولیت. ج) ضمانت اجرای قضایی و اداری علیه کسانی که در برابر نقض‌ها مسئول‌اند. چ) نکوداشت و بزرگداشت برای بزه‌دیدگان. ح) شرح دقیق و کامل نقض‌های رخ داده در (دوره‌های) آموزش حقوق بشر و حقوق بشردوستانه بین‌المللی، و در مواد درسی آموزشی در همه سطح‌ها.

۲. بند ۱۹ مقرر می‌دارد: «تضمین‌های تکرار نکردن (نقض‌ها) باید به مناسبت، هر یک از تدبیرهای زیر یا همه آن‌ها را در بر گیرد که در پیشگیری نیز سهم دارد: الف) تضمین کنترل کارآمد غیر نظامی بر ارتش و نیروهای امنیتی. ب) تضمین این (مسئله) که ملاک‌های بین‌المللی فرایند قانونی، دادگرنانه و بی‌طرفانه در همه رسیدگی‌های غیر نظامی و نظامی رعایت شوند. پ) تقویت استقلال دستگاه قضایی. ت) حفاظت از متخصصان حقوقی، پزشکی و مراقبت‌های بهداشتی، رسانه‌ها و دیگر متخصصان مربوط، و مدافعان حقوق بشر. ث) ارائه آموزش حقوق بشر و حقوق بشردوستانه بین‌المللی به همه بخش‌های جامعه و آموزش به مجریان قانون و نیز نیروهای ارتش و امنیتی، بر پایه یک اولویت و بنیانی پیوسته. ج) رواج دادن رعایت مجموعه قواعد رفتاری و هنجارهای اخلاقی، به ویژه ملاک‌های بین‌المللی، از سوی کارکنان دولت از جمله مجریان قانون، دست‌اندرکاران اصلاح و تربیت، رسانه‌ها، کارکنان پزشکی، روان‌شناسی، خدمات اجتماعی و ارتش، و نیز بنگاه‌های اقتصادی. چ) رواج دادن سازوکارهایی برای پیشگیری از اختلاف‌های اجتماعی و حل و فصل آن و نظارت بر آن. ح) بازبینی و بازنگری در قانون‌هایی که نقض‌های فاحش حقوق بین‌المللی حقوق بشر و نقض‌های شدید حقوق بشردوستانه بین‌المللی را موجب شده یا روا می‌دارند.

«رضایتمندی»<sup>۱</sup> و «تضمین‌های تکرار نکردن نقض‌ها»<sup>۲</sup> یاد کرده است.

## ۱-۲-۱. حق جبران به مثابه «جبران خسارت» از بزه‌دیده

طبق ماده ۷۵ اساسنامه، اولین شکل ترمیم از بزه‌دیده به عنوان «جبران خسارت» مطرح گردیده است. در این سند تعریفی از مصادیق ترمیم ارائه نشده است. از این رو، اعلامیه ۱۹۸۵ و اصول ۲۰۰۵ می‌تواند برای دستیابی به این مهم کارآمد و مؤثر باشد. در اعلامیه ۱۹۸۵ در رابطه با «Restitution» و معنای آن توضیحاتی ارائه شده است:

«بر پایه پاراگراف هشتم اعلامیه، بزهکاران یا اشخاص ثالثی که در برابر رفتار آنان پاسخ گویند، باید به گونه منصفانه‌ای از بزه‌دیدگان و خانواده‌ها یا وابستگان آنان جبران خسارت کنند. مصداق‌های این جبران خسارت عبارت است از: برگرداندن مال یا پرداخت پول برای آسیب یا زیان واردشده به بزه‌دیده، پرداخت هزینه‌هایی که بزه‌دیده به دنبال بزه‌دیدگی متحمل شده و خسارت‌رسانی و ترمیم حق‌های او. بر این پایه می‌توان جبران خسارت‌هایی چون هزینه‌های پزشکی، جبران اموال سرقت‌شده یا تعمیر و ترمیم فوری اموال تخریب‌شده را مجاز شمرد. افزون بر این، جبران درد و رنج‌های عاطفی را نیز می‌توان پذیرفت» (رایجیان اصلی، ۱۳۹۰: ۲۲۲).

بند ۱۶ اصل ۷ اصول ۲۰۰۵ نیز مقرر می‌دارد:

«جبران خسارت، هر زمان که ممکن باشد، باید بزه‌دیده را به وضعیت نخستین پیش از رخداد نقض‌های فاحش حقوق بین‌المللی حقوق بشر یا نقض‌های شدید حقوق بشردوستانه بین‌المللی بازگرداند. جبران خسارت، به تناسب، عبارت است از: ترمیم [حق] آزادی، بهره‌مندی از حقوق بشر، هویت، زندگی خانوادگی و شهروندی، بازگرداندن فرد به محل اقامت خود، بازگرداندن شغل و بازگرداندن اموال».

اگرچه بزه‌دیده‌شناسانی چون پروفیسور وِمرز، استاد دانشگاه مونترال کانادا، در مقاله خود «Restitution» را بیشتر به جبران خسارت مالی معطوف می‌دارد، اما آن را محدود به این شکل از جبران نمی‌کند (Wemmers, 2006: 18-19). واژه «Restitution» معنای «اعاده وضع» نیز ترجمه شده است. در اصول ۲۰۰۵، «Restitution» که در

1. Satisfaction.

2. Guarantee of Non-repetition.

ماهیت به مثابه جبران خسارت واقعی انگاشته می‌شود، هر موردی است که بزه‌دیده را به وضعیت پیش از رخداد نقض بازگرداند و بنابراین، اعاده وضع نتیجه آن محسوب می‌شود (بسیونی، ۱۳۹۳: ۱۵۱). بنابراین «اعاده وضع» می‌تواند نتیجه «Restitution» باشد. اما به نظر می‌رسد که «جبران خسارت» با توجه به گستردگی آن در حوزه بزه‌دیدگان و نیز اصول ۱۹۸۵ معادل بهتری باشد.

جبران خسارت می‌تواند به دو شکل جبران خسارت مالی و خدمت فردی خود را نشان دهد. جبران خسارت مالی همانا پرداخت پول به وسیله مجرم به بزه‌دیده است که رایج‌ترین شکل جبران خسارت مالی می‌باشد و احتمالاً از آن به گسترده‌ترین شکل ممکن استفاده می‌شود. انجام خدمت فردی به وسیله بزه‌کار هم بدین معناست که بزه‌کار خدمتی را برای بزه‌دیده واقعی انجام دهد، مانند اینکه شخصاً خسارت وارد کرده به اموال شخصی بزه‌دیده را از رهگذر کار یا انجام دیگر خدمات معین ترمیم کند که این نوع از خدمت مستلزم میانجیگری شخص ثالث و جلب رضایت بزه‌دیده است (دفتر کنترل جرم و مبارزه با مواد مخدر سازمان ملل متحد، ۱۳۸۴: ۱۰۲-۱۰۳). بنابراین وقتی صحبت از جبران خسارت می‌شود، تنها هدف جبران خسارت مالی نیست بلکه فراهم ساختن شرایطی است که بزه‌دیده بتواند پذیرش مسئولیت از جانب بزه‌کار و تلاش او در جهت ترمیم آسیب‌ها ولو به گونه‌ای غیر مالی را درک کند.

«هدف مطلوب جبران خسارت، بالا بردن حس پاسخ‌گویی نسبت به بزه‌دیده است. جبران خسارت ممکن است یک تدبیر تنبیهی و نیز یک راه چاره مالی مؤثر باشد. اگر از جبران خسارت به منزله یک تدبیر تنبیهی در کنار دیگر ضمانت‌اجراه‌های کیفری بهره‌گیری شود، باید از منافع مال بزه‌کار (به شکل پول و خدمات) برداشت شود و نیز باید بخشی از حکم دیوان باشد که با تعیین تکلیف پرونده پیوند می‌خورد. به همین دلیل، پرداخت پول و فراهم کردن خدمات هر دو، از گونه‌های جبران خسارت به شمار می‌روند» (فلاح، ۱۳۸۷: ۱۰۳-۱۰۴).

مطلب حائز اهمیت همانا این خواهد بود که جبران خسارت مندرج در ماده ۷۵ اساسنامه متعاقب صدور حکم محکومیت متهم و به درخواست ذی‌نفع یا حسب صلاح‌دید دادگاه صادر می‌شود که اجرای آن می‌بایست توسط شخص بزه‌کار انجام

پذیرد. این موضوع سبب می‌گردد مسئله جبران خسارت از بزه‌دیده با چالش‌هایی مواجه شود؛ از جمله اینکه بزهکار نسبت به اجرای حکم اقدام نکرده یا اینکه امکان اجرای حکم و جبران را نداشته باشد. همچنین در مواردی که دسترسی به بزهکار امکان‌پذیر نمی‌گردد، از آنجا که دیوان بدون حضور متهم وارد مرحله محاکمه نمی‌شود تا مجرمیت احراز شود، لذا جبران خسارت بدون پاسخ باقی می‌ماند.

در فرض عدم دسترسی به بزهکار نیز اعم از اینکه بزهکار متواری باشد و بر اساس ضوابط دیوان، امکان دسترسی به او فراهم نشده باشد، جبران خسارت از بزه‌دیده از طریق بزهکار را مشکل می‌کند. همچنین «اگر محرز شود زیان‌ها و صدمه‌های مالی و جسمی و روانی، محصول ارتکاب جنایتی بین‌المللی هستند، حتی اگر متهمان تبرئه شده باشند، باید جبران شوند؛ زیرا اولاً ممکن است دلایل اتهام، کافی نبوده یا متهمان واقعی، گرفتار نشده باشند، ثانیاً اصول جبران خسارت ناشی از جرم که موضوع مسئولیت مدنی است، در دادرسی‌های کیفری بین‌المللی به دولت‌ها و نه به افراد منتسب می‌شود و این، دولت‌ها هستند که باید ضرر و زیان را جبران کنند» (سایانی، ۱۳۸۸: ۱۶۶). البته نباید فراموش کرد که در حقوق کیفری، با مسئولیت کیفری که امری شخصی است، مواجه هستیم و همان‌طور که گفته شد، طبق بند ۱ ماده ۲۵ اساسنامه، تنها رسیدگی به جرایم ارتكابی توسط اشخاص حقیقی در صلاحیت دیوان می‌باشد.

علاوه بر این موارد، اینکه کشور مورد درخواست جهت تحویل متهم همکاری لازم را به عمل نیاورد، از آنجا که صلاحیت دیوان نسبت به محاکم ملی یک صلاحیت تکمیلی است و وفق ماده ۸۶ اساسنامه دولت‌های عضو در امر تعقیب و تحقیق جرایم داخل در صلاحیت دیوان نهایت همکاری را به عمل می‌آورند. بنابراین چه‌بسا که دولت عضو به دلایل مختلف ملی و مصلحتی از اجابت درخواست دیوان برای تحویل متهم سر باز زده و همکاری لازم را به عمل نیاورد و در این خصوص نیز ضمانت اجرایی از جانب دیوان نسبت به دولت عضو مذکور متصور نیست؛ چرا که تعامل دولت‌های عضو با دیوان جنایی بین‌المللی صرفاً بر پایه همکاری بین‌المللی بوده و با توجه به اصل استقلال سیاسی و تمامیت سرزمینی کشورهای عضو، دیوان مرجع عالی‌تری نسبت به دولت‌های عضو محسوب نمی‌گردد.

بنابراین مشاهده می‌کنیم که اگرچه جبران خسارت در شکل‌های گوناگون خود به خصوص جبران خسارت مالی توسط بزهکار پیش‌بینی گردیده، اما اجرای آن از گذر بزهکار با مانع‌های جدی‌ای می‌تواند روبه‌رو باشد؛ به گونه‌ای که جبران خسارت از بزه‌دیده بسیار دشوار یا حتی غیر ممکن باشد. بر این اساس است که شکل دیگری از جبران خسارت توسط شخص ثالث به عنوان «گرامت» توسط دولت‌ها، صندوق‌های مالی یا صندوق امانی مقرر در اساسنامه در نظر گرفته شده است.

### ۲-۲-۱. حق جبران به مثابه «پرداخت گرامت» به بزه‌دیده

اگر حمایت از بزه‌دیدگان از جنبه مالی به دو وجه حمایت مادی و غیر مادی تقسیم شود، پرداخت گرامت به بزه‌دیده، گونه‌ای حمایت مادی از بزه‌دیده است که به منظور رفع آسیب‌های جسمانی یا روانی بزه‌دیده یا زیان‌های وارده به اموال و دارایی‌های آن‌ها پیش‌بینی شده است. اما آنچه که ایجاد مناقشه می‌کند، امکان تحقق جبران آسیب‌های معنوی از بزه‌دیده از طریق پرداخت گرامت است.

باید در نظر داشت که آسیب روانی، مفهومی مجزا از آسیب معنوی (حیثیتی) است. امروزه توجه به مسئله آسیب‌های روانی و عاطفی بر بزه‌دیدگان به خصوص بزه‌دیدگان جنایات بین‌المللی که نوع و نحوه ارتکاب، شدت و میزان این دسته از آسیب‌ها را به مراتب بالاتر می‌برد، بیش از پیش مورد توجه قرار گرفته است؛ به گونه‌ای که تبدیل به یکی از مسئله‌های حقوقی بحث‌برانگیز شده است. از یک سو چون خسارت معنوی قابل ارزیابی نیست، پس امکان جبران آن از طریق مادی و اعاده بزه‌دیده به وضع سابق امکان‌پذیر نخواهد بود. از سوی دیگر، می‌توان قائل به امکان جبران مالی این دسته از خسارت‌ها به طور مطلق یا در پاره‌ای از موارد آن شد. اما به رغم این دیدگاه‌ها، به نظر می‌رسد که دادگری و انصاف و منطق حقوقی ایجاب می‌کنند که در وهله اول عامل ورود خسارت، خود را در برابر آسیب‌دیده مسئول بداند. ولی باید توجه داشت که نظر به تفاوت خصوصیات انسان‌ها از نظر رفتاری، شخصیتی، احساسات و شأن و منزلت، خسارت‌زدایی معنوی نمی‌تواند معیار مشخصی برای ارزیابی در موارد نقض‌های حقوق بشری داشته باشد (په‌بودیان، ۱۳۹۴: ۷۵).



با این همه، با در نظر گرفتن این مطلب که آسیب‌های وارده بر بزه‌دیده به صورت جسمانی، روانی یا معنوی یا خسارت وارده به دارایی آن‌ها از منظر دیوان جنایی بین‌المللی و اصول ۲۰۰۵ قابل جبران می‌باشد و نیز این مسئله که پرداخت غرامت ممکن است در مواردی ترمیم به معنای واقعی را نتواند تحقق بخشد، با این حال همچنان به عنوان یکی از پرکاربردترین روش‌های جبران برای بزه‌دیده مطرح و محل توجه است؛ زیرا اگرچه ممکن است ناتوان از ترمیم واقعی بزه‌دیده باشد، اما به عنوان یک روش جبران، قادر است بخشی از آسیب‌ها را التیام بخشد که این مهم از طریق شخصی که مسئول آسیب وارده شناخته می‌شود (بزه‌کار) یا به عنوان تکلیفی برای دولت می‌بایست صورت پذیرد.

ماده ۷۹ اساسنامه، پرداخت غرامت به بزه‌دیدگان را از طریق «صندوق امانی بزه‌دیدگان»<sup>۱</sup> پیش‌بینی کرده است؛ زیرا همان طور که پیشتر گفته شد، دیوان از صلاحیت لازم برای الزام کشورهای عضو به اجرا و پرداخت غرامت به بزه‌دیدگان آن گونه که در اعلامیه ۱۹۸۵ در داخل مرزهای یک کشور در نظر گرفته شده، برخوردار نیست.

«دیوان، افزون بر جبران خسارت قربانیان از رهگذر محکوم، راهکار دیگری را نیز پیش‌بینی نموده است. به موجب بند ۳ ماده ۷۹ اساسنامه، یک صندوق امانی به نفع قربانیان مشمول صلاحیت دیوان، با تصمیم مجمع دولت‌های عضو ایجاد، و هماهنگ با ضوابط تعیین‌شده، از سوی آنان اداره خواهد شد. دیوان می‌تواند پرداخت‌های مربوط به جبران را از طریق صندوق امانی عملی سازد» (لسانی و دیرباز، ۱۳۹۰: ۱۸۴). بدین منظور «صندوق امانی بزه‌دیدگان» محلی است که منابع مالی آن از طریق همکاری دولت‌های عضو، جریمه‌های نقدی مقررشده و وصول‌شده از بزه‌کاران و مصادره اموال و دارایی آن‌ها تأمین شده و در مواردی که در رسیدگی‌ها تصمیم بر پرداخت خسارات از محل منابع این صندوق شود، وفق ضوابط مقرر برای صندوق امانی که در قالب مقررات صندوق امانی مصوب ۲۰۰۵ سازمان ملل متحد پیش‌بینی شده است، اقدامات لازم برای پرداخت غرامت به بزه‌دیدگان به عمل خواهد آمد. از این طریق، خلأ عدم امکان

الزام دولت‌ها به پرداخت غرامت از جانب دیوان، رفع و آسیب‌های وارده تا حدودی از طریق پرداخت‌های مالی ترمیم می‌گردد. اگرچه محدودیت منابع مالی در صندوق امانی به واسطه تأمین بودجه آن بر اساس بند ۲۱ بخش دوم مقررات ۲۰۰۵ صندوق امانی<sup>۱</sup> که به عنوان مثال از محل مشارکت داوطلبانه دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی یا وجوه و اموال جمع‌آوری‌شده از حکم‌های جبران خسارت ممکن می‌گردد، به واسطه نداشتن بودجه‌ای مشخص در آن مطرح بوده و با توجه به گستره وسیع بزه‌دیدگان در جرایم داخل در صلاحیت دیوان، موضوعی چالش‌برانگیز به نظر می‌رسد.

حسب آمار اعلام‌شده از دیوان، مبلغ هفت میلیون و سیصد هزار یورو از جانب ۲۴ کشور از سال ۲۰۰۴ تا آوریل ۲۰۱۱ به صندوق امانی واصل گردیده که از این مبلغ، چهار میلیون و پانصد هزار یورو آن به پروژه‌های مربوط به وضعیت کشورهای اوگاندا، شمالی و جمهوری دموکراتیک کنگو تا سال ۲۰۰۷ اختصاص یافته است. یک میلیون یورو از مبلغ دریافت‌شده به احکام آتی جبران از جانب دادگاه تخصیص داده شد (International Criminal Court, 2011: 5).

در بیانیه عفو بین‌الملل، متضمن دوازدهمین گزارش هیئت مدیره صندوق امانی در مارس ۲۰۱۵ آمده است که در پی قطعیت رأی در پرونده رسیدگی به وضعیت جمهوری دموکراتیک کنگو و محکومیت متهم آن، توماس لوبانگو دایلو، شعبه تجدیدنظر مقرر ساخت که اگر لوبانگو نتواند از عهده پرداخت غرامت به بزه‌دیدگان این پرونده برآید، صندوق امانی می‌بایست منابع خود را ارتقا دهد تا موجبات اجرای قرار ترمیم صادره فراهم گردد و صندوق خواهد توانست متعاقباً منابع مازاد فوق را از لوبانگو مطالبه کند (Amnesty International, 2015: 2).

۱. بند ۲۱ بخش دوم مقررات ۲۰۰۵ صندوق امانی مقرر می‌دارد: منابع مالی صندوق امانی از [طریق ذیل] می‌بایست تأمین گردد: ۱- مشارکت داوطلبانه دولت‌ها، سازمان‌های بین‌المللی، اشخاص، شرکت‌ها و دیگر نهادها با معیارهای منطبق با نظر مجمع دولت‌های عضو، ۲- وجوه نقدی و دارایی‌های جمع‌آوری‌شده از طریق جرایم یا مصادره اموال انتقال‌یافته به صندوق امانی حسب دستور دیوان پیرو بند ۲ ماده ۷۹ اساسنامه، ۳- منابع جمع‌آوری‌شده از طریق حکم‌های جبران خسارت حسب دستور دیوان پیرو قاعده ۹۸ قواعد دادرسی و ادله، ۴- سایر منابعی که مجمع دولت‌های عضو به غیر از موارد بند ۱، تصمیم بر اختصاص آن به دیوان بگیرند.

### ۲-۳. حق جبران به مثابه «بازتوانی (توان‌بخشی) و اعاده حیثیت» بزه‌دیده

آخرین مدل جبران و ترمیم مندرج در ماده ۷۵ اساسنامه، بازتوانی - اعاده حیثیت است. واژه «Rehabilitation» در نوشتگان جرم‌شناسی که بزه‌دیده‌شناسی حمایتی یکی از زیرمجموعه‌های آن محسوب می‌گردد، هم برای بزه‌کار و هم برای بزه‌دیده مورد استفاده قرار گرفته است. آنگاه که واژه «Rehabilitation» برای بزه‌دیده مورد استفاده قرار می‌گیرد، اگرچه در محتوا، مفهومی متفاوت با کارکرد آن نسبت به بزه‌کار به معنای بازتوانی و اعاده وضع به سابق ندارد، اما در رابطه با بزه‌دیده اتخاذ تدابیری را شامل می‌گردد که از طریق آن‌ها بتوان آسیب‌های عاطفی و روانی حاصل از جرم را به‌ویژه آنجا که امکان ترمیم آن‌ها از طریق مادی امکان‌پذیر نیست، جبران نمود.

«به نظر می‌رسد به مثابه بازپروری بزه‌کاران، برای پیشگیری از تکرار جرم باید به دنبال بازتوانی بزه‌دیدگان برای پیشگیری از تکرار بزه‌دیدگی بود. بر این اساس، بزه‌دیدگانی که پس از تحمل جرم از حالت عادی خارج شده‌اند و توان جسمی، عاطفی و روانی خود را از دست داده‌اند، باید مورد بازتوانی قرار گیرند. به تعبیر دیگر، مسائلی چون ترمیم آسیب‌های جسمی، روانی و عاطفی، موضوعاتی است که می‌توان در بزه‌دیده‌شناسی بالینی<sup>۱</sup> مورد بررسی قرار داد» (خدادادی و افتخاری، ۱۳۹۵: ۱۲۸).

«توان‌بخشی - اعاده حیثیت دربرگیرنده تدارک مراقبت پزشکی و روان‌شناسانه و نیز خدمات حقوقی و اجتماعی است. در توان‌بخشی - اعاده حیثیت لازم است که به نیازهای روانی بزه‌دیدگان توجه شده و به آنان این امکان داده شود تا درد و رنج خود را پشت سر گذارند. سکوت و سرکوب احساسات می‌تواند به آثار روانی بزه‌دیدگی بینجامد و به ویژه در موردهای شکنجه به نسل‌های آینده منتقل شوند» (بسیونی، ۱۳۹۳: ۱۵۶).

اساسنامه در بند ۱ ماده ۷۵ همانند دو مدل دیگر ترمیم، در خصوص بازتوانی نیز تعریفی ارائه نکرده است. اما در خصوص جرایم در صلاحیت دیوان و توان‌بخشی بزه‌دیده شاید بتوان گفت که توان‌بخشی هر [گونه‌ای از] ترمیم در ارتباط با آسیب‌های روانی و یا رنج‌های عاطفی را در بر می‌گیرد که به طور خاص در جنایات بین‌المللی و

۱. برای مطالعه بیشتر درباره جرم‌شناسی بالینی ر.ک: بابایی، ۱۳۹۰.

نقض‌های حقوق بشری اهمیت دارد (Rayejian Asli, 2013: 74).

اصول ۲۰۰۵ نیز تعریفی از بازتوانی بزه‌دیده همانند اساسنامه به عمل نیاورده است. در بند ۱۷ اصل ۱۹ سند موصوف، تنها مصادیق بازتوانی شامل مراقبت‌های پزشکی و روان‌پزشکی و نیز خدمات حقوقی و اجتماعی بیان شده است.

اما نباید فراموش کرد در موارد بازتوانی در نتیجه آسیب‌های روانی و عاطفی می‌بایست بین جبران خسارت مادی برای پرداخت هزینه‌های مربوط به خدمات پزشکی، روان‌شناسانه اجتماعی و حقوقی یا پرداخت غرامت در موارد خسارت‌های برآوردپذیر از نظر مالی از یک طرف، با جبران خسارت‌های غیر مادی که قابل محاسبه از نظر اقتصادی نیستند، تفاوت گذاشت. بند ۱۷ اصل ۹ اصول ۲۰۰۵ از عبارت «از نظر اقتصادی برآوردپذیر بودن»<sup>۲</sup> برای جبران آسیب از طریق پرداخت غرامت استفاده کرده و «از دست دادن فرصت‌ها»<sup>۳</sup> (بند ب ۱۷) و «خسارت معنوی»<sup>۴</sup> (بند ت ۱۷) را از جمله خساراتی می‌داند که میزان آن می‌تواند از نظر مالی قابل محاسبه و امکان پرداخت غرامت برای آن متصور باشد؛ موضوعاتی که در اساسنامه دیوان به سکوت برگزار شده و سند اساسنامه را به واسطه عدم شفافیت در مسئله بازتوانی از بزه‌دیدگان با ضعف جدی مواجه ساخته است.

## ۴-۲-۱. سایر گونه‌های جبران و ترمیم، خلأ دیوان جنایی بین‌المللی

ابتکاری که در اصول ۲۰۰۵ برای ترمیم آسیب‌های عاطفی، روانی و حیثیتی به

۱. بند ۱۷ اصل ۹ مقرر می‌دارد: «غرامت باید به تناسب و متناسب با شدت نقض و شرایط هر پرونده، برای خسارتی که از نظر اقتصادی برآوردپذیر است و از نقض‌های حقوق بین‌المللی حقوق بشر و نقض‌های شدید حقوق بشردوستانه بین‌المللی ناشی شده است، مانند (موردهای زیر) تدارک دیده شود: الف) زیان بدنی یا روانی. ب) از دست دادن فرصت‌ها از جمله شغل، آموزش و پرورش و منافع اجتماعی. پ) خسارت‌های مادی و از دست دادن درآمد از جمله زیان به درآمد احتمالی. ت) خسارت معنوی. ث) هزینه‌های مورد نیاز برای کمک حقوقی یا کارشناسی، خدمات پزشکی و دارویی، خدمات روان‌شناسانه و اجتماعی. توان‌بخشی - اعاده حیثیت باید مراقبت پزشکی و روان‌شناسانه و نیز خدمات حقوقی و اجتماعی را در بر گیرد.

2. Economically Assessable.
3. Loss of Earning Potential.
4. Moral Damage.

شیوه‌ای غیر مادی مشاهده می‌شود، بیان دو گونه دیگر ترمیم شامل «رضایت‌مندی» و «تضمین تکرار نکردن نقض‌ها» است که در بندهای ۱۸ و ۱۹ اصل ۹ عنوان شده و در مقایسه با سه گونه دیگر ترمیم، اتفاقاً به ذکر جزئیات بیشتری در این دو مورد می‌پردازد و این در حالی است که اساسنامه ذکر می‌کند از این دو گونه به میان نیاورده است.

از آنجا که ترمیم آسیب‌های معنوی چه‌بسا از آسیب‌های مادی بااهمیت‌تر و ضروری‌تر باشد، بنابراین اقداماتی که از آن‌ها زیر عنوان ترمیم‌های نمادین یاد می‌شود، می‌توانند تأثیر قابل توجه‌تری بر رفع آسیب‌ها داشته باشند؛ به ویژه آنجا که جنایت ارتكابی به صورت گروهی ارتكاب یافته و طیف وسیعی از بزه‌دیدگان را آماج خود قرار می‌دهد، می‌توان تا حدودی مطمئن بود که این شکل از ترمیم نسبت به کلیه بزه‌دیدگان بدون تبعیض اعمال شده و در همان حال به اعاده آن‌ها به موقعیت پیشین خود در اجتماع می‌تواند کمکی مؤثر نماید. اقداماتی همچون عذرخواهی عمومی، برپایی مراسم یادبود برای از دست رفتگان جنایت ارتكابی، ساخت بنا یا تندیس یادبود از جمله مصادیق ترمیم نمادین هستند که می‌توانند تا حد زیادی در ایجاد رضایت‌مندی در بزه‌دیدگان مؤثر واقع شوند.

«عذرخواهی صمیمانه بزه‌کار و کلماتی که بیانگر ندامت او باشند، برای بزه‌دیده‌ای که از نظر روحی به آن نیاز دارد، سودمند خواهد بود. بزه‌دیدگانی که از رفتارهای خشونت‌آمیز صدمه دیده‌اند، دارای نیازهایی هستند که باید در سطح نمادین برآورده شوند. چنین تدابیری باید دربردارنده مداخله بزه‌کاران باشند تا بتوانند فرایندهای ترمیمی نسبت به بزه‌دیدگان را تسهیل و تسریع نمایند. برآورده نمودن چند بُعدی نیازهای بزه‌دیدگان، ضرورتی است نه کم‌هزینه و نه آسان، با این حال اقدامی ارزنده است» (دیرباز، ۱۳۹۱: ۱۸۰-۱۸۱).

اما چرا به رغم اصول ۲۰۰۵، در اساسنامه رم از ترمیم‌های نمادین سخنی به میان نرفته است؟ این سؤال پاسخی ندارد جز اینکه در اصول ۲۰۰۵ تکلیف به جبران و ترمیم برای بزه‌دیده وظیفه دولت بوده و «مسئولیت دولت‌ها» است، در حالی که بند ۱ ماده ۲۵ اساسنامه تنها ناظر به مسئولیت اشخاص حقیقی است. همچنین اجرای ترمیم‌های نمادین به گونه‌ای است که انجام آن‌ها توسط دولت قابل تصور و امکان‌پذیر است و در

فرضی که بتوان گفت امکان اعطای ترمیم‌های نمادین به بزه‌دیدگان از منظر مقررات و ضوابط دیوان امکان‌پذیر است، اما باید در نظر گرفت که اجرای این شکل از ترمیم با اشکالی چون عذرخواهی عمومی، برپایی مراسم یادبود برای از دست رفتگان جنایات، ساخت بنا یا تندیس یادبود، توسط اشخاص حقیقی تا حد زیادی ناممکن است.

برای مثال، در جریان جنگ جمهوری دموکراتیک کنگو، دفتر هماهنگی امور انسان‌دوستانه در کنگو، هواپیمایی تهیه نمود تا با عبور از خط شورشیان، امتحانات دبیرستانی ملی را در شهرها و روستاهای سراسر کشور برگزار کند. مشاور ارشد امور انسان‌دوستانه‌تر مناطق تحت کنترل شورشیان در کنگو می‌گوید: هزاران کودک منتظر امتحانات خود بودند. رساندن سؤال‌ها نه فقط به خاطر این کودکان، بلکه به عنوان نشانه‌ای از این امید که کنگو می‌تواند از جنگ داخلی رها شود و به عنوان یک ملت انجام وظیفه نماید، اهمیت داشت (دیرباز، ۱۳۹۱: ۱۷۷).

«چیستی و ویژگی جنایات بین‌المللی به گونه‌ای است که اشخاص حقوقی به ویژه دولت‌ها در انجامشان تواناترند، ولی اساسنامه دیوان جنایی بین‌المللی راه بزهکاری بر این اشخاص را بسته و بر پایه رویکرد سنتی، تنها اشخاص طبیعی (حقیقی) را مسئول قلمداد کرده است. برای اشخاص حقوقی در برابر انجام جنایات بین‌المللی، سه گونه از مسئولیت را می‌توان پیش‌بینی کرد: مسئولیت کیفری، مسئولیت تأمینی و مسئولیت مدنی یا ترمیمی.<sup>۱</sup> اساسنامه دیوان تنها درباره مسئولیت مدنی آن هم به طور پوشیده و ناروشن دست بر روی اشخاص حقوقی نهاده و به طور کلی، در پی مسئول دانستن یک شخص حقیقی است و این چالش بزرگی است بر سر راه اجرای شتابنده و همه‌گیر مقرره‌های اساسنامه دیوان جنایی بین‌المللی» (عالی‌پور، ۱۳۹۰: ۲۲۷).

در موضوع بحث، استدلال‌های دیگری نیز عنوان شده است؛ از جمله اینکه الزام محکوم به اجرای ترمیم نمادین نه تنها با موازین حقوق بشری تعارض دارد، بلکه اساساً هدف از اجرای ترمیم به واسطه اجبار نمودن شخص محکوم را بی‌اثر و بی‌فایده نموده و با تحمیل ترمیم نمادین بر بزهکار، نتیجه چندانی برای ترمیم بزه‌دیده حاصل نخواهد

۱. در قلم نگارندگان این مطلب، مسئولیت مدنی معادل مسئولیت ترمیمی بیان شده و آنچه در اینجا ذکر گردید، ارجاع مستقیم از مطلب اصلی است.

شد. در مقابل گفته شده است، نگارش ماده ۷۵ اساسنامه و گستره مفهوم بازتوانی به گونه‌ای است که می‌توان ترمیم‌های نمادین و اعطای آن‌ها بر بزه‌دیده را از آن استنباط نمود. وانگهی، اگرچه ساختار دیوان سنتی و مبتنی بر رسیدگی در چارچوب دادگری جنایی است، اما گرایش این دادگاه نسبت به بزه‌دیدگان و جبران آسیب‌های وارده همگام با برخی نهادهای بین‌المللی حقوق بشری و نیز اصول ۲۰۰۵، مانع از محدود ساختن این دادگاه به در نظر نگرفتن ترمیم‌های نمادین است. بر این اساس می‌توان گفت که دیوان جنایی بین‌المللی نه تنها از امکان اعطای ترمیم‌های نمادین برخوردار است، بلکه باید آن را از یک رژیم محتاط در اعطای ترمیم‌ها که فقط پیرو احکام کیفری بین‌المللی است، جدا کرد. [بنابراین] باید بر این باور بود که دیوان جنایی بین‌المللی نهادی است قائل به جبران از بزه‌دیدگان و ایجاد رضایتمندی برای آن‌ها که [ایجاد رضایتمندی] الزاماً گونه جدیدی از ترمیم نیست که نیاز به تصریح جداگانه داشته باشد بلکه [رضایتمندی] در خود مفهوم ترمیم موجود و مستتر است (Mégret, 2016: 128-142).

با وجود این، عملکرد دیوان جنایی بین‌المللی و رویه حاکم بر آن تا به امروز به صورت تلویحی حاکی از تمایل بیشتر این نهاد بین‌المللی به پرداختن به جبران‌های مادی به جای استفاده از ترمیم‌های نمادین است که این رویکرد سبب می‌گردد تا در تحقق کامل مفهوم ترمیم نسبت به بزه‌دیدگان در این مرجع بین‌المللی با توجه به ویژگی‌های ذاتی مفهوم ترمیم و نزدیک بودن اشکال ترمیم نمادین با آن، تردید جدی ایجاد شده و به عنوان یک ابهام و چالش جدی مورد مناقشه باشد.

## ۲. تصمیمات دیوان، گواهی بر رویکرد بزه‌دیده‌مدار این نهاد

تا کنون حدود ۱۷ سال از زمان آغاز فعالیت دیوان جنایی بین‌المللی می‌گذرد. در طی این مدت چندین وضعیت برای شروع به تحقیقات وفق ماده ۸۳ اساسنامه به دیوان ارجاع شده است.<sup>۱</sup> پرونده در وضعیت کشورهای دموکراتیک کنگو و یک پرونده در بررسی جمهوری مالی در سال‌های ۲۰۱۲، ۲۰۱۶ و ۲۰۱۷ در دعوای دادستان نسبت به

۱. برای کسب آگاهی بیشتر درباره جزئیات وضعیت‌های مطروح در دیوان جنایی بین‌المللی ر.ک:

<<https://www.icc-cpi.int/Pages/Main.asp#>>

متهمان این پرونده‌ها منتهی به صدور حکم شده است.

وضعیت‌های ارجاعی در مورد کشورهای اوگاندا، کنیا، مالی، دارفور سودان، ساحل عاج، لیبی، گرجستان و بوروندی<sup>۱</sup> و دو وضعیت از جمهوری آفریقای مرکزی کماکان در مرحله تحقیقات بوده و هنوز وارد مرحله محاکمه نشده است؛<sup>۲</sup> چرا که دادستان در حال جمع‌آوری اسناد و مدارک با رعایت امنیت بزه‌دیدگان و شهود است.

وضعیت کشورهای کامبوج، گابون، گینه، نیجریه، فلسطین، اوکراین، انگلستان (به خاطر جرایم ارتكابی در عراق)، فیلیپین، بنگلادش (میانمار)، اوکراین و ونزوئلا اکنون در مرحله بررسی مقدماتی<sup>۳</sup> می‌باشد<sup>۴</sup> و دفتر دادستان<sup>۵</sup> در مرحله اخذ اطلاعات از مراجع مختلف از جمله کشورهای عضو و نیز شورای امنیت می‌باشد تا به اقتناع و توجیه لازم برای اعلام شروع به تحقیقات برسد.<sup>۶</sup>

وضعیت جمهوری دموکراتیک کنگو اولین وضعیتی است که پرونده آن در دیوان، منتهی به صدور حکم شد. با توجه به اینکه پرونده شکایت دادستان از توماس لوبانگو دایلو اولین پرونده‌ای است که در دیوان منتهی به صدور حکم نهایی محکومیت و نیز قرار ترمیم برای بزه‌دیدگان گردیده و همچنین اجرای احکام صادره نیز در حال انجام می‌باشد، بنابراین تصمیمات متخذه و رویه در پیش گرفته در این پرونده در تصمیم‌گیری‌های دیگر دیوان من جمله در رسیدگی به وضعیت جمهوری مالی و نیز پرونده کاتانگا تأثیرگذار بوده است.

سرانجام در ۴ مارچ ۲۰۱۲، توماس لوبانگو دایلو به خاطر جنایت جنگی از نوع سربازگیری و به کارگیری کودکان زیر ۱۵ سال و استفاده از آنها برای مشارکت فعال در مخاصمات (به عنوان کودکان سرباز) مجرم شناخته شد. در ۱۰ جولای ۲۰۱۲ به ۱۴

1. Burundi.

2. <<https://icc-cpi.int/pages/pe.aspx>>.

3. Preliminary Examinations.

4. <<https://icc-cpi.int/pages/situation.aspx>>.

5. Office of The Prosecutor (OTP).

۶. برای مطالعه بیشتر درباره چگونگی انتخاب «وضعیت» برای ارجاع به دیوان ر.ک: ZakerHossein, 2017



سال حبس محکوم گردید<sup>۱</sup> و حکم محکومیت او در اول دسامبر ۲۰۱۴ توسط شعبه تجدیدنظر مورد تأیید قرار گرفت. در ۱۹ دسامبر ۲۰۱۵، لوبانگو برای اجرای حکم حبس به کشور کنگو انتقال یافت. فرایند ترمیم‌هایی که شعبه رسیدگی کننده در ۷ آگوست ۲۰۱۲ این پرونده پیش‌بینی و مقرر نموده بود، در قالب سندی مجزا صادر و شروع شد.

با این حال، در ۳ مارچ ۲۰۱۵،<sup>۲</sup> شعبه تجدیدنظر نسبت به قرار ترمیم صادره در سال ۲۰۱۲<sup>۳</sup> از جانب شعبه محاکمه بازنگری به عمل آورده و سند جدیدی را منتشر نموده است که بر خلاف سند ۲۰۱۲ که بیشتر به انعکاس دیدگاه‌های واحدها و سازمان‌های مختلف در خصوص مفاهیم گوناگونی که در مرحله اجرای ترمیم‌ها، محل تردید واقع شده بودند، این سند جدید مطالب کلیدی‌ای برای احراز هر چه بهتر آسیب‌های وارده بر بزه‌دیدگان، نحوه مشارکت آن‌ها در فرایند رسیدگی، نحوه اعمال ترمیم‌ها و کیفیت اجرای آن‌ها مقرر نموده است که می‌تواند در رویه دیوان در سایر پرونده‌ها مؤثر واقع شود.

شعبه تجدیدنظر صراحتاً اعلام مختلف نمود که رأی منتشرشده در سال ۲۰۱۲ به صورت کلی بوده و فاقد تعیین معیار و ملاک مشخص در امور مربوط به بزه‌دیدگان بوده است. بر این مبنا، این رأی پنج عنصر برای صدور قرار ترمیم برای بزه‌دیدگان عنوان کرده و در ذیل هر یک، جزئیات آن را بیان نموده است:

۱. قرارهای ترمیم می‌بایست علیه شخص محکوم باشد.
۲. قرارهای ترمیم می‌بایست شخص محکوم را از مسئولیتش [در قبال جنایت ارتكابی] مطلع ساخته و بر اساس [مسئولیت] او باشد.

1. The prosecutor v. Thomas Lubango Dyilo, No. ICC-01/04-01/06, <<https://www.icc-cpi.int/caseinformationsheets/lubangoEng.pdf>>.
2. Judgment on the appeals against the “Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations” of 7 August 2012 with AMENDED order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2, No. ICC-01/04-01/06AA2A3, 4 March 2015, <<https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015-02631.pdf>>.
3. Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations, No. ICC-01/04-01/06, 7 August 2012, <<https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012-07872.pdf>>.

۳. در قراردادهای ترمیم می‌بایست نوع ترمیم‌ها شامل انفرادی، گروهی یا هر دوی آن، مشخص گردد.

۴. قراردادهای ترمیم می‌بایست آسیب وارده بر بزه‌دیده مستقیم و غیر مستقیم را در نتیجه جنایاتی که شخص به خاطر آن محکومیت یافته، تعریف کند؛ همان گونه که مدل‌های مناسب ترمیم را بر اساس اوضاع و احوال مشخص می‌سازد.

۵. قراردادهای ترمیم می‌بایست بزه‌دیدگانی را که شایسته بهره‌مندی از ترمیم‌ها می‌باشند، مشخص ساخته و معیارهای این شایستگی را تعیین نماید (Ibid., 2015: 13).

همچنین در خصوص وضعیت جمهوری مالی که در تاریخ ۲۷ دسامبر ۲۰۱۶ حکم محکومیت<sup>۱</sup> برای ارتکاب جنایت جنگی علیه احمد الفاقی المهدی<sup>۲</sup> صادر گردید، قرار ترمیم در ۱۷ آگوست ۲۰۱۷ نیز برای جبران خسارت از بزه‌دیدگان صادر شد و سرانجام، در ۸ مارچ ۲۰۱۸ رأی محکومیت و قرار ترمیم مورد تأیید شعبه تجدیدنظر دیوان قرار گرفت (Ibid., 2018: 3).

پیرو صدور قرار ترمیم، ۱۳۹ درخواست از جانب کسانی که خود را بزه‌دیده جنایت ارتكابی در وضعیت مالی و پرونده دادستان علیه متهم آن می‌دانستند، واصل شد که ۱۳۷ درخواست مربوط به اشخاص حقیقی و دو درخواست از جانب شخص حقوقی بوده است. دادگاه برای اجرای قرار ترمیم برنامه زمانی مشخص نمود و به بخش‌های مختلف دیوان از جمله صندوق امانی و نمایندگان حقوقی بزه‌دیدگان و نیز واحدهای سازمان ملل مثل یونسکو اعلام نمود تا مطالب و اظهارات خود را در مورد این پرونده، قرار ترمیم و چگونگی اجرای آن بیان کنند.<sup>۳</sup>

نمایندگان حقوقی بزه‌دیدگان در نقطه‌نظرات خود عنوان نمودند که در مورد

1. Judgment and sentence in situation of the Republic of Mali in case of the Prosecutor v. Ahmad Al Fagi Al Mahdi, No. ICC-01/12-01/15, 20 March 2018, <<https://www.icc-cpi.int/caseinformationsheets/al-mahdiEng.pdf>>.
2. Ahmad Al Faqi Al Mahdi.
3. Reparation Order in situation in the Republic of Mali in the case of the prosecutor v. Ahmad Al Fagi Al Mahdi, No. ICC-01/12-01/15, 17 August 2017, <<https://www.icc-cpi.int/courtrecords/CR2017-0517.pdf>>, p. 7.

اشخاص حقیقی، اعطای ترمیم‌های انفرادی به نظر ارجح می‌رسد، در مقابل برای اشخاص حقوقی ترمیم‌های گروهی مناسب‌تر است. آن‌ها بر پرداخت غرامت به هریک از بزه‌دیدگان و نیز انجام اقداماتی جهت بازتوانی و اعاده آن‌ها به شرایط پیشین زندگی‌شان تأکید نمودند. همچنین استفاده از ترمیم‌های نمادین برای جبران آسیب‌های عاطفی و روانی را پیشنهاد کرده و به تعامل هر چه بیشتر صندوق امانی با نمایندگان حقوقی بزه‌دیدگان تصریح داشتند (Ibid., 2017: 7-8).

در کلیه وضعیت‌هایی که در حال حاضر در مراحل مختلف جمع‌آوری اسناد و مدارک (بررسی اولیه)، تعقیب و تحقیق یا دادرسی می‌باشند، توجه به بزه‌دیدگان هریک از این وضعیت‌ها و شناسایی مرتکب یا مرتکبان جنایات ارتكابی به جهت فراهم شدن امکان صدور قرار جبران خسارت در هریک از اشکال آن در فرض محکومیت متهم از جمله اولویت‌های دیوان بوده است. در آخرین وضعیتی که در مرحله بررسی‌های اولیه بود، یعنی وضعیت کشور افغانستان، دادستان دیوان با صدور بیانیه‌ای خطاب به کلیه کسانی که خود را بزه‌دیده جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی از اول می ۲۰۰۳ می‌دانند، اعلام نمود تا ۳۱ ژانویه ۲۰۱۸ نسبت به ثبت درخواست خود اقدام کنند. از طریق بخش مشارکت و ترمیم بزه‌دیدگان،<sup>۱</sup> فرم‌هایی برای ارائه اظهارات و دیدگاه‌های بزه‌دیدگان تهیه گردید که به صورت برخط (آنلاین) نیز قابل تنظیم و ثبت بود. سرانجام نظرات قربانیان نیز از جانب دفتر ثبت به شعبه دوم مقدماتی ارائه شد. اما در ۱۵ آوریل ۲۰۱۹، دادستان شعبه دوم مقدماتی، تحقیقات دیوان را به جهت احتمال عدم موفقیت دادستان در تعقیب پرونده‌ها، مغایر با «منافع عدالت»<sup>۲</sup> دانسته و بدین ترتیب درخواست دادستان دیوان برای پیگیری جنایات ارتكابی در کشور افغانستان، رد شد.<sup>۳</sup>

بنابراین در طی ۱۷ سال از تأسیس دیوان جنایی بین‌المللی، می‌توان گفت که اقدامات قابل توجهی برای برخورد با جنایات ارتكابی در سطح بین‌المللی صورت

1. Victim's Participation and Reparation Section (VPRS).

2. Interests of Justice.

3. Situation in Islamic Republic of Afghanistan, No. ICC-02/17, 15 April 2019, <<https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/190415-afg-qa-eng.pdf>>.

پذیرفته است. اما گستردگی اتهاماتی که مطرح می‌شوند، تعداد بالای بزه‌دیدگان در هر پرونده، مشکلات مربوط به دسترسی به اسناد و مدارک و مهم‌تر از همه این‌ها، چالش‌های مرتبط با همکاری و تعامل کشورهای عضو و غیر عضو با دیوان، از جمله مسائلی است که روند رسیدگی‌ها را در دیوان با کندی مواجه ساخته؛ به گونه‌ای که با بررسی سوابق ارائه‌شده از جانب این نهاد می‌بینیم که در اکثر موارد، فاز تحقیقات در وضعیت‌های ارجاعی از چندین سال قبل آغاز شده، اما هنوز به مرحله قابل توجهی برای پاسخ‌گویی به بزه‌دیدگان نرسیده است که همین امر سبب می‌شود تا مسئله جبران از بزه‌دیدگان به واسطه طولانی شدن روند تحقیقات و رسیدگی، تا روشن شدن نتیجه پرونده بدون پاسخ مانده و همین امر آن‌ها را با مسئله بزه‌دیدگی دومین از رهگذر طولانی و فرسایشی بودن روند رسیدگی روبه‌رو نماید.

### نتیجه‌گیری

در پی رخداد‌های جنایی بین‌المللی در طی چند دهه اخیر، اساسنامه دیوان جنایی بین‌المللی از جمله مهم‌ترین اسنادی است که با پیش‌بینی یک نهاد کیفری بین‌المللی برای رسیدگی به مواردی که در صلاحیت آن در نظر گرفته شده است، رویکرد حمایت از بزه‌دیدگان را سرلوحه خط مشی خود قرار داده است.

دیوان جنایی بین‌المللی با اتخاذ رویکرد ترمیمی در موازات دادگری کیفری، بستری را فراهم ساخته تا پس از سال‌ها نادیده انگاشته شدن حق‌های بزه‌دیدگان، اکنون آن‌ها به‌عنوان یکی از طرف‌های آسیب‌دیده جنایت فرض شده و احقاق حق‌های آن‌ها تبدیل به مسئله‌ای جدی برای جامعه بین‌المللی گردد. در این راستا، موضوع جبران و ترمیم برای بزه‌دیده به‌عنوان حقی که هم‌تراز با دادرسی دادگرانه برای متهم است، از اهمیت بسزایی برخوردار بوده و به منظور تحقق آن، اساسنامه دیوان جنایی بین‌المللی سه گونه برای ترمیم آسیب را پیش‌بینی کرده است.

اگرچه مقرر نمودن این سه گونه ترمیم، دستاورد مهمی در مسیر دادگری برای بزه‌دیدگان محسوب می‌گردد، اما اجرای هر یک از اقسام جبران با چالش‌هایی روبه‌روست که هموار ساختن این مسیر را با دشواری مواجه ساخته است. این چالش‌ها

سبب می‌گردد که حل و فصل خلأها و کاستی‌هایی که در فرایند رسیدگی آشکار می‌گردد، به صورت موردی و به رویه شعب رسیدگی کننده در دیوان سپرده شود. از طرف دیگر، این سه قسم ترمیم برای احقاق حق از بزه‌دیده کافی به مقصود به نظر نرسیده و در مقایسه با سایر اسناد بین‌المللی مرتبط که حاکی از اقسام دیگری برای ترمیم‌اند، حاکی از ضرورت بازنگری در مفاد اساسنامه دیوان و قواعد مرتبط با آن می‌باشد، تا بدین ترتیب به حق جبران و ترمیم برای بزه‌دیده به معنای حقیقی آن در دیوان جنایی بین‌المللی جامه عمل پوشانده شود و اشکال دیگر ترمیم از بزه‌دیده که در این مقاله با استناد به اصول ۲۰۰۵ به آن‌ها پرداخته شد، با پیش‌بینی سازوکارهای لازم، به گونه‌ای که امکان به اجرا در آوردن آن‌ها میسر باشد، لحاظ گردیده و در متن اساسنامه ذکر شود. همچنین طرح جدی بررسی صلاحیت دیوان در رسیدگی به جنایت‌های ارتكایی توسط اشخاص حقوقی به ویژه دولت‌ها، موضوعی است که اگرچه به دلیل ملاحظات سیاسی، راهی دشوار در پی خواهد داشت، اما ضرورت اصلاح اساسنامه در این قسمت، سختی این مسیر را توجیه می‌کند. علاوه بر این‌ها، تدوین ضوابطی مدون و مشخص و تصویب آن توسط مجمع عمومی دولت‌های عضو در جهت برآورده ساختن جبران و ترمیم از بزه‌دیده از جمله اقدامات لازمی به نظر می‌رسد که می‌تواند به رفع ابهام از مفاهیم کمک نماید و از تفسیرهای متعدد در این خصوص جلوگیری کرده و از رسیدگی موردی در پرونده‌ها که نتیجه‌ای جز استدلال‌های موردی و متفاوت در هر قضیه را به همراه نخواهد داشت، ممانعت به عمل آورد. در این راستا، تداوم همکاری هر چه بیشتر دولت‌های عضو در امور ترمیم مادی و غیر مادی، با توجه به جایگاه حاکمیت دولت‌ها و مؤثر واقع شدن برخی اقدامات حمایتی از مسیر آن‌ها، نقش قابل توجهی در حل و فصل چالش‌های موجود در مسئله جبران و ترمیم بزه‌دیدگان جنایات داخل در صلاحیت دیوان جنایی بین‌المللی خواهد داشت.

کتاب‌شناسی

۱. اردبیلی، محمدعلی و فاطمه وحیددستجردی، «اهداف نظام کیفری بین‌المللی در اسناد و رویه دادگاه‌های کیفری بین‌المللی»، نشریه تحقیقات حقوقی، شماره ۸۱، ۱۳۹۷ ش.
۲. اسدی، لیلیاسادات، «جبران خسارت ناشی از جرم در دادرسی‌های کیفری بین‌المللی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۸، ۱۳۸۸ ش.
۳. همو، «حقوق بزه‌دیده در دادرسی‌های کیفری بین‌المللی»، تهران، سمت، ۱۳۹۱ ش.
۴. بابایی، محمدعلی، جرم‌شناسی بالینی، تهران، میزان، ۱۳۹۰ ش.
۵. بسیونی، محمد شریف، بزه‌دیده‌شناسی، شناسایی حق‌های بزه‌دیدگان، ترجمه مهرداد رایجیان اصلی، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۳ ش.
۶. بهبودیان، بهروز، شمول قاعده آمره بر اعمال سازوکارهای جبران خسارت ناشی از نقض‌های شدید حقوق بشر، رساله دکتری حقوق بین‌الملل عمومی، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۴ ش.
۷. بیگی، جمال و الناز کتانیچی، «رویکرد دیوان کیفری بین‌المللی به خسارت معنوی قربانیان تعرضات جنسی»، فصلنامه مطالعات بین‌المللی، شماره ۲، ۱۳۹۷ ش.
۸. حلمی، نصرت‌الله، «مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها و حمایت سیاسی»، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۹. خالقی، علی، «جستارهایی از حقوق جزای بین‌الملل»، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۵ ش.
۱۰. خدادادی، ابوالقاسم و مریم افتخاری، «بازتوانی بزه‌دیده در پرتو بزه‌دیده‌شناسی بالینی»، نشریه پژوهش حقوق کیفری، شماره ۱۷، ۱۳۹۵ ش.
۱۱. داعی، علی، حق دادخواهی و جبران خسارت نقض‌های شدید حقوق بین‌الملل بشردوستانه، رساله دکتری حقوق بین‌الملل عمومی، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰ ش.
۱۲. دفتر کنترل جرم و مبارزه با مواد مخدر سازمان ملل متحد، عدالت برای بزه‌دیدگان، ترجمه علی شایان، تهران، سلسبیل، ۱۳۸۴ ش.
۱۳. دیرباز، مرضیه، «حمایت‌های پیرا حقوقی دیوان بین‌المللی کیفری از بزه‌دیدگان»، نشریه پژوهش‌های حقوقی، شماره ۲۲، نیمسال دوم ۱۳۹۱ ش.
۱۴. رایجیان اصلی، مهرداد، بزه‌دیده‌شناسی، تحولات بزه‌دیده‌شناسی و علوم جنایی، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۰ ش.
۱۵. رضوی فرد، بهزاد، «جایگاه ترمیم خسارت‌های وارده به بزه‌دیدگان جنایات بین‌المللی: از حقوق بین‌الملل عمومی تا حقوق بین‌الملل کیفری»، نشریه تحقیقات حقوقی، شماره ۵۵، ۱۳۹۰ ش.
۱۶. رضوی فرد، بهزاد و حسن فقیه محمدی، «تکامل حقوق بزه‌دیدگان از منظر مقررات موضوعه دیوان کیفری بین‌المللی»، نشریه حقوقی بین‌المللی، مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، شماره ۴۵، ۱۳۹۰ ش.
۱۷. رضوی فرد، بهزاد و مرضیه دیرباز، «حمایت‌های حقوقی دیوان کیفری بین‌المللی از بزه‌دیدگان»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، شماره ۳، ۱۳۹۲ ش.
۱۸. سایبانی، علیرضا، حمایت از بزه‌دیدگان در دادگاه‌ها و دیوان کیفری بین‌المللی، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، تهران، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات، ۱۳۸۷ ش.
۱۹. شبت، ویلیام، مقدمه‌ای بر دیوان کیفری بین‌المللی، ترجمه سیدباقر میرعباسی، تهران، جنگل، جاودانه، ۱۳۹۴ ش.

۲۰. صابر، محمود، *آیین دادرسی کیفری بین‌المللی*، تهران، دادگستر، ۱۳۸۲ ش.

۲۱. صالحی، جواد، «آثار بزهدیده‌شناسی بر حق مشارکت بزهدیده در تحقیقات مقدماتی در پرتو رویه دیوان بین‌المللی کیفری»، *نشریه حقوقی بین‌المللی*، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، شماره ۵۲، ۱۳۹۴ ش.

۲۲. عالی‌پور، حسن، «دیوان کیفری بین‌المللی و چالش مسئولیت اشخاص حقوقی»، *حقوق کیفری بین‌المللی*، فرایند، نظریه‌ها و چشم‌اندازها، به اهتمام نسرين مهرا، تهران، میزان، ۱۳۹۰ ش.

۲۳. غلامی، حسین و امید رستمی غازانی، «زمینه‌های عدالت ترمیمی در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی»، *نشریه پژوهش حقوق کیفری*، شماره ۴، ۱۳۹۲ ش.

۲۴. فلاح، محسن، «جبران خسارت بزهدیدگان در دیوان بین‌المللی کیفری»، *فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم*، شماره ۴، ۱۳۸۸ ش.

۲۵. همو، *رفتار عادلانه نسبت به بزهدیده در اسناد چهارگانه دیوان بین‌المللی کیفری*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بشر، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۷ ش.

۲۶. لسانی، حسام‌الدین و مرضیه دیرباز، «حمایت‌های مادی دیوان بین‌المللی کیفری از بزهدیدگان»، *نشریه آموزه‌های حقوق کیفری*، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۰ ش.

۲۷. لعل علیزاده، محسن، «بررسی تطبیقی حقوق بزهدیدگان در مراحل تعقیب و تحقیق در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ با دیوان کیفری بین‌المللی»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، شماره ۱۹، ۱۳۹۶ ش.

۲۸. میرمحمدصادقی، حسین، *دادگاه کیفری بین‌المللی*، تهران، دادگستر، ۱۳۹۳ ش.

۲۹. نژندی‌منش، هبیت‌الله و محمدرضا ضیایی بیگدلی، «نقش دادگاه‌های بین‌المللی کیفری در حفظ و استقرار صلح و امنیت بین‌المللی»، *فصلنامه تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی*، شماره ۲۰، ۱۳۸۹ ش.

30. Amnesty International, *12<sup>th</sup> Annual Meeting of the ICC Trust Fund for Victim board of Directors*, 18 March 2018, <[https://www.iccnw.org/documents/2015\\_AI\\_Statement\\_to\\_TFV\\_11th\\_Annual\\_Borad\\_mty.pdf](https://www.iccnw.org/documents/2015_AI_Statement_to_TFV_11th_Annual_Borad_mty.pdf)>.

31. Contreras-Garduno, Diana, "Defining Beneficiaries of Collective Reparations: The Experience of the IAcTtHR", *Amsterdam Law Forum*, Vol. 4, No. 3, 2012.

32. Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power 1985, United Nations Resolution.

33. Draft Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights law and Serious Violations of International Humanitarian Law, 2005, United Nations Resolution.

34. González, Paulina Vega, "The Role of Victims in International Criminal Court Proceedings: Their Rights and the First Rulings of the Court", *SUR-International Journal on Human Rights*, Vol. 3, No. 5, 2006.

35. International Criminal Court Statute, 1989, United Nations Resolution.

36. International Criminal Court, Registry and Trust Fund for Victims Fact Sheet, March 2011.

37. International Criminal Court, Situation in Islamic of Afghanistan, 15 April 2019, ICC-

- PIOS-Q&A-AFG-00-01/19\_Eng, <<https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/190415-afg-qa-eng.pdf>>.
38. International Criminal Court, The Appeals Chamber, Judgment on the appeals against the “Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations” of 7 August 2012 with AMENDED order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2, No. ICC-01/04-01/06AA2A3, 4 March 2015, <<https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015-02631.pdf>>.
  39. International Criminal Court, Trial Chamber I, International Criminal Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations, No. ICC-01/04-01/06, 7 August 2012, <<https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012-07872.pdf>>.
  40. International Criminal Court, Trial Chamber VIII, Judgment and sentence in situation of the Republic of Mali in case of the Prosecutor v. Ahmad Al Fagi Al Mahdi, No. ICC-01/12-01/15, 20 March 2018, <<https://www.icc-cpi.int/caseinformationsheets/al-mahdiEng.pdf>>.
  41. International Criminal Court, Trial Chamber VIII, Judgment and sentence in situation of the Republic of Mali in case of the Prosecutor v. Ahmad Al Fagi Al Mahdi, No. ICC-01/12-01/15, 20 March 2018, <<https://www.icc-cpi.int/caseinformationsheets/al-mahdiEng.pdf>>.
  42. International criminal Court, Trial Chamber VIII, Reparation Order in situation in the Republic of Mali in the case of the prosecutor v. Ahmad Al Fagi Al Mahdi, No. ICC-01/12-01/15, 17 August 2017, <<https://www.icc-cpi.int/courtrecords/CR2017-0517.pdf>>.
  43. Magarrell, Lisa, *Reparation in Theory and Practice*, Reparative Justice Series, International Center for Transitional Justice, 2007.
  44. McLaughlin, Eugene & John Muncie (Eds.), *The Sage Dictionary of Criminology*, 3<sup>rd</sup> Ed., London, Sage Publication, 2013.
  45. Mégret, Frédéric, “The International Criminal Court Statute and the Failure to Mention Symbolic Reparation”, *International Review of Victimology*, Vol. 16, No. 2, 2009.
  46. Rayejian Asli, Mehrdad, “Introducing General Theory of Victimology in Criminal Sciences”, *International Journal of Humanity*, Vol. 20(3), 2013.
  47. Regulations of Trust Fund for Victims, 2005, United Nations Resolution.
  48. Rules of Procedure and Evidence, 2002, United Nations Resolution.
  49. Wemmers, Jo-Anne, *Reparation and the International Criminal Court: Meeting the Needs of Victims*, University of Montreal, 2006.
  50. ZakerHosseini, Mohammad, *Situation Selection Regime at the International Criminal Court*, Intersentia, 2017.



## حقوق دفاعی متهم در جایگزین‌های تعقیب کیفری\*

□ محمدمهدی ساقیان<sup>۱</sup>

### چکیده

قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ در پرتو تحولات حقوق تطبیقی در سال‌های اخیر، نهادها و سازوکارهای متعددی را وارد نظام عدالت کیفری ایران نموده است که از گذر ظهور یک عدالت توافقی، تعقیب متهم در ازای اجرای برخی دستورهای پیشنهادشده از سوی مقام تعقیب و یا مصالحه با شاکی به حالت تعلیق درمی‌آید. اجرای صحیح این راهبردها که از آن به جایگزین‌های تعقیب کیفری تعبیر می‌گردد، باعث کوتاه کردن مداخله نظام کیفری و تسریع در حل اختلاف ناشی از ارتکاب جرم گردیده، به متهم فرصت می‌دهد بدون حضور در فرایند کیفری از الصاق برچسب مجرمانه مصون بماند و خسارات بزه دیده نیز در مدت زمانی کوتاه جبران گردد. با وجود این، جانشین‌های تعقیب کیفری با چالش‌هایی از جمله وضعیت مبهم حقوق دفاعی متهم روبه‌روست. در واقع، ماهیت این گونه از رسیدگی‌ها ما را با پرسش‌های زیادی مواجه

می‌سازد؛ از جمله اینکه آیا حق دفاع در این سازوکارها با رسیدگی‌های کیفری عادی متفاوت است یا خیر؟ و آیا در این شیوه‌ها حقوق دفاعی متهم همانند حقوق کلاسیک رعایت می‌گردد؟

این مقاله بر آن است با مطالعه و نقد حقوق دفاعی متهم در جایگزین‌های تعقیب، راهکارهایی مناسب جهت تقویت این حقوق، در این روش‌ها ارائه دهد. **واژگان کلیدی:** حقوق دفاعی، تعقیب کیفری، قضازدایی، عدالت ترمیمی، عدالت تصالحي، جایگزین‌های تعقیب کیفری.

