



دوفصلنامه علمی-پژوهشی



پژوهشنامه حقوق کیفری

• شماره پیاپی ۱۶

• سال هشتم، دوره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۶

شاپا: ۲۳۲۸-۲۳۲۲

- صلاحیت دادگاه‌های داخلی در رسیدگی به جنایت تجاوز ارضی
حسن پورباقرانی ۲۹-۷
- قانون‌گذاری و قانون‌مداری با مطالعه انتقادی حقوق کیفری افغانستان
محمد صدر توحیدخانه ۳۱-۶۲
- بررسی کارکردهای بازپرورانه اجرای حق برخورداری از آموزش و پرورش
در زندان‌های استان اصفهان
الناز جهانگیری و سعید قماش ۶۳-۹۱
- تبیین مفهوم و جایگاه «فعل ناشی از ترک فعل» در حقوق کیفری فرانسه،
سوئیس و ایران
محمود روح الامینی ۹۳-۱۱۶
- دفاع پیشگیرانه در حقوق ایران
ابوالحسن شاکری و عباس سلمان پور ۱۱۷-۱۳۴
- مطالعه تطبیقی بازرسی و تفتیش وسایل نقلیه در حقوق ایران و امریکا
غلامحسین کوشکی و سحر سهیل مقدم ۱۳۵-۱۶۱
- دادستان انتخابی؛ مبانی و زمینه‌های تاریخی
محمد متین پارسا و مهدی شیدائیان ۱۶۳-۱۸۲
- تحلیل حکم تداخل قصاص طرف در قصاص نفس (موضوع مواد ۲۹۹-۲۹۶ ق.م.ا. صوب ۹۲)
حمید مسجدسرائی و سعید مولوی وردنجانی ۱۸۳-۲۱۰
- بایسته‌های جرم انکاری برای حمایت از کودکان خیابانی
رحیم نوبهار و فاطمه صفاری ۲۱۱-۲۳۱
- نقد رویکرد قانون‌گذار کیفری ایران در نحوه انتساب رفتار مجرمانه به
اشخاص حقوقی
امین نیکومنظری و فرید محسنی ۲۳۳-۲۵۸



دو فصلنامه علمی - پژوهشی



ژوئیه‌نامه حقوق کیفری

سال: ششم، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۶ (شماره پیاپی ۱۶)

صاحب امتیاز: دانشگاه گیلان

مدیر مسوؤل: دکتر محمدرضا نظری نژاد

سر دبیر: دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی

اعضای هیأت تحریریه:

دکتر حسین آقابابایی (دانشیار فقه و حقوق جزا دانشگاه گیلان)
دکتر محمد علی اردبیلی (استاد حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه شهید بهشتی)
دکتر علی اکبر ایزدی فرد (استاد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مازندران)
دکتر مجتبی جانی پور (استاد یار حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه گیلان)
دکتر رضا سیمبر (استاد علوم سیاسی و روابط بین الملل دانشگاه گیلان)
دکتر حسین غلامی (دانشیار حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه علامه طباطبایی)
دکتر حسین میر محمد صادقی (استاد حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه شهید بهشتی)
دکتر نسرین مهرا (دانشیار حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه شهید بهشتی)
دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی (استاد حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه شهید بهشتی)

پژوهشنامه حقوق کیفری بر اساس مجوز شماره ۸۸/۶۲۶۶ به تاریخ ۱۳۸۸/۸/۲۶ وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی منتشر شده و به استناد نامه شماره ۳/۸/۱۸۱۷۶ مورخ ۱۳۹۱/۰۹/۱۲ کمیسیون بررسی نشریات علمی کشور، از اولین شماره دارای درجه علمی - پژوهشی است.

آدرس سایت مجله: <http://jol.guilan.ac.ir/>
آدرس پست الکترونیکی: p.h.m@guilan.ac.ir
pajooeshname@gmail.com
آدرس پستی: رشت، بزرگراه خلیج فارس، (کیلومتر ۵ جاده رشت - تهران)، مجتمع دانشگاه گیلان، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، صندوق پستی: ۴۱۶۳۵-۳۹۸۸
تلفکس: ۰۱۳-۳۳۶۹۰۵۹۰

معاون سردبیر و ویراستار علمی: دکتر حسین آقابابایی
ویراستار فارسی: فرشته گلچین راد
ویراستار انگلیسی: دکتر مسعود خلیلی ثابت
صفحه آرا: حمیده شجری
ناشر: اداره چاپ و انتشارات دانشگاه گیلان
شمارگان: ۲۰۰ نسخه

این نشریه در سایت‌های زیر نمایه می‌شود:

۱. مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری: ricest.ac.ir
۲. پایگاه استنادی علوم جهان اسلام: isc.gov.ir
۳. بانک اطلاعات نشریات کشور: magiran.com
۴. پایگاه مجلات تخصصی نور: noormags.ir
۵. پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی: sid.ir
۶. پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی کشور: ensani.ir



پژوهشنامه حقوق کیفری

سال هشتم، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۶ (شماره پیاپی ۱۶)

فهرست مقالات

صفحه	عنوان
۷-۲۹	• صلاحیت دادگاه‌های داخلی در رسیدگی به جنایت تجاوز ارضی حسن پوربافرانی
۳۱-۶۲	• قانون‌گذاری و قانون‌مداری با مطالعه‌ی انتقادی حقوق کیفری افغانستان محمد صدر توحیدخانه
۶۳-۹۱	• بررسی کارکردهای بازپرورانه اجرای حق برخورداری از آموزش و پرورش در زندان‌های استان اصفهان الناز جهانگیری و سعید قماش
۹۳-۱۱۶	• تبیین مفهوم و جایگاه «فعل ناشی از ترک فعل» در حقوق کیفری فرانسه، سوئیس و ایران محمود روح‌الامینی
۱۱۷-۱۳۴	• دفاع پیشگیرانه در حقوق ایران ابوالحسن شاکری و عباس سلمان‌پور
۱۳۵-۱۶۱	• مطالعه تطبیقی بازرسی و تفتیش وسایل نقلیه در حقوق ایران و آمریکا غلامحسین کوشکی و سحر سهیل مقدم
۱۶۳-۱۸۲	• دادستان انتخابی؛ مبانی و زمینه‌های تاریخی محمد متین‌پارسا و مهدی شیدانیان
۱۸۳-۲۱۰	• تحلیل حکم تداخل قصاص طرف در قصاص نفس (موضوع مواد ۲۹۶-۲۹۹ ق.م.ا. مصوب ۹۲) حمید مسجدسرائی و سعید مولوی وردنجانی
۲۱۱-۲۳۱	• بایسته‌های جرم‌انگاری برای حمایت از کودکان خیابانی رحیم نوبهار و فاطمه صفاری
۲۳۳-۲۵۸	• نقد رویکرد قانون‌گذار کیفری ایران در نحوه انتساب رفتار مجرمانه به اشخاص حقوقی امین نیکومنظری و فرید محسنی
2-12	• چکیده انگلیسی مقالات

مشاوران علمی این شماره (به ترتیب الفبا):

- شهرام ابراهیمی (استادیار دانشگاه شیراز)
محمدعلی بابایی (دانشیار دانشگاه بین‌المللی امام خمینی)
عباس تدین (استادیار دانشگاه آزاد اسلامی تهران)
فریدون جعفری (استادیار دانشگاه بوعلی سینا همدان)
محمد حسن حسنی (استادیار دانشگاه دامغان)
الهام حیدری (استادیار دانشگاه شهرکرد)
عباسعلی حسین خانزاده (دانشیار دانشگاه گیلان)
هادی رستمی (استادیار دانشگاه بوعلی سینا همدان)
مهین سبحانی (استادیار دانشگاه گیلان)
سید مهدی سیدزاده ثانی (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
محسن شریفی (استادیار دانشگاه طبرستان)
سید حسام سید اصفهانی (دکترای حقوق کیفری و جرم شناسی)
غلام حیدر علامه (دکترای حقوق کیفری و جرم شناسی دانشگاه ابن سینا کابل)
حسن شاه‌ملک‌پور (استادیار دانشگاه گیلان)
محسن عینی (دانشیار دانشگاه بین‌المللی امام خمینی)
فضل‌الله فروغی (دانشیار دانشگاه شیراز)
محمد حسن کوشکی (استادیار دانشگاه علامه طباطبایی)
فیروز محمودی جانکی (استادیار دانشگاه تهران)
محمدباقر مقدسی (استادیار دانشگاه بجنورد)
محمد رضا نظری‌نژاد (استادیار دانشگاه گیلان)
امیرحسین نیازپور (استادیار دانشگاه شهید بهشتی)
علی حسین نجفی ابرندآبادی (استاد دانشگاه شهید بهشتی)



جمهوری اسلامی ایران
وزارت علوم، تحقیقات و فناوری
سازمان پژوهش و فناوری

گواهی تعیین اعتبار علمی

براساس آیین نامه تعیین اعتبار علمی نشریات وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، نشریه با عنوان
پژوهشنامه حقوق کیفری وابسته به دانشگاه گیلان در جلد کیسین بررسی نشریات علمی مورخ ۹۱/۸/۲۴ مطبوع و با
اعطای اعتبار علمی - پژوهشی موافقت شد. بدون شک تلاش دست اندرکاران نشریه سهم بسزایی در گسترش
مرزهای دانش و ارتقای گیتی وکی جایگاه علمی کشور خواهد داشت.
عدم رعایت مفاد آیین نامه مذکور موجب ابطال تاییدیه خواهد شد.

مختار شرمینی
مدیرکل دفتر باسکنداری و برنامه ریزی امور پژوهشی
دبیر کیسین نشریات علمی

راهنمای نگارش مقاله

اهداف و حوزه جذب مقالات:

انتشار مقاله‌های علمی پژوهشی و عرضه نتایج تحقیقات در زمینه حقوق کیفری و جرم‌شناسی به منظور تولید و ارتقای سطح دانش، انتقال و تبادل یافته‌ها، تجربیات و دستاوردهای پژوهشی، بسط همکاری و تعامل علمی بین کنشگران حوزه حقوق کیفری به منظور تبادل آموخته‌ها و تجربیات و تقویت فضای گفتگو و نقد اندیشه، کمک به توسعه علمی کشور از طریق طرح مسائل و کوشش جهت تبیین و آرایه راه حل‌ها از جمله اهداف این نشریه است.

دست اندرکاران نشریه امیدوارند با نشر اندیشه‌های نو در حوزه موضوعی مجله بتوانند به گسترش مرزهای دانش و چاره‌جویی برای چالش‌های موجود در حوزه حقوق کیفری و جرم‌شناسی کمک نمایند.

ضابطه‌های نویسنده:

۱. نام و نام خانوادگی نویسنده (گان) کامل باشد. (به فارسی و انگلیسی).
۲. میزان تحصیلات، رتبه علمی، گروه آموزشی، نام دانشکده، دانشگاه و شهر محل دانشگاه نویسنده (گان) مشخص شود. (به فارسی و انگلیسی). (مقاله‌های دانشجویان تحصیلات تکمیلی در صورتیکه با مشارکت استادان راهنما یا مشاور و قبول کتبی مسئولیت علمی مقاله توسط ایشان باشد، قابل بررسی است).
۳. نویسنده مسئول و عهده دار مکاتبات مقاله معرفی گردد (تا انتهای کار، مکاتبات مجله فقط با نویسنده مسئول انجام می‌شود).
۴. آدرس الکترونیکی نویسنده (گان) نوشته شود.
۵. آدرس کامل پستی به همراه ذکر کدپستی، و شماره تلفن همراه آورده شود.
۶. با توجه به دوفصلنامه بودن مجله، و طولانی شدن نوبت چاپ، از ارسال مقالات متعدد به صورت همزمان احتراز گردد.
۷. مقاله ارسال شده برای مجله نباید قبلاً منتشر شده یا به صورت همزمان در مجله دیگری در حال بررسی باشد.

ضابطه‌های مقاله:

۱. مقاله باید شامل عنوان، چکیده فارسی و انگلیسی، واژگان کلیدی، مقدمه، متن اصلی در قالب عنوان‌های مشخص، نتیجه‌گیری و فهرست منابع باشد.
 ۲. عنوان مقاله کوتاه و گویا باشد (به فارسی و انگلیسی).
 ۳. مقاله حداکثر در ۲۰ صفحه A4 باشد (از ۱۰۰۰۰ کلمه تجاوز نکند).
 ۴. چکیده فارسی مقاله حداقل ۱۰۰ و حداکثر ۱۵۰ کلمه باشد. (به فارسی و انگلیسی).
 ۵. واژگان کلیدی حداقل ۵ و حداکثر ۱۰ واژه باشد. (به فارسی و انگلیسی).
 ۶. متن مقاله با قلم B Nazanin فونت ۱۲ و متون انگلیسی با قلم Times New Roman فونت ۱۱ تایپ شود.
 ۷. پاورقی با قلم B Nazanin فونت ۱۰ و متون انگلیسی Times New Roman فونت ۹ تایپ شود.
 ۸. فاصله سطر ۱ سانتیمتر باشد.
 ۹. این مجله از روش استناد درون متنی (APA) پیروی می‌کند، بنابراین نحوه ارجاع در داخل مقاله بدین گونه است که بلافاصله بعد از اسم افراد، سال انتشار اثر و شماره صفحه آن در داخل پرانتز درج گردد. (در ارجاعات انگلیسی نیز همین‌طور). مانند: (ریبیعی، ۱۳۹۲: ۲۵)
 ۱۰. در صورت تعدد منابع از یک نویسنده در یک سال، با افزودن (الف) و (ب) در کنار سال انتشار، مشخص می‌شوند. مانند: (عنایت، ۱۳۴۹الف: ۱۴)، (عنایت، ۱۳۴۹ب: ۱۵۰).
۱۰. منابع مورد استفاده، در پایان مقاله، به ترتیب الفبایی، نام خانوادگی نویسنده تنظیم و درج می‌شوند (در منابع انگلیسی نیز همین‌طور).

برای کتاب: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده (سال انتشار)، **عنوان کتاب**، نام مترجم، تعداد جلد، شماره چاپ، شهر محل نشر کتاب: نام ناشر.

برای مقاله: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده (سال انتشار)، «عنوان مقاله در داخل گیومه»، نام مترجم، نام مجله، دوره یا شماره مجله، شماره صفحات اول و آخر مقاله در مجله.

برای پایان‌نامه: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده (سال انتشار)، «عنوان پایان‌نامه در داخل گیومه»، مقطع و رشته تحصیلی و نام دانشگاه و شهر.

برای مجموعه مقالات: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده (سال انتشار)، «عنوان مقاله در داخل گیومه»، نام مجموعه مقالات، نام گردآورنده، نام ناشر. شماره صفحه اول و آخر مقاله.

برای تارنما یا website: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده (تاریخ مطلب)، «عنوان مطلب در داخل گیومه»، تاریخ دریافت از پایگاه اینترنتی، نام و نشانی پایگاه اینترنتی.

مانند مثالهای زیر:

مثال برای کتاب: غلامی، حسین (۱۳۹۳)، **اصل حداقل بودن حقوق جزا**، چاپ اول، تهران: نشر میزان

مثال برای مقاله: ابراهیمی، شهرام (۱۳۹۴)، «رویکرد قانونگذار به پیشگیری از جرم در قانون ارتقاء سلامت اداری و مقابله با فساد»، **پژوهشنامه حقوق کیفری**، دوره دوم، شماره ۱۲، ص ۳۱-۷.

مثال برای تارنما: عباسی، مصطفی (۱۳۹۰/۱۱/۱۰)، «تعدد معنوی در جرایم تعزیری»، تاریخ استخراج: ۱۳۹۲/۵/۱
<http://mostafaabasi2.blogfa.com/post-11.aspx>

۱۱. قواعد کلی در رسم جداول و نمودارها بدین گونه است:

- تمامی اعداد داخل جداول و همچنین اعداد محورهای نمودارها به فارسی درج شوند.

- جداول باید فاقد خطوط عمودی باشند. مانند جدول زیر:

جدول ۱- تجزیه واریانس صفات اندازه گیری شده

میانگین مربعات (MS)				
منابع تغییرات	درجه آزادی	ارتفاع بوته (CM)	قطر ساقه (mm)	تعداد برگ
تکرار	۲	۲۵/۱۳ ^{ns}	۲/۰۷ ^{ns}	۱۰ ^{ns}
تیمار	۵	۳۲۵/۰۶ ^{**}	۱۵ [°]	۲۴ ^{ns}
خطا	۱۰	۷۲/۶۵	۸/۱۵	۶

NS، * و ** به ترتیب غیر معنی‌دار، معنی‌دار در سطح ۵ درصد و سطح ۱ درصد

نحوه ارسال مقاله:

- نویسندگان باید هنگام ارسال، دو فایل را بارگزاری نمایند: ۱- فایل اصلی بدون مشخصات نویسندگان و ۲- فایل مشخصات نویسندگان.
- مقاله در برنامه word 2003 یا word 2007 ذخیره و ارسال گردد.
- ارسال مقاله حتماً بایستی از طریق سامانه مجله در آدرس <http://jol.guilan.ac.ir/> انجام شود، (تمامی مکاتبات نشریه از این طریق انجام خواهد شد).



ژورنال حقوق کیفری

سال هشتم، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۶

شماره پیاپی ۱۶



صلاحیت دادگاه‌های داخلی در رسیدگی به جنایت تجاوز ارضی

دکتر حسن پوربافرانی^۱

تاریخ پذیرش: ۹۶/۱۰/۶

تاریخ دریافت: ۹۴/۹/۱۸

چکیده

دادگاه‌های داخلی کشورها بر اساس تمامی اقسام صلاحیتی خود (سرزمینی، شخصی، جهانی و ...) صلاحیت رسیدگی به جنایت تجاوز را دارند. درعین حال اعمال صلاحیت دادگاه‌های داخلی کشورها در مورد این جرم به سادگی اعمال صلاحیت آن‌ها در رسیدگی به جرایم دیگر بین‌المللی ذاتی (جنایات جنگی، نسل‌کشی و علیه بشریت) و بین‌المللی قرار دادی (تروریسم، قاچاق مواد مخدر و ...) نیست؛ زیرا شرط رسیدگی دادگاه‌های داخلی یک کشور به جنایت تجاوز، احراز تجاوز است که منشور ملل متحد آن را در صلاحیت شورای امنیت قرار داده است. در این مقاله ضمن بررسی مباحث فوق به چالش‌های فراروی چنین صلاحیتی نیز اشاره کرده و درنهایت این نظر را تقویت می‌کنیم که پیشرفت‌های اخیر حقوق بین‌المللی کیفری این امید را ایجاد می‌کند که دادگاه‌های داخلی کشورها هم بتوانند همچون جرایم بین‌المللی دیگر به جنایت تجاوز هم رسیدگی نمایند.

واژگان کلیدی: جنایت تجاوز، جنایات بین‌المللی، دادگاه‌های داخلی، صلاحیت جهانی، حقوق بین‌الملل کیفری

✉ hpoorbafrani@ase.ui.ac.ir

۱. دانشیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان

مقدمه

کشورهای مختلف از دیرباز دادگاه‌های داخلی خود را دارای صلاحیت رسیدگی به جرایمی می‌دانسته‌اند که به نحوی به آن‌ها مرتبط می‌شده است. تفاوتی هم نمی‌کرده است که جرم ارتكابی، عادی یا بین‌المللی باشد. بر این اساس به مرور پنج شکل صلاحیت در این ارتباط ایجاد شده است که عبارتند از: صلاحیت سرزمینی، صلاحیت شخصی، صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی‌علیه، صلاحیت واقعی و صلاحیت جهانی. غیر از مورد اول تمامی اشکال صلاحیتی دیگر، برون مرزی‌اند یعنی در آن‌ها کشور مدعی صلاحیت به دنبال اعمال صلاحیت خود در رسیدگی به جرایمی است که در خارج از قلمرو حاکمیت او اتفاق افتاده و به نوعی مرتبط با اوست. این مرتبط بودن هم خارج از دو حالت نیست: یا جرم ارتكابی در خارج از قلمرو حاکمیت او توسط یا علیه تبعه‌اش واقع شده که در اینجا به ترتیب خود را دارای صلاحیت شخصی و مبتنی بر تابعیت مجنی‌علیه می‌داند؛ یا جرم ارتكابی در خارج از قلمرو حاکمیت او دارای ماهیت شدید و نقض‌کننده منافع اساسی و حیاتی داخلی یا بین‌المللی است که در بعد داخلی خود را دارای صلاحیت واقعی و در بعد بین‌المللی خود را واجد صلاحیت جهانی می‌داند. اعمال این اشکال صلاحیتی جزء حقوق حاکمیتی هر کشوری است و کشورهای دیگر هم آن را محترم می‌شمارند. البته طبیعی است که در مواردی که جرم ارتكابی در خارج از قلمرو حاکمیت کشور مدعی صلاحیت واقع می‌شود، اعمال عملی صلاحیت این کشور وابسته به وجود شرایطی است که بررسی آن از حوصله این مقاله خارج است (ر.ک. پوربافرانی، ۱۳۹۶: ۱۹۰-۴۹). اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری هم این حق حاکمیتی کشورها را مورد تأیید و تأکید قرار داده و اتفاقاً بر اصلی و اولیه بودن چنین اعمال صلاحیتی حتی در مورد جرایم مهم بین‌المللی موضوع اساسنامه خود (یعنی جنایات جنگی، جنایت علیه بشریت، نسل‌کشی و جنایت تجاوز) تأکید داشته و کشورهای مختلف را برای اعمال چنین صلاحیت‌هایی مورد تشویق قرار می‌دهد و صلاحیت خود (دیوان بین‌المللی کیفری) را هم یک صلاحیت مکمل یا تکمیلی می‌داند. بر این اساس تردیدی نیست که دادگاه‌های داخلی کشورها صلاحیت رسیدگی به جرایم موضوع ماده پنج اساسنامه که به آن‌ها اشاره شد را دارند، اما صلاحیت آن‌ها در رسیدگی به جنایت تجاوز به سادگی جرایم دیگر نیست. سؤال اساسی مقاله آن است که با توجه به ماهیت جنایت تجاوز که از جرایم رهبران است و رهبران اصولاً دارای قدرت‌اند، آیا دادگاه‌های داخلی کشورها صلاحیت رسیدگی به جنایت تجاوز را هم دارند یا خیر و در صورت مثبت بودن پاسخ، نحوه احراز وقوع جنایت تجاوز توسط دادگاه‌های داخلی کشورها چگونه است؟ همچنین آیا این رسیدگی، ناقض اصل تساوی حاکمیت دولت‌ها به‌شمار می‌آید و یا خیر؟ در این مقاله به منظور بررسی چالش‌های فراروی چنین اعمال صلاحیتی، طی چهارمطلب ابتدا به بررسی مبنای

صلاحیت دادگاه‌های داخلی کشورها برای رسیدگی به جرایم بین‌المللی با تأکید بر جنایت تجاوز پرداخته، سپس به بررسی نقض یا عدم نقض اصل برابری حاکمیت دولت‌ها پرداخته و پس از آن مستندات این شکل از اعمال صلاحیت را بررسی کرده و در نهایت به بررسی تردیدهایی می‌پردازیم که نسبت به رسیدگی دادگاه‌های داخلی کشورها برای رسیدگی به جنایت تجاوز بخصوص در کنفرانس بازنگری کامپالا اظهار شده است.

۱. مبنای صلاحیت دادگاه‌های داخلی کشورها برای رسیدگی به جرایم بین‌المللی با تأکید بر جنایت تجاوز

دادگاه‌های داخلی کشورها برای رسیدگی به جرایم بین‌المللی از جمله جنایت تجاوز ممکن است به یکی از پنج شکل ذیل دارای صلاحیت رسیدگی باشند:

۱.۱. صلاحیت سرزمینی: هرگاه جرم اعم از عادی یا بین‌المللی یا حتی قسمتی از آن در داخل قلمرو حاکمیت یک کشور اعم از قلمرو زمینی، دریایی و هوایی و اعم از کشتی‌ها یا هواپیماهای آن کشور واقع شود، آن کشور صلاحیت سرزمینی^۱ برای رسیدگی به آن جرم را دارد. اصل صلاحیت سرزمینی از مبنای‌ترین اصول صلاحیت اعمال قوانین کیفری است و کشورها اقتدار خود را به وسیله آن اعمال می‌کنند. این اصل، خود به دو اصل صلاحیت سرزمینی ذهنی^۲ و اصل صلاحیت سرزمینی عینی^۳ تقسیم شده است (Akehurst, 1988: 105). بر همین اساس همه کشورها معتقدند که حتی اگر قسمتی از جرم هم در قلمرو حاکمیت آن‌ها واقع شده باشد، رسیدگی به جرم مطابق اصل صلاحیت سرزمینی در صلاحیت آن‌هاست. از آنجا که در جرم تجاوز ارضی «قسمتی از جرم» در کشور متجاوز و «نتیجه آن» در کشور مورد تجاوز واقع می‌شود، اولین و محتمل‌ترین اصل قابل اعمال، اصل صلاحیت سرزمینی است. دولت متجاوز و دولت قربانی تجاوز هر دو واجد چنین صلاحیتی‌اند. اما بدیهی است که امید رسیدگی دادگاه‌های داخلی دولت متجاوز امیدی معقول نیست؛ زیرا تجاوز ارضی یعنی جنگ صرفاً با فرمان بزرگترین مقام حاکمیتی یک کشور و با استفاده وسیع از امکانات نظامی صورت می‌گیرد و همه اجزای حاکمیت از جمله نظام قضایی آن کشور هم اگر به حمایت از تجاوز انجام شده نپردازند، حداقل خلاف جهت حاکمیت هم حرکت نمی‌کنند مگر اینکه مثل حکومت صدام در عراق، حکومت متجاوز سقوط کند و حکومت دیگری بر سرکار آید و بخواهد به جرم تجاوز ارضی او مثلاً به کویت یا ایران رسیدگی کند. نحوه

-
1. Territorial Principle
 2. Subjective Territorial Principle
 3. Objective Territorial Principle

احراز جنایت تجاوز هم در این حالات بستگی کامل به نظر خود دادگاه رسیدگی کننده دارد و ملاحظاتی دیگری جز رعایت تمامی اصول دادرسی ملی و بین‌المللی^۱ در نظر گرفته نمی‌شود.

۲.۱. صلاحیت واقعی: هرگاه جرم ارتكابی در خارج از قلمرو حاکمیت یک کشور علیه منافع اساسی و حیاتی آن کشور (نظم عمومی داخلی) باشد، آن کشور دارای صلاحیت واقعی^۲ برای رسیدگی به آن جرم است. هرچند از لحاظ مکان وقوع جرم، این اصل تفاوت جوهری با اصل صلاحیت سرزمینی دارد (چون در صلاحیت سرزمینی، جرم در داخل قلمرو حاکمیت کشور اتفاق افتاده ولی در اصل صلاحیت واقعی جرم در خارج از قلمرو حاکمیت آن کشور ارتكاب می‌یابد) ولی از لحاظ اقتدار، این اصل از ویژگی‌های اصل صلاحیت سرزمینی برخوردار است (Ryngaert, 2008: 96). کشورها جرمی را که در خارج از قلمرو حاکمیت آن‌ها ولی علیه منافع اساسی و حیاتی آن‌ها واقع می‌شود، در حکم ارتكاب آن در داخل کشور خود می‌دانند و بر این اساس هیچ شرط و محدودیتی را هم برای اعمال آن نمی‌پذیرند. از مهمترین جرایم موضوع اصل صلاحیت واقعی جرم موضوع مقاله حاضر یعنی تجاوز به تمامیت ارضی کشورها است. به ضرس قاطع می‌توان ادعا کرد که هیچ کشوری یافت نمی‌شود که این اصل مهم را که یکی از مبانی آن دفاع مشروع است، نپذیرفته باشد. از این رویه مشترک کشورها می‌توان تحت عنوان «اصول کلی حقوقی پذیرفته شده توسط ملل متمدن» که یکی از منابع حقوق بین‌الملل است، یاد کرد. در جرم تجاوز، دولت مورد هجوم، از اصل صلاحیتی واقعی هم برای محاکمه متجاوزان برخوردار است، چون دولت متجاوز به تمامیت ارضی او حمله کرده و تمامیت ارضی یک کشور از زمره مهم‌ترین منافع اساسی و حیاتی آن کشور است.^۳

۳.۱. صلاحیت شخصی: هرگاه اتباع یک کشور در خارج از قلمرو حاکمیت آن کشور مرتکب جرم اعم از عادی یا بین‌المللی شوند، آن کشور در صورت پذیرش چنین صلاحیتی در قوانین داخلی خود، واجد صلاحیت شخصی^۴ برای رسیدگی به آن جرم است. اقتدار این اصل مانند اصل

۱. دادگاه‌های کیفری داخلی و بین‌المللی باید در کلیه مراحل تحقیق و تعقیب، اصول دادرسی ملی و بین‌المللی برگرفته از موازین بین‌المللی حقوق بشر و حقوق بشردوستانه و حقوق بین‌الملل کیفری و حتی اصول مشترک مستخرج از نظام‌های کیفری ملی را در مورد متهمان، مجرمان و محکومان رعایت کنند. برای مطالعه این اصول ر.ک (ضیایی بیگدلی، ۱۳۹۲: ۳۷۰).

2. Protective Principle

۳. در حقوق کیفری ایران ماده ۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به این اصل اشاره دارد. طبق این ماده هر ایرانی یا خارجی که در خارج از ایران مرتکب اقدام علیه تمامیت ارضی ایران گردد طبق قوانین ایران محاکمه و مجازات می‌شود.

4. Personality Principle or Nationality Principle or Active Personality Principle

صلاحیت سرزمینی نیست. هیچ کشوری نیست که اصل صلاحیت سرزمینی را اعمال نکند، اما کشورهای زیادی از جمله کشورهای کامن‌لا تمایل چندانی به اعمال اصل صلاحیت شخصی ندارند (Shaw, 1994: 407) و فقط آن را در موارد محدودی از جمله تروریسم و جنایات جنگی اعمال می‌کنند. افزون بر این هیچ کشوری برای اعمال صلاحیت سرزمینی خود محدودیت قایل نیست ولی کشورهای اعمال کننده اصل صلاحیت شخصی برای اعمال آن شرایط و محدودیت‌هایی را وضع کرده‌اند. در مورد جنایت تجاوز، در فرضی که دولت متبوع شخص متجاوز، دولت ثالثی باشد، به عبارت دیگر یکی از فرماندهان یا رهبران تصمیم گیرنده در مورد تجاوز دولت الف به دولت ب، از اتباع دولت ج باشد، در این حالت، دولت ج هم از اصل صلاحیت شخصی برای محاکمه او برخوردار است. اما اعمال چنین شکل صلاحیتی به جهت مشروط بودن اعمال آن و ماهیت حاکمیتی جنایت تجاوز، چندان متصور نیست.

۴.۱. صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی علیه: هرگاه اتباع یک کشور در خارج از قلمرو حاکمیت آن کشور بزه دیده واقع شوند، آن کشور در صورت پذیرش چنین صلاحیتی در قوانین کشور خود واجد صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی علیه^۱ است. اقتدار این اصل کمتر از اصل صلاحیت شخصی است. در قدیم این اصل همواره مورد انتقاد کشورهای گروه کامن‌لا از جمله انگلستان و آمریکا قرار داشت و این دو کشور به استفاده از آن توسط سایر کشورها نیز اعتراض می‌کردند (Watson, 1993: 15; Gilbert, 1992: 418). البته این کشورها امروزه در موارد نادر از جمله در مورد جرایم تروریستی و جنایات جنگی اعمال این اصل را پذیرفته‌اند (پوربافرانی، ۱۳۹۶: ۱۲۲). افزون بر این کشورهای زیادی از جمله ایران تا قبل از قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و کشورهای عربی این اصل را در قوانین کیفری خود نپذیرفته‌اند. دولت مورد هجوم برای محاکمه متجاوزان، از صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی علیه هم (به فرض پذیرش آن در قوانین داخلی خود) برخوردار است^۲ چون جرم، هم آن کشور و هم اتباع آن کشور و اموالشان را مورد حمله قرار داده است. البته این شکل از صلاحیت با توجه به محدود و مشروط بودنش نسبت به صلاحیت سرزمینی و واقعی کارایی چندانی ندارد.

1. Passive Personality Principle

۲. در حقوق کیفری ایران این اصل در ماده ۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ پذیرفته شده است. طبق این ماده: «هرگاه شخص غیر ایرانی در خارج از ایران علیه شخصی ایرانی یا علیه کشور ایران مرتکب جرمی... گردد و در ایران یافت و یا به ایران اعاده گردد، طبق قوانین جزایی جمهوری اسلامی ایران به جرم او رسیدگی می‌شود...».

۵.۱. صلاحیت جهانی: هرگاه جرم ارتكابی در خارج از قلمرو حاکمیت، علیه منافع اساسی و حیاتی جامعه جهانی (نظم عمومی بین‌المللی) باشد؛ به عبارت دیگر جرم ارتكابی از جرایم بین‌المللی اعم از ذاتی یا قرار دادی باشد، آن کشور در صورت عضویت در معاهده مربوطه، صرف‌نظر از محل وقوع جرم و تابعیت مرتکب یا مجنی‌علیه دارای صلاحیت رسیدگی جهانی^۱ به جرم اوست (Philippe, 2006: 377). هرچند سابقه پذیرش اصل صلاحیت جهانی طولانی است و اسناد بین‌المللی زیادی که حاوی قاعده «یا محاکمه یا استرداد»^۲ است رسماً این اصل را پذیرفته‌اند، اما کمتر آن را اعمال کرده‌اند (خالقی، ۱۳۸۸: ۱۶۱). در واقع از ظرفیت‌های این اصل در جهت تعقیب مجرمین بین‌المللی آنچنان که شایسته آن است، استفاده نشده است. پرسش مهمی که در خصوص اعمال اصل صلاحیت جهانی نسبت به جرم تجاوز ارضی مطرح می‌شود، آن است که در اشکال صلاحیتی غیر از صلاحیت جهانی، صحبت از دولت‌های درگیر در تجاوز بود، اما آیا دولت‌های غیر درگیر هم می‌توانند به استناد اصل صلاحیت جهانی واجد صلاحیت رسیدگی به جنایت تجاوز باشند؟ لازمه پاسخ به این سؤال آن است که آیا رسیدگی دولت ثالث به جنایت تجاوز ناقض اصل برابری حاکمیت دولت‌ها محسوب می‌شود یا خیر که در ادامه به بررسی آن می‌پردازیم.

۲. رسیدگی دادگاه‌های داخلی به جنایت تجاوز و اصل برابری حاکمیت دولت‌ها

در این قسمت با در نظر داشتن این واقعیت که جنایت تجاوز از جرایم رهبران است (Grzebyk, 2013: 230; Sayapin, 2014: 222) و ارتكاب آن بدون در اختیار داشتن امکانات نظامی و حاکمیتی امکان پذیر نیست به بررسی این نکته می‌پردازیم که آیا رسیدگی دادگاه‌های داخلی کشورها به جنایت تجاوز، صدمه‌ای به اصل «برابری حاکمیت دولت‌ها» می‌زند یا خیر؟ حقیقت آن است که این امر که دادگاه‌های داخلی یک کشور بتوانند به جنایت تجاوز ارضی ارتكابی از سوی دولتی دیگر رسیدگی کنند، شائبه نقض اصل برابری حاکمیت دولت‌ها را در بر دارد (Jurdi, 2013: 230; Werle, 2007: 19; Grzebyk, 2013: 230). طبق بند ۱ ماده ۲ منشور ملل متحد: «سازمان بر مبنای اصل برابری کلیه اعضای آن قرار دارد.» طبق این بند یک دولت نمی‌تواند نسبت به دولت دیگر اعمال حاکمیت کند و همانطور که می‌دانیم قوی‌ترین نوع اعمال حاکمیت، اجرای قوانین کیفری است که برتری یک کشور نسبت به کشور دیگر را در بر دارد. بر این اساس از آنجا که تصمیم‌گیری در مورد جنگ و انجام تجاوز یک امر حاکمیتی و عمل دولت است، لذا تعقیب، محاکمه و مجازات متجاوزین که خود از حاکمان و مقامات سیاسی، نظامی و احیاناً اقتصادی،

1. Universal Jurisdiction
2. Aut Dedere Aut Judicare

مذهبی و اجتماعی یک کشور هستند (Sayapin, 2014: 223-225)، به نوعی نقض اصل برابری حاکمیت کشور مستقل دیگر است که مورد نهی منشور ملل متحد است. افزون بر این کمیسیون حقوق بین‌الملل در تفسیر خود بر ماده ۸ پیش‌نویس قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری مصوب ۱۹۶۶ معتقد است که رسیدگی دادگاه‌های داخلی کشورها به جنایت تجاوز، بر روابط بین‌المللی و نیز بر صلح و امنیت بین‌المللی تأثیر جدی دارد (Cited in: Ibid: 241). این دیدگاه بر اساس رویکرد سنتی حقوق بین‌الملل درست است. لیکن بر اساس همین رویکرد سنتی هم حداقل در دو حالت، انجام تعقیب و محاکمه، مخالف موازین حقوق بین‌الملل نیست: حالت اول مربوط به رسیدگی دولت متجاوز نسبت به جنایت تجاوز حاکمان و مقامات سیاسی، نظامی و اقتصادی حکومت پیشین، به استناد اصل صلاحیت سرزمینی ذهنی و حتی اصل صلاحیت شخصی است. در این صورت که با فرض ساقط شدن حکومت پیشین و جایگزین شدن حکومت جدید امکان تحقق می‌یابد، در واقع حکومت جدید به جنایت تجاوز اتباع خود رسیدگی می‌کند و هیچ‌گونه نقض اصل برابری حاکمیت دولت‌ها هم مطرح نمی‌گردد. در خصوص درست بودن چنین اعمال صلاحیتی هیچ‌گونه خدشه‌ای وجود ندارد. حالت دوم مربوط به صلاحیت دولت مورد تجاوز است که به استناد صلاحیت سرزمینی عینی و حتی صلاحیت واقعی، می‌تواند به جرم متجاوزین (در صورت دستگیری آن‌ها) رسیدگی کند. رسیدگی دولت مورد تجاوز هم خلاف مقررات بین‌المللی نیست و با موازین «اقدام متقابل» (ضیایی بیگدلی، ۱۳۹۳: ۴۵۰؛ والاس، ۱۳۸۷: ۳۵۹) تا حدودی زیادی قابل توجیه است. در واقع رسیدگی دولت مورد تجاوز نسبت به جرم متجاوزین یک اقدام متقابل (تنبیهی) است که حقوق بین‌الملل آن را با وجود شرایطی به رسمیت می‌شناسد. افزون بر این، حق اعمال صلاحیت نسبت به متجاوزین برای دولتی که تمامیت ارضی او با جنایت تجاوز مورد خدشه قرار گرفته، از اموری است که کشورها از دیرباز برای خود به رسمیت شناخته و همانگونه که در ادامه خواهیم دید از اصول کلی حقوقی است که توسط دولت‌ها به رسمیت شناخته شده است. بدین ترتیب بر اساس رویکرد سنتی حقوق بین‌الملل رسیدگی دو «دولت متجاوز» و «دولت مورد تجاوز» نسبت به جرایم متجاوزان خلاف موازین حقوق بین‌الملل نیست. در عین حال بر اساس این رویکرد، رسیدگی دولت‌های ثالث به جنایت تجاوز ناقض اصل برابری حاکمیت دولت‌ها است.

اما بر اساس رویکرد جدید حقوق بین‌الملل که مبتنی بر «طرح مسئولیت دولت‌ها در برابر اعمال متخلفانه بین‌المللی» مصوب ۲۰۰۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل است، حتی دولت‌های ثالث نیز می‌توانند به جنایت ارتكابی متجاوزان رسیدگی کنند. توضیح این که تجاوز ارضی یک کشور به کشور دیگر، نقض قاعده آمره بین‌المللی است (شاه، ۱۳۹۴: ۴۶؛ ضیایی بیگدلی، ۱۳۹۳: ۲۶۶). از طرف دیگر طبق بند ۲ ماده ۴۱ طرح مسئولیت دولت‌ها، هیچ دولتی نقض قاعده آمره را به رسمیت

نخواهد شناخت و هیچ کمکی هم به حفظ آن وضعیت و تایید آن نخواهد کرد. طبق بند ۱ این ماده هم دولت‌ها باید برای پایان بخشیدن به هرگونه نقض جدی تعهدات ناشی از قواعد آمره توسط یک دولت (که تجاوز ارضی یکی از بزرگترین مصادیق آن است) از طریق تدابیر قانونی با یکدیگر همکاری نمایند. این که کشورهای ثالث در صورت دستگیری متجاوزین آن‌ها را به دولت قربانی جهت محاکمه تحویل دهند (Sayapin, 2014: 245)، می‌تواند یکی از مصادیق این همکاری تلقی شود. ماده ۴۸ این طرح، پا را فراتر گذاشته و در بند ۱ خود گفته است به غیر از دولت زیان‌دیده هر دولت دیگری هم می‌تواند به مسئولیت دولت خاطی استناد کند. دلیل این امر آن است که دولتی که قاعده آمره را نقض می‌کند، در واقع به همه دولت‌های جامعه بین‌المللی صدمه وارد می‌کند، از این رو همه دولت‌ها موظفند در مقابل دولت خاطی بایستند و از جمله به محاکمه متجاوزان مبادرت کنند. مفاد بندهای دیگر ماده ۴۸ حاکی از این است که دولت متجاوز در مقابل جامعه بین‌المللی مسئول است و باید پاسخگوی اعمال تجاوزکارانه خود باشد.

بدین ترتیب بر اساس رویکرد جدید می‌توان گفت، دادگاه‌های داخلی کشورهای ثالث هم بر اساس اصل صلاحیت جهانی می‌توانند به جرم متجاوزین رسیدگی نمایند. زیرا جنایت تجاوز از زمره جنایات بین‌المللی است (Cryer & others, 2010: 314) و دول ثالث به استناد اصل صلاحیت جهانی می‌توانند به آن رسیدگی کنند (Sayapin, 2014: 245). به تعبیر آنتونیو کسسه حقوق بین‌الملل تجاوز را با هر هدف و انگیزه‌ای منع می‌کند. دلیل منع مطلق هرگونه تجاوز، جز در موارد آشکار دفاع مشروع آن است که صلح از چنان ارزش والایی برخوردار است که هرگونه نقض آن با حمله مسلحانه و بدون توجیه قانونی هم تخلف بین‌المللی و هم جرم بین‌المللی است (کسسه، ۱۳۷۸: ۱۴۰). در نظر دادگاه نورنبرگ هم جنگ اساساً بد است؛ زیرا نتایج آن همه جهان را تحت تاثیر قرار می‌دهد. آغاز یک جنگ تجاوزکارانه نه فقط یک جرم بین‌المللی، که بزرگترین جرم بین‌المللی است که تفاوتش با سایر جرایم جنگی فقط در این است که به تنهایی بدی‌های همه آن‌ها را در خود دارد (Kittichaisaree, 2008: 207). با این اوصاف حق آن است که جنایت تجاوز وصف جرم بین‌المللی ذاتی را دارد و همانطور که برخی دیگر هم گفته‌اند «صلاحیت رسیدگی به تخلف از قاعده آمره بین‌المللی (جنایت بین‌المللی) یک صلاحیت جهانی است زیرا تمامی دولت‌ها و کل جامعه بین‌المللی در برابر آن قربانی تلقی می‌شوند» (دلخوش، ۱۳۹۰: ۱۵۰؛ رنجبریان، ۱۳۸۱: ۱۳۱). مضافاً این جرم در حال حاضر یکی از جرایم موضوع ماده ۵ اساس‌نامه دیوان بین‌المللی کیفری یعنی از زمره فجیع‌ترین جنایات بین‌المللی است.^۱

۱. کمیته مقدماتی تاسیس دیوان بین‌المللی کیفری از جنایت تجاوز به عنوان جرم حقوق بین‌الملل عرفی یاد کرد و نتیجه گرفت که کنار گذاردن این جنایت و مسئولیت کیفری ناشی از آن از صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری آن هم

به رغم آنکه دستگیری متجاوزین و تسلط بر آن‌ها که از زمره رهبران یک کشور هستند، سخت و بعید است اما به هر حال هر کدام از دولت‌های واجد صلاحیت می‌توانند به تعقیب، محاکمه و مجازات متجاوزین بپردازند. نحوه احراز تجاوز هم بسان تمامی جرایم دیگر بستگی به نظر دادگاه رسیدگی کننده دارد و ملاحظات دیگری در نظر گرفته نمی‌شود. در این صورت این کشورها به وظیفه خود مطابق بند ۴ و ۶ مقدمه اساس‌نامه دیوان بین‌المللی کیفری عمل کرده‌اند، جایی که در بند ۴ می‌گوید: «شدیدترین جرایمی که موجب نگرانی مجموعه جامعه بین‌المللی است، نباید بدون مجازات بماند و لازم است که تعقیب موثر مرتکبین آن جرایم با اتخاذ تدابیری در سطح ملی و نیز تقویت همکاری بین‌المللی تضمین گردد» و در بند ۶ تاکید می‌کند: «وظیفه هر یک از دولت‌ها است که صلاحیت کیفری خود را بر کسانی که مسئول ارتکاب جرایم بین‌المللی هستند، اعمال نمایند».

۳. مستندات صلاحیت دادگاه‌های داخلی کشورها در رسیدگی به جنایت تجاوز

در این قسمت به بررسی این نکته می‌پردازیم که مستندات قانونی صلاحیت دادگاه‌های داخلی کشورها برای رسیدگی به جنایت تجاوز چیست؟ ابتدا به مقایسه مستندات صلاحیت دادگاه‌های داخلی کشورها در سایر جرایم بین‌المللی ذاتی با جنایت تجاوز پرداخته و سپس به بررسی مستندات اساس‌نامه و درنهایت به بررسی مستندات خارج از اساس‌نامه از جمله رویه عملی کشورها می‌پردازیم.

۱.۳. بررسی مستندات صلاحیت دادگاه‌های داخلی در رسیدگی به سایر جرایم بین‌المللی ذاتی

اعمال اصول صلاحیت سرزمینی، واقعی، شخصی و مبتنی بر تابعیت مجنی‌علیه در مورد همه جرایم از جمله جرایم بین‌المللی از حقوق حاکمیتی کشورهاست و در قوانین کیفری آن‌ها مورد تصریح قرار گرفته و از زمره «اصول کلی حقوقی که از طرف ملل متمدن به رسمیت شناخته شده‌اند» (بند ج ماده ۳۸ اساس‌نامه دیوان بین‌المللی دادگستری)، به‌شمار می‌آید. بنا براین برای اعمال اصول صلاحیتی فوق‌نیازی به بررسی مستندات دیگری نیست و صرفاً وقوع جرم در قلمرو یک کشور یا توسط یا علیه اتباع آن کافی برای صلاحیت رسیدگی دادگاه‌های آن کشور است.^۱

پنجاه سال از محاکمات نورنبرگ، نوعی حرکت قهقراپی و بازگشت به گذشته محسوب می‌شود (دلخوش، ۱۳۹۰: ۱۲۸).

۱. هر گاه جنایات علیه بشریت، نسل‌کشی و جنایات جنگی یعنی سه جرم خطیر بین‌المللی که در این مقاله از آن‌ها به عنوان جرایم بین‌المللی ذاتی (در کنار جنایت تجاوز) نام برده شده است، در قلمرو حاکمیت یک کشور واقع شوند، آن

اما در مورد اعمال صلاحیت جهانی در مورد این جنایات باید به دنبال مستندات این نوع از اعمال صلاحیت بود. علت آن هم این است که در موارد فوق بین جرم ارتكابی و دولت تعقیب کننده یک علاقه صلاحیتی مثلاً وقوع جرم در قلمرو او یا توسط یا علیه تبعه او موجود است، در حالی که چنین رابطه و علاقه‌ای در مورد اصل صلاحیت جهانی موجود نیست. به هر حال از حیث صلاحیت جهانی، در میان جرایم بین‌المللی مهم یا ذاتی یعنی جنایات موضوع ماده ۵ اساس‌نامه دیوان بین‌المللی کیفری، جنایات جنگی قوی‌ترین و دقیق‌ترین مستندات را برای صلاحیت رسیدگی دادگاه‌های داخلی کشورها از آن خود کرده است (پوربافرانی، ۱۳۹۱: ۱-۲). از حیث حقوق بین‌الملل قراردادی مواد ۴۹، ۵۰، ۱۲۹ و ۱۴۶ کنوانسیون‌های اول تا چهارم ژنو ۱۹۴۹ که تقریباً مورد پذیرش تمامی دولت‌هاست، مبنای قراردادی چنین اعمال صلاحیتی است. مضافاً که این قراردادها بیانگر تدوین حقوق بین‌الملل عرفی در این زمینه است و بر این اساس اگر کشوری هم به این کنوانسیون‌ها ملحق نشده باشد، بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی ملزم به رعایت تعهدات آن است. طبق ماده ۴۹ کنوانسیون اول که عیناً در مواد ۵۰، ۱۲۹ و ۱۴۶ کنوانسیون‌های سوم تا چهارم تکرار شده است: «دولت‌های معظمه متعهد تعهد می‌نمایند که کلیه اقدامات قضایی لازم برای تعیین مجازات مرتکبین یا آمرین ارتكاب هر یک از تخلفات عمده (فاحش) از این قرارداد را که در ماده بعد ذکر شده است، به عمل آورند. هر دولت متعهد مکلف است که کسانی را که متهم به ارتكاب یا آمر به ارتكاب هر یک از تخلفات عمده باشند جستجو و آن‌ها را از هر ملیتی که باشند، تسلیم محاکم خود نمایند. همچنین می‌توانند در صورتی که مایل باشند، آن‌ها را بر طبق شرایط مقرر در قوانین خود برای دادرسی به یک کشور متعهد دیگر که علاقمند به تعقیب آن‌ها باشد تسلیم نمایند، مشروط به اینکه آن کشور متعهد دلایل و امارات کافی بر علیه اشخاص جمع آموری کرده باشد...». بر طبق این ماده دولت متعهد موظف است که یا خود به اتهام جنایات جنگی مندرج در ماده ۵۰ کنوانسیون اول رسیدگی کند یا اینکه چنین متهمی را به کشور دیگر دارای صلاحیت که احیاناً از یکی از صلاحیت‌های پیش گفته برخوردار است، تسلیم نماید و این بیانگر قاعده معروف یا محاکمه یا مسترد کردن است.

کشور بدون هیچ تردیدی از اصل صلاحیت سرزمینی برای تعقیب مرتکبین آن برخوردار است. همین‌طور هرگاه این جرایم توسط یا علیه اتباع یک کشور واقع شود، آن کشور برای تعقیب به ترتیب دارای صلاحیت شخصی و مبتنی بر تابعیت مجنی‌علیه است. همین‌طور کشوری که این جرایم علیه منافع اساسی و حیاتی اوست از اصل صلاحیت واقعی برای تعقیب مرتکبین آن‌ها برخوردار است.

اما برای صلاحیت دادگاه‌های داخلی کشورها در رسیدگی به جنایات علیه بشریت و نسل‌کشی و همچنین جنایت تجاوز شبیه چنین مقرره‌ای که حاکی از وجود حقوق بین‌الملل قراردادی است، وجود ندارد.

در مورد جنایت نسل‌کشی و جنایات علیه بشریت هر چند شبیه مقررات کنوانسیون‌های ژنو مبنی بر تعهد دولت‌ها برای تعقیب جنایتکاران به استناد اصل صلاحیت جهانی در دادگاه‌های داخلی وجود ندارد اما امروزه چنین امری به قاعده عرفی در حقوق بین‌الملل تبدیل شده است^۱ و کشورها حق دارند تا در مورد آن‌ها به اعمال صلاحیت پردازند (Broomhall, 2003: 110, 51 Cryer & others: 2010). این دو جرم در حقوق بین‌الملل عرفی جرم‌انگاری شده و حتی برخی وظیفه تعقیب و استرداد را هم همانطور که در مورد جنایات جنگی است در این دو مورد هم ساری و جاری می‌دانند (Cryer & others, 2010: 71). در این صورت کشورها صرف‌نظر از اینکه طرف معاهده باشند یا خیر ملزم به رعایت تعهدات آن هستند. پیش نویس قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری (۱۹۹۶) هم در ماده ۹ خود بیان کرده است که کشوری که در آن متهم به ارتکاب جنایت علیه بشریت، نسل‌کشی و جنایت جنگی یافت شود، مکلف به محاکمه یا استرداد اوست^۲. به تعبیر برخی از اساتید، امروزه هم حقوق مبتنی بر معاهدات بین‌المللی و هم حقوق بین‌الملل عرفی اصل را بر این قاعده گذاشته‌اند که افراد متهم به ارتکاب جنایاتی از نوع جنایت جنگی، جنایت علیه بشریت و نسل‌کشی نباید بدون کیفر بمانند و بر اساس این دو نوع حقوق، دولت‌ها موظف هستند اصل صلاحیت جهانی یعنی رسیدگی دادگاه‌های داخلی کشور محل دستگیری مجرم را مد نظر قرار دهند (Rissna. Ir/viewtk.asp?).

۲.۳. بررسی مستندات صلاحیت دادگاه‌های داخلی کشورها برای رسیدگی به جنایت تجاوز

ابتدا به بررسی این مستندات در اساس‌نامه دیوان بین‌المللی کیفری و سپس به بررسی آن‌ها در قوانین داخلی کشورها و به‌عنوان اصول کلی حقوقی می‌پردازیم:

۱.۲.۳. مقررات اساس‌نامه دیوان

بنا به تصریح دیباچه، ماده ۱ و ماده ۱۷ اساس‌نامه دیوان بین‌المللی کیفری، صلاحیت این دیوان نه تنها نافی صلاحیت دادگاه‌های داخلی کشورهای عضو در رسیدگی به جرائم بین‌المللی موضوع این اساس‌نامه نیست که فقط نسبت به آن‌ها جنبه تکمیلی دارد. در بند ششم دیباچه آمده است: «این

۱. برای مطالعه بیشتر در این خصوص ر.ک. (Bassiouni, 1999: 234؛ والاس، ۱۳۸۷: ۱۵۸-۱۵۴).

2. ILC, Draft Code of Crime Against the Peace and Security Mankind, 1996, Article 9.

تعهد هر یک از کشورهاست که صلاحیت کیفری خود را بر کسانی که مسئول ارتکاب جنایات بین‌المللی هستند اعمال کند». در بند ده نیز تصریح شده: «با تاکید بر اینکه دیوان بین‌المللی کیفری که به موجب این اساسنامه تاسیس می‌شود مکمل محاکم کیفری ملی خواهد بود». در ذیل ماده ۱ نیز آمده است: «دیوان دارای صلاحیت تکمیلی نسبت به صلاحیت کیفری ملی است». مقررات ماده ۱۷ اساسنامه هم ساز و کارهای اجرایی صلاحیت تکمیلی را بیان می‌کند. این عبارات مطلق‌اند و شامل هر چهار جرم موضوع صلاحیت دیوان یعنی جنایات جنگی، علیه بشریت، نسل‌کشی و جنایت تجاوز می‌شوند. تکمیلی بودن صلاحیت دیوان دلایل متعدد دارد. مهمترین دلیل احترام به حاکمیت دولت‌ها بوده و البته حقوق دانان در کنار این دلیل، دلایل دیگری را هم ذکر کرده‌اند. از جمله آقای کسسه گفته است دولت‌های شرکت کننده صلاح ندیدند که پرونده‌های متعددی از سراسر دنیا به این دادگاه با منابع انسانی، زیربنایی و مالی محدود وارد شود و بهتر است که تعداد زیادی از این جرایم برای رسیدگی به دادگاه‌های داخلی کشورها واگذار شده تا بر اساس اصول صلاحیت سرزمینی، شخصی و جهانی به آن رسیدگی کنند. مضافاً که دادگاه‌های داخلی امکانات بیشتری برای جمع‌آوری ادله و دستگیری متهم دارند (Cassese, 2008: 342-343). حتی این امید وجود دارد که تکمیلی بودن صلاحیت دیوان نه تنها کشورهایی را که به طور مستقیم درگیر این گونه جرم‌ها هستند تشویق به اعمال صلاحیت‌های مربوطه کند بلکه زمینه تعقیب آن‌ها را بر اساس اصل صلاحیت جهانی هم فراهم کند (دل‌ماس مارتی، ۱۳۸۶: ۳۰۲).

بدین ترتیب، تکمیلی بودن صلاحیت دیوان چهره دیگری هم دارد و آن شناسایی صلاحیت دادگاه‌های داخلی همه کشورها (نه فقط کشورهای عضو) برای رسیدگی به جرایم موضوع ماده ۵ اساسنامه از جمله جنایت تجاوز است. در این حالت تمامی دولت‌ها اعم از این که به اساسنامه دیوان ملحق شده باشند یا خیر، به استناد تمامی اشکال صلاحیتی خود از سرزمینی تا جهانی واجد صلاحیت رسیدگی‌اند.

۲.۲.۳. اصول کلی حقوقی (الزام قوانین داخلی)

بند ج ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی داگستری «اصول کلی حقوقی که از طرف ملل متحد به رسمیت شناخته شده‌اند» را به‌عنوان یکی از منابع حقوق بین‌الملل معرفی می‌کند. مقصود از اصول کلی مقرر در این بند، همان اصول کلی حقوق داخلی در حال اجرا است که میان نظام‌های حقوقی مشترک باشد (ضیایی بیگدلی، ۱۳۹۳: ۱۶۶). با این وصف این که تمامی نظام‌های حقوقی داخلی اقدام علیه تمامیت ارضی خود (تجاوز) را یکی از جرایم مهم دانسته‌اند و افزون بر آن با اشکال مختلف صلاحیت اعم از صلاحیت سرزمینی، واقعی و مبتنی بر تابعیت مجنی‌علیه به تعقیب

مرتکبین آن می پردازند، از اصول کلی حقوقی بشمار می آید که از زمره منابع حقوق بین‌الملل است. علاوه بر آن «اصل مراجعه به دادگاه‌های داخلی قبل از مراجعه به دادگاه‌های بین‌المللی» هم یکی از اصول کلی حقوقی خاص حقوق بین‌الملل است (همان: ۱۶۷) که به نوعی بر اعمال قاعده تکمیلی بودن صلاحیت دیوان نسبت به دادگاه‌های داخلی در مورد جنایت تجاوز تاکید می‌کند.

این در حالی است که تمامی دولت‌ها از گذشته تا به حال در قوانین داخلی خود اقدامات تجاوزکارانه دیگران که در قالب ارتکاب جرایمی علیه تمامیت ارضی آن‌ها رخ می‌دهد را ذیل اصل بلامنازع و بدون قید و شرط صلاحیت واقعی جرم‌انگاری کرده و قابل تعقیب دانسته‌اند. یکی از نویسندگان تعداد زیادی از این کشورها را با ذکر مواد قانونی مربوطه ذکر کرده است (Sayapin, 202: 202-221). به تعبیر ایشان کشورهای مختلف جرم‌انگاری تجاوز در حقوق داخلی خود را به یکی از چهار مدل «نورنبرگ و توکیو»، «اسقلال سیاسی و تمامیت ارضی»، «مدل جنگ عینی» و «مدل خیانت به کشور» ذکر کرده‌اند (Ibid). برخی کشورها در این خصوص حتی از چند مدل با هم استفاده کرده‌اند.

به هر حال برای بیان مثال عینی در این خصوص می‌توان به بند الف ماده ۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ایران، ماده ۴۶ قانون مجازات کانادا، مواد ۱۰-۱۱۳ (پذیرش اصل صلاحیت واقعی) و ۴-۴۱۱ (جرم‌انگاری دادن اطلاعات و برانگیختن دول بیگانه به تجاوز) از قانون مجازات فرانسه، مواد ۸۰ و ۸۰ الف قانون مجازات آلمان، ماده ۱۵۷ قانون مجازات کرواسی و ماده ۹۳ قانون مجازات استونی (Werle, 2007: 18; Ibid) اشاره کرد. کشورهای دیگری هم مانند جمهوری آذربایجان، بلاروس، بلغارستان و جمهوری چک از گذشته به دادگاه‌های داخلی خود و بر اساس قوانین مصوب داخلی خود صلاحیت جهانی نسبت به رسیدگی به جنایت تجاوز را داده‌اند (Scharf, 2012: 359). این امر یک اصل حاکمیتی است و هیچ کشوری تمایلی به از دست دادن آن ندارد و کسی هم مانع چنین اعمال حاکمیتی نخواهد شد. درست است که جنایت تجاوز، جرم رهبران است (نظری‌نژاد، ۱۳۸۹: ۱۸۱) و رهبران به راحتی در دسترس محاکم داخلی کشورهای دیگر قرار نخواهند گرفت و تعقیب آن‌ها دشوار است؛ اما این دشواری مانعی برای صلاحیت دادگاه‌های داخلی کشورها بشمار نمی‌آید. به عنوان مثال اگر رئیس جمهور سابق عراق (صدام) در دو کشوری که به آن‌ها تجاوز ارضی کرده بود، یعنی ایران و کویت، دستگیر شده بود، چه چیزی مانع محاکمه او توسط دادگاه‌های داخلی این دو کشور می‌شد؟ دادگاه‌های داخلی این دو کشور به استناد صلاحیت سرزمینی و صلاحیت واقعی به راحتی او را مورد تعقیب، محاکمه و مجازات قرار می‌دادند. از جمله در مورد دادگاه‌های ایران مواد ۳ (صلاحیت سرزمینی)، ۴ (صلاحیت سرزمینی توسعه یافته) و بند ۱ ماده ۵ قانون مجازات اسلامی (صلاحیت واقعی) مجوز قانونی تعقیب، محاکمه و مجازات را در

اختیار آن‌ها قرار می‌داد. طبق ماده ۵ و بند ۱ آن: «هر شخص ایرانی یا غیر ایرانی که در خارج از قلمرو حاکمیت ایران مرتکب یکی از جرایم زیر یا جرایم مقرر در قوانین خاص گردد طبق قوانین جمهوری اسلامی ایران محاکمه و مجازات می‌شود... الف اقدام علیه ... تمامیت ارضی جمهوری اسلامی ایران». همچنین طبق ماده ۸۰ قانون مجازات آلمان «هرکس مقدمات جنگ تجاوزکارانه ای را تدارک نماید که بنا باشد جمهوری فدرال آلمان درگیر شود و خطر بروز جنگ را برای جمهوری فدرال آلمان ایجاد نماید، به حبس ابد یا مجازات حبسی که کمتر از ۱۰ سال نباشد، محکوم خواهد شد (عباسی، ۱۳۸۹: ۱۰۳).

همچنین ماده ۱۵۷ قانون مجازات کرواسی ذیل عنوان کلی «جرائم علیه ارزشهای مورد حمایت حقوق بین الملل» و عنوان جزئی «جنگ تجاوزکارانه» تمامی اشکال فرماندهی یک جنگ تجاوزکارانه، سربازگیری، مسلح کردن شبه نظامیان و غیره را جرم و قابل مجازات دانسته است.^۱ به هر حال تعقیب، محاکمه و مجازات متجاوزین به تمامیت ارضی کشورها از مواردی است که بدون استثنا مورد استقبال تمامی کشورها قرار گرفته است و بر این اساس از اصول کلی حقوقی مشترک بین تمامی کشورهای دنیا به‌شمار می‌آید. درست است که اصول کلی حقوقی توانایی مقابله با «معاهده» یا «عرف» را ندارد اما در این مورد خاص هیچ معاهده یا عرفی وجود ندارد و تفاهم پنجم ضمیمه سند تعریف تجاوز در کنفرانس کامپالا که در مبحث بعدی بررسی می‌شود، صرف یک «تفاهم» است که هیچ قدرت اجرایی و الزام‌آوری ندارد و به فرض هم روزی حالت معاهده‌ای پیدا کند، صرفاً نسبت به اعضای معاهده لازم‌الاجراست (والاس، ۱۳۸۷: ۳۲۶-۳۲۵) و نسبت به دیگران الزامی ندارد.

۱. طبق این ماده: «۱- صرف نظر از اعلام یا عدم اعلام جنگ، هر کس با فرماندهی عملیات نظامی یک دولت علیه حاکمیت، تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی دولت دیگر، جنگ تجاوزکارانه ای را راه اندازی کند، به نحوی که این اقدامات با مداخله یا یک حمله مسلحانه در سرزمین یا کشتی یا هواپیمای آن دولت یا با محاصره بنادر یا سواحل یا با اشغال نظامی سرزمین آن دولت همراه، یا به هر طریقی که نشان دهنده استقرار اجباری حکومت بر چنین دولتی باشد به حبس از ۱۰ سال تا ابد محکوم خواهد شد. ۲- کسی که به منظور راه اندازی جنگ تجاوزکارانه یک دولت علیه دولت دیگر، مزدوران مسلح یا شبه نظامیان مسلح را فرماندهی یا تجهیز کند، به نحوی که این نیروها به هدف جنگ تجاوزکارانه دست یابند به همین مجازات محکوم می‌شود. ۳- هر کس بر اساس امر مافوق به عملیات نظامی یا شبه نظامی با هدف راه اندازی یک جنگ تجاوزکارانه دست زند به همین مجازات محکوم می‌شود. ۴- هر کس دیگران را به یک جنگ تجاوزکارانه فرا بخواند یا تحریک کند به ۱ تا ۱۰ سال حبس محکوم خواهد شد.» (نقل از: ستاره رنانی، ۱۳۹۳: ۱۱۰).

۴. کنفرانس کامپالا و تردید در صلاحیت دادگاه‌های داخلی

اساساً رسیدگی دادگاه‌های داخلی به همه جرایم بین‌المللی به‌ویژه جرایم بین‌المللی ذاتی (جنایات جنگی، علیه بشریت، نسل‌کشی و تجاوز) به آسانی رسیدگی این دادگاه‌ها به جرایم عادی نیست و همواره چالش‌ها، محدودیت‌ها و موانعی برای این رسیدگی‌ها وجود دارد. چالش‌هایی مانند شبهه بی طرفی دادگاه (Trahan, 2012: 589)، عفو، قواعد مرور زمان، منع محاکمه مجدد و مصونیت‌ها (Akman, 2013: 30-42; Cassese, 2008: 199). این چالش‌ها را می‌توان چالش‌های عام رسیدگی دادگاه‌های داخلی به جنایت تجاوز نامید. در خصوص جنایت تجاوز افزون بر چالش‌های فوق، چالش نقض اصل تساوی در حاکمیت دولت‌ها هم وجود دارد که مورد اشاره قرار گرفت. چالش مربوط به مرجع احراز عمل تجاوز (ماده ۳۹ منشور ملل متحد) هم وجود دارد که با توجه به طرح مکرر آن در منابع حقوق بین‌الملل کیفری (Jurdi, 2013: 3; Werle, 2007: 19) از ذکر آن‌ها خودداری می‌شود^۱. این چالش‌ها منجر به تدوین تفاهم پنجم ضمیمه سند تعریف تجاوز در کنفرانس کامپالا گردید که در این مقام صرفاً به نحوه شکل‌گیری آن و درنهایت تحلیل حقوقی آن می‌پردازیم.

شورای امنیت همواره نسبت به صلاحیت دادگاه‌های داخلی کشورها برای رسیدگی به جنایت تجاوز نگرانی‌هایی داشته است. احتمالاً این شورا نگران خدشه به اختیاراتش در خصوص احراز جنایت تجاوز است. سابقه رسیدگی بین‌المللی یا داخلی به جنایت تجاوز هم بعد از محاکمات نورنبرگ و توکیو وجود ندارد. به تعبیر یکی از حقوق‌دانان حتی صدام حسین هم برای تجاوزش به کویت که یکی از نمونه‌های تجاوز کلاسیک بود، محکومیتی حاصل نکرد (Werle, 2007: 23). به هر حال عدم وجود سابقه و انگیزه‌های سیاسی در جرم تجاوز و دغدغه‌های دیگر به این تردید دامن زده است. به‌عنوان مثال هر چند طرح اولیه پیش‌نویس قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری، منعی برای رسیدگی دادگاه‌های داخلی کشورها به جنایت تجاوز قائل نشده بود^۲ اما سند نهایی تصویب شده در این خصوص توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل، این حساسیت را مورد توجه قرار داد. بر این اساس، پیش‌نویس قانون جرائم علیه صلح و امنیت بشری مصوب ۱۹۹۶ در ماده ۸ خود جرم تجاوز را از حیطه صلاحیت ملی دولت‌ها خارج کرد. طبق این ماده: «بدون تعصب نسبت به صلاحیت یک دیوان کیفری بین‌المللی، هر دولت عضو تدابیر لازم را برای اعمال صلاحیت نسبت به جرایم بیان شده در مواد ۱۷ (نسل‌کشی)، ۱۸ (جنایت علیه بشریت)، ۱۹ (جرایم علیه سازمان ملل

۱. علاوه بر منابع مورد اشاره برای مطالعه منابع فارسی در این خصوص ر.ک. (کسسه، ۱۳۷۸: ۴۰۵-۳۹۳؛ فروغی، ۱۳۸۹: ۱۲۹).

۲. برای مطالعه این سند ر.ک. (دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ۱۳۷۴: ۴۵۷).

متحد و پرسنل وابسته) و ۲۰ (جنایات جنگی) صرف نظر از اینکه کجا و توسط چه کسی ارتکاب یافته باشند، اتخاذ خواهد کرد. اعمال صلاحیت نسبت به جرم بیان شده در ماده ۱۶ (جنایت تجاوز) با یک دادگاه بین‌المللی کیفری خواهد بود. با این حال دولت مورد اشاره در ماده ۱۶ منعی برای محاکمه اتباع خود به سبب جرم بیان شده در ماده ۱۶ ندارد.^۱ ملاحظه می‌شود که در این سند غیر لازم الاجرا، صلاحیت رسیدگی نسبت به جنایت تجاوز ارضی، فقط منحصر به دادگاه بین‌المللی کیفری شده و در مورد دادگاه‌های داخلی هم فقط صلاحیت رسیدگی یک دولت نسبت به رسیدگی به جنایت تجاوز ارضی اتباعش بلامانع اعلام شده است، چیزی که همانطور که اشاره شد، جز در موارد استثنایی مثل سرنگونی حکومت، چندان امیدی به تحقق آن نیست.

در راستای همین رویکرد، دو تفاهم (مشهور به تفاهم چهارم و پنجم) به پیوست سند تعریف تجاوز در کنفرانس بازنگری کامپالا پذیرفته شد (Schaack, 2012: 161). این دو تفاهم ذیل عنوان «صلاحیت داخلی نسبت به جرم تجاوز»، در پیوست سوم قطعنامه کنفرانس بازنگری کامپالا انعکاس یافت. به موجب تفاهم چهارم: «تفاهم بر این است که اصلاحاتی که عمل تجاوز کارانه و جنایت تجاوز را تعریف می‌کنند، تنها در چارچوب این اساسنامه به کار می‌روند. مطابق ماده ۱۰ اساسنامه این اصلاحات به گونه‌ای تفسیر نخواهند شد که قواعد موجود یا در حال تشکیل حقوق بین‌الملل را برای اهداف دیگری غیر از این اساسنامه به هر شکل تغییر داده یا محدود سازند». نیز مطابق تفاهم پنجم: «تفاهم بر این است که این اصلاحات به گونه‌ای تفسیر نخواهند شد که موجب حق یا تکلیفی برای اعمال صلاحیت دادگاه‌های داخلی کشورها نسبت به اعمال تجاوز کارانه‌ای باشند که توسط دولت دیگری ارتکاب یافته است»^۲. این تفاهم در واقع خواستار جلوگیری از ایجاد مشروعیت برای صلاحیت دادگاه‌های داخلی کشورها در رسیدگی به جنایت تجاوز است.

۱. این پیش نویس که شکل نهایی آن در سال ۱۹۹۶ توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل تدوین گشت از نظر حقوقی جنبه الزام آور ندارد و دادگاه‌های بین‌المللی کیفری می‌توانند از رعایت مفاد آن در صورتی که به نظرشان، مخالف با قواعد حاکم و لازم الاجرای حقوق بین‌الملل باشد، خودداری کنند. همچنانکه شعبه بدوی در پرونده سلبسی نظریه مندرج در آن را مبنی بر این که فقدان صلاحیت قانونی رسمی جهت اتخاذ تصمیم به منظور پیشگیری از جرایم ارتكابی توسط زبردستان مانع تحقق مسئولیت کیفری آمر می‌گردد، نادیده گرفت و خلاف آن رای داد (Kittichaisaree, 2005:55).

۲. این تفاهم در واکنش به نگرانی هیات نمایندگی ایالات متحده آمریکا بود مبنی بر این که دول عضو دیوان با استناد به صلاحیت تکمیلی دیوان که چهره دیگر آن صلاحیت دادگاه‌های داخلی کشورهاست، امکان تعقیب مقامات حکومتی یک کشور تحت عنوان تجاوز را خواهند یافت؛ چیزی که احراز آن به استناد منشور ملل متحد در صلاحیت شورای امنیت است (سودمندی، ۱۳۹۴: ۱۸۵).

بر همین اساس در تفسیر تفاهم پنجم برخی از حقوق دانان پیشنهاد داده‌اند با توجه به چالش‌هایی که در سر راه اعمال صلاحیت دادگاه‌های داخلی در رسیدگی به جنایت تجاوز وجود دارد، دادگاه‌های داخلی از این صلاحیت خود استفاده نکنند (Trahan, 2012: 572; Guilfoyle, 2016: 310). ایشان معتقدند با توجه به ابزارهای در دسترس دیوان بین‌المللی کیفری رسیدگی دیوان نسبت به دادگاه‌های داخلی ارجح است (Trahan, 2012: 601). برخی دیگر هرچند این تفاهم‌ها را ناامید کننده می‌دانند، اما مانعی را هم برای هماهنگ سازی قوانین کیفری داخلی دولت‌ها در راستای رسیدگی به جنایت تجاوز نمی‌دانند. بر اساس تفاهم پنجم فقط دادگاه‌های داخلی کشورها از اصلاح قوانین خود برای رسیدگی به جنایت تجاوز غیر اتباعشان منع شده‌اند. (Schaack, 2012: 161). برخی دیگر با مطلق نگری گفته‌اند که این تفاهم نشان می‌دهد که اصل صلاحیت تکمیلی نسبت به تجاوز اجرا نمی‌شود. در واقع دولت‌های عضو خواسته‌اند جنایت تجاوز را از صلاحیت دادگاه‌های داخلی کشورها مستثنا سازند (آقایی جنت مکان، ۱۳۹۰: ۱۸۸). به اعتقاد این عده اصولاً در جنایت تجاوز، امکان رسیدگی دادگاه داخلی یک کشور نیست، زیرا تعقیب این جنایت در سطح داخلی و ملی مستلزم نقض اصل برابری حاکمیت‌ها و قضاوت یک دولت نسبت به قانونی بودن اقدامات دولت مستقل دیگر خواهد بود. در واقع احراز جنایت تجاوز در محاکم داخلی متوقف بر آن است که این محاکم بتوانند بی‌طرفانه، قانونی یا غیرقانونی بودن اقدام دولت دیگری را از نظر رعایت موازین بین‌المللی ارزیابی کنند که این امر مستلزم تفوق یک حاکمیت بر حاکمیت دیگر است (شبایزی، ۱۳۹۳: ۶۲۶). همانطور که در بخش دوم مقاله اشاره شد، این مطلق‌نگری که از اساس ریشه اعمال صلاحیت دادگاه‌های داخلی را حتی در پوشش صلاحیت سرزمینی و صلاحیت واقعی می‌زند، چندان صائب نیست و این تفاهم اعمال صلاحیت دادگاه‌های داخلی را محدود نمی‌کند. زیرا اول: از همان ابتدای تدوین اساس‌نامه، تکمیلی بودن صلاحیت دیوان نسبت به محاکم ملی در مباحثات کمیته ویژه (Ad hoc) در سال ۱۹۹۵ به تفصیل مورد بحث واقع شد و غالب نمایندگان شرکت کننده به این نکته تاکید داشتند که اساس‌نامه دیوان بین‌المللی کیفری نباید صلاحیت رسیدگی به جرایمی را که مطابق قوانین داخلی کشورها به محاکم ملی داده شده است، نفی کند بلکه دیوان باید تکمیل کننده صلاحیت محاکم ملی باشد (شریعت باقری، ۱۳۸۴: ۲۵؛ صابر، ۱۳۸۸: ۷۱). این دیدگاه بدون هیچ تمایزی بین جنایات موضوع صلاحیت دیوان، یکسان حاکم است، به نحوی که در جلسه پرنستون در سال ۲۰۰۴ دیدگاه غالب آن بود که اصل صلاحیت تکمیلی بدون هیچ استثنایی باید نسبت به جنایت تجاوز هم بسان جرایم دیگر اعمال شود (سودمندی، ۱۳۹۴: ۱۸۵). دوم: این تفاهم‌ها الزام آور نیستند. به فرض الزام آور بودن هم اثر آن‌ها فقط نسبت به اعضای معاهده است و لاغیر. سوم:

برعکس دیدگاه تحمیل‌کنندگان تفاهم چهارم، در این تفاهم تصریح شده است که اصلاحات به گونه‌ای تفسیر نخواهند شد که قواعد موجود حقوق بین‌الملل را برای اهداف دیگری غیر از این اساس‌نامه به هر شکل تغییر داده یا محدود سازند و پر واضح است که به‌رغم تصور واضعان این تفاهم، صلاحیت دادگاه‌های داخلی کشورها در رسیدگی به جرایم بین‌المللی از جمله جنایت تجاوز که تمامیت ارضی آن‌ها را هدف قرار می‌دهد از قواعد موجود حقوق بین‌الملل است که بنا به تصریح این تفاهم، اصلاحات اساس‌نامه لطمه‌ای به آن نمی‌زند. رابعاً اعمال صلاحیت سرزمینی توسط دولت متجاوز (به فرض سقوط حکومت و جایگزینی حکومت جدید مثل مورد عراق) یا توسط دولت مورد حمله و نیز اعمال اصل صلاحیت واقعی توسط دولت مورد حمله که منافع اساسی و حیاتی او یعنی تمامیت ارضی‌اش مورد حمله واقع شده از اصول کلی حقوقی نه فقط ملل متحد که مورد پذیرش بدون قید و شرط تمامی کشورهای دنیاست و جزء منابع حقوق بین‌الملل است. این امر از مسائل مهم حاکمیتی است و هیچ دولتی حاضر به سلب آن نیست. بدین ترتیب در این که دولت‌های مختلف به استناد اصول صلاحیت سرزمینی، واقعی و حتی شخصی و مبتنی بر تابعیت مجنی‌علیه واجد صلاحیت رسیدگی به جرم متجاوزاند، شکی نیست و اگر تردیدی هم هست، این تردید صرفاً ناظر به کشورهای غیر درگیر در امر تجاوز است که صرفاً به استناد صلاحیت جهانی خواهان رسیدگی به جرم متجاوزاند. نگارنده بر این اعتقاد است که هرچند برخی از حقوقدانان به جهت طبع کاملاً سیاسی جنایت تجاوز و اهداف سیاسی در تعقیب آن، اعمال صلاحیت جهانی نسبت به جنایت تجاوز را باور ندارند (Jan Knoops, 2007: 19; Werle, 2013: 219; Grzebyk, 2013: 68)، اما بنا به مطالب فوق این تردید بی مورد است و دادگاه‌های داخلی همه کشورها به استناد تمامی اصول صلاحیت اعمال قوانین کیفری خود حتی صلاحیت جهانی، حق رسیدگی به جنایت تجاوز را دارند. کشورهای زیادی هم مانند بلغارستان (ماده ۱-۶ قانون مجازات بلغارستان)، کرواسی (ماده ۴-۱۴ قانون مجازات کرواسی)، مولداوی (ماده ۱۱ قانون مجازات) و گرجستان به اعمال این شکل صلاحیتی در قوانین کیفری خود تصریح کرده‌اند (McDougall, 2013: 318-319). از طریق وحدت ملاک هم می‌توان به این نتیجه رسید. جنایت تجاوز مادر همه جنایات مهم بین‌المللی دیگر (جنایات جنگی، علیه بشریت و نسل‌کشی) است و این جرایم در بطن آن رخ می‌دهد. پس از وقوع تجاوز است که جنایات جنگی، جنایات علیه بشریت و حتی نسل‌کشی و جرایم عادی دیگر به وقوع می‌پیوندد. وقتی صلاحیت جهانی رسیدگی دادگاه‌های داخلی نسبت به این جرایم با مانعی روبرو نیست، به طریق اولی در مورد جنایت تجاوز نیز نباید با مانعی روبرو باشد.



نتیجه‌گیری

یکی از اهداف مهم حقوق کیفری حفظ نظم عمومی است. عهده‌دار حفظ نظم عمومی هم دولت‌ها هستند که از طرق مختلف غیرکیفری و کیفری به تأمین آن مبادرت می‌ورزند. یک از راه‌های این امر وضع قوانین کیفری و اعمال صلاحیت‌های سرزمینی و واقعی است. این امر که دادگاه‌های یک کشور صلاحیت رسیدگی به جرایم مرتکبین نقض نظم عمومی را داشته باشند، از حقوق حاکمیتی و اولیه یک کشور است و بدون وجود آن نمی‌توان برای دولت آن کشور اقتداری قائل بود. از این حیث تفاوتی هم نمی‌کند که جرم واقع شده عادی یا بین‌المللی باشد. تنها تفاوت آن است که جرم بین‌المللی اصولاً گستره بیشتری دارد و لطمه بزرگتری به نظم عمومی وارد می‌کند. این جرم بین‌المللی اگر در قالب جنایت تجاوز ارضی باشد، لطمات آن بیشتر است، چون این جرم متأسفانه آن‌چنان بزرگ و خانمان‌سوز است که تمامی جرایم دیگر بین‌المللی (جنایت جنگی، علیه بشریت و نسل‌کشی) را در بطن خود دارد. بر همین اساس تمامی کشورهای دنیا از حیث شکلی علاوه بر صلاحیت سرزمینی از طریق اصل صلاحیت واقعی هم دادگاه‌های خود را مکلف به تعقیب متجاوزین به تمامیت ارضی خود کرده‌اند. حتی برخی این کار را از طریق اعمال اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی علیه هم امکان‌پذیر دانسته‌اند. از حیث ماهیتی هم به جرم انگاری جنایت تجاوز اقدام کرده‌اند. از طرفی اساس‌نامه دیوان هم در مواضع متعددی به حق و حتی تکلیف دادگاه‌های داخلی در رسیدگی به مطلق جنایات موضوع ماده ۵ اساسنامه (نه فقط جنایت خاصی) صحه‌گذارده است و اساساً صلاحیت تکمیلی معنایی جز این ندارد. در عین حال گرایش در حقوق بین‌الملل کیفری وجود دارد که به جهت ماهیت سیاسی جرم تجاوز و اهداف سیاسی که می‌تواند در تعقیب جنایت‌کاران متجاوز وجود داشته باشد، حق رسیدگی به جنایت تجاوز را به دادگاه‌های داخلی نمی‌دهد و این جنایت را صرفاً در دادگاه‌های بین‌المللی قابل رسیدگی می‌داند. این تردید در مورد رسیدگی دادگاه‌های داخلی، صرفاً ناظر به رسیدگی آن‌ها به استناد صلاحیت جهانی است و نسبت به رسیدگی دادگاه‌های داخلی مستند به اصول صلاحیت اعمال قوانین کیفری دیگر (سرزمینی، واقعی و ...) نمی‌تواند منطقی به دنبال داشته باشد. آیا این امر منطقی است که از دولت متجاوز (در فرض سرنگونی حکومت قبلی و جای‌گزینی حکومت جدید) خواسته شود که به جرم تجاوز اتباعش به دولت دیگر که از سرزمین او شروع شده رسیدگی نکند؟ همین‌طور آیا از دولت مورد تجاوز می‌توان خواست که به فرض دستگیری مقامات دولت متجاوز - چون تجاوز از جرایم رهبران است - به جرم آن‌ها مستند به اصول صلاحیت سرزمینی و واقعی رسیدگی نکند؟ چنین حقی و حتی تکلیفی برای رسیدگی جزء حقوق حاکمیتی تمامی کشورهای جهان است و در واقع

از اصول مشترک حقوقی آن‌ها به‌شمار می‌آید.^۱ تفاهم پنجم ضمیمه سند تعریف تجاوز در کنفرانس کامپالا هم تفاهمی بیش نیست و ارزش الزام‌آور ندارد. به فرض بعید هم روزی به شکل معاهده درآمد صرفاً نسبت به کشورهای عضو الزام‌آور است و نسبت به دولت‌های دیگر چنین نیست. بر همین اساس معتقدیم اصل اولیه و بدیهی حق و تکلیف دادگاه‌های داخلی در رسیدگی به جنایات بین‌المللی که مورد تأیید و تأکید اساس‌نامه دیوان قرار گرفته، همچنان مطلق و خدشه‌ناپذیر است و استثنایی برای آن جز در موارد مقرر در اساس‌نامه دیوان مثل عدم تمایل و عدم توان مراجع داخلی برای رسیدگی وجود ندارد.

منابع فارسی

- آقایی جنت‌مکان، حسین (۱۳۹۰)، «تعریف، عناصر و شرایط اعمال صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری نسبت به جنایت تجاوز (با نگاهی به موافقتنامه کامپالا)»، **مجله حقوقی بین‌المللی**، شماره ۴۴، ص ۱۸۴-۱۶۳.
- پوربافرانی، حسن (۱۳۹۱)، «بررسی مینا و شرایط اعمال صلاحیت دادگاه‌های داخلی کشورها برای رسیدگی به جنایات جنگی»، **فصلنامه مطالعات بین‌المللی**، سال نهم، شماره ۳، ص ۲۲-۱.
- پوربافرانی، حسن (۱۳۹۶)، **حقوق جزای بین‌الملل**، چاپ دهم، تهران: انتشارات جنگل.
- خالقی، علی (۱۳۸۸)، **جستارهایی از حقوق جزای بین‌الملل**، چاپ اول، تهران: انتشارات موسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش.
- دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۷۴)، «پیش‌نویس قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری ۱۹۹۱»، **مجله حقوقی**، شماره ۱۸ و ۱۹، ص ۴۵۵-۴۴۹.
- دلخوش، علیرضا (۱۳۹۰)، **مقابله با جرایم بین‌المللی (تعهد دولتها به همکاری)**، (۱۳۹۰)، چاپ اول، تهران: موسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش.
- دلماش مارتی، میری (۱۳۸۶)، «دیوان بین‌المللی کیفری و میانکنش‌های حقوق داخلی و بین‌المللی»، ترجمه روح‌الدین کرد علیوند، **مجله حقوقی**، شماره ۳۷، ص ۳۱۲-۲۹۷.

۱. البته دادگاه‌های داخلی برای رسیدگی خود چندان به الزامات حقوق بین‌الملل کیفری در خصوص تعریف تجاوز و سمت مرتکب (این که مرتکب الزاماً از زمره رهبران باشد) هم پایبندی نخواهند داشت.

- رنجبریان، امیر حسین (۱۳۸۱)، «قانون ۱۹۹۹-۱۹۹۳ بلژیک، رای ۱۴ فوریه ۲۰۰۲ دیوان بین‌المللی دادگستری (صلاحیت کیفری جهانی در بوته آزمون)»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، شماره ۵۸، ص ۱۶۶-۱۲۷.
- ستاره رنایی، نفیسه سادات (۱۳۹۳)، *صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری در رسیدگی به جنایت تجاوز*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا، اصفهان: دانشگاه اصفهان.
- سودمندی، عبدالمجید (۱۳۹۴)، *رسیدگی به جنایت تجاوز در دیوان کیفری بین‌المللی*، چاپ اول، تهران: انتشارات نگاه بینه.
- شاو، ملکم (۱۳۹۴)، *حقوق بین‌الملل (مسئولیت بین‌المللی دولت و مسئولیت کیفری فردی)*، ترجمه اسماء سالاری، چاپ اول، تهران: انتشارات خرسندی.
- شریعت باقری، محمد جواد (۱۳۸۴)، *حقوق کیفری بین‌المللی*، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
- شیایزری، کیتی (۱۳۹۳)، *حقوق بین‌المللی کیفری*، ترجمه بهنام یوسفیان و محمد اسماعیلی، چاپ چهارم، تهران: انتشارات سمت.
- صابر، محمود (۱۳۸۸)، *آیین دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی*، چاپ اول، تهران: نشر دادگستر.
- ضیایی بیگدلی، محمدرضا (۱۳۹۲)، *حقوق بین‌الملل بشر دوستانه*، چاپ دوم، تهران: انتشارات گنج دانش با همکاری کمیته بین‌المللی صلیب سرخ.
- ضیائی بیگدلی، محمدرضا (۱۳۹۳)، *حقوق بین‌الملل عمومی*، چاپ چهل و هفتم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- عباسی، اصلی (۱۳۸۹) *قانون مجازات آلمان (ترجمه فارسی)*، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.
- فروغی، فضل‌الله (۱۳۸۹) «موانع و محدودیت‌های تعقیب داخلی جرایم بین‌المللی»، *مطالعات حقوقی*، دوره دوم، شماره دوم، ص ۱۶۴-۱۲۹.
- کسسه، آنتونیو (۱۳۸۷)، *حقوق کیفری بین‌المللی*، ترجمه حسین پیران، اردشیر امیر ارجمند و زهرا موسوی، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل.
- نظری‌نژاد، محمدرضا (۱۳۸۹)، «دفاع مشروع فردی در جنایت تجاوز ارضی»، *مطالعات حقوقی*، دوره دوم، شماره دوم، ص ۱۹۰-۱۶۵.
- والاس، ربکا (۱۳۸۷)، *حقوق بین‌الملل*، ترجمه سیدقاسم زمانی و مهناز بهراملو، چاپ دوم، تهران: انتشارات موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.



- Akhurst, Mikhael, (1988), **A Modern Introduction to International Law**, 6th Edition, Australia: Unwin Hyman.
- Akman, Kedr, (2013), **Challenges for the International Criminal Court and the crime of Aggression (jurisdiction, Immunity and Politics)**, thesis in Public International Law, Faculty of Law, Stockholm: Stockholm University.
- Bassiouni, M. Cherif, (1999), **Crimes against Humanity in International criminal Law**, Hauge: Kluwer Law International.
- Broomhall, Bruce, (2003), **International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law**, New York: Oxford University Press.
- Cassese, Antonio, (2008), **International Criminal Law**, Second Edition, New York: Oxford University Press.
- Cryer, Robert, Friman, Hakan, Robinson, Darryl, Wilmshurst, Elizabeth (2010), **an Introduction to International Criminal Law and Procedure**, Second Edition, New York: Cambridge University Press.
- Gilbert, Geoff, (1982), "Crimes sans Frontiers: Jurisdictional Problems in English Law", **the British year book of International Law**, p.p. 515-442.
- Grzebyk, Patricja, (2013), **Criminal Responsibility for the Crime of Aggression**, London: Routledge.
- Guilfoyle, Duglas, (2016), **International Criminal Law**, New York: Oxford University Press.
- ILC, (1996), **Draft Code of Crime against the Peace and Security Mankind**, 1996.
- Jan knoops, Geert, (2014), **An Introduction to the Law of International Tribunals**, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Jurdi, Nidal Nabil, (2013), "The Domestic Prosecution of the Crime of Aggression after the International Criminal Court Review Conference: Possibilities and Alternatives", **Melbourne Journal of International Law**, Vol. 14. No.2.
- Kittichaisaree, Kriangsak, (2005), **International Criminal Law**, Third Edition, New York: Oxford University Press.
- McDougall, Carrie, (2013), **the Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court**, New York: Cambridge University Press.
- Philippe, Xavier, (2006), the Principles of Universal Jurisdiction and Complementarity: How do the Two Principles Intermesh?, **International Review of the Red Cross**, volume 88.
- Shaw, M. N, (1994), **International Law**, Third Edition, Grotius Publications.
- Ryngaert, Cedric, (2008), **Jurisdiction in International Law**, New York: Oxford University Press.

- Trahan, Jennifer, (2012), Is Complementarity the Right Approach for the International Criminal Court's Crime of aggression?, Considering the Problem of Overzealous National Court Prosecutions, **Cornell International Law Journal**, vol: 45.
- Watson, Geoffrey R, (1993), the Passive Personality Principle, **Texas International Law Journal**, Vol: 28.
- Sayapin, Sergey, (2014), **The Crime of Aggression in International Criminal Law**, Springer science and Business Media.
- Scharf, Mikhael, P., (2012), Universal Jurisdiction and the crime Of Aggression, **Harvard International Law Journal**, Vol: 53, No: 2.
- Schaack, Beth Van, (2012), Par in Parem Imperium Non Habet: Complementarity and the Crime of Aggression. **Journal of International Criminal Justice**, Volume 10, Issue 1.
- Werle, Gerhard, (2007), **the Crime of Aggression between International and Domestic Law** , Presentation at the XVth International Congress on Social Defense: Criminal Law between war and peace, Toledo, Spain.



پژوهشنامه حقوق کیفری

سال، ششم، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۶
شماره پانزدهم



قانون گذاری و قانون مداری با مطالعه انتقادی حقوق کیفری افغانستان

محمد صدر توحیدخانه*✉

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۶/۲۳

تاریخ ارسال: ۱۳۹۵/۷/۲۱

چکیده

نوشته‌کنان کیفری فارسی‌زبان کمتر به چیستی و دسته‌بندی لوازم اصل قانون مداری جرایم و مجازات‌ها پرداخته و قانون‌گذاران نظام‌های حقوقی این حوزه‌ی زبانی نیز کمتر به این لوازم التزام داشته‌اند. این مقاله بر آن است تا در گام نخست، با کمک گرفتن از چند نظام حقوقی دیگر، چیستی و دسته‌بندی این لوازم را باز شناساند و در گام دوم نیز میزان التزام به این لوازم را در نظام قانون‌گذاری مورد مطالعه‌اش، افغانستان، ارزیابی کند. در این مقاله خواهیم دید که گرچه اصل قانون‌مداری به بهترین شکل در قانون اساسی افغانستان تضمین شده، اما لوازم این اصل در قوانین عادی دهه‌های اخیر این کشور بازتاب شایسته‌ای نیافته است؛ به گونه‌ای که بسیاری از این قوانین لوازم این اصل را در «تعریف جرایم» و «تعیین جزاها» در قالب قوانینی نوشته، صریح، شفاف و منطبق بر معیارهای حقوقی و ادبی رعایت نکرده‌اند و بدین ترتیب موجبات نقض حقوق و آزادی‌های شهروندان، متروکه رها شدن خود و یا انحراف رویه‌ی قضایی را فراهم ساخته‌اند. بدین‌سان، در این مقاله، پس از باز شناساندن لوازم التزام به اصل قانون‌مداری و گوشزد نمودن تعهد منشعب از قانون اساسی قانون‌گذار افغانستان به التزام داشتن به این لوازم، موارد متنوع نقض این تعهد را در قوانین مختلف این کشور دسته‌بندی و اصلاح آن‌ها را پیشنهاد می‌کنیم.

واژگان کلیدی: اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، اصول منشعب، کیفیت قانون، جرایم «سفیدامضاء»، مجازات‌های نامشخص، افغانستان، ایران، فقه حنفی.

*✉ mosadr@gmail.com

* پژوهشگر مؤسسه‌ی ماکس پلانک برای حقوق کیفری خارجی و بین‌المللی

مقدمه^۱

حقوق کیفری یکی از قانون‌مدارترین و ضابطه‌مندترین رشته‌های علم حقوق است. حوزه‌ی قانون‌گذاری کیفری نیز، به مثابه یکی از ارکان اصلی این رشته، از این مهم استثنا نیست. فرایند تهیه و تنظیم قوانین جرم‌انگار و کیفرگذار قانون‌مند است و ضروریست قانون‌گذار «با رویکردی علمی و لحاظ حقوق و آزادی‌های مردم، انتظارات عمومی جامعه و مصالح بین‌المللی کشور» (نجفی ابرند آبادی، ۱۳۹۲، ۱۳) آن را مورد توجه ویژه قرار دهد. روشن است که در فرایند تهیه و تنظیم قوانین کیفری، توجه به **لوازم اصل قانون‌مداری** - اصلی تضمین‌شده هم در حقوق داخلی کشورها و هم در حقوق فراملی و بین‌المللی^۲ - از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است.

اصل قانون‌مداری یا قانون‌مندی کیفری در نظام حقوقی مورد مطالعه‌ی این مقاله، افغانستان، در عالی‌ترین سطح (در سطح قانون اساسی) و با بهترین الفاظ (دست کم بهتر از الفاظ قانون اساسی ایران) به رسمیت شناخته شده است. به موجب ماده‌ی ۲۷ قانون اساسی کنونی افغانستان مصوب ۱۳۸۲:

«هیچ عملی جرم شمرده نمی‌شود مگر به حکم قانونی که قبل از ارتکاب آن نافذ گردیده باشد. [...] هیچ شخص را نمی‌توان مجازات نمود مگر به حکم محکمه‌ی باصلاحیت و مطابق به احکام قانونی که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ گردیده باشد.»

^۱ در آغاز، ذکر ۲ نکته‌ی خارج از متن ضروری است. نخست: سرکار خانم دکتر سیلویا تلنباخ، مسئول بخش ترکیه، ایران و کشورهای عربی «مؤسسه‌ی ماکس پلانک برای حقوق کیفری خارجی و بین‌المللی» (فرایبورگ آلمان)، به‌تازگی بازنشسته شده است. نویسنده، به عنوان کسی که در گذشته توفیق همکاری طولانی‌مدت با نامبرده را داشته، این مقاله را به وی تقدیم می‌کند؛ به پاس حمایت‌هایش از نویسنده، خدمات ارزشمندش در شناساندن سنت کیفری کشورهای اسلامی، و همچنین فراهم ساختن بستری برای گفتگو و مبادلات آکادمیک با حقوقدانان این کشورها. دوم: در این مقاله اسناد تقنینی (قوانین و فرمان‌ها) و قرارهای قضایی افغانستان تا تاریخ ۲۵ جوزا (خرداد) ۱۳۹۵ (یعنی تا شماره‌ی مسلسل ۱۲۱۴ جریده‌ی رسمی) مورد بررسی قرار گرفته‌اند.

^۲ برای مطالعه‌ی جایگاه مستحکم و نهادینه‌شده‌ی اصل قانون‌مداری در اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای (همچون اساسنامه‌ی دیوان بین‌المللی کیفری، اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین، کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر، و اعلامیه‌ی آفریقایی حقوق بشر و مردم) بنگرید به: میلانی، ۱۳۸۶، ۱۳۹ تا ۲۰۷؛ و برای مطالعه‌ی حدود، تفاسیر و تحولات آن در حقوق بین‌الملل، حقوق بین‌الملل بشردوستانه و حقوق بین‌الملل عرفی و دادگاه‌های هر یک از این شاخه‌های حقوقی بنگرید به: Gallant, 2009.

نتیجه این‌که اگر ماده‌ی دیگری از همین قانون اساسی در موارد فقدان قانون به شریعت ارجاع داده باشد، این ارجاع منصرف از قضایای کیفری خواهد بود. همچنین اگر یک قانون عادی در حال یا آینده متعرض اعتبار این اصل شود، مادامی که اصل قانون‌مداری کیفری، یا به تعبیر افغانی آن: «اصل قانونیت جرایم و جزاها»، در قانون اساسی تضمین شده، آن قانون عادی به مثابه «قانونی ضعیف»^۱ ارزش حقوقی نداشته و محکوم به بی‌اعتنایی خواهد بود. بنابراین، اعتبار این اصل در این نظام حقوقی کامل است و احکامی که «در ظاهر» (همانند ذیل ماده‌ی ۱۳۰ قانون اساسی^۲) یا حتی «در واقع» (همانند ذیل ماده‌ی ۱ قانون جزا مصوب ۱۳۵۵^۳) با آن تعارض دارند نمی‌توانند خللی بر این اعتبار وارد کنند.^۴ نتیجه این‌که تمامی قوای سه‌گانه‌ی دولتی به اصل قانون‌مندی جرم و مجازات ملتزم‌اند.

قانون‌گذار نمی‌تواند به صرف پیش‌بینی مجموعه‌ای از مواد قانونی، با هر کیفیتی، مدعی شود که تعهد مبتنی بر قانون اساسی خود را در پاسداری از اصل قانون‌مداری به جا آورده است. کما این‌که قوای اجرایی و قضایی نیز نمی‌توانند با هر نوع تفسیری از همان مواد قانونی این تعهد را از جانب خود برآورده شده قلمداد کنند. اصل قانون‌مندی در نوشتگان حقوق کیفری **لوازمی** دارد که بدون رعایت آن لوازم این اصل تحقق‌پذیر نخواهد بود. به دیگر سخن، همان‌گونه که قوای سه‌گانه به موجب قانون اساسی به رعایت اصل قانون‌مداری ملتزم‌اند به رعایت قواعد منشعب از آن نیز متعهدند. چرا که التزام

^۱ منظور ما از «قوانین ضعیف» قوانینی‌اند که: «از همان آغاز تولد، اصول اساسی علم حقوق، پرنسپ‌های نظام حقوقی و مقتضیات زمان و مکان را نقض می‌کنند و از این رو، به دست خود، موجبات متروکه رها شدنشان را، هم در سطح آکادمیک و هم در سطوح غیرسیاسی تر قضا، و در رقابت با انبوهی از قواعد یا قوانین نسبتاً قوی‌تری که در آن نظام در دسترس‌اند فراهم می‌کنند.» (صدر توحیدخانه، ۱۳۹۵، صفحه‌ی ۱۷۴).

^۲ ماده‌ی ۱۳۰ قانون اساسی ۱۳۸۲: «محاکم در قضایای مورد رسیدگی احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می‌کنند. هر گاه برای قضیه‌ای از قضایای مورد رسیدگی در قانون اساسی و سایر قوانین حکمی موجود نباشد، محاکم به پیروی از احکام فقه حنفی و در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده قضیه را به نحوی حل و فصل می‌نمایند که عدالت را به بهترین وجه تأمین نماید.»

^۳ ماده‌ی ۱ قانون جزای ۱۳۵۵: «این قانون جرایم و جزاهای تعزیری را تنظیم می‌نماید. مرتکب جرایم حدود، قصاص و دیت مطابق احکام فقه حنفی شریعت اسلام مجازات می‌گردد.»

^۴ به طور کلی، برای مطالعه‌ی اعتبارسنجی اصل قانون‌مداری جرم و مجازات در حقوق کیفری افغانستان و حل تعارضات ظاهری و بعضاً واقعی میان قوانین عالی و عادی مرتبط با اعتبار این اصل، بنگرید به این مقاله: محمد صدر توحیدخانه، «اعتبار اصل قانونی بودن در حقوق کیفری افغانستان: مشکل‌ها و راه‌کارها»، فصلنامه‌ی پژوهش حقوق کیفری، سال پنجم، شماره‌ی هفدهم، زمستان ۱۳۹۵، از صفحه‌ی ۱۵۵ تا ۱۸۸.

به شیء التزام به لوازم آن نیز است.

توضیح آن که چهار لازمه‌ی اصل قانون‌مندی (قانون نوشته، قانون صریح، تفسیر مضیق از قوانین کیفری و تسری نیافتن آن‌ها به گذشته)، که در بخش نخست این مقاله با تفصیل بیشتر و با بررسی رویکرد چند نظام حقوقی دیگر به آن‌ها خواهیم پرداخت، تکالیفی را متوجه قوای سه گانه‌ی دولتی، چه «در مقام تصویب» و چه «در مقام تفسیر» قوانین کیفری می‌کند. این مقاله، صرفاً در پی ارزیابی التزام «قانون‌گذار» به لوازم این اصل در «مقام تصویب قوانین» است و به تکالیف دیگر قوا، مخصوصاً «در مقام تفسیر قوانین» نمی‌پردازد؛ همان‌گونه که در بالا گفتیم نظام حقوقی مورد مطالعه در این مقاله نیز نظام حقوقی افغانستان است. به دیگر سخن، این مقاله با مرور قوانین کیفری مورد افغانستان نشان خواهد داد که آن قانون‌گذار، در مقام تصویب قوانین کیفری، تا چه اندازه به لوازم اصل قانون‌مداری جرم و مجازات پایبند بوده است.

اما پیش از آن، در ادامه، و برای همراهی بیشتر خوانندگان با این بحث، میان میزان التزام قانون‌گذار به لوازم اصل قانون‌مداری در دو نظام حقوق کیفری ایران و افغانستان مقایسه‌ای مختصر انجام می‌دهیم و پس از آن وارد بحث اصلی می‌شویم.

در ایران، سرعت تغییر نظام سکولار پیشین به نظامی با محوریت فقیهان شیعه غیرمنتظره بود. بنابراین، تکمیل نسبی فرایند «فقهی سازی قوانین» و «قانونی سازی فقه‌ها» نیز بیش از سی سال به طول انجامید.^۱ در این مدت، طی چند مرحله، به ترجمه‌های فارسی گزیده‌ی آراء فقهی برای حکمرانی در قالب ابواب حدود و قصاص و دیات لباس قانون پوشانیده شد و بخش‌های مربوط به جرایم عرفی (در قالب تعزیرات) و مواد عمومی (کلیات) نیز بر اساس فقه شیعه و نیازهای حکمرانی و شرایط روز اصلاح گردید. رهاورد این پروژه برای اصل قانون‌مندی جرایم و مجازات‌ها از دو وجه ایجابی و سلبی قابل بررسی است. در «وجه ایجابی»، اصل قانون‌مداری جرایم و جزاها، در آغاز به صورت نسبی و به مرور زمان به صورت کامل‌تر، حرمت گردید؛ به گونه‌ای که اگر از اندک مواردی همچون «ارتداد، بدعت و سحر»^۲ در

^۱ هنوز نیز چهار کتاب نخست قانون مجازات اسلامی (کلیات و حدود و قصاص و دیات) به صورت آزمایشی ۵ ساله و در قالب اصل ۸۵ قانون اساسی، در سال ۱۳۹۲، به تصویب رسیده است. البته کتاب پنجم این قانون (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده) قانونی دائمی است که جداگانه در ۱۳۷۵/۳/۲ به تصویب مجلس رسیده بود.

^۲ در نسخه‌ی اولیه‌ی لایحه‌ی قانون مجازات اسلامی (سال ۱۳۸۶) که بخش حدود و قصاص و دیات آن توسط مرکز تحقیقات فقهی قوه‌ی قضاییه در قم تدوین شده بود به مجازات‌های حدی عناوین تازه‌ای ذیل «مبحث پنجم: ارتداد، بدعت‌گذاری و سحر» (از ماده‌ی ۱-۲۲۵ تا ۱۴-۲۲۵ آن لایحه) افزوده شده بود که برای ارتداد و بدعت و ادعای نبوت و سحر حد «قتل» در نظر گرفته شده بود. بنا به مصالحی، در تهران، کل این مبحث از آن لایحه حذف گردید و در

باب حدود و صورت‌های خاص معاونت در قتل همچون «ممسک» و «ناظر» در باب قصاص و معدود تعزیرات شرعی منصوص (مثل المجتمعان تحت ازار واحد، وطی بهائم، ازاله‌ی بکارت با انگشت و جماع با زوجه در روز رمضان در حالت روزه^۱) که با عنوان مستقل از راهیابی به قوانین کیفری محروم مانده‌اند بگذریم، قریب به اتفاق رفتارهایی که می‌بایست بر اساس خوانش حاکم از اصول این نظام حقوقی جرم باشند به قوانین مدون راه یافته‌اند و بحث امکان یا عدم امکان رجوع مستقیم به فقه برای تعیین جرم و مجازات در مورد آن‌ها تقریباً منتفی است. البته این به معنای مختومه شدن بحث «وجه ایجابی» اصل قانون‌مداری در این نظام حقوقی نیست. چرا که آن چه برآورده شده تنها جنبه‌ی صوری «دولت حقوق» - به مثابه سرچشمه‌ی حقوق اساسی‌ای اصل قانون‌مندی در حقوق جزا - را در بر می‌گیرد و افزون بر این، ممکن است برآورده شدن برخی جنبه‌های ماهوی نیز ضروری باشد.^۲

نتیجه این عناوین به قانون کنونی مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ راه نیافت. ولی در عوض، ماده‌ی دیگری به بخش حدود آن افزوده شد تا ظاهراً در صورت نیاز بتوان حدود فوق را نیز با چراغ خاموش اجرا کرد. ماده‌ی ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی: «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است طبق اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود.»

نکته‌ی مهم این‌که جای شکرگزاری باقی است که ماده‌ی ۲۲۰ فقط در مورد حدود است و متعرض اعتبار اصل قانون‌مداری در قصاص و دیات و تعزیرات نشده است. افزون بر این، آن بخش از ماده‌ی ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ که الفاظ اصل ۱۶۷ را برای رد نظریه‌ی حقوقدانان در منحصر بودن آن به دعاوی غیرکیفری عیناً تکرار کرده بود تا آن را در دعاوی کیفری نیز به زعم خود معتبر سازد در قانون آیین دادرسی کیفری جدید مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۴ حذف شده است. (مضمون اصل ۱۶۷ اولین بار در سال ۱۳۶۱ در قالب ماده‌ی ۲۸۹ قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری «برخلاف نظر اکثر قریب به اتفاق حقوقدانان» به حقوق کیفری موضوعه‌ی ایران وارد شده بود؛ در این باره، بنگرید به: افتخار جهرمی، ۱۳۷۸، ۹۵).

^۱ مصادیق تعزیرات شرعی منصوص به شدت اختلافی‌اند. برای مقایسه‌ی فهرست دوگانه تا پانزده‌گانه‌ای از آن‌ها از نظر برخی فقهای متقدم و متأخر شیعه بنگرید به: برهانی و نادری فرد، ۱۳۹۴، ۹۳ تا ۱۰۳.

^۲ چه‌بسا آن‌چه در صورت به شکل قانون در آمده در ماهیت قابل انتقاد باشد. به سخن یشک و وایگند: «... آن‌چه ماهیتاً ناحق است صرفاً با پوشیدن لباس قانون حق نمی‌شود. بحث فعلی ما نه درباره‌ی جنبه‌ی ماهوی که تنها درباره‌ی جنبه‌ی صوری دولت حقوق است.» (Jescheck & Weigend, 1996, S. 126).

