



دوفصلنامه علمی-پژوهشی



پژوهشنامه حقوق کیفری

• شماره پیاپی ۱۷

• سال نهم، دوره اول، بهار و تابستان ۱۳۹۷

شاپا: ۲۳۲۸-۲۳۲۲

تحول سیاست جنایی قضایی در پرتو رویکرد فرهنگی
رضا پرستش و سید شهاب الدین موسوی زاده مرکیه ۷-۳۱

سیطره حبس گرایی و رؤیای حبس زدایی در سیاست کیفری ایران (مطالعه
موردی حوزه قضایی شهر کرمان)
حسین پورمحمی آبادی، داریوش بوستانی و سعید قماش ۳۳-۵۹

تأثیر اندیشه های جرم شناسی بر کاهش موارد تعقیب در قانون آیین دادرسی کیفری
علیرضا تقی پور و واحد سلیمی ۶۱-۸۸

جنبه های حقوقی، فلسفی، سیاسی و جامعه شناختی مجازات
سید محمد حسینی و امید رستمی غازانی ۸۹-۱۱۴

تحولات تقنینی جرم زنا در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲
فریبرز حیدری، حسن شاه ملکپور و عباس سلمان پور ۱۱۵-۱۳۷

گفتن سیاست جنایی و جرم شناسی در «آخرین روز یک محکوم»
هادی رستمی، سید حسن جعفریان ۱۳۹-۱۶۰

گستره و ویژگی های داده های مجعول رایانه ای در حقوق ایران
محمد خلیل صالحی و ایمان محترم قلاتی ۱۶۱-۱۸۵

برنامه های ترمیمی پلیس با تکیه بر قانون آیین دادرسی کیفری و
رویه عملی پلیس ایران
محمدباقر مقدسی، محمد میرزایی و کیوان غنی ۱۸۷-۲۱۴

نظام حقوق کیفری ایران در عصر مغول
مرجان نگهی ۲۱۵-۲۳۶

بازاندیشی در تعریف «شرکت در جرم» برای مقابله با فعالیتهای
هماهنگ و گروهی مجرمانه
بهنام یوسفیان شوره دلی و لیلا رسولی آستانی ۲۳۷-۲۶۲



دو فصلنامه علمی - پژوهشی



ژوئیه‌شنامه حقوق کیفری

سال نهم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۹۷ (شماره پیاپی ۱۷)

صاحب امتیاز: دانشگاه گیلان

مدیر مسوؤل: دکتر محمدرضا نظری‌نژاد

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 نسرين 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
pajoooheshname@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



دو فصلنامه علمی- پژوهشی



پژوهشنامه حقوق کیفری

سال نهم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۹۷ (شماره پیاپی ۱۷)

فهرست مقالات

صفحه	عنوان
۷-۳۱	• تحول سیاست جنایی قضایی در پرتو رویکرد فرهنگی رضا پرستش و سید شهاب‌الدین موسوی‌زاده مرکیه
۳۳-۵۹	• سیطره حبس‌گرایی و رؤیای حبس‌زدایی در سیاست کیفری ایران (مطالعه موردی حوزه قضایی شهر کرمان) حسین پورمحمی آبادی، داریوش بوستانی و سعید قماش
۶۱-۸۸	• تأثیر اندیشه‌های جرم‌شناسی بر کاهش موارد تعقیب در قانون آیین دادرسی کیفری علیرضا تقی‌پور و واحد سلیمی
۸۹-۱۱۴	• جنبه‌های حقوقی، فلسفی، سیاسی و جامعه‌شناختی مجازات سید محمد حسینی و امید رستمی غازانی
۱۱۵-۱۳۷	• تحولات تقنینی جرم‌زنا در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ فریبرز حیدری، حسن شاه‌ملکپور و عباس سلمان‌پور
۱۳۹-۱۶۰	• گفتمان سیاست جنایی و جرم‌شناسی در «آخرین روز یک محکوم» هادی رستمی، سید حسن جعفریان
۱۶۱-۱۸۵	• گستره و ویژگی‌های داده‌های مجعول رایانه‌ای در حقوق ایران محمد خلیل صالحی و ایمان محترم‌قلاتی
۱۸۷-۲۱۴	• برنامه‌های ترمیمی پلیس با تکیه بر قانون آیین دادرسی کیفری و رویه عملی پلیس ایران محمداق‌ر مقدسی، محمد میرزایی و کیوان غنی
۲۱۵-۲۳۶	• نظام حقوق کیفری ایران در عصر مغول مرجان نگهبی
۲۳۷-۲۶۲	• بازاندیشی در تعریف «شرکت در جرم» برای مقابله با فعالیت‌های هماهنگ و گروهی مجرمانه بهنام یوسفیان شوره‌دلی و لیلا رسولی آستانی
2-11	• چکیده انگلیسی مقالات

مشاوران علمی این شماره (به ترتیب الفبا):

- شهرام ابراهیمی (استادیار دانشگاه شیراز)
جلیل امیدی (دانشیار دانشگاه تهران)
مجتبی جانی‌پور (استادیار دانشگاه گیلان)
محمد حسن حسنی (استادیار دانشگاه دامغان)
الهام حیدری (استادیار دانشگاه شهرکرد)
هادی رستمی (استادیار دانشگاه بوعلی سینا همدان)
سودابه رضوانی (استادیار دانشگاه سمنان)
محمود روح الامینی (استادیار دانشگاه شهید باهنر کرمان)
مهین سبحانی (استادیار دانشگاه گیلان)
حسین سلیمانی (استادیار دانشگاه مفید)
فاطمه فناد (استادیار دانشگاه علم و فرهنگ)
سید محمود مجیدی (استادیار دانشگاه دامغان)
فرهاد میرزایی (دکترای حقوق کیفری و جرم‌شناسی)
محمد رضا نظری‌نژاد (استادیار دانشگاه گیلان)
امیر حسن نیازپور (استادیار دانشگاه شهید بهشتی)
یزدان والی‌نژاد (دکترای حقوق کیفری و جرم‌شناسی)
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 هم به سزایی در گسترش
مرزهای دانش و ارتقای گیتی وکی باجگاه علمی کشور خواهد داشت.
عدم رعایت مفاد آیین نامه مذکور موجب ابطال تاییدیه خواهد شد.

مختار شرمینی
مدیرکل دفتر استناداری 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: (ربیعی، ۱۳۹۲: ۲۵)
- 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 جلدها، 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 پایان نامه: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده (سال انتشار)، «عنوان پایان نامه 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 معنی دار، معنی دار 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 نهم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۹۷

شماره پیاپی ۱۷



تحول سیاست جنایی قضایی در پرتو رویکرد فرهنگی

رضا پرستش^۱ ✉

سیدشهاب‌الدین موسوی‌زاده مرکیه^۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۳/۱۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱/۱۵

چکیده

یکی از اصلی‌ترین معضلات قوه قضاییه حجم پرونده‌ها و اطاله دادرسی است. آمارها و مصاحبه‌های مسئولان مربوطه در ایران اما نشان می‌دهند راه‌کارهای هنجاری و شکلی صرف در رفع این معضل ناتوان بوده و لذا تغییر رویکرد قضایی از جمله در سیاست جنایی ضروری است. یکی از راه‌کارهای مناسب در این زمینه استفاده از نگاه فرهنگی است. مطابق این نگاه، سیاست جنایی با فاصله گرفتن از رویکرد ابزاری، ماهیتی زمینه‌نگر می‌یابد و بر ارتباط آن با مطالعات میان‌رشته‌ای تأکید می‌شود. این نوشتار نیز با روش توصیفی - تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای متکفل بررسی چگونگی ایجاد تحول در سیاست جنایی قضایی بر مبنای رویکرد فرهنگی است. رواج فرهنگ صلح و سازش و استفاده از راه‌کارهایی مانند میانجی‌گری، داوری و... می‌تواند با کاهش حجم پرونده‌ها، رفع اطاله دادرسی و افزایش کارآمدی قوه قضاییه متعاقب عدم طرح دعوا در دادگاهها و نیز اجتناب از سیاست‌های عوام‌گرا به دلیل کم شدن برخوردهای ابزاری و اقتدارگرایانه قضایی، موجب تحولی مثبت در دستگاه قضایی شود. واضح است که چنین امری نمی‌تواند بی‌توجه به الزامات پژوهشی - آموزشی، ساختاری - تشکیلاتی و هنجاری خاص خود صورت پذیرد.

واژگان کلیدی: فرهنگ حقوقی، صلح و سازش، قوه قضاییه، اطاله دادرسی، جامعه شناسی حقوق

✉ parastesh@guilan.ac.ir

۱. عضو هیأت علمی دانشگاه گیلان (نویسنده مسئول)

۲. دانش‌آموخته دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی

مقدمه

حق دسترسی به دلاگه صالح که از آن با عنوان «حق دادخواهی» نیز یاد می‌شود، در اسناد بین‌المللی و قوانین اساسی به رسمیت شناخته شده است. از جمله ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر اعلام می‌دارد «هرکس با مساوات کامل حق دارد دعوایش به وسیله دادگاهی مستقل و بی‌طرف و علنی رسیدگی شود و چنین دادگاهی درباره حقوق و الزام‌های او یا هر اتهام جزایی که به او توجه کرده باشد، اتخاذ تصمیم نماید». اصل ۳۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز در این خصوص اشعار می‌دارد «دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هر کس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع نماید. همه افراد ملت حق دارند این گونه دادگاه‌ها را در دسترس داشته باشند و هیچ کس را نمی‌توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد منع کرد». با وجود این، مراجعه به دادگاه همیشه راه حل مطلوبی برای حل اختلافات نیست؛ حقوق به مثابه یک فن، دارای واژگان تخصصی و به‌ویژه در نظام قضایی ایران، قانون‌محور است. لذا می‌توان متصور بود که به دلیل عدم ورود تخصصی عامه مردم به این اصطلاحات (به خصوص با توجه به صعوبت دسترسی به وکیل در ایران) و نیز عدم مقبولیت بخش قابل توجهی از قوانین در میان گروه‌های قومی، مذهبی و... حکم قضایی، پایان بخش دعوا در ذهن و زبان طرفین نباشد.

ضمن آن‌که امروزه تعداد پرونده‌های موجود در دستگاه قضایی که اطلاع دادرسی و کاهش کیفیت رسیدگی‌ها را موجب شده است،^۱ دسترسی به عدالت را برای شهروندان دشوار می‌نماید. اموری که در نهایت موجبات ناکارآمدی دستگاه قضایی را فراهم خواهند آورد. شایان ذکر است عمده روش‌های به کار گرفته شده در دستگاه قضایی برای حل این معضلات ابزاری بوده‌اند. به عنوان نمونه، نهاد دادرسی امروزه عملاً کارویژه خود را در جلوگیری حداکثری از ورود پرونده به محاکم دانسته با وارد آوردن انواع ایراد و صدور قرارهای مختلف سعی در کاهش حجم پرونده‌ها دارد. حال آن‌که چنین رویکردی به وضوح پاک کردن صورت مسئله و نقض حق دادخواهی شهروندان است. ضمن آن‌که در نهایت، فصل خصومتی نیز صورت نمی‌گیرد. لذا ضروری است به صورت ریشه‌ای‌تر موضوع مورد بررسی قرار گیرد.

گسترش روش‌های غیرقضایی حل اختلافات در سیاست جنایی قضایی (اجمالاً به معنای نحوه برخورد قوه قضاییه با پدیده جرم) کشورها یکی از راه کارهای مطلوب در حل این وضعیت به شمار

۱. بررسی‌های یک مطالعه نشان می‌دهد که فقط در تیرماه سال ۱۳۹۲ تعداد ۱۰۷۷۲ پرونده به شعب دیوان عدالت اداری وارد شده است. رک: رفیعی، محمد رضا و همکاران؛ گزارش پژوهشی راهکارهای کاهش طرح دعوا و زمان رسیدگی در شعب دیوان عدالت اداری؛ تهران؛ پژوهشگاه قوه قضاییه؛ مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه؛ ۱۳۹۳: ۱۶.

می‌آید. اما مسأله آن است که سیاست جنایی قضایی بر مبنای چه رویکردی می‌تواند در این خصوص موفق باشد؟ فرضیه آن است که ظهور فرهنگ صلح و سازش در جامعه موجب گسترش توسل به راه‌حل‌های غیرقضایی حل اختلافات خواهد شد و در نتیجه از حجم دعاوی در دستگاه قضایی نیز کاسته شده، بستر افزایش کیفیت رسیدگی‌ها فراهم می‌شود. در این حالت آن دسته دعاوی نیز که از مرحله دادسرا وارد محاکم دادگستری می‌شوند به دقت مورد بررسی قرار گرفته و امکان بیشتری برای فصل خصومت و نه صرفاً مختومه کردن پرونده‌ها به وجود می‌آید. با توجه به جدی بودن معضل پیش‌گفته و نیز اهمیت رویکرد فرهنگی در حل آن ضروری است پژوهشی میان‌رشته‌ای که از یک طرف به حقوق نظر داشته و از طرف دیگر به فرهنگ، پیرامون مناسبات فرهنگ و حقوق در راستای تحول سیاست جنایی قضایی صورت گیرد تا ادبیات و راه‌کارهای لازم برای مسأله فراهم شود.

اما پرسش‌های دیگری که پیرامون موضوع پیش می‌آید آن است که آیا در نظام حقوقی ایران تکلیفی برای قوه قضاییه در این خصوص پیش‌بینی شده است؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، این تکالیف مستلزم چه الزاماتی می‌باشند؟ در این راستا با توجه به این ماهیت میان‌رشته‌ای، ابتدا لازم است طی یک بحث نظری تأثیر فرهنگ بر حوزه کیفری تبیین شود. از نظر ما طرح این بخش از آن رو ضروری است که به ما نشان خواهد داد چرا نظام حقوقی به تنهایی از عهده تحول سیاست جنایی قضایی بر نمی‌آید. پس از این قسمت، در صدد امکان‌سنجی نقش‌آفرینی قوه قضاییه در عرصه فرهنگ حقوقی بر آمده و در نهایت به الزامات چنین کارکردی می‌پردازیم.

۱. فرهنگ و تأثیر آن بر سیاست جنایی

در این بخش می‌کوشیم نخست معنای مختار خود از فرهنگ را ارائه دهیم. این امر از آن رو ضرورت دارد که امکان تأثیر فرهنگ بر سیاست جنایی قضایی موکول به شناخت آن از حیث فاعل یا منفعل بودن است.

۱.۱. فرهنگ به مثابه الگوی عمل

هنگامی که جامعه‌شناسان از فرهنگ سخن می‌گویند، منظورشان آن دسته از جنبه‌های جوامع بشری است که آموخته می‌شوند، نه آنهایی که به شکل ژنتیکی به ارث می‌رسند. فرهنگ امکان همکاری و ارتباط متقابل را به وجود می‌آورد و ریشه آن در تصورات و اندیشه‌هایی است که مشخص می‌کنند چه چیزی مهم و پسندیده است. این تصورات انتزاعی یا ارزش‌ها، به آدمیان در تعامل با

دنیای اجتماعی معنا می‌دهند و آن‌ها را هدایت می‌کنند (گیدنز و بردسال، ۱۳۹۳: ۳۵؛ نلر، ۱۳۸۸: ۳). به عبارتی این فرهنگ است که مطلوبیت یا عدم مطلوبیت امور را تعیین می‌کند. مؤلفه‌های فرهنگ، رهنمای ما به سمت شناسایی ماهیت این پدیده‌الگو بخش می‌باشند. در این زمینه نظرات گوناگونی ارائه شده است. برخی نویسندگان تا ۱۲ عنصر برای فرهنگ در نظر گرفته‌اند (چلبی، ۱۳۷۵: ۵۸). نگاهی به آثار مطرح در جامعه‌شناسی نشان می‌دهد حد یقینی برای شناسایی عناصر فرهنگ وجود ندارد. بنابراین در این پژوهش، بر ۳ عنصر: ارزش‌ها^۱، باورها^۲ و گرایش‌ها^۳ تکیه خواهیم کرد که در اکثر نوشته‌های مرتبط با حوزه جامعه‌شناسی به‌عنوان عناصر فرهنگ ذکر شده‌اند.

ارزش‌ها را می‌توان «مجموعه‌ای از پنداشته‌های اساسی نسبت به آنچه پسندیده است دانست که تجلی عمیق‌ترین احساسات مشترک نسبت به جهان هستند» (اولسون، ۱۹۹۱ به نقل از چلبی، پیشین: ۶۰). ارزش‌ها به‌عنوان یکی از اجزای اصلی فرهنگ (چلبی، همان: ۸۵) و نظام شخصیتی افراد، بر الگوهای فکری، رفتارها و ترجیحات سیاسی - اجتماعی و... تأثیر بسیار مهمی دارند. پی - بردن به نظام ارزشی جامعه، ما را با عناصر فرهنگی آن که سوق‌دهنده کنش و رفتار افراد است، آشنا می‌کند. نظام شخصیتی هر جامعه در بطن نظام ارزشی آن نهفته است و با کسب آگاهی و بینش درباره این نظام ارزشی، می‌توان به تأثیر و تأثرش بر نظام شخصیتی جامعه پی‌برد. ارزش‌ها الگوهای رفتاری عینی - ذهنی به‌نسبت پایداری هستند که مطلوبیت آن‌ها از سوی افراد جامعه برای مدت زمان معینی پذیرفته شده و به مثابه راهنمای اعمال انسان‌ها عمل می‌کنند (رک: پوریانی، ۱۳۸۵: ۵۱). بنابراین «زمانی که امری، صورت یک ارزش به خود گرفت، انسان در جهت رسیدن به آن تلاش می‌کند و این، خود، زمینه‌پیدایش بایدها و نبایدهای عملی در راستای آن ارزش می‌گردد» (شهابی و نیکویی، ۱۳۹۱: ۱۰۶).

«باورها» یا «عقاید» نیز توافقی‌هایی است در مورد این‌که چه چیزی در جهان حقیقی، اصل و درست است و واقعیت دارد (رک: کوئن، ۱۳۹۱: ۵۸ و Robbins, 1996: 176). شایان ذکر است که ارزش‌های یک جامعه بر پایه باورهای آن جامعه شکل می‌گیرند.

گرایش به مثابه مؤلفه مهم بعدی اما «نظری است که در مورد افراد، چیزها یا رویدادها بیان می‌شود. آن منعکس‌کننده نوع احساس فرد در خصوص یک چیز می‌باشد. هنگامی که من می‌گویم: «کارم را دوست دارم» گرایش خورد را درباره کارم ابراز کرده‌ام. گرایش دقیقاً به مانند ارزش نیست. در مقایسه با گرایش، ارزش وسیع‌تر و پرمایه‌تر است و مفهوم جامع‌تری دارد. پس، گرایش (در

-
1. Values.
 2. Beliefs or Cognitions.
 3. Attitudes.

مقایسه با ارزش) خصوصی تر است. ارزش در خود گونه‌های بار مثبت دارد و وجهه حقانیت یا مطلوبیت به خود می‌گیرد. به این جمله دقت کنید: «تبعیض بد است» این منعکس‌کننده ارزش‌های یک نفر است. اما جمله دیگر مانند «من هوادار اجرای یک برنامه مثبت در جهت گزینش، استخدام و آموزش زبان هستم که در سازمانم به اجرا در آید»، یک گرایش می‌باشد» پژوهش‌های انجام شده نشان می‌دهند با وجود این تفاوت‌ها، ارتباط بسیار نزدیکی میان ارزش و گرایش است و هر گرایشی با یک مجموعه ارزش در ارتباط تنگاتنگ است و این دو همبستگی معناداری با یکدیگر دارند (رک: محمد خلیفه، ۱۳۷۸: ۶۱). در روان‌شناسی اجتماعی از گرایش به منزله نوعی احساس مطلوب یا نامطلوب نسبت به امور یا پدیده‌های مختلف؛ نوعی احساس مثبت یا منفی نسبت به چیزها و حوادث معین که در برگزیده ارزیابی مطلوب یا نامطلوب از آن‌ها نیز می‌باشد، یاد می‌شود (برکوویتز، ۱۳۸۷: ۲۳۹). اکنون با عنایت به این مؤلفه‌ها می‌توان این‌گونه تحلیل کرد که باورها با ایجاد مفهوم درست یا نادرست در ذهن افراد زمینه ساز ایجاد ارزش‌ها می‌شوند؛ ارزش‌ها با مطلوب دانستن یا ندانستن امری موجب گرایش مثبت یا منفی شهروندان بدان خواهند شد و در نهایت فرهنگ الگوی عمل افراد در جامعه می‌شود. لذا این پدیده دارای ویژگی فاعلیت و تأثیرگذاری است.

۲.۱. تحلیل فرایند اثرگذاری فرهنگ بر دستگاه قضایی

فرهنگ امری است انتزاعی و دستگاه قضایی به مثابه نظام حقوقی، مجموعه‌ای از قوانین، نهادها و سازمان‌هاست. حال باید بدان پرداخت که فرهنگ در چه فرایندی بر سیستم قضایی اثر می‌گذارد. استفاده از یافته‌های دیدگاه کارکردگرایی می‌تواند بصیرت‌زا باشد.

مفهوم «کارکرد» یا «کار ویژه» به معنای نتایج و آثار عینی و قابل مشاهده یک نهاد اجتماعی است (رک: وثوقی و همکاران، ۱۳۷۸: ۱۹۳) و هنگامی که سخن از کارکرد دستگاه قضایی به میان می‌آید، منظور آثار حضور قوه قضاییه در جامعه یا همان وظایفی می‌باشد که این رکن از حکومت به ایفای آن قیام کرده است.

قوه قضاییه در این حالت یکی از ارکان حکومتی است که کار ویژه آن تمشیت امر قضا در جامعه است (قاضی، ۱۳۸۵: ۲۷۳ - ۲۶۹)؛ گرچه «نظارت» نیز از جمله مهم‌ترین وظایف قوه قضاییه محسوب می‌شود که بدون آن نظام نظارت و تعادل در حقوق اساسی یک کشور محقق نمی‌شود (راسخ، ۱۳۹۰: ۳۸ - ۳۶). در اصل ۱۵۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز آمده است: «قوه قضاییه قوه‌ای است مستقل که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشی به عدالت و عهده‌دار وظایف زیر است: ۱. رسیدگی و صدور حکم در مورد تظلمات، تعدیات،

شکایات، حل و فصل دعاوی و رفع خصومات و اخذ تصمیم و اقدام لازم در آن قسمت از امور حسبیه، که قانون معین می‌کند. ۲. احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادیهای مشروع. ۳. نظارت بر حسن اجرای قوانین. ۴. کشف جرم و تعقیب مجازات و تعزیر مجرمین و اجرای حدود و مقررات مدون جزایی اسلام. ۵. اقدام مناسب برای پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین.» بنا به توضیحی که داده شد تمام این موارد پنج‌گانه که همگی نیازمند سیاست‌گذاری‌های دقیق است، کارکرد دستگاه قضایی در کشور ما محسوب می‌شوند.

ریشه‌های نخستین اصالت کارکرد به «امیل دورکهایم»^۱ و سپس به «تالکوت پارسونز»^۲ می‌رسد. مفاهیم اصلی این دیدگاه از جمله مفهوم سیستم (نظام) و فونکسیون (کارکرد)، از علوم فنی گرفته شده‌اند.

واژه "System" که معادل «نظام» می‌باشد، عبارت است از مجموعه‌ای از واحدها یا عناصر مرتبط به هم که به منظور تأمین اهداف از پیش تعیین‌شده در ارتباط و تعامل با یکدیگر فعالیت می‌کنند (رک: توکلی، ۱۳۸۳: ۴۸) و هر سیستم از اجزایی تشکیل شده که به آن «خرده نظام»^۳ می‌گویند. به طور مثال می‌توان از «نظام اجتماعی» و «خرده نظام دولت (سیاست)» یاد کرد که دستگاه قضایی جزئی از این خرده نظام به حساب می‌آید. در برداشت کارکردی فرض می‌شود که کل جامعه همانند سیستمی است مرکب از بخش‌های مختلف که هر یک، کارکرد و وظایف خاص خود را انجام می‌دهد و بین اجزای این سیستم روابط مکمل و متقابل (کنش متقابل) وجود دارد. هر سیستم مجموعه‌ای از اجزای هم‌بسته است که درون محیط خاصی عمل می‌کند و با آن محیط روابط متقابل دارد (بشیریه، ۱۳۷۴: ۸۵ - ۸۴).

پارسونز معتقد است برای آن که بقای نظام اجتماعی تضمین شود، هر یک از خرده‌نظام‌ها باید به خوبی از عهده ایفای کارکرد خود برآیند. این کارکردها عبارت‌اند از:

۱. سازگاری و انطباق نظام اجتماعی با جهان مادی؛ که کارکرد نظام اقتصادی است.
۲. ادغام، یکپارچگی و حفظ نظم؛ که مرتبط با نظام حقوقی است.
۳. الگوی پنهان حفظ نظم و مدیریت تنش؛ که وظیفه نظام فرهنگی است.
۴. تحقق اهداف در نظام اجتماعی؛ که کارکرد نظام سیاسی یا همان دولت است (رک: بلیس و اسمیت، ۱۳۸۳: ۴۶ و نیز رک: ریتزر، ۱۳۸۲: ۱۳۵). به عبارتی می‌توان گفت نظریه کارکرد-گرایانه معتقد است هر نظام اجتماعی برای جلوگیری از ایجاد بحران باید به خوبی با خرده نظام‌های خود در ارتباط باشد و با پردازش مداوم داده‌های آنها، خروجی مناسبی تحویل دهد.

1. Emel Durkheim.
2. Talcott Parsons.
3. Sub System.

از دیدگاه طرفداران این رویکرد، میان اجزاء و بخش‌های مختلف نظام اجتماعی، نوعی «هم‌تکمیلی» وجود دارد. یعنی هر بخش با بخش دیگر پیوستگی دارد (مصلی نژاد، ۱۳۸۹: ۵۳). بنابراین نمی‌توان تصور نمود تحولی در سیاست‌های کلان یک جامعه بدون توسط به سایر خرده نظام‌ها رخ دهد. نکته مهم اما آن است که در نظریه پارسونز انطباق میان کارکردهای نظام سیاسی (دولت) از یک سو و نظام ارزشی جامعه از سوی دیگر حایز اهمیت خاصی است. در همین راستا دستگاه قضایی به‌عنوان یکی از اجزای نظام سیاسی که متکفل حفظ نظم در جامعه است پیوستگی ویژه‌ای به نظام فرهنگی جامعه دارد که با تولید ارزش‌ها، الگویی برای مدیریت تنش و بی‌ثباتی در جامعه ایجاد می‌کند.

در نظریه کارکردگرایی، جامعه به‌عنوان شبکه سازمان یافته‌ای از گروه‌های در حال همکاری و تعاون تلقی می‌شود که به شیوه‌ای منظم و منطبق بر مجموعه‌ای از قوانین و ارزش‌ها که بیشتر اعضا در آن شریک‌اند، شکل گرفته است. تأثیر محدودکنندگی ارزش‌ها که برخاسته از خرده نظام فرهنگی است، بر تمامی خرده نظام‌های اجتماعی، یکی از پیش‌فرض‌های تحلیلی پارسونز است و به طور خاص او معتقد است ارزش‌های عام و مشترک از طریق تعامل و انتظارات متقابل و هنجاری، نظم فردی و جمعی را سامان می‌دهند (رک: کریمی، ۱۳۸۱: ۱۰۷؛ محمدی اصل، ۱۳۸۷: ۲۴).

از منظر پارسونز، سیستم فرهنگی عامل کنترل‌کننده و انسجام بخش سیستم‌های دیگر است که به فرد و کنش وی باز نمی‌گردد، بلکه به الگوهای وسیع معنی و ارزش تعلق دارد (رک: آزاد ارمکی، ۱۳۷۶: ۷۷ - ۷۶). پارسونز دنیای اجتماعی را از زاویه افکار مردم به خصوص هنجارها و ارزش‌ها مشاهده می‌کرد. از دید او هنجارها قواعدی اجتماعاً پذیرفته شده‌اند که مردم آن‌ها را به کار می‌گیرند تا درباره کنش‌های خود تصمیم‌گیری کنند (رک: کرایب، ۱۳۷۸: ۵۹).

بر این اساس می‌توان این‌گونه تحلیل کرد که دولت برای تأمین ثبات از طریق دستگاه قضایی، در پیوست مستقیم با ارزش‌های برخاسته از خرده نظام فرهنگی جامعه قرار دارد. زیرا بر مبنای مطالب پیش‌گفته دستگاه قضایی به مثابه یک سیستم باز، در مراحل «داده» و «بازخور» با فرهنگ در ارتباط است. به‌ویژه در مرحله بازخور آنچه تا حد زیادی موفقیت یا عدم موفقیت کارکرد قوه قضاییه را تضمین می‌کند پذیرش اجتماعی است. این امر به‌ویژه بر مبنای الگوهای پنهان جامعه که توسط فرهنگ تعیین می‌شوند صورت می‌گیرد.

تأکید می‌شود پارسونز کارکرد نظام فرهنگی را، که ارزش‌ها جزئی از آن محسوب می‌شوند، الگوسازی برای حفظ نظم و مدیریت تنش می‌داند (آزاد ارمکی، پیشین: ۷۷ - ۷۶). از منظر این دیدگاه، قالب‌های فرهنگی جامعه نقش ویژه‌ای در کارآمدی دولت {که دستگاه قضایی از ارکان آن است} ایفا می‌کنند. بنابراین هرگونه تزلزل در بنیان فرهنگی یک جامعه منجر به سست شدن

انسجام درونی نظام اجتماعی می‌شود. زیرا فرهنگ یک کشور با نظام سیاسی آن همخوانی و هماهنگی دارد و نمی‌توان یکی از اجزا را از دیگر موارد جدا کرد (مصلی نژاد، پیشین: ۵۷). بنابراین سیاست جنایی قوه قضاییه نباید بدون اعتنا به ارتباط پیچیده فرهنگ و حقوق تدوین شود. پیش‌تر اشاره شد که یکی از نکات مهم در نظریه پارسونز، لزوم انطباق میان کارکردهای نظام سیاسی با ارزش‌ها است. در الگوی کارکردی تمام خرده‌نظام‌ها از نظر قدرت برابر نیستند. درست است که هر یک از سیستم‌های اجتماعی مستقل و مجزا هستند، اما در میان آن‌ها اهمیت ارزش‌های جامعه از سایر نظام‌ها بیشتر است. لذا در کلان سیستم اجتماع تمام خرده نظام‌ها با یکدیگر در ارتباط‌اند و در این میان فرهنگ به دلیل شکل‌دهی الگوهای رفتاری از تأثیرگذاری بیشتری در میان سایر خرده‌نظام‌ها برخوردار است.

۳.۱. فرهنگ و زمینه نوع عملکرد دستگاه قضایی

پس از تبیین چگونگی اثرگذاری فرهنگ بر کارکرد دستگاه قضایی، اکنون باید پرسید چه فرهنگی می‌تواند زمینه‌ساز تحول مثبت در دستگاه قضایی شود؟ البته نخست باید مهم‌ترین معضل در دستگاه قضایی جمهوری اسلامی ایران شناخته شود تا بدانیم رفع چه مسأله‌ای یک تحول مثبت ارزیابی می‌گردد؟ از تحقیق‌های پژوهش‌گران و اظهارات مقامات عالی قوه قضاییه چنین بر می‌آید که «حجم پرونده‌های موجود»، و «اطاله دادرسی» مهم‌ترین معضلات دستگاه قضایی کشور ما را شکل می‌دهند (آملی لاریجانی؛ ۱۳۹۴: سایت خبر آنلاین، یوسفی و ریسی، ۱۳۹۲: ۲۱۸؛ رفیعی و همکاران، پیشین: ۳۷، سلیمی، ۱۳۹۴: سایت خبرگزاری رسمی حوزه؛ کشاورز، ۱۳۹۴: ایرنا)^۱ امری که البته به نوبه خود در کیفیت آرای اصداری از محاکم نیز تأثیرگذار است. امروزه مسایل اجتماعی ایران به حدی گسترش یافته که در صورت اقدام تمام آسیب دیدگان برای طرح دعوا، دیگر نمی‌توان از دستگاه قضایی انتظار کارآمدی داشت. مسایلی مانند طلاق،

۱. آملی لاریجانی، صادق؛ (۱۳۹۴)؛ «انتقاد رئیس قوه قضاییه از رئیس‌جمهور سابق روی آنتن زنده: در دوره‌ای "بگم بگم" بی‌پایه و اساس می‌گفتند»؛ مندرج در:

[Http://www.khabaronline.ir/detail/428897/society/judiciary](http://www.khabaronline.ir/detail/428897/society/judiciary)

تاریخ آخرین مراجعه: ۱۳۹۴/۰۵/۲۳

سلیمی، محمد؛ (۱۳۹۴)؛ «چرایی اطاله دادرسی و حجم انبوه پرونده‌های دستگاه قضایی»؛ مندرج در:

[Http://hawzahnews.com/detail/News/352434](http://hawzahnews.com/detail/News/352434)

تاریخ آخرین مراجعه: ۱۳۹۴/۰۵/۲۳

کشاورز، بهمن؛ (۱۳۹۴)؛ «بیدارِ اطاله دادرسی»؛ مندرج در:

[Http://www.irna.ir/fa/News/81672826/](http://www.irna.ir/fa/News/81672826/)

تاریخ آخرین مراجعه: ۱۳۹۴/۰۵/۲۳

همسر آزاری، کودک آزاری، فساد اداری، سرقت، فحشاء، قاچاق مواد مخدر، «شرارت و خشونت-ورزی»^۱ (تخریب عمدی اموال عمومی و خصوصی بدون اجازه) سال هاست موجب شلوغی سرسام-آور دادگاه‌های کشور ما شده است.^۲ نحوه برخورد قوه قضاییه با این پدیده‌های بعضاً مجرمانه بسیار مهم است و بر این اساس کاهش حجم پرونده‌ها و نیز رفع اطاله دادرسی می‌تواند یک تحول مثبت در دستگاه قضایی به شمار آید.

بی‌تردید عواملی مانند نوع قانون‌گذاری، کمبود قاضی، مشکلات ساختاری و تشکیلاتی هر یک به نحوی می‌توانند موجب ناکارآمدی دستگاه قضایی باشند. اما باوجود تلاش‌های انجام گرفته در این حوزه‌ها باز شاهد مشکلاتی از این دست هستیم. بنابراین چاره کار را باید در تاثیرگذارترین خرده نظام اجتماعی یعنی فرهنگ یافت که در این مورد به‌ویژه می‌توان از آن با عنوان «فرهنگ حقوقی»^۳ یاد کرد. چرا که در بسیاری موارد این شهروندان هستند که اقدام به طرح شکایت می‌کنند. حال اگر شکایتی نباشد پس نه پرونده‌ای تشکیل می‌شود و نه دادرسی‌ها به کندی پیش می‌روند. در همین راستا، مطالعات نشان می‌دهد که اطاله دادرسی از جمله واجد علل فرهنگی است. به طور مثال یکی از دلایل استفاده از روش‌های جای‌گزین حل اختلاف مانند داوری و سازش در کشور ژاپن، مذموم دانستن مراجعه به دادگاه در فرهنگ این کشور عنوان شده است (دارایی، ۱۳۸۷: ۵۶). این نکته اشاره به آن مطلب دارد که فرهنگ حقوقی ژاپن کارکرد دستگاه قضایی این کشور را از طریق کاهش حجم دعاوی تسهیل می‌کند.

فرهنگ حقوقی نیز در همین راستا و در اصلی‌ترین معنای خود روشی برای شرح الگوهای نسبتاً پایدار رفتاری و گرایشی افراد نسبت به نظام حقوقی است (Nelken, 2004:1 & International Encyclopedia of Social and Behavioral Science, 2001: 8624 - 8625). مراجعه بی‌رویه مردم به دادگاه‌ها در نهایت موجب همان معضلاتی می‌شود که پیش‌تر بیان شد. لذا تحول مثبت در دستگاه قضایی زمانی ایجاد می‌شود که استفاده از روش‌های غیرقضایی مانند داوری، مذاکره، میانجی‌گری و... توسط فرهنگ حقوقی جامعه تشویق شود. لذا «فرهنگ صلح و

1. Vandalism.

۲. در این خصوص رک: بی‌نا؛ مروری بر مسائل اجتماعی ایران؛ مسائل حوزه خانواده، اقتصاد، اجتماع و فرهنگ؛ اداره مطالعات اجتماعی؛ مرکز مطالعات اجتماعی و جرم‌شناسی؛ معاونت اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم قوه قضاییه؛

۱۳۹۱

3. Legal Culture.

سازش»، که رویه موجود در کشور نشان می‌دهد مورد تأکید مقامات عالی نیز است،^۱ از آنجا اهمیت می‌یابد که تمامی موارد نام برده شده (داوری و...)، از مصادیق آن می‌باشند.

باید پذیرفت که صلح جاویدان اسطوره‌ای است دست نیافتنی اما جنگ همه علیه همه نیز اصل حیات انسان‌ها را زیر سوال خواهد برد. تلاش پیگیر انسان‌ها برای به حداقل رساندن اختلافات و کشمکش‌ها در این راستا قابل ستایش است. راه‌حل و سازوکارهایی مانند استفاده از «ریش-سفیدان»، «خلق آیین‌ها» تا ایجاد «دادگستری نوین» از جمله تمهیداتی است که تاکنون بشر بدان‌ها دست یازیده است. با تمام فواید دادگستری نوین معضلاتی مانند افزایش تعداد زندانیان، صرف بودجه‌های کلان، افزایش فساد اداری، اطالۀ دادرسی و... موجب می‌شوند نتوان از اهمیت ایجاد فرهنگ صلح و سازش کاست. زیرا در صورت حل و فصل اختلافات، بدون درگیر شدن در تشریفات دادرسی می‌توان امیدوار بود معضلات پیش‌گفته کاهش یابند. در این میان شاید شهروندان نیز اغلب راغب به ایجاد صلح و سازش باشند تا طرح دعوا. زیرا بیشتر رسیدگی‌های قضایی در ذهن مردم منجر به ایجاد «دوگانه برنده - بازنده» و در نتیجه بر جای ماندن کینه و دلخوری می‌شوند. حال آن که صلح و سازش می‌تواند به معنای واقعی کلمه، خصومت را از بیخ و بُن برطرف سازد. همچنین در برخی حوزه‌ها مانند تجارت و خانواده، که حفظ اعتبار و آبرو بسیار مهم به شمار می‌آید، ترجیح اولیه به عدم دخالت دستگاه قضایی و حل مسأله از طریق شور و مشورت است. زیرا در این حالت می‌توان از انتشار اخبار و اطلاعات خصوصی افراد جلوگیری کرد. ضمن آن که به دلیل بالا بودن هزینه رسیدگی‌های قضایی، گسترش فرهنگ صلح و سازش می‌تواند اقشار فقیر جامعه را در استیفای حقوق خود امیدوارتر سازد که تحقق این مهم در راستای انجام یکی از اصلی‌ترین وظایف قوه قضاییه یعنی «گسترش عدل» (بند دوم اصل ۱۵۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران) است.

۲. نقش دستگاه قضایی در ایجاد فرهنگ صلح و سازش

گرچه همان‌گونه که گفته شد فرهنگ بر سایر خرده نظام‌ها برتری دارد، اما این بدان معنا نیست که دستگاه قضایی به‌عنوان یکی از ارکان خرده نظام دولت نمی‌تواند بر فرهنگ اثر گذارد. از نگاه

۱. آیت الله خامنه‌ای در دیدار رییس و مسئولان قوه قضائیه: «در مقابل تهدید، تطمیع، رودربایستی و فشار جو عمومی بایستید/ استقلال و تأثیرناپذیری دستگاه قضا بسیار مهم است» مندرج در:

[Http://www.leader.ir/langs/fa/index.php?p=contentShow&id=13356](http://www.leader.ir/langs/fa/index.php?p=contentShow&id=13356)

تاریخ آخرین مراجعه: ۲۳ / ۰۵ / ۱۳۹۴؛

و نیز آملی لاریجانی، پیشین.

برخی مؤلفان نیز باید توجه داشت که حقوق علاوه بر حالت ایستا، یک حالت پویا دارد که می‌تواند در دراز مدت منجر به تغییر فرهنگ جامعه شود (صانعی، ۱۳۸۱: ۶۹۸). ضمن آن که نظام قضایی در موضوع مهمی مانند سیاست جنایی نمی‌تواند منتظر فرهنگ‌سازی معمول و طبیعی در جامعه شود؛ زیرا امری طولانی مدت است. از این روی خود نیز باید دغدغه‌هایی در این حوزه داشته باشد. آنچه در این بخش از مقاله مهم می‌باشد، نحوه نقش‌آفرینی دستگاه قضایی در ایجاد فرهنگ صلح و سازش است.

۱.۲. نسبت دستگاه قضایی و نگاه فرهنگی

گفته شد که فرهنگ در شایع‌ترین معنای خود به مجموعه باورها، ارزش‌ها و گرایش‌های مردمان یک جامعه اشاره دارد. در چنین حالتی دستگاه قضایی به‌عنوان یکی از ارکان دولت نمی‌تواند نسبت به مقوله فرهنگ بی‌تفاوت باشد. زیرا در صورت وجود فرهنگی که ایجادکننده الگوی طرح هر نوع دعوا در محاکم باشد دولت باید میزان زیادی از توان خود را صرف فصل خصومت کند. این معضلات به دلیل ایجاد همان دوگانه برنده - بازنده در دراز مدت می‌تواند با سست کردن پایه‌های اخلاقی یک جامعه، آن را فروپاشاند؛ دغدغه‌ای که باتوجه به وظایف سنگین دولت در نظام اسلامی جهت رشد دادن انسان در حرکت به سوی نظام الهی (مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران) بسیار مهم جلوه می‌کند. لذا سیاست‌گذاری در این خصوص از اصلی‌ترین وظایف قوه قضاییه به شمار می‌آید.

پیش‌تر به کلیدواژه «سیاست جنایی قضایی» اشاره شد. مذاقه در این اصطلاح که اشاره به سیاست‌گذاری قوه قضاییه در حوزه کیفری دارد، نشان می‌دهد که از جمله خطوط ربط دستگاه قضایی و فرهنگ حقوقی یک جامعه، می‌تواند همین سیاست‌ها باشند. این اصطلاح برگرفته از آثار «فوئرباخ»^۱ است. او سیاست جنایی را «مجموعه روش‌های سرکوبنده و کیفری که دولت با توسل به آنها در مقابل جرم واکنش نشان می‌دهد» دانسته که جهت‌گیری حقوق کیفری یک کشور به سوی اهداف خود را در بر می‌گیرد (لواسور، ۱۳۷۲: ۳۹۹ - ۳۹۸).

در تعریف سیاست جنایی به طور کلی، از عبارات مختلفی بهره برده شده است. از جمله: سیاست جنایی روش‌هایی است که جامعه با توسل به آنها واکنش علیه پدیده مجرمانه را سازمان می‌بخشد. بدین ترتیب سیاست جنایی مترادف با جنبه‌های نظری و عملی اشکال مختلف کنترل اجتماعی است و حقوق کیفری همچون هسته اصلی یا محل قوی‌ترین فشار و تنش‌ها و نیز بزرگترین قابلیت رؤیت در سیاست جنایی حضور بسیار محسوس دارد (گودرزی بروجردی، ۱۳۹۴: ۱۳۹۴).

1. Feuerbach.

(۲۷) در یک تعریف دیگر آمده است که «سیاست جنایی گستره‌ای از تدابیر توسعه محور است که بصورتی مستقیم یا غیرمستقیم کنش‌ها و واکنش‌های ماقبل پیشگیری، پیشگیرانه یا سزا دهنده را از سوی پیکره‌ی اجتماع، در رویارویی با پدیده‌ی بزه‌کاری سامان‌دهی می‌کند» (جمشیدی، ۱۳۹۰: ۲۱).

قید مهم در این تعریف «توسعه گرایانه بودن» سیاست جنایی است که اشاره به تلاش آگاهانه جامعه برای توسعه اجتماع و کنترل پدیده بزهکاری دارد. ضمن آن که با این تعریف هنگامی که از تدابیر غیرمستقیم حتی در مرحله ماقبل پیشگیری سخن می‌گوییم، اقدامات فرهنگی نیز مشمول سیاست جنایی می‌شوند (جمشیدی، پیشین: ۲۲ - ۲۱). بر این اساس مقاله حاضر نیز تعریف اخیر را بر می‌گزیند. در این میان آنچه مهم است محتوا و روش سیاست جنایی قوه قضاییه است. زیرا نوع سیاست است که می‌تواند رابطه میان فرهنگ و آنچه اجرا می‌شود را مشخص کند. به طور مثال وقتی استفاده از دادگاه، پلیس و زندان وجه همت دستگاه قضایی یک کشور قرار گیرد، که به نظر برخی مؤلفان ابتدایی‌ترین نوع سیاست جنایی است (رک: لواسور، پیشین: ۴۰۱)، ورود رویکرد فرهنگی به ساحت سیاست جنایی قضایی کم‌رنگ خواهد شد.

برخی از نویسندگان سیاست جنایی را به انواع تقنینی، اجرایی، قضایی و مشارکتی تقسیم کرده‌اند که در این میان سیاست جنایی قضایی را می‌توان نحوه برخورد قوه قضاییه با پدیده مجرمانه دانست (مجتهدی، ۱۳۸۸: ۲). شایان ذکر است به نظر می‌رسد سیاست جنایی مشارکتی نه یک نوع خاص که می‌تواند وصفی برای هر یک از سیاست‌های جنایی تقنینی، قضایی و اجرایی باشد (جمشیدی، همان: ۲۶).

آگاه‌سازی مردم توسط رسانه‌های گروهی از جریان دادرسی‌ها، حضور هیات منصفه‌های مردمی و نیز حضور مشاوران یا دادرسان مردمی در دادگاه‌های خانواده و اطفال که می‌تواند به انجام دادرسی‌های منصفانه و بی‌طرفانه کمک کند از جمله نمودهای سیاست جنایی قضایی مشارکتی است (جمشیدی، همان: ۲۷). اتخاذ سیاست جنایی قضایی مشارکتی از هنگامی مهم تلقی شد که دخالت بی‌رویه دولت‌ها در امور جامعه زیر سوال رفت گرچه هنوز در مشارکت مردمی در امر قضا اختلاف نظرهای متعددی در میان صاحب‌نظران وجود دارد (جمشیدی، همان: ۲۴ - ۲۳).

سیاست جنایی قضایی مشارکتی مشحون از مواردی است که در صورت عملی شدن کمک شایان توجهی به کارآمدی دستگاه قضایی می‌کند. از جمله می‌توان به تشویق میانجی‌گری‌های کیفری اشاره کرد که از راه‌های حل و فصل غیرقضایی اختلافات به شمار می‌آید (رک: لازرژ، ۱۳۸۲: ۱۴۵). لازم به ذکر است که مواردی مانند میانجی‌گری، ریش سفیدی، داوری و... در فرهنگ ایرانی و اسلامی به خوبی مورد تاکید قرار گرفته‌اند (رک: امین، ۱۳۸۲: ۹۵ - ۹۱؛ جمشیدی، همان: ۷۴ -

۷۳) اما در حال حاضر فرهنگ صلح و سازش در کشور ما جای پای باز نکرده است و اکثر قریب به اتفاق مردم تنها طریق دست‌یابی به حقوق خود را در مراجعه به دادگاه‌های دادگستری می‌دانند (دارایی، پیشین: ۵۷ - ۵۶).

همان‌گونه که اشاره شد، قوه قضاییه در نظام جمهوری اسلامی طبق اصل ۱۵۶ قانون اساسی «... قوه‌ای است مستقل که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت و عهده‌دار وظایف زیر است: ۱. رسیدگی و صدور حکم در مورد تظلمات، تعدیات، شکایات، حل و فصل دعاوی و رفع خصومات و اخذ تصمیم و اقدام لازم در آن قسمت از امور حسبیه، که قانون معین می‌کند. ۲. احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی‌های مشروع. ۳. نظارت بر حسن اجرای قوانین. ۴. کشف جرم و تعقیب مجازات و تعزیر مجرمین و اجرای حدود و مقررات مدون جزایی اسلام. ۵. اقدام مناسب برای پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین.» در مقدمه همین قانون با تأکید بر اهمیت منصب قضا، وظیفه این دستگاه را «پاسداری از حقوق مردم در خط حرکت اسلامی، به منظور پیشگیری از انحرافات موضعی در درون امت اسلامی» دانسته است و طبق اصول ۳۴ و ۳۶ قانون اساسی،^۱ دادخواهی حق مردم بوده، مردم از حق دسترسی به دادگاه‌های صالح برخوردارند و حکم به مجازات و اجرای آن تنها باید توسط دادگاه صالح و به حکم قانون باشد. در ابتدای امر، از ظاهر این اصول چنین بر می‌آید که به طور مستقیم نمی‌توان وظیفه‌ای برای دستگاه قضا در خصوص ایجاد فرهنگ صلح و سازش در نظر گرفت. به لحاظ نظری نیز ارزش‌های مجرد انسانی که صلح و سازش نیز یکی از آنهاست با تحکم و زور دولت در جامعه ایجاد نمی‌شوند. در واقع از نگاه یکی از مؤلفان «این نوع رفتارها و ارتباطها که مشخص کیفیت حیات اجتماعی است، در اثر عوامل دیگر در کل اجتماع امکان فعلیت پیدا می‌کند.» (صانعی، پیشین: ۶۲۶).

اما پیداست که استفاده از قوای دولتی برای ایجاد یک فرهنگ، با سیاست‌گذاری دولت در این خصوص متفاوت است. از این رو در بند «د» از ماده ۲۱۱ قانون برنامه پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳۸۹) در راستای گسترش فرهنگ حقوق {حقوقی} و قضایی، اصلاح رفتار حقوقی و قضایی مردم، نهادینه‌سازی فرهنگ قنون‌مداری، پیشگیری از وقوع جرایم و کاهش دعاوی حقوقی مقرر شده که قوه قضاییه و دستگاه‌های ذی‌ربط با آموزش‌های همگانی از طریق صداوسیما و اصلاح مواد آموزشی مدارس نقش‌آفرینی کنند. همچنین در برنامه پنج‌ساله قوه قضاییه (۱۳۹۴ -

۱. اصل ۳۴: دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هر کس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع نماید. همه افراد ملت حق دارند این گونه دادگاه‌ها را در دسترس داشته باشند و هیچ‌کس را نمی‌توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد منع کرد.

اصل ۳۶: حکم به مجازات و اجراء آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.

۱۳۹۰) که در سال ۱۳۹۰ مورد موافقت رییس قوه قضاییه قرار گرفت، در شماره پنجم از راهبرد «ه» تحت عنوان «گسترش فرهنگ حقوق و قضایی جامعه»، «گسترش فرهنگ صلح و سازش» از جمله سیاست‌های کلی پیش‌روی این دستگاه به حساب آمده است. گرچه باید توجه داشت برخی عبارات این متون با دقت کافی طرح نشده‌اند، به طور مثال فرهنگ حقوق {حقوقی} و قضایی مردم لزوماً بار مثبت ندارد و چه بسا فرهنگ حقوقی و قضایی یک جامعه بسیار منفی باشد. لذا گسترش فرهنگ حقوقی و قضایی مردم عبارت نادقیقی است. اما تأمل در این مواد قانونی نشان می‌دهد حضور قوه قضاییه در عرصه فرهنگ‌سازی در واقع به دلیل تالی فاسد شیوع آن دسته باورها، ارزش‌ها و گرایش‌هایی است که منتهی به رفتارهایی مانند طرح دعاوی بی‌مورد و در نتیجه ایجاد چالش برای کارکرد قوه قضاییه می‌شوند. بنابراین دستگاه قضایی هم به لحاظ نظری و هم با توجه به نظام حقوق موضوعه نمی‌تواند و نباید نسبت به ایجاد فرهنگ صلح و سازش در جامعه بی-تفاوت باشد و طبق نظام حقوق اساسی و حقوق موضوعه جمهوری اسلامی ایران وظایف مهمی در این خصوص بر عهده دارد. این مسأله وقتی اهمیت خود را نشان می‌دهد که بدانیم از نظر برخی مؤلفان «انتخاب میان دادرسی و شیوه‌های جای‌گزین حل و فصل منازعات بر بینش ویژه‌ای از نظم اجتماعی و راه‌هایی که در این نظم می‌تواند عملی شود، مبتنی است.» و بر این اساس اگر حقوق در جامعه حالت پیشگیرانه داشته در صدد برقراری صلح اجتماعی باشد و مشخص کردن گناه‌گر و بی-گناه اولویت آن به شمار نیاید (رولان، ۱۳۸۵: ۸۷) می‌توان به نقش‌آفرینی فرهنگ صلح و سازش در حل معضلات دستگاه قضایی امیدوار بود. بنابراین از آنجا که آنچه اثربخشی اجتماعی سیاست جنایی قضایی یک کشور را تضمین می‌کند افزایش احساس عدالت و ریشه‌کن شدن دعاوی (نه مختومه ساختن پرونده‌ها) است، مقوله فرهنگ صلح و سازش باید از مهم‌ترین اولویت‌های خط-مشی سازان این عرصه باشد.

شایان ذکر است امروزه به‌ویژه با مطرح شدن مباحث مرتبط با عدالت ترمیمی، بر توجه به روش‌هایی مانند میانجی‌گری در سیاست‌گذاری قضایی تأکید مضاعفی می‌شود. زیرا فرض بر آن است که با چنین تمهیدی بزه‌دیده و بزه‌کار در حالتی داوطلبانه و به دور از تشریفات، بهتر می‌توانند به برنامه‌ریزی برای جبران خسارت بپردازند. ضمن آن که مطالعات نشان می‌دهد چنین نگاهی منجر به تشویق حس مسئولیت‌پذیری و تسهیل اصلاح و بازپروری خواهد شد. البته اتخاذ خود چنین سیاستی نتیجه تحول نگرش‌های کیفری به سمت عدالت کیفری مبتنی بر اصلاح

تربیت است که خود در پیوند با عواملی از جمله فرهنگ قرار دارد (رک: عباسی، ۱۳۸۲: ۸۵ و ۱۲۶ - ۱۲۵ و کمیسیون اروپایی ارتقای عدالت، ۱۳۹۵: ۱۲۱).^۱

۲.۲. الزامات نقش آفرینی دستگاه قضایی در ایجاد فرهنگ صلح و سازش

نظام حقوقی ایران با استفاده از روش‌های غیرقضایی حل اختلاف بیگانه نیست. برای نمونه از نخستین موارد استفاده از این شیوه در قوانین جاری، در فصل داوری قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸ و پس از آن در قانون راجع به امور قضایی عشایر مصوب ۱۳۳۷ بوده است. یک تحول دیگر در این خصوص نیز ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴ است که بر اساس آن «اختلافات بین کارگزاران، بازارگردانان، کارگزار / معامله‌گران، مشاوران سرمایه‌گذاری، ناشران، سرمایه‌گذاران و سایر اشخاص ذی‌ربط ناشی از فعالیت حرفه‌ای آنها، در صورت عدم سازش در کانون‌ها توسط هیأت داوری رسیدگی می‌شود».