### مقدمه

جایگزین‌های تعقیب کیفری که میان بایگانی کردن ساده پرونده و تعقیب دعوای عمومی قرار می‌گیرند، نظام‌های آیین دادرسی کیفری را در سال‌های اخیر با تحولات مهمی همراه نموده‌اند. این سازوکارها که به مثابه یکی از شاخه‌های متمایز شده از آیین دادرسی کیفری عمومی تلقی می‌شوند، به تعبیر گسن، باعث پاره پاره و نامتجانس شدن آیین دادرسی کیفری امروزی شده‌اند (گسن، ۱۳۸۵: ۳۳۳). قانون‌گذاران در این آیین‌های دادرسی، به دنبال پیش‌بینی سازوکارهایی هستند که از گذر آن‌ها توافق میان مقام تعقیب با متهم و یا متهم با بزه‌دیده در جرایمی که از اهمیت کمتری برخوردارند، صورت گیرد؛ مؤلفه‌هایی که می‌توان به ترتیب از آن‌ها تحت عنوان «قراردادی» (آلتنتس، ۱۳۸۵: ۱۶۱) و «توافقی» (نیازپور، ۱۳۹۲) شدن آیین دادرسی کیفری یاد نمود.

بدین ترتیب در چنین سازوکارهایی تمام یا قسمتی از فرایند کیفری به ویژه مرحله دادرسی ماهوی، حذف شده و چگونگی تعیین سرنوشت دعوای کیفری از طریق توافق طرفین صورت می‌گیرد. این توافق گاهی موجبات تصالح و سازش را میان متهم و بزه‌دیده فراهم می‌سازد (میانجیگری کیفری) و گاهی باعث سازش میان مقام قضایی و متهم (مصالحه و سازش کیفری) می‌گردد. بدین‌سان جایگزین‌های تعقیب دعوای عمومی عبارت است از «مجموعه شیوه‌ها و اقداماتی که توسط قانون‌گذار پیش‌بینی شده تا دادستان به عنوان مقام تعقیب به جای پیگیری دعوای عمومی در مسیر اصلاح و بازاجتماعی کردن و تضمین حقوق بزه‌دیده از آن استفاده کند» (کوشکی، ۱۳۸۹: ۳۳۰-۳۳۱). بر این اساس، چرایی گرایش نظام‌های حقوقی مختلف به عدالت قراردادی -

سازشی را باید دست کم در دو دلیل عمده جستجو کرد:

نخست، تورم قوانین کیفری است، چندان که نهادهای قضایی امکانات اقتصادی و انسانی کافی را برای رسیدگی به جرم‌ها در اختیار ندارند. افزون بر این، طولانی بودن فرایند رسیدگی - که نارضایتی عمومی مراجعان را از عملکرد دادگستری به دنبال دارد - قانون‌گذار و سپس مقام‌های قضایی را بر آن داشته تا بر پاسخ‌های کیفری آسان و سریع‌تر تمرکز کنند و دوم، ناکارآمدی کیفر زندان در فرایند بازپذیرسازی بزهکاران، علت دیگری است که در بیشتر نظام‌های کیفری از سال‌ها پیش، مجازات سلب‌کننده آزادی رایج‌ترین پاسخ کیفری به بزهکاران بوده، ولی امروزه آشکار شده است که این مجازات کارایی لازم را در اصلاح پاره‌ای از بزهکاران ندارد (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۲: ۳؛ Pignoux, 2008: 126) و آمار جنایی مربوط به افزایش میزان تکرار جرم زندانیان، عدم موفقیت عدالت کیفری کلاسیک را در رسیدن به هدف‌های خود یعنی بازدارندگی و اصلاح بزهکاران آشکار ساخته است.

در چنین بستری بود که قانون آیین دادرسی کیفری ایران نیز در کنار هدف توان‌گیرانه - سزادهی به بزهکار (هدف کلاسیک)، برای فرایند پاسخ‌دهی به برخی جرم‌ها، شیوه‌های سریع حل اختلاف کیفری یعنی میانجیگری و تعلیق تعقیب را به عنوان برنامه‌های عدالت ترمیمی و عدالت تصالحو<sup>۱</sup> پیش‌بینی نموده است. این شیوه‌ها در چارچوب اصل (موقعیت داشتن تعقیب) به مقام قضایی اجازه می‌دهد که از میان سه راهبرد تعقیب کیفری، بایگانی ساده پرونده و بایگانی مشروط (جایگزین‌های تعقیب) یکی را انتخاب نماید. با وجود این، وضعیت حقوق دفاعی متهم<sup>۲</sup> در این سازوکارها پرسش‌های زیادی را با

۱. برخی از نویسندگان گفتمان عدالت تصالحو در ماده ۱ قانون آیین دادرسی کیفری را شیوه‌ای کهن در حقوق کیفری ایران دانسته‌اند که در کنار میانجیگری به اصلاح ذات‌البین و حل اختلاف کیفری بین متهم و شاکی می‌پردازد (ر.ک: نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۶: ۶۰۵). به نظر می‌رسد این گفتمان را باید به سازش میان مقام قضایی و متهم یعنی قراردادی شدن عدالت کیفری که معلق کردن دعوای کیفری را در قبال انجام برخی دستورهای قضایی توسط متهم به دنبال دارد، نیز تسری داد.

۲. حقوق دفاعی که رعایت آن‌ها در مقررات مختلفی تضمین گردیده، عبارت است از مجموعه امتیازاتی که به موجب آن برای متهم امکان مؤثر دفاع از خود در فرایند رسیدگی کیفری تضمین می‌شود (Coknu, 2005). این حقوق به ویژه عبارت‌اند از: آگاهی یافتن از موضوع و علت اتهام، امکان دفاع از اتهام توسط خود و یا وکیل مدافع، رعایت اصل ترافعی و حق بر مصونیت در برابر خوداتهامی.

توجه به ماهیت این گونه از رسیدگی‌ها به دنبال داشته است؛ از جمله اینکه: آیا حق دفاع بر حسب شیوه‌های مختلف رسیدگی متفاوت است؟ آیا در رسیدگی‌های کیفری کلاسیک<sup>۱</sup> حقوق دفاعی متهم نسبت به رسیدگی‌های اختصاری بهتر رعایت می‌گردد؟ آیا انتخاب یکی از شیوه‌های سریع حل اختلاف کیفری می‌تواند حقوق دفاعی متهم را تحت تأثیر قرار دهد؟ آیا - به عنوان نمونه - چگونگی مداخله وکیل مدافع می‌تواند از نظر ماهیت و یا اجرای حقوق دفاعی متهم در این نوع سازوکارها متفاوت باشد؟

پاسخ به این پرسش‌ها مهم می‌نماید؛ زیرا رابطه میان حقوق دفاعی و جایگزین‌های تعقیب بیش از آنکه با یکدیگر همخوانی داشته باشند، بیانگر تقابل و تناقض میان این دو هستند؛ زیرا میزان موفقیت جایگزین‌های تعقیب غالباً بستگی به عدم رعایت برخی از حقوق دفاعی دارد. در واقع، حقوق دفاعی در جایگزین‌های تعقیب بیشتر جنبه شکلی و تشریفاتی دارد تا اساسی و بنیادی. بدین سان، این پرسش نیز مطرح است که آیا تضاد متقابل یا جدال میان دو مفهوم حقوق دفاعی و جایگزین‌های تعقیب را می‌توان به نفع یک سیاست جنایی عملگرا حل و فصل نمود؟ (Saas, 2015: 69).

در این نوشتار، مطالعه حقوق متهم در جایگزین‌های تعقیب در معنای وسیع آن، که شامل تمامی سازوکارهایی می‌شود که قانون‌گذار میان بایگانی ساده پرونده و دادرسی‌های عادی یعنی ارسال پرونده از سوی دادسرا به دادگاه با صدور کیفرخواست به منظور رسیدگی ترافعی پیش‌بینی کرده است، نیست؛ بلکه صرفاً به بررسی دو سازوکار جایگزین تعقیب پیش‌بینی شده در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، یعنی میانجیگری کیفری (متهم - شاکی) و تعلیق تعقیب که نوعی عدالت قراردادی (سازش کیفری میان مقام قضایی و متهم) است، پرداخته خواهد شد. در قسمت الف از حق‌های متهم در طول فرایند میانجیگری سخن به میان می‌آید و در قسمت ب حق‌های

۱. در مدل دادرسی‌های عادی، فرایند کیفری صحنه مبارزه و پیکار میان بزهدار، بزه‌دیده و کنشگران عدالت کیفری (پلیس، دادستان، بازپرس و...) است. در این دونل و مبارزه که امروز می‌توان از آن به یک مسابقه تعبیر نمود، هریک از طرف‌ها به دنبال کشف حقیقت و اقناع وجدانی قاضی هستند. (Jean Pradel defence penale et regim de procedure, 2009: 30). در این مدل دادرسان دادسرا و دادگاه سرنوشت تعقیب، تشخیص مجرمیت و مجازات بزهدار را بر عهده داشته و بنابراین اراده طرف‌های دعوی نمی‌تواند تأثیری در حل و فصل دعوی کیفری داشته باشد.

متهم در فرایند سازش با مقام قضایی (تعلیق تعقیب) مورد بررسی قرار می گیرند.

## ۱. حق های متهم در میانجیگری کیفری

هدف آیین دادرسی کیفری در گفتمان سیاست جنایی قانون گذار در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، متحول شده و در کنار عدالت کیفری کلاسیک که ناظر به منافع جامعه از گذر کیفر سریع و حتمی همه جرمهاست به میانجیگری به عنوان یکی از برنامه های «عدالت ترمیمی» و «صلح میان طرفین» به عنوان نمادی از «عدالت کیفری تصالیحی» نیز معطوف شده است. به این ترتیب، ماده ۱ این قانون، میانجیگری را به عنوان یکی از شیوه های حل اختلاف ناشی از جرایم پیش بینی کرده و سپس در مواد ۸۲، ۸۳ و ۸۴ همان قانون و آیین نامه میانجیگری مصوب ۱۳۹۵/۸/۲۶ آن را ضابطه مند نموده است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۶: ۶۱۹).

بر پایه ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، رسیدگی و حل اختلاف ناشی از ارتکاب پاره ای از جرایم تعزیری (درجه ۶، ۷ و ۸) از رهگذر میانجیگری کیفری، ممکن شده است. بدین سان با رویکرد به نظام «موقعیت یا اقتضاء داشتن تعقیب»، به دادستان (در جرایم تعزیری درجه شش) و دادرس دادگاه (در جرایم تعزیری درجه هفت و هشت) این اختیار اعطاء شده تا از طریق میانجیگر، زمینه مذاکره برای جبران خسارت های ایجاد شده و در نتیجه حل و فصل اختلاف کیفری و صلح و سازش میان طرف های اختلاف و دعوی کیفری فراهم شود. با توجه به شناسایی این سازوکار جدید در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، این پرسش مطرح می شود که آیا رعایت تشریفات دادرسی منصفانه در فرایند میانجیگری الزامی است؟ در این زمینه، به دو صورت پاسخ داده شده است: بر طبق دیدگاه نخست (Cadiet, 2001)، دلیلی بر گسترش تشریفات معمول در فرایند کیفری کلاسیک<sup>۱</sup> به سازوکارهای جایگزین تعقیب وجود ندارد؛ زیرا هدف اصلی در

۱. این تشریفات به عنوان نمونه عبارت اند از: اصل براءت، اصل استقلال و بی طرفی مرجع رسیدگی کننده، علنی بودن رسیدگی، مهلت معقول دادرسی، اصل لزوم اطلاع از اتهام و دلایل آن در کوتاه ترین زمان ممکن، حق برخورداری از معاضدت وکیل مدافع و خدمات مترجم رایگان، برابری امکانات رفاهی طرف های دعوی، اصل قابل تجدیدنظر بودن آراء و تصمیمات و ...

این فرایندها دسترسی به سازش و مصالحه و پایان دادن به خصومت طرفین بدون مراجعه به دادگاه است. در این برداشت، قلمرو رعایت دادرسی منصفانه بر طبق اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای حقوق بشری صرفاً مربوط به «دادگاهی»<sup>۱</sup> است که به موجب قانون تأسیس شده باشد (ساقیان و موسوی، ۱۳۹۶: ۶۳۵)؛ در حالی که در فرایندهای صلح و سازش این ویژگی وجود نداشته و طرف‌های اختلاف کیفری با حضور و مداخله میانجی در خارج از «دادگاه» به گفتگو و حل اختلاف می‌پردازند.

اما در نگرشی دیگر، رعایت تشریفات دادرسی منصفانه در روش‌های جایگزین حل اختلافات کیفری ضروری است؛ زیرا برخی از این تشریفات به میزانی اهمیت دارند که نمی‌توان در فرایند جایگزین‌های تعقیب از جمله میانجیگری کیفری از آن‌ها چشم پوشید. وانگهی، واژه «دادگاه» دارای معنای عام و مستقلی است که شامل هر نهادی می‌شود که وظیفه فیصله دادن به یک اختلاف را بر اساس قواعد و مقررات حقوقی و در پایان یک رسیدگی سازماندهی شده و در چارچوب صلاحیت خود بر عهده دارد.<sup>۲</sup> به نظر می‌رسد رویکرد دوم با بنیان‌های دادرسی منصفانه سازگارتر باشد؛ زیرا دسترسی به صلح و سازش نباید زمینه‌ای برای تضییع حقوق طرف‌ها به ویژه متهم به شمار آید (Saghian, 2009: 520). تضمینات مربوط به حقوق دفاعی متهم در عرصه میانجیگری را می‌توان در دو دسته تضمینات مربوط به طول فرایند میانجیگری، و تضمینات ناظر به پایان فرایند میانجیگری مورد مطالعه قرار داد.

## ۱-۱. تضمینات ناظر بر طول فرایند میانجیگری

در عرصه میانجیگری، شناسایی برخی حقوق متهم ضروری به نظر می‌رسد. «حق برخورداری از شرایط یکسان» و «حق برخورداری از وکیل» از جمله شاخص‌ترین این

۱. به عنوان نمونه بند ۱ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ مقرر می‌دارد: همه در مقابل دادگاه‌ها و دیوان‌های دادگستری متساوی هستند. هر کس حق دارد به اینکه به دادخواهی او منصفانه و علنی در یک دادگاه صالح مستقل و بی‌طرف تشکیل شده طبق قانون رسیدگی بشود و آن دادگاه درباره حقانیت اتهامات جزایی علیه او یا اختلافات راجع به حقوق و الزامات او در مورد مدنی اتخاذ تصمیم بنماید....

2. Cour EDH. 22/10/1984, Srameek c./ Autriche; Cour EDH, 27/8/1991, Demicoli, c./ Malte.

حق‌ها هستند که اسباب منصفانه‌سازی تدابیر و اقدام‌ها را در فرایند میانجیگری فراهم می‌آورند.

### ۱-۱-۱. حق بر بهره‌مندی از شرایط یکسان

در ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، در جرم‌های تعزیری درجه شش، هفت و هشت امکان حل و فصل دعاوی کیفری از رهگذر میانجیگری کیفری در مواردی که توافق میان طرفین بزهکاری وجود دارد، شناسایی و پیش‌بینی شده است. با وجود این، مقررات مزبور استفاده از این روش را به اراده مقام‌های قضایی نیز وابسته نموده و این قضات به موجب اصل موقعیت داشتن تعقیب از ارزیابی مورد به مورد دعاوی کیفری می‌توانند نسبت به ارجاع یا عدم ارجاع این جرم‌ها به میانجیگری کیفری تصمیم بگیرند. البته در ماده ۸۲، هدف‌ها و معیارهایی که بر اساس آن مقام‌های قضایی پس از ارزیابی آن‌ها از این روش برای پاسخ‌دهی به این دسته از جرایم بهره‌جویند، پیش‌بینی نشده است. به این ترتیب، استفاده از این راهبرد بر اساس معیارهای متعددی از قبیل موقعیت جغرافیایی و ویژگی خاص هر حوزه قضایی، شیوه‌های مختلف بزهکاری، اوضاع و احوال ارتکاب جرم، وضعیت فردی و محیطی متهم و امکانات مادی، نظم و مصلحت عمومی، سلیقه، امکانات و اولویت‌های کاری مربوطه، می‌تواند رویه‌های مختلفی را پدیدار سازد.

در این میان، مؤلفه سلیقه مقام‌های قضایی در خصوص جهت‌گیری و استفاده از این نهاد دارای اهمیت دوچندان است و بنابراین، ارتباط و نوع تعامل مقام تعقیب با اشخاص و مؤسسات میانجیگر می‌تواند افزایش رسیدگی به اختلاف کیفری از طرفین میانجیگری را به دنبال داشته باشد. بدین‌سان استفاده از این سازوکار می‌تواند اسباب تبعیض میان اشخاصی را که در شرایط مساوی به سبب ارتکاب جرایم مشابه تحت تعقیب قرار گرفته‌اند، فراهم سازد.<sup>۱</sup>

۱. به موجب ماده ۲ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲: دادرسی کیفری باید مستند به قانون باشد، حقوق طرفین دعوی را رعایت کند و قواعد آن نسبت به اشخاصی که در شرایط مساوی به سبب ارتکاب جرایم مشابه تحت تعقیب قرار می‌گیرند، به صورت یکسان اعمال گردد.

## ۱-۲-۱. حق بر داشتن وکیل

تبصره ۱ ماده ۱۷ آیین‌نامه میانجیگری ۱۳۹۵، حضور وکیل مدافع را پیش‌بینی کرده است. با وجود این، در خصوص امکان حضور وکلای طرفین در فرایند میانجیگری کیفری، پرسش‌های زیادی مطرح شده که در پاسخ به این پرسش‌ها، دیدگاه‌های متفاوتی شکل گرفته است. در این راستا و به موجب یک نگرش (Stasi, 1992: 49)، فرایند میانجیگری، فرایند کیفری محسوب نمی‌شود تا در جریان آن، تعقیب متهمان و گردآوری دلیل جهت اثبات دعوای کیفری موردنظر باشد. بنابراین، حضور وکیل در میانجیگری می‌تواند با برخی از آثار منفی همراه باشد:

نخست اینکه حضور وکیل، فرایند میانجیگری را به یک فرایند کیفری که صحنه مبارزه و پیکار بین طرف‌های اختلاف کیفری است، تبدیل می‌کند؛ به نحوی که وکلای بزه‌دیده و متهم همانند وظیفه و مأموریت دفاعی خود در یک فرایند کیفری، تنها به دنبال اثبات ادعای خود هستند.

دوم اینکه حضور وکلا باعث تداخل در وظیفه و مأموریت میانجیگر می‌شود و به‌عنوان مانعی امکان ارتباط و تعامل مستقیم میان میانجیگر و طرف‌های دعوای کیفری را از بین می‌برد. میانجیگر با برقراری مذاکرات و ارتباط مستقیم با طرف‌ها، بهتر می‌تواند دعوای کیفری را فیصله دهد.

سوم اینکه در مواردی که صرفاً یکی از دو کنشگر جرم از همراهی وکیل بهره‌مند است. توازن میان طرفین بر هم می‌خورد و بنابراین احتمال موفقیت میانجیگری را کاهش دهد.

در مقابل، نگرش دومی (Voision, 2002: 49) وجود دارد که بر حضور وکیل در فرایند میانجیگری تأکید می‌ورزد. در پرتو این نگرش، حضور وکیل بهتر می‌تواند حقوق طرفین را تضمین کند. این حضور در جریان میانجیگری مانع از این می‌شود که طرف‌ها بدون در نظر گرفتن منافع خود، تمامی پیشنهادات را بپذیرند. در واقع، وکلا صرفاً بر آثار حقوقی تعهدات مختلف طرف‌ها و همچنین حقوقی که آن‌ها در این فرایند از آن برخوردارند، تأکید می‌ورزند. افزون بر این، حضور وکلا در میانجیگری کیفری به‌عنوان یک مشاور موردنظر است که با همکاری و تعامل با میانجی، سعی در سازش و



مصالحه طرف‌ها و پایان دادن به خصومت دارند. وانگهی، در مواردی که صرفاً یکی از کشگران با وکیل خود حاضر می‌شود، بر عهده شخص میانجی است که به عنوان نماینده جامعه، در چارچوب اصل بی طرفی و حفظ حقوق و منافع هر دو طرف، بر فرایند میانجیگری نظارت نموده و در ایجاد توازن و دادن امکانات برابر به طرف‌های اختلاف کیفری تلاش کافی نماید (Segnarbieux, 2004).

در این میان، می‌توان از نگرش سومی (Mbazoulou, 2012: 65) دفاع نمود که سعی بر جمع میان دو دیدگاه پیش گفته دارد. در پرتو این رویکرد، از نقطه نظر عملی، حضور وکلا در جلسه مقدماتی و همچنین جلسه‌ای که منجر به امضای توافق‌نامه می‌گردد مفید به نظر می‌رسد؛ زیرا در این دو جلسه است که مسائل صرفاً حقوقی مطرح شده و وجود تعهدات حقوقی، حضور وکلا را ضروری می‌سازد؛ اما در جلسات مربوط به رویارویی طرف‌ها، حضور وکیل یا وکلا می‌تواند فضا و بستر جلسات صلح و سازش را تغییر داده و آن را به محیط دفاع دعاوی در یک فرایند کیفری تبدیل نماید و بنابراین، امکان صلح و سازش را دشوار نماید. افزون بر این، حضور وکلا باعث می‌شود که طرف‌های اختلاف در آنچه که می‌خواهند بیان کنند، آزاد نباشند و در نتیجه، فرایند میانجیگری را که هدف آن حل و فصل دعاوی کیفری بوده، به یک فرایند کیفری تبدیل کنند. این وضعیت، به ویژه زمانی که یکی از طرف‌ها به همراه وکیل خود در جلسه حاضر می‌شود، بسیار مشهود است؛ زیرا وضعیت طرفین از تعادل خارج می‌شود و یافتن راه حل در این مواقع دشوار خواهد بود.

به نظر می‌رسد این دیدگاه با اهداف میانجیگری سازگارتر باشد و بنابراین حضور وکلا در تمام فرایند میانجیگری کیفری ضروری نباشد و ارزیابی خسارت وارده، تعیین مبلغ خسارات و ضرر و زیان و چگونگی پرداخت آن و نیز برخی تقاضاهای نمادین بزه‌دیده که می‌تواند باعث لطمه به اصل برائت شود، مانند پذیرفتن بزهکاری و اقرار کتبی شخص تحت اتهام به ارتکاب بزه، حضور وکیل را در اولین جلسه و در بحث‌های مقدماتی، به منظور آگاه نمودن موکل از حقوق خود و ترغیب وی به انجام توافق و یا در صورت اقتضاء، رد آن را ضروری می‌سازد. همچنین حضور وکلا در پایان مذاکرات و قبل از امضای توافق‌نامه به منظور آگاهی بهتر طرف‌ها از نتایج و آثار حقوقی

به دست آمده در میانجیگری لازم به نظر می‌رسد.

## ۲-۱. حق‌های ناظر به پایان فرایند میانجیگری

مأموریت میانجیگری ممکن است به دو شکل به پایان برسد. گاه طرفین در پایان فرایند میانجیگری به توافق رسیده و دعوای کیفری خود را حل و فصل می‌نمایند و گاه در پایان فرایند توافقی میان کنشگران دعوای کیفری حاصل نمی‌شود و در نتیجه، میانجیگری به شکست می‌انجامد.

### ۱-۲-۱. موفقیت در میانجیگری

به موجب ماده ۸۳ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، نتیجه میانجیگری به صورت مشروح و با ذکر ادله، صورت مجلس شده و به امضای میانجی و طرف‌ها می‌رسد. در مورد موفقیت میانجیگری، تعهدات طرف‌ها و چگونگی انجام آن‌ها باید در صورت مجلس ذکر و به همراه پرونده برای بررسی و اقدامات بعدی حسب مورد نزد مقام قضایی مربوط ارسال شود. از منظر حقوق تطبیقی، در حقوق فرانسه در کنار صورت مجلس توافق، شخص میانجی نیز گزارش کوتاهی در خصوص رفتارهای طرف دعوی در طول فرایند کیفری بدون اینکه هیچ گونه ارزیابی و ملاحظات شخصی در این خصوص ارائه نماید، تهیه و به ضمیمه صورت مجلس توافق به دادسرا ارسال می‌نماید (Ibid). تهیه این گزارش با این کیفیت، اگرچه برای رعایت بی طرفی میانجیگر است، با عنایت به اینکه بازگشت پرونده نزد مقام قضایی به منظور بررسی و تأیید اقدامات صورت گرفته، دارای آثار حقوقی مهمی برای طرفین به ویژه متهم می‌باشد، از اهمیت زیادی برخوردار است. بدین ترتیب «ماهیت حقوقی توافق طرف‌های دعوی» و «آثار این توافق بر سرنوشت دعوای عمومی» باید مورد بررسی قرار گیرد.

### ۱-۱-۲-۱. ماهیت حقوقی توافق طرف‌های دعوی

مقررات مواد ۸۱ و ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، در خصوص ماهیت حقوقی صورت مجلس توافق، صراحتی ندارد. در واقع، قانون‌گذار در خصوص جرایم قابل گذشت از واژه «گذشت شاکی» و در خصوص جرایم غیر قابل گذشت از

واژه‌های «گذشت شاکی»، «جبران خسارت شاکی» و یا «توافق راجع به پرداخت آن» استفاده نموده است. در این چارچوب به موجب بند چ ماده ۱ آیین‌نامه میانجیگری در امور کیفری ۱۳۹۵، صورت‌مجلس سازش عبارت است از: «متنی که به امضاء میانجیگر و طرفین اختلاف می‌رسد و در آن جزئیات توافق طرفین از جمله حقوق و تکالیف آن‌ها به روشنی مورد تصریح قرار می‌گیرد». به این ترتیب و بر اساس این ماده، صورت‌جلسه سازش میانجیگری دارای ماهیت قراردادی است که در آن، جزئیات توافق، حقوق و تکالیف طرف‌ها به روشنی تصریح می‌شود. بدین‌سان می‌توان اصول حاکم بر قراردادهای از جمله اصل لزوم و اصل صحت را در آن جاری دانست و جز در موارد تصریح شده در قانون، طرف‌ها را پایبند به تعهدات خود دانست.

با وجود این، با توجه به اینکه قانون‌گذار به شکل صریح از اعتبار صورت‌جلسه سازش و تأثیر آن بر دعوای عمومی و خصوصی خودداری ورزیده، در نتیجه، وضعیت متهم را پس از امضای صورت‌مجلس سازش در هاله‌ای از ابهام قرار داده است. از این رو، این پرسش مطرح می‌شود که آیا در صورت عدم انجام تعهدات از سوی متهم، صرفاً بزه‌دیده می‌تواند از طریق مرجع صالح یعنی دادگاه حقوقی، الزام متهم به انجام تعهدات خود را درخواست نماید و یا درخواست ادامه تعقیب کیفری متهم در این خصوص امکان‌پذیر است؟

در این مورد می‌توان به دو شکل پاسخ داد. نخست آنکه اگرچه میانجیگری با موفقیت همراه بوده و ذکر تعهدات طرف‌ها و چگونگی انجام آن‌ها دارای ماهیت حقوقی است، با توجه به عدم انجام تعهدات از سوی متهم، بزه‌دیده می‌تواند با مراجعه به مقام قضایی، تعقیب دعوای عمومی را که در نتیجه موفقیت میانجیگری متوقف شده، درخواست نماید. به نظر می‌رسد که قانون‌گذار این روش را در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ به رسمیت شناخته است که به موجب قسمت پایانی ماده ۸۲ این قانون:

«... در صورت عدم اجرای تعهدات مورد توافق از سوی متهم بدون عذر موجه، بنا به درخواست شاکی یا مدعی خصوصی، قرار تعقیب را لغو و تعقیب را ادامه می‌دهد.»

به این ترتیب، بر اساس این مقررات، لغو قرار تعلیق تعقیب وابسته به درخواست شاکی یا مدعی خصوصی شده که نشان می‌دهد منظور از عدم اجرای تعهدات، تکالیفی است که متهم در فرایند میانجیگری به عهده می‌گیرد و در صورت جلسه‌ی سازش تصریح می‌شود. دوم آنکه مقصود قانون‌گذار از عدم اجرای تعهدات مورد توافق از سوی متهم بدون عذر موجه، ناظر به تعهداتی است که متهم با رعایت تبصره‌های ماده ۸۱ این قانون از سوی مقام قضایی مکلف به انجام آن می‌شود؛ زیرا با امضای صورت‌جلسه‌ی سازش توسط طرف‌ها در فرایند کیفری، سرنوشت جنبه‌ی خصوصی جرم مشخص شده و با توجه به گذشت ناپذیر بودن جرم، صرفاً امکان معلق ساختن دعوای عمومی از سوی مقام قضایی وجود دارد. به این ترتیب، در صورت عدم انجام تعهدات مربوط به فرایند سازش در میانجیگری، شاکی صرفاً حق خواهد داشت از طریق مرجع صالح نسبت به الزام متهم به انجام تعهدات خود اقدام کند.

در این میان به نظر می‌رسد که دیدگاه دوم با اصول و مبانی آیین دادرسی کیفری سازگارتر باشد؛ زیرا در زمینه‌ی جرم‌های گذشت ناپذیر با توجه به ماده ۸۲، دو نوع توافق از سوی مرتکب درباره‌ی چگونگی تعیین سرنوشت دعوای کیفری قابل انجام است: نخست، گفتگو و توافق که میان بزه‌دیده و بزه‌کار در زمینه‌ی تعیین سرنوشت دعوای کیفری صورت می‌گیرد و از رهگذر میانجیگری کیفری، طرف‌ها نسبت به سازش و مصالحه و پایان دادن خصومت اقدام می‌نمایند که بدون تردید این توافق و سازش مربوط به جنبه‌ی خصوصی دعوی است و اراده‌ی آنان نمی‌تواند تأثیر مستقیم بر جنبه‌ی عمومی جرم داشته باشد. دوم، توافق میان مقام قضایی و متهم که به دنبال موفقیت در میانجیگری صورت می‌پذیرد و می‌تواند دعوای کیفری را تعلیق نماید. گفتنی است که در این رویکرد، قاعده‌ی مهم منع تعقیب مجدد نیز به نحوی رعایت می‌شود؛ زیرا با موافقت متهم، مقام قضایی به مناسبت و با توجه به وضع اجتماعی و سوابق زندگی و به‌ویژه خصوصیات روانی این دسته از متهمان، همزمان با کنارگذاری تعقیب دعوای کیفری، متهم را به اجرای برخی دستورها مکلف می‌سازد. بدیهی است با انجام این تعهدات از سوی متهم که در برابر تعلیق دعوای عمومی صورت پذیرفته و عدم ارتکاب جرم جدید در مدت تعلیق، تعقیب برای همیشه متوقف می‌شود.

## ۲-۱-۲. آثار توافق بر سرنوشت دعوای عمومی

موفقیت در میانجیگری کیفری با توجه به جرم ارتکاب یافته می‌تواند آثار متفاوتی داشته باشد. همان گونه که ملاحظه گردید، در جرائم غیر قابل گذشت، مقام قضایی می‌تواند با لحاظ گذشت شاکی نسبت به صدور قرار تعلیق دعوای کیفری اقدام نموده و یا بر اساس حیثیت جنبه عمومی بزه تصمیم‌گیری نماید. این رویکرد قانون‌گذار با اصول و موازین آیین دادرسی کیفری سازگاری دارد؛ زیرا در پهنه آیین دادرسی کیفری تفکیک میان دعوای عمومی و دعوای خصوصی به رسمیت شناخته شده است و بنابراین، آنچه در جریان فرایند میانجیگری مورد سازش و مصالحه قرار می‌گیرد، دعوای خصوصی و ضرر و زیان ناشی از جرم بوده که مطالبه آن بر عهده بزه‌دیده - شاکی است. بر این اساس، در صورت حصول موفقیت در میانجیگری، دعوای عمومی کماکان به قوت خود باقی خواهد ماند؛ ولی در خصوص جرائم قابل گذشت، موفقیت در میانجیگری که با گذشت شاکی همراه است، باعث صدور قرار موقوفی تعقیب کیفری خواهد شد.

## ۲-۱-۲. شکست در میانجیگری کیفری

در صورتی که فرایند میانجیگری کیفری با موفقیت سپری نشود، موجبات ادامه تعقیب کیفری فراهم می‌شود. در این خصوص میانجیگر نتیجه اقدامات خود را به طور مشروح، به همراه ادله و موجبات مربوط به شکست میانجیگری طی صورت‌مجلس برای بررسی و تأیید و اقدامات بعدی نزد مقامات تعقیب ارسال می‌کند. بدین ترتیب صرفاً مقام تعقیب است که می‌تواند پس از بررسی لازم با لحاظ شکست میانجیگری و وجود سایر شرایط مربوط به تعقیب دعوای کیفری تصمیم بگیرد که آن را مجدداً به جریان اندازد. البته در پرتو فرض بی‌گناه بودن در صورت ارسال پرونده به دادگاه، اظهارات طرف‌های میانجیگری به ویژه متهم در صورت مجلس تنظیم شده توسط میانجیگر جز با موافقت او نمی‌تواند مورد استناد مقام رسیدگی کننده قرار گیرد. در همین چارچوب رویه قضایی کشور فرانسه عقیده دارد که این ملاحظه‌ها نمی‌توانند در مرجع قضایی دیگر نیز مورد استناد قرار گیرند (Boptiste, 2013: 19).

### ۳-۱. تضمینات مربوط به ویژگی‌های میانجیگر

به طور کلی می‌توان تضمینات مربوط به میانجیگر را در سه دسته کلی استقلال، بی‌طرفی میانجیگر و رعایت اصل محرمانگی توسط این شخص مورد بررسی قرار داد.

#### ۱-۳-۱. استقلال میانجیگر

به منظور رعایت حقوق طرف‌ها در فرایند میانجیگری، شخص میانجی باید ویژگی‌هایی داشته باشد. توصیه‌نامه<sup>۱</sup> ۹۹ (۱۹) شورای اروپا بر بی‌طرفی شخص میانجیگر تأکید ورزیده است. به موجب این متن:

«اصول اساسی مربوط به میانجیگری شامل هر فرایندی است که به بزه‌دیده و متهم اجازه می‌دهد که به طور فعال در زمینه یافتن یک راه حل برای پایان دادن به خصومت کیفری و بر پایه تصمیم‌گیری آزادانه با کمک یک شخص ثالث بی‌طرف (میانجیگر) شرکت نمایند».

در کشور فرانسه به موجب برخی بخشنامه‌ها، قضات دادسرا، وکلا، کارشناس قضایی، منشی، مشاور حقوقی یا قاضی مشاور یا مدیر دفتر مراجع قضایی یا اداری نمی‌توانند عهده‌دار میانجیگری شوند.

ناگفته پیداست که اصل سلسله مراتب دادسرا، احتمال تأثیرگذاری بر روی این افراد و خروج آن‌ها از بی‌طرفی را به همراه دارد و به این ترتیب، دادستان نمی‌تواند ارجاع به میانجیگری را به این افراد واگذار نماید. بر همین اساس، نویسندگان آیین‌نامه<sup>۲</sup> میانجیگری در امور کیفری ۱۳۹۵، از گذر تبصره ماده ۱۱ مقرر نموده‌اند:

«کارشناسان شاغل در قوه قضاییه اعم از قضایی و اداری و همچنین ضابطان دادگستری نمی‌توانند میانجیگر یا متقاضی ایجاد مؤسسه میانجیگری شوند».

همچنین ضرورت رعایت بی‌طرفی میانجیگر در قانون شورای حل اختلاف نیز به رسمیت شناخته شده است. در این راستا، به موجب ماده هفت این قانون:

«قضات، کارکنان دادگستری، وکلا و مشاوران حقوقی، کارشناسان رسمی دادگستری و کارکنان نیروهای نظامی و انتظامی جمهوری اسلامی ایران و نیروهای اطلاعاتی تا زمانی که در سمت‌های شغلی خود هستند، حق عضویت در شورا را ندارند».

به این ترتیب، ملاحظه می‌شود که تدوین‌کنندگان مقررات مذکور با توجه به ماده یک این قانون که هدف از تشکیل شوراها را حل اختلاف و صلح و سازش میان اشخاص دانسته‌اند، حق عضویت افراد مزبور در شورا را به منظور وجود هر گونه سلسله مراتب سلب نموده‌اند.

### ۱-۳-۲. بی‌طرفی میانجیگر

اصل استقلال و بی‌طرفی مراجع رسیدگی‌کننده در اسناد مختلف بین‌المللی کیفری و حقوق بشری مانند میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی که ایران نیز به آن ملحق شده، پیش‌بینی گردیده است. این دو اصل بنیادین که از مؤلفه‌های دادرسی منصفانه به‌شمار می‌آیند، در ماده ۳ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ نیز مورد توجه قرار گرفته‌اند. بی‌تردید اصل بی‌طرفی مقام قضایی به عنوان یک اصل راهبر در آیین دادرسی کیفری شامل میانجیگر نیز می‌شود؛ زیرا اصل انصاف در رسیدگی‌ها ناظر به فرایند میانجیگری نیز بوده و بدین‌سان، میانجی باید در طول فرایند میانجیگری در رفتار خود با طرف‌های اختلاف، بی‌طرفی را رعایت نموده و از رفتارها و اقداماتی که موجب تقویت وضعیت یک طرف یا تضعیف موقعیت طرف دیگر باشد، خودداری ورزد. همچنین هر گاه به جهاتی از جمله روابط خویشاوندی و یا آشنایی میانجی با طرف‌های دعوی، احتمال خروج وی از بی‌طرفی در پرونده‌ای که به او ارجاع شده، وجود داشته باشد، باید مقام قضایی ارجاع‌کننده را از این امر آگاه سازد تا شخص دیگری وظیفه میانجیگری را عهده‌دار گردد.

بنابراین به نظر می‌رسد که حق طرف‌های میانجیگری (بزه‌کار - بزه‌دیده) مبنی بر آگاه شدن از برخی اطلاعات مفید در خصوص شخصیت و شایستگی شخص میانجیگر باید به رسمیت شناخته شود؛ چه اینکه در پرتو آن، بی‌طرفی کامل و در نتیجه شایستگی میانجیگر تضمین و کنترل می‌گردد.

### ۱-۳-۳. اصل محرمانگی میانجیگری

کمیته وزرای دولت‌های عضو شورای اروپا از رهگذر توصیه‌نامه شماره ۱۹(۹۹)R محرمانه بودن گفتگوهای صورت گرفته در میانجیگری و حفظ آن‌ها را در برابر هر گونه

استفاده بعدی بدون توافق طرفین مورد شناسایی قرار داده است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۴: ۵)؛ به این جهت که فضای لازم برای گفتگو و اظهارنظر آزادانه طرف‌ها در طول فرایند کیفری به وجود آید. همچنین بر پایه بند ۱۴ از اصول اساسی سازمان ملل متحد: «بحث در فرایندهای تعقیبی که به صورت عمومی صورت نمی‌گیرد، باید محرمانه باشد و متعاقب آن نیز نباید افشا شود، مگر با توافق طرفین یا در مواردی که به موجب قانون داخلی لازم باشد».

اما از آنجایی که میانجی در برخی موارد، جزئیات اظهارات و رفتار طرفین را در طول میانجیگری به همراه نتایج آن در قالب صورت جلسه تنظیم می‌نماید، این پرسش مطرح می‌شود که آیا الزام به انتقال این صورت جلسات که در پرتو اعتماد به میانجیگر ابراز گردیده، به مقام قضایی وجود دارد؟ (غلامی و مقدم، ۱۳۹۶: ۱۷۹-۲۰۲). آیا ملاحظه‌های میانجیگر و اظهارات طرفین را که در صورت جلسه درج گردیده است، می‌توان در رسیدگی‌های بعدی مورد استفاده قرار داد؟ در کشور فرانسه با توجه به اصل محرمانه بودن میانجیگری و به موجب قوانین موجود،<sup>۱</sup> پاسخ به این پرسش منفی است. در همین چارچوب، دیوان عالی کشور فرانسه<sup>۲</sup> در یکی از آرای خود با این استدلال که ملاحظه‌های مربوط به میانجیگر بدون توافق طرفین قابل توضیح و انتقال در یک رسیدگی دیگر نمی‌باشد، صادر شده بود، رأی صادره از یکی از شعب دادگاه تجدیدنظر را نقض می‌نماید. با وجود این، دیوان عالی این کشور در یک تغییر رویه، اصل محرمانگی در میانجیگری را که به موجب قانون به رسمیت شناخته است، قابل اعمال در عرصه آیین دادرسی کیفری نمی‌داند. به عقیده این مرجع، توضیح و شهادت میانجی در ادامه جریان فرایند کیفر در تعارض با اصل محرمانگی نبوده و در چارچوب

۱. ماده ۲۴ قانون شماره ۹۵-۱۲۵ مصوب ۶ فوریه ۱۹۹۵.

Décret no 2001 - 71 du 29 janvier 2001 modifiant le code de procédure pénale (deuxième partie: Décrets en Conseil d'État) et relative aux délégués et aux médiateurs du procureur de la République et à la composition pénale, JO, du 30 janvier 2001, p. 1595.

2. Cass, Crim., 12 mai 2004: Bull. Crim. no 121, p. 466; Gaz, Pal. no 356 - 357, 21 - 22 décembre 2004, p. 22, note MONNET.



اصل کشف حقیقت، وی را ملزم به حضور و ارائه آن می‌کند.

اصل محرمانگی، در پهنه آیین دادرسی کیفری ایران در مواد ۱۹ و ۲۱ آیین‌نامه میانجیگری پیش‌بینی شده؛ اما تعارض این اصل با اصل کشف حقیقت که به عنوان یکی از اصول راهبردی مربوط به حمایت از نظم عمومی جامعه به رسمیت شناخته شده، آشکار است؛ زیرا از یک سو به موجب مقررات فوق‌الذکر اصل محرمانگی مورد توجه قرار گرفته و بر حفظ کلیه مطالب و اظهارات طرف‌ها در میانجیگری تأکید گردیده و از سوی دیگر، اصل کشف حقیقت، میانجیگر را در مواردی که حضور و یا تحقیق از وی برای روشن شدن موضوع لازم است، مکلف به پاسخ‌دهی می‌نماید.

بر این اساس به نظر می‌رسد میانجی نقش اساسی در حفظ رعایت اصل محرمانگی را ایفاء نماید. این مقام می‌تواند با استفاده از تخصص، تجربه و مهارت خود، ابتکارهای مناسب را در برقراری تعادل میان اصل محرمانگی و اصل کشف حقیقت به کار برد. به این ترتیب، تنظیم صحیح صورت‌جلسه میانجیگری می‌تواند تا اندازه زیادی محرمانه بودن فرایند میانجیگری را تضمین نماید. با توجه به آنچه در ماده ۳۲ بند ۵ توصیه‌نامه شورای اروپا و ماده ۸۳ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ در مورد میانجیگری پیش‌بینی شده است، میانجی باید در پایان فرایند میانجیگری در صورت موفقیت‌آمیز بودن آن، نتایج حاصل از توافقات بین شاکی و متهم و چگونگی انجام آن‌ها و یا شکست میانجیگری را به همراه دلایل عدم توافق برای مقام قضایی مربوطه ارسال نماید.

## ۲. حق‌های متهم در تعلیق تعقیب

توافق میان دادرسی و متهم نخستین بار در اصلاحاتی با عنوان قانون «تسریع دادرسی و اصلاح قسمتی از قوانین آیین دادرسی کیفری و کیفر عمومی» در بهمن ۱۳۵۲ ذیل عنوان تعلیق تعقیب پذیرفته شد. ماده ۴۰ مکرر این قانون به دادستان اختیار می‌داد که در جرم‌های جنحه به استثنای جنحه‌های باب دوم قانون مجازات عمومی یعنی جرم‌های علیه امنیت داخلی و خارجی مملکت اگر متهم پیشینه محکومیت مؤثر کیفری نداشته و به جرم ارتكابی اقرار مقرون به واقع کند و شاکی یا مدعی خصوصی

نیز نداشته باشد، بتواند تعقیب کیفری او را معلق کند.

در سال ۱۳۵۶، قانون‌گذار به موجب ماده ۲۲ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری، با حذف آن قسمت از ماده ۴۰ مکرر که مقرر می‌داشت: «دادستان پس از صدور قرار تعلیق، پرونده را به دادگاه جنحه ارسال می‌کند، دادگاه جنحه در صورتی که قرار تعلیق را تأیید کند، قرار قطعی و در غیر این صورت طبق مقررات به موضوع رسیدگی خواهد کرد...»، هر گونه نظارت و کنترل مقام بالاتر را در مورد تصمیم چه بسا ناموجه دادستان در تعقیب، به کلی از میان برد (خزانی، ۱۳۷۷: ۱۱). بدین سان در پرتو یک توافق میان مقام تعقیب و متهم، تعقیب دعوای کیفری در صورت اقرار همراه با واقعیت متهم برای یک دوره مشخص به حالت تعلیق درمی‌آید. این شیوه از عدالت توافقی در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ متحول گردیده و به صورت مراقبتی درآمده است؛ چنان که بر خلاف نوع ساده تعلیق تعقیب قوانین پیشین که متهم صرفاً مکلف به عدم ارتکاب رفتارهای مجرمانه در دوره تعلیق بود، در ماده ۸۱ این قانون، متهم ملزم می‌شود تا در دوره تعلیق، دستورها و تدابیر پیش‌بینی شده در قرار تعلیق تعقیب صادره را انجام دهد.

این دستورها حسب مورد جنبه بازپرورانه، توان‌گیرانه و یا بزه‌دیده‌مدارانه دارد که تحمیل یک یا برخی از آن‌ها بر اساس پیشینه فردی - محیطی متهم بر او بار می‌گردد. در مقابل، مقام تعقیب نیز از به جریان انداختن دعوای عمومی صرف نظر کرده و آن را برای مدت مشخصی به حالت تعلیق درمی‌آورد. اما اعمال این دستورها به معنای سلب کلیه حق‌ها و تضمینات دفاعی متهم نبوده و در نتیجه، وی می‌تواند از ابتدا تا پایان این فرایند از برخی از حقوق دفاعی بهره‌مند گردد.

## ۱-۲. حق آگاهی از برخورداری وکیل

در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، حمایت از متهم در آغاز فرایند سازش با مقام تعقیب پیش‌بینی نشده است. در این میان، حق متهم مبنی بر آگاه شدن از داشتن وکیل در طول فرایند سازش از شاخص‌ترین حق‌ها به شمار می‌رود. زمانی که ذی‌نفع توسط مقام قضایی از پیشنهاد اجرای برخی دستوره‌های ماده ۸۱ در قبال قرار تعلیق تعقیب آگاه

می‌گردد، اقدام به آگاه نمودن شخص مبنی بر حق برخورداری از وکیل، پیش از اعلام قبولی وی به پیشنهاد مقام قضایی به منظور تقویت دستیابی به یک توافق آزاد، صریح و روشن ضروری به نظر می‌رسد. در پرتو این حق، متهم می‌تواند از مشورت‌های حقوقی و مساعدت‌های وکیل خود به منظور انتخاب میان تعلیق دعوی کیفری که نشان‌دهنده پذیرش بزهکاری است و قبول نکردن آن، که موجبات ادامه فرایند کیفری و در نتیجه بهره‌مندی از تضمینات ناشی از فرض بی‌گناه بودن را فراهم می‌سازد، استفاده کند.

افزون بر این، در صورت تصمیم به توافق، وکیل با توجه به تخصص خود و آشنایی با رویه قضایی می‌تواند در خصوص نوع و تناسب دستورهای پیشنهادی دادستان با توجه به افعال ارتكابی متهم و شخصیت او از یک سو، مشورت‌های حقوقی لازم را به موکل خود ارائه نموده و از سوی دیگر، این ملاحظه‌ها را به نظر مقام قضایی رسانده تا با توجه به وضعیت فردی و محیطی متهم و توانایی‌های او در خصوص انجام این دستورات، مناسب‌ترین دستور اتخاذ گردد. متأسفانه این حق حتی برای نابالغان و بالغان زیر هجده سال نیز در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ به رسمیت شناخته نشده است. با وجود این، با توجه به اینکه این دسته از متهمان در حال رشد قرار داشته و به خاطر ویژگی‌های فردی خود درکی درستی از ماهیت و مدت دستورهای پیشنهادی مقام قضایی نداشته و همچنین از اهلیت کامل برای قبول و اجرای این دستورها برخوردار نیستند، باید حق داشته باشند از مساعدت‌های وکیل استفاده کنند. بنابراین، تعلیق تعقیب دعوی کیفری آنگاه صورت می‌پذیرد که پیشتر کودکان و نوجوانان متهم از حق برخورداری از وکیل آگاه شده و توافق انجام‌شده در حضور وکیل و سرپرست قانونی آنان به دست آید.

بدین‌سان، مناسب‌تر بود که نویسندگان قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، این حق را برای شخص متهم پیش‌بینی می‌کردند تا از این رهگذر متهم بتواند در چارچوب یک توافق آزاد در خصوص چگونگی تعیین سرنوشت دعوی کیفری با مقام تعقیب گفتگو کند.

البته با توجه به اینکه قانون‌گذار در ماده ۶ قانون مذکور، حق آگاهی متهم از حقوق خود را در فرایند کیفری به عنوان یک اصل راهبر ضروری دانسته، شاید بتوان نتیجه گرفت که مقام قضایی مکلف است ذی‌نفع را از این حق آگاه سازد. حتی می‌توان

از این فراتر رفته و در صورت عدم تفهیم این حق از سوی مقام قضایی که می‌تواند لطمه‌آسایی به منافع متهم را به همراه داشته باشد، قائل به بی‌اعتباری این فرایند گردید.

## ۲-۲. حق متهم مبنی بر پذیرش یا ردّ سازش

صدور قرار تعلیق تعقیب به موجب قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ به دو صورت می‌تواند انجام پذیرد: نخست، مطابق ماده ۸۱ این قانون به عنوان یک جایگزین تعقیب در دعوی کیفری که ابتدا از سوی مقام قضایی به متهم پیشنهاد و مورد موافقت او قرار می‌گیرد و دوم، بر اساس ماده ۸۲ و پس از موفقیت در میانجیگری کیفری میان بزه‌دیده و متهم در خصوص بزه‌های غیر قابل گذشت. در هر دو صورت، ذی‌نفع پس از پیشنهاد صدور قرار تعلیق تعقیب به همراه انجام تدابیر، می‌تواند آن را ردّ یا قبول نماید.

در فرض نخست، دعوی عمومی به جریان افتاده و متهم می‌تواند در پرتو فرض بی‌گناه بودن از حقوق و آثار ناشی از آن بهره‌مند گردد. در صورت دوم، توافق باید صورت مجلس شده و یک رونوشت از آن به متهم یا وکیل او تحویل داده شود. از آنجایی که دستورهای پیش‌بینی شده در ماده ۸۱ از تنوع برخوردار بوده و با یکدیگر تفاوت دارند، بنابراین در صورت جلسه باید ماهیت افعال ارتكابی و وصف حقوقی آنها، ماهیت و میزان تدابیر پیشنهادی و مدتی که در آن باید این تدابیر اجرا شود و در صورت اقتضاء مبلغ و ماهیت خسارات پیشنهادی صراحتاً قید گردد. همچنین صورت مجلس باید صراحتاً حاوی این موضوع باشد که شخص ذی‌نفع به طور واقعی از حقوق خود به ویژه حق برخورداری از وکیل آگاهی یافته است.

شرط موفقیت این راهبرد، انتخاب صحیح یک یا برخی از دستورها بر اساس تأمین هدف‌ها و امتیازات مهمی است که طرف‌های دعوی (دادستان، بزه‌دیده و متهم) بدون اینکه فرایند کیفری آغاز شده و یا ادامه یابد، به دست می‌آورند. تحمیل این دستورها به متهم باید بر اساس پیشینه فردی - محیطی او بار گردد تا در نتیجه آن، بستر مناسب برای اصلاح و درمان و بازگشت به زندگی اجتماعی او و پیشگیری از تکرار جرم را فراهم سازد (ساقیان، ۱۳۹۱: ۵۲۱). به این ترتیب، تصمیم‌گیری در مورد انتخاب نوع یک یا

برخی از دستورها باید بر اساس گفتگوی متقابل مقام قضایی و مرتکب رفتار مجرمانه صورت گیرد و مقام قضایی رسیدگی کننده پس از مصلحت‌سنجی و واقعیت‌های مربوط به ارتکاب بزه و در قالب هدف‌های مورد نظر در جهت صدور قرار تعلیق گام بردارد.

به عنوان نمونه، بندهای ب و چ ماده ۸۱ در چارچوب دستورهای بازپرورانه<sup>۱</sup>، بندهای پ، ت، ث، ح، د و ذ، در قالب دستورهای توان‌گیرانه<sup>۲</sup> و سرانجام بندهای الف و د به عنوان هدف‌های بزه‌دیده‌مدارانه می‌توانند توسط مقام قضایی به کار گرفته شوند (نیازیور، ۱۳۹۶: ۱۰۸). البته پیشنهاد صدور قرار تعلیق تعقیب به نوجوانان بزه‌کار و پذیرش دستورات قضایی توسط آنان با بزرگسالان متهم یک تفاوت مهم دارد؛ زیرا با توجه به اینکه این دسته از متهمان در حال رشد قرار داشته و به خاطر ویژگی‌های فردی خود درک درستی از ماهیت و مدت دستورهای پیشنهادی مقام قضایی نداشته و همچنین از اهلیت کامل برای قبول و اجرای این دستورها برخوردار نیستند، نمی‌توان به‌طور کامل از مزیت‌های این راهبرد توافقی در خصوص این دسته از بزه‌کاران سخن گفت. بنابراین حضور ولی یا سرپرست به همراه وکیل این دسته از اشخاص در فرایند این توافق ضروری به نظر می‌رسد. طبیعتاً به کارگیری این دستورها با توجه به تخصصی شدن دادرها در برخی شهرها مانند تهران متفاوت خواهد بود.<sup>۳</sup>

همانند میانجیگری کیفری، استفاده از راهبرد تعلیق تعقیب نیز به اراده مقام‌های

۱. برای نمونه در این خصوص می‌توان به تصمیم نهایی شماره ۹۷۰۹۹۷۷۶۱۶۵۰۱۹۹۶ مورخ ۱۳۹۷/۹/۲۹ صادره از دادیاری شعبه چهارم دادرای عمومی و انقلاب شهرستان بندرعباس اشاره داشت که براساس آن، مقام تعقیب در خصوص اتهام حمل و نگهداری یک لیتر مشروبات الکلی دست‌ساز، قرار تعلیق تعقیب صادر و متهم را مکلف به ارائه خدمات رایگان به کودکان بی‌سرپرست در بهزیستی شهرستان بندرعباس برای مدت ۶ ماه نموده است.

۲. در این راستا می‌توان برای نمونه به تصمیم نهایی شماره ۹۷۰۹۹۷۷۶۱۶۹۰۰۱۳۳ مورخ ۱۳۹۷/۶/۱۲ شعبه سیزدهم دادیاری دادرای عمومی و انقلاب بندرعباس که در پرتو آن متهم را به جهت اتهام رانندگی بدون پروانه رسمی به منع از رانندگی به مدت یک سال محکوم کرده است، اشاره داشت.

۳. برای نمونه، در دادرای ویژه فرودگاه مهرآباد با توجه به نوع جرایم ارتكابی در محدوده این حوزه، مقام تعقیب، متهمان را به مناسبت به ممنوعیت از خروج از کشور بند ذ عدم حمل سلاح دارای مجوز یا استفاده از آن بند خ و یا خودداری از رفت و آمد از اماکن توزیع یا فروش مواد مخدر بند ت ملزم می‌نماید (نشست قضایی قضات دادگستری کل استان تهران، هتل هما، زمستان ۱۳۹۷).

قضایی وابسته گردیده است و این مقامات به موجب اصل «موقعیت داشتن تعقیب» می‌توانند آنگاه که به مصلحت می‌دانند به تعلیق تعقیب دعوی کیفری مبادرت ورزند. در ماده ۸۱ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ هدف‌های صدور این قرار صراحتاً شناسایی نگردیده است و از این رو، استفاده از این شیوه بر پایه معیارهای متفاوت مانند موقعیت جغرافیایی و ویژگی خاص هر حوزه قضایی، سلیقه و نگرش مقامات قضایی، نظم و مصلحت عمومی، رفع یا کاهش آثار زیانبار مادی یا معنوی ناشی از ارتکاب بزه و... رویه‌های مختلفی را به دنبال خواهد داشت. طبیعتاً این سیاست می‌تواند موجبات تبعیض را میان اشخاصی که در شرایط مساوی به سبب ارتکاب جرایم مشابه تحت تعقیب قرار گرفته‌اند، فراهم سازد.

همچنین در ماده ۸۱، در خصوص مهلتی که متهم بتواند در طی آن پیشنهاد مقام قضایی را بررسی و نسبت به آن پاسخ دهد نیز سخنی به میان نیامده است. از دیدگاه حقوق تطبیقی و در کشور فرانسه، مهلتی ده روزه جهت پاسخ‌گویی متهم به پیشنهاد دادستان، مورد شناسایی قرار گرفته است.<sup>۱</sup> از این رو به نظر می‌رسد پیش‌بینی این مهلت در حقوق ایران نیز برای متهمان، مناسب و منصفانه بوده و به آنان اجازه می‌دهد در این مهلت، در خصوص تعیین سرنوشت دعوی کیفری و چگونگی سازش با مقام تعقیب آزادانه تصمیم‌گیری کنند.

## ۲-۳. حق برخورداری از فرض بی‌گناهی

در ماده ۴۰ مکرر قانون تسریع دادرسی و اصلاح قسمتی از قانون ۱۳۵۲، آیین دادرسی کیفری و همچنین ماده ۲۲ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری ۱۳۵۶، اقرار متهمان به ارتکاب جرم به عنوان یکی از شرایط صدور قرار تعلیق تعقیب پیش‌بینی گردیده بود. اگرچه اقرار متهم به ارتکاب بزه و مقرون به واقع بودن این اقرار حسب محتویات پرونده، گویای ندامت و پشیمانی متهم و گرایش او به اصلاح و درمان است، اما می‌تواند با فرض بی‌گناه بودن و بهره‌مندی از امتیازهای ناشی از این فرض با چالش جدی مواجه باشد.

۱. مورد ۴۱-۲ و ۴۲-۳ قانون آیین دادرسی فرانسه.

در ماده ۸۱ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، عبارت «پس از اخذ موافقت متهم»، جایگزین واژه «اقرار متهم» گردیده است. این تحول گویای توافقی بودن این نهاد بوده و به متهم اجازه می‌دهد در پناه فرض بی‌گناهی، از امتیازات آن در ادامه فرایند کیفری برخوردار گردد. همچنین به نظر می‌رسد به کار بردن این واژه نشان می‌دهد که نویسندگان این قانون، فرض بی‌گناهی متهم را به رسمیت شناخته‌اند تا در صورت اخذ موافقت متهم، به منزله اقرار بر علیه وی تلقی نگردد. البته این پرسش‌ها مطرح می‌شود که آیا موافقت متهم به تعلیق دعوی عمومی و اجرای دستورهای قضایی، متضمن اقرار وی به پذیرش بزهکاری نمی‌باشد؟<sup>۱</sup> آیا در صورت عدم اجرای دستورهای مقام قضایی از سوی متهم، اظهارات وی در صورت جلسه توافق نمی‌تواند به عنوان پذیرش بزهکاری وی در ادامه تعقیب کیفری تلقی گردد؟ در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، پاسخی به این پرسش‌ها داده نشده است؛ اما در حقوق فرانسه اگرچه در سازش کیفری که متهم به اعمال ارتكابی اقرار می‌کند و با وجود بهره‌مندی از امتیازات مربوط به فرض بی‌گناه بودن، در واقع امتیاز مهمی را به مقام تعقیب می‌بخشد، اما شکست در توافق فرایند کیفری را به جای پیشین خود بازگردانیده و همزمان باعث کنارگذاری آثار اقرار می‌گردد. بدین ترتیب در موارد نادیده انگاشتن دستورهای تعیین شده از سوی متهم و تصمیم به تعقیب دوباره دعوی کیفری، صورت جلسه متضمن سازش و اظهارات متهم نباید در هنگام ارسال پرونده به مراجع تحقیقی و رسیدگی، ضمیمه پرونده شود و دادستان و سایر طرف‌های دعوی نیز نمی‌توانند اظهارات متهم و صورت جلسه تنظیم شده در این خصوص را در برابر دادگاه استناد نمایند (Saas, 2015: 71).

در گستره آیین دادرسی کیفری ایران نیز به استناد اصل برائت (ماده ۴) که روح آن بر تمام قوانین و مقررات شکلی حکومت می‌کند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۶: ۶۲۲) باید چنین رویکردی را مورد شناسایی قرار داد. بدین سان مقام‌های قضایی رسیدگی کننده به پرونده (دادگاه در جرایم تعزیری درجه ۷ و ۸ و دادستان در جرایم تعزیری درجه ۶) در صورت به سرانجام نرسیدن فرایند سازش کیفری که اسباب شروع دوباره تعقیب

۱. از نظر برخی نویسندگان، موافقت متهم همان روز و نیز پذیرش بزهکاری همراه با واقعیت متهم است که می‌تواند صدور قرار تعلیق تعقیب را به همراه داشته باشد (نیازپور، ۱۳۹۶: ۱۰۴).

کیفری را فراهم می‌آورد، باید صورت‌مجلس تنظیمی و سایر اوراق مربوط به اظهارات متهم در پذیرش بزهکاری او را از پرونده کیفری خارج نموده و آن‌ها را غیر قابل استناد معرفی نمایند.

## ۲-۴. رعایت اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام صدور رأی

به موجب مقررات ماده ۸۱، تعقیب دعوای کیفری از سوی مقام قضایی در صورتی کنار گذاشته می‌شود که متهم در طول دوره تعلیق، دستور یا دستورهای پیش‌بینی شده در قرار تعلیق تعقیب را انجام دهد. اما از آنجایی که شماری از این تدبیرها و دستورها از سوی دادستان (در جرایم تعزیری درجه شش) به آزادی‌های متهم آسیب می‌زنند و به لحاظ ماهیتی، ضمانت اجرای کیفری محسوب می‌گردند، بنابراین اعلام و اجرای آن‌ها از سوی مقام تعقیب - حتی با موافقت بزهکار - با اصل راهبردی تفکیک مقام تعقیب از مقام صدور رأی در تعارض خواهد بود.

از منظر حقوق تطبیقی، قانون‌گذار فرانسه در سال ۱۹۹۹ به هنگام تصویب مقررات مربوط به سازش و مصالحه کیفری برای رفع این ایراد، دخالت یک دادرس دادگاه را پیش‌بینی نمود تا فرایند سازش میان متهم و دادستان را مورد تأیید قرار دهد. پس از تأیید دادگاه (دادگاه صلح)، تدبیرهای در نظر گرفته شده در چارچوب سازش کیفری (واریز کردن جزای نقدی، تحویل گواهینامه رانندگی یا مجوز شکار به دفتر دادگاه شهرستان، انجام کار خدمات عمومی و...) اجرا می‌شود.<sup>۱</sup> افزون بر این، قانون‌گذار فرانسه در بند یک ماده مقدماتی قانون آیین دادرسی کیفری، بر اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام صدور رأی به عنوان یک اصل راهبردی که روح آن در تمامی شیوه‌های حل اختلاف کیفری حکومت می‌کند، تأکید ورزیده است.<sup>۲</sup> بدین ترتیب به منظور رعایت اصل راهبردی تفکیک مقام تعقیب از مقام صدور رأی باید ویژگی کنترل قرار تعلیق تعقیب صادره از سوی دادستان توسط دادگاه را در فرایند بازنگری قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ شناسایی نمود.