توضیح آن‌که اگر به ترجمه‌ی غلط‌انداز «حاکمیت قانون» از تأسیس Rule of Law در کامن لا معتقد شویم، و اصل قانون‌مداری کیفری را نیز شاخه‌ای از آن بدانیم، در آن صورت می‌توان به آن‌چه در ایران رخ داده بسنده کرد (چراکه فقه شیعه لباس «قانون» پوشیده و دیگر آن‌چنان مجالی برای استناد به اصل یکصد و شصت و هفتم باقی نمی‌ماند حتی اگر به سرایت آن به مباحث کیفری معتقد باشیم)، اما پیشنهاد ما ترجمه‌ی دقیق‌تری از نهاد «رول آولا» است - مخصوصاً با ملاحظه‌ی محتوای آن در نظام‌های حقوقی اروپای قاره‌ای (یعنی دو تأسیس *État de droit* و *Rechtsstaatlichkeit*). این ترجمه عبارت است از: «دولت حقوق». در این صورت، تنها

اما در «وجه سلبی»، هنوز اصل قانون‌مداری «جرایم» در معنای کامل آن رعایت نمی‌شود. به گونه‌ای که بر عکس بسیاری از نظام‌های حقوقی پیشرفته، در قوانین کیفری ایران، هنوز، به تعبیر ما، «جرایم سفیدامضاء» به چشم می‌آیند که همانند چکی از پیش امضا شده می‌توان «بابت» و «مبلغ» آن را به دلخواه در آن وارد کرد. جرم‌انگاری مفاهیمی کاملاً انتزاعی، تعریف‌ناپذیر و عام‌الشمول همچون «هر نحو فعالیت تبلیغی علیه نظام، یا به نفع گروه‌ها و سازمان‌های مخالف نظام» (ماده‌ی ۵۰۰ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده، مصوب ۱۳۷۵)، «تظاهر به عمل حرام یا ارتکاب عمل مباحی که عفت عمومی را جریحه‌دار کند» (ماده‌ی ۶۳۸ همین قانون؛ در این مورد بنگرید به: حبیب زاده، ۱۳۸۳، ۹ تا ۲۴)، «نشر اکاذیب یا انتساب خلاف واقع به قصد تشویش اذهان عمومی» (ماده‌ی ۶۹۸)، «روابط نامشروع یا عمل منافی عفت» (ماده‌ی ۶۳۷)، «اهانت به مقدسات اسلامی یا مقامات عالی مذهبی یا توهین به مسئولان سیاسی» (مواد ۵۱۳، ۵۱۴ و ۶۰۹) و «همکاری با دول متخاصم به هر نحو» (ماده‌ی ۵۰۸) بیش از آن که در پی حرمت نهادن بر اصل قانون‌مداری جرایم (و جزاها) باشند، می‌توانند در عمل به مثابه ابزارهایی «دم دستی» و «کار راه انداز» برای روزی که اراده بر مجازات هست ولی سایر عناوین مجرمانه کمکی نمی‌کنند بسیار به کار آیند. بدیهی است هدف اصل قانون‌مداری هر چه می‌تواند باشد جز این.^۱

در نظام حقوقی افغانستان، نه وجه ایجابی و نه وجه سلبی اصل قانون‌مندی، هیچ یک، به شکل کامل رعایت نمی‌شود. چرا که از یک سو، جرایم حدود و قصاص و دیات، تا کنون، در قوانین مدون وارد نشده‌اند و نظام حقوقی از این حیث «در ظاهر» بلا تکلیف است (در مقاله‌ی دیگری البته نشان دادیم که «در واقع» این چنین نیست^۲) و از سوی دیگر، کم و بیش، همان پدیده‌ی «جرایم سفیدامضاء» در قوانین کیفری افغانستان نیز وجود دارد و حتی بیش از قوانین ایران زبان صریح و دقیق حقوقی و قواعد فنی نگارشی در آن رعایت نمی‌شود. اما آن چه وضعیت افغانستان را در مقایسه با ایران ویژه می‌کند نقض اصل قانون‌مداری «جزاها» به صورت وسیع و گسترده است؛^۳ مشکلی که در ایران در آن

فاز نخست این پروژه پایان یافته است. چرا که در «دولت حقوق» بر عکس «حاکمیت قانون» پوشانیدن لباس قانون فقط جنبه‌ی صوری را پوشش می‌دهد و افزون بر آن، محتوای قوانین نیز باید منطبق بر آموزه‌های علم حقوق کیفری در مفهوم جهانی آن باشد. همچنین بنگرید به: صدر توحیدخانه، ۱۳۸۸، ۴۸۳ تا ۴۸۴ و پانوشته‌های مرتبط.

^۱ مقایسه کنید با فهرست مواد مورد انتقاد قانون مجازات اسلامی، از همین لحاظ، از دید نویسنده‌ی ذیل: نوربها، ۱۳۸۰، ۱۳۸۰، ۳۹ تا ۴۳.

^۲ بنگرید به: صدر توحیدخانه، ۱۳۹۵، ۱۷۵ تا ۱۷۸: «۵. رفتار قانون‌گذار قانون جزا در سال ۱۳۵۵».

^۳ بنگرید به سومین بخش این مقاله با عنوان «تعیین جزاهای مشخص، روشن و صریح» از صفحه‌ی ۵۱ به بعد.

مقیاس وجود ندارد. به عبارت دیگر، افزون بر آن که قانون‌گذار افغانستان آن‌چنان خود را موظف به حرمت نهادن به اصل قانون‌مداری ندیده، بحث ضرورت التزام قوانین عادی به لوازم اصل قانون‌مداری نیز اگر نگوییم هنوز به صورت علمی در این کشور آغاز نشده، به پایان خود نیز نرسیده است؛ به گونه‌ای که همزمان با نگارش این مقاله، بسیاری از قوانین جدید سنجیدگی‌ها و دقت‌هایی را که از لوازم این اصل است رعایت نمی‌کنند. در چنین فضایی از بی‌توجهی تقنینی و حتی آکادمیک به اصل قانون‌مداری و لوازم آن است که «رویهی قضایی» نیز گاهی رفتارهایی را تحت پیگرد قرار می‌دهد که نه تنها در قوانین عادی جرم نیستند بلکه حتی در فقه حنفی نیز به صراحت منع نشده‌اند.^۱

این مقاله در پی آغاز این بحث در فرهنگ حقوقی مکتوب و حساس کردن قانون‌گذار آن کشور نسبت به تعهدات مبتنی بر قانون اساسی خود در سایه اصل قانون‌مداری جرایم و جزاهاست. بدین سان، در آغاز، با بررسی ماهیت نظری لوازم اصل قانون‌مداری در چند نظام حقوقی دیگر، دسته‌بندی‌های مرسوم آن را مرور کرده و، از آن میان، لوازم متوجه قانون‌گذار را باز می‌شناسانیم (بخش نخست). سپس با تمرکز بر لوازم متوجه قانون‌گذار، به بررسی نقادانه‌ی برخی از احکام کیفری افغانستان - چه در جایگاه تعریف جرایم (بخش دوم)، چه در جایگاه تعیین جزاها (بخش سوم) - می‌پردازیم. در پایان نیز مقاله را با نتیجه‌گیری و پیشنهادهای کاربردی (بخش چهارم) به پایان می‌رسانیم.

۱. قانون‌گذار و لوازم اصل قانون‌مداری کیفری

در این بخش، محتوای نظری و دسته‌بندی‌های رایج لوازم اصل قانون‌مداری را با کمک گرفتن از دو نظام «حقوق نوشته» که نظام حقوقی افغانستان با آن‌ها قرابت ساختاری دارد (رویکرد آلمانی؛ و رویکرد فرانسوی) و همچنین یک نظام قضایی فرامنطقه‌ای (رویکرد دادگاه اروپایی حقوق بشر) مرور خواهیم کرد و سپس بر آن لوازمی متمرکز خواهیم شد که تکالیفی را به طور مستقیم متوجه قانون‌گذار (و نه سایر نهادهای رسمی) می‌کنند (وظایف قانون‌گذار افغانستان).

^۱ مثلاً پولیس و خازنوالی برای «فرار دختران از منزل» تشکیل پرونده می‌دهند و محاکم نیز با استناد به ماده‌ی ۱۳۰ برای آن مجازات تعیین می‌کنند و ستره محکمه نیز بر این رویه صحه می‌گذارد. در حقیقت، قبح اجتماعی بسیار زیاد فرار دختران از منزل در جامعه‌ی سنتی افغانستان سبب می‌شود تا با تفسیری موسع از تعزیرات و از باب «سد ذرایع» - به تعبیر ستره محکمه: «آن چه مُفضی به ممنوع گردد نیز ممنوع است» - اصل قانون‌مداری به طور مضاعف نقض گردد. برای مطالعه‌ی قرار ستره محکمه در این باره بنگرید به: پانوش شماره‌ی ۱ در صفحه‌ی ۴۷ این مقاله.

۱-۱. رویکرد آلمانی

نخستین بار، در سال ۱۸۰۱، پاول یوهان آنسلم فون فویرباخ، فیلسوف و حقوق‌دان آلمانی‌زبان، در کتاب درسی حقوق کیفری خود، «اصل قانون‌مداری» (Gesetzlichkeitsprinzip) را در قالب سه قاعده‌ی حقوقی به زبان لاتین عبارت‌پردازی (Feuerbach, 1801, S. 20) و مالکیت معنوی الفاظ لاتین این اصل را به نام خود ثبت کرد.^۱ پس از فویرباخ، حقوق‌دانان کیفری آلمان مفهوم‌سازی و نظریه‌پردازی این اصل را پی گرفتند. نتیجه این‌که هم‌اکنون سالیان بسیاری است که مرحله‌ی مفهوم‌سازی و نظریه‌پردازی پایان یافته و اکثر قریب به اتفاق حقوق‌دانان معاصر، از هر مکتب حقوق کیفری آلمان که باشند، در این نکته هم‌نظرند که لوازم یا نتایج اصل قانون‌مداری چهار قاعده‌اند: یکی عبارت است از قاعده‌ی «هیچ جرم و هیچ مجازاتی نیست مگر به موجب قانون نوشته»^۲ که به موجب آن جرم‌انگاری و مجازات بر اساس حقوق نانوشته و عرفی ممنوع است (Ausschluss des Gewohnheitsrechts). دیگری نیز عبارت است از قاعده‌ی «هیچ جرم و هیچ مجازاتی نیست مگر به موجب قانون صریح»^۳ که از آن لزوم صراحت و شفافیت قوانین کیفری (Bestimmtheitsgrundsatz) را استخراج می‌کنند. سومین آن‌ها عبارت است از قاعده‌ی «هیچ جرم و هیچ مجازاتی نیست مگر به موجب قانون سابق بر رفتار مجرمانه»^۴ که از آن ممنوع بودن عطف به ماسبق شدن قوانین کیفری (Rückwirkungsverbot) را برداشت می‌کنند. و چهارمین قاعده نیز عبارت است از «هیچ جرم و هیچ مجازاتی نیست مگر به موجب قانون با برداشتی مضیق از آن»^۵ که به موجب آن جرم‌انگاری و مجازات بر اساس قیاس و تفسیر موسع را مردود می‌دانند (Analogieverbot). روشن است که در این رویکرد دو لازمه‌ی نخست (نوشته بودن و صریح بودن قوانین کیفری) فقط می‌تواند متوجه قانون‌گذار باشد. سومی (عطف به ماسبق نکردن) مشترک

^۱ در صفحه‌ی ۲۰ چاپ نخست کتاب فویرباخ، در سال ۱۸۰۱، الفاظ این سه قاعده‌ی لاتین برای نخستین بار بدین شکل ثبت شده‌اند (با دستور خط و حروف قدیم آلمانی؛ امروزه به شکل sine نگاشته می‌شود):

Nulla poena fine lege; Nulla poena fine crimine; Nullum crimen fine poena legali.

^۲ Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta.

^۳ Nullum crimen, nulla poena sine lege certa.

^۴ Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia.

^۵ Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta.

بین قانون‌گذار و قاضی و آخرین لازمه (تفسیر مضیق و منع قیاس) نیز عمدتاً متوجه قاضی است.^۱

۱-۲. رویکرد فرانسوی

در حقوق کیفری فرانسه، چه در متون قدیم و چه در متون جدیدتر، این انسجام و هم‌نظری در دسته‌بندی محتوای اصل قانون‌مداری به چشم نمی‌آید. در متون قدیم، پس از تأمل در پردازش‌های مرتبط با این اصل، بدین جمع‌بندی می‌رسیم که دست‌کم در مورد این که دو لازمه‌ی «تفسیر مضیق» و «عطف به ماسبق نشدن» از لوازم این اصل اند اتفاق نظر وجود دارد.^۲ چه بسا به همین دلیل باشد که بسیاری از حقوق‌دانان ایرانی نیز، کم و بیش، به پیروی از همین سنت کلاسیک فرانسوی نتایج اصل قانون‌مداری را به «تفسیر مضیق» و «عطف به ماسبق نشدن» قوانین کیفری محدود کرده‌اند.^۳

^۱ برای تفصیل این چهار قاعده در آثار حقوق‌دانان جدیدتر آلمانی، بنگرید برای مثال به:

Jakobs, 1993, S. 69-106; Jescheck & Weigend, 1996, S. 133-142; Köhler, 1997, S. 86-99; Roxin, 2006, S. 141-177; Wessels, Beulke & Satzger, 2015, S. 16-21; Gropp, 2015, S. 101-116.

^۲ برای نمونه، در به‌روز رسانی سال ۱۹۵۲ از کتابی که امیل گارسون در سال ۱۹۰۱ پایه‌گذاری کرده است، پس از پرداختن به کلیات این اصل بلافاصله سه بحث «قانون پارلمان به مثابه تنها منبع حقوق جزا»، «تفسیر مضیق» و «عطف به ماسبق نشدن» به تفصیل تشریح شده‌اند، بی آن‌که تصریح شده باشد که این سه از نتایج آن اصل اند (Garçon, 1952, 35-50). در نسخه‌ی ۱۹۳۴ اثر رنه گارو نتایج اصل قانون‌مداری عبارت‌اند از: «مقید کردن اختیار قاضی به قانون نوشته (droit écrit)»، «تفسیر مضیق قضایی از قوانین کیفری» و «راجع بودن قوانین کیفری به آینده» (Garraud, 1934, 120-122). از توضیحات پی‌یر بوزا در سال ۱۹۵۱ نیز چنین بر می‌آید که وی نتایج اصل قانون‌مداری را در بخش «تعریف جرم» محدود کردن قدرت وزیران، دادستانان و قاضیان و در بخش «تعیین جزا» مقید کردن حکم قاضیان به مجازات‌هایی می‌داند که به طور صریح و روشن در قانون پیش‌بینی شده باشند (Bouzat, 1951, 63-64). همچنین، از توضیحات مرل و ویتو نیز در سال ۱۹۶۷ چنین بر می‌آید که آن‌ها نتایج اصل قانون‌مداری را در بخش «تعریف جرم» محدود کردن اختیار قاضی، تفسیر مضیق و عطف به ماسبق نشدن و در بخش «تعیین مجازات» محدود کردن اختیار قاضی می‌دانند (Merle & Vitu, 1997, 233-235).

^۳ برای مثال: اردبیلی، ۱۳۹۴، ۲۱۲ تا ۲۴۷؛ مقایسه کنید با محسنی، ۱۳۷۵، ۲۹۶ تا ۳۷۰. افراسیابی نیز نتایج اصل قانون‌مداری را شامل «تفسیر مضیق» و «عطف به ماسبق نشدن» دانسته، اما اضافه کرده که: «طبق روش معمول بین مؤلفین اجرای قوانین جزایی در مکان نیز در همین بخش مورد مطالعه قرار می‌گیرد» (۱) (افراسیابی، ۱۳۸۲، ۱۸۴). کلانتری نیز همین دو نتیجه را از نتایج اصل قانون‌مداری دانسته به اضافه‌ی این که معتقد است: «به عقیده‌ی نگارنده نتیجه‌ی سومی را نیز باید بدان افزود که عبارت است از: رافع مسئولیت کیفری در جهل» (کلانتری، ۱۳۷۵، ۱۷۶). منصورآبادی نیز با تفکیک میان تفسیر مضیق و تفسیر به نفع متهم نتایج این اصل را سه نتیجه دانسته است: «عطف به ماسبق نشدن»، «تفسیر مضیق» و «تفسیر به نفع متهم» (منصورآبادی، ۱۳۹۵، ۱۳۴). الهام و برهانی نیز میان «شرایط» و «آثار» اصل قانون‌مداری تفکیک می‌کنند؛ بدین ترتیب که «شرایط» شامل کیفیات شکلی و ظاهری قانون‌اند، همچون روشن بودن و عدم استفاده از الفاظ مبهم و مشترکات لفظی و غیره، که نقض آن‌ها موجب نقض

نتیجه آن که در سنت قدیم فرانسوی به دو لازمه‌ی دیگر این اصل، یعنی «نوشته بودن» و «صریح بودن» قانون کیفری، توجه کمتری شده است.

البته در متون جدیدتر حقوق کیفری فرانسه پردازش‌های اندیشیده‌تر و تفصیلی‌تری می‌بینیم که هر یک، به گونه‌ای، هر چهار قاعده را مورد توجه کافی قرار داده‌اند. برای نمونه، از توضیحات برنار بولک چنین برمی‌آید که وی آثار اصل قانون‌مداری را در بخش تعریف جرم «ضرورت وجود متن»، «دقت و صراحت» و «تفسیر مضیق»، و در بخش تعیین مجازات نیز «دقیق و مشخص بودن، همزمان با در نظر داشتن اقتضائات اصل شخصی کردن مجازات» و «محدود کردن اختیارات متصدیان اجرای احکام» می‌داند (Boulouc, 2015, 126-143). آرالد ژنو نیز نتایج اصل قانون‌مداری را «ضرورت وجود متن دقیق» و «ممنوعیت جرم‌انگاری و کیفرگذاری توسط قاضیان» و «ضرورت تفسیر مضیق قوانین کیفری توسط قاضیان» دانسته است (Renout, 2012, 21-29).

اما شاید یکی از اندیشیده‌ترین تقسیم‌بندی‌های لوازم اصل قانون‌مداری در نوشتگان مدرن حقوق کیفری فرانسه را در کتاب ژان پرادل بیابیم. از توضیحات مفصل وی – تا آن‌جا که به بحث این مقاله برمی‌گردد – چنین برمی‌آید که از نظر وی، تکالیفی که این اصل متوجه «قانون‌گذار» می‌کند، در بخش تعریف جرم، عبارت‌اند از سه تکلیف: ۱. به کار بستن بیشترین صراحت و دقت ممکن، به گونه‌ای که راه بر ورود سلیقه‌ی قاضی بر پرونده بسته شود؛ ۲. تا حد ممکن پرهیز از عطف به ماسبق کردن قانون‌اشد، مگر در مواردی که رفتار در قانون سابق هم غیرقانونی بوده و افزون بر آن نایل شدن به هدف مورد نظر قانون جدید بدون عطف به ماسبق کردن به دست آمدنی نباشد؛ و ۳. تا حد ممکن کاستن از موارد تفویض اختیار به قوه‌ی مجریه. در بخش تعیین مجازات نیز قانون‌گذار مکلف است:

اصل قانون‌مداری نمی‌شود، بلکه تنها قانون را قابل انتقاد می‌سازد. اما «آثار» این اصل لوازم و تبعات پذیرش آن در نظام حقوقی است که بایستی مورد قبول قرار گیرند و در صورت نقض آن‌ها نظام حقوقی به نقض اصل قانون‌مداری محکوم می‌شود. «آثار» اصل قانون‌مداری، از نظر این دو، شامل «حاکمیت اصل عدم» و «عطف به ماسبق نشدن» است (الهام و برهانی، ۱۳۹۴، ۹۴). اما شاید استاد نوریها یکی از سیستماتیک‌ترین دسته‌بندی‌ها را نسبت به نتایج این اصل ارائه کرده باشد: وی نتایج اصل قانون‌مداری را به سه دسته‌ی «نتایج اصل برای قانون‌گذار»، «نتایج اصل برای قاضی»، و «نتایج اصل برای دستگاه‌های اجراکننده» تقسیم کرده است (نوریها، ۱۳۹۶، ۶۷ تا ۶۹). البته این بدان معنا نیست که دو لازمه‌ی کمتر مورد توجه قرارگرفته در آثار فارسی (ضرورت نوشته بودن و صریح بودن قوانین کیفری) لزوماً به رسمیت شناخته نشده باشد. برای مثال، استاد نوریها ضرورت «صریح بودن» را در دسته‌ی اول از تقسیم‌بندی خود از نتایج این اصل قرار داده و ضرورت «نوشته‌ی پارلمان بودن» نیز در کل مبحث وی (نوریها، ۱۳۹۶، ۶۳ تا ۷۱) مضمّن است. استاد اردبیلی نیز به ضرورت نوشته‌ی پارلمان بودن قانون ذیل بحث «منابع فقهی یا فتاوی معتبر» از صفحه‌ی ۲۰۱ تا ۲۰۳ و به ضرورت صریح بودن آن نیز ذیل بحث «کاربرد اصل قانونی بودن» از صفحه‌ی ۲۰۵ تا ۲۰۶ از چاپ ۱۳۹۴ کتاب خود پرداخته است.

۱. به صورت دقیق و روشن مجازات را تعیین کند، به گونه‌ای که شهروندان بدانند دقیقاً چه واکنشی در انتظارشان خواهد بود؛ و ۲. تا آن‌جا که ممکن است این مجازات را هم‌زمان و درون همان متنی که به تعریف جرم پرداخته تعیین نماید، مگر در مواردی که از «ارجاع کیفری»^۱ گریزی نباشد (Pradel, 2012, 114-116).^۲

افزون بر نوشتگان حقوقی، در حقوق موضوعه‌ی این کشور نیز به ضرورت وجود قوانین صریح اذعان شده است. اصل ۳۴ قانون اساسی فرانسه و به تبع آن ماده‌ی ۲-۱۱۱ قانون جزای این کشور در مورد جرایم و مجازات‌های با درجه‌ی جنایت و جناحه وجود قانونی را که قاعداً مصوب پارلمان است ضروری دانسته است. شورای قانون اساسی فرانسه نیز به‌تازگی در سال‌های ۲۰۱۱ و ۲۰۱۲ در سه پرونده‌ی جداگانه رأی داده است که مواد جرم‌انگارنده‌ی زنا به‌عنف و مزاحمت جنسی به دلیل مبهم بودن خلاف قانون اساسی‌اند.^۳ همچنین دیوان عالی این کشور نیز بر اساس ماده‌ی ۸ اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر و فقره‌ی ۳ ماده‌ی ۶ و همچنین ماده‌ی ۷ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر حکم کرده است که آیین‌نامه‌ی مبهم (در بحث جرم‌انگاری جرایم خلافی) فاقد اثر است (Bouloc, 2015, 128).

۱-۳. رویکرد دادگاه اروپایی حقوق بشر

دادگاه اروپایی حقوق بشر به موجب فصل دوم کنوانسیون اروپایی حقوق بشر تأسیس شده است. این دادگاه، که مقر آن در شهر استراسبورگ است، صلاحیت دارد که به شکایات باشندگان کشورهای عضو

^۱ در مورد «ارجاع کیفری» بنگرید به پانوش شماره‌ی ۱ در صفحه‌ی ۵۲ این مقاله.

^۲ همچنین، در نظری، تکالیفی را که این اصل متوجه «قاضیان» می‌کند، در بخش تعریف جرم، عبارت‌اند از: ۱. پرهیز از عطف به ماسبق کردن قانون؛ ۲. توجه دقیق به کیفیات مادی عمل ارتكابی و صدور حکم محکومیت تنها در صورتی که آن کیفیات بر کیفیات تعیین شده در قانون به صورت کامل منطبق باشند و تصریح در حکم خود به پیش‌بینی آن کیفیات در قانون و انطباق کامل عمل بر آن؛ ۳. تفسیر مضیق قانون و پرهیز از به کار بستن قیاس؛ و ۴. پرهیز از استناد به عرف و رسوم برای جرم دانستن رفتارهایی که در قانون جرم دانسته نشده، یا استناد به آن‌ها برای جرم‌زدایی از رفتارهایی که در قانون جرم دانسته شده‌اند. به همین ترتیب، او در بخش تعیین جزا نیز تکالیف قاضیان را عبارت از این موارد می‌داند: ۱. ممنوعیت تعیین مجازات در صورتی که قانون‌گذار برای جرمی که تعریف کرده مجازات مشخصی تعیین نکرده باشد؛ ۲. ممنوعیت تعیین مجازات بیش از حداکثر پیش‌بینی شده در قانون؛ ۳. ممنوعیت حکم به مجازات اصلی یا تکمیلی‌ای که در آن جرم خاص قانون بدان حکم نکرده است؛ و در نهایت: ۴. ممنوعیت جمع بین حبس و جزای نقدی، آن‌گاه که قانون یکی را بدیل دیگری قرار داده است، و یا ممنوعیت تجاوز از حداکثر یکی از آن دو مجازات، با این توجیه که به حداکثر مجازات دیگر حکم نداده است (Pradel, 2012, 121-122).

^۳ شورای قانون اساسی فرانسه در چندین پرونده‌ی دیگر نیز، از سال ۱۹۸۱ به بعد، قوانین کیفری را به دلیل ابهام ابطال کرده است. Renout, 2012, 23 به آن پرونده‌ها اشاره کرده است.

شورای اروپا در مورد نقض حقوق و آزادی‌های مصرح در فصل نخست این کنوانسیون رسیدگی نهایی کند. یکی از حقوق و آزادی‌هایی که در فصل نخست کنوانسیون برای باشندگان این کشورها تضمین شده است، اتفاقاً همین قانون‌مداری جرایم و مجازات‌هاست (بند ۲ ماده‌ی ۷ کنوانسیون). اما مسئله این است که شورای اروپا شامل ۴۷ کشور است: از ایسلند و بریتانیا و ایرلند و پرتغال در غرب تا روسیه و آذربایجان و ارمنستان و ترکیه در شرق، با ساختارهای حقوقی ناهمگون. برای مثال، همین واژه‌ی «قانون»، مذکور در ماده‌ی ۷، که بناست مبنای جرم‌انگاری و کیفرگذاری باشد، در سنت حقوق نوشته (همانند آلمان یا فرانسه) به متنی اطلاق می‌شود که در پارلمان به تصویب رسیده باشد در حالی که در سنت کامن‌لا (همانند ایرلند یا بریتانیا) بسیاری از جرایم و مجازات‌ها از اساس در سنت تاریخی دادگاه‌های عالی شکل گرفته‌اند و مصوبات پارلمان نیستند.

به همین دلیل، دادگاه اروپایی حقوق بشر ناگزیر شده است تا برای نظارت بر تضمین آزادی مصرح در ماده‌ی ۷ کنوانسیون، همچنین دیگر مواد کنوانسیون که به عبارت «مطابق قانون» (prévu par la loi) اشاره کرده‌اند (مانند مواد ۲، ۵، ۶، ۸، ۹، ۱۰ و ۱۱ این کنوانسیون و برخی مواد پروتکل‌های الحاقی آن)، در این سامانه‌های حقوقی ناهمگون از «صورت» قانون فراتر رود و به «کیفیت» آن بپردازد. بدین‌سان، این دادگاه در آراء خود ضابطه‌ای فراگیر را ابداع کرده است که بتواند با آن تمام نظام‌های حقوقی عضو را بسنجد. از این ضابطه با نام «کیفیت قانون» (la qualité de la loi)، یا آن‌گونه که در نوشتگان فارسی نام‌گذاری شده «اصل کیفی بودن قوانین کیفری» (دل‌ماس - مارتی، ۱۳۹۵، ۱۰۹ تا ۱۱۰ و ۴۱۷ پانوش ۵؛ نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۲، ۱۳؛ و همچنین: نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱، ۷۳۱ تا ۷۳۲؛ و همان، پانوش ۱۵۴ در صفحه‌ی ۱۲۹۵)، یاد می‌شود.^۱ دادگاه استراسبورگ کیفیت ناکافی قوانین کیفری را مغایر با ماده‌ی ۷ کنوانسیون می‌داند و دولت عضو را موظف می‌کند تا علاوه بر پرداخت خسارت به شاکی (ماده‌ی ۴۱ کنوانسیون) مورد مغایر را نیز در سامانه‌ی حقوقی ملی خود اصلاح کند (ماده‌ی ۴۶).^۲

^۱ *Sunday Times vs. United Kingdom*, § 49, 1979; *Malone vs. United Kingdom*, § 67, 1984; and *Kafkaris vs. Cyprus [GC]*, §§ 150 and 152, 2008.

^۲ مرحله‌ی دوم، پس از احراز کیفیت قانون، این است که آیا مداخله «متناسب» نیز بوده است یا خیر (Lautenbach, 2013, 117).

به نظر نویسنده‌ی مقاله‌ی حاضر، «ضابطه‌ی کیفیت قانون» بنا نیست جایگزین اصل قانون‌مداری در نظام‌های ملی حقوق نوشته گردد،^۱ بلکه یک ابزار فراملی است که یک دادگاه فراملی آن را صرفاً برای سنجش تعهدات حقوق بشری دولت‌های عضو یک کنوانسیون بین‌المللی در رعایت یک سری «شرایط کیفی» (qualitative requirements یا conditions qualitatives) در بحث جرم‌انگاری‌ها و کیفرگذاری‌ها تدوین کرده است. در حقیقت، با در نظر داشت ناهمگونی سامانه‌های حقوقی اعضای این کنوانسیون، نظارت بر تعهدات آن‌ها بدون وضع ضابطه‌ای فراملی و فراگیر امکان‌پذیر نبوده است.

با این همه، محتوای این ضابطه با موضوع این بخش از مقاله نمی‌تواند بیگانه باشد. چرا که در این جا نیز فی‌الجملة در پی اثبات آنیم که «صورت قانون» برای جرم‌انگاری‌ها و کیفرگذاری‌ها به تنهایی کافی نیست، بلکه قانونی لازم است که واجد برخی شرایط کیفی نیز باشد. به دیگر سخن، در بلندمدت، می‌توان یکی از آثار این ضابطه را برای نظام‌های حقوق نوشته لزوم عدم اکتفاء صرف به منشأ پارلمانی داشتن قاعده‌ی هنجارگذار و ضرورت تأمل و اندیشیدگی بیشتر در کیفیت پیش‌نویس‌های قوانین پارلمان دانست (Lupo & Piccirilli, 2012, 241).

شرایط کیفی لازم برای هنجارهای جرم‌انگار و کیفرگذار از نظر دادگاه اروپایی حقوق بشر یکی در دسترس بودن (accessibilité) است و دیگری پیش‌بینی‌پذیر بودن (prévisibilité)؛ که این دومی دقت و صراحت (précision) را نیز در بر می‌گیرد. بدین‌سان، این دادگاه بررسی می‌کند که آیا آن هنجار محدودکننده‌ی حقوق و آزادی‌ها به گونه‌ی مناسبی در دسترس شاکی بوده است یا خیر. البته دادگاه، بسته به میزان تخصصی بودن و دامنه‌ی پیچیدگی حرفه‌ی شاکی، ممکن است دسترسی غیرعمومی (مثلاً از طریق استخدام مشاور حقوقی) را نیز کافی بداند.^۲ دیگر این که بررسی می‌کند که آیا الفاظ تعریف‌کننده‌ی جرم و تعیین‌کننده‌ی مجازات به اندازه‌ی کافی دقیق و صریح بوده‌اند؛ به دیگر سخن، آیا شاکی می‌توانسته «پیش‌بینی» کند که دقیقاً چه رفتارهایی مجرمانه‌اند و آن رفتارها

^۱ کما این که هیچ اثری از ادغام این ضابطه در آراء قضایی و نوشتگان کیفری آلمانی به چشم نمی‌آید و برای مثال هیچ یک از نویسندگان کتاب‌های درسی جدید حقوق کیفری عمومی آلمان (مذکور در پانویست شماره ۱ در صفحه‌ی ۳۹ این مقاله) قالب یا محتوای این ضابطه را جایگزین آموزه‌ی آلمانی نکرده‌اند یا حتی بدان اشاره‌ی نیز ننموده‌اند. نظر دیگر نظر استاد نجفی ابرندآبادی است که معتقد است: «بدین ترتیب، اصل قانون‌مندی جرم و مجازات در حقوق کیفری مدرن کم‌کم جای خود را به اصل کیفی بودن قوانین کیفری می‌دهد» (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۲، ۱۳).

^۲ *Kokkinakis vs. Greece*, § 40, 1993; *Korbely vs. Hungary* [GC], §§ 74-75, 2008; *Kononov vs. Latvia* [GC], §§ 234-239 and 244, 2010; *Vasiliauskas vs. Lithuania* [GC], §§ 167-168, 2015.

دقیقاً چه مجازات‌هایی را در پی دارند.^۱ از نظر این دادگاه، یک قاعده‌ی حقوقی هنجارگذار هنگامی قابل پیش‌بینی است که: ۱. روشن، صریح و دقیق اما ناظر به عموم باشد؛ ۲. با دیگر قواعد سازگار باشد؛ و ۳. ناظر به آینده، و نه گذشته، باشد.^۲

۱-۴. وظایف قانون‌گذار افغانستان در سپهر اصل قانون‌مداری کیفری

دو قاعده‌ی عطف به ماسبق نشدن و تفسیر مضیق هم می‌تواند متوجه قانون‌گذار باشد، آن‌گاه که قانونی کیفری را اصلاح می‌کند، هم متوجه قاضی، آن‌گاه که بر اساس قوانین کیفری حکم صادر می‌کند. این دو قاعده به اندازه‌ی کافی در منابع حقوق جزا مورد بررسی قرار گرفته‌اند.^۳ اما آن دو قاعده‌ی دیگر (نوشته بودن و صریح بودن) انحصاراً متوجه قانون‌گذارند. از آن‌جا که این مقاله نیز، همان‌گونه که از عنوانش پیداست، التزام قانون‌گذار و نه قاضیان افغانستان را به لوازم این اصل بررسی می‌کند، در ادامه، به طور تفصیلی بر این دو قاعده متمرکز می‌شویم؛ دو قاعده‌ای که، همان‌گونه که پیش‌تر هم اشاره شد، کمتر مورد توجه نوشتگان فارسی‌زبان بوده است. بنابراین، در بخش‌های بعدی این مقاله، به ارزیابی قوانین کیفری، مورد افغانستان، به‌مثابه مصادیق خارجی این التزام می‌پردازیم.

۲. تعریف دقیق جرایم در قالب قانون و با رعایت استانداردهای حقوقی و نگارشی

اگر بنا باشد آزادی و حقوق مردم در چارچوب پیش‌گفته، به طور کامل رعایت شود، دیگر صرف پیش‌بینی یک قانون تعریف‌کننده‌ی رفتارهای مجرمانه، با هر کیفیت و محتوایی، برای اسقاط این وظیفه از دوش دولت کفایت نخواهد کرد. زیرا چنین قانونی باید واجد یک سلسله ویژگی‌ها باشد: نخست این که باید «قانون» باشد؛ دوم این که باید شفاف و صریح باشد؛ سوم این که مصطلحات حقوقی را رعایت کند؛ و چهارم این که قواعد ادبی و نگارشی زبان یا زبان‌های رسمی کشور را نیز در نظر داشته باشد. و اکنون تفصیل این چهار ویژگی با در نظر داشت قوانین کیفری افغانستان:

^۱ *Cantoni vs. France*, § 29, 1996; *Kafkaris vs. Cyprus [GC]*, § 140, 2008; *Del Río Prada vs. Spain [GC]*, § 79, 2013.

^۲ برای آشنایی تفصیلی با شرایط کیفی بالا، در آینده‌ی رویه‌ی قضایی دادگاه اروپایی حقوق بشر، بنگرید به: (Lautenbach, 2013, 86-117).

^۳ برای مطالعه‌ی این دو قاعده در حقوق کیفری افغانستان، برای مثال، بنگرید به: امینی، ۱۳۹۲، ۷۳ تا ۸۴؛ دانش (حفیظ‌الله)، ۱۳۹۳، ۶۳ تا ۱۲۱؛ صدر توحیدخانه، ۱۳۹۴، ۹۷ تا ۱۰۹؛ و علامه، ۱۳۹۴، ۶۹ تا ۸۲.

۲-۱. قانون بودن

یکی از لوازم اصل قانون‌مداری تعریف جرم در قالب قانونی موضوعه یا نوشته (*lex scripta*) است؛ قانونی که بر اساس فرایند پیش‌بینی شده در قانون اساسی در پارلمان تصویب شده باشد.^۱ زیرا به جز اصل مدرن تفکیک قوا، در بحث بسیار حساس و خطیر تحدید آزادی‌های عمومی، این حق همان عموم است که، البته از طریق نمایندگان مستقیمشان، درباره‌ی سرنوشت خویش تصمیم بگیرند. بدیهی است آنان همواره در استیفای این حق ارزش‌های فرهنگی و عقیدتی خود را نیز در نظر می‌گیرند.

البته از دیرباز در نظام حقوقی افغانستان برای رئیس دولت نیز تحت شرایط اضطراری صلاحیت قانون‌گذاری با صدور «فرامین تقنینی» مشروط به ضرورت عاجل و تعطیلی پارلمان در نظر گرفته شده است. به نظر نویسنده، این صلاحیت به امور عاجلی که مستحدثه، موردی، جزئی و فنی باشند راجع است، آن‌هم در صورت عدم دسترسی پایدار به پارلمان برای ایامی بیش‌تر از تعطیلات عادی سالیانه‌ی آن. سوء استفاده از این صلاحیت، به‌ویژه، در قانون‌گذاری‌های عمده، روتین و روزمره‌ی کیفری خالی از ایراد نیست. قوانین کیفری عمیق‌ترین تأثیرها را بر حقوق، آزادی‌ها و جان و مال و شرف باشندگان کشور می‌گذارند و لاجرم تصویب آن‌ها نیازمند مشروعیت دموکراتیکی بیش از صلاحیت تقنینی اضطراری پیش‌بینی شده برای رئیس جمهور است.^۲

^۱ البته در عصر حاضر، در حقوق کشورهای مدرن، مفکوره‌ی مقید بودن جرم‌انگاری‌ها و کیفرگذاری‌ها به «قانون» متحول گشته است. برای نمونه، در حقوق کیفری فرانسه، در کنار «قانون در مفهوم کلاسیک آن»، در مقیاس ملی، فرامین، بخش‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها و در مقیاس فراملی، حقوق اتحادیه‌ی اروپا و حقوق کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نیز تحت شرایطی ایفای نقش می‌کنند و با هم تعامل دارند (Debove et al, 2016, 69-80).

^۲ فرامین تقنینی (موضوع ماده‌ی ۷۹ قانون اساسی کنونی) شکلی از قانون‌گذاری اضطراری‌اند که همواره از دوره‌ی قانون اساسی محمد نادر شاه (۱۳۱۰) تاکنون در نظام حقوقی افغانستان وجود داشته‌اند. این فرامین مصوب رئیس جمهورند نه پارلمان و تنها «در حالت تعطیل ولسی جرگه، در صورت ضرورت عاجل، به استثنای امور مربوط به بودجه و امور مالی» صادر شده و به صورت موقت تا رسیدگی موضوع در پارلمان در حکم قانون‌اند. قانون جزای فعلی در قالب یک فرمان تقنینی در سال ۱۳۵۵ به تصویب رسیده و همچنان در تاریخ نهایی شدن این مقاله در تابستان ۱۳۹۵ معتبر است. افزون بر این، همین‌جا شایان ذکر است که پس از برقراری نظم سیاسی و حقوقی جدید در افغانستان، و تا آخرین روزهای پیش از تشکیل پارلمان، یک رشته فرمان‌های تقنینی کیفری عمدتاً ضعیف و ناجور با پیکر نظام کیفری افغانستان و حتی ناهمساز با یکدیگر توسط آقای حامد کرزی (در ابتدا با عنوان رئیس دولت انتقالی و سپس رئیس جمهوری اسلامی افغانستان)، و البته با صحنه‌گردانی و فشار برنامه‌های حمایتی خارجی و بین‌المللی، به‌سرعت صادر گردید که همگی آن قوانین هم‌اکنون نسخ شده‌اند. برای مثال، پیش‌نویس آمریکایی قانون اخیر (قانون مبارزه علیه مواد مخدر) بسیار با عجله نهایی شد تا فرصت صدور فرمان تقنینی از دست نرود و فرمان مربوط

نکته‌ی دیگر آن که واگذاری سرنوشت مردم در بخشی از جرایم به فقه حنفی، آن چه در ماده‌ی ۱ قانون جزای ۱۳۵۵ رخ داده، مغایر اصل قانون‌مداری است.^۱ فقه حنفی را عموم مردم و حتی بخش زیادی از قضات حال و آینده‌ی افغانستان نمی‌فهمند. حق آن است که اگر قانون‌گذار در قوانین نقصی می‌بیند، با در نظر داشت تمامی منابع حقوقی افغانستان (که فقه حنفی و حتی فقه شیعه^۲ نیز بخشی از آن است) و موازین بین‌المللی‌ای که خود را در ماده‌ی هفتم قانون اساسی به اجرای آن‌ها ملزم کرده (المؤمنون عند شروطهم) مطابق با شرایط زمان و مکان به قانون‌گذاری بپردازد.

کلاً، بر عکس حقوق مدنی که «اساسات کلی فقه حنفی» و «عرف عمومی» در آن به موجب مواد ۱ و ۲ قانون مدنی ۱۳۵۵ واجد نقش بسیار پررنگ‌تری در تفسیر قوانین و قراردادهاست، در حقوق جزا تنها دلیل برای تحدید حقوق و آزادی‌ها «قانون» است و امکان استناد «مستقیم» به فقه یا عرف بسیار محدود است. بدیهی است فقه (به مثابه مجموعه‌ای از آراء و ضوابط «نظری»^۳ موجود در سنت حقوقی)، چه ویرایش حنفی و چه ویرایش غیر حنفی آن، با قانون در مفهوم مدرن آن (به مثابه حکم الزام‌آور پارلمان) یکسان نیست.

نیز تنها دو روز پیش از افتتاح پارلمان صادر گردید. پس از افتتاح پارلمان نیز (سوء) استفاده از سنت صدور فرامین تقنینی ادامه یافت، البته با تنظیم دقیق زمان صدور آن فرامین با تعطیلات پارلمان! برای تفصیل انتقادات وارد به این رشته قوانین اضطرابی بنگرید به: Hartmann & Klonowiecka-Milart, 2011, pp. 275-290.

^۱ برای شرح بی‌اعتبار بودن این ماده در نظام حقوقی افغانستان بنگرید به: صدر توحیدخانه، ۱۳۹۵، ۱۶۷ تا ۱۷۲: «۲. نسخ ماده‌ی ۱ قانون جزا توسط مواد ۲۷ و ۱۳۰ قانون اساسی». این ماده در پانوش شماره‌ی ۳ در صفحه‌ی ۳۳ این مقاله آمده است.

^۲ در قانون اساسی کنونی افغانستان، بر عکس پیش‌نویس قانون اساسی مجاهدین و یا قانون اساسی کنونی ایران، هیچ «مذهب» رسمی (چه حنفی و چه جعفری) وجود ندارد و تنها به «دین» رسمی اکتفاء شده است. افزون بر این، ماده‌ی ۱۳۱ قانون اساسی نیز در مورد دعاوی (به نظر ما: غیرکیفری) میان اهل تشیع، فقه جعفری را تحت شرایطی معتبر دانسته است.

^۳ به تعبیر یکی از فقیهان معاصر (آیت الله محمد اسحاق فیاض)، تنها در حدود شش درصد از احکام شرعی ضروری و قطعی‌اند و مابقی، همگی، جنبه‌ی نظری و اختلافی داشته و از طریق تلاش و کوشش (اجتهاد) ذهن انسان به دست آمده‌اند: «الأحكام الشرعية ... تصنف إلى صنفين: أحدهما ... الذي يتمتع بطابع ضروري لا تتجاوز نسبته إلى مجموع الأحكام الشرعية عن ستة في المائة بنسبة تقريبية، و لن يوجد في هذا الصنف خلاف بين الفقهاء و المجتهدين نهائياً ... و الصنف الآخر: الأحكام الشرعية التي تتمتع بطابع نظري، و هذا الصنف من الأحكام هو الذي يتوقف إثباته على عملية الاجتهاد و الاستنباط.» الفياض، ۱۴۱۳، ۱۱ تا ۱۳.

افزون بر این، بنا بر تصریح ماده‌ی سوم قانون اساسی قوانین تصویب‌شده توسط قانون‌گذار می‌بایست با «معتقدات و احکام اسلام» «مخالفت» نداشته باشند. از این حکم نمی‌توان «ضرورت انطباق» قوانین با «فقه حنفی» را برداشت کرد. چرا که نه «مخالفت نداشتن» با «انطباق داشتن» و نه «معتقدات و احکام اسلام» با «فقه حنفی» مساوی و یکسان است. در هر صورت، قدر متیقن این است که «معتقدات و احکام اسلام»، به مثابه یکی از منابع حقوق کیفری در افغانستان، از جایگاه ویژه‌ای در این نظام حقوقی برخوردار است؛ البته به مثابه یکی از منابع «غیرمستقیم» آن (برای مثال: علامه، ۱۳۹۴، ۲۱ تا ۲۳)، چرا که منبع «مستقیم» جرم‌انگاری و کیفرگذاری در این نظام فقط «قانون» است.

به همین ترتیب، رسوم کیفری رایج در افغانستان به طریق اولی نمی‌توانند مبنای حکم کیفری قرار گیرند، حتی اگر لباس فقهی بر آن‌ها پوشانیده شود و توسط ستره محکمه نیز تأیید گردند؛ مانند آن چه درباره‌ی «فرار از منزل» رخ داده است.^۱

در مواردی، حتی نظام کیفری رسمی با برخی از رسوم غیرانسانی و جاهلی مبارزه، و آن‌ها را جرم‌انگاری می‌کند. برای مثال بنگرید به ماده‌ی ۲۵ «قانون منع خشونت علیه زن» ۱۳۸۸ که تمامی افراد دخیل در رسم «بد دادن» زن («به شوهر دادن زن در بدل دیت یا صلح به ارتباط قتل، تجاوز جنسی یا سایر احوال»؛ تعریف فقره‌ی ۴ ماده‌ی ۳ قانون فوق) را - چه آن کسی که زن را بد می‌دهد، چه آن کسی که می‌گیرد و چه سایر افراد ذی‌دخل (شاهد، وکیل، مصلح و عاقد) - مجرم و قابل مجازات دانسته است.

^۱ بنابراین، قرار شماره‌ی ۵۷۲ ستره محکمه‌ی افغانستان در جرم دانستن «فرار از منزل» قابل انتقاد است (همچنین بنگرید به: پانوش‌شماره‌ی ۱ در صفحه‌ی ۳۷ این مقاله). توضیح آن که به موجب نامه‌ی شماره‌ی ۱۴۹۷/۱۰۵۴ تاریخ ۱۳۸۹/۶/۱۴ دارالانشای شورای عالی به ریاست تدقیق و مطالعات ستره محکمه، شورای عالی ستره محکمه در جلسه‌ی مورخ ۱۳۸۹/۶/۲ نامه‌ی استفساریه‌ی سال ۱۳۸۶ یکی از سازمان‌های بین‌المللی (IDLO) را درباره‌ی مشروعیت پیگرد قضایی فرار از منزل با استناد به ماده‌ی ۱۳۰ قانون اساسی بدین صورت پاسخ داده است: «... و اگر فرار به علت ظلم و شکنجه بود ولی به خانه‌ی اجنبی‌ها صورت گرفته باشد نه به خانه‌ی اقارب و محارم و نه به ارگان‌های عدلی ذی‌صلاح، در آن صورت اگر چه انگیزه‌ی فرار ناشی از ظلم و شکنجه‌ی اعضای فامیل است، ولی از این که فرارکننده به مراجع عدلی و امنیتی مراجعه نکرده به جای نامناسب متوصل گردیده و این عمل می‌تواند باعث بروز جرایم و محظورات شرعی مانند زنا و فحشا گردد. لذا از این که فرار مذکور ذریعه‌ی محظورات است، طبق اصل شرعی سد ذرائع آن چه مفضی به ممنوع می‌گردد نیز ممنوع می‌باشد، از این لحاظ فرار مذکور ممنوع و قابل تعزیر است [...]»

۲-۲. رعایت صراحت و شفافیت: پدیده‌ی جرایم «سفیدامضاء»

چنانچه پیش‌تر گفته شد، از دیگر لوازم اصل قانون‌مداری در تعریف جرایم رعایت صراحت و شفافیت است. باید الفاظ قانون تا حد ممکن رسا، روشن، صریح و قابل فهم برای عموم مردم باشد (*lex certa*). در اهمیت این قاعده به یادآوری این نکته بسنده می‌کنیم که در برخی نظام‌های حقوقی (ایالات متحده‌ی آمریکا) دادگاه‌های عالی قوانین کیفری مبهم را به دلیل مغایرت با قانون اساسی و به استناد «دکترین بطلان به دلیل ابهام» غیر قابل اجرا می‌دانند؛^۱ و نظر یکی از اساتید جریان‌ساز حقوق کیفری آلمان در اواسط سده‌ی بیستم میلادی (هانس ولتسیل) را متذکر می‌شویم که معتقد بود: «خطری که واقعاً اصل قانون‌مداری را تهدید می‌کند نه قیاس که قوانین مبهم است.» (Welzel, 1969, S. 23).

بدین‌سان، استفاده از عبارات تفسیربردار، کشدار، متناقض و مبهم در قوانین با فلسفه‌ی اصل قانون‌مداری جرایم مغایر است. بدین ترتیب، به‌کارگیری عبارات و مصطلحاتی غیرحقوقی که در هیچ‌جا تعریف نشده و بسته به شرایط و مناسبات قدرت قابل قبض و بسط اند از نشانه‌های یک نظام کیفری حقوق‌مدار و ملتزم به اصل قانون‌مندی جرایم نیست. **جرایم «سفیدامضاء»**،^۲ یا به تعبیری دیگر: «جرم‌انگاری‌های موسعی» (2012, 32; *l'incrimination large*; Renout)، همچون «جنایت یا جنبه‌ی منافی حیثیت» (ماده‌ی ۱۲۶ قانون جزای ۱۳۵۵)، «تحریک مذکر یا مؤنث زیر ۱۸ سال به فجور یا اتخاذ فسق به حیث حرفه» (ماده‌ی ۴۳۰ قانون جزای ۱۳۵۵)، «ضرر رساندن به منافع ملی از طریق ارتکاب هر عملی با حمایت مالی از خارج» (فقره‌ی ۱ ماده‌ی ۱۹۳ قانون جزای ۱۳۵۵)، «تضعیف اعتبار مالی، حیثیت یا اعتبار دولت در خارج با نشر اخبار غلط» و همچنین «ضرر رساندن به منافع ملی در خارج از کشور به هر نحوی از انحاء»، (هر دو در ماده‌ی ۱۹۷ قانون جزای ۱۳۵۵)، «تبلیغ شفوی و تحریری به هر وسیله به منظور تأمین اهداف خویش و تضعیف حاکمیت مردمی» (ماده‌ی ۷ قانون جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی جمهوری دموکراتیک افغانستان ۱۳۶۶)،

^۱ به موجب *void for vagueness doctrine* که خود از اصل *due process* (متمم ۵ و ۱۴ قانون اساسی ایالات متحده‌ی آمریکا) منشعب می‌شود، دادگاه‌های عالی آن دسته از قوانین کیفری را که ۱. آن قدر مبهم نوشته شده‌اند که عرف سلیم نمی‌تواند تشخیص دهد دقیقاً چه عملی مجاز و چه عملی غیرمجاز است؛ یا ۲. آن قدر موسع نوشته شده‌اند که بیم اجرای خودسرانه و تبعیض‌آمیز آن‌ها می‌رود؛ یا ۳. این‌که با ایجاد تردید و ناامنی در شهروندان فضای لازم برای استیفای پنج حق بنیادین مصرح در متمم اول قانون اساسی (حق آزادی بیان، حق آزادی رسانه‌ها، حق آزادی دین، حق آزادی گردهمایی‌های مسالمت‌آمیز و حق تعقیب حکومت برای جبران خسارت) را تنگ می‌نمایند غیر قابل اجرا می‌دانند. برای نمونه، بنگرید به: LaFave, 2010, pp. 108-115.

^۲ برای آشنایی با منظور ما از «جرایم سفیدامضاء» و مثال‌های آن در حقوق ایران بنگرید به: صفحه‌ی ۳۶ همین مقاله.

«تأسیس سازمان به هدف تغییر یکی از ارزش‌های اساسی ملی و قبول‌شده‌ی سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و کلتوری» (ماده‌ی ۲۲۱ قانون جزای ۱۳۵۵)، «تأسیس یا اداره یا عضویت در هر نوع جمعیت سری» (ماده‌ی ۲۲۹ قانون جزای ۱۳۵۵)، «تجاوز علنی به هر وسیله به پیرو ادیانی که شعایر مذهبی خود را اجرا می‌نماید» (ماده‌ی ۳۴۸ قانون جزای ۱۳۵۵)، «ترصد در محلات عمومی با هدف منافی آداب» (ماده‌ی ۵۱۲ قانون جزای ۱۳۵۵) و «سوء استفاده از قانون حمایت از رقابت به جهت صدمه رساندن به منافع ملی یا اعتبار تجاری و حرفوی اشخاص حقیقی یا حکمی» (ماده‌ی ۳۰ قانون حمایت از رقابت ۱۳۸۸) فقط چند مثال از این عبارات کشار، مبهم و تفسیربردارند که بسیاری از آن‌ها می‌توانند به کمک قدرت آیند تا هر شخص، گروه یا نظریه‌ی رقیبی را که بخواهد صرفاً به بهانه‌ی اقداماتی حتی ماهیتاً خیرخواهانه، ذیل یکی از این عناوین وارد و سرکوب نماید.^۱ در حقیقت، این عناوین افزون بر مغایرت داشتن با لوازم اصل قانون‌مندی «جرائم»، آزادی‌های تضمین‌شده در قانون اساسی را نیز نقض می‌کنند. همچنین است «اختیارات سفیدامضایی» که افزون بر اختیار کشف جرایم و دستگیری مظنونان و یا متهمان برای پولیس افغانستان در فقره‌ی ۵ ماده‌ی ۵ «قانون پولیس» سال ۱۳۸۸ در نظر گرفته شده است: «۵. مبارزه با انحرافات اخلاقی، مفاسد اجتماعی و اعمالی که آسایش عامه را اخلاص می‌نماید.»

۲-۳. رعایت واژگان تخصصی علم حقوق

به همین ترتیب، قانون‌گذار باید واژگان تخصصی علم حقوق را «به طور منسجم» و «با دقت کافی» به کار ببرد. جهت اختصار، در ادامه، فقط به ذکر یک نمونه از عدم انسجام در استعمال اصطلاحات تخصصی بسنده می‌کنیم و از ذکر مواردی که اصطلاحات تخصصی بدون دقت به جای یکدیگر به کار رفته‌اند صرف نظر می‌کنیم.

درست نیست که قانون‌گذار برای نام بردن از یک تأسیس کیفری از چند واژه – هر چند مترادف – استفاده کند. برای نمونه، زیننده نیست که قانون‌گذار یک جا «شروع به جرم» (ماده‌ی ۲۹ قانون جزا) بگوید، جای دیگر «اقدام به جرم» (همانند ماده‌ی ۴۹ یا ۵۶ «قانون د افغانستان بانک» سال ۱۳۸۲)، جای دیگر «تشبث به جرم» (همانند ماده‌ی ۱۸ «قانون مبارزه علیه مواد مخدر» سابق مصوب سال ۱۳۸۴) و حتی به تازگی «سعی به جرم» (همانند جزء ۱ فقره‌ی ۲ ماده‌ی ۳ و فقره‌ی ۱ ماده‌ی ۴ «قانون جلوگیری از تمویل تروریزم» سال ۱۳۹۳) و «تلاش به جرم» (مثل جزء ۱ و ۲ فقره‌ی ۲ ماده‌ی ۴ «قانون

^۱ مقایسه کنید با فهرست مواد مورد انتقاد قانون جزای ۱۳۵۵ افغانستان، از دید نویسنده‌ی مقاله‌ی ذیل: علامه، عقرب ۱۳۸۶، ۲۲ تا ۳۰ و بازنویسی آن در این پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد: هاشمی، خرداد ۱۳۹۵، ۸۳ تا ۸۸.

جلوگیری از تمویل تروریسم» سال ۱۳۹۳) و «کوشش به جرم» (ماده ی ۷۴ «قانون هوانوردی ملکی» سال ۱۳۹۱).^۱ این سبک نگارش به سردرگمی و ابهام خواننده می‌انجامد و به هیچ وجه هدف اصل قانون مندی «جرائم» را برآورده نمی‌سازد. بگذریم از این نکته که برخی از واژگان فوق (سعی و تلاش) می‌توانند ترجمه‌های غیر حرفه‌ای از معادل انگلیسی نهاد شروع به جرم (attempt) به زبان فارسی باشند. به نظر می‌رسد که استشمام «بوی ترجمه»، آن هم غیر حرفه‌ای، از متون قانونی کشور در شأن نهادهای تقنینی ملی نباشد.

۲-۴. قواعد نگارش فنی و دستور زبان

به جاست چند سطری نیز به سبک نگارش بخش فارسی قوانین کیفری افغانستان پرداخته و تفصیل آن به منابع مربوط به فن قانون نویسی (legislative drafting) واگذارده شود: ایرادهای ساختاری و تعارضات داخلی قوانین، ضعف در انشاء حقوقی و علمی مواد، فاصله گرفتن از نثر فصیح و استاندارد فارسی و نزدیک شدن به ادبیات محاوره‌ای و عامیانه نویسی، ماده سازی‌های غیر ضروری، احکام ناقص، تکراری و قابل ادغام، تعاریف بی محتوا، به کار بردن مترادف و پیچیده نویسی‌های غیر ضرور، عدم جدی گرفتن ضرورت ویراستاری حقوقی و فنی اسناد تقنینی توسط حقوق دان- ویراستاران آزموده و باتجربه، زیاده نویسی‌ها و کم نویسی‌ها، عدم مطابقت فعل با نهاد، رعایت نکردن قواعد نشانه گذاری (سجاوندی) مثل قرار دادن ویرگول پس از نهاد، بیگانه بودن با یک دستور خط یکسان و حتی اغلاط املائی، در قوانین کیفری، به وضوح و خوانایی این متون آسیب می‌رسانند.^۲

^۱ مثلاً جزء ۱ فقره ی ۲ ماده ی ۴ «قانون جلوگیری از تمویل تروریسم» سال ۱۳۹۳: «عمل تروریستی بالفعل واقع نشده یا در جهت انجام آن تلاش صورت نگرفته باشد.» یا جزء ۲ فقره ی ۲ همان ماده: «از وجوه مالی مورد نظر بالفعل در انجام عمل تروریستی استفاده نشده یا تلاشی در این زمینه صورت نگرفته باشد.» این در حالی است که در همین ماده ی چهارم در ذیل فقره ی ۱ آن قانون گذار از «سعی کردن» استفاده کرده است: «شخص در صورتی مرتکب جرم تمویل تروریسم شناخته می‌شود که ... وجوه و دارائی‌ها یا خدمات مالی را ... تهیه یا جمع آوری نموده و یا به جمع آوری آن سعی نماید.»؛ همچنین است در جزء ۱ فقره ی ۲ ماده ی ۳ همین قانون که باز از «سعی کردن» استفاده شده است. به عبارت دیگر، می‌بینیم که برای یک تأسیس حقوقی دو نام مختلف و هر دو نیز عامیانه و غیر حرفه‌ای اختیار شده است، آن هم در یک قانون!

^۲ برای مطالعه ی فهرست مفصلی از اصول کلی و ملاحظات نگارش قانون بنگرید به: بیگ زاده، ۱۳۸۳، ۱۰۵ تا ۱۷۴؛ Xanthaki, 2014, pp. 85-131؛ و Seidman et al, 2001, pp. 231-277. همچنین، تمامی ۹ ایراد ساختاری قانون مجازات اسلامی پیشین ایران که در مقاله ی زیر آمده به قانون جزای ۱۳۵۵ نیز وارد است: محمدی جورکویه، «نقد ساختار قانون مجازات اسلامی»، ۱۳۸۳، ۱۶۰ تا ۱۷۴؛ و کلاً، برای مفهوم، شرایط و اهداف تدوین (کودیفیکیشن) کدهای کیفری بنگرید به: Sieber & Engelhart, 2012, S. 366-381.

۳. تعیین جزاهای مشخص، روشن و صریح

قوانین باید به همان صراحت لهجه، صلابت قلم و در عین حال سادگی متن که جرایم را تعریف می‌کنند جزاها را نیز تعیین نمایند و در این زمینه از هر گونه ابهام و تناقض پیراسته باشند. تعریف رفتارهایی که معمولاً ماهیت کیفری دارند، یا دست کم در مظان آن قرار دارند که قابل مجازات باشند، و عدم تعیین ضمانت اجرایی متعین، ملموس و قابل فهم برای عامه‌ی مردم با اصل قانون‌مندی «جزاها» مغایر است. از این حیث، مواد بسیاری از قوانین مختلفی که در افغانستان عمدتاً در سال‌های اخیر تصویب شده‌اند قابل انتقادند. در ادامه برخی از این مواد دسته بندی شده‌اند:

۳-۱. «... ممنوع است» یا «... مکلف است ...»

دسته‌ای از این مواد اصولاً هیچ گونه ضمانت اجرایی را تعیین نکرده‌اند و فقط از الفاظی چون «ممنوع است» یا «مکلف است» استفاده کرده‌اند که بیش از آن که ارزش حقوقی داشته باشند صرفاً شعارهای توخالی‌اند؛ مانند مواد ۴ (کار اجباری ممنوع است)، ۹ (تبعیض در استخدام و ... ممنوع است) و ۱۳ (توظیف نوجوانان زیر ۱۸ سال در کارهای مضر به صحت ممنوع است) «قانون کار» ۱۳۸۷. همچنین ماده‌ی ۸۳ «قانون اجراءات جزایی» ۱۳۹۳ (هر شخص در صورت مشاهده‌ی جرم مشهود مکلف است چه و چه کند ...)، یا مواد ۲۶ و ۲۷ «قانون جلوگیری از تمویل تروریسم» ۱۳۹۳ (مؤسسات و سازمان‌های غیرانتفاعی مکلف‌اند راجع به هبه و اعانه‌های دریافتی خود چه و چه کنند ...)، یا ماده‌ی ۱۰ «قانون صحت عامه» ۱۳۸۸ (موظف بودن طبیبان در اطلاع دادن امراضی که صحت و سلامت کتله‌های وسیع مردم را به مخاطره می‌اندازد)، یا ماده‌ی ۱۹۱ «قانون گمرکات» ۱۳۸۴ (موظف بودن هر شخص در معاونت به موظفین انسداد قاچاق در صورت استمداد آنان)، یا مواد ۵ (مکلف بودن مؤسسات صحتی کشور و طبیبان به همکاری جدی با متخصص طب عدلی) یا ۶ (مکلف بودن متخصص طب عدلی به ارائه‌ی نظر مسلکی راجع به هر نوع معاینات و تشخیص عدلی طبی) یا ۹ (مکلف بودن متخصص طب عدلی حین مطالبه‌ی پولیس، خرنوال، قاضی یا سایر مراجع ذیصلاح قانونی به ارائه‌ی توضیحات لازم درباره‌ی نتایج مرتبه‌ی خویش و در صورت لزوم حضور در جلسه‌ی محکمه) یا ۲۹ «قانون طب عدلی» ۱۳۸۷ (مکلف بودن متخصص طب عدلی به عدم افشای معلوماتی که بنا بر وظیفه یا نوعیت کار، حین اجرای وظیفه به دست آورد که ایجاب محرمت را نماید).

در حالی که عمده‌ی «ممنوعیت‌ها» یا «موظفیت‌های» فوق از نظر شدت و اهمیت در درجه‌ای‌اند که در بسیاری از نظام‌های کیفری برای آن‌ها مجازات در نظر گرفته می‌شود در قوانین فوق با لحنی شبیه به لحنی که فقط در قوانین اساسی - و نه قوانین عادی و کاربردی - شایع است، به صرف «ممنوع بودن» یا «موظف بودن» کفایت شده. این مواد نه خود مجازاتی را مشخص کرده‌اند و نه به یک مجازات

مشخص در یک ماده‌ی مشخص از همان قانون یا قوانین دیگر ارجاع داده‌اند.

۳-۲. «... طبق احکام قانون (جزا) مجازات می‌شود»

دسته‌ی دیگری از مواد قانونی صرفاً به جمله‌ی «مطابق احکام قانون جزا مجازات می‌گردد» یا حتی «مطابق احکام قانون مجازات می‌گردد» بسنده کرده‌اند، بدون آن‌که ماده یا موادی از قانون جزا (یا هر قانون دیگری) را مشخص کرده باشند.^۱ در این صورت، چند حالت قابل تصور است: یا رفتار مجرمانه بی هیچ شک و تفسیری قابل انطباق بر یکی از جرایم - و فقط یکی از جرایم - مندرج در قانون جزا (یا قوانین دیگر) است که در این صورت جرم‌انگاری مجدد آن کاری بیهوده و دوباره کاری است. حالت دیگر این‌که در انطباق آن رفتار بر جرم یا جرایم موجود در قانون جزا (یا قوانین دیگر) اختلاف نظر و شک و تفسیر وجود دارد که در این صورت ماده‌ی جدید که به ماده‌ی مشخصی از قوانین و مجازات مندرج در آن ارجاع نمی‌دهد نه تنها در حل آن اختلاف نظر و شک و تفسیر کمکی نمی‌کند بلکه خود سراحت و شفافیت مورد نظر اصل قانون‌مداری کیفری را نیز نقض می‌کند.

در مورد قوانینی که به طور خاص به «احکام قانون جزا» ارجاع داده‌اند برای مثال بنگرید به ماده‌ی ۱۱ «قانون سلاح ناریه، مهمات و مواد منفلقه» ۱۳۸۴ که حکم کرده: «شخصی که سلاح ناریه، مهمات و مواد منفلقه را خلاف حکم ماده‌ی ۴ این قانون تولید، توزیع، صادر، نگهداری، خرید، فروش و حمل نماید طبق احکام قانون جزاء مجازات می‌گردد.» همچنین بنگرید به فقره‌ی ۲ ماده‌ی ۲۶ قانون جلوگیری از پول شویی و عواید ناشی از جرایم ۱۳۹۳ که مجازات افشاء عمدی معلومات محرم را «حسب احوال مطابق احکام قانون جزاء» قابل مجازات دانسته است.^۲

^۱ در حالت عادی، هم تعریف جرم و هم تعیین جزای آن، هر دو، در یک ماده‌ی واحد از یک قانون نگاشته می‌شوند. اما امروزه، به‌ویژه در قوانین فرعی‌تر یا فنی‌تر، گاهی تفکیک میان تعریف جرم و تعیین جزا نیز به چشم می‌آید؛ به‌گونه‌ای که جرم در یک ماده تعریف می‌گردد و برای جزای آن به ماده‌ی دیگری در همان قانون یا حتی در قانونی دیگر (معمولاً قانون اصلی‌تر) ارجاع داده می‌شود. این شیوه‌ی قانون‌نویسی کیفری را که برخی «مجازات ارجاعی»، *pénalité par référence*, (Pradel, 2012, 116; Renout, 2012, 33)، یا «حواله‌ی کیفری» (بشیریه، ۱۳۸۹، ۵ تا ۷) نامیده‌اند مورد انتقاد قرار گرفته است. چرا که امکان دارد در پی حذف یا اصلاح مجازات موجود در ماده‌ی ارجاعی جرم تعریف شده در ماده‌ی دیگر برای مدت‌ها همچنان بدون مجازات باقی بماند (Bouloc, 2015, 140; Pradel, 2012, 116; Renout, 2012, 33). در هر صورت، فارغ از آن‌که تا چه اندازه با این شیوه موافق باشیم، آن‌چه در افغانستان می‌بینیم چیز دیگری است: شاید «ارجاع یا حواله‌ی سر در گم کیفری»! بنگرید به: ادامه‌ی متن.

^۲ همچنین فقره‌ی اول ماده‌ی دوازدهم «قانون مبارزه علیه ارتشاء و فساد اداری» سال ۱۳۸۳ حکم می‌کرد که «مرتکبین جرائم مندرج این قانون به شمول کارکنان اداره‌ی مبارزه علیه ارتشاء و فساد اداری مطابق احکام قانون جزاء و سایر

دسته‌ی دیگر از مواد قانونی که به عبارت کلی‌تر «احکام قانون» اکتفاء کرده‌اند عبارت‌اند از ماده‌ی ۲۸ «قانون اجراءات جزایی عسکری» ۱۳۸۹ که اعمال نفوذ بر خائنوال عسکری، قاضی محکمه‌ی عسکری یا وکیل مدافع را «مطابق احکام قانون» قابل مجازات دانسته؛ یا ماده‌ی ۷۴ «قانون هوانوردی ملکی» ۱۳۹۱ که حکم کرده استعمال قوه یا تهدید به استعمال قوه برای تصرف یا کنترل طیاره‌ی در حال پرواز «طبق احکام قانون مجازات می‌شود». یا ماده‌ی ۳۷ «قانون آب» ۱۳۸۸ که در فقره‌ی ۱ حکم کرده «شخصی که در نتیجه‌ی سوء استفاده از حقا به شخص دیگری خساره‌ی مالی وارد نماید علاوه بر جبران خساره‌ی وارده مطابق به احکام قانون به جریمه‌ی نقدی محکوم می‌گردد.» و در فقره‌ی ۲ نیز: «در صورتی که تخطی از حقا به باعث تهدید به حیات، صحت و طرز معیشت اهالی پایین آب گردد جرم شمرده شده، مرتکب حسب احوال مطابق به احکام قانون مجازات می‌گردد.»^۱

۳-۳. «... مورد تعقیب عدلی قرار می‌گیرد»

دسته‌ی دیگری از مواد قانونی پا را در نقض اصل قانون‌مداری جزاها از این نیز فراتر گذاشته و با ابهام بیشتر حکم کرده‌اند «طبق احکام قانون مورد تعقیب عدلی قرار می‌گیرد». برای مثال ماده‌ی ۵۱ «قانون اداره‌ی امور مالیات» ۱۳۹۴ حکم می‌کند که «هر گاه کارکن اداره‌ی مالیات از موقف وظیفوی خود سوء استفاده نماید، مطابق احکام قانون مورد تعقیب عدلی قرار می‌گیرد.» یا ماده‌ی ۳۵ «قانون پاسپورت» ۱۳۹۴ که می‌گوید «شخص در حالات ذیل مورد تعقیب عدلی قرار می‌گیرد» و سپس ۹ جرم مرتبط با گذرنامه را برمی‌شمارد (همچنین بنگرید به مواد ۳۳ و ۳۴ همین قانون). یا در ماده‌ی ۳۴ «قانون ثبت احوال نفوس» ۱۳۹۳ آمده است: «موارد ذیل جرم پنداشته شده، مرتکب آن حسب احوال طبق احکام قانون مورد تعقیب عدلی قرار می‌گیرد» و سپس ۱۰ جرم در پیوند با تذکره‌ی تابعیت (شناسنامه) فهرست شده است. ماده‌ی ۵۱ «قانون مسافرت و اقامت اتباع خارجی» ۱۳۹۴ نیز حکم می‌کند: «تبعه‌ی خارجی که بدون داشتن پاسپورت، ویزه یا سایر اسناد مسافرت داخل قلمرو جمهوری اسلامی افغانستان گردد طبق احکام قوانین نافذده‌ی کشور تحت تعقیب عدلی قرار می‌گیرد.» (همچنین بنگرید به مواد ۵۲، ۵۴، و ۵۶ همین قانون).

قوانین نافذده مجازات می‌گردند. قانون مبارزه با ارتشاء و فساد اداری به موجب «قانون نظارت بر تطبیق ستراتیژی مبارزه علیه فساد اداری» سال ۱۳۸۷ ملغی شده است.

^۱ همچنین است مواد زیر از قوانین دوران «طالبان» که هم‌اکنون، در زمان نهایی شدن این مقاله در اوایل تابستان ۱۳۹۵، همچنان نافذند: ماده‌ی ۲۸ «قانون خدمات طب حیوانی (وترنری) امارت اسلامی افغانستان» مصوب ۱۴۲۱ هـ. ق. (کارکنان طب حیوانی [...] در صورت غفلت و تخلف و عدم همکاری مطابق به احکام شریعت و قانون مجازات می‌شوند)؛ و همچنین ماده‌ی ۱۴ «قانون منع احتکار امارت اسلامی افغانستان» مصوب ۱۴۲۱ هـ. ق. (هر نوع تأخیر و تعلل در تطبیق حکم این ماده موجب مسئولیت جزایی می‌باشد).

مثال‌های دیگر نیز عبارت‌اند از فقره‌ی ۳ ماده‌ی ۱۰ «قانون قضایای دولت» ۱۳۹۲ در مورد مأمورانی که با اداره‌ی قضایای دولت همکاری نکنند؛ یا ماده‌ی ۳۵ همین قانون در مورد ارائه‌ی اسناد، معلومات، دلایل و مدارک خلاف واقعیت به اداره‌ی قضایای دولت؛ یا ماده‌ی ۳۷ همین قانون در مورد عضو مسلکی اداره‌ی قضایای دولت که مرتکب برخی جرایم شود؛ یا ماده‌ی ۲۲ «قانون اداره‌ی عالی تفتیش» ۱۳۹۲ در مورد برخی تخلفاتی که مفتش مرتکب شود؛ یا فقره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۴ «قانون اجتماعات، اعتصابات و تظاهرات» ۱۳۸۱ در مورد عدم ترک محل با وجود اخطارهای قبلی و پی‌هم پولیس در حالاتی که محل به دلایل امنیتی مصون نبوده باشد؛ یا ماده‌ی ۲۲ همین قانون در مورد حمل هر نوع سلاح در هنگام اجتماعات، تظاهرات و اعتصابات؛ یا ماده‌ی ۲۴ قانون فوق در مورد رهبران اجتماعات، تظاهرات و اعتصابات که به خشونت دستور داده باشند؛ یا ماده‌ی ۸۵ «قانون تنظیم امور زمینداری» ۱۳۸۷ در مورد عدم حضور مالک بدون عذر شرعی الی ختم کار هیئت تصفیه در محل، غرض تصفیه‌ی ساحه‌ی زمینداری؛ یا ماده‌ی ۸۶ همین قانون در مورد تخریب تأسیسات آبیاری یا تعمیرات و تجهیزات مربوط به قطعه‌ی زمین دولتی؛ یا ماده‌ی ۸۷ قانون فوق در مورد زمینداری که تحولات و تغییرات جدید زمین را عمدتاً به شعبه‌ی تنظیم امور زمینداری معلومات ندهد؛ یا ماده‌ی ۸۸ این قانون در مورد غصب زمین دولتی. همچنین است ماده‌ی ۳۳ «قانون طب عدلی» ۱۳۸۷ در مورد تخلف متخصص و موظف مربوط اداره‌ی خدمات طب عدلی در ایفای وظایف محوله از احکام این قانون و سایر قوانین؛ یا ماده‌ی ۱۵ «قانون صحت عامه» ۱۳۸۸ در مورد تخلف کارکنان طبی و دواسازی در انجام وظایف اختصاصی؛ یا ماده‌ی ۲۹ «قانون وکلای مدافع» ۱۳۸۶ در مورد استفاده‌ی غیر وکیل از نام و امتیاز وکیل مدافع؛ یا ماده‌ی ۱۵ و ۱۹ «قانون محصول حق العبور» ۱۳۸۷ در مورد عدم توزیع یا تقلب تکت محصول (برگه‌ی عوارض).

۳-۴. «به خارنوالی (یا به ...) معرفی می‌شود»

حتی در میان قوانین جدید مواردی به چشم می‌آید که به صرف «معرفی به خارنوالی» بسنده شده است! یک نمونه ماده‌ی ۲۱ «قانون اداره‌ی عالی تفتیش» ۱۳۹۲ است که برای موارد عدم ارائه‌ی اسناد و معلوماتی که اداره‌ی عالی تفتیش صلاحیت بازرسی آن را داراست، در میعاد معینه یا تأخیر در پاسخ به مکاتیب در میعاد معینه یا سهل‌انگاری در تطبیق نتایج تفتیش یا عدم اجازه‌ی تفتیش به مفتشین موظف یا سایر مواردی که سبب تأخیر و یا مانع اجرای تفتیش گردد ضمانت اجرایی «مرتکب آن حسب احوال از طرف مقام ذیصلاح تأدیب و یا غرض تعقیب عدلی به خارنوالی معرفی می‌گردد» را پیش‌بینی کرده است. ماده‌ی ۴۱ «قانون ادویه» ۱۳۸۷ نیز یک گام پیش‌تر آمده و به جای خارنوالی از «معرفی به مراجع مربوط» در مورد اشخاص، مؤسسات و شرکت‌هایی سخن گفته که ادویه‌ی تقلبی را تولید یا

وارد نمایند. در مغایرت صریح این دسته‌ی اخیر از مواد با اصل قانون‌مداری جزاها جای هیچ شک و تردید نیست.

از این نظر، داستان مجازات جرایم مالیاتی در قوانین اخیر افغانستان شنیدنی است. در «قانون مالیات بر عایدات» سابق (۱۳۸۴)، مصوب شورای وزیران و نه پارلمان (فرمان تقنینی^۱)، برای جرایم مالیاتی مجازات‌های مشخص پیش‌بینی شده بود (مواد ۱۰۶، ۱۰۷، ۱۰۸، ۱۰۹ و آن قانون).^۲ در سال ۱۳۸۷ هیئت مختلط مجلسین شورای ملی با انجام اصلاحاتی در قانون اضطراری ۱۳۸۴ قانون جدید مالیات بر عایدات را به تصویب رساند. یکی از عمده‌ترین اصلاحات حذف همگی مجازات‌های مشخص و مصرح قانون سابق و جایگزینی آن‌ها با «به‌خارنوالی معرفی می‌شود» بود! به‌گونه‌ای که در فقرات دوم از هر یک از مواد ۱۰۱، ۱۰۲، ۱۰۳، ۱۰۴ و «قانون مالیات بر عایدات» ۱۳۸۷ به‌ترتیب برای هر یک از جرایم عدم حفظ اسناد و دفاتر معاملات (ماده‌ی ۱۰۱)، عدم ارائه‌ی اظهارنامه‌ی مالیاتی (۱۰۲)، عدم وضع مالیه‌ی عایدات (۱۰۳) و عدم تأدیه‌ی مالیه‌ی وضع‌شده (۱۰۴)، که همگی به قصد فرار از مالیه ارتکاب یافته باشند، علاوه بر مالیه‌ی اضافی، به این حکم بسنده شد که مرتکب به خارنوالی معرفی می‌گردد.

بدین‌سان، قانون جدیدتر، و البته اصلی و مصوب پارلمان، از جهت رعایت اصل قانون‌مداری جزاها، نسبت به یک قانون اضطراری تصویب‌شده در قالب فرمان تقنینی، نه پیشرفت بلکه پسرفت به حساب می‌آید و البته این شائبه را نیز به وجود می‌آورد که چه بسا قانون‌گذار تحت تأثیر لابی‌متنفذان فرارکننده از پرداخت مالیات و یا احیاناً «تاجر نمایندگان» نشسته بر کرسی‌های پارلمان به‌سست کردن ضمانت اجرای جرایم مالیاتی مبادرت ورزیده باشد. البته قانون‌گذار در قانونی در سال ۱۳۹۴ این عقبگرد را جبران کرد. وی، به موجب ماده‌ی اخیر «قانون اداره‌ی مالیات»، مواد فوق از قانون مالیات بر عایدات ۱۳۸۷ را ملغی اعلام کرد و دوباره مجازات‌های مشخص و روشنی را برای ۱۰ نوع تخلف مالیاتی، در ماده‌ی ۴۵ خود، به نظام حقوقی افغانستان بازگرداند.

۳-۵. «... تعزیر می‌شود»

همچنین است برخی قوانین همچنان نافذ از دوره‌ی «امارت اسلامی افغانستان» (دولت موسوم به

^۱ بنگرید به: پانوش شماره‌ی ۲ در صفحه‌ی ۴۵ این مقاله.

^۲ مثلاً فقره‌ی ۴ ماده‌ی ۱۰۹ آن قانون حکم کرده بود: «اشخاصی که به قصد فرار از مالیه مالیه‌ی تثبیت‌شده را مطابق احکام این قانون تأدیه نمایند علاوه بر تأدیه‌ی مالیه‌ی اضافی مندرج فقره‌ی ۳ این ماده حسب احوال به جرمه‌ی نقدی الی ۲۵۰ هزار افغانی یا حبس الی مدت ۲ سال و یا هر دو جزا محکوم می‌گردند.»

«طالبان» که به جای تعیین مجازات مشخص به تعزیر حکم داده‌اند.^۱ و همچنین بود فقره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۲ «قانون مبارزه علیه ارتشاء و فساد اداری» سابق، تصویب شده در سال ۱۳۸۳ (پس از قانون اساسی ۱۳۸۲)، که به جای تعیین مجازات مشخص حکم کرده بود:

«در صورتی که برای یکی از تخلفات مندرج این قانون در قانون جزا و سایر قوانین مجازات پیش‌بینی نگردیده باشد، محکمه صلاحیت دارد مرتکب را با نظر داشت حالات ارتکاب جرم تعزیر نماید.»

قانون فوق، که خود در قالب یک فرمان تقنینی تصویب شده بود، به موجب ماده‌ی اخیر فرمان تقنینی دیگری به نام «قانون نظارت بر تطبیق ستراتیژی مبارزه علیه فساد اداری» ۱۳۸۷ ملغی گردیده است، البته نه به دلیل چنین مغایرت‌هایی با اصل قانون‌مداری جرایم و جزاها!

افزون بر این، گاهی در قوانین جدید با مجازات‌هایی بر خورد می‌کنیم که در آن‌ها ماهیت «تعزیر می‌شود» حفظ شده و فقط در ظاهر از الفاظ دیگری استفاده شده است، مثل ماده‌ی ۲۱ «قانون اداره‌ی عالی تفتیش» ۱۳۹۲ که برای مواردی همچون عدم ارائه‌ی اسناد و معلومات به اداره‌ی عالی تفتیش یا تأخیر در پاسخ به مکاتیب یا سهل‌انگاری در تطبیق نتایج تفتیش یا عدم اجازه‌ی تفتیش به مفتشین موظف ضمانت اجرایی «مرتکب آن حسب احوال از طرف مقام ذیصلاح تأدیب [...] می‌شود» را پیش‌بینی کرده است. یا مثل ماده‌ی ۷۹ «قانون حفظ آثار تاریخی و فرهنگی» ۱۳۸۳ که حکم کرده: «مرتکب سایر تخلفات از احکام مندرج این قانون به تناسب ماهیت و اهمیت جرم از طرف محکمه مجازات می‌گردد.»

۴. نتیجه‌گیری و پیشنهادهای کاربردی

از آن‌جا که قانون‌گذار افغانستان در سطح قانون اساسی به رعایت کامل اصل قانون‌مداری جرایم و مجازات‌ها متعهد شده است (برای تفصیل این نکته بنگرید به: صدر توحیدخانه، ۱۳۹۵، ۱۵۵ تا ۱۸۸)، به لوازم این اصل و یا به تعبیری دیگر به اصول منشعب از این اصل نیز باید ملتزم باشد. چرا که التزام به شیء شامل التزام به لوازم آن نیز می‌شود. در این مقاله، در گام نخست، آن دسته از لوازم اصل قانون‌مداری را که تعهداتی را به طور مستقیم متوجه قانون‌گذار می‌کند بازشناسانیم و در گام دوم با

^۱ برای مثال، ماده‌ی ۹ «قانون انسداد قاچاق امارت اسلامی افغانستان» ۱۴۲۱ هجری قمری (... محکمه با نظر داشت شدت و خفت جرم مجرم را به مجازات حبس و جزای تعزیری مناسب و مقتضی محکوم می‌نماید.)؛ ماده‌ی ۱۸ «قانون علفچر و مرعی امارت اسلامی افغانستان» (اشخاص آتی علاوه بر مؤیدات پیش‌بینی شده‌ی ذیل در این ماده مطابق شریعت تحت تعقیب عدلی و تعزیر قرار می‌گیرند...)؛ و ماده‌ی ۱۷ «قانون منع احتکار امارت اسلامی افغانستان» ۱۴۲۱ هجری قمری (محتکر قرار آتی تعزیر می‌گردد...).

مرور قوانین کیفری افغانستان نشان دادیم که قانون‌گذار در موارد بسیاری این تعهدات را به‌جا نیاورده است. در بخش دوم این مقاله دیدیم که بسیاری از جرایم در این نظام حقوقی در قالب قوانین نوشته و با رعایت استانداردهای حقوقی و نگارشی به‌طور دقیق تعریف نشده‌اند و در بخش سوم همین مقاله نیز دیدیم که جزاهای بسیاری نیز به‌صورت مشخص، روشن و صریح تعیین نگردیده‌اند. نتیجه این که قوانینی را که در این مقاله بررسی کردیم عمدتاً با دو قاعده‌ی «قوانین نوشته» (*lex scripta*) و یا «قوانین صریح و شفاف و روشن» (*lex certa*) مغایر بودند.

قانون‌گذار اگر بر آن است که تعهدات ناشی از اصل قانون‌مداری را به‌طور کامل به‌جا آورد ناگزیر از اصلاح و پیرایش این دو دسته از «قوانین ضعیف» است. به‌دیگر سخن، اگر قانون‌گذار این قوانین را واقعاً برای آن که اجرا شوند تصویب کرده است - که ظاهراً این‌گونه است - در این صورت، این قوانین بدون اصلاحات قابلیت اجرا ندارند؛ چرا که اجرای آن‌ها در کیفیت و شکل کنونی‌شان مستلزم نقض اصول فرادستی نظام حقوقی افغانستان است.

۴-۱. ضروری‌ترین اصلاحات در حوزه‌ی تعریف جرایم

مهم‌ترین اصلاحات در حوزه‌ی تعریف جرایم یکی حذف ماده‌ی ۱ قانون جزاست که در مقاله‌ی دیگری به‌تفصیل در مورد آن بحث کرده‌ایم (صدر توحیدخانه، ۱۳۹۵، ۱۵۵ تا ۱۸۸). دیگر این که ضروری است در مورد قوانین کیفری، به دلیل عمیق‌ترین تأثیر این قوانین بر حقوق و آزادی‌های شهروندان، جانب احتیاط رعایت گردد و کمتر از گذشته به فرامین تقنینی توسل شود. حق آن است که حتی‌المقدور اختیار اضطراری رئیس‌جمهور در قانون‌گذاری را صرفاً در موارد واقعاً اضطراری و در امور جزئی و تکنیکی به کار برد. همچنین، پیرایش قوانین از «جرایم سفیدامضاء» نیز ضروری می‌نماید. توضیح آن که بخش عمده‌ی جرایم سفیدامضاء در نظام کنونی افغانستان یادگار حکومت‌های غیردموکراتیک گذشته است (مانند خود قانون جزای ۱۳۵۶ و «قانون جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی جمهوری دموکراتیک افغانستان» ۱۳۶۶). هم‌اکنون، که ادعا می‌شود در سایه‌ی دولتی دموکراتیک «نخستین تجربه‌ی تاریخ افغانستان در انتقال مسالمت‌آمیز قدرت» (از رئیس‌جمهور کرزی به رئیس‌جمهور غنی) تحقق یافته، وجود جرایم سفیدامضاء در قوانین جزائی این کشور دیگر هیچ‌گونه توجیه‌پذیر نیست و با توجه به تحت بررسی بودن مسوده‌ی کود جزا در اداره‌ی تقنین وزارت عدلیه فرصت مناسبی است برای پیرایش این نظام از این گونه جرایم و جایگزین کردن آن‌ها با جرایمی که برای مصالح حقوقی «فرد» - و در موارد استثنایی: مصالح حقوقی «جمع»، اما «جمع» به‌مثابه مجموع افراد و نه ارزشی موهوم، آستره و فراتر از تک‌تک افراد - آسیب یا خطری واقعی، مشاهده‌پذیر یا دست‌کم ادراک‌پذیر می‌آفرینند.

۴-۲. ضروری‌ترین اصلاحات در حوزه‌ی تعیین جزاها

مهم‌ترین اصلاحات در حوزه‌ی تعیین جزاها پیرایش قوانین عادی از مجازات‌های مبهم و بی‌سر و ته است که در مغایرتشان با لوازم اصل قانون‌مداری هیچ تردیدی نیست. در مورد مجازات‌های مبهم در افغانستان لازم به ذکر است که اگر از معدود قوانینی که همچنان از دوران «امارت اسلامی افغانستان» (طالبان) معتبر باقی مانده در گذریم، تعیین مجازات‌های مبهم سنتی نسبتاً جدید در نظام حقوقی این کشور است؛ به گونه‌ای که اگر به تاریخ تصویب قوانین مسئله‌دار بررسی‌شده در این مقاله نگاهی بیندازیم، می‌بینیم که همگی آن‌ها در دوران استقرار «جمهوری اسلامی افغانستان» پس از سال ۱۳۸۲ به تصویب رسیده‌اند.

به نظر نویسنده، منشأ این انحراف «برنامه‌های حمایتی خارجی و بین‌المللی» است که اغلب از طریق کشورهای غربی در افغانستان اجرا شده‌اند. این برنامه‌ها، به‌ویژه در سال‌های آغازین خود، با اعتماد به نفسی کاذب و بدون آشنایی با سنت حقوقی افغانستان یا حتی بدون مشاوره با صاحب‌نظران دانش حقوق کیفری، پیش‌نویس‌های قوانین مورد نیاز خود را، به صورت «پروژه محور»، تهیه می‌کردند و با لایبگری‌های سیاسی به تصویب نهادهای تقنینی می‌رساندند. اگر چه بخش عمده‌ی این قوانین به دلیل فرمان تقنینی بودن و یا به دلیل آفرینش مشکلات جدیدی برای نظام حقوقی افغانستان در زمانی کوتاه با فرامین یا قوانینی نه چندان بهتر جایگزین شدند (پانوش شماره ۱ در صفحه ۴۵ این مقاله)، اما به سهم خود «سنت ساده‌انگاری» مباحث مرتبط با حقوق کیفری را در فرایندهای ملی تهیه و تصویب قوانین نهادینه کردند.

در بخش سوم این مقاله بازتاب این ساده‌انگاری را در بحث تعیین جزاها مشاهده کردیم. روشن است هیچ یک از جزاهایی را که در آن بخش دسته‌بندی و فهرست کردیم، قابلیت اجرا ندارند. در حقیقت، حتی نمی‌توان آن عبارات مبهم و مغلق را از نظر فنی «مجازات» دانست. برخی این دسته از قوانین فاقد مجازات مشخص، روشن و صریح را «قوانین ناقص» (*lois imparfaites*) نامیده‌اند و به‌صراحت متذکر شده‌اند که قاضی اجازه ندارد به استناد چنین قوانینی به مجازات حکم کند (Pradel, 2012, 121; Renout, 2012, 28). نتیجه این که بود و نبود این «قوانین ناقص» در نظام حقوق کیفری افغانستان یکسان است و چه بسا صلابت و هیمنه‌ی نظام عدالت کیفری را نیز فرو می‌کاهند. تنها راه حلی که به نظر می‌رسد این است که در جرم‌انگاری‌ها و کیفرگذاری‌های آینده مجازات‌هایی مشخص، روشن و صریح وضع گردند تا قابلیت اجرایی داشته باشند. این مهم نیز به نوبه‌ی خود مستلزم فاصله گرفتن از سنت ساده‌انگارانه‌ی تحمیل شده بر قوانین کیفری افغانستان و سرمایه‌گذاری بیشتر در ظرفیت‌افزایی کارشناسان حقوقی نهادهای عدلی و قضایی مسئول در فرایندهای ملی تدوین پیش‌نویس‌های قوانین کیفری است.

فهرست منابع

- اردبیلی، محمد علی، ۱۳۹۴، **حقوق جزای عمومی**، جلد نخست، ویراست دوم، چاپ چهل و سوم، نشر میزان، تهران.
- افتخار جهرمی، گودرز، ۱۳۷۸، «اصل قانونی بودن جرایم و مجازات»، **مجله‌ی تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی**، شماره‌ی ۲۵ و ۲۶، از صفحه‌ی ۷۹ تا ۱۰۲.
- افراسیابی، محمد اسماعیل، ۱۳۸۲، **حقوق جزای عمومی**، جلد اول، چاپ چهارم، انتشارات فردوسی، تهران.
- الهام، غلام حسین، و محسن برهانی، ۱۳۹۴، **درآمدی بر حقوق جزای عمومی، جرم و مجرم**، جلد اول، نشر میزان، تهران.
- امینی، ولی الله، ۱۳۹۲، **حقوق جزای عمومی**، چاپ اول، انتشارات مستقبل، کابل.
- برهانی، محسن و مریم نادری فرد، ۱۳۹۴، «تعزیرات منصوص شرعی؛ مفهوم فقهی و مصادیق قانونی»، **فصلنامه‌ی پژوهش حقوق کیفری**، شماره‌ی ۱۰، از صفحه‌ی ۸۹ تا ۱۱۲.
- بشیریه، تهمورث، ۱۳۸۹، «حواله‌ی کیفری، بررسی جرم موضوع ماده‌ی ۵۱۶ قانون مجازات اسلامی»، **آموزه‌های حقوقی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی**، شماره‌ی ۱۳، از صفحه‌ی ۳ تا ۱۴.
- بیگ زاده، صفر، ۱۳۸۳، **شیوه‌نامه‌ی نگارش قانون**، دفتر مطالعات حقوقی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، تهران.
- حبیب زاده، محمد جعفر، ۱۳۸۳، «مجازات عمل حرام و تعارض آن با قانون‌مداری در قانون اساسی ایران»، **نشریه‌ی حقوق اساسی**، شماره‌ی ۳، از صفحه‌ی ۹ تا ۲۴.
- دانش، حفیظ الله، ۱۳۹۳، **حقوق جزای عمومی**، جلد اول، چاپ اول، انتشارات سیرت، کابل.
- دلماش - مارتی، می‌ری، ۱۳۹۵، **نظام‌های بزرگ سیاست جنایی**، [در یک مجلد]، برگردان علی حسین نجفی ابرندآبادی، با اضافات و بازنگری شده، چاپ سوم، بنیاد حقوقی میزان، تهران.
- صدر توحیدخانه، محمد، ۱۳۸۸، «حقوق در چنبره‌ی دشمن - از سیاست آمریکایی جنگ با ترور تا نظریه‌ی آلمانی حقوق کیفری دشمنان»، **تازه‌های علوم جنایی، مجموعه مقاله‌ها**، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، بنیاد حقوقی میزان، تهران، از صفحه‌ی ۴۶۵ تا ۵۱۷.
- صدر توحیدخانه، محمد، ۱۳۹۴، **رهنمود ماکس پلانک برای حقوق جزای عمومی افغانستان**، چاپ پنجم، هایدلبرگ و کابل.
- صدر توحیدخانه، محمد، ۱۳۹۵، «اعتبار اصل قانونی بودن در حقوق کیفری افغانستان: مشکل‌ها و راه کارها»، **فصلنامه‌ی پژوهش حقوق کیفری دانشگاه علامه‌ی طباطبائی**، سال پنجم، شماره‌ی هفدهم، زمستان ۱۳۹۵، از صفحه‌ی ۱۵۵ تا ۱۸۸.



علامه، غلام حیدر، عقرب ۱۳۸۶، «نقدی بر قانون جزای افغانستان از منظر اصل قانونی بودن جرایم و جزاها»، ماهنامه تخصصی، حقوقی و فرهنگی عدالت، ارگان نشراتی وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان، سال نهم، شماره ۵۷ مسلسل، بی صفحه.

علامه، غلام حیدر، ۱۳۹۴، حقوق جزای عمومی افغانستان، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه ابن سینا، خدمات چاپ مقصودی، کابل.

الفیاض، محمد إسحاق (آیه الله الشیخ)، ۱۴۱۳ هـ. ق.، النظرة الخاطفة في الاجتهاد، مؤسسة دار الكتاب، قم. کلاتتری، کیومرث، ۱۳۷۵، اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها در حقوق ایران، چاپ اول، دانشگاه مازندران، بابلسر.

محسنی، مرتضی، ۱۳۷۵، دوره‌ی حقوق جزای عمومی، جلد اول، کلیات حقوق جزا، چاپ اول، کتابخانه‌ی گنج دانش، تهران.

محمدی جورکویه، علی، ۱۳۸۳، «نقد ساختار قانون مجازات اسلامی»، فصلنامه‌ی تخصصی فقه و حقوق، شماره‌ی ۱، از صفحه‌ی ۱۵۷ تا ۱۷۴.

منصورآبادی، عباس، ۱۳۹۵، حقوق کیفری عمومی (۱)، کلیات حقوق کیفری و پدیده‌ی مجرمانه، ویراستار حسین سلیمانی، چاپ اول، بنیاد حقوقی میزان، تهران.

میلانی، علیرضا، ۱۳۸۶، نگرشی بر اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، چاپ اول، نشر میزان، تهران.

نجفی ابرندآبادی، علی حسین، ۱۳۹۱، مباحثی در علوم جنایی، (تقریرات)، ویراست هفتم، به کوشش شهرام ابراهیمی، بی ناشر، قابل دائلود از تارنمای lawtest.ir.

نجفی ابرندآبادی، علی حسین، ۱۳۹۲، «درآمدی بر پژوهش در نظام عدالت کیفری: فرصت‌ها و چالش‌ها»، بایسته‌های پژوهش در نظام عدالت کیفری، مقالات برگزیده‌ی نخستین همایش ملی پژوهش در نظام عدالت کیفری: فرصت‌ها و چالش‌ها، اداره‌ی کل دفتر آموزش و پژوهش سازمان قضایی نیروهای مسلح، با همکاری نشر میزان، تهران، از صفحه‌ی ۱۱ تا ۱۹.

نوربها، رضا، ۱۳۸۰، «اصل منطقی و ناب گرفتار مفاهیمی مملو از ابهام»، کانون وکلا، شماره‌ی ۱۷۲، از صفحه‌ی ۳۵ تا ۴۳.

نوربها، رضا، ۱۳۹۶، زمینه‌ی حقوق جزای عمومی، ویراست جدید با تجدیدنظر عباس شیری، چاپ اول، بنیاد حقوقی میزان، تهران.

هاشمی، سید داود، خرداد ۱۳۹۵، بررسی تطبیقی اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در نظام حقوقی ایران و افغانستان، پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد در رشته‌ی حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز، به راهنمایی فضل‌اله فروغی.

- Bouzat, Pierre, 1951, **Traité théorique et pratique de droit pénal**, Librairie Dalloz, Paris.
- Case **Cantoni vs. France**, Application no. 17862/91, ECHR, 11 November 1996.
- Case **Del Río Prada vs. Spain** [GC], Application no. 42750/09, ECHR, 21 October 2013.
- Case **Kafkaris vs. Cyprus** [GC], Application no. 21906/04, ECHR, 12 February 2008.
- Case **Kokkinakis vs. Greece**, Application no. 14307/88, ECHR, 25 May 1993.
- Case **Kononov vs. Latvia** [GC], Application no. 36376/04, ECHR, 17 May 2010.
- Case **Korbely vs. Hungary** [GC], Application no. 9174/02, ECHR, 19 September 2008.
- Case **Malone vs. The United Kingdom**, Application no. 8691/79, ECHR, 2 August 1984.
- Case **The Sunday Times vs. The United Kingdom**, Application no. 6538/74, ECHR, 26 April 1979.
- Case **Vasiliauskas vs. Lithuania** [GC], Application no. 35343/05, ECHR, 20 October 2015.
- Debove, Frédéric, François Falletti & Emmanuel Dupic, 2016, **Précis de droit pénal et de procédure pénale**, 6^e Édition, Presses Universitaires de France, Paris.
- Feuerbach, Paul Johann Anselm von, 1801, **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts**, Erste Auflage, Georg Friedrich Heyer Verlag, Giessen.
- Gallant, Kennet S., 2009, **The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law**, Cambridge University Press, New York.
- Garçon, Émile, 1952, **Code pénal annoté**, nouvelle édition refondue et mise à jour par Marcel Rousselet, Maurice Patin & Marc Ancel, tome premier (Art. 1 à 294), Recueil Sirey, Paris.
- Garraud, René, 1934, **Précis de droit criminel contenant l'explication élémentaire de la partie générale du Code pénal du Code d'instruction criminelle et des lois qui ont modifié ces deux codes**, quinzième édition, refondue et mise au courant par Pierre Garraud, Librairie du Recueil Sirey, Paris.
- Gropp, Walter, 2015, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4., ergänzte und terminologisch überarbeitete Auflage, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg.
- Hartmann, Michael E. & Agnieszka Klonowiecka-Milart, 2011, "Lost in Translation, Legal Transplants without Consensus-Based Adaptation," in: **The Rule of Law in Afghanistan, Missing in Inaction**, edited by Whit Mason, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 266-298.
- Jakobs, Günther, 1993, **Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch. Studienausgabe**, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, New York.



- Jescheck, Hans-Heinrich & Thomas Weigend, 1996, **Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil**, 5., vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin.
- Köhler, Michael, 1997, **Strafrecht. Allgemeiner Teil**, 1. Auflage, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg.
- LaFave, Wayne R., 2010, **Criminal Law. Hornbook Series**, 5th Edition, West Academic Thomson Reuters, Saint Paul, Minnesota.
- Lautenbach, Geranne, 2013, **The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights**, First Edition, Oxford University Press, Oxford.
- Lupo, Nicola & Giovanni Piccirilli, 2012, "European Court of Human Rights and the Quality of Legislation: Shifting to a Substantial Concept of 'Law'?", **Legisprudence, The Theory and Practice of Legislation**, vol. 6, No. 2, pp. 229-242.
- Merle, Roger & André Vitu, 1997, **Traité de droit criminel, Tome I, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général**, Septième édition, Éditions Cujas, Paris.
- Pradel, Jean, 2012, **Droit pénal général**, 19^e Édition revue et augmentée, À jour au 1^{er} juillet 2012, Éditions Cujas, Paris.
- Renout, Harald, 2012, **Droit pénal général**, 17^e Édition, Groupe de Boeck s.a., Département Larcier, Bruxelles.
- Roxin, Claus, 2006, **Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre**, 4., vollständig neu bearbeitete Auflage, Verlag C.F. Beck, München.
- Seidman, Ann, Robert B. Seidman & Nalin Abeyesekere, 2001, **Legislative Drafting for Democratic Social Change: A Manual for Drafters**, Kluwer Law International, London, The Hague, Boston.
- Sieber, Ulrich & M. Engelhart, 2012, „Strafrechtskodifikation – Eine Analyse des Kodifikationskonzepts und seiner Umsetzung im deutschen Strafrecht“, **Rechtswissenschaft: Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung (RW)**, Heft 4, S. 364-405.
- Welzel, Hans, 1969, **Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung**, 11., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter De Gruyter, Berlin.
- Wessels, Johannes, Werner Beulke & Helmut Satzger, 2015, **Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau. Mit ebook: Lehrbuch, Entscheidungen, Gesetzestexte**, 45., neu überarbeitete Auflage, C.F. Müller, Heidelberg.
- Xanthaki, Helen, 2014, **Drafting Legislation: Art and Technology of Rules for Regulations**, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon.



بررسی کارکردهای بازپرورانه اجرای حق برخورداری از آموزش و پرورش در زندان‌های استان اصفهان

الناز جهانگیری^۱

دکتر سعید قماش^۲

تاریخ پذیرش: ۹۶/۱۰/۱۸

تاریخ دریافت: ۹۵/۲/۷

چکیده

محرومیت زندانیان از حقوق اساسی‌شان حین اجرای مجازات، کارکردهای بازپرورانه مجازات را از بین می‌برد. ایجاد محیط تحصیلی، رضایت از مسئولان و امکانات آموزشی در زندان از فعالیت‌های مهم در حوزه-ی بازپروری زندانیان است که امکان دسترسی به محیطی که فرد سواد آموخته و با آموزه‌های تربیتی آشنا شود، فراهم می‌گردد. مقاله حاضر با توزیع پرسش‌نامه میان ۲۳۹ نفر در زندان‌های مرکزی استان اصفهان و شهر کاشان، کارکردهای بازپرورانه اجرای این حق را مطالعه و میزان عملکرد زندان‌ها در دسترسی به محیط تحصیلی مطلوب و میزان رضایت زندانیان از مسئولان را ارزیابی می‌کند. پژوهش بر اساس هدف، توصیفی - تحلیلی و با روش پیمایشی است. یافته‌ها نشان می‌دهد با افزایش رضایت از امکانات تحصیلی، میزان رضایت از عملکرد مسئولان فرهنگی افزایش و با اجرای برنامه‌های آموزشی، تمایل به ارتکاب جرم کاهش می‌یابد. بررسی روابط بین متغیرهای بالا، می‌تواند در جهت ارتقای عملکرد زندان‌ها در زمینه بازپروری مجرمان برنامه‌ریزی‌های متناسب پیش‌بینی کند.

واژگان کلیدی: کارکردهای بازپرورانه، حق برخورداری از آموزش و پرورش، اصلاح و بازپروری، جلوگیری از تکرار جرم، سازمان زندان‌ها.

۱. کارشناس ارشد، رشته حقوق دانشگاه کاشان

۲. استادیار گروه حقوق دانشگاه کاشان (نویسنده مسئول)

مقدمه

حق برخورداری از آموزش و پرورش یکی از بارزترین حقوق بشری افراد به شمار می‌رود. از این روی، تمامی دولت‌ها و حاکمان صرف‌نظر از آن که اعضای جامعه تابع چه دین و آئینی هستند، ضمن رعایت حقوق برابر آنان از جهات سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، متعهد هستند زمینه‌های مناسب را برای رشد و تعالی قشرهای مختلف فراهم آورند. از جمله حقوق بنیادین خانواده بشری، حق برخورداری از آموزش و پرورش است. اجرای این حق نقش به‌سزایی در جایگزین ساختن ارزش‌ها و هنجارهای متناسب با تحولات اجتماعی به صورت همگانی و گسترده در زندگی جمعی ایفا می‌کند. این ویژگی محدود به دوره خاص یا مکان معین نیست؛ بلکه هر انسانی در هر مکان و زمان می‌تواند از این حق بشری بهره‌مند گردد. به‌گونه‌ای که فرد از سنین کودکی قدم در این راه خواهد گذاشت و در تمام مراحل زندگی خود حتی زمانی که به دلیل ارتکاب جرم محکوم به مجازات می‌شود، از این حق برخوردار است. زیرا با ارتکاب جرم تنها مستحق مجازات می‌باشد و بازماندن او از دیگر حقوق خود خلاف حقوق اساسی وی است.

در اوایل قرن شانزدهم در لندن به دنبال تغییرات اقتصادی و سیاسی، هزاران نفر از دهقانان از مزارع خود محروم شده و بسیاری از آنان به شهرها مهاجرت کردند. این امر در حجم جرایم ارتكابی تأثیر گذارده و در پی آن شورای شهر لندن در پاسخ به "موج جرم و جنایت" اقدام به تأسیس تأدیپ‌گاه «بریدوتل» نمود. در آن زمان، برخلاف زندان، تأدیپ‌گاه اقدام به بازپروری زندانیان از طریق آموزش و حرفه‌آموزی کرد. سپس، این مرکز به‌عنوان یک الگو برای اصلاحات در زندان‌ها در سراسر جهان خدمت کرد (Leonard, 2012:83). در دو دهه پایانی سده نوزدهم، از یک سوی، تحولات علمی فراوانی در پرتوی اندیشه‌های معاصر رخ داد، از جمله تصویب قانون اصلاح و بازپروری مجرمین در سال ۱۹۷۴ که به محکومینی که فاقد سابقه کیفری بودند اجازه می‌داد به جامعه خویش بازگشته و حقوق آنان به‌واسطه ارتکاب جرم ضایع نگردد (Nacro.2014:2). به دنبال آن، حقوقدانان معاصر شخصیت مجرم در بزه و حقوق وی از قبیل حق برخورداری از آموزش و پرورش را مطالعه کردند.

از سوی دیگر، صاحب‌نظران علوم اجتماعی در باره آموزش و پرورش و رابطه آن با زندگی اجتماعی افراد، نظریات قابل ملاحظه‌ای ابراز کرده‌اند. به عنوان نمونه، استاد نجفی ابرندآبادی برای آموزش و پرورش بنیان‌های متعدد تاریخی، روان‌شناختی و جامعه‌شناختی برشمرده و بیان می‌کند که آموزش و پرورش با استفاده از ابزارهای مناسب به دنبال شناساندن دوره‌های مختلف تاریخی، به انسان‌ها، تجربه‌آموزی، چگونگی رفتار با رخدادهای درونی و بیرونی، معرفی هنجار و ارزش‌های اجتماعی و غیره می‌باشد (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۷: ۵۷۴). بنابراین، کار آموزش و پرورش فراهم کردن محیطی مساعد برای رشد اخلاقی و معنوی و تغییر رفتارهای اجتماعی افراد است. آماده کردن

افراد جهت سازگاری با محیط از جمله اهداف آن نیز می‌باشد. به این روی، برخی جامعه‌شناسان معتقدند آموزش و پرورش به عنوان زیربنا و الگوی توسعه در همه ابعاد زندگی انسان از نقش اساسی و با اهمیتی برخوردار است. زیرا تعلیم و تربیت با یادگیری سر و کار دارد و فصل ممیز انسان از حیوان است. مضافاً زمینه رشد انسان در ابعاد فردی، اجتماعی، مادی و معنوی و شکوفایی استعدادها بالقوه را ایجاد می‌کند (نیلی احمدآبادی، ۱۳۹۲: ۱۷۷).