تطور این سازوکار در دنیا، پیوستگی آن با فرهنگ عامه مردم را گوشزد می‌نماید. به عنوان مثال در کشوری مانند فرانسه عمدتاً کوشش می‌شود میان طرفین سازش برقرار گردد. در همین راستا، یک ضرب‌المثل فرانسوی می‌گوید «مصالحة بد از دعوی حقوقی بهتر است!» شایسته است اشاره شود استفاده از این روش‌ها حتی در حوزه حقوق اداری در کشورهایی مانند انگلستان روز به روز در حال افزایش است (رولان، پیشین: ۷۸؛ هداوند، ۱۳۹۱: ۶۰۷ - ۶۰۳). البته باید گفت منطوق اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مانعی جدی در مقابل استفاده از چنین روش‌های در حقوق اداری کشورمان به حساب می‌آید^۲ و شاید با توجه به اهمیتی که قانون‌گذار اساسی برای اموال دولتی و عمومی قایل شده است به راحتی نتوان حوزه اخیر را داخل در گستره فرهنگ صلح و سازش نمود.

نکته مهم آن است که سیاست‌گذاری جهت اتخاذ رویکرد فرهنگی در دستگاه قضایی باید با عنایت به حقوق اساسی ملت صورت گیرد. طبق اصول ۳۴ و ۳۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی

۱. البته باید توجه داشت به رغم تسلط این نگاه، در سالهای اخیر با مهم‌تر شدن دغدغه امنیت برای مردم، سیاست کیفری سخت‌گیرانه نسبت به بزهکاران مجدداً مورد توجه قرار گرفته است. امری که درست بر خلاف رویکرد فرهنگی به سیاست جنایی قضایی بر استفاده از ابزار کیفر پافشاری می‌کند. رک: شاملو، باقر؛ پاک‌نیت، مصطفی، «افتراقی شدن سیاست کیفری در پروتو پارادایم اثباتی و چالش‌های پیش روی آن در برخورد با رویکردهای نوین»، حقوق تطبیقی، دوره ۶، ش ۱، ۱۳۹۴: ۲۲۳.

۲. اصل ۱۳۹: صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد، موکول به تصویب هیأت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند.

ایران دسترسی به محاکم صالحه حق مردم بوده و این حق که از آن با عنوان حق دادخواهی یاد می‌شود از مهم‌ترین دست‌آوردهای نظام حاکمیت قانون در جمهوری اسلامی ایران به شمار می‌آید. بدین ترتیب قضات «در بسیاری از کشورها... به طور روز افزونی در تعریف حقوق شهروندان در حوزه‌هایی که برای رفاه آنها حیاتی است (مانند بهداشت، کار، روابط کارگر و کارفرما، حقوق بشر و نظایر آن) نقش مهمی بر عهده گرفته‌اند. در نتیجه شهروندان برای حفاظت حقوق خود مکرراً به دستگاه قضایی مراجعه می‌کنند» (دفتر مقابله با مواد مخدر و جرم سازمان ملل، ۱۳۹۳: ۲۱). بنابراین باید دقت شود اعمال خطمشی‌های نوین، حق دسترسی به محاکم را محدود نسازد. چنین امری نیازمند تدبیری ویژه است؛ بدین صورت که بازنگری قضایی به عنوان مرجع نظارت بر سازوکارهای غیرقضایی برقرار شود. در این حالت رابطه‌ای طولی میان محاکم و این روش‌ها شکل می‌گیرد که مانع از پایداری شدن حق دادخواهی به بهانه گسترش روش‌های غیرقضایی حل اختلاف خواهد شد. بر این اساس الزاماتی را می‌توان طرح کرد که چنین تحولی به شکل مطلوب صورت گیرد.

این الزامات به سه دسته پژوهشی - آموزشی، ساختاری - تشکیلاتی و هنجاری (منظور از هنجار در این قسمت هنجار رسمی یعنی «قانون» است^۱) تقسیم می‌شوند که بر آن اساس دستگاه قضایی می‌تواند از راه‌های زیر در ایجاد فرهنگ صلح و سازش نقش آفرینی کند:

۱. در خصوص الزامات پژوهشی - آموزشی، می‌توان به لزوم جمع‌آوری و استخراج آمار دعاوی مطروحه و انجام تحقیقات دقیق جهت نشان دادن تأثیر این حجم از دعاوی در کاهش کارآمدی دستگاه قضایی و تشجیع دیگر دستگاه‌های متولی امر فرهنگ برای گسترش توسل به راه‌های صلح و سازش اشاره کرد. زیرا به نظر می‌رسد نخستین گام در گسترش چنین فرهنگی انجام یک پژوهش علمی گسترده جهت نشان دادن پیامدهای ادامه روند کنونی است. زیرا وقتی شهروندان از تبعات مراجعه بی‌دلیل به محاکم آگاه شوند، می‌تواند تأثیر بیشتری بر همدلی آن‌ها بر عدم طرح دعاوی کم‌اهمیت در دادگستری داشته باشد. همچنین جدی گرفتن امر آموزش همگانی و اصلاح مواد درسی به ویژه در راستای تقویت فرهنگ «میانجی‌گری» «ریش‌سفیدی» و «داوری» نیز بسیار حایز اهمیت است.
۲. در مورد الزامات ساختاری - تشکیلاتی باید اشاره کرد طبق مباحث پیش‌گفته، منطوق اصول ۳۴ و ۳۶ قانون اساسی نشان می‌دهد نمی‌توان از دسترسی مردم به دادگاه‌ها جلوگیری کرد. پس تا حد ممکن توسل به سازوکار صلح و سازش باید امری داوطلبانه باشد. البته طبق آموزه‌های روان‌شناسی اجتماعی بخش اعظمی از گرایش‌ها در نتیجه رفتارهای انسان بر

۱. در این خصوص رک: رفیع پور، فرامرز؛ آناتومی جامعه؛ تهران؛ شرکت سهامی انتشار؛ ۱۳۷۵: ۲۲۸.

اساس تجربیات گذشته او شکل می‌گیرد (برکویتز، پیشین: ۲۴۷). بنابراین هر چه میزان موفقیت شهروندان در تمسک به راه‌های صلح و سازش بیشتر شود، نهادینه شدن فرهنگ صلح و سازش تقویت می‌شود. در این راستا قوه قضاییه می‌تواند با اصلاح ساختار شوراهای حل اختلاف با هدف مدیریت استرس طرفین دعوا و آرایه شور و مشورت به آن‌ها و نیز پیشنهاد لوایح قضایی مشوق تمسک به داوری، ایفای نقش نماید.

همچنین مشارکت دادن شهروندان در امور قضایی از طریق ایجاد کمیسیون‌های مستقل قضایی می‌تواند بسترساز تجربیات مثبت شهروندان از دستگاه قضایی شود (وکیلان، ۱۳۹۲: ۳۴). در همین زمینه ایجاد یک مرکز عالی جهت هماهنگی فعالیت‌های درون قوه‌ای و بیرون قوه‌ای در خصوص امر فرهنگ صلح و سازش مورد نیاز است. در این راستا تأمل در ساختار معاونت‌های فرهنگی و راهبردی قوه قضاییه و بهره‌گیری بیشتر از ظرفیت وزارت دادگستری از جهت امکان ایجاد تعامل ارگانیک با سایر نهادهای مربوطه مانند صدا و سیما، آموزش و پرورش و... مهم ارزیابی می‌شود.

۳. از جهت الزامات هنجاری اجباری شدن رسیدگی برخی اختلافات و دعاوی (در قالب روش‌های غیر قضایی حل و فصل اختلافات^۱ مانند میانجی‌گری)، باید قوانین مورد نیاز تصویب شود.

بررسی‌های تطبیقی نشان می‌دهد شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات در اروپا در حال گسترش است. به طور مثال در ایتالیا در سال ۲۰۱۰ اصلاحات گسترده‌ای درباره این روش‌ها تصویب شد و از مارس ۲۰۱۱ تعدادی از موضوعات حقوقی باید پیش از طرح در دادگاه مورد رسیدگی میانجی‌گرانه اجباری قرار گیرند. در مارس ۲۰۱۲ این روند برای سایر موضوعات حقوقی نیز اجباری شد. شایان ذکر است در اتحادیه اروپایی، قابلیت دسترسی به خدمات میانجی‌گری یکی از جنبه‌های دسترسی به عدالت به شمار می‌آید (کمیسیون اروپایی ارتقای عدالت، پیشین: ۱۲۹ - ۱۲۱).

با توجه به اینکه تهیه لوایح قضایی طبق بند دوم از اصل ۱۵۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بر عهده رییس قوه قضاییه است، این قوه امکان نقش آفرینی در این بخش را نیز دارد. در این روش‌ها «طرف‌های اختلاف با ورود به موضوع بعنوان «حل‌کنندگان مشترک قضیه» به یافتن راه حل مشترک و نه تلاش برای اقدام بر علیه دیگری عمل خواهند کرد» (سیفاللهی و جم، ۱۳۸۹: ۲۰). چنین مواردی موجب می‌شوند شهروندان تمرین صلح و سازش کنند. شایان ذکر است برای اطمینان از رعایت اصول دادرسی منصفانه و به ویژه رعایت اصول ۳۴ و ۳۶ قانون اساسی، نظارت

1. Alternative Dispute Resolution (ADR).

قضایی بر تصمیمات این نهادها ضروری است. بدین صورت که دستگاه قضایی صلاحیت رسیدگی فرجامی بر این تصمیمات را داشته باشد.

البته استفاده «اختیاری» از میانجی‌گری در سیاست جنایی قضایی کشور ما پیش‌بینی شده و ماده ۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، «میانجی‌گری و صلح میان طرفین» را از اجزای آیین دادرسی کیفری قرار داده است و طبق ماده ۸۲ همین قانون در جرایم تعزیری درجه ۶ تا ۸ که مجازات آن‌ها قابل تعلیق است مقام قضایی می‌تواند برای حصول سازش بین طرفین، موضوع را با «توافق» آنان به شورای حل اختلاف یا شخص یا مؤسسه‌ای برای میانجی‌گری ارجاع دهد؛ گرچه برخی مؤلفان وجود شوراهای حل اختلاف را با توجه به اینکه در اصل ۱۵۹ قانون اساسی مرجع رسمی تظلمات دادگاه‌های دادگستری معرفی شده‌اند مغایر با حکم قانون اساسی می‌دانند (آقای طوق، ۱۳۸۷: ۹۲ - ۸۹). آیین‌نامه میانجی‌گری در امور کیفری نیز در سال ۱۳۹۴ با پیشنهاد وزیر دادگستری و تصویب رییس قوه قضاییه لازم الاجرا شد.

لازم به ذکر است رویه شوراهای حل اختلاف نشان می‌دهد این مرجع همچنان که غایت آن «خشکاندن ریشه‌های نزاع» ذکر شده (یساقی، ۱۳۸۳: ۲۲۷ - ۲۲۶) در عمل نیز سعی نموده بر اساس مواد ۱ و ۸ قانون شوراهای حل اختلاف (مصوب ۱۳۹۴) از طریق ایجاد صلح و سازش به دعاوی خاتمه دهد. آمارها نیز حاکی از آن است که در برخی استان‌ها تا یک هزار و ۲۱۸ پرونده در سال از طریق صلح و سازش در شوراهای حل اختلاف مختومه شده‌اند (بارانی، ۱۳۸۳، ۲۱۳) و بیان شده که بسیاری از پرونده‌های این مرجع در سراسر کشور دارای ماهیتی پیچیده (قتل عمد، نزاع دسته‌جمعی، آدم‌ربایی و...) بوده که از طریق ایجاد صلح و سازش در شوراها «به طور کامل و بدون بازگشت حل و فصل گردیده است» (حمیدیان، ۱۳۸۹: ۱۳۱).

گرچه به باور ناظران، این‌که شوراهای حل اختلاف مرجع صلح و سازش باشند تا مکانی برای کم کردن از بار دادگاه‌ها نیاز به زمان دارد (علیزاد، ۱۳۸۷: ۱۵۹)، اما برای نمونه گزارش اصلاحی کلاس ۸۸/۱۳/۲ ش ۷۱ صادره از رییس شورای حل اختلاف شعبه ۷۱ شهر شیراز در تاریخ ۲۷/۰۲/۱۳۸۸ حاکی از آن است که رویه در این مراجع بر تلاش جهت صلح بوده و از جمله در این پرونده با تلاش و مساعی اعضای شورا در جهت ایجاد سازش و اصلاح ذات‌البین خواهان از طرح دعاوی مطالبه مهریه صرف نظر نموده است. همین روند در پرونده‌های کلاس ۸۸/۱۶۶/۱۲ و نیز ۸۷/۳۷۰ ح ۱ به چشم می‌خورد (برای مشاهده آرای مذکور رک: حمیدیان، پیشین: ۳۱۳، ۳۱۶ و ۳۲۰). نکته حایز اهمیت آنکه نقش خاص مذاکره، ارشاد و بهره‌گیری از ارزش‌ها و نمادهای دینی در حل و فصل خصومت‌ها از طریق صلح و سازش در متن آرای مزبور مشهود است.

اما در هر صورت این تمهیدات جنبه اختیاری داشته و الزامی برای دستگاه قضایی یا طرفین ایجاد نمی‌کند. همچنان که به لحاظ تاریخی نیز این‌گونه قوانین اختیاری مسبوق به سابقه می‌باشند. برای نمونه می‌توان به «قانون حکمیت» مصوب ۱۳۰۶ مجلس شورای ملی و «قانون کدخدایی» مصوب ۱۳۱۴ مجلس شورای ملی اشاره کرد (برای مشاهده قوانین مشابه رک: نیکوکار، ۱۳۸۸: ۳۵۸ - ۲۷۴). طبق ماده ۱ قانون حکمیت، «قطع دعوی حقوقی» به طریق حکمیت به پیشنهاد یکی از متداعیین صورت می‌گرفت و بر اساس ماده ۷ قانون کدخدایی، این مقامات صرفاً در دعاوی جزئی حق «کدخدا منشی» داشته و طرز انشای ماده نشان از اختیاری بودن این امر دارد.

هرچند تصویب چنین قواعدی در کنار تأکید و رویه مقامات عالی کشور، گام مثبتی در خصوص آغاز رویکرد فرهنگی به سیاست جنایی قضایی محسوب می‌شود؛ امری که موجب دوری هر چه بیشتر از عوام‌گرایی (برای عوام‌گرایی در سیاست جنایی رک: ابرند آبادی، ۱۳۹۲ و شاملو؛ پاک نیت، ۱۳۹۴: ۲۲۱) در اتخاذ چنین تصمیماتی خواهد شد. بدین معنا که دستگاه قضایی به جای سوءاستفاده از ترس مردم در خصوص مسائلی مانند ناامنی برای برقراری نوعی اقتدارگرایی قضایی، کارآمدی سیاست‌های خود را بر مبنای برخوردهای غیرابزاری دنبال می‌کند. این تحول در نهایت موجب گسترش پیوند میان قوه قضاییه و مردم به دلیل تبعیت داوطلبانه و پایدار از دستورات و احکام قضایی خواهد شد.

نتیجه‌گیری

در این پژوهش نسبت میان فرهنگ و کارکرد قوه قضاییه مورد بررسی قرار گرفت. قوه قضاییه به منزله یکی از قوای حاکمه کشور در وهله نخست عهده‌دار تمشیت امر قضاست. اما در کنار آن کارکردهایی مانند نظارت و پیشگیری از جرایم را نیز عهده‌دار می‌باشد. امری که در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز بدان اشاره شده است. بررسی‌های انجام شده نشان می‌دهند مهم‌ترین معضل دستگاه قضایی حجم پرونده‌ها و اطاله دادرسی است. گرچه طبق اصول قانون اساسی نمی‌توان از دسترسی مردم به دادگاه‌های صالح جلوگیری به عمل آورد، اما میزان مراجعه به محاکم برای حل و فصل اختلافات ریشه در فرهنگ حقوقی جامعه دارد. بنابراین پس از شناخت اصلی‌ترین چالش قوه قضاییه، با توجه به منع نقض حق دادخواهی، تحول فرهنگ حقوقی جامعه می‌تواند کارساز شود. اتخاذ این رویکرد فرهنگی در دستگاه قضایی علاوه بر کمک به حل معضلات دادگاه‌ها، منجر به دوری سیاست جنایی قضایی کشور از اقدامات عوام‌گرایانه و افزایش تبعیت داوطلبانه و پایدار از تصمیمات و اقدامات قضایی خواهد شد.

به نظر می‌رسد باتوجه به تجربه دیگر کشورها، رواج فرهنگ صلح و سازش با تشویق شهروندان به استفاده از راه‌کارهایی مانند میانجی‌گری، داوری و... می‌تواند کمک شایانی به رفع معضل کنونی قوه قضاییه نماید. ضمن آن‌که با ریشه‌کن ساختن خصومت‌ها نقش ویژه‌ای در افزایش کارآمدی سیاست جنایی قضایی خواهد داشت. با مطالعات ما مشخص شد که به لحاظ نظری و قانونی امکان نقش‌آفرینی قوه قضاییه در این وجود دارد. لذا پیشنهاد می‌شود سیاست جنایی قضایی جمهوری اسلامی ایران با در نظر گرفتن الزامات پژوهشی - آموزشی، ساختاری - تشکیلاتی و هنجاری (به طور غیر مستقیم از حیث تهیه لوایح قضایی) درصدد ایجاد فرهنگ صلح و سازش برآید.

در این راستا از نگاه این مقاله توصیه می‌شود: در سطح پژوهشی با انجام مطالعات میان‌رشته ای (جامعه‌شناسی حقوق) به طور روشمند تأثیر حجم دعاوی بر ناکارآمدی سیاست جنایی نشان داده شود. در این زمینه تعریف نمودن طرح‌های پژوهشی مرتبط در مراکز تحقیقاتی به ویژه معاونت فرهنگی قوه قضاییه، پژوهشگاه قوه قضاییه، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری باید در اولویت قرار گیرد. آنگاه در سطح آموزشی ضروری است با استفاده از داده‌های تحقیقات انجام شده، اهمیت روش‌های غیرقضایی برای عموم تبیین و به‌ویژه در مدارس تلاش شود در کودکان و نوجوانان گرایشهای مصالحه و میانجی‌گری تقویت گردد.

نکته مهم آن است که در این میان نقش وزارت دادگستری به‌عنوان رابط میان قوه قضاییه و قوه مجریه (به طور خاص وزارت آموزش و پرورش) از حیث تحول در محتوای کتاب‌های درسی غیرقابل انکار است. امری که به‌رغم وجود ظرفیت اصل ۱۶۰ قانون اساسی^۱ تاکنون مغفول مانده است. بنابراین پیشنهاد می‌شود کارگروهی در وزارت دادگستری عهده‌دار پر کردن این خلاء شود. کارگروه مزبور تنها در صورتی می‌تواند در مأموریت خود موفق باشد که با وضع قانون، میان آن و سایر قواعد ارتباط ارگانیک برقرار گردد. ابتکار این قانون‌گذاری می‌تواند در قالب طرح و یا لایحه باشد. با این تکمله که لایحه مزبور با توجه به ماهیت آموزشی و نه قضایی آن باید از طرق قوه مجریه به مجلس شورای اسلامی تقدیم شود.

در سطح ساختاری و تشکیلاتی نیز پیشنهاد می‌شود رییس قوه قضاییه بر مبنای اختیارات مندرج در اصل ۱۵۸ قانون اساسی، به‌ویژه با اصلاح ساختار شوراهای حل اختلاف با هدف افزایش هرچه بیشتر عضویت شخصیت‌های موجه و متنفذ محلی، مدیریت استرس طرفین دعوا و آرایه مشاوره به آنها و نیز پیشنهاد لوایح قضایی مشوق تمسک به داوری، ایفای نقش نماید.

۱. «وزیر دادگستری مسوولیت کلیه مسائل مربوطه به روابط قوه قضاییه با قوه مجریه و قوه مقننه را بر عهده دارد و از میان کسانی که رییس قوه قضاییه به رییس جمهور پیشنهاد می‌کند انتخاب می‌گردد...»

ناگفته نماند به نظر می‌رسد علت طرح آن دست‌نظراتی که وجود این شوراها را در تضاد با اصول قانون اساسی دانسته، عدم ذکر لزوم تخصص در رشته حقوق برای تمام اعضای آن را نوعی نقص قانونی (ماده ۶ کنونی قانون شوراهای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴) به شمار آورده‌اند، ناشی از عنایت نداشتن به ماهیت نهاد صلح و سازش و به خصوص این نکته باشد که برای برکندن ریشه خصومت لزوماً داشتن تخصص حقوقی کارآمد نیست. بلکه می‌توان گفت محتملاً به دلیل بهره‌گیری از زبان تخصصی و البته ماهیت جدلی حقوق کاربردی، گاه دخالت چنین متخصصانی رسیدن به فصل خصومت را آبعد می‌نماید. در حالی که اساس کار در شوراهای حل اختلاف باید بر بهره‌گیری از نفوذ کلام، روابط عمومی بالا، ظرفیت‌های محلی و بهره‌گیری از نمادهای مذهبی باشد.

همچنین لازم است با مشارکت دادن شهروندان در امور قضایی از طریق ایجاد کمیسیون‌های مستقل قضایی برای تجربیات مثبت شهروندان از دستگاه قضایی شود بسترسازی شود. در همین زمینه ایجاد یک مرکز عالی جهت هماهنگی فعالیت‌های درون قوه‌ای و بیرون قوه‌ای در خصوص امر فرهنگ صلح و سازش ضروری است تا از موازی‌کاری جلوگیری شود.

به علاوه پیشنهاد می‌شود از نظر هنجاری ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۹۲) مورد بازنگری قرار گرفته رسیدگی به برخی اختلافات و دعاوی در قالب روش‌های غیرقضایی حل و فصل اختلافات مانند میانجی‌گری، داوری و... اجباری گردد. این امر البته باید به پشتوانه یک قانون خردمندانه صورت گیرد؛ به نحوی که اولاً سعی شود این اجبار تنها ناظر به دعاوی کم‌اهمیت (خرد) باشد و ثانیاً امکان بازنگری قضایی از این دست دعاوی در محاکم دادگستری فراهم گردد تا از نظر اسناد فرادستی (به ویژه اصل ۳۴ قانون اساسی) مغایر با حق دادخواهی مردم نباشد. گرچه پیشنهاد می‌شود نخست با انجام تحقیقاتی معنای دعاوی خرد در امور کیفری روشن و سپس جهت پرهیز از هرگونه تهافت در آراء، از دعاوی خرد کیفری تعریف صریحی در اصلاحات قانون آیین دادرسی کیفری صورت گیرد. تأکید می‌شود در آرایه تعریف از این قبیل دعاوی نباید به معیارهایی که عموماً در تعیین دعاوی خرد حقوقی (برای این نوع دعاوی رک: غفاری فارسانی و شوسی نسب، ۱۳۹۰) مورد استفاده قرار می‌گیرند، مانند میزان خواسته، اکتفا نمود. چرا که دعاوی کیفری واجد جنبه عمومی و احياناً روحی - روانی نیز می‌باشند. بنابراین چه بسا یک دعاوی کیفری از حیث مادی کم‌ارزش اما از جهات پیش‌گفته مهم باشد.

منابع

- ابرنادآبادی، علی حسین (۱۳۹۲)، **درآمدی بر سیاست کیفری عوام گرا**، دیباچه ویراست سوم بر: سیاست جنایی، کریستین لازررژ، ترجمه علی حسین ابرنآبادی، چ دوم، تهران: میزان.
- امین، سید حسین (۱۳۸۲)، **تاریخ حقوق ایران**، تهران: انتشارات دایره المعارف ایران شناسی.
- آقایی طوق، مسلم (۱۳۸۷)، «بررسی و نقد قانون شوراهای حل اختلاف»، در: شوراهای حل اختلاف، پژوهشنامه شماره ۳، تهران: پژوهشکده تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام، گروه پژوهش‌های حقوقی و فقهی: ص ۱۰۲-۸۷.
- آملی لاریجانی، صادق (۱۳۹۴)، «انتقاد رئیس قوه قضائیه از رئیس جمهور سابق روی آنتن زنده: در دوره‌ای "بگم بگم" بی پایه و اساس می گفتند»، مندرج در: [Http://www.khabaronline.ir/detail/428897/society/judiciary](http://www.khabaronline.ir/detail/428897/society/judiciary)
- تاریخ آخرین مراجعه: ۱۳۹۴/۰۵/۲۳
- آیت الله خامنه‌ای در دیدار رئیس و مسئولان قوه قضائیه: «در مقابل تهدید، تطمیع، رودربایستی و فشار جو عمومی بایستید/ استقلال و تأثیرناپذیری دستگاه قضا بسیار مهم است»؛ مندرج در: [Http://www.leader.ir/langs/fa/index.php?p=contentShow&id=13356](http://www.leader.ir/langs/fa/index.php?p=contentShow&id=13356)
- مراجعه: ۱۳۹۴/۰۵/۲۳
- بارانی، بی‌نا (۱۳۸۳)، «سال جاری یک هزار و ۲۱۸ پرونده در شورای حل اختلاف استان ایلام با صلح و سازش مختومه شده است»، در: شوراهای حل اختلاف تجلی مشارکت مدنی، چ دوم، تهران: معاونت اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم قوه قضائیه: ص ۲۱۴ - ۲۱۳.
- بشیریه، حسین (۱۳۷۴)، **جامعه شناسی سیاسی**، تهران: نشر نی.
- برکوویتز، لئونارد (۱۳۸۷)، **روانشناسی اجتماعی**، ترجمه: محمد حسین فرجاد و عباس محمدی اصل، چ ۵، تهران: اساطیر.
- بی‌نا (۱۳۹۱)، **مروری بر مسائل اجتماعی ایران مسائل حوزه خانواده، اقتصاد، اجتماع و فرهنگ**، تهران: اداره مطالعات اجتماعی، مرکز مطالعات اجتماعی و جرم شناسی، معاونت اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم قوه قضائیه.
- پوریانی، محمد حسین (۱۳۸۵)، «تبیین مفهوم ارزش با رویکرد جامعه شناختی»، **مجله مطالعات علوم اجتماعی ایران**، شماره ۱۱، ص ۷۷-۵۰.
- توکلی، عبدالله (۱۳۸۳)، **اصول و مبانی مدیریت**، قم: زمزم هدایت.
- جمشیدی، علیرضا (۱۳۹۰)، **سیاست جنایی مشارکتی**، تهران: میزان.
- چلبی، مسعود (۱۳۷۵)، **جامعه شناسی نظم**، تهران: نی.

- حمیدیان، حسن (۱۳۸۹)، **شوراهای حل اختلاف (بررسی تطبیقی) به انضمام آراء برگزیده**، چ دوم، تهران: دادگستر.
- دارایی، محمد هادی با همکاری مرکز تحقیقات استراتژیک (مجمع تشخیص مصلح نظام) و معاونت پژوهشی دانشگاه آزاد اسلامی (۱۳۸۷)، **اطالۀ دادرسی و روش‌های جایگزین حل اختلاف**، تهران: معاونت پژوهشی دانشگاه آزاد اسلامی.
- دفتر مقابله با مواد مخدر و جرم سازمان ملل (۱۳۹۳)، **راهنمای مرجع تقویت سلامت و توانمندی قضایی**، مترجم: حسن و کیلیان، با همکاری: پژوهشگاه قوه قضاییه، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
- راسخ، محمد (۱۳۹۰)، **نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی**، چ دوم، تهران: دراک.
- رفیع پور، فرامرز (۱۳۷۵)، **آنا تومی جامعه**، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- رفیعی، محمدرضا؛ مرکز مالگیری، احمد و موسوی زاده، سید شهاب‌الدین (۱۳۹۳)، **راهکارهای کاهش طرح دعوا و زمان رسیدگی در شعب دیوان عدالت اداری**، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
- رولان، نوربر (۱۳۸۵)، **انسان شناسی حقوقی**، ترجمۀ امیر نیک پی، تهران: جنگل.
- سلیمی، محمد (۱۳۹۴)، «چرایی اطالۀ دادرسی و حجم انبوه پرونده‌های دستگاه قضایی»، مندرج در: [Http://hawzahnews.com/detail/News/352434](http://hawzahnews.com/detail/News/352434)
- تاریخ آخرین مراجعه: ۱۳۹۴/۰۵/۲۳
- سیفالهی، آرمان و جم، فرهاد (۱۳۸۹)، **روش‌های غیر قضایی حل و فصل اختلافات اداری**، معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه، مرکز مطالعات توسعه قضایی، تهران: خرسندی.
- شاملو، باقر و پاک‌نیت، مصطفی (۱۳۹۴)، «افتراقی شدن سیاست کیفری در پرتو پارادایم اثباتی و چالش‌های پیش روی آن در برخورد با رویکردهای نوین»، **حقوق تطبیقی**، دوره ۶، شماره ۱، ص ۲۰۱-۲۲۶.
- شهابی، مهدی و نیکویی، مرضیه (۱۳۹۱)، «حقوق متافیزیکی تاملی بر نقش «ارزش» در فرایند ایجاد قاعده حقوقی»، **مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز**، دوره چهارم، شماره ۱، ویژه-نامه حقوق عمومی و بین‌الملل، ص ۱۳۴-۱۰۳.
- صانعی، پرویز (۱۳۸۱)، **حقوق و اجتماع**، تهران: طرح نو.
- عباسی، مصطفی (۱۳۸۲)، «عدالت ترمیمی، دیدگاه نوین عدالت کیفری»، **پژوهش حقوق و سیاست**، شماره ۹، ص ۸۵-۱۲۸.

علیزاده، بی‌نا (۱۳۸۷)، «میزگرد: شوراهای حل اختلاف؛ از تئوری تا عمل»، در: شوراهای حل اختلاف، **پژوهشنامه شماره ۳**، تهران: پژوهشکده تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام، گروه پژوهش‌های حقوقی و فقهی، ص ۱۶۱ - ۱۵۱.

غفاری فارسانی، بهنام و شوسی‌نسب، نفیسه (۱۳۹۰)، «دعای خرد و نقش آن‌ها در احقاق حقوق مصرف‌کنندگان»، **بررسی‌های حقوقی**، شماره ۲، ص ۸۲ - ۴۳.

قاضی، سید ابوالفضل (۱۳۸۵)، **بایسته‌های حقوق اساسی**، چاپ ۲۵، تهران: میزان.

کشاوری، بهمن (۱۳۹۴)، «بیدادِ اطاله دادرسی»، مندرج در:

[Http://www.irna.ir/fa/News/81672826/](http://www.irna.ir/fa/News/81672826/)

تاریخ آخرین مراجعه: ۱۳۹۴/۰۵/۲۳

کمیسیون اروپایی ارتقای عدالت (CEPEJ)، (۱۳۹۵)، **ارزیابی نظام‌های قضایی اروپا در سال ۲۰۱۲**، ترجمه گروه مترجمان، ویراستار: احمد مرکز مالگیری، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.

کوئن، بروس (۱۳۹۱)، **مبانی جامعه‌شناسی**، چاپ ۲۵، ترجمه غلام عباس توسلی و رضا فاضل، تهران: سمت.

گودرزی بروجردی، محمدرضا (۱۳۸۵)، **سیاست جنایی قضایی**، چ دوم، تهران: معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه، مرکز مطالعات توسعه قضایی، قم: سلسبیل.

گیدنز، آنتونی، با همکاری کارن بردسال (۱۳۹۳)، **جامعه‌شناسی**، ترجمه حسن چاوشیان، ویراست چهارم، چ نهم، تهران: نی

لازررژ، کریستین (۱۳۸۲)، **درآمدی به سیاست جنایی**، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: میزان

لواسور، ژرژ (۱۳۷۲)، «سیاست جنایی»، ترجمه: علی حسین نجفی ابرندآبادی، **تحقیقات حقوقی**، سال ۱۳۷۱ و ۱۳۷۲، شماره ۱۱ و ۱۲، ص ۴۳۶ - ۳۹۵.

مجتهدی، یوسف (۱۳۸۸)، **سیاست جنایی قضایی ایران در اجرای مجازات سالب آزادی**، تهیه و تدوین: معاونت آموزش قوه قضاییه، اداره کل برنامه ریزی و تدوین متون آموزشی، کنترل و نظارت: محمود سالارکیا، غلامعلی محمدی، محمد درویش زاده، قم: نشر قضاء.

محمد خلیفه، عبداللطیف (۱۳۷۸)، **بررسی روان‌شناختی تحول ارزش‌ها**، ترجمه سید حسن سیدی، مشهد، انتشارات آستان قدس رضوی.

نلر، جورج فردریک (۱۳۸۸)، **انسان‌شناسی تربیتی**، ترجمه محمدرضا آهنگچیان و یحیی قائدی، تهران: انتشارات آبیژ.

نیکوکار، ابوالفضل (۱۳۸۸)، ۳۰۱ نکته از قانون شوراهای حل اختلاف به انضمام مقررات جامع مربوط به خانه‌های انصاف، شوراهای داوری و شوراهای حل اختلاف، تهران: جنگل، جاودانه. وکیلان، حسن (۱۳۹۲)، گزارش پژوهشی نگاهی به سازمان و تحولات ساختاری دستگاه قضایی بررسی موردی نظام های آمریکا، انگلستان، فرانسه و آلمان، ویراستار: مهسا حمداللهی، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه.

هداوند، مهدی (۱۳۹۱)، حقوق اداری تطبیقی، ج دوم، چ سوم، تهران: سمت. یساقی، بی‌نا (۱۳۸۳)، «ریشه‌های نزاع در شوراهای حل اختلاف خشکانده می‌شود»، در: شوراهای حل اختلاف تجلی مشارکت مدنی، ج دوم، تهران: معاونت اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم قوه قضاییه، ص ۲۲۷ - ۲۲۶.

یوسفی، ایمان و ریسی، محمد صادق (۱۳۹۲)، «بررسی انتقادات وارد بر نهاد بازرسی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۷، شماره ۸۲، ص ۲۴۵ - ۲۱۸.

International Encyclopedia of Social and Behavioral Science, (2001), "Legal Culture and Legal consciousness", New York, Elsevir, Pergamon Press: 8624 - 8625.

Robbins, Stephen P., (1996), Organizational Behavior: Concepts, Controversies, Applications, Prentice Hall.

Nelken, David, (2004), "Using the Concept of Legal Culture", Australian Journal of Legal Philosophy, vol 29: 1 - 28.



سیطره حبس گرایی و رویای حبس زدایی در سیاست کیفری ایران (مطالعه موردی حوزه قضایی شهر کرمان)

حسین پورمحمی آبادی^۱
دکتر داریوش بوستانی^۲
دکتر سعید قماش^۳✉

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۴/۱۰

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۷/۱۲

چکیده

امروزه سیاست کاهش جمعیت کیفری زندانیان یکی از اولویت‌های کشورهای مختلف دنیا از جمله ایران است. بر این اساس، پژوهش حاضر با رویکرد امیک و تفسیری و بهره‌گیری از روش شناسی کیفی گراند تئوری، به بررسی شرایط و راهبردهای سیاست زندان زدایی پرداخته است. بیست و یک نفر از قضات شهر کرمان، به عنوان مشارکت کننده در این پژوهش مشارکت کردند. قضات با روش نمونه‌گیری هدفمند و معیار اشباع نظری انتخاب شدند. داده‌ها با تکنیک مصاحبه عمیق جمع‌آوری گردید. در نهایت، تجزیه و تحلیل داده‌های به دست آمده، منجر به خلق چهار مقوله و یک مقوله هسته‌شده شد. مقولات عبارتند از: راه هموار حبس گرایی، تناقض درون سازمانی، اجتماع قوا در قاضی و نواقص تقنینی حبس‌زا. مقوله هسته‌شده عبارت است از: سیطره حبس گرایی در سیاست کیفری ایران.

واژگان کلیدی: حبس گرایی، حبس زدایی، قضات، نظام عدالت کیفری، نظریه زمینه‌ای.

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه کاشان

۲. دانشیار گروه علوم اجتماعی دانشگاه شهید باهنر کرمان

۳. استادیار گروه حقوق دانشگاه کاشان (نویسنده مسئول)

مقدمه

اگر چه قانون گذار جمهوری اسلامی ایران، متأثر از رویکردهای دین اسلام^۱ و تأکیدهای بین‌المللی، البته با فاصله چند دهه‌ای از کشورهای پیش رو، تأسیسات کاهنده جمعیت کیفری زندانیان را در قوانین کیفری مصوب سال ۱۳۹۲، پیش‌بینی کرده است^۲ تا به اهداف نظام عدالت کیفری دست یابد اما یافته‌های نظری پژوهشگران، موفقیت زندان زدایی در ایران را به جهت وجود موانع پیش روی آن با توجه به فرهنگ حبس‌گرای ایرانیان و شیوه نگارش قانون، مورد تردید قرار داده‌اند (مرادی دالوند، ۱۳۹۴؛ منصورآبادی و کونانی، ۱۳۸۹). از آنجا که ازدیاد جمعیت کیفری زندان‌ها، یک واقعیت اجتماعی است و همچون تمام واقعیت‌های اجتماعی، مبتنی بر یکسری معانی است و در یک کنش متقابل نمادین، توسط کنشگران به‌ویژه کنشگران دستگاه عدالت کیفری خلق می‌گردد؛ پژوهش حاضر، سعی دارد تا با مطالعه دیدگاه این کنشگران، تورم جمعیت کیفری زندانیان را از درون به جای بیرون، بررسی کند. این رویکرد، که یکی از ملاک‌های اساسی در تحقیقات کیفی است، وجه متمایز این پژوهش، از پژوهش‌های نظری پیش گفته است. لذا، هدف، درک و فهم معنایی است که مقام قضایی به کنش خود می‌دهد و متکی بر این معناسازی قواعد کنش بین او و دیگر کنشگران شکل می‌گیرد. بنابراین، موضوع اصلی پژوهش، این است که زندان و جمعیت کیفری زندان‌ها چه جایگاهی در نظام معانی ذهنی قضات دارد، زیرا در ضمن توجه به نظام معانی ذهنی قضات است که می‌توان بررسی کرد که چنین تأسیساتی تا چه حد، عملیاتی و اجرایی خواهند شد.

نگاهی گذرا به تجربه جریان اصلاح زندان‌ها که قریب ۳۰ سال پیش در کشورهای غربی متأثر از اقدام‌های سازمان ملل متحد و شورای اروپا آغاز شده است، نشان می‌دهد که توجه به این موضوع مهم در تاریخ تحولات کیفر زندان، دارای سابقه است. از آنجا که هدف اصلاحات مذکور، گنجاندن فنون نوین در یک نظام قدیمی بود که آمادگی کافی برای پذیرش آن را نداشت و حتی خطر بر هم ریختن چهارچوب سنتی آن را در برداشت، لذا بیشتر مقامات زندان با این اصلاحات نوین، مخالفت ورزیدند و فوائد و مناسبت آن‌ها را مورد اعتراض قرار دادند حتی قضات نیز کمتر از آنان با این اصلاحات مخالف نبودند. در هر صورت این مخالفت‌ها در کنار سایر عوامل، موجب شد تا بازپروری اجتماعی و اصلاح مجرمان، چه در ایالات متحده و چه در اروپا و چه در کشورهای اسکاندیناوی تقریباً مردود شناخته شود (آنسل، ۱۳۹۱: ۹۲ و ۹۳؛ نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱ الف: ۲۶-).

۱. جهت مطالعه بیشتر ر.ک به قسمت ۲-۵-۳ مقاله حاضر

۲. همانند تأسیسات موضوع مواد ۳۹؛ ۴۰ تا ۴۵؛ ۵۶ و ۵۷ و ۶۴ تا ۸۷ در قانون مجازات اسلامی و نهادهای موضوع مواد ۸۲ و ۸۳، ۷۹، ۸۰ و ۸۱ در قانون آیین دادرسی کیفری.

۲۲). بنابراین می‌توان گفت که نظام معانی ذهنی قضات در خصوص مجازات زندان و جمعیت کیفری زندان‌ها از چنان اهمیتی برخوردار است که بی‌توجهی به آن می‌تواند حتی به شکست سیاست کیفری یک کشور منتهی شود. بر همین اساس، پژوهش حاضر با مشارکت قضات حوزه قضایی شهر کرمان انجام شده است زیرا آشنایی محقق با میدان پژوهش و برقراری ارتباط عمیق و سازنده با مشارکت کنندگان از لوازم اساسی انجام مصاحبه‌های با کیفیت و تحصیل داده‌های غنی در پژوهش‌های کیفی است. البته وضعیت جمعیت کیفری زندانیان استان کرمان نیز ضرورت چنین پژوهشی را دو چندان می‌سازد. بنابر گفته‌ی رییس کل دادگستری استان کرمان، اگر در کشور در قبال هر ۱۰۰ هزار نفر جمعیت، ۲۹۰ نفر زندانی وجود دارد، در کرمان، این نرخ به ۴۳۰ نفر می‌رسد.^۱ لذا در این پژوهش، با تأکید بر اهمیت موصوف، به دنبال پاسخ به این پرسش هستیم که معانی ذهنی^۲ قضات حوزه قضایی شهر کرمان در خصوص آراء منتهی به زندان چگونه است و تأسیسات قانونی کاهنده جمعیت کیفری زندانیان چه جایگاهی در نظام معانی ذهنی آنان دارد؟ بنابراین، کنشگران دستگاه عدالت کیفری^۳، در پژوهش حاضر، مشارکت خواهند داشت و داده‌های حاصل از مصاحبه عمقی با آنان، اساس تحقیق را تشکیل خواهد داد. با توجه به موارد مذکور، پژوهش حاضر، تأملی نوین در خصوص ازدیاد جمعیت کیفری زندانیان، محسوب می‌شود.

۱. این خبر در درگاه اینترنتی خبرگزاری ایسنا به نشانی: <http://www.isna.ir/news/95040113800> بارگذاری شده است.
 ۲. مطالعه واقعیت از درون به جای بیرون، یکی از ملاک‌های اساسی در تحقیقات کیفی است. این معیار، باعث اصالت درون به جای بیرون، اصالت ذهنیت به جای عینیت و اصالت دیدگاه افراد مورد مطالعه به جای دیدگاه محقق می‌شود (ایمان، ۱۳۹۳: ۱۵۲). نگرستن به پدیده‌ها، کنش‌ها، هنجارها و دیگر موارد، از دیدگاه افرادی که مورد مطالعه قرار می‌گیرند، با مبانی فلسفی روش‌شناسی کیفی تحقیق همخوانی دارد؛ چون انسان خالق زندگی و دنیای اجتماعی خود است و به همین لحاظ او قادر است رخدادها، وقایع، هنجارها و ارزش‌های موجود در این زندگی را توصیف کند (همان: ۱۷۰). بر این اساس منظور از معانی ذهنی، معنایی است که فرد مورد مطالعه به کنش خود می‌دهد و متکی بر این معنا سازی، قواعد و ضوابط کنش بین او و دیگر کنشگران شکل می‌گیرد. در این حالت، محقق از قبل نمی‌داند که چه معنایی وجود دارد و صرفاً از طریق کشف و ورود عمیق و پر مایه به کنش، آن معنا را به طریق علمی به منصف ظهور می‌رساند تا دیگران نیز همانند کنشگران آن معنا را فهم کنند. بنابراین، در سیستم معانی ذهنی، تجربه‌ها و تفسیر تجربه‌ها و در نهایت موضع‌گیری کنشگر در مقابل رخدادهایی که با آن روبه‌رو می‌شود، وجود دارد. با توصیف دقیق این سیستم، محقق به معنایی که افراد مورد مطالعه به کنش و دنیای اجتماعی خود الصاق می‌کنند، دست می‌یابد (همان: ۱۵۴).

۳. لازم است که مفهوم کنشگر را در ضمن بیان اصطلاح کنش متقابل نمادین که یکی از بنیان‌های فکری روش‌شناسی کیفی است، توضیح دهیم. کنش متقابل، مستلزم فرایندی مستمر از تفسیر متقابل نسبت به ماهیت شرایط و موقعیت‌هایی است که در آن قرار داریم و همچنین تصویری که از واکنش نسبت به اعمال خود پیدا می‌کنیم (همان: ۱۶۳). بلومر (۱۹۶۹: ۲) این تصور و باز نمود کلی که افراد از زندگی اجتماعی پیدا می‌نمایند را در سه قضیه کلی مطرح کرده است: الف- انسان‌ها بر اساس معنایی که از اشیاء دریافت می‌کنند، با آن‌ها وارد کنش می‌شوند. ب- معنای این اشیاء، ناشی از کنش و تعامل اجتماعی است که انسان با هم نوعان خویش دارد. ج- این معانی زمانی که در برخورد با اشیاء به کار گرفته می‌شوند، از سوی کنشگر دستکاری،

بی شک، نتایج چنین پژوهشی برای سیاست‌گذاران کیفری^۱ جمهوری اسلامی ایران (به ویژه قوای قضاییه و مقننه) بسیار مفید خواهد بود زیرا نظام معانی ذهنی قضات در خصوص زندان را به شکلی کاملاً جدید و علمی به آنان ارائه می‌دهد تا بر اساس آن بتوانند به اصلاح قوانین، مواد آموزشی کارآموزان قضایی و قضات و سایر ساختارهای زیر مجموعه سیاست کیفری اقدام کنند.

۱. روش تحقیق

پژوهش حاضر، از نوع کاربردی است و به لحاظ روش شناسی، کیفی بوده و بر اساس نظریه زمینه‌ای طراحی شده است. محقق در نظریه زمینه‌ای به دنبال خلق نظریه در بررسی و مطالعه کسانی است که در فرایند کنش یا تعامل مشابه‌ای درگیرند. آنچه در این روش اهمیت دارد، داده‌ها هستند. در واقع نکته مهم و کلیدی در نظریه‌سازی این است که نظریه از خارج به یک تحقیق تحمیل نمی‌شود، بلکه تولید شده یا متکی بر داده‌های اخذ شده از مشارکت کنندگان است که فرایندی را تجربه کرده‌اند (Strauss & corbin, 1998). از این توضیحات، استراتژی پژوهش نیز آشکار می‌شود که عبارت است از استراتژی استقفا‌می.

۱.۱. میدان تحقیق و مشارکت کنندگان

مشارکت کنندگان تحقیق، بیست و یک نفر از قضات دادگاه‌های کیفری یک و دو، دادسرای عمومی و دادگاه تجدید نظر استان حوزه قضایی شهر کرمان می‌باشند که بر اساس دو راهبرد نمونه‌گیری

بازبینی، اصلاح و تفسیر می‌شوند. قضیه سوم وی، برای محققان کیفی از اهمیت بیشتری برخوردار است. زیرا این قضیه بر تفسیر کنشگران و ساخت و سازهای با معنا تأکید دارد. در فرایند تفسیر، کنشگران اجتماعی کنش‌های خود را ساختارمند می‌کنند (BLUMER, 1962:188) و بر این اساس، دنیای اجتماعی با معنای خود را می‌سازند. لذا برای کسب دانش از دنیای اجتماعی کنشگران، چاره‌ای جز رجوع به مبانی و تفسیر کنشگران نیست و لازم است که این دنیا، از زاویه دید کنشگران تعریف شود. البته لازم به ذکر است که اگر چه انسان بر اساس خلاقیت به ساخت جهان اجتماعی می‌پردازد، و پوی خلاقیت به عنوان توانمندی انسان در شرایط تعاملی و کنش متقابل ظهور می‌کند. بنابراین، خلق واقعیت نیز محصول کنش متقابل است (ایمان، پیشین: ۱۵۱). بر این اساس، منظور از کنشگران اجتماعی، انسان‌ها هستند که واقعیت‌های اجتماعی را خلق می‌کنند (MATZA, 1969:8) و تعریف واقعیت اجتماعی نزد خالق آن می‌باشد (ایمان، پیشین: ۲۱۰). بنابراین چون جمعیت کیفری زندان‌ها یک واقعیت اجتماعی است، همچون تمام واقعیت‌های اجتماعی، مبتنی بر یکسری معانی و در یک کنش متقابل نمادین، توسط کنشگران به ویژه کنشگران دستگاه عدالت کیفری خلق شده است. هدف این تحقیق، کشف معنا و قواعد این کنش است. یعنی درک و فهم معنایی که مقام قضایی به کنش خود می‌دهد و متکی بر این معنا سازی قواعد کنش بین او و دیگر کنشگران شکل می‌گیرد. بر همین اساس منظور از کنشگران نظام عدالت کیفری، قضات حوزه قضایی شهر کرمان هستند که به عنوان مشارکت‌کننده در این پژوهش همکاری می‌کنند.

1. penal policy- makers

هدفمند یعنی حداکثر نوسان و گلوله برفی انتخاب شده اند. حداکثر نوسان یعنی انتخاب مواردی اندک اما با بیشترین تنوع، تا بدین وسیله دامنه نوسانات و تفاوت در میدان آشکار شود؛ در نمونه گیری گلوله برفی نیز از مشارکت کنندگان پرسیده می شود که مشارکت کننده بعدی که پیرامون مقوله یا مفهوم مدنظر اطلاع دارد چه کسی است (فلیک، ۱۳۸۷). بر حسب نمونه گیری بر اساس حداکثر نوسان، مشارکت کنندگان از تنوع زیادی برخوردارند. آن ها از مراجع قضایی کیفری گوناگون انتخاب شده اند، همچنین از سنین پایین و افراد مسن، قضات خانم و آقا، نمونه گیری به عمل آمده است. از طریق فرایند گردآوری داده برای نظریه پردازی، تحلیلگر به طور همزمان داده ها را گردآوری، کد گذاری و تحلیل می کند و تصمیم می گیرد چه داده هایی را گردآوری کند و در کجا به دنبال آن بگردد، در حالی که به تدوین نظریه می پردازد (Glaser & Strauss, 1967: 45).

۲.۱. ابزار جمع آوری اطلاعات

در این تحقیق برای گردآوری داده ها از مصاحبه عمیق استفاده شده است. مصاحبه عمیق را به گفتگوی حداقل دو نفره ای که بر اساس هدف معینی و به منظور کسب اطلاعات معینی توسط مصاحبه گر شروع شده و متمرکز بر محتوایی است که توسط اهداف تحقیق مشخص شده است، تعریف کرده اند (دلاور، ۱۳۹۳). این مصاحبه انعطاف پذیر بوده و به مصاحبه کننده اجازه می دهد تا فراتر از مشخصه های برنامه مصاحبه پیش برود. مصاحبه با مشارکت کنندگان در چند مرحله و از چهل و پنج دقیقه تا یک ساعت و نیم به طول انجامیده است. ارتباط محقق با مشارکت کنندگان نیز در طول پژوهش برقرار بود تا به هنگام نیاز برای حصول اعتبار و همچنین اشباع نظری به آنها مراجعه گردد. سه نوع مصاحبه کیفی و عمیق، محور جمع آوری داده ها قرار گرفت که عبارتند از: مصاحبه گفتمانی غیررسمی، رویکرد راهنمای عمومی مصاحبه و مصاحبه باز استاندارد (گال و همکاران، ۱۳۹۳: ۶۵). بر این اساس، در تحقیق حاضر هر سه رویکرد پیشنهادی پاتن به ترتیب زیر استفاده شد: در آغاز کار برای دستیابی به مفاهیم و مقوله های اولیه آشکار شدند، با استفاده از روش راهنمای عمومی مصاحبه، مقوله ها و مفاهیم در فرایند مصاحبه پیگیری شدند. سرانجام بعد از این که خطوط کلی مصاحبه ها به وسیله مفاهیم و مقوله ها شکل گرفتند، پرسش ها بازطراحی و این فرایند تا مرحله اشباع نظری ادامه یافت. اشباع نظری معیاری است برای تعیین تعداد نمونه ها که بر اساس آن محقق تا جایی مصاحبه ها را ادامه می دهد که پاسخ به پرسش های عمده تحقیق اشباع شده یا داده های جدیدی در فرایند گردآوری داده ها تولید نشود. این فرایند را نمونه گیری نظری می -

خوانند که یکی از انواع روش های نمونه گیری غیر احتمالی است (حبیبی، ۱۳۹۰: ۵۳-۵۱) و به دنبال نمونه گیری هدفمند می آید.

۳.۱. تجزیه و تحلیل داده ها

در روش نظریه زمینه‌ای، سه شیوه کدگذاری وجود دارد: ۱- کدگذاری باز ۲- کدگذاری محوری و ۳- کدگذاری گزینشی. محقق، در تدوین نظریه زمینه‌ای، با کدگذاری باز شروع می‌کند. کدگذاری باز به دنبال آن است که داده‌ها و پدیده‌ها را در قالب مفاهیم عرضه کند. عبارت‌ها یا گزاره‌ها بر اساس واحدهای معنایی دسته‌بندی می‌شوند تا مفاهیم به آن‌ها الصاق شوند (Strauss & Corbin, op. cit). در مرحله بعد کدهای به دست آمده از کدگذاری باز که مستقیم به پرسش تحقیق مربوط می‌شوند دسته بندی یا مقوله بندی می‌شوند. مقوله‌های به دست آمده مجدد به کدهایی مرتبط می‌شوند که انتزاعی تر از کدهای مرحله اول هستند (حبیبی، پیشین: ۶۶). در واقع کدگذاری محوری، فرایند مرتبط کردن مقوله های فرعی به مقوله های اصلی تر را شامل می‌شود. کدگذاری گزینشی که سومین مرحله کدگذاری است، کدگذاری محوری را در سطحی انتزاعی تر ادامه می‌دهد. در این مرحله شکل گیری و پیوند هر دسته بندی با سایر گروه ها تشریح می‌شود (فلیک، پیشین). در این مرحله که بسیار حساس است، محقق باید کامل با داده ها ارتباط برقرار کند، رابطه‌ها و پیوندهای میان مقولات را درک و پالایش کند تا در نهایت نظریه مورد نظر استخراج شود.

۴.۱. اعتماد پذیری

برای رسیدن به قابلیت اعتماد از سه تکنیک استفاده شده است: ۱- ارزیابی توسط اعضا؛ از مشارکت کنندگان درخواست شد تا یافته های نهایی را بررسی و دیدگاه خود را بیان کنند ۲- مقایسه تحلیلی؛ طی آن به داده های خام رجوع و با ساخت بندی نظریه مقایسه به عمل آمد و ۳- استفاده از روش ممیزی؛ که طی آن چند متخصص و روش شناس کیفی روند کدگذاری، مفهوم سازی و استخراج مقولات را بازبینی و بازرسی کردند.

۲. یافته‌های پژوهش

به طور کلی پس از جمع‌آوری و تحلیل مصاحبه‌ها، چهار مقوله به شرح زیر استخراج شد: راه هموار حبس‌گرایی، تناقض درون سازمانی، اجتماع قوا در قاضی و نواقص تقنینی حبس‌زا. در ادامه هر یک از مقولات مطرح و سپس توصیف مقولات به همراه نقل قول‌ها ارائه می‌شود.