۱. مواد ۴۱-۲ و ۴۱-۳ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه.

۲. به موجب این بند «ادارسی کیفری باید تفکیک میان مراجع تعقیب دعوای عمومی و مراجع صدور رأی را تأمین و تضمین کند».



## نتیجه گیری

قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ تحت تأثیر ملاحظات و تحولات فقه پویای امامیه، حقوق بشر، حقوق تطبیقی و آموزه‌های جرم‌شناسانه در جهت حقوق متهمان و بزه‌دیدگان با تحولات زیادی همراه بوده است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۶: ۶۲۲). این تحولات را می‌توان در دو جهت‌گیری کلی که بر مبنای شیوه‌های مختلف رسیدگی به بزهکاری استوار است، خلاصه نمود. نخست، تقویت حقوق دفاعی متهم در فرایند دادرسی کیفری است که بر پایه اصل رعایت یکسان‌سازی حقوق با سایر طرف‌های دعوی (بزه‌دیده و جامعه) صورت گرفته است. دوم، تحول و توسعه وظایف و اختیارات نهادهای تعقیب که به آن‌ها امکان می‌دهد در خصوص اختلافات ناشی از ارتکاب پاره‌ای جرایم تعزیری، با وجود شرایطی، تعقیب کیفری را کنار گذاشته و با مشارکت کششگران جرم (متهم و بزه‌دیده)، از سازوکارهای دیگری (جایگزین‌های تعقیب) برای پاسخ‌دهی به جرم بهره‌گیرند. البته با توجه به اینکه مشارکت متهم در این راهبردها وابسته به پذیرش ضمنی ارتکاب جرم و وجود حس شرمساری از سوی اوست، بنابراین بهره‌مند شدن از امتیازهای ناشی از حقوق دفاعی و فرض بی‌گناه بودن را به خوبی تضمین نمی‌کند. این موضوع می‌تواند تردید و دودلی در خصوص قبول و یا رد پیشنهاد مقام قضایی را در متهم ایجاد نموده و در نتیجه استفاده از این سازوکار مفید را با چالش جدی همراه سازد.

امتناع از پذیرش، چرخه دعوای کیفری را به حرکت درآورده و ممکن است محکومیت وی را در پایان فرایند کیفری به دنبال داشته باشد. اما پذیرش پیشنهاد چنانچه با اجرای درست دستورات مقام قضایی همراه باشد، سبب توقف دعوای کیفری خواهد شد. این انتخاب به متهم فرصت می‌دهد بدون وارد شدن در فرایند کلاسیک آیین دادرسی کیفری، نظام رفتاری خود را تغییر داده و در نتیجه از احتمال خوردن برچسب مجرمانه مصون بماند. بنابراین چشم‌پوشی متهم از فرایند دادرسی کیفری و انتخاب یک راه حل عادلانه برای فیصله دادن به دعوای کیفری از گذر توافق با طرف‌های دیگر (دادستان و بزه‌دیده) مستلزم آن است که حداقل تضمین‌های

دادرسی منصفانه و حقوق دفاعی برای متهم پیش‌بینی گردد. قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ که راهبرد پاسخ‌دهی به بزهکاری در مرحله پیش‌دادرسی را به منظور کاهش و یا کم کردن مداخله نظام کیفری متنوع گردانیده، پاره‌ای از حقوق سنتی متهم مانند حق بر اعتراض به قرار تعلیق تعقیب را به رسمیت شناخته است. آیین‌نامه امور میانجیگری مصوب نیز برخی از حقوق متهم از جمله حق برخورداری از وکیل را در فرایند میانجیگری به رسمیت شناخته است. با وجود این، تا مطلوب شدن وضعیت حقوق دفاعی متهم در این سازوکارها فاصله وجود دارد. استفاده سلیقه‌ای مقام قضایی از این راهبرد که وضعیت نابرابری را در بین متهمان ایجاد می‌کند، عدم پیش‌بینی مهلت کافی برای بررسی پیشنهاد مقام قضایی به منظور اعلام رضایت آگاهانه متهم، عدم شناسایی حق آگاه نمودن متهم به برخورداری از وکیل، غیر قابل استنادپذیر بودن اقرار متهم در موارد شکست توافق، عدم پیش‌بینی ضمانت‌اجراه‌های لازم در موارد نقض حقوق کنشگران جرم در این سازوکارها.... کاهش نقش گذشت شاکی به عنوان شرط اصلی قرار تعلیق تعقیب، شرایط لازم را برای استفاده از حداقل حقوق دفاعی تضمین نمی‌کند.

از این رو، با توجه به اینکه آیین دادرسی کیفری عرصه تحول و تقویت حقوق متهم به شمار می‌آید، می‌توان در فرایند بازنگری قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ راهکارهای مناسب به منظور رعایت حداقل تضمینات دادرسی منصفانه را در جایگزین‌های تعقیب کیفری اتخاذ و نقض آن‌ها را دارای ضمانت اجرا نمود و از این طریق حقوق کنشگران جرم به ویژه متهم را با هدف مشارکت بیشتر وی در این سازوکارها که در واقع تلطیف عدالت کیفری کلاسیک است، تقویت نمود.

## کتاب‌شناسی

۱. آلت‌منس، فرانسواز، «قراردادی کردن حقوق کیفری: افسانه یا واقعیت؟»، ترجمه رضا فرج‌اللهی، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۴، بهار ۱۳۸۵ ش.
۲. خزانی، منوچهر، «سیستم قانونی بودن و سیستم موقعیت داشتن یا مناسب بودن تعقیب کیفری»، در: فرایند کیفری (مجموعه مقاله‌ها)، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۷ ش.
۳. ساقیان، محمدمهدی، «پیشگیری از تکرار جرم از گذر جانشین‌های تعقیب کیفری»، در: رهیافت‌های نوین پیشگیری از جرم، تهران، میزان، ۱۳۹۱ ش.
۴. ساقیان، محمدمهدی و سیدپوریا موسوی، «اصل قانونی بودن آیین دادرسی کیفری: مبانی، مفاهیم و قلمرو»، در: حج اندیشه؛ هم‌افزایی فقه و حقوق در تحقق توسعه و تعالی انسانی (مجموعه مقالات در نکوداشت استاد شهید دکتر حاج ناصر قربان‌نیا)، به کوشش نعمت‌الله الفت، چاپ دوم، قم، دانشگاه مفید، زمستان ۱۳۹۶ ش.
۵. غلامی، حسین و علی مقدم، «محرمانگی در فرایند میانجیگری کیفری»، فصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره چهارم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۴ ش.
۶. کوشکی، غلامحسین، «جایگزین‌های تعقیب دعوی عمومی در نظام دادرسی کیفری ایران و فرانسه»، فصلنامه حقوق، سال دوازدهم، شماره ۲۹، تابستان ۱۳۸۹ ش.
۷. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «از عدالت کیفری کلاسیک تا عدالت ترمیمی»، مجله الهیات و حقوق، سال سوم، شماره‌های ۴-۳، پاییز و زمستان ۱۳۸۲ ش.
۸. همو، «عدالت ترمیمی در اسناد سازمان ملل متحد»، دیپاچه در: سماواتی پیروز، امیر، عدالت ترمیمی، تهران، خلیلیان، ۱۳۸۴ ش.
۹. همو، «گفتمان سیاست جنایی قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲»، در: حج اندیشه؛ هم‌افزایی فقه و حقوق در تحقق توسعه و تعالی انسانی (مجموعه مقالات در نکوداشت استاد شهید دکتر حاج ناصر قربان‌نیا)، به کوشش نعمت‌الله الفت، چاپ دوم، قم، دانشگاه مفید، زمستان ۱۳۹۶ ش.
۱۰. نیازپور، امیرحسین، توافقی شدن آیین دادرسی کیفری، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۱۱. همو، حقوق کیفری اطفال و نوجوانان؛ فرایند پاسخ‌دهی به بزهکاری کودکان و نوجوانان، چاپ دوم، تهران، میزان، بهار ۱۳۹۶ ش.
12. Boptiste, Jean, mediation pénale, Répertoire de droit pénalet de procedure pénale, Dalloz, 2013.
13. Cadiet, L., procès equitable et mode alternative de règlement des conflits, journées de la société de legislation compare, 2001.
14. Cass, Crim., 12 mai 2004: Bull. Crim. no 121, p. 466; Gaz, Pal. no 356-357, 21-22 décembre 2004, p. 22, note MONNET.
15. Coknu, G., Vocabulaire juridique, PUF, 2005.
16. Cour EDH. 22/10/1984, Srameek c./ Autriche; Cour EDH, 27/8/1991, Demicoli, c./Malte.
17. Décret no 2001 - 71 du 29 janvier 2001 modifiant le code de procédure pénale (deuxième partie: Décrets en Conseil d'État) et relative aux délégués et aux

médiateurs du procureur de la République et à la composition pénale, JO, du 30 janvier 2001, p. 1595.

18. Jean Pradel defence penale et regim de procedure, revue D.P.D.P N1, 2009.
19. Mbanzoulou, Peul, la mediation pénale, L' Harmattan, 2eme, éd, 2012.
20. Pignoux, N., La reparation de victims d' in fractions penales, L' Harmattan, Paris, 2008.
21. Saghian, Mohammad Mehdi, L'evolution des drits de la victime dans les procedures penales francaise et iranienne, Thèse pour le doctora en droit, 2009. Poitiers, 529.
22. Segnarbieux, L., Fernation - Professionnalisation - evaluation, in la mediation pénale, dix ans après, colloque national, Aix-en-provence, 23-24 septembr, 2004.
23. Stasi, M., la médiation, le point de vue des avaccats, A.P.C, no 14, 1992.
24. Voision, S., la médiation pénale, est-elle justes, L.P.A. 26 aout 2002, no 170.



## شهادت از طریق ویدئوکنفرانس

### ورویۀ دادگاه‌های بین‌المللی کیفری در پذیرش آن\*

- هیئت‌الله نژندی‌منش<sup>۱</sup>
- وحید بذار<sup>۲</sup>

#### چکیده

فناوری‌های نوین ارتباطاتی که با پیدایش اینترنت بسیار برجسته شدند، بر اکثر حوزه‌های حقوق بین‌الملل - از جمله رسیدگی قضایی بین‌المللی - تأثیر گذارده‌اند. ادای شهادت از طریق ویدئوکنفرانس یکی از مواردی است که موضوع استفاده از فناوری در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی را مطرح می‌کند. این دادگاه‌ها که در آغاز با اعلام پیش‌شرط‌های متعدد، ادای شهادت از طریق ارتباط ویدئویی را تنها در موارد بسیار استثنایی می‌پذیرفتند، به تدریج و با رشد فزاینده فناوری، صلاحیت خود را برای پذیرش چنین امری بسیار موسع تفسیر نمودند. در واقع، همان‌طور که در روند تغییر رویکرد دادگاه‌های کیفری بین‌المللی از جمله دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق، دادگاه کیفری بین‌المللی رواندا، دادگاه ویژه سیرالئون و دیوان کیفری بین‌المللی نسبت به پذیرش ادای

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۲/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۸/۲۹.

۱. استادیار دانشگاه علامه طباطبائی (نویسنده مسئول) (hnajandimanesh@gmail.com).

۲. دکتری حقوق بین‌الملل (vahidbazzar@gmail.com).

شهادت از طریق ویدئوکنفرانس قابل مشاهده است، فناوری‌های نوین ارتباطاتی توانسته‌اند به عنوان یک واقعیت عینی در جامعه بین‌المللی، خود را به حوزه رسیدگی قضایی بین‌المللی تحمیل نمایند.

**واژگان کلیدی:** شهادت، ویدئوکنفرانس، دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق، دادگاه کیفری بین‌المللی رواندا، دادگاه ویژه سیرالئون.

### مقدمه

«فناوری»<sup>۱</sup> های نوین ارتباطی و اطلاعاتی از حدود ۳۰ سال پیش و با پیدایش «اینترنت»<sup>۲</sup> بسیار برجسته شدند و به سرعت گسترش یافتند. این فناوری‌ها منجر به ایجاد فضای جدیدی به نام «فضای سایبری»<sup>۳</sup> شده‌اند که بر خلاف سایر عرصه‌ها مثل زمین، هوا، دریا و حتی فضای ماورای جو، ماهیتی غیر قابل لمس دارد (نژندی‌منش و بذار، ۱۳۹۶: ۱۲).

تحولات فناوری، روندی را در جامعه بین‌المللی ایجاد کرده‌اند که هیچ یک از عرصه‌ها از تأثیرات آن مصون نمانده و این واقعیت غیر قابل انکار، به طرز اجتناب‌ناپذیری بر اکثر حوزه‌های حقوق بین‌الملل تأثیر گذاشته است. دادگاه‌های بین‌المللی کیفری نیز از این تحولات تأثیر پذیرفته‌اند.<sup>۴</sup> فناوری‌هایی که ممکن است در دادگاه‌های بین‌المللی کیفری مورد استفاده قرار بگیرند، فناوری‌های ارتباطاتی هستند.<sup>۵</sup> علاوه بر اینکه از فناوری‌های نوین می‌توان برای ارسال مدارک و شواهد به دادگاه‌های بین‌المللی کیفری استفاده نمود، این فناوری‌ها در موارد عدم حضور «شاهد»<sup>۶</sup> یا

1. Technology.
2. Internet.
3. Cyberspace.

۴. تأثیرپذیری دادگاه‌های کیفری بین‌المللی از تحولات فناوری در حالی است که در برخی از مناطق دنیا -برای مثال در ایالت «کویینزلند» (Queensland) استرالیا- «رسیدگی الکترونیکی» (Electronic Trial) کیفری امری متداول شده است (Jackson, 2010: 220).

۵. این فناوری‌ها می‌توانند در پیشگیری و کشف جرایم فراملی و بین‌المللی مورد استفاده قرار گیرند (برای مطالعه بیشتر در این باره ر.ک: دمیتس و دیونیسیوس، ۱۳۹۷: ۲۵۱-۲۹۱).

6. Witness.

«متهم»<sup>۱</sup> می‌توانند نقش بسیار مفیدی در ادامه روند دادرسی ایفا نمایند. البته به این سبب که عدم حضور فیزیکی متهم می‌تواند ایراد ممنوعیت رسیدگی کیفری «غیابی»<sup>۲</sup> را مطرح نماید، این امر به طور مطلق مورد پذیرش قرار نگرفته است و در رسیدگی‌های کیفری بین‌المللی چندان مبتلا به نیست.<sup>۳</sup>

همچنین علاوه بر موضوع حضور مجازی در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی که جنبه «شکلی»<sup>۴</sup> دارد و به استفاده ابزاری از فناوری‌های ارتباطاتی مربوط می‌شود، استفاده از این فناوری‌ها در «ماهیت»<sup>۵</sup> دعوی نیز قابل تصور است. کاربرد اخیر هنگامی است که هر یک از «خواهان» یا «خوانده»<sup>۶</sup> از «داده»<sup>۷</sup> یا محتوایاتی که با فناوری‌های نوین تحصیل شده است - برای مثال «عکس ماهواره‌ای»<sup>۸</sup> - به عنوان

1. Accused.

2. In absentia.

۳. مقررات آیین دادرسی و ادله دیوان کیفری بین‌المللی (قاعده ۱۳۴ مکرر) امکان حضور متهم به صورت ارتباط ویدئویی را صرفاً در بخش یا بخش‌هایی از رسیدگی - پس از درخواست کتبی و بررسی و اجازه شعبه رسیدگی کننده - پذیرفته است (Zakerhossein & De Brouwer, 2015: 216). در واقع، متهم حق حضور در رسیدگی دارد و همان طور که شعبه تجدیدنظر دادگاه کیفری بین‌المللی رواندا در قضیه «زیجی رانی رازو» تصریح نموده است، حضور فیزیکی متهم در دادگاه از قواعد بنیادین و اساسی یک دادرسی منصفانه کیفری است (Zigiranyirazo v. Prosecutor, Case No. ICTR-2001-73-AR73, Decision on Interlocutory Appeal (Appeals Chamber, Oct. 30, 2006), para. 11). حتی در قضیه «نیرو را» که شعبه بدوی دادگاه کیفری بین‌المللی رواندا به سبب بیماری متهم و با استناد به ضرورت انجام رسیدگی سریع (Expeditious Trial)، رسیدگی را بدون حضور او ادامه داد (Prosecutor v. Nzirorera, Case No. ICTR-98-44-AR73.10, Decision on Nzirorera's Interlocutory Appeal Concerning his Right to be Present at Trial (Appeals Chamber, Oct. 5, 2007), para. 15). شعبه تجدیدنظر رأی را نقض نمود (Schabas, 2008: 407-408). با این حال، برای نخستین بار شعبه بدوی دادگاه ویژه لبنان در قضیه عیاش و دیگران اجازه می‌دهد تا به اعمال یک متهم به صورت غیابی رسیدگی شود (Prosecutor v. Ayyash and Others, Trial Chamber, Case No. STL-II-OIHPITTC, 27 July 2012 and Ayyash and Others, Appeals Chamber, 24 October 2012, (STL-11-O1/PT/AC/AR90.1)).

4. Procedural.

5. Merit.

6. Defendant.

7. Data.

8. Sattelite image.

«ادله»<sup>۱</sup> و به منظور اثبات ادعای خود استفاده نمایند که بررسی چنین کاربردی به هیچ وجه موضوع این پژوهش نیست.

این نوشتار از دو بخش تشکیل شده است؛ بخش نخست به مزایا و معایب استفاده از ادای «شهادت»<sup>۲</sup> از طریق «ویدئوکنفرانس»<sup>۳</sup> می‌پردازد و قسمت دوم، اسناد، قواعد و رویه دادگاه‌های کیفری بین‌المللی را در خصوص موضوع مزبور مورد مذاقه و بررسی قرار می‌دهد.

### ۱. شهادت از طریق ویدئوکنفرانس: مزایا و معایب

در حقوق بین‌الملل کیفری، بر اتخاذ تدابیر لازم نسبت به حمایت از امنیت جسمی و روانی شهود تأکید شده و در این راستا، اقداماتی از جمله استفاده از نام مستعار یا تغییر چهره شهود، در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی مورد توجه قرار گرفته است (ابراهیم‌گل، ۱۳۸۶: ۱۹۹). حتی انجام برخی اقدامات در راستای «آماده‌سازی شهود»<sup>۴</sup> برای ارائه یک شهادت مناسب در محضر قضات نیز در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی پذیرفته شده است.<sup>۵</sup> البته این تدابیر نباید ناقض حق متهم در برخورداری از یک رسیدگی منصفانه باشند. این دادگاه‌ها سعی نموده‌اند تا با رویکرد منعطف نسبت به پذیرش شهادت به عنوان یکی از ادله، در راستای تحقق عدالت گام بردارند و در این مسیر، علاوه بر شهادت کتبی، شهادت صوتی یا تصویری از قبل ضبط‌شده و شهادت از طریق ویدئوکنفرانس را نیز پذیرفته‌اند (تقی‌پور، ۱۳۹۰: ۲۹). پذیرش شهادت از طریق ارتباط ویدئویی «زنده»<sup>۶</sup> از سوی شهودی که فرسنگ‌ها دورتر از دادگاه حضور دارد، سبب می‌گردد تا از اتخاذ تصمیمی که با توجه به تمامی واقعیت‌های یک پرونده صادر

1. Evidence.

2. Testimony.

3. Video conference.

4. Witness proofing.

۵. برای مطالعه بیشتر در خصوص فرایند آماده‌سازی شهود در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی ر.ک: رضوی فرد و فقیه محمدی، ۱۳۹۰: تیلور، ۱۳۸۹.

6. Live.



نشده است و لزوماً عادلانه نیست، پیشگیری شود. پذیرش شهادت از طریق فناوری‌های نوین، نشانه لزوم تحقق «عدالت کیفری»<sup>۱</sup> - به عنوان والاترین هدف حقوق بین‌الملل کیفری - است. در واقع، اگر شاهدی که دیده‌ها یا شنیده‌های آن می‌تواند مسیر رسیدگی و رأی نهایی را تغییر دهد به سبب معذوراتی از جمله «ناتوانی»<sup>۲</sup> یا «بی‌میلی»<sup>۳</sup> از حضور در محل دادگاه امتناع نماید و اظهارات او استماع نگردد، عدالت اجرا نخواهد شد. اما مهم‌ترین مزیت استفاده از فناوری‌های نوین ارتباطاتی در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی، صرفه‌جویی در هزینه و زمان است. همچنین عدم حضور شاهدی که بسیار دورتر از محل برگزاری دادگاه حضور دارد، هزینه‌های مربوط به سفر و ترک شغل او را مرتفع می‌کند. به علاوه، این امر حتی می‌تواند منافی را برای متهم در پی داشته باشد و این فردی را که هنوز جرمش اثبات نشده است، درگیر بازداشت طولانی مدت ننماید (Dutton, 2012: 1289).

به رغم مزیت‌هایی که برای شهادت از راه دور بیان شده، ایراداتی نیز بر این شیوه شهادت وارد است. به لحاظ فنی ممکن است برخی از کشورهای توسعه‌نیافته، زیرساخت و «پهنای باند»<sup>۴</sup> مناسبی برای ایجاد این ارتباط نداشته باشند (Lorenz & Paradis, 2005: 237) و به این سبب، به هنگام ادای شهادت از طریق ویدئوکنفرانس، «سخت‌افزار»<sup>۵</sup> یا «نرم‌افزار»<sup>۶</sup> مورد استفاده دچار نقص فنی شود (جلالی فراهانی، ۱۳۸۶: ۸۷) یا داده‌هایی که از این طریق منتقل می‌شوند، به واسطه «حک»<sup>۷</sup> شدن، مورد تحریف و تغییر قرار بگیرند (مؤذن‌زادگان و شایگان، ۱۳۸۸: ۸۱). به لحاظ حقوقی نیز مخالفان معتقدند به این سبب که چنین شهادتی، «چهره به چهره»<sup>۸</sup> نیست، حق متهم نسبت به مواجهه با ادله ارائه‌شده علیه او نقض می‌گردد و چنین شهادتی نمی‌تواند به میزانی که شهادت در حضور متهم

1. Criminal justice.
2. Inability.
3. Unwillingness.
4. Bandwidth.
5. Hardware.
6. Software.
7. Hack.
8. Face to face.

می‌تواند به راستگویی منجر گردد، چنین نتیجه‌ای را به دنبال داشته باشد. همچنین شهادت از راه دور - در مقایسه با شهادت حضوری - نمی‌تواند فرصت ارزیابی رفتار و صداقت شاهد را برای قضاوت فراهم آورد و با عدم ایجاد توازن میان منافع طرف‌های رسیدگی، «دادرسی منصفانه»<sup>۱</sup> را تضمین نمی‌کند (Dutton, 2012: 1285, 1298). به علاوه، حق متهم نسبت به مواجهه، ارزیابی و پرسش از شاهد<sup>۲</sup> - که در اساسنامه دادگاه‌های بین‌المللی تصریح گردیده است<sup>۳</sup> - لطمه می‌بیند (Combs, 2011: 329). ایراد دیگری که در این خصوص مطرح می‌شود، نقض اصل «بی‌واسطگی»<sup>۴</sup> است که بر اساس آن، شهادت باید به صورت شخصی ارائه گردد (De Smet, 2009: 420). به هر حال، با توجه به اینکه جرم از امور اتفاقیه است و تحصیل سند کتبی جز در خصوص برخی از جرایم معین امکان‌پذیر نیست، به رغم برخی مضرات شهادت نمی‌توان از آن صرف‌نظر کرد (آخوندی، ۱۳۶۸: ۱۱۶-۱۱۸).

با وجود ایرادات فوق، دادگاه‌های بین‌المللی کیفری بر شهادت «شفاهی»<sup>۵</sup> به عنوان دلیل تأکید دارند.<sup>۶</sup> اما فناوری‌های نوین ارتباطاتی، این رویکرد دادگاه‌های مزبور را تعدیل کرده‌اند. استفاده از شهادت از طریق ویدئوکنفرانس که برای نخستین بار در سال ۱۹۹۶ میلادی - در قضیه «تادیچ» در دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق - اتفاق افتاد، با گذر زمان، بیش از پیش در رسیدگی‌های کیفری بین‌المللی متداول گردید.

1. Fair trial.
۲. در مواجهه شاهد و متهم اصولاً دو هدف دنبال می‌گردد؛ نخست اینکه متهم به راحتی بتواند شاهد را مورد پرسش قرار دهد و دوم اینکه با دیدن چهره به چهره یکدیگر، احتمال دروغ کاهش یابد (مهرافشان، ۱۳۹۳: ۱۷۰).
3. Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, art. 21 (4)(e); Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, art. 20(4)(e), Statute of the Special Court for Sierra Leone (SCSL), art. 17 (4)(e); Rome Statute of International Court of Justice, art. 67(1)(e).
4. Immediacy.
۵. Oral (viva voce). شهادت شفاهی در رسیدگی‌های دادگاه «نورمبرگ» (Nuremberg) اهمیت چندانی نداشت و در اغلب موارد، ادله ماهیتاً کتبی بودند (Schabas, 2016: 1081).
۶. دادگاه‌های غیر کیفری بین‌المللی از جمله دیوان بین‌المللی دادگستری، تمایل چندانی به پذیرش شهادت به عنوان ادله ندارند (سادات میدانی، ۱۳۹۴: ۲۳۹).

در واقع، با پیشرفت فزاینده فناوری، تأثیر پذیری این دادگاه‌ها از تحولات فناورانه بیشتر شده است.

در این نوشتار تلاش شده است تا با انتخاب دادگاه‌های کیفری بین‌المللی از برهه‌های زمانی متمایز، این تفاوت در عمل نشان داده شود. از این رو، در قسمت بعدی این نوشتار، به بررسی رویکرد دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق، دادگاه کیفری بین‌المللی رواندا، دیوان بین‌المللی کیفری و دادگاه ویژه سیرالئون پرداخته می‌شود.

## ۲. رویه دادگاه‌های بین‌المللی کیفری در پذیرش شهادت از طریق ویدئوکنفرانس

در این قسمت، در پرتو مسائل مقدماتی که پیشتر مطرح شد، به بررسی رویکرد محاکم بین‌المللی کیفری (اعم از موردی، دائمی و مختلط) در خصوص پذیرش شهادت از طریق ویدئو کنفرانس پرداخته می‌شود. آغاز این روند، همان گونه که مطرح شد، در رسیدگی‌های دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق است. بنابراین ابتدا به رویه این دادگاه پرداخته می‌شود.

### ۱-۲. دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق<sup>۱</sup>

در حقوق بین‌الملل کیفری، موضوع ارائه شهادت از طریق ویدئوکنفرانس برای نخستین بار در قضیه معروف «تادیچ» در دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق مطرح گردید و این در حالی بود که مقررات آیین دادرسی و ادله دیوان هیچ مقرره‌ای در این خصوص نداشت. دیوان تصریح می‌کند «قاعده ۷۱(ت) مقررات آیین دادرسی و ادله دیوان در خصوص امکان ارائه شواهد و ادله از طریق ویدئوکنفرانس ارتباطی به امکان ادای شهادت ویدئویی ندارد، اما به سبب شرایط غیر معمولی که در حین رسیدگی وجود دارد، دیوان با یک رویکرد انعطاف‌پذیر تلاش می‌نماید تا در راستای اجرای عدالت، فرصت ارائه ادله از طریق ارتباط ویدئویی را برای طرف‌های رسیدگی

۱. دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق در حال حاضر فعالیتی ندارد و مجموعه‌ای به نام مکانیزم پیش‌بینی شده است که امور باقی‌مانده آن را رتق و فتق می‌کند (بیگزاده، ۱۳۹۴: ۲۷).

فراهم نماید.<sup>۱</sup> همچنین، دیوان به این نتیجه رسید که «وکیل مدافع»<sup>۲</sup> توانسته نشان دهد که علت عدم تمایل شاهدان برای حضور در دادگاه، ترس از بازداشت بوده است<sup>۳</sup> و بر این اساس، دیوان اجازه داد تا ۱۱ شاهد از منطقه‌ای در یوگسلاوی سابق، شهادتشان را به صورت ویدئوکنفرانس به مقر دیوان در «لاهِه»<sup>۴</sup> ارائه نمایند (Ivkovic, 2004: 268). دیوان به همین بسنده نکرد و در ادامه، ویژگی‌های ماهوی و شکلی ادای شهادت ویدئویی را برشمرد. دیوان اعلام می‌کند تنها زمانی شهادت از طریق ویدئوکنفرانس را اجازه می‌دهد که برخی معیارهای مشخص از جمله اهمیت موضوع شهادت و ناعادلانه بودن حکم بدون استماع شهادت و ناتوانی یا بی‌میلی شاهد در مراجعه به دیوان اثبات گردد.<sup>۵</sup> دیوان در خصوص شرایط شکلی مربوط به نحوه انجام شهادت ویدئویی تصریح می‌کند که شهادت باید در یک مکان مناسب مثل سفارتخانه یا دادگاه ارائه شود تا شاهد به گفتن حقیقت ترغیب شود و «امنیت»<sup>۶</sup> و «شان»<sup>۷</sup> رسیدگی حفظ شود. همچنین شهادت باید به طور «ارادی»<sup>۸</sup> «آزادانه»<sup>۹</sup> و تحت نظارت «مأمور اجرا»<sup>۱۰</sup> ادا شود و شاهد پیش از ادای شهادت،

1. Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No. IT-94-1-T, Decision on the Defence Motions to Summon and Protect Defence Witnesses, and on the Giving of Evidence by Video-Link (ICTY, June 25, 1996), para. 18.
  2. Defense counsel.
  3. Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No. IT-94-1-T, Decision on the Defence Motions to Summon and Protect Defence Witnesses, and on the Giving of Evidence by Video-Link (ICTY, June 25, 1996), para. 19.
  4. Hague. لاهه یکی از شهرهای کشور هلند است.
  5. Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No. IT-94-1-T, Decision on the Defence Motions to Summon and Protect Defence Witnesses, and on the Giving of Evidence by Video-Link (ICTY, June 25, 1996), para. 19.
- دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق یک شرط دیگر نیز در قضیه «بلاسکیچ» به سه شرط مزبور افزود که بر مبنای آن نباید به واسطه ادای شهادت ویدئویی، به حق متهم نسبت به مواجهه با شاهد لطمه ای وارد آید (Calvo-Goller, 2006: 75).
6. Safety.
  7. Solemnity.
  8. Voluntarily.
  9. Freely.
  10. Presiding officer.

سوگند یاد کند و آگاه شود که اظهارات نادرستش می‌تواند مجازات او را به دنبال داشته باشد و در نهایت اینکه فناوری مورد استفاده باید شامل «صفحه نمایش»<sup>۱</sup> هایی باشد تا قضاات، متهم، پرسش‌کننده و شاهد بتوانند همدیگر را به طور واضح مشاهده کنند.<sup>۲</sup> دادگاه با پیش‌بینی این شرایط سخت، دامنه استفاده از شهادت ویدئویی را محدود و محدودتر کرد.<sup>۳</sup> دیوان در قضیه «کوپرسکیچ»<sup>۴</sup> تصریح می‌کند که این نوع ادای شهادت تنها باید به عنوان استثنایی در قبال این اصل کلی تلقی گردد که شهادت باید به طور مستقیم و به وسیله دادگاه استماع شود (Weber, 2010: 153) و در قضیه «گوکوکا»<sup>۵</sup> اعلام می‌کند که این استثنا صرفاً در صورت رضایت طرف‌های رسیدگی قابل اجراست.<sup>۵</sup> در قضیه «دلایچ»<sup>۶</sup> مجدداً این موضوع مورد توجه قرار می‌گیرد (Boas, 2001: 47). دیوان بیان می‌کند هدف از اصل کلی لزوم حضور فیزیکی شاهد در دادگاه، تضمین مواجهه میان شاهد و متهم و مشاهده وضعیت شاهد از سوی قضاات به هنگام ادای شهادت است؛ البته استثنائاتی از جمله ارتباط از طریق ویدئوکنفرانس در این خصوص متصور است.<sup>۶</sup>

1. Monitor.
  2. Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No. IT-94-1-T, Decision on the Defence Motions to Summon and Protect Defence Witnesses, and on the Giving of Evidence by Video-Link (ICTY, June 25, 1996), para. 22.
  3. Bantekas & Nash, 2003: 305.
  4. Prosecutor v. Vlatko Kupreskic and Others, Case No. IT-95-16-AR73, Appeals Decision on Appeal by Dragan Papic against Ruling to Proceed by Deposition (15 July 1999), p. 3.
  5. Prosecutor v. Kvočka and Others, Case No. IT-98-30-PT Decision to Proceed by Way of Deposition Pursuant to Rule 71, para. 15. November 1999.
  6. Prosecutor v. Zejnil Delalic and Others, Case No. IT-96-21-T, Decision on the Motion to Allow Witnesses K, L and M to Give Their Testimony By Means of Video-Link Conference (May 28, 1997), paras. 14-15.
- دیوان حدود ۱۳ سال بعد در قضیه «گوتوینا»<sup>۷</sup> خاطرنشان می‌کند که عدم حضور فیزیکی شاهد ضمن اینکه هیچ صدمه مادی به متهم وارد نمی‌کند، حق متهم برای مواجهه با شاهد را نیز رعایت می‌کند (Prosecutor v. Ante Gotovina, Case No. IT-06-90-T, Reasons for Decision Granting Prosecution's Motion to Cross-Examine Four Proposed Rule 92 bis Witnesses and Reasons for Decision to Hear the Evidence of Those Witnesses via Video-Conference Link (ICTY, Nov. 3, 2009), para. 8).

دیوان که به سبب سکوت مقررات آیین دادرسی و ادله خود در خصوص امکان ادای شهادت ویدئویی مجبور بود تا در هر قضیه با تفسیر متفاوتی که از قواعد دیوان از جمله قاعده ۷۱- ارائه می‌دهد، این امر را از مقررات آیین دادرسی و ادله‌اش استخراج نماید، در سال ۲۰۰۷ میلادی با اصلاح و افزوده شدن قاعده ۸۱ مکرر به مقررات آیین دادرسی و ادله، این اجازه را به طور صریح دریافت نمود. بر اساس قاعده مزبور، هنگامی که «منافع عدالت»<sup>۱</sup> اقتضا نماید، رسیدگی می‌تواند با ارتباط از طریق ویدئوکنفرانس پی‌گیری شود.<sup>۲</sup> به رغم عدم تعریف عبارت «منافع عدالت»، دیوان در رویه خود تا اندازه‌ای حد و مرز آن را تعیین نموده است.<sup>۳</sup> بر این اساس، سه معیار باید مورد توجه قرار گیرد: دیوان تنها زمانی شهادت از طریق ویدئوکنفرانس را می‌پذیرد که شاهد، «ناتوان»<sup>۴</sup> از حضور در دادگاه است یا دلایل مناسبی برای «عدم تمایل»<sup>۵</sup> به حضور دارد؛<sup>۶</sup> موضوع شهادت به اندازه‌ای با اهمیت است که در صورت عدم ارائه آن، نسبت به طرف

1. Interests of justice.
2. Rules of Procedure and Evidence of ICTY, U.N. Doc. IT/32 (Feb. 11, 1994), Rule 81 bis.
3. Prosecutor v. Radovan Karadzic, Case No. IT.95-5/18-T, Decision on Prosecution's Motion for Testimony to Be Heard via Video-Conference Link, paras. 5-6 (ICTY, June 17, 2010); Prosecutor v. Jovica Stanisic, Case No. IT-03-69-T, Decision on Prosecution Motions to Hear Witnesses by Video-Conference Link, para. 8 (ICTY, Feb. 24, 2010); Prosecutor v. Ante Gotovina, Case No. IT-06-90-T, Reasons for Decision Granting Prosecution's Motion to Cross-Examine Four Proposed Rule 92 bis Witnesses and Reasons for Decision to Hear the Evidence of Those Witnesses via Video-Conference Link, para. 7 (ICTY, Nov. 3, 2009); Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No. IT-94-1-T, Decision on the Defence Motions to Summon and Protect Defence Witnesses, and on the Giving of Evidence by Video-Link, para. 19 (ICTY, June 25, 1996).
4. Unable.
5. Unwilling.
۶. دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق در قضیه «استانسلیچ» تصریح می‌کند که دادستان به نحو مناسبی اثبات نموده که بر اساس گزارش پزشک، یکی از شاهدان به سبب وضعیت جسمانی نامساعد از سفر به لاهه ناتوان است و دو شاهد دیگر که بیش از ۷۵ سال دارند، دلیل موجه برای عدم انجام این سفر دارند (Prosecutor v. Jovica Stanisic, Case No. IT-03-69-T, Decision on Prosecution Motions to Hear Witnesses by Video-Conference Link (ICTY, Feb. 24, 2010), paras. 12-14).

درخواست‌کننده، ناعادلانه رفتار شده است و اینکه چنین شهادتی نباید به حق متهم برای مواجهه با شاهد خللی وارد آورد (Dutton, 2012: 1293). با این حال، دیوان در قضیه «گوتوینا» تصریح می‌کند با اینکه سه معیار مزبور می‌تواند به عنوان راهنمایی در رابطه با تصمیم دیوان نسبت به پذیرش شهادت ویدئویی تلقی گردد، معیار اصلی تصمیم‌گیری، این مسئله است که آیا چنین اجازه‌ای با «منافع عدالت» سازگار خواهد بود یا خیر؟<sup>۱</sup> در واقع، پذیرش شهادت از طریق ارتباط ویدئویی با توجه به «واقعیت»<sup>۲</sup> های هر قضیه و به صورت «مورد به مورد»<sup>۳</sup> از سوی دیوان بررسی شده و بر اساس تشخیص و «صلاح‌دید»<sup>۴</sup> دیوان اجازه داده می‌شود.

## ۲-۲. دادگاه کیفری بین‌المللی رواندا

در اساسنامه و قواعد دادگاه کیفری بین‌المللی رواندا، قاعده خاصی در مورد پذیرش شهادت از طریق ارتباط ویدئویی وجود ندارد و حتی در مقررات آیین دادرسی و ادله دیوان صراحتاً ذکر شده که «شهود باید به صورت شخصی و در محضر دادگاه ادای شهادت کنند».<sup>۵</sup> اما دادگاه کیفری بین‌المللی رواندا - به مانند دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق - این امکان را در رویه خود مورد پذیرش قرار داده است. دیوان در رویه خود تصریح نموده است هنگامی که شهادت از طریق ویدئوکنفرانس برای تضمین امنیت شاهد ضروری است یا منافع عدالت اقتضا می‌کند، شهادت ویدئویی را می‌پذیرد. دیوان در قضیه «باگوسورا» و قضیه «نیزی پمانا» خاطرنشان می‌کند در احراز «منافع عدالت»، اهمیت موضوع شهادت، ناتوانی یا بی‌میلی شاهد

1. Prosecutor v. Ante Gotovina, Case No. IT-06-90-T, Reasons for Decision Granting Prosecution's Motion to Cross-Examine Four Proposed Rule 92 bis Witnesses and Reasons for Decision to Hear the Evidence of Those Witnesses via Video-Conference Link (ICTY, Nov. 3, 2009), para. 12.
2. Fact.
3. Case by case.
4. Discretion.
5. Rules of Procedure and Evidence of United Nations International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), Rule 90(A).

نسبت به حضور در دادگاه و دلایل شاهد در این خصوص باید مورد ارزیابی دیوان قرار گیرد.<sup>۱</sup> دیوان در قضیه «نیزی یماننا» می‌افزاید «هر طرف قضیه که درخواست ادای شهادت از طریق ارتباط ویدئویی را دارد، "بار اثبات"<sup>۲</sup> موارد مذکور را بر عهده دارد و او باید دیوان را متقاعد نماید که اگر اجازه ادای شهادت ویدئویی داده نشود، شاهد هرگز نخواهد توانست دانسته‌های خود را به سمع و نظر دیوان برساند».<sup>۳</sup> شرط اخیر حاکی از این است که همان‌طور که دیوان خود به این واقعیت اذعان داشته است<sup>۴</sup> - استماع شهادت از طریق ارتباط ویدئویی، یک حالت استثنایی است که تنها در صورت وجود ادله مناسب و دلایل مشروع پذیرفته می‌شود. بر این اساس، دیوان بر این نظر است که ادای شهادت از طریق ویدئوکنفرانس باید به عنوان «آخرین راه حل»<sup>۵</sup> مورد استفاده قرار گیرد. دیوان در قضیه «موانی» تصریح می‌کند زمانی که درخواست ادای شهادت از طریق ویدئوکنفرانس به دیوان ارائه می‌شود، دیوان این موضوع را بررسی می‌کند که آیا حضور مجازی شاهد به جای حضور فیزیکی آن، امکان و فرصت طرف‌های رسیدگی در خصوص ارزیابی شاهد را کاهش می‌دهد یا خیر؟<sup>۶</sup> دیوان در رابطه با مصادیق ناتوانی یا بی‌میلی شاهد نیز رویه قابل ملاحظه‌ای دارد. دیوان تصریح می‌کند که سن یا شرایط جسمی یا روحی نامساعد شاهد می‌تواند به عنوان شرایط استثنایی تلقی گردد.<sup>۷</sup> در

1. Prosecutor v. Bagosora, Case No. ICTR-98-41-T, Decision on the Prosecution Request for Testimony of Witness BT via Video-Link (TC) (Oct. 8, 2004), para. 8; Prosecutor v. Nizeyimana, Case No. ICTR-00-55C-T, Decision on Prosecutor's Extremely Urgent Motion for Testimony via Video-Link (Feb. 14, 2011), para. 5.
2. Burden of proof.
3. Prosecutor v. Nizeyimana, Case No. ICTR-00-55C-T, Decision on Prosecutor's Extremely Urgent Motion for Testimony via Video-Link (Feb. 14, 2011), para. 6.
4. Prosecutor v. Ndahimana, Case No. ICTR-2001-68-T, Decision on Defence Motion to Hear the Testimony of Witnesses BX7 and FB1 via Video Link (Feb. 25, 2011), para. 16.
5. Last Resort.
6. Prosecutor v. Muvunyi, Case No. ICTR-2000-55A-PT, Decision on Prosecution's Motion to Have Prosecution Witness NN Testify by Video-Link (Dec. 30, 2008), para. 2.
7. Prosecutor v. Bagosom and Others, Case No. ICTR-98-41-I, Decision on Prosecutor's Motion for Deposition of Witness OW (5 December 2001), para. 12.



قضیه «ریکوندو» که مدارک پزشکی یکی از شاهدان حاکی از آن بود که او بسیار مریض‌تر از آن است که بتواند از روآندا به «آروشا»<sup>۱</sup> (مقر دیوان) مسافرت کند و شاهد دیگر - که قبلاً نیز پس از شهادت در دیوان مورد حمله قرار گرفته و مجروح شده بود - نیز از عواقب حضور نزد دیوان واهمه داشت، دیوان شهادت از طریق ویدئوکنفرانس را در مورد هر دوی آن‌ها پذیرفت.<sup>۲</sup>

به طور کلی، رویکرد دادگاه کیفری بین‌المللی روآندا نسبت به موضوع شهادت از طریق ارتباط ویدئویی نیز به مانند دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق یا حتی سختگیرانه‌تر از آن بوده است. در قضیه «زیچ رانی رازو»، دادگاه کیفری بین‌المللی روآندا با اینکه دلایل شاهد در خصوص ترس نسبت به امنیت خود را می‌پذیرد، اعلام می‌کند که دیوان قادر است تا تدابیر امنیتی بالایی را برای تأمین امنیت او در آروشا اتخاذ نماید و از این رو، شاهد باید به صورت حضوری ادای شهادت کند.<sup>۳</sup> حتی در قضیه «نامی هیگو» نیز که در نهایت، ادای شهادت از طریق ارتباط ویدئویی مورد پذیرش دیوان قرار گرفت، دیوان قبلاً از طریق قانونی تلاش کرده بود تا با مذاکره با کارفرمای شاهد، شرایط حضور او در دیوان را فراهم نماید که البته کارفرما راضی به آن نشد.<sup>۴</sup> به رغم سختی در پذیرش شهادت ویدئویی، دیوان پس از پذیرش و ادای شهادت، آن را کافی قلمداد می‌نماید. دیوان در قضیه «ریکوندو»، پس از اینکه شهادت شهود را از طریق ویدئوکنفرانس استماع نمود، درخواست وکیل مدافع مبنی بر لزوم سفر کردن طرف‌های رسیدگی به روآندا برای ملاقات حضوری با شاهد را اقدامی

۱. Arusha (آروشا) نام شهری در کشور تانزانیا (Tanzania) است.

2. Prosecutor v. Rukundo, Case No. ICTR-2001-70-PT, Decision on the Prosecutor's Urgent Motion for Witnesses BPA and BLR to Give Testimony via Video-Link (Mar. 1, 2007), paras. 5, 13, 14.
3. Prosecutor v. Zigiranyirazo, Case No. ICTR-2001-73-T, Decision on the Prosecution Joint Motion for Re-Opening Its Case and for Reconsideration of the 31 January 2006 Decision on the Hearing of Witness Michel Bagaragaza via Video-Link (Nov. 16, 2006), para. 24.
4. Prosecutor v. Nchamihigo, Case No. ICTR-2001-63-T, Decision on the Prosecution Motion to Hear the Testimony of Witness LM by Video-Link (Jan. 25, 2007), paras. 5-6.

غیر ضروری تلقی نمود.<sup>۱</sup>

## ۲-۳. دیوان کیفری بین‌المللی

برای نخستین بار در مقررات آیین دادرسی و ادله یک دادگاه بین‌المللی، ادای شهادت از طریق ویدئوکنفرانس در مقررات آیین دادرسی و ادله دیوان کیفری بین‌المللی مورد پذیرش قرار گرفت. بر اساس قاعده ۶۷(۱)(۳) مقررات آیین دادرسی و ادله دیوان کیفری بین‌المللی، دیوان پس از احراز دو شرط ممکن است اجازه شهادت ویدئویی یا صوتی را بدهد: فناوری مورد استفاده این قابلیت را داشته باشد که امکان ارزیابی شاهد در حین ادای شهادت را برای دیوان، «دادستان»<sup>۲</sup> و وکیل مدافع فراهم کند؛ و اینکه شعبه رسیدگی کننده - با کمک «دفتر شعبه»<sup>۳</sup> - اطمینان حاصل نماید که مکان ادای شهادت برای اظهار واقعیت و رعایت امنیت، «رفاه»<sup>۴</sup> جسمی و روانی، شأن و «کرامت»<sup>۵</sup> و «حریم خصوصی»<sup>۶</sup> شاهد، مساعد است.<sup>۷</sup> همان طور که مشخص است، در دیوان کیفری بین‌المللی در خصوص پذیرش شهادت از راه دور بسیار منعطف‌تر از دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق و دادگاه کیفری بین‌المللی رواندا عمل شده است. دلایل متعددی در این خصوص قابل ذکر است. دلیل اصلی این انعطاف، رشد قابل ملاحظه فناوری‌های نوین در زمان فعالیت دیوان کیفری بین‌المللی - در مقایسه با دادگاه‌های یوگسلاوی و رواندا - است. البته دلایل حقوقی نیز وجود دارد. نخست اینکه دولت‌های طرف اساسنامه دیوان صرفاً متعهد هستند که شهادت شهود - با گرفتن «قسم»<sup>۸</sup> از شاهد - را در سرزمین خود

1. Prosecutor v. Rukundo, Case No. ICTR-2001-70-PT, Decision on the Prosecutor's Urgent Motion for Witnesses BPA and BLR to Give Testimony via Video-Link (Mar. 1, 2007), para. 15.
2. Prosecutor.
3. Registry.
4. Well-being.
5. Dignity.
6. Privacy.
7. Rules of Procedure and Evidence of International Criminal Court, art. 67(1)(3).
8. Oath.

تسهیل نمایند<sup>۱</sup> و نمی‌توان شهود را برای سفر به لاهه مجبور کرد (Gray, 2004: 311). افزون بر این، دیوان که برای مبارزه با «بی‌کیفرمانی»<sup>۲</sup> مرتکبان شدیدترین جنایاتی که علیه «جامعه بین‌المللی در کل»<sup>۳</sup> ارتکاب یافته، تشکیل شده است،<sup>۴</sup> نباید با سختگیری‌های شکلی، مانع شهادت شهود علیه این مرتکبان و در نتیجه عدم مجازات آن‌ها شود.

علاوه بر شرایط آسانی که در خصوص پذیرش شهادت از طریق ارتباط ویدئویی پذیرفته شده است، دیوان دو ابتکار بدیع و قابل توجه در این خصوص دارد. نخست اینکه در دیوان کیفری بین‌المللی، شهادت صوتی از راه دور نیز مورد پذیرش قرار گرفته است. در واقع می‌توان تصور کرد که یک شاهد بتواند از «تلفن همراه»<sup>۵</sup> خود، شهادتش را به دیوان ارائه نماید که این رویکرد، انتقادات قابل تأملی را در خصوص نقض اصل لزوم مواجهه شاهد و متهم مطرح می‌کند. نوآوری بعدی مربوط به ماده ۶۹(۲) اساسنامه دیوان می‌شود که حتی شهادت ویدئویی یا صوتی از قبل ضبط‌شده نیز تحت شرایطی - مورد پذیرش دیوان قرار خواهد گرفت (Cryer & Others, 2007: 384).

دیوان این صلاحدید وسیع را حتی در عمل نیز برای خود مورد تصریح قرار داده است. دیوان در قضیه «لوبانگا» تصریح می‌کند که اجازه شهادت از طریق ویدئوکنفرانس تنها محدود به شرایطی نیست که شاهد ناتوان یا بی‌میل از حضور در دادگاه باشد، بلکه دیوان ممکن است در این راستا طیف گسترده‌ای از عوامل را مورد توجه قرار دهد.<sup>۶</sup> دیوان در رویه خود در خصوص پذیرش شهادت از راه دور، بسیار آسان گرفته است. در قضیه «لوبانگا» استدلال جالبی در خصوص پذیرش شهادت از راه دور در دیوان مطرح شد، مبنی بر اینکه اگر شاهد که در «ایتوری»<sup>۷</sup> کنگو زندگی

1. Rome Statute of the International Criminal Court 1998, art. 93(1)(b).
2. Impunity.
3. International community as a whole.
4. Rome Statute of the International Criminal Court 1998, Preamble.
5. Mobile.
6. Prosecutor v. Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04/01-06, Redacted Decision on the Defence Request for a Witness to Give Evidence via Video-Link (Feb. 9, 2010), paras. 3, 14-16.
7. Ituri.

می‌کند، مجبور به مسافرت به کشور هلند شود، به سبب عدم آشنایی با اصول اولیه زندگی در اروپا و مشکلاتش در تطابق با شرایط جدید، دچار پریشانی خواهد شد (McCausland, 2010: 502). همچنین در قضیه «بمبا گومبا» دیوان ادعای وکیل مدافع را مبنی بر اینکه در موارد بیماری، اجازه شهادت از راه دور تنها محدود به مواردی است که شاهد از سفر منع شده است، رد نمود.<sup>۱</sup>

## ۲-۴. دادگاه ویژه سیرالئون

در مقررات آیین دادرسی و ادله دادگاه ویژه سیرالئون - به مانند مقررات آیین دادرسی و ادله دیوان کیفری بین‌المللی - شهادت از راه دور پذیرفته شده است. بر این اساس، شهادت می‌تواند به صورت مستقیم در دادگاه یا از طریق «وسایل ارتباطاتی»<sup>۲</sup> از جمله ویدئو یا «تلویزیون مدار بسته»<sup>۳</sup> ارائه گردد.<sup>۴</sup> در قضیه «تیلور» در دادگاه سیرالئون، استدلال جالبی در خصوص ادای شهادت از طریق ویدئوکنفرانس مطرح گردید. در این قضیه ادعا شد که بر اساس قاعده ۸۵ مقررات آیین دادرسی و ادله، ادای شهادت از طریق ویدئوکنفرانس، اصل است و طرف مخالف با درخواست باید ثابت نماید که چرا نباید به شاهد چنین اجازه‌ای داده شود. دیوان این استدلال را نمی‌پذیرد و اعلام می‌کند با اینکه مقرر مزبور هیچ پیش شرطی را برای شهادت ویدئویی ذکر نمی‌کند، این ماده و سایر قواعد دیوان، نشان‌دهنده این ترجیح عمومی است که شهود باید به طور مستقیم در محضر دادگاه ادای شهادت کنند.<sup>۵</sup> در قضیه مزبور، دادگاه برخی از شرایط شکلی شهادت از طریق ویدئوکنفرانس را مورد اشاره

1. Prosecutor v. Bemba Gombo, Case No. ICC-01/05-01/08-947, Redacted Decision on the "Request for the Conduct of the Testimony of Witness CAR-OTP-WWWW-0108 by Video-Link", (Oct. 12, 2010), paras. 5-15.
2. Communications media.
3. Closed-circuit television.
4. Rules of Procedure and Evidence of the Special Court for Sierra Leone SCSL, art. 85(D).
5. Prosecutor vs. Charles Ghankay Taylor, Case No. SCSL-03-01-PT-217, Decision on Prosecution Motion to Allow Witnesses to Give Testimony by Video-Link, paras. 22-27.

قرار می‌دهد. بدین ترتیب که حضور مأمور دادگاه در مکان ادای شهادت برای نظارت و مطلع نمودن شاهد از وظایفش ضروری است و دادگاه حضور نمایندگان طرف‌های رسیدگی را نیز در این مکان اجازه خواهد داد. همچنین شاهد نیز باید بتواند قضاوت، متهم و پرسش‌کننده را از صفحه نمایش مشاهده کند.<sup>۱</sup>

در دادگاه سیرالئون نیز به مانند دیوان کیفری بین‌المللی، پذیرش شهادت از طریق ویدئوکنفرانس مشمول شرایط سختگیرانه‌ای نشده است. البته دادگاه سیرالئون با ارائه یک استدلال هوشمندانه در قضیه «سزی»، صلاحیت گسترده‌ای را در خصوص پذیرش شهادت از طریق ویدئوکنفرانس برای خود در نظر می‌گیرد. در قضیه مزبور، بر این نکته تأکید می‌شود که دادگاه سیرالئون متمایز از دو دادگاه یوگسلاوی و روانداست، به این سبب که در کشوری تشکیل شده است که جرایم ادعایی، ارتکاب یافته است.<sup>۲</sup> بنابراین باید تدابیر حمایتی بیشتری برای حمایت از شهود -از جمله عدم افشای نام و استفاده از «نام مستعار»<sup>۳</sup> برای آن‌ها- اتخاذ نماید (McLaughlin, 2007: 198-199) و ادای شهادت از طریق ارتباط ویدئویی و از مکانی خارج از دادگاه، امنیت بیشتری برای شهود فراهم می‌کند.<sup>۴</sup>

## نتیجه‌گیری

رویه دادگاه‌های کیفری بین‌المللی که با هدف استقرار عدالت و در راستای مقابله با بی‌کیفرمانی -که از عوامل تهدیدکننده صلح و امنیت بین‌المللی به شمار می‌رود- تشکیل

1. Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Case No. SCSL-03-1-T, Decision on Public Prosecution Motion to Allow Witness TF1-303 to Give Testimony by Video-Link, 3.

۲. در قضیه «سزی»، دادگاه سیرالئون شهادت از طریق ویدئوکنفرانس را به این سبب که شاهد به تازگی وضع حمل کرده بود، پذیرفت (Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Case No. SCSL-03-1-T, Decision on Public Prosecution Motion to Allow Witness TF1-303 to Give Testimony by Video-Link (Nov. 18, 2008)).

3. Pseudonyms.

4. Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Case No. SCSL-2004-15-T, Decision on Prosecution Motion for Modification of Protective Measures for Witnesses (SCSL Trial Chamber 5 July 2004).

شده‌اند، نشان می‌دهد که آن‌ها هرگز عدالت را قربانی «فرمالیسم حقوقی»<sup>۱</sup> ننموده‌اند و حتی در مواردی که «سند مؤسس»<sup>۲</sup> و قواعد رسیدگی آن‌ها، هیچ اجازه‌ای در خصوص پذیرش شهادت از طریق ارتباط ویدئویی به آن‌ها نداده است (عملکرد دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق در قضیه تادیچ) یا هنگامی که مقررات آیین دادرسی و ادله، ادای شهادت حضوری را ضروری قلمداد نموده است (عملکرد دادگاه کیفری بین‌المللی رواندا)، شهادت از طریق ویدئوکنفرانس را در عمل مورد پذیرش قرار داده‌اند. البته در آغاز راه، استفاده از فناوری‌های نوین برای ادای شهادت به آسانی مورد پذیرش دادگاه‌های بین‌المللی قرار نمی‌گرفتند؛ اما در ادامه، فناوری‌ها خود را به این دادگاه‌ها تحمیل نمودند. در قضیه تادیچ به عنوان نخستین پرونده‌ای که در یک دادگاه کیفری بین‌المللی امکان ادای شهادت از طریق ویدئوکنفرانس مورد بحث قرار گرفت، دیوان ارزش پایینی برای این شیوه از ادای شهادت در نظر می‌گیرد و اعلام می‌کند که اگرچه ارزش اثباتی شهادت ویدئویی بالاتر از شهادت کتبی است، اما وزن پایین‌تری در مقایسه با شهادت در محضر دادگاه دارد.<sup>۳</sup> اما گذشت زمان سبب شد تا دیوان از نظر خود برگردد و در قضیه «گوتوینا» دقیقاً برعکس اظهارنظر سابق خود را بیان کند: شهادت از طریق ویدئوکنفرانس باید دارای ارزش اثباتی بیشتری نسبت به شهادت ارائه‌شده در دادگاه تلقی گردد.<sup>۴</sup>

1. Legal formalism.

2. Constituent instrument.

3. Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No. IT-94-1-T, Decision on the Defence Motions to Summon and Protect Defence Witnesses, and on the Giving of Evidence by Video-Link (ICTY, June 25, 1996), para. 21.

دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق، پایین بودن ارزش اثباتی شهادت ویدئویی نسبت به شهادت در دادگاه را در قضیه «دلالیچ» (Prosecutor v. Zejnil Delalic and Others, Case No. IT-96-21-T, Decision on the Motion to Allow Witnesses K, L and M to Give Their Testimony by Means of Video-Link Conference (28 May 1997), para. 18) مورد تأکید مجدد قرار داد (Schabas, 2006: 475).

4. Prosecutor v. Ante Gotovina, Case No. IT-06-90-T, Reasons for Decision Granting Prosecution's Motion to Cross-Examine Four Proposed Rule 92 bis Witnesses and Reasons for Decision to Hear the Evidence of Those Witnesses via Video-Conference Link (ICTY, Nov. 3, 2009), para. 8.

در واقع، علاوه بر اینکه متناسب با رشد فناوری در طول زمان، دادگاه‌های بین‌المللی جدید التأسيس - مثل دادگاه ویژه سیرالئون<sup>۱</sup> - تمایل بیشتری به کاربرد فناوری‌های نوین در استماع شهادت شهود دارند، دادگاه‌های بین‌المللی قدیمی‌تر نیز در رویه جدید خود رویکرد منعطف‌تری نسبت به این موضوع اتخاذ نموده‌اند؛ برای مثال، دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق که در سال ۱۹۹۶ در قضیه تادیچ، شرایط سختگیرانه‌ای را در این خصوص برشمرده بود، در قضیه «گوتوینا» در سال ۲۰۰۹، فناوری ویدئوکنفرانس را به عنوان یکی از عوامل توانمندی دیوان توصیف نمود: «ابزارهایی مثل ویدئوکنفرانس، شعبه دادگاه را تا محل زندگی شاهد امتداد می‌دهند»<sup>۲</sup> و در همین قضیه، صرفاً به سبب لزوم «رسیدگی سریع»<sup>۳</sup> و «به اختیار خود»<sup>۴</sup> شهادت را از طریق ارتباط ویدئویی استماع نمود.<sup>۵</sup>

۱. به عنوان یک موضوع بدیع، در مقررات آیین دادرسی و ادله دادگاه سیرالئون مقرر شده است که اگر متهم از دادگاه اخراج شد، باید شرایطی فراهم گردد تا - در صورت امکان - او بتواند جریان رسیدگی را از طریق ارتباط ویدئویی دنبال نماید (Rules of Procedure and Evidence of Special Court for Sierra Leone (SCSL), rule 80)

2. Prosecutor v. Ante Gotovina, Case No. IT-06-90-T, Reasons for Decision Granting Prosecution's Motion to Cross-Examine Four Proposed Rule 92 bis Witnesses and Reasons for Decision to Hear the Evidence of Those Witnesses via Video-Conference Link (ICTY, Nov. 3, 2009), para. 8.

3. Expeditious trial.

4. Proprio motu.

5. Prosecutor v. Ante Gotovina, Case No. IT-06-90-T, Reasons for Decision Granting Prosecution's Motion to Cross-Examine Four Proposed Rule 92 bis Witnesses and Reasons for Decision to Hear the Evidence of Those Witnesses via Video-Conference Link (ICTY, Nov. 3, 2009), para. 12.