از آنجایی که اجرای حق برخورداری از آموزش و پرورش در شکل‌گیری فرهنگ صحیح و مشترک، شناسایی الگوهای رفتاری مناسب، جامعه‌پذیری انسان‌ها، رشد علمی جامعه و همچنین اصلاح هنجارهای نادرست مؤثر است، تبیین دقیق جنبه‌های این حق و اتخاذ سیاست‌های مناسب در راستای شکل‌گیری شخصیت انسان‌ها، تقویت خودکنترلی آنان، کاهش گرایش انسان‌ها به ارتکاب بزه و پیشگیری از آن تأثیرگذار می‌باشد. بدین سان، برخی بر این نظرند که حق برخورداری از آموزش و پرورش از قابلیت‌های متعددی در زمینه‌ی شکل‌دهی شخصیت افراد از جمله ایجاد یک شخصیت متعادل و سازگار با ارزش‌ها برخوردار می‌باشد. همین خصیصه سبب شده تا در عرصه‌ی جرم‌شناسی، حق یادشده به شکل‌های گوناگون به کار گرفته شود؛ گاه در گستره‌ی جرم‌شناسی بازپروری/بالیانی و گاه در پهنه جرم‌شناسی پیشگیری (نیازپور، ۱۳۹۱ الف: ۲۵).

در راستای اهمیت اجرای برنامه‌های بازپرورانه در بستر زندان‌ها، آیین‌نامه سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور مصوب ۱۳۸۴ در ذیل فصل چهارم با عنوان برنامه‌های بازپرورانه، زندان‌ها را ملزم به تهیه امکانات ضروری برای اجرای این حق کرده است. با توجه به علل و توجیحات بالا، نقش سازمان زندان‌ها در زمینه اجرای حق بر آموزش و پرورش برای اصلاح، تهذیب و بازگشت آبرومندانه فرد به جامعه از اهمیت خاصی برخوردار است. این مقاله کوشش می‌کند به گونه‌ی کوتاه و مقتضی کارکردهای بازپرورانه اجرای این حق در اصلاح و درمان مجرمین و پیشگیری از تکرار جرم را بررسی کند و با مطالعه کمی در سطح کلاس‌های آموزشی در زندان‌های مطالعه شده در استان اصفهان (زنان و مردان) و شهرستان کاشان به‌عنوان نمونه پژوهشی، میزان عملکرد این نهادها را در تهیه امکانات لازم برای بهبود وضعیت کلاس‌های آموزشی در زندان بررسی کند و با مطالعه کاستی‌ها و موانع اجرایی موجود در سازمان زندان‌ها در حوزه‌ی اجرای مجازات، توجه نهادها را یاد شده را در بسترهای آموزشی متناسب با اوضاع و احوال مجرمین به خود جلب کند.

۱. پرسش‌ها و اهداف پژوهش

این مقاله با هدف شناخت نقش اجرای حق برخورداری از آموزش و پرورش در اصلاح و بازپروری بزهکاران و عملکرد سازمان‌های مسئول اجرای مجازات سالب آزادی در پی پاسخ این دو پرسش است:

۱. نقش حق بر آموزش و پرورش در اصلاح و پیشگیری از تکرار جرم چیست؟
۲. سازمان‌های مسئول در این باره چه عملکردی را می‌توانند ارائه کنند؟

۲. روش پژوهش

پژوهش حاضر از نوع همبستگی و به صورت پیمایشی و از طریق پرسش‌نامه محقق ساخته انجام شده است. در این تحقیق، زندانیان زندان مرکزی استان اصفهان (زنان و مردان) و شهرستان کاشان (مردان) که در سال ۱۳۹۴ در کلاس‌های آموزشی و پرورشی در زندان مشغول به تحصیل بودند به عنوان جامعه آماری انتخاب شدند. تعداد زندانیان با توجه به آمار ارائه شده توسط مسئولان فرهنگی در زندان مرکزی شهرستان اصفهان به ترتیب در زندان مردان ۵۰۹ نفر، در زندان زنان ۱۵۲ نفر و در زندان شهرستان کاشان (سومین زندان استان از نظر تعداد زندانی کیفری) ۱۳۷ نفر در کلاس‌های آموزشی و پرورشی شرکت کرده اند. حجم افراد نمونه با توجه به فرمول کوکران ۲۰۴ نفر تعیین شده است. به جهت اطمینان از صحت پاسخ‌ها و تقویت این پژوهش سعی بر آن بوده که افراد بیشتری از جامعه آماری (۲۳۹ نفر) مطالعه شوند.

به علاوه، تجزیه و تحلیل داده‌ها با استفاده از نرم‌افزار Spss 19 در دو سطح آمار توصیفی و استنباطی انجام شده است. در سطح توصیفی کوشش شده است از برخی شاخص‌های آماری نظیر توزیع درصدی با جدول crosstab، میانگین داده‌ها و نمودارها استفاده شود و در سطح آمار استنباطی، متناسب با سطح سنجش داده‌ها، فرضیه‌ها و نوع آنان، آزمون T مستقل، آزمون F (تحلیل واریانس)، پس‌آزمون Tukey و ضریب همبستگی پیرسون به کار گرفته شود. در این پژوهش، از یک سوی برای سنجش روایی پرسش‌نامه‌ها از روایی محتوایی و صوری استفاده شده است به این ترتیب که در اختیار چندین متخصص در زمینه جامعه‌شناسی و روان‌شناسی قرار گرفته است تا از طریق ویرایش و بازسازی از نظر انطباق سؤال‌های پرسش‌نامه با موضوع و اهداف پژوهش، روایی پرسش‌نامه تعیین گردد و از سوی دیگر برای سنجش پایایی پرسش‌نامه‌ها از ضریب آلفای کرانباخ استفاده شده است که ضریب پایایی به ترتیب در زندان مرکزی زنان استان اصفهان (۰/۸۷)، زندان مرکزی مردان همان استان (۰/۸۶) و در زندان مردان شهرستان کاشان (۰/۸۵) بیشتر از ۰/۷ است. بنابراین این آزمون نشان داد که اعتماد یا پایایی کلی پرسش‌نامه در حد بسیار خوبی قرار دارد.

۳. مبنای حقوق بشری اجرای حق بر خورداری از آموزش و پرورش

انسان در هر مکان و زمان، فارغ از تفاوت‌های مذهبی، جنسیتی و ملیتی، به صورت برابر مستحق بهره‌مندی از حقوق بشری خود به مثابه حقوق ذاتی و انفکاک ناپذیر می‌باشد. حقوق بشر انسان را تنها به

علت خصیصه انسان بودن دارای حقوق و آزادی می‌شناسد. برخی از محققین حقوق بشر را مفهومی عقلی دانسته که احترام بدان به عهده خود انسان واگذار شده و هرگاه به کمک تربیت اخلاقی مورد عمل همگانی واقع شود و به صورت یک اعتقاد و سنت جهانی درآید، علت و فلسفه وجودی این حقوق که به دلیل وجودی خود انسان وابسته است، محقق می‌گردد (لواسانی، ۱۳۸۴: ۲۸).

حقوق بشر تضمینی است برای همگون کردن زندگی اجتماعی انسان‌ها به نحوی که عدالت، آزادی و کرامت انسانی افراد بدون تبعیض و به‌طور منصفانه برای همه تأمین شود. به این روی، هر فردی به‌عنوان عضو یک جامعه باید از حقوق بنیادین خود که ناشی از نیازهای اساسی و ذاتی اوست، بهره‌مند شود تا از این طریق بتواند زمینه‌های رشد مادی و معنوی خود را فراهم کند. از جمله حقوق بشری افراد، حق برخورداری از تعلیم و تربیت است. فراهم نمودن مقدمات اجرای این حق به‌صورت برابر برای اعضای جامعه ضروری می‌باشد. در قبال حمایت اصول و قواعد مقرر حقوق بشری از حق بر آموزش و پرورش برخی اندیشمندان معتقدند آموزش و پرورش نیز باید به سمت رشد و تعالی شخصیت بشری، تقویت احترام و آزادی‌های اساسی هدایت شود و زمینه صیانت از صلح و ایجاد رابطه دوستانه در میان گروه‌های نژادی و مذهبی میان همه ملت‌ها را فراهم کند (byrone, 2013: 5).

در راستای تحقق عملی بخشیدن به اصول و قواعد بنیادین حقوق بشری، اعلامیه حقوق بشر یک دسته از قواعد و اصولی را پیش‌بینی کرده است که عدول از آن در هیچ برهه‌ای مجاز نیست. این قواعد مستقل از اراده دولت‌ها در وجدان بشریت ریشه دارد و نمی‌توان آن‌ها را نادیده گرفت از قبیل حیات، آزادی و امنیت شخصی و... دسته دوم، حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی شامل حق آموزش و پرورش، حق مشارکت آزادانه در حیات فرهنگی و... است (مقصودی، ۱۳۹۴: ۱۳۸).

تصویب‌کنندگان اعلامیه یاد شده و همچنین کنوانسیون حقوق کودک (۱۹۸۹)، به دنبال شکوفایی همه‌جانبه شخصیت انسان، تقویت رعایت حقوق بشر، گسترش حسن تفاهم میان تمام ملت‌ها، در مراحل اولیه تدوین و فرموله کردن قوانین، پیش‌بینی حق بر آموزش و پرورش را با مفروضات مساوات طلبانه خود ضروری دانستند (Pimer, 2016: 139). همچنین، علاوه بر رسمیت بخشیدن به حق برخورداری از آموزش و پرورش برای همگان، اهمیت ارائه آموزش‌های علمی و حرفه‌ای به‌عنوان ابزاری برای اصلاح و تربیت و در پی آن، پیشگیری از تکرار جرم، در قطعنامه‌های متعدد سازمان ملل متحد از جمله قطعنامه ۱۹۹۰/۲۲ درباره آموزش و پرورش در زندان نیز پیش‌بینی گردیده است

۴. شرایط و مقدمات اجرای حق برخورداری از آموزش و پرورش در زندان

باتوجه به بی‌سوادی و سطح سواد پایین اکثر محکومین به حبس، بیشتر کشورها درصد گسترش سطح سواد و سوادآموز کردن زندانیان می‌باشند. تا از این طریق مقدمات بازپروری آنان را فراهم کنند.

بر اساس دیدگاه برخی محققین اروپایی، ماهیت آموزش و پرورش در زندان‌های اروپاییه تبعیت از سیاست‌های شورای اروپا و اتحادیه اروپا تا حد زیادی متفاوت ارائه می‌شود و بر اهداف محدودی از قبیل آموزش برای اشتغال و یا تغییر رفتار زندانیان متمرکز می‌گردد (Warner. et al. 2014:105). برای مثال قانون پارلمانی رابرت پیل از سال ۱۸۲۳، قوانین قابل توجهی جهت اجرای برنامه‌های آموزشی و پرورشی در زندان‌های انگلیس تصویب کرد و مسئولان زندان‌ها را به برگزاری کلاس‌های آموزشی و پرورشی و همچنین تهیه تمامی لوازم و اقدامات مورد نیاز برای انتخاب مربیان و متخصصین در زمینه حرفه‌آموزی، ملزم کرد (Forster. 2013:175).

این امر واضح است که تا هنگامی که فرد زندانی در زندان به سر می‌برد برنامه زمانی او باید صرف آماده‌سازی وی برای بازگشت به یک زندگی اجتماعی و قانون‌مدارانه به هنگام آزادی شود. در این صورت زندان به‌عنوان بستر و زمینه اصلاح و بازپروری فرد نقش مهمی می‌تواند ایفا نماید. برخی بر این باورند وجود شرایطی مانند پایین بودن سن زندانی و بی‌سوادی یا کمی تحصیلات این امر را آسان‌تر می‌کند. وی معتقد است زندانی تازه‌وارد خواهان تعامل است و دوست دارد از جانب دیگران پذیرفته شود و در نتیجه هنجارها و معیارهای ارزشی زندانیان را می‌پذیرد و خود را با آنان مقایسه می‌کند و تمایل دارد از طرف آنان تشویق شود (عرفانی، ۱۳۹۰: ۱۰۵).

باوجود شرایط و کارکردهای منفی زندان نمی‌توان از کارکردهای مثبت و بازپرورانه حاصل از عملکرد زندان‌ها در زمینه فراهم نمودن امکانات آموزشی و پرورشی متناسب با توانایی و قابلیت‌های زندانیان چشم پوشید. انجام برنامه‌های سوادآموزی و تربیتی در زندان، تأسیس کتابخانه‌های جدید، افزایش سطح دانش زندانیان و برگزاری دوره‌های کارآفرینی و کارآموزی در درون زندان و سایر امور آموزشی و پژوهشی را توسط مسئولان زندان دارای کارکردهای بازپرورانه برای مجرمان دانسته‌اند. در ادامه، میزان عملکرد زندان‌ها در دو بعد تهیه امکانات آموزشی و پرورشی و میزان رضایت مددجویان از مسئولان فرهنگی را مطالعه می‌کنیم.

۱.۴. ارزیابی عملکرد زندان‌ها در تهیه امکانات آموزشی و پرورشی

در زمینه نقد نظریه اصلاح و درمان از نظر اقتصادی [تأمین هزینه‌های زندانیان از جمله هزینه‌های تعلیم و تربیت]، بین صاحب‌نظران اختلاف نظر وجود دارد. معلوم نیست نظریه اصلاح و درمان تا چه حد مورد پذیرش جامعه است. جامعه‌ای که تا حد زیادی با مشکلات بیکاری، آموزش و پرورش، بهداشت شهروندان اجتماعی و غیر زندانی خود مواجه است، چگونه می‌تواند این گونه امکانات را برای افراد زندانی خود فراهم کند؟ آیا بهره‌مند ساختن افراد زندانی که قوانین را نقض کرده‌اند به

صورت برابر با کسانی که در طول زندگی خود به همان قوانین احترام گذاشته‌اند به منزله رعایت عدالت و مساوات است یا خیر؟

برخی از صاحب‌نظران بر این باورند که برای رسیدن به اهداف اصلاحی باید به هر ابزاری که برای بازپروری لازم است، متوسل شد. تردیدی نیست که هزینه بقای نظام کیفری موجود، هزینه بالایی است، اما این هزینه نمی‌تواند نامحدود باشد. سؤال اینجاست که آیا مردم حاضر هستند در وضعیتی که اکثر شهروندان قانون‌مدار از امکانات اصلاحی و درمانی لازم محرومند، اجازه دهند این امکانات به مجرم‌ها اختصاص یابد؟ (Clarkson and Keating, 1998:58). در مقابل برخی معتقدند هر چند هزینه‌های اصلاح و درمان بالاست، اما باید توجه داشت که سلامت جامعه تا حدی می‌تواند از روش برخورد با مجرم‌ها سنجیده شود. فعالیت مجرمانه فقط از بدخواهی فرد ناشی نیست، بلکه به محیط اجتماعی او نیز مربوط می‌شود؛ رفتار مجرمانه نتیجه قصور مشترک فرد و جامعه‌ای است که او بخشی از آن است؛ در نتیجه جامعه باید تا حدی مسئولیت مجرم را بر عهده بگیرد و حداقل برای بازپروری مجرم تلاش کند. (استیفن تامیم، ۱۳۸۱: ۳۰). بدین ترتیب استحقاق مجرم دیگر بهانه‌ای برای توجه کمتر به وی نخواهد بود؛ اما در این راه نباید افراط کرد؛ چه اگر با محدودیت منابع قرار بر اولویت‌گذاری در برنامه‌ها باشد به سختی می‌توان قائل شد که برنامه اصلاح و درمان مجرم‌ها، اولویت‌های پیشگیر اولیه را تحت‌الشعاع قرار دهد. توجه بیشتر به مجرم‌ها تنها تا به عنوان جلوه‌ای از عدالت توزیعی قابل توجیه است. محرومیت اجتماعی مجرم‌ها، مستلزم تخصیص منابع به آنها باشد (یزدیان، ۱۳۹۱: ۱۱۷).

در نقد دیدگاه‌های فوق به نظر می‌رسد، هرچند زندانیان با ارتکاب جرم و نقض قوانین اجتماعی مستحق مجازات از جمله مجازات‌های سالب آزادی می‌گردند، لیکن این امر به معنی محرومیت ایشان از حقوق بشری و اساسی خود نیست بلکه تنها مستحق اجرای مجازات به عنوان سزای عمل خود می‌باشند. محرومیت آنان از حقوق خود، معارض با اساس عدالت و اهداف بازپرورانه است. اکثر زندانیان بنا به شرایط خانوادگی و محیطی قادر به تحصیل و یا ادامه آن نبوده و حرفه‌ای نیاموخته و شخصاً قادر به تنظیم برنامه‌های خود نمی‌باشند. از این رو برای سوادآموز کردن و پرورش افکار و شخصیت هنجارمند آنان، بایستی کلاس‌های علم‌آموزی و حرفه‌آموزی در زندان در قالب آموزش و پرورش عمومی، آموزش فنی و حرفه‌ای ایجاد گردد و جهت سازگار نمودن آنان با زندگی اجتماعی و گروهی از کلیه وسایل و لوازم در دسترس استفاده شود. از این راه، مشارکت زندانیان در گروه‌های هنری و پرورشی به عنوان یکی از مهم‌ترین اصول اجرای روش‌های اصلاحی و تربیتی در زندان‌ها، فراهم می‌شود.

رسیدن به اهداف فوق نیازمند لوازم و امکانات ضروری و متناسب حال زندانیان می‌باشد. تا جایی که بند ز ماده ۱۸ آیین‌نامه یاد شده، ایجاد امکانات و تسهیلات لازم و مناسب به منظور تصدی امور بازپروری نظیر اصلاح، ارشاد، آموزش و بازسازی محکومان را از جمله وظایف سازمان زندان دانسته و از رهگذر ماده ۱۳۸، لوازم ضروری آموزش علمی از جمله تأسیس کتابخانه‌های مجهز با توجه به تعداد محکومان، تدارک وسایل آموزشی سمعی و بصری لازم و... را فراهم گردد. در تحقیق به‌دست آمده، برخی از برنامه‌های یاد شده ارزیابی گردیده است. با این توضیح که میزان نوارهای آموزشی، تعلیمات آموزشی و کمک درسی در زندان زنان استان اصفهان تا حدی (۰/۵۰) وجود دارد. در حالی که در زندان مردان در همین استان (۴۲/۲) و زندان مردان در شهرستان کاشان (۳۶/۹) میزان تهیه نوارهای آموزشی و کمک درسی به میزان زیاد و خیلی زیاد موجود است و در مجموع زندان‌ها نیز امکانات مذکور به میزان زیاد و خیلی زیاد (۳۹/۳) فراهم است. به علاوه امکان تهیه کتاب‌های کمک درسی و جزوه‌های آموزشی در بین مردان زندان مرکزی استان اصفهان (۵۷/۵) و زندان شهرستان کاشان (۴۲/۹) به میزان زیاد و خیلی زیاد وجود دارد در حالی که در زندان زنان، مسئولان تا حدی (۵۷/۱) توانسته اند کتاب‌های کمک‌درسی و آموزشی را برای زندانیان فراهم کنند و در مجموع زندان‌ها امکانات یاد شده به میزان زیاد و خیلی زیاد (۵۱/۱) موجود است.

در رابطه با میزان کمک به حل تمرین‌ها و رسیدگی به تکالیف درسی در هر یک از زندان‌های بررسی شده به ترتیب در زندان زنان استان اصفهان (۷۱/۴)، در بین مردان زندان همین استان (۴۹/۶) و در زندان شهرستان کاشان (۳۳/۴) به میزان زیاد و خیلی زیاد وجود دارد و در مجموع زندان‌ها نیز اقدامات یاد شده به میزان زیاد و خیلی زیاد (۴۵/۲) ارزیابی شده است. در زمینه میزان استفاده از کتابهای کتابخانه در زندان زنان مرکزی استان اصفهان تا حدی (۶۴/۳)، در حالی که در میان مردان در همین استان (۷۱/۶) و در زندان کاشان (۰/۷۵) امکان دسترسی به کتاب‌های کتابخانه زیاد و خیلی است و در مجموع زندان‌ها امکان استفاده از این کتاب‌ها به زیاد و خیلی زیاد (۷۰/۳) است. با وجود اینکه امکانات آموزشی در زندان‌ها تا حدی و به میزان زیاد است. اما در باب امکان خروج زندانیان از زندان برای ادامه تحصیل، عملکرد زندان‌ها بسیار ضعیف است به‌گونه‌ای که در زندان مرکزی استان اصفهان در بخش زنان (۷۸/۶) تا حدی وجود دارد و در زندان مردان در همین استان (۶۸/۸) و در زندان کاشان (۶۸/۹)، امکان فرستادن زندانیان به کلاس‌های آموزشی و پرورشی بیرون از زندان کم و خیلی کم است و در مجموع زندان‌های مطالعه شده امکان خروج زندانیان و شرکت در کلاس‌های آموزشی خارج از زندان کم و خیلی کم (۷۲/۴) است.

در میان زندان زنان مرکزی استان اصفهان میزان دسترسی مددجویان به کتاب‌های جدید و مختلف تا حدی (۰/۵۰)، در زندان مردان در همین استان به میزان زیاد و خیلی زیاد (۴۶/۱) و در زندان مردان کاشان امکان دسترسی مددجویان به این لوازم در زندان به میزان زیاد و خیلی زیاد (۶۴/۳) فراهم است. در مجموع زندان‌ها امکانات یاد شده نیز به میزان زیاد و خیلی زیاد (۵۱/۶) موجود است. همچنین میزان تهیه مقدمات برای انجام فعالیت‌های هنری و برنامه‌های آموزشی در هریک از زندان‌های بررسی شده به ترتیب در زندان زنان استان اصفهان (۷۱/۴)، زندان مردان در همین استان (۴۶/۱)، در زندان مردان شهرستان کاشان (۶۱/۹) و در مجموع این زندان‌ها (۵۳/۱) به میزان زیاد و خیلی زیاد وجود دارد.

۲.۴. میزان رضایت مددجویان از مسئولان فرهنگی

یکی از عملکردهای زندان در زمینه‌های تعلیم و تربیت، انتخاب آموزگاران و مربیان آموزشی از بین اشخاص مجرب و آشنا به علوم تربیتی و روان‌شناسی است که در راستای تحقق اهداف آموزشی نقش به‌سزایی دارد. برخی جرم‌شناسان بر این نظرند که این اشخاص با حضور در مرحله‌های مختلف فرآیند کیفری و ارائه خدمات پیرا قضایی، در بهبود وضعیت فردی و محیطی بزهکاران و پیشگیری از تکرار جرم آنان تأثیر می‌گذارند و با بهره‌جستن از تخصص‌ها و مهارت‌های خود، در صدد شناسایی مشکلات مجرمان و عوامل مؤثر در گرایش آنان به بزهکاری و سپس گزینش و اجرای مناسب‌ترین واکنش و راهکار اصلاحی - درمانی بر بزهکاران هستند تا از این راه، مشکلات آنان رفع شده و در نتیجه به سمت بازپذیری اجتماعی سوق یابند (نیازپور، ۱۳۸۸: ۶۶).

علاوه بر آموزگاران و مربیان آموزشی، برخی دیگر از مجریان فرهنگی زندان با انجام فعالیت‌های بازپرورانه در مرکز آموزشی و پژوهشی زندان به دلیل کسب اطلاعات و انجام فعالیت‌های پژوهشی و تحقیقات کاربردی در زمینه علم کیفرشناسی از اهمیت بسیار زیادی برخوردار هستند. این واحد دارای وظایف متعدد می‌باشد که اصلی‌ترین آن‌ها عبارت‌اند از: بررسی نیازهای آموزشی و پژوهشی زندانیان و کارکنان سازمان، تهیه و تنظیم برنامه‌های مطالعاتی و تحقیقاتی با توجه به ضوابط، سیاست‌ها برای کارکنان سازمان و اجرای آن، بررسی و تعیین نیازهای آموزشی و پژوهشی و شناخت کمبودهای تخصصی مورد نیاز فعالیت‌های سازمان، برقراری ارتباط مستمر و مداوم با مراکز آموزش عالی و تحقیقاتی و پژوهشی به منظور دستیابی به روش‌ها و ساز و کارهای نوین پژوهشی، تعیین خط‌مشی‌ها و... در جهت رشد و تعالی مسائل اقدامات تأمینی و تربیتی، طراحی و نظارت بر تشکیل گروه‌های تحقیق. مرکز آموزش و پژوهش از رئیس، یک معاون، دو گروه (گروه آموزش و

پژوهش) و یک اداره اجرایی تشکیل می‌شود (مرکز آموزش و پرورش سازمان اقدامات تأمینی و تربیتی کشور).

در راستای تبیین نقش مسئولان فرهنگی، پژوهشی در باب ارزیابی عملکرد آنان از دیدگاه زندانیان صورت گرفته است. در هریک از زندان‌های مطالعه شده به ترتیب در زندان مرکزی زنان (۰/۱۰۰) و مردان (۸۰/۲) استان اصفهان و در زندان مردان شهرستان کاشان (۷۳/۸) سطح دانش معلمان خوب و خیلی خوب ارزیابی شده است و در مجموع زندان‌ها سطح دانش معلمان در سطح خوب و خیلی خوب ارزیابی شده است. درباره روش تدریس معلمان نیز در زندان مرکزی زنان استان اصفهان (۰/۱۰۰)، بین زندان مردان همین استان (۷۵/۲) و زندان کاشان (۷۰/۳) روش تدریس معلمان در کلاس‌های آموزشی و پرورشی خوب و خیلی خوب ارزیابی شده است. در مجموع، روش تدریس به میزان خوب و خیلی خوب (۷۴/۹) است.

همچنین در زمینه تجربه علمی مسئولان آموزشی و فرهنگی در هریک از زندان‌های مطالعه شده در زندان مرکزی زنان استان اصفهان (۰/۱۰۰) و بین مردان همین زندان (۰/۷۳)، زندان کاشان (۷۳/۸) خوب و خیلی خوب ارزیابی شده است و در مجموع روش تدریس به میزان خوب و خیلی خوب (۷۴/۹) است. در باب میزان تماس مسئولان فرهنگی با زندانیان در هریک از زندان‌ها به ترتیب در زندان مرکزی زنان استان اصفهان (۰/۱۰۰) و بین مردان همین زندان (۹۲/۹)، زندان کاشان (۸۸/۱) خوب و خیلی خوب ارزیابی شده است و در مجموع زندان‌ها میزان تماس زندانیان با مسئولان فرهنگی خوب و خیلی خوب (۷۰/۷) است.

۵. کارکردهای بازپروانه اجرای حق بر خورداری از آموزش و پرورش

شرکت در کلاس‌های تعلیمی و تربیتی زمینه بازپذیری ارزش‌های جامعه را برای زندانیان فراهم می‌کند و به نوعی افراد را برای بازگشت به جامعه آماده می‌سازد. افلاطون گاه اصلاح بزهکار را به خنثی کردن گرایش‌های تبهکارانه مجرم تشبیه می‌کند بدین سان که بی‌عدالتی، کوچک یا بزرگ، که کسی مرتکب شده باشد، قانون او را از طریق آموزش و یا اجبار او را به سویی می‌برد که دیگر در آینده مرتکب آن نگردد یا در جهتی سوق می‌دهد که خیلی کمتر به بی‌عدالتی دست زند (به نقل از پرادل، ۱۳۸۸: ۲۴). توجه به شخصیت بزهکاران تا جایی ادامه یافت که مکتب‌های جدید مانند مکتب دفاع اجتماعی نوین با رسالت اصلاح و بازسازگار کردن مجرمین و تشکیل پرونده شخصیت برای آنان به وجود آمدند؛ این مکتب همواره هدف خود را تأمین دفاع جامعه و عقب راندن بزهکاری می‌داند، اما معتقد است که بهترین حمایت از جامعه، یعنی موثرترین و هم‌زمان انسانی‌ترین آن، تحقق امر سازگار ساختن مجدد بزهکاران با اجتماع از طریق کلیه وسایل و

امکاناتی که قادر باشد در عین رعایت شأن و کرامت و کمک به بازیافتن احساس مسئولیت اجتماعی نزد آنان، بر شخصیتشان تأثیر گذارد (بولک، ۱۳۹۱: ۵۱).

آموزش و پرورش در قالب آموزش عمومی، نقش به‌سزایی در بازسازی مجرمین، جایگزین ساختن ارزش‌ها و هنجارهای متناسب با تحولات اجتماعی و بهبود سطح زندگی افراد در زندگی جمعی ایفا می‌کند. اجرای برنامه‌های آموزشی و پرورشی اثرات مطلوب و ماندگاری بر ویژگی‌های اخلاقی، فردی و اجتماعی مجرمین می‌گذارد و رفتارهای خشن و ناهنجار آنان را تعدیل می‌کند. این افراد با شرکت در کلاس‌های آموزشی و پرورشی می‌توانند مشکلات خویش را بهتر شناسایی و نحوه برخورد آنان را فرا گیرند. برخی اظهار می‌دارند که آموزش و پرورش تأثیر به‌سزایی در رشد و پرورش افکار و نحوه رفتار فرد دارد (Miceli, 2009:5). از این‌رو، برخورداری از آموزش و پرورش به عنوان یک حق همگانی و بشری برای افراد پیش‌بینی گردیده تا بتوانند از طریق بهره‌مندی از این حق، سازگاری خود با محیط اجتماعی را تأمین کنند و در پرتو تعامل با محیط آموزشی، مطالعه کتاب‌های گوناگون، برخورد با معلمان و مربیان و غیره، از یک سو سوادآموز و از سوی دیگر، پرورش یابند. در این مبحث به بررسی جداگانه کارکردهای بازپرورانه اجرای برنامه‌های آموزشی و پرورشی می‌پردازیم.

۱.۵. کارکردهای فرهنگی - اجتماعی

هر جامعه دارای قشرهای مختلف و آداب و رسوم گوناگون است؛ در این راستا آموزش و پرورش وسیله‌ای برای تبدیل یک جامعه ناهمگون به یک جامعه واحد و مشترک است که از این طریق می‌توان توسعه و ترویج فرهنگ مشترک را فراهم نمود. جامعه‌شناسان اجتماعی کردن افراد یک جامعه را به عنوان یکی از کارکردهای عمومی آموزش و پرورش پذیرفته‌اند و جامعه‌پذیری را همسازی و هم‌نوایی با ارزش‌ها و هنجارهای اجتماعی و مشترک می‌دانند. از منظر کارکردگرایی (Functionalism) و دورکیم، اجتماعی شدن موضوع بسیار اساسی و حیاتی در حفظ نظم و انسجام اجتماعی است. بر پایه دیدگاه کارکردگرایانه، جریان اساسی‌تری که نظم اجتماعی و هماهنگی و تداوم جامعه بر آن استوار است، اجتماعی شدن است. یعنی این‌که اجتماع بتواند از ساز و کارها و شیوه‌هایی استفاده کند تا بر اساس آن تکالیف تداوم پیدا کند و افراد آن‌ها را به دل‌خواه خودشان به‌عنوان تکلیف اخلاقی عمل کنند (صالحی امیری، ۱۳۸۸: ۱۶). دورکیم نیز درباره آموزش و پرورش و رابطه آن با انسجام اجتماعی معتقد است: جامعه هنگامی می‌تواند به حیات خود ادامه دهد که بین اعضای آن به میزان کافی همگونی وجود داشته باشد. تعلیم و تربیت از

ابتدا همانندی‌های مورد نیاز جمعی را در فرد تثبیت و از این راه، همگونی مذکور را تنفیذ و تقویت می‌کند (دورکیم، ۱۳۶۸: ۹۱).

در رابطه با کارکرد فرهنگی اجرای حق بر آموزش و پرورش نیز باید دانست آموزش و پرورش هر کشور نشان دهنده فرهنگ بومی و حاکم بر آن کشور است و ارتباط مستقیمی با پیشگیری از وقوع و تکرار جرم دارد. زیرا فرهنگ هویت فردی و اجتماعی انسان را ارتقاء می‌بخشد و افراد کمتر مرتکب جرم می‌شوند. این آثار در زندان به‌عنوان بخشی از جامعه که افراد گوناگون با فرهنگ‌های مختلف برای مدتی در کنار یکدیگر زندگی می‌کنند، دیده می‌شود. بدین معنی که اگر سطح فرهنگ و قدرت تفکر زندانیان افزایش یابد، قطعاً در تکرار جرم توسط آن‌ها چه در داخل زندان‌ها یا بعد از آزادی تأثیر مثبت دارد. ترویج فرهنگ مشترک از طریق برنامه‌های فرهنگی در اوقات بیکاری زندانیان می‌تواند جایگزین فراگیری شیوه‌های ارتکاب جرم و سایر موضوعات منفی گردد.

در زمینه کارکردهای فرهنگی - اجتماعی، برنامه‌های آموزشی و پرورشی در زندان، بر اساس پژوهش میدانی بدست آمده در هر یک از زندان‌ها به ترتیب زندان مرکزی زنان استان اصفهان بالاترین درصد (۵۷/۲)، میان زندانیان مرد در همان استان نیز بالاترین درصد (۵۸/۲) و در مورد زندانیان مطالعه شده در زندان کاشان بالاترین درصد (۶۱/۹) موافق و کاملاً موافق هستند که شرکت در کلاس‌های آموزشی موجب آشنایی آنها با آداب و رسوم مختلف می‌شود و در مجموع زندان‌ها ۵۹/۴ درصد موافق و کاملاً موافق با این امر می‌باشند. در رابطه با رعایت احترام از سوی سایر زندانیان به‌عنوان کارکرد شرکت در کلاس‌های آموزشی در بین هریک از زندان‌های مطالعه شده به ترتیب در زندان زنان مرکز استان اصفهان بیشترین افراد (۰/۵۰)، در بین مردان در همان استان بیشترین درصد (۵۹/۶) و در زندان مردان شهرستان کاشان (۵۷/۲) موافق و کاملاً موافق هستند که با شرکت در کلاس‌های آموزشی و برنامه‌های پرورشی در زندان، سایر زندانیان به آنان احترام می‌گذارند. در مجموع زندان‌ها نیز ۵۸/۲ درصد افراد موافق و کاملاً موافق با این امر هستند.

۲.۵. کارکردهای مالی - اقتصادی

یکی کارکردهای عمده نظام آموزش و پرورش تربیت نیروی انسانی متخصص و کارآمد در علوم گوناگون است تا از این راه نیاز جامعه به نیروی کار ماهر و متخصص را برطرف کند. برخی جامعه-شناسان کارکرد مالی - اقتصادی آموزش و پرورش را در تربیت تخصصی و حرفه‌ای افراد جامعه خلاصه می‌کنند. یعنی آماده کردن آنان برای جذب به‌عنوان نیروی کار. بدین ترتیب، آموزش و پرورش نقش مهمی در گزینش و تخصیص افراد به مقامات و مشاغل اجتماعی ایفا می‌کند. نحوه عملکرد افراد در مدارس، طول مدت تحصیل و رشته تحصیلی، در تعیین شغل، درآمد و منزلت

اجتماعی آینده آنان تأثیر به‌سزایی دارند. از این رو آموزش و پرورش رسمی، سهم مهمی در تسهیل تحرک اجتماعی افراد بر عهده دارد (کلاه مال همدانی، ۱۳۹۰: ۳۲).

در مقابل، گرچه زندان به‌عنوان یک نهاد تا اندازه‌ای توانسته با جمع کردن مجرمان در سطح اجتماع، از وقوع مجدد جرائم در یک دوره زمانی جلوگیری کند، اما با حبس افرادی که مسئول اقتصادی خانواده هستند، زیان‌هایی به کانون خانواده و اقتصاد آن وارد کرده و اخلاق و روحیه روانی افراد را از بین برده و خانواده را به سمت نابودی سوق می‌دهد. به سخن دیگر، فرد محروم از امکانات اقتصادی، ممکن است برای ارضاء حوائج خود بعد از آزادی درگیر مجدداً مرتکب جرم گردد. برخی اظهار می‌دارند بهبود وضعیت اقتصادی و معیشتی در زندان موجب کاهش بزهکاری مجدد و گرایش‌های مجرمانه حداقل در جرایم مالی می‌گردد (محسنی، ۱۳۹۴: ۳۴۱).

بنابراین، با توجه به اینکه مشکلات مالی و اقتصادی در زندان تا حد زیادی به آثار سوء و مخرب زندان دامن می‌زند، ایجاد کار در زندان، زندانیان را پس از رهایی از زندان یاری می‌نماید تا با احترام به قانون زندگی شرافتمندانه‌ای را در پیش گیرند و آنان را قادر سازد که بر مشکلات مالی زندگی فائق آمده و حوائج و ضروریات زندگی خود را از راه‌های صحیح و قانونی مرتفع نمایند و از این طریق زمینه اصلاح و بازسازی آنها فراهم می‌گردد. در بین هریک از زندان‌های مطالعه شده بالاترین درصد فراوانی (۵۰٪) در میان زنان مورد مطالعه موافق و کاملاً موافق هستند که شرکت در کلاس‌های آموزشی تا حدودی زمینه یافتن شغل را برای آنان ایجاد می‌کند. بالاترین درصد (۶۸٪) مردان در زندان مرکزی استان اصفهان موافق و کاملاً موافق این امر هستند. در میان زندانیان مورد مطالعه در زندان کاشان بالاترین درصد (۵۴٪) نیز موافق و کاملاً موافق هستند و شرکت در کلاس‌های آموزشی را برای بدست آوردن شغل مناسب موثر دانسته و معتقدند که بعد از آزادی می‌توانند به شغل خوب و مناسب دست یابند. در مجموع زندان‌ها نیز ۶۲٪ درصد افراد نتایج بالا را تأیید می‌کنند.

۳.۵. کارکردهای بعد از آزادی

با حضور طولانی مدت زندانی در زندان ارتباط اجتماعی او با دنیای بیرون کاملاً قطع شده و نسبت به تحولات دنیای بیرون نا آشنا می‌گردد. زندانیان به هنگام آزادی با مشکلات و کمبودهای فراوان مواجه می‌شوند که اغلب آنها نیازمند مداخلات و اقدامات کاربردی و دست‌یابی به راهکارهای مناسب توسط مددکاران و مسؤولان فرهنگی زندان است. کنترل و نظارت خارج از زندان، و برقراری پل ارتباطی بین سیستم مددجو با مسؤولان زندان، نهادها، سازمان‌های دولتی و مردم‌نهاد (N.G.O) نقش مؤثری ایفا می‌کند و می‌تواند برنامه‌های داخل زندان را به صورت مستمر و مؤثر

بعد از آزادی ادامه دهد. چنانچه برخی از محققان راه‌های زیادی را برای ایجاد جذابیت، کیفیت و بهروری از آموزش و پرورش در زندان و خارج از آن برشمرده‌اند از جمله افزایش همکاری در داخل زندان بین افراد و همچنین رابطه بین زندانیان با انجمن‌ها جهت اطمینان از اینکه زندانیان می‌توانند بعد از آزادی ادامه تحصیل دهند (Murphy, 2013:6).

باتوجه به مراتب بالا باید دانست کارکرد اجرای برنامه‌های آموزش و پرورش در زندان در ایجاد عوامل و زمینه‌های ادامه تحصیل بعد از آزادی چیست؟ آیا اشتغال به تحصیل در زندان می‌تواند با ایجاد یک نگرش مثبت به ادامه تحصیل در نزد زندانیان، آن را عامل موفقیت فردی و اجتماعی تلقی کرده و با احساس رضایت از برنامه‌های آن، در صدد ادامه تحصیل برآید و آن را تنها عامل دستیابی به اهداف و خواسته‌های خود بداند؟ در پاسخ می‌توان گفت در صورتی که افراد نسبت به موضوع درس شناخت و آگاهی کسب کنند و نگرش‌های مثبت و سازنده نسبت به زندگی اجتماعی در آن‌ها ایجاد شود و در عمل نیز مهارت‌های لازم و کاربردی فرا گیرند، آموزش و پرورش می‌تواند تأثیرگذار باشد. در غیر این صورت شرکت در کلاس‌های آموزشی و پرورشی در زندان تنها به عنوان یک عادت و گذران اوقات در نزد زندانیان باقی مانده و آثار عملی خود را از دست خواهد داد و هیچ گونه تضمینی وجود ندارد که زندانی بتواند بعد از رهایی از زندان از توانایی‌ها و مهارت‌هایی که در زندان کسب کرده است، پس از آزادی بهره‌ای ببرد.

بنابراین در راستای اجرای برنامه‌های بازپرورانه پس از تحمل مجازات حبس، سازمان زندان‌ها بایستی با کمک نهادهای مردمی و سازمان‌های مدنی فرد رها شده را کنترل و حمایت خود قرار دهد. زیرا بر اساس دیدگاه برخی محققین اجرای کلیه مراحل و تدابیر بازپذیری اجتماعی بزهکاران، صرفاً در محیط بسته زندان قابل اجرا نیست و برای رفع عوامل وضعی موجب جرم، از رهگذر کنترل و مراقبت وضعی و فردی بزهکاران بالقوه و همچنین سوق‌دهی شخص به سمت بسترهای اجتماعی، لازم است شخص بزهکار در محیط باز جامعه تحت نظارت و مراقبت مؤثر قرار گیرد تا از این طریق، از سویی موضوع، ماهیت و اهداف اقدامات اصلاحگر با بستر اجرای آن مطابقت داشته و به واقعیت نزدیک باشد و از سوی دیگر با کنترل مؤثر فرد رها شده از زندان و محیط اجتماعی، از سوق‌یابی بزهکاران به سمت تکرار جرم پیشگیری شود. (افراسیابی، ۱۳۸۹: ۳۶)

با این حال آموزش و پرورش در زندان در عمل کارکردهای بعد از آزادی را در میان زندانیان به جود آورده است. برای نمونه، در هر یک از زندان‌های مطالعه شده به ترتیب زنان بالاترین درصد (۶۴/۳)، در میان زندانیان مرد در زندان مرکزی این استان نیز بالاترین درصد (۵۶/۱) و در مورد زندانیان در زندان کاشان بالاترین درصد (۴۷/۶) موافق و کاملاً موافق‌اند که بعد از آزادی به ادامه

تحصیل پرداخته و آن را به عنوان اولین فعالیت انتخاب خواهند کرد و در مجموع زندان‌ها بالاترین درصد (۵۱/۱) موافق و کاملاً موافق با این امر هستند.

درباره یکی دیگر از آثار مثبت مشارکت در کلاس‌های آموزشی داخل زندان، آماده ساختن زندانیان برای داشتن زندگی سالم بعد از آزادی است؛ در میان زندانیان زن بالاترین درصد (۷۱/۵)، در میان زندانیان مرد در زندان مرکزی استان اصفهان نیز بالاترین درصد (۶۵/۳) خود را برای داشتن زندگی سالم در آینده بعد از آزادی از زندان آماده دانسته‌اند. و زندانیان مطالعه شده در زندان کاشان بالاترین درصد (۷۱/۴) کاملاً موافق هستند که با حضور در کلاس‌های آموزشی مطالبی فرا گرفته‌اند که آنان را برای داشتن زندگی خوب مانند سایر افراد جامعه آماده کرده است. در مجموع زندان‌ها نیز ۶۷/۸ درصد افراد موافق و کاملاً موافق با این موضوع هستند. در زندان زنان کلیه افراد (۰/۱۰۰) خواهان زندگی خوب با خانواده خویش هستند و در میان زندانیان مرد در زندان مرکزی استان اصفهان نیز بالاترین درصد (۹۰/۸) و بالاترین درصد از زندانیان بررسی شده در زندان کاشان (۹۶/۴) به داشتن زندگی خوب با خانواده خود بعد از آزادی از زندان تمایل دارند و در مجموع زندان‌ها ۹۳/۳ درصد افراد موافق و کاملاً موافق این امر هستند

۴.۵. پیشگیری از تکرار جرم

از دغدغه‌های مهم نظام عدالت کیفری و مشکلات اساسی مراکز تأمینی - تربیتی تحمیل هزینه بازگشت زندانیان آزاد شده به جرم سابق یا جدید و اعاده به زندان‌هاست. برخی بر این باور هستند که ورود مجرم به فرآیند رسیدگی کیفری و صرف مجازات او نه تنها راهکار مؤثری در پیشگیری از جرم نمی‌باشد، بلکه موجب بدنامی و اطلاق انگ کجرو یا «مجرم» بر مرتکب شده، که این مسئله خود توأم با آثار منفی است و در قالب تغییر نگرش فرد نسبت به خود و نیز نگاه متفاوت به او از جانب دیگران ظاهر می‌شود. (سلیمی، ۱۳۹۵: ۱۹۸). مجازات زندان به مثابه واکنش جامعه از این آثار مستثنی نمی‌باشد. لکن اصلاح و بازپروری بزهکاران زمینه آماده سازی آنان را برای بازگشت به زندگی اجتماعی و قانونمدارانه، تا حد زیادی می‌تواند از کارکردهای منفی مجازات زندان بکاهد.

جدایی کوتاه یا دراز مدت قبلی زندانیان از ساختارهای کلان جامعه یکی از مسائل مهم برای زندانیان آزاد شده، به شمار می‌رود که با نوعی شکاف و جدایی اجتماعی و اقتصادی همراه است. این شکافت و فقر ارزشی و مالی را می‌توان بستری برای بازگشت به جرم در آنها دانست (اسدالهی و دیگران، ۱۳۸۸: ۳۵۱). اما پرسش اساسی این است که با اتخاذ تکرار جرم به عنوان معیار موفقیت یا شکست نظام عدالت کیفری در زمینه اجرای برنامه‌های اصلاح و بازپروری، آیا تکرار جرم بعد از رهایی از زندان به معنای عدم تأثیر برنامه‌های اجرایی در باب آموزش علمی و

فرهنگی است یا خیر؟ در پاسخ باید گفت با فرض این که برنامه‌های آموزشی در داخل زندان مفید و مؤثر واقع می‌شوند اما عوامل دیگری ممکن است بر نتایج برنامه‌های یاد شده تأثیر بگذارند و بزهکار را بعد از رهایی از زندان بار دیگر به سوی ارتکاب مجدد جرم بکشاند. با این توضیح که ممکن است بزهکار بی‌سواد یا دارای تحصیلات پایین حسب مورد در داخل زندان سواد بیاموزد یا ادامه تحصیل دهد و از این موضوع احساس رضایتمندی و خشنودی نموده و از رفتارهای مجرمانه خود رویگردان شود، اما بعد از رهایی از زندان و بازگشت به جامعه، به علل گوناگون مانند فقر یا بیکاری مجدداً مرتکب جرایمی گردد.

در این باره نمی‌توان گفت که برنامه‌های آموزش و پرورش در سطح مجازات‌های سالب آزادی به صورت مطلق فاقد اثر اصلاحی و تربیتی بوده‌اند. زیرا این برنامه‌ها در داخل زندان به صورت کوتاه مدت اجرا می‌گردند و قادر به کنترل فرد در خارج از زندان نخواهند بود و از طرفی نمی‌توان انتظار داشت عوامل مؤثر در ارتکاب جرم مانند بی‌سوادی، بیکاری و فقر که در زمان طولانی وجود داشته و فرد مدت زیادی از عمر خود را با آن ویژگی یا عامل سپری کرده است، با آموزش کوتاه مدت در داخل زندان از بین برود. بلکه این امر نیازمند مدت طولانی بعد از آزادی است. به سخن دیگر، اجرای برنامه‌های آموزشی و فرهنگی زمانی به عنوان یک وسیله برای جلوگیری از ارتکاب جرم به کار می‌رود که نظام عدالت کیفری در کنار برنامه‌های یاد شده اقدام به طرح برنامه‌های مؤثر اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و کارآفرینی کند.

یک مثال از این گونه سیاست‌ها، مراکز مراقبت بعد از خروج زندانیان به‌شمار می‌رود، این مراکز در جهت اصلاح و تربیت زندانیان با هدف پیشگیری از وقوع جرم از طریق حمایت مادی و معنوی از زندانیان آزاد شده و فراهم نمودن زمینه مساعد جهت بازگشت آنان به یک زندگی سالم اجتماعی در مرکز هر استان و در صورت نیاز در شهرستان‌ها، اداره مراقبت بعد از خروج زندانی تشکیل می‌شود که با اهداف ایجاد زمینه جهت کارآموزی، اشتغال، ازدواج، ادامه تحصیل، تأمین مسکن و اعطای تسهیلات وام بانکی برای زندانیان آزاد شده قادر خواهند بود خدمات ارزنده‌ای ارائه نمایند (خاکشور، ۱۳۹۵: ۳۲). با توجه به مراتب بالا، تحقیقات بدست آمده نشان می‌دهد در زندان زنان استان اصفهان بالاترین درصد (۵۷/۲) و زندان کاشان نیز بالاترین درصد (۴۸/۸) موافق و کاملاً موافق هستند که زندان می‌تواند زندانی را اصلاح کند. در حالی که در میان زندانیان مرد در زندان مرکزی استان اصفهان نیز بالاترین درصد (۴۳/۳) مخالف و کاملاً مخالف کارکرد اصلاحی زندان هستند. در پی آن طبق جدول شماره ۶ در زندان زنان بالاترین درصد (۰/۱۰۰)، در میان زندانیان مرد در زندان مرکزی استان اصفهان نیز بالاترین درصد (۶۹/۸)، از زندانیان مورد مطالعه و در زندان کاشان بالاترین درصد (۹۰/۵) مخالف و کاملاً مخالف هستند که



بعد از آزادی از زندان مجدداً مرتکب جرم شوند. در مجموع زندان‌ها ۷۸/۷ درصد افراد مخالف و کاملاً مخالف تکرار جرم بعد از رهایی از زندان هستند.

۵.۵. کارکرد پرورش و رشد شخصی

مجازات‌ها فراز و نشیب‌هایی را در طول تاریخ گذرانده‌اند. یکی از انواع مجازاتی که برای مقابله با جرایم در جوامع مختلف بشری از آن استفاده می‌کنند، زندان است. در اکثر کشورهای جهان این امر یکی از مهم‌ترین ابزارهای دفاع اجتماعی در مقابل پدیده جرم و شخص مجرم به حساب می‌آید. برخی بر این نظرند که اثر زندان نه تنها در سلب آزادی محکوم خلاصه نمی‌شود بلکه بر تمامیت جسمانی و روانی او نیز تأثیر گذار است (بیگدلی، ۱۳۸۷: ۴۵) و سلامت جسم، ذهن و روح زندانیان را تهدید می‌کند. در حقیقت نگهداری محکومین در زندان اخلاق و روان آنها آسیب می‌رساند، هویت آنها را از بین می‌برد و اختلالات گوناگون در شخصیت وی ایجاد می‌کند که نتیجه آن اطاعت کورکورانه از سایر زندانیان است که در آن فرد آزادی و اعتماد به نفس خویش را از دست می‌دهد، یا برعکس، حالت طغیان و پرخاشگری روز افزون است.

به‌علاوه، مارک آنسل درباره زندان و آثار آن بر زندانی بیان می‌کند که زندان منجر به قطع رابطه زندانی با زندگی عادی، کار و دوستان او می‌شود. این مجازات فرد را در محیطی مصنوعی که به معنی واقعی ضد اجتماعی است قرار می‌دهد. در همین جاست که باید سخنی پیرامون مساله "بازپروری اجتماعی" به میان آید (مارک آنسل، ۱۳۷۰: ۹۲). بدین معنی که با انجام اقداماتی در داخل زندان بازپذیرسازی اخلاقی و اجتماعی مجرم فراهم شود به گونه‌ای بعد از آزادی مرتکب خطا و جرم نشود. همچنین شکوفا کردن استعدادها و آموختن مهارت‌ها متناسب با توانایی‌های افراد موجب اصلاح و درمان بزهکاران می‌گردد؛ بدین معنا که آنان در پرتوی خودآگاهی نیازها و استعدادهای خود را کشف و راه‌های پاسخ‌دهی به آنها را شناسایی کرده و آنها را سامان‌دهی و هنجارمند می‌کنند و به خودآگاهی می‌رسند و از رهگذر همین خودآگاهی قدرت ارزش‌گذاری و خودآیینی که از شاخصه‌های شگفت‌انگیز کرامت انسانی است پیدا می‌شود (قماش، ۱۳۹۳: ۷۵) و در سایه آن از ارتکاب مجدد جرایم جلوگیری می‌کند.

لازم به ذکر است در جریان آموزش و پرورش باید نیازهای فردی شناخته شود. درعین‌حال، تهیه مقدمات جهت رفع این‌گونه نیازها و زمینه‌سازی برای رشد و تعالی فرد از اهم مسئولیت‌های آموزش و پرورش است. برخی جامعه‌شناسان آماده ساختن فرد برای درک و شناخت بهتر محیط و واکنش متناسب با رشد ذهنی و عقلی، رشد خصوصیات شخصیتی - که منجر به پیدایش شاکله کنجکاو، فعال، جستجوگر گردد - را از مسئولیت‌های اساسی آموزش و

پرورش در دنیای امروز می‌دانند. (آقازاده: ۱۳۸۶، ۱۲۵). بدین گونه که از طریق آموزش «خویش‌بانی» و تمرین در انجام کارهای خوب، تشویق به انجام رفتارهای مطابق هنجارهای اجتماعی و تقویت سلامتی و بهزیستی مددجویان در برخی پادگان‌ها، برنامه‌های مشاوره آموزشی، ترک اعتیاد به مواد مخدر و الکل و سایر مشاوره‌ها جهت تقویت توان مددجویان برای رعایت قانون ارائه می‌شود (غلامی: ۱۳۸۸: ۵۸۵).

در هر یک از زندان‌های مطالعه شده به ترتیب در زندان زنان بالاترین درصد (۶۴/۳)، در میان زندانیان مرد در زندان مرکزی استان اصفهان نیز بالاترین درصد (۷۱/۲) و درباره زندانیان زندان کاشان بالاترین درصد (۷۰/۲) موافق و کاملاً موافق هستند که با شرکت در کلاس‌های آموزشی بهتر می‌توانند استعدادها و مهارت‌های خود را بشناسند. در مجموع نیز ۷۰/۳ درصد زندانیان موافق و کاملاً موافق این امر هستند. همچنین در هر یک از زندان‌های مطالعه شده به ترتیب در زندان زنان بالاترین درصد (۷۱/۵)، در میان زندانیان مرد در زندان مرکزی استان اصفهان نیز بالاترین درصد (۶۵/۳)، در مورد زندانیان در زندان کاشان بالاترین درصد (۶۶/۶) موافق و کاملاً موافق هستند که با شرکت در کلاس‌های آموزشی بهتر می‌توانند رفتارهای خود را کنترل کنند. در مجموع زندانیان ۶۶/۱ درصد موافق و کاملاً موافق این امر هستند. در زمینه برنامه‌های پرورشی - مذهبی در هر یک از زندان‌ها به ترتیب بالاترین درصد فراوانی (۹۱/۹) در میان زنان در زندان مرکزی استان اصفهان بالاترین درصد فراوانی (۸۶/۵) در میان مردان در زندان مرکزی همان استان و در میان زندانیان زندان کاشان بالاترین درصد (۷۷/۴) موافق و کاملاً موافق هستند که شرکت در برنامه‌های پرورشی - مذهبی در زندان موجبات آرامش و تقویت روحیه مذهبی آنان را فراهم می‌کند. در مجموع ۷۸/۸ درصد موافق و کاملاً موافق این موضوع هستند.

به‌علاوه بالاترین درصد فراوانی (۹۲/۹) در میان زنان موافق و کاملاً موافق شرکت در کلاس‌های آموزشی و پرورشی با هدف یادگیری خواندن و نوشتن هستند. بالاترین درصد فراوانی (۸۶/۵) در میان مردان در زندان مرکزی استان اصفهان نیز موافق و کاملاً موافق با شرکت در کلاس‌های آموزشی با هدف یادگیری هستند، در زندان کاشان نیز بالاترین درصد (۷۷/۴) از میان زندانیان موافق و کاملاً موافق هستند. در مطالعه مجموعی بیشترین میزان درصد فراوانی (۸۳/۷) شرکت‌کنندگان با هدف یادگیری خواندن و نوشتن موافق و کاملاً موافق هستند. همچنین در هر یک از زندان‌های مورد مطالعه به ترتیب بالاترین درصد فراوانی (۷۱/۴) در میان زنان در زندان مرکزی استان اصفهان، بالاترین درصد فراوانی (۶۳/۲) در میان مردان در زندان مرکزی همان استان و در میان زندانیان در زندان کاشان بالاترین درصد (۷۷/۴) موافق و کاملاً

موافق هستند که تماس با مسئولان فرهنگی در زندان در حل مشکلات روحی به آنان کمک می‌کند. در مجموع ۶۶/۶ درصد موافق و کاملاً موافق این موضوع هستند.

۶. تحلیل استنباطی پژوهش

باتوجه به این که اهداف پژوهش - کارکردهای بازپرورانه اجرای حق برخورداری از آموزش و پرورش در زندان، شرایط برگزاری کلاس‌ها و اجرای برنامه‌های یاد شده، میزان عملکرد نهاد زندان‌ها در دسترسی به محیط تحصیلی مطلوب در بستر زندان، و میزان رضایت زندانیان از مسئولان فرهنگی در زندان - مطالعه شد. حال در راستای پاسخ علمی به هریک از سوال‌های یاد شده ابتدا متناسب با سطح سنجش داده‌ها، فرضیه‌ها و نوع آنان، آزمون T مستقل، آزمون F (تحلیل واریانس)، پس آزمون Tukey استفاده می‌کنیم. سپس با ضریب همبستگی پیرسون معنادار بودن بودن رابطه هریک از متغیرها و میزان تأثیر هر یک از آنان بر دیگری را مطالعه می‌کنیم.

۱.۶. آزمون فرضیه‌های تحقیق

طبق جدول شماره ۱ سطح معناداری آزمون (F) بین متغیر کارکردهای آموزش و پرورش بر حسب نوع زندان (sig: ۰/۰۱۱) کمتر از سطح معناداری (sig: ۰/۰۵) است. این امر نشان‌دهنده آن است که به احتمال ۹۵ درصد فرضیه صفر (عدم تفاوت) رد می‌شود. بدین معنا که کارکرد برنامه‌های آموزشی و پرورشی بر حسب نوع زندان متفاوت است. بنابراین کارکردهای اصلاحی در زندان مردان شهرستان کاشان با بالاترین میانگین (۴/۱۵) و به ترتیب زندان زنان مرکزی استان اصفهان با میانگین ۴/۰۵ و زندان مرکزی مردان استان اصفهان با میانگین ۳/۹۰ بالاتر از حد متوسط میانگین است و فرض پژوهش پذیرفته می‌شود. البته باید دانست که این تفاوت معنادار بین زندان مردان کاشان و زندان مردان اصفهان است و با توجه به جدول شماره ۱-۲ وجود علامت ستاره دلیل بر وجود تفاوت معنادار فقط بین این دو زندان است. با این توضیح، بین زندان زنان مرکز استان اصفهان با زندان مردان کاشان تفاوت معنادار وجود ندارد.

جدول شماره ۱: نتایج آزمون F متغیرهای آموزش و پرورش در زندان بر حسب نوع زندان

متغیر	نوع زندان	میانگین	آزمون F
کارکرد آموزش و پرورش	زندان زنان مرکزی استان اصفهان	۴/۰۵	۴/۵۷۸ ۰/۰۱۱
	زندان مرکزی مردان استان اصفهان	۳/۹۰	
	زندان مردان شهرستان کاشان	۴/۱۵	
میزان توزیع امکانات آموزشی و پرورشی	زندان زنان مرکزی استان اصفهان	۳/۷۰	۱/۳۴۱ ۰/۲۹۱
	زندان مرکزی مردان استان اصفهان	۳/۳۹	
	زندان مردان شهرستان کاشان	۳/۴۸	
رضایت از مسئولان فرهنگی	زندان مرکزی زنان استان اصفهان	۴/۶۰	۵/۷۳۵ ۰/۰۰۴
	زندان مرکزی مردان استان اصفهان	۳/۹۵	
	زندان مردان شهرستان کاشان	۴/۱۹	

همچنین طبق جدول شماره ۱ با توجه به این که سطح معناداری آزمون (F) بین متغیر میزان توزیع امکانات آموزشی و پرورشی بر حسب نوع زندان (sig: ۰/۲۹۱) بیشتر از سطح معناداری (۰/۰۵) است، فرضیه صفر (عدم تفاوت) تأیید می‌شود. بدین معنا که توزیع امکانات آموزشی و پرورشی در سطح زندان بر حسب نوع زندان متفاوت نیست و فرض پژوهش پذیرفته نمی‌شود. به علاوه، طبق جدول شماره ۱ سطح معناداری آزمون (F) بین متغیر میزان رضایت از مسئولان فرهنگی بر حسب نوع زندان (sig: ۰/۰۰۴) کمتر از سطح معناداری (۰/۰۱) است، بنابراین به احتمال ۹۹ درصد، فرضیه صفر (عدم تفاوت) رد می‌شود بدین معنا که با ۹۹ درصد اطمینان می‌توان گفت رضایت از مسئولان فرهنگی بر حسب نوع زندان متفاوت است. این تفاوت توسط اجرای جدول شماره ۲-۲ پس آزمون تنها در بین زندان زنان اصفهان و زندان مردان همان استان است که با علامت ستاره (*) تصریح شده است معنادار می‌باشد و بین زندان شهرستان کاشان و زندان مرکزی استان اصفهان تفاوت معناداری وجود ندارد.

جدول شماره ۲: پس آزمون Tukey میانگین متغیرهای آموزش و پرورش بر حسب نوع زندان

تفاوت معنادار	Sig	نوع زندان	متغیر	
جدول شماره ۱-۲)	۰/۱۵۵	زندان مرکزی مردان استان اصفهان	زندان زنان مرکزی استان اصفهان	کارکرد برنامه‌های آموزشی و پرورشی
	۰/۰۹۳	زندان مرکزی مردان شهرستان کاشان		
	۰/۱۵۵	زندان زنان مرکزی استان اصفهان		
	* ۰/۲۴۸	زندان مرکزی مردان شهرستان کاشان		
جدول شماره ۲-۲)	۰/۰۹۳	زندان زنان مرکزی استان اصفهان	زندان مرکزی مردان شهرستان کاشان	میانگین رضایت از مسئولان فرهنگی
	* ۰/۲۴۸	زندان مرکزی مردان استان اصفهان		
	۰/۰۱۱	زندان مرکزی مردان استان اصفهان	زندان زنان مرکزی استان اصفهان	
	* ۰/۱۸۱	زندان مرکزی مردان شهرستان کاشان		
جدول شماره ۲-۳)	۰/۰۱۱	زندان زنان مرکزی استان اصفهان	زندان مرکزی مردان استان اصفهان	میانگین رضایت از مسئولان فرهنگی
	* ۰/۶۹	زندان مرکزی مردان شهرستان کاشان		
	۰/۴۱۰	زندان زنان مرکزی استان اصفهان	زندان مرکزی مردان شهرستان کاشان	
	* ۰/۲۴۶	زندان مرکزی مردان استان اصفهان		

۲.۶. ضریب همبستگی پیرسون بین متغیرهای پژوهش

نتایج حاصل از ضریب همبستگی پیرسون بین متغیرهای پژوهش، طبق جدول شماره ۳ نشان می‌دهد بین متغیر کارکردهای آموزش و پرورش در زندان و متغیر رضایت از مسئولان فرهنگی زندان (۰/۵۱۸) رابطه‌ی معنادار مثبت در سطح آلفای ۰/۰۰۰ وجود دارد. در نتیجه به هر میزان رضایت از عملکرد مسئولان افزایش یابد کارکرد، برنامه‌های آموزشی و پرورشی در زندان افزایش می‌یابد. بنابراین فرض پژوهش پذیرفته می‌شود. همچنین بین متغیر امکانات تحصیلی و پرورشی در زندان و متغیر رضایت از مسئولان فرهنگی زندان (۰/۳۵۲) رابطه‌ی معنادار مثبت و زیادی در سطح آلفای ۰/۰۰۰ وجود دارد. در نتیجه به هر میزان رضایت از امکانات تحصیلی و پرورشی در زندان افزایش یابد میزان رضایت از عملکرد مسئولان فرهنگی نیز افزایش می‌یابد. بنابراین فرض پژوهش پذیرفته می‌شود. به علاوه بین متغیر کارکرد آموزش و پرورش در زندان و توزیع امکانات آموزشی و پرورشی در زندان (۰/۴۱۰) رابطه‌ی معنادار مثبت و زیادی در سطح آلفای ۰/۰۰۰ وجود دارد. در نتیجه به هر میزان توزیع امکانات آموزشی و پرورشی در زندان افزایش یابد میزان کارکرد آموزش و پرورش در زندان نیز افزایش می‌یابد و میان متغیر کارکرد آموزش و پرورش در زندان و تمایل به ارتکاب جرم (۰/۲۷۵-) رابطه‌ی معنادار معکوس و متوسط در سطح آلفای ۰/۰۰۰ وجود دارد به این معنی که با افزایش کارکردهای آموزشی و پرورشی در زندان، درصد تمایل به ارتکاب جرم تا حد زیادی کاهش

می‌یابد. اما بین متغیر توزیع امکانات آموزشی و پرورشی در زندان و تمایل به تکرار جرم (۰/۰۸۷-) رابطه‌ی معکوس و پایین در سطح آلفای ۰/۱۸۲ وجود دارد که این رابطه از نظر آماری معنادار نمی‌باشد. همچنین بین متغیر رضایت از عملکرد مسئولین در زندان و تمایل به تکرار جرم (۰/۰۹۷-) رابطه‌ی معنادار وجود ندارد.

جدول شماره ۳: ضریب همبستگی پیرسون بین کارکردهای آموزش و پرورش در زندان و رضایت از عملکرد مسئولان

متغیر	تعداد	ضریب همبستگی پیرسون	سطح معناداری
کارکردهای آموزش و پرورش در زندان رضایت از عملکرد مسئولان زندان	۲۳۹	۰/۵۱۸	۰/۰۰۰
امکانات تحصیلی و پرورشی در زندان میزان رضایت از مسئولان	۲۳۹	۰/۳۵۲	۰/۰۰۰
کارکردهای آموزش و پرورش در زندان توزیع امکانات آموزشی و پرورشی در زندان	۲۳۹	۰/۴۱۰	۰/۰۰۰
کارکردهای آموزش و پرورش در زندان تمایل به ارتکاب جرم	۲۳۹	-۰/۲۷۵	۰/۰۰۰
میزان توزیع امکانات آموزشی و پرورشی در زندان تمایل به ارتکاب جرم	۲۳۹	-۰/۰۸۷	۰/۱۸۲
رضایت از عملکرد مسئولین تمایل به تکرار جرم	۲۳۹	-۰/۰۹۷	۰/۱۳۵

نتیجه‌گیری

حق برخورداری از آموزش و پرورش یکی از حقوق بنیادین و بشری افراد است. اجرای این حق در زمینه شکل‌دهی شخصیت متعادل و سازگار زندانیان با ارزش‌ها اهمیت به‌سزایی دارد و از این طریق رفتارهای ناسازگار آنان را تعدیل و با محیط اجتماعی بیرون از زندان سازگار می‌کند. آموزش و پرورش موجبات رشد و بهبود وضعیت اجتماعی افراد را فراهم می‌کند، و آن‌ها را برای زندگی در جامعه و سازگاری با محیط مهیا سازد (شاه‌قلعه، ۱۳۹۰: ۳۲). پژوهش حاضر با بررسی عملکرد زندان‌ها در دسترسی به محیط تحصیلی مطلوب و میزان رضایت زندانیان از مسئولان فرهنگی، کارکردهای بازپرورانه اجرای حق برخورداری از آموزش و پرورش در ابعاد گوناگون فرهنگی، اقتصادی، اجتماعی، شخصی و جلوگیری از تکرار جرم را تأیید نمود. بدین منظور رابطه بین



فرضیه‌های پژوهش با استفاده از آزمون آماری مناسب بررسی شدند که نتایج آنها در جدول شماره ۳ تفصیل بیان شده است.

همان‌گونه که از جدول شماره ۳ برمی‌آید اولین فرضیه پژوهش، مبنی بر این‌که بین متغیر کارکردهای آموزش و پرورش در زندان و متغیر رضایت از مسئولان فرهنگی رابطه معنادار مثبت وجود دارد، تأیید شده است. بدین معنا که به هر میزان رضایت از عملکرد مسئولان افزایش یابد، کارکرد اجرای برنامه‌های آموزشی و پرورشی در زندان افزایش می‌یابد. نتایج این یافته با تحقیقات نیازپور (۱۳۸۸) و فراست طلب (۱۳۹۰) هم‌سو می‌باشد. آن‌ها درباره نقش مددکاری اجتماعی در پیشگیری از تکرار جرم پژوهشی انجام داده و به این نتیجه رسیدند که حضور مجریان و متخصصین در نظام اصلاح و درمان برای سالم سازی شخصیت مجرمان و آشنایی آنان با رفتارهای مطلوب اجتماعی ضروری به نظر می‌رسد و موجب توانمندی و بازسازی زندانیان می‌گردد. بنابراین، برنامه‌ریزی مسئولان فرهنگی و بهبود تماس ایشان با زندانیان اجرای برنامه‌های آموزشی و برنامه‌های فرهنگی آسان‌تر می‌شود و کارکردهای خود را نشان خواهد داد.

همچنان که از جدول شماره ۳ برمی‌آید دومین فرضیه پژوهش، مبنی بر این‌که بین متغیر امکانات تحصیلی و پرورشی در زندان و متغیر رضایت از مسئولان فرهنگی زندان رابطه‌ی معنادار مثبت وجود دارد، تأیید شده است. بدین معنا که به هر میزان رضایت از امکانات تحصیلی و پرورشی در زندان افزایش یابد، میزان رضایت از عملکرد مسئولان فرهنگی نیز افزایش می‌یابد. تا کنون بر اساس یافته‌های نگارنده، تحقیقی در باره ارتباط بین فرضه‌های فوق تدوین نشده است. نتایج این یافته نشان می‌دهد مسئولان فرهنگی با تهیه امکانات لازم برای زندانیان می‌توانند میزان رضایت آنان را از عملکرد خود بالا برده و به دنبال آن زمینه‌های لازم برای افزایش کارکردهای اجرای برنامه‌های آموزشی و پرورشی را فراهم کنند. باید توجه داشت بین متغیر رضایت از عملکرد مسئولین در زندان و تمایل به تکرار جرم رابطه معنادار وجود ندارد. یعنی عملکرد مسئولان تأثیر مستقیم و بدون واسطه بر کاهش تمایل به ارتکاب جرم زندانیان ندارد. بلکه کارکردهای اصلاحی و بازپرورانه اجرای این‌گونه برنامه‌ها را افزایش داده که نتیجتاً می‌تواند منجر به کاهش تمایل ارتکاب جرم توسط زندانیان شود.

سومین فرضیه پژوهش مبنی بر اینکه بین متغیر کارکردهای اجرای برنامه‌های آموزشی و پرورشی در زندان و توزیع امکانات تحصیلی و پرورشی رابطه‌ی معنادار وجود دارد، تأیید شده است. با این توضیح که به هر میزان توزیع امکانات آموزشی و پرورشی در زندان افزایش یابد میزان کارکرد آموزش و پرورش در زندان نیز افزایش می‌یابد. این یافته با نتایج تحقیقات صلاحی (۱۳۸۶)

همخوانی دارد. بدین معنا که اجرای برخی برنامه‌ها و تأسیس کتابخانه‌ها و سایر اقدامات علمی توسط کارکنان نقش مهمی در بازپروری مجرمان ثابت می‌کند.

همچنین بر پایه فرضیه دیگر این پژوهش طبق جدول شماره ۳، مبنی بر این‌که بین متغیر کارکرد آموزش و پرورش در زندان و تمایل به ارتکاب مجدد جرم رابطه‌ی معنادار معکوس وجود دارد، تأیید شده است. بدین معنی که با افزایش کارکردهای آموزشی و پرورشی در زندان، درصد تمایل به ارتکاب جرم تا حد زیادی کاهش می‌یابد. این یافته با تحقیقات ایلونا مورفی (۲۰۱۳) و افراسیابی (۱۳۸۹) همسو می‌باشد. بدین معنا که اجرای کلیه مراحل و تدابیر بازپذیری اجتماعی بزهکاران از رهگذر اجرای برنامه‌های آموزشی مانع سوق یابی بزهکاران به سمت تکرار جرم می‌شود. از این رو می‌توان با اجرای این‌گونه برنامه‌ها تمایل به ارتکاب مجدد جرم را در زندانیان کاهش داد و با نظارت بعد از آزادی میزان گرایش آنان به ارتکاب جرم را در سطح پایین نگه داشت.

یکی دیگر از فرضیه‌های دیگر این پژوهش طبق جدول شماره ۳، مبنی بر اینکه بین متغیر توزیع امکانات آموزشی و پرورشی در زندان و تمایل به تکرار جرم رابطه‌ی معکوس و پایین در سطح آلفای ۰/۱۸۲ وجود دارد، مورد تأیید واقع نمی‌شود زیرا این رابطه از نظر آماری معنادار نمی‌باشد. این نتیجه مغایر با یافته‌های تحقیقات عرفانی و همکاران (۱۳۹۰) است. این تحقیق رابطه تکرار جرم با امکانات زندان را بررسی کرده است و نتایج آن نشان داده است تکرار جرم با امکانات زندان رابطه معناداری دارد (ضریب همبستگی پیرسون برابر با ۰/۸۱۳ و سطح معناداری آن برابر ۰/۰۰۰/۰ است) و باتوجه به مثبت بودن ضریب همبستگی، رابطه‌ای مستقیم و زیاد بین تکرار جرم با امکانات زندان در زندان وجود دارد و هر چه امکانات زندان بیشتر باشد، تکرار جرم نیز کمتر خواهد بود. اما طبق نتایج این پژوهش با وجود این‌که بین متغیر توزیع امکانات آموزشی و پرورشی در زندان و تمایل به تکرار جرم (۰/۰۸۷-) رابطه معکوس و پایین در سطح آلفای ۰/۱۸۲ وجود دارد اما این رابطه از نظر آماری معنادار نمی‌باشد. بنابراین، نمی‌توان گفت صرف وجود امکانات آموزشی و پرورشی در زندان موجب کاهش تمایل زندانیان به ارتکاب جرم می‌شود.

لازم به ذکر است نتایج این پژوهش در زمینه عدم تمایل به ارتکاب مجدد جرم توسط اکثر زندانیان بعد از آزادی با نظریه کسانی که معتقدند زندان آموزشگاه مناسبی برای زندانی نمی‌باشد هرچند کلیه امکانات آموزشی در آن جا فراهم باشد، سازگار نمی‌باشد. در تبیین این نظریه باید گفت چه بسا محلی برای آموزش منفی و ضد اجتماعی بوده و مجرمان را آموخته تر و بزهکاران را توانمندتر از قبل از ورود به زندان در زمینه برخوردهای منفی می‌کند و تبدیل به مجرمان حرفه‌ای می‌نماید (محسنی، ۱۳۸۷)، همچنین با نظریه پوت واین (Putwain) و سامونز (Sammons) همخوانی ندارد. آن‌ها می‌نویسند: «تقریباً بسیاری از متخلفین فوراً به محض آزاد شدن از زندان



مرتکب جرایم بیشتری می‌شوند.» و با نظریه بعضی از صاحب‌نظران (واکر و فارینگتون) که گروهی از متخلفین را برای آن‌ها مجازات زندان معلق تعیین شده بود یا به قید ضمانت آزاد شده بودند، مورد مقایسه قرار دادند و به این نتیجه رسیدند که احتمال تخلف مجدد در گروه دوم کمی کم‌تر بود. همسو می‌باشد. بنابراین به نظر نمی‌رسد لزوماً زندان احتمال تخلف مجدد را افزایش دهد. همچنین نتایج این پژوهش با اعتقاد عمومی که بر این منوال است که زندانی شدن باید باعث کاهش تخلف مجدد گردد، همخوان است. اساس این اعتقاد این است که زندان رفتن یک امر زشت و ناپسند می‌باشد و کسی که زندان را تجربه می‌کند برانگیخته می‌شود تا از رفتارهایی که منجر به تخلف و قانون شکنی می‌شود اجتناب کند. بنابراین جامعه‌پذیری مجدد زندانیان بر اساس هنجارهای صحیح و مقبول اجتماعی از طریق تهیه مقدمات آموزشی و پرورشی در زندان کارکردهای منفی زندان را کاهش داده و زمینه اصلاح و بازپروری آنان را فراهم می‌کند.

به علاوه، بر اساس پژوهش میدانی به دست آمده، اجرای حق بر خورداری از آموزش و پرورش دارای کارکرد فرهنگی-اجتماعی است نتایج این پژوهش با دیدگاه کارکردگرایانه دورکیم درباره آموزش و پرورش و نظریه انسجام اجتماعی در اندیشه وی همسو می‌باشد و با یافته‌های تحقیقات غفاری فر (۱۳۸۱) و صالحی امیری (۱۳۸۸) همخوانی دارد. در تبیین باید گفت شرکت در کلاس-های تعلیمی و تربیتی مقدمات توسعه و ترویج فرهنگ مشترک را در میان زندانیان فراهم می‌نماید و آنان را به سوی همسازی با ارزش‌ها و هنجارهای اجتماعی سوق می‌دهد. همچنین نتایج حاصل از کارکرد مالی-اقتصادی شرکت در کلاس‌های آموزشی در زندان با نظریات ثوری وزیری (۱۳۳۹) و محسنی (۱۳۹۴) همسو می‌باشد. با این توضیح که حرفه‌آموزی و آموزش شغل متناسب با نیازهای زندانیان، آنان را قادر می‌سازد تا نیازهای مادی خود را از راه‌های قانونی و شرافتمندانه برطرف کند و از این طریق زمینه اصلاح و بازسازی مجرمین را فراهم می‌کند. یکی دیگر از آثار مثبت مشارکت در کلاس‌های آموزشی و پرورشی داخل زندان، ادامه تحصیل، آماده ساختن زندانیان برای داشتن زندگی سالم و خوب بعد از آزادی است. این نتیجه با نظریات سراکارانی (۱۳۹۳) و تحقیقات نیازپور (۱۳۹۱) همسو می‌باشد. در واقع، این محققان دریافتند که در صورتی که افراد نسبت به موضوع درس شناخت پیدا کنند و نگرش‌های سازنده در آن‌ها ایجاد شود و به مشارکت در مباحث مربوط به زندگی اجتماعی علاقه‌مند شوند. به ادامه تحصیل بعد از آزادی تمایل بیشتری پیدا می‌کنند. تحقیق میدانی این پژوهش این موضوع را تأیید می‌نماید.

با ملاحظه فرضیه‌های مورد پژوهش و روابط آنان با یکدیگر به نظر می‌رسد نگرش زندانیان نسبت به کارکردهای آموزش و پرورش، وجود برخی از امکانات و رضایت از معلمان و مسئولان فرهنگی مثبت می‌باشد. این امر موجب ترغیب و تشویق آنان به مشارکت در این گونه برنامه‌ها تا

حد زیادی است که به دنبال آن به بهبود رفتار زندانیان و اصلاح و بازپروری اجتماعی مجرمین کمک می‌کند و آنان را برای ورود مجدد به جامعه آماده می‌سازد. این امر نیازمند امکانات ضروری و متناسب حال زندانیان است؛ انتخاب آموزگاران و مربیان زندان‌ها از بین اشخاص مجرب، برنامه‌ریزی مسئولان فرهنگی و بهبود تماس ایشان با زندانیان، اجرای برنامه‌های آموزشی و فرهنگی را آسان‌تر می‌کند و مسئولان با تهیه امکانات لازم برای زندانیان می‌توانند میزان رضایت آنان را از عملکرد خود بالا برده و به دنبال آن مقدمات افزایش کارکردهای بازپرورانه اجرای برنامه‌های آموزشی و پرورشی را فراهم کنند و در نتیجه منجر به کاهش تمایل ارتکاب جرم توسط زندانیان شوند.

از این رو می‌توان با اجرای برنامه‌های آموزشی و پرورشی تمایل به ارتکاب مجدد جرم توسط زندانیان را کاهش داده و با نظارت بعد از آزادی میزان گرایش آنان به ارتکاب جرم را در سطح پایین نگه داشت زیرا نگرش مثبت زندانیان نسبت به وجود برخی از امکانات و رضایت از معلمان و مسئولان فرهنگی موجب ترغیب و تشویق آنان به مشارکت در این‌گونه برنامه‌ها می‌شود و به بهبود رفتار و بازپروری اجتماعی زندانیان کمک می‌کند و آنان را برای ورود مجدد به جامعه آماده می‌سازد و همچنین از طریق افزایش همکاری در داخل زندان بین زندانیان با انجمن‌ها از این‌که آنان می‌توانند بعد از آزادی ادامه تحصیل دهند، اطمینان حاصل گردد. به علاوه از رهگذر چنین کنترل و مراقبت‌هایی و همچنین سوق‌دهی شخص به سمت بسترهای اجتماعی، شخص بزهکار در محیط باز جامعه تحت نظارت و مراقبت مؤثر قرار می‌گیرد تا موضوع، ماهیت و اهداف اقدامات اصلاحگر با بسترهای اجرایی آن مطابقت داشته باشد و به دنبال آن با کنترل فرد رها شده از زندان، از سوق‌یابی بزهکاران به سمت تکرار جرم پیشگیری می‌شود.

در این راستا نظام عدالت کیفری بایستی در کنار برنامه‌های یاد شده با اجرای مستمر برنامه‌های اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی مانند پیش‌بینی سیاست‌های لازم جهت حمایت از فرد محکوم، دسترسی به آموزش خارج از زندان، به صورت مستمر زمینه رشد فردی و اجتماعی افراد را فراهم کرده و به دنبال آن فردی اجتماعی و ارزش‌پذیر تربیت کند. به علاوه سازمان زندان‌ها بایستی با کمک نهادهای مدنی و مردمی و همچنین با همکاری وزارت آموزش و پرورش پس از تحمل مجازات حبس، برای مدتی فرد را تحت نظر و حمایت خود قرار دهد و امکانات لازم جهت ادامه تحصیل در خارج از زندان را برای او فراهم کند.



منابع

- آنسل، مارک (۱۳۷۵)، **دفاع اجتماعی**، ترجمه محمد آشوری و علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ سوم، تهران: موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
- آقازاده، احمد (۱۳۸۶)، **تاریخ آموزش و پرورش**، چاپ دوم، تهران، انتشارات ارسباران.
- افراسیابی، علی (۱۳۸۹)، «امکان بازپذیری اجتماعی بزهکاران در بسترهای کیفری و پسا کیفری موجود»، **فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم**، دوره ۱۵، شماره ۴، ص ۵۶-۳۴.
- اسماعیل نسب، حسین (۱۳۹۳)، **مجموعه مهم ترین اسناد کاربردی حقوق بین الملل**، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
- اسدالهی، عبدالرحیم، علیرضا محسنی تبریزی، محمود براتوند (۱۳۸۸)، «نقش مرکز مراقبت بعد از خروج در اشتغال زایی زنان زندانی خوزستان»، **فصلنامه رفاه اجتماعی**، سال دهم، شماره ۳۴، ص ۳۴۹-۳۵۵.
- بولک، برنار (۱۳۹۱)، **کیفرشناسی**، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ هفتم، تهران: انتشارات مجد.
- پرادل، ژان (۱۳۸۸)، **تاریخ اندیشه های کیفری**، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، با همکاری مؤسسه نشر یلدا.
- تامیم، استیفن (۱۳۸۱)، **وضعیت زندان ها، در: زندان ها در هزاره سوم**، گردآوری راجر ماتیوس و پیترو فرانسیس، ترجمه لیلا اکبری، چاپ اول، تهران: راه تربیت.
- خاکشور، مهدی (۱۳۹۵)، «روش های حقوقی تضمین حقوق زندانیان»، **بانک مقالات فارسی**، ص ۳۷-۳۱.
- دورکیم، امیل (۱۳۶۸)، **تربیت و جامعه شناسی**، ترجمه علی محمد کاردان، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- سلیمی، علی (۱۳۹۵)، **جرم و جرم شناسی وایت (راب) و هنیز (فیونا)**، چاپ هشتم، قم: موسسه پژوهشی حوزه و دانشگاه قم.
- شاه قلعه، صفی الله (۱۳۹۰)، «جامعه شناسی، تعاریف، مفاهیم، قلمرو»، **ویژه نامه ضمن خدمت رشد علوم اجتماعی**، دوره ۱۵، شماره ۱، ص ۳۷-۳۰.
- صالحی امیری، رضا، امیرعظیمی دولت آبادی (۱۳۸۸)، «آموزش و پرورش و انسجام اجتماعی»، **مجله رشد آموزش علوم اجتماعی**، دوره ۱۳، شماره ۱، ص ۱۷-۹.

صمدی‌راد، انور (۱۳۸۳)، «مددکاری اجتماعی در سیستم قضایی: نقش مددکاران اجتماعی در زندان‌ها و مراکز اصلاح و تربیت»، **فصلنامه علوم اجتماعی**، دوره ۱۱ شماره ۲۵، ص ۱۵۱-۱۳۷.

فاتحی، ابوالقاسم، علی هواسی و محمود براتوند (۱۳۹۰)، «بررسی پیامد مجازات زندان (نوع حبس) سرپرست خانواده (پدر) بر وضعیت اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خانواده زندانیان شهر اهواز در سال ۱۳۹۰»، **فصلنامه توسعه انسانی**، دوره ششم، شماره ۲، ص ۳۰۸-۲۹.

عرفانی، محمود (۱۳۹۰)، «بررسی تأثیر زندان بر تکرار جرم (مطالعه زندان مرکزی اردبیل)»، **فصلنامه راهبرد اجتماعی و فرهنگی**، دوره ۶۹، شماره ۱، ص ۱۲۵-۱۰۴.

غلامی، حسین (۱۳۸۸)، «راهبرد تأسیس پادگان‌های آموزشی و تربیتی»، **مجموعه مقالات تازه‌های علوم جنایی**، نشر میزان، ص ۶۰۱-۵۸۱.

قماش، سعید (۱۳۹۳)، **کرامت انسانی و نقش آن در جرم‌انگاری**، چاپ اول، تهران: نشر میزان.

کلاه‌مال‌همدانی، احمد (۱۳۹۰)، «کارکردهای اجتماعی آموزش و پرورش»، **ویژه‌نامه ضمن خدمت رشد علوم اجتماعی**، شماره ۱، دوره ۱۵، ص ۴۵-۳۸.

لواسانی، محمود (۱۳۸۴)، **فلسفه حقوق بشر و نقد مبانی آن**، چاپ اول، تهران: نشر گرایش. مقصودی، رضا (۱۳۹۴)، «تأثیر قواعد حقوق بشر بر حقوق بین‌الملل خصوصی در پرتو آرای دادگاه اروپایی حقوق بشر»، **فصلنامه پژوهش حقوق عمومی**، سال هفدهم، شماره ۴۹، ص ۱۵۴-۱۳۳.

محسنی، فرید (۱۳۹۴)، **جرم‌شناسی**، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع). مجیدی بیدگلی، کبری و سمیه صفاکیش کاشانی (۱۳۸۷)، «زندان و آسیب‌های ناشی از مجازات زندان»، **ماهنامه اصلاح و تربیت**، سال هفتم، شماره ۷۳، ص ۴۶-۴۰.

نجفی ابرنآبادی، علی حسین (۱۳۸۷)، **مختصر جرم‌شناسی**، تدوین مجتبی جعفری، تهران، دانشگاه شهید بهشتی.

نیازپور، امیرحسین (۱۳۸۸)، «نقش مددکاری اجتماعی در پیش‌گیری از تکرار جرم»، **مجموعه مقالات نخستین همایش ملی پیش‌گیری از جرم (پیش‌گیری از تکرار جرم وبزه دیدگی)**، دفتر تحقیقات کاربردی پلیس پیش‌گیری ناجا، ص ۳۱۵-۲۹۵.

نیازپور، امیرحسین (۱۳۹۱)، «حق برخورداری از آموزش و پرورش: از حقوق بشر تا پیش‌گیری از جرم»، **مجله مطالعات پیش‌گیری از جرم**، شماره ۲۲، ص ۸۷-۱۰۲.



- نیلی احمدآبادی، محمدرضا (۱۳۹۲)، «جایگاه تعلیم و تربیت اسلامی در علوم انسانی»، پژوهش-
نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، شماره ۲۷، ص ۱۸۶-۱۷۱.
- یزیدیان جعفری، جعفر (۱۳۹۱)، چرایی و چگونگی مجازات، چاپ اول، سازمان انتشارات
پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- Costelloe, Anne; Warner, Kevin (2014), Prison education across Europe: policy,
practice, politics, **Publisher: UCL IOE Press**, p 175-183 (9).
- Clarkson. C.M.V, Keating. H.M (1998), **Criminal Law: Text and materials**,
Fourth edition, London, Seewt and Maxwell
- Darren J, obyrone, (2013), **Human right an introduction**, Published by
routledge.
- Leonard A. Roberts: Birdwell (2012), the World's First Attempt at Prisoner
Rehabilitation through Education, **Journal of Correctional Education**, Vol.
35, No. 3.
- Iiona, Murphy (2013), **Prison education and training in Europe Jo Hawley**,
Manuel soto otero, European, Commission,
- Miceli, Victoria. (2009), Analyzing the Effectiveness of Rehabilitation
Programs, **University of Rhode Island**, 1-35.
- Nacro,(2014), rehabilitation of offenders act (1974), **Chenching lives reducing
crime**, p1- 16.
- Pirner**, Manfred L (2016), Human Rights and Religion in Educational
Contexts. **Springer International Publishing**. p 139-148.
- William Forster, Bill Forster (2013), England and Wales: The State of Prison
Education, **Journal of Correctional Education**, p101-105.



ژورنال حقوق کیفری

سال هشتم، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۶

شماره پانزدهم



تبیین مفهوم و جایگاه «فعل ناشی از ترک فعل» در حقوق کیفری فرانسه، سوئیس و ایران

دکتر محمود روح‌الامینی^۱ ✉

تاریخ پذیرش: ۹۶/۱۰/۶

تاریخ دریافت: ۹۵/۲/۲

چکیده

برخی از حقوق‌دانان جرائم را بر مبنای شیوه ارتکابشان به جرائم مبتنی بر، فعل، ترک فعل و فعل ناشی از ترک فعل دسته‌بندی می‌نمایند. اصطلاح «فعل ناشی از ترک فعل» ترجمه عبارت «commission par omission» در حقوق کیفری فرانسه و سوئیس است. منظور از این اصطلاح این است که آیا جرائمی مانند قتل که اغلب از طریق فعل مادی مثبت ارتکاب می‌یابند از طریق ترک فعل نیز محقق می‌شوند یا خیر. اصطلاح «فعل ناشی از ترک فعل» ترجمه مناسب عبارت فوق نیست؛ ترجمه‌ی مناسب این عبارت، اصطلاح «ارتکاب جرائم غالباً مبتنی بر فعل از طریق ترک فعل» می‌باشد. در حقوق کیفری فرانسه همانند حقوق کیفری ایران امکان ارتکاب «جرائم غالباً مبتنی بر فعل از طریق ترک فعل» محدود به موارد تصریح شده در قوانین می‌باشد ولی در حقوق کیفری سوئیس چنین امکانی به‌طور عام وجود دارد.

واژگان کلیدی: فعل، ترک فعل، جرم مطلق، جرم مقید، رکن مادی

✉ mahmood_r_2003@yahoo.com

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه شهید باهنر کرمان

مقدمه

به باور بسیاری از حقوق‌دانان یکی از شیوه‌های ارتکاب جرم «فعل ناشی از ترک فعل» است. با این همه در زمینه مفهوم این اصطلاح بین حقوق‌دانان ایرانی اختلاف نظر عمیقی وجود دارد. به نظر می‌رسد دلیل این اختلاف نظر این است که اصطلاح «فعل ناشی از ترک فعل» ترجمه‌ی لغت به لغت واژه‌ی «commission par omission» به کار گرفته شده در حقوق فرانسه و سوئیس می‌باشد؛ حقوق‌دانان ایرانی اگرچه این واژه را از حقوق کشورهای یاد شده به عاریت گرفته‌اند ولی در تبیین مفهوم آن دقت چندانی ننموده‌اند؛ همین بی‌توجهی سبب تعریف نادرست این اصطلاح در حقوق ایران شده است. برای تبیین اصطلاح «commission par omission» در مرحله‌ی نخست باید به تفاوتی که جرائم مطلق با جرائم مقید به نتیجه دارند، توجه شود. جرائم مطلق یا در قالب فعل ارتکاب می‌یابند یا در قالب ترک فعل: به ندرت جرم مطلق را می‌توان یافت که هم از فعل ناشی شود و هم از ترک فعل. در چنین بستری منظور از فعل، رفتار مادی مثبتی است که فردی در عالم خارج انجام می‌دهد و در اثر ارتکاب آن جرمی محقق می‌شود بی‌آنکه قانون‌گذار به نتایج حاصل از آن فعل توجه داشته باشد (لوترمی و گلب، ۱۳۸۷: ۵۸). در خصوص ترک فعل نیز گفتنی است که قانون‌گذار عدم انجام کاری را بدون توجه به نتایجی که آن عدم انجام می‌تواند به دنبال داشته باشد سرکوب می‌نماید به‌عنوان نمونه مواردی چون خودداری از اعلام جرم به مقام قضایی (لوترمی و گلب، ۱۳۸۷: ۵۸). در قلمرو جرائم مقید به نتیجه مرتکب فعل یا ترک فعلی را انجام می‌دهد ولی نتیجه را وی محقق نمی‌سازد بلکه تحقق نتیجه، نتیجه‌ی قهری رفتار او است که ممکن است محقق بشود و یا محقق نشود. به‌عنوان مثال در جرم قتل، مرتکب عمل مثبت «زدن چاقو» یا عمل منفی «ندادن دارو» را انجام می‌دهد ولی «اذهاق نفس» به‌هیچ‌عنوان در اختیار وی نیست بلکه اذهاق نفس نتیجه قهری زدن چاقو یا ندادن دارو است. بیشتر جرائم مقید به نتیجه از چنان ماهیتی برخوردارند که هم از فعل ناشی می‌شوند و هم از ترک فعل، مثل قتل و تخریب درحالی‌که جرائم مطلق فقط از فعل یا فقط از ترک فعل تشکیل می‌شوند به‌عنوان مثال جرم «گذاشتن زباله در اماکن عمومی» فقط با انجام فعل ارتکاب می‌یابد و یا جرم «عدم کمک به شخص در معرض خطر» فقط با ترک فعل محقق می‌شود. در این نوشتار به‌منظور تبیین اصلاح commission par omission ابتدا به بررسی مفهوم این اصلاح و سپس به بررسی جایگاه آن در حقوق کشور فرانسه، سوئیس و ایران پرداخته می‌شود.

۱. تبیین مفهوم فعل ناشی از ترک فعل

در خصوص مفهوم «commission par omission» در حقوق کیفری فرانسه و سوئیس اتفاق نظر وجود دارد و منظور این است که آیا جرائمی که علی‌القاعده با فعل مادی مثبت ارتکاب می‌یابند از

طریق ترک فعل نیز محقق می‌شوند یا خیر. در نتیجه مناسب‌ترین ترجمه برای این اصطلاح واژه‌ی «ارتکاب جرائم غالباً مبتنی بر فعل از طریق ترک فعل» می‌باشد که برخی از حقوق‌دانان ایرانی نیز به کار گرفته‌اند (میر محمدصادقی، ۱۳۹۳: ۲۸). برخی دیگر از حقوق‌دانان ایرانی مفاهیمی به شرح زیر، برای فعل ناشی از ترک فعل قائل‌اند: «فعل ناشی از ترک فعل» هیچ جایگاهی در حقوق ایران ندارد (آقایی نیا، ۱۳۸۹: ۳۵). فعل ناشی از ترک فعل نوع خاصی از ترک فعل می‌باشد (سلطانی، ۱۳۹۱: ۱۴۳)؛ «فعل ناشی از ترک فعل» به مفهوم امتناع عمدی از انجام وظایف قانونی و تحقق خسارت است (ولیدی، ۱۳۶۳: ۳۰)؛ «فعل ناشی از ترک فعل» به مفهوم امتناع عمدی از انجام وظایف قانونی است خواه این که خسارتی محقق بشود، خواه نشود (گلدوزیان، ۱۳۹۱ الف: ۱۶۰)، فعل ناشی از ترک فعل معادل مصادیق جرائمی است که در قالب تسبیب می‌گنجد (الهام و برهانی، ۱۳۹۴: ۲۰۲).

۱.۱. «فعل ناشی از ترک فعل»: ارتکاب جرائم غالباً مبتنی بر فعل از طریق ترک فعل

قانون‌گذار هنگام جرم‌انگاری جرائم مقید به نتیجه‌ی عمدی در بیشتر موارد به نوع عملیات اجرایی که منتهی به نتیجه می‌شود اشاره نمی‌نماید. به‌عنوان مثال قتل از جمله‌ی جرائم مقید به نتیجه است حال ممکن است فرد دیگری را از طریق فعل مادی مثبت مانند شلیک گلوله یا از طریق ترک فعل مانند ندادن دارو به قتل برساند. قانون‌گذار فرانسوی در جرم‌انگاری قتل عمدی هیچ اشاره‌ای به نوع عملیات اجرایی منتهی به قتل نمی‌نماید. ماده‌ی ۱-۲۲۱ قانون مجازات فرانسه مقرر می‌دارد «عمل کشتن دیگری به صورت ارادی قتل عمدی است». حال این پرسش مطرح می‌گردد که آیا اصطلاح «عمل کشتن دیگری» ناظر بر فعل است یا ترک فعل را نیز در برمی‌گیرد. همچنین ماده‌ی ۱۱۱ قانون مجازات سوئیس مقرر می‌دارد «هر کس که دیگری را به صورت عمدی بکشد به حداقل ۵ سال حبس محکوم می‌شود». در این ماده نیز قانون‌گذار سوئسی هیچ اشاره‌ای به نوع عملیات اجرایی منتهی به قتل نمی‌نماید. همچنین ماده‌ی ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی ایران مقرر می‌دارد «هرگاه مرتکب با انجام کاری قصد ایراد جنایت [قتل] ... را داشته باشد». در این ماده نیز مشخص نیست منظور از واژه‌ی «انجام کاری» فقط انجام فعل مادی مثبت است و یا ترک فعل را نیز در برمی‌گیرد. ژان پرادل ذیل گفتاری تحت عنوان «*commission par omission*» می‌نویسد: «وقتی که قانونی نتایج انجام عملی را جرم‌انگاری می‌نماید این پرسش مطرح می‌گردد که اگر این نتایج از یک ترک فعل حاصل شد آیا ما می‌توانیم این ترک فعل را شبیه فعل پیش‌بینی‌شده در متن قانون بدانیم. به عبارت دیگر آیا یک جرم مبتنی بر فعل می‌تواند از یک ترک فعل نیز حاصل شود؟» (Pradel, 2010a: 298). از نظر پرادل منظور از فعل ناشی از ترک فعل این است که آیا ما

می‌توانیم ترک فعل را شبیه فعل بدانیم. در همین خصوص استاد برنارد بولک^۱ در گفتاری تحت‌الشعاع «commission par omission» می‌نویسند: «نتایجی که معمولاً از انجام یک فعل حاصل می‌شود در پاره‌ای از موارد می‌تواند از یک «ترک فعل ساده» نیز حاصل بشود. بدین ترتیب قتل و جراحات که از شلیک یک گلوله حاصل می‌شوند می‌توانند از یک ترک فعل نیز حاصل بشوند». وی در ادامه پرسش مطرح‌شده توسط استاد پرادل را مطرح و می‌نویسد: «آیا مرتکب قتل ناشی از ترک فعل نیز باید به همان مجازات تعیین‌شده برای مرتکب قتل ناشی از فعل محکوم بشود؟ به‌عنوان مثال اگر به‌جای شلیک گلوله ما به کودکی غذا ندهیم و وی به همین دلیل بمیرد آیا ما با ترک فعل مرتکب قتل عمد شده‌ایم؟» (Bouloc, 2011: 213)؛ بنابراین در حقوق فرانسه در مواردی که قانون‌گذار نوع عملیات اجرایی را مشخص نمی‌نماید تردیدی وجود ندارد که آن جرم از طریق فعل محقق می‌شود ولی در خصوص تحقق آن از طریق ترک فعل تردید وجود دارد. در چنین بستری است که حقوق‌دانان فرانسوی اصطلاح «فعل ناشی از ترک فعل» را به کار می‌برند و منظور آن‌ها این است که آیا ترک فعل را می‌توانیم همسنگ فعل بدانیم. به عبارت دیگر آیا امکان تحقق جرائم مقید به نتیجه از طریق ترک فعل نیز وجود دارد یا خیر. یکی از پرونده‌هایی که حقوق‌دانان فرانسوی در خصوص «فعل ناشی از ترک فعل» به آن استناد می‌نمایند پرونده‌ی مشهور به «محصورشده‌ی پواتیه^۲» است. بر مبنای این پرونده در سال ۱۹۰۱ در شهر پواتیه‌ی فرانسه زنی توسط مادر و برادرش به مدت چندین سال در اتاقی تاریک و بدون پنجره رها می‌شود. در اثر این امر زن یادشده دچار بیماری شده و سلامتی‌اش به‌طور جدی به خطر می‌افتد و در نهایت نیز به خاطر همین صدمات فوت می‌نماید. دادستان شهر پواتیه مادر و برادرخانم یادشده را به اتهام «ایراد قتل عمدی» تحت تعقیب کیفری قرار می‌دهد. باین‌همه دادگاه رسیدگی‌کننده با این استدلال که طبق قوانین کیفری فرانسه «قتل عمدی» فقط با فعل مادی مثبت صورت می‌گیرد و نه ترک فعل حکم به براءة متهمان از اتهام قتل عمدی می‌دهد. حقوق‌دانان فرانسوی در جهت تفسیر رأی یادشده این پرسش را مطرح می‌نمایند که «اگر نتایجی که از یک فعل مجرمانه حاصل می‌شود از یک ترک فعل ناشی شود آیا می‌توان مرتکب ترک فعل را به دلیل نتایج رفتارش مورد تعقیب کیفری قرار داد یا خیر». (PRADEL, 2010a: 30). حقوق‌دانان فرانسوی به‌منظور پرهیز از تکرار این پرسش کلمات «فعل، ناشی از ترک فعل» را از متن سؤال گرفته و در کنار یکدیگر قرار داده‌اند. در حقیقت اصطلاح «فعل ناشی از ترک فعل» مخفف پرسش یادشده در بالا است. قانون‌گذار سوئیسی ماده‌ی ۱۱ قانون مجازات را تحت فصلی با عنوان

1. Bernard BOULOC
2. Sequestré de Poitiers

«commission par omission» مطرح و مقرر می‌دارد «جنایت یا جنحه افزون بر ارتکاب از طریق فعل از طریق ترک فعلی که مرتکب موظف به انجام آن بوده است، نیز ارتکاب می‌یابد». قانون‌گذار سوئسی در بند ۳ ماده‌ی یادشده نیز مقرر می‌دارد، شخصی که موظف به انجام رفتاری بوده ولی آن رفتار را انجام نداده به خاطر نتایج حاصل از این ترک فعل قابل مجازات نیست. با این همه اگر امکان تحقق همین نتایج از طریق فعل وجود داشته باشد و در قانون مجازات نیز جرم تلقی شده باشد نتایج حاصل از ترک فعل نیز در این صورت قابل مجازات می‌باشد. بر مبنای ماده‌ی ۱۱ قانون مجازات سوئیس منظور از فعل ناشی از ترک فعل این است که کلیه‌ی جنایت‌ها و جنحه‌ها خواه مطلق، خواه مقید به نتیجه، هم از طریق فعل و هم از طریق ترک فعل ارتکاب می‌یابند؛ بنابراین مفهوم اصطلاح «فعل ناشی از ترک فعل» در حقوق سوئیس کاملاً مشخص می‌باشد و با مفهوم بیان‌شده در حقوق فرانسه همخوانی کامل دارد. اصطلاح «فعل ناشی از ترک فعل» هم در حقوق فرانسه و هم در حقوق سوئیس تنها در قلمرو جرائمی کاربرد دارد که امکان تحقق آن‌ها هم از طریق فعل و هم از طریق ترک فعل وجود دارد؛ بنابراین در قلمرو جرائمی که فقط از طریق ترک فعل ارتکاب می‌یابند باید اصطلاح «جرم ناشی از ترک فعل ساده» را به کار برد و نه اصطلاح فعل ناشی از ترک فعل را؛ مثلاً ماده‌ی ۱-۴۳۴ قانون مجازات فرانسه که «عدم اعلام وقوع جرم به مقام قضایی» را جرم انگاری می‌نماید «ترک فعل ساده» را تشکیل می‌دهد زیرا این جرم فقط از طریق ترک فعل امکان تحقق دارد یا جرم «عدم ثبت‌نام کودک در مراکز آموزشی توسط والدین» نیز مصداق «ترک فعل ساده» می‌باشد نه «فعل ناشی از ترک فعل». در حقوق ایران استاد حسین میرمحمدصادقی ذیل عنوان «ارتکاب جرائم فعلی از طریق ترک فعل» می‌نویسد: سؤالی که در این بخش باید به آن پردازیم این است که آیا جرائم علیه تمامیت جسمانی اشخاص به‌ویژه قتل که معمولاً با افعال مثبتی مثل چاقو زدن، پرتاب کردن از بلندی ارتکاب می‌یابند، ممکن است در شرایط خاص با ترک فعل، مثلاً غذا یا آب ندادن و نظایر آن‌ها ارتکاب یابند یا خیر؟ (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۳: ۲۸). به نظر می‌رسد استاد میرمحمدصادقی از ترجمه‌ی لغت به لغت اصلاح «commission par omission» فاصله گرفته و به ترجمه‌ی مفهومی این اصطلاح روی آورده‌اند. در همین زمینه یکی دیگر از حقوق‌دانان در زمان حاکمیت قانون مجازات اسلامی سابق بی‌آنکه متعرض اصطلاح «فعل ناشی از ترک فعل» شود ذیل عنوان «ترک فعل به‌مثابه عمل کشنده» به طرح این پرسش می‌پردازند که «رفتار مجرمانه قتل غالباً به‌صورت فعل است اما در اینکه آیا می‌توان ترک فعل را عمل کشنده و تارک را قاتل به‌شمار آورد، اختلاف نظر است» (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۱: ۲۷۳). با این همه وی خاطر نشان می‌سازد «حقوق‌دانان این بحث [ترک فعل به‌مثابه عمل کشنده] را در جزای اختصاصی ذیل مبحث رفتار

مجرمانه قتل مطرح کرده‌اند» (حاجی ده آبادی، ۱۳۹۱: ۲۷۶). نویسنده‌ی یادشده در ادامه می‌افزاید «این بحث به‌طور کلی و فارغ از این‌که جرم ارتكابی قتل است یا جرم دیگری، در حقوق جزای عمومی نیز مطرح‌شده است. نویسندگان حقوق جزای عمومی آنگاه‌که از عنصر مادی جرم صحبت می‌کنند، در کنار فعل و ترک فعل، موضوع «فعل ناشی از ترک فعل» را مطرح می‌کنند که در مواردی دقیقاً بر بحث ما منطبق است» (حاجی ده آبادی، ۱۳۹۱: ۲۷۶) همان‌گونه که ملاحظه می‌شود نویسنده‌ی یادشده به‌خوبی یادآور می‌شوند که پرسش مطرح‌شده توسط ایشان به بحث «فعل ناشی از ترک فعل برمی‌گردد» و پرسش ایشان به نظر می‌رسد همان پرسش مطرح‌شده توسط حقوق‌دانان فرانسوی در بحث راجع به «commission par omission» می‌باشد. یکی دیگر از حقوق‌دانان ایرانی تعریفی از فعل ناشی از ترک فعل ارائه می‌دهد که با تعریف ارائه‌شده توسط حقوق‌دانان فرانسوی سازگاری کامل دارد. وی در این زمینه می‌نویسد «جرائم معمولاً با فعل مثبت تحقق پیدا می‌کنند مانند سرقت، کلاهبرداری ولی برخی از جرائم، هم با فعل ایجابی به وقوع می‌پیوندند و هم با ترک فعل، نظیر قتل و سایر اشکال صدمات جسمانی. در صورتی‌که این‌گونه جرائم با ترک فعل واقع شود، به آن جرم ترک فعل دارای نتیجه و یا جرم فعل ناشی از ترک فعل می‌گویند» (کریمی، ۱۳۸۷: ۱۵۹). این تعریف بیان‌شده از فعل ناشی از ترک فعل دقیقاً همان تعریف ارائه‌شده از این اصطلاح در حقوق فرانسه است.

۲.۱. فعل ناشی از ترک فعل؛ تحقق نتیجه در اثر ترک فعل

برخی از حقوق‌دانان ایرانی بر این باورند که اصطلاح «فعل ناشی از ترک فعل» هیچ جایگاهی در حقوق ایران، ندارد. در این خصوص استاد حسین آقای نی می‌نویسد «اصطلاح [فعل ناشی از ترک فعل] که در آثار بعضی از حقوق‌دانان کیفری به‌کاررفته است در ظاهر، جایگاهی در نظام قانونی و فقهی ما ندارد و درعین‌حال مفاهیم و مصادیق آن هم محل اختلاف است» (آقای نی، ۱۳۸۹: ۳۵). همان‌طور که ملاحظه می‌شود ایشان به‌ظاهر منکر وجود فعل ناشی از ترک فعل در حقوق ایران و فقه می‌شود. با این‌همه وی در ادامه می‌نویسد «به نظر می‌رسد پیام حقوقی این اصطلاح این باشد که در باب قتل، نتیجه را باید ناشی از ترک فعل دانست و نه فعلی که به‌طور مستقیم علیه مقتول به انجام رسیده است» (آقای نی، ۱۳۸۹: ۳۵). نویسنده‌ی یادشده به‌هیچ‌عنوان اشاره نمی‌نمایند که چگونه و بر چه مبنایی به این نتیجه رسیده‌اند که قتل هم زمان می‌تواند هم ناشی از فعل باشد و هم ناشی از ترک فعل. مطلب یادشده جای تأمل دارد که چگونه و در چه بستری ممکن است قتلی هم ناشی از ترک فعل و هم ناشی از فعل باشد. با وجود اینکه نویسنده‌ی یادشده بر این باورند که اصطلاح فعل ناشی از ترک فعل درجایی کاربرد دارد که قتلی هم از طریق فعل و هم از طریق ترک

فعل ارتکاب یافته باشد ولی در ادامه این مطلب را نفی می‌نمایند. وی در این زمینه می‌نویسد «اگر مرتکب ترک فعل و فعل دو نفر باشند و منظور ما از به‌کارگیری اصطلاح فعل ناشی از ترک فعل، مسئول شناختن تارک فعل باشد، اصطلاح زیبا و جامع سبب اقوی از مباشر ما را از استفاده چنین اصطلاحی بی‌نیاز می‌سازد» (آقایی نیا، ۱۳۸۹: ۳۵). به نظر می‌رسد برفرض که امکان تحقق قتل هم از طریق فعل و هم از طریق ترک فعل باشد بحث سبب اقوی از مباشر به‌هیچ‌عنوان مطرح نمی‌گردد زیرا این بحث درجایی مطرح می‌گردد که مباشر جرم که دست به یک رفتار مادی مثبت زده است فردی است که از نظر کیفری فاقد مسئولیت می‌باشد مانند کودک و مجنون و فردی که مباشر را تحریک و تشویق به انجام رفتار مادی منتهی به قتل نموده شخصی است که از نظری کیفری دارای مسئولیت می‌باشد؛ بنابراین طرح چنین مطلبی جای تأمل دارد. در ادامه نویسنده یادشده اشاره می‌نماید که «اظهار نظر دقیق‌تر در خصوص این اصطلاح که به نظر می‌رسد از نظام‌های حقوقی دیگر به عاریت گرفته‌شده، مستلزم بررسی مصادیق مختلف آن است» (آقایی نیا، ۱۳۸۹: ۳۵). با این همه این نویسنده‌ی هیچ اشاره‌ای نمی‌نماید که این اصطلاح از کدام نظام حقوقی به عاریت گرفته‌شده و در آن نظام چه مفهومی دارد.