۱.۲. راه هموار حبس گرایی

یکی از مقولاتی که بسیاری از مشارکت کنندگان به آن اشاره داشتند، هموار بودن راه صدور و اجرای آراء منتهی به زندان در مقایسه با حبس زدایی است. زمینه های این هموار بودن را از منظر مشارکت کنندگان به صورت مجزا بررسی خواهیم کرد.

۱.۱.۲. بسترهای قضایی حبس زا

از نظر قضات، بسترهای موجود در دستگاه قضایی و آثار غیرقابل انکار آن‌ها، موجب می‌شود تا مجازات حبس به مراتب مطلوب‌تر و خوشایندتر از نهادهای حبس زدا باشد. آنان، حجم بالای پرونده‌ها و کمی گرایی را از مهم‌ترین بسترهای موصوف برشمردند. دو چالش به هم پیوسته و مرتبط با یکدیگر که به یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های قضات تبدیل شده‌اند. قاضی‌ای که باید دادرسی عادلانه و قناعت وجدان، تنها دغدغه‌اش باشد، بیشتر نگران مثبت بودن آمار رسیدگی هایش است و این سیاست، همچون تیغی بر پای قضات، مجال راه رفتن در مسیر عدالت منصفانه را از آنان گرفته است. کاهش دقت در رسیدگی‌ها، استرس زا شدن قضاوت، افزایش اشتباهات قضایی و بسیاری از معضلات دیگر، تنها گوشه‌ای از مصائب ناگوار بسترهای مورد بحث می‌باشند.

مشارکت کننده «ج» در این خصوص بیان داشتند: «برای صدور مجازات‌های جایگزین حبس نیاز به احراز شرایط^۱ است و چون احراز شرایط سخت می‌باشد بسیاری از قضات به سمت این مجازات‌ها نمی‌روند و حبس را ترجیح می‌دهند.» ایشان از حجم بالای پرونده‌ها، به عنوان یکی از زمینه های مهمی که احراز شرایط را سخت می‌کند، یاد کردند.

علاوه بر ایشان، مشارکت کننده «الف» نیز حجم بالای پرونده‌ها را مانعی مهم بر سر راه فردی کردن مسئولیت کیفری و مجازات‌ها معرفی کردند. این مشارکت کننده در خصوص تأثیر حجم پرونده‌ها بر فردی کردن مسئولیت کیفری بیان داشتند: «با توجه به مشکلات زیرساختی که در سیستم قضایی وجود دارد به ویژه حجم بالای پرونده‌های کیفری، قاضی نمی‌تواند با فراغت بالا و با دقت به احراز عناصر جرم و اثبات مجرمیت بپردازد لذا موجبات افزایش جمعیت کیفری فراهم خواهد شد.» ایشان در مورد تأثیر حجم پرونده‌ها بر فردی کردن مجازات نیز معتقد بودند که: «با حجم بالای پرونده‌های کیفری، قاضی نمی‌تواند با فراغت بالا و با دقت، فردی کردن مجازات مجرم

۱. این شرایط به موجب نص صریح ماده ۶۴ قانون مجازات اسلامی پیش بینی شده اند. ماده مذکور مقرر می‌دارد: «مجازات های جایگزین حبس عبارت از دوره مراقبت، خدمات عمومی رایگان، جزای نقدی، جزای نقدی روزانه و محرومیت از حقوق اجتماعی است که در صورت گذشت شاکی و وجود جهات تخفیف با ملاحظه نوع جرم و کیفیت ارتکاب آن، آثار ناشی از جرم، سن، مهارت، وضعیت، شخصیت و سابقه مجرم، وضعیت بزه دیده و سایر اوضاع و احوال، تعیین و اجراء می‌شود.»

را انجام دهد. زیرا در این حالت توجه به وضعیت مجرم و سابقه کیفری او برای تعیین بهترین مجازات در دستور کار قاضی قرار دارد.»

همین مشارکت کننده یکی از نمودهای بارز تأثیر حجم پرونده ها بر صدور آراء منتهی به زندان را اظهار نظر تشریفاتی در خصوص قرار تأمین منتهی به بازداشت، معرفی کردند: «زمان‌های پیش بینی شده در ماده ۲۴۲ ق.آ.د.ک رعایت می‌شود و پرونده‌ها به موقع برای اظهار نظر و ابقا یا فک یا تخفیف قرار به نظر قاضی می‌رسد اما اکثر قضات به صورت تشریفاتی اظهار نظر می‌کنند. یعنی بدون بررسی مجدد برای این که ببینند آیا دلایل اولیه مبنی بر لزوم قرار بازداشت موقت برای متهم کماکان باقی است یا خیر، قرار را ابقا می‌کنند.»

نظام قضایی کشور برای رفع مشکلات فراوان ناشی از حجم بالای پرونده‌ها، سیاست کمی‌گرایی را اتخاذ کرده است که بر مبنای آن، ملاک عملکرد مثبت قضات، آمار مثبت آنان در رسیدگی به پرونده‌ها است. منظور از آمار مثبت این است که تعداد پرونده‌های رسیدگی شده در یک مرجع قضایی از تعداد پرونده‌های ورودی آن، بیشتر باشد. سیاست کمی‌گرایی به صراحت توسط مشارکت کننده "ج"، مطرح گردید. ایشان در این باره گفتند: «در حال حاضر ملاک عملکرد مثبت قضات، مثبت بودن آمار آنان با توجه به پرونده های ورودی و خروجی است.»

مشارکت کننده "الف" در راستای نفی این سیاست بیان داشتند: «می‌بینیم که قاضی در رأیی که صادر کرده است و باید بیانگر تمامی عناصر جرم و دلایل مثبت آن باشد به گونه‌ای که چکیده-ای از ماحصل بررسی‌های پرونده را نشان دهد، تعارض آشکار در انشاء دارد و صدر و ذیل رأی وی با هم نمی‌خواند این به دلیل کمی‌گرایی و عدم دقت در کار ماهوی است.»

معضل حجم بالای پرونده‌ها و کمی‌گرایی، صرفاً دغدغه مراجع رسیدگی و صدور حکم نمی‌باشد بلکه بنابر نظر مشارکت کننده "ح"، دغدغه‌ای تأثیرگذار برای قضات اجرای احکام نیز محسوب می‌شود: «قضات اجرای احکام چندان با مجازات‌های جایگزین موافق نمی‌باشند زیرا حجم پرونده‌ها به خودی خود بالا است حال شما فکر کنید که قاضی، مجازات های اجتماعی را مورد حکم قرار دهد، قاضی اجرای احکام باید هر ماه یکبار این پرونده‌ها را در نوبت بگذارد و مورد بررسی قرار دهد که وضعیت اجرای مجازات چگونه است و این فشار کاری زیادی می‌برد. بر همین اساس از نظر قضات اجرای احکام، حبس بهتر است چون کار کمتری می‌برد.»

مشارکت کننده "ت" نیز شناسایی اموال توسط محکوم له را استراتژی کم دردسر ولی حبس زای واحد اجرای احکام معرفی کردند که حجم بالای پرونده ها در اتخاذ این استراتژی بی تأثیر نبوده است: «علی‌رغم این که بر اساس ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، واحد اجرای احکام، پس از تقاضای محکوم له مکلف است نسبت به شناسایی اموال محکوم علیه و توقیف آن به

میزان محکوم به اقدام کند اما معمولاً در قسمت اجرای احکام از محکوم له سؤال می‌شود که آیا مالی از محکوم علیه را می‌شناسد تا نسبت به توقیف آن اقدام کنند، اگر محکوم له مالی را معرفی نکند، اجرای احکام بیان می‌دارد که مالی شناسایی نشد و این رویه، زمینه را برای حبس محکوم علیه فراهم می‌نماید».

بنابراین، بر اساس نظرات مشارکت کنندگان، حجم بالای پرونده‌ها و کمی‌گرایی نظام عدالت کیفری، دو بستری هستند که مسیر صدور و یا اجرای آراء منتهی به زندان را برای قضات، هموارتر از صدور و یا اجرای نهادهای زندان زدا می‌سازند.

۲.۱.۲. ناکارآمدی تأسیسات حبس زدا

هر چند، قانون‌گذار ایران مبتنی بر رویکردهایی همچون کیفر زدایی، قضا زدایی و جرم زدایی و متأثر از تحولات و رویکردهای بین‌المللی پیرامون زندان و معایب آن، در قوانین کیفری مصوب سال ۱۳۹۲ (قوانین مجازات اسلامی و آیین دادرسی کیفری)، به صورت روشن و ویژه‌ای برای کاهش جمعیت کیفری زندانیان و کاستن معایب زندان، گام برداشته است اما ناگفته پیداست که کارآمدی این تدابیر در ایران، قبل از هر چیز، نیازمند بسترسازی حقوقی و از همه مهم‌تر فرهنگ سازی قضایی و اجتماعی است. بر این اساس با تحلیل وضعیت فعلی حقوق ایران و مدل سیاست جنایی حاکم بر آن و نیز فقدان فضا و موقعیت مطلوب، جهت مشارکت جامعه مدنی و نهادهای مدنی در عرصه سیاست‌های حقوقی، واضح است که در این راستا مشکلات و موانع متعددی سد راه می‌باشد. مجازات‌های جامعه مدار در بستر جامعه اجرا می‌شود و مشارکت مردم و جامعه مدنی در مرحله اجرای این مجازات‌ها اهمیت دارد. این در حالی است که در مدل غالب سیاست جنایی حاکم بر ایران، تمامی قدرت در اختیار دولت است (منصورآبادی و کونانی، پیشین: ۲۴ و ۲۵). به علاوه، مقدمه لازم در عرصه اجرای هر چه موفق‌تر مجازات‌های اجتماعی، نهادینه ساختن مؤلفه‌های بنیادین عدالت ترمیمی، از جمله سیاست‌های سازش و میانجی‌گری، در جامعه است که با توجه به وضعیت کنونی جامعه ایران به علت منفعل کردن مشارکت جامعه مدنی در راستای اجرای مجازات‌های اجتماعی که موجب عدم برقراری تعامل سازنده میان دستگاه قضایی و اجزای آن و نهادهای جامعه مدنی، به دلیل فقدان ساز و کارهای ساختاری لازم در این زمینه می‌شود، تا حدی تأمل برانگیز است (منصورآبادی و کونانی، همان؛ دلماس مارتی، ۱۳۸۱: ۳۶-۳۳).

نظرات مشارکت کنندگان نشان می‌دهد که در نظام معانی ذهنی قضات، تأسیسات حبس زدا در مقایسه با آراء منتهی به زندان، ناکارآمد می‌باشند و قضات، اطمینانی از تحقق اهداف کیفر به وسیله‌ی چنین تأسیساتی ندارند. مشارکت کننده "ب" در این زمینه گفتند: «بنده در شهرستان،

متهمی را به حضور روزانه در دادگاه و امضای دفتر مربوطه محکوم کردم که پس از چند روز حضور متوالی در دادگاه و امضا کردن، متهم اصلاح شده و عذرخواهی کرد. آیا چنین اطمینانی از اجرای حکم مجازات‌های جایگزین و تحقق نتیجه آن، در بستر جامعه و دستگاه‌های اجرایی وجود دارد؟» ایشان، این سؤال را بدین شکل پاسخ دادند که: «جامعه ما فرهنگ همکاری با قضات در راستای اجرای مجازات‌های جایگزین حبس را ندارد. ۹۵ درصد جامعه ما به گونه‌ای است که مطابق حکم جایگزین حبس صادره از سوی قاضی، عمل نمی‌کند». این مشارکت کننده با ذکر مصداق، چنین ادامه دادند که: «در حال حاضر، قضات معتقدند که بسیاری از تأسیسات نوین مندرج در قوانین جدیدالتصویب با فرهنگ بومی ما متفاوتند. بنده در پرونده‌ای با موضوع توهین، حسب شرایط متهم و شأن اجتماعی وی و به استناد ماده ۶۰۸ ق.م.ا که به قاضی اختیار می‌دهد تا از بین دو مجازات شلاق تا ۷۴ ضربه و یا جزای نقدی ۵۰ هزار تا یک میلیون ریال، یکی را انتخاب نماید، حکم به جزای نقدی مجرم دادم اما شاکی پرونده با مراجعه بسیار حکم را به دلیل این که شلاق را مورد حکم قرار نداده‌ام، خلاف عدالت می‌دانست. این بیانگر عدم وجود بستر فرهنگی و اجتماعی برای اجرای مجازات‌های جایگزین حبس در جامعه ما است».

نظر مشارکت کننده "ث" نیز نشان دهنده شدت اهمیت این مسائل است. این مشارکت کننده گفتند: «من قاضی، به قانونی که به بستر قضایی و دغدغه قضات توجه‌ای نکرده و با ندیدن واقعیت‌های جامعه، تدابیری را اتخاذ کرده است بهایی نمی‌دهم».

مشارکت کننده "الف" نیز عدم تدارک بستر اجرایی نهادهای حبس زدا را از جمله زمینه‌های ناکارآمدی این نهادها برشمردند: «نکته مهم دیگر در خصوص عدم اجرای مجازات‌های جایگزین حبس و نهادهای کاهنده جمعیت زندان این است که ساز و کارهای اجرایی آن فراهم نشده است». بنابراین، از نظر مشارکت کنندگان، تأسیسات حبس زداي قوانین کیفری به جهت عدم تدارک بستر اجرایی آن‌ها، تردید قضات از تأمین اهداف کیفر به وسیله آن‌ها و فقدان فرهنگ همکاری اجتماعی در اجرای آن‌ها، ناکارآمدند.

۲.۲. تناقض درون سازمانی

یکی از مقولاتی که بسیاری از مشارکت کنندگان به آن اشاره داشتند، تناقض درون سازمانی دستگاه قضایی است. نمودهای این تناقض را از منظر مشارکت کنندگان به صورت مجزا بررسی خواهیم کرد.

۱.۲.۲. تضمین حق بر امنیت^۱، رویکرد واقعی نظام قضایی

لزوم رعایت حقوق و آزادی‌های فردی از مبانی اساسی سازی شده در جمهوری اسلامی ایران می‌باشد که معاهدات بین‌المللی^۲ نیز بر آن تأکید دارند. به موجب ذیل اصل ۹ قانون اساسی چنین مقرر شده است: «... هیچ مقامی حق ندارند به نام حفظ استقلال و تمامیت ارضی کشور آزادی‌های مشروع را، هر چند با وضع قوانین و مقررات، سلب کند». بند ۱۴ اصل سوم قانون اساسی نیز مقرر می‌دارد: «تأمین حقوق همه جانبه افراد از زن و مرد و ایجاد امنیت قضائی عادلانه برای همه و تساوی عموم در برابر قانون».

بر همین اساس، رعایت اصول آیین دادرسی عادلانه و نیز عدالت ماهوی در رسیدگی‌های کیفری که تضمین‌کننده امنیت حقوقی - قضایی یا حق بر تأمین^۳ افراد می‌باشد، از اصول بنیادین نظام عدالت کیفری کرامت‌مدار محسوب می‌شود. دادرسی زمانی می‌تواند عادلانه باشد که به حفظ توازن میان مصالح جامعه و متهم بپردازد و متهم در شرایطی کاملاً آزاد و در حالی که از تمامی تضمین‌های لازم برخوردار است، مورد محاکمه واقع شود. از آنجا که بزه دیده از جرم، شهود و مطلعان نیز جزئی از فرایند دادرسی هستند، تحقق عدالت در دادرسی منوط به رعایت اصول و قواعدی است که حقوق این اشخاص را نیز تضمین و رعایت کند (صابر، ۱۳۸۸: ۱۴۵). موضوعیت داشتن قناعت وجدان قاضی برای صدور حکم نیز بر مبنای نظام عدالت کیفری کرامت‌مدار استوار است.^۴ پرسش مهم این است که حق بر تأمین، با وجود تأکیدات و مقررات قانونی مصرح، در دستگاه عدالت کیفری چه جایگاهی دارد و به چه میزان، محقق شده است؟ داده‌های به‌دست آمده از مصاحبه با مشارکت‌کنندگان نشان می‌دهند که دستگاه قضایی کشور، دچار نوعی تناقض درون‌سازمانی در این زمینه است. به عبارت دیگر، هر چند که مسئولین قوه قضائیه در فضای تئوری و مکتوب، همسو با اسناد بالا دستی، به رعایت حق بر تأمین، تأکید می‌کنند ولی داده‌ها نشان می-

1. The right to security

۲. به عنوان مثال ماده ۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر، بیان می‌دارد: «هر کس حق زندگی، آزادی و امنیت شخصی دارد». ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز مقرر می‌دارد: «هر کس حق آزادی و امنیت دارد. هیچ کس را نمی‌توان خودسرانه دستگیر یا بازداشت نمود. هیچ کس نمی‌توان سلب آزادی کرد، مگر به جهت و طبق آیین دادرسی مقرر به حکم قانون».

3. The right to surety

۴. در مواد ۱۶۱ و ۲۱۲ قانون مجازات اسلامی به موضوعیت آن اشاره شده است: «ماده ۱۶۱ - در مواردی که دعوای کیفری با ادله شرعی از قبیل اقرار و شهادت که موضوعیت دارد، اثبات می‌شود، قاضی به استناد آنها رأی صادر می‌کند مگر اینکه علم به خلاف آن داشته باشد.» منظور از موضوعیت دلایل در این ماده، حصر قانونی است زیرا دلایل به لحاظ مبنایی همچون پلی هستند جهت قناعت وجدان قاضی، لذا به هیچ عنوان موضوعیت ندارند.

دهند که در وادی عمل، به جهت اتخاذ سیاست تضمین حق بر امنیت،^۱ کمیت مسئولان در این زمینه می‌لنگد. به قول مشارکت‌کننده "ث": «نظر رؤسای قوه نیز، حفظ نظم، امنیت و کنترل اجتماعی است هر چند که قاضی چون قانونا نمی‌تواند اقدام منتهی به این اهداف را انجام دهد، به ابزارهای قضایی قانونمند ساز متوسل شود». این رویه، مورد تأیید مراجع نظارتی دستگاه قضایی نیز قرار می‌گیرد و قضات از این جهت فارغ‌البال به اجرای اهداف واقعی سیستم می‌پردازند. همین مشارکت‌کننده در این خصوص گفتند: «قضات دادسرای انتظامی قضات، خودشان نیز قاضی بوده‌اند و از فضای قضاوت بی‌اطلاع نیستند لذا اگر قاضی با ابزارهای قانونی اقدام به بازداشت موقت غیر قانونی کند یعنی برای آن استدلال مبتنی بر قانون ارائه دهد، نه تنها دادسرای انتظامی بلکه هر مرجع دیگری آن را می‌پذیرد». مشارکت‌کننده "ح" نیز در زمینه رعایت اصل برائت در رسیدگی‌ها، معتقد بودند: «در موارد بسیاری دیده می‌شود که قاضی پرونده بدون توجه به وجود یا عدم وجود دلایل مثبت برای احراز مجرمیت متهم اقدام به رسیدگی و صدور رأی می‌نماید حال آن که با نگاهی دقیق و گذرا به پرونده می‌توان به راحتی دریافت که هیچ دلیلی برای مجرم دانستن متهم توسط شاکی ارائه نشده است». رعایت عدالت ماهوی که منتهی به قناعت وجدان قاضی خواهد شد و از مظاهر دادرسی عادلانه می‌باشد نیز از تناقض مورد نظر مصون نبوده است. نظر مشارکت‌کننده "پ" در این زمینه چنین بود: «حجم پرونده‌ها به حدی زیاد است که وقتی تعداد مراجعین یک روز در دادسرای کرمان را با در نظر گرفتن ۵ ساعت کار مفید به تعداد قضات تقسیم کردیم به هر قاضی ۲۰۰ نفر رسید به عبارت دیگر قاضی برای هر فرد فقط چیزی حدود ۹۰ ثانیه وقت رسیدگی دارد و این قطعاً در رسیدگی‌های ماهوی و اخلاق قضات مؤثر خواهد بود». مشارکت‌کننده "ب" نیز همین نظر را داشتند: «بنده در روز ۶ یا ۷ پرونده برای رسیدگی دارم که ممکن است به دلیل تداخل پرونده‌ها تا ساعت ۱۴ عصر هم رسیدگی‌هایم طول بکشد. این حجم کاری قطعاً بر رسیدگی ماهوی اثر گذار خواهد بود و کیفیت را فدای کمیت می‌کند».

مشارکت‌کننده "الف" با بیان همین دغدغه، گفتند که: «اگر سیاست‌ها به همین شکل ادامه پیدا کند تا چند سال دیگر قضاوت به معنای واقعی کلمه نخواهیم داشت».

بنابراین، دادرسی عادلانه در اسناد بالادستی و ادبیات مسئولین قضایی، با آنچه در میدان عمل نهادینه شده است، تناقض آشکاری دارد. بر اساس نظرات مشارکت‌کنندگان، کم توجهی به اصل برائت، تضمین حق بر امنیت به بهای تخدیش حق بر تأمین و نبود بستر برای تحقق عدالت ماهوی منتهی به قناعت وجدان؛ نمودهای بارز این تناقض می‌باشند.

۱. حمایت کنشی و واکنشی از اشخاص و اموال در برابر جرائم و مجرمان (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱: ب: ۱۹).

۲.۲.۲. غلبه تفکر سختگیرانه در دستگاه قضایی

در این که مسئولین دستگاه قضایی به کرات و در اشکال مختلف (دستورالعمل، سخنرانی، بخشنامه و...)، حبس زدایی را مورد تأکید قرار داده اند، هیچ شکی نیست اما این که آیا در عمل، همانگونه که اقدامات قضایی قانونمند ساز برای تحقق سیاست تضمین حق بر امنیت، مورد حمایت مسئولین نظام قضایی می‌باشند، اعمال تفکر حبس زدا با توسل به ابزارهای قضایی نیز از پشتیبانی آنان برخوردار بوده است؟ موضوعی است که مشارکت کنندگان در خصوص آن نظر دادند. نظرات مشارکت کنندگان حاکی از آن است که گفتمان مسئولین در وادی نظر، اگر چه رضایت بخش و پر تب و تاب است اما در وادی عمل، با ضعفی آشکار مواجه می‌باشد. گویی که برای سیاست گذاران نظام قضایی، حبس زدایی در حد نظری مطلوب است و عملیاتی کردن آن، جذابیت چندانی برایشان ندارد. نظرات مشارکت کننده "الف" در این خصوص، پر واضح است. بنابر نظر ایشان: «در عمل می‌بینیم که اگر هم قاضی بخواهد بر اساس رویکرد حبس زدایی و متناسب با وضعیت متهم و فراتر از مواد خشک قانونی مجازاتی را با تفکر والا صادر نماید ولی از ترس این که دادسرای انتظامی قضات این را تخلف محسوب نماید به همان مواد خشک قانونی عمل کرده و از تفکر والای خود صرف نظر می‌نماید چون در غیر این صورت تخلف انتظامی محسوب می‌شود». ایشان به تخیل امنیت شغلی به خاطر غلبه این رویه، اشاره کردند و چنین ادامه دادند که: «قاضی است که دارد پرونده را عمیق و دقیق بررسی می‌کند و از جزئیات قضیه، روحیات مجرم، اوضاع و احوال ارتکاب جرم، میزان خطرناکی مجرم برای جامعه و سایر موارد آگاه است و به اصطلاح داخل گود قرار دارد. قاضی است که دارد پرونده را رسیدگی می‌کند، صحبت‌های متهم را می‌شنود و لذا بهتر می‌داند چه حکمی بدهد. چطور می‌توانیم که بیرون گود بنشینیم و صرفاً با ابزار مواد خشک قانونی، به عملکرد وی ایراد بگیریم».

غلبه تفکر سختگیرانه، به‌ویژه در مراجع نظارتی، موجب استرس زا شدن امر خطیر قضاوت نیز می‌شود. نکته‌ای که مشارکت کننده "الف" بر آن نیز تأکید داشتند: «تمامی ناظرین بر عملکرد قضات به صفات پختگی و تجربه کار قضایی، تفکر والا و تفکر شرعی حبس زدا متصف نمی‌باشند تا قضات در محیطی خارج از استرس و با آزادی کامل به امور قضایی خود مبادرت ورزند».

بنا بر نظر همین مشارکت کننده، تفکر سختگیرانه در دادسرا، با قوت بیشتری نظام‌مند شده است: «در دادسرا، فضا بسته است و لذا علی‌رغم وجود تأسیسات نوینی همچون میانجیگری کیفری، بایگانی کردن پرونده، تعلیق تعقیب و...، قضات دادسرا به ندرت از آن‌ها استفاده می‌کنند. اغلب مدیران ارشد دادسرا کسانی هستند که دارای اندیشه اقتدارگرایند».

بنابراین یکی از نمودهای تناقض درون سازمانی، غلبه تفکر سختگیرانه علی رغم ادبیات غنی مسئولین قضایی در زمینه دادرسی حبس زدا است.

۳.۲. اجتماع قوا در قاضی

اصل بیستم قانون اساسی مقرر می‌دارد: «همه افراد ملت اعم از زن و مرد یکسان در حمایت قانون قرار دارند و از همه حقوق انسانی، حقوق سیاسی، حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلام برخوردارند». در اصل بیست و دوم قانون اساسی نیز تصریح شده است که: «حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است مگر در مواردی که قانون تجویز کند». بنابراین مراجع قضایی تنها به موجب قانون می‌توانند نسبت به سلب حق آزادی متهم یا مجرم اقدام نمایند. نکته مهمی که مشارکت کنندگان در نظرات خود ارائه کردند، استفاده از ابزارهای قضایی قانونمندساز برای تحقق اعمال قضایی مغایر با قانون است که در نظام معانی ذهنی اغلب قضات، نهادینه شده است. به عبارت دیگر، قضات، در مواردی که رعایت قانون را ناعادلانه می‌دانند با استفاده از ابزارهای قضایی، ضمن این که علی الظاهر قانون را رعایت می‌کنند، عدالت مورد نظر خود را نیز محقق می‌سازند. مهمترین عاملی که از نظر مشارکت کنندگان موجب ناعادلانه شدن قانون می‌گردد، ناکارآمدی آن برای حفظ نظم، امنیت و کنترل جرم است زیرا از نظر آنان، کارآمدی و مقبولیت نظام قضایی در گرو تحقق این لوازم است. مشارکت کننده "ث" در این خصوص، بیان داشتند که چون وظیفه قاضی حفظ امنیت و کنترل جرم است لذا باید ببیند با چه اقدام قضایی امنیت حفظ می‌شود، همان را لحاظ کند هر چند که قانونا مجاز به آن نباشد زیرا قانون گذار که قاضی نیست و کار قضایی نکرده است. ایشان موردی را به عنوان مثال ذکر کردند که قاضی بر طبق قانون، مجاز به بازداشت موقت متهم نیست اما با ابزارهای قضایی، متهم را بازداشت می‌کند زیرا با این اقدام قضایی است که عدالت و امنیت، محقق می‌شود: «حادثه‌ی رانندگی که منجر به کشته شدن بیست عابر کنار خیابان می‌شود و موج عظیم احساسات اجتماعی را به جوش می‌آورد را در نظر بگیرید، قانون گذار می‌گوید اگر ماشین بیمه است، راننده را آزاد کنید و بیمه نامه به عنوان وثیقه وی در نظر گرفته شود. آیا باید این نص قانون گذار را بدون توجه به بازخوردهای اجتماعی جرم، رعایت کرد و راننده‌ی متخلف را بازداشت نکرد؟».

این مشارکت کننده به ابزارهای قضایی قانونمندساز چنین اقداماتی در نظام قضایی اشاره کردند و بیان داشتند: «قضات با تجربه‌ای که علم لازم را داشته باشند به خوبی می‌دانند از چه ابزارهایی استفاده کنند تا بازداشت موقت را در قالب قانونی محقق سازند. به عنوان مثال یکی از ابزارهای قانونی برای بازداشت موقت، احراز ملائت است».

آن چه که از نظرات این مشارکت کننده، قابل استنباط است، این است که پذیرش و استفاده قضات، لازمه قوت قانون می باشد. مفهومی که مشارکت کننده "پ" نیز به صراحت آن را بیان کردند: «قانونی قدرتمند و کاربردی است که قضات آن را پذیرفته و درونی کنند. در غیر این صورت به شکل خلاقانه آن را کنار می گذارند».

اگر چه مشارکت کننده "ت" نیز با صراحت به غلبه چنین اقداماتی در نظام قضایی اشاره داشتند اما فسادآور بودن چنین رویه‌ای، نکته‌ی مهم و برجسته‌ای است که نظر ایشان را از نظرات سایر مشارکت کنندگان متمایز می‌سازد: «نمونه‌های عدم رعایت شرایط مصرحه قانونی برای صدور قرارهای تأمین به ویژه شرط تناسب در ظاهری قانونی، فراوان است و زمانی اتفاق می‌افتد که قاضی اجرای قانون را ناعادلانه می‌داند. این در واقع جمع شدن تقنین، قضا و اجرا در یک نفر است که فسادآور خواهد بود».

بنابراین، هر چند که به موجب اصل ۵۷ قانون اساسی، یکی از اصول اساسی جمهوری اسلامی ایران، تفکیک قوا است^۱ و بکاریا نیز در فصل ششم رساله‌ی خود بر آن تأکید می‌کند و می‌نویسد: «ادله بازداشت موقت باید به موجب قانون پیش بینی شده باشد نه به وسیله قضات. زیرا احکام آنان وقتی متضمن اجرای مورد خاص از یک اصل عام مقرر در قانون نباشد همواره با آزادی مدنی مغایر است» (بکاریا، ۱۳۹۳: ۴۱؛ پرادل، ۱۳۹۲: ۴۶)، اما آن چه ذکر شد، معانی ذهنی نظام مند شده‌ی اغلب کنشگران دستگاه عدالت کیفری است که بر اساس آن و به قول مشارکت کننده "ث": «قانون گذاری که از فضای عملی قضاوت و جامعه ما بی خبر است چرا قانون تصویب می‌کند».

نظرات مشارکت کنندگان گویای آن است که ملاک اجرا و قدرت قانون، نظر قضات است و اگر قاضی‌ای نص قانون را عادلانه نداند با ابزارهای قضایی، عدالت مورد نظر خود را محقق می‌سازد.

۴.۲. نواقص تقنینی حبس‌زا

یکی از مقولات برآمده از نظرات مشارکت کنندگان، نواقص تقنینی حبس‌زا است که در این قسمت، اشکال آن را به صورت مجزا بررسی خواهیم کرد.

۱.۴.۲. تقلید گرایی تقنینی: ندیدن واقعیت‌ها و ضعف زیرساخت‌ها

زمانی نقض یک هنجار، ضمانت اجرای کیفری و متعاقب آن، وصف بزه کیفری، خواهد داشت که میزان اهمیت آن برای جامعه از چنان سطح بالایی برخوردار باشد که قانون‌گذار را برای بزه انگاری

۱. اصل پنجاه و هفتم: «قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران عبارتند از: قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضائیه که زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت بر طبق اصول آینده این قانون اعمال می‌گردند. این قوا مستقل از یکدیگرند».

کیفری، متقاعد سازد. زیرا حقوق کیفری، حقوق و آزادی‌های فردی را نقض می‌کند و دولت و حاکمیت حق ندارند حقوق و آزادی‌های فردی را بی‌جهت نقض کنند. حقوق و آزادی‌های فردی متعلق به افراد است و متعلق به دولت نیست (آزمایش، ۱۳۸۳: ۴۴). در هر جامعه‌ای که برای آزادی ارزش قائل است، باید از حقوق جزا فقط به عنوان آخرین راه حل کنترل اجتماعی در موارد کاملاً ضروری استمداد کند (کلارکسون، ۱۳۷۱: ۲۲۴؛ غلامی، ۱۳۹۳: ۲۲-۱۸). بنابراین، در حالی که قانون گذاری استثنائی است در حد ضرورت و نیاز جامعه، قانون گذاری کیفری استثنائی بر این استثناء است و لذا دامنه آن بسیار محدود می‌شود (رایجیان اصلی، ۱۳۸۱: ۹۶). توجه به جامعه، شرایط و بسترهای آن، اصلی مهم برای انتخاب نوع واکنش کیفری نیز به شمار می‌آید. موضوعیت داشتن اجتماع برای اتخاذ تدابیر کیفری در شریعت اسلام نیز مورد لحاظ قرار گرفته است (حسینی، ۱۳۹۰: ۱۰۱ و ۱۰۲). با وجود این، مشارکت کننده "ت" معتقد بودند که: «این که قانون گذار ما روش‌های نوین جاری در سایر کشورها را برای نیل به حبس زدایی تقریر کند، نادرست است و قابلیت اجرا ندارد. من دارم در کرمان قضاوت می‌کنم، در آمریکا یا فرانسه که قضاوت نمی‌کنم، ابزارهای پیشرفته‌ی آن کشورها برای شناسایی و رصد مرتکبین جرم مثل تجهیزات الکترونیکی و ماهواره‌ای را که در اختیار ندارم، لذا فرضاً اگر در جرم مشارکتی یکی از مباشرین جرم را دستگیر کردیم و شرکای جرم در دسترس دادگاه نبودند، در اینجا تنها ابزار کارآمد برای شناسایی سایر شرکا و دستگیری آنان، بازداشت موقت این متهم است هر چند که قانون گذار این را خلاف بداند». این مشارکت کننده، واکنش قضات به این نحوه قانون گذاری را چنین توصیف کردند: «این که قانون گذار ما قوانین کشورهای دیگر را ترجمه کند و به عنوان مواد قانونی داخل قوانین کند برای من قاضی ابزار کار نخواهد شد و من قاضی، به قانونی که به بستر قضایی و دغدغه قضات توجه ای نکرده و با ندیدن واقعیت‌های جامعه، تدابیری را اتخاذ کرده است بهایی نمی‌دهم». مشارکت کننده "ب"، اما به نحو دیگری به بیان این نقیصه پرداختند. ایشان نیز اکتفا به تصویب قوانین، بدون تدارک زیرساخت‌ها را از معایب قانون گذار برشمردند با این تفاوت که نهادینه نشدن حبس زدایی برای قضات را از جمله مصادیق عدم تدارک زیرساخت‌ها دانستند: «مقنن بدون توجه به نهادینه نشدن حبس زدایی برای قضات، همانند الزام به تشکیل پرونده شخصیت در دادگاه اطفال، با تندروری عمل کرده است یعنی بدون این که ساز و کار و زیربنای بنیادی قضیه را فراهم کند، قانون را تصویب کرده و تازه پس از گذشت دو سال از تصویب قانون مجازات اسلامی می‌رود سراغ ساز و کار اجرایی و ابلاغ آیین نامه». مشارکت کننده "الف" نیز، از زاویه‌ی دیگری به درونی نشدن حبس زدایی برای قضات، اشاره داشتند: «قضات دارای سابقه کار بالا چون به قانون قبل

عمل کرده و با آن قانون تجربه کسب کرده‌اند، با رویکردهای جرم شناختی کمتر آشنا هستند و حسب ویژگی قانون سابق کیفر گرا بار آمده‌اند.

مشارکت کننده "ث" بی‌توجهی به تنوع جوامع در ایران و اتخاذ تدابیر قانونی شکلی یکسان برای آن‌ها را از جمله مصادیق بارز ندیدن واقعیت‌های جامعه توسط قانون‌گذار معرفی کردند و معتقد بودند که فقط قانون گذاری می‌تواند این نقایص را برطرف نماید و قانون کارآمد و مورد پذیرش قضات را تدوین کند که کار قضایی کرده باشد. ایشان در خصوص بی‌توجهی قانون‌گذار به تفاوت جوامع در ایران گفتند: «قانون‌گذار ما تفاوت‌های جوامع متنوع و متعدد ایران را در نظر نگرفته است مثلاً در روابط دوستی دختر و پسر که وصف مجرمانه ندارد به طور مطلق گفته قاضی باید منع تعقیب صادر کند اما آیا برای شهرهای جنوبی کرمان که احتمال مرگ متهمین هم وجود دارد، می‌توان سریعاً چنین تصمیمی را گرفت؟». ایشان، لازمه قانون گذاری کارآمد را نیز چنین توصیف کردند: «بنده فقط قانونی را قبول دارم که یک متخصص حقوق که سابقه بالای کار قضایی نیز دارد تصویب می‌کند این قانون را روی چشمم می‌گذارم نه قانونی که یک تئوریسین محض دانشگاهی یا یک روحانی صرف مصوب می‌کند».

۲.۴.۲. تفرید زدایی

اصل فردی کردن مجازات‌ها که در تحولات اخیر حقوق کیفری، دامن اشخاص حقوقی را نیز گرفته است و بر همین اساس، گاهی از آن به اصل شخصی کردن مجازات‌ها نیز تعبیر می‌شود قطعاً با اصل شخصی بودن مجازات‌ها متفاوت است. اصل شخصی بودن عبارت است از مسئولیت هر شخص در برابر عملی که خود انجام داده و تحمل مجازات‌های مربوط به آن عمل، در حالی که اصل شخصی کردن به معنای برقراری تناسب میان مجازات و نحوه اجرای آن با شخصیت مجرم است. بنابراین در اصل فردی کردن مجازات‌ها از اصل تناسب میان مجازات (نوع، میزان و نحوه اعمال) با شخصیت مجرم (حقیقی یا حقوقی) سخن به میان می‌آید (منصور آبادی و کونانی، پیشین: ۱۳ و ۱۴). مبیون^۱ در اثر خود با نام «تأملاتی پیرامون زندانی‌های فرقه‌های مذهبی» که در سال ۱۶۹۰ میلادی منتشر شده است، با انزوای مطلق زندانی مخالفت می‌کند و اصلاحات گوناگونی را در خصوص کار، بهداشت و فضای زندان‌ها و نیز ملاقات با زندانیان پیشنهاد می‌کند. وی ضمن تأکید بر تفاوت میان محکومان، رعایت اصل فردی کردن را به هنگام تعیین مجازات و رژیم اجرای آن توصیه می‌کند (بولک، ۱۳۸۷: ۳۸، ۳۹ و ۲۰۹؛ فوکو، ۱۳۷۸: ۱۲۶-۱۲۴). اگر چه

1. MABILLON (1632- 1707).

مکتب دفاع اجتماعی نوین از فردی کردن مجازات‌ها به‌عنوان یکی از اصول خود یاد کرده است اما بایستی آن را از دستاوردهای مکتب تحقیقی ایتالیایی به حساب آورد (پرادل، پیشین: ۱۲۱).

بر اساس نظر مشارکت‌کنندگان این پژوهش، در حال حاضر، یکی از دغدغه‌های اساسی قضات کیفری، تفرید زدایی است که قانون‌گذار به موجب ماده ۳۷^۱ قانون جدید مجازات اسلامی، انجام داده است. مشارکت‌کننده "ج" این مشکل را چنین بیان کردند که: «تفرید زدایی که قانون‌گذار در ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی انجام داده، دست قاضی را بسته است لذا قاضی نمی‌تواند مجازات مورد نظر خود و مناسب برای مجرم را در نظر بگیرد و ناگزیر است که به نص قانون عمل کند». مشارکت‌کننده "ب" نیز معتقد بودند که: «آنچه که برای قضات سنگین می‌باشد این است که سال‌ها فردی کردن مجازات‌ها را در اختیار داشتند و در بسیاری از پرونده‌ها همچون آدم ربایی، اخلاص و تهدید، قدرت مانور داشتند و برخورد می‌کردند اما الان محدود شدند لذا بسیاری از حبس‌ها را بایستی برگرفته از نصوص تکلیف‌آور مقنن دانست نه اختیار قضات زیرا بحث تکلیف است برای قضات نه تمایل». مشارکت‌کننده "الف" نیز ضمن اشاره به تفریدزدایی، کمینه‌ای شدن صلابت و استقلال قضات را از آثار آن دانستند و گفتند این امر، اجرای عدالت و حق را دچار مشکل می‌کند: «به نظر بنده یکی از مواردی که در قانون جدید نیاز به اصلاحات دارد همین ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی است زیرا دست قاضی را بسته است، قاضی را باید نجیب زاده و با شأن والا حفظ کنیم، همانطور که برای گزینششان نیز این شرایط را مدنظر قرار می‌دهیم. این لازمه حفظ صلابت و استقلال قضات است. اگر قاضی ما بر اساس شرایط مدنظر مولی علی علیه السلام انتخاب شد دیگر نباید با محدود کردن وی برای او مشکل ایجاد کنیم. زمانی که چنین شد، اجرای عدالت و حق ممکن می‌شود». به نظر این مشارکت‌کننده وقتی شرایط قاضی برای منصب قضاوت احراز شد و بر مسند قضا نشست نباید طوری عمل کنیم که با آن شرایط ناهمگون باشد. از جمله این شرایط حفظ شأن جایگاه قضا و پایگاه اجتماعی قضات است.

۳.۴.۲. حبس‌گرایی قانون‌گذار در جرایم تعزیری

از دقت و بررسی در کلمات برخی از فقها، چنین به نظر می‌رسد که تعزیر بر حسب اصطلاح فقهی به تمام عواملی که به وسیله‌ی آن‌ها از ارتکاب حرام جلوگیری شده و متخلف تأدیب می‌شود، اطلاق

۱. «ماده ۳۷- در صورت وجود یک یا چند جهت از جهات تخفیف، دادگاه می‌تواند مجازات تعزیری را به نحوی که به حال متهم مناسب‌تر باشد به شرح ذیل تقلیل دهد یا تبدیل کند: الف- تقلیل حبس به میزان یک تا سه درجه ب- تبدیل مصادره اموال به جزای نقدی درجه یک تا چهار پ- تبدیل انفصال دائم به انفصال موقت به میزان پنج تا پانزده سال ت- تقلیل سایر مجازات‌های تعزیری به میزان یک یا دو درجه از همان نوع یا انواع دیگر».

می‌گردد. لذا تعزیر شامل هشدار، تهدید، حبس و مجازات‌های مالی نیز می‌شود. در اینجا خود مفهوم لغوی به طور عموم در نظر گرفته می‌شود و تنبیه بدنی (زدن) هم، جز این که مصداق شایعی از مصداق‌های تعزیر می‌باشد، چیز دیگری نیست. شاید دلیل این که از میان مصداق‌های متعدد تعزیر این معنی اختیار شده و رایج گردیده است، این باشد که تأثیرش شدیدتر و برای حصول فایده‌ای که از آن انتظار می‌رود، مؤثرتر و کارآمدتر است (منتظری، ۱۳۶۶: ۲۲).

در این میان، نظر فاضل هندی دارای وجه تمایز دقیقی است که بیانگر نظام سلسله مراتبی در تعزیرات است. ایشان بر این باورند که بازداشتن از گناه منحصر به زدن نبوده بلکه از نظر رتبه نسبت به توبیخ و روگردانی و امثال آن-به عنوان مثال-مؤخر می‌باشد. بنابراین تا وقتی که از کارائی دیگر عوامل بازدارنده یأس حاصل نشود، نوبت به زدن نمی‌رسد. طبق نظر ایشان، امام در انتخاب بین تعزیر و کمتر از آن، مخیر نمی‌باشد بلکه در صورتی که مرتکب به وسیله نهی، هشدار و مانند این‌ها، دست از تخلف برندارد، تعزیر برای امام واجب می‌گردد. اگر به وسیله تأدیب کمتر از زدن، دست از تخلف برداشت، دلیلی بر اجرای تعزیر وجود ندارد مگر در مواردی که نص خاصی مبنی بر تأدیب یا اجرای تعزیر وارد شده است.^۱ برخی احادیث حضرات معصومین علیهم السلام نیز مؤید همین نظر هستند. طلحه بن زید در روایتی به نقل از امام جعفر صادق علیه السلام و ایشان از پدرشان امام محمد باقر علیه السلام چنین نقل کرده است که مردی را نزد علی علیه السلام آوردند که در بستر زنی اجنبی بوده و در خانه‌ی آن زن، گرفتار شده بود. امام پرسیدند: جز این که در بستر زن اجنبی بود، چیز دیگری از او دیدید؟ گفتند: خیر فرمودند: او را به مستراح برده، به پشت و شکم در کثافت بغلطانید و سپس آزادش کنید.^۲

بنابراین می‌توان قائل به این شد که از نظر شریعت اسلام، زندان به عنوان یکی از آخرین راهکارهای کیفری محسوب می‌شود. با این وجود، عملکرد قانون‌گذار در خصوص جرایم تعزیری، در تطابق با مبانی تعزیرات در شریعت اسلام، قابل تأمل است. مقنن، کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی سابق، تحت عنوان تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده مصوب ۱۳۷۵/۰۳/۰۲ (یعنی مواد ۴۹۸ تا ۷۲۸) را با نسخ پاره‌ای از مواد (۶۲۵ تا ۶۲۹ و ۷۲۶ تا ۷۲۸)، عیناً تحت عنوان کتاب پنجم خود (از

۱. «ثم وجوب التعزیر فی کلّ محرّم من فعل أو ترک إن لم ینته بالنهی و التوبیخ و نحوهما فهو ظاهر، لوجوب إنکار المنکر. و أمّا إن انتهى بما دون الضرب فلا دلیل علیه إلّا فی مواضع مخصوصة ورد النصّ فیها بالتأدیب أو التعزیر و یمكن تعمیم التعزیر فی کلامه و کلام غیره لما دون الضرب، من مراتب الإنکار» (فاضل هندی، ۱۴۱۶ هـ.ق، جلد ۱۰: ۵۴۴؛ طباطبائی، ۱۴۱۸ هـ.ق، جلد ۱۶، چاپ اول: ۶۳).

۲. «عنه عن محمد بن یحیی عن طلحة بن زید عن جعفر عن أبيه عن أنس رفع إلى أمير المؤمنين ع رجل وجد تحت فراش امرأة في بيتها فقال هل رأيتم غير ذلك قالوا لا قال فأنطلقوا به إلى مخراة فمرعوه عليها ظهراً لبطن ثم خلوا سبيلاً» (طوسی، ۱۴۰۷ هـ.ق، جلد دهم، صفحه ۴۸؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ هـ.ق، جلد ۲۸، صفحه ۱۶۳).

ماده ۷۲۹ تا ۹۴۹) با نام تعزیرات ابقاء کرده است. تنها تفاوت آن، افزودن قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸/۰۳/۰۵ در قالب یک فصل مجزا به قانون مجازات اسلامی می‌باشد. لذا تدقیق در فصول مربوط به تعزیرات قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ و تعمق در سیر تقنین در این خصوص، جهت حرکت قانون‌گذار در راستای کاهش یا افزایش جمعیت کیفری زندانیان را آشکار می‌سازد. قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵، علاوه بر در نظر گرفتن مجازات حبس به عنوان ضمانت اجرای بسیاری از جرایم، در برابر برخی جرایم وضع شده -مانند فصل‌های دوم و هفتم- صرفاً مجازات حبس را به عنوان تنها ضمانت اجرا در نظر گرفته و فقط در چند ماده قانونی برای جرایم کم اهمیت، مجازات غیر حبس مقرر داشته است (در مقایسه با قانون تعزیرات مصوب ۱۳۶۲ که حبس از دایره کیفر برای ۶۱ جرم خارج می‌شود، در تغییرات قانونی سال ۱۳۷۵ عدم استفاده از مجازات حبس به طور مطلق به ۱۲ مورد تقلیل یافته است). به موجب ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز، یکی از مجازات‌های مندرج در تمام درجات هشت‌گانه تعزیر، حبس است. تعیین مجازات حبس در این وسعت به‌عنوان مجازات مصرح قانونی، حبس‌گرایی مقنن را قوت می‌بخشد.

مشارکت‌کنندگان نیز همسو با پیشینه نظری مربوط به عملکرد قانون‌گذار پیرامون حبس، معتقد به حبس‌گرایی قانون‌گذار بودند. مشارکت‌کننده "ب" معتقد بودند: «بسیاری از حبس‌ها را بایستی برگرفته از نصوص تکلیف‌آور مقنن دانست نه اختیار قضات». مشارکت‌کننده "الف" نیز بیان داشتند: «در حال حاضر، در خصوص مجازات حبس، شاهد یک ناهماهنگی بین کلیات قانون مجازات اسلامی با قسمت تعزیرات هستیم». بنابراین، حبس‌گرایی قانون‌گذار از جمله نواقص تقنینی مورد اشاره توسط مشارکت‌کنندگان بود.

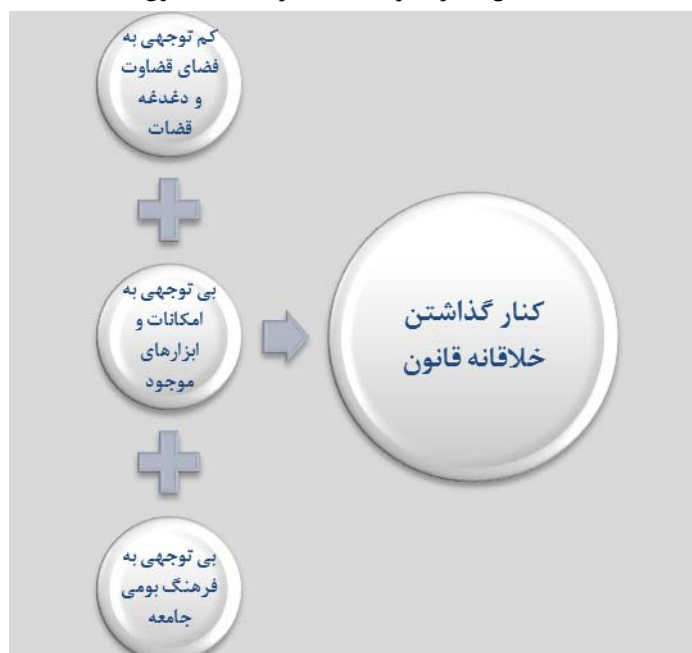
نتیجه‌گیری

بر اساس یافته‌های پژوهش، عملکرد قانون‌گذار در خصوص کاهش جمعیت کیفری زندانیان به گونه‌ای بوده است که به احتمال زیاد، نمی‌توان قائل به تحقق حبس‌زدایی شایسته در سیاست کیفری ایران شد. زیرا قانون‌گذار، از یک طرف، با پیش‌بینی تأسیسات غیر بومی و ندیدن بایسته‌های اجرایی حبس‌زدایی (فضای قضاوت، فرهنگ جامعه و امکانات موجود)، قضات کیفری را به قانون‌گذاری سوق داده و به جای مطلوب خود، یعنی حبس‌زدایی، حبس‌زایی را موجب شده است و از طرف دیگر، سیاست‌های قانونی را اتخاذ کرده است که مستقیماً به ازدیاد جمعیت کیفری زندانیان منتهی می‌گردند. حبس‌گرایی در جرایم تعزیری و تفرید زدایی از نمونه‌های بارز این موارد هستند.

وقتی قانون‌گذار به فضای قضاوت و دغدغه‌های قضات از جمله حجم پرونده‌ها و کمی‌گرایی کم‌توجهی می‌کند و با بی‌توجهی، چشمان خود را بر روی واقعیت‌های جامعه و ابزارهای در دسترس فعالان عرصه عدالت کیفری اعم از قاضی و ضابطین قضایی، می‌بندد و تا حد زیادی به آرمان‌گرایی و اقتباس قوانین از کشورهای خارجی اکتفا می‌کند؛ کنار گذاشتن خلاقانه‌ی چنین قانونی، از سوی قضات، قابل‌پیش‌بینی است. لذا حبس‌زایی تأسیساتی که بنا بود حبس‌زدایی کنند، دور از انتظار نخواهد بود.

در دسترس بودن، قابلیت اجرا، پذیرش افکار عمومی، هم‌گونی با فضای عملی قضاوت و سهولت توسل به آراء منتهی به زندان که به جهت اقدامات پیش‌گفته‌ی قانون‌گذار، تقویت و نهادینه شده‌اند، موجب می‌شود که قضات در زمان مواجهه با تأسیسات حبس‌زدا، ابتکار عمل را به دست گیرند و واکنش کیفری قابل‌اجرا، مطمئن و نهادینه شده یعنی حبس را اتخاذ نمایند. البته حمایت‌های عملی از عملکردهای قضایی که با توسل به ابزارهای قانونمندساز، حق بر امنیت را تضمین می‌کنند نیز در این مورد نقش بسزایی داشته است؛ به ویژه اگر پای نظم عمومی، کنترل جرم و حفظ اقتدار دستگاه قضایی در میان باشد.

مدل شماره ۱: زمینه‌های طرد خلاقانه قانون



مدل شماره یک نشان می‌دهد که توجه به فضای عملی قضاوت، فرهنگ بومی جامعه و ابزارها و امکانات موجود، از مهمترین بایسته‌های اجرای مطلوب قوانین در دستگاه قضایی محسوب می‌شوند و از آنجا که بر اساس نظر مشارکت‌کنندگان، مورد غفلت قرار گرفته‌اند موجب طرد خلاقانه‌ی قانون توسط قضات شده‌اند.

بدیهی است که این شرح مختصر برای بیان یافته‌های پژوهش، کفایت نمی‌کند و لذا در ادامه به طور مبسوط، آن‌ها را بیان خواهیم کرد.

در پژوهش حاضر، در پی درک معانی ذهنی قضات حوزه قضایی شهر کرمان در خصوص آراء منتهی به زندان و جایگاه تأسیسات قانونی کاهنده جمعیت کیفری زندان در نظام معانی ذهنی آنان، از طریق روش شناسی کیفی و با استفاده از نظریه زمینه‌ای، چهار مقوله استخراج شد که عبارتند از: راه هموار حبس‌گرایی، تناقض درون سازمانی، اجتماع قوا در قاضی و نواقص تقنینی حبس‌زا.

مقوله راه هموار حبس‌گرایی بر این امر دلالت دارد که در نظام معانی ذهنی مشارکت‌کنندگان، راه صدور آراء منتهی به زندان، به مراتب، هموارتر از راه به‌کارگیری تأسیسات یا تدابیر منتهی به حبس‌زدایی است. کمی‌گرایی، حجم بالای پرونده‌ها و ناکارآمدی تأسیسات حبس‌زا، از جمله زمینه‌های موجود در دستگاه قضایی هستند که به‌عنوان هموارسازان راه زندان، مورد اشاره مشارکت‌کنندگان قرار گرفتند.

مقوله تناقض درون سازمانی به این نکته اشاره دارد که علی‌رغم تأکیدات مکرر مسئولین و تصمیم‌گیران دستگاه عدالت کیفری مبنی بر رعایت حقوق شهروندی و دادرسی عادلانه (حق بر تأمین)، آنچه در عمل واقع شده است، تضعیف حق بر تأمین به جهت رعایت حق بر امنیت است. این تفاوت رویکردها در گفتمان و عمل، گویای نوعی تناقض است که غلبه تفکر سخت‌گیرانه در دستگاه قضایی نیز در بروز این تناقض، نقش بسزایی ایفا می‌کند.