## کتاب‌شناسی

۱. آخوندی، محمود، *آیین دادرسی کیفری*، تهران، دکتری حقوق بین‌الملل عمومی واحد علوم و تحقیقات تهران، ۱۳۶۸ ش.
۲. ابراهیم گل، علیرضا، «ابعاد شهادت در رسیدگی‌های کیفری بین‌المللی»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۳۷، ۱۳۸۶ ش.
۳. بیگ‌زاده، ابراهیم، *تقریرات درس حقوق بین‌الملل کیفری*، تهران، دکتری حقوق بین‌الملل عمومی واحد علوم و تحقیقات تهران، ۱۳۹۴ ش.
۴. تقی‌پور، علیرضا، «محدودیت‌های حق پرسش متهم از شاهد در قواعد دادرسی و رویه قضایی دادگاه‌های کیفری بین‌المللی»، *مجله فقه و حقوق اسلامی*، سال اول، شماره ۲، ۱۳۹۰ ش.
۵. تیلور، بی. دون، «آماده‌سازی شهود در حقوق بین‌المللی کیفری: آیا افزایش اختلافات شکلی در دادگاه‌های بین‌المللی کیفری مایه نگرانی است؟»، ترجمه منصور فرخ‌سیری، *ویژه‌نامه مجله حقوقی بین‌المللی*، ۱۳۸۹ ش.
۶. جلالی فراهانی، امیرحسین، «استنادپذیری ادله الکترونیکی در امور کیفری»، *مجله فقه و حقوق*، شماره ۱۵، ۱۳۸۶ ش.
۷. دمیتس و دیونیسوس، «نقش سامانه‌های اطلاعات در پیشگیری و کشف جرایم فراملی و بین‌المللی»، ترجمه سیدبهمن خدادادی و مهدی غلامپور، مقاله در: باتکاس، ایلپاس و امانوئلا میلوناکی، *رویکردهای جرم‌شناختی به حقوق بین‌المللی کیفری*، به کوشش حمیدرضا نیکوکار، تهران، میزان، ۱۳۹۷ ش.
۸. رضوی فرد، بهزاد و حسن فقیه محمدی، «رویکرد دیوان کیفری بین‌المللی در قبال فرایند آماده‌سازی شهود»، *بزه‌شناسی حقوقی*، سال دوم، شماره ۲، ۱۳۹۰ ش.
۹. سادات میدانی، سیدحسین، «پذیرش و اعتبار شهادت و شهادت کارشناسی در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره چهل و پنجم، شماره ۲، ۱۳۹۴ ش.
۱۰. مؤذن‌زادگان، حسنعلی و محمدرسول شایگان، «استنادپذیری و تحصیل ادله الکترونیکی در حقوق کیفری ایران»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، شماره ۴۸، ۱۳۸۸ ش.
۱۱. مهرافشان، علیرضا، «رسیدگی به اتهام از طریق ویدئوکنفرانس»، *مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز*، دوره ششم، شماره ۴، ۱۳۹۳ ش.
۱۲. نژندی‌منش، هیبت‌الله و وحید بَدَار، «نقش فضای مجازی در مذاکرات و روابط بین‌المللی»، *فصلنامه آرمان حقوقی*، شماره ۱، ۱۳۹۶ ش.
13. Bantekas, Ilias & Susan Nash, *International Criminal Law*, 2<sup>nd</sup> Ed., United States, Cavendish Publishing, 2003.
14. Boas, Gideon, "Creating Laws of Evidence for International Criminal Law: The ICTY and the Principle of Flexibility", *Criminal Law Forum*, Vol. 12, 2001.
15. Calvo-Goller, Karin N. *The Trial Proceedings of the International Criminal Court: ICTY and ICTR Precedents*, Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
16. Combs, Nancy Amoury, "Evidence", in: *Routledge Handbook of International Criminal Law*, William A. Schabas & Nadia Bernaz (Eds.), New York, Routledge, 2011.
17. Cryer, Robert & Hakan Friman & Darryl Robinson & E. Wilmshurst, *An Introduction*



- to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2007.
18. De Smet, Simon, "A structural analysis of the role of the Pre-Trial Chamber in the fact-finding process of the ICC", in: *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Carsten Stahn & Göran Sluiter (Eds.), Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
  19. Dutton, Yvonne M., "Virtual Witness Confrontation in Criminal Cases A Proposal to Use Videoconferencing Technology in Maritime Piracy", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 45, 2012.
  20. Gray, Kevin R., "Evidence Before the ICC", in: *The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues*, Dominic McGoldrick & Peter Rowe & Eric Donnelly (Eds.), North America, Hart Publishing, 2004.
  21. Ivkovic, Sanja Kutnjak, "Justice by the international criminal tribunal for the former Yugoslavia", *Stanford Journal of International Law*, Vol. 37, 2004.
  22. Jackson, Sheryl, "Court-Provided Trial Technology: Efficiency and Fairness for Criminal Trials", *Common Law World Review*, Vol. 39, 2010.
  23. Lorenz, Frederick & Kelly Paradis, "Evidentiary Issues in Piracy Prosecution", in: *Prosecuting Maritime Piracy: Domestic Solutions to International Crimes*, Michael P. Scharf & Michael A. Newton & Milena Sterio (Eds.), New York, Cambridge University Press, 2005.
  24. McCausland, Julieta Solano, "Enrique Carnero Rojo, Developments at the International Criminal Court", *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 9, 2010.
  25. McLaughlin, Colin T., "Victim and Witness Measures of the International Criminal Court: A Comparative Analysis", *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 6, 2007.
  26. Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2<sup>nd</sup> Ed., New York, Oxford University Press, 2016.
  27. Id., "International Criminal Tribunals: A Review of 2007", *Northwestern University Journal of International Human Rights*, Vol. 6, 2008.
  28. Id., *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, New York, Cambridge University Press, 2006.
  29. Weber, Romana, "Witness Protection at International Criminal Tribunals: Previous Experiences as Lessons for the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia", *City University of Hong Kong Law Review*, Vol. 2, 2010.
  30. Zakerhossein, Mohammad Hadi & Anne-Marie De Brouwer, "Diverse Approaches to Total and Partial in Absentia Trials by International Criminal Tribunals", *Criminal Law Forum*, Vol. 26, 2015.



## جرایم علیه صخره‌های مرجانی از منظر حقوقی و بزه‌دیده‌شناختی\*

- مهدی صبوری پور<sup>۱</sup>  
□ اصغر احمدی<sup>۲</sup>

### چکیده

امروزه گستره وسیعی از صخره‌های مرجانی جهان، یا از بین رفته و یا در معرض خطر نابودی قرار گرفته است و از این رو با توجه به اینکه آسیب به صخره‌های مرجانی، سبب آسیب به زیست‌بوم دریایی می‌شود، این پرسش مطرح می‌شود که آیا مقنن ایرانی جرایم علیه صخره‌های مرجانی را به رسمیت شناخته است یا خیر؟ پاسخ به این پرسش بستگی به رویکرد اتخاذ شده دارد. در رویکرد قانونی هرچند به طور خاص جرایم علیه صخره‌های مرجانی به رسمیت شناخته نشده است، اما به طور عام می‌توان از جرایم علیه این گونه‌ها سخن گفت. اما در رویکرد بزه‌دیده‌شناسی سبز، بزه‌ها علیه صخره‌های مرجانی در قانون پدیدار نگشته‌اند. به همین جهت این مقاله بر دو محور استوار شده است: نخست، جرایم علیه صخره‌های مرجانی در پرتو قوانین کیفری ایران که سه رفتار صید،

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۴/۲۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۸/۲۹.

۱. استادیار دانشگاه شهید بهشتی (m\_sabooripour@sbu.ac.ir).

۲. کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی (نویسنده مسئول) (asgharahmadi90@yahoo.com).

تخریب عمدی و آلوده‌سازی آب دریا را در بر می‌گیرد؛ و دوم جرایم علیه صخره‌های مرجانی در پرتو بزه‌دیده‌شناسی سبز که در صدد شناسایی رفتارهای قانونی پدیدآورنده «ضرر» به صخره‌های مرجانی است که در قوانین کیفری گنجانده نشده‌اند و سه رفتار شیرین‌سازی آب دریا، عملیات نفتی و تخریب‌های غیر عمدی را در بر می‌گیرد. نتیجه آنکه هرچند حقوق کیفری ایران، رفتارهای بزهکارانه عامی را بر ضد محیط‌زیست دریایی پیش‌بینی کرده که جرایم علیه صخره‌های مرجانی در پرتو آن‌ها قابل شناسایی است، اما به طور ویژه به جرایم علیه صخره‌های مرجانی توجه نداشته و از این رو در پرتو رویکرد بزه‌دیده‌شناسی سبز بایسته است که رفتارهای مخرب گسترده‌ای که بر ضد صخره‌های مرجانی ارتکاب می‌یابد، جرم‌انگاری شود.

**واژگان کلیدی:** صخره‌های مرجانی، محیط‌زیست دریایی، بزه‌دیدگی سبز، سیاست کیفری ایران.

## مقدمه

گونه‌های طبیعی، جانوری و گیاهی مختلفی در دنیا وجود دارند که از زیبایی و ارزش‌های فراوانی بهره‌مندند؛ اما بدون شک می‌توان یکی از مهم‌ترین آن‌ها را مرجان‌های<sup>۱</sup> دریایی دانست. این گونه‌های بی‌نظیر که از پیوستگی با هم، صخره‌های مرجانی<sup>۲</sup> را تشکیل داده‌اند، دارای چنان ارزش و سودمندی هستند که لازم است ابزارهای حقوقی وسیعی را برای پاسداری از آن‌ها به کار بست.<sup>۳</sup>

۱. مرجان‌ها جزء سلسله جانوران بی‌مهره، شاخه کیسه‌تان، رده آتوزوآ (جانوران گل‌شکل) و هیدروزوآ می‌باشند. مرجان‌ها از نظر فیزیولوژی دارای بدن کیسه‌مانند هستند که از دو لایه سلولی اکتودرم و آندودرم و یک لایه غیر سلولی میانی تشکیل شده‌اند و دارای حفره شکمی هستند. این جانوران به صورت پولیپ زندگی می‌کنند و بدن استوانه‌ای شکل دارند. در بافت زنده برخی مرجان‌ها سلول‌های جلبکی وجود دارند که به مرجان، رنگ سبز، آبی، قهوه‌ای و... می‌دهند (دهدشتیان و حسین‌پور رودسری، ۱۳۹۰: ۲۴-۲۵). مرجان‌ها به طور معمول به دو فرم استوانه‌ای و چتری شکل دیده می‌شوند و از نظر رده‌بندی به دو گروه مرجان‌های سخت و نرم تقسیم می‌گردند.

2. Coral reefs.

۳. گاه در سطح بین‌المللی نیز ادعای مالکیت بر صخره‌های مرجانی باعث بروز اختلاف می‌شود که می‌توان یکی از مهم‌ترین آن‌ها را دعوای فیلیپین علیه چین در دریای جنوبی چین دانست. دریای جنوبی

آبسنگ‌های مرجانی قسمت وسیعی از آب‌های سطحی مناطق گرمسیری را در بر گرفته‌اند. این زیستگاه‌های دریایی، مهم‌ترین و بزرگ‌ترین تنوع گونه‌ای در بین زیست‌بوم‌های دریایی را با ۹۱ هزار گونه شامل می‌گردند (جمیلی و جلالی، ۱۳۹۵: ۴۰). جزایر مرجانی از مهم‌ترین منابع تولید انرژی در زیست‌بوم‌های دریایی هستند که میزان تولید انرژی در این زیست‌بوم‌ها، معادل جنگل‌های حاره‌ای است (طالبی و صفادگیری، ۱۳۹۵: ۱). از منظر تنوع زیستی، جزایر مرجانی مانند جنگل‌های استوایی، متنوع‌ترین زیست‌بوم‌های جهان هستند. آبسنگ‌های مرجانی به عنوان مکان تغذیه، تولید مثل، پرورش نوزادان و نیز پناهگاه ماهیان و بسیاری از موجودات آبی عمل می‌کنند و نیز شاخصی از سلامت زیست‌بوم بوده و از ساحل حفاظت می‌کنند (Elliff & Silva, 2017: 148) و به لحاظ جذب توریست و مسائل اقتصادی نیز بسیار حائز اهمیت هستند (اسلامی و حسنلو، ۱۳۹۵: ۱).

با وجود این، امروزه محیط‌زیست و زیست‌بوم‌های مرجانی در معرض آسیب‌های انسانی فراوانی چون آلودگی‌ها، تخریب، صید و تغییرات آب و هوایی قرار گرفته‌اند<sup>۱</sup>

→ چین بخشی از اقیانوس آرام است که چین مدعی مالکیت مطلق بر ۸۰٪ آب‌های آن می‌باشد و در این باره با دیگر مدعیان مانند فیلیپین، ویتنام، مالزی، برونی، اندونزی و تایوان اختلاف دارد (عباس‌زاده فتح‌آبادی و رمضانی، ۱۳۹۶: ۵۹). در پی اقدامات تجاری دولت چین در دریای جنوبی و ایجاد خسارت‌های فراوان به صخره‌های مرجانی، دولت فیلیپین در سال ۲۰۱۳ نزد دیوان داوری بین‌المللی اقدام به طرح دعوی نمود که سرانجام در سال ۲۰۱۶، این دیوان ادعای مالکیت چین را بر خلاف کنوانسیون حقوق دریاها مصوب ۱۹۸۲ دانست و آن را رد کرد.

۱. سازمان ملل متحد گزارشی تکان‌دهنده از وضعیت طبیعت و تنوع زیستی را با عنوان «خلاصه ارزیابی جهانی برای سیاست‌گذاران» در سال ۲۰۱۹ منتشر کرده است. بر اساس این گزارش، خطراتی که در حال حاضر طبیعت و تنوع زیستی زمین را تهدید می‌کند، بی‌سابقه بوده و روند انقراض گونه‌ها سرعت گرفته است. مطابق این گزارش، نابودی تنوع زیستی به اندازه تغییرات آب و هوایی، زندگی بشر را تهدید می‌کند؛ ۸۰٪ از اهداف توسعه پایدار مربوط به فقر، گرسنگی، بهداشت، آب، شهرها، آب و هوا، اقیانوس‌ها و... با حفظ تنوع زیستی و زیست‌بوم‌ها ارتباط مستقیم دارد. بنابراین از دست دادن تنوع زیستی تنها مسئله محیط‌زیستی نیست، بلکه یک معضل اقتصادی، امنیتی، اجتماعی و اخلاقی به شمار می‌رود. در حال حاضر، یک میلیون گونه جانوری و گیاهی، در خطر انقراض هستند؛ دست کم ۶۸۰ گونه مهره‌دار از قرن شانزدهم به بعد منقرض شده‌اند؛ ۴۰٪ از دوزیستان، ۳۳٪ از پستانداران دریایی، یک‌سوم صخره‌های مرجانی و ۱۰٪ حشرات در معرض نابودی هستند. پنج عامل اصلی نابودی تنوع زیستی

←

15: Goodwin, 2011). با افزایش آلودگی دریاها، روند تخریب این زیست‌بوم‌های متنوع سریع‌تر گردیده، به طوری که در فهرست قرمز اتحادیه بین‌المللی حفاظت از طبیعت (IUCN)<sup>۱</sup> به عنوان زیست‌بوم در معرض خطر انقراض جای گرفته‌اند. در حال حاضر بیش از ۸۰٪ صخره‌های مرجانی جنوب شرقی آسیا، توسط بهره‌برداری منابع زنده دریایی و آلودگی ساحلی در معرض تهدید قرار گرفته<sup>۲</sup> و باعث کاهش شدید در ذخایر ماهیان این منطقه شده‌اند. در مورد وسعت پوشش آبسنگ‌های مرجانی در جهان باید گفت که ۶۰٪ کل صخره‌های مرجانی جهان در منطقه اقیانوس آرام و هند قرار دارند. از صخره‌های مرجانی مهم دنیا می‌توان به دیواره بزرگ مرجانی استرالیا،<sup>۳</sup> تپه‌های مرجانی ایرلند، صخره‌های مرجانی جزایر مالدیو، صخره‌های مرجانی دریای سرخ، صخره‌های مرجانی کارائیب و آبسنگ‌های مرجانی در منطقه خاورمیانه اشاره کرد. در

→ عبارت‌اند از: ۱- تخریب و تغییر کاربری زیست‌بوم‌های طبیعی، ۲- بهره‌برداری مستقیم از گونه‌ها (صید و شکار)، ۳- تغییرات اقلیمی، ۴- آلودگی، ۵- گونه‌های مهاجم. از سال ۱۹۸۰ تا کنون، انتشار گازهای گلخانه‌ای دو برابر شده است. در حال حاضر، تغییرات اقلیمی با افزایش درجه حرارت زمین به میزان حداقل ۰/۷ درجه سانتی‌گراد، تمامی ارکان طبیعت از زیست‌بوم‌ها تا ژتیک موجودات زنده را تحت تأثیر قرار می‌دهد؛ ۷۵٪ از مساحت زمین و ۶۶٪ از محیط‌های دریایی به واسطه اقدامات انسانی دستخوش تغییر کاربری و تخریب شده‌اند؛ بیش از یک سوم سطح زمین و حدود ۷۵٪ از منابع آب شیرین زمین هم‌اکنون به تولید محصولات کشاورزی و دامداری اختصاص دارد؛ حجم تولید محصولات کشاورزی از سال ۱۹۷۰ تا کنون ۳۰۰٪ افزایش یافته است؛ برداشت چوب خام از جنگل‌ها ۴۵٪ افزایش یافته است؛ تخریب زمین به واسطه فعالیت‌های انسانی، بهره‌وری ۲۳٪ از سطح زمین را کاهش داده است؛ ۱۰۰ الی ۳۰۰ میلیون نفر در جهان در معرض خطر سیل و طوفان ناشی از تخریب زیستگاه‌های ساحلی و جنگلی هستند؛ در سال ۲۰۱۵ حدود ۳۳٪ از ذخایر ماهیان دریاها صید شده است؛ سکونتگاه‌های شهری از سال ۱۹۹۲ بیش از دو برابر افزایش یافته است؛ آلودگی پلاستیکی از سال ۱۹۸۰ تا کنون ۱۰ برابر افزایش یافته است؛ و سالیانه حدود ۳۰۰ الی ۴۰۰ میلیون تن فلزات سنگین، حلال‌ها، لجن سمی و سایر ضایعات صنعتی در آب‌های آزاد تخلیه می‌شوند (<<http://www.iew.ir/1398/02/21/60760>>؛ برای مطالعه بیشتر ر.ک: Summary for policymakers..., 6 May 2019).

1. International Union for Conservation of Nature.

۲. بر اساس جدیدترین گزارش صندوق جهانی طبیعت (WWF) با عنوان «گزارش سیاره زندگی» در سال ۲۰۱۸، در ۳۰ سال گذشته ۵۰٪ از ذخایر مرجان‌ها نابود شده‌اند (قابل دسترسی در: <<http://www.iew.ir/1397/11/04/60384>>).

۳. دیواره مرجانی استرالیا بزرگترین زیست‌بوم مرجانی جهان است که اثرات مهمی بر کیفیت زندگی لاک‌پشتان دریایی، فیل دریایی، نهنگ‌ها، کوسه‌ها و ماهی‌ها دارد (Daley, 2014: 2-3).

آب‌های کرانه‌ای ایران نیز تا کنون ۲۸ گونه آبسنگ مرجانی در حاشیه جزایر خلیج فارس<sup>۱</sup> و دو منطقه ساحلی (بندر طاهری بوشهر و خلیج چابهار) مورد شناسایی قرار گرفته‌اند (جمیلی و جلالی، ۱۳۹۵: ۴۵).

با توجه به اینکه از یک‌سو خلیج فارس به علت قرار گرفتن در عرض‌های جغرافیایی نیمه‌گرمسیری، محدودیت‌هایی را برای صخره‌های مرجانی به وجود آورده است، به طوری که دامنه وسیع تغییرات دمای آب، شوری بالا و کدورت آن، موجب کاهش تنوع آبسنگ‌های مرجانی در این منطقه گردیده و آن‌ها به علت شرایط خاص محیطی همواره تحت استرس می‌باشند (قوام مصطفوی، ۱۳۸۵: ۳) و از دیگر سو رفتارهای انسانی سبب نابودی این گونه‌ها گردیده، دو پرسش مهم مطرح می‌گردد که پاسخ به آن‌ها هدف این پژوهش می‌باشد. نخست، آیا سیاست کیفی ایران صخره‌های مرجانی را به عنوان ارزشی مهم، موضوع پشتیبانی کیفی قرار داده است؟ دوم، اگر پاسخ مثبت است، چه کاستی‌هایی در پشتیبانی از صخره‌های مرجانی در نظام حقوق کیفی ایران وجود دارد؟

برای پاسخ به این دو پرسش باید میان جرایم علیه صخره‌های مرجانی در حقوق کیفی ایران و جرایم علیه صخره‌های مرجانی از منظر بزه‌دیده‌شناسی سبز تفاوت قائل شد. در کنار جرایم پیش‌بینی شده علیه صخره‌های مرجانی در حقوق کیفی ایران، رویکرد بزه‌دیده‌شناسی سبز که در راستای پوشش دادن زبان‌های زیست‌محیطی و بزه‌دیدگان آن‌ها مفهوم‌سازی شده (رایجیان اصلی، ۱۳۹۷: ۲۱۷)، نگاهی نو به قربانیان بزه‌ها و آسیب‌های زیست‌محیطی دارد؛ به طوری که در صدد است تا محدودیت حقوق کیفی را در شناسایی این قربانیان (Williams, 2009: 200) از دو جهت آشکار سازد؛ نخست، معرفی موجوداتی غیر از انسان، همچون گونه‌های گیاهی و جانوری به عنوان بزه‌دیده (شاملو و همکاران، ۱۳۹۶: ۳۹) و دوم، گذار از گزاره‌های قانونی در تعریف بزه‌دیدگان و توسعه بزه‌دیدگی زیست‌محیطی در پرتو مفهوم ضرر. به همین جهت باید گفت که بزه‌دیدگان زیست‌محیطی انواع مختلفی دارند که از جمله آن‌ها می‌توان به

۱. مهم‌ترین این جزایر عبارت‌اند از: خارک، خارکو، لاوان، هندورابی، شیدور، فارسی، فارور، بنی‌فارور، سیری، تنب بزرگ، تنب کوچک، ابوموسی، لارک و هنگام (صفائیان، ۱۳۸۹: ۲۹).

بزه‌دیدگان مستقیم و غیر مستقیم، فوری و بلندمدت و محلی و منطقه‌ای اشاره کرد (وایت، ۱۳۹۴: ۲۱۵). بدین‌سان صخره‌های مرجانی در پرتو رویکرد بزه‌دیده‌شناسی سبز می‌توانند بزه‌دیده رفتارهایی شوند که در گستره قوانین کیفری مورد شناسایی واقع نگشته‌اند، اما بزه‌دیده‌شناسی سبز بر بزه بودن آن‌ها تأکید دارد.

بدین‌سان برای تبیین گستره جرایم علیه صخره‌های مرجانی بایسته است که رفتارهای زیان‌آور به آن‌ها از دو جهت قانونی و انتقادی واکاوی شوند تا هم بزه‌های پیش‌بینی شده در قوانین روشن گردند و هم رفتارهایی که در قوانین کیفری پیش‌بینی نشده‌اند. از این رو این پژوهش از دو جستار جرایم علیه صخره‌های مرجانی از منظر حقوقی (۱) و جرایم علیه صخره‌های مرجانی از منظر بزه‌دیده‌شناختی (۲) بنیاد گرفته است.

### ۱. جرایم علیه صخره‌های مرجانی از منظر حقوقی

تنوع زیستی<sup>۱</sup> مفهومی است که در پرتو آن تمامی عناصر طبیعت اعم از جاندار و بی‌جان در کنار یکدیگر معنا پیدا می‌کنند. اما با وجود این، تردیدی نیست که ارزشمندی برخی از گونه‌های زیستی بیش از بقیه است. در خصوص تنوع زیستی آبی یا محیط‌زیست دریایی نیز همین امر مصداق دارد؛ زیرا بر خلاف برخی ماهی‌ها که می‌توان آن‌ها را به وفور یافت، برخی گونه‌های دیگر به جهت نادر بودن چنانچه از بین بروند، جایگزینی ندارند. به همین جهت است که برخی اسناد بین‌المللی چون «کنوانسیون تجارت بین‌المللی گونه‌های جانوران و گیاهان وحشی در معرض خطر انقراض و نابودی (CITES) مصوب ۱۹۷۳»<sup>۲</sup> به پیش‌بینی حمایت‌های افتراقی از گونه‌های خاص اقدام

۱. ماده ۲ کنوانسیون تنوع زیستی مصوب ۱۹۹۲ ریودوژانیرو که دولت جمهوری اسلامی ایران نیز در سال ۱۳۷۵ به آن ملحق شده است، تنوع زیستی به معنای «قابلیت تمایز بین ارگانیسم‌های زنده از هر منبع که شامل زیست‌بوم‌های زمینی، دریایی و دیگر زیست‌بوم‌های آبی، همچنین شامل ترکیبات اکولوژی که بخشی از زیست‌بوم‌ها را تشکیل می‌دهند، می‌باشد. این مفهوم شامل تنوع در درون گونه‌ها، بین گونه‌ها و تنوع زیست‌بوم‌ها می‌باشد».

2. Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, Washington, D.C., 1973.



نموده‌اند. با وجود این، اگرچه بزه‌های محیط‌زیستی قابلیت ایجاد آسیب‌های فوری و بلندمدت به سلامتی انسان و جهان طبیعی را دارد (Gibbs et al., 2010: 124) و مقنن ایرانی به همین جهت اقدام به پشتیبانی کیفی از محیط‌زیست نموده، اما به طور خاص به صخره‌های مرجانی توجهی نداشته و به طور کلی تمام تنوع زیستی دریایی را به یک چشم نگریسته است. با این حال تردیدی نیست که برخی گونه‌های خاص آبی مانند صخره‌های مرجانی، عروس دریایی، شقایق دریایی، ستاره دریایی، توتیای دریایی، اسفنج دریایی و خیار دریایی از اهمیت ویژه‌ای برخوردارند. با وجود این، در پرتو جرم‌انگاری‌های عام موجود در سه قانون «حفاظت و بهره‌برداری از منابع آبی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۴»؛<sup>۱</sup> «کتاب پنجم مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵» و «حفاظت از دریاها و رودخانه‌های قابل کشتیرانی در مقابل آلودگی به مواد نفتی مصوب ۱۳۸۹» می‌توان پشتیبانی کیفی از صخره‌های مرجانی را نظاره‌گر بود. در این سه قانون، صخره‌های مرجانی در مجموع می‌توانند موضوع سه جرم واقع شوند که در ادامه بیان خواهند شد.

### ۱-۱. صید

یکی از مهم‌ترین عوامل تخریب صخره‌های مرجانی، عملیات صیادی<sup>۲</sup> است. در واقع با توجه به اینکه صخره‌های مرجانی هم به جهت ذاتی و هم به جهت زیستگاه بودن دارای ارزش هستند، می‌توانند موضوع صید و یا بستر صید باشند. از این رو گاه هدف صیاد برداشت خود مرجان‌هاست و گاه صید ماهی‌هایی که در صخره‌های مرجانی زندگی می‌کنند و از این رو در اثر این رفتار، خسارات فراوانی به مرجان‌ها می‌رسد. گاهی نیز روش صید ماهی‌ها باعث آسیب به صخره‌های مرجانی می‌شود. به همین جهت است که مثلاً دولت هند رفتارهایی مانند ماهیگیری به وسیله مسموم‌سازی و یا

۱. با تصویب این قانون، منابع آبی از حاکمیت قانون شکار و صید مصوب ۱۳۴۶ و لایحه قانونی مجازات صید غیر مجاز از دریای خزر و خلیج فارس مصوب ۱۳۵۸ خارج شدند.  
 ۲. بند ۸ ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی قانون حفاظت و بهره‌برداری از منابع آبی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۸ در تعریف صید آورده است: «عملیاتی است که به منظور خارج کردن آبزیان از محیط‌زیست طبیعی آن‌ها صورت می‌گیرد».

استفاده از مواد منفجره را جرم‌انگاری کرده است (Sehgal, 2006: 186-188).

ماده ۲۲ قانون حفاظت و بهره‌برداری از منابع آبی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۴ (از این پس قانون منابع آبی) نیز در چهار بند اقدام به جرم‌انگاری برخی رفتارها علیه آبیان<sup>۱</sup> کرده که یکی از آن‌ها صید و فعالیت صیادی است. مقنن در این ماده، چنین رفتارهایی را بزه شناخته است: «انجام فعالیت صیادی بدون کسب پروانه لازم<sup>۲</sup> در آب‌های موضوع ماده ۲ این قانون<sup>۳</sup> توسط شناور صیادی خارجی و همچنین اشخاص ایرانی، صید در مناطق یا فصول ممنوعه، صید گونه‌هایی که صید آن‌ها ممنوع اعلام شده است، صید گونه‌هایی که برای آن‌ها اجازه لازم دریافت نشده است، فعالیت شناورهای صیادی صنعتی در مناطق صید ساحلی و صید با آلات و ادوات و مواد غیر مجاز<sup>۴</sup>».

اما در خصوص جرم‌انگاری «صید» دو چالش مهم پیش می‌آید. نخست آنکه معیار

۱. بند ۱ از ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی قانون مزبور در تعریف آبیان آورده است: «کلیه موجودات زنده اعم از جانوری و گیاهی آب‌های شیرین، شور و لب‌شور دریا یا موجوداتی که مراحل از چرخه زندگی (شامل کلیه مراحل رشد و نمو از قبیل تخم، لارو و نوزادی و...) و یا مدت زیادی از عمر خود را در آب طی می‌کنند».

۲. مطابق بند ۹ ماده ۱ آیین‌نامه پیش‌گفته: «پروانه صید، اجازه‌نامه‌ای است که به منظور انجام فعالیت‌های صیادی اشخاص حقیقی و حقوقی صادر شده است و در آن بر حسب مورد مشخصات شناور، روش صید، نوع و میزان ابزار و ادوات، گونه، میزان سهمیه صید، منطقه صید، مالک یا مالکین شناور مشخص می‌شود».

۳. مطابق ماده ۲ این قانون: «قلمرو اجرایی این قانون و مقررات اجرایی آن، به جز مواردی که در این قانون تصریح شده است، کلیه آب‌های تحت حاکمیت و صلاحیت جمهوری اسلامی ایران اعم از آب‌های داخلی، مرزی و دریایی می‌باشد». ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی این قانون، آب‌های تحت حاکمیت ایران را نیز به نحو روشن‌تری بیان می‌دارد. مطابق این ماده: «قلمرو اجرایی قانون و مقررات اجرایی آن: ۱- آب‌های تحت حاکمیت و صلاحیت جمهوری اسلامی ایران (آب‌های داخلی، دریای سرزمینی و منطقه انحصاری و اقتصادی) در خلیج فارس و دریای عمان به ترتیب مقرر در قانون مناطق دریایی جمهوری اسلامی ایران و مقررات اجرایی آن؛ ۲- آب‌های تحت حاکمیت و صلاحیت جمهوری اسلامی ایران در دریای خزر؛ ۳- آب‌های داخلی و مرزی ایران از قبیل آب‌های موجود در دریاچه‌های طبیعی و مصنوعی و پشت سدها، رودخانه‌ها، آبگیرهای طبیعی و مصنوعی، آبراه‌ها، تالاب‌ها، مرداب‌ها اعم از شور، شیرین یا آب‌های لب‌شور ساحلی و مصب رودخانه‌ها».

۴. مطابق بند ۱۲ ماده ۱ آیین‌نامه پیش‌گفته: «آلات و ادوات غیر مجاز مواردی هستند که استفاده از آن‌ها برابر مقررات، مجاز اعلام نشده است».

جرم‌انگاری «صید» در ماده ۲۲ چندان روشن نیست. توضیح آنکه مقنن در ماده ۲۲، از چهار معیار «مکان»، «زمان»، «گونه» و «وسیله» برای جرم‌انگاری صیادی بهره جسته که خود چالش‌آفرین است. مقنن در پرتو رویکرد «مکان‌محور»، دو رفتارِ فعالیت صیادی بدون داشتن پروانه لازم در آب‌های موضوع ماده ۲ قانون و صید در مناطق ممنوع را بزه شناخته است. پرسش آن است که آیا منظور از مناطق ممنوع، همان آب‌های تحت حاکمیت ایران است یا خیر؟ اگر پاسخ منفی است، چه تفاوتی میان این دو وجود دارد؟ این پرسش از آن رو اهمیت می‌یابد که اگر هر دو مورد را یکی بدانیم، پیامدش آن می‌شود که تنها شرط لازم برای بزه نبودن رفتار، کسب پروانه صیادی است. اما اگر این‌ها دو امر جداگانه باشند، نتیجه آن می‌شود که در آب‌های تحت حاکمیت ایران، صید در برخی مناطق ممنوع است و شناور صیادی اگرچه می‌تواند در آب‌های تحت حاکمیت ایران فعالیت صیادی نماید، اما مجاز به انجام این رفتار در مناطق ممنوعه نیست و در صورت ارتکاب رفتار در این مناطق، مرتکب بزه شده است. با این حال اگرچه ماده ۳ قانون منابع آبی، مدیریت صید و اعمال مقررات مربوط به آن، حفاظت منابع و بهسازی محیط آبریان را بر عهده شرکت سهامی شیلات ایران<sup>۱</sup> گذاشته، اما سازوکاری مشخص در خصوص اعلام و تشخیص مناطق ممنوعه از سوی متولیان امر پیش‌بینی نشده است که این امر با اصول قانونی بودن بزه و کیفر و شفافیت و کیفیت قوانین در تعارض است. مورد سوم جرم‌انگاری مکان‌محور، فعالیت شناور صیادی صنعتی در مناطق صید ساحلی است که چون در صید صنعتی به کمک ابزار و آلات پیشرفته و شناورهای سنگین، میزان استحصال آبریان از دریا به مراتب افزایش می‌یابد (خالقی، ۱۳۹۰: ۵۴-۵۵)، مقنن به جرم‌انگاری این امر اقدام نموده است. اگرچه در این خصوص نیز مقرره روشنی در خصوص منطقه ساحلی وجود ندارد، اما باید گفت که با توجه به ماده ۱۰<sup>۲</sup> قانون منابع آبی، منظور از مناطق صید ساحلی، «آب‌های

۱. مطابق تبصره ماده ۳ این قانون: «وظایف و اختیارات شرکت سهامی شیلات ایران در این قانون، نافی وظایف و اختیارات سازمان حفاظت محیط‌زیست نخواهد بود».

۲. مطابق ماده ۱۰ این قانون: «به منظور حمایت از صیادان ساحلی، فعالیت شناورهای صید صنعتی در داخل آب‌های ساحلی جمهوری اسلامی ایران ممنوع می‌باشد».

ساحلی)) است<sup>۱</sup> (جعفری و احمدی، ۱۳۹۷: ۱۱۰). اما پرسش دیگر آن است که منظور از آب‌های ساحلی چیست؟ مطابق ماده ۱ قانون تعیین حدود آب‌های ساحلی و منطقه نظارت دولت در دریاها مصوب ۱۳۱۳:

«قسمتی از دریا که به فاصله شش میل بحری از سواحل ایران از حد پست‌ترین جزر و موازی با آن در طول سواحل ممتد می‌باشد، آب ساحلی ایران محسوب و در این منطقه قسمت‌های واقعه در زیر کف دریا و سطح و بالای آن متعلق به مملکت ایران می‌باشد».

اما این مقرر قانونی توسط قانون مناطق دریایی جمهوری اسلامی ایران در خلیج فارس و دریای عمان مصوب ۱۳۷۲ نسخ شده است؛ زیرا در این قانون، خط مبدأ ملاک مناطق ساحلی است که مطابق آن از ساحل تا خط مبدأ، منطقه ساحلی و از خط مبدأ تا ۱۲ مایل دریایی، دریای سرزمینی است.

رویکرد دیگر جرم‌انگاری صید آبیان، «زمان‌محور» بودن است که مطابق آن، صید در فصول ممنوعه بزه دانسته شده است. سومین رویکرد، «گونه‌محور» بودن جرم‌انگاری است که در پرتو آن، صید گونه‌هایی که صید آن‌ها ممنوع اعلام شده، جرم است. در نهایت در پرتو رویکرد چهارم، یعنی «وسیله‌محور» بودن، صید با آلات و ادوات و مواد غیر مجاز بزه است. بدین سان نمایان می‌گردد که در جرم‌انگاری مقنن، آشفتگی فراوانی وجود دارد؛ زیرا چنین سیاستی دو پیامد منفی در بر دارد. نخست آنکه در تعارض با اصول حقوق کیفری است؛ زیرا مقنن، زمان و گونه را مشخص نکرده است تا مخاطبان خود را آگاه سازد. در خصوص گونه باید بیان داشت که در آیین‌نامه اجرایی قانون منابع آبی تنها گونه‌ای که صید آن به طور مطلق در تمامی فصول و مناطق ممنوع اعلام شده است، پستانداران دریایی هستند (ماده ۷۱). علاوه بر این، مصوبه شورای عالی محیط‌زیست در خصوص ممنوعیت‌ها و محدودیت‌ها (زمانی، طریقی، نوعی، کمی و کیفی)، در بند ۲ قسمت الف، صید کلیه آبیان قابل صید از

۱. به موجب ماده ۵۴ آیین‌نامه اجرایی این قانون: «به منظور حمایت از صیادان صید ساحلی، شیلات موظف است در اجرای ماده ۱۰ قانون، محدوده فعالیت شناورهای صید صنعتی را از شناورهای صید سنتی در آب‌های موضوع ماده ۲ قانون تفکیک نماید».

یک ساعت بعد از غروب آفتاب تا یک ساعت قبل از طلوع آفتاب را با پروانه عادی ممنوع اعلام کرده است؛ این در حالی است که در قانون منابع آبی، صید در «فصول ممنوعه» جرم‌انگاری شده است و نه صید در «ساعات ممنوعه». اما تنها عملکرد مقنن، پیش‌بینی برخی از وسایل غیر مجاز صید است که به موجب بند ب این مصوبه: «شکار و صید با طرق و وسایل زیر ممنوع است: ... ۷- بستن سد و کلهام در مسیر رودخانه‌ها برای صید و صید به این طریق؛ ... ۹- استعمال هر گونه تله و دام برای صید ماهی؛ ... ۱۵- صید از طریق ایجاد میدان مغناطیسی و جریان برق به هر یک از وسایل مولد برق».

دوم آنکه چنین سیاستی سبب می‌شود بر رفتار واحد، چند مقرر با کیفیتهای متفاوت بار شود؛ برای نمونه اگر اشخاص ایرانی بدون داشتن پروانه لازم، مبادرت به صید در مناطق یا فصول ممنوع و یا صید گونه‌های ممنوع نمایند، آیا باید به خاطر نداشتن پروانه، کیفر مقرر در بند ب ماده ۲۲ را -که عبارت است از جزای نقدی تا ۳ برابر ارزش محصول- بر او بار کرد یا کیفر مقرر در بند ج این ماده را -که عبارت است از جزای نقدی از یک میلیون تا ده میلیون ریال و مصادره محصولات صیادی و ابزار و آلات صید- در خصوص وی اعمال کرد؟ بدین سان باید گفت که در نظر نگرفتن سیاستی واحد سبب می‌شود که در بیان سیاست‌جنایی، بی‌نظمی، نابسامانی و پراکندگی مفرط مشاهده شود (لازرژی، ۱۳۹۶: ۱۲۱).

دومین چالش، یکسان‌انگاری موضوع صید در پرتو یک رفتار صیادی از نگاه مقنن است. در واقع مقنن در بحث صید، نه نگاه افتراقی به برخی گونه‌های در معرض صید داشته و نه به گستره صید توجه کرده است. به همین جهت، صید یک ماهی دارای جمعیت فراوان و صید مرجان‌ها و گونه‌های نادر که در معرض خطر انقراض نیز هستند از نگاه مقنن یکسان است. همچنین میزان و گستره صید نیز اهمیت ندارد؛ زیرا صید یک مرجان دریایی با صید چند صد کیلو از این گونه نادر دارای کیفر یکسان است. به همین جهت در رویه قضایی نیز چنین دیدگاهی قابل مشاهده است؛ چنان که در یکی از آرای قضایی، محکوم‌علیه به علت برداشت ۲۰ کیلوگرم مرجان از سواحل شهرستان بوشهر، تنها با یک پاسخ کیفری -جایگزین حبس- مواجه شده است. با این حال، این

چالش در خصوص جبران خسارت رفتار زیان‌آور در خصوص صخره‌های مرجانی وجود ندارد؛ زیرا بر اساس مصوبه شماره ۳۸۰ شورای عالی حفاظت محیط‌زیست مصوب ۱۳۹۳ به استناد بند چ ماده ۳ قانون شکار و صید مصوب ۱۳۴۶ که اختیار تعیین بهای گونه‌های جانوری را از لحاظ ضرر و زیان به این شورا داده است، بهای هر کیلو آبسنگ مرجانی، ۴۰ میلیون ریال پیش‌بینی شده است.

## ۲-۱. تخریب عمدی

یکی دیگر از رفتارهایی که سبب نابودی صخره‌های مرجانی می‌شود، تخریب است. پرسشی که پیش می‌آید آن است که آیا نظام کیفری ایران، آسیب صخره‌های مرجانی در برابر رفتارهای تخریبگر را جرم دانسته است یا خیر؟ پاسخ آن است که جرم‌انگاری اختصاصی در این مورد صورت نگرفته است و در این خصوص فقط می‌توان به کلیات جرایم علیه محیط‌زیست استناد کرد. توضیح آنکه ماده ۶۹۰ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ حکمی عام دارد که هرچند به صورت مبهم و چالش‌آفرین تدوین شده، اما اشاره‌ای به تخریب محیط‌زیست داشته که می‌تواند مقررهای مناسب برای بزه دانستن تخریب صخره‌های مرجانی باشد. این ماده چند رفتار را بزه دانسته است که عبارت‌اند از: تهیه آثار تصرف، تخریب محیط‌زیست و منابع طبیعی، تجاوز و تصرف عدوانی، ایجاد مزاحمت و ممانعت از حق. با توجه به اینکه در ماده مزبور، سه رفتار اخیر در موارد پیش گفته، یعنی موضوعات مطرح در ماده که عبارت‌اند از اراضی مزروعی، جنگل‌ها و... اجرا می‌شوند، باید دید که آیا دو رفتار نخست، یعنی تهیه آثار تصرف و تخریب محیط‌زیست و منابع طبیعی در خصوص صخره‌های مرجانی کاربرد دارند یا خیر؟

مطابق فراز نخست این ماده که اختصاص به تهیه آثار تصرف دارد:

«هر کس به وسیله صحنه‌سازی از قبیل پی‌کنی، دیوارکشی، تغییر حد فاصل، امحای مرز، کرت‌بندی، نهرکشی، حفر چاه، غرس اشجار و زراعت و امثال آن، به تهیه آثار تصرف در اراضی مزروعی اعم از کشت‌شده یا در آیش زراعی، جنگل‌ها و مراتع ملی شده، کوهستان‌ها، باغ‌ها، قلمستان‌ها، منابع آب، چشمه‌سارها، انهار طبیعی و پارک‌های ملی، تأسیسات کشاورزی و دامداری و دامپروری و کشت و صنعت و

اراضی موات و بایر و سایر اراضی و املاک متعلق به دولت یا شرکت‌های وابسته به دولت یا شهرداری‌ها یا اوقاف و همچنین اراضی و املاک و موقوفات و محبوسات و اثلاث باقیه که برای مصارف عام‌المنفعه اختصاص یافته یا اشخاص حقیقی یا حقوقی به منظور تصرف یا ذی‌حق معرفی کردن خود یا دیگری، مبادرت نماید...».

همچنان که از متن ماده پیداست، صخره‌های مرجانی در قلمرو هیچ یک از مکان‌های مصرح در ماده نمی‌گنجند، مگر در مورد «منابع آب» که ممکن است این پرسش پیش آید که آیا دریا نیز جز منابع آب محسوب می‌شود یا خیر؟ در پاسخ می‌توان گفت که هرچند می‌توان با تفسیر منطقی، دریاها را نیز جزء منابع آب به شمار آورد، اما به نظر می‌رسد که اشاره مقنن در این ماده همچون ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱ که دریاها را در کنار منابع آب به کار برده، ناظر به منابع آب شیرین است که به دو دسته آب‌های سطحی و آب‌های زیرزمینی تقسیم می‌شوند. هرچند ممکن است دریا از نظر رویکرد جدید شیرین‌سازی، یکی از منابع آب باشد، اما در بزه‌دیدگی زیستی مطرح در این پژوهش خواهد آمد که از اساس، این گونه از رویکردها خود منبع ضرر بر صخره‌های مرجانی هستند و از این رو چنین تفسیری مدّ نظر نویسندگان نیست.

مطابق فراز دیگر این ماده که در خصوص تخریب است:

«هر کس... بدون اجازه سازمان حفاظت محیط‌زیست یا مراجع ذی‌صلاح دیگر، مبادرت به عملیاتی نماید که موجب تخریب محیط‌زیست و منابع طبیعی گردد... به مجازات یک ماه تا یک سال حبس محکوم می‌گردد...».

اما در خصوص اینکه بتوان از رهگذر این ماده، تخریب صخره‌های مرجانی را بزه و قابل کیفر دانست، سه رویکرد وجود دارد:

رویکرد نخست آن است که «این قسمت از ماده با صدر ماده از هم جدا نیستند و با هم تفسیر می‌شوند و به طور کلی یک عنوان مجرمانه را توصیف می‌کنند؛ به نحوی که صدر ماده از نحوه تصرف عدوانی سخن می‌گوید و مصادیق اراضی موضوع تصرف را ذکر می‌کند و ذیل ماده هم در مقام تکمیل بحث است» (رستمی، ۱۳۸۴: ۴۰-۴۲، به نقل از: حبیب‌زاده و کوهی اصفهانی، ۱۳۹۱: ۱۰۳-۱۰۴).

رویکرد دوم در تضاد با رویکرد نخست است و این دو مورد را دو بزه جداگانه می‌داند؛ زیرا «نمی‌توان توجیه کرد که چگونه قانون‌گذار بین صدر و ذیل ماده که از جرم تصرف عدوانی بحث می‌کند، ناگهان به سراغ تخریب محیط‌زیست و منابع طبیعی می‌رود که اساساً ارتباطی به تصرف عدوانی ندارد. به همین جهت باید گفت که تخریب محیط‌زیست و منابع طبیعی، جرمی جداگانه از دیگر جرایم پیش‌بینی‌شده در این ماده هستند. بنابراین در صورتی که اقدام مرتکب در تخریب محیط‌زیست، مشمول مواد مندرج در فصل ۲۵ ق.م.ا. و قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۴۶ نشود، می‌توان به ماده ۶۹۰ استناد کرد» (حبیب‌زاده و کوهی اصفهانی، ۱۹۱: ۱۰۴-۱۰۳).

رویکرد سوم آن است که این دو را دو بزه جداگانه دانست، اما بر خلاف رویکرد دوم، تخریب محیط‌زیست و منابع طبیعی در ماده ۶۹۰، بزه‌ی مستقل و جداگانه نسبت به بزه‌های محیط‌زیستی پیش‌بینی‌شده در دیگر قوانین است. دلیل این امر آن است که از یک سو پسندیده نیست مقنن تمامی قوانین پیشین در حوزه‌های مختلف محیط‌زیست را نسخ کرده و تحت لوای یک مقرر با میزان کیفری اندک نسبت به برخی از بزه‌های زیست‌محیطی سنگین چون آتش‌سوزی جنگل‌ها درآورد. از دیگر سو از الفاظ مقنن چون «اجازه و عملیات» نمایان می‌شود که نظر وی بر رفتارهایی است که با اجازه سازمان حفاظت محیط‌زیست و یا دیگر نهادها مجاز هستند، اما بدون اجازه این مراجع صورت می‌گیرند. نمونه این مورد را می‌توان قطع درختان در فضاهای شهری به خصوص در منازل اشخاص دانست که مصوبه «چگونگی صدور مجوز انتقال و قطع درختان در شهر تهران» شورای اسلامی شهر تهران مصوب ۱۳۸۴ ضوابطی را برای این امر تعیین کرده است.

اما سرانجام بر مبنای رویکرد چهارم که تأمین‌کننده پشتیبانی از صخره‌های مرجانی است، تخریب‌های عمدی که در قوانین دیگر جرم‌انگاری نشده‌اند، مشمول این ماده می‌شوند. هرچند که پذیرش این رویکرد از لحاظ زیست‌محیطی بهتر است، اما این گونه آشفته‌گی در جرم‌انگاری زیست‌محیطی پسندیده نیست.



### ۳-۱. آلوده‌سازی آب دریا

یکی از مهم‌ترین آسیب‌های وارد بر صخره‌های مرجانی، آسیب ناشی از آلودگی آب‌هاست. در این خصوص، روان‌آب‌های سطحی از رودخانه‌ها و جریان‌های آلوده به پسماندهای کشاورزی، صنعتی و یا شهری، مهم‌ترین مسیر برای ورود انواع آلودگی به دریا هستند (Van Dam et al., 2011: 189). علاوه بر این باید آلودگی کشتی‌ها و صنایع نفتی مستقر در دریا را نیز به این فهرست افزود که بخش مهمی از تولید آلودگی دریایی را به خود اختصاص می‌دهند؛ زیرا افزایش عبور و مرور دریایی با کشتی‌های تجاری، ناوهای جنگی و زیردریایی‌ها باعث آلودگی دریا و انهدام منابع حیاتی و زیستگاه‌های دریایی شده است (کریمی‌پور و همکاران، ۱۳۹۴: ۱۷۹). خلیج فارس و دریای عمان نیز به لحاظ وجود منابع عظیم نفت و شرایط خاص زیست‌محیطی دارای اهمیت خاصی است و حساسیت راهبردی موجود در آن و تنش‌های سیاسی و نظامی و موضوعات اقتصادی، مسئله آلودگی‌های محیط‌زیست دریایی را تحت‌الشعاع قرار داده و این منطقه را به یکی از آلوده‌ترین مناطق دریایی مبدل نموده است<sup>۱</sup> (فرشچی و همکاران، ۱۳۸۷: ۷۵). به همین جهت مقنن در دو قانون، به جرم‌انگاری دو رفتار آلوده‌کننده آب‌های دریایی اقدام کرده است.

نخستین مورد، در خصوص آلودگی دریایی با مواد غیر نفتی است که در قانون منابع آبی پیش‌بینی شده است. بند ۶ قسمت ب ماده ۲۲: «ایجاد هر گونه آلودگی یا انتشار بیماری‌های مسری و تخلیه فاضلاب‌های صنعتی و هر گونه مواد آلاینده که باعث خسارت به منابع آبی شود» را بزه دانسته است.<sup>۲</sup> مورد دوم آلودگی نفتی است که در قانون «حفاظت از دریاها و رودخانه‌های قابل کشتیرانی در مقابل آلودگی به

۱. در همین راستا، معاون محیط‌زیست دریایی سازمان حفاظت محیط‌زیست از سفیدشدگی (مرگ مرجانی) دو سوم مرجان‌های خلیج فارس خبر داد که ناشی از آلودگی نفتی، افزایش دما و کدورت آب است (<<http://www.iew.ir/1392/04/15/11020>>).

۲. ماده ۸۰ آیین‌نامه اجرایی این قانون نیز در همین راستا بیان می‌دارد: «ایجاد هر گونه آلودگی مؤثر یا انتشار بیماری‌های مسری و تخلیه فاضلاب‌های صنعتی، شهری و کشاورزی به طور مستقیم به آب‌های موضوع ماده ۲ قانون، قبل از تصفیه و اطمینان از اینکه آب خروجی حاوی هیچ گونه ترکیب یا ترکیبات مضر برای منابع آبی بالاتر از حد استانداردهای تعیین شده نیست، ممنوع است».

مواد نفتی مصوب ۱۳۸۹)<sup>۱</sup> جرم‌انگاری شده است. مطابق ماده ۹ این قانون: «آلوده کردن آب‌های موضوع این قانون به مواد نفتی<sup>۲</sup> ممنوع است و مرتکب یا مرتکبان در صورت آلوده کردن عمدی به حبس از شش ماه تا دو سال یا جزای نقدی از بیست میلیون ریال تا پنج میلیارد ریال و یا به هر دو مجازات و در صورت آلوده کردن غیر عمدی به جزای نقدی از ده میلیون ریال تا یک میلیارد ریال محکوم می‌شوند».

با این حال ذکر دو نکته در این خصوص لازم است: نخست آنکه تفاوت مهمی که میان بزه‌دیدگی ناشی از آلودگی و بزه‌دیدگی ناشی از صید و تخریب وجود دارد این است که در بزه‌دیدگی ناشی از آلودگی و بیماری، صخره‌های مرجانی، بزه‌دیده غیرمستقیم هستند که بزه‌دیدگی‌شان متأثر از بزه‌دیدگی آب است؛ در حالی که در دو دسته پیش گفته، بزه‌دیدگی مرجان‌ها مستقیماً ناشی از صید یا تخریب است. به دیگر سخن، از منظر بزه‌دیده‌شناسی سبز که علاوه بر انسان، دیگر گونه‌های زیستی مانند گونه‌های جانوری و گیاهی و زیستگاه‌های طبیعی را مدنظر دارد (Shover & Routh, 2005: 329). آنچه که از اهمیت برخوردار است، توجه قانون‌گذار به بزه‌دیده واقعی است و در اینجا، علاوه بر آب که در اثر آلودگی دچار بزه‌دیدگی می‌شود، بستر دریا نیز که دارای گونه‌های زیستی متنوعی است، بزه‌دیده آلودگی می‌شود. این در حالی است که مقنن به دسته دوم بزه‌دیدگان آلودگی دریا که صخره‌های مرجانی نیز از جمله آنان هستند، توجهی نداشته است. گرچه جرم‌انگاری آلودگی دریا به جهت گونه‌های موجود در آن نیز هست، اما پیامد چنین سیاستی آن است که چنانچه آلودگی دریا، کوچک و کم‌اثر باشد، همان پاسخ کیفری را در بر دارد که آلودگی در سطح وسیعی رخ دهد که باعث از بین رفتن صخره‌های مرجانی و

۱. با تصویب این قانون، مقررات قانون «حفاظت دریا و رودخانه‌های مرزی از آلودگی با مواد نفتی مصوب ۱۳۵۴» در این خصوص نسخ گردیده است.
۲. مطابق بند الف ماده ۱ این قانون، آلودگی یا آلوده کردن آب عبارت است از: «تخلیه یا نشت نفت یا مواد نفتی یا آب توازن کشتی‌ها یا نفت کش‌ها در آب‌های موضوع این قانون».
۳. مطابق بند ج ماده ۱ این قانون، مواد نفتی عبارت‌اند از: «هر گونه مایع نفتی یا مخلوطی که دارای نفت باشد؛ از قبیل سوخت نفتی، لجن نفتی، مواد زاید و فضولات نفتی، انواع فراورده‌های نفتی و مشتقات آن».

دیگر گونه‌های آبی شود.

نکته دوم آنکه با توجه به رویکرد قانون حفاظت از دریاها و رودخانه‌های قابل کشتیرانی در مقابل آلودگی به مواد نفتی و بند ب ماده ۱ این قانون که منابع آلوده‌کننده را کشتی‌ها و نفت‌کش‌ها و کلیه تأسیسات ثابت و شناور اعم از سکوها و جزایر مصنوعی و مخازن نفتی و... می‌داند، باید گفت که مقنن به اشخاصی که به تنهایی (و بدون کشتی و شناورها) موجبات آلودگی نفتی را فراهم می‌آورند، توجهی نداشته و از این رو رفتار چنین اشخاصی را باید مشمول قانون منابع آبی دانست.

## ۲. جرایم علیه صخره‌های مرجانی از منظر بزه‌دیده‌شناختی

با توجه به اینکه در پرتو رویکرد طبیعت‌محوری<sup>۱</sup>، طبیعت به خاطر خودش ارزشمند است (White, 2018: 342) و نه به خاطر منافعی که برای انسان دارد، باید بیان داشت که علاوه بر رفتارهای بزهکارانه نسبت به صخره‌های مرجانی، دسته‌ای دیگر از رفتارها وجود دارند که در پهنه سیاست کیفری ایران پیش‌بینی نشده‌اند، اما سبب بروز خسارت و از بین رفتن صخره‌های مرجانی می‌شوند. به همین جهت می‌توان در پرتو آن‌ها از بزه‌دیدگی صخره‌های مرجانی سخن گفت؛ زیرا بر مبنای بزه‌دیده‌شناسی سبز، آنچه که سبب آسیب به زیست‌بوم می‌شود، در گستره بزه می‌گنجد و از این رو باید صخره‌های مرجانی را بزه‌دیده دانست. در واقع بزه‌دیده‌شناسی سبز بر خلاف بزه‌دیده‌شناسی متعارف که رویکردی انسان‌محور دارد (Flynn & Hall, 2017: 299)، مبتنی بر آن است که عوامل غیر انسانی را به عنوان بزه‌دیدگان بزه‌های زیست‌محیطی/سبز شناسایی نماید که به عنوان نمونه می‌توان از رودخانه‌ها، کوه‌ها، جانوران، گیاهان و زیست‌بوم‌های خاص به عنوان بزه‌دیده یاد کرد (White, 2018: 241). به همین جهت با توجه به اینکه آسیب به سلامت، امنیت، اقتصاد، فرهنگ و اجتماع از جمله پیامدهای بزه‌های محیط‌زیستی هستند (Hall, 2011: 371)، باید گفت که شناسایی بزه‌دیدگی صخره‌های مرجانی در برابر رفتارهای نابزهکارانه که نقطه پیوند بزه‌دیده‌شناسی سبز و آسیب اجتماعی‌شناسی<sup>۲</sup>

1. Ecocentrism.  
2. Zemiology.

نیز می‌باشد بایسته است؛ زیرا رفتاری بر صخره‌های مرجانی روا داشته می‌شود که هرچند بزه نیست، اما آسیب‌زاست.

برخی از آسیب‌های وارده به صخره‌های مرجانی ناشی از عوامل طبیعی مانند تهاجم ستاره دریایی خاردار تاج‌دار<sup>۱</sup> است (Jokiel et al., 2006: 272) که طبعاً در این موارد نمی‌توان از بزه‌دیدگی صخره‌های مرجانی سخن گفت. اما برخی دیگر از عوامل نابودی صخره‌های مرجانی ناشی از اقدامات انسانی است و ملاحظات بزه‌دیدگی‌شناسی سبب ایجاب می‌کند که پاسخ کیفری مناسب برای آن‌ها در نظر گرفته شود و در این راه، چه‌بسا حتی جرم‌انگاری آن‌ها نیز مورد توجه قرار گیرد. البته گستره این رفتارها بسیار زیاد است، اما در این قسمت بر سه موضوع مهم که سبب از بین رفتن مرجان‌ها به خصوص در سواحل خلیج فارس می‌شود، تمرکز می‌شود که عبارت‌اند از: عملیات شیرین‌سازی آب دریا، عملیات اکتشاف و بهره‌برداری نفت و تخریب‌های غیر عمدی.

## ۱-۲. شیرین‌سازی آب دریا

تهیه آب سالم و قابل شرب، یکی از مشکلات اساسی در کشورهای در حال توسعه و توسعه‌نیافته است (نژادندری و همکاران، ۱۳۹۲: ۲۴). به همین جهت کشورها به سوی استفاده از ابزارهای صنعتی برای تأمین آب آشامیدنی شهروندان خود گام برداشته‌اند که یکی از مهم‌ترین آن‌ها دستگاه‌های آب‌شیرین‌کن<sup>۲</sup> می‌باشد. مقنن ایرانی نیز به دلیل

۱. ستاره دریایی طاووسی یا خاردار تاج‌دار یک آبرزی با ستون‌های خارمانند است که در سراسر بدن آن‌ها برای حفاظت از بدن در حال رشد است. این ستاره دریایی، شکارچی صخره‌های مرجانی است که با صعود بر روی آن، با برداشتن معده و اکسیژن مجدد آنزیم‌های گوارشی آن را جذب می‌کند.
۲. فناوری به کارگیری شده در شیرین‌سازی آب‌ها به دو گروه جداسازی حرارتی و غشایی تقسیم می‌شود. نمک‌زدایی حرارتی، یکی از قدیمی‌ترین روش‌های شیرین‌سازی آب دریا می‌باشد که بر اساس فرایند تقطیر صورت می‌گیرد. در این روش انرژی حرارتی مورد نیاز برای بخار کردن آب دریا از توربین‌های ایستگاه برق تأمین می‌شود که با اتلاف انرژی زیادی همراه می‌باشد. فرایندهای غشایی نیز که بر پایه جداسازی آب از نمک می‌باشند، از غشای نیمه‌تراوا برای جداسازی نمک از آب دریا استفاده می‌کنند (اردشیری و همکاران، ۱۳۹۵: ۳). در واقع در فرایندهای غشایی (اسمز معکوس و الکترودیالیز) برای جداسازی نمک‌های محلول و تولید آب شیرین، از نیروی محرکه الکتریکی یا مکانیکی استفاده می‌شود و در فرایندهای حرارتی (تقطیر ناگهانی، تقطیر چندمرحله‌ای و تقطیر با تراکم بخار) از فرایند تبخیر برای تبدیل آب به بخار استفاده شده و با میعان بخار تولیدی، آبی کم‌نمک تولید می‌گردد (تقوی و همکاران، ۱۳۹۵: ۴).

وجود شرایط نابسامان آبی در کشور، در قانون برنامه ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (۱۳۹۶-۱۴۰۰) بر استفاده از این دستگاه‌ها تأکید کرده است.<sup>۱</sup> اما پرسش مهمی که پیش می‌آید آن است که آیا وجود این دستگاه‌ها برای محیط‌زیست دریایی و به طور خاص برای صخره‌های مرجانی خطرآفرین است یا خیر؟ در پاسخ باید بیان داشت که آب شیرین‌کن‌ها چند چالش مهم را برای محیط‌زیست دریایی به وجود می‌آورند که سبب نابودی صخره‌های مرجانی می‌شود. نخست آنکه شوراب یا تلخایی که به عنوان پساب از دستگاه‌های آب شیرین‌کن باقی می‌ماند، بسیار گرم‌تر و شورتر از آب معمولی دریاست که دوباره وارد آن می‌شود. در واقع برای تصفیه آب شور بایستی آب شیرین از نمک و مواد معدنی جدا شود که در پس این فرایند، آب مورد نظر ذخیره و نمک باقی‌مانده وارد دریا می‌شود که سبب نابودی زیست‌بوم دریایی می‌شود. دوم اینکه دستگاه‌های آب شیرین‌کن به انرژی زیادی برای فعالیت نیاز دارند که تولید این انرژی سبب انتشار گازهای گلخانه‌ای و در پی آن، تغییرات آب و هوایی می‌شود که بر صخره‌های مرجانی و همچنین تنوع زیستی تأثیر می‌گذارد (Rogers, 2013: 1). سوم اینکه تخلیه پسماندهای فیزیکی از جمله فلزات سنگین به‌جامانده از تأسیسات آب شیرین‌کن در دریا، سبب نابودی صخره‌های مرجانی می‌شود (Dawoud & Al Mulla, 2012: 22).

علاوه بر آسیب‌های فوق می‌توان یکی از پیامدهای مهم عملیات شیرین‌سازی آب دریا را آلودگی دمایی دانست. دستگاه‌های شیرین‌سازی آب به حجم زیادی از آب برای خنک شدن نیاز دارند. این آب از دریا تأمین، و به قسمتی از کارخانه که حرارت را جذب می‌کند، پمپ می‌شود. اگر این آب به طور مستقیم با همان حرارت گرفته‌شده

۱. مطابق ماده ۳۶ این قانون: «دولت مکلف است اقدامات لازم را با رعایت سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی در جهت اصلاح نظام بهره‌برداری آب آشامیدنی، بهره‌وری استحصال و بهره‌وری مصرف آن را حداقل معادل ۳۰٪ ارتقاء دهد و نیز حداقل ۳۰٪ آب آشامیدنی مناطق جنوب کشور را از طریق شیرین کردن آب دریا تا پایان اجرای قانون برنامه تأمین کند».

تبصره: «وزارت نیرو موظف است تا پایان اجرای قانون برنامه، تمهیدات لازم را جهت تأمین، طراحی و ساخت حداقل معادل ۷۰٪ آب شیرین‌کن‌های مورد نیاز در شهرهای حوزه خلیج فارس و دریای عمان، از جمله از طریق خرید تضمینی آب شیرین‌شده و نیز مدیریت هوشمند و تجمع خرید آب شیرین‌کن از طریق انتقال فناوری به داخل انجام دهد. مدیریت انتقال فناوری از طریق جهاد دانشگاهی، دانشگاه‌ها و مراکز پژوهشی و شرکت‌های دانش‌بنیان انجام می‌شود».

به منبع اصلی خود بازگردد، می‌تواند حیات آبی را به شدت تغییر دهد. در واقع چون صخره‌های مرجانی عادت دارند در محدوده حرارتی و مقدار اکسیژن خاصی زندگی کنند، زمانی که حرارت محیط حتی یک یا دو درجه از حد تحمل آن‌ها بالاتر رود، دیگر قادر به ادامه حیات در آن محیط نیستند (لازکین و دیگران، ۱۳۸۸: ۶۴).

## ۲-۲. عملیات اکتشاف و بهره‌برداری نفت

امروزه نشت نفت یکی از اخلاط‌های گسترده در محیط‌زیست دریایی است که پیامدهای پیچیده و گسترده‌ای در پی دارد. از ۱۴۰۰۰ حادثه سالانه نشت نفت، برخی فاجعه‌بارند. در سال ۱۹۸۹ نفتکش اکسون والدر حدود ۴۲ میلیون لیتر نفت خام را به تنگه پرنس ویلیام در آلاسکا ریخت. در سال ۱۹۹۳ نفتکش دیگری ۹۸ میلیون لیتر نفت خام را در نزدیکی جزایر بردفیلد شتلند در اسکاتلند ریخت. در سال ۲۰۰۲ نفتکشی به نام پرستیژ که ۸۵/۵ میلیون لیتر نفت خام را حمل می‌کرد، در نزدیکی سواحل اسپانیا غرق و حدود ۵/۷ میلیون لیتر نفت وارد آب شد (همان: ۶۵).