۳.۱. فعل ناشی از ترک فعل؛ نوع خاصی از ترک فعل

به نظر برخی از حقوق‌دانان ایرانی فعل ناشی از ترک فعل «نوع خاصی از ترک فعل است که لازمه‌ی تحقق آن، تحقق نتیجه‌ی مجرمانه‌ی خاصی است» (سلطانی، ۱۳۹۱: ۱۴۳). نویسنده‌ی یادشده در ادامه برای روشن‌تر شدن منظورش مثالی را بیان می‌نماید. به نظر وی «نگهبان نظامی که محل نگهبانی خود را ترک می‌کند، اگر نتیجه‌ی زیانباری (مانند حمله دشمن یا شکست نیروهای خودی) نداشته باشد، فقط ترک فعل کرده است، اما اگر در پی این ترک کردن، نیروهای دشمن نفوذ کنند و خساراتی به نیروهای خودی وارد کنند، رفتار وی مصداق «فعل ناشی از ترک فعل» است که مجازاتش باحالت نخست متفاوت است» (سلطانی، ۱۳۹۱: ۱۴۳). گفتنی است در برخی موارد «ترک فعل» از سوی شخصی که موظف به انجام کاری بوده است سبب کمک و یا مساعدت به شخص دیگری می‌شود که قصد انجام جرمی را دارد. در چنین بستری دو فرض قابل تحقق می‌باشد: فرض نخست حالتی است که بین مرتکب ترک فعل و مرتکب فعل هیچ وحدت قصدی وجود ندارد. در چنین فرضی اگر ترک فعل صورت گرفته‌شده به صورت خاص جرم انگاری شده باشد مرتکب یادشده فقط برای ارتکاب آن ترک فعل قابل مجازات می‌باشد در غیر این صورت ترک فعل ارتکابی اصلاً قابل تعقیب کیفری نیست. در فرض دوم اگر بین مرتکب ترک فعل و مرتکب فعل وحدت قصد وجود داشته باشد عمل مرتکب ترک فعل به جهت مساعدت و تسهیل وقوع جرم

«معاونت در جرم تلقی» و تحت این عنوان قابل تعقیب کیفری می‌باشد. همان‌طور که ملاحظه می‌شود بین این مفهوم بیان‌شده از فعل ناشی از ترک فعل و مفهوم بیان‌شده از آن در حقوق فرانسه و سوئیس تفاوت فاحشی وجود دارد.

۴.۱. فعل ناشی از ترک فعل؛ امتناع عمدی از انجام وظایف قانونی و تحقق خسارت

به نظر برخی از حقوق‌دانان «هرگاه [شخصی] عمداً از انجام وظایف قانونی خود امتناع نموده و در نتیجه‌ی آن جرمی واقع شود مسئولیت چنین شخصی از نظر حقوق جزا تحت عنوان (جرم فعل ناشی از ترک فعل) مطرح خواهد شد» (ولیدی، ۱۳۶۳: ۳۰). نویسنده‌ی یادشده در ادامه برای روشن شدن بحث چند مثال را بیان می‌نماید. به نظر وی مواردی چون خودداری عمدی پزشک از معالجه و مداوای بیماری که بر پزشک کاملاً مشخص و معلوم است یعنی او می‌داند که ترک معالجه آگاهانه او سبب شدت بیماری و یا فوت بیمار خواهد شد؛ و یا مادری که عمداً و آگاهانه از شیر دادن به طفل شیرخوار خویش خودداری می‌کند و کودک در اثر گرسنگی فوت می‌کند، مصداق فعل ناشی از ترک فعل است (همان: ۳۰). این تعریف از فعل ناشی از ترک فعل دارای سه ویژگی است: نخست عمل مرتکب باید مبتنی بر ترک فعل باشد و سپس این‌که از ترک فعل خسارتی ایجاد شود که ایجاد آن خسارت یا آسیب جرم‌انگاری شده باشد و در پایان ترک فعل عمدی و با آگاهی به تحقق خسارت باشد. به نظر می‌رسد در این مفهوم فعل ناشی از ترک فعل فقط در قلمرو جرائم مفید به نتیجه محقق می‌شود. در چنین بستری تعریف فعل ناشی از ترک فعل به تعریف بیان‌شده در حقوق فرانسه و سوئیس نزدیک می‌شود. همچنین این نویسنده می‌افزاید «از دیدگاه حقوق جزا این پرسش را می‌توان مطرح ساخت آیا افرادی که از نظر اجتماعی و یا برحسب قانون مکلف به انجام وظایف خاصی هستند، هرگاه آگاهانه از طریق ترک فعل موجب نقص عضو و یا مرگ دیگری بشوند می‌توان آن‌ها را به جرم ارتکاب نقص عضو و یا قتل مجازات کرد؟» (همان: ۳۰). این پرسش دقیقاً همان پرسش مطرح‌شده توسط استاد ژان پرادل است با این تفاوت که در تعریف استاد پرادل به عمدی بودن جرم هیچ اشاره‌ای نشده است. به نظر می‌رسد از دیدگاه ژان پرادل فعل ناشی از ترک فعل هم می‌تواند در قلمرو جرائم عمدی و هم در قلمرو جرائم غیرعمدی مصداق داشته باشد حال آنکه از نظر این نویسنده فعل ناشی از ترک فعل فقط در قلمرو جرائم عمدی امکان‌پذیر است. به نظر می‌رسد این نویسنده در تبیین مفهوم «فعل ناشی از ترک فعل» به شدت از حقوق فرانسه الهام گرفته است زیرا پرسش‌های مطرح‌شده و حتی مثال‌های انتخاب‌شده توسط وی دقیقاً همان پرسش‌ها و مثال‌هایی است که توسط حقوق‌دانان فرانسوی مطرح‌شده است. با این همه، باید توجه داشت که پرسش یادشده در حقوق فرانسه در یک بستر



خاصی مطرح شده است و تنها با شناسایی این بستر است که می‌توان پی به مفهوم «فعل ناشی از ترک فعل» برد، نویسنده‌ی یادشده هیچ اشاره‌ای به این بستر ننموده است. در حقیقت «هرگاه [شخصی] عمداً از انجام وظایف قانونی خود امتناع بنماید و در نتیجه‌ی آن جرمی واقع شود» نمی‌توان گفت که مسئولیت چنین شخصی از نظر حقوق جزا تحت عنوان (جرم فعل ناشی از ترک فعل) مطرح می‌شود بلکه تنها در صورتی می‌توان این ادعا را پذیرفت که امکان تحقق نتایج حاصل از ترک فعل از طریق فعل نیز وجود داشته باشد و قانون‌گذار تحقق آن نتایج از طریق فعل را نیز جرم‌انگاری نموده باشد زیرا ممکن است جرم مقید به نتیجه‌ای از طریق ترک فعلی که مرتکب موظف به انجام آن بوده است صورت بپذیرد ولی امکان تحقق آن نتیجه از طریق فعل وجود نداشته باشد یا اگر چنین امکانی وجود داشته باشد قانون‌گذار تحقق آن نتایج از طریق فعل را جرم‌انگاری ننموده باشد؛ بنابراین در مواردی که شخصی عمداً از انجام وظایف قانونی خود امتناع می‌نماید و در نتیجه‌ی آن جرمی واقع شود سه فرض قابل تصور می‌باشد: فرض نخست مصداق حالتی است که امکان تحقق نتایج حاصل از ترک فعل از طریق فعل به هیچ‌عنوان وجود ندارد. در حقوق فرانسه چنین فرضی مصداق «ترک فعل ساده» است نه «فعل ناشی از ترک فعل». فرض دوم مربوط به موردی است که امکان تحقق نتایج حاصل از ترک فعل از طریق فعل وجود دارد ولی قانون‌گذار تحقق آن نتیجه از طریق فعل را جرم‌انگاری ننموده است. چنین فرضی نیز در حقوق فرانسه مصداق «ترک فعل ساده» است. فرض سوم باحالتی ارتباط پیدا می‌نماید که امکان تحقق نتایج حاصل از ترک فعل از طریق فعل نیز وجود دارد و قانون‌گذار نیز تحقق آن نتایج از طریق فعل را نیز جرم‌انگاری نموده است. در حقوق فرانسه تنها این فرض مصداق بحث «فعل ناشی از ترک فعل» می‌باشد.

۵.۱. فعل ناشی از ترک فعل؛ امتناع از انجام وظایف قانونی خواه این که خسارت محقق

بشود، خواه نشود

استاد ایرج گلدوزیان ذیل بحث «فعل ناشی از ترک فعل» می‌نویسد: «به جرم فعل، با ارتکاب عمل و جرم ترک فعل که نتیجه خودداری از عمل است، نوع دیگری می‌توان اضافه کرد و آن مربوط به موردی است که جرم انجام‌شده یا اقدام به ارتکاب فعل غیرقانونی در شرایطی است که مرتکب خود قانوناً مکلف به حفظ ارزش‌هایی چون جان و مال و آزادی دیگران باشد» (گلدوزیان، ۱۳۹۱ الف: ۱۶۰). بر مبنای این تعریف مرتکبان جرائم را به دو دسته می‌توان تقسیم کرد: نخست جایی که مرتکب جرم هیچ وظیفه‌ی قانونی در قبال حفظ ارزش نقض شده نداشته است و سپس درجایی که مرتکب در قبال ارزش نقض شده مسئولیت داشته و موظف به حفظ آن ارزش بوده است.

نویسنده‌ی یادشده در ادامه به بیان مصادیق فعل ناشی از ترک فعل می‌پردازند و به جرم پیش‌بینی‌شده در ماده‌ی ۶۳۳ قانون مجازات اسلامی به‌عنوان یکی از این مصادیق اشاره می‌نمایند. بر مبنای این ماده «هرگاه کسی شخصاً یا به دستور دیگری طفل یا شخصی را که قادر به محافظت خود نمی‌باشد در محلی که خالی از سکنه است رها نماید محکوم خواهد شد». به نظر نویسنده‌ی یادشده «در اینجا قانون‌گذار صرف عمل رها کردن طفل یا عاجز را صرف‌نظر از نتیجه‌ی حاصله مستوجب مجازات دانسته است؛ زیرا اشخاص قانوناً نسبت به اطفال خود هم حق و هم تکلیف به حضانت دارند. به‌علاوه نقض مفاد قانون خودداری از کمک به مصدومین و کسانی که در معرض خطر جانی قرار دارند نیز موجب مسئولیت کیفری است. حال کسی که به‌جای کمک به اطفال و افراد عاجز، آنان را درجایی خالی از سکنه رها کند، فعل مجرمانه‌ای را مرتکب شده که ناشی از عدم انجام وظایف قانونی او است». همان‌طور که نویسنده‌ی یادشده خود نیز به‌صورت ضمنی اشاره می‌نماید در فرض این ماده مرتکب به دلیل انجام یک فعل یعنی عمل رها کردن مورد تعقیب کیفری قرار می‌گیرد. همچنین گفتنی است که با وجود اینکه حضانت تکلیف والدین است ولی هیچ ضمانت اجرای کیفری برای موارد نقض این تکلیف در حقوق کیفری ایران پیش‌بینی نشده است. در فرض وجود ضمانت اجرای کیفری می‌توان از تعدد معنوی سخن به میان آورد: نخست نقض تکلیف حضانت که مبتنی بر ترک فعل است و سپس رها کردن طفل که مبتنی بر فعل است. همان‌طور که می‌دانیم رها کردن طفل در مفهوم ماده‌ی ۶۳۳ یادشده جرمی مطلق است با این‌وجود نویسنده‌ی یادشده درصدد آن است که به نحوی نشان بدهند که عمل رها کردن خود نتیجه‌ی جرم دیگری است یا به‌عبارت‌دیگر وی درصدد آن است که نشان بدهد که جرم رها کردن حتی در مفهوم ماده‌ی ۶۳۳ جرمی مقید به نتیجه است. به نظر می‌رسد ایشان هم به‌صورت ضمنی می‌پذیرد که بحث فعل ناشی از ترک فعل در جرائم مقید به نتیجه حاصل می‌شود. باوجوداینکه نویسنده‌ی یادشده به‌خوبی بیان می‌نمایند که فعل ناشی از ترک فعل درجایی صادق است که «مرتکب خود قانوناً مکلف به حفظ ارزش‌هایی چون جان و مال و آزادی دیگران باشد» ولی به نظر می‌رسد مثال مناسبی را برای تبیین نظرشان انتخاب نمی‌نمایند. همان‌طور که می‌دانیم صرف ترک فعل را در حقوق جزا نمی‌توانیم جرم انگاری بنماییم زیرا این امر مغایر با رعایت اصل آزادی‌های فردی است. در حقیقت ترک فعل هنگامی می‌تواند عنوان مجرمانه پیدا بنماید که انجام رفتار ترک شده برای مرتکب الزامی باشد؛ بنابراین نمی‌توان فردی را برای ترک رفتاری مجازات کرد که وی موظف به رعایت آن نبوده است. همان‌طور که در بالا توضیح داده شد رها کردن طفل توسط والدین در محل خالی از سکنه جرم مطلق است که می‌تواند منتهی به برخی نتایج نیز بشود؛ مثلاً ممکن است طفل رهاشده در اثر تشنگی یا گرسنگی فوت بنماید و یا طعمه‌ی جانوران وحشی بشود. در چنین



بستری نیز این نتایج حاصل از یک ترک فعل نیست بلکه این نتایج حاصل فعل مثبت رها کردن طفل در محل خالی از سکنه می‌باشد. گفتنی است به موجب ماده‌ی ۱۷-۲۲۷ قانون مجازات فرانسه، والدین موظف به مراقبت از فرزندانشان از لحاظ غذایی و بهداشتی و پوششی می‌باشند. حال اگر کودکی بیمار بشود و والدین وی هیچ اقدامی جهت مداوای فرزندانشان ننمایند و وی فوت بنماید در چنین فرضی است که می‌توان گفت فوت کودک نتیجه‌ی یک ترک فعل است و در چنین بستری است که در حقوق فرانسه و سوئیس بحث فعل ناشی از ترک فعل مطرح می‌گردد. نویسندگی یادشده در ادامه به ماده‌ی ۵۰۱ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) به‌عنوان یکی دیگر از مصادیق فعل ناشی از ترک فعل اشاره می‌نماید. وی در این خصوص می‌نویسد «کسی که به موجب ماده‌ی ۵۰۱ قانون مجازات اسلامی مکلف به حفظ نقشه‌ها یا اسرار است، اگر در حفظ نقشه‌ها یا اسرار قصور کرد، به تکلیف خود عمل ننموده است. حال اگر همان شخص، نقشه‌ها یا اسرار را به شخص دیگری تسلیم نمود نفس تسلیم آنچه را که ناشی از خودداری از حفاظت و تکلیف به نگهداری است، مستوجب کیفر می‌باشد». گفتنی است نویسندگی یادشده بدون هیچ‌گونه استدلالی ماده‌ی ۵۰۱ را به‌عنوان مصداق فعل ناشی از ترک فعل معرفی می‌نماید. همان‌طور که ملاحظه می‌گردد این ماده از دو قسمت تشکیل شده است: قسمت نخست مربوط به حالتی است که کسی در اثر قصور نقشه‌ها یا اسرار را به دیگری تسلیم می‌نماید؛ در چنین فرضی جرم ارتكابی غیرعمدی است. قسمت دوم ماده مربوط به حالتی است که فردی با علم نقشه‌ها یا اسرار را به دیگری تسلیم می‌نماید؛ در چنین فرضی جرم عمدی تلقی می‌شود. به نظر می‌رسد نمی‌توان گفت که تسلیم عمدی نقشه‌ها یا اسرار نتیجه‌ی نقض تعهد حفاظت از اسرار هست بلکه برعکس نقض تعهد حفاظت در نتیجه‌ی تسلیم اسرار یا نقشه‌ها حاصل می‌شود. به نظر می‌رسد در خصوص این ماده نیز تنها در یک فرض بحث فعل ناشی از ترک فعل را در مفهومی که حقوق دانان فرانسوی و یا قانون مجازات سوئیس مطرح می‌نمایند بتوان مطرح ساخت. همان‌طور که ملاحظه می‌گردد ماده‌ی ۵۰۱ عمل کسی را مجازات می‌نماید که نقشه‌ها یا اسرار را به دیگری (شخص فاقد صلاحیت) تسلیم بنماید. در فرضی که شخصی با انجام فعل مثبت اسرار یا اسناد را به دیگری تسلیم می‌نماید هیچ شکمی نیست که عمل وی مصداق ماده‌ی ۵۰۱ می‌باشد ولی این پرسش را می‌توان مطرح ساخت که اگر فردی از طریق ترک فعل زمینه‌ی تسلیم اسناد یا اسرار را به دیگری فراهم آورد آیا عمل وی مصداق ماده‌ی ۵۰۱ می‌باشد یا خیر. این پرسش از آنجا مطرح می‌گردد که مفهوم واژه‌ی تسلیم مبهم می‌باشد زیرا مشخص نیست منظور از تسلیم عمل تحویل اسرار یا اسناد به دیگری است و یا فراهم آوردن زمینه‌ای که دیگری بتواند از محتوای اسرار یا اسناد مطلع شود. اگر تسلیم را برابر با عمل تحویل بدانیم در این صورت ترک فعل نمی‌تواند مصداق ماده‌ی ۵۰۱ باشد ولی

برعکس اگر تسلیم را برابر با فراهم نمودن زمینه‌ی اطلاع یافتن دیگری به اسناد و اسرار بدانیم در چنین حالتی فرض تحقق جرم پیش‌بینی‌شده در ماده‌ی ۵۰۱ از طریق ترک فعل نیز وجود دارد.

۶.۱. فعل ناشی از ترک فعل؛ جرم ناشی از سببیت

به نظر برخی از حقوق‌دانان «مباشرت در جرم» فقط از طریق «فعل» محقق می‌شود ولی «تسبیب در جنایت» هم از طریق فعل و هم از طریق ترک فعل ارتکاب می‌یابد (الهام و برهانی، ۱۳۹۴: ۲۰۲). این حقوق‌دانان برای توجیه نظرشان به ماده‌ی ۵۰۶ قانون مجازات اسلامی اشاره می‌نمایند که مقرر می‌دارد «تسبیب در جنایت آن است که کسی سبب تلف شدن یا مصدومیت دیگری را فراهم کند و خود مستقیماً مرتکب جنایت نشود به طوری که در صورت فقدان رفتار او جنایت حاصل نمی‌شد مانند آنکه چاهی بکند و کسی در آن بیفتد و آسیب ببیند». این حقوق‌دانان بدون هیچ‌گونه استدلال یا توجیهی می‌نویسند «تمامی مصادیقی که توسط دکتترین به‌عنوان فعل ناشی از ترک فعل قلمداد می‌شوند، در قالب تسبیب قابل تحلیل می‌باشند» (الهام و برهانی، ۱۳۹۴: ۲۰۲). گفتنی است طبق ماده‌ی ۵۰۶ مرتکب جرم پیش‌بینی شده در این ماده کسی است که سبب تلف یا مصدومیت دیگری را فراهم کند. همان‌طور که میدانیم هم از منظر تئوری و هم از منظر عملی امکان «سبب تلف یا مصدومیت دیگری» هم از طریق فعل وجود دارد و هم از طریق ترک فعل. با وجود این که مثال بیان شده در ماده‌ی ۵۰۶ فقط ناظر بر «فعل» است به‌صراحت نمی‌توان گفت که امکان ارتکاب جرم پیش‌بینی شده در این ماده فقط از طریق فعل وجود دارد و یا هم از طریق فعل و هم از طریق ترک فعل. به نظر حقوق‌دانان یاد شده امکان ارتکاب جرم پیش‌بینی شده در ماده‌ی ۵۰۶ از طریق ترک فعل نیز وجود دارد. در واقع به نظر این حقوق‌دانان در این ماده ترک فعل معادل و همسنگ فعل است. شاید به همین دلیل باشد که این حقوق‌دانان تمامی مصادیق تسبیب را در قالب بحث «فعل ناشی از ترک فعل» قابل تحلیل می‌دانند (الهام و برهانی، ۱۳۹۴: ۲۰۲). با این همه به طور کلی نمی‌توان گفت که بحث «فعل ناشی از ترک فعل» در همه‌ی موارد در قالب «تسبیب» می‌گنجد زیرا در مواردی که «تسبیب» فقط از طریق فعل امکان ارتکاب را داشته باشد (ماده ۵۰۷ قانون مجازات اسلامی) به هیچ عنوان بحث «فعل ناشی از ترک فعل» قابل طرح نیست. در پایان بحث مربوط به «مفهوم» فعل ناشی از ترک فعل می‌توان نتیجه گرفت که در حقوق فرانسه و سوئیس اختلاف نظر خاصی در خصوص مفهوم «فعل ناشی از ترک فعل» وجود ندارد. برعکس، در حقوق ایران اختلاف نظر عمیقی در خصوص مفهوم «فعل ناشی از ترک فعل» وجود دارد و علت اصلی این اختلاف نظر نیز ترجمه‌ی نه‌چندان دقیق اصلاح «commission par omission» و عدم تبیین مفهوم دقیق آن است. همان‌طور که گفته شد



مناسب‌ترین معادل برای اصلاح «commission par omission» در زبان فارسی واژه‌ی «ارتکاب جرائم غالباً مبتنی بر فعل از طریق ترک فعل» می‌باشد؛ بنابراین با پذیرش مفهوم مشترک از «فعل ناشی از ترک فعل» یعنی «ارتکاب جرائم غالباً مبتنی بر فعل از طریق ترک فعل» به بررسی جایگاه این اصطلاح در حقوق فرانسه، سوئیس و ایران پرداخته می‌شود.

۲. جایگاه «فعل ناشی از ترک فعل»

در حقوق کیفری فرانسه و سوئیس همانند حقوق کیفری ایران جرائم متعددی وجود دارند که هم می‌توانند از طریق فعل تحقق یابند و هم از طریق ترک فعل. حال در پاسخ به این پرسش که آیا این جرائم فقط از طریق فعل ارتکاب می‌یابند و یا هم از طریق فعل و هم ترک فعل، در حقوق فرانسه قانون مجازات آن کشور در این زمینه ساکت است؛ در سکوت قانون مجازات رویه‌ی قضایی و آموزه‌ی حقوقی به این پرسش پاسخ می‌دهد. در حقوق سوئیس بند ۱ ماده‌ی ۱۱ قانون مجازات آن کشور به صراحت به پرسش یادشده پاسخ می‌دهد. در حقوق ایران در زمان حاکمیت قانون مجازات اسلامی سابق این قانون هیچ پاسخ صریحی به پرسش مطرح‌شده نمی‌داد. در سکوت قانون آموزه‌ی حقوقی این پرسش را تنها در قلمرو جرم قتل عمدی مطرح می‌ساخت و در خصوص پاسخ به این پرسش نیز اختلاف‌نظرهای عمیقی بین حقوق‌دانان وجود داشت. قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ طی یک نوآوری جالب به صورت صریح، اما محدود، تحقق «فعل ناشی از ترک فعل» را پیش‌بینی می‌نماید. به نظر می‌رسد برای تبیین جایگاه «فعل ناشی از ترک فعل» مناسب است بین جرائم از یک سو بر مبنای ماهیت آسیبی که وارد می‌آورند و از سوی دیگر بر مبنای عنصر روانی آن‌ها تمایز قائل شد.

۱.۲. جایگاه «فعل ناشی از ترک فعل» بر مبنای ماهیت آسیب

حقوق‌دانان فرانسوی اصطلاح «فعل ناشی از ترک فعل» را در کتب حقوق جزای عمومی به‌طور کلی و صرف‌نظر از جرم خاصی به کار می‌برند و در کتب حقوق جزای اختصاصی در بحث جرائم علیه اشخاص به‌ویژه قتل و خشونت این اصطلاح را به کار می‌برند. به‌عنوان مثال استاد ژان پرادل در کتاب حقوق جزای عمومی خود در خصوص امکان تحقق «فعل ناشی از ترک فعل» می‌نویسد: «امروزه به‌هیچ‌عنوان نمی‌توانیم بپذیریم که ترک فعل شبیه فعل است و همان آثار فعل را در پی دارد زیرا این امر از یک سو برخلاف اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری بوده و از سوی دیگر جرم انگاری از طریق قیاس است و جرم انگاری از طریق قیاس در حقوق کیفری به‌هیچ‌عنوان پذیرفته نیست» (PRADEL, 2010a: 298). با وجود اینکه استاد پرادل جمله‌ی یادشده در بالا را

به‌طور کلی و بدون اختصاص دادن به جرم خاصی بیان می‌دارد ولی در ادامه اشاره می‌نماید که امکان تحقق قتل عمدی از طریق ترک فعل وجود ندارد ولی برعکس امکان تحقق جرم خیانت‌درامانت پیش‌بینی‌شده در ماده‌ی ۱-۳۱۴ قانون مجازات فرانسه هنگامی که امین از استرداد مال مورد امانت سر باز می‌زند از طریق ترک فعل وجود دارد. ژان پرادل باز موضوع «فعل ناشی از ترک فعل» را در کتاب حقوق جزای اختصاصی خود در بحث «شرایط تشکیل‌دهنده‌ی قتل» مطرح می‌نماید. به نظر وی برای تحقق قتل نیاز به «یک فعل» است و به نظر وی این فعل باید دو ویژگی داشته باشد. یکی از این شرایط مادی بودن فعل است و شرط بعدی این است که فعل مادی یادشده باید یک فعل مثبت باشد و نه یک ترک فعل (PRADEL, 2010b: 30). وی در ادامه یادآور می‌شوند: «این پرسش بارها مطرح‌شده است که آیا قتل می‌تواند از یک ترک فعل نیز حاصل بشود و آیا ما می‌توانیم ترک فعل را معادل فعل قلمداد بنماییم. [وی در ادامه می‌افزایند] این پرسش انعکاس بحث مشهور فعل ناشی از ترک فعل است». همان‌طور که ملاحظه می‌شود استاد ژان پرادل به‌صراحت می‌نویسد که طرح پرسش یاد شده به بحث «فعل ناشی از ترک فعل» مربوط می‌شود (PRADEL, 2010b: 30). باوجوداینکه استاد پرادل در کتاب حقوق جزای عمومی خود به جرم خیانت‌درامانت به‌عنوان یکی از مصادیق «فعل ناشی از ترک فعل» اشاره می‌نماید ولی در کتاب حقوق جزای اختصاصی‌اش هنگام بحث در مورد چگونگی تحقق جرم خیانت‌درامانت به‌هیچ‌عنوان اصطلاح «فعل ناشی از ترک فعل» را به کار نمی‌برد بلکه صرفاً بیان می‌دارد جرم خیانت‌درامانت هم از طریق فعل و هم از طریق ترک فعل محقق می‌شود. همان‌طور که ملاحظه می‌نماییم از آنجایی که بحث «فعل ناشی از ترک فعل» در ابتدا در قلمرو جرم قتل مطرح گردیده در نتیجه حقوق‌دانان فرانسوی این اصطلاح را هنگام بحث در مورد جرم قتل عمدی به کار می‌برند نه در مورد سایر جرائم و حتی در کتاب‌های حقوق جزای عمومی بیشتر به جرم قتل عمدی به‌عنوان یکی از مصادیق این اصطلاح می‌پردازند. همچنین به نظر استاد برنارد بولک «ترک فعل تنها در مواردی که قانون‌گذار به‌صراحت پیش‌بینی نموده است می‌تواند ارزشی برابر با فعل داشته باشد و مرتکب را در معرض مجازاتی قرار بدهد که برای مرتکب فعل پیش‌بینی‌شده است» (Bouloc, 2011: 213). نویسنده‌ی یادشده در ادامه برای روشن شدن بحث به ارائه مثال‌هایی در این زمینه می‌پردازد. به نظر وی ماده‌ی ۱۵-۲۲۷ قانون مجازات فرانسه که عمل به خطر انداختن سلامتی یک کودک (زیر ۱۵ سال) از طریق محروم کردن وی از مواد غذایی و بهداشتی را جرم انگاری می‌نماید مصداق جرم «فعل ناشی از ترک فعل است» (Bouloc, 2011: 213). گفتنی است طبق ماده‌ی یادشده در بالا عمل به خطر انداختن سلامتی کودک هم از طریق فعل «نگه‌داشتن کودک در خیابان‌ها یا زیرگذرگاه‌ها به‌منظور ایجاد حس دلسوزی در مردم و تقاضای

کممک مالی (تکدی گری) و هم از طریق ترک فعل (محرومیت از غذا) امکان تحقق را دارد؛ بنابراین در این ماده ترک فعل همسنگ با فعل قرار داده شده است در نتیجه این ماده مصداق مناسبی برای بحث «فعل ناشی از ترک فعل» است. اگرچه حقوق دانان فرانسوی در خصوص بحث «فعل ناشی از ترک فعل» بر جرم قتل عمدی متمرکز شده‌اند ولی باین همه، این بحث را در مورد جرائم دیگری نیز می‌توان مطرح ساخت. شاید دلیل این که در قلمرو برخی جرائم این بحث مطرح نشده است این است که در چنین جرائمی مانند جرم پیش‌بینی شده در ماده‌ی ۱۵-۲۲۷ قانون مجازات فرانسه به صراحت ترک فعل همسنگ فعل تلقی شده است در نتیجه جایی برای طرح پرسش وجود ندارد، افزون بر این، بحث «فعل ناشی از ترک فعل» ماهیتاً یک پرسش است و این پرسش هنگامی مطرح می‌شود که قانون ساکت باشد، در نتیجه کاملاً طبیعی است که در مواردی که قانون صراحت دارد این پرسش مطرح نشود. باین همه، این پرسش مطرح می‌شود که چرا بحث «فعل ناشی از ترک فعل» در قلمرو جرائم دیگری مانند جرم تخریب که امکان تحقق از طریق ترک فعل را دارد و قانون نسبت به ارتکاب آن‌ها از طریق ترک فعل نیز ساکت است مطرح نشده است. در حقوق کیفری سوئیس برعکس حقوق کیفری فرانسه بحث «فعل ناشی از ترک فعل» توسط قانون‌گذار مطرح شده است؛ بنابراین این بحث در حقوق کیفری سوئیس مبنای قانونی دارد. قانون‌گذار سوئیس در قالب یک فرمول جالب در بند ۱ ماده‌ی ۱۱ قانون مجازات به‌طور کلی امکان تحقق «فعل ناشی از ترک فعل» را در قلمرو کلیه جنایات و جنحه‌ها پیش‌بینی می‌نماید بی‌آنکه به ماهیت این جنایات و یا جنحه‌ها اشاره بنماید. باین همه، قانون‌گذار سوئیس در بند ۳ ماده‌ی ۱۱ سعی در روشن‌سازی مفهوم بند ۱ می‌نماید. طبق بند ۳ جنایت یا جنحه‌هایی از طریق ترک فعل قابل مجازات می‌باشند که ارتکاب آن‌ها از طریق فعل نیز قابل مجازات باشد؛ بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که ماهیت جنایت یا جنحه هیچ اهمیتی ندارد بلکه آنچه اهمیت دارد این است که اگر رفتاری از طریق ترک فعل آسیبی را وارد بیاورد این عمل تنها در صورتی قابل تعقیب کیفری است که یا قانون‌گذار به صراحت آن ترک فعل را جرم شناخته باشد و یا تحقق آن آسیب از طریق فعل را جرم انگاری نموده باشد که در این فرض مصداق بحث «فعل ناشی از ترک فعل» می‌باشد. همان‌طور که ملاحظه می‌نماییم قانون‌گذار سوئیس در بحث «فعل ناشی از ترک فعل» به‌ویژه بر مبنای بند ۳ دو نکته‌ی ظریف را پیش‌بینی می‌نماید: نخست این که ترک فعل در صورتی موجب مسئولیت کیفری می‌شود که مرتکب خواه به موجب قانون یا قرارداد موظف به انجام عمل بوده باشد؛ بنابراین وجود یک الزام قانونی یا قراردادی لازمه‌ی تحقق مسئولیت کیفری است و سپس این که وارد آوردن خسارت موضوع ترک فعل از طریق فعل نیز جرم انگاری شده باشد در غیر این صورت رفتار ارتكابی قابل تعقیب کیفری نیست. به نظر می‌رسد در حقوق کیفری سوئیس برای تحقق «فعل ناشی از

ترک فعل» تحقق دو شرط یادشده ضروری است و ماهیت آسیب وارده شده هیچ اهمیتی ندارد. باین‌همه، بند ۲ ماده‌ی ۱۱ قانون مجازات سوئیس برای تحقق «فعل ناشی از ترک فعل» در قلمرو اموال تحقق شرط خاصی را ضروری می‌داند. این بند مقرر می‌دارد ترک فعل در قلمرو اموال به شرطی سبب ایجاد مسئولیت می‌شود که مال خسارت‌دیده مورد حمایت قانون کیفری باشد و مرتکب خسارت نیز باید به‌موجب قانون یا قرارداد موظف به حفاظت از آن مال باشد. در حقیقت برای تحقق «فعل ناشی از ترک فعل» در قلمرو اموال سه شرط باید وجود داشته باشد: نخست این‌که مرتکب خسارت به‌موجب قانون یا قرارداد موظف به حفاظت از مال خسارت‌دیده باشد و از وقوع خسارت وارده ممانعت به عمل نیآورده باشد. به نظر برخی از حقوق‌دانان یکی از شرایط مهم برای تحقق جرم از طریق ترک فعل وجود رابطه‌ی علیت می‌باشد. در چنین بستری باید بین ترک فعل و وقوع جرم رابطه‌ی علیت وجود داشته باشد (Montano, 2005: 11). سپس این‌که مال مورد خسارت تحت حمایت قانون کیفری باشد. در چنین بستری اگر فردی مال مسروقه‌ای را به دیگری بسپارد و وی را موظف به نگهداری از آن بنماید و فرد یادشده از مال مورد بحث مواظبت ننماید و خسارتی به مال یادشده وارد شود سارق نمی‌تواند به استناد ماده‌ی ۱۱ یاد شده مرتکب را به اتهام ایجاد خسارت مورد تعقیب کیفری قرار بدهد زیرا مال یادشده در حمایت قانون کیفری قرار ندارد و در پایان این‌که اگر شخصی همان خسارت را از طریق فعل به وجود بیاورد قابل تعقیب کیفری باشد. به‌طور خلاصه در حقوق کیفری سوئیس برای استناد به ماده‌ی ۱۱ جهت اثبات مجرمیت از طریق «فعل ناشی از ترک فعل» باید ثابت شود که تحقق خسارت به وجود آمده از طریق فعل نیز قابل تعقیب کیفری می‌باشد. در حقیقت شیوه‌ی جرم‌انگاری شیوه‌ی «ارجاعی» است یعنی جرم‌انگاری به‌صورت مستقل نیست بلکه ارجاع به ماده‌ای است که آسیب وارده از طریق فعل را جرم‌انگاری می‌نماید. در چنین بستری است که برخی از حقوق‌دانان بر این باورند که در حقوق کیفری سوئیس «هم بر مبنای آموزه‌ی حقوقی و هم بر مبنای رویه‌ی قضایی فعل و ترک فعل از ارزش یکسانی برخوردارند؛ بنابراین به‌عنوان یک اصل در حقوق کیفری سوئیس هر جرمی می‌تواند هم از یک فعل و هم از یک ترک فعل حاصل بشود» (Montano, 2005: 11). همان‌طور که گفته شد در حقوق ایران قانون مجازات اسلامی سابق در خصوص بحث «فعل ناشی از ترک فعل» سکوت اختیار نموده بود. در سکوت قانون توجه حقوق‌دانان بیشتر بر مفهوم «فعل ناشی از ترک فعل» متمرکز شده بود تا یافتن جایگاه آن. در چنین بستری آموزه‌ی حقوقی پرسش مربوط به «فعل ناشی از ترک فعل» را به‌صراحت در قلمرو جرم قتل عمدی مطرح می‌نمود. ماده‌ی ۲۰۶ قانون مجازات اسلامی سابق مقرر می‌داشت «قتل در موارد زیر عمدی است: الف. مواردی که قاتل با انجام

1. https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_38.pdf,



کاری ...». عبارت «انجام کاری» در این ماده‌ی سبب طرح این پرسش بود که منظور از اصطلاح «انجام کاری» چیست و آیا این اصطلاح منصرف بر فعل است و یا هم فعل و هم ترک فعل را در برمی‌گیرد. در چنین بستری برخی از حقوق‌دانان بر این باور بودند که امکان تحقق قتل عمدی از طریق ترک فعل وجود نداشت و برخی دیگر برعکس بر این باور بودند که امکان تحقق قتل عمدی از طریق ترک فعل نیز وجود داشت (گلدوزیان، ۱۳۸۸ ب: ۱۶؛ میرمحمدصادقی، ۱۳۹۳: ۲۸). گروه دیگری از حقوق‌دانان همچون استاد امیرخان سپهوند و استاد علی آزمایش بر این باور بودند که از نظر تئوری امکان تحقق قتل از طریق ترک فعل وجود دارد ولی با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات چون قانون‌گذار به صراحت بیان ننموده بود که قتل عمد از طریق ترک فعل نیز محقق می‌شود بنابراین از نظر قانونی امکان تحقق قتل عمد از این طریق وجود نداشت (سپهوند، ۱۳۸۹: ۳۹؛ آزمایش، بی تا).^۱ استاد سپهوند در این زمینه به صراحت می‌نویسد از لحاظ تئوری پذیرش و یا عدم پذیرش هر کدام از نظریه‌های فوق تفاوتی ندارد و صرفاً در حد یک تئوری و فرضیه قابل بررسی است و موضوع از دیدگاه «قانونی» قابل توجه است؛ زیرا قاضی هر تصمیمی که اتخاذ می‌نماید باید مستند به دلایل قانونی بوده و در رأی خود نیز آن را بیان نماید در حالی که با مراجعه به قانون مجازات اسلامی و سایر قوانین مرتبط هیچ مستند قانونی راجع به این که سلب حیات از انسان قتل عمدی محسوب شود بدون این که مرتکب عمل مثبت مادی انجام دهد وجود ندارد بنابراین چنانچه شوهری همسرش را به واسطه قتل عمدی فرزندش به دلیل ندادن شیر تحت تعقیب قرار دهد هر چند که اثبات شود که غذای طفل منحصر به شیر مادر بوده اما ایشان از دادن شیر امتناع و در نتیجه‌ی چنین ترک فعلی طفل فوت نموده است به لحاظ فقدان نص قانونی امکان تعقیب مادر به عنوان مرتکب قتل عمدی وجود ندارد» (سپهوند، ۱۳۸۹: ۳۸) اداره‌ی حقوقی قوه‌ی قضائیه نیز در نظریه‌ی مشورتی شماره‌ی ۱۰۹۸/۷-۱۷/۲/۱۳۷۵ در مورد امکان تحقق قتل عمدی از طریق ترک فعل چنین اظهار نظر می‌نماید «همان‌گونه که قتل در اثر ارتکاب فعل مانند جرح و خفه کردن و نظایر این‌ها تحقق می‌یابد، ممکن است در اثر ترک فعل هم محقق شود مثلاً اگر مادری که تعهد شیر دادن فرزندش را کرده است به قصد کشتن طفلش به او شیر ندهد تا بمیرد قاتل محسوب می‌شود» (شاکری و مرادی کندلاتی، ۱۳۸۸: ۱۱۵). همان‌طور که ملاحظه گردید بخشی از آموزه‌ی حقوقی و همچنین اداره حقوقی قوه قضائیه بر این باور بودند که قتل عمدی می‌تواند از ترک فعل نیز ناشی بشود. در چنین بستری است که نویسندگان قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، تحت تأثیر افکار بخشی از حقوق‌دانان و همچنین تحت تأثیر نظریه‌ی اداره‌ی حقوقی قوه‌ی قضائیه که ارتکاب

۱. علی آزمایش. تقریرات دوره کارشناسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، به نقل از: حسین آقایی نیا. حقوق کیفری اختصاصی (جرائم علیه اشخاص - جنایات)، چاپ میزان، سال ۱۳۸۹، ص ۴۱.

قتل عمدی از طریق ترک فعل را به رسمیت می‌شناخت، در قالب ماده‌ی ۲۹۵ دست به نوآوری می‌زنند. به نظر می‌رسد این ماده گامی در جهت به رسمیت شناختن «فعل ناشی از ترک فعل» در حقوق ایران می‌باشد (اردبیلی، ۱۳۹۲: ۳۰۳). بر مبنای این ماده «هرگاه کسی فعلی که انجام آن را برعهده گرفته یا وظیفه خاصی را که قانون بر عهده او گذاشته است، ترک کند و به سبب آن، جنایتی واقع شود، چنانچه توانایی انجام آن فعل را داشته باشد جنایت حاصل به او مستند می‌شود و حسب مورد عمدی، شبه عمدی، یا خطای محض است، مانند این که مادر یا دایه‌ای که شیر دادن را برعهده گرفته است، کودک را شیر ندهد یا پزشک یا پرستار وظیفه قانونی خود را ترک کند». نخستین پرسشی که در اینجا مطرح می‌گردد این است که این ماده چه جرائمی را در برمی‌گیرد؟ بی‌تردید می‌توان گفت که ماده‌ی یادشده ناظر به جرائم مقید به نتیجه است زیرا اصطلاح «به سبب آن، جنایتی واقع شود» نشان از آن دارد که از رفتار مرتکب باید نتیجه‌ای حاصل شود تا این ماده قابلیت اعمال را داشته باشد. گفتنی است جرائم مقید به نتیجه‌ی بسیاری در قانون مجازات اسلامی پیش‌بینی شده است؛ از جمله‌ی این جرائم می‌توانیم به جرم تخریب اموال، سوزاندن اسناد، قطع درختان و غیره اشاره کرد. حال این پرسش مطرح می‌گردد که آیا ماده‌ی ۲۹۵ ناظر به همه‌ی این جرائم است یا تنها ناظر به برخی از آن‌ها. به نظر می‌رسد ماده‌ی ۲۹۵ فقط ناظر به جرم قتل و جراحات است: نخست به این دلیل که در متن این ماده قانون‌گذار از یکسو اصطلاح «سبب جنایتی شود» را به کار می‌گیرد و از سوی دیگر اصطلاح «حسب مورد عمدی، شبه عمدی یا خطای محض» را به کار می‌برد. این اصطلاحات را قانون‌گذار در سایر مواد قانون مجازات اسلامی فقط در خصوص جرم قتل و جراحات به کار می‌برد و نه جرم دیگری. همچنین قانون‌گذار در ذیل ماده‌ی ۲۹۵ برای روشن شدن منظورش دو مثال بیان می‌نماید که هر دو مثال ناظر بر جرم قتل و ایجاد جراحت می‌باشد. اگرچه در حقوق برخی از کشورها به‌عنوان مثال در حقوق کشور فرانسه موادی با نگارشی مشابه ماده‌ی ۲۹۵ یافت می‌شود ولی باید توجه داشت در حقوق فرانسه این ماده به‌خودی‌خود هیچ ارزشی ندارد مگر این‌که در مواد دیگر به این ماده ارجاع شده باشد تنها در چنین بستری است که چنین موادی معنا و مفهوم پیدا می‌نمایند. اگر بر مبنای روش در پیش گرفته شده در حقوق فرانسه بخواهیم به ماده‌ی ۲۹۵ معنا و مفهوم بدهیم به‌عنوان مثال باید ذیل ماده‌ی ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی تبصره‌ای به شرح زیر اضافه بشود: «جرم قتل عمدی همچنین بر مبنای شرایط پیش‌بینی شده در ماده‌ی ۲۹۵ نیز محقق می‌شود». روش دیگری را که قانون‌گذار می‌توانست به کار ببرد تا ماده‌ی ۲۹۵ معنا و مفهوم پیدا بنماید این بود که قانون‌گذار مقرر می‌داشت «هرگاه کسی فعلی که انجام آن را برعهده گرفته یا وظیفه خاصی را که قانون بر عهده او گذاشته است، ترک کند و به سبب آن جرائم پیش‌بینی شده در مواد ... قانون مجازات

اسلامی^۱ واقع شود مرتکب به مجازات پیش‌بینی شده در همان مواد محکوم می‌شود». در چنین بستری است که دامنه‌ی جرائمی که با ترک فعل محقق می‌شوند کاملاً مشخص می‌شود. به نظر می‌رسد ماده‌ی ۲۹۵ ق.م.ا. نیاز به اصلاح دارد و در حال حاضر دامنه‌ی این ماده حداکثر باید محدود به جرم قتل و جراحات باشد.

۲.۲. جایگاه «فعل ناشی از ترک فعل» بر مبنای عنصر روانی

در خصوص نقش عنصر روانی در تعیین جایگاه «فعل ناشی از ترک فعل» قانون مجازات فرانسه و قانون مجازات اسلامی ایران ساکت می‌باشند ولی برعکس قانون مجازات سوئیس در این زمینه به صورت صریح تعیین تکلیف نموده است. همان‌طور که گذشت آموزه‌ی حقوقی در فرانسه بحث «فعل ناشی از ترک فعل» را تنها در قلمرو جرم قتل عمدی مطرح می‌نماید و در قلمرو قتل غیرعمدی به هیچ‌عنوان این بحث را مطرح نمی‌نماید. در قلمرو جرم قتل غیرعمدی ماده‌ی ۶-۲۲۱ قانون مجازات فرانسه همانند مواد ۶۱۶ و ۷۱۴ قانون مجازات اسلامی ایران صراحت دارد که قتل غیرعمدی هم از بی‌احتیاطی و هم از بی‌مبالاتی حاصل می‌شود. همان‌طور که می‌دانیم منظور از بی‌احتیاطی رفتاری است که مرتکب نمی‌بایسته آن را انجام بدهد ولی انجام داده است در چنین بستری بی‌احتیاطی معادل فعل قرار می‌گیرد. همچنین منظور از بی‌مبالاتی کاری است که مرتکب می‌بایست انجام بدهد ولی انجام نداده است در چنین بستری نیز بی‌مبالاتی معادل ترک فعل قرار می‌گیرد؛ بنابراین در حقوق کیفری فرانسه و ایران قتل غیرعمدی هم از فعل و هم از ترک فعل حاصل می‌شود. به عبارت دیگر قتل غیرعمدی برخلاف قتل عمدی از «فعل ناشی از ترک فعل» نیز حاصل می‌شود. با توجه به این که قانون مجازات فرانسه صراحت دارد که قتل غیرعمدی هم از فعل و هم از ترک فعل حاصل می‌شود بنابراین به‌طور طبیعی جایی برای طرح بحث «فعل ناشی از ترک فعل» وجود ندارد و به همین خاطر حقوق دانان فرانسوی در قلمرو قتل غیرعمدی متعرض این بحث نشده‌اند. همچنین قانون مجازات فرانسه در مواد ۱۹-۲۲۲ تا ۱-۲۰-۲۲۲ به جرم انگاری ضرب و جرح غیرعمدی می‌پردازد. بر مبنای این مواد ضرب و جرح غیرعمدی نیز هم از بی‌احتیاطی (فعل) و هم از بی‌مبالاتی (ترک فعل) حاصل می‌شود؛ بنابراین در نظام حقوقی فرانسه امکان ارتکاب ضرب و جرح غیرعمدی از طریق ترک فعل وجود دارد. با این همه، این پرسش باقی می‌ماند در سایر جرائم که قانون‌گذار هیچ اشاره‌ای به عمدی و یا غیرعمدی بودن آن‌ها ننموده است آیا این جرائم فقط در صورت ارتکاب عمدی قابل مجازات می‌باشند و یا هم در صورت ارتکاب عمدی و غیرعمدی. در حقوق کیفری فرانسه به نظر می‌رسد با توجه به پایبندی عمیق حقوق دانان و

۱. تمامی جرائم پیش‌بینی شده در این مواد قابلیت ارتکاب از طریق ترک فعل را دارند.

همچنین رویه‌ی قضایی این کشور به اصل قانونی بودن جرم و مجازات دامن‌هی جرائم غیرعمدی باید محدود به مواردی بشود که قانون‌گذار به‌صراحت با آوردن واژه‌هایی مانند بی‌احتیاطی، بی‌مبالاتی، عدم توجه و عدم دقت آسیب‌های غیرعمدی را جرم انگاری نموده است و در سایر موارد تنها ارتکاب عمدی آن رفتارها قابل تعقیب کیفری باشد. به عبارت بهتر می‌توان گفت در حقوق کیفری فرانسه اصل بر «احصایی بودن» جرائم غیرعمدی است. در حقوق کیفری ایران همانند حقوق کیفری فرانسه مواردی وجود دارد که قانون‌گذار ایرانی رفتاری را در قالب یک ماده‌قانونی جرم انگاری نموده است و همان رفتار را در قالب ماده‌ی دیگری ولی با افزودن واژه‌هایی مانند «بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی» بار دیگر جرم انگاری نموده است. در حقیقت بر این مبنا می‌توان گفت در حقوق کیفری ایران نیز جرائم غیرعمدی احصایی می‌باشند؛ بنابراین؛ اصل بر عمدی بودن جرائم است مگر این که قانون‌گذار با آوردن واژه‌هایی مانند بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی بر غیرعمدی بودن آن جرائم تصریح نموده باشد؛ اما نکته‌ی ظریف و قابل توجه این است که قانون‌گذار ایرانی در برخی جرائم با آوردن واژه‌هایی مانند عالمأ، عامداً، به‌عمد و یا از روی عمد بر عمدی بودن آن جرائم تأکید نموده است. بر این مبنا شاید بتوان گفت که در حقوق کیفری ایران جرائم عمدی احصاء شده‌اند. با توجه به این که در قانون مجازات اسلامی از یک‌سو شاهد «احصایی بودن» جرائم غیرعمدی و از سوی دیگر شاهد «احصایی بودن» جرائم عمدی می‌باشیم بنابراین به‌دشواری می‌توان گفت که اصل بر «احصایی بودن» کدام‌یک از این جرائم است. در سیاستی جالب و قابل تأمل قانون‌گذار در مواد ۹۰۱ و ۹۰۵ و ۹۰۷ و ۹۰۸ واژه‌ی «عمداً» و یا واژه‌ی «به‌عمد» را به کار می‌گیرد در حالی که در سایر مواد به‌عنوان مثال ماده‌ی ۹۱۰، ۹۱۱، ۹۱۴ و ... چنین واژه‌هایی را به کار نمی‌گیرد. شاید بتوان گفت که آوردن چنین واژه‌هایی در برخی مواد قانونی و نیاوردن آن‌ها در برخی مواد قانونی دیگر ولی در یک‌فصل امری تصادفی و اتفاقی است. با این همه، همچنین می‌توان گفت در موادی که قانون‌گذار واژه‌ی «عمداً» و یا واژه‌ی «به‌عمد» را به‌کاربرده است تنها ارتکاب عمدی آن رفتارها جرم محسوب می‌شود و ارتکاب بدون سوء نیت این رفتارها به‌هیچ‌عنوان نمی‌تواند مجرمانه تلقی گردد ولی در موادی که این واژه‌ها نیامده است اختیار به دادرسان سپرده شده است تا بر مبنای اوضاع و احوالات، وقوع جرم با سوء نیت یا حتی ارتکاب آن رفتار بدون سوء نیت را جرم تلقی بنمایند؛ بنابراین اگر فردی به اتهام «آتش زدن محصول زراعی دیگری» موضوع ماده‌ی ۹۰۱ ق.م.ا. مورد تعقیب قرار بگیرد و در دفاع از خود اذعان بنماید که وی در آتش زدن محصول زراعی دیگری سوء نیت نداشته و این امر نیز بر دادگاه ثابت گردد بر مبنای ماده‌ی ۹۰۱ قابل تعقیب کیفری نیست زیرا طبق این ماده برای تحقق جرم پیش‌بینی شده در این ماده مرتکب باید سوء نیت داشته باشد حال آنکه چنین متهمی سوء نیت ندارد. برعکس اگر فردی به اتهام «چراندن محصول دیگری» یا

«تخریب باغ میوه دیگری» موضوع ماده‌ی ۹۱۰ ق.م.ا. مورد تعقیب کیفری قرار بگیرد و در دفاع از خود اذعان بنماید که وی سوء نیت نداشته است و حتی اگر این امر بر دادگاه نیز ثابت شود به نظر می‌رسد که دادگاه می‌تواند وی را به اتهام ارتکاب غیر عمدی رفتار پیش‌بینی‌شده در ماده‌ی ۹۱۰ ق.م.ا. محکوم بنماید. با توجه به آنچه گذشت می‌توان گفت در قانون مجازات اسلامی برخی از جرائم تنها در صورتی قابل مجازات می‌باشند که به‌صورت عمدی ارتکاب یافته باشند و مصادیق این جرائم را قانون‌گذار گاه به‌صورت صریح و گاه به‌صورت ضمنی مشخص نموده است و برخی دیگر هم ارتکاب عمدی و هم ارتکاب غیر عمدی آن‌ها قابل مجازات می‌باشد ولی اختیار زیادی در این زمینه به دادرسان داده شده است. در حقیقت قاضی دادگاه می‌تواند در خصوص این جرائم با این استدلال که متهم سوء نیت ندارد وی را تبرئه بنماید و یا با این استدلال که داشتن سوء نیت لازمه تحقق این جرم نیست وی را به دلیل ارتکاب غیر عمدی همان جرم مورد محکومیت کیفری قرار بدهد. در نتیجه دادرسان از قدرت مانور زیادی در این زمینه برخوردارند. در حقوق کیفری سوئیس همان‌طور که گفته شد ماده ۱۱ صراحت دارد که «جنایت یا جنحه می‌تواند از عدم انجام رفتاری (رفتار منفعل، ترک فعل) که مرتکب موظف به انجام آن بوده است، حاصل شود». پرواضح است که این ماده در ظاهر هیچ تفاوتی میان جرائم عمدی و جرائم غیر عمدی قائل نمی‌شود زیرا این ماده واژه‌ی جنایت یا جنحه را به‌طور عام و کلی به کار می‌گیرد. باین‌همه، ماده‌ی ۱۲ قانون مجازات سوئیس مقرر می‌دارد «جز در مواردی که مقررات مغایر به‌صورت صریح وجود دارد مرتکب جنایت یا جنحه فقط در صورتی قابل مجازات می‌باشد که به‌صورت عمدی عمل نموده باشد». بر مبنای این ماده می‌توان گفت در حقوق کیفری سوئیس اصل بر «احصایی بودن» جرائم غیر عمدی است. قانون‌گذار سوئسی به‌هیچ‌عنوان اصطلاح جرائم غیر عمدی را به کار نمی‌گیرد بلکه واژه‌ی جرائم مبتنی بر «غفلت»^۱ را به کار می‌گیرد. بند ۳ ماده‌ی ۱۲ مقرر می‌دارد هنگامی که مرتکب جنایت یا جنحه ای را در اثر «عدم پیش‌بینی»^۲ انجام می‌دهد تحت «غفلت» مرتکب جرم شده است. واژه‌ی «غفلت» اصطلاحی عام می‌باشد که هم بی‌احتیاطی و هم بی‌مبالاتی را شامل می‌شود. همان‌طور که گفته شد جرائم غیر عمدی در حقوق کیفری سوئیس «احصایی» می‌باشند. از جمله‌ی این جرائم به جرم قتل غیر عمدی (ماده‌ی ۱۱۷ قانون مجازات)، ضرب و جرح غیر عمدی، (ماده‌ی ۱۲۵ قانون مجازات) و آتش سوزی غیر عمدی (ماده‌ی ۲۲۵ قانون مجازات) و ... می‌توان اشاره کرد. با توجه به آنچه گذشت می‌توان گفت در حقوق کیفری سوئیس تنها در مواردی که قانون‌گذار به‌صورت خاص ارتکاب عملی به‌صورت غیر عمدی را جرم انگاری نموده باشد می‌توان مرتکب آن عمل را مورد

1. Négligence

2. Imprévoyance

تعقیب کیفری قرار دارد. در چنین بستری نیز امکان «فعل ناشی از ترک فعل» وجود دارد. به عبارت بهتر در حقوق کیفری سوئیس در قلمرو جرائم غیرعمدی همانند جرائم عمدی امکان تحقق «فعل ناشی از ترک فعل» به طور کلی وجود دارد.

نتیجه گیری

با دقت در منابع حقوق کیفری ایران به وضوح می توان پی برد که حقوق دانان ایرانی اصطلاح «فعل ناشی از ترک فعل» را از حقوق کشور فرانسه و سوئیس به عاریت گرفته اند. پرواضح است که ترجمه ی یک متن حقوقی از یک زبان بیگانه به زبان فارسی مستلزم شناخت کامل نظام حقوقی است که متن مورد ترجمه به آن تعلق دارد. در بسیاری از کشورها مفهوم حقوقی الفاظ و عبارات بامعنای لغوی آن ها تفاوت فاحشی دارد. در نتیجه تفاوت مفهوم حقوقی و معنی لغوی یک اصطلاح ممکن است سبب خلط این دو مقوله در امر ترجمه بشود؛ به نظر می رسد در حقوق کیفری ایران در خصوص ترجمه ی واژه ی «commission par omission» نیز خلط مبحث صورت گرفته است. در نتیجه به منظور اصلاح این خلط مبحث پیشنهاد می شود واژه ی «ارتکاب جرائم غالباً مبتنی بر فعل از طریق ترک فعل» به جای اصطلاح «فعل ناشی از ترک فعل» به کار گرفته شود. در چنین بستری می توان گفت جرائم بر مبنای رکن مادی تنها به جرائم مبتنی بر فعل و یا جرائم مبتنی بر ترک فعل دسته بندی می شوند و در چنین بستری اصطلاح «ارتکاب جرائم غالباً مبتنی بر فعل از طریق ترک فعل» مفهوم «commission par omission» به کار گرفته شده در نظام حقوقی فرانسه و سوئیس را پیدا می نماید. از نظر جایگاه قانونی ارتکاب جرائم فعلی از طریق ترک فعل در نظام حقوقی فرانسه رویه ی قضایی این کشور به صراحت نظر می دهد که امکان ارتکاب قتل عمدی از طریق ترک فعل وجود ندارد و آموزه حقوقی نیز با تکیه بر این رأی بر این باور است که «ارتکاب جرائم غالباً مبتنی بر فعل از طریق ترک فعل» فقط در موارد تصریح شده قانونی ممکن است. در حقوق کیفری ایران نیز به نظر می رسد همانند حقوق کیفری فرانسه امکان «ارتکاب جرائم غالباً مبتنی بر فعل از طریق ترک فعل» فقط در موارد تصریح شده قانونی ممکن است. با این همه در حقوق کیفری سوئیس برخلاف حقوق کیفری فرانسه و ایران امکان «ارتکاب جرائم اغلب مبتنی بر فعل از طریق ترک فعل» به صورت وسیع پذیرفته شده است و در حقوق کیفری این کشور ترک فعل ارزشی برابر و یکسان با فعل دارد البته به شرطی که نتایج حاصل از ترک فعل همسنگ نتایج فعل جرم انگاری شده باشد.



منابع

- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۲)، *حقوق جزای عمومی*، جلد نخست، تهران: نشر میزان.
- الهام، غلامحسین و برهانی، محسن (۱۳۹۴)، *درآمدی بر حقوق جزای عموم (جرم و مجرم)*، جلد اول، تهران: نشر میزان.
- آزمایش، علی (بی تا)، *تقریرات دوره کارشناسی*، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- آقایی نیا، حسین (۱۳۸۹)، *حقوق کیفری اختصاصی (جرائم علیه اشخاص - جنایات)*، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان.
- حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۹۱)، «ترک فعل به مثابه عمل کشنده»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۵۷، ص ۲۷۳-۳۱۴.
- زراعت، عباس (۱۳۹۲)، *حقوق جزای عمومی (۱ و ۲)*، تهران: انتشارات جاودانه، جنگل.
- سپهوند، امیرخان و عسکری، حمید (۱۳۸۹)، *حقوق کیفری اختصاصی (۱) جرائم علیه اشخاص*، تهران: نشر مجد.
- سلطانی، مهدی (۱۳۹۱)، *حقوق جزای عمومی*، جلد نخست، تهران: انتشارات دادگستر.
- شاکری، ابوالحسن و مرادی کندلاتی، اسفندیار (۱۳۸۸)، «بررسی امکان ارتکاب قتل عمدی از طریق ترک فعل در فقه و حقوق کیفری ایران»، *مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی*، شماره ۱، ص ۱۰۷-۱۲۴.
- کریمی، عبدالوهاب (۱۳۸۷)، «ترک فعل به عنوان رفتار مجرمانه»، *مجله معرفت*، شماره ۱۳۴، ص ۱۵۶-۱۷۲.
- گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۸ ب)، *بایسته‌های حقوق جزای اختصاصی*، تهران: نشر میزان.
- گلدوزیان، ایرج (۱۳۹۱ الف)، *بایسته‌های حقوق جزای عمومی*، تهران: نشر میزان.
- لوترمی، لورانس و کلب پاتریک (۱۳۸۷)، *بایسته‌های حقوق کیفری عمومی فرانسه*، تهران: نشر میزان.
- میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۸۵)، «مطالعه تطبیقی ترک فعل به عنوان عنصر مادی جرائم علیه اشخاص»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۴۳، ص ۱۶۲-۱۳۳.
- میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۳)، *حقوق کیفری اختصاصی (جرائم علیه اشخاص)*، تهران: نشر میزان.
- میلانی، علیرضا (۱۳۹۳)، *حقوق جزای عمومی (۱)*، تهران: نشر میزان.

ولیدی، محمد صالح (۱۳۶۳)، «نگاهی به احکام جرم فعل ناشی از ترک فعل در نظامات کیفری»،
مجله دانشگاه انقلاب، شماره ۳۹، ص ۳۰-۳۳.

Bouloc, Bernard (2011), **Droit pénal général**, Paris: Dalloz.

Cuadrado Ruiz, Maria Angeles (2010), **La commission par omission comme
probleme dogmatique**, Revue électronique de l'Association Internationale
de Droit Pénal, p A-04:1 à A-04:42.

Habchi Magdy (2013), **Le Monde du Droit**. <http://lemondedudroit.fr>.

Montano, Pedro (2005), **Delits d'action et delits d'omission**, L'Euthanasie a
propos de l'affaire terry schiavo aux usa. Université de Fribourg.

Pradel, Jean (2010a), **Droit pénal général**, Paris : CUJAS.

Pradel, Jean (2010b), **Droit pénal spécial**, Paris : CUJAS.



پژوهشنامه حقوق کیفری

سال هشتم، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۶

شماره پیاپی ۱۶



دفاع پیشگیرانه در حقوق ایران

دکتر ابوالحسن شاکری^۱

عباس سلمان پور^۲

تاریخ پذیرش: ۹۶/۱۰/۶

تاریخ دریافت: ۹۴/۳/۱۲

چکیده

دفاع پیشاپیش یا «دفاع پیشگیرانه» به صراحت در متون فقهی و قوانین ایران پیش بینی نشده است، دفاع پیشگیرانه را می توان بر دو گونه تهاجمی و تدافعی تقسیم کرد. دفاع پیشگیرانه تهاجمی با توجیه تعرضات غیرقانونی مکرر گذشته و قابل پیش بینی و حتمی الوقوع و حتی نوعا قابل باور در آینده قابل قبول نیست؛ ولی دفاع پیشگیرانه تدافعی در فقه امامیه و حقوق ایران با مقدور نبودن توسل مدافع به مقامات ذیصلاح و رعایت تناسب در شیوه دفاع قابل توجیه است؛ بنابراین اگر مدافع به منظور حفظ متعلقاتش، با شرایط خطرناک و غیرمتعارف، به دفاع پیشگیرانه تدافعی متوسل گردد، به گونه ای که ضرورت با رعایت اسهل فالاسهل در شیوه دفاع اقتضای آن را داشته باشد ضامن صدمه به متجاوز نیست، حتی اگر در مقابل مالی کم ارزش، نفس انسان متجاوزی تلف شود.

واژگان کلیدی: دفاع، پیشگیرانه، تهاجمی، تدافعی، ملک.

✉ shakeri_criminallaw@yahoo.com

۱. دانشیار گروه حقوق جزا دانشگاه مازندران (نویسنده مسئول)

۲. عضو هیأت علمی گروه حقوق دانشگاه گیلان

مقدمه

یکی از مباحث مطرح شده در حوزه دفاع از جان، مال و ناموس جلوگیری از حمله‌ها یا دفع خطر آتی است، منظور از حمله‌ها یا خطرهای آتی، حمله‌ها یا خطرهای قریب‌الوقوع نیست که آن موضوع دفاع مشروع است، بلکه حمله یا خطری است که به فاصله زمانی کمی دورتر قطعاً بر مرتکب تحمیل می‌شود، البته ممکن است اساساً زمان دقیق تحقق آن مشخص نباشد، اما به زعم مدافع، وقوع آن حتمی است. به عبارتی، اقدام علیه کسی است که قرائن موجود، این اطمینان را به مرتکب می‌دهد که حمله علیه او انجام خواهد شد. همین قرائن، مرتکب را برمی‌انگیزد تا قبل از آن که در عمل هدف حمله واقع شود، اقدام کند. این اقدام پیشاپیش عملیات دفاعی در برابر حمله حتمی‌الوقوعی است که در آینده علیه مدافع روی خواهد داد، زیرا که دفاع از متعلقات خود در برابر حمله‌های دیگران همواره به‌عنوان یک حق طبیعی برای افراد مطرح بوده و حتی عده‌ای آن را فراتر از حق، بلکه یک تکلیف دانسته‌اند (فیض، ۱۳۶۵: ۱۹۰-۱۸۸)، ولی موضوعی که در حوزه دفاع مطرح و کمتر به آن پرداخته شده است، دفاع پیشاپیش یا «دفاع پیشگیرانه» در برابر حمله‌های حتمی‌الوقوع مهاجم در آینده است بدون این که فعلی یا قریب‌الوقوع باشد.

اصطلاح دفاع پیشگیرانه مرکب از دو کلمه دفاع و پیشگیرانه است. دفاع از مصدر دفع در لغت به معنی "دور کردن، یکدیگر را راندن و رد کردن" (دهخدا، ۱۳۷۳، ج ۷: ۹۶۳۱-۹۶۲۹) است. منظور از دفاع کردن در این بحث دفع تعرض با استفاده از زور و خشونت می‌باشد. پیشگیرانه وصف دفاع در این عبارت است پیشگیری به معنای دفع، جلوگیری و مانع شدن از وقوع امری در آینده و به پیشواز خطر رفتن و مانع تحقق آن شدن است. همان‌گونه که در برابر حمله فعلی یا خطر قریب-الوقوع برای حفظ جان، مال و ناموس اشخاص، "دفاع مشروع به‌عنوان یک حق و حتی یک تکلیف برای مدافع است" (مکی‌العاملی، ۱۴۱۰ ق، ج ۹: ۳۴۸) مدافع نیز این حق را به خود می‌دهد که در برابر حمله حتمی‌الوقوع که در آینده علیه وی رخ خواهد داد به دفاع بپردازد و فرصت دفع حمله آینده را از دست ندهد.

قانون‌گذار تاکنون از عبارت «دفاع پیشگیرانه» در متون قانونی استفاده نکرده است، اما برای اولین بار در سابقه تقنینی کشور، در قانون دیات مصوب ۱۳۶۱ به موجب مواد ۴۳ و ۴۶، انجام نوعی عملیات فیزیکی از سوی مالک بر روی ملک خود، مورد حمایت واقع گردیده، به‌گونه‌ای که در صورت آسیب دیگران، مسئولیتی متوجه مالک نمی‌شد.^۱ احکام مقرر در این مواد با اندک اصلاح

۱. ماده ۴۳ قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱: «هرگاه در معبر عام یا هر جایی که تصرف در آن مجاز نباشد، چاهی بکند یا سنگ یا چیز لغزنده‌ای بر سر راه او قرار دهد یا هر عملی که موجب آسیب یا خسارت رهگذر و مانند آن گردد عهده‌دار دیه یا خسارت خواهد بود. ولی اگر در ملک خود او یا جایی که تصرف او در آن مجاز است واقع شود

عبارتی، در مواد ۳۳۹ و ۳۴۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ تکرار گردید. در حال حاضر نیز قانون گذار با وضع قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ حکم مزبور را در ماده ۵۰۸ و تبصره یک آن پیش‌بینی کرده است. بر اساس این ماده: «هرگاه شخصی یکی از کارهای مذکور در ماده ۵۰۷ این قانون را در ملک خویش یا مکانی که در تصرف و اختیار اوست، انجام دهد و سبب آسیب دیگری گردد، ضامن نیست، مگر این که شخصی را که آگاه به آن نیست به آنجا بخواند و به استناد آن، جنایتی به وی وارد گردد». تبصره یک این ماده نیز مقرر می‌دارد: «هرگاه شخص آسیب دیده بدون اذن مالک یا با اذنی که قبل از انجام اعمال مذکور از مالک گرفته، وارد شود و صاحب ملک از ورود او اطلاع نداشته باشد، مالک ضامن نیست مگر این که صدمه یا تلف به علت اغوا، سهل انگاری در اطلاع دادن و مانند آن مستند به مالک باشد.» قانون گذار در این مواد قانونی، منظور مالک را از این اقداماتی که در ملک خود انجام می‌دهد و ممکن است موجب آسیب به کسی گردد، بیان نکرده است که از جمله آن می‌تواند دفاع از اموال یا حتی جان خود یا دیگران باشد، در این صورت است که بحث دفاع پیشگیرانه پیش می‌آید. در این نوع دفاع، باید عملیات مدافع باتوجه به اقدام مهاجم در آینده و یا خطر محتمل، ضرورت داشته باشد، لذا دفاع پیشگیرانه، در وجود شرط ضرورت، با دفاع مشروع موضوع ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مشترک است؛ تفاوت آن‌ها در بودن حمله آینده اما حتمی الوقوع بودن آن در دفاع پیشگیرانه و قریب‌الوقوع بودن حمله در دفاع مشروع است که در مورد اول، لزوماً زمان وقوع نزدیک نیست اما قرائن و امارات، وقوع حمله را در آینده، حتمی می‌نماید و چه بسا مدافع بتواند یا می‌توانست اقداماتی مرتبط یا غیر مرتبط انجام دهد، در حالی که در تهاجم قریب‌الوقوع از نظر زمانی، تحقق حمله بسیار نزدیک است و برای دفع حمله عرفاً و منطقیاً، فرصت انجام هیچ اقدام دیگری نبوده یا نیست و در واقع بین آن‌ها توالی و مقارنت زمانی است.

در زمینه بحث پرسش‌های قابل توجهی مطرح است این که آیا دفاع در مقابل تهاجم غیرقانونی حتمی‌الوقوع در آینده با لحاظ تکرار آن در گذشته جایز است؟ و آیا مالک می‌تواند به منظور حفظ اموال داخل ملک خود از تعرض دیگران به نصب سیم‌های برق‌دار متوسل شود؟ و این که اگر مالک استفاده غیرمعارف از ملک را داشته باشد در صورت مصدومیت ناشی از ملک به ثالث آیا مالک ضامن صدمه است؟ به منظور پاسخ به این پرسش‌ها و ابهامات مربوطه، به مباحث بر اساس موازین

عهدده‌دار دیه یا خسارت نخواهد بود.» ماده ۴۶: «هرکسی یکی از کارهای مذکور در ماده‌ی ۴۳ را در منزل خود انجام دهد و شخصی را که در اثر نابینایی یا تاریکی آگاه به آن نیست به منزل خود بخواند عهدده‌دار دیه و خسارت خواهد بود و اگر آن شخص بدون اذن صاحب منزل وارد شود و صاحب منزل مطلع نباشد عهدده‌دار هیچ‌گونه دیه یا خسارت نمی‌باشد.»

فقهی و قانونی پرداخته که با لحاظ کثرت مصادیق و نحوه دفاع، دفاع پیشگیرانه به دو نوع تهاجمی و تدافعی قابل تقسیم است که برای هر یک ویژگی‌هایی متصور است، برخی از این ویژگی‌ها بین دو نوع یاد شده مشترک و برخی برای هر نوع اختصاصی است، لذا برای تبیین بیشتر مباحث تحت عناوین: "شرایط دفاع پیشگیرانه"، "دفاع پیشگیرانه تهاجمی" و "دفاع پیشگیرانه تدافعی" به شرح زیر بررسی و تحلیل گردیده است.

۱. شرایط دفاع پیشگیرانه

دفاع پیشگیرانه متوقف بر وقوع شرایطی است که برخی از آن‌ها مشترک انواع دفاع پیشگیرانه اعم از تهاجمی و تدافعی است ولی برخی از آن‌ها خاص دفاع پیشگیرانه تهاجمی و بعضی دیگر خاص دفاع پیشگیرانه تدافعی است، لذا در ابتدا به مشترکات دفاع پیشگیرانه صرف نظر از نوع دفاع پیشگیرانه تحت‌عناوین قابل پیش‌بینی بودن تهاجم، غیرقانونی بودن تهاجم و باور قطعی مدافع به وقوع تهاجم می‌پردازیم و پس از آن در ذیل عناوین بعدی به شرایط خاص هر نوع دفاع پیشگیرانه توجه خواهد شد.

۱.۱. قابل پیش‌بینی بودن تهاجم

یکی از ویژگی‌های دفاع پیشگیرانه آن است که این نوع دفاع در برابر یک تهاجم قابل پیش‌بینی صورت گیرد؛ به عبارتی لازم است برای مدافع، وقوع حمله‌ای در آینده قابل پیش‌بینی باشد، مبنای چنین پیش‌بینی، حسب مورد به مدافع و نیز اوضاع و احوال بستگی دارد. به‌عنوان مثال می‌توان به پرونده زنان کتک^۱ خورده اشاره کرد^۲ که طی آن یک زن در مواقع خاصی از سوی همسرش تا حد مرگ به شدت کتک می‌خورد به‌گونه‌ای که تکرار حمله از سوی همسر در روز آتی و در همان زمان مقرر، برای زن کاملاً قابل پیش‌بینی است و مراجعه به مراجع قانونی نیز نمی‌تواند همسر را از حمله در منزل بازدارد، همین اطمینان از وقوع حمله مجدد شوهر و بی‌تأثیری در مراجعه به مراجع

1. Battered women

۲. برای اطلاع از پرونده‌های مربوط به زنان کتک‌خورده، به منابع زیر مراجعه کنید:

- Clarkson, C. M. V. (Christopher M. V) and Keating, H. M., Criminal Law/Text and Materials: General Defense/ Necessary Defense, P. ۳۰۳
- Joshua Dressler, Battered Women and Sleeping Abusers.
- Joshua Dressler, Battered Women Who Kill, their Sleeping Tormenters.
- Palmer V The Queen (۱۹۷۱) AC. ۸۱۴

قانونی سبب می‌شود که زن کتک‌خورده این حق را به خود بدهد که برای رهایی از کتک خوردن مجدد و در واقع دفع آسیب‌های مرگ‌آور آینده و پیشگیری از آن، به سمت شوهر خویش که در خواب است حمله کند و وی را از پای درآورد، در این مثال، آنچه زن را مترصد انجام تهاجم می‌نماید، قابل پیش‌بینی بودن تکرار حتمی اقدام مرگ‌آور شوهر در آینده است که ملاک آن نوعی است؛ یعنی هر کسی جای این زن بود یا باید طبق معمول گذشته صدمات سخت و جانکاه شوهر را پس از بیداری وی تحمل کند یا منتظر حمله شوهر نماند و دست به اقدام کشنده یا شبیه آن بزند. برعکس دفاع مشروع که دفاع متعاقب و مقارن با حمله است؛ در دفاع پیشگیرانه، دفاع در زمانی قبل از حمله حتمی‌الوقوع است و حتی آن اندازه توالی عرفی و زمانی هم بین آن‌ها نیست که آن را داخل در مفهوم قریب‌الوقوع دفاع مشروع سازد، به گونه‌ای که قبل از انجام دفاع پیشگیرانه امکان و فرصت انجام کار دیگری نیز هست.

۲.۱. غیر قانونی بودن تهاجم

تهاجم غیر قانونی سبب می‌شود شخص مدافع که باور به تکرار آن دارد، به خود حق اقدام به پیشگیری از آن را بدهد. در مثال زنان کتک‌خورده، اقدام شوهر به کتک زدن زن کاملاً غیر قانونی است، همان‌گونه که در دفاع مشروع این‌گونه است. تحقیقاً هر اقدامی به دفاع در برابر یک تهاجم قانونی به قصد خنثی کردن آن غیرموجه و فاقد وجهت خواهد بود. از این رو، دفاع پیشگیرانه در برابر مأموران دولتی در حال انجام وظیفه پذیرفته نیست؛ مثلاً مأمور اجرای حکم شلاق که موظف است در روز و ساعت مشخص تعداد معینی شلاق به محکوم‌علیه بزند تکرار این اقدام قانونی نسبت به محکوم‌علیه، وی را در موقعیت انجام یک دفاع پیشگیرانه قرار نمی‌دهد. در این وضعیت چنانچه شخص محکوم‌علیه در مقام دفاع از خویش در برابر این اقدام مأمور اجرای حکم بخواهد جلوی انجام وظیفه وی را بگیرد و باعث صدمه‌اش شود، از آنجا که اقدام مأمور در اجرای مجازات یک اقدام قانونی است عمل ارتكابی شخص محکوم‌علیه دفاع پیشگیرانه نیست، بلکه مرتکب جرم تمرد در برابر مأمور دولت، موضوع ماده ۶۰۷ قانون مجازات اسلامی و همچنین ایراد صدمه عمدی نسبت به وی، موضوع ماده ۶۱۴ قانون مذکور شده است.

۳.۱. باور مدافع به تهاجم

باور شخص مدافع، نسبت به تکرار حمله مهاجم در آینده، از ویژگی‌های مهم دفاع پیشگیرانه است، چنین باوری، حاصل تکرار حمله به دفعات در گذشته است. این تکرار باید به نحوی باشد که چنانچه هر شخصی جای شخص مدافع باشد نوعاً و به‌طور قطع دچار چنین باوری گردد. البته دقیقاً

به این اصل هم اعتقاد است که نمی‌توان امنیت و جان دیگران را به صرف باور شخصی و غیرمعقول افراد به خطر انداخت. اگر قرار باشد چنین اقدام پیش‌دستانه‌ای را موجه بدانیم باید مبتنی بر شواهد و قرائن عینی متقن باشد، تا به‌طور متعارف، هر عقل سلیمی همان برداشتی را بنماید که مدافع از این قرائن و شواهد نموده است. به‌عنوان مثال در پرونده زنان کتک خورده، زن به این باور رسیده بود که هر روز در زمان مقرر از ناحیه همسرش به‌طور قطع کتک خواهد خورد، این باور، نوعی و ملاک آن عرف است، از آنجا که ملاک‌های عرفی، عینی هستند، با لحاظ سوابق و دیگر قرائن می‌توان صحت ادعای مدافع را احراز کرد، والا به جهت این‌که باور از امور نفسانی و روانی است، مستقیم و بدون واسطه نمی‌توان به آن رسید، مگر در رفتار یا گفتار مطابق با واقع مرتکب که عرف دلالت بر وجود آن (باور) نماید. در زمینه این مثال، هر شخصی در موقعیت زن کتک‌خورده، با لحاظ سوابق کتک‌کاری‌ها، نوعاً باور به تکرار مجدد آن می‌داشت و آن را حتمی‌الوقوع می‌دانست که فرض این چنین است.

۲. دفاع پیشگیرانه تهاجمی

یکی از انواع دفاع پیشگیرانه نوع تهاجمی است که در آن شخص مدافع که قطع به انجام حمله از سوی طرف مقابل را در آینده نزدیک دارد، قبل از حلول زمان حمله و با این فرض که فرصت فرار و یا امکان مراجعه به پلیس را داشته است، بدون استفاده از این فرصت، با این توجیه که تجربه نشان داده خالی از فایده است مبادرت به حمله به فرد مورد نظر نماید و وی را مصدوم کند و چه بسا او را از پای در آورد. منشأ چنین یقینی ممکن است حملات یا آزار و اذیت‌های مستمر فرد مزبور در گذشته علیه مدافع باشد. بهترین نمونه در این خصوص، همان موردی است که در کشورهای غربی تحت‌عنوان «زنان کتک‌خورده» شهرت دارد، در این خصوص زنی که پس از مراجعت همسرش به منزل از سوی وی تا حد مرگ مورد ضرب و جرح قرار می‌گرفت، یک روز بعد از مراجعت همسرش و هنگامی که وی در حالت خواب و استراحت قرار داشت تصمیم می‌گیرد مانع تکرار عمل ارتكابی همسرش شود و به زعم خود، در دفاع از سلامت خویش در برابر حمله آتی‌اش، وی را در حالت خواب، به قتل می‌رساند. هرچند در مواردی، وکلای زنان کتک‌خورده و متهم به قتل شوهرانشان، به جنون آنی حادث شده در زمان ارتكاب قتل، استناد جسته و بعضاً حکم براءت موکل خود را نیز گرفته‌اند. (Joshua Dressler, 2006: 461-462)، هر چند زن کتک‌خورده تحت فشار روانی است، اما این فشار روانی، بر اساس حقوق کیفری ایران جنون تلقی نمی‌شود، زیرا در جنون به موجب ماده ۱۴۹ قانون مجازات اسلامی، به علت اختلال روانی، باید اراده و قوه تمییز از شخص سلب شود، از این رو برای رهایی زنان کتک‌خورده از مسئولیت کیفری جنون و جاهتی ندارد.

ممکن است اقدام زنان کتک‌خورده در آسیب زدن به شوهران خود، نوعی دفاع قبل از آغاز تجاوز و در نتیجه دفاع مشروع تلقی شود که در نتیجه باید تهاجم احتمالی آینده را قریب‌الوقوع دانست. اگر قریب‌الوقوع بودن حمله، وضعیتی است که هیچ‌گونه تأخیری در دفاع جایز نباشد و مدافع، بیش از این نباید معطل بماند و اگر تعلل کند دفع خطر یا حمله، با مشکل مواجه خواهد شد، در این صورت هم، اقدام زن در کشتن شوهر شکنجه‌گر خود در حالت خواب یا استراحت، نمی‌تواند مصداق دفاع مشروع باشد زیرا وی فرصت اطلاع‌دادن مراتب را به پلیس دارد و وجود چنین فرصتی شرایط مشروعیت دفاع را از وی سلب می‌نماید. قاضی لرد مریس^۱ در پرونده پالمر علیه کوئین^۲ در سال ۱۹۷۱ (شورای مشاوران سلطنتی) در انگلستان گفته است: «... اگر حمله کاملاً به پایان رسیده و هیچ نوع خطری باقی نمانده باشد آنگاه استفاده از خشونت ممکن است در قالب انتقام یا مجازات یا در قالب پرداخت یک خرده حساب قدیمی (تلافی یک دلخوری) صورت گرفته یا آن که ممکن است صرفاً یک تجاوز باشد و دیگر هیچ ضرورتی به دفاع وجود ندارد» (Clarkson and Keating, 2010: 303) در این صورت آنان که مدافع واکنش زن کتک‌خورده و شکنجه‌شده هستند راهی جز اغماض نسبت به شرط «ضرورت» در دفاع مشروع ندارند و لاجرم باید انگیزه‌ی مرتکب را انتقام‌جویی از حملات گذشته ندانند بلکه چنین استدلال نمایند که این زن و زنانی نظیر او از تکرار حملات و خشونت‌های محتمل آینده در هراس هستند و از این‌رو مبادرت به چنین اقدامی می‌کنند. بر این اساس، «خشونت گذشته» به «خشونت احتمالی» در آینده تغییر می‌یابد و انگیزه‌ی انتقام‌جویی به «دفاع در مقابل حمله حتمی در آینده» تبدیل می‌گردد که معمولاً وکلای مدافع در پرونده‌های زنان کتک‌خورده، بر همین استدلال تأکید می‌ورزند؛ بدین توضیح که زن مرتکب قتل، با تجربه قبلی از خشونت و حمله شوهر، حق دارد که از تکرار آن در هراس باشد، لذا قتل چنین شوهری، حتی در حال خواب و استراحت (به علت شکنجه‌ها و حملات وحشیانه‌ی گذشته از سوی مقتول)، نه یک اقدام انتقام‌جویانه و غیر قانونی بلکه یک پاسخ ضروری دفاعی است. برای رسیدن به چنین نتیجه‌ای، لازم است شرط «ضرورت دفاع» کاملاً موسع، تفسیر و تعبیر شود. به نظر، هر تفسیر از شرط «ضرورت دفاع»، نمی‌تواند توجیه‌گر اقدام زنان کتک‌خورده به قتل شوهرانشان باشد، زیرا وقتی یک زن کتک‌خورده در شرایطی است که می‌تواند خود را از مهلکه خارج سازد چگونه می‌توان اقدام وی را در حمله و قتل فرد مورد نظر، قابل توجیه دانست؟! مگر این‌که خروج او از مهلکه یا مراجعه وی به پلیس ممکن نباشد و یا باوجود تجربه قبلی، خروج از مهلکه یا مراجعه به پلیس نه تنها اوضاع را بهتر نکند و بلکه باعث وخیم‌تر شدن اوضاع شود.

1. Lord Morris

2. Palmer V the Queen.

دفاع پیشگیرانه تهاجمی علاوه بر ویژگی‌های گفته شده دو ویژگی اختصاصی دیگر حملات مکرر در گذشته و بی‌تأثیر بودن مراجعه به مراجع قانونی ذی‌ربط نیز دارد که در ذیل به بررسی این دو می‌پردازیم:

۱.۲. حملات مکرر در گذشته

یک ویژگی اختصاصی دفاع پیشگیرانه تهاجمی سبق حملات مکرر از سوی فرد مورد نظر علیه مدافع است، به گونه‌ای که وجود چنین سابقه‌ای، این قطع را در وی ایجاد نماید که حملات گذشته مجدداً علیه او تکرار خواهد شد. بدیهی است حمله باید در گذشته به دفعات تکرار شده باشد، تا این باور در شخص مدافع و هر شخص متعارفی در جایگاه وی به وجود آید که حمله سابق، مجدداً انجام می‌گردد. از این رو دفاع پیشگیرانه تهاجمی را دفاع بازدارنده و به عبارتی دیگر «دفاع پیش‌دستانه»^۱ نیز گویند (فلچر، ۱۳۹۴: ۲۳۰) و طی آن شخص مدافع نزد چنین می‌اندیشد که فرد مورد نظر، به فکر تهاجم علیه وی است و در آینده به طور قطع، حمله خویش را عملی خواهد نمود، لذا بهتر است که قبل از به فعلیت درآمدن حمله‌ی مهاجم، او زودتر اقدام نماید و به دشمن ضربه بزند. این اقدام مدافع در واقع خنثی ساختن تکرار عملیات حمله مهاجم در آینده و پیشگیری از وقوع آن است؛ به عبارتی در این وضعیت، اندیشه مجرمانه تهاجم در ذهن مهاجم بالقوه شکل گرفته است، اما فقط عملیات اجرایی آن موکول به زمان بعد است. بر این اساس است که مرتکب پیشاپیش و به قصد جلوگیری از قربانی شدن، تهاجم پیشگیرانه می‌نماید، بنابراین در این زمینه، دیگر، فعلیت داشتن حمله یا قریب‌الوقوع بودن خطر آن شرط نیست، بلکه تکرار تعرض در گذشته شرط است، همین نکته، دفاع پیشگیرانه تهاجمی را از دفاع مشروع متمایز می‌سازد، به عبارت ساده‌تر، در دفاع مشروع حمله، فعلیت یافته یا قریب‌الوقوع است، یعنی زمان وقوع آن مقارن است، در حالی که در دفاع پیشگیرانه تهاجمی، حمله‌ای آغاز نشده و قریب‌الوقوع نیز نمی‌باشد، بلکه تکرار حملات مهاجم در گذشته، نشان از حتمی‌الوقوع بودن آن دارد. این‌که گفته شود: «هرگاه کسی قبل از آغاز حمله‌ی مهاجم، وی را مورد حمله خود قرار دهد نمی‌تواند در توجیه عمل خویش به دفاع استناد کند» (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۶: ۳۱۰) به‌راستی با منطق دفاع مشروع سازگار است ولی با منطق دفاع پیشگیرانه موافق نیست، در هر حال به نظر می‌رسد صرف بودن تکرار تجاوز در آینده، باوجود راه‌های ممکن برای نجات از خطر مورد نظر، به شخص حق نمی‌دهد تا به دفاع پیشگیرانه تهاجمی مبادرت ورزد و مرتکب اقدامی نسبت به مهاجم آینده گردد، بلکه شخص باید چاره‌ی دیگری برای دفع حمله آینده بیندیشد والا این نوع دفاع جرم است.

۲.۲. بی تأثیر بودن مراجعه به مراجع قانونی ذی ربط

در دفاع پیشگیرانه تهاجمی، لازم است مراجعه به مراجع قانونی ذی ربط در دفع حملات مکرر و پیشگیری از آن بی تأثیر باشد. چراکه اگر مراجعه به مراجع قانونی مانند نیروی انتظامی که متولی اول حفظ نظم و امنیت و صیانت از جسم، جان، ناموس و مال مردم است، بازدارنده بود، هیچگاه در گذشته، حملات تکرار نمی شد و مدافع را در وضعیتی قرار نمی داد که قطع به تکرار مجدد حمله داشته باشد. مانند کسی که هر روز از سوی همسایه شرور خود کتک کاری می شود و بارها نیز جهت جلوگیری از این تعرض به قوای انتظامی و قضایی مراجعه داشته، ولی هیچگاه این مراجعات کتک خورده و اقدامات پلیس مانع تکرار تهاجم فرد شرور نشده، بلکه حتی وی را در تکرار حمله جری تر و مصمم تر می کرده است. اهمیت این ویژگی بدین لحاظ است که در دفاع پیشگیرانه تهاجمی صحبت از خطر حمله در آینده است و شخص مدافع این فرصت را دارد به پلیس یا قضایی مراجعه نماید چون برای تلقی نمودن اقدام وی به عنوان دفاع پیشگیرانه لازم است مراجعات مکرر او در گذشته به مراجع ذی صلاح قانونی بلا تأثیر بوده باشد.

در حقوق ایران دفاع پیشگیرانه تهاجمی به عنوان یک عمل مشروع در هیچ یک از متون قانونی مورد پذیرش مقنن واقع نگردیده است بر این اساس قضات نیز به آن توجه نمی کنند، زیرا ادعای مدافع نسبت به وقوع حمله در آینده قابلیت راستی آزمائی نداشته و ممکن است اغراق آمیز باشد یا احراز آن یقینی و ممکن نیست تا علیرغم ظاهر واقعه و انتساب آن به مرتکب، وی مجرم و مسئول شناخته نشود، به علاوه، ممکن است دفاع، ناشی از انگیزه انتقام جویی از حملات قبلی باشد، این در حالی است که اغلب فرصت خروج از مهلکه خطر و مراجعه به مراجع ذی صلاح قانونی از جمله نیروی انتظامی وجود دارد، لذا دفاع پیشگیرانه تهاجمی که مبتنی بر تهاجم و حمله پیشاپیش شخص به مهاجم آینده است دارای ماهیت تهاجمی است و در صورت ایراد صدمه موجب مسئولیت مرتکب است. البته نمی توان با لحاظ سابقه مکرر تهاجم که در زمره اوضاع و احوال خاص مؤثر در جرم است، مستند به بند پ ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، اعمال تخفیف در مجازات را نسبت به مدافع در دفاع پیشگیرانه تهاجمی از نظر دور داشت، تا جایی که می توان گفت آنجا که مجازات مدافع، غیر از قصاص یا دیه است اعمال تخفیف در مجازات تعزیری مصداقی از قاعده «التعزیر بما یراه الحاكم» (حلی، ۱۴۲۰ ق، ج ۵: ۴۱۰-۴۱۱) و به عدالت نزدیک تر است، چون سبق مکرر حمله نسبت به مدافع، تحریک آمیز است که شخص را در حرج قرار داده است، ضابطه آن هم نوعی است که چنانچه احراز شود با لحاظ قاعده لاجرح (انصاری، ۱۴۲۲: ج ۲، ۴۶۳) مسئولیتی متوجه مدافع نخواهد بود یا مسئولیت وی قابل نقصان است.

۳. دفاع پیشگیرانه تدافعی

در دفاع پیشگیرانه تدافعی، شخص مدافع دست به حمله نمی‌زند بلکه با اتخاذ تدابیر و انجام اقداماتی مثلاً در محدوده ملک تحت مالکیت یا تصرف خود، بر سر راه مهاجم آینده (که چه بسا هویت وی و نیز زمان تهاجم او نامعلوم است و فقط یقین به انجام چنین تعرضی وجود دارد) موانعی قرار می‌دهد که در صورت فعلیت یافتن تعرض یا تجاوز، صدمه شخص متجاوز یا حتی مرگ وی، محتمل است. از مصادیق بارز این نوع واکنش پیشگیرانه می‌توان، نصب اشیاء تیز و برنده مانند شیشه و یا سیم خاردار بالای دیوار منزل، حفر چاه یا استفاده از حیواناتی نظیر سگ را نام برد یا ممکن است متصرف قانونی ملک، برای حفظ اشیاء موجود در داخل آن از دستبرد سارقین، محیط پیرامون ملک یا این اشیاء را برق‌دار کند، به گونه‌ای که اگر بدن کسی با آن‌ها تماس پیدا کند تلف شود. در این نوع دفاع پیشگیرانه، شخص مدافع که بیم حمله به منزل و اموال داخل ملک خویش را از سوی شخص معین یا غیرمعین دارد عمل تهاجمی، مرتکب نمی‌شود؛ بلکه با تدابیری شبیه موارد فوق‌الذکر، مانع ورود بدون اجازه و به عنف شخص غیر ماذون به ملک خویش می‌گردد. معمولاً این نوع عملیات دفاعی پیشگیرانه تدافعی، مانند محافظت در برابر ورود سارقین علاوه بر ویژگی‌های عمومی و مشترک فوق‌الذکر، در مواردی به عمل می‌آید که اولاً توسل به نیروی انتظامی یا دیگر مراجع قانونی مقدور نباشد، ثانیاً عملیات دفاعی با رعایت اسهل فالاسهل باشد که در زیر به بررسی این دو ویژگی پرداخته می‌شود:

۱.۳. مقدور نبودن توسل به قوای دولتی

دفاع پیشگیرانه تدافعی، اقدامات شخص مدافع است که به منظور جلوگیری از تهاجم حتمی الوقوع انجام می‌گیرد و در آن زمان امکان مراجعه مدافع به قوای دولتی مثل پلیس یا سایر مراجع قانونی وجود ندارد یا مقدور نمی‌باشد، لذا اگر فرصت مراجعه به مراجع قانونی و استفاده از نیرو و امکانات آن‌ها وجود داشته است، دفاع پیشگیرانه تدافعی قابل توجیه نیست، چراکه اساساً به‌طور دقیق معلوم نیست دقیقاً در چه زمانی این تهاجم غیرقانونی علیه متعلقات ملک مدافع روی خواهد داد تا نیروی انتظامی بتواند در محل حاضر و اقدامات لازم را انجام دهد، مثلاً مالک یا پلیس نمی‌دانند در چه زمانی اموال موجود در ملک مورد سرقت واقع خواهد شد تا خود یا نیروی انتظامی مانع تعرض سارق شوند یا او را دستگیر نمایند، لذا مالک، ملک یا اشیاء مورد نظر را به ابزار آلات کشنده مثل برق مجهز می‌کند و بدین وسیله باعث صدمه یا مرگ مهاجم می‌گردد. البته اقدامات نهادهای قانونی به دفع تجاوز را نمی‌توان دفاع محسوب کرد آن‌ها در اجرای ماده ۱۴ قانون نیروی انتظامی وظیفه پیشگیری از جرم و حفظ نظم عمومی و در صورت وقوع جرم چنانچه مشهود باشد مستند

به ماده ۷۷ قانون آئین دادرسی کیفری برای حفظ آثار و علائم، جمع‌آوری ادله و جلوگیری از فرار و مخفی شدن متهم اقدامات لازم را به عمل می‌آورند. در دفاع مشروع هم فرصت مراجعه به مراجع ذی صلاح قانونی وجود ندارد چرا که به صراحت در بند ۱ ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی آمده است "توسل به قوای دولتی بدون فوت وقت عملاً ممکن نباشد" به همین دلیل در مباحث رای اصراری مورخ ۹۱/۵/۳۱ ردیف ۳۳/۸۶ اقدام مدافع به کشتن مقتول که نظر سوء به عمل نامشروع با وی را داشته است به سبب عدم دسترسی به نیروی انتظامی دفاع مشروع شناخته شده که منصرف از دفاع پیشگیرانه است زیرا که مسبوق به دیگر شرایط مثل سبق و تکرار رفتار مجرمانه نیست.

۲.۳. تناسب دفاع

اقدامات پیشگیرانه تدافعی در مقابل تهاجم است که مدافع را قبل از آن، برای حفظ جان، مال، عرض و آزادی خود به انجام تمهیداتی وادار می‌سازد، این تمهیدات ظاهراً در قالب استفاده مدافع از اموال خود است، ولی چنانچه مدافع در خارج از ملک خود اقدامات تدافعی انجام دهد، مثلاً در ملک عمومی گودال حفر کند و بدین وسیله سبب آسیب به هر کس از جمله مهاجم در بیرون از ملکش گردد مستند به صراحت ماده ۵۰۷ قانون مجازات اسلامی ضامن است، مگر این که آسیب دیده با علم به آن و امکان اجتناب از آن عمداً خود را در گودال اندازد که در این صورت حافر گودال مسئولیت نخواهد داشت، بنابراین باید گفت اقدامات پیشگیرانه تدافعی، انجام تمهیدات و دخل و تصرف در ملک خود است که معمولاً اشخاص مطابق با قاعده سلطنت به مفهوم "الناس مسلطون علی اموالهم" (مجلسی، ۱۴۰۳: ۲۷۲/۲) مجاز هستند هر گونه تمهیدات یا دخل و تصرف را در متعلقات از جمله در ملک خود انجام دهند و چه بسا این دخل و تصرف در ملک خود در مقام تدارک دفاع از چیزی در مقابل تهاجم احتمالی در آینده باشد.

دخل و تصرف اشخاص مانند مدافع در متعلقات خود یا در ملکی که تحت تصرف و اختیارش است به منظور دفاع از موضوع واقع در داخل ملک، به دو گونه است: دخل و تصرفی که اثر مخرب بیرونی (خارج از ملک) دارد و دخل و تصرفی که اثر مخرب خارج از ملک مدافع نداشته باشد. دخل و تصرف در ملک که اثر بیرونی مخرب داشته باشد، منطقی و عرفاً حکم ماده ۵۰۷ قانون مجازات اسلامی را خواهد داشت، به موجب این ماده: "هر گاه شخصی در معابر و اماکن عمومی یا ملک دیگری بدون اذن مالک گودالی حفر کند یا چیز لغزنده‌ای در آن قرار دهد و یا هر عملی انجام دهد که سبب آسیب دیگری گردد ضامن دیه است مگر این که فرد آسیب دیده با علم به آن و امکان اجتناب عمداً با آن برخورد نماید"، در این خصوص فرقی نیست شخص مستقیماً در ملک

عمومی دخل و تصرف کند و باعث صدمه به دیگران شود یا همین دخل و تصرف را در ملک خود به عمل آورد ولی آثار آن در بیرون از ملک، خود را نشان دهد و موجب صدمه به دیگران گردد، منتها تفاوت آن‌ها در نوع تصرف از ملک خود است که متعارف یا برای رفع حاجب یا دفع ضرر از خود باشد که در این حال مالک، ضامن آثار مخرب بیرونی ناشی از این دخل و تصرف خود نخواهد بود والا وی به حکم ماده ۱۳۲ قانون مدنی مبنی بر این که «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر به همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای حاجت یا رفع ضرر از خود باشد» مسئول جبران خسارت زیان دیده خواهد بود، زیرا به موجب این ماده اگر مالک از ملک خود استفاده غیر متعارف کند یا استفاده‌ای نماید که برای دفع ضرر یا رفع حاجت از خودش نباشد مسئول است، در این صورت، عنوان قانون به این که مدنی است یا جزائی، نوع ضرر ایجاد شده جان باشد یا مال و شخصی که ضرر می‌بیند همسایه باشد یا غیر همسایه، موضوعیت ندارد، همین طور محل ایراد ضرر نیز واجد خصوصیتی نیست، یعنی، چه این ضرر در منزل همسایه اتفاق بیفتد یا این که این ضرر در جای دیگر مثلاً در ملک عمومی واقع شود تفاوتی ندارد، در این زمینه اگر مالک با سوء نیت مجرمانه رفتار کند مستحق مجازات نیز است.

عمده بحث راجع به انجام تمهیدات دفاعی یا به تعبیری دخل و تصرف در ملک خود به منظور دفاع بدون ایجاد آثار بیرونی از آن (ملک) است که این دخل و تصرف در ملک خود ممکن است به دو صورت متعارف یا غیر متعارف باشد. تحقیقا در صورتی که مالک در ملک خود دخل و تصرف متعارف کند و شخصی با ورود به این ملک بر اثر این دخل و تصرف متعارف صدمه ببیند مثلاً وارد شونده مأذون در ورود به ملک در هنگام بالا رفتن از پله‌های معمولی سقوط کند و صدمه ببیند مالک ضامن آسیب دیده نخواهد بود و بطریق اولی حکم آسیب به وارد شونده غیر مأذون به این ملک نیز این چنین است، اما بحث آنجا است که دخل و تصرف مالک در ملک خود غیر متعارف باشد و در نتیجه آن در داخل ملک به وارد شونده بر اثر این دخل و تصرف آسیب برسد، در این زمینه قانون‌گذار با وضع ماده ۵۰۸ قانون مجازات اسلامی بیان کرده که چنانچه این آسیب به سبب اغوا وارد شونده و یا عدم اطلاع رسانی به وی باشد مالک ضامن است والا اگر آسیب دیده بدون اطلاع و اذن مالک داخل شود و صدمه ببیند مالک ضامن نیست، این حکم قانونی اقتباس از نظرات فقها است که صرف نظر از بحث دفاع و به صورت موردی مطرح کرده‌اند. برخی فقها صرف نظر از متعارف بودن یا غیر متعارف بودن دخل و تصرف مالک، علی‌الطلاق با طرح مورد معتقدند: «هرگاه کسی سنگی در داخل ملک خود بگذارد و ناخواسته (ناگهان) عابری با او برخورد کند و بمیرد ضامن خون‌به‌های عابر نیست» (خوبی، ۱۴۲۲ق: ۲۹۸)، در این نظریه‌ی فقهی که اشاره به گذاردن سنگ در داخل ملک شده است، سنگ، موضوعیت ندارد یعنی این حکم می‌تواند شامل هر مورد

دیگری نیز بشود و به نوع استفاده متعارف یا غیر متعارف نیز اشاره نشده است و اطلاق بر استفاده غیر متعارف هم دارد، ولی عبارت برخی از فقها مثل: «اگر کسی سنگی را در ملک خود قرار دهد و یا چاهی در آن حفر کند و یا میخی در آن بکوبد و یا چیزهایی که پای رهگذر به آن‌ها گیر می‌کند قرار دهد و اتفاقاً کسی پایش به آن سنگ گیر کند و بیفتد و یا در چاه سقوط کند و یا چاقو یا میخ به پایش فرو رود، ضامن دیه او نیست» (نجفی، ۱۳۶۷: ج ۴۲، ۹۷ و فاضل هندی، ۱۴۲۴: ج ۱۱، ۲۷) دلالت بر جواز استفاده غیر متعارف از ملک دارد.

تحقیقاً احکام یا مفاهیم هر یک از متون قانونی و فقهی فوق‌الذکر به منظور تصرفات مباح مالک در ملک خود با هر قصدی اعم از بهره‌برداری بهینه از ملک یا حفاظت در برابر انواع خطرات آتی از جانب هر کس یا هر چیز است. در این زمینه چنانچه باوجود تحذیر، هشدارشونده به هشدار بی‌توجهی نماید و خود را در معرض خطر قرار دهد و در نهایت خسارتی به هشدارشونده وارد آید مسئولیتی متوجه هشداردهنده نیست (محقق داماد، ۱۳۷۴: ج ۲، ص ۲۳۵)، مگر این‌که متجاوز توسط مالک اغوا به ورود به ملکی گردد که مالک دخل و تصرف غیر متعارف در آن داشته است در اینصورت مالک ضامن است، ولی اگر متجاوز غیر مأذون خود، بدون خواست مالک، به ورود به ملک اغوا گردد و با ورود به ملک آسیب ببیند مالک ضامن نخواهد بود، مثلاً چنانچه مالک جواهری را پشت پنجره بگذارد و سارق برای بردن آن داخل ملک شود و سگ خانه گازش بگیرد مالک ضامن نیست، با این توصیف اگر کسی اطراف حوضچه ماهی‌اش در ملک خود جهت جلوگیری از سرقت ماهی داخل آن را برق‌دار کند و در نتیجه آن سارق ماهی کشته شود مالک ضامن نیست اعم از این‌که سارق ماهی بداند که خطر برق‌گرفتگی وجود دارد که مطابق قاعده اقدام مالک ضامن نیست و یا حتی سارق ماهی نداند که اطراف حوضچه به برق مجهز شده است، منتها مالک برای حفظ ماهی‌ها از سرقت منطقی ناچار به آن باشد که ضرورت عرفی حفظ ماهی است حتی اگر سارق کشته شود مسئولیتی متوجه مالک نیست یعنی تناسب در ارزش مال حفظ شده با آن چیزی که در مقام دفاع از بین می‌رود شرط نیست و موضوعیت ندارد.

آنچه در فقه و حقوق ایران مستند به بند الف ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی مهم است و موضوعیت دارد ضرورت دفاع است، حد ضرورت، منطقی و به تعبیر دیگر متعارف بودن عمل است که اقتضای آن رعایت اسهل فالاسهل است که مورد توجه برخی فقها (خمینی، ۱۳۷۹: ج ۱، ۴۸۸) هم فرار گرفته است، در این خصوص ایجاد موانع ایذائی، عمل به آن است والا صاحب مال نمی‌تواند برای حفظ و دفاع از مال خود در برابر ربایش، مقاومت اولش کشتن شخصی باشد که قصد ربودن آن مال را دارد و حتی آن را ربوده است، زیرا ضرورت حفظ مال در اولین اقدام، عرفاً و منطقیاً کشتن متجاوز نیست، ولی اگر اقدامات صاحب مال برای دفاع از مالش مفید فایده نبود و پس از آن

چاره‌ای جز کشتن متجاوز نباشد ضرورت، اقتضای اقدام شدیدتری را می‌طلبد که در این صورت مدافع مسئولیتی نخواهد داشت، والا برای حفظ مال، به جان یک انسان هر چند سارق ضرر رسانیده و تلف گرداند حرام است (نراقی، ۱۴۲۰ ق: ۷۵ - ۷۷)، دلیل آن بحث فقها قاعده لاضرر برگرفته از عبارت "لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام" است که مخصص قاعده سلطنت برگرفته از عبارت "الناس مسلطون علی اموالهم" می‌باشد (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۱: ۱۰۹)، حتی اگر به‌نظر برخی دیگر رابطه آن‌ها حکومت باشد به این معنی که قاعده لاضرر حاکم بر قاعده سلطنت است (انصاری، ۱۳۲۳: ج ۲، ۴۵۷)، باز هم مالک مال نمی‌تواند به یکباره با کشتن انسان متجاوز از مال خود حفاظت کند که ضرورت اقتضای آن را ندارد؛ بنابراین در نظریات فقهی، تناسب در ارزش به‌شرط رعایت ضرورت عرفی قابل توجیه و قبول است، بر این اساس اقدامات اول‌کشنده مالک مال، مسئولیت قتل متجاوز را از ذمه او باز نمی‌کند، چنان‌که در حقوق فرانسه این‌گونه است، در حقوق فرانسه، مالک یک حوضچه‌ی پرورش ماهی که با گذاشتن دام‌های انفجاری در اطراف آن، موجب صدمه به نوجوانی شد که قصد گرفتن ماهی‌ها را داشت مسئول شناخته شد، چون در این حالت شرط تناسب وجود ندارد (گلدوزیان، ۱۳۶۹: ۱۹۳)، مقصود از تناسب در این مورد تناسب در ارزش است؛ ولی در نگاه فقهاء امامیه و همین‌طور حقوق ایران، اگر مالک حوضچه اقدام غیر متعارف خود به برق‌دار کردن سیم‌های اطراف حوضچه را نوعاً به اطلاع عموم برساند و سارق علیرغم آن با اطلاع از خطر برق‌گرفتگی اقدام به سرقت از حوضچه کند و به‌دنبال آن دچار برق‌گرفتگی شود مالک مسئولیتی نخواهد داشت، این عدم مسئولیت مالک از جهت دفاع نیست بلکه از جهت تحذیر و اقدام سارق علیه خود بنام "قاعده اقدام" (مصطفوی، ۱۴۱۲ ق: ۵۱) است؛ در غیر آن‌ها استفاده غیر متعارف مالک با هدف دفاع از مال مطلق نیست بلکه تا جایی مجاز است که مسبوق به مراتب ضرورت یعنی "اسهل فالاسهل" باشد، در این صورت تناسب در ارزش که در حقوق فرانسه موضوعیت دارد در حقوق ایران و نگاه فقهاء موضوعیت نخواهد داشت بلکه تناسب در شیوه دفاع است که تحت‌عنوان کلی ضرورت رافع مسئولیت مالک خواهد بود، بنابراین منظور از ضرورت دفاع، اجتناب‌ناپذیر بودن آن است. بدین توضیح که با توجه به قابل پیش‌بینی بودن وقوع حمله در آینده، راهی جز انجام دفاع پیشگیرانه وجود ندارد. ثانیاً در مفهوم ضرورت، تناسب نهفته است، در یک نگاه دقیق تناسب را می‌توان از دو جهت تناسب در ارزش و دیگری از جهت تناسب در شیوه یا سلاح مورد توجه قرار داد.