مقوله اجتماع قوا در قاضی که به زعم برخی از مشارکت‌کنندگان ناشی از عملکرد نادرست قانون‌گذار می‌باشد، به این نکته اشاره دارد که قانون‌قدرتمند، قانونی است که مورد پذیرش و اجرای قضات قرار گیرد و گرنه قضات، با ابزارهای قضایی در دسترس خود و به نحوی خلاقانه، قانون مورد نظر خود را محقق می‌سازند. این یعنی قانون‌گذاری توسط قضات که اغلب مشارکت‌کنندگان بر آن تصریح داشتند. البته برخی از مشارکت‌کنندگان بر این باور بودند که وقتی قانون‌گذار، از فضای قضاوت و دغدغه‌های قضات از جمله حجم پرونده‌ها و کمی‌گرایی بی‌خبر است و با بی‌توجهی، چشمان خود را بر روی واقعیت‌های جامعه و ابزارهای در دسترس فعالان عرصه عدالت

کیفری اعم از قاضی و ضابطین قضایی و غیره، می‌بندد و صرفاً به آرمان‌گرایی و اقتباس قوانین از کشورهای خارجی اکتفا می‌کند؛ من قضایی، چاره‌ای جز کنار گذاشتن خلاقانه‌ی چنین قانونی ندارم. نواقص تقنینی حبس زاء، مقوله دیگری است که مشارکت کنندگان به آن اشاره کردند. بر اساس این مقوله، یکی از زمینه‌های افزایش جمعیت کیفری زندانیان در کشور، خود قوانین کیفری می‌باشند. این که قانون‌گذار ما بدون توجه به زیرساخت‌ها و فضای دستگاه قضایی؛ فرهنگ جامعه؛ ابزارهای در دسترس برای کشف، شناسایی و برخورد با مجرمین؛ یکسری تدابیر را بر اساس تقلید صرف از قوانین کشورهای پیشرفته، مصوب می‌کند، از دید مشارکت کنندگان، امری مذموم و غیر الزام آور است و لذا قاضی باتوجه به ابزارها و واقعیت‌های موجود، خودش، اقدامات لازم را به نحو خلاقانه و با استفاده از ابزارهای قضایی اتخاذ و اعمال می‌کند. تفرید زدایی نیز ایراد دیگر مشارکت کنندگان به قانون‌گذار بود. ایشان معتقد بودند قانون‌گذار با این اقدام، آزادی و استقلال قضات را محدود کرده است و این مغایر با حفظ صلاحیت و شأن قضات است. حبس‌گرایی قانون‌گذار نیز از مواردی است که مشارکت کنندگان به آن اشاره داشتند. ایشان معتقد بودند، کلیات قانون مجازات اسلامی و قسمت تعزیرات آن، با هم هماهنگ نمی‌باشند زیرا تأکید قانون‌گذار بر مجازات حبس از بین انواع متعدد مجازات‌های تعزیری، به گونه‌ای است که گویی، از منظر وی، مجازات حبس برای جرایم تعزیری موضوعیت دارد.

مدل شماره ۲: مدل سیطره‌ی حبس‌گرایی



همان‌طور که مدل شماره دو، نشان می‌دهد مقوله هسته این پژوهش که بعد از پالایش و تأمل عمیق در مقولات و داده‌ها به دست آمد، عبارت است از: سیطره‌ی حبس گرایبی. سیطره‌ی حبس گرایبی در سیاست کیفری ایران بدین معنی است که در عرصه‌ی عمل، اهداف کنترل جرم و حفظ امنیت، اغلب سیاست دستگاه عدالت کیفری را به سمت تضمین حق بر امنیت از طریق سختگیری کیفری و حبس گرایبی، سوق داده‌اند و لذا به احتمال زیاد می‌توان مدعی شد که تضمین حق بر تأمین و متعاقب آن، حبس زدایی در دستگاه عدالت کیفری با جهت گیری اصلی این دستگاه و بسترهای موجود در آن، تعارض دارد.

بر اساس نظرات مشارکت کنندگان، یکی از مجاری ایجاد نگرانی برای قضات، توسل به ابزارهای قضایی حبس زدا است. زیرا کیفیت آن، برای بسیاری از قضات، نهادینه نشده و ناشناخته است و این در حالی است که حبس گرایبی و سختگیری کیفری از طریق ابزارهای قضایی قانونمند ساز در صورتی که برای حفظ امنیت و کنترل جرم باشد، در اکثر موارد، نه تنها استرسی برای قضات به همراه ندارد بلکه به احتمال زیاد، ستایش و حمایت مسئولین را به ارمغان می‌آورد. بنابراین، می‌توان مدعی شد که سختگیری کیفری و حبس گرایبی در دستگاه قضایی تا حدود زیادی نهادینه شده است. البته، این به معنی نادیده گرفتن تأثیر بسترهای قضایی موجود (حجم بالای پرونده‌ها و کمی‌گرایی) بر متمایل ساختن قضات به حبس گرایبی، نمی‌باشد و در این که این بسترها همچون زنجیری بر پای قضات، مجال راه رفتن در مسیر عدالت و احقاق حق را از آنان گرفته‌اند، هیچ شکی نیست. تأثیرگذاری این عوامل به حدی است که مانع صدور نهادهای کاهنده جمعیت کیفری زندانیان توسط بسیاری از قضات می‌شود. زیرا از نظر مشارکت کنندگان، علاوه بر این که کارآمدی نهادهای کاهنده جمعیت کیفری زندانیان به جهت ناهمگونی آن‌ها با فرهنگ بومی جامعه با تردید جدی مواجه است، بسترهای موجود در نظام قضایی از جمله: وقت اندک قضات، حجم بالای پرونده‌ها و لزوم مثبت بودن آمار رسیدگی‌ها نیز به جهت این که احراز شرایط صدور برای بسیاری از نهادهای حبس زدا را سخت می‌کنند و خطر وقوع اشتباه در احراز راه، بالا می‌برند، موجب شده‌اند که قضات، مجازات حبس را بر حبس زدایی ترجیح دهند. این پیامد، نشانه‌ی آشکاری برای سیطره‌ی حبس گرایبی است.

البته عملکرد قانون‌گذار نیز بر سیطره حبس گرایبی در دستگاه عدالت کیفری نقش بسزایی داشته است. زیرا بر اساس بررسی علمی نظر قضات و تعمق در کل قانون مجازات اسلامی به عنوان یک سیاست کیفری یکپارچه، تا حدود زیادی می‌توانیم، از ادعای تثبیت و تداوم حبس گرایبی در قانون‌گذار، دفاع کنیم.

تمامی این موارد رشته‌های به هم پیوسته‌ی دال بر سیطره‌ی حبس‌گرایی هستند که می‌توان ادعا کرد، حبس‌زدایی را تا حدود زیادی به رؤیا شبیه کرده‌اند.

پیشنهادها

بر اساس نتایج پژوهش حاضر پیشنهاد می‌گردد که:

- ۱- برای تصویب قوانین زندان زدا، بر ویژگی‌ها، استعدادها، قابلیت‌ها و زیرساخت‌های کشور، توجه و تمرکز شود و از قانون‌گذاری شتابزده و مقلدانه در این زمینه خودداری گردد. هم‌سویی و هماهنگی قوای سه‌گانه، یکی از بایسته‌های ضروری زندان‌زدایی است. لذا اتخاذ تدابیر لازم برای تحصیل این اصل ضروری قبل از تصویب قانون، لازم می‌باشد.
- ۲- کارگروهی متشکل از قضات با سابقه، متخصص و عالی‌رتبه در قوه‌ی قضائیه تشکیل شود تا پس از دریافت و بررسی نظرات قضات سراسر کشور راجع به بهبود قوانین زندان زدا، بهترین آن‌ها را برگزیند و برای تدوین و اصلاح لوایح کیفری به کار بندد. اعطای تشویق مناسب به قضات ارائه دهنده‌ی پیشنهادات برگزیده، نقش قابل ملاحظه‌ای در تثبیت و تقویت این رویه خواهد داشت.
- ۳- یکی از قضات کارگروه فوق (به انتخاب اعضای کارگروه)، برای شرکت در جلساتی که مجلس شورای اسلامی در زمینه‌ی بررسی لوایح کیفری مرتبط با زندان‌زدایی برگزار می‌نماید، دعوت شود تا عرصه‌ی عملی قضاوت در بررسی و تصویب این لوایح، لحاظ گردد.
- ۴- زمینه‌های فرهنگی برای زندان‌زدایی فراهم گردد. از جمله مهم‌ترین زمینه‌ها، نهادینه ساختن مؤلفه‌های بنیادین عدالت ترمیمی (مانند سیاست‌های صلح و سازش)، در جامعه است.

منابع

- الاصفهانی (فاضل هندی)، بهاء الدین محمد ابن الحسن (۱۴۲۴ ه.ق.)، **کشف اللثام**، جلد ۱۰، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ایمان، محمدتقی (۱۳۹۳)، **فلسفه روش تحقیق در علوم انسانی**، چاپ دوم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- آزمایش، علی (۱۳۸۳)، «آزادی‌های فردی هدف حقوق کیفری است» (متن سخنرانی دکتر آزمایش)، **مجله قضاوت**، سال سوم، شماره ۲۷، ص ۴۸-۴۳.
- آنسل، مارک (۱۳۹۱)، **دفاع اجتماعی**، برگردان محمد آشوری و علی حسین نجفی ابرندآبادی، ویراست چهارم، تهران: گنج دانش.

- بکاریا، سزار (۱۳۹۳)، رساله جرایم و مجازات‌ها، ترجمه محمد علی اردبیلی، چاپ هفتم، تهران: میزان.
- بولک، برنار (۱۳۸۷)، کیفرشناسی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ هشتم، تهران: مجد.
- پرادل، ژان (۱۳۹۲)، تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ هفتم، تهران: سمت.
- حبیبی، غلامحسین (۱۳۹۰)، «خلاصه‌ای از کتاب طراحی پژوهش‌های اجتماعی اثر نورمن بلیکی»، جزوه درسی، انتشارات جهاد دانشگاهی واحد تهران.
- حر عاملی، محمد ابن حسن (۱۴۰۹ ه.ق.)، وسائل الشیعه، چاپ اول، جلد ۲۸، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- حسینی، سیدمحمد (۱۳۹۰)، سیاست جنایی (در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران)، چاپ دوم، تهران: سمت.
- دلاور، علی (۱۳۹۳)، روش‌های تحقیق در روانشناسی و علوم تربیتی، چاپ چهل و یکم، تهران: انتشارات ویرایش.
- دلماز - مارتی، می ری (۱۳۸۱)، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، برگردان علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ اول، جلد اول، تهران: میزان.
- رایجیان اصلی، مهرداد (۱۳۸۱)، «تبیین استراتژی عقب نشینی یا تجدید دامنه مداخله حقوق جزا و جایگاه آن در ایران»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۱، ص ۹۳-۱۱۸.
- شیخ طوسی، محمد ابن حسن (۱۴۰۷ ه.ق.)، تهذیب الأحکام، چاپ چهارم، جلد ۱۰، تهران: دار الکتب الإسلامیه.
- صابر، محمود (۱۳۸۸)، «معیارها و تضمین‌های دادرسی عادلانه در مرحله تحقیقات مقدماتی»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۱۳، شماره ۴، ص ۱۷۵-۱۴۳.
- طباطبایی، سیدعلی (۱۴۱۸ ه.ق.)، ریاض المسائل (ط - الحدیثه)، چاپ اول، جلد ۱۶، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- غلامی، حسین (۱۳۹۳)، «اصل حداقل بودن حقوق جزا»، مجموعه مقالات اصل حداقل بودن حقوق جزا، چاپ اول، تهران: میزان، ص ۴۰-۱۷.
- فلیک، اووه (۱۳۸۷)، درآمدی بر تحقیق کیفی، ترجمه هادی جلیلی، تهران: نشر نی.

- فوکو، میشل (۱۳۷۸)، **مراقبت و تنبیه**، ترجمه نیکو سرخوش و افشین جهاندیده، چاپ دوم، تهران: نشر نی.
- کلارکسون، کریستوفر (۱۳۷۱)، **تحلیل مبانی حقوق جزا**، ترجمه حسین میر محمد صادقی، تهران: انتشارات جهاد دانشگاهی دانشگاه شهید بهشتی.
- گال، مردیت. بورگ، والتر. گال، جویس (۱۳۹۳)، **روش‌های تحقیق کمی و کیفی در روان‌شناسی و علوم تربیتی**، ترجمه احمدرضا نصر و همکاران، چاپ هفتم، جلد دوم، تهران: سمت.
- مرادی دالوند، الهه (۱۳۹۴)، «زندان زدایی و چالش‌های فراروی آن با تأکید بر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه بوعلی سینا همدان.
- منتظری، حسین‌علی (۱۳۶۶)، «سلسله درس‌هایی از آیت‌الله منتظری (تجزیرات شرعی)»، **مجله نور علم**، شماره ۲۵، ص ۲۵-۳۰.
- منصورآبادی، عباس و کونانی، سلمان (۱۳۸۹)، «بستر مجازات‌های جامعه مدار با تأکید بر رویکرد سیاست جنایی ایران»، **فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم**، سال پنجم، شماره پانزدهم، ص ۷-۳۲.
- نجفی ابرنآبادی، علی‌حسین (۱۳۹۱ الف)، «تقریرات درس جرم‌شناسی (از جرم‌شناسی انتقادی تا جرم‌شناسی امنیتی)»، **جزوه درسی**، نیمسال دوم تحصیلی ۱۳۹۲-۱۳۹۱. تدوین سکینه خانعلی‌پور واجارگاه و مهدی قربانی.
- نجفی ابرنآبادی، علی‌حسین (۱۳۹۱ ب)، «درباره امنیت‌شناسی (از حق بر امنیت تا حق بر تأمین)»، **دیباچه در: رضوانی**، س. ۱۳۹۱. مدیریت انسان مدار ریسک جرم، چاپ اول، تهران: میزان.
- 1-Blumer,h (1962), **society as symbolic interaction human behavior and social processes**. London, A.M. rose, Routledge and kegan paul
- Blumer,h (1969), **Symbolic interactionism perspective and method**. New jersey, Englewood cliffs: prentice-Hall.
- Glaser, B & Strauss, A. L. (1967), **The Discovery of Grounded Theory; Strategies for Qualitative Research**. New York, Aldine.
- Matza,d. (1969), **Becoming deviant with an introduction by Thomas G. blomberg**. n. j, originally published: Englewood cliffs, prentice-hall.
- Strauss, A. & Corbin, J. (1998), **Basics of Qualitative Research: Techniques and Procedures for Developing Grounded Theory, 2nd ed**. Thousand Oaks, CA: Sage Publications.



تأثیر اندیشه‌های جرم‌شناسی بر کاهش موارد تعقیب در قانون آیین دادرسی کیفری

دکتر علیرضا تقی‌پور^۱

واحد سلیمی^۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۴/۱۰

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱۲/۵

چکیده

کاهش موارد تعقیب، راهبردی است که در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ مورد توجه قرار گرفته و بدین وسیله، شیوه‌های پاسخ‌دهی به بزه‌کاری را متنوع کرده است. در این راستا، مقام قضایی با رویکردی مصلحت‌نگر با ارزیابی همه‌جانبه نسبت به ابعاد مربوط به فرآیند ارتکاب جرم، مناسب‌ترین شیوه را برمی‌گزیند تا مصلحت جامعه و متهم رعایت شود. رویکرد مزبور به عنوان الگویی الهام‌بخش برای تحدید دامنه مداخله نظام عدالت کیفری در قبال جرایم خرد به شمار می‌رود. بر این اساس، هدف نظام عدالت کیفری صرفاً تعقیب و تحمیل مجازات نبوده و از همه ظرفیت‌ها جهت پاسخ‌دهی به بزه‌کار استفاده می‌نماید. بنابراین تعقیب نمی‌تواند تنها حربه برای پیش‌گیری تلقی شود. چه بسا با تعقیب نخستین، برچسب اتهام به متهم وارد شده و باعث انحراف ثانویه و آثار سوء دیگری شود. در واقع، کاهش موارد تعقیب مفهومی جدید و در راستای یافته‌های جرم‌شناسی است که در پی شکست تعقیب کیفری سنتی که رویکردی سرکوبگر در پیگرد متهمین دارد، پیش‌بینی شده است. تحت‌تأثیر این راهبرد، قانون‌گذار مبادرت به پیش‌بینی بایگانی پرونده، تعلیق تعقیب، میانجیگری کیفری و کیفرخواست شفاهی در راستای کاهش آثار نامطلوب محیط کیفری و بازگشت سریع متهم به اجتماع نموده است. اما خلأ برخی از نهادها در قانون و نحوه تنظیم برخی از مواد، باعث ایجاد مانع در راستای این هدف شده‌اند.

واژگان کلیدی: جرم‌شناسی، دادرسی کیفری، برچسب‌زنی، قضا‌دایی، میانجیگری، امنیت اجتماعی

✉ arlaw2009@yahoo.com

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه بوعلی سینا همدان (نویسنده مسئول)

۲. کارشناس ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی

مقدمه

تولد جرم‌شناسی و به دنبال آن رویکرد تحقیقی به جرم از یک‌سو، سبب جا به جایی تمرکز دیدگاه‌ها از بزه به بزه‌کار گردید و از سوی دیگر، ضمانت اجراهای کیفری جدیدی را که ناظر به آینده بزه‌کار است به ارمغان آورد. در این چارچوب، بازپروری و اصلاح بزه‌کار به‌عنوان یک کارکرد نوین برای حقوق کیفری تعریف شد. نهادهای آیین دادرسی کیفری به لحاظ محیط و فرهنگ خاصی که ایجاد می‌کنند در تعامل با آموزه‌های جرم‌شناسی می‌توانند کارکردهای اصلاحی بهتری را پیش روی بزه‌کار قرار دهند. این راهکارها می‌تواند در راستای، برقراری یک دادرسی عادلانه، بهبود عملکرد نظام عدالت کیفری^۱ و رعایت حقوق بزه‌کاران و... باشد.

در زمینه‌هایی مانند فقر به‌ویژه طی قرون گذشته گام‌های سریع و مهمی در اکثر کشورهای صنعتی برداشته شده، اما در همین کشورها نگرانی از جرم و آثار و تبعات ناشی از آن، همان‌گونه که برخی نیز معتقدند، موجبات اشتغال فکری دولت‌ها را فراهم ساخته است (شیخ‌الاسلامی، ۱۳۹۰: ۴۷۳). عملکرد شایسته نظام عدالت کیفری، مستلزم پژوهش در خصوص ابعاد گوناگون جرم، بهره‌گیری از رویکردهای متنوع جرم‌شناسی و اجتناب از هرگونه افراط و تفریط است. لذا، در صورتی که این نظام در مدیریت کلیه جرایم، تنها از رهیافت‌های یک رویکرد استفاده کند، پاسخ‌گوی تنوع این پدیده به لحاظ نوع، گستردگی، شدت و نتیجه نخواهد بود (شاملو، محتشمی، ۱۳۹۱: ۱۲۴). به همین دلیل، دیدگاه‌ها و جهت‌گیری‌های راهگشا و قابل‌اعمال و نظریه‌ها و سیاست‌های مختلف باید در جای مناسب خود و در قالب یک سیاست جنایی سنجیده به مرحله اجرا گذاشته شود.

رشد روزافزون بزه‌کاری، سیاست‌گذاران جنایی را با وجود استفاده فراوان از سلاح تعقیب و کیفر، بر آن داشت تا در شیوه‌های پاسخ‌دهی به این پدیده تحولاتی را پدید آورند. کاهش موارد تعقیب کیفری یکی از بنیادی‌ترین جلوه‌های تغییر این گفتمان است. از رهگذر این راهبرد، گرانیگاه نظام عدالت کیفری برای واکنش، اراده یک‌سویه مقام قضایی نیست، بلکه از همه ظرفیت‌ها، حتی قابلیت نهادهای جامعه‌ی و مشارکت دادن بزه‌کاران در فرایند پاسخ‌دهی استفاده می‌شود. قانون‌گذار با مصلحت‌سنجی^۲ و با تأسی از سازوکارهایی مانند قضا‌دایی و ترمیمی کردن عدالت کیفری در راستای اثر بخش‌تر کردن اقدامات نظام عدالت کیفری گام برداشته و نهادهایی مانند بایگانی

۱. عدالت کیفری مجموعه نهادها و آیین‌هایی است که جامعه برای ابزار واکنش علیه بزه‌کاری مورد استفاده و استناد قرار می‌دهد. چرخ‌های اصلی این نظام شامل حقوق و آیین دادرسی کیفری، تشکیلات قضایی و واحدهای مختلف پلیس است (پیکا، ۱۳۹۰: ۹۴). براین مبنا عدالت کیفری فرایندی است که مرحله دستگیری تا اجرای کیفر و تا مرحله پسا کیفری را شامل می‌گردد.

1. Poll interest

پرونده، تعلیق تعقیب، میانجیگری و کیفرخواست شفاهی را پیش‌بینی نموده است. در واقع، کنشگران عدالت کیفری می‌توانند با رویکردی «منفعت‌مدار»^۱ به ارزیابی همه جانبه تعقیب دعوای کیفری بپردازند تا در صورت مصلحت، پیگرد برخی از بزه‌کاران را متوقف سازند. روآوری به این راهبرد از دلایل متعددی سرچشمه می‌گیرد که پاسخ سریع به شماری از گونه‌های بزه‌کاری (جرم-های سبک)، پیش‌گیری^۲ از برجسب مجرمانه خوردن افراد و کاهش هزینه‌های نظام عدالت کیفری از جمله آن‌ها به شمار می‌روند.

ضرورت انجام این پژوهش دائر مدار این نکته مهم است که بهره‌مندی از دیدگاه‌های موجود در جرم‌شناسی که در پی کاهش ارتکاب رفتار مجرمانه می‌باشند و به‌عنوان یک راهکار، خارج کردن متهم از فرآیند قضایی را پیشنهاد نموده‌اند، کمک مؤثری در بهبود مدیریت پیشگیری از جرم ایفا می‌کند. به همین دلیل، کانون توجه این پژوهش، پاسخ به این پرسش است که قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ تا چه میزان با بهره‌گیری از نظریه‌های جرم‌شناسان و نظریه-پردازان حقوق کیفری در راستای تحدید دامنه تعقیب، خارج ساختن متهم از نظام عدالت کیفری و پیش‌گیری از آثار کمانه‌ای آن حرکت نموده است؟ در بادی امر چنین به نظر می‌رسد قانون‌گذار توانسته با به‌کارگیری نظریه‌های جرم‌شناسی تا حد مطلوبی، هزینه‌ها و استفاده از فرایند کیفری را کاهش داده و رسیدگی کیفری را سرعت بخشد، اما وجود خلأ در قانون و نحوه تنظیم برخی از

۲. به دیگر سخن دستگاه عدالت کیفری باید سود و زیان تعقیب و در نهایت اجرای مجازات بر متهم را بسنجد. در صورتی که تعقیب در راستای منفعت فرد و جامعه نباشد از آن چشم‌پوشد چه بسا با عدم تعقیب در برخی جرایم نفع بیشتری برای جامعه و نظام عدالت کیفری حاصل شود. همان‌طور که متهم فردی حسابگر است و در ارتکاب بزه نفع و زیان خور را می‌سنجد، دستگاه عدالت کیفری نیز باید دست به حسابگری زده و در تعقیب متهم نفع و زیان آن را بسنجد.

۳. حقوق پیش‌گیری از جرم، یک شاخه هنجارمند است و شامل مجموعه قوانین و مقررات ناظر به تدابیر پیش‌گیرانه، ساختار و تشکیلات متولی پیش‌گیری از جرم و چگونگی اعمال اقدام‌های پیش‌گیرانه می‌شود. یعنی آن دسته از قوانین و مقررات که به ماهیت تدابیر پیش‌گیرانه، شکل و نهادهای مدیریتی اجراکننده آن‌ها توجه دارند. حقوق پیش‌گیری از جرم را می‌توان به دو نوع از «حقوق ماهوی پیش‌گیری از جرم» و «حقوق شکلی پیش‌گیری از جرم» دسته‌بندی کرد. در حقوق ماهوی پیش‌گیری از جرم، مجموعه قواعد و مقررات مربوط به محتوای تدابیر پیش‌گیرانه مثل اقدام‌های خانواده‌مدار یا مدرسه‌مدار بررسی می‌شوند، در حالی که در حقوق شکلی پیش‌گیری از جرم، مجموعه قوانین ناظر به ساختار و تشکیلات و چگونگی اجرای تدابیر پیش‌گیری از جرم، اعم از نهادهای مدیریت پیش‌گیری از جرم و تشریفات اجرای تدابیر، برنامه‌ها و سیاست‌های پیش‌گیرانه مورد مطالعه قرار می‌گیرند (نیازپور، ۱۳۹۳: ۹۲). بنابراین بهره‌گیری از دست‌آوردهای جرم‌شناسی پیش‌گیری از جرم در تدوین قوانین کیفری از جایگاه خاصی برخوردار است. امری که قانون‌گذار با پیش‌بینی نهادهای کاهش موارد تعقیب کیفری تا حدی به آن جامه عمل پوشانده است.

مواد، موانعی در راستای این هدف به شمار می‌روند. در این پژوهش تلاش شده با رویکردی فراگیر به جنبه اصلی این موضوع یعنی، نظریه‌های جرم‌شناسی که مبنای شکل‌گیری موارد کاهش تعقیب شده، در گفتار نخست (۱) و جنبه‌های عملی آن در گفتار دوم (۲) پرداخته شود.

۱. مبانی جرم‌شناسی کاهش موارد تعقیب در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲

کاهش فرایند کیفری برگرفته از نظریه‌ها و مفاهیم جرم‌شناسی است که با رویکردی مصلحت‌جویانه به دنبال پاسخ به پدیده مجرمانه است. دانش جرم‌شناسی^۱ از طریق تمرکز بر مرتکبان جرم و مطالعه آنان در صدد پیش‌گیری از ارتکاب بزه‌کاری یا کاهش تکرار آن است. قانون‌گذار از یافته‌های جرم‌شناسی در جهت کاهش موارد تعقیب و تدوین سیاست جنایی منسجم و کارا سود جست‌ه است. نظریه تعامل‌گرایی و دیدگاه‌های زیر مجموعه آن، با انتقاد از عملکرد نظام عدالت کیفری و تمرکز بر روی این موضوع که تعقیب و مجازات، همواره آخرین راه پیش‌گیری از بزه نیست، کاربست مناسبی را در راستای پیش‌بینی کاهش تعقیب در قانون آیین دادرسی کیفری، ایجاد نموده‌اند.

۱.۱. تعامل‌گرایی

دیرزمانی است که صاحب‌نظران و متفکران حوزه‌های مختلف علم و اندیشه، این نکته را واقعیتی انکارناپذیر در حیات فردی و اجتماعی می‌دانند که برچسب زدن می‌تواند تأثیر جدی و تعیین‌کننده بر شخصیت فرد داشته باشد. (حسینی، متولی‌زاده نائینی، ۱۳۹۱: ۱۱۸). نظریه تعامل‌گرایی، منفعت را در عدم تعقیب می‌داند. چون معتقد است متهم وارد فرایند کیفری نشده و با اعطای فرصتی به وی (از جمله موارد کاهش تعقیب)، شرایط بازگشت وی به جامعه فراهم می‌گردد. این رویکرد مبتنی بر نظریه فروید^۲ در شخصیت و تصمیمات سه‌گانه نهاد، من و فرامن است. طرفداران نظریه تعامل‌گرایی اعتقاد دارند در تعامل فرد با جامعه، پلیس، مأموران قضایی، دستگاه قضایی و... در واقع «من» تحت تأثیر قضاوت‌ها و تلقی‌های آنان قرار گرفته و لذا «من» این قضاوت‌ها را به «نهاد» و «من برتر» منتقل می‌نماید. یعنی من، آیینی انعکاس قضاوت‌ها می‌شود. به لحاظ روان‌شناختی، هرگاه صفتی مثبت یا منفی به کسی نسبت داده شود، وی به‌صورت ناخودآگاه به سمت اثبات آن، سوق داده خواهد شد. به همین دلیل است که در مطالعات روان‌شناسی اجتماعی توصیه می‌گردد که از انتساب صفات زشت به افراد اجتناب شده و تنها، عمل شخص و نه تمامیت مادی و

1. Criminology
2. Freud

معنوی او مورد واکنش قرار گیرد (محتشمی، رستمی تیریزی، ۱۳۹۲: ۷۲). به عبارت دیگر، از آن چه که در نظریه برچسب زنی مطرح شده است، این گونه استنباط می شود که فرد مجرم از زمان صدور حکم محکومیت واجد دو برچسب می شود. نخست، برچسب رسمی است که توسط نهادهای کیفری بر او وارد می شود. اما موضوع به همین جا ختم نمی شود؛ زیرا نوبت به دومین برچسب می رسد. زمانی که فرد پس از طی دوران محکومیت وارد جامعه می شود، اطرافیان همچنان به چشم مجرم به وی نگریسته و این دید منفی، تداوم یافته تا جایی که برای خود فرد نیز این تصور به وجود می آید که باید چنین نقشی را ایفا کند و در واقع، در فضایی قرار می گیرد که خروج از آن بیش از پیش برای وی مشکل می گردد. بدین ترتیب، به وضوح می توان تأثیر دیدگاه فروید را بر نظریه برچسب زنی مشاهده کرد.

پس از آن که جامعه، فردی را کجرو شناخت و به تعبیر دیگری او را برگزید، صرفاً رفتارهای ناپهنجار وی را برنناخته، بلکه تمامی کنش های او را با بدبینی نگریسته و آنها را تا زمانی که خلاف آن ثابت نشود، همچنان ناپهنجار تلقی می کند. حتی شاید بتوان پا را فراتر از این نهاد، به این معنا که فردی که جامعه وی را کجرو می پندارد در اغلب موارد کسی نیست که نوعاً مرتکب بزه می شود، بلکه کسی است که نوعاً تحت تعقیب قرار گرفته و دستگیر می شود (سلیمی و داوری، ۱۳۸۷: ۱۹۷). در نتیجه، اصل برائت در مورد چنین افرادی اثر و کاربرد خود را از دست داده و همین امر باعث می گردد فردی که به او برچسب زده شده، تشویق به شرکت در فعالیت های مجرمانه و ایفای نقش های مجرمانه شود.

جرم شناسی تعامل گرا، برچسب مجرمانه زدن به تعدادی از شهروندان از طریق نظام عدالت کیفری را موجب اخذ و درونی سازی هویت بزه کار می داند و در نتیجه باید تا آنجا که امکان پذیر است از شیوه های دور کننده این دسته از سامانه عدالت کیفری بهره جست (نیازپور، ۱۳۹۴: ۲۳۷). در فرایند کیفری، مقام قضایی با ابزارهایی همانند تعلیق تعقیب و میانجیگری کیفری که در اختیار دارد می تواند از ورود فرد به فرایند کیفری پیش گیری نموده و پرونده را در همان مرحله دادرسی متوقف نماید. نتیجه این امر، پیش گیری از تکرار جرم یا انحراف ثانویه به خاطر عدم الصاق انگ مجرمانه به فرد و عدم ورود وی به نظام کیفری رسمی و دولتی است. در نظریه تعامل گرایی، «بزه-کار» به نوعی تنها ادامه انحراف تلقی می شود؛ بزه کار نه به لحاظ ماهیت و استعداد، بلکه به لحاظ اینکه جامعه با نهادهای دولتی مانند پلیس، دادرس، دادگاه و زندانبانان او را طی فرایند «برچسب-زنی» به این عنوان متصف می کنند متهم، منحرف و مجرم تلقی می شود. به همین دلیل است که بنا به نظر برخی، این موضوع مورد توجه قرار گرفته که مطالعه شیوه های مختلف واکنش اجتماعی علیه جرم و متهم (کشف جرم، دستگیری مظنون، نحوه تحقیقات نخستین و تنظیم پرونده) باید

به‌عنوان یک اولویت مد نظر سیاست‌گذاران کیفری قرار گیرد. (آنسل، ۱۳۹۱: ۷۴). بنابراین مشاهده می‌شود در بسیاری موارد، بزه‌کاری ثانویه ناشی از دستگاه عدالت کیفری و تعامل فرد با این نهاد است. فردی که با ارتکاب بزه از دروازه عدالت کیفری وارد می‌شود، در مرحله نخست تا آن زمان با کنشگران عدالت کیفری تماس برقرار نکرده ولی بعد از تماس نخستین، نه تنها رعب بزه‌کار از دستگاه عدالت کیفری به حداقل خود خواهد رسید، بلکه در این حین با افراد بزه‌کار دیگری آشنا شده^۱ و شیوه‌های ارتکاب جرم و نیز راه‌های دور زدن قانون را نیز می‌آموزد.

دیدگاه‌های برجسب‌زنی عموماً کار را با تکیه بر این مقدمه آغاز کرده‌اند که جرم و رفتار مجرمانه، فرایندی اجتماعی است. هم‌چنین مدعی‌اند که اصولاً این تصمیمات عدالت کیفری است که تعیین می‌کند که چه چیزی را باید «جرم» محسوب کرد (وایت و هینز، ۱۳۹۲: ۱۸۵). به عبارت دیگر در این نگرش، جرم صرفاً محصول عوامل خارج از نظام عدالت کیفری نیست، بلکه خود این نظام نیز در ایجاد جرم دخیل است.

در نظریه تعامل‌گرایی، تصویر فرد از خویشتن تصویری است که دیگران از او دارند. فرد در این چنین موقعیتی، تصویر فردی ناسازگار، منحرف، غیراجتماعی و مجرم را از خود دارد و به مرور زمان «هویت مجرمانه» را کسب می‌کند. به همین دلیل، برخی از جرم‌شناسان پیشنهاد برجسب - زدایی را مطرح کرده‌اند. این جرم‌شناسان معتقدند از آن جایی که برجسب‌زنی، نتیجه مهمی از مجازات محسوب می‌شود، برجسب‌زدایی نیز باید اجرا شود. بدین معنی که به «مراسم برون‌آیی» که در آن برجسب‌های بد سابق به برجسب‌های جدید و خوب تبدیل شود نیازمندیم (فرانک‌پی، لین‌دی و شین، ۱۳۸۸: ۱۷۰-۱۷۱).

سیاست‌گذاران جنایی برای کاهش آثار زیان‌بار استقرار افراد در گستره عدالت کیفری و پیش‌گیری از زدن برجسب مجرمانه به آنان برای رسیدگی به شماری از گونه‌های بزه‌کاری، راهبردهای نو یافته اتخاذ کرده‌اند. کاهش فرایند کیفری از این راهبردها است؛ زیرا به‌موجب این راهبرد، متهمان عمدتاً در همان مراحل نخستین فرایند کیفری از قلمرو مذکور خارج شده و در نتیجه احتمال برجسب خوردن کاهش می‌یابد. به همین دلیل، قانون‌گذار در راستای کاستن از آثار

۱. نظریه معاشرت ترجیحی (ادوین ساترلند): در این نظریه اعتقاد بر این است که در برخی موارد رفتار مجرمانه در تماس با دیگران به دو طریق الف) ارتباط کلامی و فیزیکی و ب) از طریق الگوبرداری آموخته می‌شود. رفتار مجرمانه در واقع ضمن این که خودش آموخته می‌شود لوازم آن هم آموخته می‌شود. مثل فنون ارتکاب جرم، زبان خاص آن محیط، پوشش خاص آن مجرمین، نحوه زندگی آن‌ها، انگیزه‌های آن‌ها، جهت‌گیری انگیزه‌ها، نحوه استدلال و توجیه رفتار مجرمانه در آن‌ها. پس فقط خود رفتار مجرمانه به تنهایی آموخته نمی‌شود بلکه تقلید، کامل است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱: ۵۵).

نامطلوب محیط کیفری،^۱ از راهبردهای گوناگونی از جمله جرم‌زدایی^۲، کیفرزدایی^۳ و قضازدایی استفاده می‌کند. دو رویکرد نخست بیشتر حاکم بر قانون‌گذاری و قضازدایی حاکم بر مرحله رسیدگی قضایی است.

۲.۱. قضازدایی^۴ و مستندات قانونی

مطابق اصل ۱۵۶ قانون اساسی، قوه قضائیه عهده دار رسیدگی و صدور حکم درباره تظلمات، شکایات و حل و فصل دعاوی در نظر گرفته شده است. اما در جهت کاستن از تراکم شدید دعاوی در مراجع قضایی و هزینه‌هایی که بر آن مترتب است، مفهومی به نام قضازدایی شکل گرفته است. راهکاری فنی برای کاستن از میزان پرونده‌ها در مراجع رسمی دادگستری که مسلماً امری نسبی به‌شمار می‌رود؛ زیرا قضازدایی مطلق منجر به تعطیل نهادهای دادرسی و حذف وظیفه قضاوت در مفهوم خاص آن که در زمره وظایف حکومت شناخته شده خواهد شد (محمودی، ۱۳۸۵: ۱۰۹). بدین ترتیب، قضازدایی را می‌توان به‌عنوان یکی از مبانی کاهش موارد تعقیب در نظر گرفت. اما قانون‌گذار تحت‌تأثیر این دیدگاه، به‌طور مطلق و بدون اعتنا بر بزه‌کار در خصوص دعاوی کیفری تصمیم نگرفته است، بلکه با مدنظر قرار دادن بزه‌کار و سایر عوامل، نهادهایی از جمله تعلیق تعقیب و... را در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ گنجانده است. مفهوم قضازدایی عمدتاً در ارتباط با استفاده مقامات تعقیب جرم از جانشین‌های کلاسیک کیفری در تعقیب و محاکمه جرایم است. اثر چنین روشی خارج کردن فرد مظنون از فرایند رسیدگی قضایی کیفری بوده (غیرقضایی کردن) و ممکن است در هر مرحله‌ای از جریان رسیدگی صورت پذیرد (نجفی‌ابرنادآبادی، هاشم‌بیگی، ۱۳۹۱: ۱۳۶). هر چند در اصل ۱۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مرجع رسمی تظلمات و

۱. محیط کیفری از نظر مادی و روانی در واقع با تأثیرگذاری اقدام‌ها و رفتارهای نهادهای مختلف آیین دادرسی کیفری (ضابطان، قضات دادسرا و...) و واکنش افراد تحت رسیدگی در فرایند کیفری به این رفتارها به تدریج شکل می‌دهند. زیرا چنین رفتارهایی در چارچوب جرم‌شناسی بالینی به شکل‌گیری شخصیت ضداجتماعی در فرد کمک می‌کند و از نظر جرم‌شناسی تعامل‌گرا می‌تواند از اتهام انتسابی جرم و از فرد مظنون، متهم و مجرم بسازد (نجفی‌ابرنادآبادی، ۱۳۸۸: ۲۵).

۲. جرم‌زدایی، شامل فرایندهایی است که از طریق آن‌ها صلاحیت نظام کیفری برای اعمال ضمانت اجراها به‌عنوان واکنش نسبت به بعضی از رفتارها، یعنی برای رفتارهای مجرمانه خاص سلب می‌شود (مهرا، ۱۳۷۷: ۳۰۳).

۳. در کیفرزدایی منظور این نیست که خاصیت جرم بودن فعل یا ترک فعل سلب شود، بلکه هدف موزون ساختن جرم و کیفر است بدین معنی که در اکثر موارد از شدت مجازات کاسته می‌شود و یا خاصیت کیفری مجازات سلب می‌شود (بابایی، غلامی، ۱۳۹۱: ۶۴).

شکایات، دادگستری معرفی شده است، اما این امر بدان معنا نیست که نتوان بنا به دلایل متعددی که در ادامه به آن اشاره شده است، رسیدگی به برخی از جرایم را خارج از این نهاد مورد توجه قرار داد.

در این فرآیند، هدف دست‌اندرکاران سیاست جنایی پرهیز از درگیر شدن مرتکبان در فرایند عدالت کیفری یا در صورت ورود به این فرآیند، جلوگیری از ادامه مسیر آنان با اتخاذ تدابیر ویژه‌ای است که قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ با بهره جستن از برخی نهادها از جمله، بایگانی پرونده، تعلیق تعقیب و... در راستای تحدید دامنه حقوق کیفری که از مهم‌ترین رسالت‌های جرم‌شناسی محسوب می‌شود، گام نهاده است. به عنوان مثال، تعلیق تعقیب را می‌توان در دو ماده جداگانه مورد ملاحظه قرار داد. نخست، ماده ۸۱ قانون آیین دادرسی کیفری است که دادستان می‌تواند در برخی جرایم، با مکلف کردن متهم به انجام برخی از دستورات، تعقیب وی را از شش ماه تا دو سال معلق کند. مورد دوم در ماده ۸۲ از این قانون پیش بینی شده است که پس از میانجیگری، در صورت گذشت شاکی یا جبران خسارت توسط متهم و در صورت فقدان سابقه محکومیت کیفری، امکان تعلیق تعقیب متهم با همان شرایط مندرج در ماده ۸۱ وجود خواهد داشت.

می‌توان بر این اعتقاد بود که این رویکرد برگرفته از نظریه فایده‌گرایی^۱ است. بر طبق این نظریه، تنها نتایج آینده است که باید موضوع تصمیم‌های کنونی قرار گیرد. تعقیب، زمانی موجه است که با توجه به نتایج احتمالی آثارش آن را بتوان یکی از ابزارهای نظم اجتماعی به حساب آورد. بدیهی‌هایی که در گذشته ارتکاب یافته فی‌نفسه در تصمیم امروز ما بی‌تأثیرند (رالز، ۱۳۹۲: ۸۴۴). هدف اصلی جرم‌شناسی از نهاد قضازدایی، جلوگیری از ورود فرد به نظام عدالت کیفری است. به دیگر بیان، در قضازدایی سیاست عدم مداخله نهادها با توجه به حداقلی بودن حقوق جزا^۲ تقویت

۱. فایده‌گرایی، نظریه‌ای است که معتقد است یگانه معیار ثواب، خطا و الزام اخلاقی عبارت است از اصل فایده؛ این اصل قائل به بیشترین خوشی برای بیشترین افراد است و آن را یگانه غایت درست و مطلوب رفتار انسانی می‌داند. از منظر فایده‌گرایی، درستی و نادرستی اعمال در پرتو فایده مشخص می‌شوند. هیچ چیز غیر از لذت و آلم وجود حقیقی ندارند. تنها لذت است که ذاتاً خوب است و تنها آلم است که ذاتاً بد. خوب آن است که نسبت به هر بدیل دیگر میزان لذت را نسبت به آلم ارتقاء دهد و بد آن چیزی است که در مقایسه با هر جایگزین دیگری میزان آلم را نسبت به فایده افزون کند (رستمی، سلیمی، ۱۳۹۴: ۱۳۸). بنابراین هرگاه مقام قضایی در جرایم سبک تصمیم به استفاده از نهادهایی نظیر تعلیق تعقیب و یا بایگانی پرونده می‌کند به نوعی دست به فایده‌گرایی در راستای منفعت متهم و جامعه زده و از آثار نامطلوب فرایند کیفری جلوگیری می‌کند.

۲. التزام به اصل حداقل بودن حقوق کیفری نه تنها موجبات کاربرد بهینه از حقوق کیفری در جایگاه مناسب آن را فراهم می‌نماید، بلکه در عین حال زمینه توجه سیاست جنایی به استفاده از سایر ابزارها و نهادهای حقوقی - اجتماعی

می‌شود. به همین خاطر، قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی ۱۳۹۲ کیفری اقدام به پیش‌بینی نهادهای بایگانی پرونده و تعلیق تعقیب کیفری نموده تا از آثار نامطلوبی که در پی وارد شدن متهم به دستگاه عدالت کیفری به وجود می‌آید جلوگیری نماید. گرایش به قضازدایی، نه تنها فتور و سستی در سازمان عدالت کیفری را در پی ندارد، بلکه با اجتناب از تماس مجرمان با مسؤولان مبارزه با بزه کاری مانع عادی شدن این روابط می‌شود (صادقی، ۱۳۸۴: ۱۴۹).

باتوجه به آن‌چه که مطرح شد مراجع تحقیقات مقدماتی در چندین کشور اروپایی حذف و در کشورهای دیگر شدیداً به حاشیه رانده شده‌اند. به‌عنوان مثال در فرانسه درصد پرونده‌های ارجاعی به تحقیقات در سده نوزدهم بالغ بر ۴۰ درصد بوده، حال آن‌که این درصد در سال ۱۹۶۰ به حدود ۲۰ درصد و در سال ۱۹۸۸ به ۷/۸ درصد کاهش پیدا کرده است (دلماسمارتی، ۱۳۹۵: ۷۷). بدین ترتیب ملاحظه می‌شود بهره‌گیری از قضازدایی جهت مبارزه با تورم پرونده‌های کیفری، به‌ویژه در امور مربوط به دادرسی، از جمله کاهش تراکم پرونده‌ها، تسریع در رسیدگی، کاهش هزینه رسیدگی و دقت در رسیدگی بسیار مفید و ضروری است.

در گفتار بعدی نشان خواهیم داد قانون‌گذار در قانون ۱۳۹۲^۱ با بهره‌گیری از دستاوردهای جرم‌شناسی و با لحاظ این نکته که تعقیب متهم همیشه به سود جامعه و متهم و نظام عدالت کیفری نیست در جرایم سبک با استفاده از رویکرد برچسب‌زنی و به طور خاص، نهاد قضازدایی اقدام به کاهش فرایند کیفری به طرق مختلف نموده است.

۳.۱. عدالت ترمیمی^۲ و نحوه پیش‌بینی آن در قانون

عدالت ترمیمی به‌عنوان یک رویکرد نوین در حقوق کیفری در دهه ۱۹۷۰ میلادی ظهور کرد. اولین کسانی که از این اصطلاح استفاده کردند، «آلبرت اگلاش» و «آر. بارنت» بودند (رحیمی‌نژاد، آقاباری، قلی‌پور، ۱۳۹۴: ۹۰). در برخی منابع، از این اصطلاح به قضای احیاگر یاد شده است و هدف از آن، تدوین و گسترش سیاست‌هایی دانسته شده است که مجرم را به جبران خسارات وارده

را نیز افزایش می‌دهد. حقوق کیفری بدون پابندی به اصل حداقل بودن، به‌مثابه جنگ‌جویی است که همواره در حال شمشیر کشیدن است (غلامی، ۱۳۹۳: ۳۸).

۱. آن‌چه باید خاطر نشان کرد این است که قانون‌گذار با الهام‌گیری و تحت‌تأثیر رویکرد فایده‌گرا در قبال جرایم خرد (بایگانی پرونده: تعزیری درجه ۷ و ۸، تعلیق تعقیب: تعزیری درجه ۶ و ۷ و ۸ و...)، با به کارگیری رهیافت‌های قضازدایانه از ورود طرفین جرم به فرایند کیفری ممانعت به عمل آورده است؛ اما استفاده از مؤلفه‌های این مفهوم را در قبال جرایم مهمی چون جرایم سازمان‌یافته، تروریسم و... تجویز نموده است.

2. Restorative justice

واداشته تا از این طریق بتواند اعتماد بزه‌دیدگان و نیز عموم افراد را به جامعه، مجدداً احیا کند. از این منظر، مفهوم جرم چیزی جز بی‌حرمتی به مردم و مناسبات موجود میان آنان به‌شمار نمی‌رود. همچنین به باور این نظام فکری، اجرای اقدامات مزبور حق جامعه بوده و نباید در انحصار دولت باشد (وایت و هینز، ۱۳۹۰: ۳۶۹). در واقع، مجرم باید مسئولیت رفتار مجرمانه خود را پذیرفته و نیازهای افراد و اجتماع را که بر اثر ارتکاب جرم دچار خلل شده است برطرف نماید. ذکر این نکته نیز ضروری است که در این فرآیند، اوضاع و احوال حاکم بر وقوع جرم نیز بررسی می‌شود. و به همین دلیل، نیازهای هر سه طرف درگیر در واقعه مجرمانه که عبارت از مجرم، بزه‌دیده و اجتماع هستند مورد توجه قرار گرفته و در نتیجه، تلافی و مجازات در مفهوم سنتی آن از بین می‌رود. هر چند انتقاداتی نیز به عدالت ترمیمی وارد شده است. به این صورت که عدالت ترمیمی را به نوعی می‌توان اجبار روانی بر بزه‌دیدگان تلقی کرد تا در فرآیندهایی که به این منظور تشکیل می‌شود شرکت نمایند؛ به‌گونه‌ای که بزه‌دیده احساس می‌کند حقوق وی و قابلیت سرزنش مجرم، تحت الشعاع این فرآیند قرار می‌گیرد. (بابایی، ۱۳۹۵: ۳۶۲).

همان‌گونه که از نام عدالت ترمیمی بر می‌آید، هدف از آن، ترمیم آسیب‌های ایجاد شده از جرم است. در این سیستم، طرفین مجاز به مشارکت هستند. به این معنا که طرح‌های موجود در عدالت ترمیمی باعث می‌شود بزه‌دیده، بزه‌کار و کسانی که به نوعی تحت تأثیر ارتکاب جرم واقع شده‌اند در آن مشارکت داشته باشند.

عدالت ترمیمی بر آن است که از یک‌سو، کلیه طرفین درگیر در جرم را در این فرآیند مشارکت دهد و با ابزارهایی نظیر میانجیگری، موفق به قضا‌دایی شود. هم‌چنین شایان ذکر است که منفعت بزه‌دیده نیز در کاهش موارد تعقیب است؛ چون خسارات وارده بر وی زودتر جبران می‌شود. بزه‌دیده‌ای که در تعقیب کیفری سنتی باید منتظر قطعی شدن حکم دادگاه باشد تا تکلیف خسارات وی مشخص شود، خسارات وارده بر وی در فرآیند کاهش موارد تعقیب، در مرحله دادسرا جبران می‌شود و لازم نیست مدت‌ها منتظر بماند تا در صورت محکومیت متهم، خسارات وی جبران گردد. از سوی دیگر، توافق حاصله می‌تواند متضمن تشریح خاطر بزه‌دیده نیز باشد.

مطابق ماده ۸۲ از قانون آیین دادرسی کیفری، انجام میانجیگری به اختیار مقام قضایی واگذار شده است. به همین دلیل، هم برای دادستان و نیز دادگاه امکان ارجاع پرونده به میانجیگری فراهم شده است. در ماده ۲ از آیین‌نامه میانجیگری در امور کیفری مصوب ۱۳۹۵/۷/۲۸ هیأت وزیران نیز مقرر شده است که امور مربوط به میانجیگری می‌تواند در هر دادسرا یا دادگاه زیر نظر دادستان عمومی یا رئیس حوزه قضایی ساماندهی شود. خود این امر نیز موید اختیار دادگاه و دادستانی در انجام میانجیگری است. هر چند در تبصره ماده ۸۲ به بازپرس نیز این اختیار داده شده است که

ارجاع به میانجیگری را از دادستان تقاضا نماید، اما عدم استفاده از این اختیار توسط بازپرس، مانع اقدام دادستان در این رابطه نمی‌شود. بدیهی است که میانجیگری، نهادی چند سویه است. به این معنا که اگر بنا باشد متهم، خواهان برطرف کردن آثار ناشی از جرم ارتكابی نباشد یا زمانی که بزه‌دیده به چنین امری تن در ندهد، میانجیگری معنای خود را از دست خواهد داد. به همین دلیل است که در ماده ۸۲، از درخواست متهم و موافقت بزه‌دیده سخن به میان آمده است.

عدالت سزادهنده که ناظر به جرم است و عدالت بازپرورانه که ناظر به بزه‌کار است و هر دو به‌عنوان مدل کلاسیک یا سنتی عدالت کیفری مشهور شده‌اند در دهه‌های اخیر با ایرادهای مختلفی که متوجه کارآیی و عملکرد آنهاست روبرو شده‌اند. عده‌ای از حقوقدانان و جرم‌شناسان، تحت‌تأثیر دستاوردهای عمدتاً بزه‌دیده‌شناسی حمایتی و فعالیت‌های جنبش‌های طرفدار حقوق زن و زنان بزه‌دیده، مدل عدالت ترمیمی را مطرح کردند (نجفی‌ایرندآبادی، ۱۳۸۴: ۱۸). عدالتی با ساختار فلسفی که نوع دیگری از اندیشه و تفکر نسبت به جرم و عدالت کیفری را عرضه می‌کند. عدالتی که روش جدید اندیشیدن هم درباره جرم و هم در مورد چگونگی پاسخ به آن است (غلامی، ۱۳۹۲: ۷). بسیاری از کشورها از گفتمان عدالت ترمیمی استقبال کرده‌اند. جمهوری اسلامی ایران نیز از جمله کشورهایی است که با پی بردن به معایب دستگاه عدالت کیفری، سعی کرده است منطق جنایی خود را با الگوهای ترمیمی هم‌سو سازد. در این راستا و تحت‌تأثیر عدالت ترمیمی، قانون‌گذار در ماده ۱۹۵^۱ آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ به نوعی به عدالت ترمیمی جامه عمل پوشاند، ولی خلأ این نهاد به‌طور ملموس احساس می‌شد تا این‌که سرانجام در ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ به این نهاد جلوه واقعی بخشید. عدالت ترمیمی، عدالتی است که تلاش می‌کند بین منافع بزه‌دیده، جامعه و نیاز به بازپذیری اجتماعی بزه‌کار، توازن و تعادل ایجاد نماید و همان‌گونه که برخی نیز معتقدند می‌کوشد بهبود وضعیت بزه‌دیده را تا حد امکان عملی سازد (عباسی، ۱۳۸۲: ۵). عمده‌ترین دلایلی که می‌توان در تأیید عدالت ترمیمی اقامه کرد از این قرار است:

- الف) عدالت ترمیمی، پذیرش و اعتراف را تشویق می‌کند نه انکار را.
- ب) عدالت ترمیمی، به مواجهه دوسویه قربانیان، مجرمان و حامیان توجه دارد.
- پ) فرایند و پیامدهای عدالت ترمیمی می‌تواند به تجربه قربانیان اعتبار ببخشد و این دل‌گرمی و اطمینان را برایشان به‌وجود آورد که آن‌ها به خاطر وقوع خشونت، مورد ملامت و سرزنش نخواهند بود و اولویت بیشتری در فرایند قانونی به آن‌ها داده خواهد شد.

۱. ماده ۱۹۵ مقرر می‌داشت: «در اموری که ممکن است با صلح طرفین، قضیه خاتمه پیدا کند دادگاه کوشش لازم و جهد کافی در اصلاح ذات‌البین به عمل می‌آورد و چنان چه موفق به برقراری صلح نشود، رسیدگی و رأی مقتضی صادر خواهد نمود.»

ت) عدالت ترمیمی می‌تواند گزینه‌های بیشتری را پیش پای گروه‌های مختلفی از قربانیان که بسیاری از آن‌ها مایل به پیگرد قانونی و رسمی مجرم نیستند قرار دهد.