اگرچه مالکیت و حاکمیت منابع نفت<sup>۱</sup> و گاز<sup>۲</sup> (اعم از فعالیت‌های بالادستی<sup>۳</sup> و

۱. مطابق بند ۱ ماده ۱ قانون اصلاح قانون نفت مصوب ۱۳۹۰، نفت عبارت است از: «هیدروکربورهایی که به صورت نفت خام، میعانات گازی، گاز طبیعی، قیر طبیعی، پلمه سنگ‌های نفتی و ماسه‌های آغشته به نفت به حالت طبیعی یافت شده و یا طی عملیات بالادستی به دست می‌آید».
۲. مطابق بند ۲ ماده ۱ قانون پیش‌گفته، گاز طبیعی عبارت است از: «هیدروکربورهایی که در سازندهای گازی مستقل، گنبد‌های گازی و یا محلول در نفت در شرایط متعارف به حالت گاز موجود است و یا طی عملیات بالادستی همراه با نفت خام به دست آید».
۳. مطابق بند ۴ ماده ۱ قانون پیش‌گفته، عملیات بالادستی نفت عبارت است از: «کلیه مطالعات، فعالیت‌ها و اقدامات مربوط به اکتشاف، حفاری، استخراج، بهره‌برداری و صیانت از منابع نفتی، انتقال، ذخیره‌سازی و صادرات آن مانند پی‌جویی، نقشه‌برداری، زمین‌شناسی، ژئوفیزیک، ژئوشیمی، حفر و خدمات فنی چاه‌ها، تزریق گاز، آب، هوا و یا هر فعالیتی که منجر به برداشت بهینه و حداکثری از منابع نفتی گردد و نیز احداث و توسعه تأسیسات و صنایع وابسته، تحدید حدود، حفاظت و حراست آن‌ها برای عملیات تولید و قابل عرضه کردن نفت در حد جداسازی اولیه، صادرات، استفاده و یا عرضه برای عملیات پایین‌دستی را شامل شود. مواردی نظیر مدیریت و نظارت بر تأمین کالاها و مواد صنعتی، آموزش و تأمین نیروی انسانی، ایجاد و حفظ شرایط ایمنی، بهداشت و محیط‌زیست و انجام کلیه فعالیت‌های لازم جهت ایجاد، ارتقاء و انتقال فناوری برای پشتیبانی عملیات فوق، جزء عملیات بالادستی محسوب می‌شود».

پایین دستی<sup>۱</sup>) در ایران در اختیار دولت سرزمینی می‌باشد و اصل ۴۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸ و ماده ۳۱ قانون وظایف و اختیارات وزارت نفت مصوب ۱۳۹۱ نیز بر این امر تأکید کرده است (امین‌زاده و نیک‌بخش شرفشاده، ۱۳۹۴: ۱)، اما زنجیره فعالیت‌های بالادستی نفت و گاز از لرزه‌نگاری، اکتشاف و ارزیابی و توسعه تا تولید و برچیدن تجهیزات، تأثیرات زیست‌محیطی دارند. فعالیت‌های حفاری چاه‌های نفت و گاز در حوزه دریا (فراساحل) از جمله فعالیت‌های بالادستی است که می‌تواند آثار زیانباری برای محیط‌زیست دریایی داشته باشد که از جمله می‌توان به تخلیه آب روغنی، ضایعات، شوراب (آب همراه)، کنده‌های حفاری، گل حفاری ناشی از عملیات طبیعی و معمول حفاری و همچنین فوران چاه‌ها و آزادسازی مقادیر عظیم هیدروکربن اشاره کرد (شیروی و شعبانی جهرمی، ۱۳۹۷: ۳۵۸).

مهم‌ترین عامل آلودگی آب‌های خلیج فارس ناشی از مواد نفتی است. گرچه در بزه‌دیدگی قانونی صخره‌های مرجانی، آلودگی نفتی به عنوانی رفتاری بزهکارانه تشریح شد، اما در این قسمت روی سخن با عملیات نفتی دولتی است. در واقع یکی از ابعاد فعالیت‌های نفتی دولتی، آلودگی نفتی است، اما روی دیگر این فعالیت که سبب ایجاد خسارات فراوان به صخره‌های مرجانی می‌شود، احداث پالایشگاه‌ها، اسکله‌های نفتی و

۱. مطابق بند ۵ ماده ۱ قانون پیش‌گفته، عملیات پایین‌دستی نفت به «کلیه مطالعات، فعالیت‌ها و اقدامات مربوط به عملیات تصفیه و پالایش در تأسیسات پالایشی جهت تولید فرآورده‌های نفتی و استفاده از آنها برای تولید محصولات پتروشیمیایی و انتقال، ذخیره‌سازی، توزیع، فروش داخلی، صادرات و واردات فرآورده‌های نفتی و محصولات پتروشیمیایی اطلاق می‌شود. مواردی نظیر تأمین کالاها و مواد صنعتی، آموزش و تأمین نیروی انسانی، ایجاد و حفظ شرایط ایمنی، بهداشت و محیط‌زیست و انجام کلیه فعالیت‌های لازم جهت ایجاد، ارتقاء و انتقال فناوری برای پشتیبانی عملیات فوق، جزء عملیات پایین‌دستی محسوب می‌شود».

۲. «انفال و ثروت‌های عمومی از قبیل زمین‌های موات یا رهاشده، معادن، دریاها، دریاچه، رودخانه‌ها و سایر آب‌های عمومی، کوه‌ها، دره‌ها، جنگل‌ها، نزارها، بیشه‌های طبیعی، مراتعی که حریم نیست، ارث بدون وارث، و اموال مجهول‌المالک و اموال عمومی که از غاصبین مسترد می‌شود، در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آنها عمل نماید. تفصیل و ترتیب استفاده از هر یک را قانون معین می‌کند».

۳. مطابق این ماده: «وزارت نفت... به نمایندگی از طرف حکومت اسلامی بر منابع و ذخایر نفت و گاز، اعمال حق حاکمیت و مالکیت عمومی می‌نماید».

باراندازهاست که علاوه بر تخریب مستقیم صخره‌های مرجانی، با افزایش غلظت آب، موجب نابودی و خفگی مرجان‌ها می‌شود؛ به طوری که این موجودات، دیگر قادر به تأمین غذای خود نیستند. این در حالی است که عملیات نفتی، یکی از مصادیق فعالیت‌های اقتصادی است که به موجب بند الف ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری، در زمره اعمال حاکمیتی است که دولت در پرتو تبصره ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ چنانچه خسارتی هم به بار آورد، دارای مسئولیت کیفری نیست.

### ۳-۲. تخریب غیر عمدی

در قسمت نخست این پژوهش، یعنی بزه‌دیدگی قانونی، تخریب عمدی به عنوان یکی از رفتارهای بزهکارانه بر ضد صخره‌های مرجانی شناسایی شد. اما در سیاست کیفری ایران، تخریب غیر عمدی صخره‌های مرجانی، رفتاری بزهکارانه شناخته نشده و از این رو گاه تخریب غیر عمدی این گونه‌های نادر، گستره‌ای وسیع‌تر از شکل عمدی آن دارد. در پرتو تخریب‌های غیر عمدی، رفتارهای متفاوتی قابل بررسی هستند که از این میان به چند نمونه مهم آن‌ها اشاره خواهد شد.

نخستین موردی که سبب آسیب مستقیم و گسترده به صخره‌های مرجانی می‌شود، لنگراندازی کشتی‌هاست (Precht & Robbart, 2006: 2). خلیج فارس و دریای عمان به‌عنوان دریا‌های مهم تجاری، همواره محل تردد کشتی‌ها و لنج‌های فراوان است که عبور و مرور آن‌ها خسارات فراوانی به صخره‌های مرجانی می‌زند؛ برای نمونه، طبق آمار سازمان شیلات استان سیستان و بلوچستان، در اسکله‌های چابهار، ۵۵۰ لنج سردخانه‌دار و حدود ۴۵۰ لنج که دارای محفظه یخی می‌باشند، مشغول فعالیت‌اند (زارع و یزدانی، ۱۳۹۱: ۳). به همین جهت با توجه به توقف کشتی‌ها و لنج‌ها برای مقاصد تجاری و لنگراندازی آن‌ها که بیشتر در مناطق مرجانی نیز هست، خسارت‌های فراوانی به این گونه‌های نادر می‌رسد که از لحاظ قانونی بزه تلقی نمی‌شود.

یکی دیگر از رفتارهایی که سبب آسیب فراوان به صخره‌های مرجانی می‌شود، فعالیت‌های غواصی به خصوص غواصی تفریحی است (Tynyakov et al., 2017: 159). به موجب بند ۲ ماده ۱ آیین‌نامه صدور مجوز و نحوه فعالیت شرکت‌های غواص:





جزیره مروارید قطر و جزایر لؤلؤ (ابوظبی) و برج العرب و نخل (دبی) امارات متحده عربی اشاره کرد (عباسی اشلقی، ۱۳۹۰: ۴۷). در ایران نیز هرچند چنین جزایری ساخته نشده است، اما گاه ساخت وسازهایی در خلیج فارس رخ داده است که می‌تواند همسان با ساخت جزایر مصنوعی باشد. یکی از این موارد، «پل خلیج فارس - قشم» است که دو کیلومتر طول دارد و بندر «لافت» در جزیره قشم را به خاک اصلی کشور ایران در بندر «پهل» در نزدیکی بندرعباس متصل می‌کند. بی‌شک وجود چنین ساخت وسازهایی در دریا، آسیب‌هایی گسترده و جبران‌ناپذیر به صخره‌های مرجانی می‌رساند.

### نتیجه‌گیری

صخره‌های مرجانی از اجزاء ارزشمند زیست‌بوم دریایی هستند که محافظت شایسته از آنها، اهمیت فراوانی در حفظ تعادل زیستی دریا دارد. در پاسخ به پرسش نخست این پژوهش (ناظر بر اینکه آیا در نظام حقوقی ایران، حمایت کیفری از صخره‌های مرجانی صورت گرفته است یا خیر؟) باید بیان داشت که حقوق کیفری ایران به طور خاص، جرایم علیه صخره‌های مرجانی را به رسمیت نشناخته است، اما در پرتو رفتارهایی که در نظام حقوقی ایران جرم‌انگاری شده‌اند، می‌توان از جرایم علیه صخره‌های مرجانی در کنار دیگر اجزای زیست‌بوم‌های دریایی سخن گفت. به دیگر سخن، اگرچه صخره‌های مرجانی به جهت داشتن ویژگی‌های مختلف در زمره گونه‌های نادر و منحصر به فرد هستند که پشتیبانی خاص کیفری از آنها ضروری است، اما قانون‌گذار ایران در این زمینه سستی کرده است. در این خصوص می‌توان ایراداتی را بر عملکرد نظام کیفری ایران در پشتیبانی کیفری از صخره‌های مرجانی وارد دانست؛ نخست آنکه از منظر رویکرد بزه‌دیده‌شناسی، نخستین گام در پشتیبانی کیفری، شناسایی ارزش‌های اساسی به عنوان بزه‌دیده رفتارهای ناقض حقوق آنهاست. این در حالی است که در سیاست کیفری ایران، اساساً صخره‌های مرجانی مورد توجه قانون‌گذار ایران نبوده و حتی اگر سخن از بزه‌دیدگی صخره‌های مرجانی می‌شود، به طور تبعی است؛ مگر در مورد صید که آنها می‌توانند بزه‌دیده مستقیم این رفتار باشند. اگرچه در این رفتار نیز صخره‌های مرجانی به طور خاص و مستقل، موضوع حمایت قرار نگرفته‌اند. دوم آنکه حقوق کیفری ایران

به طور عام در پشتیبانی از محیط‌زیست دریایی و به طور خاص در پشتیبانی از صخره‌های مرجانی دارای قانونی جامع نیست که سیاستی واحد و منظم را پیش‌بینی کرده باشد. این امر سبب می‌شود که قوانینی پراکنده و گاه متعارض با یکدیگر تصویب شوند که پیامد آن‌ها آشفتگی در جرم‌انگاری و تعیین کیفر در زمینه محافظت از صخره‌های مرجانی است. سوم آنکه در سیاست کیفری ایران در خصوص جرایم علیه صخره‌های مرجانی، به گستره تخریب آن‌ها توجهی نشده است. در واقع از دید مقنن ایرانی، تفاوتی میان تخریب یا صید یک مرجان یا گستره وسیعی از صخره‌های مرجانی نیست و هر دو با یک پاسخ مشابه مواجه می‌شوند. در پاسخ به پرسش دوم این پژوهش (راجع به ارزیابی حقوق کیفری ایران در زمینه محافظت و حمایت از حیات صخره‌های مرجانی) نیز باید گفت که نظام حقوق کیفری ایران در پشتیبانی از صخره‌های مرجانی دارای کاستی‌های فراوانی است و رفتارهای آسیب‌زای متعددی را به عنوان جرم، مورد شناسایی قرار نداده است. به بیان دیگر، از منظر رویکرد بزه‌دیده‌شناسی سبز، آسیب‌های جرم‌انگاری نشده در سیاست کیفری ایران، گستره وسیع‌تری در مقایسه با آسیب‌های جرم‌انگاری شده دارند. به همین جهت بایسته است که در حقوق کیفری ایران اصلاحاتی صورت گیرد؛ نخست آنکه هرچند تدوین قانونی جامع در خصوص بزه‌های علیه محیط‌زیست از بایسته‌های پیشرفت نظام حقوقی ایران در راستای پشتیبانی کیفری از ارزشی اساسی چون محیط‌زیست است، اما در همین قانون یا به طور جداگانه، توجه به جرایم علیه محیط‌زیست دریایی دارای اهمیت است. در این راستا بایسته است که گونه‌های نادر دریایی شناسایی شده و پشتیبانی کیفری از آنان دارای مقرراتی متناسب با ارزش سرشتی آنان باشد. دوم آنکه در این قانون، لازم است که رفتارهای موجب ضرر به صخره‌های مرجانی که در پرتو بزه‌دیده‌شناسی سبز، بزه تلقی می‌شوند نیز جرم‌انگاری شوند. سوم آنکه در پشتیبانی کیفری از صخره‌های مرجانی بایسته است که گستره بزه‌دیدگی آن‌ها مدنظر قرار گیرد. اما بایستگی پشتیبانی کیفری از صخره‌های مرجانی به معنای پشتیبانی از کیفرگرایی نیست، بلکه نیک پیداست که در حوزه پشتیبانی کیفری از محیط‌زیست به جهت اولویت داشتن اعاده وضع آسیب‌دیده به حالت پیشین، پاسخ‌های اداری، مدنی، ترمیمی و سبز بر کیفرهای سنتی برتری دارند.

## کتاب‌شناسی

۱. اردشیری، سعید، داریوش رنجبر وکیل آبادی و فروغ ابراهیم‌زاده، «مسئله زیست‌محیطی آب‌شیرین‌کن‌ها و بهینه‌سازی کارخانه‌های آب‌شیرین‌کن با حداقل اثرات بر محیط‌زیست»، *اولین کنفرانس دوسالانه نفت، گاز و پتروشیمی خلیج فارس*، دانشگاه خلیج فارس بوشهر، ۱۳۹۵ ش.
۲. اسلامی، صادق و مهدی حسنلو، «مدل‌سازی خطی وضعیت سلامت صخره‌های مرجانی با استفاده از تصاویر لندست - ۸»، *دومین کنفرانس ملی مهندسی فناوری اطلاعات مکانی*، تهران، ۱۳۹۵ ش.
۳. امین‌زاده، الهام و علی نیک‌بخش شرفشاده، «مطالعه تطبیقی حق دولت‌ها بر مالکیت و حاکمیت منابع نفت و گاز»، *مطالعات حقوق انرژی*، دوره اول، شماره ۱، ۱۳۹۴ ش.
۴. تقوی، لبت، ماندانا محیبیان و سمیه سعادتیان، «بررسی اثرات ناشی از آب‌شیرین‌کن‌های صنعتی بر اکوسیستم‌های آبی خلیج فارس»، *مجله پایداری، توسعه و محیط‌زیست*، دوره دوم، شماره ۳، ۱۳۹۵ ش.
۵. جعفری، امین و اصغر احمدی، «نقد سیاست کیفری تقنینی و قضایی ایران در جرم‌انگاری و تعیین کیفر شکار و صید گونه‌های جانوری»، *پژوهش‌نامه حقوق کیفری*، سال نهم، شماره ۲ (پیاپی ۱۸)، ۱۳۹۷ ش.
۶. جمیلی، شهلا و سارا جلالی، «تنوع و عملکرد بوم‌شناختی زیستگاه‌های مرجانی»، *دنیاى آبریزان*، سال دوازدهم، شماره‌های ۴۱-۴۲، ۱۳۹۵ ش.
۷. حبیب‌زاده، محمدجعفر و کاظم کوهی اصفهانی، «بررسی و تحلیل ارکان جرم تصرف عدوانی در حقوق ایران»، *فصلنامه حقوق*، دوره چهل و دوم، شماره ۴، ۱۳۹۱ ش.
۸. خالقی، ابوالفتح، «سیاست جنایی تقنینی ایران در قبال صید غیر مسئولانه آبریزان با مطالعه تدابیر فراملی»، *پژوهش حقوق و سیاست*، سال سیزدهم، شماره ۳۲، ۱۳۹۰ ش.
۹. دهدشتیان، مهندسخت و حبیب حسین‌پور رودسری، «صخره‌های مرجانی و عوامل تهدیدکننده آن‌ها»، *مجله علوم زیستی واحد لامیجان*، سال پنجم، شماره ۳، ۱۳۹۰ ش.
۱۰. رایجیان اصلی، مهرداد، *درآمدی بر جرم‌شناسی*، تهران، سمت، ۱۳۹۷ ش.
۱۱. زارع، روح‌الله و مجید یزدانی، «بررسی و معرفی آلودگی‌های زیست‌محیطی و منابع آلاینده در سواحل خلیج چابهار»، *اولین همایش ملی توسعه سواحل مکران و اقتدار دریایی جمهوری اسلامی ایران*، دانشگاه دریانوردی و علوم دریایی چابهار، ۱۳۹۱ ش.
۱۲. شاملو، باقر، اصغر احمدی و قدرت‌الله خسروشاهی، «بزه‌دیده‌شناسی سبز: با تأکید بر سیاست کیفری ایران»، *پژوهش حقوق کیفری*، سال ششم، شماره ۲۰، ۱۳۹۶ ش.
۱۳. شیروی، عبدالحسین و فریده شعبانی جهرمی، «رژیم بین‌المللی مسئولیت ناشی از آلودگی فعالیت‌های حفاری فراساحلی»، *مطالعات حقوق عمومی*، دوره چهل و هشتم، شماره ۲، ۱۳۹۷ ش.
۱۴. صفائیان، شیدا، «شناسایی فون مرجان جزیره لارک»، *نشریه زیست‌شناسی کاربردی*، سال بیست و سوم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۸۹ ش.
۱۵. طالبی، احسان و شاداب صفادریگری، «مروری بر وضعیت صخره‌ها و آبنگ‌های مرجانی در خلیج فارس»، *دومین همایش ملی توسعه پایدار دریامحور*، دانشگاه علوم و فنون دریایی خرمشهر، ۱۳۹۵ ش.
۱۶. عباس‌زاده فتح‌آبادی، مهدی و احمد رضائی، «سیاست چین در دریای جنوبی: سیاست قدرت و نفوذ دریایی»، *فصلنامه سیاست جهانی*، دوره ششم، شماره ۲، ۱۳۹۶ ش.
۱۷. عباسی اشلقی، مجید، «ساخت جزایر مصنوعی در خلیج فارس از منظر حقوق بین‌الملل

- محیط‌زیست»، فصلنامه راهبرد، سال بیستم، شماره ۵۸، بهار ۱۳۹۰ ش.
۱۸. فرشچی، پروین، فرهاد دبیری و سارا شجاعی، «بررسی ابعاد حقوقی آلودگی‌های نفتی در منطقه خلیج فارس و دریای عمان (از دیدگاه حقوق بین‌الملل)»، فصلنامه علوم و تکنولوژی محیط‌زیست، دوره دهم، شماره ۲ (پیاپی ۳۷)، تابستان ۱۳۸۷ ش.
۱۹. قوام مصطفوی، پرگل، بررسی و شناسایی مولکولی جلبک‌های همزیست زوگسانتله (*Zooxanthellae*) مرجان‌های آبسنگ‌ساز غالب جزیره کیش، رساله دکتری رشته بیولوژی دریا، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات، ۱۳۸۵ ش.
۲۰. کریمی‌پور، یدالله، عابد گل کرمی و سیدمحمد حسینی، «ژئوپلیتیک خلأهای حقوقی مبارزه با آلودگی دریاها»، فصلنامه مجلس راهبرد، سال بیست و دوم، شماره ۸۳، پاییز ۱۳۹۴ ش.
۲۱. لارکین، پیترو و دیگران، محیط‌زیست (دانش روز برای همه)، چاپ دوم، تهران، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۸۸ ش.
۲۲. لازرژ، کریستین، درآمدی بر سیاست جنایی، برگردان علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ ششم، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۲۳. نژادنادری، مهدی، محمدجواد خانجانی و رضا منتظمی وظیفه‌دوست، «بررسی نحوه تخلیه پساب سایت آب‌شیرین کن بندر خمیر به کمک روابط تجربی»، فصلنامه مهندسی آبیاری و آب، سال سوم، شماره ۱۲، ۱۳۹۲ ش.
۲۴. وایت، راب، جرایم زیست‌محیطی فراملی به سوی جرم‌شناسی جهان‌بوم، برگردان حمیدرضا دانش‌ناری، تهران، میزان، ۱۳۹۴ ش.
25. Daley, Ben, *The Great Barrier Reef: An Environmental History*, Routledge, London & New York, 2014.
26. Dawoud, Mohamed A. & Mohamed M. Al Mulla, "Environmental Impacts of Seawater Desalination: Arabian Gulf Case Study", *International Journal of Environment and Sustainability*, Vol. 1, No. 3, 2012.
27. Elliff, Carla Isobel & Iracema Reimão Silva, "Coral reefs as the first line of defense: Shoreline protection in face of climate change", *Marine Environmental Research*, Vol. 127, 2017.
28. Flynn Melanie & Matthew Hall, "The case for a victimology of nonhuman animal harms", *Contemporary Justice Review*, Vol. 20(3), 2017.
29. Gibbs, Carole & Meredith L. Gore & Edmund F. McGarrell & Louie Rivers, "Introducing Conservation Criminology: Towards Interdisciplinary Scholarship on Environmental Crimes and Risks", *The British Journal of Criminology*, Vol. 50, 2010.
30. Goodwin, Edward J., *International Environmental Law and the Conservation of Coral Reefs*, Routledge, Published in the USA & Canada, 2011.
31. Hall, Matthew, "Environmental Victims: Challenges for Criminology and Victimology in the 21<sup>st</sup> Century", *Journal of Criminal Justice and Security*, Vol. 13, No. 4, 2011.

32. Jokiel, Paul L. & Steven P. Kolinski & John Naughton & James E. Maragos, "Review of Coral Reef Restoration and Mitigation in Hawaii and the U.S.-Affiliated Pacific Islands", in: *Coral Reef Restoration Handbook*, William F. Precht (Ed.), CRC Press, 2006.
33. Precht, William F. & Martha Robbart, "Coral Reef Restoration: The Rehabilitation of an Ecosystem under Siege", in: *Coral Reef Restoration Handbook*, William F. Precht (Ed.), CRC Press, 2006.
34. Rogers, Caroline S., "Coral Reef Resilience through Biodiversity", *ISRN Oceanography*, New York, Hindawi Publishing Corporation, 2013, Available at: <<http://dx.doi.org/10.5402/2013/739034>>.
35. Sehgal, Rajesh, "Legal Regime Towards Protecting Coral Reefs: An International Perspective and Indian Scenario", *Law, Environment and Development Journal*, Vol. 2/2, 2006.
36. Shover, Neal & Aaron S. Routhe, "Environmental Crime", *Journal Chicago*, Vol. 32, 2005.
37. Summary for policymakers of the global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services, 6 May 2019.
38. Tynyakov, Jenny & Meghan Rousseau & Mori Chen & Orlando Figus & Yaniv Belhassen & Nadav Shashar, "Artificial reefs as a means of spreading diving pressure in a coral reef environment", *Ocean & Coastal Management*, Vol. 149, 2017.
39. Van Dam, Joost W. & Andrew P. Negri & Sven Uthicke & Jochen F. Mueller, "Chemical Pollution on Coral Reefs: Exposure and Ecological Effects", *Ecological Impacts of Toxic Chemicals*, 2011.
40. White, Rob D., "Ecocentrism and criminal justice", *Theoretical Criminology*, Vol. 22(3), 2018.
41. Id., "Green victimology and non-human victims", *International Review of Victimology*, Vol. 24(2), 2018.
42. Williams, Christopher, "An environmental victimology", in: Rob D. White (Ed.), *Environmental crime: A reader*, Cullompton, Willan Publishing, 2009.

## «عقلانیت جنایی»؛ محدودیت‌ها و چالش‌ها (با تأکید بر جرائم خشونت‌بار)\*

- فرهاد الله‌وردی<sup>۱</sup>  
□ علی مهرایی<sup>۲</sup>

### چکیده

نظریه انتخاب عقلانی در زمینه علوم جنایی که در این مقاله از آن به «عقلانیت جنایی» تعبیر می‌کنیم، به مثابه یک فراروایت، مسئله محاسبه‌گری را به تمامی بزهکاران تعمیم داده؛ به شکلی که همواره راهکار پیشگیری از وقوع جرم و پاسخ‌دهی مناسب به آن را افزایش هزینه‌های ارتکاب جرم می‌داند. امروزه به علت بروز ناکارایی در رویکردهای مبتنی بر بازدارندگی، تردیدهای زیادی نسبت به پیش فرض بنیادین آن، یعنی نظریه انتخاب عقلانی نیز وارد شده است. با وجود این تردیدها به نظر می‌رسد که همچنان هسته مرکزی نظریه انتخاب عقلانی با منطبق قانون‌گذاری کیفری در بسیاری از نظام‌های حقوقی گره خورده و این نظریه است که سیاست‌های کنترل جرم را هدایت می‌کند.

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۵/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۸/۲۹.

۱. استادیار دانشگاه مازندران (farhad.allahverdi@yahoo.com).

۲. کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی (نویسنده مسئول) (mehrabilaw@yahoo.com).

ما در این نوشتار با رویکردی انتقادی، به دنبال توضیح محدودیت‌های نظریه انتخاب عقلانی در حوزه علوم جنایی بوده و برای انضمامی کردن بیشتر بحث بر جرائم خشونت‌بار تمرکز می‌کنیم. حوزه جرائم خشونت‌بار با وجود آنکه خود آماج اصلی سیاست و برنامه‌های برآمده از نظریه انتخاب عقلانی است، به خوبی می‌تواند محدودیت‌های این نظریه را بازنمایی کند. نتیجه نقد دقیق و همه‌جانبه «تلقی رایج» از نظریه انتخاب عقلانی، بازخوانی «سیاست‌های رایج کنترل جرم» است. در پرتو این نقد و درک محدودیت‌هاست که خوانش‌های جدید از این نظریه، امکان طرح می‌یابند.

**واژگان کلیدی:** انتخاب عقلانی، جرائم خشونت‌بار، حسابگری مجرمانه، بازدارندگی.

### مقدمه

رویکرد «عقلانیت اقتصادی» (در اقتصاد کلاسیک و نئوکلاسیک) توضیح می‌دهد که انسان‌ها موجودات هوشمندی‌اند که در راستای بیشینه‌سازی سود و کمینه‌سازی هزینه و ضرر خود، گزینه‌های مختلف را مطابق محاسبات منطقی «هزینه - فایده» بررسی کرده و سودمندترین آن‌ها را برمی‌گزینند. «عقلانیت نامحدود»<sup>۱</sup>، «اراده نامحدود» و «منفعت‌طلبی نامحدود»، سه پیش‌فرض رویکرد اقتصاد کلاسیک است که «نظریه انتخاب عقلانی»<sup>۲</sup> در علوم جنایی آن را پذیرفته و تبیین خود از رفتارهای مجرمانه را بر اساس «فرض عقلانیت» سامان می‌دهد.<sup>۳</sup> از این رو می‌توان گفت که دست‌کم تلقی اولیه و رایج از این نظریه که مبتنی بر «حسابگری» مرتکب در فرایند ارتکاب جرم است، از حوزه اقتصاد وارد حوزه حقوق جنایی و جرم‌شناسی شده است.

1. Unbounded Rationality.

2. The Rational Choice Theory.

۳. البته باید توجه داشت که «نظریه انتخاب عقلانی» را نمی‌توان صرفاً یک نظریه در عرض سایر نظریه‌های حقوق کیفری دانست؛ چرا که بسیاری از نظریه‌های کیفری، خود بر اساس این نظریه صورت‌بندی شده‌اند.



ایده «عقلانیت جنایی»<sup>۱</sup> تاریخی بس طولانی دارد و می‌توان آن را در اندیشه‌های توماس هابز<sup>۲</sup> و کتاب معروف *لویاتان*<sup>۳</sup> (۱۶۵۱)، بکاریا<sup>۴</sup> و بنتام<sup>۵</sup> ردیابی کرد. با وجود این پیشینه نظری فربه، تبیین مشخص از رویکرد اقتصادی به جرم، مرهون تلاش‌های نظری گری بکر<sup>۶</sup> در مقاله معروف «جرم و مجازات: رهیافت اقتصادی»<sup>۷</sup> (Becker, 1968) است. کوهن و فِلسون (Cohen & Felson, 1979) نیز با «تئوری فعالیت‌های روزمره»<sup>۸</sup> خود به نوعی به این نظریه ارجاع می‌دهند. مقاله معروف ریچارد پازنر<sup>۹</sup> که در سال ۱۹۸۵ تحت عنوان «نظریه اقتصادی حقوق کیفری»<sup>۱۰</sup> منتشر شد، یکی دیگر از نقاط عطف در تحولات نظریه «عقلانیت جنایی» است. با وجود این کارهای مهم، می‌توان گفت که صورت‌بندی دقیق از ایده عقلانیت جنایی و طرح آن به عنوان (کلان) نظریه‌ای منسجم در گفتمان علوم جنایی توسط کورنیش و کلارک<sup>۱۱</sup> صورت گرفت. این مقاله به دنبال تبیین دیدگاه‌های کلاسیک و متأخر درباره این نظریه و توضیح ظرافت‌ها و پیچیدگی‌های نظری و تحولات مفهومی آن نیست، بلکه با رویکردی انتقادی (برای بررسی بیشتر در این باره رک: نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۷) به سراغ خوانش رایج از این نظریه می‌رود.

نظریه انتخاب عقلانی فرض می‌گیرد که در یک نظام اجتماعی، همه ما - از جمله جنایتکاران - به شیوه‌های عقلایی فکر کرده و رفتارهای غیر عقلانی را تنها می‌توان بر اساس دلایل غیر طبیعی توضیح داد (Presdee, 2001: 151). این نظریه پیش‌بینی می‌کند

1. Criminal Rationality.
2. Hobbes.
3. Leviathan.
4. Beccaria.
5. Bentham.
6. Gary Stanley Becker.
7. Crime and Punishment: An Economic Approach.
8. Routine Activity Approach.
9. Richard Posner.
10. An Economic Theory of the Criminal Law.
11. Cornish & Clarke.

که مجرمان بالقوه، اطلاعات مربوط به خطرات و مزایای ارتکاب جرم را گردآوری و آن‌ها را مطابق روش محاسباتی «فایده مورد انتظار»، ترکیب و تجزیه و تحلیل می‌کنند. این محاسبه‌گری بزه‌کاران برای ارتکاب جرم را می‌توان به «عقلانیت مجرمانه» تعبیر کرد؛ چرا که تصمیمات گرفته‌شده بر مبنای تحلیل هزینه - فایده دست کم از نظر مرتکبان آن عاقلانه و منطقی تلقی می‌شود.

اگر تقریر پیش گفته از نظریه انتخاب عقلانی را به عنوان تلقی رایج از آن بپذیریم، به نظر می‌رسد که این تلقی با وجود رواج و عمق و نفوذ آن، با محدودیت‌ها و چالش‌های بسیاری مواجه است. این نظریه در قرائت سنتی‌اش، مفهوم عقلانیت را به عقلانیت اقتصادی فرو می‌کاهد؛ به این معنا که کنشگر، رفتاری را انتخاب می‌کند که حداکثر نفع را برای او به همراه داشته باشد. علت این امر را می‌توان به فرو کاستن مجرم به انسان اقتصادی محاسبه‌گر و به حاشیه بردن نقش دیگر عوامل مؤثر در ارتکاب رفتارهای مجرمانه بازگرداند. این تقلیل‌گرایی باعث شده است که بعضی از رویکردهای جدید در جرم‌شناسی مانند «جرم‌شناسی فرهنگی»<sup>۱</sup> اساساً در اعتبار نظریه انتخاب عقلانی در تبیین رفتارهای مجرمانه تردید کرده و آن را به عنوان یک «فراروایت»<sup>۲</sup> که به دنبال توضیح یکسان رفتارهای مجرمانه است نقد کنند (Ferrell & Sanders, 1995; Hayward, 2004). به نظر می‌رسد هر چه رفتارهای مجرمانه به حوزه احساسات و هیجانات فردی نزدیک‌تر باشد و یا تأثیرپذیری بیشتری از وضعیت اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی داشته باشد، ذهن و قوای شناختی انسان در انتخاب یا عدم انتخاب این رفتارها با خطاهای منطقی بیشتری مواجه شده و از عقلانیت به معنای متعارف آن فاصله می‌گیرد.

به نظر ما «جرائم خشونت‌بار» نمونه مهمی است که به خوبی می‌تواند محدودیت‌ها و چالش‌های فراروایت انتخاب عقلانی را توضیح دهد؛ زیرا یکی از مهم‌ترین بنیان‌های اتخاذ رویکردهای سختگیرانه و سرکوبگر در جرائم خشونت‌بار، نظریه انتخاب عقلانی است. این گونه از جرائم از منظر رسانه‌ها «ارزش خبری» بالایی دارند و معمولاً

1. Cultural Criminology.  
2. Metanarrative.

به صورت اغراق آمیز بازنمایی می‌شوند. این نحوه بازنمایی، به بستری برای نفوذ و پیشبرد ابزارهای سزاگرایانه و سرکوب از سوی نهادهای رسمی به بهانه تأمین نظم و امنیت تبدیل شده است.<sup>۱</sup>

در این ابتکار عمل‌های سرکوبگرانه که معمولاً با استناد به «بازدارندگی» وارد گفتار سیاست جنایی می‌شوند، کلمات کلیدی، «مجرمان خطرناک»، «توان‌گیری»، «امنیت جامعه» و «بزه‌دیدگان بالقوه» است. در واقع، گفتمان حاکم بر سیاست‌های کنترل جرم، نوعی گفتمان «جنگ با جرم»، «طرد» و «دیگری‌سازی» است (برای بررسی بیشتر ر.ک: نجفی ابرندآبادی، ۹۲-۱۳۹۱).

نقد این گفتمان و سیاست‌های کنترل جرم برآمده از آن، از منظرهای متفاوتی ممکن است. نقطه عزیمت ما، نقد «عقلانیت جنایی» به عنوان یکی از (مهم‌ترین) بنیان‌های نظری این سیاست‌هاست. اگر مقاله بتواند نشان دهد که خوانش رایج از نظریه انتخاب عقلانی با تناقض‌ها و کاستی‌های مهمی مواجه است، دیگر نمی‌توان از سیاست‌ها و برنامه‌های برآمده از آن در کنترل جرائم (خشونت‌بار) دفاع کرد. همین‌جا باید توضیح داد که این گفته به آن معنا نیست که «سیاست‌های کنترل جرم» لزوماً از درون نظریه‌های جرم‌شناسی به دست می‌آیند. تلقی رابطه‌ای خطی و یک‌سویه میان «نظریه» و «سیاست»<sup>۲</sup> تلقی‌ای به غایت ساده‌انگارانه است. متغیرهای بسیاری مانند «تفسیرهای ایدئولوژیک»، «ملاحظات اقتصاد سیاسی» و «رژیم‌های بازنمایی رسانه‌ای» که می‌توان آن‌ها را در اصطلاح «مناسبات قدرت» خلاصه کرد، بر سوگیری و شکل‌دهی به سیاست‌های کنترل جرم مؤثرند. حتی بحث را می‌توان پیشتر برد و با میانجی کارهای کسانی مانند فوکو<sup>۳</sup> نشان داد که چگونه «سیاست»‌ها، «نظریه»‌های خاص خود را در حوزه کنترل جرم تولید می‌کنند. مسئله این نوشته، بررسی رابطه دیالکتیک و پیچیده میان قدرت - نظریه از منظر «جامعه‌شناسی کیفری» و یا «فلسفه

۱. سایمون از این مفهوم با عنوان حکمرانی از طریق جرم یا به بهانه جرم (Governing through crime) تعبیر می‌کند.

2. Theory→Policy.

3. Foucault.

مجازات» نیست، بلکه از موضعی مشخص به دنبال تحلیل محدودیت‌ها و چالش‌های نظریه انتخاب عقلانی است. این تحلیل انتقادی بیش از هر چیز دیگری وامدار بینش‌های برآمده از «جرم‌شناسی انتقادی - فرهنگی» است و به لحاظ روش‌شناسانه نیز به آنچه روش «نقد درون‌ماندگار»<sup>۱</sup> خوانده می‌شود، پایبند است. ما در این مقاله متغیرهای مختلف و متعدد تأثیرگذار بر سیاست‌های کنترل جرم را به کناری گذاشته و صرفاً بر «نظریه انتخاب عقلانی» تمرکز کرده و نشان می‌دهیم که (خوانش رایج از) این نظریه با چه تناقض‌ها و پیامدهایی مواجه است.

برای دستیابی به هدف پیش‌گفته، مقاله در دو بخش تنظیم شده است؛ در بخش اول به صورت انضمامی به بررسی محدودیت‌های نظریه «عقلانیت جنایی» در زمینه تبیین جرائم خشونت‌بار می‌پردازیم و در بخش دوم با تمرکز بر چالش‌های نظری و عملی برآمده از این نظریه، ابتدا استدلال می‌کنیم که خوانش رایج از نظریه «انتخاب عقلانی» با معضلات روش‌شناختی متعددی روبه‌روست، همین‌طور سعی خواهیم کرد با استفاده از آموزه‌های متأخر اقتصاد رفتاری، خوانش قابل‌دفاع‌تری از نظریه به دست دهیم، سپس نشان خواهیم داد که تجرد بر خوانش رایج از این نظریه می‌تواند حاوی چه دلالت‌های سیاستی مهمی در حوزه کنترل جرم باشد.

۱. «نقد درون‌ماندگار» برابر نهاده نسبتاً جاافتاده‌ای است که مترجمان اصلی حوزه نظریه انتقادی، برای اصطلاح «immanent critique» استفاده می‌کنند. اگر هدف نظریه انتقادی را سنجش شکاف میان «ایده و واقعیت» بدانیم که با «ایدئولوژی» پر شده است، روش این سنجش نقد درون‌ماندگار است. از نظر هورکهایمر (Horkheimer) این نقد امر موجود را در متن تاریخی آن قرار داده تا از نسبت میان این متن تاریخی و ادعاهای مفهومی انتقاد کند. نقد درون‌ماندگار، هیچ عنصری را از بیرون برای نقد وارد نمی‌کند، بلکه خود موضوع را تا آنجا پیش می‌برد تا تناقضات درونی آن آشکار شود. این مقاله عمیقاً با این گفته والتر بنیامین (Walter Benjamin) هم‌دلی دارد که روش واقعی استقراء بر خلاف آنچه پوزیتیویست‌ها مدعی آن هستند، قرار دادن مفهومی خاص‌تر ذیل مفهومی عام‌تر نیست. بلکه واریسی امر کلی در درون امر انضمامی است؛ زیرا به قول بنیامین، هر امر اجتماعی نمایانگر تناقضات امر کلی است. وظیفه نظریه انتقادی غور و تفحص در «امر انضمامی» از ابعاد گوناگون است تا بتواند میانجی‌های میان امر انضمامی و کلیت متناقض را کشف کند (برای بررسی بیشتر ر.ک: هورکهایمر و آدرنو، ۱۳۸۴). بنابراین ما در این نوشته به دنبال آن هستیم که ایده عقلانیت جنایی را در حوزه خاصی از جرائم خشونت‌بار بررسی کرده و در پرتو این بررسی، تناقضات این ایده کلی را که ممکن است نادیده گرفته شود، بر آفتاب بیفکنیم.

## ۱. محدودیت‌های «عقلانیت جنایی»

با توجه به ویژگی‌های جرائم خشونت‌بار، (خوانش‌های رایج از) نظریه انتخاب عقلانی در تبیین این دسته از جرائم با کاستی‌های متعددی مواجه است. تحلیل‌های مبتنی بر هزینه و فایده نمی‌توانند پیچیدگی این دسته از جرائم و متغیرهای «غیر عقلانی» تأثیرگذار در این فرایند را توضیح دهند. چرا که تصمیم‌گیری افراد تابع متغیرهای مختلفی است که بخش قابل توجهی از این متغیرها غیر ارادی و خارج از کنترل افراد است. به نظر می‌رسد که با وام‌گیری از هربرت سایمون<sup>۱</sup> می‌توان ناتوانی و محدودیت‌های «نظریه انتخاب عقلانی» را در دو عنوان «محدودیت درونی» و «محدودیت بیرونی» دسته‌بندی کرد. در ادامه این محدودیت‌ها را با تأکید بر جرائم خشونت‌بار توضیح خواهیم داد.

### ۱-۱. محدودیت‌های درونی

منظور از محدودیت‌های درونی نظریه انتخاب عقلانی اشاره به عواملی است که ریشه در ساختارهای جسمی و روانی افراد دارد. پژوهش‌های زیست‌شناسی و «رویکرد پردازش اطلاعات»<sup>۲</sup> در زمینه روان‌شناسی با بررسی شاخصه‌های زیستی - روانی مؤثر در ارتکاب جرم نشان می‌دهد که عقلانیت انسان با محدودیت‌های جدی همراه است.

#### ۱-۱-۱. عوامل زیستی - روانی

وضعیت زیست‌شناختی بدن همواره از دو دسته عوامل با منشأ داخلی و خارجی تأثیر می‌پذیرد. از جمله عوامل داخلی می‌توان از ساختار ژنتیکی، تغییرات هورمونی،<sup>۳</sup>

1. Herbert Simon.

2. Information Processing Approach.

۳. اثر تغییرات هورمونی بر پرخاشگری و خشونت به عنوان وضعیتی زیست‌شناختی، در پژوهش‌ها با شدت و ضعف تأیید شده است (برای نمونه در منابع لاتین ر. ک: (Raine, 1993; Booth & Osgood, 1993). گفته شده است که هورمون تستوسترون، پرخاشگری [و خشونت] را تسهیل می‌کند؛ در حالی که [هورمون] کورتیزول - که با ترس و اضطراب ارتباط دارد - به عنوان مانع عمل می‌کند. بنابراین پرخاشگری [و خشونت] به نسبت تستوسترون به کورتیزول و نه تستوسترون به تنهایی، بستگی دارد. هورمون سروتونین نیز - همان‌طور که گفته شد - از تکانه‌های خشونت‌آمیز جلوگیری می‌کند. بنابراین [احتمال] پرخاشگری [و خشونت]

اختلالات سیستم عصبی<sup>۱</sup> و وجود برخی حساسیت‌ها (آلرژی) نام برد و از طرف دیگر رژیم غذایی، کاهش سطح قند خون<sup>۲</sup> (Raine, 1993: 209)، مصرف الکل و مواد مخدر و حتی قرار گرفتن در معرض آلودگی‌های محیطی و تغییرات دمایی<sup>۳</sup> را می‌توان از جمله عوامل دارای منشأ خارجی دانست که بر ساختار بیولوژیکی بدن و ارتکاب جرائم خشونت‌بار تأثیرگذارند. اختلالات و نابسامانی در وضعیت فیزیولوژیک بدن به طور مستقیم وضعیت روانی را تحت تأثیر قرار می‌دهد. بسیاری از بیماری‌های عصب - روان‌شناختی<sup>۴</sup> همانند ناهنجاری بیش‌فعالی - کمبود توجه (ADHD)، اختلال دوقطبی (افسردگی - شیدایی)، اسکیزوفرنی، اختلالات رفتاری<sup>۵</sup> و اختلال انفجاری

→ تکانشی زمانی بیشتر است که سطح تستوسترون بالا باشد و کورتیزول و سروتونین پایین باشند (کالات، ۱۳۹۶: ۵۰۵). با این حال، باید توجه داشت که متغیرهای بیولوژیک در بسیاری از موارد به عنوان تسهیل‌کننده‌هایی در نظر گرفته می‌شوند که در کنار شاخصه‌های اثرگذار دیگر، زمینه را برای ارتکاب خشونت فراهم می‌کنند. به بیان دقیق‌تر، با تفاوت گذاشتن میان مطالعات مبتنی بر همبستگی (Correlation) با مطالعات مبتنی بر علیت (Causation) می‌توان گفت که مثلاً افزایش سطح هورمون تستوسترون «همبسته» با ارتکاب جرائم خشونت‌بار است و نه لزوماً «علت» آن. از این رو ما در این نوشته به دنبال آن نیستیم که برای نقد اسطوره «عقلانیت جنایی»، به اسطوره «لمبروزویی» ارتکاب جرم دامن بزیم؛ بلکه صرفاً بر این نکته تأکید می‌کنیم که نظریه‌های مدرن زیست - عصب‌شناختی در حوزه تبیین جرم، داده‌های تجربی مهمی را در اختیار می‌گذارد که نتیجه آن بازاندیشی جدی در فرض عقلانیت نامحدود جنایی است.

۱. برخی تغییرات و اختلالات هورمونی از طریق ایجاد نابسامانی و اختلال در فرایند انتقال پیام‌های عصبی در ارتکاب پرخاشگری و خشونت تأثیرگذارند. «انتقال‌دهنده‌های عصبی (neurotransmitters) مواد شیمیایی تولیدشده در مغز هستند که به عنوان میانجی در انتقال پیام‌های عصبی نقش فعالی دارند. هورمون «سروتونین» (serotonin) از مهم‌ترین انتقال‌دهنده‌ها و تعدیل‌کننده‌های عصبی است که در خلق و خو، احساسات و ادراک دخالت دارد. مقدار زیادی از این هورمون در «لوب پیشانی» مغز وجود دارد. شواهد و پژوهش‌های آدریان رین (Adrian Rain) نشان می‌دهند که سطوح پایین این هورمون می‌تواند منجر به افسردگی و گرایش به پرخاشگری و خشونت شود (Bartol, 2014: 74).

## 2. Hypoglycemia.

۳. جان بارگ (John Bargh) و ویلیامز (Lawrence Williams) در پژوهشی مشترک، «تأثیر دمای محیطی بر تصمیم‌گیری» را بررسی کردند. بر اساس نتایج به‌دست‌آمده هر چه دمای محیط بیشتر باشد، ریسک‌پذیری افراد بیشتر شده و تصمیمات پرخطر از سوی آن‌ها به شکل آسان‌تری گرفته می‌شود (به نقل از: رضائیان و همکاران، ۱۳۹۸: ۴).

## 4. Neuropsychological.

## 5. Conduct Disorder.

متناوب<sup>۱</sup> می‌توانند رفتارهای خشونت‌آمیزی را در پی داشته باشند که فرد در کنترل آن‌ها ناتوان است.

شاید یکی از نظام‌یافته‌ترین نظریه‌های جرم‌شناسی در زمینه تأثیر عوامل زیست-روانی در ارتکاب جرم را بتوان در کارهای خانم تری مافیت<sup>۲</sup> جست‌وجو کرد. او توضیح می‌دهد که در چیزی که او آن را دوره زندگی پایدار (مجرمانه)<sup>۳</sup> (LCP) می‌نامد، رفتارهای ضد اجتماعی زودتر از دوره بلوغ شکل گرفته و در زمان بزرگسالی هم ادامه می‌یابد. از نظر او، این دسته از رفتارهای مجرمانه ناشی از ترکیب دو عامل کمبودها و آسیب‌پذیری نوزاد به هنگام تولد و همراه شدن این مسئله با نوعی «بدسرپرستی» است. مشکلات شخصیتی کودکان از مسئله‌ای نشئت می‌گیرد که مافیت آن را نارسایی در ساختار و کارکرد ذهن می‌نامد. ریشه این نارسایی‌ها ممکن است ژنتیکی باشد یا در اثر شرایط نامناسب دوران بارداری همچون تغذیه ناکافی یا کمبود مراقبت‌های درمانی و مصرف الکل یا مواد مخدر ایجاد شود (کالن و همکاران، ۱۳۹۴). آنچه این نظریه به خوبی نشان می‌دهد، همکنش متغیرهای زیستی و تربیتی و تأثیر آن در رفتارهای مجرمانه و خشونت‌بار است.

در ادامه می‌توان به دسته‌ای دیگر از جرائم خشونت‌بار اشاره کرد که به طور کلی خارج از اراده نیستند، بلکه با سطوح مختلفی از اراده و اختیار همراه‌اند. جرائمی که تحت تأثیر برخی هیجانات رخ می‌دهند از این دسته‌اند که علی‌رغم فقدان اختلالات عصبی متعارف و شناخته‌شده همواره با سطحی از رفتار غیر عقلانی همراه هستند.

## ۲-۱-۱. رفتارهای هیجانی؛ احساسات و عواطف

واضح است که آگاهی و شناخت ما با پیچیدگی‌های جهان عاطفی و فیزیکی گره

۱. «Intermittent Explosive Disorder». اختلال انفجاری متناوب (به اختصار IED)، از زیرمجموعه اختلالات کنترل تکانه (کنش‌های بدون تفکر) (Impulse control disorder) عبارت است از دوره‌های پرخاشگری که منجر به آسیب زدن به دیگران می‌شود. افراد مبتلا به اختلال انفجاری متناوب دوره‌های گاه‌وبیگاه خشم شدید را از خود نشان می‌دهند و بدون عمل تحریک‌آمیزی تهاجمی و پرخاشگر می‌شوند.

2. Terrie E. Moffitt.

3. Life Course Persistent.

خورده و به صورت مستقل عمل نمی‌کند. احساسات و عواطف بخشی مهم و جدایی‌ناپذیر از ذهن انسان را تشکیل می‌دهد و توانایی‌های استدلال، شناخت، ادراکات و آگاهی ما به شرایط عاطفی که در آن قرار داریم، بسیار وابسته است. بر این اساس، تصمیمات افراد در ارتکاب بعضی از جرائم را می‌توان تا حدود بسیاری متأثر از احساسات درونی آن‌ها دانست (Elffers, 2017: 10). این احساسات را به دو بخش پیش‌بینی‌شده و آنی تقسیم‌بندی کرده‌اند که هر کدام از آن‌ها می‌تواند تصمیم‌گیری افراد را به نحوی تحت تأثیر قرار دهد.<sup>۱</sup>

کالینز<sup>۲</sup> ضعف مهم نظریه‌های انتخاب عقلانی را غفلت آن‌ها از عواطف و احساسات می‌داند. بسیاری از چیزهایی را که مردم می‌خواهند و محرک آن‌هاست، نمی‌توان بر اساس مقیاس‌های رایج سنجش نمود؛ چون اصلاً مادی نیستند. به نظر وی، باید عواطف را بیش از پاداش‌های مادی، نیروی اولیه محرک کنش‌های انسانی دانست. آنچه را که وی انرژی عاطفی می‌نامد، می‌توان به صورت پیوستاری از اطمینان، اشتیاق و خوشبختی گرفته تا افسردگی و اندوه در نظر گرفت. بنابراین اهداف مادی را باید تنها یکی از مواردی دانست که مردم برای حفظ یا افزایش میزان انرژی عاطفی خود دنبال می‌کنند و نه چیزی که در تبیین انگیزه‌ها و رفتارها لزوماً به عنوان اصل اولیه در نظر گرفته می‌شود (به نقل از: مقدس و اسلام، ۱۳۸۵: ۲۰۳). بنابراین نظریه انتخاب عقلانی در توضیح رفتارهای مجرمانه‌ای که تأثیرپذیری بیشتری از عواطف و احساسات دارند، با محدودیت‌های بیشتری مواجه است.

دیدگاه‌ها و ارزیابی‌ها، غالباً جرائم خشونت‌بار را غیر معقول، احساسی و بدون برنامه‌ریزی قبلی دانسته و برای انتخاب عقلانی در این جرائم نقش ویژه‌ای قائل نیستند؛ زیرا تصمیم‌گیری فرد و گزینش اعمال خشونت بدین معنا نیست که فرد خارج از آن اوضاع و احوال نیز همواره همان تصمیم را اتخاذ می‌کند. گاهی اوقات ممکن است به

۱. برای مثال، احساسات و عواطف می‌تواند بر نحوه فراخوانی اطلاعات ذخیره‌شده در ذهن تأثیر بگذارد؛ زیرا دسترسی به خاطرات مربوط به رویداد خاصی که فرد در آن قرار دارد، به واسطه حاکمیت احساس مشابه، آسان‌تر شکل می‌گیرد؛ در حالی که یادآوری اطلاعات دیگر دشوارتر است.

2. Randall Collins.



دلیل تحریکات شدید احساسی در لحظه ارتکاب جرم، بزهکاران کنترل رفتاری خود را از دست بدهند. در این مواقع ملاحظات عقلانی - اگر نگوئیم که کاملاً به حاشیه رانده می‌شوند- دست کم اهمیت کمتری پیدا می‌کنند. از این رو گفته شده است که سنجش عقلانی هزینه‌ها و منافع صرفاً بر تصمیمات (کنشگران) بازار مالی<sup>۱</sup> قابل انطباق است (Loughran et al., 2016: 87). با پذیرش سخن پیش گفته، به سادگی نمی‌توان نظریه انتخاب عقلانی را برای تبیین جرائم خشونت‌بار به کار بست. مرور پرونده‌های جنایی نشان می‌دهد که بسیاری از مجرمان در لحظه وقوع جرم، تحت تأثیر رفتارهای هیجانی قرار داشته‌اند.<sup>۲</sup> پدیده «قتل‌های بی‌معنا یا ابلهانه»<sup>۳</sup> به خوبی مسئله پیش گفته را بازنمایی می‌کند.<sup>۴</sup>

### ۱-۳. سوگیری‌ها و تحریفات شناختی

از میان انواع تقسیم‌بندی‌ها و اصطلاحات حوزه «خطاهای شناختی»، دو اصطلاح «سوگیری‌های شناختی»<sup>۵</sup> و «تحریفات شناختی»<sup>۶</sup> را می‌توان رایج‌تر از بقیه دانست.

#### 1. Financial Market Decisions.

۲. برای نمونه، موارد زیر قابل ذکر است: رئیس کل دادگستری گلستان در گفتگوی ویژه خبری سیمای مرکز گلستان، به موضوع افزایش قتل اشاره می‌کند که: هیچ یک از قتل‌هایی که امسال در استان رخ داد، با برنامه‌ریزی قبلی نبود و قاتلان می‌گویند که آنی مرتکب قتل شده‌اند. وی پایان آمدن آستانه تحمل افراد را زنگ خطر جدی عنوان کرد و از افراد و نهادهای تأثیرگذار در جامعه خواست که در این باره چاره‌اندیشی کنند (ر.ک: <<https://www.yjc.ir/00QBWF>>).

#### 3. Senseless Murder.

۴. بررسی رسانه‌های رسمی کشور نشان می‌دهد قتل‌هایی رخ داده است که انگیزه‌های آن‌ها به لحاظ مالی، به شکل حیرت‌آوری کم‌ارزش و کم‌اهمیت بوده است. یکی از ارزان‌ترین قتل‌هایی که در سال‌های اخیر در ایران رخ داد، دعوی دو مسافر و یک راننده تاکسی بر سر کم بودن مبلغ کرایه بود. راننده تاکسی با دو مسافر خود در منطقه پردیس بومهن به دلیل نداشتن یا نپرداختن ۵۰۰ تومان از مبلغ توافق شده قیمت کرایه درگیر شد. نتیجه درگیری خشونت‌بار ۵۰۰ تومانی این سه نفر به قتل راننده ختم شد. در مورد دیگر در مردادماه سال ۱۳۹۱، دو دوست تهرانی در یک باشگاه بدن‌سازی بر سر پرداخت هزینه ۱۵۰۰ تومانی خوراکی که از بوفه خریده بودند، باهم درگیر شدند و در نهایت یکی از آن‌ها با ضربه‌های پیچ‌گوشتی دیگری به قتل رسید (ر.ک: <<https://www.tabnak.ir/fa/news/330110>>).

۵. «Cognitive Biases». مفهوم سوگیری شناختی نخستین بار توسط آموس تورسکی و دانیل کاهنمان (۱۹۷۴) برای توصیف خطاهای ناخودآگاه و قابل پیش‌بینی در ذهن که بر تصمیمات و قضاوت‌های افراد تأثیر می‌گذارند، به کار رفت.

#### 6. Cognitive Distortions.

پژوهش‌های متعدد نشان می‌دهند که مرتکبان جرائم خشونت‌بار، اطلاعات را به شیوه غیر متعارف درک و تفسیر کرده و در برداشت‌های خود از رفتارهای دیگران (سوگیری‌های شناختی دشمن‌انگارانه)<sup>۱</sup> دارند (Dodge & Coie, 1987; James & Seager, 2006).

واقعیت این است که بسیاری از افراد درباره دیگران تا حدودی بر اساس تأثیری که از کاریزما، زبان بدن یا حتی نوع لباس پوشیدن آن‌ها دریافت می‌دارند، قضاوت می‌کنند (رضائیان و همکاران، ۱۳۹۸: ۴).

این سوگیری‌ها سبب می‌شوند که افراد تعاملات اجتماعی خودشان را به شیوه‌ای غیر واقعی و منفی‌انگارانه تفسیر کنند. به تعبیر کاهنمان<sup>۲</sup> و تورسکی<sup>۳</sup> قضاوت‌ها و پیش‌داوری‌های غیر قطعی، ریشه در «قوای اکتشافی و یابنده‌گرا»<sup>۴</sup> و سوگیری‌های افراد دارد.<sup>۵</sup>

دست کشیدن فرد از باورهایی که مدت‌ها بر ذهن او حاکم بوده، بسیار دشوار است. همین امر سبب می‌شود که گاهی سوگیری‌های شناختی نه نسبت به دیگران بلکه نسبت به افکار و باورهای شخصی شکل بگیرد؛ به این صورت که فرد در رویارویی با اطلاعات و حقایقی که در تضاد با عقاید و باورهایش می‌باشد، از پذیرش آن‌ها سر باز زده و اطلاعات را به شکل سوگیرانه به نفع خودش تفسیر می‌کند.

1. Hostile Attributional Biases.

2. Daniel Kahneman.

3. Amos Tversky.

۴. «Heuristic devices». در ادبیات رسمی پژوهشی (حوزه روان‌شناسی و اقتصاد رفتاری) معادل رایج برای اصطلاح Heuristic واژه «اکتشافی» است. با این حال، فرهنگ علوم انسانی آشوری ذیل واژه Heuristic معادل «یابنده‌گرا» را برگزیده است (آشوری، ۱۳۹۷). این واژه «ابتکار عمل»‌هایی را توصیف می‌کند که به جای استفاده از مدل‌های پیچیده تصمیم‌گیری، اغلب از تجربیات گذشته و قواعد سرانگشتی (rules of thumb) بهره می‌برد. براینده این ابتکار عمل‌های اکتشافی و یابنده‌گرا، بروز «توجه و عقلانیت محدود» در اندیشه و رفتار است. وقتی از توجه حرف می‌زنیم، به محدود بودن ظرفیت پردازش اطلاعات در مغز و رویه‌های شناختی به کار گرفته‌شده در مغز برای استفاده بهینه از این امکانات محدود اشاره می‌کنیم.

۵. اغلب ما انسان‌ها بر پایه تجربه‌های شخصی، درباره اموری هم که هنوز تجربه نکرده‌ایم پیش‌داوری می‌کنیم که شاید اشتباه باشند (برای بررسی بیشتر در منابع خارجی ر.ک: Tversky & Kahneman, 1974؛ برای بررسی بیشتر در نوشتگان فارسی ر.ک: کانمن، ۱۳۹۷).

این سوگیری‌های متعصبانه منجر به این می‌شود که باورها و عقاید خود را همواره درست ببیند.

«سوگیری بیش‌اطمینانی»<sup>۱</sup> را نیز می‌توان به عنوان نوع دیگری از «رفتارهای خلاف قاعده»<sup>۲</sup> در نظر گرفت که در آن فرد توانایی‌های خود را بیش از حد ارزیابی می‌کند. این سطح از بیش‌اطمینانی و اعتماد به نفس کاذب می‌تواند منجر به افزایش سوءرفتار به میزانی فراتر از پیش‌فرض‌های عقلانیت کلاسیک شود که در آن هزینه‌ها و خطرات ارتکاب جرم با دقت مورد سنجش قرار می‌گیرند.

امروزه «تحریفات شناختی» و الگوهای فکری ناهنجار مختلف شناسایی شده‌اند که گفته می‌شود نقش مهمی در نحوه ارزیابی افراد دارند و در موقعیت‌های مواجهه<sup>۳</sup> و یا درگیری<sup>۴</sup> تأثیرگذارند. شناخت تحریف‌شده و الگوهای فکری ناهنجار در واقع افکار و باورهای غیر منطقی هستند که ما به شکل ناخودآگاه در طول زمان آن‌ها را تقویت می‌کنیم (Brookman & Wright, 2017: 6).

پژوهش‌ها نشان می‌دهد که بسیاری از مرتکبان جرائم خشونت‌بار، دارای سوگیری‌های شناختی و اختلالات شناختی تحریف‌شده هستند؛ به شکلی که اعمال خشونت را به عنوان راه حل اولیه و طبیعی برای مقابله با مشکلات و اختلافات می‌دانند.

ریچارد فِلسون<sup>۵</sup> در کارهای اولیه خود (۲۰۱۲) توضیح می‌دهد که خشونت نیز موضوع انتخاب است و مرتکب رفتارهای خشونت‌بار از انجام این رفتارها اهداف

۱. «Overconfidence Bias». سوگیری بیش‌اطمینانی معطوف به مهارت‌های شخصی است و نباید آن را با «سوگیری خوش‌بینی» (Optimism Bias) اشتباه گرفت؛ چرا که «سوگیری خوش‌بینی» بر خلاف «سوگیری بیش‌اطمینانی»، معطوف به پدیده‌های خارج از کنترل شخص است.

۲. «Behavioral Anomalies». به نظر می‌رسد که در زمینه علوم جنایی به جای آنکه این رفتارهای خلاف قاعده را به عنوان اشتباهات روش شناختی رد کنیم، بهتر است که به دنبال راهکارهایی باشیم تا بتوانیم از این «رویه‌های اکتشافی»، «سوگیری‌های شناختی» و «میان‌برهای ذهنی» به عنوان اهرمی برای کاهش بزهکاری استفاده کنیم (Pickett, 2018).