مقصود از تناسب در ارزش این است که بین صدمه قابل پیش‌بینی ناشی از حمله و صدمه ناشی از دفاع پیشگیرانه، تعادل منطقی وجود داشته باشد، به‌عبارت روان‌تر بین ارزشی که بواسطه تهاجم از بین می‌رود با ارزشی که در مقابل دفاع حفظ می‌گردد اختلاف معنی‌داری نباشد. بر این اساس

مدافع حق ندارد برای دفع حمله‌ای که در آینده به قصد صدمه جزیی، متوجه او است، به قتل دست بزند، زیرا در این حالت از حد ضرورت فراتر رفته است (اردبیلی، ۱۳۸۶: ۲۰۳) و منطق عقلی و عرفی نمی‌پذیرد. در خصوص میزان زاید از حد تناسب در ارزش که مصداق تجاوز از دفاع است اختلاف نظر وجود دارد (حسینی، ۱۳۹۱: ۱۲۰)، همچنان‌که در رای اصراری مورخ ۸۱/۴/۷ با ردیف ۷۸/۲ دفاع نامتناسب در مقابل حمله مهاجم منجر به قتل وی موجب قصاص نشده است ولی مدافع را مکلف به پرداخت دیه می‌کند. در هر حال وقتی اعتقاد بر تناسب در ارزش است تا حدود متعارف قابل قبول است و مدافع را از حالت دفاع خارج نمی‌سازد، والا مدافع خود به متجاوز تبدیل خواهد شد؛ به زبان دیگر، هنگامی شخص مدافع به یک متجاوز تبدیل می‌شود که ارزش بیشتری از مهاجم را از بین ببرد یعنی عمل مدافع بیش از حد ضرورت دفاع است، در این صورت این عمل جرم و وی به‌عنوان مهاجم مجرم تلقی می‌شود. قانون‌گذار در بند الف ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲، با طرح این‌که دفاع باید "برای دفع تجاوز یا خطر ضرورت داشته باشد" نخواست است که در مفهوم ضرورت، تناسب در ارزش را به مخاطب خود القا کند، بر این اساس وقتی که در دفاع مشروع تناسب در ارزش شرط نیست و خصوصیتی ندارد، در دفاع پیشگیرانه نیز رعایت این تناسب را نباید شرط دانست. حال این پرسش مطرح است که آیا از مفهوم ضرورت می‌توان تناسب در سلاح یا شیوه دفاع را پذیرفت یا به هر طریق ممکن، دفاع از حق موضوعیت دارد؟ زیرا وقتی بتوان با واکنش کم‌خطرتری مهاجم را دفع کرد، از نظر منطقی و هزینه‌های سنگین و بعضاً غیر قابل جبران، قابل توجیه نیست که از همان ابتدا، مدافع با شدیدترین برخورد ممکن، هر چند متناسب با ارزش موضوع تهاجم باشد، مقابله کند، مثلاً چنانچه مهاجم، با فریاد کردن مدافع، از تهاجم منصرف می‌گردد باید به همان اندازه بسنده نمود، اگر مؤثر واقع نشد با زدن دست، اگر باز هم فایده نکرد با زدن چوب و در نهایت به حربه متوسل شد (محقق حلی، ۱۳۶۸: ج ۴، ۱۹۰۳)، حال با این فرض که مدافع برای حفظ مال خود در همان ابتدا واکنش خشنی از خود نشان دهد که فراتر از ضرورت باشد، مثلاً برای دفاع از مال خود مهاجم را به قتل برساند، در خصوص دفاع از نفس، قانون‌گذار در تبصره ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی پذیرفته است که اگر دفاع از مراتب آن تجاوز کند مجازات قصاص به تعزیر و دیه تبدیل شود، یعنی عدم تناسب در شیوه دفاع منجر به قتل صرفاً عامل مخففه مجازات است، ولی در غیر از قتل، به‌طور کلی، بر اساس ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی، اگر مدافع فراتر از ضرورت شیوه دفاع عمل کند که منطقی یا عرفاً برای دفاع لازم نیست مدافع مسئول است، در دفاع پیشگیرانه هم که از این جهت ویژگی‌های دفاع مشروع را دارد و در زمان مقدم بر تهاجم انجام می‌گیرد و این نوع عملیات پیشگیرانه به قصد دفاع انجام می‌شود، رعایت شرط مزبور یعنی تناسب در سلاح یا شیوه عمل لازم است، در غیر این صورت، چه بسا شخص مدافع، مهاجم محسوب شود.

نتیجه گیری

در دفاع پیشگیرانه همچون دفاع مشروع، شخص مدافع به دنبال مقابله با تعرض دیگری علیه متعلقات خود اعم از جان، مال و ناموس خود است که با لحاظ نحوه دفاع بر دو نوع تهاجمی و تدافعی قابل تقسیم می‌باشد. ویژگی‌های مشترک هر دو نوع دفاع پیشگیرانه؛ قابل پیش‌بینی بودن تهاجم، غیرقانونی بودن تهاجم، باور قطعی مدافع نسبت به وقوع تهاجم و ضرورت دفاع است. هر یک از انواع دفاع پیشگیرانه، ویژگی‌های خاص خود را نیز دارند؛ وجود حملات مکرر در گذشته و بی‌تأثیر بودن مراجعه به نیروی انتظامی، دو ویژگی خاص دفاع پیشگیرانه تهاجمی است. مقذور نبودن توسل مدافع به نیروی انتظامی و همچنین متناسب بودن دفاع از ویژگی‌های ویژه دفاع پیشگیرانه تدافعی است.

در فقه امامیه و قانون ایران، دفاع پیشگیرانه تهاجمی مجاز دانسته نشده و به افراد اجازه تهاجم به قصد پیشگیری از تعرض آینده داده نشده است، چه این که ادعای مدافع نسبت به وقوع حمله در آینده ممکن است اغراق آمیز بوده و قابلیت راستی‌آزمایی نداشته باشد یا یقین به احراز آن ممکن نباشد، این در حالی است که فرصت خروج از مهلکه خطر و مراجع ذی صلاح قانونی از جمله نیروی انتظامی وجود دارد، ولی باوجود آن، از آنجا که حقوق ایران مبتنی بر قواعد فقهی و اوضاع و احوال حاکم بر جرم است، در صورت وقوع جرائم تعزیری با لحاظ قاعده حرج، مسئولیت کیفری و مجازات مرتکب با لحاظ قاعده "التعزیر بما یراه الحاکم" قابل نقصان است.

در متون فقه امامیه و قوانین ایران، با این که دفاع پیشگیرانه تدافعی به طور خاص و صریح پذیرفته نشده است، لیکن ماده ۵۰۸ قانون مجازات اسلامی و تبصره یک آن، نظر به اقداماتی کرده است که می‌تواند به منظور دفاع پیشگیرانه تدافعی نیز انجام شود به شرطی که مدافع نسبت به موضوع حق داشته و دفاع متناسب باشد، بنابراین چنانچه شخصی قصد تعرض به ملکی را داشته باشد و به موانع تعبیه شده از سوی مالک برخورد نماید و صدمه ببیند بدون توجه به تناسب در ارزش، می‌توان مالک را از هرگونه ضمان بری دانست. البته در دفاع پیشگیرانه تدافعی، ملاک تناسب در شیوه دفاع عرف یا جواز قانونی است که قابل توجیه می‌باشد، بر این اساس، مالک می‌تواند بمنظور دفاع از اموال موجود در ملک خود، اطراف آن را سیم بکشد ولی نمی‌تواند آن‌ها را برق‌دار نماید و موجب کشتن کسی گردد که دست به سیم می‌زند، زیرا قاعده سلطنت اقتضای آن را دارد که مالک هر تصرفی را در ملک خود انجام دهد ولی اقتضای ضرورت در دفاع نمی‌طلبد که بدون متعارف بودن دفع از مالش از همان ابتدا با برقدار کردن سیم‌های اطراف ملک دفاع کند، اما اگر مال مورد حمایت داخل ملک باشد و مالک اطراف آن را در داخل ملک برق‌دار نماید ایجاد موانع ایذائی مثل احداث دیوار، متعارف عمل کردن و رعایت "اسهل فالاسهل" است، چنان که جواز

قانونی یا اطلاع رسانی در قالب تحذیر نیز می تواند مسئولیت را از مالکی بردارد که در مال خود دخل و تصرف غیرمتعارف می نماید و در نتیجه دیگری به موجب آن صدمه دیده است.

منابع

- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۸۶)، **حقوق جزای عمومی**، ج ۱، چاپ ۱۸، تهران: نشر میزان.
- حسینی، سیدمحمد (۱۳۹۱)، «بررسی تطبیقی آثار شرط تناسب و عدم رعایت آن در دفاع مشروع با نگاهی به احکام لّصّ در فقه و نظام حقوقی ایران و دکترین قلعه در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا»، **نشریه نامه مفید**، سال هجدهم، شماره ۹۴، ص ۱۱۹-۱۳۸.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۳)، **لغت نامه دهخدا**، ج ۷، چاپ اول از دوره جدید، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- صباح مشهدی، حمید (۱۳۸۵)، «بررسی و تبیین قاعده تحذیر یا هشدار»، **نشریه دادرسی**، شماره ۶۰، ص ۱۹-۱۳.
- فلاح، مهدی (۱۳۸۵)، «قاعده تحذیر در رویکرد فقهی و حقوقی»، **ماهنامه معرفت**، سال پانزدهم، شماره ۱۰۶، ویژه نامه حقوق، ص ۴۷-۵۷.
- فلچر، جورج پی (۱۳۹۴)، **مفاهیم بنیادین حقوق کیفری**، ترجمه سیدمهدی سیدزاده ثانی، مشهد: انتشارات دانشگاه علوم رضوی.
- فیض، علی رضا (۱۳۶۵)، **تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام**، چاپ اول، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- گلدوزیان، ایرج (۱۳۶۹)، «دفاع مشروع و اعمال در حکم دفاع مشروع»، **مجله کانون وکلاء دادگستری مرکز**، دوره ۱ جدید، ص ۱۵۱-۱۵۰.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۴)، **قواعد فقه**، ج ۲، چاپ ۵، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- میرمحمد صادقی، حسین (۱۳۸۶)، **جرایم علیه اشخاص**، چاپ اول، تهران: نشر میزان.

قوانین:

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ و ۱۳۷۵

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱

قانون آئین دادرسی کیفری ۱۳۹۲

ب - عربی

انصاری، مرتضی، (۱۴۲۲)، **فوائد الاصول (الرسائل)**، ج ۱، قم، مجمع الفكر الاسلامی
حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۲۰ ق)، **تحریر الاحکام**، چاپ ۵، قم، مطبعه الاعتماد
فاضل هندی (۱۴۲۴ ق)، **کشف اللثام عن قواعد الاحکام**، دوره یازده جلدی، ج ۱۱، چاپ اول،
قم، انتشارات مؤسسه نشر اسلامی.

مجلسی، محمد باقر، (۱۴۰۳)، **بحار الانوار**، جلد ۲، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی
محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن (۱۳۶۸)، **شرایع الاسلام**، ج ۴، ترجمه ابوالقاسم
ابن احمد یزدی، به کوشش محمد تقی دانش پزوه، چاپ ۴، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
مصطفوی، سید محمد کاظم، (۱۴۱۲ ق)، **القواعد**، ج ۱، نشر الاسلامی.

مکی العاملی، محمد بن جلال الدین (۱۴۱۰ ق)، **اللمعة الدمشقیه**، ج ۹، چاپ اول، قم، انتشارات
داوری.

موسوی بجنوردی، سید حسن، (۱۳۷۱ ش)، **القواعد الفقهیة**، جزء اول، چاپ ۲، قم، موسسه
اسماعیلیان

موسوی خمینی، سید روح... (۱۳۹۰ ق)، **تحریر الوسیله**، ج ۱ و ۲، چاپ سوم، نجف اشرف، انتشارات
آداب.

موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲ ق)، **مبانی تکلمة المنهاج**، قم، انتشارات مؤسسه احیاء
آثار آیتا... خویی.

نجفی، محمد حسن (۱۳۶۷)، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، ج ۴۲، چاپ ۳، انتشارات
دارالکتب الاسلامیه.

نراقی، ملا احمد، (۱۴۲۰ ق)، **عواید الایام**، چاپ ۱، بیروت، انتشارات دارالهدی

Clarkson, C. M. V (Christopher M. V) and Keating, H. M (2010), **Criminal Law/ Text and Materials: General Defenses/ Necessary Defense**, 7th Edition, London, Sweet and Maxwell.

Joshua Dressler (2002), **Criminal Law Theory**, Battered Women Who Kill Their Sleeping Tormenters: Reflections on Maintaining Respect for Human Life While Killing Moral Monsters,; Doctrines of the General Part 259 Stephen Shute and A. P. Simesters eds, Number 11 Oxford Scholarship online.

Joshua Dressler (2012), **Battered Women and Sleeping Abusers: Some Reflection** (Frank R. Strong Chair in Law, Michael E. Moritz College of Law), The Ohio State University. Moritz

Palmer V the Queen (1971), Privy Council on appeal from the Court of Appeal of Jamaica, AC.e- lawresources.co.uk.



پژوهشنامه حقوق کیفری

سال هشتم، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۶

شماره پیاپی ۱۶



مطالعه تطبیقی بازرسی و تفتیش وسایل نقلیه در حقوق ایران و امریکا

دکتر غلامحسین کوشکی^۱

سحر سهیل مقدم^۲

تاریخ پذیرش: ۹۶/۱۰/۱۸

تاریخ دریافت: ۹۵/۴/۲۸

چکیده

یکی از جلوه‌های حریم خصوصی، محیط وسایل نقلیه است. در نظام حقوقی امریکا، محیط وسیله نقلیه به توجه به از بین رفتن سریع ادله و نیز در معرض عموم بودن آن، مورد حمایت کم‌تری واقع شده است؛ به گونه‌ای که در مواردی همچون احراز ظن متعارف به ارتکاب جرم، جرایم شدید و خطرناک و نیز وضعیت‌های خطرآفرین مانند رانندگی همراه با مستی می‌توان وسیله نقلیه را بدون کسب مجوز قضایی توقیف نمود و در حدود ضوابط و تشریفات قانونی، آن را مورد بازرسی و تفتیش قرار داد. در قانون آیین دادرسی کیفری ایران معیار اساسی در این مورد، وقوع جرم به صورت مشهود و یا غیرمشهود است. در نظام حقوقی ایران شرایط و تشریفات روشنی به منظور کیفیت بازرسی از قبیل قلمروی بازرسی از سرنشینان و نیز قلمروی آن، تعیین نشده است. اصل اولیه در این مقام، کسب مجوز قضایی به منظور تفتیش و بازرسی از وسایل نقلیه است. در این مقاله به این مساله می‌پردازیم که در چه مواردی بازرسی و تفتیش از وسایل نقلیه جایز است و در صورت مجاز بودن تحت کدام شرایط و ضوابط بازرسی و تفتیش باید صورت گیرد. از این مطالعه تطبیقی می‌توان دستاوردهایی از قبیل تبیین کیفیت و جزئیات تفتیش به صورت شفاف و روشن و نیز وجود ضمانت اجراهای مقتضی را در راستای تحقق دادرسی منصفانه برداشت کرد.

واژگان کلیدی: رعایت حریم خصوصی، بازرسی و تفتیش، دادرسی کیفری، وسایل نقلیه. ضمانت اجرا

۱. kooshki1357@gmail.com

۱. عضو هیات علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی (نویسنده مسئول)

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علامه طباطبائی

مقدمه

به رسمیت شناختن و احترام به حق حریم خصوصی و لزوم وجود مقررات و قواعدی ناظر بر رعایت حق اشخاص بر تنها بودن نه تنها به تأمین بیش‌تر آزادی آنان کمک می‌کند بلکه ورود به قلمرو خصوصی اشخاص توسط ماموران دولتی را با مقرر نمودن تشریفات و ضوابطی در راستای اجرای تفتیش و بازرسی محدود می‌نماید. در راستای تأمین حق مذکور اصل ۲۲ قانون اساسی مقرر نموده است که:

«حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است مگر در مواردی که قانون تجویز کند.»

متأسفانه در حقوق ایران، تعریف صریح و مشخصی از حریم خصوصی ارائه نشده است و در قوانین ایران نیز اعم از اساسی یا عادی، عبارت «حریم خصوصی» مورد استفاده قرار نگرفته است (رحمدل، ۱۳۸۴: ۱۲۹). ارائه تعریفی از حریم خصوصی دشوار است زیرا مفهومی نسبی است به طوری که ممکن است موضوعی در کشوری داخل در مفهوم حریم خصوصی تلقی شود در حالی که در کشور دیگری چنین نباشد. می‌توان حریم خصوصی را این چنین تعریف کرد:

«قلمرویی از زندگی هر فرد است که آن فرد نوعاً و عرفاً یا با اعلان قبلی، انتظار دارد دیگران بدون رضایت وی به اطلاعات راجع به آن قلمرو دسترسی نداشته باشند، یا به آن قلمرو وارد نشوند یا به آن قلمرو نگاه یا نظارت نکنند یا به هر صورت دیگری وی را در آن قلمرو مورد تعرض قرار ندهد. منازل و اماکن خصوصی، جسم افراد، اطلاعات شخصی و ارتباطات خصوصی از مهم‌ترین مصادیق حریم خصوصی هستند.» (انصاری، ۱۳۸۶: ۳۹-۳۸).

در قانون اساسی آمریکا نیز صراحتاً به این حق بنیادین تصریح نشده است؛ اما با استناد به اصلاحیه چهارم قانون اساسی آمریکا که بر ممنوعیت تفتیش‌ها و توقیف‌های غیر موجه دلالت دارد، رعایت و حفظ حریم خصوصی^۱ استنباط می‌گردد (collings Jr, 1962:425). مشهورترین تعریفی که از حریم خصوصی در یکی از آرای دیوان عالی کشور آمریکا (رای کاتز علیه ایالات متحده آمریکا)^۲ بیان شده است عبارت است از: «حق افراد بر تنها بودن»^۳ (Del carmen, 2008: 192). پرسشی که مطرح می‌شود آن است که با تحقق چه شرایطی حق خلوت با خویشتن مشمول حمایت قانون اساسی آمریکا قرار می‌گیرد؟ در پاسخ به پرسش مذکور، قاضی «هارلن»^۴ در پرونده-

1. The right to privacy
2. Katz V. United States, 389 U.S. 347(1967)
3. The right to be let alone by other people
4. Justice Harlan

ای^۱ مقرر نموده است که حریم خصوصی زمانی تحت حمایت قانون قرار می‌گیرد که «انتظار متعارف و معقولی از حریم خصوصی»^۲ وجود داشته باشد. در واقع به منظور تحقق بخشیدن به حق مذکور وجود دو شرط را الزامی نموده است که عبارتند از:

۱- خود شخص می‌بایست نشان دهد که انتظاری واقعی و حقیقی از محرمانه بودن و خصوصی بودن موقعیت دارد.

۲- جامعه نیز باید انتظار شخص از خصوصی بودن آن موقعیت را به رسمیت بشناسد (Del Carmen, 2008: 193).

به نظر می‌رسد در حقوق آمریکا علاوه بر ملاک شخصی، معیار نوعی هم در تبیین به شمار آوردن موقعیتی به عنوان حق حریم خصوصی نقش به‌سزایی دارد. در نتیجه ملاک انتظار متعارف از حریم خصوصی معیاری ذهنی^۳ است که از پرونده‌ای به پرونده دیگر بر اساس اوضاع و احوال متفاوت است.

یکی از اقداماتی که ناقض حریم خصوصی قلمداد می‌شود، «بازرسی و تفتیش» است. با توجه به استثنایی بودن این اقدام، ضروری است که در قوانین آیین دادرسی کیفری حدود و ثغور این اقدام مشخص گردد.

در حقوق ایران با توجه به مواد قانون آیین دادرسی کیفری این‌گونه برداشت می‌شود که بازرسی و تفتیش از اتومبیل‌های شخصی همانند بازرسی منزل باید با اجازه مقام قضائی باشد و در نتیجه وسایل نقلیه نیز جزء مکان‌های خصوصی بوده و رعایت حریم خصوصی در آن اجتناب‌ناپذیر است. بر این اساس، نقض حریم خصوصی افراد باید در راستای یک مصلحت عمومی بوده و تنها در مواردی به عمل آید که مصلحت عمومی، مهم‌تر از حق افراد و بر مبنای موازین جامعه دموکراتیک باشد. و مقام تشخیص مهم‌تر بودن حق حریم خصوصی و یا مصلحت اجتماعی باید یک مقام قضائی باشد (یوسفی، ۱۳۹۲: ۱۵۰)؛ بنابراین به نظر می‌رسد حقوق ایران با مقررره اخیر، رویه‌ای مشابه حقوق آمریکا اتخاذ نموده و اصل را بر رعایت حریم خصوصی و الزامات و مقررات حاکم قرار داده است و در موارد و مصادیق استثنایی و تصریح شده از رعایت ضوابط و مقررات عدول کرده است. در قانون اساسی آمریکا نیز صراحتاً به این حق بنیادین تصریح نشده است؛ اما با استناد به اصلحیه چهارم قانون اساسی آمریکا که بر ممنوعیت تفتیش‌ها و توقیف‌های غیر موجه دلالت دارد، رعایت و حفظ حریم خصوصی استنباط می‌گردد (Collings, 1962:425).

1. katz V. United States
2. Reasonable expectation of privacy
3. Subjective test

در فرآیند دادرسی کیفری، باید میان حق «تأمین»^۱ شخصی و «امنیت»^۲ عمومی رابطه‌ی معنی‌دار و منطقی‌ای برقرار باشد، تا از یک سو، جامعه برای مقابله با مجرمین خطرناک و نیز جرایم شدید و در راستای تأمین و تحصیل دلیل از ابزار و امکانات لازم بهره‌مند باشد و از سوی دیگر اعمال امنیت عمومی و نظم عمومی نباید بستری برای نادیده گرفتن حقوق فردی اشخاص گردد؛ بنابراین با عنایت به موضوعات بالا باید دید که در دو نظام حقوقی ایران و آمریکا آیا وسایل نقلیه جزء حریم خصوصی قلمداد می‌شوند؟ و در هر صورت در چه مواردی بازرسی و تفتیش از وسایل نقلیه جایز است؟ و در صورت مجاز بودن بازرسی و تفتیش تحت کدام شرایط و ضوابط بازرسی و تفتیش باید صورت گیرد؟

باتوجه به پیشرو بودن حقوق آمریکا و سرآمد بودن کشور مذکور در نظام کامن‌لا این کشور انتخاب گردید تا از طریق انعکاس نظام حقوقی این کشور و رویه عملی و پلیسی آن به عنوان تجربه‌ای بشری و لحاظ مسایل فرهنگی و بومی کشور ایران بتوان در رفع چالش‌های موجود در زمینه بازرسی از وسایل نقلیه از آن بهره‌جست. از این رو در نوشتار کنونی ضمن داشتن رویکردی تطبیقی به صورت مزجی سرفصل‌های مهم شرایط و ضوابط حاکم بر تفتیش و بازرسی وسیله نقلیه (بند نخست)، قلمرو تفتیش و بازرسی (بند دوم) و در نهایت ضمانت اجرای مقتضی (بند سوم) مطالعه و بررسی می‌شود.

۱. ضوابط حاکم بر تفتیش و بازرسی وسیله نقلیه

تفتیش در لغت به معنای، تفحص کردن، بازرسیدن، بازجستن، بازرسی است (معین، ۱۳۸۶: ۱۱۱۰). در اصطلاح حقوقی بدین‌گونه تعریف شده است: «تفتیش امری است مهم شامل جمع آوری ادله که با تحقیق در مورد دلایل جرم از سوی مقام‌های مخصوص به این کار انجام می‌گیرد. صرف‌نظر از اراده و رضایت فرد یا صاحب مکان مورد نظر، تفتیش عملی است تحقیقی که این مقام در محل خاص یا در مورد خاصی و برای زمینه‌سازی جهت اعمال حق جامعه در مورد مجازات انجام می‌دهد.» (لنگرودی، ۱۳۷۸: ۵۰۰۶).

در فرهنگ لغت لاتین، تفتیش بدین معنا آمده است:

«بازرسی منزل، بنا یا ساختمان شخص یا دارایی او به‌منظور کشف اموال مسروقه یا غیرمجاز یا کشف دلیل جرم که در تعقیب رفتار مجرمانه‌ای که شخص به آن متهم شده است، به کار برده و اعمال می‌شود.» (Campbell Black, 1968: 1518).

1. Le droit a` la sûreté

2. Le droit a` la sécurité



تفتیش در رویه قضایی آمریکا این گونه تعریف شده است که:

«تفتیش به صورت کلی عبارت است از معاینه (بررسی)^۱ یا بازرسی^۲ مکان، وسیله نقلیه یا شخصی توسط ماموران اجرای قانون، با هدف تعیین نمودن اشیاء مادی و ادله‌ای که به رفتار مجرمانه‌ای مربوط هستند.» (Ferdico and others, 2009: 185)

در واقع «بازرسی زمانی رخ می‌دهد که ماموران دولت با هدف جستجوی دلیل و مدرکی به حریم خصوصی مورد حمایت قانونی شخص وارد می‌شوند.» (scheb and scheb II, 2012: 48)

بنابراین در ادبیات آیین دادرسی کیفری واژگان بازرسی و تفتیش مترادف یکدیگرند. در قوانین آیین دادرسی کیفری ایران و از جمله قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ هر جا واژه تفتیش به کار رفته است، در کنار آن واژه بازرسی نیز به کار رفته است.^۳

باتوجه به آن که یکی دیگر از مصداق‌های رعایت «حریم خصوصی»^۴ وسایل نقلیه است، این پرسش قابل طرح است که آیا وسایل نقلیه جزء مکان‌های خصوصی بوده و در نتیجه نیازمند رعایت ضوابط و تشریفات خاص بازرسی از مکان‌های خصوصی‌اند یا خیر.

دو رویکرد حقوق مدار و امنیت مدار در جهت گیری نظام‌های دادرسی کیفری وجود دارد و نظام قضایی و پلیسی ما تحت تأثیر رویکرد امنیت مدار قواعد آیین دادرسی کیفری را در عمل رعایت نمی‌کند، بنابراین از حیث رویه عملی پلیس با هدف رسیدن به امنیت از تشریفات آیین دادرسی چشم پوشی می‌کند. نمونه بارز آن ایست و بازرسی‌هایی است که بدون اخذ مجوز موردی از مقام قضایی عملیات بازرسی و تفتیش صورت می‌گیرد.

در حقوق ایران در خصوص بازرسی و تفتیش، مواد ۵۵ و ۱۳۷ قانون آیین دادرسی کیفری و ماده ۵ قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر و تبصره ذیل آن^۵ و نیز قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی مصوب ۱۳۸۹ قابل استناد هستند. با رجوع به مواد قانون آیین دادرسی کیفری مشخص می‌شود که وسیله نقلیه جزء حریم خصوصی به شمار می‌رود. درست است که فضای داخل اتومبیل در معرض دید همگان قرار دارد ولی با توجه به اطلاق واژه‌ی «اشیاء» در مواد ۵۵ و ۱۳۷ ق.آ.د.ک و نیز حفظ حریم خصوصی اشخاص، این گونه برداشت می‌شود که وسیله نقلیه نیز به

1. Examination

2. Inspection

۳. برای نمونه می‌توان به مواد ۱۳۷، ۱۳۸، ۱۳۹، ۱۴۰، ۱۴۱ و ۱۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ اشاره کرد.

4. The right to privacy

۵. «در اجرای امر به معروف و نهی از منکر نمی‌توان متعرض حیثیت، جان، مال، مسکن، شغل و حریم خصوصی و حقوق اشخاص گردید، مگر در مواردی که قانون تجویز کند.

تبصره- اماکنی که بدون تجسس در معرض دید عموم قرار می‌گیرند، مانند قسمت‌های مشترک آپارتمان‌ها، هتل‌ها، بیمارستان‌ها و نیز وسایل نقلیه مشمول حریم خصوصی نیست.»

عنوان یکی از مصادیق اشیاء قلمداد می‌گردد و از این رو برای بازرسی و تفتیش وسایل نقلیه رعایت ضوابط و تشریفات مذکور در این موارد ضروری است.

حال ممکن است باتوجه به تصویب قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر و به‌ویژه تبصره ذیل ماده ۵ این پرسش مطرح شود که آیا وسایل نقلیه همچنان مشمول حریم خصوصی است یا خیر؟ جایگاه این تبصره نسبت به قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ چیست؟ به نظر می‌رسد این موضوع تغییری در رویه آیین دادرسی کیفری ایجاد نمی‌کند، زیرا به موجب تبصره فوق در صورتی که در فضاها و قسمت‌های در معرض دید وسایل نقلیه جرمی واقع شود و مشهود باشد، از باب جرم مشهود و مقررات مربوط قابل پیگیری است و در صورتی که جرم قابل مشاهده نباشد، نمی‌توان به استناد این تبصره متعرض حریم خصوصی افراد در وسایل نقلیه شد. برای این موضوع می‌توان چند استدلال را بیان کرد. نخست این که تبصره فوق را باید باتوجه به صدر ماده‌ی آن تحلیل و بررسی کرد. در صدر ماده به مانند اصل بیست و دوم قانون اساسی بر ضرورت عدم تعرض به حیثیت، جان، مال، مسکن، شغل و حریم خصوصی و حقوق اشخاص تأکید شده است. بنابراین در گسترش قلمرو و دامنه‌ی تبصره به‌عنوان عاملی جهت نقض حریم خصوصی نباید جانب احتیاط را از دست داد. به دیگر سخن اصل نخستین حمایت و پاسداشت از حریم خصوصی است و در مواقع شک و تردید باید به این اصل رجوع کرد. دوم این که افزون و نیز با لحاظ استدلال پیشین آیا وسایل نقلیه به‌صورت مطلق و در تمامی موارد مشمول حریم خصوصی نیست و بازرسی و تفتیش از آن نیازمند گرفتن مجوز قضایی نیست؟ به نظر می‌رسد تبصره فوق را تنها باید ناظر به این قانون دانست و از تعمیم حکم این تبصره به سایر موارد و از جمله قانون آیین دادرسی کیفری خودداری ورزید. زیرا این تبصره را باید در راستای عنوان این قانون و با توجه به مفهومی که از امر به معروف و نهی از منکر در مواد ۱، ۴ و ۶ بیان داشته است در نظر گرفت. آن‌گونه که از منطوق این مواد برداشت می‌شود امر به معروف و نهی از منکر خیرخواهی زبانی شهروندان نسبت به یکدیگر و یا حاکمیت با رعایت شرایط مذکور در این قانون است. در این راستا حسب ظاهر تبصره ماده ۵ شهروندان می‌توانند از باب امر به معروف و نهی از منکر سرنشینان خودرو را مثلاً در مقام پرهیز از رفتارهای ناشایست از قبیل آلودگی صوتی و یا تعرض به دیگران به صورت زبانی و با در نظر گرفتن دیگر شرایط مندرج در این قانون، امر به معروف و نهی از منکر نمایند. از این رو قلمروی این تبصره مقید به موضوع این قانون و شرایط آن است و در سایر موارد و از جمله بازرسی و تفتیش از وسایل نقلیه باید هم چنان به قواعد عمومی مندرج در قانون آیین دادرسی کیفری مراجعه کرد.

بنابراین مواد ۵۵ و ۱۳۷ قانون آیین دادرسی کیفری در خصوص بازرسی و تفتیش از وسایل نقلیه لازم‌الرعایه است و به بهانه‌ی تصویب این تبصره نمی‌توان وسایل نقلیه را در همه‌ی موارد از

قلمروی حریم خصوصی خارج دانست. چرا اگر غیر از این تفسیر، تفسیر دیگری داشته باشیم باید قائل به نسخ مواد یاد شده در خصوص کیفیت بازرسی و تفتیش از وسایل نقلیه باشیم و چنین تفسیری با توجه به استدلال‌های بیان شده ضعیف است.

در حقوق آمریکا به‌عنوان یک قاعده کلی، اصلاحیه چهارم ماموران را ملزم به اخذ اجازه نامه قضایی پیش از اجرای تفتیش‌ها می‌نماید.^۱ اگرچه به صورت استثنایی تفتیش‌های بدون اجازه نامه قضایی در برخی موارد اجازه داده شده است؛ اما همه ماموران می‌بایست از معیار متعارف و معقول که همان اخذ مجوز قضایی است، پیروی نمایند و نیز ماموران از انجام تفتیش‌ها و توقیف‌های خودسرانه و اختیاری یا حتی تفتیشی که مبتنی بر ظن بر ارتکاب رفتار مجرمانه باشد، منع شده‌اند. اصلاحیه چهارم نه تنها در سطح فدرال بلکه ایالت‌های آمریکا هم ملزم به تبعیت از آن می‌باشند. اگر چه در ایالت‌ها، مقنن می‌تواند از آن‌چه که اصلاحیه مقرر نموده، فراتر رفته و تضمینات و حمایت بیش‌تری برای اشخاص در نظر گیرد (scheb and scheb II, 2012: 48-49). بنابراین قاعده کلی و اصل آن است که تفتیش و بازرسی وسیله نقلیه نیز تحت الزامات و ضوابط اصلاحیه چهارم قرار می‌گیرد، لکن حمایتی که از وسیله نقلیه صورت می‌گیرد کم‌تر از حمایت ساکنین و متصرفین منزل است البته این امر بدان معنا نیست که هیچ‌گونه حمایتی در وسیله نقلیه صورت نگیرد. در همین راستا مهم‌ترین و قابل توجه‌ترین اصلاحیه، اصلاحیه چهارم قانون اساسی آمریکا (مصوب ۱۷۹۱) می‌باشد که مقرر می‌دارد:

«حق امنیت جان، مسکن، اوراق و اسناد و (مصونیت) دارایی‌های مردم در برابر تفتیش و توقیف غیر موجه تضمین می‌شود و هیچ‌گونه حکم بازداشت اشخاص یا توقیف اموال صادر نمی‌شود، مگر بر پایه یک دلیل موجه با سوگند یا اعلام رسمی، و محل مورد تفتیش و اشخاص یا اموالی که باید متوقف شود دقیقاً باید مشخص شود.»

حریم خصوصی در وسیله نقلیه مورد حمایت اصلاحیه چهارم واقع شده است. با این وجود، دیوان عالی کشور حمایت کامل اصلاحیه چهارم را نسبت به سرنشینان خودرو توسعه نداده است. در واقع دو توجیه جهت کاهش حمایت مذکور وجود دارد:

نخست آن که ماهیت وسیله نقلیه ایجاب کننده حمایت کم‌تر است؛ زیرا دلیل و مدرک جرم به سرعت ناپدید خواهد شد. دوم آن‌که، وسایل نقلیه معمولاً در مکان‌های عمومی جایی که سرنشینان

۱. جهت اطلاعات بیش‌تر در مورد تفتیش و بازرسی در حقوق آمریکا رجوع نمایید به:

کوشکی، غلامحسین؛ سحر سهیل مقدم؛ تطبیق بازرسی و تفتیش در الگوی دادرسی ایران و آمریکا، مجله پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، شماره ۵، ۱۳۹۴، صص ۱۳۳-۹۵.

نسبت به عموم آشکار و در معرض دید هستند، در حرکتند. بنابراین سرنشینان اتومبیل نسبت به ساکنین منزل انتظار کمتری از حریم خصوصی در وسیله نقلیه دارند (Hall, 2009:363). در حقوق آمریکا، با توجه به این که اشخاص انتظار کمتری از حریم خصوصی در وسایل نقلیه دارند؛ مطابق دکترین «کارل»^۱ ماموران اجرای قانون در صورت داشتن دلیل موجه مبنی بر آن که وسیله نقلیه وسایل و اشیاء مجرمانه‌ای را در برمی‌گیرد می‌توانند بدون مجوز قضایی به تفتیش وسیله نقلیه بپردازند و نقض اصلحیه چهارم نمی‌باشد؛ زیرا وسیله نقلیه سیار و به سرعت در حرکت است. دکترین مذکور به‌عنوان استثنایی بودن وسیله نقلیه نسبت به الزامی بودن قرار تفتیش تلقی می‌شود.

بنابراین دو الزام برای عدم اخذ مجوز قضایی نسبت به تفتیش وسیله نقلیه استنباط می‌گردد:

نخست آن که احراز دلیل موجه مبنی بر آن که وسیله نقلیه اشیاء، مواد و وسایل مجرمانه‌ای را در بر گرفته است (مانند مواد مخدر و مواد قاچاق و کالاهای ممنوعه) الزامی است. دلیل موجه دارای دو تعریف حقوقی و رویه‌ای می‌باشد؛ در تعریف حقوقی دلیل موجه زمانی وجود دارد که مأمور مبتنی بر دانش و تجربیاتش به این نتیجه رسد که شخصی مرتکب جرمی شده است یا در حال ارتکاب جرمی است به طوری که یک شخص متعارف محتاط^۲ در همان اوضاع و احوال به این نتیجه رسد که رفتار مجرمانه‌ای روی داده است یا در حال ارتکاب است. بنابراین نه ادراک پلیس و نه ادراک شخص مظنون معیار تعیین کننده دستگیری نمی‌باشد، بلکه انسان متعارف^۳ ملاک می‌باشد.

در تعریف رویه‌ای (عملی)، ضابطه دلیل معقول چیزی کم‌تر از ضابطه فراتر از هر شک معقول^۴ که برای صدور حکم محکومیت لازم است و فراتر از ضابطه ظن معقول^۵ می‌باشد؛ به عبارت دیگر

1. The carroll doctrine. Carroll V. United States, 267 U.S, 132(1925)

در سال ۱۹۲۵، دیوان عالی کشور قلمرو حمایتی اصلحیه چهارم را در زمینه توقفات ترافیکی (متوقف نمودن خودرو در هنگام عبور و مرور) از طریق «پرونده کارل» اعلام نمود. در این پرونده، دادگاه رای داد که کسب مجوز قضایی الزامی نبوده است، زیرا ماموران دلیل موجهی بر بازرسی اتومبیل توقیف شده داشته‌اند. در پرونده کارل رئیس دیوان عالی مشاهده نمود که کنگره نخست در طول اتخاذ اصلحیه چهارم کسب مجوز را برای تفتیش منزل برای کشف مواد قاچاق و ممنوعه الزامی نموده است. در مقابل، کنگره تفتیش‌های بدون مجوز برای کشف مواد ممنوعه و قاچاق در حال عبور و مرور در صورت وجود دلیل موجه را به رسمیت شناخته است. رئیس دیوان عالی همچنین خاطر نشان کرده است که اشیاء و کالاهای موجود در منزل متفاوتند از اشیایی که در حال حمل و نقل اند؛ زیرا شخص می‌تواند پیش از کسب مجوز توسط ماموران به سرعت آنها را به خارج از حوزه قضایی انتقال دهد. بنابراین پرونده کارل نخستین قاعده روشن و صریحی را مقرر نمود که بر مبنای آن ماموران می‌توانند بدون کسب مجوز به تفتیش و بازرسی وسیله نقلیه در صورت داشتن دلیل موجه که وسیله نقلیه در برگیرنده مواد قاچاق و ممنوعه است، بپردازند. (Glipse 1999: p.20)

2. "person of reasonable caution" or "reasonable man" or "ordinarily prudent" or "cautious man"

3. Michigan V. Chesternut; 486; U.S 567(1988).

4. Beyond a reasonable doubt

5. Reasonable suspicion

دلیل موجه زمانی وجود دارد که بیش از پنجاه درصد علم، وجود داشته باشد که مرتکب جرمی را مرتکب شده است (کوشکی و سهیل مقدم، ۱۳۹۵: ۲۰۰ و ۲۰۵).

دومین الزام آن است که خودرو می‌بایست در حال حرکت باشد.

در تعیین این مسئله که آیا خودرو در حرکت است یا خیر؛ دادگاه‌ها احراز این موضوع را که آیا خودرو بالذات دارای قابلیت حرکت است یا خیر را به‌جای توجه به این‌که خودرو در یک زمان خاصی حرکت خواهد کرد، در نظر می‌گیرند.

دادگاه‌ها در ابتدا مجوز تفتیش را با این تفسیر پذیرفته بودند که بعد از توقیف قانونی خودرو، مأمور می‌بایست قرار تفتیش را اخذ می‌کرد مگر آن‌که اوضاع و احوال ضروری و فوری، تفتیش بدون قرار را توجیه می‌نمود؛^۱ اما امروزه دیگر تفتیش منوط به وجود چنین اوضاع و احوالی نمی‌باشد؛ بلکه حرکت سریع وسیله نقلیه توجیه‌گر عدم الزامی بودن اخذ مجوز قضایی می‌باشد.

این امر در حالی است که مطابق ماده ۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری ایران ضابطان دادگستری حق انجام تفتیش و بازرسی را در جرائم غیر مشهود بدون اخذ مجوز لازم از مقام قضایی ندارند. بنابراین برخلاف حقوق آمریکا که در برخی موارد در جرم غیر مشهود صلاحیت و اختیار بازرسی و تفتیش به مأموران پلیسی واگذار شده است، ضابطان دادگستری در حالت جرم غیر مشهود چنین وظیفه و اختیاری را ندارند.

۱.۱. ایست و بازرسی وسایل نقلیه

یکی از اقداماتی که ضابطین گاه به آن مبادرت می‌ورزند، ایجاد پست‌های ایست و بازرسی در خیابان‌ها و مبادی ورودی شهرها و اقدام به بازرسی خودروهای عبوری است. اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه‌های مشورتی متعددی که در پاسخ به استعلام‌های صورت گرفته از آن اداره ابراز داشته، بازرسی خودروهای عبوری توسط مأموران در این محل‌ها، بدون دستور مقام قضایی را در جرایم غیرمشهود غیرقانونی دانسته است^۲ (خالقی، ۱۳۹۲: ۷۱). و نیز مطابق ماده ۶ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی، مأموران راهنمایی و رانندگی به جز در موارد مصرح قانونی و موارد تصادفات منجر به جرح و قتل مجاز به توقیف وسیله نقلیه موتوری نمی‌باشند. بنابراین از توجه به مواد قانونی و نیز نظریه مذکور، کسب مجوز قضایی در جرایم غیرمشهود پیش از هرگونه تفتیشی الزامی است.

1. V.Sandres(1979)

۲. جهت اطلاعات بیش تر رجوع کنید به: کوشکی، غلامحسین، حمایت از حریم خصوصی در مکان خصوصی در مقررات دادرسی کیفری ایران. مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۸۶، شماره ۵۸.

پرسشی که در این خصوص طرح می‌شود آن است که آیا شورای عالی امنیت کشور، شورای امنیت کشور و شوراهای تأمین استان‌ها و شهرستان‌ها مجاز به تصویب مصوباتی در خصوص بازرسی از وسایل نقلیه بر خلاف ضوابط و قوانین آیین دادرسی کیفری هستند؟ در خصوص شورای امنیت کشور و شوراهای تأمین شهرستانی و استانی تردیدی وجود ندارد که مصوبات این شوراها باید با لحاظ قانون آیین دادرسی کیفری اجرایی و عملیاتی گردد. بنابراین این شوراها نمی‌توانند مصوبه‌هایی برای بازرسی و تفتیش وسایل نقلیه بدون کسب مجوز لازم از مقام‌های قضایی به صورت موردی وضع نمایند. قانون راجع به تعیین وظایف و تشکیلات شورای امنیت کشور به روشنی بر این موضوع دلالت می‌کند. بر همین اساس بند «د» ماده ۱ قانون یاد شده در خصوص وظایف شورای امنیت کشور مقرر می‌دارد:

«تعیین حدود وظایف و اختیارات هر یک از ارگان‌ها و نهادها در رابطه با امنیت داخلی کشور در چارچوب وظایف قانونی آن‌ها».

بنابراین چنانچه ملاحظه می‌شود در این بند مقرر شده است که چنانچه شورای امنیت کشور بخواهد برای دستگاه‌ها و سازمان‌های مختلف همانند نیروی انتظامی وظیفه‌ای را در نظر بگیرد، باید در چارچوب قوانین و مقررات عمومی کشور و از جمله آیین دادرسی کیفری تعیین نماید. بنابراین، این شورا و شوراهای مشابه نمی‌توانند تفتیش و بازرسی از وسایل نقلیه را بدون تجویز موردی مقام‌های قضایی تجویز نمایند و چنانچه چنین مصوباتی هم داشته باشند، فاقد وجاهت قانونی‌اند. زیرا در این بند و سایر بندها مقید به «در چارچوب وظایف قانونی» آن‌ها گردیده است.

ممکن است به استناد اصل ۱۷۶ قانون اساسی و جایگاه حقوقی شورای عالی امنیت ملی، بیان شود که این شورا می‌تواند مصوباتی در خصوص توقیف و یا بازرسی وسایل نقلیه بر خلاف قوانین عمومی داشته باشد. حال آن‌که سیاست‌ها و برنامه‌های شورا باید در راستا و چارچوب قوانین کشور باشد و هیچ‌گونه استثنایی در این زمینه پیش بینی نشده است.

در حقوق آمریکا، اصلاحیه چهارم نه تنها در زمینه دستگیری اشخاص بلکه در زمینه ایست و بازرسی‌ها نیز قابل اعمال است که ماموران اجرای قانون به منظور دستگیری مظنون خاصی یا حمایت عموم از رانندگان خطرناک، ممکن است به توقیف خودروها بپردازند تا تعیین نمایند که آیا الزامات ایمنی رعایت شده است یا خیر.

شایان ذکر است که گفته شود در نظام حقوقی آمریکا داشتن ظن معقول^۱ پیش از متوقف نمودن خودرو الزامی است (Hall, 2009:363). یکی دیگر از موارد ایست و بازرسی کنترل و

1. Reasonable suspicion

بررسی رانندگان مست و بی‌اعتدال است. پرونده راهنما در زمینه مذکور پرونده «شعبه میشیگان پلیس ایالت علیه سیتز» در سال ۱۹۹۰ است؛^۱ در این پرونده رای داده شد که پلیس با هدف کنترل و بررسی رانندگان مست می‌تواند در قالب ایست و بازرسی هر خودرویی را متوقف کند و چنین توقیفی نقض اصلحیه چهارم نمی‌باشد و کاملاً قانونی است. در پرونده «سیتز»، نهاد پلیسی ایالت میشیگان اقدام به کنترل و بررسی وسایل نقلیه در بزرگراهی نمود. متعاقب دستورالعمل‌های تدوین شده، چنین کنترلی در مکان‌های تعیین و مشخص شده روی داد. تمام خودروها متوقف و رانندگان به‌منظور نشانه‌های اعتدال و عدم مستی مورد بررسی و معاینه واقع می‌شدند، بررسی و کنترل مذکور یک ساعت و پانزده دقیقه به طول انجامید و ماموران موفق شدند ۱۲۶ وسیله نقلیه را بررسی کنند و میانگین تاخیر ۲۵ ثانیه بود. در این ایست و بازرسی ماموران دو شخص را به علل مستی در هنگام رانندگی دستگیر کردند؛ یکی از مظنون‌ها به نام «سیتز» در دادگاه ادعا کرد که چنین رویه‌ای نقض اصلحیه چهارم است. دیوان عالی ادعای مذکور را نپذیرفت و اظهار نمود که بررسی‌ها و کنترل‌های مربوط به هوشیاری و عدم مستی، توقیفی معقول و متعارف است زیرا «میزان مداخله در ماشین سواران متوقف شده مختصر و محدود است». پرونده «سیتز» بسیار با اهمیت است زیرا به مدت طولانی، دادگاه‌های تالی بر سر قانونی بودن یا نبودن اختیارات ماموران در بررسی توقیف رانندگان به منظور بررسی مستی آنان اختلاف داشتند. با این وصف، دادگاه‌های ۲۱ ایالت چنین کنترل و بررسی را معتبر، در حالی که ۱۲ ایالت آن را غیرقانونی شناخته‌اند. نکته مهم آن است که پرونده «سیتز» به ماموران اجازه نمی‌دهد به توقیف نمودن خودرو به صورت اتفاقی و تصادفی بپردازند بلکه چنین بازرسی و کنترلی می‌بایست به شیوه‌ای خاص و با دقت مانند برنامه پلیس میشیگان انجام گیرد که این برنامه هیچ‌گونه اختیار و صلاحیتی را به ماموران برای انجام چنین بازرسی نمی‌دهد مگر آن‌که مسبق به تهیه دستورالعمل و قواعدی باشد (Del

در پرونده کارل علیه ایالات متحده، دیوان به تشریح «ظن معقول»، «دلیل موجه» و «فراتر از هر شک معقول» پرداخته است. و نتیجه آن بوده که از نقطه نظر سلسله مراتب، «دلیل معقول»، بالاتر از «ظن معقول» و ضابطه «فراتر از هر شک معقول»، بالاتر از «دلیل معقول» قرار دارد. از نظر دیوان، دلیل معقول، بر مبنای واقعیات استوار بوده و نمی‌تواند بر مبنای حدس و ظن و گمان باشد. در واقع دلیل معقول، باید بیش از ۵۰ درصد احتمال را دربرگیرد؛ چرا که میزان ۵۰ درصد احتمال، تنها، تشکیل دهنده ظن معقول است. در پرونده ایلینویز علیه واردلو، دیوان در توضیح دو مفهوم دلیل و ظن معقول گفته است: «دلیل معقول، یک احتمال بسیار قوی است برای اثبات امری، در حالی که ظن معقول، احتمال کم‌تری را در برداشته و تنها، حداقل توجیه یک موضوع را در بردارد (فروغی و یوسفی ۱۳۹۳: ۱۵۹-۱۵۸).

1. Michigan Department of state police v. Sitz, 496 U.S. 444 (1990)

240: Carmen, 2008)؛ این امر سبب کاهش توقفات اختیاری و دل بخواهانه ماموران می شود.^۱ در زمینه مذکور قانون آیین دادرسی کیفری ایران ساکت است اما بند ب ماده ۱۰ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی مصوب ۱۳۸۹ به موضوع مذکور اشاره کرده است بدین گونه که:

«در مواردی که قرائن و شواهد حاکی از حالت مستی یا استفاده راننده از مواد مخدر و روانگردان باشد ماموران این قانون با استفاده از تجهیزات لازم نسبت به تشخیص این حالت اقدام می نمایند و در صورت اثبات حالت مستی و بی‌ارادگی حاصل از مصرف مسکرات و مواد مخدر و روانگردان از رانندگی فرد مورد نظر جلوگیری و ضمن صدور قبض جریمه به مبلغ دو میلیون ریال و ضبط گواهی‌نامه به مدت شش ماه توسط نیروی انتظامی جهت اقدام قانونی به مرجع صالح قضائی معرفی می‌شود.»

بنابراین چنانچه ملاحظه می‌شود برای نخستین بار در مجموعه قوانین ایران اختیاراتی به ضابط در خصوص جرائم غیر مشهود بدون مجوز مقام قضایی داده شده است. با این وصف، توقف خودرو تنها در صورتی انجام می‌شود که قرائن و شواهد حکایت از حالت مست و یا مصرف مواد مخدر و یا مواد روان گردان داشته باشد. تنها در این دو موقعیت است که اقدام‌های لازم در این خصوص صورت می‌گیرد.

۲.۱. تشریفات بازرسی و تفتیش

در حقوق ایران ضوابط و تشریفات بازرسی و تفتیش از وسایل نقلیه به صورت جداگانه تصریح نشده است و از این رو مقررات و ضوابطی که در خصوص ضوابط و تشریفات بازرسی و تفتیش به صورت کلی و عمومی مقرر شده است، در خصوص وسایل نقلیه کاربرد دارد. نخستین مورد این است که مامور و ضابط دادگستری اوراق هویت خود را ارائه نماید. دوم این‌که وفق ماده ۵۸ قانون آیین دادرسی کیفری دستور قضایی را به راننده ارائه نماید.

در حقوق آمریکا، زمانی که خودرو به صورت قانونی به دلیل نقض مقررات عبور و مرور متوقف می‌شود، مامور می‌تواند به راننده حتی بدون وجود ظن به ارتکاب رفتار مجرمانه‌ای دستور دهد که از وسیله نقلیه خارج شود^۲ و نیز چنانچه مامور به صورت متعارف و معقول بر این باور باشد که راننده ممکن است مسلح و خطرناک باشد، می‌تواند به تفتیش محدود به پوشش ظاهری و بیرونی شخص به منظور کشف اسلحه بپردازد و در صورت عدم وجود چنین عقیده‌ای تفتیش متعاقب

۱. جهت اطلاعات بیش تر در زمینه برنامه اجرا شده در میشیگان رجوع کنید به:

Bryan Scott Blade.1991. Fourth amendment--The Constitutionality of a Sobriety Checkpoint Program, Journal of criminal Law and Criminology, Volume 81, Issue4, pp.800-818.
2. Pennsylvania v. Mimms,434 U.S. 106(1977)



غیرقانونی خواهد بود حتی اگر توقف اولیه قانونی باشد (Riggs 1998: 962-964). در واقع رانندگان مانند عابران پیاده موضوع توقیف و تفتیش محدود^۱ قرار می‌گیرند. بدین معنا که در صورت وجود ظن متعارف و معقول مبنی بر انجام رفتار مجرمانه‌ای، می‌توان رانندگان را متوقف نمود و چنانچه ترس برای به خطر افتادن امنیت مامور وجود داشته باشد می‌توان به تفتیش محدود (تفتیش محدود به پوشش ظاهری شخص) نیز پرداخت. نکته شایان ذکر آن است که اگرچه صلاحیت و جواز مامور برای تقاضای خروج از وسیله نقلیه به صورت خودکار پس از توقف نمودن معتبر و قانونی روی می‌دهد اما تفتیش بدنی محدود پس از خروج از راننده از وسیله نقلیه به صورت خودکار نیست؛ بلکه چنین تفتیشی در صورتی به وقوع می‌پیوندد که ظن معقولی وجود داشته باشد که امنیت مامور مورد تهدید واقع شده باشد. در واقع از رویه مذکور این‌گونه برداشت می‌شود که دستور به خروج راننده از ماشین مسبوق به وجود ظن معقول بر ارتکاب مجرمانه است؛ حال آن‌که در خصوص تفتیش متعاقب، وجود ترس از به خطر افتادن جان مامور یا سایرین الزامی است و پرونده راهنما در زمینه تفتیش مذکور پرونده «تری»^۲ است. (Del Carmen 2008: 144). در پرونده‌ای^۳ ماموران از آن‌چه که در توقیف و تفتیش «تری» مقرر شده است فراتر رفته، به‌گونه‌ای که در این پرونده اکثریت قضات بر این باور بودند که تفتیش «تری» تنها محدود به تفتیش پوشش ظاهری شخص نمی‌شود. در این پرونده این‌گونه رای داده شده است که چنانچه مامور ظن متعارفی داشته باشد مبنی بر آن‌که راننده متوقف شده خطرناک^۴ است و ممکن است اسلحه موجود در ماشین را در اختیار بگیرد، مامور می‌تواند به تفتیش مختصر و محدود فضا و محیط اطراف مسافران بپردازد حتی اگر مسافران در وسیله نقلیه باشند، لازم به ذکر است که گفته شود چنین تفتیشی می‌بایست به فضاها و قلمروهایی محدود شود که اسلحه‌ای پیدا خواهد شد یا مخفی شده است (Ison 1983: 1269-1270).

1. Stop and Frisk

۲. «پلیس دارای اختیار و صلاحیت است که شخصی را به صورت کوتاه به منظور سوال کردن حتی بدون دلیل موجه در صورت اعتقاد به ارتکاب جرم در پرتو تجربیاتش بازداشت و توقیف کند. توقیف شخص به منظور تحقیق و سوال پرسیدن، دستگیری محسوب نمی‌شود.»

3. Michigan v. Long (1983)

۴. در این پرونده ماموران با توجه به اوضاع و احوال مبنی بر آن‌که مظنون مست بوده و با دیدن ماموران ماشین را به سمت دیگری هدایت کرده و پاسخ سوالات را با حالت مکث و نگرانی پاسخ داده است، به این نتیجه رسیدند که مظنون خطرناک است. شایان ذکر است که گفته شود بر رای مذکور انتقاداتی وارد است مبنی بر آن‌که چنین تفتیشی از تفتیش تری فراتر رفته و غیرقانونی است.

آن چه که مورد شبهه و تردید واقع گشت بررسی این مسئله بود که آیا قاعده دستور خروج نسبت به مسافران خودرو نیز قابل اعمال است؟ در پرونده « ماریلند علیه ویلسون»^۱ دادگاه رای داد که ماموران می‌توانند به مسافران دستور دهند که در زمان توقیف‌های ترافیکی و عبور و مرور از وسیله نقلیه بیرون آیند. در این پرونده مامور وسیله نقلیه‌ای را به دلیل سرعت بالا متوقف نمود. با نزدیک شدن مامور به وسیله نقلیه، راننده از ماشین خارج شد و گواهی نامه‌اش را با حالت نگرانی و اضطراب به مامور نشان داد؛ مامور متوجه شد که یکی از مسافران بسیار مضطرب است و به او دستور داد که از ماشین خارج شود و در این هنگام یک بسته کوکائین روی زمین افتاد. مظنون دستگیر و محکوم به حمل کوکائین شد؛ در زمان محاکمه مظنون ادعا کرد که دستور به خروج تشکیل دهنده توقیف غیرمتعارف است. دادگاه بدوی و تجدیدنظر ایالتی موافقت نمودند اما دیوان عالی کشور در این تصمیم تجدیدنظر کرد و رای داد: « خطر تهدید کننده نسبت به مامور زمانی که افزون بر راننده مسافرانی هم در وسیله نقلیه حضور دارند بیش‌تر است.» و همچنین بیان نمود که منافع قانونی و ارزشمند در راستای حمایت از ماموران بر مداخله و ورود به آزادی رانندگان خودرو و مسافران غالب و مرجح است. البته مامور می‌تواند به سوال پرسیدن و تحقیق بدون ارائه هشدارهای میراندا بپردازد و راننده و مسافران از این حق قانونی برخوردارند که به پرسش‌ها پاسخ ندهند و عدم پاسخ ممکن است منجر به ایجاد دلیل موجه برای دستگیری و بازرسی گردد.^۲ بنابراین در این نظام حقوقی مامور اجازه دارد که به مسافران دستور خروج از اتومبیل را بدهد.

در حقوق ایران جزئیات رفتاری ضابط حین بازرسی و تفتیش مشخص نشده است. با این وصف مطابق ماده ۱۴۱ قانون آیین دادرسی کیفری در مقام بازرسی و تفتیش از منازل، اماکن بسته و تعطیل، ضابطان مکلفند که کیفیت تفتیش و بازرسی و نتیجه را در صورت مجلس قید کرده و آن را به امضاء و یا اثر انگشت متصرف برسانند. با این‌که قانون‌گذار تکالیف مندرج در ماده فوق را منحصر به منازل و اماکن تعطیل و بسته نموده است، ولی می‌توان از وحدت ملاک این ماده در خصوص بازرسی و تفتیش از وسایل نقلیه استفاده کرد.

۳.۱. دستگیری راننده و مسافران

یکی از موضوعات مهم و تبعی بازرسی و تفتیش از وسایل نقلیه این است که آیا مقام‌های پلیسی می‌توانند به تبع بازرسی و تفتیش وسایل نقلیه اقدام به جلب و دستگیری راننده و یا مسافران نمایند؟

1. Maryland v. Wilson

2. Berkmer v. Mc Carty, 468 U.S. 420 (1984)

در حقوق ایران حکم به جلب و دستگیری اشخاص باید به موجب قانون و صدور دستور مقام قضایی صورت بگیرد. ماده ۱۶۸ قانون آیین دادرسی کیفری^۱ به صراحت بر این موضوع دلالت می‌کند. افزون بر آن ضابطان دادگستری وفق ماده ۴۶ قانون یاد شده در جرایم مشهود می‌توانند اشخاص را تحت نظر قرار دهند و در خصوص جرایم غیر مشهود چنین حقی را ندارند. بنابراین در خصوص راننده و مسافران وسایل نقلیه تنها می‌توان از این ضابطه استفاده کرد.

در حقوق آمریکا، رویه قضایی و از جمله دادگاه‌ها رای داده‌اند که اصلاحیه چهارم دستگیری بدون مجوز قضایی را برای جرم کیفری خفیف که تنها مجازات آن جریمه نقدی است مانند عدم بستن کمربند ایمنی که جرم جنحه‌ای^۲ است، ممنوع نکرده است. در واقع در پرونده‌ای در تگزاس به این پرسش پاسخ داده شده است که چگونه مظنونی بدون مجوز قضایی برای جرمی که حداکثر مجازات آن حبس یا زندان نیست، قابل دستگیری است؟

در این پرونده^۳ به این پرسش پاسخ داده شده، بدین گونه که قانون تگزاس تمام مسافران و سرنشینان جلوی ماشین را الزام به بستن کمربند ایمنی نموده است و برای عدم بستن کمربند جریمه نقدی در نظر گرفته است. و همچنین قانون تگزاس به صراحت به ماموران اجازه داده است که بدون مجوز قضایی به دستگیری شخصی بپردازند که قانونی را نقض می‌کند، اگر چه ماموران می‌توانند به جای دستگیری اشخاص به صدور دستور حضور در دادگاه به منظور پرداخت جریمه نقدی اقدام نمایند. در این پرونده ماموران، مظنون را در حالی دیدند که دو کودک او در صندلی جلوی ماشین کمربند ایمنی بسته بودند. مظنون دستگیر شد سپس نجدبدنظرخواهی کرد و ادعا نمود که اقدام مامور طبق حقوق کامن لا غیرقانونی بوده زیرا ناقضان جرایم خفیف غیرقابل حبس، نباید دستگیر شوند. دادگاه مخالفت کرد و بیان نمود که چنین قوانینی هم‌اکنون در تمام پنجاه ایالت حاکم است و «شواهد تاریخی بیانگر آن است که تنظیم‌کنندگان اصلاحیه چهارم به هیچ وجه در رابطه با دستگیری‌های بدون مجوز قضایی توسط افسران محلی و دیگر ماموران صلح نگران نبوده‌اند.» دادگاه به این نتیجه رسید که «ما به سادگی نمی‌توانیم نتیجه بگیریم که اصلاحیه چهارم... ماموران صلح را از دستگیری بدون مجوز برای جرایم جنحه‌ای که ناقض آسایش و امنیت محسوب نمی‌شوند، نهی می‌کند.» افزون بر آن دستگیری برای جرایم بدون حبس، قانونی است (Del Carmen 2008: 250). بنابراین حتی در صورت یک تخلف جنحه‌ای ناشی از نقض

۱. «باز پرس نباید بدون دلیل کافی برای توجه اتهام، کسی را به عنوان متهم احضار و یا جلب کند.»

۲. misdemeanor جرایمی هستند که از نظر شدت از جرم فلانی کم تر می باشند و مجازات در نظر گرفته همیشه یا جزای نقدی یا محکومیت به حبس کم تر از یک سال است. (Oran, OP.Cit, p.314)

3. Atwater v. City of Lago vista, 532 U.S. 318(2001)

مقررات رانندگی نیز می‌توان شخص متخلف را دستگیر نمود و این امر منافاتی با عدم در نظر گرفتن مجازات حبس برای آن تخلف ندارد.

آیا پلیس می‌تواند افزون بر دستگیری راننده به دستگیری مسافران نیز اقدام کند؟ در حقوق آمریکا پاسخ پرسش مذکور با در نظر گرفتن ضوابط و قیودی مثبت است. نخست آنکه، دلیل موجه وجود داشته باشد که جرمی در وسیله نقلیه روی داده و مشخص نیست که چه کسی آن جرم را مرتکب شده و دوم آنکه استنباط معقول و متعارفی با توجه به اوضاع و احوال وجود داشته باشد که شخص دستگیر شده آن جرم را مرتکب شده است. در پرونده‌ای^۱ در سال ۲۰۰۳ زمانی که راننده داشبورد را جهت نشان دادن مدارک باز کرد، مامور مقداری پول رول شده مشاهده کرد. پس از اخطار به راننده، مامور اجازه خواست که به بازرسی و تفتیش وسیله نقلیه بپردازد که منجر به کشف پنج بسته کوکائین شد. هیچ یک از سه مسافر مالکیت بسته‌ها را نپذیرفته و مامور همه آنها را دستگیر کرد (Del Carmen 2008:251). در پاسخ به این پرسش که آیا دستگیری مسافران معتبر بوده است یا خیر، دادگاه پاسخ مثبت داد با این استدلال که با توجه به اوضاع و احوال و شرایط پرونده مامور دلیل موجهی داشته که مسافران جرمی را مرتکب شده‌اند. افزون بر آن دادگاه این معیار را ذکر کرد:

« به منظور تعیین دلیل موجه برای دستگیری، دادگاه باید وقایعی را که منجر به دستگیری شده بررسی و ارزیابی نماید. نکته مهم آن است که پرونده مذکور به صورت خودکار به ماموران اجازه دستگیری مسافران وسیله نقلیه را نمی‌دهد بلکه دستگیری مسافران باید بر مبنای دلیل موجهی باشد که نه تنها راننده بلکه مسافران نیز جرمی را مرتکب شده‌اند.»

در رابطه با دستگیری مسافران افزون بر دستگیری راننده در حقوق ایران مقررات صریحی وجود ندارد لکن به نظر می‌رسد مقررات حاکم بر جرایم مشهود مبنی بر عدم اخذ مجوز قضایی و در جرایم غیر مشهود اخذ مجوز قضایی در این زمینه قابل استناد است.

۲. قلمرو تفتیش و بازرسی

۱.۲. وسیله نقلیه

از آنجاکه تفتیش امری استثنایی و بر خلاف حریم خصوصی است، قلمرو و موضوع آن باید به صورت شفاف و روشن در مجوزهای مقام قضایی مشخص گردد. در این خصوص در حقوق ایران چون سایر موارد پیشین قانون‌گذار در خصوص وسایل نقلیه حکم روشن و مشخصی ندارد. اما می‌توان از قواعد عمومی بازرسی و تفتیش مندرج در قانون آیین دادرسی کیفری احکام این مورد خاص را برداشت

1. Maryland v. pringle, 540 U.S. 366(2003)

کرد. از این رو افزون بر موردی بودن بازرسی و تفتیش بر اساس ماده ۱۴۱ قانون آیین دادرسی کیفری، موضوع تفتیش باید به صورت کامل و روشن مشخص باشد. بنابراین اگر موضوع تفتیش وسیله نقلیه باشد، موضوع تفتیش از قبیل دستگیری شخص خاص و یا یافتن محموله مواد مخدر باید به صورت صریح و مشخص در دستور ذکر گردد. بدیهی است قاضی‌ای که از چنین تکلیفی سر باز زند، مرتکب تخلف انتظامی می‌شود

در حقوق آمریکا، به عنوان قاعده کلی، چنانچه مجوز قضایی کسب شده باشد، قلمرو تفتیش به همان موارد تصریح شده در قرار تفتیش محدود می‌شود. بنابراین چنانچه مامور دلیل موجهی داشته باشد که اسلحه مورد استفاده در ماشین کشف خواهد شد، تفتیش مکان دیگری نادرست است. همچنین ماموران ممکن است به بازرسی اشیا بسته موجود در خودرو بپردازند مشروط بر آن که دلیل موجه وجود داشته باشد که شی مورد تفتیش در آن بسته و محتوی وجود خواهد داشت.

در حالت دوم، فقط ماموران باید به بررسی جعبه یا بسته‌ای که اشیاء ممنوعه در آن قرار دارد بپردازند و اجازه ندارند به بررسی سراسر وسیله نقلیه بپردازند. مهم آن است که قلمرو تفتیش بدون قرار، توسط محتوی یا بسته‌ای که اشیا یا مواد ممنوعه در آن قرار دارد تعیین نمی‌شود، بلکه کاملاً بستگی دارد به «موضوع تفتیش»^۱ و «مکان‌هایی»^۲ که ممکن است مواد ممنوعه و قاچاق با استناد به دلیل موجه یافت شوند (Ferdicao and others, 2009: 592-593).

به محض کشف شی مورد نظر، بازرسی و تفتیش باید متوقف شود و نیز تفتیش بدون مجوز قضایی خودرو پس از صدور برگه جریمه نقض اصلاحیه چهارم است؛ اگرچه مامور می‌تواند راننده را دستگیر کند و سپس به بازرسی و تفتیش خودرو متعاقب دستگیری بپردازد (Hall 2009: 368). در نظام حقوقی آمریکا یکی از استثنائات ناظر بر عدم کسب مجوز قضایی، «رضایت به تفتیش»^۳ است، چنین تفتیشی در مقایسه با تفتیش مسبوق به مجوز قضایی گسترده‌تر است البته مشروط بر آن که شخص رضایت دهنده محدودیت‌هایی را به صورت صریح یا ضمنی وضع نکرده باشد. در پرونده‌ای^۴ دادگاه رای داده است که رضایت معتبر توجیه‌کننده تفتیش بدون مجوز قضایی محتوی یا بسته درون وسیله نقلیه است مشروط بر آن که پلیس به صورت عینی و متعارف بر این باور باشد که مظنون به باز کردن بسته رضایت داده است. در این پرونده ماموران به مظنون گفتند دلایلی دارند مبنی بر آن که با

۱. به عنوان مثال چنانچه موضوع تفتیش اتباع کشورهای دیگر باشد مامور نمی‌تواند به بررسی مکان‌هایی مانند داشبورد اتومبیل که امکان مخفی شدن اتباع وجود ندارد، بپردازد.

۲. در صورتی که دلیل موجه مبنی بر وجود دستگاه چمن زنی در پارکینگ وجود داشته باشد؛ مامور نمی‌تواند به بازرسی اتاق خواب طبقه فوقانی بپردازد.

3. Consent to search

4. Florida v. Jimeno, 500 U.S. 248(1991)

وسيله نقلیه‌اش به حمل مواد مخدر پرداخته و از او اجازه خواستند به تفتیش خودرو بپردازند. برای او توضیح دادند که می‌تواند اجازه تفتیش ندهد، اما مظنون اظهار نمود که چیزی برای مخفی کردن ندارد و به تفتیش رضایت داد. در نتیجه یک کیلوگرم کوکائین در جعبه‌ای در اتومبیل کشف شد. مظنون از محکومیتش تجدید نظر خواهی کرد و ادعا کرد که رضایت او به تفتیش خودرو به بسته‌های موجود در وسیله نقلیه قابل توسعه و گسترش نیست. دادگاه مخالفت نمود و اظهار کرد که تفتیش معتبر است چنانچه مامور به صورت عینی و معقول بر این باور باشد که رضایت مظنون اجازه باز کردن محتوای بسته را می‌دهد^۱ (Lochhead 1992:1269-1270). بنابراین با توجه به رای مذکور اینگونه برداشت می‌شود که در خصوص قلمرو رضایت در مورد تفتیش اتومبیل، درک و برداشت شخصی مامور در حیطه رضایت اعطا شده ملاک است.

بنابراین چنانچه دیده می‌شود رعایت قلمروی بازرسی و تفتیش توسط مقام‌های پلیسی در هر دو نظام حقوقی ضروری است. این موضوع می‌تواند یکی از موضوعات مهم و اساسی در راستای تضمین حریم خصوصی قلمداد شود.

۲.۲. مسافران و سرنشینان

پرسش مهمی که قابل طرح است این است که آیا تفتیش و بازرسی مسافران خودرو امکان‌پذیر است؟

در حقوق ایران در این خصوص تصریحی وجود ندارد و ضابطان دادگستری باید بر اساس ماده ۵۶ قانون آیین دادرسی کیفری از اشیاء و مکان‌های غیر مرتبط با موضوع خودداری کنند. با این‌که در ماده ۵۶ از اشیاء و مکان‌های غیر مرتبط سخن رفته است، ولی می‌توان از وحدت ملاک این ماده مبنی بر تفتیش اشخاص غیر مرتبط سخن گفت.

۱. در پرونده Ohio v. Robinette, 519 U.S. 33 (1996) دادگاه رای داده است که مامور پلیس به منظور معتبر تلقی کردن رضایت به تفتیش الزامی ندارد که در ابتدا متهم را آگاه کند که آزاد است برود. در دادگاه، متهم استدلال کرد که رضایت داده شده نامعتبر است زیرا مظنون در ابتدا پیش از رضایت به تفتیش می‌بایست آگاهی می‌یافته که قانوناً «آزاد است که برود». دادگاه مخالفت کرد و اظهار کرد که «اصلاحیه چهارم به منظور ارادی تلقی کردن رضایت به تفتیش الزام نمی‌کند که به متهمی که به صورت قانونی توقیف شده است اطلاع داده شود که آزاد است برود؛ مگر آن که مقررات ایالتی چنین الزامی را پیش‌بینی نمایند.

Mendelsohn, Aaron H. 1998. Fourth amendment and traffic stops: Bright-line rules in conjunction with the totality of the circumstances test. Journal of Criminal law and criminology, volume 88, Issue 3, pp.931-956.

در حقوق آمریکا، میان تفتیش بسته‌ها و صندوق‌های بسته و نیز بازرسی فضای اطراف مسافران می‌بایست تمایز قائل شد. در مورد نخست در پرونده *United States v. Ross* (1982) این‌گونه آمده است که چنان‌چه پلیس وسیله نقلیه‌ای را متوقف کند و دلیل موجه داشته باشد که وسیله نقلیه دربرگیرنده مواد ممنوعه‌ای است، می‌تواند به تفتیش بدون مجوز وسیله نقلیه بپردازد، چنین تفتیشی مانند تفتیش همراه با مجوز قضایی خواهد بود؛ بنابراین هر قسمت از وسیله نقلیه که دربرگیرنده شی یا کالای ممنوعه است، قابل تفتیش و بررسی است (Ray 1982:1433). بنابراین وجود و احراز دلیل موجه، معیار اصلی در این تفتیش بدون مجوز قضایی است.

در مورد بازرسی و تفتیش فضا و اطراف مسافران می‌بایست متذکر شد هنگامی که راننده‌ای دستگیر می‌شود، پلیس می‌تواند به تفتیش بدون مجوز قضایی اطراف مسافران بپردازد؛ بدین معنا که ماموران می‌توانند محتوی و درون هر بسته متعلق به فضای اطراف مسافران را بررسی و تفتیش کنند مشروط بر آن‌که به صورت متعارف بر این باور باشند که شی یا وسیله‌ای خطرناک برای ماموران وجود دارد یا در ارتباط با دلیل و مدرکی است که مظنون دستگیر شده است. در پرونده «نیویورک علیه بلتون»^۱، هنگامی که مامور خواهان مشاهده گواهی رانندگی گشت، بوی ماری جوانا سوخته احساس کرد. و در قسمت صندلی عقب ماشین پاکتی مشاهده نمود. مامور، چهار سرنشین را دستگیر کرد، پاکت را برداشت و درون آن ماری جوانا پیدا کرد؛ سپس به بازرسی پیرامون مسافران پرداخت و در صندلی عقب ماشین ژاکتی متعلق به مظنون (بلتون) پیدا کرد. در یکی از جیب‌های ژاکت کوکائین کشف شد. در طول محاکمه، متهم خواهان رد و بطلان دلیل حاصله (کوکائین) شد، با این ادعا که محدوده موردنظر در «محدوده تحت کنترل مستقیم»^۲ مامور نبوده است، بنابراین ضبط اشیا غیرقانونی بوده است.

دیوان عالی ادعای مذکور را نپذیرفت و اظهار نمود که پلیس می‌تواند به تفتیش بدون مجوز قضایی محیط اطراف مسافران ماشین متعاقب دستگیری قانونی بپردازد زیرا آن محدوده در قلمرو کنترل مظنون است.

۱. جهت انتقادات وارده بر پرونده مذکور مراجعه نمایید به :

Bobber, Bernard J. 1986. Warrantless search of packages seized from an automobile—Fourth amendment, *Journal of criminal law and criminology*, volume 76, Issue 4, pp. 933-954.

منتقدین پرونده مذکور بر این امر تاکید می‌کردند که بسته‌ها به صورت معمول و طبیعی نباید بدون مجوز تفتیش شوند مگر در صورت ضرورت و اوضاع و احوال ضروری.

2. *New York v. Belton*, 453 U.S. 456 (1981)

۳. منظور از محدوده تحت کنترل مستقیم شخص، آن است که صلاحیت مامور در تفتیش، محدود به ناحیه‌ای می‌شود که ممکن است شخص دستگیر شده اسلحه‌ای را به دست آورد یا ادله را از بین ببرد. منطقه‌ی تحت شمول تفتیش به وسعت گشودن دست شخص دستگیر شده می‌باشد که در اصطلاح به آن *person's wingspar* گویند.

پرونده مذکور، پرونده‌ای راهنما است زیرا در آن قلمرو و محدوده تفتیش خودرو متعاقب دستگیری قانونی مشخص شده است. در این پرونده، دامنه تفتیش مجاز خودرو توسعه یافته است، به طوری که صندلی عقب و نیز بازکردن بسته یا جعبه‌ای که ممکن است شی یا وسیله‌ای در آن باشد نیز اجازه داده شده است. بنابراین در چنین تفتیشی معیار و ضابطه مورد نظر در گسترش قلمرو تفتیش به محدوده‌ای که مظنون به آن دسترسی پیدا خواهد کرد و ممکن است دسترسی او به آن محیط برای ماموران خطرآفرین باشد، گسترش یافته است. در پرونده مذکور، راننده زمانی دستگیر شد که در ماشین بود و تفتیش پس از این که مسافران تحت دستگیری واقع شدند، روی داد. پرسشی که مطرح می‌شود آن است که آیا پرونده مذکور در زمانی که برخورد اولیه با پلیس و دستگیری در خارج از خودرو روی دهد نیز قابل اعمال است؟

در پرونده «تونتن علیه ایالات متحده امریکا» دادگاه در پاسخ به پرسش مذکور، پاسخ مثبت داده است و اظهار نموده است که رای «بلتون» اعمال می‌شود؛ بنابراین در این پرونده قلمرو تحت کنترل مستقیم گسترده و توسعه یافته است. دادگاه اظهار نموده است که اصل مذکور در پرونده بلتون در رابطه با مجوز تفتیش مسافران حتی اگر دستگیری در خارج از خودرو روی دهد نیز اعمال می‌شود (Del Carmen 2008: 256). بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که قلمرو تفتیش مطابق استثنای وارد بر وسیله نقلیه با توجه به موضوع تفتیش و مکان‌هایی که دلیل موجه وجود دارد که آن شی در آن محل کشف خواهد شد، تعریف می‌شود. تفتیش‌های بدون مجوز قضایی بسته‌های منقول که در ارتباط با وسیله نقلیه نیستند طبق مبانی «دکترین کارل» قابل تفتیش نیستند حتی اگر دلیل موجه وجود داشته باشد که آن بسته یا محتوی اشیای قابل ضبطی را در بر گرفته است. محتوی آن بسته تنها طبق مجوز صادره قابل بررسی است مگر آن که در ذیل یکی از استثنائات مجوز قضایی واقع شود. به عنوان مثال متعاقب دستگیری مورد تفتیش واقع شود (Ibid:257).

۳. ضمانت اجرای نقض مقررات

می‌توان چهار نوع ضمانت اجرای کیفری، انتظامی، بطلان و حقوقی برای قواعد آیین دادرسی کیفری در نظر گرفت. قواعد آیین دادرسی زمانی عملیاتی می‌گردند که بر حسب مورد دارای یک و یا چند ضمانت از ضمانت اجراهای فوق باشد.

«دعای بطلان» ادله تحصیلی به علت عدم رعایت قواعد و مقررات، دعوی است که در آن‌ها قانونگذار و نیز رویه قضایی، به دنبال برقراری تعادل و توازن میان منافع اشخاص ذینفع و منافع اجتماع است. در حقیقت، باید از یک طرف، رعایت قواعد دادرسی را به منظور حمایت از منافع

اصحاب دعوا تضمین نمود و در نتیجه به آن‌ها اجازه در خواست بطلان اعمال و اقداماتی را که در جریان آن‌ها، قواعد و اصول دادرسی رعایت نشده‌اند داد و از طرف دیگر، با طرح «تفویز بطلان»، از عدم رعایت این هنجارها و قواعد دادرسی پیشگیری و مجریان عدالت را به رعایت بهتر قواعد و مقرراتی که ممکن است عدول از آن، عملکرد آن‌ها را در معرض بطلان قرار دهد، واداشت (تدین، ۱۳۸۷: ۷۷).

در حقوق امریکا راننده و مسافران می‌توانند ادعا کنند که شرایط و الزامات مقرر نسبت به استثنای وارد بر وسیله نقلیه (به عنوان مثال فقدان دلیل موجه یا سایر دلایل) نقض شده است. مشروط بر آن‌که راننده یا مسافر انتظار متعارفی از حریم خصوصی در وسیله نقلیه داشته باشند. بنابراین ملاک وضابطه ادعای نقض مقررات، داشتن انتظار و توقع متعارف از حریم خصوصی است. شایان ذکر است که گفته شود در خصوص ادعای عدم رعایت مقررات حاکم، مسئله «صلاحیت طرح دعوا» مطرح می‌شود.^۱ تمام رانندگان و مسافران از چنین انتظاری برخوردار نیستند بنابراین در ادعای خویش با مسئله عدم صلاحیت طرح دعوا مواجه خواهند شد. به عنوان مثال چنانچه راننده‌ای بدون اجازه و بدون گواهی رانندگی کند انتظار متعارفی از حریم خصوصی مطابق اصلحیه چهارم نخواهد داشت، بنابراین شرط صلاحیت طرح دعوا وجود نخواهد داشت. رانندگان خواه مالک قانونی باشند یا خودرویی را اجاره کرده باشند طبق اصلحیه چهارم نسبت به ادعای نقض مقررات تفتیش ذیحق هستند. همچنین راننده وسیله نقلیه اجاره شده که از طرف شرکت اجازه یافته خودرویی را در اختیار بگیرد، انتظار متعارفی از حریم خصوصی دارد حتی چنانچه قرارداد اجاره منقضی شود. علیرغم رانندگانی که به صورت قانونی مالکند یا وسیله نقلیه‌ای را اجاره کرده‌اند، مسافران خودرو معمولاً از انتظار حریم خصوصی در وسیله نقلیه برخوردار نیستند. بنابراین مسافران نمی‌توانند به تفتیش‌های بدون مجوز پلیس نسبت به محدوده‌هایی همچون داشبورد، محیط زیرصندلی و صندوق عقب ادعایی داشته باشند. چنین تفتیش‌هایی نقض اصلحیه چهارم نیستند حتی اگر منجر به کشف دلیلی علیه مسافر شوند (Ferdico and others 2009:613-614).

۱. Standing مفهومی است حقوقی به منظور تعیین شخص صالح جهت اقامه دعوی حقوقی. قاعده کلی آن است که ادعای عدم استناد به دلیل حاصله تنها از سوی شخصی قابل استناد است که حقوق مذکور در اصلحیه چهارم نسبت به او رعایت نشده باشد، بدین معنا که انتظارات متعارف او نسبت به حریم خصوصی توسط پلیس نقض شده باشد. در واقع دو جنبه از صلاحیت طرح دعوا قابل بررسی است؛ نخست آنکه شخص اعتراض کننده به دلیل، می‌بایست از منفعتی با توجه به ادعای خود بهره‌مند شود و آن شخص فقط متهم است که در فرآیند کیفری می‌تواند به دلیل حاصل از نقض اصلحیه چهارم اعتراض نماید. جنبه دوم آن است که متهم باید از انتظار متعارفی نسبت به حریم خصوصی مکان یا اشیا قابل تفتیش برخوردار باشد؛ به عبارت دیگر، حقوق اساسی متهم پیش از آنکه تقاضای بطلان دلیل نماید، می‌بایست نقض شده باشد (Hall, 2009, p.314).

نکته شایان ذکر آن است که اگرچه مسافران وسیله نقلیه معمولاً با فقدان نفع برای به چالش کشاندن عدم کسب مجوز قضایی در تفتیش رو به رو می‌شوند ولی ممکن است با متوقف شدن خودرو آنها نیز توقیف شوند. و آنها می‌توانند متوقف نمودن خودرو را به چالش بکشاند و ادعا کنند که به دلیل آن که توقیف اولیه غیرقانونی بوده (فقدان ظن متعارف در به کنار کشاندن وسیله نقلیه)، در نتیجه تفتیش متعاقب آن نیز غیرقانونی خواهد بود و دلیل حاصله (میوه درخت مسموم)^۱ غیرمعتبر قلمداد خواهد شد.^۲ بنابراین می‌توان به قاعده بطلان دلیل استناد نمود. درست است که اصلاحیه چهارم تفتیش‌های نامتعارف و غیرموجه را ممنوع کرده است و کسب مجوز قضایی و احراز دلیل موجه را الزامی نموده است؛ اما درباره عدم رعایت الزامات سکوت نموده است. در قرن بیستم، از سوی دادگاه‌ها رد کردن و بطلان دلایل و مدارک حاصل از عدم رعایت الزامات و تشریفات اصلاحیه به رسمیت شناخته شد (Thaman 2012:8). بنابراین در این نظام حقوقی علاوه بر ضمانت اجرای مدنی، اداری و کیفری برای ماموران پلیس، با توجه به قاعده «بطلان دلیل»^۳، دلیل به دست آمده غیر معتبر خواهد بود؛ قاعده مذکور به دنبال حمایت از حقوق اشخاص با بی اعتبار شمردن دلایل ناشی از دستگیری‌ها، توقیف و تفتیش‌های غیر قانونی است (Kaminski 2010:269). از توجه به مواد آیین دادرسی کیفری برداشت می‌شود که در نظام حقوقی ایران، بطلان دلیل به عنوان قاعده به رسمیت نشناخته است بلکه به صورت موردی به آن اشاره شده است^۴ و برای تضمین اجرای صحیح قواعد و اصول دادرسی، تعریف و تبیین سیستم بطلان دلیل در آیین دادرسی کیفری ایران نیز ضروری به نظر می‌رسد و بهتر است در ایران بر اساس آرای که در این زمینه صادر می‌شود، از طریق رویه قضایی قاعده‌سازی شود.

۱. تئوری موصوف به این موضوع اشاره می‌کند که هرگاه دلیل نخستین (درخت) به صورت غیرقانونی کسب شده باشد، دلیل متعاقب (میوه) منبعت از دلیل اول نیز غیرقابل قبول می‌باشد. نظریه مذکور بر پایه این اصل استوار است که دلیل کسب شده غیرقانونی نمی‌بایست برای کسب ادله دیگر استفاده شود زیرا دلیل اصلی و اولیه که به صورت غیرقانونی کسب شده، تمام ادله متعاقب را «لکه دار» می‌کند. دلیل دوم لکه دار را برخی دادگاه‌ها «دلیل اشتقاقی» یا «دلیل ثانویه» نامیده‌اند. (Ferdico and others 2009: 133-134). جهت اطلاعات بیشتر در مورد تئوری بطلان دلیل و میوه درخت مسموم مراجعه نمایید به:

Oakst, Dallin H(1970), Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure, The University of Chicago Law Review, Vol 37, No 4, pp 665-757.

2. rnia, 127 S. Ct.2400(2007)

3. Exclusionary rule

۴. از جمله مواد مورد اشاره می‌توان به مواد ۳۰، ۶۰، ۱۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری اشاره نمود. جهت اطلاعات بیشتر رجوع نمایید به: حسنعلی موذن‌زادگان، سحر سهیل مقدم، قاعده بطلان دلیل در دادرسی کیفری (باتاکید بر حقوق آمریکا)، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۳، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۵، صص ۲۶۷-۲۴۴.



نتیجه‌گیری

علی‌الاصول قوانین آیین دادرسی کیفری به دلیل ارتباط تنگاتنگی که با حقوق و آزادی‌های فردی دارند، باید به تفصیل و با ذکر تمامی جزئیات، نحوه و چگونگی ورود به حریم خصوصی را منعکس نمایند. در همین راستا دو نظام حقوقی تلاش نموده‌اند به منظور پاس‌داشت حریم خصوصی اشخاص و با لحاظ این موضوع که ورود و نقض حریم خصوصی امری خلاف قاعده است، قواعد و تشریفات را مقرر نمایند. این قواعد را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد. قواعد سازمانی ناظر به تفتیش و بازرسی و قواعدی که ناظر به کیفیت بازرسی و تفتیش اختصاص یافته است. از حیث قواعد سازمانی هر دو نظام بر کسب مجوز قضایی پیشین تأکید ورزیده‌اند و اصل را در تفتیش و بازرسی‌ها به احراز شرایط و ضوابط توسط مقام قضایی تخصیص داده‌اند. با این وصف در هر دو نظام حقوقی بر اساس قاعده ضرورت و فوریت امور و تحت شرایط و ضوابط خاصی به مقامات پلیسی اجازه داده‌اند که تفتیش و بازرسی بدون کسب مجوز قضایی لازم صورت بگیرد. وجه مشترک هر دو نظام در این خصوص، جرایم مشهود است که مأمور می‌تواند بدون اخذ مجوز قضایی اقدام به تفتیش و بازرسی نماید.

با این‌که در هر دو نظام حقوقی ایران و آمریکا بر پاس‌داشت حریم خصوصی در وسایل نقلیه تأکید می‌شود، ولی با این وصف اختلاف مبانی و جهت‌گیری در مقررات دو نظام قابل مشاهده است.

نخست، یکی از جلوه‌های حمایت از حریم خصوصی مسبوق بودن بازرسی‌ها و تفتیش از وسایل نقلیه به مجوز قضایی است. در نظام حقوقی آمریکا بنا به دو علت در معرض تضییع بودن ادله و نیز در معرض عموم بودن وسایل نقلیه، در صورتی که ظن معقول به وجود جرم و یا دلایل مرتبط وجود داشته باشد، نیازی به اخذ مجوز قضایی نیست و از این حیث حمایت کم‌تری از حریم خصوصی افراد به نسبت منازل مسکونی معمول می‌شود. در حقیقت در اینجا تأمین نظم و امنیت عمومی بر حقوق فردی ترجیح و برتری داده شده است. با هدف برقراری نظم عمومی در جاده‌ها کنترل رانندگان مست برای پلیس در نظام حقوقی آمریکا بدون اخذ مجوز قضایی امکان پذیر است. به نظر می‌رسد که دغدغه نظام حقوقی ایران مبنی بر اخذ مجوز قضایی مبنی بر بازرسی و تفتیش وسایل نقلیه، ستودنی است؛ اما نمی‌توان از کنار نظم و امنیت عمومی به این راحتی گذشت، بنابراین با توجه به اصل قانونی بودن فرآیند دادرسی کیفری می‌توان استثناهای لازم از قبیل کنترل رانندگان مست و یا جرایم خطرناک و شدید تحت ضوابط و قواعد روشن پیش بینی کرد تا ضمن تأمین دغدغه‌ی امنیت عمومی، زمینه‌های سوء استفاده از اختیارات و اقتدار پلیسی به

کمترین میزان ممکن رساند. بنابراین تعیین ضوابط و سازو کارهای مشخص در قانون آیین دادرسی کیفری می‌تواند بر شفافیت و استحکام این قوانین بیفزاید.

دوم، یکی از موضوعات مهم در تفتیش و بازرسی از وسایل نقلیه شرح جزئیات و کیفیت بازرسی از قسمت‌های مختلف وسایل نقلیه و مسافران است. یکی از محاسن قوانین آیین دادرسی کیفری پیشرفته پرداختن به جزئیات امور است. ضروری است همان‌گونه که در نظام حقوقی آمریکا به برخی از این جزئیات پرداخته شده است، در قانون آیین دادرسی کیفری، نظام دقیق و شفافی در این زمینه اتخاذ گردد. کاستی‌ها و نقایص مذکور باعث نقض حقوق و آزادی‌های فردی و عدم مشخص بودن تکالیف افراد می‌گردد. به‌عنوان مثال مطابق نظام حقوقی آمریکا، زمانی که خودرو به‌صورت قانونی به علت نقض مقررات عبور و مرور متوقف می‌شود، مامور می‌تواند به راننده حتی بدون وجود ظن به ارتکاب رفتار مجرمانه‌ای دستور دهد که از وسیله نقلیه خارج شود و نیز چنانچه مامور به صورت متعارف و معقول بر این باور باشد که راننده ممکن است مسلح و خطرناک باشد، می‌تواند به تفتیش محدود به پوشش ظاهری و بیرونی شخص به منظور کشف اسلحه بپردازد. افزون بر آن در نظام مذکور مطابق رویه قضایی مقرراتی در خصوص تفتیش و بازرسی راننده و مسافران متعاقب تفتیش خودرو وجود دارد.

سوم، یکی از موضوعات مهم جهت حسن رعایت تشریفات و قواعد آیین دادرسی کیفری وجود ضمانت اجراهای مناسب و مقتضی است. این ضمانت اجراها دو کارویژه اساسی دارند. نخست، در صورت عدم رعایت تشریفات مذکور، دلایل و تحقیقات به دست آمده در معرض ابطال و بی اعتباری قرار می‌گیرند. بنابراین وجود این طیف از ضمانت اجراها باعث تقویت اجرای قواعد و مقررات آیین دادرسی کیفری می‌گردد و از سوی دیگر وجود این ضمانت اجراها گامی اساسی در جهت تضمین حقوق متهم قلمداد می‌گردد؛ زیرا چنانچه قواعد مذکور رعایت نشود، متهم می‌تواند در مراجع تجدید نظر نسبت به این موضوع اعتراض نماید. دوم، چنانچه مأموران و متصدیان امر در هنگام انجام تحقیقات قواعد و تشریفات آیین دادرسی کیفری را رعایت نمایند، در معرض ضمانت اجراهای مدنی، انتظامی و کیفری قرار می‌گیرند. همانگونه که اشاره شد در حقوق آمریکا «قاعده بطلان دلیل» پیش‌بینی شده است، برای تضمین اجرای صحیح قواعد و اصول دادرسی، تعریف و تبیین سیستم بطلان دلیل در آیین دادرسی کیفری ایران نیز ضروری به نظر می‌رسد و بهتر است در ایران بر اساس آرای که در این زمینه صادر می‌شود، از طریق رویه قضایی قاعده‌سازی شود.

در هر صورت قوانین مختلف آیین دادرسی کیفری تحت تأثیر شرایط فرهنگی و اجتماعی خود و نیز کمیت و کیفیت بزهکاری در جوامع خود مدل‌های مطلوب خود را در زمینه بازرسی و تفتیش از وسایل نقلیه اتخاذ می‌کنند. بدیهی است این مدل باید پاسخگویی به دو خواسته را مورد توجه

قرار دهد: نخست از یک سو تضمین کننده‌ی حقوق و آزادی‌های فردی باشد و دوم این که با ظرافت و دقت امنیت عمومی را نیز تأمین نماید. به نظر می‌رسد در ایران باید با تحقیقی جامع جرایم شدید احصاء و استثناهایی که می‌تواند زمینه ساز اعطاء اختیاراتی به صورت محدود به ضابطان دادگستری در زمینه‌ی بازرسی و تفتیش باشد، مشخص کرد. برای نمونه جرائم مرتبط با مواد مخدر و یا جرائم سازمان یافته می‌تواند از جمله این قلمروها باشد. به دیگر سخن اصل نخستین در بازرسی و تفتیش از وسایل نقلیه باید عدم مجاز بودن پلیس به چنین اقدامی باشد. این موضوع با تضمین حریم خصوصی اشخاص نیز منطبق است. از سوی دیگر، تأمین امنیت و نظم عمومی می‌تواند که افزون بر جرائم مشهود، در دسته‌ای دیگر از موقعیت‌های خطرناک پلیس بتواند با سرعت بیش‌تری و برای جلوگیری از بین رفتن ادله و مدارک مرتبط با جرم اقدامات لازم به منظور بازرسی و تفتیش را انجام دهد. با این وصف این محدوده استثنایی باید به صورت شفاف و روشن در قوانین آیین دادرسی کیفری منعکس گردد تا از سوء استفاده‌های احتمالی جلوگیری گردد. روشن شدن و مشخص شدن اقدامات ضمن بازرسی و تفتیش نیز می‌تواند ابزار مناسبی در جهت حمایت از حریم خصوصی اشخاص قلمداد گردد.

منابع

- انصاری، باقر (۱۳۸۶)، **حقوق حریم خصوصی**، چاپ اول، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
- تدین، عباس (۱۳۸۷)، «نظریه بطلان دلیل در فرایند دادرسی کیفری (با تأکید بر حقوق فرانسه)»، **تحقیقات حقوقی آزاد**، شماره ۳، ص ۹۳-۷۶.
- جعفری لنگرودی، محمد (۱۳۷۸)، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، تهران: انتشارات گنج دانش.
- خالقی، علی (۱۳۹۲)، **آیین دادرسی کیفری**، چاپ بیست و پنجم، تهران: شهردانش.
- رحمدل، منصور (۱۳۸۴)، «حق انسان بر حریم خصوصی»، **دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)**، شماره ۷۰، ص ۱۴۶-۱۱۹.
- فروغی، فضل‌الله و یوسفی، ایمان (۱۳۹۳)، «مرحله تصمیم‌گیری برای کفایت ادله اثباتی در الگوهای تحقیقات مقدماتی ایران و آمریکا»، **مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز**، دوره ششم، شماره اول، ص ۱۷۸-۱۴۷.
- کوشکی، غلامحسین (۱۳۸۶)، «حمایت از حریم خصوصی در مکان خصوصی در مقررات دادرسی کیفری ایران»، **مجله حقوقی دادگستری**، شماره ۵، ص ۱۵۰-۱۳۵.

کوشکی، غلامحسین و سهیل مقدم، سحر (۱۳۹۴)، «تطبیق بازرسی و تفتیش در الگوی دادرسی ایران و امریکا»، **مجله پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی**، شماره ۵، ص ۱۳۳-۹۵.

کوشکی، غلامحسین و سهیل مقدم، سحر (۱۳۹۵)، «مطالعه تطبیقی حقوق شخص تحت نظر در نظام دادرسی کیفری ایران و امریکا»، **مجله حقوقی دادگستری**، شماره ۹۴، ص ۲۲۷-۱۹۳.

موذن‌زادگان، حسنعلی و سهیل مقدم، سحر (۱۳۹۵)، «قاعده بطلان دلیل در دادرسی کیفری (باتاکید بر حقوق آمریکا)»، **مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی**، دوره ۳، شماره ۲، ص ۲۴۳-۲۶۷.

- یوسفی، ایمان (۱۳۹۲)، **تحقیقات مقدماتی در آیین دادرسی کیفری**، چاپ اول، تهران: جنگل.
- معین، محمد (۱۳۸۶)، **فرهنگ فارسی**، چاپ بیست و چهارم، تهران: امیر کبیر.
- Bobber, Bernard J. (1986), Warrantless search of packages seized from an automobile—Fourth amendment, **Journal of criminal law and criminology**, volume 76, Issue 4, pp. 933-954.
- Bryan Scott Blade (1991), Fourth amendment--The Constitutionality of a Sobriety Checkpoint Program, **Journal of criminal Law and Criminology**, Volume 81, Issue 4, pp. 800-818.
- Collings Jr, Rex A, (1962), Toward workable rules of search and seizure—An amicus curiae brief, **California law review**, Volume 50, Issue 3, pp. 421-457.
- Del Carmen, Ronaldo V. (2008), **Criminal Procedure: law and practice**, eight edition, Wadsworth publishing.
- Ferdico, John N, Henry F. Fradella, Christopher D. Totten, (2009), **criminal procedure for the criminal professional**, tenth edition, Wadsworth cengage learnig.
- Gillespie, Daniel T, (1999), Bright rules: development of the law of search and seizure during traffic stops, **Loyola university Chicago law journal**, volume 31, Issue 1, pp. 1-28.
- Hall, Daniel, (2009), **Criminal law and procedure**, fifth edition, Delmar Cengage Learning Publisher.
- Ison, Timothy M, (1983), Fourth amendment—officer safety and the protective automobile search: an expansion of the pat-down frisk. **Journal of criminal law and criminology**, volume 74, Issue 4, pp. 1265-1281.
- Kaminski, Daniel, (2010), concluded to exclude: The exclusionary rule's role in civil forfeiture proceedings, **Seventh circuit Review**.
- Lochhead, George S, (1992), Fourth amendment—Expanding the scope of automobile consent searches. **Journal of criminal law and criminology**, volume 82, Issue 4, pp. 773-796.



- Mendelsohn, Aaron H. (1998), Fourth amendment and traffic stops: Bright- line rules in conjunction with the totality of the circumstances test. *Journal of Criminal law and criminology*, volume 88, Issue 3, pp.931-956.
- Oakst, Dallin H, (1970), *Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure*, **The University of Chicago Law Review**, Vol 37, No 4, pp 665-757.
- Oran, Daniel J.D., (2000), *Oran' dictionary of the law*, third edition, West Legal Studies Thomson Learning, 2000.
- Riggs, Jenny L, (1982), Excluding automobile passengers from fourth amendment protection, **Journal of criminal law and criminology**, volume 88, Issue 3, pp.957-984.
- Scheb, John M, and John M. Scheb II, (2012), **Criminal procedure**, six edition, USA, Wadsworth,
- Thaman, Stephen C, (2012), **Exclusionary rules in comparative law**, springer Netherlands.
- Henry, Campbell Black ,M.A. ,**Black's law dictionary**, fifth edition, USA, ST. PAUL, MINN. West publishing Co, 1968.



نهمین شماره حقوق کیفری

سال نهم، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۶

شماره پیاپی ۱۶



دادستان انتخابی؛ مبانی و زمینه‌های تاریخی

محمد متین یار سا^۱
دکتر مهدی شیدائیان^۲

تاریخ پذیرش: ۹۶/۱۰/۶

تاریخ دریافت: ۹۴/۳/۱۶

چکیده

نحوه‌ی گزینش متصدی منصب دادستانی، به لحاظ اختیارات و قدرت فراوان این منصب امری حائز اهمیت است. همین اهمیت بالای این منصب در دستگاه قضایی، نظام حقوقی ایالات متحده را متقاعد کرده است که به‌عنوان تنها کشور از روشی منحصر به فرد، یعنی برگزاری انتخابات، جهت گزینش صاحب‌منصبان دادستانی استفاده نماید. حال این سؤال پیش می‌آید که اگر در هیچ جای دیگر همانند منصب دادستان آمریکایی وجود ندارد، این منصب چگونه شکل گرفته است؟ بررسی سیر تاریخی و بسترهای سیاسی مؤید این نکته است که شخصیت‌بخشی مستقل (جدای از شهروندان) برای جامعه و اعطای حق اقامه‌ی دعوی از جانب آن به مقام تعقیب، جریان دموکراتیک‌تر نمودن امور حکومتی، استقلال‌طلبی و میل به تمرکززدایی و نارضایتی از مناصب انتصابی به تدریج زمینه‌ساز تأسیس مقام تعقیب عمومی محلی (منطقه‌ای) منتخب مردم بوده است. با نگاهی کلی به مجموع حوادث تاریخی و جریان‌ات سیاسی می‌توان سه مورد را به‌عنوان مبانی نهاد دادستان انتخابی در نظر گرفت. نخست؛ حفظ استقلال مقامات دادسرا به واسطه‌ی کاهش نفوذ سایر مقامات مؤثر بر انتصاب. دوم؛ پاسخگویی بیشتر دادستان در مقابل حوزه‌ی محلی از طریق اتکا و نیاز به جلب رضایت و متعاقباً آرای شهروندان و سوم؛ نظارت هر چه بیشتر مردم بر حکومت با راهکار اعمال نفوذ از مجرای صندوق‌های رأی.

واژگان کلیدی: دادسرا، دادستان، استقلال قضایی، پاسخگویی قضایی، تعقیب عمومی

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه علامه طباطبائی

۲. استادیار گروه حقوق پردیس فارابی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)

مقدمه

مهد دادسرا به مفهوم امروزی آن و معیت دادسرا و دادگاه یک اقتباس از رژیم قدیم دادرسی فرانسه با عنوان «پارکه»^۱ در قرن ۱۴ است (آشوری، ۱۳۸۸: ۱۰۰)؛ یعنی زمانی که بسیاری از نظام‌های حقوقی در سیر تکاملی خود به دلیل قدرت یافتن دولت‌های مرکزی و شکل‌گیری مفهوم منافع عمومی و حقوق جامعه، در پاسخ به پدیده‌ی مجرمانه، پایان دوره‌ی دادگستری خصوصی و آغاز دوره‌ی دادگستری عمومی و در فرآیند رسیدگی، آغاز دوره‌ی تفتیشی را تجربه می‌کردند.

در آن دوران دو دسته از وکلا در برابر دادگاه‌ها، از منافع اصحاب دعوی دفاع می‌کردند: وکلای ترافع کتبی که نمایندگی اصحاب دعوی را بر عهده داشتند و قسمت کتبی مدافعه را انجام می‌دادند و وکلای ترافع زبانی که فقط از دعاوی به طور شفاهی در محضر دادرسان دفاع می‌کردند. از سده‌ی سیزدهم به ترتیب وکلای مدافع کتبی و وکلای مدافع شفاهی پادشاه نیز پدیدار شدند (ژگو، ۱۳۵۴: ۲۰). به این صورت که پادشاه نیز برای دفاع از منافع خصوصی خود در دعاوی، مانند هر صاحب دعویایی یک نفر وکیل مدافع کتبی و یک نفر وکیل مدافع شفاهی انتخاب می‌کرد.

وظیفه‌ی مشخص آن‌ها دفاع از منافع شاه در دادگاه و نظارت بر اجرای مجازات‌ها بود، مجازات‌هایی که بسیاری از آن‌ها جریمه‌ی مالی بودند و به خزانه‌ی سلطنتی واریز شده، منبع درآمد پادشاه محسوب می‌شدند (خالقی، ۱۳۸۹: ۲۵). با افزایش قدرت روزافزون حکومت مرکزی (سلطنت) و تضعیف حکام محلی در مقابل آن، به ویژه در پایان سده‌ی سیزدهم و در آغاز سده‌ی چهاردهم، دفاع از منافع پادشاه نیز بیش‌ازپیش به دفاع از منافع عمومی تشبیه می‌شد. مأموریت وکلای مدافع کتبی و وکلای مدافع شفاهی از صورت خصوصی به صورت عمومی درآمد و صلاحیت طرح رسمی شکایات در دادگاه را پیدا کردند که با اجرای حقوق، عرف، عادت و حفظ نظم عمومی، آسایش مردم را تضمین می‌کردند (ژگو، پیشین: ۲۰). به این ترتیب صاحب‌منصبان دادسرا به وجود آمدند.

به هر روی جدای از مقامی که این افراد را تعیین می‌نمود و یا میزان اختیارات آن‌ها، شیوه‌ی همیشگی برگزیدن دادستان به این منصب، در طول تاریخ و در کشورهای گوناگون، انتصاب بوده است. به این معنی که فردی از بالا و مستقیماً این فرد را برای تصدی تعیین می‌کرده است. با این حال تنها یک استثنا در تمام نظام‌های حقوقی جهان وجود دارد و آن نظام قضایی ایالات متحده است. به عبارت دیگر ایالات متحده‌ی آمریکا تنها کشوری در جهان است که در آن رأی‌دهندگان (شهروندان) دادستان را به صورت مستقیم انتخاب می‌کنند.

1. parquet

در این پژوهش با در نظر گرفتن زمینه‌های تاریخی نهاد دادستان انتخابی، این فرضیه مطرح می‌شود که می‌توان مبانی مستحکم و قابل اعتمادی را برای نهاد مورد بحث در نظر گرفت؛ اما این عقیده به هیچ عنوان مستلزم تجویز چنین نهادی برای نظام قضایی ایران نیست. بحث کارآیی یا عدم کارآیی هر نهادی در نظام حقوقی ایران نیازمند بحث مفصل در مورد ساختار قضایی ایران و چالش‌های آن خواهد بود.

غیر ممکن است در فصلی بدین کوتاهی بر تمامی مباحثی که در طی سال‌ها مطرح شده است، به نحو وافی پرداخت؛ از این رو تنها به قسمتی از نکات اصلی مرتبط با موضوع بسنده می‌شود: نخست زمینه‌های تاریخی که می‌توان از آن‌ها به عنوان بسترهای تاریخی نیز یاد کرد به طور مختصر بیان شده و سپس مبانی چنین نهادی از نظر نگارنده (که این مبانی نیز با در نظر گرفتن همان زمینه‌های تاریخی، شرایط سیاسی و فرهنگی و مذاکرات مطروحه از سوی نمایندگان مجلس قانون اساسی در ایالات مختلف آمریکا طی سالیان مختلف، برداشت شده و موضع رسمی مقامات رسمی آمریکایی یا حامیان این نوع گزینش نبوده است) معرفی می‌شوند. نکته‌ای که باید مورد توجه قرار بگیرد چالش‌های چنین نهادی است (از این پس منظور از «نهاد» در این نوشته منصب دادستان انتخابی است) که به دلیل گستردگی مطالب، صحبت از آن به فصلی دیگر واگذار می‌شود. همچنین با توجه به اینکه چنین منصبی تنها در نظام قضایی ایالات متحده به کار گرفته شده است، مطالب این نوشتار نیز با تمرکز بر همین کشور ارائه خواهد شد.