ث) عدالت ترمیمی به جای قانون، توجه عمده خود را به عرف معطوف می‌دارد و به جای محدود کردن خود به ضوابط قانونی، درک و شناخت کلی‌گرایانه‌تری از تخلف دنبال می‌کند (علی‌وردی‌نیا، حسنی، ۱۳۹۳: ۱۸). بنابراین عدالت ترمیمی با زمینه‌چینی برای ابراز نظر قربانی، سرزنش قربانی را که اغلب جزئی از فرایند دعوا و درگیری است تقلیل می‌دهد (به نوعی با فراهم کردن این زمینه برای بزه‌دیده از بزه‌دیدگی ثانوی^۱ او جلوگیری می‌کند).

بر خلاف عدالت کلاسیک، در عدالت ترمیمی، طرفین جرم در فرآیند دادرسی نقشی فعال و پررنگ دارند. در واقع آن چه در عدالت سنتی بیشترین نگاه‌ها را به خود جلب می‌کند، صرفاً عمل مجرمانه است. به همین دلیل، بر این اعتقاد می‌توان بود که این نهضت نو پیدا، اسباب تحولات متعددی در قلمرو سیاست جنایی شده است. شیوه‌های کاهش فرایند کیفری گاه ترمیمی هستند. دادستان به جای این که پرونده را به دادگاه بفرستد، در جرایم کم اهمیت چنان چه احراز نماید بزه‌دیده رضایت دارد، مرتکب متنبه و اصلاح شده و وجدان عمومی محل هم جریحه‌دار نمی‌شود، قرار میانجیگری صادر می‌کند. واقعیت دیگر این که تعقیب جرایم کم اهمیت، منابع محدود سیستم قضایی را جهت تعقیب جرایم مهم‌تر ناکارآمد می‌سازد. سیستم قضایی مانند هر مجموعه دیگری دارای منابعی محدود است که پاسخگوی نیازهای نامحدود آن نمی‌تواند باشد.

۲. مصادیق کاهش فرایند کیفری در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲

راهبرد کاهش فرایند کیفری برای تعیین سرنوشت دعوای کیفری در مرحله پیش از دادرسی از شیوه‌های مختلفی بهره می‌گیرد. برخی از این شیوه‌ها با رویکرد کنارگذاری کامل فرایند کیفری و برخی با حذف قسمتی از فرایند کیفری در صدد پاسخ به بزه‌کاران هستند.

۱. بزه‌دیدگی ثانوی یا جانبی، آسیبی است که پس از بزه‌دیدگی نخستین رخ می‌دهد و پیامد مستقیم رفتار مجرمانه نیست، بلکه از رهگذر رفتار و پاسخ‌گویی نامناسب افراد و نهادهایی که به گونه‌ای با بزه‌دیده‌گان در ارتباط‌اند، روی می‌دهد و خود نشانه‌هایی از عدم احترام به منزلت بزه‌دیده است. تجربه نشان داده که دیدگاه بزه‌کار محور حاکم بر نظام عدالت کیفری و سازوکارهای اجرایی آن موجب می‌شود تا شاکی - بزه‌دیده‌گان پس از مراجعه به دستگاه عدالت کیفری، دچار سرخوردگی، ناامیدی، عدم توجه کافی، سردرگمی و... شوند که آنان را در معرض بزه‌دیدگی ثانوی قرار می‌دهد. دلیل ابداع و استفاده از روش‌های نوین دادرسی توسط طرفداران عدالت ترمیمی، تلاش در جهت اجتناب از همین فرایندهای رسمی در نظام عدالت کیفری است که به اعتقاد طرفداران عدالت ترمیمی، در بسیاری موارد، خود موجب بزه‌دیدگی ثانوی می‌شود (بهروزیه، ۱۳۹۲، ۸۳).

۱.۲. کنارگذاری تعقیب کیفری

شماری از روش‌های کاهش فرایند کیفری به کنارگذاری تعقیب می‌انجامد. مقام قضایی در دادسرا و یا دادگاه، حسب مورد با بررسی وضعیت پرونده‌های قضایی و پیرا قضایی مرتکبان و توافق با متهم یکی از شیوه‌های مذکور در ذیل را برمی‌گزینند. لازم به ذکر است که در اجرای این شیوه‌ها، شرایطی در نظر گرفته شده است که نه تنها، منافع جامعه در معرض مخاطره قرار نگیرد، بلکه مانع از حضور مجدد احتمالی متهم در فرآیند کیفری در آینده‌های نزدیک شود.

۱.۱.۲. بایگانی پرونده^۱

این قرار اصولاً در راستای اعمال اصل موقعیت داشتن^۲ یا مناسب بودن تعقیب و به‌عنوان یکی از جای‌گزین‌های تعقیب توسط مقام قضایی مورداستفاده قرار می‌گیرد (خالقی، ۱۳۹۵: ج ۱: ۲۸۵). قانون‌گذار موقعیت داشتن تعقیب را تحت آموزه‌های برخی دیدگاه‌های جرم‌شناسی مانند «برچسب‌زنی» مد نظر قرار داده است. به این سبب، مقام قضایی باید مجاز باشد در قبال کسانی که نخستین بار مرتکب جرم شده‌اند در راستای پیش‌گیری از زدن برچسب منفی، به بایگانی پرونده اقدام نماید (آشوری، ۱۳۹۵: ج ۱: ۱۶۸). وقتی جرمی نظم اجتماعی را بر هم می‌زند باید تحت-

1. Archive file

نظریه شماره ۷/۹۴/۲۰۷ - ۱۳۹۴/۱/۳۰ اداره کل حقوقی قوه قضاییه:

با توجه به این که درجه بندی «جرم» متفاوت از درجه بندی مجازات است، لذا برای تعیین درجه جرم واحد که دارای مجازات‌های قانونی متعدده، اعم از تخیری و غیر تخیری است، بدو بایستی هریک از مجازات‌ها با توجه به شاخص‌های ماده ۱۹ قانون مذکور و تبصره‌های آن، مستقل از سایر مجازات‌ها درجه‌بندی شوند، آنگاه بالاترین درجه مجازات قانون، ملاک تعیین درجه جرم و تشخیص دادگاه صالح برای رسیدگی به موضوع است.

نظریه شماره ۷/۹۳/۱۱۴۴ - ۹۳/۵/۱۸ اداره کل حقوقی قوه قضاییه:

نظر به این که صدور قرار بایگانی شدن پرونده به موجب ماده ۸۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مربوط به مرحله تعقیب جرم است و بر این بنیاد در فصل مربوط به تعقیب پیش‌بینی شده است، باید توجه داشت در مورد جرایمی نیز که مستقیماً در دادگاه مطرح می‌شود، مقررات تعقیب، حاکمیت داشته و توسط دادگاه قابل اعمال است. بر همین بنیاد در ماده ۸۰ قانون یاد شده از اصطلاح مقام قضایی استفاده شده است و لذا تعارضی بین مواد ۸۰ و ۳۴۰ قانون فوق‌الذکر وجود ندارد؛ دادگاه در جرایم درجه ۷ و ۸، مقررات ماده ۸۰ مذکور قابل اعمال می‌کند. در مورد ماده ۸۱ نیز در جرایم درجه ۷ و ۸ برابر تبصره ۵ آن، دادگاه مقررات این ماده را اعمال می‌کند.

۲. در این سیستم، دادستان اختیار بسیار وسیعی در تصمیم به تعقیب یا عدم تعقیب کیفری دارد. به عبارت دیگر، دادستان می‌تواند با سنجش موضوع و تشخیص مصالح کلی، هر چند وقوع جرم محرز و مدلل باشد مع‌هذا، نظر به جهات خاصی، سوای علل تعیین‌شده در قوانین کیفری، از تعقیب خودداری و دستور بایگانی پرونده را بدهد (خرزانی، ۱۳۷۷: ۱۸).

تعقیب قرار گرفته و مجرم به سزای عمل خود برسد و لذا بایگانی، خلاف این اصل است. اما مقام قضایی می‌تواند با ملاحظات اقتصادی، روان‌شناختی^۱، جرم‌شناختی و به‌ویژه نهاد قضازدایی و لحاظ این‌که ورود متهم از دروازه عدالت کیفری می‌تواند آثار نامطلوبی بر روی متهم، خانواده و جامعه بر جای گذارد از این اقدام به نفع جامعه و متهم چشم‌پوشی کند.

این روش دارای دو نوع ساده و مشروط است. در گونه ساده، دادستان پس از سنجش اوضاع و احوال می‌تواند نسبت به کنارگذاری پیگرد دعوای کیفری و مختومه کردن پرونده مبادرت ورزد بدون این‌که برای اجرا شدن این شیوه، بزه‌کار را به انجام یک سری اقدام‌ها مکلف سازد. اما در گونه دوم، تصمیم مقام قضایی با تحمیل شرایطی بر بزه‌کار همراه است. به این صورت که دادستان، کنارگذاری تعقیب دعوای کیفری را به متعهد شدن بزه‌کار به انجام اقدام‌هایی که می‌توانند جنبه اصلاحی-درمانی، توان‌گیر و ترمیمی داشته باشد منوط می‌نماید. (نیازپور، ۱۳۹۲: ۱۷۳).

بایگانی پرونده به‌صورت ساده و مشروط^۲ در قوانین سابق پیش‌بینی نشده بود و لذا طبق سیستم قانونی بودن تعقیب، مقام قضایی موظف بود در صورت ارتکاب جرم بدون توجه به درجات جرم (در فرض تعزیری بودن جرم ارتکابی) و نیز بدون توجه به مصالح متهم و جامعه، جرم را تعقیب کند و حق بایگانی پرونده را نداشت.

تحت‌تأثیر عوامل مختلفی از جمله یافته‌های فلسفی و جرم‌شناختی، نویسندگان قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ بایگانی ساده را پیش‌بینی نموده‌اند. ماده ۸۰ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: «در جرایم تعزیری درجه هفت و هشت، چنان‌چه شاکی وجود نداشته یا گذشت کرده باشد، در صورت فقدان پیشینه محکومیت مؤثر کیفری^۳، مقام قضائی می‌تواند پس از تفهیم اتهام با ملاحظه وضع اجتماعی و سوابق و اوضاع و احوالی که موجب وقوع جرم شده است و در صورت ضرورت با اخذ التزام کتبی از متهم با رعایت مقررات قانونی، فقط یک‌بار از تعقیب متهم خودداری نماید و قرار بایگانی پرونده را صادر کند. این قرار ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ، قابل‌اعتراض در دادگاه کیفری مربوط است». بدیهی است که ماده مزبور، اختصاص به جرایم غیر قابل‌گذشت دارد؛ زیرا در جرایم قابل‌گذشت با اعلام رضایت شاکی خصوصی، قرار موقوفی تعقیب صادر می‌شود. اما سوالی که در این راستا مطرح می‌گردد آن است که قرار بایگانی پرونده با فرض انتساب جرم به متهم صادر می‌گردد؟ به نظر می‌رسد با توجه به این‌که مقام قضایی رسیدگی

3. Psychological

۱. این شیوه از بایگانی کردن پرونده‌های کیفری مورد توجه قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ قرار نگرفته است.

۲. ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی. ۱۳۹۲.

کننده در صورت عدم کفایت دلایل، حسب مورد باید قرار منع تعقیب یا حکم برائت متهم را صادر نماید و نیز با توجه به عبارت «اوضاع و احوالی که موجب وقوع جرم شده است»، قرار بایگانی پرونده با این فرض صادر می‌شود.

در بایگانی ساده، مقام قضایی تنها دو تصمیم در خصوص پرونده می‌تواند اتخاذ نماید: پرونده را به دادگاه ارسال کند یا آن را مختومه نماید؛ به این معنا که هیچ‌گونه تصمیمی اتخاذ نشود و مظنون با هیچ پیامد حقوقی مواجه نگردد. بزرگ‌ترین حُسن مختومه کردن پرونده، جلوگیری از ورود متهم به درون نظام عدالت کیفری است. نخستین پرسشی که در این رابطه مطرح می‌گردد این است که باتوجه به مزایای این روش، سبک بودن جرایم تعزیری مشمول آن و شرط فقدان پیشینه محکومیت مؤثر کیفری، چه دلیلی باعث گردیده که قانون‌گذار اعمال آن را منوط به صلاح-دید مقام قضایی نموده است؟ آیا چنین امری باعث نخواهد شد که مقام قضایی در هر پرونده بنا بر ملاحظات مختلف، تصمیمات متفاوتی اتخاذ کرده و به این وسیله، باعث ایجاد تبعیض میان متهمین شود؟ به عبارت دیگر، ممکن است دو متهم دارای شرایط شبیه به یکدیگر باشند. به این معنا که تمام شرایط مندرج در ماده ۸۰ قانون آیین دادرسی کیفری نسبت به آنان صدق نماید؛ اما باتوجه به اختیار واگذار شده به مقام قضایی، یکی از این دو متهم مشمول قرار بایگانی پرونده شده و دیگری از آن بی‌بهره بماند. موضوع دیگری که باید به آن اشاره نمود، استفاده از واژه ضرورت در ماده مزبور است. صرف‌نظر از این که مشخص نیست، واژه مزبور چه مواردی را می‌تواند در بر داشته باشد، در هیچ یک از مواد مندرج در قانون آیین دادرسی کیفری نیز به این موضوع اشاره نشده است که مقام قضایی مکلف است دلایل ضرورت عدم بایگانی پرونده را ذکر نماید. چنین موضوعی باعث می‌شود که حتی اگر هیچ‌گونه دلیل موجهی وجود نداشته باشد، نامبرده با اختیار کامل، مبادرت به آن نماید. نکته دیگری که در ارتباط با ماده مزبور می‌توان به آن اشاره نمود، بهره‌مندی متهمین جرایم تعزیری درجه هفت و هشت از این نهاد است. در حالی که در مورد تعلیق تعقیب که در قسمت بعدی به آن اشاره می‌شود مقنن، جرایم تعزیری درجه شش را نیز مشمول آن قرار داده است. بنابراین از دیدگاه مقنن، جرایم درجه شش تا هشت در یک ردیف قرار داشته و به عبارتی، خطرشان به حدی نبوده که نتوان آن‌ها را مشمول تعلیق تعقیب قرار داد. این در حالی است که چه در نهاد بایگانی پرونده و چه در تعلیق تعقیب، پس از سپری شدن مدت تعلیق، مجازاتی متوجه متهم نخواهد شد. همچنین مبنای ایجاد این دو نهاد چیزی جز کنار گذاشتن متهم از فرآیند قضایی و رفع برجسب محکومیت نیست. به همین دلیل، مشخص نیست که عدم پیش‌بینی جرایم تعزیری درجه شش در ارتباط با نهاد بایگانی پرونده چه توجیهی می‌تواند داشته باشد. در انتها به این نکته می‌توان اشاره نمود که طبق ماده مزبور، قرار بایگانی پرونده نیازی به موافقت متهم ندارد.

به عبارت دیگر، حاکمیت اصل برائت و بی‌گناهی متهم باعث پیش‌بینی چنین وضعیتی شده است. به همین دلیل، اگر بنا باشد یکی از معترضین به این قرار را متهم بدانیم ولو این‌که ممکن است متهم بر این اعتقاد باشد که نتیجه نهایی دادرسی منتهی به برائت وی خواهد شد، اما طول مدت دادرسی به تنهایی می‌تواند به حیثیت او لطماتی وارد کرده و باعث خدشه‌دار شدن اصل برائت شود. لذا قابل اعتراض بودن این قرار صرفاً باید برای شاکی پرونده در نظر گرفته می‌شود؛ زیرا نامبرده ممکن است معتقد باشد که رضایت وی واقعی نبوده است.

۲.۱.۲. تعلیق تعقیب^۱

این شیوه در نظام کیفری ایران دارای پیشینه است. قانون‌گذار ایران برای نخستین مرتبه این شیوه را پس از تصویب اصول محاکمات جزایی، ضم اصلاحاتی تحت‌عنوان قانون تسریع دادرسی و اصلاح قسمتی از قوانین آیین دادرسی کیفری و کیفر عمومی در بهمن‌ماه ۱۳۵۲^۲ مطرح کرد (بقال - شیروان، ۱۳۸۲: ۴۳). از آن پس، تعلیق تعقیب دعوای کیفری با تحولات متعددی مواجه گردیده و دستخوش تغییرهایی شد و در دوره‌های دیگر تردیدهایی بنیادین در خصوص چگونگی بهره‌جستن از آن پدید آمد. سیاست‌گذاران جنایی با تأثیرپذیری از نظریه تعامل‌گرایی و به‌طور خاص نهاد قضازدایی و با نگرشی فایده‌گرایانه در ماده ۸۱^۳ قانون آ.د.ک نسبت به صدور قرار تعلیق تعقیب به طور شفاف‌تری توجه نمودند تا از این رهگذر، ابهام‌های فرا روی این قرار برداشته شود. قانون‌گذار در ماده ۸۱، تعلیق تعقیب را در خصوص جرایم سبک (تعزیری درجه شش، هفت و هشت)، مقرر نموده است و در جرایم شدید نمی‌توان از این شیوه بهره‌جست. تعلیق تعقیب در واقع نوعی قضازدایی است. در مواردی که جرم، سبک و هزینه تعقیب و دادرسی سنگین باشد و تأثیر مجازات در اعاده مجرم به زندگانی شرافتمندانه محرز نباشد تعقیب متهم و مجازات بزه‌کار امر معقولی نخواهد بود؛ زیرا هدف از اعمال کیفر را که اصلاح و بازپروری مجرمین است تأمین نمی‌کند. بدیهی است چنین راهکاری علاوه بر تسریع در رسیدگی، دارای اهداف جرم‌شناختی دیگری مانند اصلاح و تأدیب و برچسب نخوردن متهم نیز است؛ زیرا متهم در طول دوران تعلیق رفتار و اعمال خویش

1. Suspension chase

۲. ماده ۴۰ مکرر و دو تبصره الحاقی آن ۱۳۵۲/۱۱/۲

۳. ماده ۸۱ مقرر می‌دارد: «در جرایم تعزیری درجه شش، هفت و هشت، که مجازات آن‌ها قابل تعلیق است، چنان‌چه شاکی وجود نداشته، گذشت کرده یا خسارت وارده جبران گردیده باشد و یا با موافقت بزه‌دیده ترتیب پرداخت آن در مدت مشخصی داده شود و متهم نیز فاقد محکومیت مؤثر کیفری باشد، دادستان می‌تواند پس از اخذ موافقت متهم و در صورت ضرورت با اخذ تأمین متناسب تعقیب وی را از شش ماه تا دوسال معلق کند. در این صورت، دادستان متهم را حسب مورد مکلف به اجرای برخی از دستورات می‌کند.»

را کنترل می‌نماید و سعی دارد حتی‌الامکان مرتکب جرم نگردد. با حصول چنین اهدافی، کارایی و کارآمدی عدالت کیفری تضمین می‌شود (شاملو، عبداللهی، ۱۳۹۴: ۱۰۲). منفعت بزه‌دیده را نیز می‌توان در تعلیق تعقیب جستجو کرد؛ زیرا خسارت‌های وارده بر وی در فرآیند مزبور سریعتر جبران شده و لازم نیست مانند آن چه که در یک تعقیب کیفری سنتی وجود دارد، مدت‌ها منتظر صدور حکم محکومیت متهم و جبران خسارات بماند (جوان جعفری و نورپور، ۱۳۹۴: ۸۵).

با وجود این که این ماده ۸۱، همان‌گونه که در قسمت قبلی به آن اشاره گردید، گستره جرایم را افزایش داده و آن را بر خلاف نهاد بایگانی پرونده شامل جرایم تعزیری درجه شش نیز قرار داده است که می‌تواند از دیدگاه جرم‌شناسی مزیتی برای ماده مزبور تلقی شود، اما ایراداتی مشابه با ماده ۸۰ به آن وارد است.

یکی از نهادهای سازشی که قانون‌گذار در قانون ۱۳۹۲ از آن غافل شده و در میان نهادهای آیین دادرسی کیفری شبیه^۱ به تعلیق تعقیب می‌باشد، نهاد معامله اتهام است. معامله اتهام^۲، یک نهاد حقوقی سازشی مبتنی بر توافق دو جانبه متهم و دستگاه قضایی است که به‌عنوان شیوه‌ای راهبردی، قراردادی شدن حقوق کیفری را با اعتقاد به لزوم حفظ رسمیت و موجودیت سامانه دادگری جنایی و سعی در تعدیل گرایش سرکوب‌گرانه و یک سویه این نظام در برخورد با متهم در دستور کار خود دارد و در این راستا، اراده متهم در اتخاذ تصمیم در مورد مجازات را قابل توجه می‌داند. هدف این نهاد، فرصت دهی اصلاحی به متهم و دور کردن وی از آثار سوء ناشی از برخی محکومیت‌ها است (موسوی مجاب، مرادی، ۱۳۹۴: ۱). در معامله اتهام، فرد می‌تواند بر سر اتهام خود با دادستان وارد مذاکره شود و تحت شرایطی از اتهام سنگین‌رهایی یافته و به اتهام سبک‌تر محکوم شود. در این نهاد دادستان با توجه به عواملی از جمله یافته‌های جرم‌شناسی از اتهام سنگین چشم‌پوشی می‌کند. هر چند همان‌گونه که مطرح گردید، نهاد مزبور، صرفاً یک امر اختیاری برای متهم محسوب می‌شود؛ زیرا تحت فشار قرار دادن وی توسط مقام قضایی برای هر چه سریع‌تر مختومه شدن پرونده، باعث خدشه دار شدن اصل براءت می‌گردد. به عبارت دیگر، هر چند پیش‌بینی چنین نهادی می‌تواند مزایایی که به آن اشاره گردید در بر داشته باشد، اما برای تحقق صحیح آن، شرایطی باید در قانون پیش‌بینی گردد تا مانع سوء استفاده از آن شود. به همین دلیل، مطابق تبصره ۲ از ماده ۸۱، قرار تعلیق تعقیب ظرف ۱۰ روز پس از ابلاغ، قابل اعتراض در دادگاه صالح شناخته شده است. حال اگر این قرار از دادسرا صادر گردد، مرجع رسیدگی به اعتراض، دادگاه

۱. یعنی معامله اتهام مانند تعلیق تعقیب (ماده ۸۱: دادستان می‌تواند پس از اخذ موافقت متهم)، نیازمند توافق میان مقام قضایی و متهم است.

2. Plea bargaining.

کیفری دو خواهد بود و در فرض صدور این قرار از دادگاه بانوجه به اختیاری که طبق تبصره ۵ از ماده ۸۱ به آن داده شده است، مرجع صالح برای رسیدگی به اعتراض، دادگاه تجدید نظر استان است.

طبق تبصره ۱ از ماده اخیرالذکر، اگر متهم در مدت تعلیق، دستورات دادگاه را رعایت ننموده یا مرتکب یکی از جرایم مندرج در این تبصره شود، قرار تعلیق لغو می‌گردد. در همین زمینه، اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه شماره ۷/۹۴/۲۶۴۹ مورخ ۹۴/۹/۳۰ این گونه اظهار نظر نموده است که اگر علت لغو قرار، عدم اجرای دستورات مقام قضایی باشد، مرجع صادر کننده قرار تعلیق باید عدم اجرای دستورات صادره را احراز و در این صورت، همان مرجع قرار تعلیق را لغو می‌کند و در حالتی که لغو قرار تعلیق به دلیل ارتکاب جرم دوم و منتهی شدن آن به کیفرخواست است، گرچه به لحاظ این که پس از صدور کیفرخواست، لغو این قرار اجتناب ناپذیر است، مرجعی که پس از صدور کیفرخواست برای جرم دوم با رعایت قواعد مربوط به صلاحیت حسب مورد صالح به تعقیب و رسیدگی به جرم اول است، مرجع لغو قرار تعلیق تعقیب آن نیز می‌باشد.

۳.۱.۲. میانجیگری کیفری^۱

قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ بی‌توجه به دست‌آوردهای جرم‌شناسی نبوده و در این راستا با پیش‌بینی قرار ارجاع به میانجیگری یا ارجاع به شورای حل اختلاف در ماده ۸۲ در راستای حذف فرایند رسیدگی و تغییر مسیر متهم از روند قضایی و دادگستری گام برداشته است. اگر برای تعیین قواعد زندگی و مشخص نمودن هنجارهای حقوقی، قانون تنها وسیله است، در یک جامعه مطلوب انسانی برای حل تعارضات و اختلافات و پاسخ‌دهی به نقض هنجارها، اعمال قانون تنها از طریق قضایی یگانه راه به‌شمار نمی‌آید. (حسینی، ۱۳۷۸: ۵). امروزه یکی از جهت‌گیری‌های اصلی و عمده آیین دادرسی کیفری عدالت مصالحه‌ای و سازشی است که رضایت و توافق طرفین دعوا عنصر بنیادین و اصلی این گرایش محسوب می‌شود (کوشکی، ۱۳۸۹: ۳۳۸-۳۳۹). میانجیگری کیفری یکی از روش‌های تأثیر این گفتمان است. در ماده ۱ از قانون آیین دادرسی کیفری از دو اصطلاح میانجیگری و صلح سخن به میان آمده است. در زمینه ارتباط و مشابهت میان این دو اصطلاح در نظریه اداره حقوقی قوه قضاییه به شماره ۵۴۹/۹۴/۷ مورخ ۹۴/۳/۲ آمده است: «میانجیگری و صلح هر دو از شیوه‌های جای‌گزین حل اختلاف می‌باشند که مقنن در ماده ۱ از قانون آیین دادرسی کیفری آن‌ها را در عرض یکدیگر مطرح نموده است؛ زیرا در مواد ۸۲، ۸۳ و ۸۴ این قانون، ساز و

1. Criminal mediation.

کار، شرایط و ضوابط مشخصی برای میانجیگری پیش‌بینی نموده است. صلح و سازش ممکن است نتیجه میانجیگری باشد یا از هر طریق دیگری حاصل شود».

میانجیگری به‌عنوان روشی نظام‌مند برای حل اختلاف تعریف می‌شود که در آن فردی آموزش‌دیده که میانجی (شخص ثالث بی‌طرف) نامیده می‌شود، به حل اختلاف موجود میان اشخاص کمک می‌کند. به این ترتیب که پای صحبت آن‌ها می‌نشیند. گفت‌وگوی آنان را آسان می‌کند و تشویق می‌کند که داوطلبانه راه‌حل مشترک برای اختلاف خود بیابند (دانشنامه، ۱۳۹۳: ۹۰۵). این روش بدیل که توسط طرفداران «الغاء نظام عدالت» کیفری توصیه می‌شود، از پایان دهه ۸۰ میلادی به‌طور قابل توجهی در فرانسه گسترش پیدا کرده است (لازرژ، ۱۳۹۲: ۱۰۷). یکی از روش‌های تحقق آموزه‌های سیاست جنایی مشارکتی^۱ که در قانون آ.د.ک ۱۳۹۲ پیش‌بینی شده است، مشارکت اشخاص حقیقی و حقوقی در میانجیگری و برقراری صلح و سازش بین متهم و بزه‌دیده است.

میانجیگری کیفری از شیوه‌های کنارگذار به‌شمار می‌رود. بدین معنا که قانون‌گذار با نگرشی مصلحت‌نگر و تحت‌تأثیر عدالت ترمیمی، نخست در ماده یک^۲ به میانجیگری کیفری اشاره نموده و در ماده ۸۲^۳ به تفصیل گستره و نحوه اعمال آن را مقرر نموده است. مطابق ماده ۸۲ میانجیگری

۱. سیاست جنایی مشارکتی به معنی تعیین میزان مشارکت مؤثر و فعال جامعه مدنی در سیاست جنایی است. به عبارت دیگر در نظر گرفتن آثار حیاتی ایجاد ابزارها و اهرم‌های تقویتی دیگری به غیر از پلیس یا قوه قضاییه به‌منظور اعتبار بخشیدن به طرح سیاست جنایی است (عظیم‌زاده اردبیلی، حسابی، ۱۳۹۰: ۱۲۱).

۲. ماده ۱ مقرر می‌دارد: «آیین دادرسی کیفری مجموعه مقررات و قواعدی است که برای کشف جرم، تعقیب متهم، تحقیقات مقدماتی، میانجیگری و... وضع می‌شود».

۳. ماده ۸۲ مقرر می‌دارد: «در جرایم تعزیری شش، هفت و هشت که مجازات آن قابل تعلیق است، مقام قضایی می‌تواند به درخواست متهم و موافقت بزه‌دیده یا مدعی خصوصی و با اخذ تأمین متناسب، حداکثر دوماه مهلت به متهم بدهد تا برای تحصیل گذشت یا جبران خسارت ناشی از جرم اقدام کند. هم‌چنین مقام قضایی می‌تواند برای حصول سازش بین طرفین، موضوع را با توافق آنان به شورای حل اختلاف یا شخص یا موسسه‌ای برای میانجیگری ارجاع دهد. مدت میانجیگری بیش از سه ماه نیست. مهلت‌های مذکور در این ماده در صورت اقتضا فقط برای یک‌بار و به میزان مذکور قابل تمدید است. اگر شاکی گذشت کند یا خسارت او جبران شود و موضوع از جرایم قابل گذشت باشد، تعقیب موقوف می‌شود. در سایر موارد، اگر شاکی گذشت کند یا خسارت او جبران شود و یا راجع به پرداخت آن توافق حاصل شود و متهم فاقد پیشینه محکومیت مؤثر کیفری باشد، مقام قضایی می‌تواند پس از اخذ موافقت متهم، تعقیب وی را از شش ماه تا دو سال معلق کند. در این صورت، مقام قضایی متهم را با رعایت تبصره‌های ماده ۸۱ این قانون حسب مورد، مکلف به اجرای برخی دستورها موضوع ماده مذکور می‌کند. هم‌چنین در صورت عدم اجرای تعهدات مورد توافق از سوی متهم بدون عذر موجه، بنا به درخواست شاکی یا مدعی خصوصی قرار تعلیق را لغو و تعقیب را ادامه می‌دهد».

کیفری در جرایم قابل گذشت دارای اثر قطعی نسبت به کنارگذاری تعقیب دعوای کیفری است و در جرایم غیرقابل گذشت با حصول شرایطی مقام قضایی، تعلیق تعقیب را صادر می‌کند. در میانجیگری: «بزه‌دیده^۱ امکان می‌یابد که احساسات، آلام، هیجان‌ها و پرسش‌های خود را به بزه‌کار بازتاب داده و برای وی مطرح کند. متهم نیز فرصت می‌یابد تا به طور مستقیم از آثار زیان‌بار عمل خود، آگاه شود؛ به پرسش‌ها و چراهای بزه‌دیده پاسخ دهد؛ از نیازهای واقعی وی که به دنبال ارتکاب عمل مجرمانه به وجود آمده است مطلع گردیده و در تسکین بزه‌دیده تلاش کند. بزه‌دیده این تلاش و احساس مسؤولیت مجرم را لمس می‌کند» (پرادل، ۱۳۹۳: ۸).

هر چه که میانجیگری کیفری در مراحل اولیه دادرسی کیفری صورت پذیرد نتیجه مطلوب‌تری خواهد داشت؛ زیرا همان‌گونه که برخی نیز معتقدند، این امر مانع از به هدر رفتن امکانات دستگاه قضایی شده و از برجسب خوردن مجرم نیز ممانعت به عمل می‌آورد (جانی پور و قریب، ۱۳۹۶: ۲۵۱). هر چند همان‌گونه که سابقاً در بحث از عدالت ترمیمی به آن اشاره شد، این امر می‌تواند معایبی نیز به همراه داشته باشد. به این معنا که فرضیه بی‌گناهی متهم خدشه دار شده و از یک دادرسی منصفانه بی بهره می‌ماند.

میانجیگری برای کلیه اشخاصی که دارای نفع، سهم یا حقی در جرم ارتكابی هستند مانند بزه‌دیده (شاکي)، بزه‌کار (متهم)، جامعه محلی (خانواده‌ها یا خویشان یا همسایگان یا دوستان یا همکاران یا محله یا شهر) که درگیر در موضوع هستند و به طور کلی محیط جرم ارتكابی و محیط‌های نزدیک به دو طرف جرم که در هر حال به طور مستقیم یا غیرمستقیم از وقوع جرم متأثر و یا دچار اختلال شده‌اند می‌تواند پاسخی ترمیمی، تصالحي و سازشی و در عین حال مسؤولیت‌سنجش برای بزه‌کار داشته باشد (نجفی‌ابرنادادی، ۱۳۸۲: ۱۴۵). برای بزه‌دیده که بر اثر ارتكاب جرم مورد آسیب شدید مادی و معنوی قرار گرفته است، گاه روبه‌رو شدن و صحبت کردن با متهم، مهم‌تر و ارزشمندتر از اجرای مجازات است؛ بنابراین یکی از اهداف میانجیگری، تخلیه عاطفی و روانی بزه‌دیده است و در ادامه، حمایت و هم‌دردی با او است (احمدی، ۱۳۹۳: ۵۱). پیش‌بینی میانجیگری در قانون ۱۳۹۲ بیانگر این واقعیت است که عدالت ترمیمی جایگاه خود را در کنار عدالت سزادهنده پیدا نموده و به نوعی عدالت ترمیمی باعث سازشی شدن آیین دادرسی کیفری در برخی موارد (جرایم کم اهمیت) و نزدیک شدن به دادرسی مدنی و کاهش موارد تعقیب و آثار کمانه‌ای آن شده است.

1. Victim.

۲.۲. حذف قسمتی از فرایند کیفری

کیفرخواست شفاهی^۱ وسیله‌ای است برای رسیدگی خارج از نوبت به پرونده‌هایی که بنا به دلایلی، واکنش سریع جامعه در برابر جرم را ایجاب می‌کند. در این شیوه اصولاً در همان روز ارجاع پرونده به شعبه به اتهام متهم رسیدگی و حکم صادر می‌شود (خالقی، ۱۳۹۵: ج ۲، ۱۳۰). این امر که قسمتی از فرایند دادرسی حذف گردد از چند جهت واجد اهمیت است. تعیین تکلیف سریع وضعیت متهم، جلوگیری از هدر رفتن وقت و تعامل زیاد متهم با نظام عدالت کیفری می‌تواند از آثار مفید حذف قسمتی از فرایند دادرسی باشد. با صدور کیفرخواست شفاهی مرحله سرنوشت‌ساز و مهم تحقیقات مقدماتی حذف می‌شود.

برخی از نهادهای آیین دادرسی کیفری مثل کیفرخواست شفاهی با حذف قسمت مهم تحقیقات مقدماتی این تعامل را کمتر می‌نماید و لذا از آثار نامطلوب این مرحله جلوگیری می‌شود (آثاری از قبیل: جامعه‌پذیری ثانوی و کسب هویت مجرمانه، تنش‌های روحی و روانی برای افراد درگیر در پرونده). کیفرخواست شفاهی برای نخستین بار در بند ب ماده ۵۹ اصول محاکمات جزایی^۲ ۱۲۹۰ پیش‌بینی گردیده بود. در اجرای مقررات این ماده دادسرا می‌توانست کلیه نکات لازم جهت درج در کیفرخواست را به‌طور شفاهی در دادگاه بیان کند تا در صورت جلسه قید شود.

این نوع کیفرخواست در ماده ۸۶^۳ قانون ۱۳۹۲ پیش‌بینی شده است. در این ماده، محدوده جرایمی که می‌توانند به‌صورت کیفرخواست شفاهی صادر شوند، گسترده است. همان‌طور که

1. Oral indictment.

۲. بند ب ماده ۵۹ مقرر می‌داشت: «در امور جنحه اعم از جرایم مشهود و غیر آن، در صورتی که متهم و شاکی حاضر بوده یا فقط متهم حاضر و شاکی در بین نبوده یا گذشت کرده باشد و تحقیقات مقدماتی هم کامل باشد، دادستان با اعزام متهم و هدایت شاکی (در صورت حضور) به دادگاه، دعوای کیفری را بلافاصله شفاهماً در دادگاه مطرح خواهد نمود».

۱. ماده ۸۶ مقرر می‌دارد: «در غیر جرایم موضوع بند «الف»، «ب»، «پ» و «ت» ماده (۳۰۲) این قانون، چنان‌چه متهم و شاکی حاضر باشند یا متهم حاضر و شاکی وجود نداشته یا گذشت کرده باشد و تحقیقات مقدماتی هم کامل باشد، دادستان می‌تواند رأساً یا به درخواست بازپرس با اعزام متهم به دادگاه و در صورت حضور شاکی به همراه او، دعوای کیفری را بلافاصله بدون صدور کیفرخواست به صورت شفاهی مطرح کند. در این مورد، دادگاه بدون تأخیر تشکیل جلسه داده و به متهم تفهیم می‌کند که حق دارد برای تعیین وکیل و تدارک دفاع مهلت بخواهد که در صورت درخواست متهم، حداقل سه روز به او مهلت داده می‌شود. تفهیم این موضوع و پاسخ متهم باید در صورت مجلس دادگاه قید شود. هرگاه متهم از این حق به‌کارگیری نکند، دادگاه در همان جلسه، رسیدگی و رأی صادر می‌کند و اگر ضمن رسیدگی انجام تحقیقاتی را لازم بداند، آن‌ها را انجام و یا دستور تکمیل تحقیقات را به دادستان یا ضابطان دادگستری می‌دهد. اخذ تأمین متناسب از متهم با دادگاه است. شاکی در صورت مطالبه ضرر و زیان می‌تواند حداکثر ظرف پنج

مشاهده می‌شود به جز جرایم موضوع بند «الف»، «ب»، «پ» و «ت» ماده (۳۰۲) که از جرایم مهم محسوب می‌شوند و در صلاحیت دادگاه کیفری یک قرار دارند دادستان می‌تواند بقیه جرایم را به صورت شفاهی مطرح نماید (منظور این است که دعوا را بدون صدور کیفرخواست کتبی مطرح می‌کند نه این که اصولاً کیفرخواستی نباشد) و دادگاه بدون تأخیر تشکیل جلسه می‌دهد و با شرایط مذکور در ماده ۸۶ در همان جلسه، رسیدگی و مبادرت به صدور رأی می‌کند. بدین سان، مشاهده می‌شود در این دادرسی (اختصاری) دادستان می‌تواند بلافاصله متهم را با مدارک به دادگاه فرستاده و دادگاه نیز در همان جلسه رسیدگی و حکم صادر نماید. هر چند اگر تحقیقات از نظر دادگاه کامل نباشد، همان گونه که در نظریه شماره ۷/۹۴/۲۶۵۱ مورخ ۹۴/۹/۳۰ اداره حقوقی قوه قضاییه آمده است، می‌تواند انجام آن را از ضابطان یا مقامات دادرسی بخواهد ولی اخذ تأمین در این حالت با دادگاه بوده و در موارد کیفرخواست شفاهی نیز دادستان یا نماینده وی باید حضور داشته باشند.

وجود چنین ماده‌ای می‌تواند آثار مفیدی که بدان اشاره گردید در پی داشته باشد، اما ابهامی نیز در راستای حقوق متهم قابل مشاهده است. در بخشی از این ماده این گونه مقرر شده است که: «... در این مورد، دادگاه بدون تأخیر تشکیل جلسه داده و به متهم تفهیم می‌کند که حق دارد برای تعیین وکیل و تدارک دفاع مهلت بخواهد که در صورت درخواست متهم، حداقل سه روز به او مهلت داده می‌شود». حال سؤالی که مطرح می‌گردد این است که آیا باتوجه به جمله اخیر الذکر، در موارد طرح دعوای کیفری به صورت شفاهی، مقامات قضایی دادرسی مکلف به تفهیم حق دسترسی به وکیل نیستند یا این که تفهیم حق دسترسی به وکیل که مطابق با این ماده بر عهده دادگاه نهاده شده علاوه بر تکلیف مقام قضایی در دادرسی به این موضوع می‌باشد؟ به نظر می‌رسد با توجه به ماده ۵ از این قانون که در آن آمده است: «متهم باید در اسرع وقت... و از حق دسترسی به وکیل بهره‌مند شود» و یا صراحت مواد ۴۸ و ۵۲ از همین قانون به حق متهم و تکلیف ضابطین در خصوص حق دسترسی به وکیل در مواردی که متهم تحت نظر قرار دارد و در نهایت ماده ۱۹۰ که به حق متهم به در اختیار داشتن وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی و در تبصره این ماده به بی‌اعتباری تحقیقات در صورت عدم تفهیم حق داشتن وکیل اشاره شده است باید به این نظر قائل شد به رغم این که دعوای کیفری ممکن است به صورت شفاهی و خارج از تشریفات در دادگاه مطرح شود اما این امر بدان معنا نخواهد بود که مقامات قضایی دادرسی مکلف به تفهیم حق دسترسی به وکیل به متهم نباشند.

روز دادخواست خود را تقدیم کند و دادگاه هر چند فارغ از امر کیفری باشد به دعوای ضرر و زیان رسیدگی و رأی مقتضی صادر می‌کند».

نتیجه‌گیری

تعامل آیین دادرسی کیفری با سایر رشته‌ها به‌خصوص جرم‌شناسی باعث گردیده کرامت ذاتی افراد اعم از بزه‌دیده و متهم مورد شناسایی جدی قانون‌گذار قرار گیرد. کاهش فرایند کیفری از دست-آورده‌های همین تعامل است. در واقع بر این ادعا می‌توان بود که تأثیر آموزه‌های جرم‌شناسی و تراوش فکری اندیشمندان و تئوریسین‌های این رشته در قوانین به‌ویژه در قانون آ.د.ک ۱۳۹۲ یک امر غیرقابل‌انکار تلقی می‌شود. یکی از نهادهای آیین دادرسی کیفری که از نظریه‌های جرم‌شناسی متأثر شده، نهاد تعقیب است. در این راستا با افزایش اختیارات مقام قضایی در فرایند تعقیب، موجبات پذیرش رویکرد مصلحتی بیش از پیش فراهم شده است. در پرتو رهیافت نوین «کاهش موارد تعقیب کیفری»، مقام قضایی، کنشگر مقتدری است که منفعت جامعه را در تعقیب نمی‌بیند، بلکه گاهی مصلحت جامعه و طرفین پرونده را در عدم تعقیب و بایگانی کردن پرونده ارزیابی می‌کند. به عبارت دیگر، قانون‌گذار با الهام‌گیری از آموزه‌های جرم‌شناسی به‌ویژه نظریه تعامل‌گرایی و به‌طور خاص نهاد قضا‌دایی و مصلحت‌سنجی در جرایم سبک، مقررات مطلوبی را در زمینه کاهش موارد تعقیب در قانون گنجانده است. با پیش‌بینی بایگانی پرونده، تعلیق تعقیب و کیفرخواست شفاهی در این مسیر حرکت نموده و به نوعی از اندیشه‌های گذشته خویش عقب‌نشینی کرده است. یکی دیگر از شیوه‌های کنارگذار، میان‌گیری کیفری است که قانون‌گذار تحت‌تأثیر اندیشه‌های فایده‌گرایی و عدالت ترمیمی پیش‌بینی نموده است. بدین‌سان رویکرد قهرآمیز و یک‌سویه حقوق کیفری با پذیرش راهبرد مذکور دچار گسست شده است. بنابراین می‌توان گفت با اختیاراتی که برای مقام قضایی در مرحله تحقیقات مقدماتی تعریف شده است، جایگاه مداخله‌گرانه و البته انسان‌گرایانه به آن بخشیده شده است که می‌توان از آن به «قضاوتی شدن» نقش دادسرا تعبیر کرد و آن را در راستای «تفرید تصمیم» که در گذشته فقط به دادگاه‌ها تعلق داشت و «تفرید مجازات» نامیده می‌شد تفسیر کرد (آشوری، ۱۳۹۵: ج ۱: ۱۸۶). اما در این میان نهاد معامله اتهام در قانون مزبور پیش‌بینی نشده است. شیوه‌ای که می‌تواند نقش مؤثری در بازگرداندن متهم به جامعه و جلوگیری از پیامدهای منفی محیط کیفری ایفا نماید. هر چند باتوجه به این‌که در مرحله تحقیقات، متهم تحت فشار روحی شدیدی قرار دارد و خواهان خارج شدن هر چه سریعتر از این مرحله است و چه بسا تحت‌تأثیر وعده‌های دادستان قرار گیرد و به همین دلیل، نهاد مزبور را به نوعی می‌توان بر خلاف اصل برائت تلقی نمود و باتوجه به این‌که دادستان نیز به دنبال آنست که هر چه سریع‌تر، پرونده را به سرانجام رساند، لذا در جهت جلوگیری از سوء استفاده از نهاد معامله

اتهام باید مقرراتی حاوی ضبط صوتی و تصویری فرآیند معامله اتهام در قانون پیش‌بینی شود. موضوع دیگری که می‌تواند تأثیر بهره‌مندی از دیدگاه‌های جرم‌شناسی را کاهش دهد اختیاری است که قانون‌گذار در زمینه بایگانی پرونده به مقام قضایی وفق ماده ۸۰ قانون آیین دادرسی کیفری اعطا نموده است. به‌گونه‌ای که سرنوشت برچسب خوردن متهم به‌رغم فقدان پیشینه کیفری مؤثر و گذشت شاکی به نظر مقام قضایی بستگی پیدا کرده است. به همین دلیل در اصلاحات قانون آیین دادرسی کیفری، قانون‌گذار با حذف واژه‌های "می‌تواند" و "ضرورت" مندرج در ماده مزبور، گام موثری در جهت تحقق اهداف پیش‌بینی چنین نهادی بردارد. همچنین پیشنهاد می‌گردد، استفاده از واژه "می‌تواند" در مواد ۸۱ و ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری که از مهم‌ترین عوامل ابتلاء دستگاه قضایی به فساد می‌باشد حذف گردد. برداشتن این واژه افزون بر بستن راه ورود فساد به دستگاه قضایی، در عادلانه ساختن اجرای کاهش موارد تعقیب مؤثر خواهد بود. همچنین دامنه استفاده از نهاد کاهش تعقیب که همانا بایگانی کردن پرونده است به جرایم تعزیری درجه ۶ نیز تسری یابد. قانون‌گذار به صراحت در خصوص تکلیف مقام قضایی در دادسرا راجع به تفهیم حق دسترسی به وکیل نسبت به متهم در مواردی که قصد طرح دعوای کیفری را به‌صورت شفاهی در دادگاه دارد تعیین تکلیف نکرده است. لذا باتوجه به اهمیت حضور وکیل در مراحل مختلف دادرسی، باید نسبت به درج صریح این حق هنگام طرح پرونده به صورت شفاهی، مقررات صریح و شفافی تدوین شود. النهایه باتوجه به کاهش زمان رسیدگی در بحث از کیفرخواست شفاهی و سایر مزایایی که به آن اشاره گردید، بهتر است قانون‌گذار در جرایم سبک تعزیری درجات ۷ و ۸ دادستان را در صورت وجود شرایط مندرج در ماده ۸۶ مکلف به طرح پرونده در دادگاه نماید.

منابع

- آشوری، محمد (۱۳۹۵)، **آیین دادرسی کیفری**، جلد نخست، چاپ نوزدهم، انتشارات سمت.
- آنسل، مارک (۱۳۹۱)، **دفاع اجتماعی**، ترجمه محمدآشوری و علی‌حسین نجفی‌ابرنادآبادی، چاپ چهارم، انتشارات گنج دانش.
- احمدی، لیلی (۱۳۹۳)، «میانجیگری کیفری الگویی برای رفع تعارضات (روشی مؤثر در تحقق عدالت ترمیمی)»، **فصلنامه مددکاری اجتماعی**، دوره ۳، شماره ۱، ص ۵۱ - ۴۴.

- بابایی، محمد علی (۱۳۹۵)، «چالش‌های نظری عدالت ترمیمی و جلوه‌های آن در قانون آیین دادرسی کیفری»، **دائرة المعارف علوم جنایی**، کتاب دوم، زیر نظر علی حسین نجفی ابرند آبادی، چاپ دوم، بنیاد حقوقی میزان، ص ۳۷۲ - ۳۵۸.
- بابایی، محمدعلی و غلامی، میثم (۱۳۹۱)، «مهم‌ترین جلوه‌های کیفرزدایی در قانون جدید مجازات اسلامی»، **پژوهش‌نامه اندیشه‌های حقوقی**، شماره ۳، ص ۷۹ - ۵۹.
- بهروزیه، محمد (۱۳۹۲) **پیش‌گیری از بزه‌دیدگی ثانوی، رهیافت نوین پیش‌گیری از جرم**، معاونت اجتماعی و پیش‌گیری از وقوع جرم قوه قضائیه، جلد دوم، انتشارات روان‌شناسی و هنر. بقال شیروان، محمود (۱۳۸۲)، «وضیعت نهاد تعلیق تعقیب در نظام دادرسی کیفری ایران»، **ماهنامه دادرسی**، شماره ۳۹، ص ۴۶ - ۴۲.
- برادل، ژان (۱۳۹۳)، **تاریخ اندیشه‌های کیفری**، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ هفتم، انتشارات سمت.
- پیکا، ژرژ (۱۳۹۰)، **جرم‌شناسی**، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دوم، انتشارات میزان.
- جاننی پور، مجتبی و قریب، رخساره (۱۳۹۶)، «مطالعه تطبیقی قلمرو و معیارهای اعمال میانجیگری کیفری در حقوق ایران، انگلیس و بلژیک»، **پژوهشنامه حقوق کیفری**، سال هشتم، شماره اول، ص ۲۵۸ - ۲۳۷.
- جوان جعفری، عبدالرضا و نورپور، محسن (۱۳۹۴)، «تعقیب زدایی کیفری؛ بازتابی نوین از الغاگرایی کیفری»، **پژوهشنامه حقوق کیفری**، سال ششم، شماره دوم، ص ۹۸ - ۷۵.
- حسینی، سیدمحمد (۱۳۷۸)، «نقش میانجیگری در فصل دعاوی و پاسخ‌دهی به نقض هنجارها»، **مجله حقوق و علوم سیاسی**، شماره ۴۵، ص ۴۳ - ۳.
- حسینی، سیدمحمد و متولی‌زاده نائینی، نفیسه (۱۳۹۱)، «بررسی نظریه برجسب‌زنی با نگاهی به منابع اسلامی»، **فصلنامه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی**، شماره ۴، ص ۱۳۶ - ۱۱۷.
- خالقی، علی (۱۳۹۵)، **آیین دادرسی کیفری**، جلد ۱ و ۲، چاپ سی‌ام، شهر دانش.
- خزانی، منوچهر (۱۳۷۷)، **سیستم «قانونی بودن و سیستم موقعیت داشتن یا مناسب بودن تعقیب کیفری»**، **فرآیند کیفری: مجموعه مقالات**، چاپ نخست، گنج دانش.
- دانشنامه بزه‌دیده‌شناسی و پیش‌گیری از جرم (۱۳۹۳)**، جلد دوم، ترجمه اساتید حقوق کیفری و جرم‌شناسی سراسر کشور، دکترعلی حسین نجفی ابرندآبادی (زیر نظر)، چاپ نخست، بنیاد حقوقی میزان.

- دلماش مارتی، میری (۱۳۹۵)، **نظام‌های بزرگ سیاست جنایی**، علی حسین نجفی ابرندآبادی (مترجم)، چاپ سوم، بنیاد حقوقی میزان.
- رستمی، هادی و سلیمی، واحد (۱۳۹۴)، «رویکرد فایده‌گرایانه به مجازات در پرتو نظریه بنتام»، **نشریه اندیشه‌های حقوق کیفری**، سال نخست، شماره ۱، ص ۱۵۷ - ۱۳۷.
- رحیمی نژاد، اسمعیل، آقایی، مهدی و قلی‌پور، غلام‌رضا (۱۳۹۴)، «نظریه خنثی‌سازی جرم و ارتباط آن با عدالت ترمیمی»، **پژوهش‌های حقوق کیفری**، سال سوم، شماره یازده، ص ۱۱۲ - ۸۵.
- رالز، جان (۱۳۹۲)، دو مفهوم از قواعد، ترجمه محمدعلی اردبیلی، (مجموعه مقاله‌ها، کتاب نخست)، **تازه‌های علوم جنایی**: زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دوم، بنیاد حقوقی میزان.
- سلیمی، علی و داوری، محمد (۱۳۸۷)، **جامعه‌شناسی کجروی**، کتاب اول، چاپ چهارم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- شاملو، باقر و عبداللهی، افشین (۱۳۹۴)، «دست‌آوردهای مدیریتی جرم‌شناسی در آیین دادرسی کیفری»، **پژوهشنامه حقوق کیفری**، سال ششم، شماره ۲، ص ۱۲۸ - ۹۹.
- شاملو، باقر و محتشمی، ندا (۱۳۹۱)، «مطالعه تطبیقی دو نظریه‌ی تعامل‌گرایی و پنجره‌های شکسته و آثار آن بر سیاست جنایی»، **فصلنامه پژوهش حقوق کیفری**، شماره ۲، ص ۱۵۸ - ۱۲۳.
- شیخ‌الاسلامی، عباس (۱۳۹۰)، «جایگاه یافته‌های جرم‌شناسی در تحولات نظام کیفری ایران»، **علوم جنایی مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری**، چاپ چهارم، انتشارات سمت.
- صادقی، محمدهادی (۱۳۸۴)، «قضازدایی در حقوق جزای اسلام»، **مجله تخصصی الهیات و حقوق**، شماره ۱۵ و ۱۶، ص ۱۷۰ - ۱۵۰.
- علیوردی نیا، اکبر و حسنی، محمدرضا (۱۳۹۳)، «شرم‌سازی بازپذیر کننده به مثابه راهبرد فرهنگی در کنترل جرم»، **فصلنامه راهبرد فرهنگی اجتماعی**، شماره ۱۰، ص ۳۸ - ۷.
- عظیم‌زاده اردبیلی، فائزه و حسابی، ساره (۱۳۹۰)، «سیاست جنایی و تطور مفهومی آن»، **تعالی حقوق**، شماره ۱۵، ص ۱۳۴ - ۱۱۳.