3. Confrontation.  
4. Conflict.  
5. Richard Felson.

مشخصی را دنبال می‌کند.<sup>۱</sup> با وجود این، او در کارهای بعدی خود (۲۰۱۴) به دقت نشان می‌دهد که بسیاری از جرائم خشونت‌بار با بی‌توجهی و غفلت نسبت به پیامدهای آن صورت می‌گیرند.

هدف فلسون در کارهای متأخر خود، دستیابی به الگوهای ذهنی و شناختی مرتکبان جرائم خشونت‌بار بوده است؛ چرا که در زمینه روان‌شناسی بسیاری از صاحب‌نظران بر رابطه مستقیم میان اختلالات شناختی و جرائم خشونت‌بار تأکید کرده‌اند. پژوهش‌های صورت گرفته نیز نشان می‌دهد که میان اختلالات و محدودیت‌های شناختی و جرائم خشونت‌بار رابطه مستقیم و معناداری وجود دارد (Siegel, 2018)؛ به این معنا که بسیاری از رفتارهای خشونت‌بار بیش از آنکه از انتخاب عقلانی ناشی شوند، همبسته با نوعی از اختلالات شناختی هستند.

نظریه‌ای که دیدگاه پیش‌گفته را پشتیبانی می‌کند، «نظریه ضمنی»<sup>۲</sup> است. این نظریه به عقاید و باورهای ذهنی افراد می‌پردازد که بر تفکرات و رفتارهای بعدی آن‌ها نیز تأثیرگذار است و از آن جهت ضمنی نامیده می‌شوند که معمولاً به صورت ناخودآگاه شکل گرفته و تقویت می‌شوند (Ward, 2000: 495).

برای بررسی تئوری‌های ضمنی، گروهی از پژوهشگران نیوزیلندی طی مصاحبه‌هایی با مرتکبان جرائم خشونت‌بار که تحت برنامه‌های بازپروری بودند، به تجزیه و تحلیل فرایند ارتکاب این جرائم پرداختند. نتیجه پژوهش‌های صورت گرفته توسط این گروه از پژوهشگران نشان داد که افراد مورد مطالعه در این چهار گروه قابل دسته‌بندی هستند:

۱. او این اهداف مشخص را این گونه صورت‌بندی کرده است: ۱- کنترل: فرد خشن ممکن است بخواهد رفتار وزندگی قربانی خود را کنترل کند. ۲- مجازات و تلافی: فرد ممکن است برای رسیدگی به شکایات خود بخواهد فردی را بدون درخواست از پلیس و یا استفاده از سیستم قضایی شخصاً مجازات کند. به بیان دیگر در این شیوه، شخص خود را مجری قانون می‌داند. ۳- بازدارندگی: مهاجم ممکن است بخواهد کسی را از تکرار اقداماتی که خصمانه یا تحریک‌آمیز می‌داند، منصرف کند. ۴- شهرت: اعمال حمله و خشونت ممکن است با انگیزه افزایش اعتبار و ایجاد اهمیت بیشتر شخص در نظر دیگران باشد (Siegel, 2018: 113).

۲. «Implicit Theory». برای اشاره به مفهوم این نظریه اصطلاحات مختلفی مانند Lay Theories، Folk Psychological Theories و Intuitive Theories استفاده شده است، اما رایج‌ترین آن‌ها همین اصطلاح «تئوری ضمنی» است.

۱- منازعه‌کنندگان،<sup>۱</sup> ۲- افرادی که خودشان را معیار قانون می‌دانستند، ۳- عادی‌سازان خشونت و ۴- گروهی که خودشان را غیر قابل مهار می‌پنداشتند. بیشترین فراوانی به ترتیب مربوط به منازعه‌کنندگان با ۵۷ درصد، عادی‌انگاران خشونت با ۴۶ درصد، گروهی که خود را معیار قانون می‌دانستند با ۳۹ درصد و کمترین فراوانی با ۱۲ درصد مربوط به افرادی بود که خودشان را غیر قابل مهار می‌پنداشتند (Brookman & Wright, 2017: 5).

پژوهش‌هایی از این دست به روشنی نشان می‌دهند که چگونه باورها و سوگیری‌های روانی با برساختن تصویری که افراد از خود دارند، بر فرایند تصمیم‌گیری افراد در ارتکاب جرائم خشونت‌بار تأثیر می‌گذارند.

اختلال «سوگیری ذهنی ضمنی»<sup>۲</sup> نشان می‌دهد که یک پدیده می‌تواند در ذهن افراد مختلف به صورت‌هایی متفاوت و گاه متضاد شکل بگیرد که این تضاد می‌تواند تا حدودی ناشی از جهان‌بینی و فهم متفاوت افراد از پدیده‌ها باشد.

## ۲-۱. محدودیت‌های بیرونی

اگرچه ساختارهای زیستی و روانی ممکن است از طریق ایجاد اختلالات فکری و حسی در شکل‌گیری رفتار جنایی نقش داشته باشد، اما این محتمل‌تر است که رفتارهای خشونت‌آمیز و ضد اجتماعی تحت تأثیر یک سری تعاملات پیچیده فردی و اجتماعی باشد (Bartol, 2014: 78). بنابراین لازم است که ساختارها و موقعیت‌های اجتماعی که در آن جرائم خشونت‌بار رخ می‌دهند و همچنین عوامل موقعیتی که خشونت‌ها را تسهیل یا منع می‌کنند، در نظر گرفته شوند.

### ۱-۲-۱. جنبه‌های خرده‌فرهنگی جرائم خشونت‌بار

تحلیل جرائم خشونت‌بار بر اساس خرده‌فرهنگ‌های مجرمانه در سنت جرم‌شناسی

۱. این منازعات گاهی دارای ماهیت کنشی (Self-Enhancement) در جهت اهدافی همچون شهرت افزایی و گاهی دارای ماهیت واکنشی و دفاعی (Self-Preservation) هستند. در حالت کنشی فرد از آسیب زدن به دیگری لذت می‌برد و در حالت واکنشی، با اجتناب ورزیدن از پیامدهای ناخوشایند خشونت دیگران علیه خود، در پی خنثی کردن آن برمی‌آید.

فرهنگی سابقه طولانی دارد. خرده‌فرهنگ مجرمانه، مجموعه‌ای از «زبان مجرمانه»،<sup>۱</sup> «نمود»،<sup>۲</sup> «نمایش<sup>۳</sup> و زیبایی‌شناسی»<sup>۴</sup> است. این موارد، مخزنی فشرده از معانی را برمی‌سازد که این معانی، افراد عضو این خرده‌فرهنگ را بازنمایی می‌کند (فرجیها و الله‌وردی، ۱۳۹۳: ۸۸). افراد در پرتو این فرهنگ به رفتار خود معنا می‌دهند. ویژگی اساسی خرده‌فرهنگ مجرمانه، ساختار ارزشی حاکم بر آن است که جلوه متضادی از هنجارهای قانونی پذیرفته‌شده توسط جامعه را به نمایش می‌گذارد (Sykes & Matza, 1957: 664). پایبندی به ارزش‌های خرده‌فرهنگ مجرمانه باعث می‌شود که دیگر نتوان تصمیمات افراد متعلق به آن را با نظریه انتخاب عقلانی تبیین نمود؛ چرا که عضویت در این خرده‌فرهنگ‌ها و قرار گرفتن در کنار همسالان معمولاً با کاهش ادراک ریسک ارتکاب جرم همراه است. این کاهش ریسک، حل معادله هزینه و فایده را برای فرد بسیار آسان خواهد کرد.

گاهی خشونت از دیدگاه مرتکب به عنوان یک واکنش قابل قبول و منطقی تعریف می‌شود؛ در حالی که در تعریف دیگران غیر قابل قبول، غیر منطقی و بی‌معناست (Presdee, 2001: 152). شاید بتوان گفت که امروزه انتخاب «خشن بودن»، استفاده از «خشونت»، لذت بردن از «خشونت» و تماشای آن در میان گروهی از افراد جامعه نفوذ پیدا کرده است. در خرده‌فرهنگ‌های مجرمانه، جرائم خشونت‌بار از جذابیت و «زیبایی‌شناسی مشترکی» برخوردار است. در این خرده‌فرهنگ‌ها اعضا در جهت حفظ و ارتقای جایگاه خود در سلسله‌مراتب گروهی و همچنین اثبات پایبندی‌شان به ارزش‌های آن معمولاً دست به ارتکاب جرائمی همچون سرقت، قتل، ضرب و جرح، تجاوز، تخریب و... می‌زنند.

آلبرت کوهن<sup>۵</sup> (Cohen, 1955) در کتاب *پسران بزهکار*<sup>۶</sup> به خوبی توضیح می‌دهد

1. Argot.
2. Appearance.
3. Presentation.
4. Aesthetics.
5. Albert Cohen.
6. Boy delincuanse.

که رفتارهای مجرمانه جوانان و نوجوانان بر خلاف اغلب جرم‌های بزرگسالان هیچ گونه هدف مفید (عقلانی) در بر ندارد. باندهای جوانان و نوجوانان چیزهایی را می‌دزدیدند که نمی‌خواستند یا لازم نداشتند. این آشکارا فاصله گرفتن از نظریه «مرتون» است. مرتون با تکیه بر نوآوری به عنوان واکنش در مقابل فشار برآمده از ساختارهای اجتماعی، بر سرشت فایده‌جویانه جرم تأکید داشت؛ در حالی که کوهن به دنبال تبیین خصلت نافایده‌جویانه بخش عمده‌ای از بزهکاری بود. مرتون استدلال کرده بود که جوانان طبقه فرودست برای رسیدن به موفقیت پولی تلاش می‌کنند؛ در حالی که کوهن معتقد بود آن‌ها به دنبال یافتن جایگاه‌اند. کوهن رفتار مجرمانه جوانان در باندهای بزهکاری را بر اساس نظریه فشار تبیین می‌کند، اما فشاری که او توصیف کرده، ناشی از واکنش‌هایی علیه ارزش‌های طبقه متوسط است که جوانان و نوجوانان آن‌ها را باور دارند، ولی به خاطر فشارهای ساختاری اجتماعی نمی‌توانند با آن‌ها سازگار شوند.

با توجه به مطالب پیش گفته می‌توان نتیجه گرفت که رفتار «عقلانی» در بسترهای فرهنگی گوناگون و از منظر کنشگران مختلف، معانی متفاوتی دارد. بر اساس این زمینه‌ها ممکن است تلقی افراد از مفهوم منفعت به هیچ وجه یکسان نباشد (فرجیها و الله‌وردی، ۱۳۹۳: ۹۲). روشن است که سطح بحث پیش گفته، «فهم جرم‌شناختی»<sup>۱</sup> رفتارهاست و نه «موجه‌سازی» آن‌ها. به بیان دیگر، منظور ما به هیچ وجه اعتباربخشی معرفت‌شناسانه به برداشت‌های متفاوت و دامن زدن به نوعی نسبی‌گرایی پست‌مدرنیستی نیست؛ بلکه توجه دادن به زمینه‌ها برای فهم «معنای جرم» از منظر مرتکبان است.

## ۱-۲-۲. ساختارهای اقتصادی - اجتماعی

ساختارهای اقتصادی و اجتماعی از قبیل (بیکاری، نابرابری درآمد، درجه شهرنشینی، ساختار سنی، ضعف سیستم آموزشی) به صورت مستقیم و غیر مستقیم از طرق مختلف همانند کاهش ترس از کیفر و یا پایین آوردن آستانه تحمل افراد می‌توانند زمینه‌ساز بروز

خشونت باشند؛ به شکلی که کوچک‌ترین تعارض‌ها می‌تواند به منازعه منتهی شود. شکل رایج از نظریه انتخاب عقلانی، عوامل و شرایط جامعه‌شناختی و اقتصادی مؤثر در وقوع جرم را نادیده می‌گیرد. تضاد طبقاتی، بیکاری و یا درآمد پایین، نمونه‌هایی از عوامل بیرونی هستند که زمینه‌های ارتکاب جرم را مساعد می‌کنند. اجرای مجازات در چنین شرایطی، هدف نظریه بازدارندگی - به عنوان نتیجه مهم نظریه انتخاب عقلانی - یعنی بازدارندگی در مقابل ارتکاب جرم را تأمین نخواهد کرد؛ چرا که علت وقوع بزه، شرایط نابسامان اجتماعی بوده و تا شرایط فوق بهبود نیابد، مجازات شدیدتر، صرفاً انزجار افکار عمومی از قدرت حاکم، به علت عدم درک نیازهای اتباعش را برمی‌انگیزد (جوان جعفری و ساداتی، ۱۳۹۴: ۶۹). بنابراین احساس ناکامی و سرخوردگی باعث ایجاد رفتارهای خشونت‌آمیز از سوی فرد می‌شود. به تعبیر دولارد<sup>۱</sup> «رفتار خشونت‌آمیز انسان اساساً واکنش در مقابل محرومیت است و محرومیت ناشی از فقر، عکس‌العمل‌های خشن و تند ضد اجتماعی را تحریک می‌کند» (به نقل از: یوسفوند و همکاران، ۱۳۹۴: ۱۲۵).

هسی<sup>۲</sup> و پوف<sup>۳</sup> پژوهش را که به ارتباط میان فقر نابرابری اقتصادی و جرائم خشونت‌بار پرداخته بودند، تحلیل نمودند. گستره واحدهای نمونه‌گیری از محله‌ها تا ملت‌ها را در بر می‌گرفت. بیشتر این پژوهش‌ها کانون توجه خود را بر قتل یا جرم خشونت‌بار متمرکز نموده، در حالی که شمار اندکی از آن‌ها به تجاوز جنسی سرقت همراه با آزار و تهدید یا تهاجم توجه کرده بودند. محصول این ۳۴ پژوهش، ۷۶ ضریب همبستگی مرتبط‌کننده جرم خشونت‌بار به فقر یا نابرابری اقتصادی بود. ۷۴ مورد از آن ضرایب مثبت و ۵۶ مورد از ۷۴ مورد دست‌کم نسبتاً قوی بود. این نتایج بسیار هماهنگ اظهار می‌دارند که هم فقر و هم نابرابری اقتصادی با سطوح بالاتر جرم خشونت‌بار همبسته‌اند (ولد و همکاران، ۱۳۸۸: ۱۶۸-۱۶۹). البته این به آن معنا نیست که هم‌داستان با کلیشه‌های رایج، رابطه‌ای ساده‌انگارانه میان فقر و ارتکاب رفتارهای مجرمانه برقرار کنیم. همان‌طور که بعضی از جرم‌شناسان به درستی توضیح داده‌اند (همان)،

1. John Dollard.
2. Hsieh.
3. Pugh.



ملاحظات متعددی وجود دارد که توجه به آن‌ها می‌تواند رابطه فقر و جرم را از وضعیتی ساده خارج کرده و به رابطه‌ای مسئله‌مند (پروبلماتیک) تبدیل کند.<sup>۱</sup>

آنچه در اینجا مورد نظر ماست، نه رابطه فقر و جرم، بلکه تأثیر فقر بر فرایند تصمیم‌گیری است. «فقر می‌تواند بر کیفیت تصمیم‌گیری در حیطه‌های مختلف اثر منفی بگذارد. فقرا نه به خاطر ویژگی شخصی‌شان، بلکه درست به علت فقر، تصمیم‌گیری‌هایی می‌کنند که ممکن است آن‌ها را در وضع بدتری قرار دهد و حتی به فقر بیشتر بینجامد. مشغله‌های ذهنی ناشی از فقر چنان قوای ذهنی آدم را درگیر می‌کند که حتی در مسائل غیر اقتصادی، بر عقلانیت تصمیم‌گیری‌ها اثر منفی می‌گذارد» (سمائی، ۱۳۹۶). به بیان دیگر می‌توان سؤال را این گونه طرح کرد که آیا افراد فقیر به این خاطر فقیرند که تصمیمات بدی می‌گیرند؟ به نظر می‌رسد درست برعکس، افراد به این خاطر تصمیمات بدی می‌گیرند که فقیرند. فقر سبب می‌شود که افراد فرصت کسب تجربیات چندانی برای توسعه و رشد توانمندی‌های تصمیم‌گیری خود پیدا نکنند. به درستی گفته شده است که «فقر احمق می‌کند» (مولاینبتن و شفیر، ۱۳۹۸). بنابراین می‌توان سؤال را از رابطه فقر و جرم و در نظر گرفتن فقر به عنوان علت پدیده مجرمانه، به تأثیر فقر بر تصمیم‌گیری‌های جنایی منتقل کرده و این چنین استدلال کرد که فقر را می‌توان از محدودیت‌های عقلانیت جنایی در نظر گرفت؛ یعنی عاملی که باعث می‌شود مرتکبان رفتارهای مجرمانه نتوانند هزینه‌های رفتارهای خود را در نظر بگیرند.

۱. اول اینکه فقر همیشه یک حالت ذهنی است و از این رو آنچه یک شخص ممکن است فقر تلقی کند، دیگری ممکن است آن را سطحی از آسایش رضایت‌بخش بداند. دوم اینکه در این زمینه دو فرض نظری متناقض وجود دارد. فرض نخست این است که هنگامی که شرایط اقتصادی خوب است، میزان جرم باید پایین باشد و هنگامی که شرایط اقتصادی بد است، نرخ جرم باید بالا باشد. مشکل اینجاست که شمار فراوانی از پژوهش‌ها نتایج مخالف با این به دست داده‌اند. در نتیجه فرض نظری دوم، به مجرمیت به عنوان بعدی از فعالیت اقتصادی بهنجار می‌نگرد. بر اساس این فرض دوم هنگامی که شرایط اقتصادی خوب است، میزان جرم باید افزایش یابد. مسئله بعد اینکه اجتماع‌هایی با نرخ جرم بالا معمولاً دارای توده‌انبوهی از عوامل مانند فقر، بیکاری، نرخ‌های بالای طلاق، خانواده‌های تک‌والدینی و خدمات اجتماعی ضعیف هستند که هر یک از این عوامل و یا مجموعه آن‌ها ممکن است جرم را به وجود آورند. پس مشکل این است که کدام عامل و یا عوامل واقعاً جرم را به وجود می‌آورد. مسئله دیگر تمیز نهادن میان مفاهیم فقر و نابرابری اقتصادی است (ولد و همکاران، ۱۳۸۸: ۱۶۱-۱۶۸).

## ۲. چالش‌های نظریه «عقلانیت جنایی»

تسری نظریه‌ها و مدل‌های اقتصاد متعارف به نظام کیفری، از جهات نظری و عملی دو چالش مهم به همراه دارد: اول اینکه این رویکردها به شکلی انتزاعی و ساده‌انگارانه رفتار واقعی افراد را - که تحت تأثیر طیف گسترده‌ای از متغیرهای درونی و بیرونی است - صرفاً بر اساس فرض عقلانیت و در پرتو مدل‌های اقتصادی و ریاضی تبیین می‌کنند. چالش دوم، دلالت‌های سیاستی نظریه انتخاب عقلانی است.

### ۲-۱. چالش نظری: از فراعقلانیت جنایی تا عقلانیت جنایی محدود

چالش‌های نظریه «عقلانیت جنایی» را از جنبه نظری می‌توان در دو عنوان «تعمیم» و «ساده‌سازی» خلاصه کرد. منظور ما از «تعمیم» این است که نظریه انتخاب عقلانی را نمی‌توان به عنوان یک «فراروایت حقوقی»<sup>۱</sup> در تمامی جرائم و در مورد همه افراد به کار برد. بسیاری از رفتارهای مجرمانه - و از جمله جرائم خشونت‌بار - پیش از آنکه برآمده از محاسبات عقلانی باشند، بیشتر محصول احساسات، شهود و تصمیم‌گیری‌هایی هستند که از «منطق» عقلانیت اقتصادی پیروی نمی‌کنند. منظور ما از «ساده‌سازی» نیز اشاره به این نکته است که در تلقی رایج از نظریه انتخاب عقلانی، فرایند تصمیم‌گیری به فرایندی مکانیکی و ریاضی‌وار فرو کاسته شده که در آن افراد با ذهنیت مجرمانه، ضمن محاسبه دقیق هزینه و فایده و سنجش احتمال دستگیری و محکومیت، به دنبال بیشینه‌سازی منافع خود از طریق ارتکاب جرم هستند. این پیش‌فرض‌ها با چشم‌پوشی نسبت به پیچیدگی‌های رفتار انسانی و عوامل مختلف مؤثر در انتخاب، به دنبال ارائه راه حلی ساده برای مقابله با جرم هستند. اگر بپذیریم که تصمیم‌گیری افراد تابعی از جنبه‌های مختلف ابعاد واقعی و سنجش شخصی آن‌هاست و بدانیم که چگونه این ابعاد مختلف سنجیده شده و ترجیحات

۱. «Legal Metanarrative». لیوتار (Lyotard) فیلسوف معروف پست‌مدرن می‌گوید: «من با ساده کردن بیش از حد، پست‌مدرن را به‌منزله بی‌اعتقادی و عدم ایمان به فراروایت‌ها توصیف می‌کنم». منظور او از فراروایت، توسل به نوعی روایت‌های کلان است که می‌خواهد همه چیز را توضیح داده و از این رو تفاوت‌ها، عدم قطعیت‌ها و تضادها را نادیده بگیرد. این مقاله به لحاظ نظری با رویکرد غالب در پست‌مدرنیسم مبنی بر نفی مطلق عقلانیت و نسبت‌گرایی معرفت‌شناختی همدلی ندارد، اما مفهوم انسانیت‌زدایی شده (Dehumanized) از عقلانیت را به عنوان یک فراروایت، محل نقد جدی می‌داند.

شخصی به چه صورتی در طول زمان تعیین می‌شود، متوجه خواهیم شد که نظریه «عقلانیت جنایی» قادر نخواهد بود که شرایط زندگی واقعی را که تصمیمات افراد در آن شکل می‌گیرد، پیش‌بینی کند (Elffers, 2017: 11). بنابراین باید گفت که تفاوت‌های فردی نقش بسیار مهمی در فهم چرایی رفتارهای متفاوت افراد در زمینه ارتکاب جرم دارد.

امروزه الگوهای سنتی نظریه انتخاب عقلانی حتی در زمینه پیش‌بینی رفتار عاملان اقتصادی نیز با چالش‌ها و انتقادات مهمی روبه‌روست (Gigerenzer & Selten, 2002: 13). فرض این مدل‌ها بر این است که افراد کاملاً محاسبه‌گر و منطقی و بر اساس اطلاعات کامل عمل می‌کنند. این تلقی بی‌حد و مرز از مفهوم عقلانیت، مبتنی بر تصویری انتزاعی و غیر واقعی از فرایند شناخت و تصمیم‌گیری انسان است؛ چرا که در عمل، افراد دارای خطاهای محاسباتی و توانایی‌های متفاوتی در تجزیه و تحلیل هستند. به همین علت، تصمیم‌گیری در مورد رفتار انسان‌ها نمی‌تواند مطابق با ایده آل عقلانیت نامحدود باشد. بررسی تصمیمات جنایی که از سوی کنشگران مختلف به ویژه مرتکبان جرائم خشونت‌بار اتخاذ می‌شود، نشان می‌دهد که این تصمیمات صرفاً محصول یک فرایند خطی مبتنی بر هزینه - فایده نیست و بنابراین لازم است که فرایند شناخت و تصمیم‌گیری، با محدودیت‌های حاکم بر آن در نظر گرفته شود. از این رو می‌توان پذیرفت که هر نظریه‌ای که با فرض عقلانیت و شناخت نامحدود انسان آغاز شود، یک نظریه انتزاعی است.

در پی زیر سؤال رفتن الگوهای سنتی نظریه انتخاب عقلانی، اقتصاددانان حوزه رفتاری با تأکید بر «تفکر شهودی»<sup>۱</sup> «سوگیری‌های شناختی» و همچنین «اکتشافات شناختی»<sup>۲</sup> افراد در تصمیم‌گیری‌هایشان، سعی می‌کنند مدل‌های «سنتی» عقلانیت همانند مدل نئوکلاسیک، «فایده مورد انتظار» را با این استدلال که فاقد حمایت‌های تجربی است، بی‌اعتبار سازند. آن‌ها در این مسیر به طور عمده از بینش‌های «روان‌شناسی شناختی»<sup>۳</sup> بهره می‌برند. افزایش قابلیت پیش‌بینی‌گری، قابلیت تعمیم، قدرت توضیح‌دهندگی، قدرت حل مسئله، قدرت تجویز و قابلیت تولید پیام‌سیاستی، سازگاری نظریه‌ها با

1. Intuitive Reasoning.
2. Cognitive Heuristics.
3. Cognitive Psychology.

رفتارهای واقعی، در نظر گرفتن احساسات و اعلام عدم اطمینان پیش‌بینی رفتار، بخشی از ظرفیت‌های رویکرد اقتصاد رفتاری به حقوق کیفری و جرم‌شناسی است که بر پایه ایده «عقلانیت محدود»<sup>۱</sup> هربرت سایمون بنا شده است.

محدودیت‌های ناظر بر عقلانیت کلاسیک و انتقادات وارد شده بر پیش‌فرض‌های سنتی آن، سبب شده است که با وام‌گیری از سایمون، مفهوم «عقلانیت محدود» به حوزه علوم جنایی و کیفرشناسی نیز وارد شود. پژوهش‌های تجربی که نظریه‌پردازان «علوم رفتاری»<sup>۲</sup> (Slovic et al., 1977; Kahneman et al., 1982; Einhorn & Hogarth, 1981) با توجه به ایده «عقلانیت محدود» انجام دادند، نشان می‌دهد که افراد همواره مطابق عقلانیت هنجاری (کامل) رفتار نمی‌کنند، بلکه در عوض، مطابق «میان‌برهای ذهنی»<sup>۳</sup> که بر اساس «قواعد و رویه‌های سرانگشتی»<sup>۴</sup> در نظرشان معقولانه به نظر می‌رسد، عمل می‌کنند (Cornish & Clarke, 2017: 21). عقلانیت محدود می‌پذیرد که اراده آزاد انسان، متأثر از عوامل بسیاری است و «هزینه‌ها و منافع ادراک شده جرائم»<sup>۵</sup> مجموعه گسترده‌ای از کیفرهای غیر رسمی و منافع شخصی را در بر می‌گیرد (Loughran et al., 2016: 87). این ایده، رفتارهای جنایی را ناشی از انگیزه‌های ثابت و پایدار نمی‌داند، بلکه تمایلات، ترجیحات و انگیزه‌های مجرمان احتمالی را در تعامل مستمر با فرصت‌ها و محدودیت‌های آنی برای ارتکاب یا عدم ارتکاب جرم تحلیل می‌کند. دیدگاه «عقلانیت محدود یا حد و مرزدار» با تأکید بر عوامل مختلف تأثیرگذار بر رفتار بزهکاران، ارزیابی واقع‌گرایانه و قابل دفاع‌تری نسبت به رویکردهای متأثر از عقلانیت کلاسیک ارائه داده و از طریق بازاندیشی در پیش‌فرض‌های رایج عقلانیت کلاسیک، به دنبال ارائه چشم‌انداز نوینی از این نظریه است. بر اساس این

۱. «Bounded Rationality». در ادبیات روان‌شناسی و اقتصاد رفتاری، منظور از «توجه و عقلانیت محدود»، اشاره کردن به حد و مرزدار بودن ظرفیت پردازش اطلاعات در مغز و رویه‌های شناختی به کار گرفته شده در آن برای استفاده بهینه از این امکانات محدود است.

2. Behavioral Sciences.
3. Short-cut Decision Making.
4. Rules of Thumb.
5. Perceived Costs of Crime.

تلقی تعدیل شده، ارتکاب جرم با «فرصت‌ها» و «پاداش‌ها» رابطه مستقیم‌تری دارند تا متغیر «هزینه»؛ چرا که بزه‌کاران معمولاً بر اساس فرصت‌های فوری رفتار می‌کنند و تمایل دارند که پیامدهای بلندمدت رفتارشان مانند ضمانت اجرای رسمی را نادیده بگیرند. همانند عقلانیت کامل، عقلانیت محدود نیز اقدامات کنشگران را هدف‌گرا می‌داند؛ با این تفاوت که به محدودیت‌های شناختی تصمیم‌گیرندگان - که متأثر از عوامل مختلف درونی و بیرونی است - در مسیر دستیابی به هدف‌هایشان توجه می‌کند.

بر اساس ایده عقلانیت محدود، کاهنمان و تورسکی «نظریه چشم‌انداز»<sup>۱</sup> را مطرح می‌کنند (Kahneman & Tversky, 1979). مفهوم «چشم‌انداز یا دورنما» به عدم قطعیت محاسبات نهایی و آمیختگی آن با احتمالات و ریسک اشاره می‌کند. این الگوی «تصمیم‌گیری در شرایط عدم اطمینان» بر خلاف مدل سنتی «فایده مورد انتظار»، اثرات محیط‌های فیزیکی، هیجانات، مناسبات اجتماعی و به طور کلی، اثرات محرک‌های زمانی و محیطی را که در روان‌شناسی به عنوان «اثر متن»<sup>۲</sup> شناخته می‌شود، بر ادراک و تصمیم‌گیری افراد مورد لحاظ قرار می‌دهد.

## ۲-۲. چالش عملی: دلالت‌های سیاستی نظریه «عقلانیت جنایی»

نظریه انتخاب عقلانی با محاسبه‌گرانه و هدفمندپنداری تصمیمات افراد در ارتکاب یا عدم ارتکاب جرم، حاوی نکاتی مهم برای سیاست‌های کنترل جرم است. ایده بازدارندگی از طریق کیفر مهم‌ترین پیامد این نظریه است. در این رویکرد، شدت کیفر نه با شدت آسیب حاصل از جرم و ویژگی‌های مرتکب، بلکه با بازدارندگی و ارعاب تنظیم می‌شود.<sup>۳</sup>

1. Prospect Theory.

2. Context effect.

۳. در شکل مدرن سزاگرایی، اندیشه «برابری» جرم و مجازات که مورد تأکید سزاگرایان محض است، تبدیل به «تناسب» کیفر با جرم ارتكابی می‌شود؛ زیرا تعیین شاخص برای برابری دقیق جرم و مجازات بسیار مشکل به نظر می‌رسید. در این رویکرد نوین، تناسب جرم و مجازات بر اساس مؤلفه‌هایی همچون شدت جرم و آسیب‌های ناشی از آن و همچنین میزان سابقه جنایی مجرم تعیین می‌شود. با این حال، فقدان شاخصه و معیارهای دقیق برای تعیین «تناسب» در سزاگرایی نوین و امکان اثرپذیری آن از افکار و هیجانات عمومی جامعه در خصوص برخی از جرائم و مجرمان خود مورد انتقاد واقع شده است (برای ملاحظه راهکارهای ارائه شده در پاسخ به انتقادات فوق، ر.ک: جوان‌جعفری و ساداتی، ۱۳۹۰: ۱۴۳).

با این حال و همان طور که توضیح داده شد، بخشی از جرائم به دنبال اهداف خاص و از پیش تعیین شده‌ای شکل نمی‌گیرند<sup>۱</sup> و بنابراین در تحلیل آن‌ها نمی‌توان به سادگی قائل به ارزیابی هزینه و فایده بود و به رویکردهای سنتی در نظریه انتخاب عقلانی ارجاع داد. جرائمی که در زمان وقوع با حالات هیجانی شدیدی همچون نفرت، خشونت، ترس، تمایلات جنسی شدید و... همراه هستند، از این جمله‌اند.

به رغم محدودیت‌های نظریه انتخاب عقلانی، در دهه‌های اخیر فرض کلیدی که پایه و اساس سیاست‌های کنترل جرم را تشکیل می‌دهد، این است که مجازات‌های شدیدتر باعث می‌شود که بزهکاران به میزان بیشتری به پیامدهای رفتار مجرمانه خودشان بیندیشند. این مسئله زمانی شکل می‌گیرد که رویکردهای سنتی نظریه انتخاب عقلانی برای هدایت سیاست‌های کنترل جرم مورد استفاده قرار می‌گیرد. به

۱. به نظر می‌رسد که افزایش هزینه‌های ارتکاب جرم در این قبیل جرائم - که معمولاً در تلقی ساده‌انگارانه با افزایش شدت مجازات دنبال می‌شود- توأمان متأثر از کاربست دو اندیشه وظیفه‌گرایی (Deontologism) و غایت‌گرایی (Teleologism) در توجیه کیفر است؛ زیرا اندیشه وظیفه‌گرا با تأکید بر نفس عمل مجرمانه و مختار و مسئول دانستن افراد در قبال انتخاب آزادانه و آگاهانه جرم، «مکافات» را به عنوان توجیهی برای کیفر پذیرفته است. از سوی دیگر، مدافعان اندیشه غایت‌گرایی نیز هدف کاستن از میزان جرائم را مشروعیت بخشی به اقدامات خود می‌دانند (برای بررسی بیشتر در این باره ر.ک: رستمی، ۱۳۹۵). در واقع، تأکید بر نظریه انتخاب عقلانی در جرم‌شناسی راست جدید باعث شده است که از یک سو با برجسته شدن «مسئولیت فردی» مرتکبان، نقش عوامل زیربنایی به حاشیه رانده شده و از سوی دیگر، تشدید مجازات برای «بازدارندگی» از جرم توجیه شود. گفته شده که همواره باید میان نظریه‌های بازدارندگی غیر پیامدگرا و ارباب مبتنی بر پیامدگرایی، قائل به تفکیک شد. خصوصیت آشکار بازدارندگی غیر پیامدگرا، شدت فزاینده مجازات است؛ به نحوی که شهروندان محاسبه‌گر، در نتیجه ترس از شدت واکنش‌های کیفری، حتی با یک احتمال ضعیف از امکان کشف جرم و دستگیری، از ارتکاب بزه صرف‌نظر نمایند. در این نظریه، هیچ محدودیتی برای کیفیت و کمیت مجازات وجود ندارد. لیکن ارباب پیامدگرا همواره متمایل به اعمال اصل «صرفه‌جویی و یا حداقل هزینه» در مجازات است (جوان جعفری و ساداتی، ۱۳۹۴: ۶۶). باید پذیرفت که هر کدام از این رویکردها در موقعیت‌های خاص خود و تحت رعایت حد و مرز مشخصی است که می‌توانند توجیه‌بخش کیفر باشند. نظریه انتخاب عقلانی در توجیه کیفر، نظر به اندیشه «غایت‌گرایی» دارد؛ زیرا هدف کاستن از میزان جرائم را به نوعی مشروعیت بخشی به سیاست‌های کیفری برآمده از خود می‌داند. با این حال، امروزه توجیه بازدارندگی برای مجازات به علت بروز ناکارایی کیفرهای اربابی نسبت به بسیاری از جرائم و مجرمان، مورد انتقادات فراوانی قرار گرفته است. می‌توان گفت که اگر کیفرهای فعلی در افزایش آگاهی افراد از خطرات ارتکاب جرم دچار شکست شود، سیاست‌های مبتنی بر مجازات نیز شکست خواهد خورد.

تعبیر ویلسون (Wilson, 2013)، احیای سیاست‌های کیفری سختگیرانه<sup>۱</sup> را باید ناشی از بازتولید نظریه انتخاب عقلانی و اصل اراده آزاد دانست. رویکردهای سنتی نظریه انتخاب عقلانی به واسطه آنکه در حوزه بازدارندگی، پاسخ‌هایی ساده به مسئله پیچیده جرم می‌دهند، همواره مورد اقبال سیاست‌گذاران کیفری بوده و در نتیجه در دوره‌های مختلف بازتولید شده و برنامه‌ها و سیاست‌های متناسب با خود را باز می‌آفرینند.<sup>۲</sup> این رویکردهای سنتی و محافظه‌کارانه در سیاست جنایی بر این فرض استوارند که افراد غالباً در جهت پیگیری منافع خودخواهانه خود، به صورت طبیعی تمایل به استفاده از زور و قانون‌شکنی دارند (Hirschi, 2017: 106). به همین دلیل برای محدود کردن این گرایش‌ها، واکنش‌های کیفری و تدابیر قانونی از سوی نهادهای حاکمیتی را لازم و ضروری می‌دانند.

نتیجه بازخوانی انتقادی نظریه انتخاب عقلانی، بازاندیشی در این پیش‌فرض حاکم بر سیاست‌های رایج کنترل جرم است که «همه مجرمان جرم را انتخاب می‌کنند و یا دارای اولویت‌های مشابهی هستند...». همان‌طور که بیان شد، ترجیحات و تصمیم‌گیری شخصی افراد، به متغیرهای مختلفی وابسته است و ارتکاب جرم، نتایج مختلفی در بر دارد که افراد در ارزیابی خود از هزینه‌ها و مزایای آن متفاوت عمل می‌کنند. با این حال به نظر می‌رسد سیاست‌گذاران کیفری با اتخاذ «راهبرد انکار»<sup>۳</sup> یعنی انکار محدودیت‌های نظام عدالت کیفری و بازتأکید بر اسطوره دولت مقتدر از

### 1. Tough Penal Policy.

۲. این به آن معنا نیست که سیاست‌های کیفری سختگیرانه لزوماً بازتاب اتخاذ نظریه انتخاب عقلانی به‌عنوان مبنای نظری است. همان‌طور که در ابتدای مقاله اشاره شد، سیاست‌های کنترل جرم، رابطه خطی و یک‌سویه با نظریه‌ها ندارند و متغیرهای متعددی در جهت‌دهی به این سیاست‌ها تأثیرگذارند. اما مسئله مهم این است که در بسیاری از موارد، سیاست‌گذاران کیفری تمینات و تعلقات پس‌پشت سیاست‌ها را به میانجی «نظریه»‌ها وارد حوزه سیاست‌گذاری کرده و به دنبال آن‌اند که با استناد به نظریه‌ها به سیاست‌ها اعتبار ببخشند. جرم‌شناسی مانند سایر حوزه‌های علوم انسانی و اجتماعی، مجموعه‌ای از نظریه‌هاست. حتی دقیق‌تر است اگر بگوییم مجموعه‌ای از نظریه‌های رقیب است. از این رو می‌توان برای پشتیبانی از هر سیاستی، نظریه یا نظریه‌های متناسب با آن را پیدا کرد. یکی از دلایل اهمیت موضوع سیاست‌های کنترل شواهدمحور/ تجربه‌محور، توجه دادن به همین مسئله است که نمی‌توان به نظریه‌هایی که شواهد تجربی کافی درباره اثربخشی آن وجود ندارد، لباس سیاست پوشاند.

### 3. Denial Strategy.

طریق استفاده از اقدامات تنبیهی، سرکوبگر و نمایشی،<sup>۱</sup> وظیفه حاکمیت را نه رفع عوامل اصلی وقوع جرم بلکه مقابله حداکثری و سرکوبگرانه با پدیده مجرمانه می‌دانند. البته باید توجه داشت که شکل‌گیری و گسترش سیاست‌های کیفری سختگیرانه، ریشه در زمینه‌های مختلفی دارد و نمی‌توان آن را صرفاً به عنوان یک مسئله آکادمیک در نظر گرفته و علت این گسترش را به اتخاذ یک نظریه خاص مانند عقلانیت جنایی از سوی سیاست‌گذاران کیفری فرو کاست. امروزه در اینکه ارزش‌ها و عوامل فرهنگی - و نه فقط نظریه‌های کیفری و خواسته‌های سیاست‌گذاران - در شکل‌دهی به سیاست‌ها و رویه‌های کنترل جرم مؤثرند، تقریباً اجماع نظری وجود دارد<sup>۲</sup> (Sarat, 1999). بر همین اساس است که دیوید دانز<sup>۳</sup> (Downes, 1988) در مطالعه کلاسیک خود از «فرهنگ مدارا»<sup>۴</sup> در میان هلندی‌ها در مقابل «فرهنگ تنبیهی»<sup>۵</sup> در انگلستان و ولز و تأثیر این دو

۱. گارلند به تغییرات سیاست‌های کنترل جرم پرداخته و نشان می‌دهد که چگونه گفتمان‌ها و رویه‌های کنترل جرم در دو دهه آخر قرن بیستم گسترش پیدا کردند. او در سیاست‌های کنترل جرم در انگلستان و آمریکا چرخشی به سمت اقدامات سرکوبگرانه تشخیص داده و از این چرخش به فرهنگ کنترل تعبیر می‌کند. نقطه عزیمت مطالعه گارلند، پذیرش نرخ بالای جرم به مثابه امری بهنجار و درک محدودیت‌های نظام عدالت کیفری در پاسخ‌دهی به این نرخ بالا به عنوان یک واقعیت اجتماعی است. او استدلال می‌کند که این وضعیت گنج‌کننده منجر به تغییرات مهمی در سیاست‌های کنترل جرم شده و دو نوع سیاست رقیب ایجاد کرده است: انطباقی (اذعان به تغییرات و سازگار شدن با آن) و غیر انطباقی.

۲. داریو ملوسی (Melossi, 2001) در مقاله خود، تفاوت در کمیت و کیفیت مجازات‌ها در ایتالیا و ایالات متحده آمریکا را با توجه به جنبه‌های فرهنگی مسئله و با استفاده از اصطلاح «در هم بافتگی فرهنگی» (Cultural Embeddedness) (مفهوم در هم بافتگی را ابتدا کارل پولانی، نظریه‌پرداز اقتصادی، در کتاب تحول بزرگ مطرح کرد. انسان‌شناسان این مفهوم را از پولانی وام گرفته و به صورت گسترده‌ای استفاده کردند) توضیح می‌دهد؛ به این معنا که شرایط اقتصادی - اجتماعی، فرهنگ سیاسی و سنت‌های مذهبی به صورت هم تنیده‌ای، فرهنگ مجازات را در یک جامعه شکل می‌دهند. در همین چارچوب، کینگ و ساولزبرگ (Savelsberg & King, 2005) به نقش «ترومای فرهنگی» در سیاست کیفری ایالات متحده آمریکا و آلمان پرداختند و اسمیت (Smith, 2003) درباره اسطوره‌های فرهنگی و معانی نمادینی که فناوری‌های کیفری را احاطه کرده‌اند، مطالعه کرد. البته باید توجه داشت که مفهوم فرهنگ در جامعه‌شناسی مجازات، تحت تأثیر دانش‌ها و رویکردهایی چون انسان‌شناسی و مطالعات فرهنگی تبدیل به مفهومی لغزنده و پرتنش شده است (Garland, 2006: 422).

3. David Downes.

4. Culture of Tolerance.

5. Punitive Culture.



فرهنگ بر سیاست کیفری بعد از جنگ جهانی دوم سخن گفت.<sup>۱</sup> با وجود این، ما در این مقاله بر نظریه انتخاب عقلانی تمرکز کرده‌ایم؛ نه به خاطر نادیده گرفتن سایر متغیرها و از جمله مسئله مهم فرهنگ مجازات، بلکه به دو دلیل مشخص؛ اول برای اینکه بتوانیم بحث را بر تحلیل انتقادی نظریه انتخاب عقلانی محدود کنیم، (آگاهانه) سایر متغیرها را در پراکنش تعلیق گذاشته و صرفاً به توضیح محدودیت‌های این نظریه پرداخته‌ایم. دلیل دوم به جایگاه نظریه‌های کیفری باز می‌گردد. درست است که واقعیت همواره چیزی بیش از نظریه‌ها در خود دارد، اما به هر روی «نظریه‌ها به مثابه تورهایی هستند که ما به ناگزیر با استفاده از آن‌ها واقعیت را فهم می‌کنیم». از این رو نقد نظریه‌های کیفری، یک بازی نظری نیست، بلکه نقد پیامدهای خواسته و یا ناخواسته آن نظریه است. از سوی دیگر، سیاست‌گذاران کیفری به واسطه اعتبار «گفتمان علم» در فضای عمومی -خواسته و یا ناخواسته- باید به میانجی نظریه‌ها و با برجسته کردن بعضی از نظریه‌ها و حتی در مواردی ارجاع ابزاری به آن‌ها، سیاست‌های خود را پیش ببرند. از این رو نقد و بازخوانی نظریه‌ها -از جمله نظریه انتخاب عقلانی- و دلالت‌های سیاستی آن‌ها ضروری است.

## نتیجه‌گیری

نظریه انتخاب عقلانی در قرائت سنتی خود، مفهوم عقلانیت را به عقلانیت اقتصادی فرو کاسته و از میان عوامل تأثیرگذار در تصمیمات جنایی، هزینه و فایده ارتکاب جرم را برجسته می‌کند. ایده عقلانیت نامحدود و ادعای توانایی پیش‌بینی و کنترل رفتارهای مجرمانه از طریق متغیرهای هزینه و فایده، ایده‌ای انتزاعی و تقلیل‌گرایانه است. انسان‌ها در عمل دارای خطاهای محاسباتی و توانایی‌های متفاوتی در تجزیه و تحلیل هستند. محاسبه‌گرانه و منطقی پنداشتن تصمیمات و جرائمی که با انواع چالش‌های درونی و بیرونی همراه است، دارای دو ایراد تعمیم و ساده‌سازی است؛

۱. البته پژوهش‌ها نشان داده‌اند که بر خلاف نتایج ذات‌گرایانه مطالعه دانز، تغییر در وضعیت و شرایط اقتصادی -سیاسی می‌تواند به نتایج متفاوتی بینجامد؛ همچنان که «فرهنگ مدارا» در هلند نیز کم‌رنگ شده است (Lacey, 2009: 197).

هر چه رفتارهای مجرمانه به حوزه احساسات و هیجانات فردی نزدیک‌تر باشند و یا تأثیرپذیری بیشتری از وضعیت اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی داشته باشند، ذهن و قوای شناختی انسان در انتخاب یا عدم انتخاب این رفتارها با خطاهای منطقی بیشتری مواجه شده و از عقلانیت به معنای متعارف آن فاصله می‌گیرد.

محدودیت‌های نظریه انتخاب عقلانی در تبیین جرائم و از جمله جرائم خشونت‌بار را می‌توان به دو دسته محدودیت‌های با منشأ درونی و بیرونی تقسیم‌بندی کرد. اختلالات زیستی و روانی مهم‌ترین محدودیت‌های درونی و جنبه‌های خرده‌فرهنگی و ساختارها و موقعیت‌های اقتصادی و اجتماعی مهم‌ترین محدودیت‌های بیرونی در این زمینه هستند. بر همین اساس باید گفت که تحلیل‌های مبتنی بر «هزینه و فایده» به‌تنهایی نمی‌توانند پیچیدگی این دسته از جرائم و متغیرهای «غیر عقلانی» تأثیرگذار در این فرایند را توضیح دهند. با این حال، ضعف مبنای نظری و علمی در سیاست‌های کیفری کنترل جرم و تأثیرات نوعی از پوپولیسم کیفری بر این سیاست‌ها سبب شده است که تحلیل «هزینه و فایده» همواره معیار کافی برای پیش‌بینی ارتکاب یا عدم ارتکاب جرم معرفی شود. این امر می‌تواند زمینه را برای اعمال کیفرهای شدید و به حاشیه رانده شدن مفاهیمی مانند اصل تناسب کیفر را فراهم آورد؛ چرا که در این رویکرد، کیفر نه با آسیب حاصل از جرم و ویژگی‌های مرتکب، بلکه با میزان بازدارندگی و ارعاب تنظیم می‌شود. این در حالی است که برخی از مرتکبان جرائم خشونت‌بار در زمان ارتکاب جرم، یا فاقد قدرت حسابگری هستند و یا دست کم نوع حسابگری آن‌ها با محاسبات قانون‌گذار متفاوت است. نادیده گرفتن محدودیت‌های نظریه انتخاب عقلانی و ساختار فراروایت‌گونه آن در زمینه بازدارندگی، جرائم خشونت‌بار را به بستری برای نفوذ و پیشبرد ابزارهای سزاگرایانه به بهانه تأمین نظم و امنیت مبدل کرده است. این در حالی است که پاسخ‌های علمی و مبتنی بر داده‌های جرم‌شناسانه به جرائم خشونت‌بار، مستلزم فهم زمینه‌ها و بسترهای پیچیده ارتکاب جرم است که در گفتمان قانونی - قضایی معمولاً به حاشیه رانده می‌شود.

## کتاب‌شناسی

۱. آشوری، داریوش، فرهنگ علوم انسانی، چاپ هفتم، تهران، نشر مرکز، ۱۳۹۷ ش.
۲. جوان جعفری، عبدالرضا و محمدجواد ساداتی، «از سزاگرایی کلاسیک تا سزاگرایی نوین (ارزیابی اندیشه سزاگرایی)»، *آموزه‌های حقوق کیفری*، شماره ۲، ۱۳۹۰ ش.
۳. همان‌ها، ماهیت فلسفی و جامعه‌شناختی کیفر، تهران، میزان، ۱۳۹۴ ش.
۴. رستمی، هادی، «تقابل وظیفه‌گرایی و غایت‌گرایی فایده‌محور در توجیه کیفر»، *پژوهش‌نامه حقوق کیفری*، شماره ۲، ۱۳۹۵ ش.
۵. رضائیان، صهبایا، سیدکمال خرازی، احسان جمالی، و ابوالقاسم نادری، «الگوی مفهومی تصمیم‌گیری با رویکرد شناختی»، *فصلنامه تازه‌های علوم شناختی*، شماره ۱، ۱۳۹۸ ش.
۶. سمانی، مهدی، «گوسفند گناه‌خَر: تأملی در مورد اعدام در جرایم مرتبط با مواد مخدر»، *نقد اقتصاد سیاسی*، پاییز ۱۳۹۶ ش.
۷. فرجیها، محمد و فرهاد الله‌وردی، «رویکرد جرم‌شناسی فرهنگی به تغییر الگوی مصرف مواد مخدر در میان جوانان»، *آموزه‌های حقوق کیفری*، شماره ۷، ۱۳۹۳ ش.
۸. کالات، جیمز، *روان‌شناسی فیزیولوژیک*، ترجمه یحیی سیدمحمدی، چاپ یازدهم، تهران، روان، ۱۳۹۶ ش.
۹. کالن، فرانسیس تی. و مایکل ال. بنسون و متیو دی. ماکاریاس، «نظریه‌های رشد‌مدار و طول زندگی مجرمانه»، ترجمه سیدمحمدجواد ساداتی، مندرج در: *فارینگتون، دیوید و براندون ولش، دانشنامه پیشگیری از جرم آکسفورد*، به کوشش حمیدرضا نیکوکار، با دیباچه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، میزان، ۱۳۹۴ ش.
۱۰. کانمن، دانیل، *تفکر، سریع و کند*، ترجمه فروغ تالوصمدی، چاپ دهم، تهران، در دانش بهمن، ۱۳۹۷ ش.
۱۱. مقدس، علی اصغر و علی‌رضا اسلام، «کاوشی در نظریه انتخاب عقلانی با تأکید بر آراء مایکل هکتر»، *علوم اجتماعی*، شماره ۱، ۱۳۸۵ ش.
۱۲. مولاینین، سندھیل و الدار سفیر، *فقر/احق می‌کند*، ترجمه سیدامیرحسین میرابوطالبی، تهران، ترجمان علوم انسانی، ۱۳۹۸ ش.
۱۳. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، *از جرم‌شناسی انتقادی تا جرم‌شناسی امنیتی* (تقریرات درس جرم‌شناسی)، دوره دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی، ۹۲-۱۳۹۱ ش.
۱۴. همو، «درآمدی بر جرم‌شناسی انتقادی و گونه‌های آن»، مندرج در: *دانش‌نامه جرم‌شناسی محکومان*، به کوشش عباس شیری، تهران، میزان، ۱۳۹۷ ش.
۱۵. ولد، جرج و توماس برنارد و جفری استیپس، *جرم‌شناسی نظری*، ترجمه علی شجاعی، تهران، سمت، ۱۳۸۸ ش.
۱۶. هورکهایمر و آدرنو، *دیالکتیک روشنگری*، ترجمه مراد فرهادپور و امید مهرگان، تهران، گام نو، ۱۳۸۴ ش.
۱۷. یوسفوند، حسن‌رضا، یعقوب احمدی، علیرضا محسنی تبریزی، و اصغر ابوالحسنی، «تبیین رابطه جرایم خشونت‌آمیز (قتل) با تأکید بر نابرابری در توسعه اجتماعی - اقتصادی در ایران»، *فصلنامه توسعه اجتماعی*، شماره ۳، ۱۳۹۴ ش.

18. Bartol, Curt R. & Anne M. Bartol, *Criminal Behavior: A Psychological Approach*, Pearson, 2014.
19. Becker, Gary S., "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, Vol. 76, No. 2, 1968.
20. Booth, Alan & D. Wayne Osgood, "The Influence of Testosterone on Deviance in Adulthood: Assessing and Explaining the Relationship", *Criminology*, Vol. 31, No. 1, 1993.
21. Brookman, Fiona & Michelle Wright, "Deciding to Kill", *Oxford Handbooks Online*, 2017.
22. Cohen, Albert Kircidel, *Delinquent Boys: the Culture of the Gang*, Free Press, 1955.
23. Cohen, Lawrence E. & Marcus Felson, "Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach", *American Sociological Review*, Vol. 44, No. 4, 1979.
24. Cornish, Derek B. & R. V. G. Clarke, *The Reasoning Criminal: Rational Choice Perspectives on Offending*, Routledge, Taylor & Francis Group, 2017.
25. Dodge, Kenneth A. & John D. Coie, "Social-Information-Processing Factors in Reactive and Proactive Aggression in Children's Peer Groups", *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 53, No. 6, 1987.
26. Downes, David, *Contrasts in Tolerance: Post-War Penal Policy in the Netherlands and England and Wales* (Oxford Socio-legal Studies), Clarendon, 1988.
27. Einhorn, H. J. & R. M. Hogarth, "Behavioral Decision Theory: Processes of Judgement and Choice", *Annual Review of Psychology*, Vol. 32, No. 1, 1981.
28. Elffers, Henk, "Multiple Interpretations of Rationality in Offender Decision Making", *Oxford Handbooks Online*, 2017.
29. Ferrell, Jeff & Clinton R. Sanders, *Cultural Criminology*, Northeastern University Press, 1995.
30. Garland, David, "Concepts of Culture in the Sociology of Punishment", *Theoretical Criminology*, Vol. 10, No. 4, 2006.
31. Gigerenzer, Gerd & Reinhard Selten, *Bounded Rationality: The Adaptive Toolbox*, MIT Press, 2002.
32. Hayward, Keith J. & Jock Young, "Cultural Criminology", *Theoretical Criminology*, Vol. 8, No. 3, 2004.
33. Hirschi, Travis, "On the Compatibility of Rational Choice and Social Control Theories of Crime", *The Reasoning Criminal*, Aug. 2017.
34. James, Matthew & James A. Seager, "Impulsivity and Schemas for a Hostile World", *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, Vol. 50, No. 1, 2006.

35. Kahneman D. & A. Tversky, "Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk"; *Econometrica*, Vol. 47, 1979.
36. Kahneman, D. & P. Slovic & A. Tversky, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, New York, Cambridge University Press, 1982.
37. Lacey, Nicola, "Historicizing Contrasts in Tolerance", in: Tim Newburn & Paul Rock (Eds.), *The Politics of Crime Control: Essays in Honour of David Downes*, 2009.
38. Loughran, Thomas A. et al., "Can Rational Choice Be Considered a General Theory of Crime? Evidence from Individual-Level Panel Data", *Criminology*, Vol. 54, No. 1, 2016.
39. Melossi, Dario, "The Cultural Embeddedness of Social Control: Reflections on the Comparison of Italian and North-American Cultures Concerning Punishment", *Theoretical Criminology*, Vol. 5, No. 4, 2001.
40. Pickett, Justin T., "Using Behavioral Economics to Advance Deterrence Research and Improve Crime Policy: Some Illustrative Experiments", *Crime & Delinquency*, Vol. 64, No. 12, 2018.
41. Presdee, Mike, *Cultural Criminology and the Carnival of Crime*, Routledge, 2001.
42. Raine, Adrian, *The Psychopathology of Crime: Criminal Behavior as a Clinical Disorder*, Academic Press, 1993.
43. Sarat, Austin, *The Killing State: Capital Punishment in Law, Politics and Culture*, New York, Oxford University Press, 1999.
44. Savelsberg, Joachim J. & Ryan D. King, "Institutionalizing Collective Memories of Hate: Law and Law Enforcement in Germany and the United States", *American Journal of Sociology*, Vol. 111, No. 2, 2005.
45. Siegel, Larry J., *Criminology: Theories, Patterns, and Typologies*, Cengage Learning, 2018.
47. Slovic, P. et al., "Behavioral Decision Theory", *Annual Review of Psychology*, Vol. 28, No. 1, 1977.
48. Smith, Philip, "Narrating the Guillotine: Punishment Technology as Myth and Symbol", *Theory, Culture & Society*, Vol. 20, No. 5, 2003.
49. Sykes, Gresham M. & David Matza, "Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency", *American Sociological Review*, Vol. 22, No. 6, 1957.
50. Tversky, A. & D. Kahneman, "Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases", *Science*, Vol. 185, No. 4157, 1974.
51. Ward, Tony, "Sexual Offenders Cognitive Distortions as Implicit Theories", *Aggression and Violent Behavior*, Vol. 5, No. 5, 2000.
52. Wilson, James Q., *Thinking about Crime*, Basic Books, A Member of the Perseus Books Group, 2013.



## بازخوانی فلسفی - جامعه‌شناختی

### از سوژه انسانی در جرم‌شناسی

#### با تأکید بر نظریه تلفیقی جرم‌شناسی پست‌مدرن\*

□ حسین گلدوزیان<sup>۱</sup>

#### چکیده

یکی از موضوعات اساسی در جرم‌شناسی که بر اتخاذ رویکردهای مختلف نسبت به علت‌شناسی و راهکارهای پیشگیری از جرم تأثیر می‌گذارد، شناخت انسان به عنوان مرتکب جرم است. انسان موجودی آزاد است یا مجبور؟ انسان موجودی منفک از جامعه است یا موجودی اجتماعی؟ این تحقیق بر آن است تا به روش توصیفی - تحلیلی، نظریه‌های جرم‌شناسی را مورد بازخوانی قرار دهد و بررسی کند که هر کدام از آنها چه پاسخی به این دو سؤال داده‌اند و در نهایت، نظریه تلفیقی جرم‌شناسی پست‌مدرن را در رابطه با سوژه انسانی مرتکب جرم تشریح کند. نظریه‌های اولیه جرم‌شناسی، انسان را موجودی منفک از جامعه تلقی می‌کردند و در بین آنها، برخی تأکید بر نقش فعال سوژه انسانی داشتند، مانند مکتب کلاسیک، و برخی همچون جرم‌شناسی تحقیقی، انسان را موجودی مجبور با سرنوشت محتوم می‌دانستند. با نفوذ آموزه‌های جامعه‌شناسی به

جرم‌شناسی، انسان از موجودی فردی به موجودی اجتماعی تغییر ماهیت داد. اما از منظر فلسفی، نظریه‌هایی مانند جرم‌شناسی مارکسیستی قائل به منفعل بودن سوژه انسانی بودند و رویکردهایی مانند برجسب‌زنی، اعتقاد به فعال بودن سوژه انسانی داشتند. به طور کلی، جرم‌شناسی تا دهه ۱۹۹۰ بین دو گزینه الف: انسان آزاد با انتخاب‌های بی‌شمار و ب: انسان مجبور با سرنوشتی محتوم، در انتخاب و تردید است و گزینه ج که الف و ب را با هم در بر داشته باشد، باور رایج این دوران نیست. اما از این دهه جرم‌شناسان پست‌مدرن با تاسی به نظریه ساخت‌یابی آنتونی گیدنز، در عین پذیرش اجتماعی بودن انسان، او را هم در بند ساختارهای اجتماعی و هم شکل‌دهنده ساختارهای اجتماعی تلقی می‌کنند و همزمان با تأکید بر نقش تأثیرگذار ساختارهای اجتماعی و به بیان دقیق‌تر گفتمان، عاملیت فعال انسانی را انکار نمی‌کنند. جرم‌شناسان پست‌مدرن برای تقویت نقش فعالانه انسان در شکل‌دهی به گفتمان‌ها، تأکید بر آموزش و پرورش مسئله طرح‌کن می‌کنند که به واسطه آن، انسان‌ها از موجوداتی منفعل به افرادی فعال و گفتمان‌ساز تبدیل می‌شوند.

**واژگان کلیدی:** سوژه انسانی، ساختار اجتماعی، جرم‌شناسی پست‌مدرن،

نظریه ساخت‌یابی، نظریه تلفیقی.

### مقدمه

ایده‌ها و انگاره‌ها در مورد ماهیت انسان، ترتیب‌بندی شده‌اند؛ از دیدن مردم به عنوان گروهی دارای نیازهای ضروری که خواستار زنده ماندن و زایش هستند، تا شناخت مشخصه‌هایی که ما را از دیگر حیوانات متمایز می‌کنند. پرسش‌هایی مطرح می‌شود در مورد اینکه آیا انسان‌ها می‌توانند به عنوان افرادی جدا از جامعه در نظر گرفته شوند، یا آن‌ها موجودات اجتماعی هستند که اشکال اجتماعی گسترده‌تر مانند گروه، فرهنگ یا جامعه را نمایندگی می‌کنند و همچنین اگر ما هویت انسانی منحصر به فردی داریم، به علت ژنتیک است یا محصول گفتمان ارتباطی،<sup>۱</sup> کنش متقابل اجتماعی<sup>۲</sup> و در نهایت اجتماعی شدن‌های متفاوت؟ پاسخ مثبت به هر یک از سؤالات، ما را به این موضوع

1. Communicative discourse.
2. Social interaction.



فلسفی رهنمون می‌کند که انسانی با چنین مشخصاتی آزاد است یا مجبور؟ جرم‌شناسی نیز با توجه به تمرکز اصلی مطالعاتی خود یعنی چرایی ارتکاب جرم توسط انسان و راهکارهای کاهش آن، ناگزیر از اتخاذ موضع نسبت به ماهیت انسان و پاسخ به سؤالات فوق است؛ چرا که به طور مثال، نمی‌توان انسان را موجودی فردی و منفعل در نظر گرفت و دلیل ارتکاب جرم را زیست و ژنتیک فرد دانست، ولی در مقابل برای کاهش ارتکاب جرم، پیشنهاد اصلاح ساختارهای اجتماعی را داد. به عبارت دیگر، نظریه‌های جرم‌شناسی که به تبیین جرم می‌پردازند، یا صراحتاً و یا به طور ضمنی پیش‌فرض‌هایی در مورد ماهیت انسان دارند و بر مبنای آن اقدام به نظریه‌پردازی و ارائه راهکار می‌کنند. اما جرم‌شناسان نیز همچون دیگر افراد در تحلیل‌های خود، تابع گفتمان‌ها و پارادایم‌های علمی حاکم بر زمان خود هستند. تاریخ را بر مبنای گفتمان‌های رایج و قدرتمند می‌توان به سه دوران پیشامدرن، مدرن و پست‌مدرن تقسیم کرد و دیدگاه جرم‌شناسان در مورد انسان را نیز در پرتو این سه دوران تحلیل کرد.

جرم‌شناسی ابتدا در قالب «دیوشناسی»<sup>۱</sup>، جرم و آسیب را به علت‌های فرامادی پیوند می‌زد. در دوران پیشامدرن این چشم‌انداز را می‌توان به دو دوره قبل و بعد از مسیحیت تقسیم کرد. در دیدگاه دیوشناسانه و جادوگرانه اروپای غیر مسیحی و بت‌پرست (مخصوصاً تا قبل از قرن ۹ میلادی)، مجرم کسی بود که موجبات ناراحتی خدایان را فراهم کرده بود و برای دور ماندن از خشم خدایان باید مجرم را قربانی کرده و حتی امعاء و احشاء او را نیز بیرون کشید. در این دیدگاه، مجرم کسی بود که تحت نیروهای شیطانی و اهریمنی قرار گرفته و ارتکاب جرم توسط وی، انجام دستورات شیطان بوده است. در دیوشناسی دوران مسیحی، انسان هم تا حدی آزادی در انتخاب دارد و هم محکوم به تعیین‌گرایی و جبر است. انگاره آزادی انتخاب به دلیل مفهوم «وسوسه به شر» و اراده ضمنی برای ایستادگی است، اما کفه ترازو در دیوشناسی به سمت تعیین‌گرایی و جبر سنگین است. ایده تعیین‌گرایی مبتنی بر مفهوم «وسوسه و تسلط شیطانی»<sup>۲</sup> و ناتوانی انسان در برابر آن است (Einstadter & Henry, 2006: 31-32).