۱. زمینه‌های تاریخی ظهور دادستان انتخابی

دادستان انتخابی از استقلال و قدرت اعمال صلاح دید شخصی بی‌مانندی در جهان برخوردار است. در هیچ جای دیگر جهان چنین ترکیبی از ویژگی‌ها در تعریف نقش دادستان وجود ندارد (Gordon, 2002: 335). حال سؤال پیش می‌آید که اگر در هیچ جای دیگر همانند منصب دادستان آمریکایی وجود ندارد، این منصب با چنین ویژگی‌های منحصر به فردی چگونه شکل گرفته است؟

در خصوص منشأ دادستان انتخابی و نظام‌های حقوقی مؤثر بر شکل‌گیری آن نظریات متفاوتی بیان شده و عمدتاً این نهاد به شکل‌های گوناگون به یکی از سه کشوری که تأثیر مهمی بر توسعه‌ی آغازین ملت آمریکا داشته‌اند، نسبت داده شده است. برخی این نهاد را به سادگی متأثر از منصب تعقیب ارشد^۱ در انگلستان (این مقام و دادستان آمریکایی هر دو اختیار خاتمه دادن به تمام تعقیبات کیفری را دارند) دانسته و عده‌ای بر این باورند که این نهاد از فرانسه (دادستان آمریکایی و دادستان

1. Chief prosecuting officer

فرانسوی قدرت آغاز تمام تعقیبات عمومی را دارند) وام گرفته شده است (McCormack, 2004: 500). با این وجود بر هر دو دیدگاه می‌توان خدشه وارد نمود. از یک سو انگلستان نظام تعقیب عمومی جرایم^۱ را تا سال ۱۸۷۹، یعنی سال‌ها بعد از شکل‌گیری تعقیب عمومی در آمریکا، نپذیرفته بود.^۲ از سوی دیگر مفهوم مأمور و تعقیب عمومی در آمریکا، پیش از انقلاب استقلال^۳؛ یعنی هفتادوپنج سال قبل از اینکه فرانسه، جمهوری نو پای آمریکا را تحت تأثیر قرار دهد نیز وجود داشته است. همچنین دادستان فرانسوی جزئی از یک سلسله مراتب سرویس مدنی ملی است، درحالی‌که دادستان آمریکایی به‌عنوان یک مقام محلی و مستقل، اختیارات خود را اعمال می‌کند.

در این بین برخی مقام تعقیب منتخب مردم را نتیجه‌ی تأثیرات ساکنان هلندی دانسته‌اند. این افراد بیان می‌کنند مهاجران هلندی که در زمان شکل‌گیری نخستین مستعمرات در سراسر خط ساحلی دریای آمریکا پخش شده بودند، از مقامی محلی به نام «شات»^۴ استفاده می‌نمودند (این منصب و دادستان انتخابی آمریکایی هر دو منصبی محلی از دولت منطقه‌ای هستند) که الهام گرفته از منصبی با همین نام در کشور هلند بوده است. هر چند این مقام از لحاظ استقلال محلی با منصب دادستان انتخابی که در حوزه‌ی صلاحیت خود (عموماً شهر یا شهرستان) از استقلال کامل برخوردار است، مشابهت دارد، اما با توجه به مدت زمان اندک حضور ساکنان هلندی در این مناطق و در پیکره‌ی ایالات متحده، تأثیر و ارتباط مستقیم آن‌ها بر دستگاه عدالت کیفری و مقام تعقیب دور از ذهن می‌نماید. با توجه به اظهارات بیان شده، می‌توان نتیجه گرفت که ریشه‌های منصب دادستان انتخابی را نمی‌توان تنها به یک منشأ منسوب کرد و جهت یافتن نخستین زمینه‌های شکل‌گیری این مقام تعقیب باید درون زمینه‌های تاریخی آن؛ یعنی زمینه‌های که سبب شد برخی از ویژگی‌های هر نهاد انتخاب و برخی کنار گذاشته شود را واکاوی کرد.

۱.۱. شکل‌گیری تعقیب عمومی

یکی از عوامل تمایز بنیادی حقوق کیفری آمریکا از نظام حقوقی انگلستان، پذیرش دادستان عمومی است؛ زیرا نهاد دادستان عمومی برای نظام حقوقی انگلیس که تا سال ۱۸۷۹ میلادی از نظام تعقیب خصوصی^۵ استفاده می‌کرده، ناشناخته بوده است.

1. Public prosecution of crimes

۲. سال‌ها نظام تعقیب حاکم بر دستگاه قضایی انگلستان تعقیب خصوصی یا شخصی بوده است که در ادامه توضیح داده خواهد شد.

۳. پس از انقلاب استقلال آمریکا و جنگ صورت گرفته بین ایالات متحده و انگلستان، نهادهای حقوقی فرانسوی نفوذ بیشتر و نهادهای بریتانیایی غیر محبوب بوده‌اند.

4. Schout

5. Private prosecution

اینکه منشأ دادستانی عمومی در آمریکا چه بوده است، با ابهامات اجتماعی و تاریخی روبه‌رو است، اما به‌طور واضح تعقیب خصوصی از ابتدا (همانند امروز) با مفهوم آمریکایی از یک فرآیند دموکراتیک متناقض بوده است. اگرچه هنگام استقرار نخستین مستعمرات آمریکا^۱، در حوزه‌ی سلطنت انگلستان تعقیب خصوصی مسلط بوده است، اما هرگز این شیوه در مستعمرات ریشه نگرفت؛ یعنی از سال ۱۷۰۴ که نخستین مستعمره^۲ نظام تعقیب عمومی را پذیرفت، سایر مستعمرات نیز خیلی زود از این روش پیروی کردند (Worrall, 2008: 6) و بدین ترتیب خود را از نهاد تعقیب کیفری موجود در انگلستان متمایز نموده و راه مستقلی در پیش گرفتند.

تفاوت‌های بارزی بین نظام تعقیب خصوصی و تعقیب عمومی در مفهوم و اجرا وجود دارد. نظام انگلیسی تعقیب خصوصی از شرایط حکومتی و اجتماعی نشأت گرفته بود که ریشه‌هایش به‌جای قرارداد اجتماعی نوین در قرون وسطی و به‌منظور حفظ سلطنت و نه مردم، طراحی شده است. این نظام قضایی اشخاص را در مقابل اشخاص قرار می‌داد؛ زیرا تفاوتی مهمی بین تخلفات مدنی و تخلفات جزایی قائل نبود (Langbein, 1979: 266). تمام موارد نقض قانون، تخلفی محسوب می‌شد که یک شخص علیه شخص دیگر مرتکب شده است. ایده‌ی تعقیب شخصی با بنیان‌های فکری آمریکای نوین ناسازگار بود؛ زیرا در تعقیب خصوصی تفکر بر این بود که جرم ضرورتاً یک امر شخصی بین متجاوز و قربانی است. در حالی که مفهوم عدالت کیفری گسترش یافته در آمریکا، بیان‌کننده‌ی دیدگاه متفاوتی است^۳ (McCormack, op. cit: 498). در نظام حقوقی این کشور دولت مقام تعقیب است و بزه‌دیده‌ی جرم هیچ نقشی بیش از یک شاهد ندارد. برای تعقیب نه شکایت بزه‌دیده نیاز است و نه موافقت او، بلکه بزه‌دیده تنها می‌تواند مانند هر شاهد دیگری به حضور و ادای شهادت مجبور شود. زمانی که مهاجران اولیه آمریکا اساس تعقیب شخصی را رد کردند، حوادث دیگری در شکل‌گیری منصبی محلی و انتخابی دخیل بود.

۲.۱. شکل‌گیری مقام تعقیب محلی

از همان آغاز، نظام مستعمراتی روحیه‌ی استقلال را بین مهاجران جدیدش پرورش داد که به‌وسیله‌ی موقعیت جغرافیایی پراکنده‌ی مستعمرات در طول بیش از دو هزار مایل در سواحل شرقی آمریکای شمالی تقویت می‌شد. اگر چه آن‌ها در هنجارها و سنت‌های بریتانیایی و نظام

1. Jamestown and Plymouth

2. Connecticut

۳. امروزه بقایای بسیار کمی از تعقیب شخصی در ایالات متحده وجود دارد. تعداد کمی از ایالات اجازه‌ی استفاده از تعقیب شخصی را می‌دهند (همچون ایالت نیو همپشایر (newhampshire)) و آن‌هایی که این شکل را پذیرفته‌اند، اعمال آن را به نوع خاصی از پرونده‌ها محدود کرده‌اند.

حقوقی مبتنی بر حقوق عرفی انگلیس مشترک بودند، اما کناره‌گیری از یکدیگر و همچنین انگلستان، جرعه‌ی نیاز به نوعی حکومت محلی مستقل را زد. میراث عقاید بریتانیایی که به‌وسیله‌ی نهادهای گوناگون به مستعمرات انتقال یافته، بسیار غنی و متنوع بود. در نتیجه ساکنان جدید قادر بودند دست به گزینش و توسعه‌ی برخی از آن‌ها بزنند و قسمتی دیگر را کنار بگذارند.

قدرت سلطنتی انگلستان وسعت مستعمرات را در قرن هجده افزایش داد، اما نتوانست ظهور مردم‌گرایی محلی متأثر از شرایط جغرافیایی، روحیه استقلال‌طلبی و میراث فرهنگی غنی ایجاد شده توسط ساکنان اولیه را کنترل کند. انگلستان هیچ‌گاه سعی نکرد که نظام قضایی مستعمرات را یک‌پارچه کند و همین بی‌توجهی سلطنت و حکومت بریتانیا به طبیعت مستقل مهاجران عاملی برای افزایش استقلال محلی مستعمرات بود (Jacoby, 2005: 37). بی‌علاقگی بریتانیا، به مهاجران اجازه‌ی طراحی یک نظام قضایی منطبق با عقاید خودشان را می‌داد.

در اوایل سده‌ی ۱۶۰۰ میلادی نخستین دادگاه‌ها ماهیت ساده‌ی جامعه‌ی مستعمراتی را با تعداد نفرات اندکشان، عدم وجود نظام رسمی دفاع و نظام رسمی برای ایراد اتهامات و همچنین عدم تفکیک قوا یا عملکرد بازتاب دادند (Surrency, 1967: 253)؛ اما نظام حقوقی در این مناطق نیز از تغییرات سریع و مداوم سیاسی و اجتماعی بی‌نصیب نماند و همگام با افزایش جمعیت، دادگاه‌ها نیز سازمان‌دهی دوباره شدند. در دهه‌ی پایانی سده‌ی هفده میلادی، ایالات به‌سوی یک نظام رسیدگی دو مرحله‌ای با دادگاه‌هایی در تمام شهرستان‌ها برای رسیدگی نخستین و یک دادگاه استیناف در مرکز ایالت روی آوردند.

این نظام قضایی همان‌طور که پیش‌تر گفته شد به‌واسطه‌ی آورده‌های مستعمرات هلندی به‌طور غیر مستقیم از نظام قضایی هلند نیز تأثیر پذیرفت. این تأثیر به‌خصوص در مورد مقام تعقیب، به ایجاد منصبی به‌نام شات در این مستعمرات پیوند می‌خورد که به‌عنوان مأمور دادگاه وظیفه‌ی ارائه‌ی اتهامات کیفری، طرح پرونده علیه متهم، آگاهی متهمان از اتهاماتی که علیه آن‌ها مطرح شده بود و اختیاراتی برای بازداشت و جمع‌آوری ادله را بر عهده داشت. هر چند نفوذ مستعمرات هلندی به‌واسطه‌ی استقرار نظام حقوقی انگلستان بر تمام ایالات دیری نپایید، اما شاید نمود همین تأثیرات بود که در اواخر سده‌ی هفدهم، سمت دادستان شهرستان در ایالات آمریکا به منصف‌ظهور رسید (Jacoby, op.cit: 38). با توجه به مجاورت جغرافیایی نخستین مناطق مؤسس منصب دادستان شهرستان به شهرهای هلندی سابق، احتمال تأثیرگذاری پیش‌گفته بیشتر بر ذهن متبادر می‌شود.

با افزایش اختیارات دادستان کل (که در ابتدا تنها به عنوان وکیل سلطنت یا نماینده‌ی تاج منصوب و انجام وظیفه می‌کردند) و لزوم حضور آن‌ها در جریان تمام محاکمات کیفری، این

صاحب‌منصب برای خود نمایندگانی در دادگاه‌های شهرستان منتصب می‌کرد که هر کدام مسئولیت‌های محدودی برای تعقیب کیفری داشتند (Ibid: 39). اگر چه مسائل کم اهمیت‌تر همچنان توسط قاضی دادگاه و به صورت مختصر رسیدگی می‌شد، اما برای نخستین بار دادگاه هر شهرستان یک مقام تعقیب به عنوان نماینده‌ی منتصب از سوی دادستان کل حضور داشت. زمانی که نماینده‌ی دادستان‌های کل به طور دائم در دادگاه‌های شهرستان منتصب شدند، دور از انتظار نبود که بیشتر به عنوان یک مقام محلی در نظر گرفته شوند تا مقامی از سوی حکومت مرکزی. با در نظر گرفتن مطالب پیش‌گفته می‌توان بر بازتاب خواست ضمنی جامعه بر شکل‌گیری چنین منصبی معتقد بود که آن‌ها را می‌توان به‌طور مختصر در سه مورد بیان کرد. نخستین مورد، رد کردن مفهوم طبقه‌ی ممتاز و پذیرش اصول حکومت‌نمایندگی مردم که این موضوع تعقیب عمومی را ایجاد کرد. دومین مورد، تغییر از اقتدار مرکزی به نهادهای دولتی محلی بود؛ این امر تمرکززدایی از دادگاه‌های پایین و ایجاد مأموران محلی را شتاب داد. سرانجام، مطالبات عمومی برای اجرای قانون و امنیت عمومی و نیاز دادگاه‌ها به حضور نماینده‌ای حرفه‌ای جهت اقدام به عنوان میانجی میان آن‌ها و سایر مناصب قضایی (مانند هیأت منصفه‌ی عالی) و جدایی قدرت و وظایف کلانتر از مقام تعقیب (متین‌پارسا، ۱۳۹۳: ۴۳)؛ بنابراین با وجود تفاوت‌هایی در ماهیت مقام تعیین‌کننده و میزان اختیارات مأموران تعقیب شکل گرفته، همگی در یک موضوع مشترک بودند و همین موضوع آن‌ها را از هر مقام قضایی دیگر در انگلستان و فرانسه متفاوت می‌کرد؛ این‌که آن‌ها زاینده‌ی خواست جامعه‌ی جدید بودند.

۳.۱. شکل‌گیری مقام تعقیب انتخابی

برای بررسی این موضوع باید حرکت‌های دموکراتیک جامعه‌ی آمریکا را از سال ۱۷۸۹ یعنی زمان استقلال ایالات متحده، مورد توجه قرار داد. حرکت‌هایی از سوی یک دموکراسی محدود به سمت یک دموکراسی گسترده؛ زمانی که جریان حرکت حکومت به سوی تمرکززدایی بود. با حق رأی و انتخاباتی که به‌وسیله‌ی رئیس‌جمهور اندرو جکسون^۱ در سال ۱۸۲۸ فراهم شد، منصب‌های بیشتری انتخابی^۲ شدند. با فراگیر شدن دموکراسی جکسونی در کل سرزمین از یک‌سو و شکل‌گیری روح استقلال‌طلبی در ایالات جدید از سوی دیگر، دو تغییر مهم اتفاق افتاد؛ اول این‌که جایگاه قاضی از حالت انتصابی به انتخابی تغییر کرد که این امر خود به‌طور مستقیم به انتخابی شدن منصب دادستان کمک کرد. دیگر این‌که سبب شد منصب دادستان از قوه‌ی قضاییه

1. Andrew Jackson

2. Elective

به قوهی مجریه منتقل گردد. این دو تغییر مهم (۱. انتخابی شدن منصب قضاوت ۲. تبدیل شدن دادستان به عضوی از قوهی مجریه) به دادستان آمریکایی مجموعه‌ای از مسئولیت‌ها، روابط و اختیارات جدید اعطاء کرد.

در اواخر سدهی هجده، یعنی حدود یک قرن پس از شکل‌گیری مقام تعقیب محلی^۱، مسئولیت اولیهی تعقیب به ایالات و دادستان‌های محلی محول شده بود و بیشتر ایالات از نمایندگان دادستان‌های کل برای تعقیب استفاده می‌کردند. اگرچه ظاهراً دادستان کل مسئول تعقیب قانونی در ایالات بود، اما در واقع مقامات تعقیب محلی به آرامی به سوی به دست گرفتن اختیارات او حرکت می‌کردند.

در سی سال نخست جمهوری جدید (۱۷۸۹ تا ۱۸۲۸ میلادی)، تغییرات کمی در وظایف و مسئولیت‌های مقام تعقیب ایجاد شد.^۲ وضعیت انتصابی دلیل اصلی این شرایط بود. دادستان نمی‌توانست بدون توجه به عقاید و سیاست‌های کسی که او را منصوب می‌کند تصمیم بگیرد. مقامی که دادستان بخش را منتصب می‌کرد، از ایالتی به ایالت دیگر متفاوت بود. ممکن بود در ایالت‌های مختلف قاضی دادگاه بخش، قوهی مقننه، فرماندار با کمک هیأت مشاوران خود، فرماندار با پیشنهاد و موافقت مجلس سنای ایالتی، دادستان را منتصب کنند (Jacoby, part2, 2005: 28)، ولی در هر صورت دادستان تابع مناصب دیگر، درون یک فرآیند سیاسی بود. وضعیت انتصابی در طی این دوره استثنایی نبود؛ تعداد کمی از مناصب انتخابی بودند و تعداد کمی از شهروندان حق رأی داشتند. محدودیت‌های بسیاری بر حق رأی عمومی^۳ وجود داشت و کشور بر اساس استانداردهای امروزی، یک دموکراسی بسیار محدود بود. رأی‌گیری به وسیلهی سن، جنس، نژاد و دارایی تنظیم می‌شد. آن‌هایی که واقعاً حق رأی دادن در یک انتخابات عمومی را داشتند، قسمت بسیار محدودی از جمعیت را تشکیل می‌دادند. تنها منصبی که در تمام ایالات انتخاب می‌شد، قانون‌گذار بود.

تغییرات حاصله در دوران بعد بیشتر نتیجهی جنبش‌های سیاسی گسترده‌ای بود که در دهه‌ی ۱۸۲۰ آغاز شد. دوره‌ی دموکراسی جکسونی^۴، دموکراتیک کردن فرآیند سیاسی آمریکا سرعت

1. Local prosecution

۲. در سال‌های نخستین، دادستان یک مقام خرد در دادگاه به حساب می‌آمد. این سمت اصولاً یک مقام قضایی و شبه اجرایی بود که به عنوان تابع دادگاه و ضمیمه‌ی قدرت قضات فرض می‌شد. امروزه دادستان‌های محلی در ایالات متحده مقامی از قوهی مجریه و مأمور اولیه اجرای قانون در بخش خود محسوب می‌شوند.

3. General franchise

۴. اندرو جکسون هفتمین رئیس جمهور تاریخ آمریکا از حزب دموکرات است. بین سالهای ۱۸۲۹ تا ۱۸۳۷ میلادی (هم‌زمان با ۱۲۰۷ تا ۱۲۱۵ خورشیدی) ریاست جمهوری آمریکا را بر عهده داشت.

گرفت که تأثیر آن تعریف دوباره‌ی ماهیت سیاسی مقامات سراسر کشور بود (Schotland, 2002: 661). این جنبش‌ها سبب شد تعداد بیشتری از مناصب عمومی با انتخابات مردمی برگزیده شوند، انتخابات محلی برای انتخاب مأموران محلی ایجاد شود و تمرکز زدایی از دولت تقویت شود، اما هیچ کدام از اصلاحات اولیه قوانین اساسی تا زمانی که قضات موقعیت انتخابی به دست آوردند (ایالت جورجیا به عنوان اولین ایالت در سال ۱۷۸۹) بر تعقیب قانونی تأثیر نداشت. انتخابات مردمی قضات رکن کلیدی در شکل‌گیری دادستان‌های منتخب مردم بود. پس از آن که طی اصلاحات قانون اساسی قضات به واسطه‌ی انتخابات و با رأی مستقیم شهروندان تعیین می‌شدند، مقاومت‌های صورت گرفته جهت استفاده از همین روش برای گزینش دادستان‌ها تاب نیاورد و نهایتاً ایالت «جورجیا» که نخستین اقدامات را برای انتخاب کردن مقامات قضایی انجام داده بود، بار دیگر قانون اساسی خود را در سال ۱۸۳۹ به منظور فراهم شدن شرایط برگزاری انتخابات دادستان‌ها در هر شهرستان از طریق تجمع عمومی^۱ اصلاح کرد (Hemmense, 2012: 131) و همین امر سرآغاز الگوپذیری سایر ایالات از این روش و اصلاح قوانین‌شان در این راستا بود؛ به نحوی که تا اوایل سده بیستم میلادی سی‌وهشت ایالت در قانون اساسی و ده ایالت از طریق قوانین عادی این روش را پذیرفتند.^۲ با تغییر تصور عمومی از نقش و مسئولیت‌های دادستان عمومی که از پیامدهای جنگ داخلی^۳ بود، برای نخستین بار برخی از قوانین اساسی دادستان را به‌عنوان عضوی از قوه‌ی مجریه معرفی کردند (Jacoby, part2, op.cit: 31). انتقال منصب دادستانی از قوه‌ی قضاییه به مجریه و

1. General assembly

۲. تا سال ۱۹۱۲ تنها پنج ایالت شرایط دادستان‌های محلی انتخابی را فراهم نکرده بودند: دلاور، ۲، رُدایلند، ۲، کانکتی‌کات، نیوجرسی و فلوریدا این نکته جالب توجه است که چهار ایالتی که تا کنون انتخابات محلی دادستان‌ها را نپذیرفتند (ایالات فوق به غیر از فلوریدا)، همگی از اعضای اصلی اتحادیه و در پی حفظ حالت تعقیب قانونی اولیه مستعمرات بودند. دو ایالت رُدایلند و دلاور، از نظر جغرافیایی به قدری کوچک هستند که احتمالاً اعمال یک نظام محلی تعقیب امکان‌پذیر نیست. در هر دو ایالت دادستان کل انتخابی، مأمور اصلی تعقیب است. در ایالت نیوجرسی دادستان حوزه‌ی قضایی محلی را نمایندگی می‌کند، اما از سوی فرماندار و با رضایت سنا و نظارت دادستان کل منتصب می‌شود. در کانکتی‌کات دادستان‌های محلی تا سال ۱۹۸۴ توسط دادگاه محلی منصوب می‌شدند. از این زمان به بعد، با اصلاح قانون اساسی دادستان از قوه‌ی قضاییه خارج و زیر نظر یک نهاد مستقل تازه تأسیس به نام کمیسیون عدالت کیفری^۲ قرار داده شد (Jacoby, part2, op.cit: 31).

3. Civil War

این کشور در سال ۱۸۶۱ شاهد جنگ داخلی بود که با ۶۰۰،۰۰۰ تلفات و ۵۰۰،۰۰۰ نفر زخمی، خونین‌ترین جنگ در تاریخ این کشور بوده‌است. علت این جنگ به برده‌داری در ۱۱ ایالت جنوبی مشهور به ایالات مؤتلفه آمریکا مربوط می‌شد که آبراهام لینکلن خواهان براندازی آن بود. این جنگ در سال ۱۸۶۵ با پیروزی شمالی‌ها پایان گرفت (زین، ۱۳۸۹: ۱۶۳).

در نظر گرفتن او به عنوان بازوی اجرایی عدالت عامل نیرومندی در تعریف وظایف مربوط به تعقیب او داشت و بدین ترتیب پازل خلق منصبی منحصر به فرد کامل شد. به طور خلاصه در فرگشت این منصب، نخست در نتیجه‌ی ذیحق دانسته شدن جامعه و حکومت در پی ارتکاب هر جرم، شاهد شکل‌گیری مقام تعقیب عمومی هستیم. سپس جدایی مستعمرات از حکومت مرکزی بریتانیا و پراکندگی آن‌ها از نظر جغرافیایی زمینه‌ساز ظهور مناصب محلی و نظام‌های قضایی مستقل و جداگانه شد. سرانجام حرکت کشور به سوی دموکراتیک‌تر شدن فضای سیاسی و گسترش حق رأی در دوره‌ی ریاست جمهوری اندرو جکسون و نیز نارضایتی از کاستی‌های نظام انتصابی برای گزینش صاحب منصبی با اختیارات تأثیرگذار، زمینه را برای تولد نهاد منحصر به فرد دادستان انتخابی فراهم نمود. حال با توجه به این سیر تاریخی می‌توان چند مورد را به عنوان مبانی چنین نهادی معرفی کرد.

۲. مبانی دادستان انتخابی

حامیان انتخابی بودن دادستان، در میان انگیزه‌های دموکراتیک، توجه کمی به اثر برگزاری انتخابات جهت گزینش مناصب قضایی، از جمله دادستان، بر نظام عدالت کیفری داشتند. با این حال و علی‌رغم آثار سیاسی نامطلوب انتخابات برای گزینش دادستان^۱، دو روند ساختاری را می‌توان، زمینه‌ساز انتخاباتی شدن گزینش دادستان‌ها دانست. اول؛ رأی‌دهندگان از فرآیند انتصابی ناراضی بودند. از یک‌طرف فرمانداران که اختیارات جدیدی به دست آورده بودند قدرت را به یک مقام انتصابی که نظارت نمی‌شد اعطا می‌کردند و از سوی دیگر، در ایالاتی که قوه‌ی مقننه دادستان‌ها را

۱. پژوهشگران بعدی مشاهده نمودند که موضوع انتخابات دادستان «آثار سیاسی نامطلوبی» به همراه دارد و منجر به تمرکز دادستان‌ها بر تحقیقات بر روی پرونده‌ها برجسته می‌شود تا از این طریق پوشش رسانه‌ای مطلوب را به نفع خود داشته باشند و همین امر این امکان را فراهم می‌کند که دادستان‌های فاسد در انتخابات شرکت کنند. حتی برخی اظهار کردند که انتخابات، سبب می‌شود، دادستان‌ها به دنبال نرخ بالاتر محکومیت باشند. این نگرانی‌ها برای حامیان انتخابات مردمی دادستان‌ها در قرن نوزدهم برجسته نبود؛ زیرا گفت‌وگو در مورد کنترل مردمی دولت، حفاظت از حقوق فردی و گسترش حق رأی، بر مجامع قانون اساسی مسلط بود. به علاوه پرهزینه‌تر بودن نظام انتصابی در مقایسه با شیوه انتخابی یکی دیگر از ایراداتی است که مطرح می‌شود. به عنوان مثال یک گزارش تهیه‌شده توسط مجمع عمومی ایالت مریلند بیان کرد که این ایالت (از شیوه انتصابی برای گزینش دادستان‌ها استفاده می‌کند) در سال ۱۸۴۰، ۴۱۵۰۰ دلار برای نظام قضایی خود خرج کرده است، چیزی نزدیک به دو برابر مقدار هزینه شده در ایالت ماساچوست (از شیوه انتخابی برای گزینش دادستان‌ها استفاده می‌کند) با جمعیتی حدود دو برابر ایالت مریلند. بسیاری از نمایندگان مریلند معتقد بودند که هزینه‌های بالای نظام قضایی آن‌ها حاصل انجام امور بر اساس روابط بوده است. (برای مطالعه بیشتر رک: محمد متین پارسا (۱۳۹۳)، نظریه‌ی دادستان انتخابی، پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، پردیس فارابی، صص ۱۱ و ۱۴)

تعیین می‌کردند، احزاب سیاسی از فرآیند انتصاب به منظور حمایت از متحدان و سرکوب مخالفان خود استفاده می‌کردند. دوم: دادستان‌ها وظایف بیشتری را در نظام کیفری بر عهده گرفتند و اختیاراتی بیش از تعقیب کیفری به دست آوردند. در طول زمان دادستان‌های محلی شروع به اتخاذ تصمیم‌های اداری کردند که تعیین می‌کرد یک پرونده مورد تعقیب کیفری قرار گیرد یا خیر (Minser: 1996: 1538)؛ بنابراین رأی‌دهندگان به یک فرآیند انتصاب ناقص برای تعیین یک منصب با اهمیت، اعتماد نمی‌کردند.

۱.۲. استقلال قضایی

در عالم نظر، مفهوم تفکیک قوا و استقلال آن‌ها را ارمغانی از فلاسفه‌ی قرن هجدهم اروپا و هشدارهای منتسکیو^۱ می‌دانند. برای رعایت نظم، نظریه‌ی تفکیک قوا و اجرای عدالت، باید قایل به استقلال دستگاه قضایی بود (Klerman & Mahoney, 2005: 2-3)؛ این استقلال در مواردی با استقلال شخصی مقامات قضایی منطبق و در همه موارد، مقدمه‌ای بر استقلال قضایی^۲ و اجرای عدالت است.

یکی از شروط مهم استقلال قضایی، استقلال شخصی^۳ دادرس است. استقلال شخصی، یعنی آزادی دادرس از هرگونه فشار. منظور از فشار، آزادی دادرس از فشارهای بیرونی، جدا از منبع آن است؛ یعنی استقلال در برابر خویشان، دوستان، طرف‌های دعوا، صاحبان قدرت، افکار عمومی، همکاران و کسانی که مدیریت نظام قضایی را در دست دارند. مُرشد مقامات قضایی و منبع التزام آن‌ها، تنها قانون است؛ آن‌ها ما فوق دیگری ندارند. پس وقتی استقلال مقامات قضایی تهدید می‌شود که فشارهای بیرونی آن‌ها را وادار کند به فراتر از تفسیر مقررات بیندیشند، مقررات را نادیده انگارند و آزادی تصمیم‌گیری‌شان به محدودیت در آن تبدیل شود (بیتهم، ۱۳۸۶: ۹۶). به طور کلی هدف اصل، این است که مقام قضایی قانون را ملاک صدور رأی قرار دهد و به دستورات و نفوذ اشخاص مافوق خود توجهی نداشته باشد. همچنین روشن است که این اصل، همانند سایر نهادهای حقوقی، از هدف کلی حقوق، یعنی اجرای عدالت بر پایه نظم پیروی می‌کند و نیز صحنه درگیری نظم و عدالت است؛ چراکه بخش عمده‌ای از ناقضان این اصل، تأمین‌کنندگان نظم جامعه هستند و به بهانه‌ی آن، بر استقلال قضایی می‌تازند.

1. Montesquieu

۲. استقلال قضایی را به اعتبار موضوع می‌توان به استقلال دستگاه دادگستری و دادگاهی که دعوا در آن جریان دارد یا شخص دادرس تقسیم نمود.

3. Personal Independence

پاسداری از اصل استقلال قضایی در بسیاری موارد، سبب حکومت قانون است و مقامات و مأموران رسمی در اعمال خود، نظارت قضایی را در می‌یابند و خارج از قانون عمل نمی‌کنند. همچنین استقلال و مسئولیت قضایی، مفاهیم مکملی هستند که می‌توانند و باید با هم باشند. آن‌ها دو روی یک سکه‌اند: مقام قضایی مسؤولی که استقلال نداشته باشد، ضعیف و ناتوان است و مقام قضایی مستقلی که مسؤولیتی نداشته باشد، بسیار خطرناک است (Burbank, 2003, 325).

بر خلاف عده‌ای که معتقدند «حمایت از استقلال مقامات دادرسی، به اندازه قاضی دادگاه خطیر نیست؛ چرا که رأی او از جانب قاضی بازبینی می‌شود؛ اما رأی قاضی، گرچه در برخی موارد، تجدید نظر می‌شود، اما قاطع دعوا در همان مرحله است» (رجبی و کریمیان، ۱۳۸۹: ۸۷)؛ تمام مقامات قضایی در تصمیم‌گیری باید از نفوذ و دخالت ناروای قوا و نیروهای ناصالح در امان باشند؛ چه از دخالت مستقیم قوای سیاسی و اجرایی کشور و چه دخالت غیر مستقیم افکار عمومی و رسانه‌های گروهی. حتی ضرورت رعایت این اصل در خصوص دادستان که یکی از مهم‌ترین و شاید مهم‌ترین عضو گروه کاری محکمه به حساب می‌آید، بیشتر احساس می‌شود. «همان‌گونه که قاضی رابرت جکسون اشاره نمود: دادستانی بیش از سایر افراد بر مال، آزادی و آبروی شهروندان احاطه دارد.» (Worrall; Nugent-Borakove, 2008: 51)؛ یعنی دادستانی به صورت روزمره با تمامی بازیگران نظام عدالت کیفری در تماس و همکاری است. دادستان دارای نقش حیاتی است؛ چرا که این منصب مرکزیت نظام عدالت کیفری را در اختیار دارد. پلیس، وکلای مدافع، قضات و مأموران ناظر بر تعلیق مجازات همگی در حوزه‌های خود دارای تخصص بوده، اما این دادستانی است که بین همه‌ی این افراد پل ارتباطی ایجاد می‌کند؛ بنابراین می‌توان با اعطای حق گزینش دادستان به شهروندان برای این منصب حائز اهمیت، استقلال از مقام مافوق منتصب‌کننده را فراهم نمود تا بدین روش با حذف واهمه‌ی از دست دادن منصب، ملزم به برآورده کردن خواسته‌ها و خطی مَشی مقام مافوق خود نباشد.

مادامی که دادستانی منصبی انتصابی و دائمی است، با وجود استقلال قوا احتمال نفوذ و تأثیر عوامل خارجی بر اراده‌ی این افراد در سطح بالایی وجود دارد؛ زیرا ممکن است فشار از سوی شخصی وارد شود که دادستان در سلسله مراتب اداری باید در مقابل او پاسخگو باشد، اما هنگامی که این منصب توسط مردم انتخاب شود دادستان تنها مکلف به پاسخگویی در مقابل مردم خواهد بود و نیازی به برآورده نمودن خواسته‌ها و تمایلات مقامات و اشخاص ذی‌نفوذ وجود ندارد.

البته گروهی بر این باور هستند که دقیقاً به‌منظور حفظ استقلال مقامات دادرسی این افراد باید ذیل قوه‌ی قضاییه قرار بگیرند و در نظر گرفتن این افراد به‌عنوان عضو از اعضای قوه‌ی مجریه زمینه‌ساز تأثیرپذیری آن‌ها از جریانات سیاسی خواهد شد (کوشکی، ۱۳۸۹: ۵۹۳). از سوی دیگر به

عقیده‌ی گروهی در صورت ایفای نقش دولت و قوه‌ی مجریه در نهاد دادسرا، برنامه‌های قضایی از کارآمدی و سرعت بیشتری برخوردار می‌شود و این موضوع می‌تواند سیاست جنایی را همگام با سیاست عمومی، کارآمد، متناسب با مقتضیات زمان و انعطاف‌پذیر کند. ابزار لازم قوه‌ی مجریه در این راستا نیز دادستان خواهد بود. علاوه بر این اساساً ماهیت وظایف دادستان، به‌عنوان مدعی‌العموم، وکیل ملت و نماینده‌ی جامعه، از سنخ اختیارات قوه‌ی مجریه است. غلبه‌ی همین سنخ دلایل را می‌توان در نظام حقوقی آمریکا و فرانسه مشاهده نمود؛ زیرا برخلاف ایران که اعضای دادسرا وابسته به قوه‌ی قضاییه هستند، در نظام قضایی فرانسه (در هر دو کشور اعضای دادسرا مقام قضایی محسوب می‌شوند) این افراد وابسته به وزیر دادگستری و قوه‌ی مجریه هستند (همان، ۶۰۳). در خصوص نظام حقوقی ایالات متحده نیز پیشتر توضیح داده شد که از دهه‌ی ۳۰ قرن نوزده میلادی، به مرور دادستان منصبی در قوه‌ی مجریه قرار گرفت.

با این حال در صورت انتقال منصب دادستانی به قوه‌ی مجریه همچنان احتمال تأثیرپذیری از جریان‌های سیاسی احساس می‌شود. همین عامل نیز ضرورت برگزاری انتخابات مردمی جهت گزینش دادستان را تقویت می‌نماید. حامیان دادستان‌های انتخابی، معتقدند که انتخابات مردمی، صاحب منصب را از حمایت‌های سیاسی دور نگه می‌دارد. این افراد باور دارند که دادستان‌های منصوب‌شده، مانند دیگر مقامات دولتی انتصابی متعهد به منافع جریانی هستند که آن‌ها را در آن منصب قرار داده است درحالی‌که دادستان‌های انتخابی بیشتر پاسخگوی نگرانی‌های رأی‌دهندگان هستند. به‌عبارتی تمایل به محدود کردن نفوذ سیاسی، می‌تواند عامل اصلی حرکت به سمت نظام دادستان انتخابی باشد.

در همین راستا می‌توان استدلال نمود که دادستان‌ها باید مستقیماً توسط مردم انتخاب شوند؛ زیرا تنها شهروندان هستند که می‌دانند کدام وکلا مناسب‌ترین افراد برای این وظیفه هستند، نه مقامات دولتی دور از محل. در نظام انتخابی افراد شایسته در کنار رأی‌دهندگان قرار دارند و همین افراد نسبت به هر فردی که ممکن است قدرت به صورت انتصابی به او واگذار شود، به شرایط محل و مردم آگاه‌ترند. همچنین متهم نمودن دادستان‌ها به عدم پیگیری اتهامات متحدها سیاسی خود را نیز باید به استدلالات فوق افزود (Ellis, op.cit: 1554)؛ بنابراین می‌توان انتظار داشت که انتصاب دادستان‌ها از راه‌های گوناگون بر استقلال آن‌ها آسیب وارد کرده و منشأ نارضایتی‌های بسیاری شود. بر این اساس ممکن است لزوم حرکت به سمت حذف شیوه‌ی انتصابی و قرار دادن این مناصب در دست مردم، یعنی کسانی که شکی وجود ندارد به بهترین شکل امانت‌دار آن هستند، احساس شود.

۲.۲. پاسخگویی بیشتر دادستان در برابر حوزه‌ی محلی

پاسخگویی حکومت سه جنبه‌ی اصلی دارد: نخست، پاسخگویی حقوقی که به معنی مسئول بودن همه‌ی مقامات دولتی، اعم از انتخابی و انتصابی، در مقابل دادگاه‌ها در صورت وجود قانون شکنی است. مفهوم «حکومت قانون» نیز اساساً همین جا نهفته است و به این معنی است که کسانی که قوانین را اعمال و سیاست‌ها را اجرا می‌کنند، خود باید بر اساس قدرتی که قانون، آن را معین و محدود کرده است و همچنین بر طبق قانون اساسی عمل کنند. جنبه‌ی دوم پاسخگویی دولت، پاسخگویی سیاسی است، به این معنی که دولت یا مسئولین اجرایی کشور باید در مقابل مجلس یا مردم در مورد سیاست‌هایشان، همچنین اولویت و چگونگی اجرای آن‌ها پاسخگو باشند. بر خلاف پاسخگویی حقوقی که از ارتباطات نسبتاً ساده‌ای برخوردار است و فقط ارتباطی بین مقامات دولتی و دادگاه‌هاست، پاسخگویی سیاسی ساختار پیچیده‌تری دارد. در این نوع پاسخگویی، نهادهای انتخابی مستقیماً در مقابل مردم پاسخگو هستند. جنبه‌ی سوم، مسئله‌ی پاسخگویی مالی است و به معنی مسئولیت دولت در هزینه کردن درآمدهای مالیاتی در جهت مقاصد مصوبه‌ی مجلس به با صرفه‌ترین و کارآمدترین شکل است. در اینجا نیز جهت پیکان پاسخگویی، درست مانند جهت پاسخگویی سیاسی است، با این تفاوت که در پاسخگویی مالی، اداره‌ای نیز به نام اداره‌ی حسابرسی وجود دارد که خود در مقابل نهاد تعیین‌کننده‌ی بودجه مسؤول است.

در نظام‌های گوناگون برای ملزم نگه داشتن صاحب‌منصبان در چارچوبی قابل پذیرش برای مردم، بر انتخابات تأکید می‌شود. برگزاری انتخابات و گزینش مستقیم دادستان‌ها توسط مردم نیز در راستای همین دیدگاه است. از لحاظ نظری انتخابات می‌تواند اقدامات دادستان‌ها را کنترل کند و آن‌ها را بدون توسل به قواعد حقوقی دقیق و آینده‌نگر، مطابق با ارزش‌های عموم حفظ کند. نکته‌ی قابل توجه، تأکید بر کنترل دموکراتیک دادستان‌ها به قوی‌ترین شکل یعنی کنترل محلی است. دادستان‌های محلی به جامعه محلی نزدیک باقی می‌ماند که تصور می‌شود قوی‌ترین شکل پاسخگویی دموکراتیک است. انتخابات دادستان به شکل محلی یک نظام قضایی به شدت غیر متمرکز را ایجاد خواهد کرد که تنها به رأی‌دهندگان پاسخگو است.

دلایلی برای امیدواری به پاسخگو نمودن دادستان‌ها نسبت به ارزش‌های عمومی به‌وسیله‌ی نظام پاسخگویی انتخاباتی (در مقابل کنترل قانونی) وجود دارد. دادستان‌ها به تعداد محدودی از مسائل رسیدگی می‌کنند. نخست؛ بر خلاف رؤسای جمهور، فرمانداران، شهرداران و قانون‌گذاران که با طیف وسیعی از مسائل سروکار دارند، دادستان‌ها می‌دانند که رأی‌دهندگان کارشان را بر اساس یک شاخصه‌ی مشخص ارزیابی می‌کنند. دوم؛ این دادستان‌ها بر روی مسائلی کار می‌کنند که رأی‌دهندگان به طور برجسته با آن‌ها روبه‌رو هستند و امنیت فیزیکی آن‌ها را تحت تأثیر قرار می‌دهد.

بر خلاف رؤسای منتخب نهادهای دولتی، دادستان‌ها می‌توانند تصور کنند که مردم حداقل به برخی تصمیماتشان توجه می‌کنند. سوم؛ دادستان باید به یک ناحیه‌ی کوچک یعنی حوزه‌ی محلی پاسخگو باشد. دادستان می‌تواند به طور منظم در گزارش‌های اخبار محلی حضور یابد و در سازمان‌های سیاسی محلی فعالیت نماید (Wright, 2009: 590). آشنایی با یک شهر کاملاً برای پایبندی و ایفای مؤثر وظایف یک دادستان، ضروری است. دادستانی که کل یک حوزه‌ی قضایی گسترده را نمایندگی می‌کند، نمی‌تواند آشنایی لازم با مردم، اخلاقیاتشان، چگونگی جامعه و شخصیت طرف‌های مرتبط با یک پرونده‌ی خاص داشته باشد. به‌عنوان مثال ممکن است به دلیل ناآشنا بودن دادستان با حوادث محلی، در پرونده‌هایی قرار منع یا موقوفی تعقیب نادرستی صادر شود (Ellis, 1961: op.cit) که اگر دادستان با محیط و افرادش آشنا بود، این مسیر پیموده نمی‌شد و بزه‌کار برای ادامه‌ی رسیدگی به دادگاه برده می‌شد. بدین ترتیب رأی‌دهندگان و رهبران فکری در جامعه‌ی محلی انگیزه و فرصت لازم برای آگاهی در مورد کیفیت کار صاحب‌منصب دادستانی را دارند. این ترکیب می‌تواند شرایط را برای پاسخگویی حقیقی به رأی‌دهندگان ایجاد کند.

۳.۲. نظارت بیشتر مردم بر حکومت

در نظام‌های دموکراتیک با برگزاری انتخابات، مردم هرچند سال برخی از مقامات را انتخاب می‌کنند. در این معنا، مردم‌سالاری «از مردم، به‌وسیله‌ی مردم و برای مردم» قلمداد می‌شود (گانینگ، ۱۳۸۵: ۳۹). دموکراسی در عمل دو ویژگی دارد: نمایندگی و حکومت قانون. در حالت ایده‌آل، نمایندگی به این مفهوم است که رجحان‌های هر شهروندی در وضع و اجرای قانون نمود پیدا می‌کند. در دموکراسی‌های بزرگ، این کار باید از طریق رأی دادن صورت گیرد.^۱ اصولاً حکومت‌های دموکراتیک بیش از سایر انواع حکومت‌ها قابلیت برآوردن نیازهای مردم عادی را دارند. هر قدر که مردم اختیار بیشتری در سیاست‌گذاری‌ها داشته باشند، احتمال انعکاس خواست‌ها و آرمان‌های آن‌ها نیز بیشتر می‌شود. این مردم عادی هستند که نتایج سیاست‌های دولت را عملاً لمس می‌کنند و تنها اگر مجراهایی کارآمد و منسجم برای فشار آوردن و تأثیرگذاری از پایین وجود داشته باشد، دولت نیز نتایج واقعی عملکردهای خود را منعکس می‌کند. صاحب‌منصبان ولو برخوردار از حسن‌نیت، اگر از نفوذ و کنترل مردم ایمن باشند، در خوش‌بینانه‌ترین حالت، سیاست‌هایی را اعمال می‌کنند که با نیازهای مردم سازگاری ندارند و در بدترین حالت،

۱. حکومت قانون هم به این معناست که تصمیم‌گیری در مورد اینکه آیا افراد قانون را نقض کرده‌اند یا نه و نیز نحوه‌ی مجازات‌شان بر اساس اصول عمومی صورت گیرد. اصول عمومی، اصولی هستند که به طور یکسان در مورد هر فرد، بدون در نظر گرفتن ظاهر یا مرام او اعمال می‌شوند.

دچار فساد و خودپرستی می‌شوند (بیتهام، پیشین: ۲۰). حکومت‌ها به نوبه‌ی خود موظف‌اند با کسانی که سیاست‌های دولت بر آن‌ها تأثیر می‌گذارد یا با عده‌ای از مردم به عنوان نمونه‌ی افراد رأی‌دهنده مشورت کنند، اما کارآیی تمامی مجراهای مردمی اعمال نفوذ، دست آخر منوط به کارآیی فرآیند انتخابات است.

دولت‌ها تنها زمانی با جدیت به افکار عمومی توجه می‌کنند که بدانند در صورت عدم توجه به این افکار، برکناری آن‌ها از پست‌هایشان محتمل است؛ بنابراین در چنین نظامی تداوم نظارت همگانی از طریق تأثیرگذاری مستقیمی که مردم در هنگام انتخابات بر سیاست‌های دولت و اعضای آن اعمال می‌کنند و همچنین از طریق انعکاس سازمان‌یافته افکار عمومی از مجراهای مختلف - که دولت ناچار به جدی تلقی کردن آن‌هاست - حفظ و تضمین می‌شود.

در خصوص مقام دادستانی چند نکته ضرورت توصل به نظارت مردمی از طریق برگزاری انتخابات را بیشتر آشکار می‌کند. نخست؛ این‌که با توجه به گستره‌ی بسیار زیاد وظایف و اختیارات دادستان (هم در نظام حقوقی ایران و هم در نظام حقوقی ایالات متحده)^۱ عدم پیش‌بینی سازوکار نظارتی مناسب نتایج ناگواری به همراه خواهد داشت. در این صورت حتی اگر متصدی منصب دادستانی در عدم اجرا یا اجرای نادرست وظایف خود دارای سوءنیت نباشد نیز، شاید حجم بالای مسئولیت‌ها مٌخَلّ ایفای نقش‌های متنوع محول باشد. در نتیجه عدم نظارت کامل بر چنین منصبی اساساً با اهداف سامانه‌ی دادگری جنایی (نظام عدالت کیفری) در تضاد است. دوم؛ جدای از احقاق حقوق افراد مشخص از طریق تعقیب بزه‌کاران، حمایت از حق‌های شهروندان به‌عنوان یک کلیت و به‌عبارتی حمایت از حقوق عامه (که در این موارد عموماً اقدامات دادستان به‌طرفیت از فردی خاص نیست و حتی ممکن است بزه‌دیده‌ی مشخصی نیز وجود نداشته باشد؛ مانند آلودگی یا تخریب محیط زیست) نیز از وظایف بسیار مهم دادستان است. به همین جهت یکی از عناوینی که در خصوص دادستان استفاده می‌شود مدعی‌العموم یا وکیل مردم است.^۲ حال باید پرسید که چه کسی بیشتر از موکل توانایی و حق نظارت بر وکیل خود را دارد؟ چه کسی بیش از شهروندان نظاره‌گر نتایج عملکرد وکیل مردم بر آن‌ها و متأثر از این عملکرد است؟ ناگفته آشکار است که هیچ مقامی بیش از خود شهروندان بازخورد رفتارهای دادستان را لمس نکرده و نمی‌تواند گزینشی صرفاً بر

۱. برای آشنایی با وظایف دادستان در حقوق ایران رجوع کنید به:

معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه (۱۳۸۲). دادسرا و دادستان؛ وظایف قانونی و آیین رسیدگی، تهران: معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه.

۲. در ادبیات کشورهای دیگر نیز عناوین مشابهی به‌کار می‌رود، همچون وکیل عمومی (General attorney) در انگلستان و برخی ایالات آمریکا.



اساس صلاحیت (در حوزه‌ی حفظ حقوق شهروندان) داشته باشد. سوم؛ سازوکارهای نظارت قانونی بر اعمال دادستانی عموماً (در ایران، آمریکا و بسیاری از کشورهای دیگر) مؤثر و شفاف نبوده و هدف‌های مورد انتظار را برآورده نمی‌کند. جدای از موارد پیش‌گفته (گسترده‌گی وظایف و اینکه هیچ مقامی بیش از شهروندان قادر به ارزیابی درست عملکرد دادستان نیست) مقام یا جایگاه متعرضان به حقوق مردم نیز نباید فراموش شود؛ زیرا در مواردی (که معدود نبوده و نتایجی با گسترده‌ی وسیع به‌همراه دارد) تجاوزگران به حقوق شهروندان خود مقامات هستند.^۱ در چنین شرایطی حتی اگر ساختار مناسبی به‌منظور نظارت بر دادستان و پاسخ‌گویی این منصب در برابر عملکردش در مجموعه‌ی قوانین پیش‌بینی شده باشد نیز به دلیل تأثیرات سیاسی صاحب‌منصبان و دادوستدهای درون حکومتی (که معمولاً حتی با وجود تفکیک قوا در بین متصدیان مناصب گوناگون امری رایج است) اجرای مقررات مورد نظر با تردیدهای جدی روبه‌رو خواهد بود.

در مجموع استفاده از راهکار برگزاری انتخابات و گزینش مستقیم دادستان از سوی مردم، همان‌گونه که در خصوص بسیاری از مقامات دیگر به‌کار می‌رود،^۲ می‌تواند مبنایی جهت نظارت هرچه بیشتر مردم بر این منصب و پاسخگو نمودن او به موکلین حقیقی خود شود.

نتیجه‌گیری

نحوه‌ی گزینش متصدی منصب دادستانی به دلیل وظایف و اختیارات گسترده و نقش کلیدی آن در نظام حقوقی، می‌تواند منشأ اثرات مهمی باشد. توجه به همین امر بود که زمینه‌ساز ایجاد دگرگونی و توسل به تجربه‌ای جدید توسط قانون‌گذاران آمریکایی در اوایل سده‌ی نوزدهم شد. در طی یک فرآیند نسبتاً سریع ایالت‌های مختلف حق گزینش دادستان هر منطقه را به‌طور مستقیم و از طریق صندوق رأی به شهروندان منتقل کردند.

مورخان و حقوق‌دانان در راستای شناسایی زمینه‌هایی تاریخی و ریشه‌های منصب دادستانی انتخابی، عموماً تلاش نموده‌اند که این نهاد را به شکل‌های گوناگون به یکی از سه کشوری که تأثیر مهمی بر توسعه‌ی آغازین نظام حقوقی ملت آمریکا داشته‌اند، نسبت دهند، اما ریشه‌های منصب دادستان انتخابی را نمی‌توان تنها به یک منشأ منسوب کرد. بلکه جهت نیل به درکی صحیح باید

۱. مانند اجرای برخی پروژه‌های دولتی که باعث تخریب محیط زیست می‌شود یا نافی حقوق شهروندی است.
 ۲. در صورتی که ماهیت وظایف یک منصب، اجرایی باشد (در مقابل قضایی) نتایج محسوس‌تری به‌همراه خواهد داشت. همین امر؛ یعنی ماهیت اجرایی، در خصوص منصب دادستانی نیز صادق است. به‌عبارت دیگر دادستانی در حقیقت منصبی اجرایی و بازوی قوه‌ی مجریه در راستای احقاق حقوق عامه‌ی مردم است. این امر در حقوق آمریکا با ذکر نام این منصب به‌عنوان عضوی از وزرات دادگستری تأمین شده است. در نظام قضایی ایران نیز چنین تجربه‌ای وجود دارد.

مجموعه‌ای از عوامل سیاسی، جغرافیایی و فرهنگی را در نظر گرفت که شکل‌دهنده‌ی فضای فکری حاکم بر بستر مکانی مولد این نهاد است. مفاهیمی مانند قرارداد اجتماعی نوین و قائل شدن بعد اجتماعی برای جرایم، زمینه‌ساز مقام تعقیب عمومی شد. در مرحله‌ی بعد تأثیر پراکندگی جغرافیایی و روح استقلال طلبی، تمرکززدایی دولتی و شکل‌گیری مقامات محلی را به همراه داشته و در نهایت نارضایتی از عملکرد مقام تعقیب انتصابی، تأسیس نهاد منحصر به فرد دادستان انتخابی را به همراه داشته است.

با در نظر گرفتن ابعاد گوناگون و همین زمینه‌های شکل‌گیری است که می‌توان به مبانی چنین منصبی پی برد. فرآیند دموکراتیک‌تر شدن ساختار سیاسی و حکومتی در معنای عام یکی از جریان‌های حامی برگزاری انتخابات و گزینش مستقیم دادستان از سوی مردم بوده است. همواره این استدلال از سوی حامیان دادستان انتخابی مطرح شده است که انتخابات مردمی، به شهروندان قدرت کنترل بیشتری بر دولت را می‌دهد، باعث حذف انتصاب‌های سیاسی می‌شود و پاسخگویی دادستان‌ها را در قبال مناطقی که در انتخاب آن‌ها سهیم بوده‌اند بیشتر می‌کند. همچنین این گروه معتقد بوده‌اند که انتخابی بودن دادستان، سبب کاهش قدرت قوه‌ی مقننه، فرمانداران یا سایر مناصب ذی‌نفوذ برای انتصاب متحدان سیاسی به عنوان دادستان می‌شود. نکته‌ی دیگر اینکه انتخابات مردمی عاملی می‌شود تا دادستان‌ها در قبال اولویت‌های نظام کیفری جوامع محلی بیش از دادستان‌های تعیین‌شده توسط مقامی سیاسی یا قضایی دیگر، پاسخگو باشند؛ بنابراین به طور خلاصه و به صورت تیتروار می‌توان سه مورد را به عنوان مبانی چنین نهادی ذکر کرد. حفظ استقلال قضایی، از طریق کاهش نفوذ و فشار سایر مقامات در اعمال تصمیمات بر این منصب. پاسخگویی بیشتر دادستان در برابر حوزه‌ی انتخاباتی؛ به واسطه‌ی اتکای به آرای مردم و ضرورت در نظر گرفتن خواسته‌ها و نیازهای آن‌ها. نظارت بیشتر مردم بر حکومت؛ با ابزار رصد جزئیات اقدامات صاحب‌منصب دادستانی، لحاظ نمودن یا ننمودن منافع عموم شهروندان و سرانجام ابقاء یا برکناری متصدی از مجرای صندوق‌های رأی.

منابع

- آشوری، محمد (۱۳۸۸)، **آیین دادرسی کیفری**، جلد اول، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات سمت.
- بیتهم، دیوید؛ بویل، کوین (۱۳۸۶)، **دموکراسی چیست؟ (آشنایی با دموکراسی)**، [ترجمه] شهرام نقش تبریزی، چاپ چهارم، تهران: انتشارات ققنوس.
- خالقی، علی (۱۳۸۹)، **آیین دادرسی کیفری**، چاپ هشتم، تهران: شهر دانش.

رجبی، عبدالله؛ کریمیان، اسماعیل (۱۳۸۹)، «مسند قضا و استقلال قضایی»، پژوهشنامه حقوقی (پژوهشنامه حقوق کیفری)، سال اول، شماره اول، ص ۷۳-۹۳.

زین، هاوارد (۱۳۸۹)، *رؤیای آمریکایی (روایتی دیگر از تاریخ مردم آمریکا)*، [ترجمه] فاطمه شفیعی سروسستانی، تهران: نشر هلال.

ژگو، ژان (۱۳۵۴)، «وظایف داسرا در امور مدنی فرانسه»، [ترجمه] صدرزاده‌ی افشار، *مجله‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، شماره ۱۸، ص ۲۰-۳۰.

کوشکی، غلامحسین (۱۳۸۹)، «بررسی جایگاه سازمانی دادستان در آیین دادرسی کیفری ایران و فرانسه»، *مجله‌ی تحقیقات حقوقی*، ویژه‌نامه‌ی شماره ۲، ص ۶۱۰-۵۶۵.

گانینگ، جیمز پاتریک (۱۳۸۵)، *درک دموکراسی: رویکردی بر انتخاب عمومی (تحلیل اقتصادی نهادهای سیاسی)*، [ترجمه] محسن رنایی و محمد خضری، تهران: انتشارات سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور.

گیدنز، آنتونی (۱۳۹۲)، *جامعه‌شناسی*، [ترجمه] حسن چاوشیان، ویراست چهارم، چاپ هشتم، تهران: نشر نی.

- Burbank, Stephen B. (2003), **What do we meant by Judicial Independence**, Ohio State Law Journal, vol. 64: 323.
- Ellis, Michael J. (2012). **The Origins of the Elected Prosecutor**, The Yale law journal, Vol. 121, No. 6: 1528-1569.
- Gordon, Sanford C.; Huber, Gregory A. (2002), **Citizen Oversight and the Electoral Incentives of Criminal Prosecutors**, American Journal of Political Science, Vol. 46, No. 2, 334-351.
- Hemmens, Craig; Brody, David C.; Spohn, Cassia C. (2012). **Criminal Courts: A Contemporary Perspective**, 2nd ed, London: SAGE Publications.
- Jacoby, Joan E. (2005), **American Prosecutor in Historical Context**, (journal)Prosecutor, Vol. 39, No. 2, 34-46.
- Jacoby, Joan E. (2005), **American Prosecutor in Historical Context (2)**, (journal)Prosecutor, Vol. 39, No. 3, 28-38.
- Kinaga, Karl; Jordan, Robert F. (1962). **Some Limitations and Controls of The California Grand Jury System**, Santa Clara Law Review, Vol. 2, No 1. Available at: <http://digitalcommons.law.scu.edu/lawreview/vol2/iss1/7>
- Klerman, Daniel M. & Paul G. Mahoney (2005), **The Value of Judicial Independence: Evidence from Eighteenth Century England**, American Law and Economics Review, Vol. 7 No. 1.

- Langbein, John H. (1979). **Understanding the Short History of Plea Bargaining**, Faculty Scholarship Series, Yale Law School Faculty Scholarship, Vol. 13: 261-272.
- McCormack, Michael T. (2004). **The Need for Private Prosecutors: An Analysis of Massachusetts and New Hampshire Law**, SUFFOLK University Law Review, Vol. 37(XXXVII): 497- 511.
- Minser, Robert. (1996). **Recasting prosecutorial discretion**, Journal of criminal law and criminology, Vol. 86, issue 3: 717-758.
- Schotland, Roy A. (2002). **Myth, Reality Past and Present, and Judicial Elections**, Indiana Law Review, Vol. 35: 659-667. Available at: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/203/>
- Surrency, Erwin C. (1967). **The Courts in the American Colonies**, The American Journal of Legal History, Vol. 11, No. 3, 253-276.
- Vlasihin, Vasiliy A. (1979). **The Prosecutor in American Criminal Procedure: Observations of a Foreign Student**, Loyola of Los Angeles Law Review, Vol. 12, 833-867.
Available at: <http://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol12/iss4/3>
- Wright, Ronald F. (2009), **How Prosecutor Elections Fail Us**, Ohio State Journal of Criminal Law, Vol. 6, No. 2, 649-660. Available at: http://works.bepress.com/ronald_wright/10
- Worrall, John L. (2008). **Prosecution in America**, Albany (USA): state university of New York press.
- Worrall, John L.; Nugent-Borakove, M. Elaine. (2008). **The Changing Role of the American Prosecutor**, state university of New York press, Albany.



پژوهشنامه حقوق کیفری

سال هشتم، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۶

شماره پیاپی ۱۶



تحلیل حکم تداخل قصاص طرف در قصاص نفس (موضوع مواد ۲۹۶-۲۹۹ ق.م.ا.م. مصوب ۹۲)

دکتر حمید مسجدسرائی^۱

دکتر سعید مولوی وردنجانی^۲

تاریخ پذیرش: ۹۶/۱۰/۱۸

تاریخ دریافت: ۹۵/۲/۱۳

چکیده

برابر مواد ۲۹۶ تا ۲۹۹ ق.م.ا. چنانچه مرتکب با یک یا چند ضربه، جنایات مختلف بر اعضای کسی وارد کند، در مواردی تنها مستحق قصاص نفس و یا علاوه بر آن به قصاص عضو محکوم شده و در مواردی نیز، به پرداخت دیه کامل نفس ملزم می‌شود. اما در فقه برخی از این مجازات‌ها به گونه دیگری مطرح شده که بعضاً با اصول حقوق کیفری، اطلاق آیات، اخبار و اصول عملیه مناسب‌ترند. حال سؤال این است که آیا مواد مذکور با گزاره‌های فقه اسلامی سازگارند؟ به دنبال ضرورت شرعی‌سازی مقررات جزائی، نوشتار حاضر با هدف کمک به اصلاح مواد قانونی فوق اثبات کرده است به غیر از ابهامی که در ماده ۲۹۸ وجود دارد این ماده و نیز ماده ۲۹۷ مخالفتی با منابع معتبر فقهی ندارند، اما عمومیت ماده‌ی ۲۹۶ و ذیل ماده‌ی ۲۹۹، به دلیل استحکام بیش‌تر مستنداتی که مخالفین در دست دارند، قابل دفاع نبوده و باید اصلاح شوند.

واژگان کلیدی: عدم تداخل، قصاص عضو، قصاص نفس، ضربات متعدد، جنایات مختلف

✉ h_masjedsaraie@profs.semnan.ac.ir

۱. دانشیار گروه فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان (نویسنده مسئول)

۲. استادیار حقوق خصوصی دانشگاه شهرکرد

مقدمه

گاهی فردی جنایتی بر دیگری وارد می‌کند و مجنی‌علیه نیز در نتیجه‌ی آن جنایت از بین می‌رود و یا عضوی از اعضای بدن خود را از دست داده و یا گرفتار جراحاتی می‌شود. در این‌جا بدون هیچ‌گونه تردید و مخالفتی به حسب نتیجه‌ی جنایت وارده، انگیزه‌ی جانی و ابزار مورد استفاده‌ی وی، رأی صادر می‌شود. اما گاهی جنایات متعددی رخ می‌دهد، و یا اگر چه یک جنایت بیش‌تر انجام نشده است، به دیگر اعضای بدن نیز سرایت کرده و موجب قتل یا نقصی در عضو دیگری از بدن مجنی‌علیه می‌شود. اگر در نتیجه‌ی چنین جنایاتی مجنی‌علیه علاوه بر نقص عضو یا جراحت، فوت کند، بحث تداخل یا تعدد جنایات (از مصادیق مسأله‌ی تداخل یا عدم تداخل اسباب و مسببات^۱) پیش می‌آید. پرسش اصلی در این‌جا آن است که آیا مرتکب در مقابل همه‌ی نتایج حاصله پاسخ‌گو خواهد بود و یا برخی در برخی دیگر تداخل نموده و مرتکب فقط ضامن نتیجه‌ی نهایی است؟ در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ در این زمینه فصل مستقلی باز نکرده بود، بلکه احکام کلی مربوط به جنایات عمدی، شبه عمدی و خطای محض را حسب مورد در موادی از کتاب قصاص یا دیات مطرح کرده بود، به‌عنوان مثال احکام و آثار قتل‌های عمدی را در کتاب قصاص (مواد ۲۰۶ به بعد) و شبه عمد و خطای محض را در کتاب دیات (مواد ۲۹۵ و بعد آن) آورده بود. اما در قانون

۱. مراد از تداخل اسباب، که بر خلاف گمان برخی (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۲۰۲) گاهی در قالب جملات شرطیه و برخی مواقع هم در جملات خبریه ظاهر می‌شود، آن است که چند سبب مستقل؛ یعنی حاوی مسببات و تکالیف متعدد، در مقام قانون‌گذاری (موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۷۶) اجتماع کرده و تنها یک مسبب و تکلیف ایجاد می‌کنند. بنابراین هر سببی که اول ایجاد شود، مسبب را نیز با خود می‌آورد. و اگر هم‌زمان محقق شوند، مجموع آن‌ها، یک مسبب و تکلیف را در پی دارد. (مشکینی، ۱۳۷۴: ۱۸۶؛ عوده، بی‌تا: ۷۴۷) و تداخل مسببات، عبارت است از این‌که تکالیف متعددی ایجاد شده، با یک امثال و مصادق، ساقط و انجام شوند و به بیان دیگر یک امثال، برای آن‌ها کفایت کند. (همان) به عنوان مثال در آن‌جا که فردی چند جنایت را با هم انجام داده و استحقاق چند مجازات دارد، با یک بار مجازات از تحمل بقیه‌ی آن‌ها معاف شود. گفتنی است؛ به‌طور منطقی، تداخل مسببات فرع بر تداخل اسباب و در صورتی قابل طرح است که اسباب، تداخل و اجتماع نکرده باشند و چند تکلیف برای فرد ایجاد شده باشد و الا اگر همه‌ی اسباب تنها یک نتیجه به بار آورده باشند، محلی برای بحث از تداخل یا عدم تداخل نتایج به‌دست آمده، باقی نمی‌ماند. (همان) با این بیان، تداخل اسباب مربوط به مقام اول (مقام تشریح و قانون‌گذاری یا مقام دلالت) و تداخل مسببات مختص مقام دوم (مرحله‌ی امثال یا اجرا) است؛ (سبحانی، ۱۴۲۴: ۳۸۷) یعنی مسأله‌ی تداخل اسباب، در همان زمان قانون‌گذاری اتفاق می‌افتد و برای همه‌ی اسباب یک نتیجه پیش‌بینی می‌شود ولی اگر قانون‌گذار، هر یک از اسباب را مستقل از دیگری ببیند، و نتایج مختلف را در نظر بگیرد، در مرحله‌ی اجرا مسأله‌ی تداخل مسببات پیش می‌آید. شایان ذکر است که اگر در هر دو مسأله (اسباب و مسببات) تداخل صورت نگیرد؛ یعنی اسباب، مسببات جداگانه در پی داشته باشند و مسببات متعددی نیز جدای از دیگری اجرا شود و عمل به یکی موجب سقوط دیگری نشود، بحث عدم تداخل اسباب و مسببات مطرح می‌شود.



مجازات اسلامی ۱۳۹۲ برای جنایات عمدی و غیر عمدی احکام متفاوتی پیش‌بینی کرده، فصل دوم از بخش اول کتاب سوم، قانون مجازات اسلامی شامل مواد ۲۹۶ لغایت ۳۰۰، را به تداخل جنایات عمدی اختصاص داده است. در این فصل قانون‌گذار چهار حالت مختلف را تصور کرده، که عبارت است از:

۱. فوت در اثر سرایت جنایت واحد: مانند آن که فردی دست دیگری را قطع می‌کند ولی مجروح در نتیجه‌ی خون‌ریزی زیاد و سرایت جنایت فوت می‌کند. مطابق ماده‌ی ۲۹۶ در چنین مواردی اگر جنایت وارده، عمدی باشد، جانی به قصاص نفس محکوم می‌شود.

۲. فوت به‌خاطر جنایت بر عضو با یک ضربه‌ی عمدی؛ که جانی به استناد ماده‌ی ۲۹۷ تنها قصاص نفس و اعدام می‌شود.

۳. مرگ به‌دنبال جنایات متعدد با یک ضربه‌ی عمدی: مطابق منطوق ماده‌ی ۲۹۸ در چنین مواردی اگر مجموع جنایات وارده، موجب مرگ شود، و جنایت نیز از مصادیق عمد به‌شمار آید، جانی فقط به قصاص نفس محکوم می‌شود.

۴. فوت در نتیجه‌ی جنایات متعدد با ضربات متعدد: مطابق ماده ۲۹۹ در چنین حالتی، اگر با تشخیص پزشکی قانونی تنها برخی از ضربات باعث مرگ شوند، جانی علاوه بر قصاص نفس، حسب مورد به قصاص عضو یا دیه‌ی جنایت نیز محکوم می‌شود، که به‌طور طبیعی قبل از اجرای قصاص نفس، مطالبه و اجرا می‌گردند. ولی اگر علت مرگ، مجموع ضربات وارده باشد؛ در صورتی که ضربات، متوالی باشند، جانی تنها به قصاص نفس محکوم می‌شود. ولی در آن‌جا که ضربات، با فاصله زمانی واقع شده باشند، جانی علاوه بر قصاص نفس و قبل از آن حسب مورد به قصاص یا دیه‌ی عضوی که جنایت بر آن متصل به فوت نبوده است، نیز محکوم می‌گردد. (فرح‌زادی، فهیم، ۱۳۹۵: گفتنی است که دانشیان حقوق اسلامی نسبت به تأسیس اصل در مسأله، به شرط آن که شرع و عرف، هر دو، سببیت چیزی را بپذیرند و نتیجه (مسبب) نیز قابل تکرار باشد، اختلاف کرده‌اند. این نزاع در دو حوزه‌ی اسباب و مسببات قابل طرح است، اما در زمینه تداخل یا عدم تداخل اسباب مجموعاً سه نظریه وجود دارد:

اول- اسباب تداخل نمی‌کنند، مگر دلیل خاصی تداخل را تأیید کند. (شیخ‌انصاری، ۱۳۸۳: ۵۲؛ سبحانی، ۱۴۲۴: ۳۸۵؛ نراقی، ۱۴۲۲: ۲۶۱؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۲۰۳-۲۰۱؛ مظفر، ۱۴۳۰: ۱۶۶-۱۶۹) طرف‌داران این نظر، ادله‌ی متعددی اقامه کرده‌اند، که مورد نقض و ابرام‌های فراوان قرار گرفته است (اشتهدادی، بی تا: ۱۵۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۸: ۴۰-۳۰؛ فرح‌زادی، فهیم، ۱۳۹۵: ۱۹۷) و طرح همه‌ی آن‌ها از حوصله‌ی این نوشتار خارج است. ولی مضاف بر این که نظر مشهور، بیشتر فقیهان یا دست‌کم منسوب به مشهور، عدم تداخل است، (اشتهدادی، بی تا: ۱۵۲) به حکم

عقل بدیهی، هر سبب مستقّلی، مسبّب خاص به خود را ایجاد می‌کند و آلا عقیم، بر خلاف سببیت آن و محال است. و از این جهت فرقی میان سبب شرعی (قانونی) یا تکوینی نیست. کما این که میان اسباب در قالب جملات شرطیه و خبریه فرقی وجود ندارد.

دوم- تداخل به طور مطلق؛ به این معنا که اسباب در هر حال تداخل و تنها یک مسبّب و یک وظیفه برای مکلف ایجاد می‌کنند؛ زیرا که مسبّب، طبیعت واحد است و از آن جا که طبیعت واحد نمی‌تواند دو یا چند بار تکرار شود و تعدد بردار نیست، (صرف الشیء لایثنتی و لایتکرر) نمی‌تواند متعلق دو سبب یا دو شرط قرار گیرد. بنابراین در جایی که سبب در قالب جمله‌ی شرطیه بیان شده است، باید در ظهور شرط تصرف نمود و استقلال آن‌ها را سلب کرد تا تنها یک مسبّب ایجاد شود؛ به این معنا که در صورت اختلاف زمانی، شرط اول عمل کند و در غیر این صورت، مجموع شرائط و اسباب به یک مسبب و تکلیف بیانجامند. (اشتهاردی، بی تا: ۱۵۲؛ محقق خوانساری، ۶۱؛ نراقی ۱۴۱۵: ۳۶۷/۲)

سوم- تفصیل بین آن‌جا که اسباب متعدد از دو یا چند جنس باشند و مواردی که جنس اسباب یکی است. ابن ادریس در خصوص مورد اول، قائل به عدم تداخل و در دومی تداخل را پسندیده است. بر همین اساس، عدم تعدد کفاره در موارد تکرار وطی با همسر حائض را صحیح‌ترین نظریه دانسته، در عین حال و با وجود اعتقاد به اظهریت عدم تداخل و در نتیجه تکرار کفاره، (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۱۴۴/۱) اصل برائت و عدم تمامیت اذله‌ی لفظی و عمومات برای تخصیص اصل برائت را دلیل تداخل در این موارد دانسته‌اند. (همان)

نگارندگان بر این باورند که فارغ از بحث‌های مفصّلی که در نقض و ابرام هر کدام از اذله‌ی سه طرف شده است، و در این جا قابل ارائه نیستند؛^۱ نگاه عرفی فارغ از دقت‌های فلسفی در مسأله‌ی تعدد اسباب، عدم تداخل را تأیید می‌کند، مگر آن که دلیل متقنی بر خلاف آن اقامه شود. این استدلال نیز از استحکام لازم و کافی برخوردار است و با وجود آن نیازی به تمسک به اصل برائت و قبول تداخل اسباب نیست.

۱. زیرا مضاف بر آن که بحث را به درازا می‌کشاند، منجر به دقت‌های عقلی و ریزبینانه در مباحث فقهی، حقوقی و کیفری است، که مناسب حوزه‌ی فقه جزائی و مدنی نیست، هر چند در فقه عبادات لازم است؛ چون آن‌جا حوزه‌ی تعبدیات است و شاید با این نگاه بهتر حاصل شود. در محل بحث، که حوزه‌ی اختصاصی عرف نسبت به تعیین سببیت در جنایت وارده است، این مباحث ثمره‌ای ندارد؛ زیرا که عرف، تعدد جرائم مستقل را موجب تعدد مجازات می‌داند و در این باب نیز نظری به استدلال‌های گروه دوم و نیز ایرادات وارد شده به اذله‌ی گروه اول، (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸: ۳۰/۲-۴۰) که منشأ آن‌ها دقت‌های عقلی و فلسفی است، ندارد. بر همین اساس فقیهان در مسأله‌ی قصاص نفس و قصاص عضو سخن از تشخیص عرف در سببیت اسباب کرده‌اند. (نجفی، ۱۴۰۴: ۶۲/۴۲؛ حائری طباطبائی، ۱۴۱۸: ۱۹۴/۱۶؛ عوده، بی تا: ۷۴۴/۲) و شاید ریشه‌ی اختلاف فقها در محل بحث نیز همین مسأله باشد.

اما عدم تداخل مستببات، در آن جا که نسبت بین مستببات، تساوی یا عموم و خصوص من وجه یا مطلق است، مشکلی ندارد و امکان ذاتی آن برخلاف عقیده‌ی برخی (شیخ انصاری، ۱۳۸۳: ۵۲/۲) خالی از اشکال است. و اگر هم مشکلی بر سر راه تداخل مستببات وجود دارد، مربوط به جایی است که نسبت آن‌ها از نوع تباین باشد. بنابراین به نظر می‌رسد در این مسأله بین نسبت‌های مختلف خلط شده است. به هر حال، قاعده‌ی احتیاط یا اشتغال اقتضاء می‌کند که مستببات تداخل نکنند و مکلف باید به منظور حصول اطمینان از سقوط تکلیف، همه‌ی آن‌ها را جداگانه انجام دهد، مگر این که دلیل خاصی بر خلاف آن برپا شود؛ زیرا اشتغال یقینی مکلف به چند تکلیف قطعی است. در نتیجه باید یقین به سقوط آن نیز حاصل کند، که تنها با امتثال همه‌ی مستببات حاصل می‌شود.

اکنون پرسش اصلی آن است که آیا احکام مواد بالا خالی از ابهام و مطابق با گزاره‌های فقه جزائی عموماً و به‌ویژه اصل عدم تداخل اسباب و مستببات تنظیم و نهایی شده‌اند؟ نوشتار حاضر به روش کتاب‌خانه در جمع‌آوری مطالب و توصیفی تحلیلی در ارزیابی یافته‌ها به دنبال پاسخ به این پرسش و معتقد است؛ ماده‌ی ۲۹۸ مبهم و احکام مواد ۲۹۶ و ۲۹۹ در بعضی متون فقهی تأیید نشده‌اند. و از آن جا که آدله‌ی این گروه محکم‌ترند، قانون‌گذار باید متون پیشنهادی را جایگزین مواد مورد نظر نماید. این مقاله، در واقع، شرح و نقدی بر مواد مزبور و با هدف اصلاح و شرعی‌سازی بیشتر آنان است، و از همین جهت و نیز وسعت و مقارن بودن مباحث فقهی آن، از نوشته‌های پیش از خود متفاوت شده است. در همین راستا، هر کدام از چهار حالت بالا، به ترتیبی که در قانون آمده است، جداگانه در فتاوی، منابع و متون معتبر فقهی و نیز تحلیل‌های حقوقی و قضائی بررسی می‌شوند.

۱. تداخل جنایات در «مرگ ناشی از سرایت»

در ماده‌ی ۲۹۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مقرر گردیده است: «اگر کسی، عمداً جنایتی را بر عضو فردی وارد سازد و او به سبب سرایت جنایت فوت کند، چنانچه جنایت واقع شده مشمول تعریف جنایات عمدی باشد، قتل عمدی محسوب می‌شود، در غیر این صورت، قتل شبه‌عمدی است و مرتکب علاوه بر قصاص عضو به پرداخت دیه نفس نیز محکوم می‌شود». و بر همین اساس در دادنامه‌ی شماره ۹۴۰۹۹۷۰۹۰۶۴۰۰۶۳۵ مورخ ۱۳۹۴/۱۲/۲۵ شعبه‌ی چهارم دیوان عالی کشور رأی دادنامه‌ی ۹۴۰۹۹۷۳۸۱۴۶۰۰۱۵۳ مورخ ۱۳۹۴/۹/۱۰ شعبه‌ی ۱ دادگاه کیفری یک استان چهارمحال و بختیاری (۷ کیفری سابق) ابرام شده است. در این دادنامه به استناد ماده بالا تنها به قصاص نفس کسی که با وارد کردن ضربه‌ای مانند میله‌ی آهنی یا چوبی بر سر مقتول موجب به کما رفتن او و در نهایت مرگ ایشان شده است، حکم شده است.

اما در فقه اسلامی مجموعاً سه نظریه وجود دارد:

- یکی عقیده‌ی بسیاری از صاحب‌نظران شیعه و سنی است، که عمومیت ماده بالا را تأیید کرده، و گفته‌اند: چنانچه جنایت واقع شده سرایت کند و موجب مرگ مجنی‌علیه شود، قصاص و دیه‌ی عضو در قصاص نفس و دیه‌ی آن داخل و جانی حسب مورد تنها به پرداخت دیه یا قصاص نفس محکوم می‌شود. (فاضل آبی، ۱۴۱۷: ۵۹۵/۲؛ محقق حلی، ۱۴۱۸: ۲۹۳/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۱: ۱۹۳؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۴۰۸/۴؛ اسدی حلی، ۱۴۰۷: ۱۵۱/۵؛ محقق خوانساری، ۱۴۰۵: ۱۸۶/۷؛ محقق سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۸۷/۲۸؛ کاسانی حنفی، ۱۴۰۹: ۳۰۴ و ۲۴۵/۷؛ امام شافعی، ۱۴۰۳: ۱۲/۶؛ ابن قدامه، بی تا: ۳۸۹/۹ و ۴۰۳) ایشان، اجماع فرقه، (طوسی، ۱۴۲۰: ۲۱۰/۵) عدم الخلاف، (حائری طباطبائی، ۱۴۱۸: ۱۹۴/۱۶؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۹/۴۲) اتفاق، (همو، ۱۴۰۹: ۴۰۵/۳؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۲۳/۲۶؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۲۲/۱۱) یا شهرت بین اصحاب (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۲۳/۲۶) و اخبار (شیخ طوسی، ۱۴۲۰: ۲۱۰/۵) را دلائل حکم مزبور معرفی کرده‌اند.

در این زمینه گفتنی است که: اولاً- به اعتقاد برخی حاشیه‌نویسان اخبار مورد ادعای شیخ، تا کنون یافت نشده‌اند. (طوسی، ۱۴۲۰: ۲۱۰/۵) و ثانیاً- اجماع هم اگر وجود داشته باشد و مخالفت-های برخی فقیهان نیز لطمه‌ای به آن نزنند، قطعاً مدرکی و مستند به اخبار مزبور است، که در ظاهر وجود خارجی ندارند.

- دوم، مبنای گروهی از اهل سنت، مانند شافعی است، که ضمن مخالفت اساسی با تداخل قصاص طرف در قصاص نفس، می‌گویند؛ در همه‌ی موارد باید جانی بعد از قصاص عضو، قصاص نفس شود؛ زیرا در این‌جا، برای مجنی‌علیه دو حق پیش آمده است و دلیلی برای سلب یکی از آن‌ها با اجرای قصاص نفس وجود ندارد. (مُزنی، بی تا: ۲۴۱) یا به بیان دیگر، دردی که مجروح در نتیجه‌ی قطع عضو تحمل می‌کند و با سرایت کردن، تکمیل و تشدید شده و در نهایت، به فوت ختم می‌شود، نباید بی‌پاسخ و مجازات بماند. (کاسانی حنفی، ۱۴۰۹: ۳۰۴/۷؛ ابن قدامه، بی تا: ۴۰۳ و ۳۸۹/۹)

مشکل این نظریه آن‌جا است که اگر چنین حرفی پسندیده باشد، باید در همه‌ی جنایاتی که مجنی‌علیه دردی فراتر از درد ناشی از جنایت وارد شده تحمل می‌کند، جانی باید پاسخ‌گو باشد و علاوه بر مجازات اصل جنایت، در مقابل دردهای مذکور نیز مجازات شود. ولی کسی چنین سخنی نگفته است. بنابراین مجرد درد کشیدن مجنی‌علیه دلیل مناسبی برای ابطال مجوز تداخل قصاص عضو یا جراحت در قصاص نفس محسوب نمی‌شود.

- سوم، عقیده‌ی تفصیلی است، که به دنبال تقیید در برخی مصادیق مسأله مطرح شده است. توضیح مطلب آن که در خصوص موردی که بعد از قطع انگشتان، جنایت به نفس سرایت و مجنی^{۲۰}- علیه فوت می‌کند، گفته شده است؛ در صورتی که ابزار قطع غالباً چنین نتیجه‌ای را در پی داشته باشد، قصاص نفس برای ضارب لازم می‌شود. به همین دلیل برخی فقیهان ضمن اعتقاد به قابل تأمل و مشکل بودن اطلاق بالا گفته‌اند؛ اگر جنایت غالباً قابل سرایت باشد یا ضارب قصد قتل داشته باشد، مرتکب تنها به قصاص نفس محکوم می‌گردد؛ ولی اگر این دو شرط هیچ‌یک محقق نشود، در مسأله اشکال پیش می‌آید و اقرب آن است که مرتکب به پرداخت دیه‌ی قتل نفس محکوم شود. (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۲۲/۱۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۷۴/۱۵؛ خمینی، ۱۳۹۰: ۵۱۱/۲)

برخی فقیهان در این تقیید تشکیک کرده، و گفته‌اند: «از نظر ما، وجه و دلیل این تقیید معلوم نشده است، کما این که محقق کرکی نیز در حاشیه‌ی کتاب خود به این معنا اعتراف کرده است و این به آن خاطر است که سرایت جراحات در هر حال موجب قصاص است و از این جهت فرقی بین ابزارها، جراحات و نیات مختلف وجود ندارد.» (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۹/۴۲) و شاید به همین دلیل، در قواعد، آمده است؛ «اگر جنایت عمد سرایت کند، قصاص نفس لازم می‌شود. پس اگر انگشتان دیگری را عمداً و بدون قصد قتل قطع کند و بعد از آن بیماری سرایت کند، مجروح کننده به قصاص نفس محکوم می‌شود.» (علّامه حلّی، ۱۴۱۳ الف: ۵۸۵/۳) اما این سخن، هر چند دقیق نیست و اطلاق آن مخدوش است؛ چون، همان‌طور که در ماده‌ی ۵۳۷ ق.م.ا. نیز آمده و برخی فقیهان نیز تصریح کرده‌اند، (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۲۱/۱۰) در مواردی که سرایت به خاطر قصور یا تقصیر مجنی^{۲۱} علیه باشد، موجب قصاص و ضمان نیست، ولی غرض نگارندگان را نشان می‌دهد، که در فقه جزائی، عمومیت مسأله اجماعی نیست و برای برخی از مصادیق آن، قیودی مطرح شده است، که توجه به آن‌ها خالی از فایده نیست. بنا براین اگر این استثناء ذیل یک تبصره به ماده ۲۹۶ اضافه گردد، با تفسیر به نفع متهم و تفسیر مضیق در قوانین جزایی هم‌خوانی بیش‌تری دارد. مضاف بر آن که موافق احتیاط در خون نیز هست.

اشکال وارد آن است که عبارت «چنانچه جنایت واقع شده مشمول تعریف جنایات عمدی باشد.» در متن ماده، این معنا را می‌رساند و بیان اضافی لازم ندارد؛ زیرا آن‌گونه که برخی دانشیان حقوق نوشته‌اند؛ «این ماده فقط ناظر بر ارتکاب جنایت عمدی است و در مرتبه‌ی اول منصرف از قصد ایراد جنایت قتل است. اما چنانچه پس از وقوع جنایت بر عضو، جرح منتهی به مرگ شود، در صورتی که وقوع قتل در شمول یکی از بندهای (ب) یا (پ) ماده‌ی ۲۹۰ ق.م.ا. قرار گیرد، جنایت (قتل) عمدی و مرتکب مستحق قصاص نفس است و برای صدمه‌ی عمدی به عضو قصاص نمی‌شود. ولی چنانچه قتل و به عبارت بهتر نتیجه‌ی حاصله که ناشی از سرایت جرح بر عضو بوده از شمول

قتل عمدی خارج باشد، مانند آن که قصد ایراد جنایت را نداشته و یا رفتار مرتکب نوعاً موجب قتل نباشد و یا به هر علت دیگر از شمول عنوان قتل عمدی خارج باشد، مرتکب به اتهام جنایت عمدی بر عضو مستحق قصاص است و قتل واقع شده به دلیل خروج از عمد و در عین حال به دلیل آن که مرتکب، قصد در رفتار نسبت به مجنی‌علیه داشته، شبهه عمدی محسوب و علاوه بر قصاص عضو، دیه نفس باید بپردازد. شرط لازم در این ماده وحدت رفتار و جنایت در مرتبه‌ی نخست و منتهی شدن آن به جنایت دیگر (قتل) به سبب سرایت است. «(آقائی نیا، ۱۳۹۴: ۱۶۲) مؤید این معنا نیز آن که برخی فقیهان نیز در فتوای خود به این قید تصریح کرده، گفته‌اند؛ اگر جنایت غالباً قابل سرایت باشد یا ضارب قصد قتل داشته باشد، عمد تلقی شده و مرتکب تنها به قصاص نفس محکوم می‌گردد؛ ولی اگر این دو شرط هیچ‌یک محقق نشود، در مسأله اشکال پیش می‌آید و اقرب آن است که قتل شبهه عمد محسوب شده و مرتکب نیز به پرداخت دیه‌ی قتل نفس محکوم شود.» (خمینی، ۱۳۹۰: ۵۱۱/۲) پس ملاک، عمد بودن جنایت واقع شده است و انگشت و قیود مورد نظر موضوعیتی ندارد.

در پاسخ باید گفت: واضح است که بین این معنا و آنچه در متون برخی فقیهان اسلامی آمده است، تفاوت وجود دارد؛ زیرا در ماده‌ی ۲۹۰ در مجموع دو قید برای عمدی بودن جنایت لحاظ شده است؛ یکی قصد قتل و دیگری کشنده بودن رفتار جانی. (زراعت، ۱۳۹۴: ۴۰/۱؛ ولیدی، ۱۳۹۳: ۴۳۳-۴۳۲) اما قیودی که دانشیان اسلامی بیان کرده‌اند؛ قصد قتل و علم به سرایت است که دومی در قانون نیامده و غیر از کشنده بودن رفتار ارتكابی است. بنابراین عبارت ماده‌ی ۲۹۶ تمام مراد فقها را پوشش نمی‌دهد.

۲. تداخل جنایات در «مرگ ناشی از جنایت عمدی بر عضو»

قانون‌گذار در این فرض، مرتکب را که جنایت ارتكابی او بر عضو، عمدی بوده و نتیجه‌ی نهایی (مرگ) نیز محقق شده، فقط مستحق مجازات جنایت اشدّ می‌داند و نسبت به جنایت عمدی بر عضو هیچ مسؤولیتی را متوجه او نمی‌نماید. ماده ۲۹۷ مقرر می‌دارد: «اگر مرتکب با یک ضربه‌ی عمدی، موجب جنایتی بر عضو شود که منجر به قتل مجنی‌علیه گردد، چنانچه جنایت واقع شده مشمول تعریف جنایات عمدی باشد، قتل عمدی محسوب می‌شود و به علت نقص عضو یا جراحی که سبب قتل شده است به قصاص یا دیه محکوم نمی‌گردد.» گفتنی است که:

أول- «این ماده سابقه‌ای در قانون مجازات ۱۳۷۰ نداشته است و فلسفه‌ی تصویب آن هم این- چنین به نظر می‌رسد که در بررسی مواد مربوط به فصل سوم قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ راجع به قتل عمد ملاحظه می‌شود که مشابه حکم ماده‌ی ۲۹۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در

ماده (۲۱۸) قانون مجازات اسلامی سابق حکم خاصی وجود دارد، که در مقایسه و تطبیق مندرجات آن با رویکرد نوین قانون گذار سال ۱۳۹۲ وجه افتراق یا نقیصه‌ی ماده‌ی ۲۱۸ بهتر روشن و آشکار می‌گردد. اما در ماده‌ی ۲۱۸ مقرر شده بود: «هرگاه ایراد جرح هم موجب نقص عضو شود و هم موجب قتل، چنانچه با یک ضربت باشد، قصاص قتل کافی است و نسبت به نقص عضو، قصاص و دیه نیست.» چنانچه عبارت متن این ماده با مندرجات ماده ۲۹۷ تطبیق گردد، ملاحظه می‌شود که علت و ایراد ماده‌ی ۲۱۸ این است که قانون گذار مشخص نکرده است که حکم این ماده ناظر به کدام مورد از قتل‌های عمدی مذکور در ماده‌ی (۲۰۶) قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ است که مشتمل به سه بند (الف) و (ب) و (ج) می‌باشد؛ چون همان‌گونه که معلوم و مبرهن است؛ ماهیت حقوقی قتل عمدی مشمول بند (الف) ماده ۲۰۶ با ماهیت حقوقی قتل عمدی مشمول بند (ب) همان ماده که متکی بر کار کشنده به جای قصد قتل منظور در بند (الف) می‌باشد و همین‌طور با ماهیت حقوقی قتل عمدی مشمول مقررات بند (ج) متفاوت می‌باشد. و این موضوع یکی از ایرادهای وارد بر حکم ماده (۲۱۸) محسوب می‌گردد، که مورد تأیید اکثر حقوق دانان کیفری می‌باشد. در حالی که قانون گذار سال ۱۳۹۲ جمهوری اسلامی ایران این نقیصه را در عبارت اخیر ماده ۲۹۷ به این نحو برطرف کرده است: «چنانچه جنایت واقع شده مشمول جنایت عمدی باشد (به شرح مندرج در ماده ۲۹۰ این قانون) قتل عمدی محسوب می‌شود و به علت ایراد نقص عضو یا جراحتی که سبب قتل شده است به قصاص و دیه محکوم نمی‌گردد.» به سخن دیگر در این مورد فقط مجازات قتل عمدی که اشد از مجازات نقص عضو یا جراحت است، به مورد اجراء گذاشته می‌شود.

شایان ذکر است که این شیوه‌ی قانون گذار سال ۱۳۹۲ در این حکم را می‌توان از جهت دیگری به عنوان حکم تعدد اعتباری که در این قانون در باب حدود و قصاص ممکن است مجازات‌ها جمع و یا اشد باشد، اجرا می‌شود، نیز قابل توجیه به نظر می‌رسد. (ولیدی، ۱۳۹۳: ۴۳۵-۴۳۴) بنابراین «شاید دلیل تصریح به این ماده این باشد که چنانچه ضربه‌ی عمدی قبل از آن که منتهی به فوت شود، نقص عضو را به وجود آورد، موجب این شبهه می‌شود که علاوه بر مجازات قتل عمد، مجازات نقص عضو نیز باید اعمال شود. پس قانون گذار برای از بین بردن این شبهه، این ماده را تصویب کرده است.» (زراعت، ۱۳۹۴: ۴۰۱/۱)

دوم- در این ماده بر خلاف ماده ۲۹۶ مرتکب ممکن است مشمول بند (الف) ماده ۲۹۰ این قانون و یا سایر بندهای آن، حسب مورد باشد؛ مانند آن که کسی با گلوله به سر کسی شلیک کند و یا با چوب به قصد قتل به سر او بکوبد، اعم از این که قصد ایراد جنایت بر نفس داشته باشد یا نه. (آقائی نیا، ۱۳۹۴: ۱۶۲)

سوم- برخی گفته‌اند؛ «مفهوم مخالف این ماده آن است که اگر نقص عضو و قتل، ناشی از دو ضربه باشد، قصاص عضو و قصاص نفس، هر دو جاری می‌شود. اصل در قصاص آن است که تداخل نباشد، مگر این‌که قطع اعضاء یا جراحات‌ها یا جراحات و قتل ناشی از یک ضربه باشد.» (زراعت، ۱۳۹۴: ۴۰۲/۱) اما این برداشت، اجتهاد در مقابل نصّ و تقدّم مفهوم ماده‌ی ۲۹۷ بر منطوق ماده‌ی ۲۹۹ است، که خلاف قواعد مسلّم عقلی و حقوقی است.

در حقوق اسلامی نیز بین فقیهان شیعه نسبت به حکم ماده‌ی ۲۹۷ تقریباً مخالفی وجود ندارد و همه به علاوه‌ی ابو حنیفه و شاگردانش از اهل سنّت (کاسانی حنفی، ۱۴۰۹: ۳۰۴ و ۲۴۵/۷؛ شافعی ۱۴۰۳: ۱۲/۶؛ ابن قدامه، بی تا: ۴۰۳ و ۳۸۹/۹) قصاص طرف را منتفی دانسته، تصریح کرده‌اند که باید مجازات اغلظ و اشدّ اجرا شود. (حلی، ۱۴۰۵: ۵۹۴) دلیل ایشان هم صحیحی‌ابی عبیده حذاء از امام باقر (علیه السلام) است، که در آینده مورد بحث قرار می‌گیرد. اما شافعی به همان دلایلی که در صورت قبل گفته و نقد شد، معتقد است که جانی باید قبل از اعدام، به قصاص عضو محکوم شود. (کاسانی حنفی، ۱۴۰۹: ۳۰۴ و ۲۴۵/۷؛ ابن قدامه، بی تا: ۴۰۳ و ۳۸۹/۹)

۳. تداخل جنایات در «قتل ناشی از جنایات‌های متعدّد و تعدد مادی در جنایات عمدی»

این بحث در واقع مشتمل بر صورت‌های سوم و چهارم تداخل جنایات است، که در دو حوزه حقوق موضوعه و فقه جزایی بررسی می‌شود:

۱.۳. بررسی حقوقی قتل ناشی از جنایات‌های متعدّد

اگر مرتکب واحد، رفتار واحدی را علیه مجنی‌علیه به نحو عمدی اعمال نماید و بر خلاف ماده‌ی ۲۹۷، منتهی به جنایات متعدد بر اعضای مجنی‌علیه گردد (تعدّد معنوی)^۱ و در نهایت، موجب قتل وی شود، دو فرض متصور است؛ نخست این‌که اگر قتل، حاصل جمع همه‌ی جنایات عمدی ناشی از ضربه‌ی واحد باشد و به عبارت قانون، همه‌ی آنها مشترکاً موجب قتل او شود، چنان‌چه قتل مشمول تعریف جنایت عمدی باشد، مرتکب به رغم تعدد جنایات حاصله، فقط به قصاص نفس

۱. تعدد معنوی یک اصطلاح حقوقی است و منظور آن است که رفتار واحد، موجب عناوین مجرمانه‌ی متعدد و یا نتایج مجرمانه‌ی متعدد شود. قانون مجازات اسلامی، حکم تعدد معنوی در جرائم موجب تعزیر را در ماده‌ی ۱۳۱ و تبصره‌ی ماده‌ی ۱۳۴ بیان نموده است. اما احکام تعدد معنوی در جنایات از شمول مواد فوق خارج و در فصل دوم از بخش اول از کتاب سوم (قصاص) قانون مجازات اسلامی، طی مواد ۲۹۶ الی ۳۰۰ درج شده (آقائی نیا، ۱۳۹۴: ۱۶۱) و در این‌جا محل بحث است.

محکوم می‌شود. در ماده‌ی ۲۹۸ قانون مجازات اسلامی آمده است: «اگر کسی با یک ضربه عمدی، موجب جنایات متعدد بر اعضای مجنی‌علیه شود، چنانچه همه‌ی آنها به‌طور مشترک موجب قتل او شود و قتل نیز مشمول تعریف جنایات عمدی باشد، فقط به قصاص نفس محکوم می‌شود.» در این ماده، که به این شکل پیش از این سابقه نداشته است، به نوعی قاعده‌ی حقوقی «تعدد نتایج به معنای تعدد جرم نیست.» پذیرفته شده و قانون‌گذار اعلام کرده است که ملاک تعدد جنایات را تعدد فیزیکی می‌داند نه تعدد معنوی. بنابراین در این جا که فقط یک رفتار فیزیکی رخ داده است، هر چند نتایج متعددی دارد، ولی یک جرم محسوب و مرتکب تنها به قصاص نفس محکوم می‌شود. (زراعت، ۱۳۹۴: ۴۰۲/۱)

اما فرض دوم در جایی است که قتل ناشی از همه‌ی جنایات حاصل از ضربه‌ی واحد نباشد، که حکم آن در این ماده، ناگفته است. برخی دانشیان حقوق در این خصوص نوشته‌اند؛ «به نظر می‌رسد با توجه به این که مرتکب در قبال قتل عمدی حتی اگر ناشی از یکی از جنایات باشد، به قصاص نفس محکوم می‌شود و با عنایت به این که بیش از یک ضربه وارد ننموده، باید دیه‌ی جنایاتی را که در وقوع قتل تأثیر نداشته‌اند، بپردازد. ولی نمی‌توان او را برای هر یک از جنایات غیر مؤثر در قتل، قصاص عضو نمود؛ مانند کسی که با یک ضربه‌ی چاقو، یکی از کلیه‌های مجنی‌علیه را ساقط می‌نماید، ولی مرگ بر اثر اصابت چاقو به قلب باشد. در این مثال، ضربه‌ی واحد منتهی به جنایات در عضو، شامل پارگی پوست، قطع کلیه و پارگی قلب شده و مرگ در اثر اصابت چاقو به قلب تشخیص گردیده است. با احراز عمدی بودن قتل، مرتکب به قصاص نفس محکوم می‌گردد، ولی در قبال جرح به پوست و قطع کلیه ظاهراً باید دیه پرداخت نماید. این برداشت از مفهوم مخالف ماده ۲۹۹ که در مقام بیان حکم تعدد مادی در جنایات عمدی است و مجازات مرتکب در مورد جنایاتی که در وقوع قتل نقشی نداشته‌اند را قصاص و پرداخت دیه تعیین نموده است، الهام می‌گیرد. در صورت عدم پذیرش این دیدگاه، سکوت قانونگذار در ماده ۲۹۸ را باید مجوز عدم تداخل جنایات و جواز صدور حکم به قصاص مرتکب جنایات وارده بر عضو علاوه بر قصاص نفس بدانیم.» (آقائی نیا، ۱۳۹۴: ۱۶۴-۱۶۳) اما در این برداشت، راه حل دوم که در واقع تمسک به اصل عدم تداخل است، سخن درستی است ولی مفهوم مخالف ماده‌ی ۲۹۹ حجت نیست؛ زیرا آن‌گونه که دانشیان اصول فقه، به‌درستی، گفته‌اند، موضوع در مفهوم با منطوق نباید متفاوت باشد و بر همین اساس به اتفاق مفهوم لقب را حجت ندانسته‌اند. (مظفر، ۱۴۳۰: ۱۸۲/۱) و همین، مفهوم مخالف ماده‌ی ۲۹۹ را برای محل بحث با مانع مواجه می‌کند؛ چون مفهوم مخالف ماده ۲۹۹ هم مربوط به جایی است که ضربات متعددی وارد شده باشد ولی به تشخیص پزشکی قانونی همگی عامل قتل نشده‌اند. در حالی که صورت دوم ماده ۲۹۸ جایی است که جانی تنها یک ضربه وارد

کرده است ولی در نتیجه‌ی آن جنایات متعددی رخ داده و پزشکی قانونی نیز همه‌ی آن‌ها را سبب مرگ تشخیص نداده، گفته است، مثلاً، مرگ در اثر اصابت ضربه‌ی چاقو به قلب واقع شده است. با این تفسیر تحلیل آن دسته از دانشیان حقوق جزا نیز که ماده‌ی ۲۹۹ را مفهوم مخالف ماده‌ی ۲۹۸ تلقی کرده، ولی نوشته‌اند؛ «اما از آن‌جا که اصولی‌ها مفهوم عدد را حجت نمی‌دانند، مفهوم ماده‌ی قبل با توضیح بیش‌تری در این ماده بیان شده است.» (زراعت، ۱۳۹۴: ۴۰۴/۱) قابل تأمل و مخدوش به نظر می‌آید، مضاف بر آن که عدم حجیت مفهوم عدد نزد دانشیان اصول، اجماعی نیست، (مظفر، ۱۴۳۰: ۱۸۰/۱) خصوصاً این که غالباً عدد، قید حکم است نه موضوع. در این‌جا نیز به نظر می‌رسد، تعداد ضربات مقید حکم و شرط تحقق تداخل یا عدم تداخل قصاص محسوب می‌شود.

۲.۳. بررسی حقوقی قتل ناشی از تعدد مادی در جنایت عمدی

ماده ۲۹۹ این موضوع را در چند صورت مطرح کرده است:

صورت اول: تأثیر برخی جنایات بر مرگ مجروح؛ اگر با تشخیص پزشکی قانونی تنها برخی از ضربات باعث مرگ شوند، جانی علاوه بر قصاص نفس، حسب مورد به قصاص عضو یا دیه‌ی جنایت نیز محکوم می‌شود، که به‌طور طبیعی قبل از اجرای قصاص نفس، مطالبه و اجرا می‌گردند.

صورت دوم: تأثیر مجموع ضربات بر مرگ مجروح؛ چنان‌چه بر اساس تشخیص پزشکی قانونی، علت مرگ، مجموع ضربات وارده باشد، در این‌صورت مطابق ذیل ماده‌ی بالا دو حالت پیش می‌آید: حالت اول: این که ضربات به‌صورت متوالی وارد شده باشند، که در چنین حالتی حکم یک ضربه را خواهند داشت و جانی تنها به قصاص نفس محکوم می‌شود. حالت دوم: آن که ضربات با فاصله وارد شده باشند، که در این‌صورت، علاوه بر قصاص نفس، جانی به قصاص یا دیه‌ی عضوی که جنایت بر آن متصل به فوت نبوده است، نیز محکوم می‌گردد.

در تکمیل ماده‌ی بالا چند نکته گفتنی است:

نکته اول- در این‌جا پیش فرض قضیه، ارتکاب عمدی جنایات متعدد است که هر یک به صورت مستقل واجد ارکان مربوط است ولی به دلیل وحدت در رکن معنوی و قصد قتل، قانون‌گذار آن‌ها را یک ضربه تلقی کرده، جانی را از قصاص عضو یا دیه‌ی آن معاف دانسته است. و بر همین اساس چنان‌چه هر یک از ضربات در فاصله‌ی زمانی غیر متوالی وارد شود، در واقع جنایات مستقلی از نظر رکن معنوی و مادی محقق گردیده که به‌طور طبیعی نمی‌تواند نشان از یک قصد واحد داشته باشد. چنین تفاوتی در ارکان، از نظر قانون‌گذار مستلزم سرزنش پذیری متفاوت از ضربات متوالی است. (آقایی نیا، ۱۳۹۴: ۱۶۴)

نکته دوم- هر چند در این جا و نیز صور قبلی تداخل جنایات، از اصطلاح‌های «جنایت عمدی»، یا «یک ضربه‌ی عمدی» یا «با ضربه‌های متعدد عمدی» استفاده شده و به طور معمول، مصداق فعل را متبادر به ذهن می‌کند، ولی با توجه به حکومت ماده‌ی ۲۹۵ ق.م.ا.، رفتار مرتکب در همه‌ی این موارد می‌تواند به شکل ترک فعل و یا ترکیبی از فعل یا ترک فعل باشد. (همان، ۱۶۶) ضمن این که هر چند قانون‌گذار تعبیر «ضربه به عضو» را رفتار فیزیکی قتل بیان کرده است و آن هم تبادر در معنای خاصی دارد و معمولاً با دست یا شیء دیگری انجام می‌شود، اما رفتار فیزیکی منحصر در این رفتار نیست، بلکه ممکن است اعمالی هم‌چون دادن سم یا دارو را نیز شامل شود. پس ضربه خصوصیتی ندارد. و این برداشت، نتیجه‌ی تنقیح مناط قطعی است، که در حجیت آن تردید و اختلافی بین دانشیان حقوق اسلامی و موضوعه نیست.

نکته سوم- بر اساس ظاهر این ماده زمان ورود ضربات در تعدد مجازات دخالت دارد؛ زیرا واژه‌ی «توالی» ظهور در توالی زمانی دارد؛ یعنی این که عرفاً میان ضربات فاصله نیافتد. بر این اساس فرضی که برخی ضربه‌ها متصل به مرگ بوده ولی برخی دیگر، متصل به قتل نباشد، یقیناً مورد نظر قانون‌گذار نیست؛ زیرا صرف نظر از این که با قواعد منطقی و حقوقی سازگاری ندارد، مشمول ماده‌ی بالا نیز نیست؛ زیرا بر اساس قسمت اول ماده، فرض محل بحث آن جایی است که ضربات همگی بدون فاصله وارد شده‌اند، ولی برخی از جنایات موجب قتل شده و برخی در واقع شدن قتل نقشی نداشته باشد. (زراعت، ۱۳۹۴: ۴۰۴/۱)

نکته چهارم- منظور از جنایت متصل به فوت جنایتی نیست که بلافاصله قبل از فوت رخ داده است، بلکه بر خلاف ظاهر ماده، جنایتی مورد نظر است که مؤثر در فوت باشد. پس اگر شخصی ضربه‌ای بر سر کسی وارد کرده و مجنی‌علیه بی‌هوش شود و پس از مدتی، ضربه‌ی دیگری به وی وارد کند بدون این که ضربه‌ی دوم تأثیری در قتل داشته باشد، نمی‌توان گفت این ضربه از آن جهت که متصل به فوت می‌باشد، فاقد مجازات است. (همان)

نکته پنجم- بر اساس ظاهر ماده‌ی بالا دیه‌ی عضو در جایی لازم است، که ضربه‌ها همه عمدی باشد. بنابراین حالتی که برخی ضربه‌ها عمدی و برخی غیر عمدی باشد، مشمول این ماده نمی‌شود (همان) و به‌طور طبیعی جانی باید پاسخ‌گوی تمام ضربات وارده حسب مورد باشد.