- عباسی، مصطفی (۱۳۸۲)، «عدالت ترمیمی؛ دیدگاه نوین عدالت کیفری»، **مجله پژوهش حقوق و سیاست**، شماره ۹، ص ۱۲۸ - ۸۵.
- غلامی، حسین (۱۳۹۳)، **اصل حداقل بودن جزا**، حسین غلامی با همکاری دیگران، چاپ نخست، بنیاد حقوقی میزان.
- غلامی، حسین (۱۳۹۲)، **عدالت ترمیمی**، چاپ چهارم، انتشارات سمت.
- کوشکی، غلام‌حسین (۱۳۸۹)، «جایگزین‌های تعقیب دعوی عمومی در نظام دادرسی ایران و فرانسه»، **فصلنامه پژوهش حقوق عمومی**، شماره ۲۹، ص ۳۵۰ - ۳۲۸.
- فرانک‌پی، ویلیامز، لین‌دی، ماری، شین، مک (۱۳۸۸)، **نظریه‌های جرم‌شناسی**، ترجمه حمیدرضا ملک‌محمدی، چاپ سوم، انتشارات میزان.
- لازرژ، کریستین (۱۳۹۲)، **درآمدی بر سیاست جنایی**، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ چهارم، بنیاد حقوقی میزان.
- محمودی، جواد (۱۳۸۵)، «فرازدایی و جرم زدایی از منظر قانون اساسی و حقوق اداری»، **مجله تخصصی الهیات و حقوق**، شماره ۱۹، ص ۱۲۲ - ۱۰۵.
- موسوی مجاب، سید درید و مرادی، فرزانه (۱۳۹۴)، «مطالعه تطبیقی نهاد داد ستد اتهام در حقوق کامن‌لا و حقوق نوشته»، **نشریه اندیشه‌های حقوقی**، سال نخست، شماره ۱، ص ۱۷ - ۱.
- محتشمی، ندا و رستمی تبریزی، لمیاء (۱۳۹۲)، «نظریه تعامل‌گرایی و تحلیل انتقادی آن»، **مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز**، دوره پنجم، شماره ۲، ص ۱۰۳ - ۵۹.
- مهر، نسرين (۱۳۷۷)، «درآمدی بر جرم‌زدایی، کیفرزدایی، فضازدایی»، **مجله تحقیقات حقوقی**، شماره ۲۱ و ۲۲، ص ۳۱۱ - ۳۰۱.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین و هاشم‌بیگی، حمید (۱۳۹۳)، **دانشنامه جرم‌شناسی**، چاپ سوم، انتشارات گنج دانش.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۹۱)، **تقریرات جامعه‌شناسی جنایی (جامعه‌شناسی جرم)**، دانشگاه شهید بهشتی.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۸۸)، «رویکرد جرم‌شناختی قانون حقوق شهروندی»، **مجموعه مقالات همایش حقوق شهروندی**، چاپ نخست، نشر گرایش.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۸۲)، «از عدالت کیفری کلاسیک تا عدالت ترمیمی»، **مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی**، سال سوم، شماره ۹ و ۱۰، ص ۳۸ - ۳.



- نیازپور، امیرحسین (۱۳۹۴)، «حقوقی سازی یافته‌های جرم‌شناسانه در کتاب اول قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۲، ص ۲۵۹ - ۲۳۳
- نیازپور، امیرحسین (۱۳۹۳)، «اساسی سازی پیش‌گیری از جرم در ایران»، پژوهش حقوق کیفری، سال دوم، شماره ۶، ص ۹۱ - ۱۱۱.
- نیازپور، امیرحسین (۱۳۹۲)، توافقی شدن آیین دادرسی کیفری، چاپ دوم، بنیاد حقوقی میزان.
- وایت، راب و هینز، فیونا (۱۳۹۲)، درآمدی بر جرم و جرم‌شناسی، ترجمه علی سلیمی، چاپ پنجم، انتشارات پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.



پژوهشنامه حقوق کیفری

سال نهم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۹۷

شماره پیاپی ۱۷



جنبه‌های حقوقی، فلسفی، سیاسی و جامعه‌شناختی مجازات

دکتر سید محمد حسینی^۱ ✉

دکتر امید رستمی غازانی^۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۳/۱۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۳/۳۰

چکیده

مجازات به‌عنوان یکی از ارکان حقوق کیفری دارای ماهیتی پیچیده است و از این‌رو از ابعاد مختلف قابل بررسی است. تاکنون عمده مطالعات راجع به مجازات از دریچه حقوق کیفری بوده است، اما فیلسوفان، سیاست‌دانان و جامعه‌شناسان نیز به‌صورت پراکنده به موضوع مجازات پرداخته‌اند. هر یک از اینان با اسلوب و اهداف خاص خود به مطالعه نهاد مجازات پرداخته و سعی در تبیین ماهیت، خصایص، کارکردها و نیز ارتباط آن با دیگر پدیده‌ها دارند. این نوشتار در صدد است با بهره‌گیری از یافته‌های حقوقی، فلسفی، سیاسی و جامعه‌شناختی به ترسیم چهره‌ای ترکیبی و جامع از نهاد مجازات دست یابد. از منظر نگارندگان مطالعات تک‌بعدی نمی‌تواند گویای تمامی واقعیت‌های راجع به مجازات باشد و از این‌رو لازمه سیاست‌گذاری کیفری توجه به تکثر ابعاد مجازات است. توجه به تمامی ابعاد مجازات علاوه بر ارزش علمی و نظری، از حیث عملی و کاربردی نیز واجد اهمیت است.

واژگان کلیدی: مجازات، جرم، مجرم، حقوق کیفری، ماهیت

✉ smhosseini8338@yahoo.com

۱. دانشیار گروه حقوق جزایی و جرم‌شناسی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)

۲. دانش‌آموخته دوره دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه تهران

مقدمه

«مجازات» همچون دیگر پدیده‌های اجتماعی دارای ماهیتی پیچیده است. هر یک از شاخه‌های علوم اجتماعی با اسلوب‌های تحقیقی و بر اساس مقتضیات و اهداف خاص خود به این نهاد نگریسته و در صدد تبیین آن هستند. تفاوت روش‌های علوم اجتماعی در مطالعه «مجازات»، منتهی به تصویری نامتشابه از مجازات می‌شود. این تفاوت‌ها می‌تواند به دو دلیل عمده رخ دهد؛ نخست آن که ممکن است مقصود از «مجازات» در هر یک از این علوم متفاوت از دیگری باشد و در نتیجه این احتمال وجود دارد که علوم متعدد موضوعات غیر همسان را در قالب عنوانی مشابه مطالعه نموده و در نتیجه تصویری متفاوت از آن ارائه نمایند؛ و دوم آن که، ممکن است موضوع مطالعه در هر یک از این علوم واحد باشد، اما هر یک بُعد خاصی از آن را مورد مطالعه قرار دهد.

از گذشته‌های دور، مجازات توسط اندیشمندان وابسته به علوم مختلف مورد تحلیل و بررسی قرار گرفته است. در این نوشتار در راستای تبیین ابعاد مختلف مجازات، از چهار منظر «حقوقی»، «فلسفی»، «سیاسی» و «جامعه‌شناختی» به آن پرداخته می‌شود. «حقوق دان»، «فلسوف»، «سیاست‌دان» و «جامعه‌شناس» هر یک با چراغی کم‌سو به این موجود پیچیده نزدیک شده و هر یک در کورسوی ضعیف شمع برافروخته خود به آن نظاره می‌کنند و به تعبیر مولوی هر یک «پیل» را در شکلی خاص و متفاوت از دیگری ترسیم می‌کنند. در این میان به جای کارزار با قرائت‌های رقیب از نهاد مجازات و سعی در ابطال آن‌ها، می‌بایست اهتمام در اتخاذ رویکرد ترکیبی برای تبیین آن داشت و نتیجه این هم‌افزایی را در ارائه تصویری واقعی‌تر از گذشته، حال و آینده مجازات، از ظاهر و باطن آن و از هستی و بایستگی آن ملاحظه نمود.

مجازات به‌عنوان یکی از نهادهای حقوقی از گذشته‌های دور همواره یکی از موضوعات مورد توجه حقوق‌دانان در مباحث حقوق کیفری قرار داشته و اعمال آن همواره از منظر فلسفه اخلاق نیازمند توجیه بوده است. این نهاد همواره توسط نهاد عمومی حاکم اعمال شده و در رابطه با دیگر پدیده‌های اجتماعی در معرض تحول بوده است. از این‌رو این مقاله در چهار قسمت مجازات را از منظر چهار دانش، یعنی حقوق، فلسفه، سیاست و جامعه‌شناسی مورد بررسی قرار می‌دهد. موضوعات و چالش‌های مطروحه در هر یک از دانش‌های مزبور در خصوص مجازات، هر یک معرف بخشی از ماهیت مجازات است. با بررسی مجازات از چهار بُعد مورد اشاره، هدف آن است که به اهم ابعاد مجازات اشاره شود، بی‌آنکه ادعا بر این باشد که شناخت مجازات منحصر به دانش‌های مذکور است. در ذیل هر یک از عناوین یاد شده بسته به روش‌های تحقیقی هر یک از دانش‌های مذکور عمده چالش‌ها و مسائل آن‌ها در خصوص موضوع مجازات مورد بررسی قرار می‌گیرد.

اتخاذ رویکرد چندوجهی در مطالعه مجازات رویکردی جدید است که سعی دارد محدودیت‌های مطالعات پیشین را که بیشتر متمرکز بر بُعد حقوقی و بعضاً به نحو پراکنده ناظر به ابعاد فلسفی، اجتماعی و سیاسی است درنوردیده و تصویری واقعی‌تر و جامع‌تر از مجازات ارائه نماید. این تصویر به جهت جامعیت و عمق بیشتر می‌تواند چراغ راهی، برای قانون‌گذار در زمینه تقنین کیفری، برای قضات رسیدگی‌کننده در مرحله تعیین مجازات و برای قضات اجرای حکم در مرحله اجرای مجازات باشد. این نوشتار در صدد آشنایی بین تبیین‌های رقیب در حوزه تبیین مجازات و به-کارگیری مساعی مشترک آن‌ها در جهت هدفی واحد یعنی شناخت بیشتر مجازات است.

۱. مجازات از منظر حقوقی

برخورداری از ضمانت‌اجرای بیرونی یکی از شرایط متمایزکننده هنجارهای حقوقی از دیگر قواعد هنجاری جامعه است. در شاخه‌های مختلف حقوقی این ضمانت‌اجرای بیرونی اشکال مختلف به خود می‌گیرد و در این ضمانت‌اجراها حسب مورد ممکن است رویکرد «ترمیمی» و یا «تنبیهی» غلبه داشته باشد. در قلمرو حقوق کیفری جنبه تنبیهی ضمانت‌اجراها بر جنبه ترمیمی غلبه دارد. «مجازات» و به تعبیر دیگر «مجازات کیفری» مصداق‌اعلای ضمانت‌اجرای تنبیهی حقوقی است. علت افزودن تعبیر قید «کیفری» به «مجازات» آن است که هر چند اصطلاح «مجازات» تا مدت‌ها در قلمرو حقوق کیفری مورد استفاده قرار می‌گرفت؛ لکن با تحولات صورت گرفته در قلمرو سیاست جنایی شاهد به‌کارگیری اصطلاح مجازات در دیگر قلمروهای حقوقی نیز هستیم. می‌بایست بین «ضمانت‌اجراء»^۱ و «مجازات کیفری»^۲ قائل به تفکیک شد. ضمانت‌اجراهای کیفری از همان اوان شکل‌گیری جوامع انسانی ابزاری در راستای کنترل رفتار انسانی و برقراری هنجارمندی در جامعه بوده است. پاسخ‌ها به نقض هنجارهای متفاوت، متنوع و نقض هنجار واحد نیز بعضاً دارای پاسخ‌های متعدد بوده است. جرم چه در جوامع کهن و چه در جوامع مدرن می‌توانسته مجموعه‌ای از پاسخ‌ها را به دنبال داشته باشد که این پاسخ‌ها می‌توانسته رنگ حقوقی و غیر حقوقی داشته باشد. واکنش‌های سرد احساسی، اعلام تنفر، تذکر، انذار، تهدید، جبران خسارت، مجازات و... واکنش‌های محتمل در قبال رفتار مجرمانه بوده و هست. «جایگاه» و «مفهوم» مجازات در قلمرو حقوق کیفری دو موضوع حائز اهمیت در تبیین حقوقی مجازات است.

1. sanction

2. penal punishment

۱.۱. جایگاه مجازات در قلمرو حقوق کیفری

در تبیین ساختار نظام حقوق کیفری بر سه عنوان «جرم»، «مجرم» و «مجازات» تأکید می‌شود. این مثلث ساختار حقوق کیفری را شکل می‌دهد. «جرم» نقض یک قاعده هنجاری توسط «مجرم» است و از این رو او با پاسخی با عنوان «مجازات» روبرو می‌شود. «ضمانت‌اجرای کیفری، جزء لاینفک حقوق کیفری است و یکی از ویژگی‌های آن به شمار می‌رود» (شیکر، ۱۳۸۹: ۱). در میان سه رکن عمده حقوق کیفری، نقش «مجازات» پررنگ‌تر از دو رکن دیگر است. «نشان واقعی تمایز حقوق کیفری آن است که مجرمین محکوم مستحق مجازات رسواگر هستند.» (Clarkson, 1987: 1) نام‌گذاری این شاخه از حقوق با عنوان «حقوق کیفری» نیز می‌تواند مؤید این موضوع باشد. در میان حقوق‌دانان پارسی زبان کاربرد «حقوق کیفری» بر «حقوق جنایی» غلبه دارد. در نوشته‌های فقهی ابواب راجع به حقوق کیفری با عناوین مجازات‌هایی چون «حدود»، «قصاص»، «دیات» و «تعزیرات» عنوان‌گذاری شده و در ذیل هر یک از این عناوین جرایمی مورد بررسی قرار گرفته است. در تقسیم‌بندی عرفی متعارف از جرایم و مجازات‌ها و تقسیم آن‌ها به «جنایت»، «جنحه» و «خلاف» نیز ملاک اصلی مجازات است.

بدون وجود مجازات و اصول و مقررات اجرایی آن، حقوق کیفری معنی ندارد؛ «مجازات برای منع کردن مردم از ارتکاب جرم وضع شده است؛ زیرا نهی از فعل یا امر به آن به تنهایی برای واداشتن مردم به انجام فعل یا ترک آن کفایت نمی‌کند و اگر مجازات نباشد، اوامر و نواهی، اموری بی‌ارزش و نوعی بیهوده‌کاری خواهد بود» (عوده، ۱۳۷۹: ۹۳). «اعمال مجازات خصیصه مهم برای مسئولیت کیفری است.» (Ashworth, 2013: 14) «حقوق کیفری نمی‌گوید زندگی و حیات دیگری مهم است و باید محترم شمرده شود بلکه می‌گوید آدم‌کش را چگونه باید مجازات کرد» (دورکیم، ۱۳۹۲: ۷۳). بنابراین، «اصلی‌ترین ویژگی حقوق جزا، نهاد مجازات است» (فلچر، ۱۳۸۴: ۵۷) و «مجازات ویژگی ضروری حقوق کیفری است.» (Simeste, & Sullivan, 2007: 5)

اهمیت مضاعف مجازات در مقابل دو رکن دیگر به جهت «نشان‌گری» و «شاخص» بودن آن است. مجازات «نماد» و «پرچم» حقوق کیفری است. به جهت بدنامی همیشگی «جرم» و «مجرم»، «مجازات» نشان از اقتدار جامعه و دولتی دارد که با توسل به مجازات زنده بودن خود را یادآوری می‌کند. مجازات «شاخص» است؛ تعیین «مجازات» به‌عنوان ضمانت‌اجراء، دلالت بر «جرم» بودن نقض یک قاعده هنجاری دارد. هر چند در برهه‌هایی برای مجازات رقیب‌هایی پیدا شده است، لیکن این امر مستمر نبوده است. در ماده ۲ قانون مجازات عمومی اصلاحی سال ۱۳۵۲ مقرر شده بود که «هر فعل یا ترک فعل که مطابق قانون قابل مجازات یا مستلزم اقدامات تأمینی یا تربیتی باشد جرم محسوب ... می‌شود. در این قانون اقدام تأمینی و تربیتی به عنوان رقیب مجازات مطرح شد؛ لیکن

این رقابت استمرار نداشت و مجازات این توان را داشت که ضمن حذف عنوان رقیب، آن را در خود حل نموده و یا لااقل اقدامات تامینی و تربیتی را به حاشیه براند. از این رو در قوانین بعدی و از جمله در آخرین اراده قانون‌گذار کیفری در ماده ۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ آمده است: «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است جرم محسوب می‌شود.» بنابراین تنها مجازات ملاک تشخیص جرم است. هر چند در مواد دیگر این قانون مانند مواد ۱۰، ۸۸ (به تلویح) و ۹۳ به نحو پراکنده به اقدامات تأمینی و تربیتی اشاره شده است، لیکن این اقدامات از چنان جایگاهی برخوردار نیست که قدرت هم‌آوردی با مجازات جهت تعیین مرز رفتارهای ممنوعه و غیر ممنوعه را داشته باشد و صرفاً ضمانت‌اجرائی برای اعمال در قلمرو تعیین شده به کمک مجازات می‌باشند.

۲.۱. قلمرو مفهومی مجازات در حقوق کیفری

آن‌گونه که بیان شد مجازات از ارکان سازنده حقوق کیفری است و از این رو تبیین قلمرو مفهومی آن از منظر حقوق‌دانان واجد اهمیت است. در تعریفی مختصر از مجازات تعبیر به «واکنش رسمی در برابر جرم» می‌شود. عناصر مفهومی متعددی در این تعریف مختصر نهفته است: مجازات «واکنش» است و نه «کنش» و بنابراین ابتدائاً و بدون ارتکاب جرم قابلیت اعمال ندارد؛ مجازات نهاد «رسمی» و است نه «غیر رسمی»؛ مجازات در مقابل «جرم» است و بدون آن معنا پیدا نمی‌کند و نمی‌توان در مقابل نقض هنجارهای خفیف از مجازات بهره برد.

در تعریفی دیگر مجازات به‌عنوان واکنش سرکوب‌گرانه‌ای است که دولت در برابر ارتکاب جرم از خود نشان می‌دهد. در این تعریف عناصر سه‌گانه فوق‌الذکر با اندکی تغییر تکرار شده است؛ اما عنصر دیگری به آن افزوده شده است. مجازات «واکنش سرکوب‌گرانه» و به تعبیر دیگر «تنبیهی» است. مجازات تنبیه و کیفری است که بر مرتکب جرم تحمیل می‌شود. در اعمال مجازات به گذشته نظر می‌شود و به تعبیر دیگر در مجازات رگه‌هایی از «انتقام» نهفته است. مجرم به سبب ارتکاب جرم مجازات می‌شود و این مجازات آمیخته با درد است.

«اگر حقوق خصوصی نشان‌گر وضعیت بسیار متداول چارچوب حقوقی است، به همین نحو حقوق کیفری قلمروی است که رابطه حقوقی به حداکثر شدت خود می‌رسد.» (B. Maggs, 110: 1980) مجازات، حتی نوع متحول شده آن هنوز شکل سرکوبگر واکنش اجتماعی محسوب می‌شود. (بولک، ۱۳۸۷: ۶۱) اصولاً نمی‌توان مجازاتی را در نظر گرفت که با ناراحتی و رنجش بزهدار همراه نباشد. تنها میزان آن در مجازات‌های مختلف متفاوت است. حتی تحولات صورت گرفته در کیفیت و کمیت مجازات‌ها نیز نتوانسته این ویژگی ذاتی مجازات‌ها را تغییر دهد. «کیفر

ماهیتا دارای خصیصه تریهیبی است. محکوم علیه مجازات را به عنوان یک امر دردآور، یک رنج یا اقلا یک محرومیت، یک مزاحمت محسوس که به لحاظ رفتار نامناسب او به وی تحمیل شده است، تلقی و احساس می کند. به این ترتیب، جایگزین های مجازات زندان (مانند ضبط اموال، تعلیق گواهینامه رانندگی یا انجام خدمات عمومی) [نیز] دارای این ویژگی هستند. «همان: ۳۰» با وجود تحولاتی که در حقوق کیفری کشورهای مختلف صورت گرفته و تحول مجازات ها ابتدا از مجازات های بدنی به مجازات های مبتنی بر تحدید آزادی و سپس به مجازات های مبتنی بر تحدید حقوق، خصیصه زجر و درد جزو عناصر مجازات تلقی می شود. «مجازات... شیوه ای است که مستلزم ورود حساب شده درد یا رنج شدید به دیگری است». (شیکر، دیوید، ۱۳۸۹: ۱۱ و ۱۲) بر همین اساس است که برخی از حقوق دانان در تعریف مجازات بر عنصر «آزار» که تعبیر دیگری از «درد» است تاکید نموده اند.

اگر درجه رنج مجازات اندک باشد، صدق مجازات بر آن اقدام جای تردید دارد. «اگر معصیت کوچک باشد تعزیر آن هم کم خواهد بود، و البته تعزیر کم اثری ندارد، و صدق تعزیر نمی کند...». (مکارم شیرازی، ۱۳۸۳: ۳۴) عنصر رنج در کارکرد مجازات نقش اساسی دارد و از این روست که «تعزیر مصادیق و اشکال مختلفی دارد، ولی نباید آن قدر خفیف و سبک باشد، که اثر مطلوب حاصل نگردد». (همان: ۸۶) پیش بینی مواردی چون «وعظ»، «توبیخ» و «تهدید» در مواد ۴۳ و ۵۴ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ به عنوان تعزیر موجب نقد قانون گذار شده و سخن از رسوخ ضمانت اجرای اخلاقی در قلمرو حقوق کیفری را پیش آورده بود. «بخشی از محرمات با مراتب غیر کیفری انکار از قبیل نهی، توبیخ، تذکر و وعظ پاسخ داده می شوند که هر چند در فرهنگ فقه جزایی «تعزیر» نامیده شده اند اما از مصادیق عقوبت و جزا (کیفر) به شمار نمی آیند.» (حسینی، ۱۳۸۳: ۱۳۶ و ۱۳۷) البته رنج یک مفهوم نسبی است و نمی بایست مقدار آن به نحوی باشد که با اهداف و کارکردهای آن در تعارض باشد. از همین جا می توان به ایراد نظریه ایرینگ پی برد. ایرینگ می گوید: «تاریخ مجازات بیان کننده الغاء مداوم آنست.» (مظلومان، ۱۳۵۲: ۳۶) در واقع مجازات ملغی نمی شود بلکه خود را در قالب «رنج آور» دیگری نشان می دهد.

تحولات رخ داده در اندیشه های حقوق کیفری در سده های اخیر سبب شکل گیری مفاهیم رقیب برای مجازات شد و این امر زمینه ای را فراهم نمود که جایگاه مجازات در حقوق کیفری به چالش کشیده شود. «اقدامات تامینی و تربیتی» و «تدابیر ترمیمی» دو مفهوم رقیب برای مجازات هستند که بررسی تفصیلی این مفاهیم و ارتباط آنها با مجازات به مجال دیگر واگذار می شود. در این نوشتار به این بسنده می شود که این مفاهیم هر چند بعضا به عنوان بدیل و یا مکمل مجازات ها مورد استفاده قرار گرفته اند، لیکن در مقایسه با مجازات ها نقش فرعی ایفاء نموده اند.

۲. مجازات از منظر فلسفی

رویکرد دیگر جهت مذاقه در مفهوم مجازات رویکرد فلسفی است. «فلسفه مجازات»^۱ شاخه‌ای از فلسفه اخلاق است که هر چند از دوران کهن مباحث آن آغاز شده است لیکن در طی دوره روشنگری در اروپا رواج یافته و از رنسانس اروپا تاثیر پذیرفته است. این رویکرد از سوی دو دسته از اشخاص اتخاذ شد. نخست فیلسوفانی که به مقوله فلسفه اخلاق نیز توجه داشته‌اند و دوم از سوی حقوق‌دانانی که در آثار خود از تحلیل‌های فلسفی بهره می‌بردند. در نگاه فلسفی به مجازات دو موضوع تبیین چستی مجازات و توجیه اخلاقی مجازات حائز اهمیت است. رویکرد فلسفی به دنبال آن است که فارغ از توصیفات حقوقی ضمانت‌اجراها توسط قانون‌گذار، معیارهایی را برای تبیین ماهیت مجازات کیفری ارائه دهد و به این سوال پاسخ دهد که آیا مجازات امری «حسن» و یا «قبیح» است؟ شیوه استدلالی رویکرد فلسفی بر تحلیل نظری تاکید دارد و از یافته‌های مطالعات تجربی صرفا در راستای تقویت تحلیل‌های نظری بهره می‌برد.

۱.۲. قلمرو مفهومی مجازات از منظر فلسفی

«مجازات» در مفهوم فلسفی آن قلمرو مفهومی گسترده‌ای داشته و علاوه بر مجازات‌های کیفری و غیرکیفری حقوقی، شامل دیگر ضمانت‌اجراها نیز می‌شود. در رویکرد دینی مجازات‌ها به سه نوع «قراردادی»، «طبیعی» و «اخروی» تقسیم می‌شود (مطهری، ۱۳۸۹: ۲۰۱). تقسیم‌بندی مجازات‌ها بدون لحاظ مجازات‌های اخروی را می‌توان در اندیشه‌های کانت و در تمییز «مجازات حقوقی» از «مجازات طبیعی» ملاحظه نمود. دورکیم نیز همین تمییز را با تفکیک ضمانت‌اجراهای «تحلیلی» و «ترکیبی» بیان می‌دارد (دورکیم، ۱۳۶۰: ۵۸؛ بریث‌ناچ، ۱۳۸۷: ۵۶ و ۵۷). اگر یک قاعده بهداشتی نقض شود، نتیجه این عمل بروز بیماری است و با تحلیل این عمل می‌توان پیامد آن را دریافت؛ اما زمانی که (مثلا) قاعده ممنوعیت قتل نقض می‌شود، برقراری رابطه بین نقض قاعده و مجازات نیاز به یک واسطه دارد و از نظر تحلیلی ممکن نیست بتوان در فعل قاتل، تصور وجود سرزنش را کشف کرد و در این موارد رابطه بین عمل و پیامد ترکیبی است و به تعبیر دیگر امکان ارتباط بین جرم و مجازات نیازمند بهره‌گیری و ترکیب عناصر دیگر است. بحث در خصوص «مجازات‌های اخروی» و «مجازات‌های طبیعی» خروج موضوعی از بحث حاضر دارد و در ادامه به مجازات‌های قراردادی پرداخته می‌شود.

مجازات کیفری داخل در مجازات‌های ترکیبی است، اما مجازات کیفری اخص از مجازات ترکیبی است و نیاز به شناخت فصل تمیز آن از دیگر ضمانت‌اجراهای ترکیبی و یا قراردادی است.

1. the philosophy of punishment

ساماها در راستای تمییز مجازات کیفری ۴ معیار را ارائه می‌دهد که با جمع آنها مجازات کیفری بدست می‌آید. «برای اینکه ضمانت‌اجراء واجد وصف مجازات کیفری باشد می‌بایست: ۱- متضمن رنج یا پیامدهای ناگوار دیگر باشد؛ ۲- مجازات به موجب قانونی که رفتار مجرمانه را بیان می‌دارد تجویز شود؛ ۳- بصورت عمدی اعمال شود؛ ۴- اعمال آن از طریق دولت باشد.» (Samaha, 2009: 22) مشابه معیارهای فوق‌الذکر، معیارهای پنج‌گانه‌ای نیز توسط هارت بیان شده است. از منظر هارت برای اینکه مفهوم مجازات شکل بگیرد نیاز به تجمیع این شرایط است: «۱- مجازات می‌بایست متضمن درد یا پیامدهای ناخوشایند از نوع دیگر باشد. ۲- مجازات می‌بایست در قبال تخلف از قواعد حقوقی باشد. ۳- مجازات می‌بایست نسبت به یک مجرم واقعی یا فرضی در قبال جرم ارتكابی او باشد. ۴- مجازات می‌بایست عمداً از سوی افرادی غیر از خود مجرم اجراء شود. ۵- مجازات می‌بایست توسط مرجع صلاحیت‌دار ایجاد شده توسط یک نظام حقوقی که جرم علیه آن ارتكاب یافته تحمیل و اجراء شود» (Hart, 2008: 4 & 5).

با بهره‌گیری از معیارهای فوق‌الذکر نتایج ذیل به‌دست می‌آید: اولاً - مجازات از طریق نهاد «دولت» اعمال می‌شود و بنابراین مجازات توسط اشخاص غیر رسمی در قالب مفاهیمی چون انتقام فردی یا اجتماعی خروج موضوعی از بحث حاضر دارد. این امر بیان‌گر ماهیت سیاسی مجازات نیز است و البته بسته به سطح توسعه جوامع نوع نهاد سیاسی اعمال‌گر مجازات می‌تواند متفاوت باشد؛ آن‌گونه که تاریخ تحولات حقوق کیفری گویای این امر است. با این حال همواره رابطه‌ای طولی بین مجری مجازات و شخص مورد مجازات وجود داشته است و به تعبیر دیگر احقّ عمال مجازات منوط به تفوق مجری آن بر شخص مورد مجازات است و دولت به عنوان اراده مستخرج از جامعه می‌تواند این حق را اعمال نماید. ثانیاً - مجازات «واکنشی» در مقابل یک «کنش» (جرم) است و بنابراین بصورت ابتدایی و به نحو پیشگیرانه قابل اعمال نیست. مجازات بر شخص مجرم واقعی یا فرضی اعمال می‌شود و به تعبیر دیگر مجازات بدون مجرم (هر چند فرضی) قابل تصور نیست. ثالثاً - مجازات متضمن «رنج» است که بر «مجرم» اعمال می‌شود و به تعبیر دیگر رویکرد «تنبیهی» دارد. البته لزوماً این رنج در شکل رنج جسمی نمود پیدا نمی‌کند، بلکه آنچه که اهمیت دارد، ایجاد ناخوشایندی در مجرم است و از این‌رو می‌تواند در قالب سلب حق آزادی، حق مالکیت، حق فعالیت اقتصادی و ... نیز خود را نشان دهد. با این اوصاف مجازات کیفری از مجازات‌های عملی برای نقض قواعد حقوقی توسط غیر ماموران رسمی، مجازات‌های عملی توسط مقامات رسمی برای نقض قواعد غیر حقوقی (مشمول بر قواعد اخلاقی و عرفی) و مجازات‌های اداری و یا مدنی عملی توسط ماموران رسمی تمییز داده می‌شود.

۲.۲. ماهیت اخلاقی مجازات

از منظر رویکرد فلسفی «مجازات به عنوان معمای اخلاقی ترسیم می‌شود که از طریق شهود اخلاقی و فلسفی قابل حل است.» (Garland, 1991: 116) بحث در باب ماهیت اخلاقی مجازات سابقه‌ای دیرینه دارد. سوال اساسی این است که آیا مجازات «حسن» یا «قبیح» است؟ در تحلیل ماهیت اخلاقی «جرم» رویکرد غالب بر «قبیح» بودن آن استوار است. جرم به جهت تعدی به حقوق دیگران امری مذموم شناخته می‌شود؛ لیکن آیا مجازات نیز تعدی به حقوق دیگری (مجرم) نیست؟ به جهت اخلاقی آیا فرقی بین قتل و اعدام، سرقت و جزای نقدی، تعدی به آزادی دیگران و حبس وجود دارد؟ مگر نه این که مجازات مستلزم وارد کردن «رنج» به دیگری است، آیا این ایذاء می‌تواند رنگ اخلاقی به خود بگیرد؟ در تبیین ماهیت اخلاقی مجازات فلاسفه بر دو گروه عمده تقسیم می‌شوند؛ گروه نخست مجازات را «مقتضانا» واجد وصف «حسن» تلقی می‌کنند و گروه دوم اتصاف مجازات به وصف «حسن» را «مشروط» می‌دانند. تفاوت این دو رویکرد در جابجایی «اصل» و «استثناء» است.

۱.۲.۲. رویکرد اقتضاء (سزاگرایی)

مهم‌ترین طرفدار رویکرد اقتضائی در تبیین اخلاقی مجازات ایمانوئل کانت فیلسوف آلمانی و طرفدار نظریه «عدالت مطلق» است. کانت در کتاب نقد عقل عملی خود چنین بیان می‌دارد: وقتی کسی از آزار و رنجاندن مردمان صلح‌جو لذت می‌برد، سرانجام یک تنبیه دریافت می‌کند، البته آسیبی به او وارد می‌شود، اما همگان این کار را تایید می‌کنند و آن را فی‌نفسه خیر تلقی می‌کنند. حتی اگر هیچ نتیجه دیگری از این کار حاصل نشود (ریچلز، ۱۳۸۷: ۱۹۸). مجازات قانونی نمی‌تواند به منظور رسیدن به یک نفع (اعم از نفع بزه‌کار، بزه‌دیده و یا جامعه) تحمیل گردد. مجازات «تنها به این لحاظ باید نسبت به بزه‌کار اجرا گردد که وی مرتکب تقصیر شده است» (پرادل، ۱۳۸۸: ۶۲). کانت توجیه اخلاقی اجرای مجازات را در گذشته جست‌وجو می‌کند؛ در جرمی که به وقوع پیوسته است. در این رویکرد نفس اجرای مجازات اخلاقی است. در نظرگاه او مجازات کردن شر نیست، چرا که در غیر این صورت به بدی اجازه بقا داده شده است. البته کانت تا جایی پیش می‌رود که حتی عدم اجرای مجازات را نقض قاعده اخلاقی می‌داند. تمثیل جزیره متروک کانت دلالت بر این معنا دارد. این تمثیل به تکلیف مردمان جامعه‌ای در حال فروپاشی در اجرای مجازات یک بزه‌کار اشاره دارد. تکلیف جامعه آن است که پیش از فروپاشی مجازات اجرا شود. از منظر کانت مجازات خیر است و نمی‌بایست وسیله‌ای در راستای تحقق یک خیر دیگر، خواه در ارتباط با مجرم، بزه‌دیده و یا جامعه مدنی باشد، بلکه در تمامی موارد مجازات صرفاً بدان دلیل بر مجرم

اعمال می‌شود که وی مرتکب جرم شده است. اعمال مجازات بر مجرم از لوازم احترام به شخصیت انسانی مجرم است؛ چرا که مجازات گستراندن رفتاری است که مجرم با ارتکاب جرم در صدد آن بوده است.

۲.۲.۲. رویکرد مشروط (فایده‌گرایی)

در مقابل رویکرد کانتی، رویکردهای فایده‌گرا حُسن مجازات را در دستیابی به مقصودی دیگر تحلیل می‌کنند. در واقع از این منظر مجازات خود مقصد نیست، بلکه مسیری برای دستیابی به مقصد است و مسیر تا جایی ارزش دارد که منتهی به مقصد شود. این رویکرد برخلاف رویکرد کانتی تصویری دو گانه از مجازات ارائه می‌دهد. قانون جزا «هم‌زمان زیباست چون به عدالت جامعه عمل می‌پوشاند، زشت است چون به تحمیل درد و رنج مبادرت می‌کند» (پرادل، ۱۳۸۸: ۲۶).

جرمی بنام مشهورترین طرفدار این رویکرد است؛ نظریه‌پرداز فایده‌گرایی که از منظر او «هر گونه جزایی منبع شر است؛ هر گونه جزایی فی نفسه بد است» (ریچلز، ۱۳۸۷: ۱۹۸). مجازات همواره مستلزم تحمیل رنج به افراد است و رنج شر است و مجازات مجرم افزودن شری (مجازات) به شر (جرم) دیگر است. در این رویکرد اعمال حُسن آنهایی هستند که در جهت افزایش سرجمع یا مقدار کل لذت است، حال آن‌که اعمال ناشایست آنهایی هستند که در جهت کاهش آنند، و ما باید آنچه را شایسته است انجام دهیم و نه آنچه را ناشایست است و اگر در راستای دستیابی به ضرورتی اعمال مجازات ضرورت پیدا کند، اعمال آن باید حداقلی باشد. «قانونگذار نباید برای شکستن قانون، مجازات کیفری‌ای وضع کند که از حد لازم برای ایجاد تاثیر مطلوب فراتر باشد» (کاپلستون، ۱۳۸۸: ۳۰).

در پاره‌ای از نوشته‌های نویسندگان مسلمان نیز این رویکرد دیده می‌شود. «اگرچه مجازات‌ها برای مصلحت عمومی وضع شده، ولی خود مصلحتی در بر ندارد، بلکه نوعی مفسده است؛ اما چون مجازات‌ها به مصلحت حقیقی جامعه و حفاظت از این مصلحت منجر می‌شود، شریعت آن را مقرر داشته است» (عوده، ۱۳۷۹: ۹۳). «ماهیت و ذات جزاء مانند جرم، امری ناخوشایند است، ولی وجود مصلحتی برای عامه مردم و یا دفع مضرتی از ایشان، آن را مجاز و مشروع و یا ضروری می‌سازد و اگر این سبب غرضی در جزاء نبود، جزاء کلاً نامطلوب می‌نمود، چه در هر حال مرتکب آن، مانند مجرم به عملی ناخوشایند دست می‌زند، و در پاره‌ای از موارد مانند قصاص باز همان جرم را عیناً تکرار می‌نماید» (فیض، ۱۳۹۲: ۱۲۳۰). آیه قرآنی «وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا» (آیه ۴۰ سوره شوری)، مهم‌ترین دلیل در اتخاذ رویکرد مشروط است. قرآن در این آیه، واژه «سینه» را بار دوم به معنای «عقوبت و مجازات» به کار برده است، گویی خداوند مجازات را نیز فی حد ذاته عملی

ناخوشایند و مذموم و در عرض جرم معرفی نموده است؛ هر چند که اعمال آن مشروع می‌باشد (فیض، ۱۳۸۳: ۵۲). ابن عربی در تفسیر آیه فوق مسئله‌ای را مطرح می‌کند که برای فهم نهاد مجازات در اسلام از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. پرسش او این است که چرا در این آیه لفظ «سَيِّئَةٌ» دو بار تکرار شده است و می‌دانیم که بی‌تردید «سَيِّئَةٌ» نخست به معنای جرم و «سَيِّئَةٌ» دوم به معنای مجازات است؟ پاسخ ابن عربی به این پرسش که در مقام برتری بخشش از مجرم آمده، چنین است: «عفو از مجرم از مواخذه او بر جرم برتر است، چه اخذ و عقوبت، جزا است و جزا بر شرّ برتری ندارد، مگر آنکه در دنیا، از آن زیانی از عامه مردم دفع و یا سودی و صلاحی به مردم بازگردد» (فیض، ۱۳۹۲: ۱۲۳۱). البته برداشت دیگر و دقیق‌تری که می‌توان از مجموعه احکام جزایی در شرع اسلام داشت این است که با توجه به تنوع مجازات‌های قصاص، دیه، حد و تعزیر، مجازات‌ها در فقه جزایی دارای ماهیت دوگانه سزاگرا و فایده‌گرا دانسته شوند (ر.ک: حسینی، ۱۳۸۸).

رویکرد مشروط به حسن اخلاقی مجازات سبب اتخاذ سیاست‌های خاص در اجرای مجازات می‌شود. این رویکرد رابطه شبه علت و معلولی بین «جرم» و «مجازات» را نفی می‌کند و بنابراین دو قاعده اصلی ایجاد می‌شود. نخست آنکه، در صورتی امکان اجرای مجازات وجود دارد که جرمی به وقوع پیوسته باشد و دوم آنکه در صورت حادث شدن «جرم» لزوماً «مجازات» به دنبال نخواهد بود و بنابراین قاعده قصاص و تلافی در مجازات ضروری نیست. مجازات هر چند می‌تواند حیات‌بخش باشد (وَ لَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ يَتَّقُونَ) (آیه ۱۷۹ سوره بقره)^۱، اما عفو بر اجرای آن ترجیح دارد. (... فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أُخِيهِ شَيْءٌ فَاَتْبَاعُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ...) (آیه ۱۷۸ سوره بقره) اتخاذ رویکرد مشروط، توجیه اخلاقی مجازات را منوط به شروطی می‌داند و آن غلبه «منفعت» مجازات بر «ضرر» است و بنابراین بسته به جرم ارتكابی، شرایط مجرم، نوع، کیفیت و کمیت مجازات مورد نظر برای اجراء، شرایط جامعه و... اجرای مجازات می‌تواند توجیه اخلاقی داشته و یا نداشته باشد. نتیجه آنکه با تغییر در هر یک از متغیرهای فوق ممکن است توازن بین «ضرر» و «منفعت» مجازات دگرگون شده و در نتیجه حکم «حسن» و «قبح» آن نیز دگرگون شود. نتیجه این امر نوعی نسبیت‌گرایی در تعیین ارزش اخلاقی مجازات بر حسب «شرایط اجتماعی» مختلف است. از منظر این رویکرد، در فقدان مصلحت و یا دفع مفسده‌ای، می‌توان اجرای مجازات را بصورت کامل یا ناقص ترک نموده و یا به تاخیر انداخت.

۱. البته با توجه به اینکه مجازات مستلزم «رنج» است، استنباط «حیات» از «قصاص» مبتنی بر مقدماتی است. «فان القصاص ردع عن القتل، و فی الردع ارتفاع عنه، و فی الارتفاع عنه عدم القتل، و عدم القتل حیاة، ینتج: القصاص حیاة.» (جمال‌الدین المقداد بن عبدالله، ۱۳۷۳: ۳۵۷)

۳. مجازات از منظر سیاسی

یکی از ویژگی‌های «مجازات کیفری» که در قسمت‌های پیشین به آن اشاره شد، آن است که اعمال آن می‌بایست «از سوی شخصی غیر از مجرم باشد» اما منظور از شخص «غیر از مجرم» که صلاحیت اعمال مجازات را دارد کیست؟ یکی از مسلمات حقوق مدرن آن است که صلاحیت اعمال مجازات در کلیه جوامع متعلق به دولت است. مجازات حقی است که دولت‌ها طی قرون متمادی به خود انحصار داده‌اند. در جوامع نخستین که متکی بر ساختار خانوادگی و قومی بود، رییس خانواده و قبیله از حق اعمال مجازات برخوردار بود، لیکن با در هم آمیختن خانواده و اقوام در درون ساختار بزرگ‌تر و پیچیده‌تر به نام «دولت - کشور» به تدریج قدرت «پادشاه» بر قدرت «رییس خانواده» و «رییس قبیله» چیره شد و در نتیجه دولت اختیار اعمال آن را پیدا نمود و این موضوع تا جایی ادامه یافت که به تدریج دولت اختیار انحصاری در این زمینه پیدا نمود و از این‌رو مجازات به عنوان متغیری وابسته برای حکومت محسوب می‌شود که تحت تأثیر تحولات آن دچار دگرگونی می‌شود.

۱.۳. اعمال مجازات خصیصه انحصاری دولت

در این‌که مجازات بُعد سیاسی دارد جای تردید وجود ندارد. تعبیر گوناگونی در راستای تأیید این موضوع وجود دارد. «دولت حق انحصاری و یک وظیفه برای مجازات مجرمین به جهت تخلفات آن‌ها دارد.» (Tadros, 2011: 311) «اعمال قدرت پادشاهی در تنبیه جرم‌ها بدون شک یکی از اساسی‌ترین بخش‌های اجرای عدالت است» (فوکو، ۱۳۹۱: ۶۳). «از آنجایی که مقامات رسمی قوانین و مجازات مجرمین را طراحی می‌کنند، بسیاری از جامعه‌شناسان حبس را شدیداً سیاسی تلقی می‌کنند.» (Jacobs & Helms, Toward, 2001: 171) البته این بیان منحصرراً خصیصه مجازات حبس نبوده و در خصوص سایر مجازات‌ها نیز صدق می‌کند. وکوانت^۱ زندان را صرفاً نه به عنوان ابزار نظام عدالت کیفری برای مجازات متخلفین، بلکه به عنوان «هسته نهاد سیاسی»^۲ توصیف می‌کند. (Laurie A. & Pate, 2011: 443) مجازات یکی از ابزارهای اعمال هنر قدرت توسط دولت است. تعریف هابز از مجازات متضمن وجود رگه‌های قوی سیاسی در آن است. «مجازات عمل ناخوشایند و زجرآور است که مقامات عمومی بر کسی اعمال می‌کنند که مرتکب فعل یا ترک فعلی شده باشد که به حکم همان مقامات نقض قانون به شمار می‌روند؛ و هدف از مجازات آن است که اراده آدمیان به شیوه بهتری معطوف و متمایل به اطاعت و فرمانبرداری گردد.» (هابز، ۱۳۸۷: ۲۸۴ و ۲۸۵) او به دنبال ارائه تعریف فوق، با ارائه توضیحاتی درصدد تبیین

1. Wacquant

2. core political institution

بیشتر نهاد مجازات و تفکیک آن از نهادهای دیگر است. او در طی یازده بند در صدد ارائه الگویی برای شناسایی مجازات است. از موارد مورد تاکید او آن است که مجازات ریشه در اقتدار عمومی دارد. مجازات به جهت نقض مقررات حکومتی، توسط حکومت بر شخص مجرم و در راستای قوام حاکمیت اعمال می‌شود. از این رو اعمال زجرهایی که ریشه در مقررات حکومتی نداشته و یا خودسرانه توسط اشخاص غیر رسمی اعمال شده و یا با انگیزه‌های کینه‌توزانه و بدون لحاظ مصلحت قوه حاکم به اجراء در آید، خارج از مفهوم مجازات قرار دارد.

مجازات در چند مرحله تبلور حاکمیت است. نخست، در مرحله «کیفرگذاری» است. تنها دولت است که می‌تواند رفتارهای مجرمانه را تعیین نماید. «تنها بر پایه قوانینی می‌توان کیفرهای متناسب با جرایم را تعیین کرد و این اختیار خاص، تنها به قانونگذار که نماینده جامعه‌ای است که بر اساس یک قرارداد اجتماعی تشکیل یافته است تعلق دارد» (بکاریا، ۱۳۸۵: ۳۴). هر چند برداشت متعارف از این اصل حاوی این پیام است که دولت تنها به موجب قانون می‌تواند برای اعمال ممنوعه مجازات مقرر نماید و این اصل تحدیدی برای حاکمیت دولتی و تضمینی برای حقوق شهروندان تلقی می‌شود؛ اما حاوی پیام مهم دیگری نیز هست و آن اینکه «تنها به موجب قانون می‌توان مجازات مقرر نمود»؛ قانونی که توسط دولت (قوه حاکمه) وضع می‌شود.

دوم، در مرحله «تعیین مجازات» نیز بُعد دیگری از وابستگی مجازات به حاکمیت نمایش داده می‌شود. «اصل قضایی بودن مجازات» موجد نقش حاکمیت در «تعیین کیفی و کمی مجازات» توسط حاکمیت است. این اصل در دو معنا بکار برده می‌شود: نخست، مداخله مقام صلاحیت‌دار همراه با اختیارات متناسب برای تعیین میزان مجازات‌ها در راستای اصل فردی کردن کیفر و دوم اینکه تنها مقام صلاحیت‌دار قضایی است که می‌تواند به مجازات و اجرای آن حکم نماید (نوبهار، ۱۳۸۹: ۱۷ و ۱۹). در هر دو معنا، اصل مذکور بیانگر ارتباط مجازات با حاکمیت است. نباید از این نکته غفلت نمود که قضا مصداقی از اعمال حاکمیت می‌باشد. قضا و مجازات هر دو از تکنیک‌های حاکمیت در جهت تنظیم امور جامعه هستند.

سوم، وابستگی مجازات به حاکمیت خود را در مرحله «اجرای مجازات» (کیفردهی) نشان می‌دهد. مجازات یا مستقیماً توسط دولت اجراء و یا تحت نظارت مستقیم آن اجراء می‌شود. برخی با تفکیک مرحله «تعیین مجازات» و «اجرای مجازات» اعتقاد به قابلیت خصوصی‌سازی در خصوص مورد دوم دارند اما منتقدان خصوصی‌سازی عقیده دارند که این دو وظیفه عدالت کیفری قابلیت تفکیک از یکدیگر را ندارند. در مرحله اجرای مجازات به عنوان تبلور اصلی و نمایش ملموس عدالت کیفری، حاکمیت انگیزه بیشتری برای پر رنگ نشان دادن قدرت خود در مقابل نقض‌کنندگان قدرت حاکمیت دارد و فرصتی است که حاکمیت می‌تواند چهره توانمند خود را به رخ مجرم و دیگر

افراد جامعه نشان دهد؛ بنابراین، خصوصی سازی کامل اجرای مجازات‌های به معنای زوال و صف حاکمیتی اجرای مجازات و متصف نمودن آن به امر تصدی‌گرایانه در عمل محقق نشده است و تحولات مورد استناد صرفاً در جهت بهره‌گیری از امکانات بخش خصوصی در جهت توانمندسازی بخش دولت قابل تفسیر است.

مجازات بطور انحصاری در اختیار حکومت قرار دارد و افراد راساً حق اعمال آن را ندارند، در این میان برخی در موارد استثنایی امکان اعمال از سوی افراد را مجاز می‌دانند. مواردی مانند موارد دفاع مشروع و یا ضرورت که توسل به قوای دولتی ممکن نیست از این قبیل است. قانون در این موارد استثنایی عمل شخص را مشمول علل موجهه قرار می‌دهد. البته با توجه به مباحثی که در مطالب پیشین اشاره شد صدق عنوان «مجازات» بر این موارد محل تردید است.

۲.۳. پیوستگی مجازات و حکومت

مجازات جلوه‌ای از تجلی حاکمیت است و یک رابطه ضروری بین این دو وجود دارد. نتیجه این موضوع آن است که بین «مجازات» و دیگر نمودهای حاکمیت رابطه متقابل وجود دارد. نوع، کیفیت و کمیت مجازات متأثر از نظام سیاسی حاکم بوده و به نوبه خود بر آن نیز تأثیرگذار است. ایدئولوژی، ساختار، نحوه توزیع قدرت، نحوه چرخش قدرت، میزان اتکا به مردم از جمله مواردی است که مؤثر بر نظام مجازات‌ها است و تغییر در هر یک از شرایط سیاسی موجب تغییر در مجازات‌ها می‌شود. این وابستگی تا حدی است که بکت ادعا می‌کند «جرم و مجازات در کانون تأثیر گفتمان سیاسی آمریکایی قرار دارد» (Beckett, 1993: 3).

فوکو در تبیین نهاد مجازات که همواره با اتخاذ رویکرد جامعه‌شناختی - سیاسی همراه است، به تحول مجازات‌ها در پرتو تغییر قدرت در جامعه و چگونگی تغییر مجازات‌های از مجازات‌ها بدنی به حبس و سپس انضباطی اشاره دارد و در جایی به صراحت بیان می‌دارد که مجازات را بیش از آنکه نهادی قضایی دانست، باید آن را نهادی سیاسی دانست. «منظور آن است که روش‌های کیفری را بیشتر به منزله فصلی از کالبدشناسی سیاسی در نظر آوریم تا به منزله نتیجه‌ای از نظریه‌های قضایی» (فوکو، ۱۳۹۱: ۴۱). از منظر رویکرد فوکویی مجازات صحنه تأثیری در حال اجراء است که کارگردانان آن صاحبان قدرت در جامعه هستند.

نوع نگرش به نقش حاکمیت در مدیریت جامعه یکی از عوامل مؤثر بر نهاد مجازات است. بسته به اینکه در رویکرد کلان جامعه‌شناختی رویکرد وفاق و یا تضاد پذیرفته شود، دولت نقش مدیریتی و یا مبارز را خواهد داشت. در رویکرد وفاق دولت عصاره جامعه است و مجازات ابزاری در اختیار آن است تا از وفاق موجود در جامعه صیانت نماید. مقبولیت مجازات در این رویکرد ریشه در کارکرد-

های مجازات دارد؛ اما در رویکرد تضاد جامعه صحنه رقابت گروه‌های رقیب است و جرم و مجازات دو ابزار جنگ برای گروه‌های رقیب در جامعه هستند. کارکرد مجازات در این رویکرد استمرار سلطه گروه‌های حاکم است.

در رویکرد وفاق هدف از مجازات در وهله نخست جذب مجدد مجرم در جامعه است و از این رو وظیفه دولت در وهله نخست اعمال مجازات‌های اصلاحی و درمانی است و البته اگر مجرم قابلیت پذیرش تدابیر اصلاحی و درمانی را نداشته باشد و اصرار بر نقض وفاق حاکم بر جامعه را داشته باشد، در گام دوم نوبت به تدابیر حذفی و طردکننده می‌رسد، اما در رویکرد تضاد مجازات در صحنه نبرد گروه‌های رقیب در جامعه توسط حاکمان بر مجرمان اعمال می‌شود. در رویکرد تضاد جنبه حذفی و طردکننده مجازات غلبه بیشتری دارد. مجرم در صحنه نبرد در صورتی که موفق به برهم زدن نظم سیاسی حاکم نشود، دو راه بیشتر پیش رو ندارد یا باید به نشانه تسلیم پرچم سفید اطاعت را در برابر حاکمان علم کند و یا اینکه تن به مجازات‌های حذفی و طرد کننده بدهد.

مجازات حافظ ارزش‌های حاکم است و نمی‌تواند خود تعارض اساسی با آن‌ها داشته باشد. بسته به ایدئولوژی حاکم در جامعه، امور ارزشمند متفاوت است. جرم رفتاری است که تعدی به ارزش است و مجازات حافظ ارزش است. با توجه به خصیصه رنج که ویژگی ذاتی مجازات است این رنج زمانی معنی پیدا می‌کند که شخص از امری ارزشمند محروم شود. بنابراین مجازات تحدید قلمرو بهره‌مندی مجرم از ارزش‌ها است. با توجه به این‌که هر حکومت به دنبال بسط ایدئولوژی خود است مجازات‌های آن نظام حکومتی به نحوی سامان می‌یابد که به ارزش‌های قانونی آن ایدئولوژی آسیب نرسد. مجازات بیان‌گر یک واقعیت پارادوکسیکال است، به این نحو که ضمن تحدید امور ارزشمند در شخص مورد مجازات نمی‌بایست با ارزش‌های بنیادین جامعه و حکومت در تعارض باشد.

«ساختار حکومت» عامل مؤثر دیگر در نظام مجازات‌ها است. قدرت متمرکز گرایش به مجازات‌های شدید دارد و در مقابل قدرت پراکنده تمایل به مجازات‌های خفیف‌تر دارد. در قدرت متمرکز، افراد صاحب قدرت افراد محدودتری هستند و در نتیجه وحدت ارزشی آنها بیشتر است و به تبع آن نقض ارزش (جرم) با مجازات شدیدتری مواجه می‌شود؛ در مقابل توزیع قدرت در بین افراد مختلف زمینه را برای تکثر ارزش‌های گروه‌های حاکم فراهم نموده و هر چه تکثر ارزشی گروه‌های حاکم بیشتر شود به همان نسبت از شدت حمایت از آن‌ها کاسته می‌شود.

در حکومت مطلقه به جهت انحصار قدرت در دست افراد و یا گروه‌های خاص بدون محدودیت رفتاری و عدم پاسخگویی حکومت به مردم، احتمال اعمال مجازات بر گروه‌های حاکم کم است و همین موضوع موجب تمایل حکمرانان به مجازات‌های شدید می‌شود. البته نباید از این موضوع غفلت نمود که حکومت دموکراتیک نیز تحت شرایطی مهیای اتخاذ مجازات‌های شدید نسبت به

مجرمین است. نمونه این موضوع اتخاذ رویکردهای کیفی سخت در رابطه با جرایم ضد امنیتی، تحت تأثیر افکار عمومی است.

۴. مجازات از منظر جامعه‌شناختی

حقوق کیفری از زمینه‌های سیاسی، جامعه‌شناختی و اقتصادی قابل تفکیک نیست. (Jefferson, 5: 2013) در این راستا در سال‌های اخیر رویکرد نوینی برای تفکر در خصوص مجازات و گسترش شناخت نسبت به آن شکل گرفته است. در این رویکرد مجازات ابزاری برای دستیابی به یک هدف یا مسئله اخلاقی یا ابزار حاکمیت نیست؛ در رویکرد جامعه‌شناختی مفهوم‌سازی مجازات به عنوان یک نهاد اجتماعی مطرح است.