1. Demonology.  
2. Demonic possession.

شیطان انسان را به سمت ارتکاب جرم سوق می‌دهد و انسان نیز به علت ضعف در ایمان، صلح و دوستی با شیطان را انتخاب می‌کند.

روشن است که چنین شناختی از انسان به عنوان موجودی بی‌اختیار در دستان شیطان، برای پژوهشگر جرم‌شناسی در این دوران، نامأنوس و غریبه است؛ چرا که جرم‌شناسی به مثابه یک رشته علمی در دوران مدرن و در قرن ۱۸ و ۱۹ شکل گرفت و ناگزیر به تبعیت از پارادایم‌های علمی زمان خود، دست به تحلیل زد. شناخت جایگاه انسان، ویژگی‌های او و متعاقباً قواعد پنهان و آشکار حاکم بر آن‌ها در دوران مدرن، مقتضای بررسی دو پارادایم مسلط این عصر یعنی «کوگیتوی دکارتی» و «تجربه‌گرایی بیکن یا نیوتنی» است. جرم‌شناسی نیز متأثر از پارادایم‌های علمی ذکرشده، نظریه‌های مختلفی در مورد انسان به مثابه مجرم داشته است که گاهی اوقات نه نگاهی اختیاری، بل ناشی از جبر زمانی و مکانی حاکم بر تحقیقات آن‌هاست. می‌توان دو بُعد از سوژه را درون تفکر جرم‌شناختانه مدرنیستی مفهوم‌بندی کرد. در یک بُعد، انسان‌ها ترتیب‌بندی شده‌اند از عاملان فعالی که جهانشان را خلق می‌کنند و شکل می‌دهند تا عاملان منفعلی که توسط جهانشان کنترل و شکل داده می‌شوند. در بُعد دیگر، مردم دسته‌بندی شده‌اند از سوژه‌های فردی تا سوژه‌های اجتماعی. ترکیب این ابعاد، چهار وضعیت در مورد سوژه به وجود می‌آورد:

نظریه‌های فردی فعال، مردم را به عنوان افرادی توانا به استعمال انتخاب آزاد، محاسبه عقلانی و منطقی به حساب می‌آورند. نظریه‌های فردی منفعل، فرض می‌کنند که انسان‌ها توسط اجبارهای متفاوت درونی اعم از زیستی و روانی یا محیطی و یا ترکیب هر دوی آن‌ها، محدود، محبوس و مقهور شده‌اند. نظریه‌های اجتماعی منفعل، انسان را در زنجیر اجبارهای خارجی، نظیر محیط، فرهنگ یا ساختار که اندازه بالایی از تعیین‌کنندگی دارند، در نظر می‌گیرند. در نهایت، نظریه‌های اجتماعی فعال، انسان‌ها را به عنوان عاملانی می‌بینند که درگیر فرایند اجتماعی ساخت‌هویت، واقعیت، صورت‌بندی و ساختار اجتماعی جهانشان هستند.<sup>۱</sup>

۱. این گونه از دسته‌بندی نظریه‌های جرم‌شناسی مبتنی بر سوژه انسانی الهام‌گرفته از کارهای جرم‌شناسان پست‌مدرن به ویژه استوارت هنری و دراگان میلوانویچ است (Henry & Milovanovic, 1996).

هر یک از این وضعیت‌ها متأثر از دو پارادایم علمی، نظریه‌های جرم‌شناسی را در خود جای داده‌اند. اما در دهه ۱۹۹۰ متأثر از گفتمان پست‌مدرن که در همه علوم نفوذ کرده بود و ذیل چتر جرم‌شناسی انتقادی، درآگان میلوانویچ و استوارت هنری جرم‌شناسی التقاطی یا پست‌مدرن را معرفی کردند. آن‌ها تلاش نمودند تا با توجه به انگاره هم‌این و هم‌آنی پست‌مدرن<sup>۱</sup> و ساخت‌یابی آنتونی گیدنز، نظریه تلفیقی از سوژه انسانی ارائه کنند و در ضمن پذیرش انسان به مثابه موجودی اجتماعی، وی را همزمان فعال و منفعل بدانند. البته جرم‌شناسان پست‌مدرن سعی کرده‌اند تا با مطمح نظر قرار دادن نظریه آموزش و پرورش مسئله طرح کن «پائولو فریره»، جنبه فعال بودن سوژه انسانی را تقویت کنند تا گفتمان‌های ظالمانه که از افراد برساختی مجرمانه تولید می‌کنند، جای خود را به گفتمان‌های عادلانه و مصلحانه بدهند. لذا تحقیق حاضر نظریه‌های جرم‌شناسی را بر مبنای رویکردشان به سوژه انسانی در ذیل هر کدام از چهار نظریه ابتدایی و طی دو مبحث مورد بازخوانی و در مبحث سوم تحت عنوان نظریه تلفیقی، دیدگاه جرم‌شناسان پست‌مدرن را مورد شرح و توصیف قرار می‌دهد.

## ۱. نظریه‌های فردی

جرم‌شناسی در ابتدای مسیر، سعی در بردن انسان در آزمایشگاه‌های خود و شناخت انسان بما هو انسان داشت. به معنای دیگر، باور اصلی این بود که انسان را می‌توان جدای از جامعه و ساختارهای اجتماعی شناخت و تحلیل کرد. اما در این بین، برخی او را تأثیرگذار، مختار و عاقل و برخی تأثیرپذیر و مجبور در نظر گرفتند که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرند.

### ۱-۱. نظریه‌های فردی فعال

سوژه دکارتی استوار به مفهومی از انسان است که متمرکز و متحد، دارای ظرفیت‌های خردورزی، اندیشه‌گری، آگاهی و عمل باشد. کسی که می‌خواهد بر طبیعت و تقدیر

۱. برای مطالعه بیشتر در مورد پست‌مدرنیسم، جرم‌شناسی پست‌مدرن و همچنین دیدگاه هم‌این و هم‌آنی پست‌مدرن، ر.ک: گلدوزیان، ۱۳۹۶؛ کاظمی جویباری، ۱۳۹۴.

خود حاکم شود و برای حل دشواری‌های زندگی‌اش و به عنوان ضمانتی بر پیشرفت و توسعه مادی و معنوی به جای نیروهای اسطوره‌ای و فراطبیعی، عقل خود را به کار گیرد (احمدی، ۱۳۹۳: ۴۵). در موضع‌گیری دکارت، یک نکته کاملاً مشخص است؛ او سوژه را در مقام نقطه مرکزی شناخت‌شناسی خود قرار می‌دهد و درک بی‌واسطه ما را از چیز و یا کسی که هستیم، فی‌نفسه شناخت کامل و قطعی می‌داند. به بیان دیگر از نظر دکارت، «ما انسان‌ها در درجه اول موجوداتی آگاه هستیم؛ ولی مهم‌تر از همه این است که جنبه معرف آگاهی ما همانا عقلانیت ماست» (سجویک، ۱۳۹۴: ۴۰). وی با بیان کوگیتوی معروف خود که عبارت است از «من می‌اندیشم پس هستم»،<sup>۱</sup> عقل را مصون از هر گونه خطا و انکار می‌داند. البته «من می‌اندیشم» دکارتی فقط نمی‌گوید که «من می‌اندیشم پس هستم»، بل می‌گوید من آن بازنمودی هستم که بازنمایی اصلی، کامل و نهایی محسوب می‌شوم و راهبری می‌کنم. من آن هستی‌ام که هستی برای اوست، حقیقت جز ایقان من نیست و چیزها تا به ملاک محکم و خلال‌ناپذیر من سنجیده نشوند، وجود ندارند (احمدی، ۱۳۹۳: ۲۳۹).

در جرم‌شناسی، نظریه‌های فردی فعال، متأثر از کوگیتوی دکارتی، انسان عقلانی را بر تخت سلیمانی برای تسلط بر جهان قلمداد می‌کنند. در این تفکر، موتور محرکه رفتارهای شخص، عقل و خرد اوست و سوخت این موتور نیز سود و منفعت وی است. این مفهوم از خوداستعلایی و سوژه دکارتی در سپهر حقوقی، با عنوان شخص معقول<sup>۲</sup> شناخته می‌شود. مکتب کلاسیک در عصر روشنگری، نظریه‌های اقتصاد جرم، نئوکلاسیسم، نظریه‌های فعالیت روزمره<sup>۳</sup> و انتخاب عقلانی، انسان را مستقل، آگاه، تفکری،<sup>۴</sup> دربند

۱. Cogito, ergo sum.  
 ۲. Reasonable man.  
 ۳. Routine activity theory.  
 ۴. «Reflective». تمایز مهمی میان بازتابی بودن (reflexive) و تفکری بودن (reflective) وجود دارد. بازتابی اغلب یکی از خصایص مشخص پست‌مدرنیسم محسوب می‌شود و تجربه‌های ما را به تعدد نگرش‌ها مبدل می‌کند و همواره ناممکن بودن حقیقت را یادآور می‌شود. از سوی دیگر، تفکر می‌تواند جزئی از گونه‌ای فهم از جهان باشد، مبتنی بر این فرض که احتمال کشف حقیقت وجود دارد. با تفکر، مفهوم پیشرفت به طرف حقیقت معنا پیدا می‌کند. بازتابی بودن، برعکس، در مارپیچی بی‌پایان از تعمق، سر به درون دارد (جیمسون، ۱۳۹۰: ۱۴۹).

نفع شخصی، تصمیم گیرنده، عاقل و منطقی و توانا به استعمال اراده آزاد در نظر می گیرند.

مکتب کلاسیک حقوق کیفری به سردمداری «بکاریا»، انسان را موجودی عاقل، خردمند، بادرایت، آگاه و آزاد می داند. «بتام» یکی از اندیشمندان مکتب کلاسیک و طرفدار نظریه اقتصاد جرم در همین زمینه معتقد است:

«انسان به طور کلی فردی است خودخواه که هدفش همیشه جلب منفعت است. کسی که مرتکب جرم می شود نیز از این قاعده خارج نیست. منظور وی از ارتکاب جرم، به دست آوردن منفعت یا جلب رضایت باطنی است. بنابراین مجرم با کمال میل و آزادی اراده خود، راه غلط را انتخاب می نماید و به خاطر انتخاب همین راه غلط باید مجازات شود. او می تواند از وقوع جرم جلوگیری نماید و چون به این تکلیف اخلاقی عمل ننموده و اراده خود را در راه جلوگیری از وقوع جرم به کار نبرده است، لذا اخلاقاً مسئول است و به علت همین مسئولیت اخلاقی مستحق مجازات است» (شبروی و رستمیان، ۱۳۹۰: ۴۸).

از نظر وی، دو اصل برتر در نوع انسان وجود دارد به نام درد و لذت که همه امور زندگی تحت حاکمیت این دو اصل هستند. این دو به ما نشان می دهند که چه کاری باید انجام شود و چه کاری انجام خواهد شد. ترازوی درست و نادرست این دو هستند. از سوی دیگر، زنجیره های علت و معلول به تاج و تخت این دو متصل هستند و بر هر آنچه که ما انجام می دهیم، می گوئیم و می اندیشیم حاکم هستند (Bentham, 2000, 14).<sup>۱</sup> در نتیجه، مبتنی بر رویکرد فایده گرایی «بتام» نیز انسان ها عاقل هستند و در پی کسب بیشترین لذت و خوشی و منفعت هستند و از بین دو گزینه پیش رو، آن را که نفع بیشتر و خطر کمتر دارد، برمی گزینند. به گفته شیخ اجل سعدی:

مر تو را چون دو کار پیش آید	که ندانی کدام باید کرد
هر چه در وی مظنه خطرست	آنت بر خود حرام باید کرد
وانکه بی خوف و بی خطر باشد	به همانت قیام باید کرد

۱. در جرم شناسی، جرم شناسی عمل مجرمانه به نوعی بازگشت به دیدگاه های بتام و بکاریاست. این جرم شناسی معتقد است که بزهدکار فردی انتخابگر است و دست به گزینش می زند و این انتخاب تابع شرایط زمانی و مکانی است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۱: ۹۸۲).

«توکلاسیسم نوین» و متعاقب آن «نظریه انتخاب عقلانی»<sup>۱</sup> نیز مبتنی بر فلسفه اراده آزاد انسان‌ها بنا شده‌اند. بدین ترتیب نظریه‌های جرم‌شناسی فردی فعال، متأثر از کوگیتیوی دکارتی، انسان را موجودی عقلانی، خردمند و متعاقباً مختار فرض کرده که از بین گزینه‌های پیش رو، انتخابی با فایده بیشتر و هزینه کمتر را برمی‌گزیند. لذا در این نظریه‌ها، انسان‌ها تفاوت چندانی ندارند؛ چرا که عقلانیت، سیطره‌ای همه‌جانبه به رفتارها و انتخاب‌ها دارد و نگرش عقلی امری ثابت و حقیقتی واحد است. موضوعی که مکتب کلاسیک و خلف آن‌ها یعنی نظریه‌های انتخاب عقلانی نادیده می‌گیرند، تفاوت‌های انسانی و عقلانیت‌های متفاوت است. همه مجرمان عاقل نیستند و همه عاقلان یکسان تعقل نمی‌کنند. کدام دیوانه‌ای است که به فقدان عقل خود اعتراف کند و کدام عاقل‌نمایی است که هنگام ارتکاب جرم، رفتار خود را غیر عقلانی بداند؟ هزینه‌های شنا در دریای موج و طوفانی قوانین کیفری که غرق شدن در مجازات‌هاست، برای کسی که در ساحل کنار فرزندان خود نشسته است با کسی که فرزندش در دریا در حال غرق شدن است، قابل مقایسه و یکسان نیست. لذا عقلانیت حقیقت ثابتی نیست که با در نظر گرفتن وجود آن در بین انسان‌ها نسخه واحدی برای همه آن‌ها تجویز کرد. از طرف دیگر، انسان‌ها الواح پاکی نیستند که صرفاً با احتساب منافع خود و با اراده کامل اقدام کنند و سرنوشتشان در اختیار کامل تصمیماتشان باشد.

### ۲-۱. نظریه‌های فردی منفعل

در قرن ۱۹ میلادی، برخی جرم‌شناسان متأثر از پارادایم نیوتنی نظریه‌های فردی منفعل را پی‌ریزی کردند و جرم‌شناسی علمی متولد شد. البته اعتقاد به تولد جرم‌شناسی علمی با مکتب تحقیقی<sup>۲</sup> ناشی از پارادایم غالب روشنگری و مدرنیته است که علم را با تعیین‌پذیری، جبرگرایی و پیش‌بینی آینده قرین کرده و صرفاً چیزی را علم می‌داند که قدرت پیش‌بینی را برای انسان فراهم کند و او را از خواب در قعر چاه به بوسیدن ماه و ستارگان برساند، و الا از لحاظ آثار، مکتب کلاسیک نیز در برخی موارد حاوی بینش

1. Rational choice theory.

۲. برای مطالعه بیشتر در مورد جرم‌شناسی علمی و تقسیم‌بندی‌های آن، ر.ک: نجفی ابرنآبادی، ۱۳۷۰: شیری، ۱۳۹۱.

جرم‌شناسی است. جرم‌شناسی به معنای فهم جرم و علت آن در گفتگوهای مکتب کلاسیک مشهود است، اما نام‌گذاری جرم‌شناسی علمی با نام مکتب تحقیقی یا پوزیتیویستی متأثر از این موضوع است که با غالب شدن تجربه‌گرایی، تنها رویکردی شایستگی لقب علم را دارد که از طریق مشاهده و تجربه قابل آزمایش باشد و قدرت پیش‌بینی را برای انسان فراهم کند.

دیدگاه پوزیتیویستی، بر مشابهت و یکسانی روش‌شناختی بین علوم طبیعی و علوم انسانی تأکید می‌ورزید. بر این اساس، «کنش انسانی نیز چون یک رویداد عینی می‌بایست از طریق به کارگیری روش‌های علوم طبیعی، یعنی نفی و اثبات بر پایه داده‌های حسی بررسی می‌شد تا قوانین حاکم بر کنش‌های انسانی بر اساس آن کشف و استنتاج گردند» (فریبار، ۱۳۷۳: ۱۷۴). بنیان‌گذار این رویکرد در علوم اجتماعی «آگوست کنت»<sup>۱</sup> بود. علاوه بر اعتقاد کنت به استفاده از روش‌های علوم طبیعی در علوم انسانی، عقل در نظام اثباتی وی، هیچ گونه وجه امتیازی برای انسان نیست، بلکه امری است که در حیوانات نیز یافت می‌شود. تنها کارکرد مهمی که برخی متافیزیکدان‌ها به عقل نسبت می‌دهند، اراده است که به نظر کنت متعلق به بخش انفعالی مغز است. از دیدگاه وی، «اراده، آخرین حالت میل است و آزاد نیست، بلکه در گرو انگیزه ایجادگر آن است. بنابراین در مرحله فعل، ما یک فاعل برخوردار از نقش تعیین‌کننده نیستیم، بلکه شرایط محیطی و دیگر امور خارجی بر ما تأثیرگذارند و از میان آن‌ها، آن امری که قوی‌ترین تأثیر را دارد، در صدور فعل از انسان نقش تعیین‌کننده دارد. اراده حقیقی که قادر بر متعین ساختن فعل است، هرگز از عقل صادر نمی‌شود و همیشه محصول غرایز انفعالی است» (حسینی و موسوی، ۱۳۹۲: ۶۱).

متأثر از «آگوست کنت»، رویکرد انسان‌شناسی او که دخالت عوامل بیولوژیک و طبیعی در رفتار انسانی بود و همچنین استفاده از روش‌های علوم طبیعی در علوم انسانی، مکتب تحقیقی یا اثباتی در جرم‌شناسی با کارهای لمبروزو متولد شد. در مکتب تحقیقی، بر خلاف رویکرد کلاسیک منتج از کوگیتوی دکارتی، بزهکاران افرادی

1. Auguste Comte.

غیرعقلانی هستند که به دلیل جبر زیستی و روانی سرنوشتی محتوم دارند و این عوامل زیستی و روانی از منظر لمبروزو امری ارثی است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۴: ۱۲۳۲). لمبروزو<sup>۱</sup> با طرح «معجرم مادرزاد»<sup>۲</sup> چند نتیجه را با خود همراه کرد: اول، جرم امری ثابت و طبیعی در بستر اجتماع است. هنگامی که باور به این داشته باشیم که برخی انسان‌ها مجرم متولد می‌شوند، باید بپذیریم که برخی رفتارها مطلقاً جرم هستند. دوم، انتخاب ارتکاب جرم به اختیار عقل و خرد انسان‌ها نیست، بلکه عقل و خرد تحت لوای ژن و عوامل زیستی است و از خود اختیاری ندارد. سوم، مجرمان مادرزاد، مجرم متولد می‌شوند، فلذا سرنوشت آن‌ها قابل پیش‌بینی و متعاقباً قابل کنترل است. خلق مفهومی به نام حالت خطرناک، چیزی فراتر از پیش‌بینی ارتکاب جرم نیست. چهارم، با پذیرش جبرگرایی رفتاری، سوژه‌های منفعل بشری از مسئولیت اخلاقی رفتارهایشان تبرئه می‌شوند. در این نگرش، انسان‌ها از گناه و سرزنش اخلاقی دفعاً آزاد می‌شوند، در حالی که همزمان انسانیتشان نیز انکار می‌شود. آن‌ها اشخاص فعالی که انتخاب‌های بد داشته باشند، نیستند، بلکه حامل‌های منفعل کدهای ژنتیکی یا ویژگی‌های شخصیتی هستند که در مواجهه با شرایط محیطی، عیب‌های پنهان آن‌ها آشکار شده‌اند و به جای اینکه آن‌ها بدی را انتخاب کرده باشند، بدی آن‌ها را انتخاب کرده است.

بدین ترتیب، جرم‌شناسی کلاسیک و جرم‌شناسی تحقیقی و نظریه‌های متأثر از آن‌ها به ترتیب با پذیرش پارادایم خردگرایی و تجربه‌گرایی، سوژه انسانی را به صورت منفرد در مرکز تحلیل‌های خود قرار داده‌اند. به رغم اینکه مکتب تحقیقی انسان را فاقد اراده آزاد تلقی می‌کند، لکن همچون کلاسیک‌ها، مرکز ثقل تحلیل‌های خود را بر روی فرد قرار می‌دهد. اما بسیاری از جامعه‌شناسان و متعاقب آنان جرم‌شناسان، مرکز پرگار تحقیقات خود را بر روی جامعه قرار داده و به ترسیم انسان درون جامعه پرداختند. در این میان برخی برای انسان عاملیت فعال در شکل‌دهی جامعه و ساختار اجتماعی قائل بودند و برخی دیگر انسان را در زندان جامعه ترسیم کردند که تمام رفتارهایش توسط الزام‌ها، قیدها و ساختارها تعیین می‌شوند.

1. Lombroso.
2. Born criminals.



## ۲. نظریه‌های اجتماعی

نظریه‌های جرم‌شناسی پس از شکل‌گیری بسیار سریع عرصه را به رویکردهای جامعه‌شناختی در تحلیل انسان واگذار کرد و بدین ترتیب مجرم، انسانی اجتماعی نامیده شد که از منظر فلسفی در برخی از نظریه‌ها محصور ساختارهای اجتماعی و در سایر موارد، شکل‌دهنده آن ساختارها محسوب می‌شود.

### ۱-۲. نظریه‌های اجتماعی منفعل

هرچند برخی نظریه‌های جرم‌شناسی مانند مکتب تحقیقی، نقش فعال عاملیت انسانی را انکار می‌کردند، اما در رسیدن به این نتیجه، راهی متفاوت پیش گرفتند و به جای تکیه بر عوامل درونی مانند زیست، روان و حتی محیط در پارامتر خُرد<sup>۱</sup>، نقش اصلی را به ساختارهای اجتماعی در شکل‌گیری سوژه انسانی دادند. نظریه‌های جرم‌شناسی که رویکردهای جامعه‌شناختی را در مورد سوژه انسانی اتخاذ کرده‌اند، بر این باورند که سوژه انسانی به طور بالقوه خالق و فعال است، اما این عاملیت خلاق که می‌تواند به روش‌های گوناگون عمل کند، به سرعت توسط هم‌نوایی گسترده با اجتماع، فرهنگ و محیط از طریق اجتماعی شدن و اشکال مختلف فشارهای ساختاری محدود شده است. از آنجا که در جوامع متنوع، فرهنگ‌های متفاوت و ساختارهای الزام‌آور گوناگونی وجود دارند، راه‌هایی که انسان‌ها در آن‌ها قدم گذاشته و اقدام می‌کنند نیز می‌توانند متمایز باشند. به معنای دیگر مردم توسط محیطشان شکل داده می‌شوند و از آنجا که محیط‌های متفاوتی وجود دارد، اشکال انسانی متفاوت نیز وجود خواهد داشت. نظریه فشار<sup>۲</sup>، نظریه خرده‌فرهنگ<sup>۳</sup>، نظریه یادگیری اجتماعی<sup>۴</sup> و برخی

۱. فری از نظریه‌پردازان مکتب تحقیقی، جبریت زیستی لمبرزو را تعدیل کرده و جرم را حاصل شرایط اجتماعی و فردی دانست (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۴: ۱۲۳۲). اما شرایط اجتماعی مدّ نظر فری در مقیاس خرد بوده و به ساختارهای اجتماعی و حتی گفتمان‌های حاکم بر جامعه که به طور مثال در نظریه‌های انتقادی برجسته است، توجهی نداشته است. به معنای دیگر، فری بیشتر متمرکز بر عوامل محیط طبیعی بوده است تا عوامل اجتماعی.

2. Strain theory.
3. Suncultural theory.
4. Social learning theory.

نظریه‌های مارکسیستی (مانند مارکسیست ابزارگرا) و فمینیستی (مانند فمینیست‌های مارکسیست و رادیکال) در جرم‌شناسی از این نمونه می‌باشند.

برای مثال «جرم‌شناسی مارکسیستی»<sup>۱</sup> متأثر از «مارکس»، انسان را در بند ساختار اقتصادی حاکم بر جامعه می‌داند و اعتقاد دارد آزادی اراده در جامعه سرمایه‌داری یک رؤیا بیش نیست (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۷۵: ۳۵۳). «مارکسیست‌های ابزارگرا» سوژه انسانی را به عنوان محصول ایدئولوژیکی طبقه حاکم در جامعه سرمایه‌داری در نظر می‌گیرند (Henry & Milovanovic, 1996: 22). مارکس بر این باور بود که ساختار طبقه اجتماعی تأثیر اساسی تری بر منش فرد در جامعه دارد. او معتقد بود که تاریخ انسان به مثابه داستان کشمکش جبری و حتمی بین طبقات مختلف جامعه است؛ طبقاتی که بر اثر عوامل اقتصادی شکل گرفته‌اند. جوامع بشری محصول واقعیات تاریخی، و واقعیات تاریخی محصول زیربنایی تحت عنوان روش تولید اقتصادی است. به طور کلی از دیدگاه مارکسیست‌ها چه‌بسا این فرد نیست که برای خود دارای ایدئولوژی است، فکر می‌کند و تصمیم می‌گیرد، بلکه او محصول روند تاریخی، اجتماعی و مادی است و اندیشه‌های وی مبتنی بر همین فرایند ماتریالیستی است (تسلیمی، ۱۳۸۸: ۱۷۴).

جرم‌شناسی فمینیستی نیز با تمایز بین جنس و جنسیت، مورد اخیر را برساختی اجتماعی تلقی می‌کند. فمینیسم‌های رادیکال، نظام پدرسالارانه حاکم بر جامعه را در همه ابعاد زندگی زنان تأثیرگذار دانسته و تفاوت بین زنان و مردان را رد کرده و آن را برساختی اجتماعی می‌دانند (والک لیت، ۱۳۸۶: ۱۳۷). فمینیسم‌های مارکسیست نیز معتقدند که تفوق و برتری مردان به سبب کنترل و مالکیت ابزار تولید اقتصادی توسط آنان است. از نظر مارکسیست‌ها، طبقه فرادست از طریق کنترل و مالکیت ابزار تولید، بر ماهیت افراد طبقه فرودست و تفکر و اندیشه آنان تأثیر می‌گذارد. بنابراین تحت ستم بودن زنان در جامعه سرمایه‌داری بر هویت و نحوه تفکر آنان تأثیر می‌گذارد و سبب از خودبیگانگی زنان می‌شود (خدایی، ۱۳۹۵: ۳۹).

همانند نظریه زیستی، نظریه‌های اجتماعی منفعل، انسان را از بند مسئولیت اخلاقی

1. Marxist criminology.

رفتار خود خارج می‌سازند. به معنای دیگر، بدون داشتن حق انتخاب، انسان‌ها چگونه می‌توانند پاسخگوی نابخردی و رفتار ناشایست خود باشند؟ از کسی که در گروه‌های اجتماعی خاصی و در طبقه خاصی به سر می‌برد، انتظار چنین رفتارهایی را باید داشت. در همه نظریه‌های اجتماعی منفعل، عقل و خرد انسانی همچون رایانه‌ای است که برنامه‌های آن از بیرون یعنی از طرف جامعه تعیین و داده می‌شود و تصمیم‌گیری به ارتکاب جرم نیز الزامی است که از طرف جامعه و ساختارهای اجتماعی بر فرد بار می‌شود. اما موضوعی که نظریه‌های منفعل اجتماعی ناتوان از پاسخگویی بدان‌ها هستند، این است که اگر رفتار نتیجه هم‌نشینی با گروه و زندگی در طبقه خاصی و با معاشرت با افراد است، پس تفاوت‌های بین افراد در یک گروه ناشی از چیست؟ مشکل نظریه‌های منفعل این است که جامعه را همچون کوره‌ای می‌دانند که از آرد انسانی پخت یکسانی خارج می‌کند، در حالی که این چنین نیست و اگر نگاهی گذرا به اطرافمان بیندازیم، بسیاری از افراد را خواهیم دید که هرچند در شرایط یکسانی تعلیم دیده و تربیت شده‌اند، اما نتیجه در دو سوی متفاوت بوده است. انسان‌ها علاوه بر این که از بیرون شکل داده می‌شوند، از درون نیز صیقل می‌خورند.

## ۲-۲. نظریه‌های اجتماعی فعال

در مقابل نظریه‌های اجتماعی منفعل، نظریه‌هایی مانند فنون خنثی‌سازی،<sup>۱</sup> کنش متقابل اجتماعی و نظریه برجسب‌زنی در جرم‌شناسی به عاملیت انسانی نقشی فعال و خلاق می‌دهند. «دیوید متزا»<sup>۲</sup> بر آن است که افراد از خلال استفاده از فنون خنثی‌سازی برای انجام اعمال مجرمانه آزاد می‌شوند. در این نظریه همه افراد در شرایط مساوی و ساختارهای نابرابر مرتکب جرم نمی‌شوند، فلذا انسان‌ها نقش فعالی در ساختارهای اجتماعی و حق انتخاب دارند. در کنش متقابل اجتماعی، تفاوت‌های بشری نه پیامد انتخاب و نه تولید نیروهای خارجی و داخلی است، بلکه در عوض، تفاوت‌های بشری ناشی از مشخصه‌های مداوم و متغیر سوژه‌های انسانی در کنش

1. Technics of neutralization.  
2. David Matza.

متقابل اجتماعی است. مفهوم «معنا» محوری‌ترین نقطه اتکا نظریه‌های مبتنی بر کنش متقابل اجتماعی است. معنا متضمن این مفهوم است که انسان‌ها و جهان اجتماعی و فیزیکی آن‌ها در بر دارنده علامت‌ها و ویژگی‌های خاصی است.

اما از دیدگاه نظریه پردازان کنش متقابل نمادین، «اجتماعی شدن فراگرد پویاتری به شمار می‌آید که به انسان‌ها اجازه می‌دهد تا توانایی اندیشیدنشان را پرورش دهند و مهم‌تر اینکه آن‌ها اجتماعی شدن را فراگرد یک‌طرفه‌ای نمی‌دانند که طی آن کنشگر تنها اطلاعاتی را دریافت کند و همه آن‌ها را بپذیرد، بلکه آن را فراگرد پویایی می‌دانند که کنشگر از طریق آن، اطلاعات به دست آمده را با توجه به موقعیت و مصالح مکانی و زمانی شکل می‌دهد و با نیازهای سازگار می‌سازد. در نتیجه انسان موجودی است که با ساخت طبیعی مشخصی که وجه ممیزه آدمی در برابر دیگر حیوانات و موجودات است، می‌تواند به تشکیل خود موفق شده و به جای واکنش و یا پاسخ به انگیزه‌ها و یا عوامل درونی و بیرونی، در برابر آن‌ها کنش کند» (تنهایی، ۱۳۹۴: ۲۸۷).

در این چشم‌انداز از سوژه انسانی که مبتنی بر فعال بودن عامل انسانی در شکل‌دهی ساختارها و جهان اجتماعی است، تفاوت‌های انسانی امری از پیش موجود نیست، بلکه پیامد شناسایی و تعریف مشخصه‌های وجودی دیگران و کنش آن‌هاست. در نتیجه، تفاوت‌ها، مخلوق انسانی هستند و با تغییر شناسایی و تعریف، تغییر خواهند کرد.

البته در میان نظریه‌های اجتماعی فعال و منفعل که راه افراط و تفریط پیموده‌اند، نظریه‌های دیگری در جرم‌شناسی هستند که بین این دو رویکرد قرار می‌گیرند و قطعاً هر چیزی که هم این و هم آنی باشد به دیدگاه جرم‌شناسان پست‌مدرن نزدیک‌تر است. این نظریه‌ها مانند مارکسیست ساختاری و فمینیسم سوسیالیست<sup>۱</sup> بر آن‌اند که هرچند ساختارهای اجتماعی مانند اقتصاد، فعالیت انسان‌ها را محدود می‌کنند، اما در همین

۱. فمینیسم‌های سوسیالیست نیز زن را به عنوان یک مقوله کلی اجتماعی، قربانی پندارها و رسوم ظالمانه می‌دانند. اما در همان حال، فرایند انباشت سرمایه در جامعه‌های سرمایه‌داری را هم دارای نقشی ملموس در شکل دادن به بهره‌کشی‌ها و نابرابری‌هایی می‌دانند که زندگی زنان و بسیاری از مردان را مستقیماً تحت تأثیر خود دارد (سلیمی و داوری، ۱۳۹۳: ۳۸۷).

محدودیت، کنشگران انسانی قادرند تغییراتی در ساختارها ایجاد کنند. در نتیجه ساختارهای اجتماعی ثابت و لایتغیر نیستند، بلکه دینامیک و پویا هستند. اما جرم‌شناسی پست‌مدرن به صورت متمرکز و با استفاده از نظریه‌های جامعه‌شناسی سعی در تئوریزه کردن شناخت سوژه انسانی به عنوان مرتکب جرم و ارائه نظریه تلفیقی کرده است و البته در این میان از نظریه‌هایی بهره برده است که برای جرم‌شناسان و در میان نوشتگان جرم‌شناسی آشنا و رایج نیست.

### ۳. نظریه تلفیقی

نظریه‌های جرم‌شناسی همیشه تابع نظام فکری «یا این یا آنی» مدرنیسم بوده و یک پاسخ را صحیح می‌دانستند. به عبارت دیگر، یا انسان موجودی فردی است یا موجودی اجتماعی و در این میان یا کاملاً منفعل و تأثیرپذیر است یا فعال و تأثیرگذار. اما دیدگاه جرم‌شناسان پست‌مدرن در کلیه موضوع‌هایی که در جرم‌شناسی فضای اتخاذ موضع وجود دارد، مانند شناخت انسان، جامعه، علت جرم و ارائه راهکار برای کاهش آن، تابع نظام فکری «هم این و هم آنی» است. چون ریشه‌های شکل‌گیری جرم‌شناسی پست‌مدرن در زمین جامعه‌شناسی پست‌مدرن است، ناگزیر در این جرم‌شناسی نیز انسان موجودی اجتماعی دانسته می‌شود، اما بر خلاف نظریه‌های پیش از خود این انسان اجتماعی هم تأثیرگذار است هم تأثیرپذیر، هم خودش توسط گفتمان‌های حاکم بر جامعه ساخته شده و اندیشه می‌کند و هم در همان زمان گفتمان‌ساز است.

جرم‌شناسان پست‌مدرن برای ساخت چنین دیدگاهی از نظریه‌های تلفیقی جامعه‌شناسی مانند نظریه «ساخت‌یابی»<sup>۱</sup> «آنتونی گیدنز»<sup>۲</sup> و نظریه انقلابی «آموزش مسئله طرح‌کن یا آموزش ستم‌دیدگان»<sup>۳</sup> «پائولو فریره»<sup>۴</sup> استفاده کرده‌اند. آن‌ها با توسل

1. Structuration theory.
2. Anthony Giddens.
3. Pedagogy of the oppressed.
4. Paulo Freire.

به نظریه ساخت‌یابی نتیجه می‌گیرند که انسان‌ها در رفتارهایی که انجام می‌دهند اعم از ارتکاب جرم به طور کامل اسیر ساختارها و در عبارت پست‌مدرنیستی گفتمان‌ها نیستند، بلکه می‌توانند بر آن‌ها تأثیر بگذارند و آن‌ها را تغییر دهند. درست است که علت ارتکاب جرم، وجود گفتمان‌های ظالمانه و تبعیض‌آمیز است و مجرم درون این گفتمان‌ها اسیر است و ارتکاب جرم وی نتیجه این گفتمان‌هاست، اما می‌تواند و قادر است تا در این گفتمان‌ها حتی با ارتکاب جرم تغییر ایجاد کند. جرم‌شناسان پست‌مدرن برای اینکه بتوانند انسان‌های کنشگرتری بسازند تا گفتمان‌ها موقتی بشوند و در آن‌ها تغییر ایجاد شود، از نظریه آموزش مسئله طرح‌کن فریره استفاده می‌کنند. در این نظریه برای داشتن انسان‌های گفتمان‌ساز به سبک گفت و شنود در آموزش و پرورش دست یاری داده شده است. لذا در ادامه و طی دو بخش نظریه ساخت‌یابی و نظریه آموزش مسئله طرح‌کن، تحلیل جرم‌شناسی پست‌مدرن از سوژه انسانی مرتکب جرم ارائه می‌شود.

### ۱-۳. نظریه ساخت‌یابی

اکثر نظریه‌های جرم‌شناسی در رابطه بین انسان و ساختارهای اجتماعی، یا اولویت را به عاملان انسانی<sup>۱</sup> از طریق انتخاب و تمایل قبلی<sup>۲</sup> وی می‌دهند یا ساختارهای اجتماعی را در ساخت جرم، بزه‌دیدگان و کنترل جرم برتر می‌دانند. در حالی که جرم‌شناسان پست‌مدرن به تأسی از «گیدنز» ساختار اجتماعی و نهادهای کنترل همراه با آن را نتیجه برآمده از کنش‌های بشری تلقی می‌کنند که هم رفتار مجرمانه را محدود می‌سازد<sup>۳</sup> و هم به آن میدان می‌دهد<sup>۴</sup> و همچنین اذعان می‌دارند که «این ساختارها همزمان توسط جرم و کنترل جرم شکل داده می‌شوند که این موضوع بخشی از بازتولید<sup>۵</sup> است» (Henry & Milovanovic, 2010: 5). جرم‌شناسی پست‌مدرن نظریه‌ای

1. Human agents.
2. Predisposition.
3. Constrain.
4. Enable.
5. Reproduction.

نیست که در آن عامل انسانی جدا از ساختارهایی که خلق می‌کند، در نظر گرفته شود. در نتیجه در این نظریه، هم راه‌هایی که در آن، رابطه متقابل میان عاملان انسانی مرتکب جرم، بزه‌دیده و کنترل جرم را به عنوان واقعیت تشکیل می‌دهد، بررسی می‌شود و هم در همان زمان مورد مذاقه قرار می‌گیرد که چگونه این واقعیات خودشان عاملان انسانی را شکل می‌دهند.

از منظر تئوری پردازان تلفیقی، نه می‌توان کنش را به طور کامل تعیین کننده ساختار دانست و نه برعکس.<sup>۱</sup> به عبارتی دیگر، هیچ یک از آن دو را نمی‌توان اصل و دیگری را فرع دانست. این دو به واقع لازم و ملزوم یکدیگر بوده و ارتباطی متقابل بین آن‌ها وجود دارد. آنتونی گیدنز<sup>۲</sup> به عنوان یکی از نظریه پردازان تلفیقی با طرح نظریه ساخت‌یابی،<sup>۳</sup> «دوگانگی»<sup>۴</sup> ساختار و عامل را نفی و در مقابل از «دوسویگی»<sup>۵</sup> آن‌ها سخن می‌گوید.

گیدنز در نظریه دوسویگی ساخت، بر خلاف نظریه‌های دیگر که بیشتر بر جنبه محدودکنندگی ساخت تأکید می‌کنند، بر نقش تواناسازی ساخت بر کنش افراد توجه دارد. در این دیدگاه، ساخت در عین اینکه «وادارنده و محدودکننده» است، «تواناساز» نیز هست (گیدنز، ۱۳۹۶: ۵۵). ساخت در آن واحد، هم محدود می‌کند و هم

۱. نظریه بازاندیشانه «ساختاربندی» یا «ساخت‌یابی» آنتونی گیدنز دیدگاهی ترکیبی است. این نظریه تلاشی برای گذار از سه سنت فکری هرمنوتیک، کارکردگرایی و ساختارگرایی است، بی‌آنکه سنت‌های فکری مزبور را یک‌سره رد کند. گیدنز با اخذ عناصری از این سه سنت کوشید ارتباط عامل بودن عاملیت و ساختار را به گونه‌ای متفاوت حل کند. در درجه نخست، گیدنز از ساختار به منزله امری از پیش موجود و معلوم دور می‌شود. همچنین وی از دیدگاهی درباره عامل بودن که ساختار را فقط در فرد منحصر می‌بیند، فاصله می‌گیرد. از این دیدگاه، ساختارهای اجتماعی، فقط واقعیت‌هایی محدودکننده نیستند، بلکه شرایط کنشی اجتماعی‌اند که از طریق کنش اجتماعی بازتولید می‌شوند. «نظریه ساخت‌یابی» از تولید متقابل ساختار و کنش متقابل سخن می‌گوید. ساختار و عاملیت، هیچ کدام به تنهایی تعیین کننده نیستند، بلکه به طور اجباری در رفتار اجتماعی و سیاسی دخیل‌اند. به این ترتیب، ساختار اجتماعی و کنش انسانی هر دو ارزش بالایی در رفتار سیاسی دارند (لک‌زایی، ۱۳۸۹: ۸۲).

2. Anthony Giddens.

3. Structuration theory.

4. Dualism.

5. Duality.

میدان می‌دهد. از این رو، ساخت و عامل،<sup>۱</sup> جدا از یکدیگر نیستند؛ هم عامل در ساخت تأثیر دارد و هم ساخت بر نحوه عمل عامل اثر می‌گذارد. از دیدگاه وی عامل و ساختار دو امر جدا از یکدیگر نیستند و رابطه آن‌ها دوگانه نیست، بلکه دوسویه است، مانند دو سوی یک سکه یا کاغذ.

این دو وجهی را می‌توان در خصوص زبان دید. زبان از طرفی قواعدی دارد که برای کاربران آن الزام‌آور است و در عین حال واژگان و قواعدی در اختیار کاربران می‌گذارد که امکان سخن گفتن و برقراری ارتباط را فراهم می‌آورد. این بر خلاف دیدگاه‌های ساختاری است که برای ساختارها فقط خصلت الزام‌آور قائل هستند. از این رو انسان‌ها در زندگی اجتماعی نه کاملاً آزاد هستند (برخلاف رویکرد مکاتب کنش‌بنیاد) و نه کاملاً اسیر و دست‌بسته ساختارها (بر خلاف تئوری‌های ساختاری نظیر مارکسیسم) (صدیقی، ۱۳۸۹: ۱۵۴). بدون سخن گفتن و استفاده سخن‌گویان از زبان، زبانی وجود نخواهد داشت و در عین حال، برای برقراری ارتباط باید قواعد ساختاری زبان را رعایت کرد و در هر بار رعایت قواعد، این قواعد بازتولید می‌شوند. به این اعتبار، نمی‌توان از تقابل و دوگانگی ساختار و عامل سخن گفت، بلکه باید قائل به رابطه‌ای دوسویه میان این دو بود.

نظریه ساختاری را می‌توان به صورت خلاصه عبارت دانست از:

۱. موضوع اصلی نظریه اجتماعی نه کنش فرد و تجربه او و نه کلیت‌های اجتماعی، بلکه اعمال اجتماعی است.

۲. اعمال اجتماعی توسط عاملان انسانی که معرفت‌پذیرند، انجام می‌شود. عاملان انسانی را نمی‌توان به سادگی محصول فرهنگ و نیروهای طبقاتی پنداشت. آن‌ها واجد قابلیت بازاندیشی در تعامل روزانه و دارای نوعی آگاهی ضمنی در مورد کنش خود هستند.

۱. از نظر گیدنز، مفهوم کنش ظرفیت لازم را برای اطلاق به کرداری که از افراد انسانی در زندگی اجتماعی سر می‌زند، دارا نیست و همین امر نیاز به انکاء به مفهومی تازه را توجیه می‌کند. مفهومی که گیدنز به همین سبب جانشین کنش می‌کند، عاملیت است. با این اوصاف، از منظر گیدنز انسان را در حیات اجتماعی نه کشگر، بلکه عامل باید تلقی کرد.



۳. اعمال اجتماعی خود به خودی و کاملاً ارادی هم نیستند، بلکه در راستای زمان و مکان نظم یافته‌اند. در ایجاد اعمال اجتماعی که سازنده الگوهای قابل مشاهده‌اند و آن‌ها نیز سازنده و شکل‌دهنده جامعه‌اند، کنشگران بر اساس خواص ساختاری عمل می‌کنند که این خواص ساختاری، ویژگی‌های نهادینه‌شده جوامع هستند.

۴. بنابراین ساختار متکی و وابسته به فعالیت است. ساختار، هم میانجی و هم پیامد فرایند ساختاری شدن - تولید و بازتولید اعمال در راستای زمان و مکان - است. به طور خلاصه می‌توان گفت که ما جامعه را خلق می‌کنیم، در همان حال که توسط آن خلق می‌شویم (مقدس و قدرتی، ۱۳۸۳: ۳).

جرم‌شناسان پست‌مدرن نیز رجحان یکی از دو مورد ساختار اجتماعی و عاملیت انسانی بر یکدیگر را در شکل‌دهی جرم، بزه‌دیدگان و کنترل جرم که در نظریه‌های پیش از آن وجود دارد، رد می‌کنند. نظریه برچسب‌زنی در نظریه‌های جرم‌شناسی سعی در دخالت دو مؤلفه عامل و ساختار در جرم داشت، اما برچسب‌زنی معنا را از عاملان ایجادکننده آن جدا می‌کند و به معنای دیگر، قائل به دوگانگی است، به جای دوسویگی. گرچه سلف برچسب‌زنی، یعنی کنش متقابل نمادین، راه‌هایی را که در آن‌ها کنشگر انسانی بر ساخت برخورد و دیدگاه ناظران می‌شود، شرح داده است، اما راجع به اینکه تصاویر ناظران، نمادهای آنان و فهرست رفتار آنان از کجا و چگونه ساخته می‌شود، بسیار کم سخن گفته است.

اگر ساخت برچسب‌ها را ناشی از روابط قدرت و گفتمان‌های حاکم بر آن تلقی کنیم، خطر این است که «سوژه‌های انسانی همچون شیء و موم می‌گردند و در نتیجه گفتمان<sup>۱</sup> هویتی مستقل از کسانی که از آن استفاده می‌کنند پیدا می‌کند» (Henry & Milovanovic, 2010: 6). فلذا جرم‌شناسی پست‌مدرن، قدرت عاملان انسانی را در تقلیل بردن ساختارهایی که با آن‌ها مواجه می‌شوند، به رسمیت می‌شناسد و بیان می‌کند که عاملان انسانی در تولید دانش، حقیقت و واقعیت، هم فعال هستند و هم

۱. لازم به ذکر است که جرم‌شناسان پست‌مدرن، گفتمان را جایگزین ساختار می‌کنند و در این میان با تأسی از نشانه‌شناسی آلبرت برگسن، معنای تقریباً کامل و جامعی را از گفتمان اراده می‌کنند (برای مطالعه در این باره ر.ک: گلدوزیان، ۱۳۹۶).

منفعل. توانایی عاملان در تقلیل و تغییر ساختارها موضوعی است که جرم‌شناسان قبل از آن نادیده می‌انگاشتند.

قدرت عاملان انسانی به تضعیف، تخریب و واژگون کردن ساختارها و عاملان کنترل جرم، یکی از ابعاد مغفول جرم‌شناسی سنتی و انتقادی است. ماهیت دوگانه این فرایند در مثال «قدرت زندانیان بر زندانبانان از طریق وارد کردن کالاهای غیر قانونی یا از طریق ارتکاب یا معاونت زندانبانان در ارتکاب جرایم مالی» (Ibid.) نمایان می‌شود. در نتیجه مثبت‌بینی جرم‌شناسی پست‌مدرن در این باور قرار دارد که انسان‌ها به عنوان خالق قادرند تا نهادها و ساختارهایی را همچون قوانین که بر آن‌ها تسلط می‌یابند و آن‌ها را محدود می‌سازند، تغییر دهند.

به دلیل اعتقاد و باور همزمان به فعال و منفعل بودن سوژه انسانی، جرم‌شناسان پست‌مدرن، هم از جرم و متعاقباً مجرم تعریف جدیدی ارائه می‌کنند و هم در علت‌شناسی جنایی، نقش گفتمان‌های آسیب‌رسان را پررنگ می‌دانند. جرم از نظر آن‌ها: «تجلی انرژی یک عامل<sup>۱</sup> جهت خلق تفاوت و محروم کردن دیگرانی است که در آن لحظه قدرت لازم را برای ابقاء و بیان انسانیت خود ندارند، بنابراین جرم چیزی جز اعمال و تجلی قدرت نیست که در نتیجه شخصی که موضوع آن رفتار قرار می‌گیرد، مشارکتش در رویداد فعلی و رویدادهای آتی و همچنین ارزشش مورد انکار قرار می‌گیرد و همزمان به یک روش یا روش‌های مختلف از جایگاهی که دارد، تقلیل می‌یابد یا در رسیدن به جایگاهی که استحقاق آن را دارد، مانع ایجاد می‌شود. لذا جرم قدرت انکار توانایی دیگران در خلق و ایجاد تفاوت است» (Id., 1996: 116).

شاید این تعریف در نگاه اول غریب و نامأنوس به نظر بیاید، اما با عبارت «عامل» آن‌ها هر فرد، نهاد یا ساختاری را مدنظر قرار می‌دهند که در جهت اعمال قدرت و سرمایه‌گذاری افراطی<sup>۲</sup> برای انکار دیگران هستند. این عاملان می‌توانند شامل موجود یا موجودات انسانی، هویت‌های اجتماعی (نظیر مردان یا زنان)، گروه‌های متخلف (نژادی، قومی، مذهبی، اقتصادی، اخلاقی و...)، احزاب سیاسی، نهادهای اجتماعی و

1. Agency.

2. Excessive investor.

فرهنگی، عاملان کنترل اجتماعی (پلیس و...)، نهادهای حقوقی (قانون، نظام عدالت کیفری و...) و نهایتاً دولت و ارگان‌های آن باشد (Milovanovic, 2006: 82). فلذا جرم‌شناسان پست‌مدرن دامنه و گستره آسیب را بسط و توسعه می‌دهند و آسیب را فقط رفتار یک فرد تلقی نمی‌کنند، بلکه آسیب می‌تواند ناشی از رفتار یک نهاد اجتماعی و حتی آسیبی باشد که یک قانون موجب آن می‌شود. زمانی که قانونی وضع می‌شود، می‌تواند موجب محرومیت برخی از افراد در رسیدن به جایگاه و امتیازی شود که در این صورت خود این قانون آسیب‌رسان است. جرم‌شناسان پست‌مدرن در اینجا هماهنگ با جرم‌شناسان انتقادی سعی در سنگین کردن ترازوی گناه سردمداران، دولتمردان و قانون‌گذاران دارند.

جرم‌شناسان پست‌مدرن با خارج کردن جرم از تعریف قانونی و نشان دادن عامل به‌جای مجرم، حوزه آسیب را توسعه می‌دهند. اما موضوع دشوارتر در تعریف جرم‌شناسان پست‌مدرن از جرم، اعمال قدرت و سرمایه‌گذاری توسط عامل است. از چشم‌انداز آن‌ها تمام تعاریفی که جرم‌شناسان در تعریف جرم ارائه می‌کنند، یک موضوع را از قلم می‌اندازد و آن اینکه جرم رفتار فرد دارای قدرت است، صرف‌نظر از شکل قدرت یا سازمانی که قدرت را اعمال می‌کند. بدین ترتیب جرم زنای به‌عنف و قتل و ضرب و جرح در کنار جرایم شرکتی یا جرایم ارتكابی توسط پلیس قابل بررسی است (Henry & Milovanovic, 1996: 110).

همه جرایم توسط قدرتمندان انجام می‌شود. پس جرم یک تسلط است؛ چه به‌تنهایی مانند متجاوزان و دزدان و چه گروهی مانند جرایم سازمان‌یافته یا کلاهبرداران شرکتی یا دولت‌ها مانند نسل‌کشی صورت گیرد. موضوع چالشی این نیست که بین جرایم افراد ثروتمند و قدرتمند با جرایم فقرا و افراد فاقد قدرت یا بین انواع مختلف مجرمان چه تفاوت‌هایی وجود دارد، بلکه موضوعی که باید بررسی شود، شباهت

۱. جرم‌شناسی پست‌مدرن سعی می‌کند از تعریف سیاسی جرم که در اکثر جرم‌شناسی‌های انتقادی وجود دارد، دست بشوید و دوری‌گزیند. در جرم‌شناسی پست‌مدرن به همان اندازه که رفتارهای دولتمردان در تبعیض جنسیتی یا تصمیمات نادرستشان آسیب محسوب می‌شود، سرقت و زنای به‌عنف نیز آسیب محسوب می‌شود (برای مطالعه بیشتر ر. ک: Henry, 2012: 10-26).

آن‌هاست. این شباهت ناشی از نقض جرم مذکور در قانون نیست، بلکه در عمل واقعی و حقیقی خلق تفاوت میان خود با کسی است که فاقد قدرت است. سارق، زانی به عنف، آلوده‌کننده محیط زیست، قاچاقچی کالا و ارز، فرارکننده مالیاتی و همه اشخاص و همه رفتارهای آسیب‌رسانی که به عنوان مجرم و جرم شناخته می‌شوند، در یک چیز شباهت دارند و آن اینکه در لحظه ارتکاب جرم، در حال سرمایه‌گذاری افراطی برای خلق تفاوت و اعمال قدرت هستند. همه در لحظه ارتکاب جرم قدرتمند هستند؛ چرا که قدرت نادیده گرفتن انسانیت دیگران و برخی گفتمان‌های حاکم را دارند.

مجرم یک سرمایه‌گذار افراطی است که برای تسلط بر دیگران بر قدرت تکیه می‌کند. مجرم همواره برای تجربه شیوه‌های نوینی از بودن و خرق بر ساخت‌های اجتماعی خلق شده، صرف انرژی می‌کند (Barak & Henry & Milovanovic, 1997: 95). مجرم سعی در تحمیل گفتمان خود به دیگران دارد. این چنین سرمایه‌گذارانی، انرژی خود را بر ایجاد و بزرگنمایی تفاوت میان خود و دیگران قرار می‌دهند. این سرمایه‌گذاری، توانایی‌های بالقوه انسانی دیگران را تخریب و نابود می‌کند. جرم آن‌ها یک گرایش و تمایل کلی و عمومی به محدود ساختن آزادی دیگران است و مجرمان با بزه‌دیدگان به عنوان ابژه‌هایی برای تسلط رفتار می‌کنند (Henry & milovanovic, 1996: 116).

از طرف دیگر، هرچند مجرم در تلاش برای سرمایه‌گذاری افراطی و صرف انرژی و اعمال قدرت است، اما از چشم‌انداز جرم‌شناسان پست‌مدرن، مجرمان تولیدکنندگان و تولیدات مشترکی از عاملیت خود و دیگران هستند. به معنای دیگر در حوزه علت‌شناسی دیدگاه جرم‌شناسی پست‌مدرن این است که چطور برخی از نظام‌های برساخته اجتماع و برخی از سوژه‌های انسانی درون آن می‌توانند توسط فرایند و چیزی که در طی این فرایند ساخته می‌شود، دچار آسیب شوند، معلول شوند و یا نابود گردند و چگونه می‌توانند مجرم و بزه‌دیده شوند (Bak, 1997: 24).

به معنای دیگر، اگر بخواهیم تمام مطالب ذکر شده را به شیوه‌ای ساده‌تر بیان کنیم و از ادبیات پست‌مدرنیستی فاصله بگیریم، باید بگوییم که جرم‌شناسان پست‌مدرن، مجرم را به مثابه سوژه انسانی موجودی اجتماعی می‌دانند؛ اما نه موجودی که مانند برخی

نظریه‌ها تماماً محصول ساختار اجتماعی مثلاً طبقه یا جنسیت خود باشد و اگر جرمی انجام داده است به علت این باشد که ساختارها وی را به این فعل مجرمانه وادار کرده‌اند و او موجودی دست و پا بسته است. درست است که علت ارتکاب جرم در جرم‌شناسی پست‌مدرن، گفتمان‌های جرم‌ساز و ناعادلانه هستند، مثلاً گفتمانی که با مرز بین زن و مرد یا مرز بین طبقات اجتماعی، برخی گروه‌ها را از رسیدن به جایگاهی باز می‌دارد یا برخی افراد را از جایگاهی که دارند، پایین می‌آورد و بدین واسطه افراد را به سمت ارتکاب جرم سوق می‌دهد. صحیح است که نظام عدالت کیفری خود بخشی از مسئله و نه راه حل است و رفتار مجرمانه حقیقت عینی ندارد و صرفاً واقعیتهای اجتماعی است که با تغییر گفتمان‌ها تغییر می‌کند، اما اگر کسی پیدا می‌شود که می‌تواند بگوید ساختارها از بین بروند و ساختارهای دیگری جایگزین شوند، اگر مجرمانی پیدا می‌شوند که با ارتکاب جرم، قانون‌گذار را مجبور به تغییر قانون می‌کنند و گفتمان‌های جامعه دائماً در حال دگرگونی هستند، پس مجرم یا سوژه انسانی به طور کلی موجودی بی‌اختیار نیست.

او می‌تواند همان گفتمان‌هایی را که از وی مجرم ساخته‌اند، تغییر دهد و گفتمان جایگزینی ایجاد کند. او می‌تواند حتی با ارتکاب جرم، قانون‌گذار را به طور مثال مجبور کند مجازات اعدام در قوانین مخدر را کاهش دهد و در زمانی نزدیک، آن را بردارد یا در جرم‌نگهداری تجهیزات ماهواره‌ای تجدیدنظر کند. از طرف دیگر جرم‌شناسان پست‌مدرن به جای مجرم می‌گویند عامل، تا به ما یادآور شوند که مجرم همیشه کسی نیست که نقض قانون می‌کند، مجرم گاهی اوقات قانون‌گذاری است که با وضع قانون و ایجاد تبعیض‌های مختلف، هزاران مجرم غیر واقعی می‌سازد. مجرم برخی اوقات متولیان شرکت‌های خودروسازی، دارویی و کارگزاران محیط زیست هستند که با تصمیماتشان ده‌ها هزار آسیب تولید می‌کنند و اگر باز هم به عقب برگردیم، این گفتمان‌های حاکم بر جامعه هستند که با قدرت خود اجازه می‌دهند که قانون‌گذار در جایگاه متهم و مجرم بنشیند. اگر افراد جامعه، گفتمان‌های عادلانه را حاکم بر جامعه کنند، قانون‌گذار نیز به عنوان فردی از جامعه، قانون عادلانه خواهد نوشت و قاضی نیز تصمیمی عادلانه اتخاذ می‌کند و یکان یکان افراد جامعه ذیل سایه

عدل قرار خواهند گرفت و به جای عدالت کیفری، شاهد عدالت اجتماعی خواهیم بود. اما سؤال این است که چرا سوژه‌های انسانی بیشتر تحت تأثیر گفتمان‌ها هستند تا اینکه گفتمان‌ساز باشند و چرا گفتمان حاکم بر جامعه به سمت کاهش آسیب و جرم قدم بر نمی‌دارد و عدالت اجتماعی در جوامع حاکم نمی‌شود؟ آن‌ها می‌گویند برای داشتن یک گفتمان عادلانه که حاکم بر جامعه باشد، باید از آموزش و پرورش آغاز کرد و تمرکز آن را نیز بر ستم‌دیدگان قرار داد.

### ۲-۳. نظریه آموزش مسئله طرح کن

سوژه انسانی که جرم‌شناسان پست‌مدرن داعیه آن را دارند که در قفس ساختارها و یا به بیان صحیح‌تر گفتمان‌ها برای همیشه در حصر نیست، چگونه می‌تواند آواز رهایی سر دهد و گفتمان ستمگری که از وی برساختی مجرمانه می‌سازد و با تعریف رفتارهای وی به عنوان جرم، هر روز افزون بر روز قبل، قفل زندان را محکم‌تر می‌کند، خارج شود؟ به معنای دیگر، سوژه انسانی چگونه می‌تواند فعال‌تر باشد و حتی با ارتکاب جرم، قدرت گفتمان‌های آسیب‌رسان را کاهش دهد؟ جرم‌شناسی پست‌مدرن همسان با دیدگاه‌های مارکسیستی، علت ارتکاب جرم را وجود گفتمان‌های ستمگر می‌داند؛<sup>۱</sup> گفتمان‌هایی که با ایجاد شرایط تبعیض آمیز، واقعیت‌ها را طبق سلیقه گروه و طبقه خاصی شکل‌بندی کرده، آسیب‌های اساسی و عمده را می‌پوشاند و بسیاری موارد را آسیب واقعی تلقی می‌کند. اما مجرم و دیگر افراد جامعه به رغم وجود نقش و حتی بازتولید جاهلانه و ناخودآگاه ساختارها و گفتمان‌های ستمگر، می‌توانند نقشی فعال داشته باشند و در نتیجه آگاهی و آموزش، بنیان گفتمان‌های ستمگر را براندازند و طرحی نو دراندازند. ولی اینکه چگونه می‌توان از سوژه‌های انسانی منفعل، فعالانی تأثیرگذار ساخت، جرم‌شناسان پست‌مدرن را به سمت نوشته‌های انقلابی و عمیق «پائولو فریره»<sup>۲</sup> کشانده است.

فریره از جایی کار را شروع می‌کند و بر موضوعاتی متمرکز است که قرابت بسیاری

۱. برای مطالعه در مورد تأثیر دیدگاه‌های مارکسیستی بر نظریه‌های جرم‌شناسی ر. ک: نجفی ابرندآبادی.

با مقاصد جرم‌شناسان پست‌مدرن دارد. وی جهان اجتماعی را تقسیم به دو گروه ستمکاران و ستمکشان می‌کند و درباره نظام ستمگرانه و به نحوی قابل تأمل بیان می‌دارد: هر وضعی که در آن «عمرو» به نحوی عینی «زید» را استثمار می‌کند، یا به عنوان فردی مسئول، از پافشاری «زید» در اظهارنظر خود جلوگیری می‌نماید، گوشه‌ای از ستمگری است. چنین وضعی به خودی خود خشونت‌زاست، حتی اگر با حالتی جوانمردانه همراه باشد؛ زیرا که در رسالت وجودی و تاریخی آدمی برای کامل‌تر شدن مداخله می‌کند. با استقرار رابطه ستم، خشونت نیز شروع شده است. در طول تاریخ هیچ‌گاه ستم‌دیدگان خشونت را آغاز نکرده‌اند. اگر خود محصول خشونت‌اند، چگونه می‌توانند مبتکر آن نیز باشند؟ چطور می‌توانند متولی چیزی باشند که هدف بالفعل آن، وجود آنان به عنوان ستم‌دیده است؟ هیچ ستم‌دیده‌ای وجود پیدا نمی‌کرد، اگر از پیش موضع خشونتی برای منقاد کردن آدمیان وجود نداشت.

خشونت به وسیله کسانی پدید می‌آید که ستم می‌کنند، استثمار می‌کنند و در شناختن دیگران به عنوان انسان قصور می‌ورزند، اما نه به وسیله آنان که ستم می‌کشند و استثمار می‌شوند و ناشناخته می‌مانند. این محرومان از مهر نیستند که موجب بی‌مهری می‌شوند، بلکه کسانی هستند که نمی‌توانند مهر بورزند، از آن روی که فقط خود را دوست می‌دارند؛ این بی‌یاوران دستخوش دهشت نیستند که دهشت می‌آفرینند، بلکه جابرائی هستند که وضعی عینی ایجاد می‌کنند که مایه پدید آمدن «وازدگان زندگی» است؛ مظلومان نیستند که منشأ ستمگری می‌شوند، بلکه ظالمان‌اند؛ نه خوارشدگان بلکه خوارکنندگان هستند که دشمنی و کینه را آغاز می‌کنند؛ نه آنان که شرف مردمی‌شان انکار شده، بلکه آنان که منکر شرف مردمی هستند (و در نتیجه پا بر شرف مردمی خود گذاشته‌اند) آدمی را نفی می‌کنند. زور نه به وسیله آنان که زیر سلطه اقویا ضعیف شده‌اند، بلکه به وسیله زورمندانی اعمال می‌گردد که آنان را از مردمی انداخته‌اند. اما در چشم ستمگران، همیشه ستم‌دیدگان (که البته ستمگران آنان را ستم‌دیده نمی‌خوانند، بلکه بر حسب آنکه هموطنشان باشند یا نباشند، آنان را «آن مردم» یا «توده‌های کور» یا «وحشیان»، «خرابکاران» یا «مجرمان» می‌نامند) که زمانی در برابر خشونت جباران واکنش نشان می‌دهند، خشن، وحشی، شرور یا مجرم

خواننده می‌شوند (فریره، ۱۳۵۸: ۳۵).