۳ بررسی فقهی هر دو صورت

با وجود آن که در این جا سخن از سه یا دو نظریه است، (صیمری، ۱۴۲۰: ۳۶۹/۴؛ فاضل آبی، ۱۴۱۷: ۵۹۵/۲؛ محقق حلی، ۱۴۱۸: ۲۹۳/۲؛ حسینی عاملی، بی‌تا: ۴۵۷/۱۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۱: ۱۹۳؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۴۰۸/۴؛ اسدی حلی، ۱۴۰۷: ۱۵۱/۵؛ محقق خوانساری، ۱۴۰۵: ۱۸۶/۷؛

محقق سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۸۷/۲۸) اما بررسی‌های دقیق نشان می‌دهد که در مجموع چهار نظریه در مسأله وجود دارد، که عبارت‌اند از:

۱. قصاص طرف مطلقاً در قصاص نفس داخل نمی‌شود و جانی هم به قصاص نفس و هم به قصاص عضو محکوم می‌گردد، خواه ضربات متعدد باشند یا یک ضربه زده شده باشد. (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۴۰۶/۳؛ محقق حلی، ۱۴۱۲: ۴۴۶/۳؛ طوسی، ۱۴۲۰: ۲۱۰/۵؛ همو، ۱۳۸۷: ۱۱۳/۷؛ ابن زهره، ۱۴۱۷: ۴۰۸؛ کاسانی حنفی، ۱۴۰۹: ۱۴۰۳ و ۲۴۵/۷؛ شافعی، ۱۴۰۳: ۱۲/۶) ادله‌ی استنادی این نظریه عبارت‌اند از:

دلیل اول- بر اساس ظاهر آیات «و الجروح قصاص»، (مانده، ۴۵) «و من اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم» (بقره، ۱۹۴) و «و إن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به» (نحل، ۱۲۶) باید به همان اندازه که جنایت وارد شده است، قصاص صورت گیرد. و در این‌جا نیز هم به نفس و هم به اعضاء جنایت وارد شده است، لذا جانی باید نسبت به آن‌ها قصاص شود. ((ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۴۰۶/۳؛ ابن قدامه، بی تا: ۳۸۹/۹ و ۴۰۳؛ ابن زهره، ۱۴۱۷: ۴۰۸)

دلیل دوم- عمل به مقتضای سبب: وقتی سبب در یک موضوعی متعدّد باشد؛ قطعاً مسبب نیز متعدّد خواهد بود؛ به‌عنوان نمونه وقتی یک نفر دو جنایت علیه دیگری مرتکب می‌شود، به‌طور طبیعی استحقاق دو مجازات را دارد، مگر دلیلی بر خلاف آن و مبتنی بر تداخل اسباب رسیده باشد. اما از آن‌جا که در محل بحث دلیل خاصی وجود ندارد، قصاص عضو یا جراحت در قصاص نفس تداخل نمی‌کنند. (محقق حلی، ۱۴۱۲: ۴۴۶/۳؛ کاسانی حنفی، ۱۴۰۹: ۳۰۳/۷)

دلیل سوم- اجماع؛ در خلاف ادعا شده است که فقیهان امامیه، همگی عدم تداخل و لزوم قصاص عضو یا جراحت علاوه بر قصاص نفس را پذیرفته‌اند. (طوسی، ۱۴۲۰: ۲۱۰/۵)

دلیل چهارم- اخبار (همان) و سیره‌ی پیامبر (ص). (ابن قدامه، بی تا: ۳۸۹/۹ و ۴۰۳) دلیل پنجم- استصحاب: به این صورت که وقتی جنایتی علیه اعضاء و نفس صورت می‌گیرد و یک قصاص انجام می‌شود، شک پیش می‌آید که حق قصاص مجنی‌علیه نسبت به جنایت دیگر ساقط شده است یا خیر؟ در این صورت، حق قصاص سابق، استصحاب و مانع تداخل جنایات می‌گردد. (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۳، ۴۴۵)

۲. قصاص طرف، مطلقاً در قصاص نفس تداخل می‌کند و جانی تنها به قصاص نفس محکوم می‌شود، چه در ضربات متعدد و چه متحد. (طوسی، ۱۴۲۰: ۱۶۳/۵؛ همو، ۱۳۸۷: ۲۲/۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۱: ۲۰۲؛ حلی، ۱۴۰۵: ۵۹۴؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۲۲/۷) دلایل این عقیده عبارت‌اند از:

الف) اخبار: دو روایت در این‌جا مورد استناد قرار گرفته است:

روایت اول - صحیح‌ه‌ی اُبی عبیده حذاء از امام باقر (علیه السلام)؛ که می‌گوید؛ از امام باقر (علیه السلام) در مورد شخصی که با عمود فسطاط یک ضربه بر سر دیگری زده، و در نتیجه سر فرد مضروب تا مغز شکافته و عقل او از بین رفته است، سؤال کردم. امام فرمودند: اگر فرد مجروح نماز خود را نمی‌فهمد و در صحبت کردن عادی نیز متوجه گفته‌های خود نمی‌شود، یک سال صبر می‌شود، اگر در این خلال بمیرد، ضارب قصاص می‌شود؛ ولی اگر نمرده و عقل او برگردد، ضارب به پرداخت دیه‌ی اِزاله‌ی عقل از اموال خودش محکوم می‌شود. گفتیم: آیا برای شکافی که در سر او ایجاد شده است، دیه ندارد؟ فرمودند: نه، چون یک ضربه بیش‌تر زده است ولی این یک ضربه دو جنایت ایجاد کرده است. بر همین اساس به سنگین‌ترین دیه محکوم می‌شود. و اگر دو ضربه زده است به گونه‌ای که دو جنایت به دنبال آورده است، به هر دو جنایت محکوم می‌شود، مگر این‌که موجب مرگ شود، که در این صورت، ضارب فقط قصاص می‌شود. و اگر سه ضربه زده و سه جنایت ایجاد کرده باشد، به سه جنایت، هر چه باشد، محکوم می‌شود، مگر آن‌که بمیرد. و اگر ده ضربه وارد کرده، که منجر به ده جنایت شده باشد، به ده مجازات محکوم می‌شود، هر چه که باشد.^۱

(مجلسی، ۱۴۰۶: ۵۴۳/۱۶؛ همو، ۱۴۰۴: ۱۱۳/۲۴؛ کلینی، ۱۴۰۷: ۳۲۵/۷) در برخی از نسخ، در آخر روایت «ما لم یکن فیها الموت» (صدوق، ۱۴۱۳: ۱۳۲/۴) یا «ما لم یکن فیها الموت فیقاد به ضاربیه قال فإن ضربته عشر ضربات فجنین جنایة واحدة الزمته تلك الجنایة التي جنيتها العشر ضربات» (حرّ عاملی، ۱۴۱۴: ۳۶۷/۲۹) یا «ما كان إلا أن یكون فیهما الموت فیقاد به ضاربیه، و كذا إن ضرب ثلاث ضربات فجنین ثلاث جنایات» (همو، ۱۴۱۲: ۵۳۲/۸) یا «إلا أن یكون فیها الموت فیقاد به ضاربیه بواحدة و تطرح الأخری» (ابن ابی جمهور، ۱۴۰۵: ۶۴۳/۳) آمده است، که به نوعی دلیل انحصار مجازات در قصاص نفس در فرض وقوع مرگ در نتیجه‌ی جنایات متعدد محسوب

۱. «مُحَمَّدُ بْنُ یَحْیَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ جَمِيعاً عَنْ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ جَمِيلِ بْنِ صَالِحٍ عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ الْحَدَّاءِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) عَنْ رَجُلٍ ضَرَبَ رَجُلًا بِعَمُودٍ فَسَطَّاطَ عَلَى رَأْسِهِ ضَرْبَةً وَاحِدَةً فَأَجَافَهُ حَتَّى وَصَلَتْ الضَّرْبَةُ إِلَى الدَّمَاعِ فَذَهَبَ عَقْلُهُ فَقَالَ: إِنْ كَانَ الْمَضْرُوبُ لَا يَعْقِلُ مِنْهَا الصَّلَاةَ وَ لَا يَعْقِلُ مَا قَالَ وَ لَا مَا قِيلَ لَهُ فَإِنَّهُ يُنْتَظَرُ بِهِ سَنَةٌ فَإِنْ مَاتَ فِيهَا بَيْتُهُ وَ بَيْنَ السَّنَةِ أَقِيدَ بِهِ ضَارِبُهُ وَ إِنْ لَمْ يَمُتْ فِيهَا بَيْتُهُ وَ بَيْنَ السَّنَةِ وَ لَمْ يَرْجِعْ إِلَيْهِ عَقْلُهُ أُعْرِمَ ضَارِبُهُ الدِّيَةَ فِي مَالِهِ لِدَهَابِ عَقْلِهِ قُلْتُ لَهُ فَمَا تَرَى عَلَيْهِ فِي الشَّجَّةِ شَيْئاً قَالَ: لَا لِأَنَّهُ إِنَّمَا ضَرَبَهُ ضَرْبَةً وَاحِدَةً فَجَنَّتِ الضَّرْبَةُ جِنَايَتَيْنِ فَأَلْزَمَهُ أَغْلَطُ الْجِنَايَتَيْنِ وَ هِيَ الدِّيَةُ وَ لَوْ كَانَ ضَرَبَهُ ضَرْبَتَيْنِ فَجَنَّتِ الضَّرْبَتَانِ جِنَايَتَيْنِ لَأَلْزَمْتُهُ جِنَايَةَ مَا جَنَّتَا كَأَنَّمَا مَا كَانَتَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِمَا الْمَوْتُ فَيُقَادَ بِهِ ضَارِبُهُ [بِوَاحِدَةٍ وَ تُطْرَحُ الأُخْرَى قَالَ وَ قَالَ] فَإِنْ ضَرَبَهُ ثَلَاثَ ضَرْبَاتٍ وَاحِدَةً بَعْدَ وَاحِدَةٍ فَجَنَيْنَ ثَلَاثَ جِنَايَاتٍ الزَّمْتُهُ جِنَايَةَ مَا جَنَّتِ الثَّلَاثُ ضَرْبَاتٍ كَأَنَّهُ مَا كَانَتْ مَا لَمْ يَكُنْ فِيهَا الْمَوْتُ فَيُقَادُ بِهِ ضَارِبُهُ قَالَ وَ قَالَ فَإِنْ ضَرَبَهُ عَشْرُ ضَرْبَاتٍ فَجَنَيْنَ جِنَايَةَ وَاحِدَةً الزَّمْتُهُ تِلْكَ الْجِنَايَةَ الَّتِي جَنَيْتَهَا العَشْرُ ضَرْبَاتٍ [كَأَنَّهُ مَا كَانَتْ].»

می‌شود. البته تفاوت‌های دیگری هم در نسخ مختلف وجود دارد، که اهمیت چندانی ندارند. (طباطبائی بروجردی، ۱۴۲۹: ۷۱۶/۳۱)

در بحث دلالتی روایت فوق باید گفت که مطابق با مفاد این روایت، اگر مضروب فوت کند، ضارب تنها به قصاص نفس محکوم می‌شود، خواه یک ضربه وارد کرده باشد یا ضربات متعدد. به عبارت دیگر، با وقوع فوت مضروب، ضارب تنها به قصاص نفس محکوم می‌گردد و از قصاص عضو معاف است و در واقع جنایت علیه اعضاء نیز در ضمن قصاص نفس جبران می‌شود. ممکن است گفته شود که موضوع این روایت، دیه است و ارتباطی با مسأله‌ی قصاص ندارد. اما باید توجه داشت که علت ذیل روایت عمومیت دارد و از این جهت مشکلی در متن روایت وجود ندارد. (موسوی خوئی، ۱۴۲۲: ۲۵/۲)

اما در نقد روایت مذکور می‌گوئیم که مشهور فقهای امامیه از عمل و إفتاء مطابق مفاد این صحیح، دست‌کم در موضوع تداخل قصاص طرف در قصاص نفس اجتناب کرده‌اند، (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۵۷/۱۰؛ خمینی، ۱۳۹۰: ۵۸۸/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۹۴/۴۳) که مطابق رأی مشهور، موجب تضعیف سند حدیث می‌شود. بنابراین روایت مزبور توان معارضه با مستندات قائلین به مطلق تداخل و نیز طرف‌داران تفصیل را ندارد؛ (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۹۴/۴۳) زیرا سند این روایت ضعیف است، درحالی‌که اسناد روایات مورد استناد دیگران، از اعتبار کافی برخوردار است.

روایت دوم - روایات متعددی (حرّ عاملی، ۱۴۱۴: ۱۲۶/۲۹) که مثله را ممنوع دانسته‌اند حتی اگر قاتل آن را انجام داده باشد؛ مانند روایت عبد الله بن جعفر از حضرت امیر (علیه السلام) که بعد از ضربت خوردن و إسارت ابن ملجم مرادی فرمودند؛ این اسیر را زندانی کنید و به او اطعام نمائید و با او به نیکی رفتار نمائید. پس اگر زنده ماندم، خودم بر این که با او چطور رفتار شود، بر دیگران مقدم هستم؛ اگر خواستم قصاص می‌کنم یا او را می‌بخشم یا با او مصالحه می‌نمایم. و اگر از دنیا رفتم اختیار با شما است؛ پس اگر تصمیم گرفتید او را بکشید، مثله‌اش نکنید. (همو، ۱۴۱۴: ۲۹/۱۲۷؛ حمیری، ۱۴۱۳: ۱۴۳). یا در نقل دیگری فرمودند؛ مبدا پس از من و به استناد کشته شدنم دست به کشتار بزنید. بدانید جز کشته‌ی من کسی دیگر نباید کشته شود. درست بنگرید! اگر من از ضربت او از دنیا رفتم، او را تنها یک ضربت بزنید، و دست و پا و دیگر اعضای او را مبرید؛ زیرا که من از رسول خدا (صلی الله علیه و آله و سلم) شنیدم که فرمودند: «بپرهیزید از بریدن اعضای مرده، هر چند سگ دیوانه باشد.» سپس به سمت فرزندش [امام] حسن (علیه السلام) رو کرده و فرمودند: ای عزیزم! تو ولیّ امر و ولیّ دم بعد از من هستی، پس اگر ببخشی اختیار با توست و اگر خواستی قصاص کنی، به جای یک ضربه‌ای که او به من زده است تنها یک ضربه بزن و در قصاص اسراف مکن. (حرّ عاملی، ۱۴۱۴: ۱۲۸/۲۹؛ ابن شهر آشوب، ۱۳۷۹: ۳۱۲/۳)

از لحاظ دلالتی؛ اطلاق نهی از تمثیل یا حتی تحریق و خفه کردن، که در برخی متون آمده است، (عاملی، ۱۴۱۰: ۹۱/۱۰) نشان می‌دهد که اقدام قاتل به چنین عملی، مجوز انجام آن نمی‌شود و اولیاء مقتول در نهایت می‌توانند با شمشیر قصاص کنند، (حرّ عاملی، ۱۴۱۴: ۱۲۸/۲۹) ولی حق مقابله‌ی به مثل را ندارند. این‌ها همه نشان می‌دهد که قصاص طرف در قصاص نفس تداخل می‌کند. گفتنی است که ابن جنید معتقدند؛ به حکم آیه‌ی «فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم» (بقره، ۱۹۴) اگر قاتل با مثله موجب قتل شده باشد، اولیاء دم می‌توانند به شرط اطمینان نسبت به عدم تجاوز از حدود، با وی همین‌طور رفتار کنند. (اشتهاردی، ۱۴۱۶: ۳۷۱) اما این قول علی‌رغم آن‌که حرف آبرومند و نزدیک به ثوابی است، بر خلاف اتفاق آراء فقیهان مبنی بر ممنوعیت مثله است. (عاملی، ۱۴۱۰: ۹۲/۱۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۴۵۴/۹)

در مقام نقد روایات فوق الذکر؛ به نظر می‌رسد که این روایات تمام نباشند؛ چون ممکن است وجه ممنوعیت تمثیل به دلیل زشتی خود عمل باشد، نه به دلیل تداخل قصاص طرف در قصاص نفس. شاهد این ادعا نیز آن‌که اولاً- در روایات بالا، مثله حتی برای سگ‌ها نیز ممنوع شده است. و ثانیاً- برخی، در صورتی که قاتل اقدام به مثله کند، گفته‌اند؛ مقتول می‌تواند اول دست او را قطع کند و بعد او را قصاص نماید. (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۲/۷) بنابراین روایات مزبور اخصّ از مدعا هستند و نمی‌توانند دلیل محکمی برای تداخل محسوب شوند. نقد بالا را برخی از فقیهان نیز مطرح کرده‌اند. (تبریزی، ۱۴۲۶: ۶۰)

ب) اجماع: مضاف بر این‌که برخی در این خصوص ادعای اجماع کرده‌اند، (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۸۶/۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۶۵/۴۲) برخی هم آن را مقتضای مذهب شیعه دانسته‌اند. (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۲/۷)

اما اجماع مذکور، اگر تمام باشد، که نیست (موسوی خوئی، ۱۴۲۲: ۲۵/۲) مدرکی است. و اما ادعای شیخ با وجود اختلاف نظر بین دانشیان فقه امامیه، به روشنی مخدوش است.

۳. اگر ضربات وارده، متعدد باشد، قصاص طرف در قصاص نفس تداخل می‌کنند، ولی چنان‌چه جانی یک ضربه بیشتر وارد نکرده باشد، و در نتیجه‌ی آن، هم عضوی از بدن زائل شده و هم مجنی‌علیه از بین رفته باشد، جانی تنها به قصاص نفس محکوم می‌شود؛ مانند آن‌جا که شخصی یک ضربه بر سر فردی وارد آورده و به دنبال آن، هم عقل وی از بین برود و هم فوت کند. (طوسی، ۱۴۰۰: ۷۷۱؛ عاملی، ۱۴۱۳: ۹۸/۱۵؛ همو، ۱۴۱۰: ۹۲/۱۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۱۹۹/۲؛ همو، ۱۴۲۰: ۴۳۳/۵؛ همو، ۱۴۲۱: ۳۳۷؛ موسوی خوئی، ۱۴۲۲: ۲۶/۲) مستندات این فتوا به شرح زیر است:

الف) روایات: که عبارت‌اند از:

روایت اول - روایت محمد بن قیس؛ علی از پدرش و او از ابن ابی عمیر از محمد بن حمزه از محمد بن قیس از یکی از ایشان (امام باقر یا امام صادق (علیهما السلام) نقل می‌کنند که در خصوص فردی که چشم کسی را درآورده و بینی و دو گوش او را قطع کرده و سپس او را به قتل رسانده بود، فرمودند: اگر این جرائم با ضربات متعدد انجام شده است، ابتدا به قصاص طرف محکوم شده و سپس اعدام می‌گردد، ولی اگر با یک ضربه صورت گرفته است، گردنش زده می‌شود [اعدام می‌گردد]. و قصاص طرف در مورد او اجرا نمی‌گردد. (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۵۲/۱۰)

در خصوص سند این حدیث گفتنی است؛ اولاً - حدیث، در برخی متون (صدوق، ۱۴۱۳: ۱۳۰/۴) بدون ذکر سند نقل شده است. ثانیاً - آن گونه که برخی اصحاب رجال (خواجه‌نوی مازندرانی، ۱۴۱۳: ۸۰-۷۹؛ بحر العلوم، ۱۴۰۵: ۱۳۹/۴) گفته‌اند؛ محمد بن قیس بین چهار نفر مشترک است؛ دو نفر از آن‌ها ثقه هستند، که عبارت‌اند از: محمد بن قیس اَسَدی اَبُو نصر، و محمد بن قیس بَجَلی اَبُو عبد الله. این دو نفر از امام باقر و امام صادق (علیهما السلام) حدیث نقل می‌کنند. البته امتیاز محمد بن قیس اَسَدی اَبُونصر این است که ابن ابی عمیر^۱ از او روایت نقل می‌کند. نجاشی نوشته‌اند: «محمد بن قیس اَبُو نصر اَلْأَسَدی اَحَد بَنی نصر بن قَعین بن الحارث بن ثعلبه بن دودان بن اَسَد، وجه من وجوه العرب بالكوفه، و كان خَصِيصاً بَعمر بن عبد العزيز، ثم يزيد بن عبد الملك و كان أحدهما أنفذه إلى بلاد الروم في فداء المسلمين، روى عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام. و له كتاب في قضايا أمير المؤمنين عليه السلام. و له كتاب آخر نوادر. و لنا محمد بن قيس البجلي و له كتاب يساوي كتاب محمد بن قيس الأَسَدی.» (نجاشی، ۱۴۰۷: ۳۲۳) و امتیاز محمد بن قیس بَجَلی نیز این است که اولاً؛ همچون محمد بن قیس اَسَدی اَبُونصر کتابی با موضوع قضاوت‌های امیر المؤمنین (علیه السلام) دارد. و ثانیاً؛ عاصم بن حمید^۲ از ایشان حدیث نقل می‌کند. نجاشی در مورد ایشان نوشته‌اند: «محمد بن قیس الكوفي البجلي،

۱. محمد بن ابی عمیر از بزرگان اصحاب امام رضا و امام جواد علیهما السلام است. قدر و منزلت و وثاقت ایشان به قدری است که مراسم ایشان ارزش روایات مسند را دارد؛ یعنی اگر ایشان سلسله‌ی روایان حدیث را کامل نکنند، مانند آن است که روایتی را با ذکر تمام روایان نقل کنند. (منسوب به امام رضا علیه السلام، ۱۴۰۶: ۱۵-۹) ایشان از اصحاب اجماع هستند، (صدوق، ۱۴۰۹: ۴۲۱/۶) که در علم رجال به گروه ویژه‌ای از روایان احادیث در سده‌های دوم و سوم هجری قمری اطلاق می‌شود و از بزرگان پرورش یافته مکتب امام باقر، امام صادق، امام کاظم و امام رضا (علیهم السلام) به شمار می‌روند و بر تصدیق روایات‌شان و نیز مقام علمی و فقهانشان اجماع شده است.
۲. آن گونه که برخی اصحاب رجال نوشته‌اند: «عاصم بن حمید الحنات الحنفی أُو الجعفی (عَلَمَه حَلی، ۱۴۱۱ الف: ۲۴۶) [أبو الفضل، مولی، کوفی، ثقه، عین، صدوق، روى عن أبي عبد الله عليه السلام. له كتاب، أخبرنا محمد بن جعفر قال: حدثنا أحمد بن محمد بن سعيد قال: حدثنا علي بن الحسن بن فضال قال: حدثنا محمد بن عبد الحميد، عن عاصم بكتابه (نجاشی، ۱۴۰۷: ۳۰۲) ایشان صاحب کتاب و اصل در حدیث و از جمله صاحبان اصول اربعه‌آم با سلسله سند خاص و اصول الستة عشر هستند. (نوری، ۱۴۱۷: ۶۰/۱) (اصل در حدیث بر بخش خاصی از کتب حدیث اطلاق

ثقه، عین، کوفی، روی عن ابی جعفر و ابی عبد الله علیهما السلام. له کتاب القضاء المعروف، رواه عنه عاصم بن حمید الحناط، و یوسف بن عقیل و عبید ابنه. «همان) برخی دیگر از اصحاب رجال گفته‌اند: «محمد بن قیس البجلی، کوفی، أسند عنه، صاحب المسائل التي يرويها عنه عاصم بن حميد، مات سنة إحدى و خمسين و مائه.» (طوسی، ۱۴۲۷: ۲۹۳) سومین آن‌ها محمد بن قیس أسدی مولى بنی نصر است که مورد ستایش قرار گرفته ولی توثیق نشده است، کما این که معلوم نیست از کدام امام معصوم حدیث نقل می‌کند. و بالأخره محمد بن قیس أبو أحمد است که تنها از امام باقر (علیه السلام) روایت نقل می‌کند و ضعیف است. اما در این جا دو نفر اخیر منظور نیستند؛ چون در روایت آمده است: «عن احدهما»؛ یعنی از امام باقر یا امام صادق (علیهما السلام). و محمد بن قیس مولى بنی نصیر که معلوم نیست از کدام امام نقل می‌کند و محمد بن قیس أبو أحمد نیز تنها از امام باقر (علیه السلام) نقل می‌کند. بنابراین ترکیب «عن احدهما» در مورد هیچ‌یک درست نیست. و اما از بین محمد بن قیس اسدی ابو نصر و محمد بن قیس بجلی ابو عبدالله نیز ظاهراً مراد اولی (محمد بن قیس اسدی ابو نصر) است؛ زیرا ابن ابی عمیر از ایشان نقل کرده است. ولی در عین حال هر کدام ایشان که باشد، لطمه‌ای به اعتبار سند وارد نمی‌کند. با این اوصاف، اشتراک هر چند در احادیث دیگر چالشی برای حجیت روایت محسوب می‌شود، ولی در اینجا قطعاً (حائری طباطبائی، ۱۴۱۸: ۱۹۴/۱۶) یا شاید (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۴۶/۱۳) مشکلی ایجاد نکرده و حدیث از جهت سند مخدوش نباشد. مضاف بر این که هم شیخ صدوق و هم شیخ طوسی آن را در منابع گذشته نقل کرده‌اند و بر همین اساس، برخی این روایت را حسن مانند صحیح به شمار آورده‌اند. (مجلسی، ۱۴۰۶: ۳۸۲/۱۰)

اما درباره‌ی متن و دلالت آن بر ادعای شیخ و هم‌فکران ایشان، روایت به قدری روشن است که جای هیچ‌گونه سخنی را باقی نمی‌گذارد. فقط تعارض این حدیث با دو صحیحی قبل و نیز با صحیحی ابراهیم بن عمر از امام صادق (علیه السلام)^۱، است، (محقق حلی، ۱۴۱۲: ۴۴۶/۳) که مردود می‌باشد؛ چون تعارض آن‌ها کلی نیست و این دو دسته روایت، قابل جمع‌اند.

می‌شود ولی کتاب شامل همه نوع نوشته‌ای حدیثی می‌باشد. اصل در واقع به همان معنای لغوی آمده است؛ زیرا کتاب حدیث، اگر عین سخن ائمه (ع) باشد، وجود چنین احادیثی برای کسانی که می‌خواهند مطلبی در مورد آن حدیث بنویسند، وجودی ابتدایی و اصلی است به همین دلیل به این گونه مجموعه‌ها اصل می‌گویند (طهرانی، بی‌تا: ۱۲۶/۲) کتاب ایشان مورد اعتماد محمدون ثلاث (محمد بن یعقوب کلینی، محمد بن علی بن بابویه قمی، محمد بن حسن طوسی) قرار گرفته است. ایشان با عنوان (عاصم بن حمید) در اسناد سیصد و هشتاد روایت و با عنوان (عاصم بن حمید الحناط) در اسناد یازده روایت و با عنوان (عاصم الحناط) در اسناد یک روایت نقش دارد. (سبحانی، ۱۴۲۴: ۲۸۵/۲)

۱. مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدِ بْنِ الْبَرْقِيِّ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عِيسَى عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ غَمْرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع فِي رَجُلٍ ضَرَبَ رَجُلًا بَعْضًا فَذَهَبَ سَمْعُهُ وَ بَصَرُهُ وَ لِسَانُهُ وَ عَقْلُهُ وَ فَرَجُهُ وَ انْقَطَعَ جَمَاعُهُ وَ هُوَ حَيٌّ بِسَيِّئِ دِيَارٍ. (حر عاملی، ۱۴۱۴: ۲۶۵/۲۹؛ نوری، ۱۴۰۸: ۳۹۴/۱۸)

روایت دوم- روایت حسنه یا مانند صحیحی (مجلسی، ۱۴۰۶: ۳۸۲/۱۰) حفص بن بختری؛ که می‌گوید: از امام صادق (علیه السلام) درباره شخصی پرسیدم که ضربه‌ای بر سر دیگری زده است و به دنبال آن گوش و چشم او از بین رفته، زبانش هم به لکنت افتاده و سپس مرده است. حضرت در جواب فرمودند؛ اگر با ضربات متعدد و متوالی صورت گرفته است، اول قصاص عضو و سپس کشته می‌شود ولی اگر همه‌ی این حوادث در نتیجه‌ی یک ضربه واقع شده است، اعدام می‌گردد و برای او رأی به قصاص عضو صادر نمی‌شود. (مجلسی، ۱۴۰۶: ۵۴۳/۱۶؛ همو، ۱۴۰۴: ۱۱۳/۲۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۶۲/۴۲؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۵۳/۱۰)

وضوح متن این روایت، جایی برای اجتهاد باقی نمی‌گذارد، مگر نسبت به تعارض آن با روایات مورد استناد گروه دوم و صحیحی ابراهیم بن عمر، که مانند روایت قبل مرتفع می‌شود. البته ممکن است گفته شود که این روایت ظاهراً مربوط به مسأله‌ی قتل در نتیجه‌ی سرایت است و ارتباطی با دو صورت محل بحث ندارد؛ چون سؤال کننده گفته است «ثمّ مات» و ظاهر این عبارت نشان می‌دهد که مرگ در نتیجه‌ی ضربه‌ی دیگری نبوده و سرایت ضربات قبلی به جان، باعث مرگ شده است. (نجفی، ۱۴۰۴: ۶۲/۴۲) اما این برداشت درست نیست؛ زیرا جواب امام عمومیت دارد (همان) و به گونه‌ای است که اختصاص از آن برداشت نمی‌شود و مورد هم نمی‌تواند مخصّص باشد. ب) آیات: ابن ادريس و دیگران برای اثبات مطلق عدم تداخل اقامه کرده اند؛ زیرا مطابق مفاد آنها، به همان مقدار که تعدی صورت گرفته است، باید پاسخ داده شود. بنابراین اگر یک ضربه وارد شده است، تنها یک قصاص (قصاص نفس) انجام می‌شود، ولی اگر ضربات و جنایات، متعدد باشند، باید پاسخ متقابل و مقتضی داده شود و علاوه بر قصاص نفس و قبل از آن، باید قصاص عضو نیز صورت گیرد. (حائری طباطبائی، ۱۴۱۸: ۱۹۴/۱۶)

ج) استصحاب: (همان) اما باید توجه داشت که استصحاب در این جا تنها عدم تداخل در ضربات متعدد را ثابت می‌کند، و در محل بحث و خصوص تداخل در تعدد جنایات با یک ضربه کارآمد نیست؛ چون یقین سابق به تعدد مجازات‌ها محرز نیست؛ زیرا وقتی تنها یک ضربه وارد می‌شود ولی چند جنایت روی می‌دهد، استحقاق و لزوم چند مجازات، یقینی نیست تا بعد از اجرای قصاص عضو و تردید در جواز قصاص نفس، استصحاب شود.

۴. توقف؛ در کتاب مختلف، باتوجه به آن که ایرادی بر عقیده‌ی ابن ادريس وارد نشده است، نویسندگان در این مسأله خود را از متوقفین دانسته، و به‌طور قطعی به هیچ‌کدام از سه قول بالا گرایش پیدا نکرده است. (علّامه حلّی، ۱۴۱۳: ب: ۴۰۱/۹) در مختصر (محقق حلّی، ۱۴۱۸: ۲۹۳/۲) نیز تنها به ذکر اقوال بسنده شده است، به گونه‌ای که از آن توقف بر می‌آید، بر همین اساس در جواهر این عقیده به محقق حلّی نسبت داده شده است. (نجفی، ۱۴۰۴: ۶۴/۴۲) ظاهراً این نظریه به

آن خاطر بیان شده است که از یک طرف، روایات مورد استناد اطراف مختلف، متعادل و خالی از وجوه ترجیح‌اند. و از طرف دیگر دلائل ابن ادریس و هم‌فکرانش هم قاطع نیستند و در اندازه‌ی احتمال، ارزش دارند.

اما این عقیده، دست‌کم با مبانی اصولی جناب علامه هم‌خوانی ندارد؛ چون ایشان ضمن مخالفت با نظریه‌ی توقف در مسأله‌ی تعارض اذله (علامه حلی، ۱۴۰۴: ۲۳۱) تصریح کرده‌اند که در موارد تعادل روایات، باید به دلیل راجحی، که یکی از وجوه متعدد، مختلف و فراوان ترجیح را دارا است و خود ایشان در برخی کتب‌شان بیش از دیگران و مفصل به آن پرداخته‌اند، (همو، ۱۴۲۵: ۵۰۸/۵-۲۸۵) عمل کرد.

نتیجه‌گیری و پیشنهاد

۱. اطلاق ماده ۲۹۶ فعلی دقیق نیست و باید با اضافه کردن تبصره‌ای ذیل آن، به شرح زیر اصلاح و بازنویسی شود:

۲. «اگر کسی، عمداً جنایتی را بر عضو فردی وارد سازد و وی به سبب سرایت جنایت فوت کند، چنانچه جنایت واقع شده مشمول تعریف جنایات عمدی باشد، قتل عمدی محسوب می‌شود، در غیر این صورت، قتل شبه‌عمدی است و مرتکب علاوه بر قصاص عضو، به پرداخت دیه نفس نیز محکوم می‌شود.

تبصره: اگر کسی انگشتان فرد دیگری را قطع کند و او در نتیجه‌ی سرایت، فوت کند، چنانچه ابزار قطع و رفتار مرتکب غالباً چنین نتیجه‌ای را در پی داشته باشد، و جانی نیز از این فرایند آگاه باشد، قصاص نفس برای ضارب لازم می‌شود، و گرنه به قصاص عضو و دیه‌ی کامل نفس محکوم می‌گردد.»

۳. در خصوص مواد ۲۹۸ و ۲۹۹ نیز گفتنی است؛ مضاف بر این‌که دلائل استنادی نظریه‌ی عدم تداخل مطلق در قتل ناشی از جنایات‌های متعدد و تعدد مادی در جنایات عمدی از استحکام لازم برخوردارند، حکم مزبور موافق اصل عدم تداخل اسباب نیز هست. بنابراین از این جهت مشکلی نیست. تنها اطلاق این عقیده قابل تأمل است؛ زیرا عرف، وحدت ضربه را یک سبب و تعدد ضربات را اسباب مختلف به‌شمار می‌آورد و اعتقاد به عدم تداخل در آن‌جا که یک ضربه چند جنایت از خود بر جای گذاشته است، با برداشت عرف و نیز لسان ارشادی روایات محمد بن قیس و حفص بن بختری منافات داشته و قابل قبول نیست. گفتنی است که این روایات توان تقیید اطلاق آیات مورد استناد گروه اول را دارند و لذا لازم نیست به دلیل تعارض با آیات، از درجه‌ی اعتبار ساقط شوند؛ (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۲۴/۲۷) چون مراد از روایات عدم اعتماد به احادیث معارض با قرآن، تعارض

کلی است نه جزئی. با این بیان، نظریه‌ی سوم نیز مخالف با اصل بالا نیست؛ چون در تعدد اسباب عرفی، تداخل صورت نمی‌گیرد، و آلا اگر یک ضربه وارد آید هر چند جنایات مختلفی به‌بار آورد، عرف آن را یک سبب و یک مسبب محسوب کرده و نظریه‌ی تداخل را در این جا بی‌معنی می‌داند. شایان ذکر است که در این جا تداخل مسببات هم رخ نمی‌دهد؛ چون تداخل مسببات، فرع تداخل اسباب است که در فرض مسأله واقع نشده است. و در تعدد ضربات هم که اسباب متعدّداند، چند قصاص برای مرتکب پیش‌بینی شده است. در این جا فقط تفصیل ذیل ماده‌ی ۲۹۹ باقی می‌ماند، که قابل تأمل است. توضیح مطلب آن که در روایت بالا (روایات محمد بن قیس و حفص بن بختری) که عرف و عقل نیز آن را تائید می‌کند و بر همین اساس، لسان آن‌ها ارشادی تلقی شد، مطلق تعدد ضربات را موجهی برای تعدد قصاص دانستند و قید دیگری در موضوع وارد نکردند. اما در ماده‌ی بالا مقرر داشته است «لکن اگر قتل به وسیله مجموع جنایات پدید آید، در صورتی که ضربات به صورت متوالی وارد شده باشد در حکم یک ضربه است. در غیر این صورت به قصاص یا دیه عضوی که جنایت بر آن، متصل به فوت نبوده است نیز محکوم می‌گردد.» که در متون فقهی نیامده است، مگر عده‌ی اندکی که بر این موضوع مهر تأیید زده، و دلیل آن را نیز ظاهر دانسته‌اند. (موسوی خوئی، ۱۴۲۲: ۲۵/۲) ممکن است عرف و قاعده‌ی تفسیر به نفع متهم، بهانه‌ی این قید محسوب شوند و ادعا گردد که در چنین مواردی به حکم عرف و کم کردن مجازات متهم، ضربات متعدّد، در حکم یک ضربه و یک سبب به‌شمار می‌آیند. ولی معلوم است که هم عرف و هم قاعده‌ی تفسیر به نفع متهم، تنها در جایی اعتبار دارند که دلیل شرعی بر خلاف آن‌ها به‌دست نیامده باشد. بنابراین، به نظر می‌رسد که قانونگذار در کنار حفظ کامل ماده ۲۹۸ تنها باید به صدر ماده‌ی ۲۹۹ اکتفاء کرده و ذیل آن را حذف کند. بنابراین پیشنهاد می‌شود؛ متون زیر جای‌گزین مواد بالا شوند:

ماده‌ی ۲۹۸: «اگر کسی با یک ضربه عمدی، موجب جنایات متعدّد بر اعضای مجنی‌علیه شود، چنانچه همه آنها به‌طور مشترک موجب قتل او شود و قتل نیز مشمول تعریف جنایات عمدی باشد فقط به قصاص نفس محکوم می‌شود و آلا حسب مورد به قصاص عضو نیز محکوم می‌گردد.»

ماده ۲۹۹ - «اگر کسی با ضربه‌های متعدّد عمدی، موجب جنایات متعدّد و قتل مجنی‌علیه شده و قتل نیز مشمول تعریف جنایات عمدی باشد، چنانچه برخی از جنایات موجب قتل شود و برخی در وقوع قتل نقشی نداشته باشند، مرتکب علاوه بر قصاص نفس، حسب مورد، به قصاص عضو یا دیه جنایتهایی که تأثیری در قتل نداشته است، محکوم می‌شود.

تبصره- احکام مقرر در مواد (۲۹۶)، (۲۹۷)، (۲۹۸) و (۲۹۹) در مواردی که جنایت یا جنایات ارتكابی به قسمت بیشتری از همان عضو یا اعضای دیگر مجنی‌علیه سرایت کند نیز جاری است.»



منابع

- ابن أبی جمهور أخصائی، محمد بن زین الدین (۵۱۴۰۵ق.ق.)، **عوالی اللئالی العزیزیه فی الأحادیث الدینیّه**، جلد سوم، چاپ اول، قم: دار سیّد الشهداء.
- ابن بابویه (شیخ صدوق)، محمد بن علی (۵۱۴۱۳ق.ق.)، **من لایحضره الفقیه**، جلد چهارم، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن بابویه (شیخ صدوق)، محمد بن علی (۵۱۴۰۹ق.ق.)، **من لایحضره الفقیه (ترجمه)**، مترجم علی اکبر غفاری، محمدجواد و صدر بلاغی، جلد ششم، چاپ اول، تهران: نشر صدوق.
- ابن شهر آشوب مازندرانی، محمد بن علی (۱۳۷۹)، **مناقب آل أبی طالب علیهم السلام**، جلد سوم، چاپ اول، قم: علامه.
- ابن قدامه، عبدالله بن أحمد (بی تا)، **المغنی**، جلد نهم، بیروت: دار الکتب العربی.
- ابن قدامه مقدّسی، عبدالرحمن بن أبی عمر (بی تا)، **الشرح الكبير علی متن المقنع**، جلد نهم، بیروت: دار الکتب العربی.
- اردبیلی (مقدّس)، احمد بن محمّد (۵۱۴۰۳ق.ق.)، **مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان**، جلد سیزدهم، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- اسدی حلی، جمال الدین احمد بن محمد (۵۱۴۰۷ق.ق.)، **المهذب البارع فی شرح المختصر النافع**، جلد پنجم، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- اسدی حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۵۱۴۱۰ق.ق.)، **ارشاد الأذهان إلی أحكام الإیمان**، جلد دوم، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- اسدی حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۵۱۴۱۱ق.ق.الف)، **إيضاح الاشتباه**، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- اسدی حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۵۱۴۱۱ق.ق.ب)، **تبصره المتعلمین فی أحكام الدین**، چاپ اول، تهران: مؤسسه ی چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- اسدی حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۵۱۴۲۰ق.ق.)، **تحریر الأحكام الشرعیّه علی مذهب الإمامیّه**، جلد پنجم، چاپ اول، قم: مؤسسه ی امام صادق علیه السلام.
- اسدی حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۵۱۴۲۱ق.ق.)، **تلخیص المرام فی معرفه الأحكام**، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- اسدی حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۵۱۴۱۳ق.ق.الف)، **قواعد الأحكام فی معرفه الحلال و الحرام**، جلد سوم، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- اسدی حلی (علّامه)، حسن بن یوسف (۱۴۰۴ ه.ق.)، **مبادئ الوصول إلى علم الأصول**، چاپ اول، قم: المطبعة العلمیه.
- اسدی حلی (علّامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ ه.ق.ب.)، **مختلف الشیعه فی أحكام الشریعه**، جلد نهم، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- اسدی حلی (علّامه)، حسن بن یوسف (۱۴۲۵ ه.ق.)، **نهایه الوصول الی علم الأصول**، جلد پنجم، چاپ اول، قم: مؤسسه الامام الصادق (علیه السلام).
- اشتہاردی، علی پناه (بی تا)، **تقریرات فی اصول الفقہ**، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- اشتہاردی، علی پناه (۱۴۱۶ ه.ق.)، **مجموعه فتاوی ابن جنید**، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- اصفہانی (فاضل ہندی)، محمد بن حسن (۱۴۱۶ ه.ق.)، **کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام**، جلد یازدهم، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمد امین (۱۳۸۳)، **مطرح الأنظار**، جلد دوم، چاپ دوم، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- آقائی نیا، حسین (۱۳۹۴)، **حقوق کیفری اخصاصی جرائم علیہ اشخاص (جنایات)**، چاپ چهاردهم، تهران، نشر میزان.
- بروجردی، آقا حسین (۱۳۸۶)، **جامع أحادیث الشیعه**، جلد سی و یکم، چاپ اول، تهران: انتشارات فرهنگ سبز.
- بحر العلوم بروجردی، سید مهدی (۱۴۰۵ ه.ق.)، **الفوائد الرجالیہ**، جلد چهارم، چاپ اول، تهران: مکتبه الصادق.
- بنی فضل، مرتضی بن سیف علی (۱۴۲۲ ه.ق.)، **مدارک تحریر الوسیله (الصوم)**، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
- تبریزی، جواد بن علی (۱۴۲۶ ه.ق.)، **تنقیح مبانی الأحکام - کتاب القصاص**، چاپ دوم، قم: دار الصدیقه الشہیده سلام الله علیہا.
- حائری طباطبائی، سید علی (۱۴۱۸ ه.ق.)، **ریاض المسائل**، جلد شانزدهم، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- حائری طباطبائی، سید علی (۱۴۰۹ ه.ق.)، **الشرح الصغیر فی شرح مختصر النافع** (حدیقه المؤمنین)، جلد سوم، چاپ اول، قم: انتشارات کتابخانہ آیہ الله مرعشی نجفی قدس سره.

- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق.)، **تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه**، جلد بیست و هفتم و بیست و نهم، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۴ق.)، **هدایه الأئمّه**، جلد هشتم، چاپ اول، مشهد: آستانه الرضویه المقدسه.
- حسینی حلبی (ابن زهره) حمزه بن علی (۱۴۱۷ق.)، **غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع**، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- حسینی روحانی قمی، سید صادق (۱۴۱۲ق.)، **فقه الصادق علیه السلام**، جلد بیست و ششم، چاپ اول، قم: دار الکتب- مدرسه امام صادق علیه السلام.
- حسینی عاملی، سید جواد (بی تا)، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه**، جلد دهم، چاپ اول، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق.)، **شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، جلد چهارم، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۱۸ق.)، **المختصر النافع فی فقه الإمامیه**، جلد دوم، چاپ ششم، قم: مؤسسه المطبوعات الدینیّه.
- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۱۲ق.)، **نکت النهایه- النهایه و نکتها**، جلد سوم، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلی (ابن ادريس)، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق.)، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، جلد اول و سوم، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلی، یحیی بن سعید (۱۴۰۵ق.)، **الجامع للشرائع**، چاپ اول، قم: مؤسسه علمی سید الشهداء.
- حمیری، عبد الله بن جعفر (۱۴۱۳ق.)، **قرب الإسناد، النص**، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- خراسانی (آخوند)، محمد کاظم (۱۴۰۹ق.)، **کفایه الأصول**، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- خواجهنوی مازندرانی (خاتون آبادی)، (محمد) اسماعیل (۱۴۱۳ق.)، **الفوائد الرجالیه**، چاپ اول، مشهد: مجمع البحوث الاسلامیّه.
- خوانساری (محقق)، سید احمد (۱۴۰۵ق.)، **جامع المدارک فی شرح مختصر النافع**، جلد هفتم، چاپ اول، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

- خوانساری، آقا حسین (بی تا)، مشارق الشمس فی شرح الدروس، چاپ اول، بیروت: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث.
- زراعت، عباس (۱۳۹۴)، شرح مختصر قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، جلد اول، چاپ چارم، تهران: انتشارات ققنوس.
- سبحانی، جعفر (۱۴۲۴.ق.)، إرشاد العقول الی مباحث الأصول، جلد دوم، چاپ اول، قم: مؤسسه‌ی امام صادق علیه السلام.
- سبحانی، جعفر (بی تا)، موسوعه طبقات الفقهاء، جلد دوم، چاپ اول، قم: مؤسسه‌ی امام صادق علیه السلام.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳.ق.)، مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام، جلد بیست و هشتم، چاپ چهارم، قم: مؤسسه‌ی المنار.
- سیوری حلی، مقداق بن عبد الله (۱۴۰۴.ق.)، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، جلد چهارم، چاپ اول، قم: انتشارات کتابخانه‌ی آیه الله مرعشی نجفی (ره).
- شافعی، محمد ابن إدريس (۱۴۰۳.ق.)، الأم، جلد ششم، چاپ دوم، بیروت: دار الفکر.
- صیمری، مفلح بن حسن (حسین) (۱۴۲۰.ق.)، غایه المرام فی شرح شرائع الإسلام، جلد چهارم، چاپ اول، بیروت: دار الیهادی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷.ق.)، تهذیب الأحكام فی شرح المقنعه للشیخ المفید، جلد دهم، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامیه.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۲۷.ق.)، رجال الشیخ الطوسی، چاپ سوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۲۰.ق.)، کتاب الخلاف، جلد پنجم، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷.ق.)، المبسوط فی فقه الإمامیه، جلد هفتم، چاپ سوم، تهران: المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰.ق.)، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، چاپ دوم، بیروت: دار الکتب العربی.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۰.ق.)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، جلد دهم، چاپ اول، قم: کتابفروشی داوری.

- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ ه.ق.)، **مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام**، ج ۱۵، چاپ اول، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- عوده، عبدالقادر (بی تا)، **التشريع الجنائي الاسلامی مقارنا بالقانون الوضعی**، جلد دوم، بیروت: دار الکاتب العربی.
- فرح زادی، علی اکبر و دیگران (۱۳۹۵)، «تداخل اسباب دیه در فقه امامیه»، **مطالعات فقه و حقوق اسلامی**، شماره ۱۴، تابستان، ص ۱۹۵-۲۱۴.
- طهرانی، شیخ آقابرگ (بی تا)، **الذریعه الی تصانیف الشیعه**، جلد دوم، چاپ اول، بیروت: دار الأضواء.
- کاسانی حنفی، ابوبکر بن مسعود (۱۴۰۹ ه.ق.)، **بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع**، جلد هفتم، چاپ اول، پاکستان: المكتبة الحبیئیه.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ ه.ق.)، **الکافی**، جلد هفتم، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامیه.
- مجلسی، محمدباقر (۱۴۱۴ ه.ق.)، **مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول**، جلد بیست و چهارم، چاپ دوم، تهران: دار الکتب الإسلامیه.
- مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۶ ه.ق.)، **ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار**، قم، جلد شانزدهم، چاپ اول، قم: کتابخانهی آیه الله العظمی مرعشی نجفی.
- مجلسی، محمدتقی (۱۴۰۶ ه.ق.)، **روضه المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه**، جلد دهم، چاپ دوم، قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانیور.
- مُزنی، أبو ابراهیم إسماعیل بن یحیی (بی تا)، **مختصر المزنی**، بیروت: دار المعرفه.
- مشکینی اردبیلی، علی (۱۳۷۴)، **اصطلاحات الأصول و معظم أبحاثها**، چاپ ششم، قم: الهادی.
- مظفر، محمدرضا (۱۴۳۰ ه.ق.)، **اصول الفقه**، جلد اول، چاپ پنجم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸ ه.ق.)، **أنوار الأصول**، جلد دوم، چاپ دوم، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).
- منسوب به امام رضا، علی بن موسی (علیهما السلام)، (۱۴۰۶ ه.ق.)، **الفقه - فقه الرضا**، چاپ اول، مشهد، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- موسوی خمینی، سید روح الله (۱۳۹۰ ه.ق.)، **تحریر الوسیله**، جلد دوم، چاپ دوم، نجف اشرف: مطبعه الأداب.

- موسوی خمینی، سید مصطفی (۱۴۱۸ ه.ق.)، **تحریرات فی الأصول**، جلد پنجم، چاپ اول، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- موسوی خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲ ه.ق.)، **مبانی تکمله المنهاج**، جلد دوم، چاپ اول، قم: مؤسسه إحياء آثار الامام الخوئی.
- نجاشی، احمد بن علی (۱۴۰۷ ه.ق.)، **رجال النجاشی**، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- نجفی (صاحب جواهر) محمدحسن (۱۴۰۴ ه.ق.)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**، جلد چهل و دوم و چهل و سوم، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- نراقی، محمد بن احمد (۱۴۱۵ ه.ق.)، **مستند الشیعه فی أحكام الشریعه**، جلد دوم، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- نراقی، محمد بن احمد (۱۴۲۲ ه.ق.)، **مشارك الأحكام**، چاپ دوم، قم: کنگره بزرگداشت ملامهدی نراقی و ملا احمد نراقی.
- نوری (محدث)، میرزا حسین (۱۴۱۷ ه.ق.)، **خاتمه المستدرک**، جلد اول، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- نوری (محدث)، میرزا حسین (۱۴۰۸ ه.ق.)، **مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل**، جلد هیجدهم، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- ولیدی، محمد صالح (۱۳۹۳)، **شرح بایسته‌های قانون مجازات اسلامی در مقایسه و تطبیق با قانون سابق**، چاپ سوم، تهران: انتشارات جنگل.
- یوسفی آبی (فاضل)، حسن بن ابی طالب (۱۴۱۷ ه.ق.)، **کشف الرموز فی شرح مختصر النافع**، جلد دوم، چاپ سوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.



نشریه حقوق کیفری

سال هشتم، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۶

شماره پیاپی ۱۶



بایسته‌های جرم‌انگاری برای حمایت از کودکان خیابانی

دکتر رحیم نوبهار^۱

فاطمه صفاری^۲

تاریخ پذیرش: ۹۶/۱۰/۱۸

تاریخ دریافت: ۹۵/۵/۲۳

چکیده

وضعیت خاص کودکان خیابانی سبب شده تا آنان هم در جامعه و هم در محیط خانوادگی، در معرض انواع سوءاستفاده و آسیب‌ها قرار بگیرند و به انبوهی از حمایت‌ها از جمله حمایت قانونی نیازمند باشند. تنها یکی از جلوه‌های حمایت از این بزه‌دیدگان، جرم‌انگاری است. اما کاربست ابزار جرم‌انگاری زمانی سودمند است که معیارها و موازین جرم‌انگاری به دقت رعایت شود. این مقاله ضمن حمایت اجمالی از جرم‌انگاری برخی از رفتارهای زیان‌بار به کودکان خیابانی، به ارائه‌ی راهبردهایی پرداخته است که کاربست آن‌ها می‌تواند به یک جرم‌انگاری مؤثر به نفع کودکان خیابانی بینجامد. ضرورت گذراندن رفتار علیه کودکان خیابانی از صافی مصالح بزه‌دیده، عمومی قلمداد کردن جرایم علیه کودکان خیابانی، به کارگیری عناوین موسع مجرمانه به گونه‌ای که مصالح کودکان را به خوبی تأمین نماید از اهم این راهبردهاست.

واژگان کلیدی: کودکان خیابانی، جرم‌انگاری، مصالح کودکان خیابانی، بزه‌دیدگی، حمایت کیفری

✉ r-nobahar@sbu.ac.ir

۱. دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

۲. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی

مقدمه

یونیسف، کودکان خیابانی را به دو دسته تقسیم کرده است: نخست: کودکانی که در پی درآمد برای خانواده، در خیابان کار می‌کنند. میزان ارتباط این کودکان با خانواده متفاوت است. این ارتباط ممکن است روزانه یا تنها چندبار در سال باشد؛ اما به هر حال احساس وابستگی به خانواده در این کودکان وجود دارد. دوم: کودکانی که برای آن‌ها خیابان همچون خانه است؛ آن‌ها در خیابان در پی سرپناه و خوراک هستند و مردم کوچه و خیابان برای آن‌ها جای خانواده را می‌گیرند. این کودکان یا سرپرستی ندارند، یا در صورت داشتن خانواده به علت‌های گوناگون، زندگی در خیابان را امن‌تر از زندگی در خانه می‌یابند.^۱ بنا بر آمار یونیسف، حدود ۱۵۰ میلیون کودک زیر ۱۴ سال، برای گذران زندگی خود، در شرایط پرخطر کار می‌کنند (A Fair Chance for Every Child, 2016: 66). کودکان رهاشده و کودکان فراری نیز گاه به‌عنوان گروهی جداگانه مطرح می‌شوند؛ اما چون در بسیاری از موارد راه بازگشتی ندارند و در مدتی کوتاه به کودکان خیابانی تبدیل می‌شوند، در برخی دسته‌بندی‌ها در گروه کودکان خیابانی جا داده می‌شوند (اقلیما، ۱۳۸۶: ۱۴۳).

جدا از ضرورت و اهمیت پیشگیری، ارائه مجموعه‌ای از حمایت‌ها از جمله حمایت‌های عاطفی، مالی، روانی، اجتماعی و قانونی از این کودکان ضروری است. با این حال نباید درباره‌ی نقش و کارایی حمایت‌های قانونی مبالغه کرد و سهم حمایت‌های اجتماعی را نادیده انگاشت. بخشی از حمایت‌های قانونی از کودکان در چهره‌ی حمایت کیفری پدیدار می‌شود. اما ظرفیت حقوق کیفری برای رویارویی با ناهنجاری‌های اجتماعی از جمله پدیدی کودکان خیابانی محدود است. جرم-انگاری در هر حال آخرین چاره است و باید کاملاً دقیق و حساب شده از آن بهره گرفت.

این مقاله جدا از حمایت‌هایی که به قلمرو قانون مربوط نمی‌شود و نیز جدا از دیگر شیوه‌های حمایت‌های قانونی، به بایسته‌های حمایت کیفری از کودکان خیابانی می‌پردازد. در حوزه جرم-انگاری نیز می‌توان از جرم‌انگاری‌هایی بحث کرد که در نهایت به زیان کودکان خیابانی بینجامد؛ برای نمونه ممکن است رفتارهایی جرم‌انگاری شوند که سبب شود انگ مجرمانه به کودک خیابانی زده شود و او برای همه عمر با این مشکل دست به گریبان باشد. جرم‌انگاری رفتارهایی مانند ولگردی کودکان، گدایی و خوابیدن در خیابان (برای مطالعه بیشتر ر.ک. Aufseeser, 2014: 871-878) یا مجرم قلمداد کردن کودکی که قربانی جرم قاچاق شده، نمونه‌ی این دست رفتارهاست. پرداختن به این بحث به رغم اهمیت و ظرافت خاص خود موضوع اصلی این پژوهش

۱. کودکان خیابانی، کودکانی هستند که تمام روز را در خیابان می‌گذرانند. برخی از آن‌ها شب‌ها را نیز در خیابان سپری می‌کنند اما گروهی اقامتگاه دارند و سایرین نیز به منزل قوم و خویش یا کارفرما یا دوستان خود رفت و آمد می‌کنند (Scanlon, Tom; Scanlon, Francesca & Lamarao, 1993: 16).

نیست. به همین ترتیب می‌توان از اهمیت انگاره‌های از جرم‌انگاری سخن گفت که حمایت کیفری دنباله‌دار نامیده می‌شود. در این مدل در کنار پیش‌بینی ضمانت‌اجراهای کیفری، دیگر ضمانت-اجراها مانند ضمانت‌اجراهای مدنی و تأمینی همچون سلب حق ولایت، قیمومت و حضانت نیز مورد توجه قرار می‌گیرد. زیرا اعتقاد بر این است که تکیه بر ضمانت اجرای کیفری صرف به‌ویژه زمانی که یکی از والدین نسبت به کودکان مرتکب جرم می‌شوند آنان را در معرض آسیب‌های بیشتری قرار می‌دهد (زینالی، ۱۳۹۴: ۱۲۵).

به هر رو این مقاله جدا از این گونه حمایت‌ها تأکید اصلی را بر جرم‌انگاری رفتارهای زیان‌باری قرار داده است که دیگران می‌توانند علیه کودکان خیابانی مرتکب شوند. معمولاً اهم جرایم علیه کودکان خیابانی عبارتند از: سوء استفاده‌ی جنسی از کودکان خیابانی، قاچاق آن‌ها و تهدید کودکان به ایراد صدمه و آسیب در صورت اقدام به شکایت از رفتارهای مجرمانه علیه کودکان. گونه‌هایی از بدسرپرستی هم با شرایطی می‌تواند جرم قلمداد شود. این مقاله به تبیین راهبردهایی می‌پردازد که در پرتو آن‌ها می‌توان به یک جرم‌انگاری کارآمد برای حمایت از کودکان خیابانی دست یافت. مقاله هم‌زمان به مقررات رایج در جمهوری اسلامی ایران در زمینه‌ی حمایت از کودکان هم پرداخته است. با آن که برخی از دیدگاه‌های حمایتی ممکن است به کودکان خیابانی اختصاص نداشته باشد، مقاله تأکید را بر کودکان خیابانی نهاده است.

۱. ضرورت گذر جرم‌انگاری از صافی مصالح کودکان خیابانی

اصولاً جرایم، مخل نظم عمومی‌اند و جرم‌انگاری با هدف تأمین مصالح عمومی و دفاع از نظم صورت می‌گیرد. با این حال در بسیاری از حوزه‌ها از جمله در قلمرو جرایم علیه کودکان بیشتر این رفتارها بیش و پیش از هر چیز به منافع و مصالح شخصی این کودکان آسیب می‌رساند؛ این امر ضرورت گذر جرم‌انگاری از صافی مصالح کودکان را ایجاب می‌نماید.

همچنان که گذشت از جمله خطراتی که کودکان خیابانی با آن مواجهند، سوء استفاده‌ی جنسی است. حتی در کشورهای توسعه‌یافته، حدوداً از هر ۱۶ دختر زیر ۱۵ سال، یک نفر توسط بزرگسالان مورد سوء استفاده جنسی قرار می‌گیرد (Building the Future Children and the Sustainable Development Goals in Rich Countries, 2017: 31). همچنین باتوجه به این که کودکان خیابانی کودکان خیابانی با چالش فقر مواجهند و به دنبال کسب درآمد هستند (Vameghi, Rafiey, Sajjadi & Rashidian, 2014: 521) طعمه‌های خوبی برای قاچاقچیان هستند. باتوجه به این که هم ظهور گردشگری جنسی و هم گسترش قاچاق انسان در سطح جهانی و منطقه‌ای به صورت سازمان‌یافته است، برخی معتقدند مبارزه با فحشا، چه در کشور مبدأ و چه در

کشور مقصد، بر میزان ارتکاب قاچاق انسان تأثیر مثبتی دارد. (Akee, Bedi, Basu & Chau, 2011: 28-29).

برابر اصول و قواعد جرم‌انگاری، مجرمانه قلمداد کردن این رفتار از مسلمات آموزه‌های جزایی است. تفاوتی نمی‌کند که در این باره به اصل ضرر استناد شود یا اخلاق‌گرایی قانونی. این کار هم به شدت زیان‌بار است و هم غیراخلاقی. از این رو، پروتکل اختیاری حقوق کودک در مورد فروش کودکان، روسپی‌گری و هرزه‌نگاری کودک مصوب ۲۰۰۰ میلادی، هر گونه بهره‌برداری جنسی از کودکان را ممنوع کرده، همچنین پروتکل پالرمو مصوب ۲۰۰۰ میلادی، دولت‌ها را به جرم‌انگاری قاچاق انسان ملزم می‌کند.

قانون حمایت از کودکان و نوجوانان ۱۳۸۱ بدون ارائه‌ی تعریفی از کودک‌آزاری، هرگونه آزار و اذیت کودکان که موجب ایراد صدمه‌ی جسمانی یا روانی و اخلاقی به کودک شود و سلامت جسمانی یا روانی وی را به خطر اندازد، جرم‌انگاری کرده است. لایحه‌ی حمایت از کودکان و نوجوانان که با هدف اصلاح نواقص قانون حمایت از کودک سال ۱۳۸۱ تنظیم شده است^۱، ضمن تعریف مفهیمی چون بی‌توجهی و سهل‌انگاری، سوء رفتار، بهره‌کشی، خرید و فروش، وضعیت مخاطره‌آمیز، هرزه‌نگاری، در مواد ۱۳ تا ۱۹ هر گونه خرید و فروش، قاچاق یا انتقال اعضا و جوارح کودک و نوجوان و یا بهره‌کشی از آن‌ها و یا اجیر کردن آنان برای فحشا را جرم‌انگاری نموده است. تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۳ قانون مبارزه با قاچاق انسان مصوب ۱۳۸۳ برای حمایت از افراد زیر ۱۸ سال، حداکثر کیفر را برای قاچاق‌چینی که قربانیان آنان کمتر از ۱۸ سال دارند در نظر گرفته است. با آن‌که گام‌های مؤثری برای مبارزه با قاچاق برداشته شده، متأسفانه در مجموعه‌ی قوانین و مقررات کشور ما، قانونی که چنین قربانیانی را صراحتاً به چشم بزه‌دیده بنگرد وجود ندارد (نوبهار، ۱۳۸۵: ۲۱۴) سکوت قوانین در این باره می‌تواند در عمل، برای همه قربانیان قاچاق زیان‌بار باشد.

باوجود لزوم وضع قوانین جرم‌انگار علیه کلیه اشکال بهره‌کشی جنسی از کودکان، در برخی از کشورها، در این باره خلاء قانونی وجود دارد. برای نمونه، کشورهایی که دچار ضعف اقتصادی هستند و خودفروشی کودکان نیز در آنجا رواج دارد، از توریسم جنسی به‌عنوان یکی از راه‌های توسعه‌ی اقتصادی استفاده می‌کنند؛ در نتیجه انگیزه‌ی بسیار کمی برای مقابله با بهره‌کشی جنسی از کودکان وجود دارد. این وضعیت سبب می‌شود که افراد متمایل به برقراری رابطه‌ی جنسی با کودکان بتوانند با سفر به چنین کشورهایی، بی‌آن‌که نگران تعقیب و پیگرد کیفری باشند، به

۱. این لایحه در دولت دهم در تاریخ ۱۳۹۰/۰۸/۲۸ ضمن نامه‌ی شماره‌ی ۱۶۹۶۳۸/۴۳۲۸۵ به مجلس شورای اسلامی تقدیم شده است. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی در یک جمع‌بندی کلی آن را غیر ضرور و ناموفق ارزیابی کرده است.

بهره‌برداری جنسی از کودکان بپردازند. در چنین شرایطی و با توجه به این که سوءاستفاده جنسی از کودکان به شدت قبیح است، نیاز مبرم به قانون‌گذاری فراملی حس می‌شود تا کشورهای فرستنده-توریست جنسی بتوانند با استفاده از آن، اتباع خود را تعقیب کنند. برای این منظور، برخی از کشورهای مبدأ به جرم‌انگاری این رفتار و ایجاد صلاحیت شخصی توسعه‌یافته مبادرت نموده‌اند (نجفی ابراندآبادی، خالقی و زینالی، ۱۳۸۸: ۱۰۳-۱۰۴).

خطر دیگری که کودکان خیابانی در معرض آن قرار دارند، تهدید شدن آنان در صورت اقدام به شکایت از رفتارهای مجرمانه علیه آنان است. از این رو برای حمایت از کودکان بزه‌دیده، تهدید آنان به انواع خشونت‌ها در صورت اقدام به شکایت یا مراجعه به دستگاه قضایی یا پس گرفتن شکایت، شایسته‌ی جرم‌انگاری است (زینالی و مقدسی، ۱۳۹۱: ۲۴۱). هرگاه بپذیریم که رفتارهای پیش‌گفته یا موارد مشابه با آن، چندان مضرند که باید جرم‌انگاری شوند با توجه به ضعف طفل و ناتوانی و تهدیدپذیری وی، تهدید او به ترک شکایت نیز باید جرم تلقی شود تا جرم‌انگاری لغو و بی‌فایده نباشد.

با این حال، در قوانین و مقررات ایران، تهدید کودکان به انواع خشونت‌ها در صورت اقدام به شکایت جرم‌انگاری نشده است. اما به موجب ماده ۴۱ لایحه حمایت از کودکان و نوجوانان، مرجع قضایی مکلف شده است تا به منظور جلوگیری از اعمال تهدید، انتقام‌جویی و یا ورود آسیب جسمی یا روانی به کودک و نوجوان بزه‌دیده، تدابیر و اقدامات مقتضی از قبیل فراهم آوردن امکان مشارکت آنان بدون حضور فیزیکی در جریان رسیدگی، صدور دستور انتقال طفل به محل مطمئن و امن و یا تشدید قرار تأمین متهم را اتخاذ کند.

با آن که در بسیاری موارد برای حمایت از کودکان خیابانی باید از ابزار جرم‌انگاری بهره برد، تنها راه حمایت از این کودکان جرم‌انگاری کلیه‌ی اعمال زیان‌بار به آن‌ها نیست. به طور معمول، هرگاه در خصوص حمایت از بزه‌دیدگی کودکان سخن به میان می‌آید، بلافاصله حمایت کیفری از آنان در ذهن‌ها تداعی می‌شود. حال آن که، حمایت از بزه‌دیدگی طفل، با حمایت کیفری از وی ملازمه ندارد. رویکردی که از گذشته بر اذهان تسلط دارد و همواره حمایت کیفری از کودکان خیابانی را توصیه می‌کند درست به نظر نمی‌رسد. البته برخی از اعمال، وجدان عمومی را جریحه‌دار می‌کند و افکار عمومی به شدت خواهان پیش‌بینی کیفری سخت برای آن‌هاست. اما معلوم نیست این‌گونه حمایت از اطفال - یعنی جرم‌انگاری عمل و تعیین مجازات سنگین - چاره‌ی کار باشد. گاه جرم‌انگاری و مواجهه‌ی کیفری ممکن است به حال کودک زیان‌بار باشد (اردبیلی، نجفی ابراندآبادی، ایزدپناه و محمدی، ۱۳۸۳: ۲۴). به صرف تحقق ضرر برای بزه‌دیده، نمی‌توان بر مبنای اصل ضرر جرم‌انگاری کرد. همچنان که برخی از نویسندگان یادآور شده‌اند زیان‌آور بودن رفتار یکی از دلایل

جرمانگاری است؛ ولی نه دلیلی لازم است و نه دلیلی کافی برای آن (همیش، ۱۳۹۲: ۱۲۶۴). بلکه باید پیامدهای جرم‌انگاری را نیز سنجید. هرگاه جرم‌انگاری آسیب‌های بیشتری در پی دارد، باید دست از جرم‌انگاری برداشت. همچنان که یکی از معیارهای جرم‌انگاری، «موردی بودن» آن است. برابر این معیار، درباره‌ی استفاده از حقوق کیفری نمی‌توان عنوان‌های کلی را جرم‌انگاری نمود؛ بلکه معیارهای جرم‌انگاری را باید در مورد تک تک رفتارهایی که مصادیق یک مفهوم کلی است به-کار بست و به صورت جداگانه بررسی نمود (نوبهار، ۱۳۸۷: ۱۳۵).

از مواردی که ممکن است آسیب‌های جرم‌انگاری آن بیش از ترک آن باشد، جرم‌انگاری کلیه‌ی سوءرفتارهای والدین در قبال فرزندان‌شان است. نگاهداری از کودک از جمله تکالیف پدر و مادر و سرپرستان قانونی است، ولی چون اجرای هر تکلیف مستلزم داشتن اختیارات است، پدر و مادر حق دارند تا آنچه را برعهده دارند انجام دهند و از کودک و دیگران بخواهند تا مانع اجرای وظیفه‌ی آنان نشوند. البته والدین نمی‌توانند در اعمال و اجرای این حق سوءاستفاده کنند. آن‌ها در هر حال باید به تمامیت جسمانی و روانی، اخلاقی و به طور کلی کرامت انسانی کودک احترام گذاشته و از تعرض به آن اجتناب کنند (زینالی، ۱۳۹۴: ۲۲۱-۲۲۲).

به عبارت دیگر، سرپرستان مکلفند با استفاده از اختیاراتی که دارند کیفیت زندگی فرد تحت سرپرستی خویش را ارتقا دهند (Messick Svare & Anngela-Cole, 2010: 237). اما متأسفانه به دلیل مشکلات مالی، فرهنگی و اجتماعی، وجود اختلافات خانوادگی و ... گاه شاهد سوءاستفاده‌ی سرپرستان از این حق هستیم.^۱ برای نمونه، کودکان خیابانی کشور ما که اکثر قریب به اتفاق آن‌ها دارای پشتوانه‌ی خانوادگی هستند (حسینی، ۱۳۸۴: ۱۶۱)^۲ در معرض چنین سوءرفتارهایی قرار دارند (Vameghi, Rafiey, Sajjadi & Rashidian, 2014: 527). شمارش مصادیق سوءرفتار سرپرستان به صورت کامل، دشوار است؛ زیرا این اصطلاحات و مفاهیم می‌توانند در پرتو اندیشه‌ی نسبیت‌گرایی فرهنگی در معرض تفسیرهای مختلف قرار گیرند (زینالی، ۱۳۹۴:

۱. هر سال، در جهان صنعتی نزدیک به ۳۵۰۰ کودک زیر ۱۵ سال در اثر بدرفتاری (سوءاستفاده جسمی و غفلت) می‌میرند (Child Maltreatment Deaths in Rich Nations, 2003: 2). نگرانی عمده این است که چنین پدیده‌هایی اغلب در خانواده، یعنی کانونی که کودکان می‌بایست در آن با عشق و مهربانی پرورش یابند، اتفاق می‌افتد (سالازار فلکمن، ۱۳۸۶: ۲۷). به طوری که ۷۸/۸ درصد موارد سوءرفتار توسط والدین بوده است (محمودی قرائی، درخشان پور، ذاکری شهسواری، موسوی، ابراهیم‌پور و علیزادگان، ۱۳۸۸: ۲۱).

۲. البته از جهت وضعیت سرپرستی، یکسان نیستند. آن‌ها را می‌توان به گروه‌های زیر تقسیم کرد: ۱. کودکان دارای خانواده‌ی کامل (پدر و مادر). ۲. کودکان تک سرپرست تحت تکفل پدر. ۳. کودکان تک سرپرست تحت تکفل مادر. ۴. کودکان تک سرپرست تحت تکفل پدر و دارای نامادری. ۵. کودکان تک سرپرست تحت تکفل مادر و دارای ناپدری. ۶. کودکان بی سرپرست دارای قیم. و ۷. کودکان بی سرپرست فاقد قیم (جانقلی، ۱۳۸۶: ۱۲۸).

۲۵۵). در حقوق ایران باتوجه به ماده‌ی ۱۱۷۳ قانون مدنی و ماده‌ی ۶ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست و بدسرپرست مصوب ۱۳۹۲ که شرایط سرپرست را در چند بند بیان نموده، برخی از اوصاف سرپرست فاقد صلاحیت عبارتند از: اعتیاد زیان‌آور به الکل، مواد مخدر و قمار؛ اشتها به فساد اخلاقی و فحشا؛ سوءاستفاده از طفل یا واداشتن او به ورود به مشاغل ضد اخلاقی مانند فساد و فحشا، تکدی‌گری و قاچاق؛ ابتلای سرپرست به بیماری‌های روانی؛ و تکرار ضرب و جرح خارج از حد متعارف.

باتوجه به پیامدهای نامطلوب بدرفتاری سرپرستان بر آینده‌ی کودکان، پیش‌بینی راه‌حل‌هایی برای مقابله با چنین امری ضرورت دارد. با این حال در خصوص کلیه‌ی رفتارهای نابجای والدین در قبال فرزندان، استفاده از حمایت‌های کیفری توصیه نمی‌شود؛ زیرا گاه آسیب‌های جرم‌انگاری رفتارهای نادرست والدین بیشتر از ترک آن بوده و پیش‌بینی ضمانت‌اجرای کیفری، کودکان را در معرض آسیب‌های بیشتری قرار می‌دهد. به‌طور معمول، در جایی که بزه‌دیده و مجرم یک رابطه‌ی اجتماعی از پیش موجود دارند، پرهیز از تأثیر احتمالی بدنام‌کننده‌ی تعقیب کیفری یا دست‌کم حکم رسمی، می‌تواند سودهایی هم برای بزه‌دیده و هم برای مجرم داشته باشد (عدالت برای بزه‌دیدگان، ۱۳۸۴: ۸۹). به‌علاوه در این موارد به‌رغم جرم‌انگاری‌های صورت‌گرفته، معمولاً بزه‌دیدگان نیز با اعتقاد به خصوصی بودن قضیه، تمایلی به اعلام بزه‌دیدگی ندارند^۱ (توجهی و نجفی‌ایرندآبادی، ۱۳۷۸: ۷۵).

از همین رو، ماده‌ی ۱۹ پیمان‌نامه‌ی حقوق کودک مصوب ۱۹۸۹ حمایت از کودکان در برابر اقدامات سوء سرپرستان و والدین را محدود به حمایت کیفری نکرده و کشورهای عضو را مکلف ساخته تا اقدامات قانونی و اجرایی و اجتماعی و آموزشی را در جهت حمایت از قربانیان به عمل آورند. نگاهی به رویکرد آموزشی قانون‌گذار سوئد، برای منع تنبیه بدنی آموزنده است. سوئد در سال ۱۹۷۹ تنبیه بدنی کودکان را ممنوع کرد؛ اما هدف از این قانون بیشتر آموزشی بود تا پیگرد والدین یا افزایش دخالت دولت در امور خانواده. مقصود از وضع این قانون ایجاد تغییر در نگرش و رویه‌ها و قبولاندن این موضوع بود که ضرب و جرح کودک به اندازه‌ی ضرب و جرح فرد بزرگسال غیر قابل قبول است (کتابچه تخصصی حمایت از کودک برای نمایندگان پارلمان‌ها: ۱۰۸).

۱. اگر صدمات را به دو دسته‌ی عمومی و خصوصی تقسیم کنیم، صدمات خصوصی اغلب دلیل مناسبی برای جرم‌انگاری نیستند. بسیاری از بزه‌دیدگان تمایلی به مداخله‌ی دولت در مسایل خصوصی برای حمایت از آن‌ها در قالب جرم‌انگاری ندارند (نوبهار، ۱۳۸۷: ۳۰۸).

گاه لازم است والدین به دلیل اقداماتشان تحت پیگرد قرار گیرند، اما نه برای مجازات شدن؛ که تنها برای تصحیح و تعدیل رفتار آن‌ها و برای آگاه کردن آنان نسبت به عواقب رفتار نادرستشان؛ زیرا در مواردی یادآوری و تذکر بهتر از تنبیه و مجازات است.

در آمریکای شمالی، مصرف مواد مخدر جرم‌انگاری شده و والدینی که مواد مخدر و الکل مصرف می‌کنند، خطری برای فرزندانشان قلمداد می‌شوند. اما تحقیقات نشان داد که جدا کردن کودکان از والدین ممکن است آسیب‌های بیشتری در پی داشته باشد، برای مثال احتمال ورود چنین کودکانی به سیستم عدالت کیفری بیشتر است. یک مطالعه‌ی گسترده در کلمبیا نشان داد ۴۱ درصد از کودکانی که در سال ۱۹۹۷ تا ۱۹۹۸ از والدین محروم بوده‌اند و تحت سرپرستی قانونی درآمده‌اند، تا سن ۲۱ سالگی با سیستم عدالت کیفری درگیر و مواجه شده‌اند (Boyd, Fast & Small, 2015: 7). این پژوهش‌ها از زوایای گوناگون الهام‌بخش این اندیشه است که کودک را تا جای امکان نباید از نهاد خانواده جدا کرد.

باتوجه به واقعیت‌های پیش‌گفته، در مواردی که سرپرستان کودک مرتکب رفتارهای پرخطر علیه کودکان می‌شوند، تا جای ممکن و تا آنجا که مصلحت کودک ایجاب می‌نماید باید از جرم‌انگاری رفتار والدین پرهیز نمود. البته والدین باید مسئول رفتار آسیب‌زای خود باشند، اما مسئولیت‌پذیری والدین را نباید با جرم‌انگاری اعمال آنان یکی قلمداد کرد. در چنین شرایطی، باید از جایگزین‌های حقوقی همچون سازش، میانجی‌گری و داوری بهره گرفت (رایجیان اصلی، ۱۳۸۵: ۱۲۸). میانجی‌گری در موارد فوق، حقوق بزه‌دیده را بدون صرف هزینه و در زمانی سریع‌تر و بدون وارد آوردن لطمات روحی و اجتماعی که غالباً در محکمه‌ی قضایی به مجرم و مجنی علیه وارد می‌شود و به‌ویژه بدون ایجاد انگیزه‌های انتقام‌آمیز و کینه‌توزانه که حاصل مراجعه به محاکم قضایی است، تأمین می‌نماید (توجهی، ۱۳۷۸: ۳۷). همچنین، آموزش به والدین برای تصحیح رفتارشان و استفاده از برنامه‌های سرکشی به خانه که طی آن رشد کودک مورد نظارت قرار گرفته و راهنمایی و حمایت لازم ارائه می‌گردد، منطقی‌تر است. این اقدام بهترین روش برای کاهش آزار به کودکان و غفلت از آن‌ها ارزیابی شده است؛ این‌گونه خدمات زمانی کارایی بهتری دارند که به تمامی خانواده‌های دارای فرزندان خردسال تعمیم یابد. صرف ارائه‌ی چنین خدماتی نسبت به خانواده‌هایی که مظنون به سوءرفتار با کودک هستند، می‌تواند موجب خصومت، خشم و انکار شود؛ زیرا خانواده‌ها خود را در مظان اتهام و رسوایی می‌بینند (کتابچه‌ی تخصصی حمایت از کودک برای نمایندگان پارلمان‌ها: ۱۱۳).

به‌ویژه در کشورهایی مانند ایران باتوجه به نبود نهادی که بتواند بهتر از خانواده، سرپرستی کودکان را برعهده گیرد، جرم‌انگاری رفتار والدین و جداسازی طفل از آن‌ها می‌تواند کودکان را در

معرض آسیب‌های جدی قرار دهد. ماده‌ی ۹ آیین‌نامه‌ی ساماندهی کودکان خیابانی مصوب ۱۳۸۴، سازمان بهزیستی را مکلف ساخته با مشارکت نهادهای ذی‌ربط نسبت به راه‌اندازی مراکز سطوح چهارگانه^۱ - که در آن‌ها خدمات تخصصی به کودکان خیابانی ارائه می‌شود - اقدام نماید. همچنین، به‌منظور تسهیل دسترسی کودکان در معرض آزار - که توسط مراجع قضایی بدسرپرست تشخیص داده شدند یا خانواده صلاحیت نگهداری آن‌ها را نداشته باشد - به خدمات مورد نیاز، سازمان بهزیستی کشور از سال ۱۳۷۸ اورژانس اجتماعی را در کشور راه‌اندازی کرده است. آیین‌نامه‌ی اجرایی مربوط در شهریور ۱۳۹۱ توسط هیئت وزیران به تصویب رسیده است. با این حال، نهادهای موجود کارآمدی لازم را ندارند. از این رو، ماده‌ی ۵۰ لایحه‌ی حمایت از کودکان و نوجوانان، در تمام تدابیر و اقدامات حمایتی، اولویت را به اقداماتی داده که سبب خروج کودک و نوجوان از محیط خانواده یا قطع ارتباط با آنها نشود.

همچنین ماده‌ی ۴۵ لایحه این اختیار را به دادستان داده است تا در برخی از جرایم مذکور در لایحه، چنانچه شخص مرتکب از والدین کودک و نوجوان باشد و سابقه‌ی جرایم عمدی علیه کودک و نوجوان نداشته باشد، با موافقت کتبی مرتکب و رعایت غبطه‌ی کودک و نوجوان و در صورت لزوم با متناسب نمودن قرار تأمین صادر شده یا صدور قرار تأمین متناسب، تعقیب را معلق کند. دادگاه نیز می‌تواند راساً یا به تقاضای دادستان با رعایت شرایط مذکور و احراز مجرمیت، صدور حکم را به تعویق اندازد. مرجع قضایی ضمن قرار صادره، اجرای یک یا چند مورد از دستوراتی از قبیل تکلیف به انجام یا خودداری از انجام امر یا رفتاری خاص، تکلیف به گذراندن دوره‌های خاص آموزشی و فراگیری مهارت‌های مربوط به تربیت و مراقبت کودک و نوجوان، مراجعه به مراکز درمانی، بازپروری یا توانبخشی برای درمان اعتیاد، بیماری یا اختلالات رفتاری و روانی و یا جسمی و غیره را برای مرتکب مقرر می‌نماید.

افزون بر این، جرم‌زدایی از برخی از افعالی که حل و فصل آن‌ها خارج از مسیر متعارف دادرسی رسمی، مؤثرتر است، ضرورت دارد. ماده‌ی ۵۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ برای ترک نفقه اشخاص واجب‌النفقه از جمله فرزند مجازات حبس پیش‌بینی کرده است. این در حالی است که

۱. مراکز کودکان خیابانی: الف- مراکز و پایگاه‌های سطح یک (سرپایی): مراکز ثابت و سیاری که بدون اقامت کودک نسبت به ارائه‌ی خدمات سرپایی به وی و خانواده‌اش اقدام می‌نمایند. ب- مراکز سطح دو (اقامت کوتاه مدت): مراکزی که امکان اقامت کودک حداکثر تا ۲۱ روز فراهم می‌کنند. ج- مراکز سطح سه (اقامت میان‌مدت): مراکزی که امکان اقامت کودک را حداکثر تا یک سطح مهیا می‌کند. د- مراکز سطح چهار (اقامت دراز مدت): مراکزی که امکان اقامت کودکان بی‌سرپرست یا بدسرپرست را تا پایان ۱۸ سالگی تأمین می‌کند (بند ۶ ماده‌ی ۱ آیین‌نامه‌ی ساماندهی کودکان خیابانی مصوب ۱۳۸۴).

حس کسی که باید به طفل نفقه دهد نه تنها کمکی به طفل نمی‌کند که در مواردی بزه‌دیدگی او را افزایش می‌دهد.

۲. عمومی بودن جرایم علیه کودکان خیابانی

قوانین جرم‌انگار باید برای حمایت شایسته از بزه‌دیدگان جرم به کیفیات جرم‌انگاری هم توجه کند. در مواردی با وجود قوانین حمایتی، بسیاری از کودکانی که حقوقشان نقض شده است، به علت ترس از انتقام‌جویی یا ترس از بدنامی ناشی از فاش شدن عملی که نسبت به آنان صورت گرفته، هرگز اعلام بزه‌دیدگی نکرده و هیچ مراقبتی بابت عواقب نقض حقوقشان دریافت نمی‌کنند. برای نمونه در ایالات متحده آمریکا تنها کمتر از نیمی از دختران نوجوانی که قربانی آزار جسمی و جنسی شده‌اند، درصد کم‌جویی برآمده‌اند (کتابچه تخصصی حمایت از کودک برای نمایندگان پارلمان‌ها: ۱۴۸). از همین رو یکی از راهبردها در جرم‌انگاری رفتارهای مضر به کودکان خیابانی، عمومی قلمداد کردن این جرایم است. درباره‌ی نقش بزه‌دیده در آغاز و توقف تعقیب کیفری نگرش‌های متفاوتی وجود دارد. شماری از نظام‌های کیفری با رویکردی ایستا به این مقوله نگرسته و مداخله‌ی بزه‌دیده در این زمینه را محدود کرده‌اند. در برابر، بیشتر نظام‌های کیفری با پیش‌بینی نقشی پویا برای بزه‌دیده، امکان شروع تعقیب شماری از دعاوی کیفری بر پایه‌ی خواست وی را میسر دانسته‌اند (نیازپور، ۱۳۹۱: ۳۵۱-۳۵۲) و جنبه‌ی خصوصی جرم را مقدم نموده‌اند؛ چنین رویکردی در جهت شناسایی و صیانت از حقوق بزه‌دیدگان اتخاذ شده است.

با این حال، توجه به حقوق بزه‌دیده لزوماً به این معنا نیست که کلیه‌ی جرایم باید جنبه‌ی خصوصی داشته باشد. جنبه‌ی خصوصی دادن به برخی جرایم، موقعیت بزه‌دیده را تضعیف می‌نماید و برای وی زیان‌بار است. درست آن است که در هر مورد با توجه به شرایط حاکم و مصالح قربانیان جرم درباره‌ی عمومی یا خصوصی بودن جرم تصمیم‌گیری شود. اصل موردی بودن حقوق کیفری این را ایجاب می‌نماید.

جنبه‌ی خصوصی قائل شدن برای جرایم علیه کودکان می‌تواند پیامدهای نامطلوبی در پی داشته باشد. برای نمونه، ممکن است مظنون یا کسان دیگری که از جانب وی اقدام می‌کنند، با سوءاستفاده از آسیب‌پذیری قربانیان، درصد تهدید بزه‌دیده برای بازداشتن وی از توسل به نظام عدالت برآیند یا در اقدامی تلافی‌جویانه بزه‌دیده را به دلیل گزارش موضوع به مقام‌های قانونی، مورد آزار قرار دهند (عدالت برای بزه‌دیدگان، پیشین: ۷۶) و وی را وادار به اعلام رضایت نمایند. برای مثال، کودکان خیابانی قربانی قاچاق تحت فشارهای روحی و روانی از جانب سوءاستفاده‌گر مانند

تهدید به اعمال خشونت نسبت به اعضای خانواده طفل (Bligh: 4)، از گزارش این که مورد سوءاستفاده قرار گرفته‌اند صرف نظر می‌نمایند.

در نتیجه، در جرایم علیه کودکان خیابانی، به دلیل آسیب‌پذیری قربانیان، شناسایی جنبه‌ی عمومی جرایم منطقی به نظر می‌رسد. در این صورت دادستان می‌تواند پس از اطلاع از کودک‌آزاری و صرف نظر از نحوه‌ی اعلام جرم و طرح شکایت از سوی قربانیان، اقدام به تعقیب و رسیدگی نماید. شناسایی جنبه‌ی عمومی چنین جرایمی را می‌توان به استناد اصل پدرسالاری توجیه نمود. پدرسالاری عبارت است از عمل کردن به خیر و صلاح دیگران بدون رضایت ایشان (محمودی جانکی، ۱۳۸۶: ۱۲۹). بنا بر این اصل، حکومت در برابر شهروندانش همچون پدر در برابر فرزندان است (Feinberg, 1986: 4). رویکرد پدرسالارانه می‌پذیرد هر آن که آگاهی بیشتری دارد و از قدرت نیز بهره‌مند است، این حق و حتی وظیفه را دارد که دیگران را نیز در حد توان به سمت حقیقت هدایت کند (پی‌کانی و تقی‌لو، ۱۳۹۲: ۳۲). آزادی و خودمختاری انسان البته از چالش‌هایی است که جرم‌انگاری بر مبنای پدرسالاری با آن روبروست. استوارت میل (John Stuart Mill) اصرار دارد که هر فردی سرانجام بهترین مرجع برای تصمیم‌گیری درباره‌ی سود یا مصلحت خویش است (نوبهار، ۱۳۸۷: ۳۵۲). دولت نباید یک شیوه از زندگی را به عنوان شیوه‌ی مرجح به شهروندان تحمیل کند، بلکه باید آن‌ها را تا حد امکان آزاد بگذارد تا ارزش‌ها و هدف‌ها را مطابق میل خود برگزینند (ساندل، ۱۳۷۴: ۱ و ۵) و تنها زمانی می‌توان مانع اقدامات آن‌ها شد که به منافع دیگران آسیب برسانند (Oliveira: 2). در نتیجه، برخی برآنند که هرگز نمی‌توان برخلاف میل دیگران، برای آن‌ها کار خیری انجام داد؛ زیرا بی‌توجهی به خواسته‌ی افراد، شری است که آن عمل خیر را خنثی می‌کند (پی‌کانی و تقی‌لو، پیشین: ۳۰-۳۱). به گفته‌ی کانت: «پدرسالاری بدترین نوع استبداد است که می‌توان تصورش را کرد.» زیرا مقتضی برخوردی با انسان است که با آزادی او منافات دارد (برلین، ۱۳۶۸: ۲۵۷).

در مقابل، مدافعان پدرسالاری آن را لزوماً ناقض خودمختاری افراد نمی‌دانند. زمانی که تصمیم‌گیری در یک مورد بر عهده‌ی نهاد خاصی است، مفهوم خودمختاری، نهاد مذکور را مکلف به کسب اجازه از افراد جامعه و اخذ دلایل و نظراتشان نمی‌کند (Ahlstrom-Vij, 2014: 1). جدا از مناقشات نظری درباره‌ی اصل پدرسالاری تردیدی نیست که به‌کارگیری اصل فوق در مورد کسانی که وضعیت‌شان اقتضا دارد زیر شهپر مراقبت دیگران قرار گیرند، بجا و ضروری است (میل، ۱۳۴۹: ۴۵-۴۶). کاربست رویکرد پدرسالارانه درباره‌ی اطفال و صغار با کاربست آن در مورد افراد بالغ و عاقل یکسان نیست. بسیاری از انتقادهای به رویکرد پدرسالاری زمانی که پدرسالاری همچون مبنایی برای حمایت از صغار به کار گرفته می‌شود، مورد پیدا نمی‌کند؛ زیرا کودکان در هر حال نیازمند به

حمایت هستند. به‌ویژه اگر تلاش شود از طریق گفت‌وگو و مبادله‌ی اطلاعات، افق معرفتی کسی که اقدام به رفتار پدرسالارانه می‌کند با سوژه‌ای که مورد اقدام پدرسالارانه قرار گرفته کاهش یابد اقدام پدرسالارانه نرم‌تر و توجیه‌پذیرتر می‌شود.

در سنت غربی به موجب اصل «*parens patriae*» دولت بر کودکان و افراد فاقد اهلیت، قیمومیت دارد؛ در نتیجه حق دارد یا حتی مکلف است از آن‌ها در برابر آسیب‌های وارد از سوی دیگران و دیگر خطرات بیرونی محافظت نماید (Ibid: 6; Payton, 1992: 606; O'Halloran, 2008: 108-110).

در نظام حقوقی ایران شناسایی جنبه‌ی عمومی برای جرایم علیه کودکان مبنای خاص خود را دارد. معادل این اصل در آموزه‌های اسلامی قاعده «الحاکم ولی من لا ولی له» (صدر، ۱۴۲۰ق: ۳۹) می‌باشد. به موجب این قاعده در مواردی که افراد، فاقد توانایی پیگیری حقوق خود باشند، حاکم از طرف آنان اقدامات لازم را انجام می‌دهد. در دیدگاه اسلامی اعتقاد عمومی بر این است که ولایت خصوصی مانند ولایت والدین بر ولایت عمومی مانند ولایت حاکم مقدم است. به گفته‌ی میرفتاح ولایت حاکم با هیچ یک از ولایت‌های خصوصی جمع نمی‌شود؛ زیرا ولایت حاکم در طول ولایت‌های خصوصی مانند ولایت پدر، جد و حتی وصی است (مراغی، ۱۴۲۹ق: ۵۵۹)، اما هرگاه ولی خصوصی از چارچوب مصلحت مولی علیه خارج شود ولایتش ساقط می‌شود و نوبت به مداخله‌ی حاکم به نمایندگی از جامعه می‌رسد. زیرا حاکم، ولی و حمایت‌گر کسی است که ولی نداشته باشد؛ و سرپرستی که در چارچوب مصالح مولی علیه اقدام نمی‌کند، گویی وجود ندارد. هم از این‌روی صحت و اعتبار تصرفات ولی در همه‌ی موارد منوط به رعایت مصلحت مولی علیه است. در واقع گویی بدسرپرستی به‌منزله نبود سرپرستی است.

بنابراین، در تمام گونه‌های بهره‌کشی از کودکان، شکایت از جرم نباید نیاز به اجازه‌ی والدین قربانی داشته باشد؛ زیرا چنین سرپرستی به حکم شرع، دیگر به‌واقع سرپرست نیست. با این حال در برخی کشورها جرایم جنسی علیه کودکان تنها در صورتی پیگرد قانونی می‌شود که شکایت از والدین دریافت شود. وجود چنین مقرراتی باعث می‌شود افراد متمایل به ارتباط جنسی با کودکان فکر کنند می‌توانند با سفر به این کشورها بدون خطر پیگرد قانونی، از کودکان سوءاستفاده‌ی جنسی کنند (کتابچه‌ی تخصصی حمایت از کودک برای نمایندگان پارلمان‌ها: ۶۷ و ۷۰).

در کشور ما برابر ماده‌ی ۵ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان مصوب ۱۳۸۱، کودک‌آزاری جنبه‌ی عمومی دارد و نیازی به شکایت شاکی خصوصی نیست. هرچند به نظر می‌رسد بر اساس اصول و قواعد کلی حقوق کیفری اصل بر عمومی بودن جرایم است و آنچه نیاز به تصریح دارد قابل گذشت بودن آن‌ها است، اما قانونگذار با وضع این ماده علاوه بر دنبال کردن هدف فرهنگی و

ارزشی که کشاندن کودک آزاری از خلوت خانواده‌ها به عرصه‌ی جامعه است، درصدد مشکل‌گشایی در مواردی بوده که خود والدین و سرپرستان قانونی اطفال مرتکب کودک آزاری می‌شوند و کودک نیز نمی‌تواند اعلام شکایت کند و یا حتی در موارد کودک آزاری اطرافیان نیز آن‌ها مایل به اعلام شکایت نباشند (زینالی، ۱۳۸۲: ۸۱). به موجب ماده‌ی ۶ قانون فوق کلیه‌ی افراد و مؤسسات نگهداری و سرپرستی کودکان مکلفند به محض مشاهده‌ی موارد کودک آزاری، مراتب را به مقامات اطلاع دهند؛ برای تخلف از این تکلیف، ضمانت‌اجرای کیفری در نظر گرفته شده است.^۱ همچنین، ماده‌ی ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ به سازمان‌های مردم‌نهادی که اساسنامه‌ی آن‌ها درباره‌ی حمایت از اطفال و نوجوانان است، اجازه داده تا نسبت به جرایم ارتكابی در زمینه‌های فوق اعلام جرم کنند. ماده‌ی ۷۰ و ۷۱ قانون مزبور نیز در خصوص جرایمی که تعقیب منوط به شکایت شاکی است اعلام می‌کند: در مواردی که بزه‌دیده طفل است و ولی یا سرپرست قانونی ندارد یا به وی امکان دسترسی وجود ندارد یا با وجود مصلحت مولی علیه اقدام به شکایت نمی‌کند، دادستان رسیدگی می‌کند.

به موجب مواد ۲۲ و ۳۴ لایحه‌ی حمایت از کودکان و نوجوانان نیز تمامی جرایم موضوع این قانون جنبه‌ی عمومی دارد و هر کس به هر نحو از وجود اوضاع و احوال مخاطره‌آمیز و یا وقوع جرم علیه کودک و نوجوان مطلع شود و با وجود آن که خطری متوجه خود او یا دیگران نشود، مراتب را به مراجع صالح اعلام نکند، مرتکب جرم شده و قابل مجازات است. هرگاه مرتکب جرم موضوع این ماده فردی باشد که حسب وظیفه مطابق قوانین و مقررات مکلف به گزارش یا کمک می‌باشد و یا به اقتضای حرفه خود می‌تواند کمک مؤثری کنند به حداکثر مجازات مقرر محکوم می‌شود.

در فرانسه، در مواردی که اتباع فرانسوی به‌عنوان توریست جنسی به کشورهای خارجی سفر می‌کنند، دادگاه‌های این کشور بر اساس اصل صلاحیت شخصی فعال یا مثبت، صلاحیت تعقیب و محاکمه مرتکبان این جرایم را خواهند داشت، اما شرایط تحقق این صلاحیت و ضوابط اعمال آن، گاه موجب عدم محاکمه مرتکبان در دادگاه‌های فرانسه می‌شود. زیرا براساس قانون مجازات فرانسه، در این‌گونه موارد مرتکب باید از اتباع فرانسه بوده و در امور جنحه‌ای (که غالب جرایم گردشگران جنسی از این درجه است) عمل وی در محل ارتکاب نیز جرم باشد تا دادگاه‌های فرانسوی صالح به رسیدگی باشند. ضمن آن‌که شرط شروع به تعقیب کیفری آن است که بزه‌دیده

۱. البته به علت عدم اطلاع‌رسانی مطلوب برای نهادهای مربوط و عدم آموزش و فرهنگ‌سازی مناسب و عدم نظارت با کیفیت و مقاومت جامعه‌ی سنتی ایران نسبت به قبول تأسیسات نوین حقوقی، در عمل این قانون به‌صورت قانون عقیم درآمده و عملاً رویه‌ی قضایی در خصوص این قانون موجود نیست (جوانمرد، ۱۳۸۹: ۲۴۷).

یا قائم مقام او اقدام به شکایت نموده یا مقامات رسمی کشور محل وقوع جرم تقاضای تعقیب متهم را به مقامات فرانسوی تسلیم کرده باشند (نجفی ابرندآبادی، خالقی و زینالی، پیشین: ۱۰۶). جرم نبودن برخی از رفتارها در قلمرو گردشگری جنسی در محل ارتکاب جرم، سبب عدم تحقق شرط مجرمیت مضاعف و در نتیجه عدم صلاحیت دادگاه‌های فرانسه می‌شود. همچنین، ناتوانی یا ترس برخی از بزه‌دیدگان از طرح شکایت یا بی‌تفاوتی مقامات رسمی محل وقوع جرم در تسلیم تقاضای تعقیب، مقامات فرانسه را از رسیدگی به این جرایم باز می‌داشت. از این روی، قانون‌گذار فرانسوی، قانون ۱۷ ژوئن ۱۹۹۸ را در مورد پیشگیری و مجازات جرایم جنسی و حمایت از کودکان تصویب نمود که از نوآوری‌های آن، توسعه‌ی صلاحیت شخصی دادگاه‌های فرانسه از طریق حذف شرط مجرمیت مضاعف در مورد جرایم جنسی مندرج در این قانون و حذف شرط شکایت بزه‌دیده یا تسلیم تقاضای تعقیب توسط مقامات رسمی محل وقوع جرم بود. به علاوه قانون‌گذار ملاک صلاحیت شخصی را که اصولاً عنصر تابعیت است به عنصر اقامتگاه نیز تسری داد. در نتیجه افرادی که تابعیت فرانسه را ندارند اما مقیم فرانسه هستند، در صورت ارتکاب جرایم موضوع این قانون در خارج از کشور، مشمول قوانین کیفری فرانسه می‌شوند (همان: ۱۰۶-۱۰۷).

۳. به‌کارگیری عناوین موسع در صورت لزوم برای حمایت کامل از کودکان خیابانی

با آن‌که یکی از اصول شکلی فرایند جرم‌انگاری در مرحله‌ی تقنین که ضامن جنبه‌ی مادی و ماهوی اصل قانونی بودن جرایم است، «اصل، حداکثر روشنی و معین بودن» عناوین مجرمانه است (زینالی، ۱۳۹۲: ۹۹۷)، اما در حوزه جرم‌انگاری رفتارهای ارتكابی علیه کودکان، به دلیل ویژگی‌های خاص جسمی، ذهنی و اجتماعی کودکان که موجب آسیب‌پذیری آن‌ها می‌گردد برای حفاظت از حقوق و منافع قربانیان، تا حدودی از «اصل حداکثر روشنی و معین بودن» عناوین مجرمانه عدول شده است. در مواردی که جرم‌انگاری، بهترین راه تضمین منافع کودکان بزه‌دیده است گاه اذعان می‌شود که عناوین مجرمانه می‌تواند موسع باشد تا بتوان مرتکبان آزار و اذیت اطفال را از هر زاویه‌ای تعقیب کرد (اردبیلی، نجفی ابرندآبادی، ایزدپناه و محمدی، پیشین: ۳۷). این جرم‌انگاری حمایتی خاص که ویژگی بارز آن استفاده از عناوین مجرمانه موسع است، از یک‌سو در پرتو فراگیری مبانی جرم‌شناختی اصل حمایت ویژه از کودکان و از سوی دیگر، تحت‌تأثیر پذیرش این اصل در نظام بین‌المللی حقوق بشر، ایجاد و گسترش یافته است (زینالی، ۱۳۹۲: ۹۹۸). با این حال لایحه‌ی حمایت از کودکان و نوجوانان نیز به نوعی از تکنیک کاربرد عناوین موسع برای جرم‌انگاری بهره برده است. در این لایحه هر گونه سوءرفتار نسبت به کودک و نوجوان، که مشمول عناوین مجرمانه قانونی نشود جرم محسوب شده و قابل مجازات است. به موجب این لایحه، سوء رفتار

عبارت است از هر گونه فعل یا ترک فعل عمدی که سلامت جسمی، روانی، اخلاقی یا اجتماعی کودک و نوجوان را در معرض خطر و آسیب قرار دهد، از قبیل ضرب و جرح، محبوس کردن، سوء استفاده‌ی جنسی، توهین و تهدید نسبت به کودک یا نوجوان، یا قرار دادن او در شرایط سخت و غیر متعارف. همچنین، برابر این لایحه ارتکاب هر گونه عمل منافی عفت علیه کودکان و نوجوانان، در صورتی که مشمول مجازات حد نباشد، جرم خواهد بود.

با این حال اهتمام به حمایت از کودکان به طور کلی یا کودکان خیابانی نباید دستاویزی برای نادیده گرفتن اصول و مبانی حقوق جزا و از آن جمله اصل قانونی بودن جرم و حتی اصل کیفی بودن قانون جزایی باشد. گشودن ناموجه این راه زمینه‌ساز نقض اصول بنیادین حقوق جزاست. از دیدگاه اسلامی نیز فقهیان پیوسته در شبهات حکمی، اجمال و ابهام نص را در حکم نبود نص، قلمداد کرده‌اند. این به معنای آن است که در نظام فقهی نیز بر اصل شفافیت قانون تأکید می‌شود و به سختی و تنها با احتیاط می‌توان از آن عدول نمود.

۴. طراحی نظام اثبات جرم هم‌سو با مصالح کودکان خیابانی

کودکان خیابانی که مورد تعرض قرار می‌گیرند، به دلیل آسیب‌پذیری و عدم رشد کامل جسمی و ذهنی و کمبود امکانات، قادر به ارائه‌ی ادله‌ی مناسب علیه متهمان و دفاع شایسته از خود نیستند. این ناتوانی به نوبه‌ی خود سبب می‌شود تا جرایم علیه آنان به لحاظ قضایی اثبات نشود. این وضعیت شرایط مناسبی را برای افراد سودجو فراهم می‌کند تا از کودکان بهره‌کشی کنند؛ بی آن‌که نگران تحت تعقیب قرار گرفتن خود باشند. بروز چنین مشکلاتی، ضرورت ارائه‌ی حمایت‌های حقوقی را ایجاب می‌نماید؛ از جمله‌ی این حمایت‌ها لزوم پیش‌بینی مقرراتی در خصوص ادله‌ی اثبات جرم است. در واقع، نظام ادله‌ی اثبات دعوا باید به گونه‌ای طراحی شود که جرایم علیه اطفال به آسانی قابل کشف و اثبات باشند.

یکی از اصول بنیادین حقوق کیفری و حقوق بشر اصل برائت است که در حال شک و تردید در مجرمیت متهم اعمال می‌شود. بر مبنای این اصل، هیچ‌کس از نظر قانون مجرم نیست مگر اینکه جرم او در جریان یک محاکمه‌ی عادلانه ثابت شود. با این حال گاه قانون‌گذاران برای حمایت از کودکان، با اجرای این اصل در قلمرو جرایم مرتبط با کودکان به گونه‌ای دیگر رفتار نموده‌اند. برابر ماده‌ی ۴ قانون کودکان و نوجوانان انگستان مصوب ۱۹۹۳: افرادی که در قبال کودک زیر ۱۶ سال مسئولیت دارند، نباید کودک تحت سرپرستی را برای گدایی یا دریافت صدقه به خیابان یا مکان خاصی بفرستند و برای متخلفان از این ماده، مجازات تعیین کرده است. برابر پاراگراف دوم ماده‌ی فوق اگر ثابت شود که کودک زیر ۱۶ سال در خیابان یا مکانی برای گدایی بوده و ثابت شود که

کودک با اجازه‌ی سرپرست خود، در خیابان حضور داشته، فرض بر این خواهد بود که سرپرست کودک، وی را با هدف گدایی و دریافت صدقه به خیابان فرستاده و در نتیجه به موجب ماده‌ی ۴ قابل تعقیب و مجازات است مگر این که متهم خلافش را ثابت کند.

همچنین ماده‌ی ۷ قانون فوق که فروش تنباکو به کودک زیر ۱۸ سال را جرم‌انگاری کرده است، اصل را بر مجرمیت فروشنده قرار داده و تنها در صورتی تبرئه می‌شود که ثابت نماید کلیه اقدامات احتیاطی منطقی را اتخاذ نموده و تمام تلاش خود را برای جلوگیری از ارتکاب جرم نموده است. بدین سان دو ماده‌ی فوق، تا حدی از اصل برائت عدول نموده و برای حمایت از بزه‌دیدگان بنا را بر مجرمیت متهم گذاشته‌اند، مگر آنکه متهم ادله‌ای مبنی بر رد اتهام ارائه دهد.

همچنین پیشنهاد شده است تا قوانین بازبینی شود تا اطمینان پیدا شود که در قانون الزاماتی وضع نشده باشد (مشابه الزام داشتن شهود برای شهادت به آزار) که مانع غیرلازم و بازدارنده برای پیگرد قانونی ایجاد کند. لازم است قواعدی که مانع پیگرد کارآمد افراد متجاوز می‌شود، به ویژه آن دسته از قواعدی که قربانی را به اثبات ادعای خود ملزم می‌کند، لغو شود. البته این به معنای آن نیست که می‌توان حقوق متهم را نقض کرد، بلکه باید در جهت ایجاد تعادل میان حقوق متهم برای دسترسی به رویه‌ی دادرسی عادلانه و پرهیز از قرار گرفتن کودکان قربانی در جریان قربانی شدن مجدد تلاش کرد (کتابچه تخصصی حمایت از کودک برای نمایندگان پارلمان‌ها، پیشین: ۷۰ و ۷۱ و ۱۱۲).

ماده‌ی ۶ پروتکل اختیاری حقوق کودک در مورد فروش کودکان، روسپگیری و هرزه‌نگاری کودک مصوب ۲۰۰۰ نیز دولت‌های عضو را مکلف نموده اقدامات ضروری را جهت کمک به یکدیگر در مورد تحقیقات و شناسائی مجرم و استرداد مرتکبان جرایم علیه اطفال به عمل آورند. این اقدامات همچنین شامل کمک به تهیه‌ی شواهد لازم برای انجام تحقیقات می‌باشد.

نتیجه‌گیری

تنها بخشی از حمایت از کودکان خیابانی در قالب جرم‌انگاری رفتارهای به شدت زیان‌بار دیگران به این گروه جلوه‌گر می‌شود. نباید با برجسته کردن نقش حقوق از حمایت‌های دیگر غفلت کرد. اما از اهمیت نقش حقوق کیفری هم غفلت نمی‌توان کرد. با توجه به اصل حداقلی بودن حقوق کیفری و موردی بودن جرم‌انگاری باید از مجرمانه قلمداد کردن عناوین کلی مرتبط با کودکان خیابانی پرهیز کرد و با مطالعه‌ی موردی و دقیق رفتار زیان‌بار مورد بحث درباره‌ی جرم‌انگاری آن تصمیم‌گیری نمود. به ویژه در مواردی که خانواده‌ی کودک خیابانی بزه‌کار پرونده است باید به حساسیت و ظرافت مسأله و پیامدهای محرومیت طفل از کانون خانواده - هرچند خانواده‌ای دارای مشکل - به خوبی

توجه کرد. به رغم لزوم احتیاط در جرم‌انگاری، مصادیقی از رفتارهای زیانبار سرپرستان، بهره‌کشی جنسی از کودکان خیابانی، قاچاق آن‌ها، استثمار و واداشتن آنان به کار و تهدید کودکان خیابانی برای ترک شکایت از جمله رفتارهایی است که جامعه‌ی انسانی تاب بردباری در برابر آن‌ها را ندارد و جرم‌انگاری آن‌ها اصولاً موجه است. این رفتارها آن قدر دارای ارزش کیفری هستند که بتوان با سلاح کیفر به رویارویی با آن‌ها اقدام نمود. هم اصل ضرر و هم پدرسالاری قانونی این گونه جرم-انگاری را موجه می‌سازد.

برای یک جرم‌انگاری کارآمد و حمایت‌گر از کودکان خیابانی به راهبردهای دیگری هم نیاز است. با آن که جرم‌انگاری اصولاً به رفتارهای علیه اجتماع نظر دارد مصالح خاص کودکان خیابانی باید در کانون توجه قرار گیرد. به همین ترتیب باید سخت مراقب بود تا کودکان خیابانی که خود قربانی جرایمی مانند سوءاستفاده‌ی جنسی و قاچاق انسان هستند مجرم قلمداد نشوند و مشمول عناوین مجرمانه‌ای مانند ولگردی، گدایی و خوابیدن در خیابان - که جرم‌انگاری آن برای بزرگسالان با شرایطی موجه است - نشوند. به طور کلی بسیاری از کودکان خیابانی زیر تأثیر اجبار، اغوا و فریب توسط سوءاستفاده‌گران، دست به اعمال مجرمانه می‌زنند و بنابراین فاقد مبانی و شرایط مسئولیت کیفری می‌باشند.

از دیگر راهبردها در جرم‌انگاری رفتارهای شدیداً زیانبار به کودکان خیابانی، شناسایی این رفتارها به مثابه‌ی جرم عمومی و بی‌نیازی آن‌ها از طرح شکایت خصوصی است. این پژوهش نشان داد که این دیدگاه مبانی عقلانی و حتی فقهی خاص خود را دارد. نتیجه‌ی عمومی بودن جرایم علیه کودکان آن است که دادستان و دیگر مقامات عمومی صلاحیت‌دار به محض اطلاع از وقوع اعمال مجرمانه علیه اطفال، بتوانند بلکه موظف باشند به تعقیب و رسیدگی اقدام نمایند؛ زیرا معمولاً کودکان خیابانی تمایلی به مداخله‌ی کیفری ندارند؛ امری که به نوبه‌ی خود تداوم رفتارهای بهره‌کشانه نسبت به آن‌ها را تسهیل می‌نماید.

همچنین، گاه استفاده از عناوین مجرمانه‌ی موسع در این حوزه، در حمایت از کودکان مؤثر است. چنین کیفیتی دادستان را قادر می‌سازد تا از هر زاویه‌ای مرتکبان را تحت تعقیب قرار دهد. با این حال باید از جرم‌انگاری‌هایی که اصول بنیادین حقوق جزا مانند اصل قانونی بودن و اصل کیفی بودن قانون جزایی را تضعیف می‌کند، پرهیز نمود. به علاوه لازم است تمهیداتی اندیشیده شود که اثبات جرایم ارتكابی علیه کودکان خیابانی تسهیل گردد. امر اخیر در واقع از راهبردهای ناظر به کیفیت جرم‌انگاری است که باید توسط قانون‌گذار کیفری به دقت و با حساسیت پیگیری شود.