پرسش‌های عمده در این رویکرد به شرح ذیل است: تدابیر کیفی خاص به چه نحوی به وجود می‌آیند؟ کارکردهای اجتماعی مجازات چیست؟، نهادهای کیفی به چه نحوی با دیگر نهادها ارتباط برقرار می‌کنند؟ مجازات به چه نحوی به نظم اجتماعی، یا اقتدار دولت، سلطه طبقاتی یا بازتولید فرهنگی جامعه مساعدت می‌کند؟ و اثرات ناخواسته مجازات، ضعف‌های کارکردی و هزینه‌های اجتماعی گسترده مجازات چیست؟ (Garland, 1991: 119) در این رویکرد «مجازات» به عنوان یک محصول فرهنگی و تاریخی شناخته می‌شود؛ از این رو این نهاد محصول مجموعه‌ای از نیروهای اجتماعی تلقی می‌شود که در عین حال خود بر دیگر محصولات اجتماعی تأثیرگذار است. مجازات به عنوان یک نهاد اجتماعی در تعامل مستمر با دیگر نهادها است و از این رو شناخت آن بی‌توجه به دیگر نهادهای اجتماعی ممکن نیست.

جامعه‌شناسی مجازات^۱ عنوان رشته‌ای علمی است که در نتیجه توسعه نگاه جامعه‌شناختی به مجازات شکل گرفته و به سرعت در حال رشد است. ادعا بر این است که جامعه‌شناسی مجازات یا رویکرد جامعه‌شناختی به مجازات چارچوبی برای تحلیل مجازات ارائه می‌دهد که در مقایسه با رویکردهای دیگر به صورت بالقوه می‌تواند برداشت کامل‌تر و واقعی‌تری از مجازات ارائه دهد. در این رویکرد مجازات یک پدیده اجتماعی و یکی از ابزارهای کنترل اجتماعی است که در رابطه متقابل با جامعه و پدیده‌های اجتماعی موجود در آن دارد.

۱.۴. مجازات یک پدیده اجتماعی

رفتارهای مجرمانه و کیفرهای مربوط به آنها به عنوان رفتارهایی انسانی که در درون یک جامعه رخ می‌دهند همچون دیگر پدیده‌های اجتماعی مانند آداب و رسوم، مذهب، تعلیم و تربیت، شیوه‌های

1. sociology of punishment

تولید، حمل و نقل، عادات غذایی و... قابلیت تحلیل جامعه‌شناختی را دارند. از نظرگاه دورکیم «واقعیه» یا «پدیده» اجتماعی دارای دو خصیصه است: نخست خارجی بودن آن نسبت به شعور افراد و دوم، داشتن جنبه قهری و فشاری که بر شعورهای فردی وارد می‌کند یا می‌تواند وارد کند. وجود مجازات وابسته به اراده‌های فردی نیست، بلکه جامعه‌ای متشکل از اجزای مختلف بصورت اجتناب‌ناپذیر نظام کیفری متناسب با خود را خواهد داشت؛ بنابراین وجود نظام کیفری‌ای با انواعی از مجازات‌ها و کیفیت و کمیت خاص آنها در هر جامعه‌ای بسته به اراده افراد و حتی حکمرانان نیست. اگر در جامعه‌ای انواع خاصی از مجازات وجود دارد و یا اینکه مجازات‌ها از شدت و حدت برخوردار است، این موضوع ارتباطی به اراده‌های فردی ندارد، بلکه این امر ریشه در ساختار جامعه و روابط اجزای مختلف آن با یکدیگر دارد.

رویکرد جامعه‌شناختی با اتخاذ روش تجربی به مطالعه مجازات می‌پردازد. البته ادبیات جامعه‌شناختی در خصوص مجازات بیانگر طیفی از رویکردهای نظری، دیدگاه‌های تحلیلی و تفاسیر متفاوت است که ضرورتاً منتهی به یک بیان واحد منسجم و جامع نمی‌شود و نتیجه آن مجموعه‌ای از تفاسیر رقیب است که هر یک به شیوه متفاوت و با هدف متفاوت به مسئله مجازات ورود پیدا کرده و هر یک بر خصیصه‌ها و نقش‌های متفاوت آن تاکید دارند. البته می‌بایست توجه داشت که مجازات بکار رفته در ادبیات جامعه‌شناسی دقیقاً منطبق بر ادبیات حقوقی نیست. به عنوان نمونه زمانی که دورکیم در تحول مجازات‌ها از مجازات‌های تنبیهی به ترمیمی سخن می‌گوید، فی‌الواقع او اشاره به مجموعه ضمانت‌اجراهای نظام حقوقی دارد. از این‌روست که دورکیم در تعریف مجازات بیان می‌دارد: «مجازات اساساً عبارت است از واکنشی عاطفی، با شدت معین که جامعه از طریق هیات سازمان‌یافته‌ای در برابر آن دسته از اعضایش که از برخی قواعد کرداری معین تخطی کرده‌اند ابراز می‌دارد.» (دورکیم، ۱۳۹۲: ۹۰).

رویکرد جامعه‌شناختی درصدد فهم نقش مجازات در درون شبکه روابط اجتماعی است. در رویکرد جامعه‌شناختی به مجازات بسان دیگر پدیده‌های اجتماعی، باید آن را به صورت یک شیء و یک واقعیت بیرونی نسبت به فرد در نظر گرفت. در این رویکرد، نگاه ارزشی به مجازات کنار گذاشته می‌شود و سعی در تبیین ابعاد وجودی مجازات و ارتباط آن با دیگر ابعاد زندگی اجتماعی است. در این رویکرد نظام عدالت کیفری محصول اندیشه و عمل جامعه انسانی است و باید مانند سایر رفتارهای انسانی مورد مطالعه قرار گیرد.

حقوق‌دانان مجازات را اغلب در سه مرحله، مجازات قانونی، مجازات قضایی و مجازات اجراء شده مطرح می‌کنند. در تبیین «کم» و «کیف» این سه مجازات بنا به تکنیک‌های خاص حقوقی ممکن است تفاوت‌هایی بین آنها وجود داشته باشد. از منظر جامعه‌شناختی هر سه مورد مذکور هر یک

بیانگر یک واقعیت اجتماعی هستند. در رویکرد حقوقی ممکن است سطح تبیین به ضرورت مشابهت ابعاد سه‌گانه برگردد، اما در رویکرد جامعه‌شناختی به چرایی تفاوت‌های آن‌ها پرداخته می‌شود. در تبیین مجازات نمی‌توان به قانون‌گذار وضع‌کننده آن، قاضی صادرکننده حکم به آن و مجری آن بی‌توجه بود. قانون‌گذاری، صدور حکم و اجرای مجازات در تعامل با کلیت و اجزای جامعه‌ای است که مجازات در عرصه آن مورد بررسی قرار می‌گیرد. بی‌توجهی به رابطه متقابل مجازات با دیگر پدیده‌های اجتماعی می‌تواند منتهی به تبیینی ناکافی و منحرفانه از مجازات شود. یکی از مواردی که در مباحث راجع به تبیین جامعه‌شناختی مجازات بسیار حائز اهمیت است، رابطه مجازات به عنوان یکی از ابزارهای کنترل اجتماعی با دیگر ابزارهای کنترل اجتماعی (اعم از رسمی و غیر رسمی) است.

۲.۴. مجازات ابزار کنترل اجتماعی

در رویکرد جامعه‌شناختی مجازات به‌عنوان یکی از ابزارهای کنترل و یا نظارت اجتماعی مطرح می‌شود. راسکو پاند سه نهاد مهم کنترل اجتماعی را شامل اخلاق، مذهب و قانون می‌داند. در جوامع مختلف میزان نقش‌آفرینی این‌ها با یکدیگر متفاوت است. در جوامع صنعتی مدرن، از قانون به عنوان نهاد مهم کنترل اجتماعی استفاده می‌شود و این به معنای موقعیت ضعیف‌تر دو مورد دیگر است. با این حال حتی در جوامع صنعتی و مدرن نیز اخلاق و مذهب در کنترل اجتماعی نقش ایفاء می‌کنند. مجازات یکی از اقسام کنترل قانونی است.

در یک تقسیم‌بندی کلان و رایج کنترل اجتماعی به رسمی و غیر رسمی تقسیم می‌شود. گونه نخست توسط دولت و عموماً با خصیصه الزام و ضمانت‌اجراهای شدید همراه است؛ انواع ضمانت-اجراهای کیفری، اداری و مدنی از جمله این موارد است. اعمال کنترل‌های رسمی طبق روش‌ها و قوانین و مقررات تعریف شده صورت می‌گیرد و اغلب توسط افراد و یا نهادها و سازمان‌هایی که وظیفه آنها نظارت اجتماعی است، انجام می‌پذیرد. در حالی که کنترل‌های غیر رسمی در بطن زندگی اجتماعی اعمال شده و عموماً فاقد ضمانت‌اجراهای شدید است.

در رویکرد جامعه‌شناختی سخن از جای‌گزینی این دو شیوه کنترل نیست، بلکه هر جامعه‌ای بسته به اقتضائات خاص خود در موقعیت‌های مختلف حسب مورد از یکی از آنها و یا هر دو بهره می‌گیرد، لیکن عموماً توصیه به بهره‌مندی از کنترل غیر رسمی است؛ چرا که این کنترل از اوائل زندگی فرد قابل اعمال بوده و هزینه‌های اجتماعی پایین‌تری به دنبال دارد. چنان‌چه امکان بهره‌مندی از کنترل غیررسمی برای اداره‌ی زمینه‌های مهم فعالیت‌های اجتماعی، به دلیل حجم زیاد و پیچیده جوامع، وجود نداشته باشد، نوبت به بهره‌گیری از کنترل رسمی می‌رسد. «تهدید به مجازات

حقوقی تنها در صورتی اشخاص را از ارتکاب رفتار انحرافی باز می‌دارد که توأم با عدم تایید قابل اعتنا توسط دیگران باشد. از این منظر، فقدان ضمانت‌اجراهای حقوقی عامل مهم در فرایند کنترل اجتماعی نیست. بیش از کارکرد بازدارندگی واقعی مجازات حقوقی، تهدید به اعمال ضمانت‌اجراهای غیر رسمی توسط همالان اثربخش می‌باشد. بنابراین اگر تهدید به ضمانت‌اجراهای غیر رسمی نباشد، تهدید به مجازات‌های حقوقی فاقد تاثیر بازدارندگی است» (Grasmick & Green, 1980: 329).

با شکل‌گیری دولت‌های مدرن قدرت کنترل‌های غیررسمی تنزل پیدا نمود و دولت مدرن ادعای انحصار را مطرح کرد؛ اما برای نخستین بار پس از شکل‌گیری نهاد عدالت کیفری مدرن، در دهه‌های اخیر دولت‌ها به یک واقعیت جامعه‌شناختی اساسی اعتراف نمودند و آن اینکه، مهم‌ترین فرایندهای تامین‌کننده نظم و همنوایی، فرایندهای موجود در درون نهادهای جامعه مدنی است و تهدید متزلزل ضمانت‌اجراهای قانونی چندان کارایی ندارد. بر این اساس، طرح انحصار دولتی به تدریج جای خود را به پذیرش کنترل اجتماعی پراکنده و کثرت‌گرا داده است. در این دیدگاه جدید، وظیفه دولت حمایت از این کنش‌گران چندگانه و فرایندهای غیر رسمی، و نه واگذاری وظیفه کنترل جرم به یک نهاد تخصصی تنها است (گارلند، ۱۳۸۳: ۷۶۱).

برای این‌که کنترل اجتماعی به اهداف مورد نظر خود در برقراری نظم در جامعه و جلوگیری از بروز آسیب‌های اجتماعی و کج‌روی دست یابد، انواع کنترل‌های اجتماعی می‌بایست هم‌راستا و مکمل یکدیگر باشند. ناسازگاری بین کنترل‌ها منتهی به خنثی شدن آثار آنها خواهد شد. امروزه بهره‌برداری از اصطلاح سیاست جنایی در لسان حقوق‌دانان که اشاره به مجموع نظام کنترل اجتماعی دارد، در این راستا می‌باشد. توسعه سیاست جنایی از مفهوم مضیق به مفهوم موسع نشان از بهره‌گیری از پاسخ‌های پیشگیرانه، شیوه‌های ترمیمی و میانجی‌گری و مشارکت جامعه مدنی است (حسینی، ۱۳۸۳: ۲۸ - ۲۳). این موارد پیش از این توسعه مفهومی نیز در کنار پاسخ‌های تنبیهی دولتی نسبت به جرم وجود داشته است. آنچه که رخ داده آن است که حقوق‌دانان و جرم‌شناسان به این مسئله واقف شده‌اند که در کنار رابطه جرم - پاسخ دولتی (مجازات) می‌تواند روابط دیگری نیز وجود داشته باشد؛ روابطی که پیش از این به آن‌ها بی‌توجه و یا لاقط کم توجه بودند. توجه به اندیشه‌های جامعه‌شناختی در قالب دو علم جامعه‌شناسی جنایی و جامعه‌شناسی کیفری نقش کلیدی در تحول سیاست جنایی از مفهوم مضیق به موسع داشت. علم نخست قلمرو مطالعه را از جرم به جرم و انحراف تسری داد و علم دوم، قلمرو مطالعه را از مجازات به مجموعه‌های از نظام‌های پاسخ‌دهی تسری داد.

تفاوت‌هایی در نگرش حقوقی - جرم‌شناختی با نگرش جامعه‌شناختی وجود دارد. در نگرش نخست، در کانون سیاست جنایی در مفهوم اعم، سیاست به جنایی به مفهوم اخص نهفته است و در نتیجه پاسخ‌های کیفی به جرم نقش کلیدی را در تحلیل‌ها به خود اختصاص می‌دهد اما در رویکرد جامعه‌شناختی در پاسخ به جرم مجموعه متعددی از پاسخ‌ها مطرح است و مجازات یکی از آن‌ها است. مجازات ابزار کنترلی در میان نظام کنترل‌های اجتماعی است. مجازات جایگاه مهم‌تری نسبت به دیگر کنترل‌ها ندارد، بلکه اولاً، استفاده از آن در صورتی مفید خواهد بود که با دیگر کنترل‌های اجتماعی تایید شود و از این‌روست که پیش‌بینی مجازات برای کنترل برخی از رفتارها، در صورتی که این موضوع سازگار با افکار عمومی جامعه نباشد و از سوی حکمرانان بی‌توجه به واقعیت‌های اجتماعی اعمال شود، نمی‌تواند در طولانی مدت به حیات خود ادامه دهد. ثانیاً، اولویت در رویکرد جامعه‌شناختی با کنترل‌کننده‌های اقناعی است و کنترل‌کننده‌های اجباری که مجازات در راس آنها قرار دارد در اولویت دوم قرار دارد و در میان کنترل‌کننده‌های اجباری نیز مجازات آخرین اولویت را دارد.

۳.۴. پیوستگی مجازات و جامعه

آن‌گونه که اشاره شد، مجازات یکی از ابزارهای کنترل اجتماعی است و در تعامل مستمر با دیگر ابزارهای کنترل اجتماعی است، علاوه بر این در سطح کلان‌تر نظام کنترل و یا به نحو اخص مجازات با دیگر اجزای نظام اجتماعی در ارتباط مستمر است. نهادهای مختلف نظام اجتماعی در تعامل مستمر با یکدیگر بوده و هر یک از آن‌ها بر دیگر اجزاء تأثیرگذار بوده و در عین حال از آنها تأثیر می‌پذیرد. جایگاهی که جامعه‌شناسانی چون دورکیم، وبر و مارکس به‌عنوان سه نظریه‌پرداز عمده در عرصه جامعه‌شناسی به نظام حقوقی و ضمانت‌اجراهای آن و بالاخص مجازات‌ها داده‌اند، بیانگر نقشی است که نظام کیفری در تبیین دیگر اجزای اجتماعی ایفاء می‌کند. در همین راستاست که وقتی دورکیم در کتاب «تقسیم کار اجتماعی» به موضوع همبستگی اجتماعی می‌پردازد، به بررسی نظام حقوقی جوامع و بالاخص ضمانت‌اجراهای کیفری آن می‌پردازد. از نظرگاه دورکیم توسعه جوامع همراه با تقسیم کار منتهی به تضعیف همبستگی مبتنی بر مشابهت و تقویت همبستگی مبتنی بر تقسیم کار می‌شود که نتیجه این امر تحول نظام کیفری، از مجازات‌های تنبیهی به ترمیمی است. البته ضمانت‌اجراهای تنبیهی و ترمیمی هم‌زمان در جوامع وجود دارد، لیکن غلبه بر حسب ویژگی‌های هر جامعه ممکن است حسب مورد با یکی از آن‌ها باشد.

در جوامع بسیط متکی بر همبستگی مکانیکی، قلمرو ارتباطات اجتماعی محدود است؛ با افزایش تقسیم کار در جامعه، مجموع روابط افزایش می‌یابد و نتیجه این گسترش روابط آن است که رفتارهای جدیدی با وصف بهنجار و یا نابهنجار متولد می‌شود. در نتیجه مجازات ممکن است به عنوان ضمانت‌اجراء در بخشی از این رفتارهای نابهنجار مطرح شود و وسعت قلمرو حاکمیت مجازات گسترش یابد. البته در مقابل، با تحولات صورت گرفته برخی از نابهنجاری‌ها اهمیت خود را از دست داده و در نتیجه وسعت قلمرو حاکمیت مجازات کاهش می‌یابد. این سیالیت موجب می‌شود که قلمرو حاکمیت مجازات در دو جامعه متفاوت یکسان نباشد. استفاده از تعابیری چون جرم-زدایی، قضازدایی و کیفرزدایی در لسان حقوقی و در کنار آن موج جرم‌نگاری‌های جدید توسط قانون‌گذاران بُعد بیرونی این سیالیت است؛ اما روند کلی در راستای افزایش قلمرو حاکمیت مجازات است. این افزایش قلمرو نتیجه دیگری به دنبال خود دارد و آن افزایش تسامح در اعمال مجازات است. شدت مجازات رو به ضعف می‌گذارد. این تسامح از دو امر ناشی می‌شود: نخست آنکه وقتی جامعه دارای ارزش‌های متکثرتر می‌شود انرژی وجدان جمعی در بین آن‌ها تقسیم می‌شود. دوم آنکه، حس بقای جامعه این پیام را به او می‌رساند که مجازات ابزاری برای ادامه حیات آن است و نمی‌توان با اعمال مجازات‌های گسترده و شدید بر شهروندان حیات جامعه را به مخاطره انداخت، بنابراین زمانی که بر گستره افزوده می‌شود شدت تنزل می‌یابد. البته این تنزل به جایی نخواهد رسید که منتهی به حذف آن شود. «خطر فروپاشی همبستگی اجتماعی یک جامعه، افراد آن جامعه را به مجازات جرایم (تخلفات کیفری) وا می‌دارد» (علیزاده، ۱۳۸۲: ۱۹۸) و تا جایی که این خطر وجود دارد، مجازات نیز وجود دارد.

نتیجه دیگری که از این تقسیم کار و تنوع روابط حاصل می‌شود، تنوع مجازات‌ها است. در ادبیات حقوقی و جرم‌شناختی عموماً تنوع (کیفی و کمی) مجازات‌ها به تنوع جرایم و مجرمین نسبت داده می‌شود. تکرر روابط در عین حال که موجب توسعه کنش‌های نابهنجار می‌شود، در عین حال توأم با تنوع واکنش‌های کیفری است. در ادبیات حقوقی و جرم‌شناختی این تنوع نشان از واقع‌گرایی سیاست کیفری است. ادبیات جامعه‌شناختی نیز این مطلب را با بیانی دیگر می‌پذیرد. از منظر جامعه‌شناختی این تنوع ریشه در ساختار و روابط اجتماعی داشته و نظام‌های قانون‌گذاری ناچار از پذیرش آن هستند.

خرده نظام حقوقی جامعه ارتباطاتی با دیگر خرده نظام‌ها، چون حکمرانی، تولید و... دارد. در این میان مذهب جایگاه ویژه‌ای دارد. بخش هنجاری مذهب که شریعت نامیده می‌شود ارتباط تنگاتنگی با نظام حقوقی و اخلاقی دارد. میزان تاثیرگذاری مذهب در کنترل اجتماعی تا حدود زیادی بسته به ماهیت واحد اجتماعی و جو فرهنگی آن است. تاثیرگذاری مذهب در نظام کنترلی جامعه

می‌تواند بصورت رسمی و یا غیررسمی اعمال شود. به هر میزان نظام مذهبی با نظام سیاسی بیشتر تلفیق شود، ماهیت کنترلی آن جنبه رسمی‌تر بیشتری به خود پیدا می‌کند. در این میان می‌بایست توجه داشت که میزان باور شهروندان جامعه به مذهب با موضوع باور حکمرانان متفاوت است و از این رو ممکن است در جامعه‌ای با باورهای بالای مذهبی، مذهب نقش ضعیفی را در نظام حقوقی ایفاء نماید و البته عکس این موضوع نیز صادق است. کیفیت باور نیز در این عرصه قابل توجه است. باور به مذهب حداقلی و یا حداکثری نیز عامل موثر دیگری برای حضور و یا عدم حضور مذهب در نظام کنترل حقوقی باشد. باور به دین حداقلی قلمرو مداخله دین در امور هنجاری را به قلمروی فردی محدود می‌کند و در مقابل باور حداکثری، زمینه مساعدتری را برای مداخله مذهب در نظام حقوقی و از جمله حقوق کیفری فراهم می‌کند.

نتیجه‌گیری

مجازات به‌عنوان یکی از ارکان سه‌گانه حقوق کیفری دارای ماهیتی بسیار پیچیده است. واکاوی این نهاد، مستلزم مطالعه آن از ابعاد مختلف و از جمله حقوقی، فلسفی، سیاسی و جامعه‌شناختی است. هر چند قلمرو مفهومی مجازات در علوم مختلف مورد اشاره، لزوماً با یکدیگر انطباق کامل ندارد، لیکن می‌توان گفت که مجازات مورد نظر در قلمرو حقوق کیفری، در عرصه مطالعات فلسفی، سیاسی و جامعه‌شناختی نیز مجازات تلقی می‌شود، البته در مطالعات اخیر ممکن است مجازات قلمرو مفهومی گسترده‌تری نیز داشته باشد.

از منظر حقوقی، مجازات کیفری نوعی از واکنش‌های رسمی به نقض هنجارهای اجتماعی است که یکی از خصایص اصلی آن وجود عنصر «رنج» می‌باشد که البته مرزهای مبهمی با مجازات‌های اداری، اقدامات تأمینی و تربیتی، تدابیر ترمیمی و بعضاً حتی ضمانت‌اجراهای مدنی دارد. وجود این مرزهای مبهم، ریشه در تحولات دیدگاه‌های حقوقی در گذر تحولات زندگی اجتماعی دارد. از منظر فلسفی مجازات از دو حیث «چیستی» و «بایستگی» مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد. در این حوزه حقوق دانان فیلسوف و فیلسوفان علاقمند به حقوق دست به قلم برده‌اند و هر یک سعی در تبیین نهاد مجازات حسب مورد با تأکید بر مباحث فلسفی و یا حقوقی داشته‌اند. در بُعد سیاسی، رابطه بین مجازات و حکومت مورد تأکید است و موضوع روند تکاملی انحصار مجازات توسط حکومت مد نظر است. در صورت انحصار مجازات به دولت، بالتبع حکومت به‌عنوان متغیر مستقل نقش مهمی در تحولات نهاد مجازات به‌عنوان متغیر وابسته دارا خواهد بود و اما از منظر اجتماعی، مجازات پدیده‌ای اجتماعی و از این رو به مانند دیگر پدیده‌های اجتماعی در کنش و واکنش با دیگر پدیده‌های اجتماعی قرار دارد.

مجازات نهادی پیچیده است و از این رو شناخت آن نیز با روش‌های بسیط ممکن نیست و نیاز به روش‌های پیچیده و ترکیبی دارد. دانش‌های موجود چون کیفرشناسی، حقوق کیفری و ... که به موضوع مجازات پرداخته‌اند هر یک شناختی ناقص و پراکنده از مجازات ارائه می‌دهند، فلذا این دانش‌ها قاصر از ارائه شناختی جامع از مجازات می‌باشند. هر چند بعضا ادعاهایی از سوی حقوق‌دانان، جامعه‌شناسان و ... مبنی بر برتری شناخت ارائه شده توسط دانش‌های مربوطه آنها شده است، لیکن این‌ها ادعای صرف بوده و دانش‌های مذکور به تنهایی شناخت کافی و وافی از مجازات ارائه نمی‌دهند.

توجه به ابعاد چندگانه مجازات علاوه بر آنکه دارای ارزش نظری است، از حیث عملی نیز واجد اهمیت است. زمانی که قانون‌گذار کیفری به این حقیقت واقف باشد که مجازات صرف بیان عباراتی در قالب واژگان قانون نیست و مبتنی بر مبانی حقوقی، فلسفی، سیاسی و جامعه‌شناختی است، نتیجه آن خواهد بود که مجازات را یک موجود زنده تلقی نماید. موجودی که کالبد آن از اعضای مختلفی که هر یک نقش خاصی را برای استمرار حیات آن ایفاء می‌کنند تشکیل شده است. اسکلت این کالبد ریشه در جامعه داشته و سیاست، مغز هدایت‌گر این کالبد است و پوستینی از حقوق بر روی آن کشیده شده است و اخلاق، روح این کالبد است. این موجود زنده برای بقای حیات خود دارای نیازمندی‌هایی است و مجازات در یک بستر حقوقی، اخلاقی، سیاسی و اجتماعی مراحل تولد، کودکی، بلوغ، میان‌سالی و کهن‌سالی را طی می‌کند. این نگاه چند بُعدی به مجازات، نقش مهمی در واقع‌گرایی متولیان سیاست کیفری در وضع، تعیین و اجرای مجازات‌ها دارد. این نگاه چند بُعدی به مجازات سبب می‌شود که متولیان سیاست کیفری در برج عاج خیالی، از مجازات بهره‌گیرند و در بهره‌برداری از آن واقعیت‌های اخلاقی، سیاسی و اجتماعی را مد نظر قرار دهند.

در راستای نتایج پژوهش حاضر پیشنهادهای زیر ارائه می‌گردد:

– دانش «کیفرشناسی» موجود، قاصر از ارائه شناختی جامع از مجازات است. انشعاب کیفرشناسی از توسعه علم اداره زندان‌ها موجب شده است که در کیفرشناسی رایج، تاکید بیشتر بر مباحث حقوقی بوده و کمتر به ابعاد دیگر مجازات پرداخته می‌شود. اگر مقصود از کیفرشناسی، شناخت مجازات باشد، در این صورت «مجازات» به عنوان موضوع این دانش می‌بایست از ابعاد مختلف (مانند حقوقی، فلسفی، سیاسی، جامعه‌شناختی) مورد بررسی قرار گیرد؛ فلذا ایجاد رشته کیفرشناسی در دوره‌های تحصیلات کیفری با هدف اتخاذ رویکرد چند وجهی در مطالعه مجازات ضروری است.

– در وضع و اصلاح قوانین کیفری ضرورت توجه به ابعاد غیر حقوقی مجازات ضرورت دارد و از این رو می‌بایست علاوه بر حقوق‌دانان، متخصصان دیگر علوم مرتبط با موضوع مجازات نیز در این

زمینه اظهار نظر نمایند. مانند پروژه‌های عمرانی، در خصوص لوایح کیفری نیز تهیه پیوست‌های اجتماعی، فرهنگی، سیاسی و... پیش از تصویب آن در نهادهای ذی‌صلاح مربوطه ضروری است. بدین وسیله می‌توان پیش‌بینی دقیق‌تر و واقعی‌تر از اجرای آنها در عمل به دست آورد.

- در جهت اصلاح قوانین و مقررات و رویه‌های کیفری موجود، ضرورت دارد تا کارشناسانی از دانش‌های مرتبط با مجازات نسبت به ارزیابی عملکرد نظام کیفری اقدام نمایند. در این راستا می‌بایست انحصار اظهار نظر حقوق دانان در این زمینه برداشته شده و زمینه برای مشارکت دیگر متخصصان فراهم گردد.

منابع

- بریت‌ناچ، سیموس (۱۳۸۷)، **جرم و مجازات از نظرگاه امیل دورکیم**، ترجمه محمدجعفر ساعد، ج اول، تهران: خرسندی.
- بکاریا، سزار (۱۳۸۵)، **رساله جرایم و مجازات‌ها**، ترجمه محمدعلی اردبیلی، چ پنجم، تهران: میزان.
- بولک، برنار (۱۳۸۷)، **کیفرشناسی**، ترجمه علی‌حسین نجفی‌ابرنادآبادی، چ هشتم، تهران: مجد.
- پرادل، ژان (۱۳۸۸)، **تاریخ اندیشه‌های کیفری**، ترجمه علی‌حسین نجفی‌ابرنادآبادی، چ اول، تهران: سمت.
- جمال‌الدین‌المقداد بن عبدالله (۱۳۷۳)، **کنز العرفان فی فقه القرآن**، ج ۲، تهران: مرتضوی.
- حسینی، سیدمحمد (۱۳۸۳)، **سیاست جنایی (در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران)**، چ اول، تهران: سمت و دانشگاه تهران.
- حسینی، سیدمحمد (۱۳۸۸)، «**دو گونه کیفر در مقابل دو دسته بزه (باز تعریف «حدود» و «تعزیرات» از دیدگاه فلسفه کیفری)**»، **فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی**، شماره ۱، ص ۱۰۶ - ۸۷.
- دورکیم، امیل (۱۳۶۰)، **فلسفه و جامعه‌شناسی**، ترجمه فرحناز خمسه‌ای، چ اول، تهران: مرکز ایرانی مطالعه فرهنگ‌ها.
- دورکیم، امیل (۱۳۹۲)، **درباره تقسیم کار اجتماعی**، ترجمه باقر پرهام، چ پنجم، تهران: مرکز.
- ریچلز، جیمز (۱۳۸۷)، **فلسفه اخلاق**، ترجمه آرش اخگری، چ اول، تهران: حکمت.
- شیکر، دیوید (۱۳۸۹)، **مفهوم و ماهیت مجازات**، ترجمه حسین آقائی جنت‌مکان، چ اول، اهواز: دانشگاه شهید چمران.

- علیزاده، عبدالرضا (۱۳۸۲)، «جامعه‌شناسی حقوق»، *روش‌شناسی علوم انسانی*، شماره ۳۵، ص ۲۰۵ - ۱۷۱.
- عوده، عبدالقادر (۱۳۷۹)، *حقوق جنایی اسلام بر اساس مذاهب پنجگانه*، ترجمه و تعلیق از سیداسماعیل صدر، ج ۱، چ دوم، مشهد، بنیاد پژوهش‌های اسلامی.
- فلچر، جورج (۱۳۸۴)، *مفاهیم بنیادین حقوق کیفری*، ترجمه سیدمهدی سیدزاده ثانی، چ اول، مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
- فوکو، میشل (۱۳۹۱)، *مراقبت و تنبیه، تولد زندان*، ترجمه نیکو سرخوش و افشین جهان‌دیده، چ دهم، تهران: نی.
- فیض، رضا (۱۳۹۲)، «*قهر مطبوع*» و جزای نامطلوب در عرفان ابن عربی. در جمعی از نویسندگان، *دایره‌المعارف علوم جنایی*، چ اول، تهران: میزان.
- فیض، علیرضا (۱۳۸۳)، «*مفهوم کیفر در عرفان ابن عربی*»، *مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی*، شماره ۹ و ۱۰، ص ۵۸ - ۳۹.
- کاپلستون، فردریک چارلز (۱۳۸۸)، *تاریخ فلسفه*، ترجمه بهاء‌الدین خرمشاهی، ج ۸، چ پنجم، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.
- گارلند، دیوید (۱۳۸۳)، «*پاسخ‌های انطباقی مدرنیسم کیفری*»، ترجمه محمد فرجیها در: جمعی از نویسندگان، *علوم جنایی: مجموعه مقالات در تجلیل از دکتر محمد آشوری*، چ اول، تهران، سمت، ص ۷۴۱ - ۷۶۲.
- مطهری، مرتضی (۱۳۸۹)، *عدل الهی*. چ سی و چهارم، تهران: صدرا.
- مظلومان، رضا (۱۳۵۲)، «*جامعه - بزه - کیفر: هدف - نوع و خصائص کیفرها نوع مجازات‌ها*»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، شماره ۱۴، ص ۶۴ - ۳۵.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۳)، *تعزیر و گستره آن*، تهیه و تنظیم علیان نژادی دامغانی، چ اول، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- نوبهار، رحیم (۱۳۸۹)، *اصل قضایی بودن مجازات‌ها: تحلیلی فقهی بر حق محاکمه عادلانه*، چ اول، تهران: شهر دانش.
- هابز، تامس (۱۳۸۷)، *لویاتان*، ویرایش و مقدمه سی بی مکفرسون، ترجمه حسین بشریه، چ پنجم، تهران: نشر نی.

Ashworth, Andrew. and Jeremy Horder (2013), **Principles of criminal law**, Oxford University Press.



- B. Maggs, Peter (1980), **Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law**. Academic Press.
- Beckett, Katherine (1993), **Making crime pay: Law and order in contemporary American politics**. Oxford University Press.
- Clarkson, C.M.V. (1987), **Understanding Criminal law**. Fontana Press.
- Garland, David (1991), "Sociological Perspectives on Punishment". **Crime and Justice**, Vol. 14: 115- 165.
- Grasmick, Harold G. and Donald E. Green (1980), "Legal punishment, social disapproval and internalization as inhibitors of illegal behavior". **Journal of Criminal Law and Criminology**, Vol.71: 325 – 335.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus (2008. 2008), **Punishment and responsibility: Essays in the philosophy of law**. Oxford University Press.
- Jacobs, David and Ronald Helms (2001), "Toward A Political Sociology of Punishment: Politics And Changes In The Incarcerated Population". **Social Science Research**, Vol.30 (2): 171 – 194.
- Jefferson, Michael (2013), **Criminal Law. Foundation Studies in Law Series**. (Book)
- Laurie A. Gould and Matthew Pate (2011), "Penalty, Power, and Polity: Exploring the Relationship Between Political Repression and Corporal Punishment". Vol.21 (4): 443 – 461.
- Samaha, Joe (2009), **Criminal law**. Wadsworth.
- Simester, A and G. Sullivan. (2007), **Criminal Law: Theory and Doctrine, Oxford University Press**.
- Tadros, Victor (2011), **The Ends of Harm: The Moral Foundations of criminal law**. Oxford University Press.



پژوهشنامه حقوق کیفری

سال نهم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۹۷

شماره پیاپی ۱۷



تحولات تقنینی جرم زنا در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

فریبرز حیدری^۱

دکتر حسن شاه‌ملکیپور^۲

دکتر عباس سلمان‌پور^۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۳/۱۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۱۰/۲۲

چکیده

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در خصوص جرایم جنسی با تحولات گسترده‌ای همراه بوده است، از جمله این تحولات می‌توان به مواد ۲۲۲، ۲۲۴ و ۲۲۵ این قانون در مورد زنا با عنف و اکراه و زنا محصنه نام برد، در پژوهش حاضر سعی شده با تحلیل تحولات قانونی ناظر بر جرایم جنسی، به این پرسش که آیا در تحولات ایجاد شده در خصوص این نوع جرایم، مبانی جرم‌انگاری و مقتضیات زمان، لحاظ شده است یا خیر، پاسخ داده شود. با نگاهی به شناخته شده‌ترین مبانی جرم‌انگاری همچون ضرر، اخلاق، پدرسالاری و قرار دادن آن‌ها در کنار تحولات ایجاد شده در خصوص این جرایم، این یافته به‌دست آمده که تحولات مدنظر، بیش از آن که متأثر از اصول و مبانی جرم‌انگاری باشد، ناشی از مقتضیات زمان و مکان و حرمت تنفیر و ممانعت از وهن به دین و ملاحظات حقوق بشری بوده است.

واژگان کلیدی: فقه، زنا، جرایم جنسی، عنف، رجم

✉ fariborzhay@gmail.com

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق دانشگاه گیلان (نویسنده مسئول)

۲. استادیار گروه حقوق دانشگاه گیلان

۳. استادیار گروه حقوق دانشگاه گیلان

مقدمه

در اسلام جرایم جنسی به‌ویژه زنا همواره مورد نکوهش قرار گرفته است، در این خصوص فقها به آیات و روایات مختلف استناد کرده و مجازات‌های آن را در قالب حدود و تعزیرات به طور مفصل (اگرچه با پاره‌ای اختلافات) بیان کرده‌اند (نجفی، ۱۳۷۴ ش: ج ۴۱، ۳۲۰- محقق حلی، ۱۴۰۹ ق، ج ۴: ۱۳۲)؛ قانون‌گذار ایران در قوانین کیفری نیز در تدوین مقررات این جرایم، چه از لحاظ شرایط وقوع جرم و چه از لحاظ مجازات‌های در نظر گرفته شده برای آن‌ها، سعی داشته از تفکرات پویای علمای فقه که ضرورت‌های روز جامعه را لحاظ نموده‌اند پیروی نماید. در این پژوهش ضمن اشاره مجمل به مبانی جرم‌انگاری، به نقد تحولات قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ناظر به جرم زنا می‌پردازیم. همچنین به مفهوم مقتضیات زمان و مکان نیز اشاره خواهیم داشت، چرا که باید گفت یکی از بحث‌های مهم و چالش برانگیزی که امروزه از سوی برخی اندیشمندان چه در داخل و چه در خارج و به‌ویژه سازمان‌های مدافع حقوق بشر در باب کیفرهای اسلامی مطرح می‌شود مسأله جایگزین شدن مجازات و کیفیت اجرای حدود الهی است. می‌گویند: «مجازات‌های از قبیل سنگسار کردن، قطع دست مخالف با حقوق بشر و عاطفه انسانی بوده و باید به زندان، جریمه مالی و... تبدیل شود» (رهامی، ۱۳۸۴: ۱۷). اگرچه برخی معتقدند که اهداف و مبانی حقوق اسلام با اهداف و مبانی سایر نظام‌های حقوقی تفاوت بسیار دارد، اما به نظر می‌رسد این تفاوت بیش از آن که به مبانی و اصول جرم‌انگاری برگردد ناظر برخی تعاریف مفاهیم و ارزش‌های اجتماعی و اخلاقی است که چه بسا در میان نظام‌های حقوق عرفی نیز با این تفاوت در نگرش و مصادیق روبرو می‌باشیم. بدون شک نمی‌توان از کنار این نگاه‌ها بی‌تفاوت عبور کرد. در خصوص جرایم جنسی و اهداف و روش‌های پیشگیری آن پژوهش‌های زیادی صورت گرفته است، در زمینه بررسی‌های تطبیقی نیز پایان‌نامه‌های متعددی وجود دارد، اما آنچه ما را به انجام پژوهش در این زمینه سوق می‌دهد، امر لزوم نقد تحولات ایجاد شده در خصوص جرم زنا و بررسی این امر است که این تحولات تا چه میزان با مبانی و اصول حاکم بر جرم‌انگاری هماهنگی دارد؟ برای رسیدن به این هدف، ساماندهی مقاله به گونه‌ای خاص رقم خورده است؛ بدین نحو که موضوع در سه بخش مجزا که هر کدام مدخلی برای ورود به بخش دیگر می‌باشد مطرح می‌شود که در نهایت نتیجه‌گیری می‌شود. در ابتدا و در بخش اول اشاره‌ای به مبانی جرم‌انگاری شده و سپس در بخش دوم به مفهوم زنا و اشکال قانونی آن خواهیم پرداخت. همان‌طور که مطرح شد بخشی از تفاوت‌ها ناظر بر تعریف و ماهیت جرم زنا امری اعتباری است و از کنکاش و نکته بینی در آن امر و بیان اشکالات مطروح در بیان مصادیق می‌توان به تحلیل درست منشأ تحولات تقنینی کمک نمود و از آن طریق در بخش سوم مقاله به رابطه بین مبانی جرم‌انگاری با تحولات صورت گرفته نیز نائل می‌شویم.

۱. مبانی جرم‌انگاری

در حقوق کیفری منظور از مبنا، منشا نیروی الزام‌آوری است که قاعده حقوق کیفری باید رعایت شود و جرم‌انگاری فرایندی است که به موجب آن قانون‌گذار با در نظر گرفتن هنجارها و ارزش‌های اساسی جامعه با تکیه بر مبانی نظری مورد قبول خود، فعل یا ترک فعلی را ممنوع و برای آن ضمانت اجرای کیفری وضع می‌کند (آقابابایی، ۱۳۸۴: ۱۲-۱۱). تعیین مجازات برای برخی رفتارها دامنه فعالیت‌های ارادی افراد را محدود می‌کند و مغایر با آزادی آن‌ها است. همچنان که برخی معتقدند «جرم‌انگاری یا ایجاد جرم از طریق قانون یعنی تعریف یک جرم در معنای وسیع کلمه در حقوق کیفری، یعنی هم‌زمان نام‌گذاری و طبقه‌بندی آن، نام‌گذاری یک وضعیت و یک رفتار که گاه تا پیش از آن، نام‌گذاری نشده بود؛ تقسیم‌بندی فضای اجتماعی به قانونی-غیر قانونی و به طور دقیق‌تر محدود کردن فضای آزادی با یک ممنوعیت جدید» (دلماش مارتی، ۱۳۹۵: ۲۰۸). لازم است مبانی و برخی از اصولی حاکم بر جرم‌انگاری همانند اصل ملاحظه کرامت انسانی و حسن و قبح ذاتی، که به منزله خطوط راهنمای قانون‌گذار در امر جرم‌انگاری این جرایم هستند بپردازیم.

۱.۱. مبانی جرم‌انگاری

در مورد قلمرو مداخله حقوق کیفری اتفاق نظر وجود ندارد و «به طور کلی دولت‌ها معمولاً برای استفاده از حقوق کیفری و مداخله در رفتارها و امور افراد جامعه یکی از سه معیار زیر را مورد توجه قرار می‌دهند: ۱- اصل ضرر^۱ یا به عبارتی جلوگیری از ایراد ضرر و صدمه به دیگران و جامعه. ۲- اصل پدرسالاری حقوقی^۲ یا به عبارتی حمایت از افراد در برابر خودشان و باز داشتن افراد جامعه از ایراد صدمه و ضرر به خود. ۳- اصل اخلاق‌گرایی حقوقی^۳ یا به عبارتی حمایت از اخلاق و مذهب و جلوگیری از ایراد آسیب به اخلاق یا مذهب» (نجفی توانا و فهیم زاده، ۱۳۹۲: ۱۵۱).

۱.۱.۱. ضرر

تنها خط قرمزی که می‌توان برای آزادی انسان متصور شد «ضرر به غیر است»، یعنی تا جایی که آزادی عمل انسان، لطمه و صدمه‌ای به دیگران وارد نسازد مورد حمایت است. به قولی: «تنها وقتی حق داریم در مورد دیگران اجبار به کار ببریم که بتوان نشان داد و ثابت کرد عمل فرد، (که می‌خواهیم از آن جلوگیری کنیم)، آسیب و صدمه‌ای به کسی خواهد رسانید. تنها قسمتی از اعمال

-
1. Harm principle
 2. Legal paternalism
 3. Legal moralism

فرد که برای آن در مقابل اجتماع مسؤول است، آن قسمت است که اثرش به دیگران می‌رسد. فرد در آن قسمت از اعمال خود که به خود او مربوط است، آزادیش مطلق است و حدی بر آن متصور نیست» (میل، ۱۳۴۵: ۲۵-۲۴).

۲.۱.۱. پدرسالاری

منظور از پدرسالاری حقوقی این است که دولت برای جلوگیری از آسیب رساندن افراد به خودشان، به یک رفتار وصف مجرمانه داده و مردم را در برابر خودشان مورد حمایت و حفاظت قرار می‌دهد، گویا سلامتی و ایمنی‌شان مهم‌تر از آزادی‌شان است (نجفی توانا و فهیم زاده، ۱۳۹۲: ۱۵۲). در واقع قانون‌گذار با این روش درصدد جلوگیری افراد از ایراد ضرر به خود است. چنین تعریفی، طیف گسترده‌ای از جرایم و حقوق قانونی را از منع شنا افراد در محدوده خاصی از ساحل، منع استعمال مواد مخدر، الزام افراد به پرداخت بیمه و کسر نمودن آن از حقوق ماهیانه کارمندان را تا قتل با رضایت در بر می‌گیرد.

۳.۱.۱. اخلاق گرایی

تأثیرات اخلاق بر جامعه و نقش و اهمیت آن برای مردم باعث می‌شود که جرم انگاری به‌عنوان یکی از محافظان نظم اجتماعی، به میدان آید و با جرم انگاری بخشی از مهم‌ترین مسائل اخلاقی، خواست اجتماعی را تحقق بخشد. اما محدوده وسیع و عمیق اخلاق که همیشه از مهم‌ترین مباحث فلسفه حقوق و جامعه‌شناسی حقوق را تشکیل داده است و خطرناک بودن نامعین ماندن حدود جرم انگاری اخلاق؛ لزوم نگاهی منظم و همه جانبه را ایجاب می‌کند. «در گذشته جرم بیشتر از امروز ارتباط تنگاتنگی با اخلاقیات داشت. از حقوق جزا اغلب برای تحمیل معیارهای خاص اخلاقی استفاده می‌شد. بدیهی است که آن معیارها، معیارهای طبقات بالا و متوسط بود. لکن گرایش اغلب کشورهای غربی این است که اخلاقیات را از حقوق جزا تفکیک کنند و از اعمالی که صدمه اجتماعی ملموس ایجاد نمی‌کنند و واکنش شدید اکثریت مردم را در پی ندارند، جرم زدایی نکنند، گرچه ممکن است این اعمال بر اساس معیارهای غالب غیر اخلاقی محسوب شوند» (عبدالفتاح، ۱۳۸۵: ۱۵۲).

۲. مفهوم و مصادیق و تحولات زنا

در این قسمت لازم است ابتدا مفهوم زنا را مورد بررسی قرار دهیم و سپس مصادیق آن را در ورای تحولات قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تحلیل و تشریح نماییم.

۱.۲. مفهوم زنا

در خصوص تعریف زنا، ماده ۲۲۱ قانون مجازات اسلامی بیان می‌دارد: «زنا عبارت است از جماع مرد و زنی که علقه زوجیت بین آنها نبوده و از موارد وطی به شبهه نیز نباشد». این ماده قید "علقه زوجیت نداشتن" را به کار برده که دارای بار معنای جدیدی نیست، جز این که، تبصره ۱ این ماده، به تعریفی از جماع پرداخته و به طور کامل تری نسبت به قانون سابق آن را وصف کرده است؛ «جماع با دخول اندام تناسلی مرد به اندازه ختنه گاه در قُبُل یا دُبُر زن محقق می‌گردد». این که متعلق ایلاج و دخول چه چیز است میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. لازم است این نکته معلوم شود که آیا زنا موضوعی شرعی است و حقیقت شرعی‌ای درباره آن وجود دارد یا این که این عنوان، مانند بسیاری از عناوین، عرفی بوده و از موضوعات متخذ از عرف است که شارع تأسیسی در این باره ندارد؟ «در پاسخ به این پرسش به نظر می‌رسد احتمال دوم موجه‌تر باشد، مویب این احتمال آن است که اولاً تعریفی از زنا در روایات دیده نشده و هر آن چه از اهل بیت (ع) در این باره رسیده، احکام مربوط به زنا است. گویی شارع همان مفهوم عرفی و عقلایی زنا را پذیرفته است و احکام را بر همان مفهوم عرفی‌اش بار کرده است. ثانیاً در برخی از آثار فقهی به عباراتی از فقیهان بر می‌خوریم که معتقدند زنا حقیقت شرعی ندارد و شارع همان معنای عرفی و لغوی آن را پذیرفته است» (محسنی، ۱۳۹۰: ۱۳۶). یکی از فقهای معاصر در این خصوص می‌فرماید: «الزنا موضوع عرفی ... و لیس له حقیقه الشرعیه (مکارم شیرازی، ۱۳۸۷: ۲۲). آن چه که لازم است به آن توجه شود این که اولاً مفهوم زنا یک مفهوم عرفی است و چگونگی تحقق آن را روایات مشخص ننموده‌اند، بلکه عرف است که بازشناسی زنا از سایر اعمال جنسی می‌پردازد و آن را تعیین می‌کند. ثانیاً با اندک تأمل در کتب فقهی متوجه عدم روشن سازی این مفهوم در لغت خواهیم شد و در کتب لغت و عرف نیز اگر تعریفی ذکر شده است با توجه به گفته خود فقها است که آورده شده است.^۱ آن چه به نظر می‌رسد «اولاً وجود قدر متیقن و انصراف ناشی از کثرت استعمال در این مورد (مفهوم فرج) مانع اطلاق گیری می‌باشد. ثانیاً در باب روایات غسل با تعارض روبرو هستیم یعنی روایاتی وارد شده که به طور مشخص از التقای ختنان به عنوان موجب غسل نام برده است و لذا برخی فقهای معاصر نزدیکی در دبر را موجب غسل ندانسته و به همین ترتیب با وجود دخول در دبر، اصل برائت و اصل احتیاط را مقتضی عدم ترتب حکم زنا و بالتبع عدم اجرای حد دانسته‌اند و عمل مزبور را صرفاً مستوجب تعزیر می‌دانند. ثالثاً فقها در معنای زنای محصنه، احصان را به دخول در قبل

۱. برای آگاهی از این که اقوال لغویان در تعریف زنا (از طریق قبل یا دبر) ناکافی و در نهایت منتهی به قول های فقها می‌شود، ر.ک: «تأملی فقهی در ماده ۶۳ ق.م.ا و تبصره ۱ ماده ۱-۲۲۱ لایحه پیشنهادی» از محمد محسنی دهکلاتی، محمد حسن حائری، محمد تقی قبولی درافشان، صص ۳۸-۱۳۷.

منحصر می‌دانند، یعنی در واقع فرج را منصرف به قبل دانسته‌اند» (شاه ملک پور، ۱۳۹۳: ۱۶). بنابراین مراد از زنا وطی از طریق قبل است. با توجه به آن چه گفته شد، لازم بود قانون گذار همانند رفع ابهامی که از شرایط احصان نموده و نزدیکی و امکان نزدیکی از طریق قبُل را در آن لازم می‌داند، از تعریف زنا هم رفع ابهام می‌نمود و رأی بهتر (که به آن اشاره شد) را انتخاب و از گسترش دامنه تعریف زنا به نزدیکی از طریق دُبُر خودداری می‌نمود.

۲.۲. مصادیق زنا

از مصادیق زنا که در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با تحولات و تغییرات همراه بوده است می‌توان به زنا با عنف، زنا با محصنه و جماع با میت اشاره کرد که در ذیل به آن‌ها می‌پردازیم.

۲.۲.۱. زنا با عنف

با تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تغییراتی در زنا با عنف به وجود آمده؛ ماده ۲۲۴ ق.م.ا در بیان زنایی است که مجازات آن اعدام در نظر گرفته شده و جای‌گزین ماده ۸۲ قانون مجازات سابق شده است. این ماده مقرر می‌دارد: «حد زنا در موارد زیر اعدام است: الف- زنا با محارم نسبی. ب- زنا با زن پدر که موجب اعدام زانی است. پ- زنا با مرد غیر مسلمان با زن مسلمان که موجب اعدام زانی است. ت- زنا با عنف و اکراه از سوی زانی که موجب اعدام زانی است.» در بند های الف، ب و پ تغییری نسبت به قوانین سابق دیده نمی‌شود و بحث خود را در مورد بند آخر یعنی "زنا با عنف یا اکراه" ادامه می‌دهیم. صدر ماده مختصر به عبارت «حد زنا در موارد زیر اعدام است» گردیده و بند آخر بیان می‌دارد، زنا با عنف یا اکراه از سوی زانی موجب اعدام زانی است. هر چند تفاوت محتوایی با ماده سابق ندارد ولی نکته ای که لازم است در اینجا به آن اشاره ای داشته باشیم این است که این نوع جرم انگاری با اصول اولیه قانونگذاری و جرم انگاری یک عمل، تناقض آشکاری دارد؛ بدین توضیح که ذکر مجازات برای یک رفتار بدون در نظر گرفتن شرایط و ذکر اوصاف و چگونگی تحقق آن و یا عدم شفافیت در بیان شرایط تحقق موجب یک تفسیر سلیقه‌ای در عمل به قانون خواهد شد. تنها ارائه ی یک لیست از جرائم و بیان مجازات آن‌ها رافع تکلیف برای قانون‌گذار محسوب نمی‌گردد و شتابزدگی در تدوین قوانین اساسی و حیاتی نه تنها مشکلی را از روی دوش جامعه بر نخواهد داشت بلکه گره‌ای را نیز بر کار اجتماع می‌افزاید. در خصوص مستند این حکم روایات بسیاری وارد شده که اکثر آن‌ها به قتل زنا کار تصریح نموده‌اند از جمله «یجب القتل..... والزانی قهراً» (محقق حلی، ۱۴۰۹: ۳۶۲). با دقت در روایات وارد شده در زنا با عنف و اکراه، متوجه خواهیم شد که روایات از «غصب امرئه» سخن به میان آورده‌اند. «لذا به

نظر می‌رسد زنا به عنف و اکراه یکی از مصادیق غضب مرئیه باشد و مصادیق دیگری نیز می‌تواند داشته باشد، از قبیل زنا کرده با زنی که در خواب است، بیهوش است و یا مست است» (شاه‌ملک پور، ۱۳۹۳: ۵۲).