وی ستم را نه امر عینی صرف، بلکه بیشتر امری ذهنی قلمداد می‌کند و برای تغییر نظام ستمگراانه به تعلیم و تربیت، گفت و شنود<sup>۱</sup> و آموزش مسئله طرح کن متوسل می‌شود و در این میان نقش معلمان و اساتید دانشگاه را برجسته می‌داند (Henry & Milovanovic, 1996: 7). از نظر وی این آموزش و پرورش است که ستمکار را به درون ذهن ستمدیده می‌برد و منجر به این می‌شود که ستمدیده با آغوش باز ستمکار را بپذیرد. ستمدیدگان خود را نادان می‌خوانند و می‌گویند که استاد و معلم تنها کسی است که دانش دارد و باید به او گوش فرا دهند. اما برای از بین بردن رابطه یک‌طرفه بین ستمکار و ستمدیده، معلم و دانش‌آموز، استاد و دانشجو، دهقان و ارباب و... باید گفت و شنید. وظیفه معلم در نظام آموزشی فعلی، انباشتن شاگردان از محتویات کلام خود است. وی آن‌چنان در مورد واقعیت و حقیقت سخن می‌گوید که گویی واقعیت چیزی است بی‌حرکت و ایستا، در حالی که گفت و شنود مستلزم قدرتمندتر کردن دانش‌آموز برای پرسش از چرایی افسانه‌ها و فرا روایت‌هایی است که ذهن افراد جامعه و متخصصان هر رشته علمی اعم از حقوق را در بر گرفته است. اصل، قانونی بودن جرم و مجازات است؛ مباشر معنوی مغز اندیشنده جرم است؛ هر

۱. گفت و شنود برخورد بین آدمیان است به میانجیگری جهان و برای نامیدن جهان. از این رو گفت و شنود نمی‌تواند بین کسانی صورت پذیرد که می‌خواهند نامی به جهان بدهند با آنان که مایل به دادن این نام نیستند؛ بین کسانی که منکر حق سخن گفتن برای دیگران هستند و آنانی که حق سخن گفتنشان انکار شده است. گفت و شنود نه می‌تواند تا حد ودیعه‌گذاری عقاید یک تن در دیگری منحط شود و نه می‌تواند مبادله ساده عقایدی گردد که بایستی توسط شرکت کنندگان در بحث مصرف شوند. حتی این گفتگو، مشاجره خصمانه و جدلی بین کسانی نیست که نه متعهد به نامیدن جهان شده‌اند و نه ملتزم به جستجوی حقیقت، بلکه نیتشان تحمیل چیزهایی که خود حقیقت می‌پندارند به دیگران است. گفت و شنود و آموزش و پرورش نباید وسیله‌ای خدعه‌آمیز برای سلطه فردی بر فرد دیگر بشود. نامیدن جهان که به وسیله آن آدمیان جهان را پیوسته از نو می‌آفرینند، نمی‌تواند عملی گستاخانه باشد. اگر دو طرف گفت و شنود از فروتنی بی‌بهره باشند، گفت و شنود که رویارویی آدمیانی است که به وظیفه مشترک آموختن و عمل کردن روی آورده‌اند، از هم خواهد پاشید. چگونه می‌توانم در گفت و شنود شرکت کنم، اگر همیشه جهل را در دیگران ببینم و هیچ‌گاه متوجه جهل خود نشوم؟ چگونه می‌توانم به گفت و شنود با مردم بپردازم اگر خود را عضو گروه مردان ناب بدانم که صاحبان حقیقت و معرفت‌اند و در نظرشان همه افراد دیگری که عضو نیستند «خلق الله» خوانده یا «عوام الناس» نامیده می‌شوند؟ (فریره، ۱۳۵۸: ۸۷).



جرم سه رکن دارد؛ قانون برای همگان یکسان است، قانون بد بهتر از بی قانونی است، پای بی گناه تا پای دار می رود، ولی بالای دار نمی رود و... دانش آموز یادداشت می کند، از بر می کند و این عبارت‌ها را تکرار می کند، بی آنکه بفهمد قانون و مباشر معنوی واقعاً چه معنایی دارد و آیا اصلاً معنایی دارد؟ بی آنکه دقت کند آیا واقعاً همه در برابر قانون برابرند و یا هیچ بی گناهی محکوم نمی شود؟ هر چقدر معلم بتواند ظرف ذهنی دانش آموزان را با این نقل‌ها پر کند، معلم بهتری است و هر میزان این ظرف‌ها با فروتنی بیشتری اجازه دهند که پرشان کنند، دانش آموزان بهتری خواهند بود و راحت‌تر به مدارج علمی و جایگاه اجتماعی دست پیدا می کنند.

این نوع نظام آموزشی، آموزش بانکی است نه مسئله طرح کن. در آموزش بانکی معلمان امانت گذارند و شاگردان امانتدار. معرفت هدیه‌ای است از جانب کسانی که به عقیده خودشان معرفت پذیرند به کسانی که به عقیده آنان هیچ چیز نمی دانند. فرافکنند و نسبت دادن جهلی مطلق به دیگران که مسلک ستمگران است، منکر آن است که آموزش و پرورش جریان‌هایی از پژوهش‌اند. ظرفیت آموزش بانکی در به حداقل رسانیدن یا نابود کردن قدرت خلاقانه دانش آموزان و در برانگیختن ساده لوحی آنان به نفع ستمگران است که نه می خواهند راز جهان برملا شود و نه میل دارند که آن را دگرگونه ببینند؛ برای مثال، روش بانکی آموزش حقوق کیفری و جرم‌شناسی هرگز به دانش آموزان تکلیف نمی کند که واقعیت را نقادانه مورد توجه قرار دهند و در مورد عدالت اجتماعی و جرایم حکومتی پرسشگری کنند. به جای آن به مطالب به ظاهر حیاتی از این نوع که «آیا جرم‌شناسی دارای دو شاخه است یا سه شاخه؟» یا «آیا مباشر معنوی همان سبب است یا معاون؟» می پردازد و بر اهمیت یاد گرفتن این مطالب تکیه می کند. برعکس در آموزش مسئله طرح کن، معلم کسی نیست که فقط تعلیم می دهد، بلکه کسی است که خود نیز در گفت و شنود با دانش آموزان تعلیم می بیند و شاگردان به نوبه خود در حالی که تعلیم می گیرند، تعلیم می دهند. دانش آموز به جای محلی برای انباشت و بازتولید اطلاعاتی که موقعیت ستم را تثبیت می کند، متفکر نقاد بار می آید و خود را وقف افسانه‌زدایی از فرا روایت‌های مقدس می کند (فریره، ۱۳۵۸:

در نتیجه با توجه به این دیدگاه، سوژه انسانی برای فرو ریختن دیوارها، بر ساخت‌های اجتماعی و گفتمان‌های ظالمانه و ناعادلانه‌ای که از وی و افراد جامعه‌اش مجرم ساخته است، باید در یک گفت و شنود دوطرفه به کلام‌های راستین، عمل بیفزاید<sup>۱</sup> و از طریق آموزش و پرورش مسئله طرح کن (و نه بانکی) به بازتعریف گفتمان‌ها بپردازد، نه بازتولید آن‌ها. کسانی که موقعیتشان به وسیله واقعیت موجود تثبیت و با واقعی‌تر شدن هر روزه آن تداوم می‌یابد، نمی‌توانند در گفتمان‌های ستمگر که از انسان‌ها برساختی مجرمانه می‌سازند، دگرگونی ایجاد کنند. این دگرگونی باید توسط ستمکشان با اندیشه و عمل میسر شود. از دیدگاه سلطه‌گران هر عصر، آنچه لازمه تفکر صحیح است، فکر نکردن مردم و سیستم بانکی آموزش و پرورش است. اما معلمان و استادان باید از ساده‌دلی و خیانت دست بشویند و از سوژه انسانی فردی نقاد بسازند؛<sup>۲</sup> فردی که در پی هر چه انسانی و مردمی‌تر شدن جامعه باشد؛ فردی که ارباب درون خود را بکشد و به راحتی از ارباب پیرسد چرا؟<sup>۳</sup> فردی که قصد نشستن جای ارباب را نداشته باشد؛ فردی که خود را نادان نداند و او را دانا؛ فردی که در سپهر حقوقی افسانه‌ها و فرا روایت‌هایی نظیر حقوق بشر، دادرسی منصفانه، اصل برائت، اصل بی‌طرفی و استقلال قاضی، اصل عاقل بودن قانون‌گذار و هزاران افسانه دیگر را که برای بهره‌کشی و انقیاد بر ستمکشان است، به راحتی نپذیرد و در جستجوی به تصویر کشیدن این افسانه‌ها باشد. سوژه انسانی با چنین تفسیری، موجودی دست و پا بسته نیست، بلکه هر چه بهتر می‌تواند در وضع موجود تغییر ایجاد کند.

۱. فریره عقیده دارد که ساختارهای عادلانه با سخنان آرمان‌گرایانه به دست نخواهد آمد. برای اینکه ستمدیدگان بتوانند تلاش برای آزادی را آغاز کنند، باید واقعیت ستم را دریابند، اما نه به صورت جهان بسته‌ای که هیچ راه گریزی از آن نیست، بلکه به صورت وضع محدودکننده‌ای که می‌توان آن را دگرگون کرد و این دقیقاً همان جایی است که جرم‌شناسی پست‌مدرن می‌گوید سوژه انسانی در عین منفعل بودن، نقش فعالانه هم می‌تواند داشته باشد.

۲. برای مطالعه در مورد اینکه یک معلم چگونه می‌تواند دانش‌آموزانی نقاد تربیت کند تا ساختارهای اجتماعی ستمگرانه را تغییر دهند و نهایتاً گفتمان‌های جدید کمتر آسیب‌رسان باشند و تولید مجرم کنند. ر.ک: فریره، ۱۳۹۴.

۳. هیچ نظام ستمگرانه‌ای تا کنون به ستمدیده مجال نداده است پیرسد چرا؟ (همو، ۱۳۵۸: ۸۱).

## نتیجه گیری

تمام تلاش جرم‌شناسی، تحلیل رفتار انسان، پیش‌بینی آن و سوق دادنش به سمتی است که کمتر آسیب‌رسان باشد. در نتیجه انسان، قهرمان اصلی جرم‌شناسی است. برنامه‌ریزی برای کنترل جرم بدون شناخت انسان به عنوان مرتکب رفتار مجرمانه، همچون خوردن دارو به بیمار بدون شناخت بیمار، بیماری و میزان واکنش سیستم بدن به داروست. در نظریه‌های جرم‌شناسی، انسان‌ها در دو بعد فردی و اجتماعی و در هر بعد در کشاکش بین اجبار و آزادی به سر می‌برند. البته در این بین، نظریه‌های فردی بسیار سریع عرصه را به نظریه‌های اجتماعی باختند و رویکرد جرم‌شناسی به انسان، رنگ و بوی جامعه‌شناختی به خود گرفت. موضوعی که در این نظریه‌ها هر از گاهی گوی سبقت را از دیگری می‌ربود، این بود که آیا انسان موجودی اجتماعی و در گیر و بند ساختارهای اجتماعی و همچون مومی برساختی اجتماعی است، یا انسان موجودی کنشگر و فعال، سازنده ساختارهای اجتماعی است و جامعه همچون بومی منقش به رنگ‌های عاملان انسانی می‌باشد؟ به معنای دیگر، موضوع چالش‌برانگیز در نظریه‌های جرم‌شناسی این بود که ما تا چه اندازه کنشگران انسانی خلاق هستیم و شرایط زندگی خود را فعالانه کنترل می‌کنیم؟ یا اینکه آنچه انجام می‌دهیم (مانند ارتکاب جرم) نتیجه نیروهای خارج از کنترل و تحمیل شده بر ماست؟

در پاسخ به این سؤالات برخی معتقدند که ساختارهای اجتماعی، نظام‌ها و نهادها، سازمان‌ها و تأسیسات خرد و کلان اجتماعی، موجب محدودیت توانایی‌ها، استقلال و اختیارات کنش کنشگران و فاعلان یا افراد و اعضای جامعه گشته و آن‌ها را محدود، مقید و معین می‌کند و موجب سلب اختیار و تصمیم از آن‌ها می‌شود. در مقابل، کسان دیگری نیز با تحلیل و باور به اختیار، نقش و تأثیر عاملیت یا فاعلیت آگاه انسانی و اراده و آزادی وی در چالش و مبارزه با موانع بیرونی، بر این نظرند که انسان می‌تواند سازمان‌ها یا ساختار اجتماعی را دگرگون سازد و بر آن تفوق داشته باشد. به معنای دیگر، نقطه تمرکز تئوری‌های خرد، کنشگر بودن افراد انسانی است و نقطه تمرکز تئوری‌های کلان، الزام‌آور بودن ساختارهای اجتماعی برای افراد انسانی است. انسان کنشگر،

انسانی است که با تفسیر شرایط اقدام به رفتار می‌کند، در حالی که انسان اسیر در ساختارهای اجتماعی صرفاً بنا بر الزامات ساختاری رفتار می‌کند. در جرم‌شناسی نظریه‌هایی مانند فشار از مرتون، جرم‌شناسی مارکسیستی یا فمینیستی، انسان را در غل و زنجیر ساختارهای اجتماعی می‌دانند و نظریه‌هایی مانند برجسب‌زنی و کنش متقابل اجتماعی، عامل انسانی را دارای درجه‌ای از آزادی دانسته و کنشگر تلقی می‌کنند. به‌طور کلی بر اکثر نظریه‌های جرم‌شناسی، دیدگاه «یا این یا آنی» مدرنیته حاکمیت دارد. اما در دهه ۱۹۹۰، جرم‌شناسی پست‌مدرن به وسیله برخی از اندیشمندان جرم‌شناسی انتقادی شکل گرفت و این جرم‌شناسی سعی کرد تا در تحلیل‌هایی که ارائه می‌کند، روش «هم این هم آنی» را نصب‌العین خود قرار دهد تا از افتادن در ورطه تک‌بعدی‌نگری خارج شود و تحلیلی نسبتاً صحیح‌تر ارائه کند.

از چشم‌انداز جرم‌شناسی پست‌مدرن، انسان‌ها از لحاظ اجتماعی، جهانشان را ساخت‌بندی می‌کنند، در حالی که همزمان توسط جهانی که خلق کرده‌اند، شکل داده می‌شوند. به معنای دیگر، انسان‌ها خود در ساخت ساختارهای اجتماعی نقش دارند، در حالی که همزمان توسط آن‌ها کنترل می‌شوند، اما قادرند که در این ساختارها تغییر ایجاد کنند، فلذا انسان‌ها در زنجیر ساختارها نیستند. شاید درک این موضوع جامعه‌شناختی در مقوله حقوق کیفری آسان‌تر باشد. انسان‌ها خود در شکل‌دهی ساختارهای مرتبط با حقوق اعم از قانون و نهادهای عدالت کیفری نقش دارند و به آن‌ها شکل می‌دهند، در حالی که همزمان توسط آن‌ها محدود می‌شوند، لکن می‌توانند در آن‌ها تغییر ایجاد کنند. انسان‌ها به وسیله وضع قوانین، خود به تعیین ساختار می‌پردازند، در حالی که همزمان اسیر قوانین نیز می‌شوند و به واسطه آن‌ها کنش‌های اجتماعی خود را تعیین می‌کنند. اما این امر همیشگی نیست، بلکه خود انسان‌ها می‌توانند در ساختارها و قوانین تغییر ایجاد کنند. آن‌ها قادرند تا با سرپیچی‌های مکرر از قانون، آن را بی‌اعتبار کرده و به تاریکخانه قوانین بفرستند و می‌توانند به طرق غیر قانونی مانند پرداخت رشوه یا با وضع قانون، نهادهای عدالت کیفری را به دلخواه خود تغییر دهند. دورزمانی نخواهد بود که قانون‌گذار در جرم‌انگاری‌نگهداری تجهیزات ماهواره‌ای تجدیدنظر کند و دیرزمانی نیز از تغییر قانون مجازات اسلامی در باب

مجازات سنگسار و تبدیل آن به صد ضربه شلاق و همچنین تبدیل مجازات اعدام برای فاعل لواط به صد ضربه شلاق نمی‌گذرد. همچنین تغییراتی که قانون‌گذار در برخورد شدید با مجرمان اقتصادی داده است، مانند انتشار حکم قطعی آن‌ها در روزنامه رسمی در ماده ۳۶ ق.م.ا. یا عدم تعلیق مجازات آن‌ها در بند ۳ ماده ۴۷ ق.م.ا. و یا فقدان شمول مرور زمان بر آن‌ها در ماده ۱۰۹ ق.م.ا.، نشانه‌های تأثیرگذاری سوژه انسانی بر ساختارهای اجتماعی است. بدین‌سان هرچند انسان‌ها در بند ساختارهای اجتماعی هستند، اما همزمان در شکل‌گیری و تغییر آن‌ها نقش ایفا می‌کنند و نمی‌توان آن‌ها را پرندگان در قفس ساختارها دانست.

مجرم نیز یک موجود اجتماعی است که علی‌رغم اینکه گفتمان‌های حاکم و مسلط در مجرم شدن و برساختی مجرمانه از او نقش دارند، اما در عین حال مجرم در هنگام ارتکاب جرم دارای قدرت است و از این قدرت برای خلق تفاوت میان خود و دیگران استفاده می‌کند. به معنای دیگر، درست است که مجرم محصول گفتمان حاکم بر زمان خود است، اما اگر در این تأثیرپذیری، او را دست و پا بسته و منفعل کامل تلقی کنیم، چگونه می‌توانیم سخن از تغییر گفتمان‌ها یا ساختارها بگوییم؟ گفتمان‌ها محصولات انسانی هستند و خود موجوداتی جاندار نیستند، فلذا در جرم‌شناسی پست‌مدرن، سوژه انسانی همزمان آزاد و در بند است و برای اینکه مجرم کمتری داشته باشم، باید گفتمان‌های آسیب‌رسان را که از افراد مجرم می‌سازند، کاهش دهیم و برای اینکه در گفتمان‌ها تغییر ایجاد کنیم، باید انسان‌های گفتمان‌ساز بیشتری تربیت کنیم و این مهم امکان‌پذیر نیست جز از طریق آموزش و پرورش مسئله طرح‌کن و گفت و شنود. باید انسان‌هایی تربیت کرد که بدانند در ساخت دنیایی بهتر و کمتر آسیب‌رسان می‌توانند نقش ایفا کنند و به این امر باور داشته باشند.

## کتاب‌شناسی

۱. احمدی، بابک، معمای مدرنیته، چاپ نهم، تهران، نشر مرکز، ۱۳۹۳ ش.
۲. تسلیمی، علی، تحلیل سه قطره خون با رویکرد جامعه‌شناسی ساختگر، شماره‌های ۷-۸، ۱۳۸۸ ش.
۳. جیمسون، فردریک، پست‌مدرنیسم، منطق فرهنگی سرمایه‌داری متأخر، چاپ چهارم، تهران، هرمس، ۱۳۹۰ ش.
۴. حسنی، سیدمحمدرضا و هادی موسوی، «تبیین و تحلیل مبانی انسان‌شناختی آگوست کنت در پارادایم اثباتی»، روش‌شناسی علوم انسانی، سال نوزدهم، شماره‌های ۷۴-۷۵، بهار و تابستان ۱۳۹۲ ش.
۵. خدایی، بهاره، آموزه‌های جرم‌شناسی فمینیستی و تأثیر آن بر تحولات حقوق کیفری، رساله کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۵ ش.
۶. سجویک، پیتر، دکارت تا دریدا، ترجمه محمدرضا آخوندزاده، تهران، نی، ۱۳۸۸ ش.
۷. سلیمی، علی و محمد داوری، جامعه‌شناسی کجروی (مجموعه مطالعات کجروی و کنترل اجتماعی)، چاپ ششم، تهران، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۳ ش.
۸. شیروی، مهسا و حنظلہ رستمیان، «بررسی نقش اراده در تحقق مسئولیت کیفری در نظریات جرم‌شناختی و تأثیر آن بر مسئولیت کیفری منحرفین جنسی»، فصلنامه حقوق پزشکی، سال پنجم، شماره ۱۷، تابستان ۱۳۹۰ ش.
۹. شیرزی، عباس، تقریرات درس جرم‌شناسی، دوره کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران، ۱۳۹۱ ش.، قابل دسترسی در کانال تلگرام به نشانی @drabasshiri.
۱۰. صدیقی، بهرنگ، «تئوری ساخت‌یابی آنتونی گیدنز: پیامدهای تئوریک، روش‌شناختی و کاربرد عملی آن در جامعه‌شناسی»، فصلنامه پژوهش اجتماعی، سال سوم، شماره ۹، زمستان ۱۳۸۹ ش.
۱۱. فریار، اکبر، «مروری بر پدیدارشناسی و جامعه‌شناسی پدیداری»، فصلنامه علوم اجتماعی، دوره سوم، شماره‌های ۵-۶، زمستان ۱۳۷۳ ش.
۱۲. فریره، پائولو، آموزش ستم‌دیدگان، ترجمه احمد بیرشک و سیف‌الله داد، تهران، خوارزمی، ۱۳۵۸ ش.
۱۳. کاظمی جویباری، مهدی، پست‌مدرنیسم و بازخوانی اندیشه کیفری، رساله دکتری دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۴ ش.
۱۴. گلدوزیان، حسین، جرم در سنجه جرم‌شناسی پست‌مدرن، رساله دکتری دانشگاه مازندران، ۱۳۹۶ ش.
۱۵. لک‌زایی، شریف، «مبانی اندیشه آنتونی گیدنز: نظریه‌پرداز ساخت‌یابی»، رهیافت‌های سیاسی و بین‌المللی، شماره ۲۴، زمستان ۱۳۸۹ ش.
۱۶. مقدس، علی‌اصغر و حسین قدرتی، «نظریه ساختاری شدن آنتونی گیدنز و مبانی روش‌شناختی آن»، مجله علوم اجتماعی دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه فردوسی مشهد، سال اول، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۳ ش.
۱۷. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، تقریرات درس جامعه‌شناسی جنایی، دوره کارشناسی ارشد دانشگاه تهران، ۱۳۷۵ ش.، قابل دسترسی در وبگاه <www.lawtest.ir>.
۱۸. همو، تقریرات درس جامعه‌شناسی جنایی، ویراست هفتم مباحثی در علوم جنایی، دوره کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۴ ش.، قابل دسترسی در وبگاه <www.lawtest.ir>.
۱۹. همو، تقریرات درس جرم‌شناسی، ویراست هفتم مباحثی در علوم جنایی، دوره کارشناسی حقوق دانشگاه شیراز، ۱۳۷۰ ش.، قابل دسترسی در وبگاه <www.lawtest.ir>.

۲۰. همو، *تقریرات درس جرم‌شناسی (کنترل اجتماعی جرم و واکنش اجتماعی)*، ویراست هفتم مباحثی در علوم جنایی، دوره کارشناسی ارشد دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۱ ش.، قابل دسترسی در وبگاه <www.lawtest.ir>.

۲۱. همو، «علوم جنایی در رویارویی با رویدادهای سیاسی (درآمدی بر تحولات حقوق کیفری و جرم‌شناسی در پرتو انقلاب مارکسیستی - لنینیستی روسیه)»، در: *دایرةالمعارف علوم جنایی*، کتاب چهارم، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، میزان، ۱۳۹۸ ش.

۲۲. والک لیت، ساندر، *شناخت جرم‌شناسی*، ترجمه حمیدرضا ملک‌محمدی، تهران، میزان، ۱۳۸۶ ش.

23. Bak, Andrew, "Constitutive Criminology: An Introduction to the Core Concepts", in: *Constitutive Criminology at Work (Application to Crime and Justice)*, Stuart Henry & Dragan Milovanovic (Eds.), 1997.

24. Barak, Gregg & Stuart Henry & Dragan Milovanovic, "Constitutive Criminology: An Overview of an Emerging Postmodernist School", B. MacLean & Dragan Milovanovic (Eds.), *Critical Criminology*, Vancouver, Collective Press, 1997.

25. Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Batoche Books Kitchener, 2000.

26. Einstadter, Werner & Stuart Henry, *Criminological Theory an Analysis of Its Underlying Assumptions*, Rowman and Littlefield Publisher, USA, 2006.

27. Henry, Stuart, "The Challenges of Integrating Criminology: A Commentary on Agnew's Toward a Unified Criminology", *Journal of Theoretical and Philosophical Criminology*, Vol. 4(2), July 2012.

28. Henry, Stuart & Dragan Milovanovic, "Constitutive Criminology: The Maturation of Critical Theory", in: *Postmodernist and Post-Structuralist Theories of Crime*, Bruce Arrigo & Dragan Molovanovic (Eds.), Ashgate Publication, 2010.

29. Henry, Stuart & Dragan Milovanovic, *Constitutive Criminology Beyond Postmodernism*, Sage Publication, 1996.

30. Milovanovic, Dragan, "Legalistic Definition of Crime and an Alternative View", *Journal of Legal and Social Sciences*, The Annals of the Faculty of Law in Belgrade, 2006.





# تَرْجَمُ حِكْمَهُمَا

## موجز المقالات

### تاريخ الإدانة الجنائية كدليل على «الحالة الخطرة» وتطبيقها على عقوبات السجن البديلة

□ عبد العليّ توجّهي (أستاذ مشارك بجامعة شاهد)

□ إبراهيم زارع (طالب دكتوراه في القانون الجنائيّ وعلم الجريمة بجامعة طهران، برديس فارابيّ)

تمّ تقديم مفهوم «الحالة الخطرة» في القرن التاسع عشر وعلى أساس ضرورة توفير الدفاع الاجتماعيّ من قبل منظري المدرسة الوضعيّة. يمكن رؤية الآثار التشريعيّة لهذا المفهوم والتشريع القائم على مفهوم الخطر في كافّة أنحاء قانون العقوبات الإسلاميّ. ما يضيفى مصداقيّة على كلّ هذه التحليلات الجنائيّة هو النموذج التشريعيّ الذي يحدّد كفاءة وفعاليّة الكيان القانونيّ. تتناول هذه المقالة دراسة الشروط الاختصاصيّة لوجود سجل إدانة جنائيّة تستند إلى مفهوم الخطر، في عقوبات السجن البديلة (الفقرات ألف وب المادّة ٦٦ ق.م.ا). بشكل مستقلّ وكذلك مقارنة هذا المفهوم في مؤسّسات القانون الأخرى من أجل تقييم مفهوم الخطر في هذا الكيان القانونيّ، وعلى أساس ذلك تقييم أداء المشرّع في الاستفادة من مفاهيم علم الجريمة. ما يتبادر إلى الذهن في بداية الأمر

هو الاستخدام الصحيح والسليم لهذا المفهوم، ولكن بعد تحليل هذه المادة سيّضح أنّه بالإضافة إلى الثغرات وأوجه القصور الموجودة في هذه المادة، فإنّ استخدام المشرّع لمفهوم حالة الخطر مقارنة بجميع المؤسسات القانونيّة فيه إشكال. كذلك سيظهر أنّ الاستعمال غير المناسب لمفهوم حالة الخطر بخصوص العقوبات البديلة للسجن من قبل المشرّع تشمل مصاديق لحالة الخطر لا تستحقّ الاهتمام، ومن جهة أخرى تمّ إهمال أشكال أخرى من مصاديق الحالة الخطرة والتي هي هامّة وتستحقّ الاهتمام. وقد أدّى أداء المشرّع إلى أن يتعرّض مفهوم حالة الخطر لنوع من الازدواجيّة مقارنة ببدائل السجن مع مؤسسات إنفاذ القانون الأخرى وبالتالي أدّى إلى التعطّل التام وعدم الانسجام في التشريعات.

الكلمات الأساسيّة: مفهوم الخطر، العقوبات البديلة للسجن، مصاديق الخطر، سجل الإدانة الجنائيّة.

## المبادئ والنطاق والآثار الفقهيّة - القانونيّة «للحق في الصّحة»

### للسجناء الذين يعانون من «مرض مستعص»

□ على مراد حيدر

□ أستاذ مشارك بجامعة السيّدة المعصومة (عليها السلام)

يعانى الكثير من المدانين الجنائيّين قبل ذهابهم إلى المحاكمة أو السجن من أمراض يصعب علاجها وتعرف باسم «مستعصية» في الفقه الجنائيّ يتمّ تأخير تنفيذ العقوبة البدنيّة للمرضى أو إلغائها. وضع قانون العقوبات الإيرانيّ آليات علاجية مختلفة للمرضى المدانين. بما في ذلك المادة ٥٠٢ من قانون أصول المحاكمات الجنائيّة، فإذا كان تنفيذ العقوبة سيّشدّد المرض أو يؤخّر الشفاء منه، يتمّ تأخير تنفيذه، وإذا لم يكن هناك أىّ أمل في تحسّن المريض، يتمّ استبداله «بعقوبة أخرى» من الناحية التطبيقية. فإنّ هذا العمل يستند إلى مفهوم «القدرة على تحمّل العقوبة» حيث يتمّ إحراز ذلك من قبل الطّب الشرعيّ. السؤال الأوّل هو ما إذا كان المعيار الطّبّي كافياً لإحراز القدرة على تحمّل العقوبة أم لا؟ والسؤال الثاني هو إمكانيّة أو استحالة استخدام مؤسسات أخرى غير التأجيل أو استبدال العقوبة. تتمثّل فكرة المقابلة في ضرورة تطبيق المعيار «الطّبّي» -

القضائي» في إحراز قدرة تحمل العقوبة على أساس «المرض المستعصي»، واعتماداً على الظروف الصحيّة والاحتياجات الطّبيّة لإدارة السجن فإن أفضل حلّ هو «الإعفاء الجنائي» للسجين الذي لديه مرض مستعص.

الكلمات الأساسيّة: الحقّ في الصحّة، السجن، مرض مستعص، القدرة على تحمّل العقاب، الإفلات من العقاب.

### جرائم الحرب وتفاعلها مع الجرائم ضدّ الإنسانيّة والإبادة الجماعيّة

□ محسن قدير (أستاذ مساعد بجامعة قم)

□ مهديّ كيخسرويّ (طالب دكتوراه في القانون الدوليّ بجامعة قم)

تعتبر جرائم الحرب أول وأقدم وأهمّ الجرائم الدوليّة. في المجال التعاقدّي، يوسّع النظام الأساسيّ للمحكمة الجنائيّة الدوليّة، بطريقة عبقرية وتقدّميّة، نطاق جرائم الحرب ليشمل النزاع المسلّح غير الدوليّ بالإضافة إلى النزاع المسلّح الدوليّ، وبالتالي يمكن القول أنّ نظام الازدواجيّة قد اعترف لأول مرّة بازدواجيّة جرائم الحرب بشكل رسميّ. ومع ذلك، في القانون الجنائيّ الدوليّ، من ناحية، لا توجد وحدة رأى بشأن الإطار المفاهيميّ لجرائم الحرب. ومن ناحية أخرى، في النظام الأساسيّ المذكور أعلاه لا توجد قواعد بشأن العلاقة بين أبعاد جرائم الحرب، وبشكل عامّ، التمييز بين جرائم الحرب والجرائم ضدّ الإنسانيّة والإبادة الجماعيّة. هذه الأمور تؤدّي إلى اختلاط الجرائم المطروحة وبالتالي ظهور الاختلافات الجنائيّة على الصعيد الدوليّ. تسعى هذه المقالة إلى توضيح النطاق المفاهيميّ لجرائم الحرب في القانون الجنائيّ الدوليّ من خلال التحليل المتبادل للقواعد التي تحكم أبعاد جرائم الحرب والجوانب المتمايزة لجرائم الحرب مع الجرائم ضدّ الإنسانيّة وكذلك الإبادة الجماعيّة.

الكلمات الأساسيّة: النظام الداخليّ للمحكمة الجنائيّة الدوليّة، النظام المزدوج في ازدواجيّة جرائم الحرب، الانتهاكات الجديّة، جرائم ضدّ البشريّة، جرائم الإبادة، المسؤولين الحكوميين، المدّيين.

## التحقيق في عقد الأمان في حماية حياة الكافر المستأمن (القتل العمد)

### من وجهة نظر الفقه والمادة ٣١٠ من قانون العقوبات الإسلامي

- مهديّ معظّمىّ گودرزىّ (طالب دكتوراه في القانون الدوليّ بالجامعة الرضويّة للعلوم الإسلاميّة)
- أحمد مؤمنىّ راد (أستاذ مساعد بجامعة طهران)
- محمّد معظّمىّ گودرزىّ (طالب ماجستير في القانون الجنائيّ بجامعة طهران، بريس فارابيّ)

من بين الأحكام المترتبة على حقّ المواطنة عن طريق عقد الأمان، حماية الحياة (القتل العمد) ممّن حصل على حقّ المواطنة (الكافر المستأمن) والتي تتمثّل في جانبين؛ إيجابيّ بمعنى معاقبة المتعرّضين لأرواح المواطنين، والسلبيّ والذي هو بمنزلة تخفيف عقوبة المواطن تجاه غير المواطن. لكن القضية التي تمّت مناقشتها في هذا المقال هي نوع الدعم الذي نوّقه للكافر المستأمن في مجال دعم الحياة (القتل العمد) بكلّ من أبعاده من منظور الفقهاء الإماميّة، وإلى أيّ مدى تجلّى ذلك في إطار المادة ٣١٠ من قانون العقوبات الإسلامي التي تكفّلت بهذا الأمر الهامّ. يخلص هذا المقال الذي كتب بمنهج تحليليّ - وصفيّ إلى نتيجة مفادها أنّ حماية حياة الكافر المستأمن في الجانب الإيجابيّ، في حال كان قاتل الكافر المستأمن مسلم، هو السجن، وفي حال كان القاتل غير مسلم فإنّه يحكم بالقصاص. أمّا حماية حياة الكافر المستأمن في الجانب السلبيّ، فإنّ عقوبته السجن في حال كان المقتول كافر حربيّ، ويحكم بالقصاص في الحالات الأخرى. لقد انعكس هذا النهج، على الرغم من وجود أوجه قصور، في المادة ٣١٠ من ذلك القانون.

الكلمات الأساسيّة: عقد الأمان، الاستيطان، حقّ المواطنة، الكافر، مستأمن.

### الحقّ في التعويض والترميم للضحيّة

#### والتحدّيات التي تواجه المحكمة الجنائيّة الدوليّة

- ندا نيازمندي (طالب دكتوراه في القانون الجنائيّ وعلم الجريمة بجامعة آزاد الإسلاميّة، طهران)
- مهرداد رايحيان أصلّيّ (أستاذ مساعد بمعهد أبحاث البحث وتطوير العلوم الإنسانيّة)

على الرغم من أنّ «النظام الأساسيّ للمحكمة الجنائيّة الدوليّة» و«القواعد الإجرائيّة

وقواعد الإثبات» يختلفان في نهجهما تجاه الوثائق الدولية الأخرى حتى اعتماد النصوص المذكورة أعلاه، إلا أنّهما يركّزان بشكل خاصّ على ضحايا الجريمة المحليّة الخاضعين لولايتها القضائيّة. لكنّ مسألة التعويض والترميم للمجنيّ عليه باعتباره واحد من الحقوق التي يفترض أنّها توازي المحاكمة العادلة للمتهم، تحتاج إلى الشفافيّة وتوضيح القواعد التي تحكمها. في هذه المقالة وضمن الاستفادة من المنهج التحليليّ - الوصفيّ، تمّ في البداية تناول موضوع الحقّ في التعويض وترميم الضحيّة ودراسة مكائنها في «النظام الأساسيّ للمحكمة الجنائيّة الدولية» والوثائق الدوليّة ذات الصلة مثل إعلان عام ١٩٨٥ ومبادئ منظّمة الأمم المتّحدة لعام ٢٠٠٥. بعد ذلك سيتمّ تحليل أنواع التعويض وترميم الضحيّة في هذه الوثيقة الدوليّة والتحدّيات المرتبطة بها من خلال الثغرات وأوجه القصور الموجودة. بعد ذلك ستتمّ دراسة أمثلة من أنشطة المحكمة حول الموضوع المذكور للاطلاع على أداء المحكمة بعد مرور أكثر من عقد على انطلاق عملها، والتزامها بنهج محوريّة المجنيّ عليه الوارد في النظام الأساسيّ للمحكمة. وفي النهاية وبعد معرفة ودراسة هذه الحالات والتحدّيات، تمّ اقتراح ضرورة إعادة النظر في مفاد النظام الأساسيّ وكذلك تدوين قواعد وأحكام خاصّة بواسطة الجمعية العامّة للدول الأعضاء في سياق تحقيق التعويض للمجنيّ عليه.

الكلمات الأساسيّة: المجنيّ عليه، المحكمة الجنائيّة الدوليّة، النظام الأساسيّ، التعويض والترميم.

## حقوق دفاع المتهم في بدائل الملاحقة الجنائيّة

□ محمّد مهديّ ساقيان

□ أستاذ مشارك بجامعة طهران

أدخل قانون أصول المحاكمات الجنائيّة لعام ٢٠١٣ في ضوء تطوّرات القانون المقارن في السنوات الأخيرة العديد من المؤسسات والآليات في نظام العدالة الجنائيّة الإيرانيّ الذي من خلال ظهور العدالة التوافقية، تمّ تعليق ملاحقة المتهم مقابل إجراء بعض الأمور المقترحة من قبل الادّعاء أو المصالحة مع المدّعي. إنّ التنفيذ الصحيح لهذه الاستراتيجيات، والتي يشار إليها باسم بدائل الملاحقة الجنائيّة، سيؤدّي إلى قصر

تدخل النظام الجنائي والتسريع في تسوية النزاعات عن الجريمة، مما يتيح للمتهم الفرصة ومن دون المشاركة في عملية التحقيق، البقاء آمناً من إصاق علامة الإجرام به وتعويض أضرار المجنى عليه في فترة قصيرة. ومع ذلك فإن بدائل الملاحقة الجنائية تواجه تحديات مثل الوضع المبهم لحقوق المدعى عليه. في الحقيقة، تثير طبيعة مثل هذه الإجراءات العديد من الأسئلة، بما في ذلك ما إذا كان الحق في الدفاع في هذه الإجراءات يختلف عن الإجراءات الجنائية العادية. وهل يتم مراعاة هذه الحقوق في هذه الطرق مثل الحقوق التقليدية؟ تسعى هذه المقالة إلى توفير الحلول المناسبة لتعزيز هذه الحقوق من خلال دراسة وانتقاد حقوق المتهم في بدائل الملاحقة القضائية.

الكلمات الأساسية: قانون الدفاع، الملاحقة الجنائية، العدالة التصالحية، العدالة التصحيحية، بدائل الملاحقة الجنائية.

## الشهادة من خلال الفيديو كونفرانس

### والإجراءات الجنائية الدولية في قبولها

□ هيبه الله نژندی منش (أستاذ مساعد بجامعة العلامة الطباطبائي)

□ وحيد بذار (دكتوراه في القانون الدولي بجامعة العلامة الطباطبائي)

لقد أثرت تقنيات الاتصالات الجديدة التي أصبحت بارزة بشكل متزايد مع ظهور الإنترنت على معظم مجالات القانون الدولي. بما في ذلك الإجراءات القضائية الدولية. أداء الشهادة عن طريق مؤتمر الفيديو هي إحدى الحالات التي تثير مسألة استخدام التكنولوجيا في المحاكم الجنائية الدولية. هذه المحاكم التي قبلت في البداية العديد من الشروط المسبقة لقبول الشهادة من خلال الاتصال المرئي فقط في حالات استثنائية للغاية، تدريجياً ومع النمو المتزايد للتكنولوجيا، توسعت في تفسير كفاءتها في تبنى مثل هذا المفهوم على نطاق واسع. كما هو الحال في عملية تغيير نهج المحاكم الجنائية الدولية بما في ذلك المحكمة الجنائية الدولية اليوغوسلافية السابقة، والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا، والمحكمة الخاصة لسيراليون والمحكمة الجنائية الدولية بالنسبة لقبول أداء الشهادات عن طريق الفيديو كونفرانس، تمكنت الاتصالات الحديثة من فرض نفسها على الساحة القضائية الدولية كحقيقة موضوعية في المجتمع الدولي.

الكلمات الأساسية: الشهادة، فيديو كنفرائس، المحكمة الجنائية الدولية اليوغوسلافية السابقة، المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، المحكمة الخاصة لسيراليون.

٣١١

## الجرائم ضدّ الشعاب المرجانية من منظور قانوني وإيدائي

□ صبوري پور (أستاذ مساعد بجامعة الشهيد بهشتي)

□ أصغر أحمدى (ماجستير في القانون الجنائي وعلم الجريمة)

يتمّ اليوم تدمير مجموعة واسعة من الشعاب المرجانية في العالم أو معرضة لخطر الإنقراض، وبالتالي فإنّ الأضرار التي لحقت بالشعاب المرجانية تسببت بأضرار في النظام الإيكولوجي البحري. وبالتالي فإنّ السؤال الذي يطرح نفسه هو ما إذا كان المشرّع الإيراني اعترف بالجرائم ضدّ الشعب المرجانية. تعتمد إجابة هذا السؤال على النهج المتبع. في النهج القانوني وعلى الرغم من أنّ الجرائم ضدّ الشعاب المرجانية لم يتمّ الاعتراف بها بشكل رسمي، لكن بشكل عامّ يمكن التحدّث عن الجرائم ضدّ هذه الأنواع. ولكن في نهج الإيذاء الأخضر، لم تظهر الجرائم ضدّ الشعب المرجانية في القانون. لهذا السبب، تستند هذه المقالة على محورين: الأول، الجرائم ضدّ الشعب المرجانية في ضوء القانون الجنائي الإيراني الذي يشمل ثلاثة سلوكيات هي الصيد، التدمير المتعمد وتلوّث مياه البحر؛ والثاني الجرائم ضدّ الشعب المرجانية في ضوء الإيذاء الأخضر الذي يسعى إلى تحديد الممارسات القانونية التي تسبب ضرراً للشعاب المرجانية غير المدرجة في القوانين الجنائية، وتشمل ثلاثة سلوكيات هي تحلية مياه البحر، العمليات النفطية والتدمير غير المتعمد. والنتيجة هي أنّه على الرغم من أنّ القانون الجنائي الإيراني قد تنبأ بسلوكيات الإيذاء العامة ضدّ البيئة البحرية، حيث يمكن التعرّف على الجرائم المرتكبة ضدّ الشعاب المرجانية في ضوء هنّ ولكن لم يتمّ الاهتمام بشكل خاصّ بالجرائم ضدّ الشعب المرجانية. ولذلك وفي ضوء منهج الإيذاء الأخضر يجب تجريم السلوكيات المدمرة بشكل واسع النطاق والتي ترتكب ضدّ الشعاب المرجانية.

الكلمات الأساسية: الشعاب المرجانية، البيئة البحرية، الإيذاء الأخضر، السياسة الجنائية الإيرانية.

## «العقلانية الجنائية»: القيود والتحديات (مع التأكيد على الجرائم العنيفة)

- فرهاد الله وردى (أستاذ مساعد بجامعة مازندران)
- على مهرايى (ماجستير فى القانون الجنائي وعلم الجريمة)

إن نظرية الاختيار العقلاني في مجال العلوم الجنائية، والذي نشير إليها في هذا المقال باسم «العقلانية الجنائية»، هي بمثابة ما بعد الرواية التي تعمم مشكلة المحاسبة على جميع الجناة بطريقة عززت دائماً منع الجريمة والاستجابة المناسبة لزيادة تكاليف ارتكاب الجريمة. اليوم وبسبب عدم كفاءة النهج القائمة على الردع، فإن هناك شكوك كثيرة حول الفرضيات المسبقة لذلك، يعنى نظرية الاختيار العقلاني. مع وجود هذا الشك يبدو أن جوهر نظرية الاختيار العقلاني لا يزال مرتبطاً بمنطق القانون الجنائي في العديد من النظم القانونية، وأن النظرية هي التي توجه سياسات مكافحة الجريمة. نسعى في هذه المقالة وبنهج نقدي شرح القيود والتحديات التي تواجه نظرية الاختيار العقلاني في مجال العلوم الجنائية والتركيز على الجريمة العنيفة لمواصلة النقاش. مجال الجريمة العنيفة على الرغم من أنها هي نفسها الهدف الأساسي للسياسة والبرامج النابعة عن نظرية الاختيار العقلاني، لكن يمكن وبسهولة إعادة تمثيل قيود وتحديات هذه النظرية. نتيجة النقد الدقيق والشامل «التصور الشائع» لنظرية الاختيار العقلاني هو إعادة قراءة «سياسات مكافحة الجريمة الشائعة». في ضوء هذا النقد وفهم القيود والتحديات تعطى الإمكانيّة لطرح قراءات جديدة لهذه النظرية.

الكلمات الأساسية: الاختيار العقلاني، الجرائم العنيفة، المعرفة، الردع.

## إعادة قراءة فلسفية - اجتماعية للموضوع الإنساني في علم الإجرام مع التركيز على النظرية المتكاملة لعلم الإجرام ما بعد الحداثة

- حسين گلدوزيان
- أستاذ مساعد بجامعة گلستان

أحد المواضيع الأساسية في علم الإجرام والتي تؤثر على اتخاذ آليات مختلفة بالنسبة لمعرفة العلة وطرق الوقاية من الجريمة، معرفة الإنسان بصفته مرتكب للجريمة. الإنسان



كائن حرّ أم مجبر؟ الإنسان موجود منفصل عن المجتمع أم موجود اجتماعي؟ يهدف هذا البحث إلى إعادة النظر في نظريات علم الإجرام بطريقة وصفية تحليلية ودراسة ما أجاب كلّ واحد منهما على هذين السؤالين، وفي النهاية تحليل النظرية المدمجة لعلم الجريمة ما بعد الحداثة فيما يتعلّق بالموضوع الإنسانيّ لمرتكب الجريمة. نظرت النظريات المبكرة لعلم الإجرام إلى الإنسان على أنّه كائن منفصل عن المجتمع ومن بينها، أكّد البعض على الدور النشط للموضوع الإنسانيّ، مثل المدرسة الكلاسيكية، ورأى البعض، مثل علم الجريمة الواقعيّ أنّ البشر ككيان مجبر ذو مصير لا مفرّ منه. مع تأثير تعاليم علم الاجتماع في علم الإجرام، تحوّلت الكائنات البشريّة من كائنات فردية إلى كائنات اجتماعية، ولكن من النظريات الفلسفية مثل علم الإجرام الماركسيّ، رأت أنّ موضوع الإنسان كان سلبياً، ونُهج مثل وضع العلامات تؤمن بأنّ الشخص البشريّ نشط. بشكل عامّ، بقي علم الإجرام حتّى التسعينيات بين خيارين ألف: الإنسان حرّ بخيارات لا حصر لها، وب: الإنسان مجبر مع مصير محتوم في الاختيار والشكّ، والخيار ج: الذي يجمع بين الخيارين ألف وب ليس اعتقاداً سائداً في هذا الوقت. لكن منذ ذلك العقد، يعتبر علماء الإجرام في فترة ما بعد الحداثة، بالتأسيّ بنظرية أنطوني كيدنز، وفي الوقت الذي يقبلون به باجتماعية الإنسان، فإنّهم يعتبرونه ضمن الهياكل الاجتماعية ومنشأً للهياكل الاجتماعية، وفي نفس الوقت بالتأكيد على الدور المؤثّر للهياكل الاجتماعية، وبعبارة أدقّ، الخطاب، فإنّهم لا ينكرون الوجود الفاعل للإنسان. يشدّد علماء الإجرام في فترة ما بعد الحداثة على التعليم والخطاب لتعزيز الدور الفعّال للإنسان في تشكيل الخطابات حيث يتحوّل البشر من كائنات سلبية إلى أفراد نشطين وخطابيين.

الكلمات الأساسية: الموضوع البشريّ، الهيكل الاجتماعيّ، علم الجريمة ما بعد الحداثة، النظرية الهيكلية، النظرية المدمجة.





a: free man with countless choices, and b: man with an inevitable destiny, and a choice “c” that combines “a” and “b” wasn’t a trendy belief of that time. Starting this decade however, postmodern criminologists, by appealing to Anthony Giddens’s constructivist theory, while accepting the sociality of man, regard him as both a social constructor and a social shaper, and, more precisely do not deny human active role emphasizing on influential role of social structures at the same time. Postmodern criminologists emphasize on education for the purpose of reinforcing the active role of human beings in shaping discourses whereby human beings are transformed from passive beings into active and discursive individuals.

**Keywords:** *Human subject, Social structure, Postmodern criminology, Combined theory.*

that new readings of this theory are made possible.

**Keywords:** *Rational choice, Violent crimes, Cognition, Deterrence.*

## **Philosophical-Sociological Review of the Human Subject in Criminology with an Emphasis on the Combined Theory of Postmodern Criminology**

□ *Hussein Goldoozian*

□ *Assistant professor at University of Golestan*

One of the fundamental issues in criminology that influences the adoption of different approaches to etiology and crime prevention strategies is recognizing human as the committer of crime. Is man a free being or not? Is it a social being or separated from the society? This study wants to review theories of criminology in a descriptive-analytical way and examine how each of them has answered these two questions, and finally, describes the combined theory of postmodern criminology in relation to the human subject who commits a crime. Early theories of criminology regarded human beings as a separate entity from society, and among them, some emphasized the active role of the human subject, such as the classical school and some, like Positivist criminology, saw man as a compelling being with inevitable destiny. With the influence of sociology's teachings on criminology, man changed from individual to social being, but from a philosophical point of view, theories such as Marxist criminology held the passivity of the human subject and approaches such as labeling believed in the activity of the human subject. In general, criminology, until the 1990s, was hesitant between two options,

**Keywords:** *Coral reefs, Marine environment, Green victim, Criminal policy of Iran.*



## **“Criminal Rationality”; Restrictions and Challenges (With Emphasis on Violent Crimes)**

□ *Farhad Allahverdi (Assistant professor at University of Mazandaran)*

□ *Ali Mehrabi (MA of Criminal Law & Criminology)*

The theory of rational choice in the criminal sciences, which we refer to in this article as “criminal rationality”, as a meta-narrative, has extended the problem of computation to all criminals in a way that has always considered the crime prevention and response strategy to increase the cost of committing the crime. Today, due to the inefficiency of deterrence-based approaches, there is also much doubt about its fundamental assumption, namely rational choice theory. Despite these doubts, it seems that the core of rational choice theory is still tied to the logic of criminal legislation in many legal systems, and that it is the theory that guides the crime control policies. In this critical article, with critical approach, we seek to explain the limitations and challenges of rational choice theory in the criminal sciences and focus on violent crime to further the discussion. The field of violent crime Although it is itself the primary target of policies and programs derived from rational choice theory, it can well represent the limitations and challenges of this theory. The result is a rigorous and comprehensive critique of the “common perception” of rational choice theory in the re-reading of “common crime control policies”. It is in the light of this critique and understanding of the limitations and challenges

## Crimes against the Coral Reefs from the Perspective of Law and Victimology

- *Mahdi Sabooripoor (Assistant professor at Shahid Beheshti University)*
- *Asghar Ahmadi (MA of Criminal Law & Criminology)*

Today a wide range of coral reefs in the world are either destroyed or in danger of extinction, and so the damage to coral reefs is causing marine ecosystem damage. That is, the question arises whether the Iranian legislature has recognized the crimes against coral reefs? The answer to this question depends on the approach taken. In the legal approach, although crimes against coral reefs have not been specifically recognized, crimes against such species can generally be spoken of. But in the green victimology approach, crimes have not emerged in law against coral reefs. For this reason, this paper is based on two main points: First, offenses against coral reefs in the light of Iranian penal law that encompasses three behaviors of capture, intentional destruction and seawater contamination; And second, offenses against coral reefs in the light of green victimology that seek to identify legal practices that cause “harm” to coral reefs which is not incorporated in criminal law; And three, it includes seawater desalination behavior, oil operations and unintentional destruction. The result is that although Iranian criminal law has predicted general delinquent behaviors against the marine environment that the offenses against coral reefs can be identified in the light of them, but in particular, the crime against coral reefs has not been addressed, and in the light of the green victimology approach it is necessary to criminalize the widespread destructive behaviors that are committed against coral reefs.

## Testifying Through Video Conferencing and The Procedure of International Criminal Tribunals in Its Acceptance

- *Heybatollah Nazhandi Manesh (Assistant prof. at Allameh Tabataba'i Univ.)*
- *Vahid Bazzar (PhD student of International Law)*

New communication technologies that have become increasingly prominent with the advent of the Internet have affected most areas of international law including international judicial procedure. Video conferencing is one of the cases that raises the topic of using technology in international criminal tribunals. These courts, which by initially introducing various Preconditions were accepting video testimony only in very exceptional cases, gradually and with increasing development of technology, interpreted their jurisdiction in a way to accept such matter. Indeed, as seen in the process of changing the approach of international criminal tribunals, including the international criminal tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), the international criminal tribunal for Rwanda (ICTR), the Special Court of Sierra Leone and the International Criminal Court for accepting testimony through videoconferencing, the modern communication technologies have been able to impose themselves to the field of judicial procedure as an objective reality in the international community.

**Keywords:** *Testimony, Videoconferencing, ICTY, ICTR, Special Court for Sierra Leone.*

## Defendant's Legal Rights in Criminal Prosecution Alternatives

- *Muhammad Mahdi Saghian*
- *Assistant professor at University of Tehran*

In the light of comparative law developments in recent years, the Criminal Procedure Code of 2013 has introduced numerous institutions and mechanisms into the Iranian criminal justice system that, through the emergence of a concurrent justice, prosecution of the accused is suspended in exchange for some of the orders suggested by the prosecutor or reconciliation with the plaintiff. Proper implementation of these strategies, which are interpreted as alternatives to criminal prosecution, has shortened the intervention of the criminal system and accelerated the resolution of disputes arising out of the crime, giving the accused an opportunity not to stay immune from criminal labeling without getting involved with the criminal process and compensating the victim's damages in a short time. Successors of prosecution, however, face challenges such as the ambiguous status of the defendant's rights. In fact, the nature of such proceedings raises many questions, including whether the right to defense in these proceedings differs from that of ordinary criminal proceedings? And are the defendants' rights observed in the same way as classical rights? This article seeks to provide appropriate solutions to these rights for these methods by studying and criticizing the legal rights of the accused in prosecution alternatives.

**Keywords:** *Defense rights, Criminal prosecution, Judiciary removal, Restorative justice, Correctional justice, Criminal prosecution alternatives.*



Although the ICC Statute and the Rules of Procedure and Evidence have a different approach to other international documents, until the adoption of the above texts, they have placed special emphasis on victims of crime within their jurisdiction. But the issue of compensating and restituting for the victim, as one of the rights that is assumed along with the judicial process for the defendant, requires clarification and specifying of the rules governing it. In the present article, while using the descriptive-analytical method, first the issue of the right to compensation and restitution for the victim and its place in the “Statute of the International Criminal Court” and related international documents such as the 1985 Declaration and the 2005 Principles of the United Nations is investigated. Then, the types of compensation and restoration of the victim in this international document and the challenges associated with it will be analyzed through the existing gaps and deficiencies. In the following, examples of the Court’s work on the issue are discussed to examine the Court’s performance more than a decade after its inception and its compliance with the statute’s victim-centered approach. Finally, recognizing and examining these issues and their challenges, the necessity of revising the provisions of the Statute as well as the formulation of specific rules and regulations by the General Assembly of States Parties has been proposed in order to meet compensation and repair for the victim.

**Keywords:** *Victim, ICC, Statute, Compensation and restitution.*

□ *Muhammad Moazami Goodarzi (MA student of Criminal Law & Criminology)*

One of the provisions of the right to citizenship through the contract of shelter is the life support (homicide) of the citizen (the sheltered infidel). This is followed by a positive aspect -meaning punishment for the offenders for the life of the citizen- and a negative which is as a punishment reduction of citizen against non-citizens. But the question discussed in this article is what kind of support we have for the infidel in the area of life support (premeditated murder) in both aspects, from the perspective of the Imamate jurists, and to what extent it is reflected under Article 310 ICL which is responsible for this important issue. This analytical-descriptive essay concludes, in the positive aspect, that life support for the sheltered infidel, will be sentenced to imprisonment if he is a Muslim, and in a case in which the murderer is a non-Muslim, he will be sentenced to retribution. But life support of the sheltered infidel in the negative aspect, is to sentence the perpetuator to imprisonment if the victim is a waring infidel, and to sentence to retribution otherwise. This approach is, to some extent, reflected in the article 310 ICL.

**Keywords:** *The contract of shelter, Sheltering, Citizenship right, Infidel, Sheltered man.*

## **The Right to Compensation and Restitution for the Victim and the Challenges Facing It in the International Criminal Court**

□ *Neda Niazmand (PhD student of Criminal Law & Criminology)*

□ *M. Rayejian Asli (Assistant professor at Research Institute of Humanities)*



War crimes are regarded as the first, oldest and most important international crimes. In the contractual field, the ICC Statute, in an ingenious and progressive way, extends the scope of war crimes to non-international armed conflict in addition to international armed conflict, and thus, it can be said that the system of dualism in war crimes has been recognized for the first time. On one hand however, there is no unity of opinion on conceptual framework of war crimes, and on the other hand, there are no provisions, in the aforementioned Statute, about the extent of war crimes and, in general, there is no specific distinction between war crimes, crimes against humanity and genocide. These affairs have led to a confusion in litigated offences and, ultimately, caused criminal disputes at the international level. The present article seeks to clarify the conceptual scope of war crimes in international criminal law through the mutual analysis of the rules governing the dimensions of war crimes and the similarity/difference aspects of war crimes with crimes against humanity as well as genocide.

**Keywords:** *The statute of ICC, Duality system in the duality of war crimes, Serious breaches, Crimes against humanity, Genocide, Government authorities, Civilians.*

## **Investigation of the Contract of Shelter in Support of the Life of the Infidel Holding the Contract (Homicide) from the Perspective of Jurisprudence and Article 310 of the Islamic Penal Code**

□ *Mahdi Moazzami Goodarzi (PhD student of International Law)*

□ *Ahmad Momeni Rad (Assistant professor at University of Tehran)*

Many convicts suffer from pre-trial or prison conditions, some of which are difficult to treat and so-called “hard treatment”. In criminal jurisprudence, the execution of patients’ physical punishment is delayed or eliminated. Iran’s penal law provides various remedial mechanisms for convicted patients. Including Article 502 of the Criminal Procedure law, if the punishment aggravates or delays the recovery, it will be “postponed”, and if there is no hope of recovery it’ll be “converted”. From a practical point of view, this article is based on the concept of “ability to endure punishment” which is confirmed by forensic medicine. The first question is whether or not the medical criterion is sufficient to qualify for the punishment, and the second question is the possibility or impossibility of using institutions other than postponement or conversion. The idea of the article is that the “medical-judicial” criterion should be applied in order to qualify for a “severe medical illness” and, depending on the health conditions, the medical needs of the patient and the requirements of the prison administration, the best solution is the “criminal exemption” of the prisoner with hard-treatment illnesses.

**Keywords:** *The welfare right, Hard-treatment illnesses, Untreatable diseases, Ability to endure punishment, Criminal exemption.*

## War Crimes and Its Interaction with Crimes against Humanity and Genocide

- *Mohsen Ghadir (Assistant professor at University of Qom)*
- *Mahdi Keykhosravi (PhD student of International Law)*



based on the danger concept in alternative punishments for imprisonment (paragraphs A and B of ICL) independently and also compares this concept in other penal law institutions in order to assess the Danger Concept in this legal institution and according to that, analyze the legislator's performance in using criminology concepts. What comes to mind at first is the right and proper use of this concept, but after analyzing this material it will be clear that in addition to the gaps and shortcomings in this article, the legislator's use of danger concept in comparison to other legal institutions is wrong as well. It will also be clear that the inappropriate application of the concept of dangerous state in relation to alternative imprisonment sentences by the legislator involves instances of dangerous state that are not significant and, on the other hand, some form of dangerous state that are important and significant are ignored. Legislative action has also led to a duality in the danger concept in comparison between detention alternatives and other law enforcement leniency institutions, and totally, has resulted in failure and rupture of legislation.

**Keywords:** *Danger concept, Alternative imprisonment sentences, Danger instances, History of criminal conviction.*

## **Principles, Scope, and Juridical/Legal Effects of “the Welfare Right” of the Prisoners with “Hard-Treatment Illnesses”**

- *Alimorad Heydari*
- *Associate professor at Lady Masoumeh (a.s) University*

## Abstracts

### **Criminal Background as a Manifestation of the “Dangerous State” and Its Application to Alternatives of Prison Sentences**

□ *Abdolali Tavajjohi (Associate professor at Shahed University)*

□ *Ibrahim Zare' (PhD student of Criminal Law & Criminology)*

**T**he concept of “dangerous state” was introduced in the nineteenth century on the basis of the necessity to provide social protection by positivism theorists. There are signs of Legislator’s attention to this concept, and the legalization of the “danger” concept can be seen in numerous place of Islamic penal code. What gives credit to all these criminology analyzes is the legislative model that determines the efficiency and effectiveness of a legal entity. The present article examines the specific condition of the existence of a criminal conviction



## Table of contents

Criminal Background as a Manifestation of the “Dangerous State” and Its Application to Alternatives of Prison Sentences/ Abdolali Tavajjohi & Ibrahim Zare' .....	3
Principles, Scope, and Juridical/Legal Effects of “the Welfare Right” of the Prisoners with “Hard-Treatment Illnesses”/ Alimorad Heydari .....	29
War Crimes and Its Interaction with Crimes against Humanity and Genocide Mohsen Ghadir & Mahdi Keykhosravi .....	67
Investigation of the Contract of Shelter in Support of the Life of the Infidel Holding the Contract (Homicide) from the Perspective of Jurisprudence and Article 310 of the Islamic Penal Code Mahdi Moazzami Goodarzi & Ahmad Momeni Rad & Muhammad Moazami Goodarzi .....	99
The Right to Compensation and Restitution for the Victim and the Challenges Facing It in the International Criminal Court/ Neda Niazmand & Mehrdad Rayejian Asli .....	129
Defendant’s Legal Rights in Criminal Prosecution Alternatives/ Muhammad Mahdi Saghian	161
Testifying Through Video Conferencing and The Procedure of International Criminal Tribunals in Its Acceptance/ Heybatollah Nazhandi Manesh & Vahid Bazzar .....	189
Crimes against the Coral Reefs from the Perspective of Law and Victimology Mahdi Sabooripoor & Asghar Ahmadi .....	211
“Criminal Rationality”; Restrictions and Challenges (With Emphasis on Violent Crimes) Farhad Allahverdi & Ali Mehrabi .....	239
Philosophical-Sociological Review of the Human Subject in Criminology with an Emphasis on the Combined Theory of Postmodern Criminology/ Hussein Goldoozian	271
<b>Translation of Abstracts:</b>	
Arabic Translation/ Saqr Sobouh .....	305
English Translation/ Muhammad Kazem Rajaeipoor .....	326