منابع

- اردبیلی، محمدعلی؛ نجفی ابرندآبادی، علی حسین؛ ایزدپناه، عبدالرضا و محمدی، قاسم (۱۳۸۳)، «حمایت کیفری از اطفال بزه‌دیده در نظام حقوقی ایران»، **مجله حقوقی دادگستری**، شماره ۴۶، ص ۶۶-۱۱.
- اقلیما، مصطفی (۱۳۸۶)، «پدیده کودکان خیابانی در تهران»، **مجله اطلاعات سیاسی-اقتصادی**، شماره ۲۴۰-۲۳۹، ص ۱۴۷-۱۴۲.
- برلین، آیزایا (۱۳۶۸)، **چهار مقاله درباره آزادی**، ترجمه محمدعلی موحد، چاپ اول، تهران: انتشارات خوارزمی.
- پی‌کانی، جلال و تقی‌لو، فرامرز (۱۳۹۲)، «پدرسالاری معرفتی»، **نشریه پژوهش‌های فلسفی دانشگاه تبریز**، سال ۷، شماره ۱۲، ص ۴۶-۲۸.
- توجهی، عبدالعلی (۱۳۷۸)، «سیاست جنایی حمایت از بزه‌دیدگان»، **مجله مجتمع آموزش عالی قم**، سال اول، شماره ۴، ص ۴۶-۲۷.
- جانقلی، مصطفی (۱۳۸۶) «بررسی وضعیت کودکان خیابانی»، **روسی‌گری، کودکان خیابانی و تکدی**، مقالات اولین همایش ملی آسیب‌های اجتماعی در ایران، جلد پنجم، نشر آگه، ص ۱۴۴-۱۲۰.
- جوانمرد، بهروز (۱۳۸۹)، «بررسی جایگاه حمایت‌های کیفری از کودک در نظام تقنینی ایران و چالش‌های مرتبط با آن»، **مجله کانون وکلا**، شماره ۲۰۸-۲۰۹، ص ۲۶۰-۲۲۳.
- حسینی، سیدحسن (۱۳۸۴)، «وضعیت کودکان کار و خیابانی در ایران»، **فصلنامه رفاه اجتماعی**، شماره ۱۹، ص ۱۷۴-۱۵۵.
- حقوق کودکان و نوجوانان در جمهوری اسلامی ایران** (۱۳۹۲)، جلد دوم، یونیسف.
- رایجیان اصلی، مهرداد (۱۳۸۵)، «بزه‌دیدگان؛ حقوق و حمایت‌های بایسته»، **مجله پژوهش حقوق عمومی**، شماره ۱۹، ص ۱۳۸-۱۱۷.
- زینالی، امیرحمزه (۱۳۹۴)، **جهانی شدن حقوق کیفری در قلمروی حمایت از کودکان در برابر بزه‌دیدگی**، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- زینالی، امیرحمزه (۱۳۹۱)، «فرآیند و سازوکارهای انعکاس و دریافت اصل حمایت ویژه از کودکان در حقوق ایران»، **دائرة المعارف علوم جنایی** (مجموعه مقاله‌های تازه‌های علوم جنایی)، علی-حسین نجفی ابرندآبادی، کتاب دوم، نشر میزان، ص ۱۰۱۳-۹۹۴.

- زینالی، امیرحمزه (۱۳۸۲)، «نوآوری‌های قانون حمایت از کودکان و نوجوانان و چالش‌های فراروی آن»، **فصلنامه رفاه اجتماعی**، شماره ۷، ص ۵۹-۹۲.
- زینالی، امیرحمزه و مقدسی، محمدباقر (۱۳۹۱)، «حق بزهدیده بر امنیت و اطلاع‌رسانی در فرآیند کیفری»، **مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی**، شماره ۵۷، ص ۲۷۲-۲۲۷.
- سالازار فلکمن، کریستین (۱۳۸۶)، «خشونت علیه کودکان»، ترجمه علی نورمحمدی، **مجله حقوق بشر**، شماره ۴-۵، ص ۲۷-۳۴.
- ساندل، مایکل (۱۳۷۴)، **لیبرالیسم و منتقدان آن**، ترجمه احمد تدین، چاپ اول، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی.
- صدر، سید محمد (۱۴۲۰ ق)، **ما وراء الفقه**، جلد نهم، لبنان: دار الاضواء للطباعة و النشر و التوزيع.
- عدالت برای بزهدیدگان (۱۳۸۴)، ترجمه علی شایان، تهران: انتشارات سلسبیل.
- کتابچه تخصصی حمایت از کودک برای نمایندگان پارلمان‌ها، صندوق کودکان سازمان ملل متحد (یونیسف).
- محمودی جانکی، فیروز (۱۳۸۶)، «مبنای فلسفی منع حقوقی و کیفری ایراد ضرر به خود مطالعه موردی الزام استفاده از کمربند و کلاه ایمنی در رانندگی»، **فصلنامه‌ی حقوق**، شماره ۱، ص ۱۱۷-۱۵۸.
- محمودی قرائی، جواد؛ درخشان پور، فیروزه؛ ذاکری شهسواری، سمیرا؛ موسوی، شکوفه؛ ابراهیم پور، عزیزه و علیزادگان، شهرزاد (۱۳۸۸)، **کودک‌آزاری و غفلت**، چاپ اول، تهران: نشر قطره.
- مراغی، میرفتاح (۱۴۲۹ ق)، **العناوین**، جلد دوم، چاپ سوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- میل، جان استوارت (۱۳۴۹)، **رساله درباره‌ی آزادی**، ترجمه جواد شیخ الاسلامی، چاپ اول، تهران: بنگاه ترجمه و نشر کتاب.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین و توجهی، عبدالعلی (۱۳۷۸)، «بزهدیده شناسی و مشکلات بزهدیدگی‌های گزارش نشده»، **مجله مدرس علوم انسانی**، شماره ۱۳، ص ۷۱-۸۰.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین؛ خالقی، علی و زینالی، امیرحمزه (۱۳۸۸)، «حمایت کیفری از کودکان در برابر توریسیم جنسی: از منع جهانی تا واکنش نظام‌های کیفری داخلی»، **مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی**، شماره ۵۰، ص ۸۱-۱۲۲.
- نوبهار، رحیم (۱۳۸۷)، **حمایت حقوق کیفری از حوزه‌های عمومی و خصوصی**، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.

نوبهار، رحیم (۱۳۸۵)، «قاچاق زنان برای روسپیگری از منظر آموزه‌های اسلامی با نگاه به مقررات بین‌المللی و حقوق ایران»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۱۰، شماره ۳، ص ۲۲۰-۱۸۷.

نیازپور، امیرحسین (۱۳۹۱)، «نقش بزه‌دیده در چگونگی پاسخ‌دهی به بزه‌کاران»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۵۷، ص ۳۸۴-۳۴۷.

همیش، استورات (۱۳۹۱)، «محدوده اصل زیان [در جرم‌انگاری]»، ترجمه علی شجاعی، دائره-المعارف علوم جنایی (مجموعه مقاله‌های تازه‌های علوم جنایی)، علی حسین نجفی ابرندآبادی، کتاب دوم، نشر میزان، ص ۱۲۸۷-۱۲۶۳.

“A Fair Chance for Every Child”, The State of the World's Children 2016, United Nations Children’s Fund (UNICEF).

Ahlstrom-Vij, Kristoffer (2014), “Epistemic Paternalism: A Defense”, **Notre Dame Philosophical Reviews**.

Akee, Randall; Bedi, Arjun; K. Basu, Arnab & H. Chau, Nancy (2011) “Transnational Trafficking, Law Enforcement and Victim Protection: A Middleman Trafficker’s Perspective”, Germany, IZA Discussion Paper No. 6226, **Institute for the Study of Labor**.

Aufseeser, Dena (2014), ““Protecting” street children? Urban revitalization and regulation in Lima, Peru”, **Urban Geography**, Vol. 35, No. 6, p. 870-888.

Bligh, Cassandra, “Victims of Trafficking and the Law: Issues of Identification”, In Session: **Criminal Law**.

“Building the Future Children and the Sustainable Development Goals in Rich Countries”, Unicef Innocenti Report Card 14, 2017.

“Child Maltreatment Deaths in Rich Nations” (2003), from the UNICEF Innocenti Research Centre, No.5, at: www.unicef-icdc.org.

Feinberg, Joel (1986), **Harm to Self**. Oxford University Press.

J. Boyd; D. Fast & W. Small (2015), “Pathways to criminalization for street-involved youth who use illicit substances”, **Critical Public Health**, **Taylor & Francis Group**, p. 1-12.

K. O’Halloran (2008), **Charity Law & Social Policy**, p. 104-121.

Messick Svare, Gloria & Anngela-Cole, Linda (2010), “Conceptualizing Quality of Life Among Older Adults in Guardianship: Guardians and Elder Law Attorneys Talk About QOL and Spirituality”, **Journal of Religion & Spirituality in Social Work**, p. 237-255.

Oliveira, Jorge Menezes “Harm and Offence in Mill’s Conception of Liberty”, at: <http://www.trinitinture.com/documents/oliveira.pdf>.



- Payton, Sallyanne (1992), “The Concept of the Person In The Parens Patriae Jurisdiction Over Previously Competent Persons”, **Journal of Medicine and Philosophy**, p. 600-623.
- Scanlon, Tom; Scanlon, Francesca & Lamarao, Maria Luiza Nobre (1993), “Working with street children”, **Development in Practice**, Vol. 3, No. 1, p. 16-26.
- Vameghi, Meroe; Rafiey, Hassan; Sajjadi, Homeira & Rashidian, Arash (2014), “Disadvantages of being a street child in Iran: a systematic review”, **International Journal of Adolescence and Youth**, Vol. 19, No. 4, p. 521–535.



نهمین شماره حقوق کیفری

سال نهم، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۶

شماره پیاپی ۱۶



نقد رویکرد قانون‌گذار کیفری ایران در نحوه انتساب رفتار مجرمانه به اشخاص حقوقی

امین نیکومنظری^۱

دکتر فرید محسنی^۲

تاریخ پذیرش: ۹۶/۱۰/۶

تاریخ دریافت: ۹۴/۶/۵

چکیده

مسئولیت کیفری «اشخاص حقوقی» در نظام حقوق کیفری ایران، منطبق با واقعیت‌های اجتماعی، سیاسی، اقتصادی و فرهنگی دچار تحولاتی شده که اندیشه قانون‌گذار را به جرم‌انگاری رفتارهای ایشان گرایش داده است. به طور سنتی، همه جرایم دارای سه عنصر قانونی، روانی و مادی هستند که برای مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی نیز اثبات و احراز هر کدام ضروری است. این مقاله با رویکردی تحلیلی و توصیفی به بیان ارکان سازنده جرایم این دسته از اشخاص و نیز بررسی امکان شروع به ارتکاب جرم، مشارکت و معاونت توسط آن‌ها و برخی کاستی‌ها در این زمینه می‌پردازد. مطالعه حاضر حکایت از این دارد که ارتکاب جرم توسط این اشخاص در نظام حقوق کیفری ایران، وابستگی تام به اعمال مدیران و مسئولان اداره کننده آن دارد. از این رو، جرایم ارتكابی اشخاص حقوقی، تابعی از رفتار مجرمانه اشخاص حقیقی مرتکب جرم است.

واژگان کلیدی: اشخاص حقوقی، نماینده قانونی، عناصر متشکله جرم، رفتار مجرمانه، قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی

۲. استادیار دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری (نویسنده مسئول)

مقدمه

امروزه بسیاری از تعاملات اجتماعی و اقتصادی به وسیله اشخاص حقوقی و شرکت‌ها انجام می‌گیرد. گذشته از تحولات اقتصادی و سیاسی یک کشور، قدرت و نفوذ شرکت‌ها به‌عنوان یکی از مصادیق اشخاص حقوقی، همواره رو به تزاید بوده و به‌هیچ‌وجه تضعیف نخواهد شد (محسنی، ۱۳۹۱: ۹). حتی برخی از انواع جرایم اشخاص حقوقی به شاخه‌های عظیم تجارت بدل شده است؛ قاچاق مواد مخدر، انسان، فحشا، اعضای بدن و... نمونه‌هایی از این قبیل است که اغلب با همکاری چند شرکت با تابعیت‌های گوناگون، تحت یک تشکیلات و سازمان پیچیده صورت می‌گیرد (Newburn, Tim. (2007), p:22). عدم تعقیب قانونی شرکت‌ها، موجب بدبینی در عرف جامعه می‌گردد؛ لذا باید رفتارهای مجرمانه شرکت‌ها به‌روشنی مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد؛ زیرا رفتارهای ارتكابی آن‌ها دارای آثار سوء اجتماعی است که می‌تواند به بسیاری از امور مانند محیط زیست، اقتصاد و نیز محیط کار صدمات جبران‌ناپذیری وارد آورد (uhimann, 2015: p61). با این حال به دلایل متعدد از جمله ناممکن بودن اجرای برخی از کیفرها، اصل شخصی بودن مجازات و از همه مهم‌تر فقدان قصد و اراده در نزد شخص حقوقی، مانع از پذیرش مسئولیت کیفری برای این اشخاص شده است (اردبیلی، ۱۳۹۳: ۵۸).

با وجود این در قوانین قبل و بعد از انقلاب اسلامی علی‌رغم اهمیت موضوع، تعریفی از شخص حقوقی و مصادیق آن ارائه نشده است. لذا در ابتدا باید جهت روشن شدن موضوع و جوانب بحث و همین‌طور ارائه تفسیری دقیق‌تر از قوانین، شخص حقوقی تعریف شود. با ملاحظه قوانین موجود، و شرایط به‌کار رفته در متن قوانین، می‌توان به یک جمع‌بندی در تعریف شخص حقوقی رسید و تعریفی به این شرح ارائه کرد: شخص حقوقی، شخصی غیر از شخص حقیقی بوده و به‌عنوان موجودی فرضی و اعتباری صلاحیت دارا شدن حق و تکلیف را دارد و کم‌وبیش از همان امتیازات و حقوق اشخاص حقیقی بهره‌مند است (صفا، ۱۳۹۰: ۱۰۰). اما از لحاظ نظری، آنچه اهمیت دارد بررسی امکان ارتکاب و انتساب فعل مجرمانه به این‌گونه اشخاص حقوقی است.

به‌طوری‌که ماده ۱۴۳ قانون مذکور بیان می‌کند: «... شخص حقوقی در صورتی دارای مسئولیت است که نماینده قانونی به‌نام یا در راستای منافع آن مرتکب جرمی شود...» و این به‌معنای شناخت مسئولیت اشتقاقی خواهد بود که مشتق از مسئولیت فردی و نیز مسئولیت نمایندگی که مشتمل بر انتساب رفتار مجرمانه نمایندگان شخص حقوقی به آن است. به عبارت دیگر، شخص حقوقی مسئولیت کیفری نخواهد داشت مگر این‌که احراز شود شخص نماینده قانونی به نمایندگی از آن مرتکب جرمی با تمام عناصر آن شده است. بدین معنا که قانون‌گذار ایران در تأیید ماهیت مستقل اشخاص حقوقی و انعکاس مسئولیت کیفری آنان و رای مسئولیت فردی نمایندگان، چندان مصمم

نیست (شریفی و همکاران، ۱۳۹۲: ۸۱). به عبارت دیگر می‌توان گفت که در نظام حقوق کیفری ایران، مسئولیت اشخاص حقوقی بر مبنای نظریه نمایندگی استوار گردیده است و باید ارکان متشکله جرم انتسابی به شخص حقوقی را در شخص نماینده قانونی جستجو کرد.

با این وصف، مقاله حاضر در تلاش است که به ابهامات و سؤالات موجود در خصوص ارتکاب جرم و انتساب آن به شخص حقوقی مشخص نماید که: (۱) با توجه به ماهیت اشخاص حقوقی، ارکان سه‌گانه جرم و شرایط انتساب جرم به آن‌ها چگونه است و آیا بین قوانین خاص با قانون مجازات اسلامی در این زمینه نسبتی وجود دارد؟ (۲) آیا امکان تحقق شروع، معاونت و مشارکت در جرم برای اشخاص حقوقی وجود دارد؟ بنابراین در این مقاله رکن قانونی جرم، منطق چینش قوانین قبل و پس از انقلاب اسلامی، ارائه طریق برای قضات رسیدگی کننده در تشخیص قوانین صائب و همین‌طور ارکان مادی، معنوی و شرایطی را که لازم است برای ارتکاب جرم به شخص حقوقی انتساب یابد، ارزیابی می‌شود و رویکرد قانون‌گذار کیفری ایران با ارائه مثال‌های عینی مورد تحلیل قرار می‌گیرد.

۱. رکن قانونی

اصل در هر عمل، مباح و مشروع بودن آن است. جرم بودن عمل، یک حالت استثنایی است و عنصر قانونی جرم، همان وصف نامشروع بودن عمل است که از سوی قانون‌گذار به یک کنش یا ترک یک کنش داده می‌شود. رکن قانونی، مقدم بر رکن مادی و معنوی است؛ زیرا رفتار مادی و شرایط آن، که عنصر مادی هر جرم را تشکیل می‌دهد، در قانون پیش‌بینی شده است (زرزاعت، ۱۳۹۱: ۴۸). به رکن قانونی که تبلور اصل قانونی بودن جرم و مجازات است، در ماده ۲ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ اشاره شده: «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است، جرم محسوب می‌شود». با توجه به این تعریف، در مورد اشخاص حقوقی نیز همین‌گونه است و برای پذیرش مسئولیت کیفری آنان، باید برای رفتار ارتكابی اعم از فعل یا ترک

۱. به‌عنوان نمونه می‌توان به پرونده کلاسه ۹۴۱۱۲۸ مربوط به بیمارستان خمینی شهر اصفهان که در آن پزشک و پرستار خاطی علی‌رغم وجود وظیفه قانونی و برخلاف موازین اخلاق حرفه‌ای، اقدام به کشیدن بخیه‌های کودک خردسال کرده بودند و بیمار را در آن شرایط به حال خود رها نمودند، اشاره کرد. در این پرونده، امکان تعقیب شخص حقوقی بیمارستان با توجه به اینکه پزشک اورژانس، نماینده قانونی شخص حقوقی نبوده، طبق حقوق کیفری ایران امکان‌پذیر نیست؛ ولی با توجه به نظریه تجمیع که اجمالاً در بالا مورد اشاره قرار گرفت، شخصیت حقوقی بیمارستان قابل تعقیب است. زیرا نتیجه مجرمانه حاصل، برآیند اقدامات مجرمانه کارکنان شخص حقوقی بوده است. البته مورد اخیر مورد پذیرش نظام حقوق کیفری ایران قرار نگرفته است. با این وصف، بسیاری از اقدامات اشخاص حقوقی که می‌تواند جنبه مجرمانه داشته باشد، بدون کیفر باقی خواهند ماند.

فعل، در قانون، مجازات تعیین شده باشد. فقدان قانون کیفری مؤثر در زمینه جرایم اشخاص حقوقی و شناسایی اشخاص حقوقی منتهی به این گردید که در پرونده‌های مهمی چون پرونده خون‌های آلوده، در خصوص شکایت کیفری تعداد زیادی از بیماران هموفیلی و تالاسمی به طرفیت برخی اشخاص از جمله سازمان انتقال خون ایران به اتهام تولید و عرضه فرآورده‌های خونی آلوده و ابتلای به بیماری هیپاتیت C و ایدز که بعضاً منجر به فوت برخی از مبتلایان گردیده است، دادگاه کیفری در رأی خود تصریح می‌کند: «نظر به این که شکایت کیفری به طرفیت شخصیت حقوقی مسموع نیست، دادگاه قرار منع تعقیب صادر و اعلام می‌دارد»^۱ تا شخص حقوقی بتواند به راحتی از بار مسئولیت بگریزد. از این روی، پیش‌بینی مسئولیت کیفری برای شخص حقوقی در قانون مجازات اسلامی در کلیه جرایم، فصل نوبنی در حقوق کیفری ایران گشوده است.

۱.۱. جرایم مربوط به اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی

باتوجه به سیاق به کار رفته در مواد ۲۰، ۲۱، ۲۲ و نیز ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی، ملاحظه می‌گردد که لفظ «جرم» به طور مطلق و عام ذکر شده است؛

اگرچه امکان انتساب برخی از جرایم ارتكابی - مانند برخی از حدود یا قصاص با توجه به ویژگی‌های خاص آنان - از سوی اشخاص حقوقی ناممکن است، زیرا چنین جرمی نمی‌تواند به نام یا در راستای منافع شخص حقوقی باشد، با این حال اعمال مجازات قصاص (اعم از قصاص نفس یا عضو) یا مجازات حدی (مثلاً شلاق) بر شخص حقوقی غیرممکن است. بر این اساس، قانون‌گذار نیز چنین مجازاتی را برای شخص حقوقی در نظر نگرفته است (پوربافرانی، سیفی، ۱۳۹۴: ۱۱۰). اما به نظر می‌رسد، با توجه به اطلاق مواد مرتبط به اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی، منعی در انتساب مسئولیت کیفری به اشخاص حقوقی در جرایم تعزیری وجود نداشته باشد. هر چند که گستره مجازات این دسته از اشخاص که از درجه یک تا شش بوده و به نوعی اطلاق کلیه جرایم تعزیری را مقید ساخته است؛ ولی با وجود این، تفاوتی ندارد که جرم تعزیری ارتكابی توسط نماینده قانونی، جرمی مقید یا مطلق، عمدی یا غیرعمدی بوده است. به عنوان مثال، چنانچه مدیر عامل یک کارخانه به جهت سوءمدیریت و عدم توجه به آسیب‌زا بودن بخشی از محیط کار، موجب ورود آسیب به کارگران آن بخش گردد، وی در مقابل این صدمات مسئول است. حال با وجود شرایط قانونی و رابطه علیت بین ورود صدمه و اقدامات شخص حقوقی، علاوه بر مدیر، شخص حقوقی نیز دارای مسئولیت کیفری خواهد بود، گرچه این جرم غیرعمدی بوده است. بنابراین با

۱. رأی شماره ۶۰۹ - ۳۷۹ مورخ ۱۳۸۰/۹/۱۲ شعبه ۱۴۱۳ دادگاه عمومی تهران به نقل از (شریفی، ۱۳۹۴: ۹۰)

وجود شرایطی که به تفصیل در مباحث بعدی بحث خواهد شد، امکان انتساب مسئولیت کیفری به این دسته از اشخاص میسر می‌گردد.

۲.۱. جرایم اشخاص حقوقی در سایر قوانین و مقررات

در اولین قانون ماهوی کیفری ایران که در سال ۱۳۰۴ و تحت‌عنوان قانون مجازات عمومی به تصویب قوه قانون‌گذاری رسید و همین‌طور در اصلاحی آن به سال ۱۳۵۲، هیچ نشانی از مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی دیده نمی‌شود. چرایی این بی‌اعتنایی را باید در تصنعی دانستن این اشخاص و عدم احساس ضرورت در شناسایی مسئولیت کیفری آن‌ها دانست. این موضوع باعث شده بود که قانون‌گذار سابق ایران نیز با تأسی از چنین رویکرد فردمدارانه‌ای، مسئولیت جرایم ناشی از فعالیت‌های اشخاص حقوقی را یکسره متوجه مدیران آن گرداند (شریفی، ۱۳۹۴: ۶۹). جرایم اشخاص حقوقی در برخی از قوانین پیش و پس از انقلاب اسلامی، با توجه به شدت و آثار و پیامدهای ناشی از ارتکاب جرم، به‌منظور حفظ و صیانت از سامانه‌های رایانه‌ای، محیط‌زیست، حمل‌ونقل، بهداشت، سرمایه‌گذاری و بورس اوراق بهادار، نظام اقتصادی و... بدون توجه به شناسایی مسئولیت کیفری برای آن‌ها تعیین گردیده است. طبیعتاً گستره صدمات ناشی از فعالیت‌های این دسته از اشخاص، قانون‌گذار را ناگزیر از وضع قانون در این زمینه نموده است (محسنی، ۱۳۹۱: ۱۵۰). در زیر به پاره‌ای از این قوانین که برای اشخاص حقوقی مجازات تعیین کرده است، اشاره می‌گردد:

۱.۲.۱. قانون جرایم رایانه‌ای مصوب سال ۱۳۸۸/۳/۲۰ که نخستین بار در نظام تقنینی ایران شرایط مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را برشمرده است؛

۲.۲.۱. ماده واحد قانون ممنوعیت فعالیت شرکت‌های هرمی، با الحاق یک بند و یک تبصره به قانون مجازات اخلاگران در نظام اقتصادی کشور، مصوب سال ۱۳۸۶؛

۳.۲.۱. قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی مصوب ۱۳۳۴/۳/۲۹ که مجازات تعطیلی را برای مؤسسات فاقد صلاحیت‌های لازم در امور پزشکی و دارویی تعیین کرده است؛

۴.۲.۱. قوانین مربوط به قاچاق که از آن جمله می‌توان به قانون‌های مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب سال ۱۳۹۳، مبارزه با قاچاق انسان مصوب سال ۱۳۸۳، اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب سال ۱۳۸۹ اشاره کرد که به مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی توجه داشته‌اند؛ هرچند که به‌صراحت بدان اشاره نکرده است؛

۵.۲.۱. قوانین مربوط به جرایم زیست‌محیطی. از جمله می‌توان به قانون طرز جلوگیری از آلودگی هوا مصوب سال ۱۳۷۴ اشاره نمود که برای اشخاص حقوقی آلاینده‌ها، مجازات تعطیلی واحد آلاینده را پیش‌بینی نموده است؛

۶.۲.۱. قانون الزام شرکت‌ها و مؤسسات ترابری جاده‌ای به استفاده از صورت وضعیت مسافری و بارنامه، مصوب ۱۳۶۸/۲/۳۱ که برای شخص حقوقی مرتکب جرم جزای نقدی در نظر گرفته است؛

۷.۲.۱. قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸/۱۰/۱۱ علاوه بر تعقیب جزایی شخص حقیقی مسئول که جرم ناشی از تصمیم او باشد، شخص حقوقی را مسئول جبران خسارت وارده برشمرده است؛

۸.۲.۱. قانون تنظیم و توزیع کالاهای مورد نیاز عام و مجازات گران فروشان مصوب سال ۱۳۵۳ که در اینجا حتی با وجود مسئولیت کیفری شخص حقوقی، مدیرعامل مسئول است؛ خواه دستور داده باشد، خواه نداده باشد.

مجموعه این قانون‌های پراکنده، نشان از این دارد که قانون‌گذار به‌رغم ابا داشتن از پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی به عنوان یک اصل، نسبت به اهمیت این مسئولیت چندان بیگانه نیست (شریفی، ۱۳۹۴: ۶۹). حال پرسش اساسی این است: باتوجه به این که قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ به‌طور کلی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را به رسمیت شناخته، آیا قانون مجازات اسلامی ناسخ این قوانین خاص است یا خیر؟ در ابتدای امر به نظر می‌رسد که قانون‌گذار کیفری ایران تصمیم بر این داشته است که در قالب یک هیئت کلی، برای تمام زمینه‌های ارتکاب جرم توسط اشخاص مجازات تعیین نماید؛ اما از آنجا که قوانین مذکور همچنان نسخ نگردیده و از چرخه قوانین کیفری خارج نشده است، به نظر می‌رسد با توجه به خاص بودن قوانین مذکور و عام بودن قانون مجازات اسلامی، قوانین مذکور همچنان در مورد مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی به قوت خود باقی هستند. همچنین اگر در این قوانین خاص برای شخص حقوقی مسئولیت کیفری در نظر گرفته نشده و یا مدیر شخص حقوقی را مسئول دانسته است، باید برای تعیین مجازات قانونی به قانون مجازات اسلامی به‌عنوان قانون خاص مراجعه کرد.

۲. رکن مادی^۱

رکن مادی در قانون مجازات اسلامی برخلاف قوانین خارجی تعریف نشده؛ بلکه صرفاً شرایط تحقق هریک از جرایم را احصا کرده است (زراعت، ۱۳۸۵: ۱۴۱). تعاریف مختلفی از عنصر مادی جرم از سوی حقوق‌دانان مختلف صورت گرفته که به جهت عدم ارتباط موضوعی با مقاله حاضر از توضیح

1. Actus Reus

آن در این بخش چشم پوشی می‌کنیم. اما از مجموع آرای حقوق دانان می‌توان تعریفی به این شرح برای عنصر مادی جرم بیان کرد: رکن مادی هر جرم عبارت است از: «رفتار مجرمانه اعم از فعل، ترک فعل، حالت و نگهداری با وجود شرایط مقرر در قانون که می‌تواند در برخی از جرایم (مقید) منتهی به نتیجه مجرمانه گردد و در صورت وجود نتیجه، باید بین رفتار مجرمانه و نتیجه حاصله رابطه سببیت وجود داشته باشد».

از آنچه گفته شد چنین بر می‌آید که قصد باطنی چیزی، غیر از رکن مادی جرم بوده و زمانی قابل مجازات است که تظاهر خارجی آن به صورت رفتاری مغایر با اوامر و نواهی قانون‌گذار آشکار شود (اردبیلی، ۱۳۹۳: ۳۰۱). در این بخش، عناصر تشکیل‌دهنده رکن مادی را در جرایم ارتكابی منسوب به اشخاص حقوقی به تفکیک مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌دهیم.

۱.۲. رفتار فیزیکی

همان‌طور که در بخش‌های قبلی به مناسبت اشاره شد، جرایم اشخاص حقوقی تابعی از اشخاص حقیقی به عنوان نماینده قانونی آن است. لذا باید رکن مادی را در رفتارهای سرزده از نماینده قانونی مرتکب جرم، بررسی و ارزیابی کرد. درباره جرایمی که به صورت فعل انجام می‌شود، موضوع بحث روشن بوده و نیاز به توضیح اضافه ندارد. اما در زمینه جرایم ناشی از ترک فعل، وجود شرایطی برای احراز آن ضروری است. اساساً جرایم ناشی از ترک فعل، گاهی می‌تواند به خاطر سوءمدیریت و عدم نظارت کافی، از ناحیه نماینده قانونی و یا مدیر مربوطه باشد. در ذیل به اختصار شرایط احراز ترک فعل مورد بررسی قرار می‌گیرد:

اولین شرط برای تحقق جرایم ناشی از ترک فعل، وجود یک الزام قانونی است؛ به طوری که این قانون، کلیه قوانین لازم‌الاجرا را در بر گیرد. در بسیاری از موارد، دولت قراردادهایی را با اشخاص حقیقی یا حقوقی برای انجام وظیفه خاصی (نظیر قرارداد با پزشکان، پرستاران و...) منعقد می‌کند. می‌توان گفت که این اشخاص، به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی، ملزم به اجرای تعهدات ناشی از قراردادهای مذکور هستند؛ در نتیجه عدم اجرای این وظایف قانونی برای آن‌ها موجب مسئولیت خواهد بود. در این باره می‌توان به جرایم زیست‌محیطی ناشی از فعالیت سوء صنایع پایه اشاره کرد؛ برای نمونه در پرونده‌ای که دادسرای عمومی و انقلاب اهواز پیرامون جرایم زیست‌محیطی و آلودگی هوای شهر اهواز که بعد از بارش باران‌های اسیدی و آلودگی هوای شهر و بستری شدن هزاران نفر از شهروندان در بیمارستان‌های شهر اهواز گردید، اشاره کرد. کارشناسان محیط‌زیست، علت حادثه را اقدامات آلاینده شرکت‌های نفت و گاز و نیز برخی از سازمان‌های وابسته به سازمان نیشکر خوزستان اعلام کردند. در این پرونده، علاوه بر مدیران ارشد شرکت‌های مذکور، اشخاص

حقوقی نیز که جمعاً هجده عدد می‌شدند، به اتهام ایجاد آلودگی هوا و تهدید علیه بهداشت عمومی به انتشار حکم در رسانه محکوم گردیدند. طبق قوانین مربوط، مدیران و مسئولان اداره‌کننده، مکلف به امحای زباله‌های صنعتی ۱ و یا تقویت سیستم‌های جلوگیری‌کننده از آلودگی هوا هستند. حال چنانچه به دلیل سهل‌انگاری و عدم مدیریت لازم، زباله‌های صنعتی به‌گونه‌ای غیر از موارد مذکور در قانون مدیریت پسماندها دفن شود و به محیط زیست آسیب رساند، افزون بر شخص حقیقی مرتکب _ با وجود سایر شرایط قانونی _ شخص حقوقی نیز طبق قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ دارای مسئولیت کیفری بوده و با توجه به قانون جدید آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲ قابل تعقیب است. البته برای ترک فعل در نظام حقوقی ایران شرایط دیگری از جمله وجود رابطه سببیت بین ترک عمل و ورود صدمه یا آسیب نیز احصا گردیده است که در بخش‌های بعدی به مناسبت مورد اشاره قرار خواهد گرفت.

۲.۲. شرایط، اوضاع و احوال لازم برای ارتکاب جرم

۲.۲.۱. شرایط عمومی

۲.۲.۱.۱. ارتکاب جرم توسط نماینده قانونی

شرکت‌ها و واحدهای کسب‌وکار و تجارت یا به‌طور کلی اشخاص حقوقی، از اجتماع افرادی تشکیل شده‌اند که به‌نماینده‌گی از جانب این افراد تصمیم‌گیری نموده و به فعالیت می‌پردازند. بنابراین منافع شرکت، همان منافع افرادی است که می‌توانند در راستای پیشبرد اهداف شرکت و منافع خود، تحت پوشش آن و دیگر انگیزه‌ها مرتکب جرم شوند (Newburn, 2007, p:35). در هر حال یک شرکت دارای مدیران متعدد در سطوح مختلف است که هریک تعهداتی را در مقابل شخص حقوقی و نیز شخص ثالث دارند. از این روی، مسئولیت هریک از مدیران شخص خصوصی در خصوص ارتکاب اعمال مخالف قانون، بر کسی پوشیده نیست. این‌که این دسته از اعمال می‌تواند موجب مسئولیت برای شخص حقوقی گردد، بستگی به درک ما از تعریف نماینده قانونی دارد (Sepinwall, 2015, p:439)

شناسایی مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی مانند شرکت‌ها، در قانون مجازات اسلامی با محوریت «نماینده قانونی» صورت می‌پذیرد. «نماینده قانونی» نیز همانند «اشخاص حقوقی» در قانون تعریف نشده است؛ اما با توجه به مفهوم نماینده و نمایندگی می‌توان تعریفی را برای آن ارائه نمود:

۱. در این زمینه می‌توان به قانون مدیریت پسماندها مصوب سال ۱۳۸۳ اشاره کرد.

به نظر نگارنده، برای تعریف جامعی از شخص حقوقی، باید ارکان ذیل را در خصوص نماینده قانونی احصا نماییم:

- ۱) نماینده قانونی باید به حکم قانون یا اساس‌نامه تعیین شده باشد.
- ۲) نماینده قانونی یا مدیر شخص حقوقی بوده یا از طرف مدیر مأذون باشد.
- ۳) نماینده قانونی دارای قدرت تصمیم‌گیری، نظارت و اختیاردار تام شخص حقوقی باشد.
- ۴) نماینده قانونی با توجه به ویژگی‌های شخص حقوقی می‌تواند تعاریف مختلفی چون مدیر، دبیر کل، مدیرعامل، هیئت‌مدیره و حتی وکیل را داشته باشد.

بنابراین با ذکر ارکان فوق می‌توان تعریفی به این شرح در خصوص نماینده قانونی ارائه کرد: «نماینده قانونی شخص، کسی است که به موجب قانون یا اساس‌نامه سمت نمایندگی به وی اعطا گردیده که یا خود مدیر شخص حقوقی است یا از طرف مدیر شخص حقوقی نمایندگی دارد و در چهارچوب قانون یا اساس‌نامه دارای اختیار نمایندگی، تصمیم‌گیری و نظارت بر شخص حقوقی است.» بنابراین جهت شناسایی نماینده قانونی، ضرورت دارد به قوانین خاص مربوطه و یا اساس‌نامه شخص حقوقی مراجعه نماییم. ۱. هر چند که اصلاح قانون در این زمینه بالاخص در جایی که نماینده قانونی شرکت چند عضو دارد، ضروری است. البته به نظر می‌رسد با توجه به تعریف ارائه‌شده و اشاره به «اختیار تصمیم‌گیری»، چنانچه در مجموعه مدیران، هر کدام از آنان دارای این اختیار باشند، انجام جرم از سوی هر یک موجب مسئولیت کیفری شخص حقوقی خواهد شد (شریفی و همکاران، ۱۳۹۲: ۱۴۱). نکته‌ای که جا داشت قانون‌گذار در کنار نماینده قانونی به آن اشاره می‌کرد، ارتکاب جرم به نام یا در راستای منافع شخص حقوقی از سوی هر یک از کارکنان شخص حقوقی است. لذا با وجود قوانین فعلی و تفسیر مضیق قوانین و نیز تفسیر به نفع متهم، ایجاب می‌کند که چنانچه شخصی غیر از نماینده قانونی مرتکب جرم گردد، مسئولیتی متوجه شخص حقوقی نگردد..

۱. با این وجود در تبصره ماده ۶۸۸ قانون آیین دادرسی جرائم نیروهای مسلح اشاره شده است: «فردی که رفتارش موجب توجه اتهام به شخص حقوقی شده، نمی‌تواند نمایندگی آن را عهده‌دار شود.» به نظر می‌رسد این تبصره با وجود شرط اصلی برای انتساب مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی که همانا ارتکاب جرم توسط نماینده قانونی است، در تناقض باشد. زیرا تبصره ماده مذکور، فردی را که موجب توجه اتهام به شخص حقوقی شده، به عنوان نماینده شناسایی نکرده است. در حالی که فرد پاسخگو کسی جز نماینده قانونی نمی‌تواند باشد. به نظر می‌رسد که این ماده باید این‌گونه اصلاح گردد که: «چنانچه شخصی غیر از نماینده قانونی مرتکب جرم شود، صرفاً خود او مسئول پاسخگویی بوده و اتهامی متوجه شخص حقوقی نیست.»

۲.۱.۲.۲. جرم به نام یا در راستای منافع شرکت باشد:

برای تحقق جرم توسط اشخاص حقوقی، ضرورت دارد به موجب ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی، جرم به نام یا در راستای منافع شخص حقوقی انجام گرفته باشد. مثلاً اگر مدیر شرکتی در بازاریابی کالای خود با تبلیغات ناسالم (ماده ۶۴ قانون تجارت الکترونیک مصوب سال ۱۳۸۲) موجب اضرار شرکت رقیب خود شود، این رفتار ممکن است صرفاً به نام شخص حقوقی صورت گیرد، بدون آنکه منفعتی برای شرکت در پی داشته باشد. یا اینکه اطلاعات نهانی مربوط به اوراق بهادار را قبل از انتشار عمومی مورد استفاده قرار دهد یا موجب افشا و انتشار آن ها را در غیر موارد مقرر فراهم کند (ماده ۴۶ قانون بازار اوراق بهادار مصوب سال ۱۳۸۴). «به نام» لفظی است که معنای دقیق آن روشن نیست (اردبیلی، ۱۳۹۳: ۶۸) ولی ظاهر ماده ۱۴۳ مفید این معنی است که نماینده قانونی به حساب شرکت تلاش کرده باشد. انجام وظیفه (به نام) شخص حقوقی یعنی نماینده قانونی عمل را رسماً و عملاً از طرف شخص حقوقی انجام داده باشد (موسوی مجاب، رفیع زاده، ۱۳۹۴: ۱۵۶). به عبارت دیگر، تحمیل مسئولیت کیفری بر شخص حقوقی اقتضا می کند نماینده شخص حقوقی در قلمرو وظیفه استخدامی عمل نموده باشد. پس چنانچه مدیر شخص حقوقی به علت بی احتیاطی در امر رانندگی عابری را در بزرگراه زیر بگیرد و باعث مرگ او شود، شخص حقوقی مسئول نخواهد بود (شریفی و همکاران، ۱۳۹۲: ۶۶). در نتیجه حتی اگر اعضا و نمایندگان شخص حقوقی به عنوان شخص حقیقی، نه نماینده قانونی شرکت یا سوء استفاده از نام آن، منافعی را برای خود کسب نمایند و یا مرتکب جرم شود، نمی توانند برای شخص حقوقی ایجاد مسئولیت کنند.

قید دوم «در راستای منافع» شخص حقوقی، بدین معناست که نماینده مثلاً در معامله ای که انجام می دهد، جرمی را با در نظر گرفتن منافع شخص حقوقی و برای رساندن نفع به شخص حقوقی انجام دهد (موسوی مجاب، رفیع زاده، ۱۳۹۴: ۱۵۶). این نفع می تواند مادی یا معنوی، قطعی یا احتمالی و مستقیم یا غیرمستقیم باشد (روح الامینی، ۱۳۸۷: ۱۴۵ و شریفی و همکاران، ۱۳۹۲: ۱۳۹). بنابراین چنانچه اشخاص حقوقی در راستای منافع خودشان، شخص ثالث و یا به ضرر شخص حقوقی اقدام کنند، برایشان مسئولیت ایجاد نمی شود. این موضوع در قوانین سایر کشورها از جمله فرانسه مورد توجه قرار گرفته و در قانون جزای آن کشور آمده است: «اشخاص حقوقی، به جز دولت، نسبت به جرایمی که از سوی ارگانها و نمایندگانشان به حساب آنها صورت می گیرد، مسئولیت کیفری دارند». البته این موضوع در قانون جرایم رایانه ای به موجب ماده ۱۹، شرایط مسئولیت کیفری را در صورتی محقق می داند که جرم «به نام و در راستای منافع» باشد. همان طور که ملاحظه می شود، در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی حرف «یا» و در قانون جرایم رایانه ای حرف «و» به کار رفته که تفاوت این دو در عمل آشکار است. پس برای حل این تعارض

باید گفت که قانون جرایم رایانه‌ای نسبت به قانون مجازات اسلامی خاص بوده، لذا شرایط قانون جرایم رایانه‌ای در خصوص جرایم رایانه‌ای به قوت خود باقی است. هرچند که موضع قانون‌گذار در خصوص جرایم رایانه‌ای و به کار بردن حرف «واو» به جای «یا» منطقی‌تر و عقلانی‌تر است؛ زیرا همان‌گونه که بیان گردید، قانون‌گذار اصل را بر مسئولیت کیفری شخص حقیقی دانسته و مسئولیت کیفری شخص حقوقی فرع بر شخص حقیقی مرتکب جرم است؛ هرچند که این موضع قانون‌گذار قابل انتقاد به نظر می‌رسد، ولی برای جلوگیری از ایجاد مسئولیت بی‌جهت به شخص حقوقی، عبارت به کار رفته در متن قانون جرایم رایانه‌ای قابل قبول است. زیرا یکی از مهم‌ترین اشکالات وارد بر ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی این است که چنانچه نماینده قانونی به نام شخص حقوقی مرتکب جرم شود، شخص حقوقی نیز دارای مسئولیت کیفری خواهد بود. زیرا دور از عدالت نیست زمانی که شخص حقوقی نفعی نمی‌برد و مرتکب تقصیری نیز نشده، مسئول باشد؟ اگر همین رفتار علیه یک شخص حقیقی ارتکاب یابد، آیا آن شخص را که دیگران به نام او مرتکب جرم شده‌اند، شایسته توبیخ و تحمل مجازات است؟ (توجهی، ۱۳۹۴: ۲۰۶) بر این اساس، عدالت و انصاف حکم می‌کند که شخص حقوقی در صورتی دارای مسئولیت کیفری باشد که نماینده قانونی آن، به نام او و در راستای منافع شخص مزبور، مرتکب جرم شود و حداقل از این سوء استفاده، فرض منافع برای او وجود داشته باشد. از سوی دیگر، اتخاذ دو موضع متفاوت در دو قانون متفاوت با پذیرش عبارت به کار رفته در متن ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی (... به نام یا در راستای منافع...) برای کلیه جرایم به هر میزان مجازات و خارج ماندن جرایم رایانه‌ای به اعتبار قانون خاص به لحاظ عبارت (...به نام و در راستای منافع...) قابل تأمل است. گذشته از استدلال مذکور، ضرورت ایجاد هماهنگی و انسجام نیز اقتضا دارد که مقنن در این ماده، بازنگری و در هر دو متن قانون رویه واحدی را اتخاذ کند.

۳.۱.۲.۲. اعمال شخص حقوقی (اعم از خصوصی یا دولتی) از نوع تصدی باشد:

در یک تقسیم‌بندی کلی اشخاص حقوقی به دو قسم، یعنی، اشخاص حقوقی حقوق عمومی^۱ و اشخاص حقوقی حقوق خصوصی تقسیم می‌شوند. به شرحی که آمد، تعداد رو به تزاید شرکت‌ها و اشخاص حقوقی، کثرت و نوع جرایمی که این اشخاص مرتکب می‌شوند و تعدد قربانیان ناشی از جرایم این دسته از اشخاص در حوزه‌های مختلف محیط زیست، صنعت، حمل و نقل، بهداشت و...

۱. اشخاص حقوقی حقوق عمومی مشتمل بر دولت و مؤسسات عمومی مستقل است. وزارتخانه‌ها نیز تقسیمات داخلی سازمان شخصیت حقوقی دولت را تشکیل می‌دهند. اما مؤسسات عمومی مستقل، واحدهایی هستند که از تابعیت مستقیم وزارت خانه‌ها خارج شده و شخصیت حقوقی دولتی پیدا کرده‌اند.

پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوق خصوصی را هموار کرده است (شریفی و همکاران، ۱۳۹۲: ۱۳۲). از این رو، اشخاص حقوق خصوصی، خواه با اهداف مادی و یا غیرمادی تشکیل شده باشند، از حیث مسئولیت کیفری برابرند. اما در خصوص اشخاص حقوقی عمومی، وضعیت به گونه‌ای متفاوت است. بدین شرح که دولت به‌عنوان عالی‌ترین سازمان‌بندی یا تشکیل قدرت، حافظ نظم جامعه و مجری حقوق جزا، مسئول اعمال مجازات و تنبیه مجرم است و از طریق اعمال حق حاکمیت، از جنبه قضایی مجرمین را تعقیب و مجازات می‌کند که یکی از ویژگی‌های روشن آن، اعمال قضا و حق دادرسی و فصل خصومت است. بنابراین، معقول و پذیرفتنی نیست که دولت، خود را تعقیب و مجازات کند و دادرس دادگاه که عضوی از اعضای حاکمیت دولت و مستخدم آن است، دولت را مورد مؤاخذه قرار دهد (فرج‌اللهی، ۱۳۹۱: ۱۱۸).

وانگهی، اجرای کیفرهایی چون انحلال و مصادره اموال، با اعمال حاکمیت دولت مغایر است. بنابراین اعمال چنین ضمانت اجرایی، در تغایر با فلسفه وجودی قدرت عمومی و تعطیل اختیارات آن خواهد بود. اما پذیرش مصونیت مطلق دولت موجب خواهد شد بسیاری از اشخاص حقوقی که متصدی اعمال دولتی مانند بانکداری، حمل و نقل، خدمات درمانی، عملیات بیمه‌ای و... هستند، از مسئولیت کیفری گریخته و امکان تعقیب آنان در صورت ارتکاب جرم میسر نباشد. بدین جهت، باید راه میانه و مقرون به صوابی را پیش گرفت و اعلام کرد در جایی که اشخاص حقوقی دولتی تصدی اعمالی مانند موارد مذکور را دارند، همانند اشخاص حقوقی خصوصی قابل تعقیب باشند. اما همیشه مرز بین اعمال حاکمیتی و اعمال تصدی به روشنی قابل شناسایی نیست. به‌ویژه در جایی که بعضی اعمال حاکمیتی مانند اداره زندان‌ها در برخی از کشورها به بخش خصوصی واگذار گردیده است (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۳: ۳۷۱). بعضی از وظایفی که مستلزم استفاده از اقتدار عمومی است، اساساً پاسخگوی نیازهایی هستند که نهادهای دولتی برای آن ایجاد گردیده‌اند. هدایت روابط خارجی، دفاع، حفظ نظم و وصول مالیات از ثابت‌ترین فعالیت‌های اداری محسوب می‌شوند و حتی در لیبرال‌ترین کشورها به دولت تعلق دارند. در این کشورها نیز هرگز پذیرفته نشده که حفظ نظم و امنیت عمومی به بخش خصوصی واگذار شود؛ ولی اعمال تصدی برخلاف اعمال حاکمیتی، قابل واگذاری به بخش خصوصی است که امروزه در بسیاری از کشورها از جمله ایران تحت‌عنوان سیاست خصوصی‌سازی مورد توجه واقع گردیده است. به‌عنوان مثال، اعمالی چون بانکداری، حمل و نقل، خدمات بیمه‌ای و... مظاهری از اعمال قابل تفویض به بخش خصوصی است. تبصره ۲ ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ اعلام می‌دارد: «مجازات موضوع این ماده در مورد اشخاص حقوقی دولتی و یا عمومی غیردولتی در مواردی که اعمال حاکمیت می‌کنند، اعمال نمی‌شود». مفهوم مخالف این ماده آن است که اشخاص مذکور چنانچه اعمال تصدی نمایند،

قابل مجازات نخواهند بود. تصمیم دولت آثار فراوانی را بر اعمال حاکمیتی و اعمال تصدی بر جای خواهد گذاشت؛ برای نمونه می‌توان به انتساب مسئولیت مدنی و جبران‌ها، لزوم پرداخت یا معافیت از هزینه دادرسی، نحوه استیفای مطالبات دولتی، وضع عوارض و از همه مهم‌تر انتساب مسئولیت کیفری اشاره کرد. به نظر می‌رسد برای نخستین بار در این زمینه، بند الف ماده ۶۴ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به تقسیم بندی اعمال حاکمیتی و اعمال تصدی و تفکیک آن‌ها از یکدیگر پرداخته است (قناد، اکبری، ۱۳۹۴: ۴۲).^۱ در حقوق انگلستان نیز این رویکرد قابل توجه است و برای نمونه وفق قانون قتل غیرعمد و آدم‌کشی شرکت‌ها مصوب سال ۲۰۰۷، مؤسساتی که در پیوست شماره یک این قانون نامشان ذکر گردیده و هر شرکتی که به‌عنوان پیمانکار از سوی دولت فعالیت می‌کند، از تعقیب کیفری به اتهام قتل غیرعمدی، مصون نیست (حسنی، ۱۳۸۹: ۲۱۲ و شریفی و همکاران، ۱۳۹۲: ۱۳۴).

۲.۲.۲. شرایط اختصاصی

در برخی از قوانین متفرقه، پاره‌ای شرایط خاص برای ارتکاب جرم توسط شخص حقوقی پیش‌بینی شده است که در ذیل به‌اختصار مورد اشاره قرار خواهد رفت:

۱.۲.۲.۲. موضوع جرم ارتكابی

موضوع ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی، کلیه جرایم را در بر می‌گیرد. اما قانون‌گذار در بسیاری از قوانین پیش و پس از انقلاب اسلامی، در موارد خاصی برای اشخاص حقوقی مجازات در نظر گرفته است. همان‌طور که در مباحث قبلی تحلیل شد، در این موارد باید به قوانین خاص مراجعه کرد. برای نمونه، جرایم رایانه‌ای که به‌واسطه رایانه انجام می‌گیرد، در قلمرو قانون جرایم رایانه‌ای قابل بحث است (زبیر، ۱۳۹۰: ۱۰). یا جرایم زیست‌محیطی (جرایمی که موضوع آن تخریب یا آلودگی

۱. این موضوع در برخی از آرای محاکم مورد استناد قرار گرفته است. به‌موجب دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۶۱۱۳۱۰۰۶۱۰ در پرونده کلاسه ۹۲۰۳۵۴ صادره از شعبه ۱۰۸ عمومی جزایی اهواز، شرکت‌های نفت و گاز کارون و مارون از اتهام ایجاد آلودگی هوا علی‌رغم صدور کیفرخواست دادسرای عمومی و انقلاب به استناد ماده ۱۲۹ قانون برنامه پنجم توسعه و ماده ۲ قوانین و مقررات مربوط به صنایع نفت و گاز پتروشیمی و ماده ۵ اساسنامه شرکت ملی نفت ایران مصوب سال ۱۳۵۶ و ماده ۱ اساسنامه شرکت گاز مارون که همگی حکایت از اعمال حق حاکمیت و مالکیت بر منابع نفت و گاز را دارد، تبرئه گردیدند. همان‌طور که ملاحظه می‌گردد، جهت جلوگیری از تشتت آرای قضایی، تعیین تکلیف این موارد به‌موجب قانون امری اجتناب‌ناپذیر است.

محیط زیست باشد)، در قلمرو قوانین زیست محیطی قابل بررسی خواهد بود^۱ (قاسمی، ۱۳۹۱: ۴۵). به همین ترتیب، در جرایم مربوط به قاچاق که موضوع آن مال یا منابع مادی بوده و یا قاچاق انسان که موضوع اصلی اش بهره‌کشی جسمی و جنسی از انسان است (زراعت، ۱۳۹۱: ۳۳۹) و... قوانین و شرایط خاص آن حاکم بر موضوع است. با این وصف چنانچه موضوع جرم ارتكابی، مشمول قوانین خاص مانند قوانینی باشد که پیش تر به آن اشاره شد، دیگر امکان استناد به قانون مجازات اسلامی وجود ندارد.

۲.۲.۲.۲. اوصاف مرتکب جرم

در پاره‌ای از قوانین و مقررات، وجود وصف خاصی مانند کارمند دولت^۲، نظامی بودن^۳، و کیل دادگستری^۴، سردفتری اسناد رسمی^۵ و... برای ارتکاب جرم ضروری دانسته شده است؛ از این رو چنانچه مرتکب، فاقد اوصاف مذکور باشد، جرم به لحاظ فقدان شرایط لازم، محقق نخواهد شد. به‌عنوان مثال اگر مدیر عامل (نماینده قانونی) یک شرکت دولتی (غیر تصدی‌گر) که خود از کارمندان دولت نباشد، وجهی را به‌عنوان رشوه از ارباب رجوع دریافت نماید - با توجه به اینکه وصف کارمند دولت بودن در جرم ارتشا، شرط ضروری تحقق جرم است - نمی‌توان او را به جهت فقدان یکی از شرایط اساسی تحقق جرم ارتشا، به‌عنوان مرتشی تحت پیگرد قرار داد. از آنجایی که مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در نظام حقوق کیفری ایران اشتقاقی بوده و فرع بر مسئولیت کیفری شخص حقیقی است، امکان تحقق جرم ارتشا و انتساب آن به شخص حقوقی قابل‌تصور نیست. البته قانون‌گذار در خصوص جرایم رایانه‌ای ارتکاب جرم از سوی کارمند شخص حقوقی بر پایه اطلاع یا عدم نظارت مدیر مربوطه را از جمله راه‌های انتساب جرم به شخص حقوقی دانسته است؛ مثلاً چنانچه کارمند یک شرکت دولتی (غیر تصدی‌گر) با اطلاع مدیر عامل شرکت مرتکب

۱. در پرونده کلاسه ۹۲۱۴۵۷ دادسرای عمومی و انقلاب شهرستان اهواز که منتهی به تعقیب هجده شرکت آلاینده هوا گردید، اقدامات شرکت‌های مذکور منتهی به تشدید آلودگی هوای شهر اهواز و باران‌های اسیدی ناشی از آن گردیده که منتهی به بیماری‌های ریوی هزاران نفر از شهروندان اهوازی گردید که با اقدام دادسرای مذکور برای شرکت‌های آلاینده هوا کیفرخواست صادر گردیده و سرانجام شعبه ۱۰۸ محاکم جزایی اهواز به استناد دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۶۱۱۳۱۰۰۰۴ نیز هریک از شرکت‌ها را به جزای نقدی و انتشار حکم در رسانه‌های جمعی محکوم می‌نماید.

۲. در جرایمی چون اختلاس و ارتشا موضوع قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا، اختلاس و کلاهبرداری مصوب سال ۱۳۶۷

۳. موضوع قانون جرائم نیروهای مسلح مصوب سال ۱۳۸۲

۴. ماده ۳۴ قانون وکالت مصوب سال ۱۳۱۵

۵. قانون ثبت اسناد و املاک مصوب سال ۱۳۱۰

جرم کلاهبرداری رایانه‌ای گردد، صرف‌نظر از این که مدیر عامل دارای چه اوصافی باشد، این جرم قابل انتساب به شخص حقوقی خواهد بود. لازم به ذکر است که قانون جرایم رایانه‌ای، قانون خاص بوده و شرایط آن قابل‌تعمیم به سایر قوانین و مقررات نیست.

۳.۲. نتیجه حاصل شده

نتیجه جرم، اثر طبیعی رفتار مجرمانه است و قانون‌گذار آن را تجاوز به حق یا مصلحتی می‌داند که مورد حمایت وی است (زراعت، ۱۳۹۱: ۱۴۴). بنابراین، نتیجه جرم دارای یک معنای مادی و یک معنای قانونی است؛ نتیجه مادی جرم، تغییر وضعیتی است که پیش و پس از ارتکاب جرم رخ می‌دهد؛^۱ مثلاً فوت شخص در اثر عدم نظارت کارفرما در یک پروژه ساختمانی. نتیجه قانونی جرم، تجاوز به مصلحت یا حقی است که مورد حمایت قانون کیفری باشد؛ مانند تجاوز به حق مالکیت در نتیجه تحقق کلاهبرداری. با این اوصاف، نتیجه‌ای که از جرایم اشخاص حقوقی حاصل می‌شود، اول: دارای آثار محسوس است، دوم: حقوق مشروع مورد پذیرش قانون‌گذار را نقض می‌کند. به همین جهت، جرایم اشخاص حقوقی می‌تواند دربردارنده آثار منفی وسیع در سطح خرد و کلان باشد. دامنه این عواقب و عوارض، از تأثیر بر سلامت اقتصادی کشورها تا اختلال در عملکرد شرکت‌ها و سازمان‌ها و کارکنان آن‌ها، تنزل ارزش بورس و اوراق قرضه، جرایم مربوط به وام‌های بانکی، تضعیف اطمینان سرمایه‌گذار و از بین رفتن سرمایه‌گذاری شخصی و... است (Price, Norris, 2009: 135). علاوه بر این، با توجه به مفهوم عام جرم در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی، امکان ارتکاب جرایم مطلق از ناحیه اشخاص حقوقی قابل‌تصور است.

۴.۲. رابطه سببیت^۲

رابطه سببیت میان رفتار فیزیکی و نتیجه مجرمانه، یکی از اجزای عنصر مادی جرم است. یعنی رابطه این دو، رابطه سبب و مسبب یا علت و معلول است، به گونه‌ای که اگر رفتار فیزیکی سبب حصول نتیجه نشود، موجب مسئولیت نخواهد بود. رابطه سببیت، امری است که باید اثبات گردد و اثبات آن بر عهده دادستان است. این رابطه معمولاً نحوه ارتکاب جرم و تحقق نتیجه آن را نشان می‌دهد. همچنین آن یک مسئله طبیعی و عرفی نیز هست. یعنی عرفاً باید میان رفتار فیزیکی و نتیجه، این رابطه وجود داشته باشد. به همین خاطر است که در قانون، احکام خاصی در این زمینه

۱. یکی از تقسیم‌بندی‌های مرتبط با نتیجه، تقسیم به جرم مطلق یا مقید است؛ از نظر عنصر مادی، جرم مقید جرمی است که تحقق آن در خارج نیاز به حصول نتیجه خاص دارد و از نظر عنصر معنوی، باید نتیجه خاصی قصد شود.

2. Causation

دیده نمی‌شود (زراعت، ۱۳۹۱: ۱۴۶). به عبارت دیگر، رابطه سببیت در رکن مادی ریشه دارد و واسطه ای است که فعل و نتیجه جرم را به هم پیوند می‌دهد؛ لکن احراز رابطه سببیت بین رفتار شخص حقوقی و خسارت وارده، قدری مشکل است. همچنین ابهامات و شبهاتی که درباره سببیت بین رفتار فیزیکی و جرایم اشخاص حقیقی وجود دارد، به مراتب در مورد اشخاص حقوقی پیچیده تر است؛ زیرا قانون گذار از رهگذر ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲، احراز مسئولیت فردی و اشتقاق آن به شخص حقوقی مربوطه را مسئول می‌داند. بدین معنا که شخص حقوقی هنوز از منظر قانون گذار کیفری ایران، موجودی فرضی است که فی نفسه و مستقل از اعضای خود نمی‌تواند مسئول شناخته شود. چنان که ملاحظه می‌شود، بر اساس این ماده، انتساب مطلق جرایم اعم از واجد یا فاقد عنصر روانی به شخص حقوقی ممکن دانسته شده و در این خصوص از مسئولیت مافوق و کارفرما بهره گیری شده است (شریفی و همکاران، ۱۳۹۲: ۶۵). اغلب در قتل و صدمات بدنی ناشی از حوادث عمومی، هم عوامل فردی آشکار و هم عوامل نهفته موجود در ساختار اشخاص حقوقی سهیم هستند. عوامل نهفته همان تصمیمات یا اقداماتی‌اند که نتایج زیان بار آن‌ها برای مدت طولانی آشکار نمی‌شود؛ بلکه در ترکیب با عوامل خاصی که آشکار هستند ظاهر خواهد شد و هرگاه بتوان صدمه وارده را به تقصیر یا قصوری در شخص حقوقی نسبت داد، می‌توان حکم به دیه یا خسارت علیه او داد (موسوی مجاب، رفیع زاده، ۱۳۹۴: ۱۹۳). در این مورد می‌توان به مسئولیت شرکت آب و فاضلاب شهریار به پرداخت دیه اشاره کرد. در این پرونده ۱ اداره مذکور در خیابان اصلی مبادرت به حفر چاله برای آب رسانی به منطقه فردوسی می‌کند؛ ولی بعد از حفر، بدون گذاشتن علائم هشداردهنده و پوشانیدن چاله، آن را رها می‌کند. در نتیجه راکب موتورسیکلت در شب به داخل گودال سقوط کرده و آسیب می‌بیند. دادگاه با توجه به قصور نماینده قانونی (رئیس اداره آبفا) و سوءمدیریت وی و نیز از آنجایی که اقدام مذکور به نام و در راستای منافع شخص حقوقی بوده است، نماینده قانونی و شرکت مذکور را مسئول دانسته و مشترکاً به پرداخت دیه محکوم می‌نماید.

خرده‌ای که می‌توان بر مقرر مزبور گرفت آن است که در انتساب عمل مجرمانه نماینده به شخص حقوقی، دستور یا رضایت مقامات عالی رتبه چنین شخصی را مؤثر در مقام نمی‌داند. به عنوان مثال، چنانچه مدیر عامل یک شرکت خصوصی که وی مجری مصوبات هیئت مدیره است، با فرض رضایت و یا دستور هیئت مدیره مبنی بر انجام اقدامات مجرمانه به نام یا در راستای منافع شرکت، موجبی برای مسئولیت شخص حقوقی نیست و صرفاً اقدامات مجرمانه مدیرعامل به عنوان نماینده قانونی می‌تواند برای شخص حقوقی مسئولیت ایجاد نماید؛ از این رو، قانون گذار مسئولیت کیفری

شخص حقوقی را بر پایه اصل موسع نمایندگی استوار نموده است. بنابراین، چون اشخاص حقوقی فاقد قوه ادراک هستند و از سوی دیگر، امکان رفتار فیزیکی از ناحیه ایشان متصور نیست، باید جرایم ارتكابی از سوی نماینده قانونی با تمام شرایطی که اشاره شد، محقق گردد. پس باید بین اقدامات نماینده قانونی و نتیجه حاصل از جرم در جرایم مقید، رابطه سببیت وجود داشته باشد. به عبارت دیگر، چنانچه اقدامات نماینده منتهی به نتیجه مجرمانه (در جرایم مقید) نگردد و یا نتیجه حاصل شده ناشی از اقدامات شخص نماینده نباشد، علی‌الاصول جرمی قابل انتساب به شخص حقوقی نخواهد بود؛ در قانون ایران باید رابطه سببیت در جرایم قابل انتساب به شخص حقوقی را در رفتار مجرمانه نماینده قانونی مورد واکاوی قرار داد.

۵.۲. شروع به جرم

مبحث «شروع به جرم» اشخاص حقوقی، در پایان بحث عنصر مادی جرایم ایشان است؛ از آن رو که شروع به جرم، در واقع یک جرم ناتمام است. یعنی متهم، قصد ارتکاب جرمی را کرده و در راستای تحقق بخشیدن به آن نیز تلاش نموده، ولی عنصر مادی ناتمام مانده و او موفق به اتمام جرم نشده است (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۲: ۱۰۰). مسیر مجرمانه، دارای مراحل است که در چند مقطع کلی قابل بررسی است؛ در نخستین مرحله از فرآیند یک پدیده جنایی، اندیشه مجرمانه در ذهن مرتکب ظاهر می‌شود (خاطری، ۱۳۸۷: ۱۷). بسیاری از حقوق دانان در این زمینه اتفاق نظر دارند که فکر و قصد مجرمانه، موجب مسئولیت کیفری نمی‌شود (فتحی، ۱۳۹۱: ۹). مرحله بعد، تهیه مقدمات یا مرحله مقدماتی است. مرحله سوم، شروع به ارتکاب جرم است که در آن، مرتکب با وسایلی که تهیه نموده است، در صدد اجرای نقشه قبلی خود برمی‌آید. در شروع به جرم، حتماً باید قصد و نیت ارتکاب جرم تام وجود داشته باشد؛ هرچند در این مرحله، هنوز اعمال مادی جرم تکمیل نشده است؛ بنابراین، باید عامل دومی در کنار سایر اقدامات وجود داشته باشد که در قضاوت عرف نسبت به قبح عمل مؤثر باشد (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۲: ۱۰۱). به همین دلیل است که در جرایم غیر عمدی، شروع به جرم قابلیت تحقق ندارد.

قانون گذار در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲، قواعد مربوط شروع به جرم را ضابطه مند کرده است. در این قانون، برخلاف قوانین قبلی که شروع به جرم جز در موارد خاص جرم‌انگاری نشده بود، اصل را بر جرم بودن آن قرار داده است (مصدق، ۱۳۹۲: ۲۴۱)؛ اما در مورد اشخاص حقوقی، ضابطه ای ارائه نمی‌کند و به عبارت بهتر، قائل به شروع به ارتکاب جرم توسط شخص حقوقی نیست. این امر را می‌توان از صدر ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی که به عبارت «هر کس» اشاره دارد، استنباط کرد. با این وجود، با فرض پذیرش نظریه نمایندگی، می‌توان قائل به بحث

شروع به جرم برای اشخاص حقوقی شد؛ به طوری که نماینده قانونی چنانچه به نام یا در راستای منافع شخص حقوقی قصد ارتکاب جرمی نموده و وارد مرحله اجرایی گردد، می توان گفت که شروع به جرم از سوی شخص حقوقی ارتکاب یافته است. ولی این نظر در حد یک فرضیه باقی می ماند؛ زیرا با ملاحظه ماده ۱۲۲ که در بندهای الف و ب به جرایم ارتكابی اشاره دارد، مجازات شروع به ارتكاب جرم در این جرایم، از نوع حبس در نظر گرفته شده که امکان اجرای آن در مورد اشخاص حقوقی وجود ندارد. اما بند (ب) این ماده اشاره نموده است: «در جرایمی که مجازات قانونی آن ها شلاق حدی یا حبس تعزیری درجه پنج است، به حبس تعزیری یا شلاق یا جزای نقدی درجه شش محکوم خواهد شد». در رابطه با این ماده، به نظر می رسد چنانچه شخص حقیقی به نام یا در راستای منافع شخص حقوقی، مرتکب شروع به کلاهبرداری شود، امکان مجازات شخص حقوقی به جزای نقدی درجه شش قابل تصور باشد. همچنین در جرایم گسترده و سنگین اشخاص حقوقی (که بعضاً می تواند کیفرهای سنگینی در بر داشته باشد)، مانند جنایت علیه تمامیت جسمانی اشخاص، جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی کشور، اخلال در نظام اقتصادی، پخش مواد سمی و میکروبی و خطرناک، جرایم زیست محیطی و... عدم تعیین مجازات برای شروع به جرم، منطقی به نظر نمی رسد. از سوی دیگر با توجه به استدلال فوق، قائل بودن به مجازات برای اشخاص حقوقی در جرایم سبک تر بدون جرم انگاری در جرایم سنگین تر قابل توجیه نیست.

۶.۲. معاونت و مشارکت در جرم

در تمامی نظام های حقوقی، کسانی که در ارتکاب عمل مجرمانه به مباشر جرم کمک می نمایند نیز قابل مجازات هستند؛ برای نمونه، در تمام جرایم سازمان یافته، مجرمین قادر به تأسیس شرکت هایی برای پیشبرد اهداف خود یا پول شویی حاصل از جرم هستند و غالباً تحت پوشش شرکت های مختلف به فعالیت های پنهانی خود ادامه می دهند. امروزه جرم سازمان یافته به شاخه عظیمی از تجارت بدل شده و درآمد حاصل از آن، سرمایه غیرقانونی عظیمی را پدید آورده است. بنابر تخمین ها، این جرایم حدود ۲۰ درصد از کل تجارت جهان را تشکیل می دهند. قاچاق مواد مخدر، انسان، فحشا، اعضای بدن و... نمونه هایی از این قبیل جرایم هستند که غالباً فراسوی مرزهای یک کشور، با همکاری چند شرکت با تابعیت های مختلف و تحت یک سازمان و تشکیلات پیچیده صورت می پذیرند (Newburn, 2007, p:22).

معمولاً در خصوص این دسته از جرایم، چند شرکت تحت عناوین گوناگون با یکدیگر مشارکت می نمایند. اما به موجب مواد ۱۲۵ و ۱۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ که در مقام بیان مفاهیم شرکت و معاونت در جرم است، ضابطه شرکت در جرم -وفق ماده ۱۲۵ قانون مذکور-

استناد رفتار مجرمانه به شرکای جرم تلقی گردیده است. به همین جهت، در صدر ماده ذکر شده است: «هر کس با شخص یا اشخاص دیگر در عملیات اجرایی جرمی شرکت کند...». با توجه به عبارت ظاهری ماده ۱۲۵ قانون مذکور، شرکت و مشارکت چند شخص حقوقی در ارتکاب جرم در نظام حقوقی ایران پذیرفته نیست؛ زیرا عبارت «هر کس» در ابتدای ماده، ناظر به شخص حقیقی مرتکب جرم است البته ممکن است با تفسیری منطقی عبارت هر کس را، «هر شخص» توصیف و مشمول اشخاص حقوقی نیز کرد؛ زیرا آنچه در خصوص شرکت در جرم ملاک است، دخالت در عملیات و انتساب جرم به دو یا چند مرتکب است که این مهم، چه از سوی دو یا چند شخص حقیقی و چه از سوی دو یا چند شخص حقوقی و چه با تشریک مساعی اشخاص حقیقی و حقوقی به صورت توأمان میسر است. مثل این که دو شرکت «الف» و «ب» در قاچاق انسان یا پول شویی و یا شخص حقوقی «الف» و شخص حقیقی «ب» در تحقق قتل غیر عمد مشارکت کنند. یا شخص «ج» در اثر مصرف داروی فاسد شرکت «الف» (که بر اثر تقصیر تولید شده) و شربت آلوده تولیدی شخص حقیقی «ب» که بر اثر عدم رعایت ضوابط تهیه شده، فوت کند. در هر حال نقص و ابهام قانون در این زمینه مشهود است.

از سوی دیگر معاون جرم کسی است که بدون شرکت در عملیاتی که جرم را مستند به رفتار وی سازد، به مجرم کمک کرده و وقوع جرم را تسهیل می‌کند. معاونت در جرم هم در قبل و هم در حین ارتکاب جرم، قابل تصور است. با توجه به ماده ۱۲۶ قانون، مصادیق معاونت در جرم در ارتباط با معاونت شخص حقوقی در سه بند ذکر شده است و در ابتدای هر سه بند به عبارت «هر کس» اشاره دارد که آن نیز ناظر به شخص حقیقی است. البته صرف نظر از این موضوع که در فوق نیز مورد اشاره قرار گرفت، می‌توان برای عدم تحقق معاونت در جرم توسط اشخاص حقوقی، به دلیل قوی‌تر دیگر استناد جست و آن توجه به کیفرهای مندرج در بندهای ذیل ماده (۱۲۷) قانون مجازات اسلامی و عدم امکان اعمال آن‌ها در مورد اشخاص حقوقی است. زیرا، مجازات معاونت، حسب بندهای الف، ب و پ، همگی، حبس و شلاق بوده که صرفاً قابلیت اعمال در خصوص اشخاص حقیقی را دارند. از اطلاق بند ت نیز به دشواری می‌توان مجازات اشخاص حقوقی معاون را برداشت کرد؛ چراکه با توجه به تبصره ۱ ماده مذکور، لازم است مجازات معاون از جنس مجازات اصلی باشد. یعنی باید مجازات اصلی شخص حقوقی، مبنای تعیین مجازات معاون باشد که تحقق این امر به دشواری ممکن است. بنابراین باید نتیجه گرفت که اشخاص حقوقی به عنوان معاون جرم در نظام حقوقی ایران، قابل تعقیب نیستند. از این رو، اهمیت و ضرورت جرم‌انگاری معاونت و مشارکت در جرم به‌ویژه در جرایم سازمان‌یافته و فراملی، مانند انواع قاچاق‌های مواد مخدر، انسان،

فحشا، جرایم اقتصادی و... که چندین شرکت با یکدیگر در ارتکاب جرم مشارکت یا معاونت می‌کنند، احساس می‌گردد.

۳. رکن معنوی^۱

عنصر روانی یک حالت ذهنی قابل سرزنش است (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۲: ۱۴) و بدون وجود آن، امکان تحقق جرم وجود نخواهد داشت. به عبارت دیگر، برای تحقق جرم، نقض اوامر و نواهی قانون گذار به تنهایی کافی نیست و باید فعل یا ترک فعل، نتیجه مورد خواست و اراده فاعل باشد (اردبیلی، ۱۳۹۳: ۳۲۶). اما وضعیت عنصر روانی در مورد اشخاص حقوقی به گونه دیگری است و اصولاً مسئولیت کیفری متوجه کسی می‌شود که ارکان مادی و معنوی جرم را انجام داده باشد (Husak, 1995: 213). توضیح آنکه با وجود ضروریات اجتماعی و بر مبنای نظریه نمایندگی (که این نظر به نوعی به تأیید قانون گذار ایران رسیده است)، گاه مسئولیت بر اشخاصی بار می‌شود که هیچ نقشی در شکل گیری اجزای جرم نداشته‌اند. به عبارت دیگر، اشخاص حقوقی با توجه به ماهیت فرضی و اعتباری خود، نمی‌توانند مانند اشخاص حقیقی عناصر ارتكابی اعم از ارکان مادی و معنوی جرم را به وجود آورند، مگر این که جرم به وسیله نمایندگان آن‌ها ارتکاب یافته باشد (Wells, 2011: 94). با وجود این نظریه، مشکل انتساب عنصر روانی و مادی به شخص حقوقی مرتفع می‌گردد (شریفی و همکاران: ۶۱). پس باید عنصر روانی جرایم اشخاص حقوقی را در نماینده قانونی شخص حقوقی جستجو نمود.

بنابراین نماینده قانونی باید دارای عنصر روانی لازم در ارتکاب جرم (اعم از عمدی و غیر عمدی) باشد. یعنی در جرایم عمدی، دارای اراده و آگاهی لازم به پیامد و نامشروع بودن عمل خود و در جرایم غیر عمدی نیز دارای خطای جزایی اعم از بی احتیاطی و بی مبالاتی باشد. از این رو، با پذیرش نظریه نمایندگی در مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، می‌توان این گونه نتیجه گرفت که فقدان عنصر روانی در نماینده قانونی، موجب عدم توجه مسئولیت به شخص حقوقی می‌گردد. در این زمینه اشاره به موضع حقوق انگلستان از باب مطالعه تطبیقی مفید خواهد بود. به این شرح که گاه به رغم عدم تقصیر شخص حقیقی، شخص حقوقی واجد مسئولیت کیفری خواهد بود و آن موقعی است که سیاست و فرهنگ شخص حقوقی، موجبات ارتکاب جرم را فراهم کرده باشد. در این حالت، هر مدیر و کارمندی که مشغول به کار شود، محکوم به پیروی از این رویه جرم‌زا خواهد بود. بر این اساس، مادام که خط مشی و سیاست جرم‌زای شخص حقوقی تغییر نکند، همچنان ارتکاب جرم از ناحیه این شخص استمرار خواهد داشت. در این حالت است که می‌توان گفت: رکن معنوی

1. Mens Rea

جرم، چیزی جز سیاست و خط مشی شخص حقوقی نیست و در نتیجه اشخاص حقیقی به عنوان نماینده قانونی با اثبات اینکه اقدام فرد خاطی، خودسرانه و در تعارض آشکار با سیاست های شخص حقوقی داشته است، می‌توانند از خود رفع مسئولیت نمایند (شریفی، ۱۳۹۲: ۸۵). متأسفانه این مهم، مورد توجه قانون‌گذار ایران قرار نگرفته، حال آن‌که در نظام‌های حقوقی ای چون انگلستان، مورد اهتمام واقع گردیده است.

نتیجه‌گیری

مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی به جهت‌های گوناگون از جمله فقدان عنصر مادی و معنوی، اصل شخصی بودن مجازات و... در نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف با چالش مواجه بوده است. تا اوایل قرن بیستم، تأثیر دیدگاه‌های مخالف بر نظام‌های حقوقی به گونه‌ای بود که پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص موصوف را دچار تردید می‌کرد. اما از نیمه قرن مزبور و در پی گسترش دامنه فعالیت‌های اشخاص حقوقی به‌ویژه شرکت‌ها و ظهور جرایم سازمان‌یافته، علیه محیط زیست، در حوزه صنعت، اقتصاد، حمل و نقل و بهداشت و همچنین با توجه به افزایش شمار، گستردگی و گوناگونی جرایم ایشان، این تردید کنار گذاشته شد.

نظام حقوقی ایران از سال ۱۳۰۴ تا ۱۳۸۸ هیچ‌گاه به طور یک قاعده به مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی توجه نکرده بود؛ تا این که در سال ۱۳۸۸ با وضع قانون جرایم رایانه‌ای، برای نخستین‌بار به‌طور ضابطه‌مند مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی مطرح شد. در سال ۱۳۹۲ قانون‌گذار با تعمیم مسئولیت کیفری به کلیه جرایم اشخاص حقوقی، تمامی تردیدها در این زمینه را پایان داد. علی‌رغم وجود نظریه‌های مختلف در حقوق کشورهای مختلف از جمله انگلستان که به‌مناسبت در این مقاله مورد اشاره قرار گرفت، قانون‌گذار ایران مسئولیت اشتقاقی را برای اشخاص حقوقی مورد پذیرش قرار داده است. به بیان دیگر، وجود مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی، فرع بر ارتکاب جرم از سوی آنان است. از آنجایی که امکان ارتکاب جرم از سوی اشخاص حقوقی وجود ندارد، قانون‌گذار ایران با پذیرش مسئولیت مذکور برای اشخاص حقوقی، این امکان را از طریق نماینده قانونی - که متأسفانه تعریف دقیقی در نظام حقوقی ایران ندارد و حسب مورد باید به قوانین مربوطه یا اساس‌نامه شخص حقوقی رجوع گردد - میسر ساخته است. یعنی قانون‌گذار ایران تابع نظریه نمایندگی بوده، برخلاف نظام حقوقی انگلستان از نظریه فرهنگ سازمانی تبعیت نکرده است. همچنین عنصر قانونی این دسته از اشخاص در قوانین خاص مانند جرایم رایانه‌ای یا قاچاق انسان و در قوانین عام مانند قانون مجازات اسلامی مورد توجه قرار گرفته است که با توجه به عام بودن قانون مجازات اسلامی و خاص بودن سایر قوانین، باید برای تعیین ارکان متشکله و

همین‌طور مجازات این دسته از اشخاص، به قوانین خاص رجوع کرد. پس قوانین خاص کماکان در خصوص اشخاص حقوقی به قوت خود باقی هستند؛ با این حال امکان ارتکاب بسیاری از جرایم از ناحیه اشخاص حقوقی امکان‌پذیر نیست. به‌عنوان مثال، می‌توان جرایم مشمول حد و قصاص را از این دسته از جرایم برشمرد. ولی ارتکاب جرایم مشمول مجازات تعزیر و دیات را می‌توان از ناحیه آنان امکان‌پذیر دانست.

عنصر مادی جرایم این دسته از اشخاص، بر مبنای عنصر مادی جرم نماینده قانونی مورد ارزیابی و تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد؛ با این توضیح که چون در نظام حقوقی ایران، مسئولیت کیفری شخص حقوقی بر مبنای نظریه نمایندگی است، باید ارکان سازنده این جرم را در شخص حقیقی نماینده جستجو کرد. بنابراین رکن مادی جرم که دربرگیرنده رفتار فیزیکی و شرایط و اوضاع و احوال ارتکاب آن و همین‌طور نتیجه حاصله است، باید به‌طور کامل در شخص حقوقی مورد توجه قرار گیرد. قانون‌گذار علاوه بر شرایط عمومی رکن مادی، شرایط خاصی را برای انتساب رفتار مجرمانه به شخص حقوقی مورد توجه قرار داده است. به عبارت دیگر، برای اثبات این عنصر، افزون بر انجام رفتار مجرمانه اعم از فعل یا ترک فعل، جرم ارتكابی باید به نام یا در راستای منافع شرکت و توسط نماینده قانونی تحقق یافته باشد. البته این موضوع در قانون جرایم رایانه‌ای با حرف عطف «و» آورده شده است که اصولاً منطقی‌تر است و شرط دیگر این است که اعمال شخص حقوقی از نوع اعمال حاکمیتی نباشد. نکته مهم و حائز اهمیت در رکن مادی، وجود رابطه سببیت بین رفتار ارتكابی و نتیجه حاصله است؛ از آنجایی که نماینده قانونی به نمایندگی از شخص حقوقی مرتکب جرم می‌گردد، باید برای انتساب جرم به شخص حقوقی رابطه سببیت را در رفتار نماینده قانونی جستجو کرد، یعنی اگر رابطه علیت بین رفتار نماینده و نتیجه حاصله یافت نشود، نمی‌توان جرمی را منتسب به شخص حقوقی دانست. از این رو با مجموعه کل این شرایط می‌توان قائل به انتساب رفتار مجرمانه به شخص حقوقی گردید.

باوجود اهمیت موضوعاتی چون شروع به جرم و شرکت و معاونت در جرم، قانون‌گذار ایران در قوانین خود چنین موضوعاتی را برای این دسته از اشخاص پیش‌بینی نکرده است. ولی با تفسیر قوانین موجود می‌توان اعلام کرد که شروع به ارتکاب جرم و معاونت در آن از ناحیه این دسته از اشخاص امکان‌پذیر نیست؛ اما چه‌بسا بتوان با تفسیر منطقی از متن قانون، امکان مشارکت چند شخص حقوقی را در ارتکاب جرم قابل‌تصور دانست. مسلماً تصریح قانون‌گذار در این زمینه بر این تفسیر ترجیح دارد.

عنصر معنوی این دسته از اشخاص نیز بر اساس نظریه نمایندگی برگرفته از عنصر روانی نماینده قانونی مرتکب جرم است. البته بر اساس آنچه بیان گردید و در مقام تحلیل نظری عنصر

روانی، شاید بتوان برای احراز آن از تشخیص عرف و به عبارتی معیارهای نوعی مدد جست. مسلماً دنیای پیچیده علم و فناوری و توسعه صنایع گوناگون و گسترش اغلب این گونه فعالیت‌ها در قالب اشخاص حقوقی، اقتضا می‌نماید که مبانی نظری در باب عنصر روانی اشخاص حقوقی در جهت تبیین و تحلیل موضوع، از نظریات سنتی در این باب فاصله بگیرد.

بررسی پرونده های آلودگی هوای شهر اهواز، خون های آلوده، حادثه بیمارستان خمینی شهر حکایت از این دارد که سیاست جنائی قضائی هنوز بطور کامل در راستای سیاست جنائی تقنینی قرار نگرفته است. البته تحول پدید آمده در زمینه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ زمینه ساز تحول در رویه قضائی شکل گرفته در این خصوص خواهد بود.

پیشنهادها

۱) قانون مجازات اسلامی بدون هیچ قید و شرطی، کلیه جرایم را در مورد اشخاص حقوقی متصور دانسته است. بنابراین قانون گذار می‌بایست این اطلاق را مقید و جرایم این اشخاص را به نحو شایسته احصا نماید و موضوع معاونت و مشارکت در ارتکاب جرم توسط اشخاص حقوقی را نیز مورد تبیین و تصریح قرار دهد.

۲) شناسایی ارکان جرایم اشخاص حقوقی، مستلزم اتخاذ سیاست جنایی منسجم در خصوص مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی است. پیش بینی شخصیت مستقل از مدیران و نمایندگان قانونی همچون حقوق انگلستان در نظام حقوقی ایران امری ضروری و غیر قابل اجتناب است.

۳) همان طور که اشاره گردید، در قوانین ایران تعریف دقیقی از شخص حقوقی ارائه نشده است و با توجه به اینکه برخی از شخصیت‌های حقوقی دارای وضعیتی نامشخص به لحاظ دولتی یا غیردولتی و بعضاً تلفیقی از هر دو هستند، ضرورت دارد قانون گذار در اصلاحات بعدی قانون، تعریف دقیقی از شخص حقوقی ارائه دهد و راه را برای تفاسیر مختلف ببندد.

۴) قانون گذار تعریفی از نماینده قانونی ارائه نکرده است و این امر موجب فرار از مسئولیت کیفری در سلسله مراتب اداری شده است. از این رو می‌بایست «نماینده قانونی» اشخاص حقوقی به روشنی تعریف شود؛ به گونه‌ای که شامل افراد غیرمدیر در اشخاص حقوقی نیز گردد.

۵) قانون گذار می‌بایست برای جلوگیری از تحمیل بی‌جهت مسئولیت کیفری و یا تشتت آرا در مورد اشخاص حقوقی، تفاوت در بیان و نگارش قانون‌های مجازات و جرایم رایانه‌ای را در خصوص دو حرف «یا» و «و» به شرحی که بیان شد، مرتفع نماید. به گونه‌ای که در اصلاحات بعدی در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲، حرف «یا» را به «و» تبدیل

نماید که علاوه بر یکسان‌سازی قوانین و جلوگیری از تفسیرهای متفاوت، مانع از گسترش بی‌جهت مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی گردد.

۶) با توجه به رو به تزاید بودن این دسته از اشخاص و با وجود شرکت‌های چند ملیتی که بعضاً دارای شعبات مختلفی در کشورهای مختلف هستند، پیش‌بینی موضوع شرکت و معاونت در جرم توسط شخص حقوقی بیش از پیش نمایان می‌گردد.

۷) با توجه به گسترده بودن آثار جرایم این دسته از اشخاص و ضرورت توجه به اینکه شروع به ارتکاب جرم توسط این دسته از اشخاص نیز می‌تواند تبعات گسترده‌ای بیش از اشخاص حقیقی مرتکب جرم داشته باشد، از این رو پیش‌بینی شرایط تحقق شروع به جرم توسط شخص حقوقی و نیز مجازاتی متناسب با این پدیده، امری ضروری است.

منابع

- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۳)، **حقوق جزای عمومی**، چاپ سی و دوم، جلد دوم، تهران: نشر میزان.
- اکبری، مسعود و قناد، فاطمه (۱۳۹۴)، «مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حال تصفیه»، **نشریه حقوق دادگستری**، شماره ۹۱، ص ۵۶-۳۷.
- توجهی، عبدالعلی (۱۳۹۴)، **آسیب‌شناسی قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲**، چاپ اول، تهران: نشر مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
- پوربافرانی، حسن و سیفی، مهدیه (۱۳۹۴)، «گونه‌شناسی مجازات شخص حقوقی»، **نشریه آموزه‌های حقوق کیفری**، شماره ۹، ص ۱۲۸-۱۰۱.
- حسینی، محمدحسن (۱۳۸۸)، «مطالعه تطبیقی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قتل و صدمات بدنی در حقوق ایران و استرالیا»، رساله دکتری دانشگاه شهید بهشتی.
- خاطری، برهان (۱۳۸۷)، **فرآیند تکوین جرم**، چاپ اول، تهران: نشر خرسندی.
- روح‌الامینی، محمود، «دگرگونی‌های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در نظام حقوقی فرانسه»، **مجله فقه و حقوق**، سال چهارم، شماره ۱۶، ص ۱۵۹-۱۱۷.
- زبیر، اولریش (۱۳۹۰)، **جرایم رایانه‌ای**، ترجمه محمدعلی نوری، چاپ دوم، انتشارات گنج دانش.
- زراعت، عباس (۱۳۹۱)، **حقوق کیفری اقتصادی**، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
- زراعت، عباس (۱۳۹۲)، **حقوق جزای عمومی ۱ و ۲**، چاپ اول، تهران: نشر جنگل.
- زراعت، عباس (۱۳۹۲)، **شرح مختصر قانون مجازات اسلامی**، چاپ اول، تهران: نشر ققنوس.
- زراعت، عباس (۱۳۹۳)، **شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی**، جلد دوم، تهران: نشر جاودانه.



- شامبیاتی، هوشنگ (۱۳۸۰)، **حقوق جزای عمومی**، جلد ۲، چاپ دهم، تهران: انتشارات ژوبین.
- شریفی محسن و حبیبزاده جعفر، «دگرگونی‌های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در ایران»، **مجله حقوقی دادگستری**، شماره ۸۲، ص ۱۵۹-۱۱۷.
- شریفی، محسن، و حبیبزاده جعفر (۱۳۹۲)، «انتساب مسئولیت کیفری به اشخاص حقوقی در نظام کیفری ایران و انگلستان»، **نشریه آموزه‌های حقوق کیفری**، شماره ۶، پاییز- زمستان، ص ۵۷-۸۸.
- شریفی، محسن (۱۳۹۴)، **مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق ایران و انگلستان**، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- صفار، محمد جواد، (۱۳۹۰)، **شخصیت حقوقی**، چاپ اول، تهران: انتشارات بهنامی.
- فرج‌الهی، رضا (۱۳۸۸)، **مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق فرانسه**، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- فتحی، محمدجواد (۱۳۹۱)، «**رأیه معیار تشخیص جرایم ناتمام**»، **نشریه حقوقی دادگستری**، شماره ۷۷، ص ۳۳-۹.
- قاسمی، ناصر (۱۳۹۱)، **حقوق کیفری محیط زیست**، چاپ اول، تهران: نشر خرسندی.
- مصدق، محمد (۱۳۹۲)، **شرح قانون مجازات اسلامی با رویکرد کاربردی**، چاپ اول، تهران: نشر جنگل.
- میرمحمد صادقی، حسین (۱۳۹۰)، **تحلیل مبانی حقوق جزای عمومی**، چاپ اول، تهران: نشر جنگل.
- میرمحمد صادقی، حسین (۱۳۹۲)، **جرایم علیه اشخاص**، چاپ دوازدهم، تهران: نشر میزان.
- میرمحمد صادقی، حسین (۱۳۹۲)، **جرایم علیه آسایش و امنیت عمومی**، چاپ دوازدهم، تهران: نشر میزان.
- محسنی فرید (۱۳۸۹)، «**تحولات مسئولیت کیفری شرکت‌ها (از نظر تا عمل)**»، **نشریه دیدگاه‌های حقوق قضایی**، شماره ۵۱، ص ۳۱-۱.
- محسنی، فرید (۱۳۹۱)، «**جرایم شرکتی از دیدگاه جرم‌شناختی**»، **نشریه دیدگاه حقوق قضایی**، شماره ۵۹، ص ۱۵۶-۱۳۱.
- موسوی مجاب، سید درید و رفیع‌زاده، علی (۱۳۹۴)، «**دامنه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی**»، **نشریه پژوهش حقوق کیفری**، شماره سیزدهم، ص ۱۶۹-۱۴.

موسوی مجاب، سید درید و رفیع زاده، علی (۱۳۹۴)، «ضمانت اجرای جرایم اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲»، نشریه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۹، ص ۱۸۵-۲۰۶.

Freiberg, Arie (2000), Sentencing **white Collar crime**, retrieved: in 2012/4/2, in: <http://www.aic.gov.an> –

Hetzer, Wolfgang (2007), **Corruption as Bussiness Practic? Corporate Criminal Liability in the European Union.**

Husak, Douglas N., (1995), "The Nature and Justifiability of No consummate **Offence**", Arizona Law Review, Vol37, ,p213

Newburn, Tim (2007), **Criminology, 1st ed.USA**, Willan Publishing.

Nanda, Ved P., (2011), **Corporate Criminal Liability in the United State**, Spring science & Business Media B. V.

Price, Merlyn, Norris, Dona M (2009), **White Collar crime: Corporate and Securities and commodity fraud**, Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online, vol.37, No.4.

Sahlool, Jalal Hashim, (2013), **Corporate Criminal Liability: A comparison between the law in the United States and Saudi**, thesis of phd, University of Kansas, Apr. 1.

Sepiwall, Amy, (2015), **Crossing The Fault Line in Corporate Criminal Law**, Journal of Corporation Law, Winter, Issue2

Uhiman, David, (2015), **The Pendulum Swing: Reconsidering Corporate Criminal prosecution**, UC David law Review, No4.

Wells, Celia (2011), **Corporate Criminal Liability in England and Wales, Present and Future**, Springer Science & Business Media B.V.



University of Guilan

11

Criminal Law Research

Vol. 8, No. 2, (Serial 16)

Fall 2017 & Winter 2018



Iranian association of penal law

Criticizing the Iranian Criminal Legislator's Attitude Concerning how Criminal Conduct is Supposed to be Attributed to Legal Entities

Amin Nikoomanzari¹
Dr. Farid Mohseni²✉

Received: 2015/8/27

Accepted: 2017/12/27

Regarding the criminal liability “legal persons” in the Iranian criminal legal system, there have been some changes according to the social, political, economic and cultural realities, which have turned legislators’ attention and thoughts to criminalization of legal entities’ conduct. Traditionally, crimes consist of three elements: legal, psychological and material that are essential to be realized and proved for the criminal liability of legal persons. The current study states the fact that the crimes committed by these persons in the Iranian criminal justice system are totally dependent on the deeds of their managers and administrators. Hence, the crimes committed by legal entities can be considered as a function of criminal behavior of real persons.

Key words: *Legal persons, Legal representative, Elements of the crimes, Criminal conduct, Islamic penalty.*

1. Ph.D Student of criminal law and criminology, Shahid Beheshti University.

2. Assistant Professor, University of Judicial Sciences and Administrative Services.

mohseni@afra.net.com ✉



University of Guilan

10

Criminal Law Research

Vol. 8, No. 2, (Serial 16)

Fall 2017 & Winter 2018



Iranian association of penal law

The Requirements of a Protective Criminalization for Street Children

Dr. Rahim Nobahar^{1✉}
Fatemeh Saffari²

Received: 2016/8/13

Accepted: 2018/1/8

Street children are among the vulnerable social groups and exposed in danger of different types of abuses. They need a variety of protections including legal support. Criminalization of some behaviors in the framework of the standards and principles of criminalization is one aspect of this legal protection. For this protection to happen, it is necessary first to realize the more harmful behaviors against street children. The criminalization, however, is not sufficient in itself, and quality of criminalization is more important than the criminalization. This article supports criminalization of some more important examples of misbehaviors with street children like bad guardianship, economic exploitation, sexual abuse, human trafficking and threatening them to avoid complaint against these mistreatments. The article also discusses some qualifications of criminalization in this field like recognition of public aspect of crimes against street children and outlining a system of proof in which all benefits and interests of the street children are secured.

Key words: *Street children, Criminalization, Interest of street children, Victimization, Criminal protection.*

1. Associate Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University

r-nobahar@sbu.ac.ir ✉

2. Phd Candidate, Faculty of Law, Shahid Beheshti University



University of Guilan



Iranian association of penal law

An Analysis of the Interference of Qisas in Organ with Qisas in Person (Subject of Articles 296-299 of 2013 IPC)

Dr. Hamid Masjedsaraie¹✉
Dr. Saeid Molavi Vardanjani²

Received: 2016/5/2

Accepted: 2018/1/8

By virtue of the Articles 296-299 of IPC, if the perpetrator commits several crimes to the organs of a person by one or more than one strikes, the latter shall be subject to qisas in person or qisas in person plus qisas in organ and in some cases the latter shall be subject to payment of full Diyah. However, there are other punishments provided under fiqh as well, which are sometimes more consistent with principles of penal law and the provisions of the Qur'anic Verses, Hadiths and usual Amaliyah. Now the question is if the said items are consistent the propositions of the Islamic fiqh. Given the necessity of consistence of the penal laws with Shariah, Seeking to legitimize the rules of penal code, this paper aimed to amend the above mentioned articles of law and proved that except for the ambiguity involved in the Article 298, this article and the Article 297 are not inconsistent with the credible fiqh authorities. However, the generality of the Article 296 and the provisions of Article are not defensible and must be amended on the basis of the strength of most of the evidence provided by the opponents.

Key words: *Non-interference, Qisas in organ, Qisas in person, Several strikes, Multiple crimes.*

1. Associate Professor, Semnan University

h_masjedsaraie@profs.semnan.ac.ir ✉

2. assistant Professor, Shahrekord University

Elected Prosecutor: Basics and Historic Grounds

Mohammad Matin Parsa¹
Dr. Mahdi Sheidaei²✉

Received: 2015/6/6

Accepted: 2017/12/27

It has only passed a few centuries since the emergence of prosecutor's office as the institution to prosecute crimes. This French institution with medieval roots was incrementally developed and evolved like many other institutions. During human history and in different countries, irrespective of their prosecutor's office system, the prevailing way to choose the prosecutor was selection. The way to choose the prosecutor is important due to his paramount authorities and influence. Such high importance in judicial system convinced US legal system to use a unique way to choose the prosecution officials: elections. USA is the only nation in the world in which voters elect the prosecutor. Question: how such position is formed while there is no similar position like it in the world? The present paper initially investigates historic grounds and political contexts to expound the evolution of prosecutor's position in the USA from a general prosecution position, to a local official and then to a public local prosecution authority. Then by considering the same historic trend, it introduces such aims as securing the independence of prosecutor's office authorities, prosecutor's more responsiveness to local jurisdiction and more supervision by people over government as the basics of such institution.

Key words: *Prosecutor's office, Prosecutor, Judicial independence, Judicial responsibility, General prosecution.*

1. Ph.D student, of criminal law and criminology

2. Assistant Professor, University of Tehran, College of Farabi.

m_sheidaei@ut.ac.ir ✉



A Comparative Study of the Vehicle Search in the Criminal Procedures of Iran and the U.S.A

Dr. Gholamhasan Kooshki¹✉
Sahar Soheil Moghadam²

Received: 2016/7/18

Accepted: 2018/1/8

Supporting the right of privacy is one of the functions of criminal procedure. One of the aspects of this right is vehicle search. American legal system has not extended full protection to the automobiles. The rationale for decreased protection is twofold. First, due to the mobile nature of automobiles, evidence can be disappeared or destroyed quickly. Second, automobiles are used on the public roads where their occupants are visible to the public. A vehicle may be searched if a police has reasonable suspicion. The vehicle search at serious crimes or exigent circumstances is possible without a warrant under legal conditions. The fundamental criteria according to Iranian criminal procedure to search are based on crimes that are divided into two types: obvious and non-obvious. Only in obvious crimes without any warrant the search has been permitted. On the other hand, considerable and accurate rules to search passengers' vehicle and scope of the search of the vehicle in the Iranian criminal procedure has not been predicted, therefore, this action will invade the persons' rights. Obtaining a search warrant is a fundamental principle. At this article we are going to study the allowable search situation and rules governing the search and inspection.

Key words: *Observation of the right to privacy, Search and inspection, Criminal procedure, Vehicle.*

1. Assistant Professor, Allameh Tabataba'i University

kooshki1357@gmail.com ✉

2. M.A student in Criminal law And Criminology, Allameh Tabataba'i University



University of Guilan

6

Criminal Law Research

Vol. 8, No. 2, (Serial 16)

Fall 2017 & Winter 2018



Iranian association of penal law

Preventive Defense in Iranian Law

Dr. Abolhassan Shakeri¹✉
Abbas Salmanpour²

Received: 2015/6/2

Accepted: 2017/12/27

The defense before a decisive future assault is “preventive defense” that The Iranian legislator and Feqh have not explicitly predicted . Each defense is accompanied by an assault. In preventive defense, assault should be foreseeable and illegal; and the defender has a determined belief in a future assault and that the defense is proportional in respect to that assault. There are two types of preventive defense: Offensive and defensive; in addition to the above mentioned characteristics, each type has its specific features. Repetitive past assaults and inefficiency of reference to the legal authorities by the defender are two specific features of offensive preventive defense; and the specific features of defensive preventive defense are impossibility of resort to police forces and conventionality of defense. So if the defender resorts to preventive defense in order to keep belongings in dangerous and unconventional situation that the necessity in manner of defence requires it, the defender is not guarantor for the damage to aggressor even if in return of an undervalued property, the aggressor dies.

Key words: *Defense, Preventive, Offensive, Defensive, Property.*

1. Associate Professor, University of Mazandaran

shakeri_criminallaw@yahoo.com ✉

2. PhD Student, University of Guilan



University of Guilan

5

Criminal Law Research

Vol. 8, No. 2, (Serial 16)

Fall 2017 & Winter 2018



Iranian association of penal law

An Explanation of the Concept and Status of Commission by Omission in the Law of France, Switzerland and Iran

Dr. Mahmood Roholamini¹✉

Received: 2016/4/21

Accepted: 2017/12/27

Some lawyers believe that crimes, based on the way they are perpetrated, are categorized into crimes through action, omission, and Commission by Omission . It seems that the terms “Commission by Omission ” is a translation of the French terms “*commission par omission*” used in French and Swiss law. The terms deal with whether or not crimes such as murder, which are usually committed through positive material action, can be perpetrated through omission. The terms “Commission by Omission ” do not seem to be an accurate translation of the terms “*commission par omission*”; the terms should be correctly translated into “commission of actual crimes by omission”. In French criminal law, like in Iranian criminal law, the possibility of commission of actual crimes by omission is limited to the cases stipulated in the law, but in Swiss law such crimes are generally possible.

Key words: *Commission, Omission, Formal offense, Offense of result, Material element.*

1. Assistant Professor, Shahid Bahonar University of Kerrman

mahmood_r_2003@yahoo.com ✉



University of Guilan

4

Criminal Law Research

Vol. 8, No. 2, (Serial 16)

Fall 2017 & Winter 2018



Iranian association of penal law

Analysis of Rehabilitation Function of Implementation of the Right of Education in the Prisons of Isfahan Province

Elnaz Jahangiri¹
Dr. Saeed Qomashi²✉

Received: 2016/4/26

Accepted: 2018/1/8

Prisoners' deprivation of their fundamental rights during the execution of punishment eliminates punishment rehabilitation functions. Establishing an educational environment, satisfaction with the authorities and educational facilities in prisons are among important activities in prisoners' rehabilitation, which provide access to educational training. The present study was conducted by distributing a questionnaire among 239 people in the central prisons of Isfahan and Kashan in order to scrutinize the function of implementation of this right and evaluate the function of prison in accessing to desired educational environment and the prisoners' satisfaction with authorities. The study was based on objective, descriptive-analytical and it was a survey approach. The obtained results indicated that by increasing satisfaction with educational facilities, the level of satisfaction with the performance of cultural authorities increased. Furthermore, by conducting educational programs, the tendency to commit crime is reduced. Examining the relationship between the above-mentioned variables can predict the appropriate planning for improving the performance of prisons in the area of rehabilitation of criminals.

Key words: *Rehabilitation functions, Right of education, Rehabilitation and rectification, Crime prevention, Prisons organization.*

1. M.A Student in Criminal Law and Criminology, Tabriz University

2. Assistant professor, University of Kashan

saeedqomashi@yahoo.com ✉



University of Guilan



Iranian association of penal law

Legislation and Legality -- A Critical Study of Afghan Criminal Law

Mohammad Sadr Touhid-Khaneh¹✉

Received: 2016/10/12

Accepted: 2018/1/8

Criminal law literature in the Persian language pays little attention to the nature and classification of the subordinate rules derived from, or to the implications of the principle of legality; and legislators of Persian speaking countries also feel less committed to these rules or implications of this principle. This article sheds light on the following aspects: firstly, it recognizes the nature and categorization of these implications with the help of comparative analyses with other selected legal systems, and secondly, it evaluates the commitment of the legislator, in the case of Afghanistan, to these implications. We will see that although the principle of legality is guaranteed in the best possible way in the Afghan Constitution, the legislation of this country in recent decades does not properly reflect the implications of this principle: several provisions do not respect the consequences of the principle in “defining” criminal behaviours and/or in “specifying” the relevant punishments, in the form of written, explicit, unequivocal laws, drafted in accordance with jurisprudential and literary standards. On the contrary, by violating the implications of the principle of legality, they have paved the way to violating human rights and freedoms, to be left abandoned and inapplicable, or to cause deviations and faults in legal practice. After recognizing the implications of the principle and reminding the Afghan legislator of his constitutional obligation to respect them, this article categorizes a vast variety of numerous violations of the above obligation in different Afghan laws and provides suggestions on how to amend the laws in a way that they comply with the implications of the principle of legality and Afghan Constitution.

Key words: *Principle of Legality of Crime and Punishment, Implications, Quality of Law, “Blank Check” Crimes, Unspecified Punishments, Afghanistan, Iran, Hanafi Jurisprudence.*

1. Research fellow at Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law

mosadr@gmail.com ✉



University of Guilan

2

Criminal Law Research

Vol. 8, No. 2, (Serial 16)

Fall 2017 & Winter 2018



Iranian association of penal law

Jurisdiction of Municipal Courts to Investigate Aggression

Hassan Poorbafrani¹✉

Received: 2015/12/9

Accepted: 2017/12/27

The municipal courts, based on the whole forms of jurisdictional principles (territorial, nationality, universal jurisdiction etc.) have the authority to investigate the aggression crime. Of course, the nature of this offence is different from the other core international crimes in International contexts like (war crime, genocide and crimes against humanity) and the conventional crime in International contexts like (terrorism, smuggling of narcotics etc.) since the condition of investigating the aggression offence is the proving aggression which is in the competency of the Security Council of the United Nation. Attempt is made here to discuss, the above mentioned issues and the processes involved. The conclusion will be the promotion of the fact that the recent advances in International Criminal Law paves the ground, for the municipal courts to investigate other crimes in addition to aggression.

Key words: *Aggression, International Crime, Municipal Courts, Universal Jurisdiction, International Criminal Law.*

1. Associate Professor, University of Isfahan

hpoorbafrani@ase.ui.ac.ir ✉



University of Guilan

A Biannual Journal



Iranian association of penal law

Criminal Law Research

Vol. 8, No. 2, Fall 2017 & Winter 2018 (Serial 16)

English Abstracts

Jurisdiction of Municipal Courts to Investigate Aggression	2
H. Poorbafrani	
Legislation and Legality -- A Critical Study of Afghan Criminal Law	3
M.S. Touhid-Khaneh	
Analysis of Rehabilitation Function of Implementation of the Right of Education in the Prisons of Isfahan Province	4
E. Jahangiri, S. Qomashi	
An Explanation of the Concept and Status of Commission by Omission in the Law of France, Switzerland and Iran	5
M. Roholamini	
Preventive Defense in Iranian Law	6
A. Shakeri, A. Salmanpour	
A Comparative Study of the Vehicle Search in the Criminal Procedures of Iran and the U.S.A	7
Gh. Kooshki, S. Soheil Moghadam	
Elected Prosecutor: Basics and Historic Grounds	8
M. Matin Parsa, M. Sheidaeian	
An Analysis of the Interference of Qisas in Organ with Qisas in Person (Subject of Articles 296-299 of 2013 IPC)	9
H. Masjedsaraie, S. Molavi Vardanjani	
The Requirements of a Protective Criminalization for Street Children	10
R. Nobahar, F. Saffari	
Criticizing the Iranian Criminal Legislator's Attitude Concerning how Criminal Conduct is Supposed to be Attributed to Legal Entities	11
A. Nikoomanzari, F. Mohseni	



In the Name of God



Iranian association of penal law

A Biannual Journal
***Criminal Law
Research***

Vol. 8, No. 2, Fall 2017 & Winter 2018 (Serial 16)

Concessionaire: University of Guilan

Editor –in-Chief: Prof. A. H. Najafi Abrandabadi

Managing Director: Dr. Mohammad Reza Nazarinejad

Editorial Board:

Associate Professor Hossein Aghababaei, University of Guilan
Professor Mohammad Ali Ardabili, Shahid Beheshti University
Professor Aliakbar Eizadifar, University of Mazandaran
Assistant Professor Mojtaba Janipour, University of Guilan
Professor Reza Simbar, University of Guilan
Associate Professor Hossein Gholami, Allameh Tabatabai University
Dr. Nasrin Mahra, Shahid Beheshti University
Associate Professor Hossein M.M Sadeghi, Shahid Beheshti University
Professor A.H Najafi Abrandabadi, Shahid Beheshti University

Criminal-law Research Periodical Publishes according to the authorization no 88/6266 dated 26/8/1388 from the ministry of culture and Islamic Guidance and also according to the letter no 3/181768 dated 12/09/1391 from the country's inspection committee of academic journals, enjoys the scientific- research degree from the first issue.

Scientific Editor: Dr. Hossein Aghababaei

Persian Editor: Fereshteh Golchin

English Editor: Dr. Masood Khalili Sabet

Typesetting and Layout: Hamideh Shajari

Publisher: University of Guilan

Circulation: 200

Website: <http://jol.guilan.ac.ir/>

Email: p.h.m@guilan.ac.ir

pajooeshname@gmail.com

Address: Faculty of Literature and Humanities, University of Guilan, Rasht, Iran, P.O.Box: 41635-3988

Tel & Fax: (+98) 013 33690590

This Periodical will be indexed in the following informational centers:

1. Isc.gov.ir
2. rcest.ac.ir
3. noormags.ir
4. magiran.com
5. ensani.ir
6. sid.ir



University of Guilan

A Biannual Journal

Criminal Law Research



Iranian association of penal law

- Serial 16
- Vol. 8, No. 2, Fall 2017 & Winter 2018

ISSN: 2322-2328

- **Jurisdiction of Municipal Courts to Investigate Aggression**
H. Poorbafrani
- **Legislation and Legality – A Critical Study of Afghan Criminal Law**
M.S. Touhid-Khaneh
- **Analysis of Rehabilitation Function of Implementation of the Right of Education in the Prisons of Isfahan Province**
E. Jahangiri, S. Qomashi
- **An Explanation of the Concept and Status of Commission by Omission in the Law of France, Switzerland and Iran**
M. Roholamini
- **Preventive Defense in Iranian Law**
A. Shakeri, A. Salmanpour
- **A Comparative Study of the Vehicle Search in the Criminal Procedures of Iran and the U.S.A**
Gh. Kooshki, S. Soheil Moghadam
- **Elected Prosecutor: Basics and Historic Grounds**
M. Matin Parsa, M. Sheidaei
- **An Analysis of the Interference of Qisas in Organ with Qisas in Person (Subject of Articles 296-299 of 2013 IPC)**
H. Masjedsaraie, S. Molavi Vardanjani
- **The Requirements of a Protective Criminalization for Street Children**
R. Nobahar, F. Saffari
- **Criticizing the Iranian Criminal Legislator's Attitude Concerning how Criminal Conduct is Supposed to be Attributed to Legal Entities**
A. Nikoomanzari, F. Mohseni

WEBSITE: <http://jol.guilan.ac.ir>