پس رابطه‌ای بین زنا به اکراه و زنا غصبی وجود دارد یک رابطه عموم و خصوص مطلق است؛ قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ به تبع نظر آن دسته از فقها که معتقدند مفهوم غضب، انصراف به «اکراه» دارد و نهایتاً شامل اجبار می‌شود، بقیه موارد را خارج از حکم می‌دانست. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بی‌تفاوت از این موارد نگذشته و در تبصره ۲ ماده ۲۲۴ مصادق‌هایی را ذکر کرده که تحت شمول غضب و خارج از عنف و اکراه صورت می‌پذیرد و مصادق‌هایی از عدم رضایت هستند.^۱ با توجه به این تبصره پرسشی که ممکن است به ذهن برسد این است که آیا قانون‌گذار مفهوم غضب را به جای عنف و اکراه پذیرفته و هر گونه غضب امرئیه ای را موجب قتل می‌داند؟ و دیگر این که دامنه غضب امرئیه محدود به موارد ذکر شده در تبصره است یا جنبه تمثیلی دارند؟ در پاسخ باید گفت که قانون‌گذار در قسمت اول تبصره ۲ ماده ۲۲۴ ذکر کرده «هر گاه کسی با زنی که راضی به زنا با او نباشد در حال بیهوشی، خواب یا مستی زنا کند رفتار او در حکم زنا به عنف است...». پس از عبارت "در حکم زنا به عنف است" به این مطلب پی خواهیم برد که در مفهوم زنا به عنف تغییری حاصل نشده و موارد ذکر شده در تبصره ماهیتاً زنا با عنف یا اکراه نیست و فقط مجازات زنا به عنف یا اکراه بر آن‌ها بار می‌شود. همانطور که ذکر شد دو نظر در مورد غضب وجود دارد؛ یا باید پذیرفت که تنها مراد از غضب، عنف و اکراه است و یا باید گفت که روایات تمام موارد زنا غصبی را در بر می‌گیرد، حال چه با عنف و اکراه صورت گیرد و چه با فقد رضایت. از سوی دیگر پذیرفتن نظر اول (که تنها زنا با عنف و اکراه را می‌پذیرند) در حالی که سایر موارد را نیز در حکم آن بدانیم، به نوعی مشوش بودن پذیرش یکی از دو نظر را نشان می‌دهد. با این توضیح که یکی از نقایص قانون در سابق عدم حمایت سیستم قضایی از این بزه دیده‌گان بود، چرا که زنی که در حال مستی و یا بیهوشی به او تجاوز شده است نیز به نوعی مظلوم واقع شده و همانند زنا به عنف یا اکراه نیازمند حمایت سیستم قضایی است. رفع این نقص اگر با رجوع به روایات بخواهد صورت گیرد، قانون‌گذار راهی جز قبول این که هر گونه غضب امرئیه موجب اعدام خواهد شد (همان دلالت لغوی) ندارد، جز آن که چنین اعمالی را خارج از عنوان زنا به عنف یا اکراه بداند (همان معنای منصرف بودن) و حمایت قضایی خود را از این موارد، با در نظر گرفتن عقوبت مشدده ای، اعلام نماید، آن هم عقوبت مشدده ای که در حیطه

۱. برای مطالعه بیشتر رک: پایان نامه «بررسی تطبیقی زنا به عنف در حقوق ایران، انگلستان و آمریکا» از محمد رضا صالحی ۱۳۹۰، صص ۱۶۸-۵۶.

تعزیرات جای خواهد گرفت و به تمامی شرایط وقوع جرم، نتایج حاصله از جرم، ویژگی‌های مجنی علیه و مجرم و... نظر خواهد داشت. به نظر می‌رسد مجازات قتل تنها متناسب با آن زنایی است که مرد تهدیدی به صورت جدی بر زن روا دارد و او را مقهور قدرت خویش نماید؛ چرا که مجازات اعدام سنگین ترین نوع مجازات بوده و سبب حذف مرتکب از صحنه جامعه می‌گردد. در حالی که امروزه هدف اصلی در حقوق جزا اصلاح بزهکار و برخورد با او به مثابه یک بیمار است. به همین علت مجازات قتل می‌بایست تنها در مواردی به اجرا در آید که حداقل هیچ امیدی به اصلاح بزهکار وجود نداشته باشد. علاوه بر این درست است که برقراری رابطه جنسی بدون رضایت و نادیده گرفتن خواست و تمایلات جنسی که در تبصره به آن اشاره شده است توهین بزرگی به ساحت زن است و جنایت بزرگی را شکل می‌دهد، اما باید توجه کرد تناسب جرم و مجازات می‌بایست رعایت گردد و این مهم با در نظر گرفتن عقوبت مشدده ای برآورده می‌شود. به نظر، قانون‌گذار خواسته حمایت خود را در این موارد اعلام دارد و این خلأ را جبران کند ولی اعلام حمایت به این نحو، بدون پشتوانه فقهی و عدم تناسب مجازات نه تنها مشکل را حل نکرده بلکه شبهاتی را نیز با خود وارد کرده است.

در مورد تمثیلی و یا حصری بودن موارد ذکر شده در تبصره، باید گفت علت حکم در ابتدای تبصره "عدم رضایت" اعلام شده است و طبق اصول، علت حکم را می‌توان به تمامی مواردی که رضایت وجود نداشته باشد تعمیم داد. ولی با توجه به این نکته که قانون‌گذار زنای غصبی را به طور مطلق و آن چنان که از روایات استنباط می‌شود، نپذیرفته و همچنین با توجه به شدت مجازات در نظر گرفته شده (اعدام) و همچنین ادبیات بیان در تبصره (فقد کلماتی همچون مانند، از قبیل و...) باید گفت موارد ذکر شده در تبصره حصری است نه تمثیلی. بنابراین قانون‌گذار که در تبصره بیان کرده: «هر گاه کسی با زنی که راضی به زنا با او نباشد در حال بیهوشی، خواب یا مستی زنا کند رفتار او در حکم زنا با او به عنف است. در زنا از طریق اغفال و فریب دادن دختر نابالغ یا از طریق ربایش، تهدید و یا ترساندن زن اگرچه موجب تسلیم شدن او شود نیز حکم فوق جاری است» خواسته در حمایت از زنا با غصبی به تدوین این تبصره پردازد ولی به دلیل شدید بودن مجازات زنا با عنف یا اکراه؛ تنها مواردی از آن‌ها را در حکم زنا با عنف یا اکراه قرار داده است و همین اقدام برای بروز شبهه‌ای که باعث خروج سایر موارد خواهد شد کافی است. موارد دیگری همچون زمانی که زن راضی به زنا با فرد نیست ولی او خود را جای فرد دیگر (مانند شوهر زن) جا زده و بدین ترتیب مرتکب زنا می‌شود و یا زمانی که فرد با زنی که به هیچ وجه حاضر به همبستری با او نیست، در حالتی که جنون موقتاً بر او عارض شده است زنا می‌کند و موارد دیگری از این قبیل مشمول این تبصره و به تبع در حکم زنا با عنف و اکراه قرار نمی‌گیرد. نکته دیگری که از تبصره

قابل برداشت است اینکه "در حال بیهوشی، خواب یا مستی" به طور مطلق بیان شده و هیچ تفاوتی بین زمانی که فرد زن را خواب، مست، بیهوش می‌کند و مرتکب عمل می‌شود و زمانی که فرد او را در چنین حالتی می‌یابد و با او زنا می‌کند وجود ندارد. ایراد دیگری که به این قسمت از ماده وارد است این است که زنا با مست را به طور مطلق بیان کرده است و این در حالی است که فروض متعددی را می‌توان برای آن قائل شد، و تحلیل‌های گوناگونی برای آن ارائه شده است. ولی قانون-گذار به صورت مطلق زنا با فرد ناراضی در حالت مستی را در حکم زنا با به عنف قرار داده و مستوجب اعدام می‌داند.

زنا از طریق اغفال و فریب دادن دختر نابالغ نکته دیگری است که در انتهای تبصره آمده است و نمی‌توان از کنار آن بی‌تفاوت گذشت، باید گفت در تمامی روایاتی که به زنا اشاره کرده‌اند صحبت از "امرئه" است، که مراد از آن زن بالغه است و به نظر می‌رسد از رابطه جنسی یک مرد بالغ و یک دختر نابالغ بتوان به یک نوع آزار و اذیت جنسی نام برد که حتی می‌تواند با توجه به قبیح بودن آن مجازات شدیدتری هم نسبت به زنا با ساده داشته باشد. در ابتدا باید گفت قانون‌گذار همانند قانون مجازات مصوب ۱۳۷۰ به پیروی از نظریه مشهور فقهی (نجفی، ۱۳۷۴، ج ۴: ۳۲۱) زنا با نابالغ را پذیرفته، و آن را از مصادیق زنا دانسته و در تبصره ۲ ماده ۲۲۱ بیان کرده: «هر گاه طرفین یا یکی از آنها نابالغ باشد، زنا محقق است...». علاوه بر این قانون‌گذار زنا با اغفال و فریب دادن دختر نابالغ را نیز همانطور که گفتیم در آخر تبصره ۲ ماده ۲۲۴ در حکم زنا با عنف یا اکراه دانسته است، در این مورد می‌بایست به این مطلب اشاره کنیم که مفهوم مخالف این قسمت از ماده این است که زنا با نابالغ با رضایت نیز وجود دارد. پذیرش این نظر مشکل است، چراکه رضایت دادن نیازمند بلوغ، عقل هم هست و رضایت دادن فردی که نمی‌فهمد در این فرض، با رضایت دادن فردی که آگاه و عالم و بالغ است تفاوت دارد و همانطور که بیان کردیم چنین فرضی هر چند قبح بیشتری دارد ولی به آزار و اذیت جنسی شبیه تر است و به تبع این نظر نزدیکی کردن با دختر نابالغ حداقل به معنی اغفال و فریب او می‌باشد. ولی قانون‌گذار همان طور که زنا را با نابالغ مد نظر قرار داده و می‌پذیرد، رضایت را هم برای نابالغ متصور است. در صورتی که فرد زنا با دختر نابالغ را از طریق اغفال و فریب او انجام دهد، قانون‌گذار آن را در حکم زنا با عنف و اکراه قرار داده، یعنی زنایی که ماهیتاً زنا با ساده است ولی به دلیل قبیح تر بودن آن، مجازات زنا با عنف را برای آن قرار داده است، حال سوال این است که آیا قبیح تر بودن این عمل می‌تواند آن را تحت شمول زنا قرار داده و مجازات زنا با عنف را برای آن در نظر بگیرد؟ در پاسخ می‌توان گفت «صرف افحش بودن و قبیح تر بودن دلالت بر وقوع زنا ندارد و برای زن کبیره حرمت خاص وجود دارد که وجود آن حرمت در صغیره معلوم نیست، لذا در عین حالی که مجازات

با صغیره می‌تواند شنیع تر بوده و مجازات سنگینی هم داشته باشد، اما لزوماً دلیل نمی‌شود که بگوییم زنا واقع شده و همان مجازات زنا به عنف را دارد» (شاه ملک پور، ۱۳۹۳: ۵۴). هر آنچه گفتیم نسبت به زنا از طریق ربایش، تهدید و ترساندن زن هم که در انتهای تبصره آمد، هم صدق می‌کند، ولی قانون گذار در این موارد نیز حکم زنا به عنف را جاری کرده است.

فلذا مفهوم زنا به عنف در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با تغییری همراه نبوده است و موارد ذکر شده در تبصره ماهیتاً زنا به عنف یا اکراه نیست و فقط مجازات زنا به عنف یا اکراه بر آن‌ها بار می‌شود و پشتوانه فقهی برای در نظر گرفتن مجازات اعدام برای موارد ذکر شده در تبصره ۲ ماده ۲۲۴ وجود ندارد. از سویی با بررسی تمثیلی یا حصری بودن موارد ذکر شده در تبصره می‌توان به حصری بودن آن‌ها پی برد.

۲.۲.۲. زنا محصنه

یکی دیگر از تحولاتی که در قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ در خصوص جرایم جنسی می‌توان مشاهده نمود تحولات در خصوص زنا محصنه در ماده ۲۲۵ است. این ماده بیان می‌کند: «حد زنا برای زانی محصن و زانیه محصنه رجم است. در صورت عدم امکان رجم با پیشنهاد دادگاه صادر کننده حکم قطعی و موافقت رئیس قوه قضائیه چنانچه جرم با بینه ثابت شده باشد، موجب اعدام زانی محصن و زانیه محصنه و در غیر این صورت موجب صد ضربه شلاق برای هر یک می‌باشد». این ماده با تغییرات فراوانی که همراه خود داشته، به نوعی جای‌گزین ماده ۸۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ شده است. با این تفاوت که به شرایط تحقق احصان در ماده جداگانه‌ای پرداخته است (ماده ۲۲۶). برای دستیابی به مبنای این تحول و نوآوری که در قانون مجازات اسلامی و این‌ها که راه یابی چنین ماده‌ای با این تغییرات، به قانون مجازات اسلامی چه پشتوانه‌ای در فقه داشته است، نیازمند تحلیل جزء به جزء این ماده می‌باشیم، بنابراین این ماده را در سه قسمت مطالعه می‌کنیم.

۲.۲.۲.۱. رجم به عنوان مجازات اصلی

صدر ماده ۲۲۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به صراحت مقرر می‌دارد "حد زنا برای زانی محصن و زانیه محصنه رجم است"، یعنی اگر فردی با تمامی شرایط ثبوتی چنین عملی را انجام داد و تمام شرایط اثباتی فراهم شود، موجب رجم زانی محصن و زانیه محصنه خواهد شد. در خصوص خود رجم یکی از صاحب‌نظران می‌گوید: «غایت و منتهای رجم در احادیث، صرفاً عبارت از اصابت شمار معتنا بهی سنگریزه به اندام محکوم (و چشاندن درد آن به وی) است و پس از اصابت

این شمار، که صدق مفهوم رجم را به دنبال دارد عملیت پایان یافته تلقی می‌شود» (ترکاشوند، ۱۳۹۱: ۴۱) و رجم در میان اعراب عملی شناخته شده بود و تعریف مشخصی داشت و آن عبارت از این بود که به منظور مخالفت و اعراض و تنبیه و تحقیر، کسی را با سنگ ریزه رانی و از اقلیم جغرافیایی و دینی خود دور کنی. این رجم و سنگ پرانی و ریگ باران، چنان‌که در ادامه ذکر خواهد شد، از سوی برخی مشرکان نسبت به حضرت پیامبر(ص) نیز روی داد. چنان‌که پیداست رجم در میان ایشان، برای کشتن و حتی ایجاد صدمه جدی نبود. چه، اولاً از ریگ و سنگریزه استفاده می‌شد و نه سنگ‌های گشوده. ثانیاً به جاهای خطرناک زده نمی‌شد و ثالثاً چنان هدفی اساساً تعقیب نمی‌شد بلکه همان‌طور که گفتیم رجم، تنبیه و تنفیری بود که از طریق پرتاب ریگ و سنگریزه نثار فرد می‌گردید^۱ ولی قانون‌گذار ما از نظر مشهور فقها پیروی کرده و چنین معنایی از رجم را نپذیرفته است و رجم را که از نظر مشهور فقها به‌عنوان مجازات در زنا با شرایط احصان مورد قبول واقع شده را، چنان‌که در ماده ۸۳ آورده شده بود، پذیرفته است. ما در این پژوهش به دنبال بررسی فقهی و بررسی ادله طرفداران و مخالفان مجازات رجم برای پی بردن به واقعیت نیستیم ولی اشکالات جدی به این حکم اسلامی وارد شده است و این اشکالات با بازگشت به خود متون و روایات مطرح شده و منتج به نفی آن از دین مبین اسلام و این ادعا شده که حتی اسلام موجب نسخ سنگسار شده است.^۲

۲.۲.۲.۲. عدم امکان رجم

یکی از تحولات جدی و چالش برانگیز این ماده از قسمت دوم آن که بیان می‌کند: «در صورت عدم امکان رجم با پیشنهاد دادگاه صادر کننده حکم و ...» برداشت می‌شود. با این توضیح که با ایجاد شرایط ثبوتی و اثباتی رجم، می‌بایست حکم را اجرا نمود و متوقف نمودن آن به طور موقت جز در شرایط پیش‌بینی شده در شرع و قانون همانند زمانی که محکوم به رجم باردار باشد یا در سرزمین کفر اقامت داشته باشد، و برداشتن حکم آن به طور دائم نیز جز به موجب شرع یا قانون همانند زمانی که طبق ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی توبه او مورد پذیرش واقع شود، جایز نمی‌باشد. فرض پیش‌بینی شده در این ماده موردی است که برای اجرای رجم هیچ مشکل قانونی و شرعی وجود ندارد و اگر بخواهیم رجم را اجرا نماییم نه با مشکلی از لحاظ عنصر قانونی، مادی و معنوی مواجه هستیم و نه با اصل قانونی بودن جرم و مجازات. پس پرسشی که در ذهن در این خصوص ایجاد می‌شود و پاسخ به آن می‌تواند باب مهمی را باز کند این است که عدم امکان اجرای حکم در

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک: یعقوبی، ۱۳۶۶ ج ۲: ۱۸۹.

۲. برای مطالعه بیشتر ر.ک: ترکاشوند، امیر حسین (۱۳۹۱)، «نسخ سنگسار توسط اسلام».

چه صورتی است؟ و بر اساس چه ملاک و معیاری صورت می‌گیرد؟ پشتوانه قائل شدن چنین اختیاری به مرجع صالح چیست؟ قانون‌گذار باید عناصر تشکیل دهنده جرایم را با عبارات روشن و دقیق، مشخص و تعریف نماید. استفاده از الفاظ و عبارات موسع و دارای معانی، مفاهیم و حتی کاربردهای متنوع و یا قابل اطلاق بر وضعیت یا رفتارهای متعدد، به ابهام یک ماده قانونی منجر می‌شود و باعث وهن قانون، تقنین و حکومت در معنای عام می‌شود و «اجرا» و «احساس» عدالت را مخاطره می‌افکنند (شمس ناتری و همکاران، ۱۳۹۰: ۲۸۹)، از سویی دیگر حقوق جزا نباید در هر عرصه‌ای وارد شود و بنا به عبور از فیلترهای خاص است که می‌توان به آن توسل پیدا کرد و فارق از تمام تفاوت‌های مبانی جرم‌انگاری با یکدیگر، نقطه اشتراک آن‌ها را می‌توان بر لزوم اجرای مجازات دانست، وقتی قانون‌گذار اعمال مجازات را بر اساس مبانی خود لازم دانست و به تعیین مجازات پرداخته و در مواد قانون مجازات لحاظ شد، باید به آن عمل نموده و به آن پایبند باشد و هیچ دلیلی برای فرض عدم امکان اجرای آن، آن هم به تشخیص دادگاه، نباید باقی بماند.

لازم است در همین جا ذکر شود «وظیفه حقوق جزا در ایفای نقش خود دائر بر تسهیم مجازات و تعیین میزان آن و بالعکس، در تبیین ساختمان جرایم آن است که افرادی را که مستحق مجازات هستند و تحمیل مجازات بر آن‌ها عادلانه است مشخص نماید و شدت مجازات آن‌ها بر اساس این معیارها درجه بندی کند» (کلارکسون، ۱۳۷۱: ۲۲۵) و زمانی که قانون‌گذار به این نتیجه رسید که این مجازات لازم است، باید اجرا شود و اگر دید لازم نیست و به هر عنوانی باید کنار گذاشته شود، قانون‌گذار باید رأساً آن را حذف و تشخیص استحقاق اجرا یا فرض عدم امکان اجرا یک کیفیت مخففه نیست که به قاضی محول گردد. فرض بدتر از محول نمودن این امر به دادگاه صادر کننده حکم این است که نه تنها قوه قضاییه بلکه سایر نهادها داخل در ماهیت تصمیم‌گیری این امر (رجم) می‌شود و خواه ناخواه، تأثیرگذار در فرایند دادرسی می‌باشند؛ فرض کنید دو حکم زنا‌ی محکوم به رجم، یکی در شهری مثل تهران و دیگری در استانی دور دست، صادر شود، رسانه‌ای کردن رجم صادر شده در تهران، با توجه به شرایط جهانی و دید بین‌المللی به کمک زناکار خواهد آمد و خواه ناخواه پیشنهاد عدم امکان رجم را دادگاه صادر خواهد کرد؛ ولی ورود رسانه به استان دور دست و بزرگ‌نمایی آن و توجه به ارزش‌های مذهبی حاکم بر آن منطقه شاید به کمک محکوم به رجم نیاید و منتج به تبدیل رجم به اعدام یا شلاق منتج نگردد. اساساً این اقدام قانون‌گذار هیچ پیشینه‌روایی و فقهی ندارد و هیچ یک از فقها به آن اشاره نکرده‌اند، و ممکن است عده‌ای به قاعده حرمت تنفیر و یا لطمه علیه دین روی آورند و بخواهند این اقدام قانون‌گذار

را قدم گذاشتن در راستای این قاعده تفسیر کنند.^۱ بحث سر لزوم اجرای حدود و سنگسار است و اگر به هر دلیلی قرار است سنگسار اجرا نشود، می بایست قانون گذار خود شرایط عدم امکان اجرای آن را در قانون به طور شفاف بیان نماید و نه اینکه این موارد را به تشخیص قاضی واگذار کند، زیرا این عمل با اصول اولیه جرم انگاری و سیاست جنایی در بحث مجازات ها (بخصوص حدود) در تضاد است.

۲.۲.۲.۳. زنای اثبات شده با بینه با اقرار

قسمت آخر ماده بیان کرده « چنانچه جرم با بینه ثابت شده باشد، موجب اعدام زانی محصن و زانیه محصنه است و در غیر این صورت موجب صد ضربه شلاق برای هر یک می باشد ». این گفته قانون گذار نیز نوعی تحول و تغییر است که تحلیل آن کمک شایانی به شناخت نگرش قانون گذار در تحولات ایجاد شده در خصوص جرایم جنسی می نماید. لازم است به آثاری که بر تفکیک اثبات جرایم مستوجب مجازات حد زمانی که با بینه ثابت شده و زمانی که با اقرار ثابت شده است اشاره ای داشته باشیم. اولین مورد، بحث توبه است؛ توبه قبل از اثبات جرم (به استثنای قذف و محاربه) در صورتی که ندامت و اصلاح مرتکب برای قاضی محرز شود موجب سقوط حد می شود، ولی در پذیرش و قبول توبه بعد از ثبوت جرم بین زمانی که با اقرار ثابت شده است و زمانی که با بینه ثابت شده است تفاوت وجود دارد؛ زمانی که زانی محصنه با اقرار ثابت شده باشد، با توبه حتی پس از اثبات جرم دادگاه می تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست نماید ولی اگر جرم با بینه ثابت شده باشد، توبه باعث سقوط مجازات نمی شود^۲ و دیگر انکار پس از اقرار است که به هیچ عنوان پذیرفته نیست مگر زمانی که مجازات رجم باشد، که در این صورت مجازات رجم ساقط می شود (نجفی، همان: ۲۹۱). حال در این که آیا جلد جای گزین می شود یا خیر اختلاف وجود دارد (شاه ملک پور، ۱۳۹۳: ۳۱-۳۰)، پس پذیرش یا عدم پذیرش توبه، سقوط رجم و یا جای گزین شدن جلد به جای رجم، در فقه مواردش مشخص شده است. ولی در هیچ موردی فرض عدم امکان اجرا، آنچنان که ماده ۲۲۵ پیش بینی کرده، ذکر نشده و تفکیکی بین اثبات با بینه و اقرار در این مورد وجود ندارد. بنابراین باید گفت قانون گذار بر چه اساس و مبنایی به جای گزین کردن اعدام و شلاق به جای رجم در صورت عدم امکان اجرای آن مبادرت نموده است، در حالی که

۱. لطمه (وهن) در لغت به معنای تضعیف و سست نمودن کسی یا چیزی است و در اصطلاح فقهی، وهن دین یا مذهب به معنای سبک جلوه دادن دین و مذهب در انظار عمومی دیگر ادیان و یا مذاهب است (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۴: ۹۲).

۲. مستنبط از ماده ۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.

هیچ پیشینه روایی و فقهی در این خصوص وجود ندارد. به خصوص در فرض اثبات با بینه که در این صورت، اعدام جای‌گزین آن می‌شود، اعدامی که در نهایت همانند رجم موجب سلب حیات او خواهد شد و علی‌رغم ایرادات فوق که به آن وارد شد، به نفع محکوم علیه نیست، چرا که در فرض امکان اجرای رجم شرایط ممکن است به نفع محکوم پیش رود، بدین گونه که شاید شهود از هنگام اجرای حکم فرار کنند که این باعث سقوط رجم خواهد شد (مستنبط از تبصره ۲ ماده ۲۳ آیین نامه نحوه اجرای احکام قصاص، رجم، قتل، صلب، اعدام و شلاق موضوع ماده (۲۹۳) قانون آ.د.ک (۱۳۸۷)، ولی زمانی که اعدام جای‌گزین سنگسار شد، هیچ راهی برای فرار محکوم از مجازات وجود نخواهد داشت. از این رو چه بسا بتوان جای‌گزین شدن اعدام به جای سنگسار را از جهت فوق الذکر، حتی به ضرر محکوم علیه دانست و مقنن در این جای‌گزینی از این نکته غافل مانده است.

۳.۲.۲. جماع با میت

ماده ۲۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بیان می‌دارد: «جماع با میت، زنا است مگر جماع زوج با زوجه متوفای خود که زنا نیست، لکن موجب سی و یک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق تعزیری درجه شش می‌شود». این ماده از احکام تازه‌ای است که در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بدان اشاره شده، البته در فقه نیز به آن اشاره شده است. در خصوص این ماده چند نکته حائز اهمیت است؛ اول آن که شارع جماع زوج با زوجه متوفای خود را زنا ندانسته و وی را مستوجب شلاق تا هفتاد و چهار ضربه شلاق دانسته است حال آن که در خصوص زوجه قائل به چنین حکمی نشده است، در این میان این پرسش مطرح می‌شود که اگر زوجه با زوج متوفی خود جماع نماید مشمول عنوان زناست و یا آن که حکم این ماده را باید به زوجه تسری دهیم؟ به نظر می‌رسد امکان اعمال فرض اخیر باتوجه به نص صریح ماده وجود نداشته باشد. نکته دیگر آن که پس از وفات عقد نکاح نیز از بین رفته و منحل می‌شود (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق: ج ۱۷: ۵۶۴۳)؛ فلذا مطابق با عمومات حقوقی و فقهی، علقه زوجیت با فوت از بین می‌رود، حال چگونه جماع با زنی که به واسطه وفات از علقه زوجیت خارج شده از مصادیق زنا نیست جای سوال دارد. تنها پاسخی که می‌توان داد این است که شاید این حکم دلیلی احساسی داشته باشد تا عقلی که در ادامه بدان می‌پردازیم. در رابطه با این موضوع امام خمینی می‌فرماید: حدّ در وطی زن مرده مانند حدّ در زن زنده است، در صورت محصن بودن رجم و در صورت عدم آن حد است و گناه و جنایت در این جا فاحش‌تر و بزرگ‌تر است و بر او است که علاوه بر حدّ، به حسب نظر حاکم تعزیر شود؛ البته در آن تأمل است. و اگر زن مرده خودش را وطی کند تعزیر دارد، نه حد (موسوی خمینی، ۱۴۲۵ق، ج ۴: ۲۴۷). صاحب جواهر نیز در این خصوص می‌گوید: «نزدیکی با مرده، در تعلق گناه و

اجرای حد، همانند نزدیکی با زنده آن است، اعم از آن که مجازات آن سنگسار باشد یا کشتن. (نجفی، ۱۳۷۴ ج ۴۱: ۶۴۴). بنابراین رأی مشهور در فقه شیعه زنا بودن چنین عملی است. ولی در فقه اهل سنت، این قدامه در این مورد معتقد است که اگر کسی با مرده‌ای نزدیکی کند، حدی بر این شخص جاری نمی‌شود؛ (ابن قدامه، ج ۱۲، ۳۴۱-۳۴۰). قانون گذار نیز بر خلاف قانون حدود و قصاص ۱۳۶۱ و قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ که هیچ اشاره‌ای به جماع با میت نکرده بود، به صراحت در ماده ۲۲۲ چنین حکمی را مقرر داشته است؛ اما در این که هدف از مقرر نمودن این حکم و مشکلات عدم ذکر آن در قانون چه بوده، قابل تأمل می‌باشد. شاید دلیلی که برای ذکر این مورد در قانون مجازات اسلامی بتوان آورد، همان جایگاه حسن و قبح در جرم انگاری باشد و قبیح بودن چنین عملی در تمامی دوران باشد. اما همچنان که قبلاً توضیح دادیم زنا یک مفهوم عرفی است، در این خصوص یکی از صاحب نظران این گونه بیان می‌کند که «به نظر می‌رسد، مفاهیمی چون زنا و یا لواط به معنای عرفی خود حمل می‌شوند و در عرف، اینگونه جرایم میان دو انسان زنده قابل تحقق است. لذا هرگونه عملی که با یک انسان مرده انجام می‌گیرد، از شمول معانی زنا و لواط خارج است، هر چند که آن اعمال شنیع و بسیار قبیح باشند. به این ترتیب از شمول اطلاق ادله وارده در باب زنا و لواط نیز خارج می‌گردند. اگر دلیل مستقیمی داشته باشیم که مجازات ارتکاب عمل جنسی با مرده را همانند زندگان مطرح کرده باشد در آن صورت مسئله متفاوت خواهد بود» (شاه ملک پور، ۱۳۹۳: ۷۲).

اگر این نظر پذیرفته شود که جماع با میت زنا محسوب می‌شود، نباید تفکیکی بین این که متوفی زوجه او باشد یا نباشد، قائل شد. چرا که این عمل نیز زنا است و اگر قرار است تفاوتی بین این دو وجود داشته باشد، می‌بایست در مجازات آن لحاظ گردد. بنابراین آن قسمت از ماده که بیان می‌دارد «مگر جماع زوج با زوجه متوفای خود که زنا نیست...» نیز پیشینه فقهی ندارد؛ مگر اینکه منظور مقنن از "زنا نیست" را "موجب حد زنا نیست" بدانیم، که در این صورت پیشینه فقهی آن وجود دارد.

۳. ارزیابی تحولات قانونی ناظر به جرم زنا با توجه به اصول جرم انگاری عرفی و اسلامی

باتوجه به آنچه در خصوص مبانی جرم‌انگاری بیان کردیم و آنچه در خصوص تغییر و تحولات صورت گرفته در جرایم جنسی بیان شد، اکنون نوبت به این می‌رسد که با درکنار هم قرار دادن تحولات صورت گرفته با مبانی و اصول مسلم جرم‌انگاری به بررسی این مطلب پردازیم که تحولات صورت گرفته تا چه اندازه بر اساس اصول و مبانی صورت گرفته است. به دنبال احساس لزوم برای بازنگری در قوانین مربوط به جرایم جنسی، قانون گذار لازم دانست که تغییری در این

راستا انجام دهد. احساس لزوم برای بازنگری در این خصوص ریشه در مقتضیات زمان و مکان (رضایی، ۱۳۷۷: ۱۴۴-۱۱۱) و دیدگاه‌های حقوق بشری و... دارد. برای مثال، قطعنامه مجمع عمومی سازمان ملل در مورد وضعیت حقوق بشر در ایران که در اوایل آبان ماه ۱۳۸۸ ارایه و در ۲۹ آبان ۱۳۸۸ با رأی ۷۴ به تصویب کمیته سوم مجمع عمومی رسید اشاره کرد. بر اساس بند دوم قطعنامه مجمع عمومی «نگرانی عمیق خود را در مورد نقض جدی حقوق بشر که در جمهوری اسلامی ایران در جریان است ابراز می‌کند و برخی از حوزه‌های مورد نقض در ایران را این‌گونه بیان می‌نماید: الف) شکنجه و مجازات یا رفتارهای خشن، غیر انسانی یا تحقیرآمیز از جمله قطع اعضای بدن و شلاق. ب) اعدام به شدت ادامه دارد و افزایش تعداد اعدام‌هایی که خارج از حفاظت‌های شناخته شده بین المللی، از جمله اعدام در ملاء عام و اعدام نوجوانان، اجرا می‌شود. پ) سنگسار کردن به عنوان روشی از اعدام، با وجود این که رئیس قوه قضاییه بخشنامه منع سنگسار را صادر کرده، افرادی همچنان در زندان احکام اعدام به روش سنگسار دریافت می‌کنند و...»^۱

تغییری که در راستای اقتضاهای زمان می‌باید در راستای حذف مجازات‌های خشن و سخت بدنی صورت پذیرد، در عین حال که متکی و برآمده از خود فقه باشد، به نوعی که این برگرفته از پویایی فقه شیعه باشد، با یک نگاه کلی به تحولات جرایم جنسی مستوجب حد، که در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ رخ داده است متوجه خواهیم شد، تحولات در یک جهت و بر اساس یک مبنا صورت پذیرفته است. در کل می‌توان سه رویکرد متفاوت از قانون گذار در تحولات صورت پذیرفته مشاهده کرد؛ رویکردهایی که گاه پیشینه فقهی دارد، به این صورت که نظراتی هر چند توسط غیر مشهور در این مورد وارد شده است. اما برای برخی از آنها نه تنها هیچ گونه پیشینه ای وجود ندارد بلکه بر اساس اصول مسلم نیز صورت پذیرفته است. اول اینکه در تدوین این جرایم نگرش اصلی قانون گذار قبح ذاتی چنین رفتارهایی است، نمونه بارز چنین نگرشی، ماده ۲۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در خصوص جماع با میت است، که بر خلاف قوانین سابق که ذکری به آن نشده بود این ماده به چنین عملی اختصاص داده شده است. هر چند که گفتیم چنین عملی اصولاً نمی‌تواند زنا محسوب شود. این که با وجود دو دوره قانون گذاری و عدم ذکر چنین موردی در قوانین سابق چه مشکلی به وجود آمده بود که قانون گذار بر خود لازم دید که مقررره ای را به آن اختصاص دهد جای سوال دارد؟ جوابی که می‌توان ذکر کرد همین نگرش قبح ذاتی

۱. «متن کامل قطعنامه سازمان ملل در مورد وضعیت حقوق بشر در تارنمای زیر مشاهده کنید:

<http://radiokoocheh.com/article/11888>)

نمود این احساس لزوم را می‌توان در قسمتی از گفتگو با آیت الله موسوی بجنوردی نیز اشاره کرد؛ متن کامل مصاحبه در تارنمای: (<http://mousavibojnordi.blogfa.com/>)

چنین اعمالی است، هر چند که این مورد در فقه هم پیش بینی شده است. امروزه تقریباً تمام جرم شناسان معتقدند که به منظور مقابله با پدیده تورم کیفری و همچنین پدیده تکرار جرم و یا انحراف ثانوی، جرم زدایی لاقلاً نسبت به بعضی جرایم و خصوصاً در مواردی که به معیارهای جرم انگاری توجه نشده، امری ضروری است (عبدالفتاح، ۱۳۸۱: ۱۳۶). «ولی متأسفانه در ایران پس از انقلاب جرم انگاری کلیه انحرافات بدون اتخاذ سیاست های کلان جنایی جهت مقابله با انحرافات و آسیب های اجتماعی، به رویه ای متداول تبدیل شده است؛ لکن این فرآیند پرهزینه در غالب موارد نه تنها غیر موثر بلکه مضر هم بوده است؛ تصویب مقررات کیفری برای کنترل برخی اعمال بدون اینکه به ضوابط و معیارهای جرم انگاری و واقعیت های اجتماعی توجه شود، راه حلی سنتی و کلاسیک است که نتیجه آن «تورم کیفری»، «انحرافات ثانوی ناشی از مداخله روزافزون نظام عدالت کیفری»، «نزول شأن قانون و ایجاد نوعی حالت بی هنجاری یا خلأ هنجاری» و غیره است» (همان: ۱۳۶).

نکته دیگر این که به نظر می رسد با تقسیم بندی تعزیرات به دو دسته تعزیرات منصوص و غیر منصوص شرعی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و همچنین آثاری که قانون گذار بر این تقسیم بندی ها کرده است، از این به بعد بایست منتظر جرم انگاری مصادیق دیگر انحرافات جنسی که در فقه در حیطه تعزیرات منصوص شرعی جای می گیرند، باشیم. چرا که مقنن در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ توبه، تعویق صدور حکم، تعلیق مجازات، مرور زمان و... را در تعزیرات منصوص نپذیرفته است و این به نوعی نشان دهنده این است که این دسته از جرایم (جرایم تعزیری منصوص) در نظر قانون گذار قبیح تر، غیر اخلاقی تر و از اهمیت بیشتری برخوردارند که به راحتی نباید از کنار آنها گذشت. با رجوعی به کتب فقهی می توان گفت اکثر آنچه به عنوان تعزیر منصوص شناخته شده است، رفتارهای جنسی یا به عبارتی همان انحرافات جنسی است. دوم، پیروی از اصل ضرر است، نمونه بارز آن را می توان در تبصره ۲ ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مشاهده کرد، در قوانین سابق حمایت خاصی از این افراد صورت نگرفته بود، ولی قانون گذار با الحاق این تبصره در ذیل ماده ۲۲۴ حمایت ویژه ای از این نوع بزه دیدگان نموده است. این نوع حمایت کردن نیز همانطور که در تحلیل این ماده بیان کردیم، نه تنها پیشینه فقهی ندارد، بلکه بر مبنای صحیحی هم استوار نیست، زیرا تشدید به عنوان یک عقوبت مشدده باید در دست قاضی باشد، ولی قانون گذار بدون پذیرش زنا ی غصبی، این اعمال را در حکم زنا ی به عنف قرار داده و اعدام را برای آن در نظر گرفته است. هدف قانون گذار اعلام حمایت از این دسته اشخاص بزه دیده بود ولی این حمایت به درستی صورت نپذیرفته است. اگر در صدد حفظ حقوق زنان و تأمین امنیت جنسی آنان باشیم

۱. برای آگاهی بیشتر از این گونه مصادیق ر.ک: مجلسی، ۱۳۶۲: ۷۹.

نمی توانیم با ترساندن مردم از طریق اعدام، آنان را از اطفای قوای غریزی همراهشان باز بداریم. این که چرا این اعدام برای این رفتارها در نظر گرفته شده است ریشه در خود رجم و اعدام و نگرش قانون گذار نسبت به این دو کمک به فهم موضوع خواهد کرد. در خصوص اعدام باید نگرش ادیان درباره مجازات و مکافات به ویژه در زندگی انسان را شناخت، زیرا مجازات بخشی از ویژگی های ادیان را تشکیل داده است، به نام دین جان دهها هزار انسان گرفته شده است. عده بی شماری بوسیله این قوانین و به دستور متولیان دین مجازات شده اند.

می توان گفت در نظر گرفتن اعدام برای زنانی غصبی^۲ از سویی ریشه در اعلام حمایت از این دسته از اشخاص داشته است. ولی نتوانسته این اقدام را به طور کلی مورد پذیرش قرار دهد، چرا که باعث گسترش قلمروی زنانی غصبی می شود که اعدام برای آن لحاظ شده است. سوم، اخلاق گرایی و پدر سالاری در جرم انگاری چنین رفتارهایی است و قانون گذار این دو را مد نظر خود قرار داده و نخواست نسبت به آنها بی تفاوت بگذرد، به طوری که روح حاکم بر این جرایم، چه با رضایت، چه به صورت عنف و اکراه، غیر اخلاقی بودن این اعمال است. در گذشته حقوق جزا و به طور کلی مجازات بیشتر از امروز ارتباط تنگاتنگی با اخلاقیات داشت. از حقوق جزا اغلب برای تحمیل معیارهای خاص اخلاقی استفاده می شد. لکن گرایش امروزی در غالب کشورهای غربی این است که اخلاقیات را از حقوق جزا تفکیک می کنند و از اعمالی که صدمه اجتماعی ملموس ایجاد نمی کنند و واکنش شدید اکثریت مردم را را به دنبال ندارند، جرم زدایی کنند گر چه ممکن است این اعمال بر اساس معیارهای غالب غیر اخلاقی محسوب شوند (عبدالفتاح، ۱۳۸۱: ۱۵۲). اخلاق گرایی و تبعیدی نگاه کردن به این مجازات از یک سو و لزوم ایجاد تغییراتی برای اصلاح نحوه برخورد با این دسته از جرایم از سوی دیگر باعث می شود قانونگذار نسبت به ایجاد تحولات در این دسته از جرایم دچار شک و تردید شود. به عبارت بهتر تناقضاتی که در تدوین مقررات مربوط به جرایم جنسی ملاحظه می شود و گاه با اصول جرم انگاری و سیاست های جنایی نیز در تضاد است ریشه در همین تبعیدی نگاه کردن به این جرایم و مجازات ها است.

تحولات دیگر که در خصوص این دسته از جرایم ایجاد شده است و به آن اشاره کردیم، همانند ماده ۲۲۵، ۲۳۴، ۱۷۳، تبصره ۲ ماده ۱۱۴ نیز ناشی از تأثیرات و اقتضاهای زمان بوده است. آنچه که در گفتار اول همین مبحث ذکر کردیم تأثیرش بر قانون گذار این بود که مقنن تا آنجا که می- توانسته دایره اجرای مجازات را محدود کرده و از اعمال چنین مجازات هایی خود داری کند. این در حالی است که بر خلاف این موضع، در برخی مواد دایره جرایم مستوجب اعدام را گسترش داده! این نشان دهنده تزلزل، دو پهلو بودن و تشویش ذهن قانون گذار در تدوین مقررات در خصوص

۲. تبصره ۲ ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.

جرایم جنسی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ می باشد. ولی بایست گفت اهمیت دادن به نیازها، اقتضاها و... برای ایجاد تغییرات هر چند خوب است ولی تدوین مقررات با در نظر گرفتن باید مبتنی بر اصول باشد، شفاف باشد، اگر تغییری ایجاد می شود، این تغییر چه خوب و چه بد بر اساس اصول و مبانی باشد. یکی از فیلسوفان حقوق کیفری به نام «جانانان شنشک» (shonshck) پیشنهاد می کند که درباره جرم انگاری این گونه بیندیشیم، هنگامی که درصدد جرم انگاری رفتاری هستیم، باید آن رفتار به طور متوالی و به گونه ای موفقیت آمیز از سه صافی مجزا عبور نماید. در صورت شکست در گذر از این صافی ها نمی توان آن را جرم شناخت و تنها در صورت گذر از هر موفقیت آمیز برای جرم انگاری سه صافی جرم دانستن رفتار موجه است، این «پالایش» (Filtering) موفقیت آمیز برای جرم انگاری موجه هم لازم و هم کافی است» (حبیبزاده و زینالی، ۱۳۸۴: ۴). در واقع شنشک با تأسیس روش پالایش در فرایند جرم انگاری، شرط ورود یک رفتار به سیاهه قوانین کیفری را مستلزم عبور آن از سه مرحله یا صافی می داند: صافی اصول^۱، صافی پیش فرض ها^۲ و صافی کارکردها^۳. بنابراین جرم دانستن یک رفتار بایستی از یک صافی عبور کند، ابتدای صافی این است که رفتار ارتكابی با اصول و ارزش های شناخته شده و مهم ما در تناقض باشد (همان: ۴). این اصول محدودکننده آزادی، حد و مرز دخالت دولت را در منطقه آزاد رفتاری شهروندان ترسیم می کند و در صدد برقراری تعادل و توازن بین منطقه آزاد رفتاری و قلمرو اقتدار دولتی برمی آید، هرچند دولت با اتکا به آن اصول می تواند آزادی های فردی را به نحو مشروع محدود نماید، وانگهی تجاوز از اصول به معنی تعرض به آزادی های انسانی است و فاقد هر گونه مشروعیت و جاهت اخلاقی است (فرح بخش، ۱۳۸۹: ۲۱۷). در جرایم جنسی نیز همانند جرایم دیگر جرم از این صافی بایست عبور کند، حال اصول ما چه ضرر باشد، چه اخلاق و... با عبور از این مراحل، رفتار ارتكابی جرم محسوب می شود و مقررره ای به آن اختصاص می یابد و از این به بعد بایستی با مجازات با آن برخورد کرد.

با نگاهی به قانون مجازات اسلامی در خصوص جرایم جنسی مشاهده می شود، قانون گذار این جرایم را نام برده و برای آنها، مجازات معین کرده است؛ پس اگر فردی در این دایره قرار گرفت باید با مجازات روبرو شود، چرا که کاربرد و اثر مجازات بر اجرای کامل آن است؛ چرا که اصل قطعیت و حتمیت مجازات ها یکی از اصول شناخته شده می باشد و جمله مشهور «وقتی گریز از کیفر محال باشد، ملایمترین رنج ها نیز روح بشر را متوحش می سازد» (بکاریا، ۱۳۶۸: ۹۹) نشان دهنده اهمیت این موضوع است. لیک اگر این جرم انگاری بر مبنا و اصول مبرهن شکل نگرفته

1. The principles filter.
2. The presumptions filter.
3. The pragmatist filter.

باشد، و در آن تزلزل و تشویش ذهن قانون گذار نمایان باشد، نمودش در مرحله اجرای مجازات است مشخص می شود. با این توضیح که با نگاهی به ماده ۱۷۳ ق.م.ا که انکار پس از اقرار را در جرایم حدی مستوجب رجم و حد قتل پذیرفته و آن را یکی از اسباب سقوط مجازات می داند، همچنین ماده ۲۲۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که بیان می دارد «در صورت عدم امکان اجرای رجم با پیشنهاد دادگاه صادر کننده حکم قطعی به... تبدیل می شود» متوجه خواهیم شد قانون گذار از سویی احساس لزوم به جرم انگاری رفتارهایی کرده و مشاهده می شود در برخی موارد شدیدترین مجازات‌ها را برای آن‌ها در نظر گرفته، علاوه بر آن قلمروی برخی از این مجازات‌های شدید را گسترش داده،^۱ از سویی به راحتی راه را برای فرار محکوم به مجازات مهیا کرده است، گاه خود قانون گذار این راه فرار را پیش روی محکوم قرار داده (مثلاً انکار پس از اقرار) و گاه دست قاضی را باز گذاشته است (فرض عدم امکان اجرای رجم) و این اقدام قانون گذار اصلاً توجیه پذیر نیست.

خارج از بررسی‌های فقهی، می توان گفت تغییراتی که در مواد قانون مجازات نسبت به گذشته صورت گرفته، به منزله بر مبنای مشخصی حرکت کردن، یا یافتن مبنای درست، نیست. بلکه قانون گذار در عین حال که خواسته از نظرات فقها کوتاه نیاید، خواسته به نگرش‌ها، تردیدهای جامعه جهانی، مبنی بر اعمال مجازات‌های خشن، پاسخ دهد و این پاسخ را با ایجاد راه فرار در عمل برای متهم و محکوم فراهم نموده است. تحولی که گاهی اوقات قانون گذار در ایجاد آن چشم خود را بر روی مبانی و اصول عام و کلی شناخته شده در جرم انگاری و مجازات بسته است. این اقدام قانون گذار بر خلاف اصول و اهداف بازدارندگی مجازات‌ها است. این که رفتاری جرم باشد و مجازات آن مشخص باشد و در قانون آورده شود، ولی در عمل اجرا نشود یا راه فرار مرتکب از آن باز باشد، نوعی تشویش ذهن و تزلزل در مبنای و اهداف قانون گذار در جرم انگاری این دسته از رفتارها را نشان می دهد. تزلزلی که ریشه در تقید قانون گذار نسبت به کتابهای فقهی و از سوی دیگر اقتضای زمان دارد. از این رو باید گفت «نقش اصلی اجتهاد پویا و مجتهدان آگاه در چنین مواردی آشکار می شود که با تقید نسبت به محکومات بتواند به مقتضای روز اندیشیده، به زبان روز سخن گفته و مشکلات حقوقی جامعه را بر طرف نمایند؛ وگرنه صرف رونویسی بعضاً ناقص آنچه در کتابهای فقهی آمده است و منعکس کردن آنها در متن قانون، گاه با همان شیوه نگارش و ... بدون توجه به آرای فقهی غیر از آرای مشهور، که ممکن است با شرایط زمانی و مکانی فعلی سازگارتر باشند، را نمی توان به معنی اسلامی کردن قوانین و کاری بزرگ و مهم دانست» (میر محمدصادقی، ۱۳۹۲: ج ۱: ۲۲۰). بنابراین یک نیاز اساسی برای برطرف کردن چالشهای پیش رو در خصوص این

۱. تبصره ۲ ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.

جرم وجود دارد، و تنها زمانی می‌توان مشکلات جرم انگاری در این حوزه را برطرف کرد که تحولات براساس مبانی و به مقتضای روز در نظر گرفته شود.

نتیجه‌گیری

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در خصوص جرایم جنسی با تحولات گسترده‌ای همراه بوده است؛ تحولاتی که منشأ آن احساس لزوم و احساس نیاز به حذف مجازات‌های سخت بوده است، از جمله این تحولات می‌توان به مواد ۲۲۲، ۲۲۴ و ۲۲۵ ق.م.ا در مورد جماع با مرده، زنا با عنف و اکراه و زنا محصنه اشاره کرد. یافته ناشی از مباحث گفته شده در این پژوهش، حاکی از آن است که مقنن در اعمال تحولات قانونی در باب جرایم جنسی تا حدودی از اصول و مبانی فقهی فاصله گرفته است و این تحولات غالباً متأثر از مقتضیات زمان و مکان، ممانعت از وهن به دین و ملاحظات حقوق بشری بوده است. مدعای ما بر این امر این است که قانون‌گذار در تدوین برخی مقررات در خصوص این دسته از جرایم نه تنها از نظر مشهور فقها پیروی نکرده بلکه اقدام به جرم‌انگاری و در نظر گرفتن شدیدترین مجازات (اعدام) برای برخی رفتارها نموده است که هیچ پیشینه فقهی و روایی نیز نداشته است (تبصره ۲ ماده ۲۲۴ ق.م.ا). بنابراین می‌توان گفت تحولات ایجاد شده در مواردی با مبانی جرم انگاری هماهنگی ندارد و بر اساس مبانی و اصول صورت نپذیرفته است. و به نوعی می‌توان گفت ناشی از تزلزل قانون‌گذار در تدوین مقررات در خصوص جرایم جنسی بوده است، تزلزلی که از یک سو ریشه در مقتضیات زمان و مکان و از سوی دیگر ریشه در تعبدی نگاه کردن به این مجازات‌ها دارد.

منابع

- آقابابائی، حسین (۱۳۸۴)، «گفتمان فقهی و جرم انگاری در حوزه جرائم علیه امنیت ملت و دولت»، **فقه و حقوق**، شماره ۵، ص ۴۲-۹.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد (۱۴۰۶ ق)، المغنی، جلد ۱۲، ریاض: دارالعالم الکتب.
- بکاریا، سزار (۱۳۶۸)، رساله جرائم و مجازات‌ها، دکتر محمدعلی اردبیلی، چاپ اول، تهران.
- ترکاشوند، امیر (۱۳۹۱)، **نسخ سنگسار توسط اسلام**، نوع عرض: فایل پی دی اف، ناشر: سایت بازنگری در متون دینی.
- جبل عاملی، زین الدین (شهید ثانی)، (بی‌تا) **الروضه البهیه**، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.

حاجی ده آبادی، احمد؛ حاجی ده آبادی، محمدعلی؛ یوسفی، محمد، (۱۳۹۲)، «بررسی مبنای ضرر در جرم انگاری تجاوز جنسی با رویکردی به فقه امامیه»، پژوهش نامه حقوق کیفری، سال چهارم، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۲، ص ۶۵-۳۵.

حلبی، جعفر بن حسن (محقق حلی) (۱۴۰۹ق)، **شرایع الاسلام**، چاپ دوم، تهران: انتشارات استقلال.

خسرو شاهی، قدرت الله (۱۳۸۰)، **فلسفه ی قصاص از دیدگاه اسلام**، قم: بوستان کتاب.

خوانساری، سید احمد (۱۳۶۴)، **جامع المدارک فی شرح مختصر النافع**، چاپ دوم، قم: موسسه اسماعیلیان.

خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۸)، **مبانی تکلمه المنهاج**، کتاب الحدود، قم: موسسه احیاء آثار.

دلماش مارتی، می ری (۱۳۹۵)، **نظام های بزرگ سیاست جنایی**، ترجمه علی حسین نجفی ابرند آبادی، چاپ سوم، تهران: نشر میزان.

رضایی، حسن (۱۳۷۷)، «نقش مقتضیات زمان و مکان در حقوق کیفری اسلامی»، **دوفصلنامه دین و ارتباطات**، شماره ۸، ص ۱۴۴-۱۱۱.

رهامی، محسن (۱۳۸۴)، «تحول و تعدیل مجازات ها در نظام کیفری ج.ا.ا»، **اندیشه های حقوقی**، سال اول، شماره ۴، ص ۲۴-۵.

شامبیاتی، هوشنگ (۱۳۷۶)، **حقوق جزای عمومی**، جلد دوم، چاپ پنجم، تهران: نشر ویستار.

شاه ملک پور، حسن (۱۳۹۳)، **فقه جزایی استدلالی**، چاپ اول، تهران: نشر میزان.

شمس ناتری، محمد ابراهیم؛ ابوالمعالی الحسینی، سید وحید؛ علیزاده طباطبایی، زهرا سادات (۱۳۹۰)، «ویژگی های جرم انگاری در پرتو اسناد و موازین حقوق بشر»، **فصلنامه راهبرد**، شماره ۵۸، ص ۳۰۲-۲۶۷.

شبییری زنجانی، سیدموسی (۱۴۱۹ق)، **تقریرات درس کتاب نکاح**، جلد ۱۷، چاپ اول، قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.

صالحی، محمد رضا (۱۳۹۰)، **بررسی تطبیقی زنا به عنف در حقوق ایران**، انگلستان و آمریکا، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد.

۲۲. عبدالفتاح، عزت (۱۳۸۱) «جرم چیست و معیارهای جرم انگاری کدام است؟» مترجم: اسماعیل رحیمی نژاد، **مجله حقوقی دادگستری**، شماره ۴۱.

فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰ ق) **کتاب العین**، جلد ۷، چاپ دوم، قم: نشر هجرت.

- فرح بخش، مجتبی (۱۳۸۹)، تأثیر فایده گرایی بر جرم انگاری، پایان نامه دکترای حقوق کیفری و جرم شناسی، دانشگاه تهران.
- کلارکسون، سی. ام (۱۳۷۱)، تحلیل مبانی حقوق جزا، مترجم: حسین میر محمد صادقی، چاپ اول، تهران: جهاد دانشگاهی.
- مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی (۱۳۶۲)، حقوق و قصاص و دیات، نشر آثار اسلامی.
- محسنی دهکلانی، محمد؛ حائری، محمدحسن؛ قبولی درافشان، محمدتقی (۱۳۹۰)، «تأملی فقهی در ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی و تبصره ۱ ماده ی ۱ - ۲۲۱ لایحه پیشنهادی»، مجله فقه و اصول، شماره ۸۶، ص ۱۵۶-۱۳۵.
- مقدسی، محمد باقر؛ فرجیها، محمد (۱۳۹۰)، «رویکرد عوام گرایی کیفری به جرائم جنسی (مطالعه موردی)» پژوهش های حقوق تطبیقی، شماره ۲، ص ۱۳۲-۱۱۳.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۷)، انوارالفقاهه فی الاحکام العتره الطاهره، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
- موسوی خمینی، سید روح الله (۱۴۲۵ق)، تحریر الوسیله، مترجم علی اسلامی، جلد ۴، چاپ بیست و یکم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- میر محمد صادقی، حسین (۱۳۹۲)، حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه اشخاص، چاپ سیزدهم، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- نجفی توانا، علی؛ مصطفی زاده، فهیم (۱۳۹۲)، جرم انگاری در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال پنجم، شماره ۹، ص ۱۶۹-۱۴۹.
- نجفی، محمد حسن (۱۳۷۴)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۴۱، چاپ سوم، قم: دارالکتب اسلامی.
- نوبهار، رحیم (۱۳۸۹)، اهداف مجازات ها در جرایم جنسی، چاپ اول، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- یعقوبی، احمد (۱۳۶۶)، تاریخ یعقوبی، ترجمه محمد ابراهیم آیتی، جلد ۲، چاپ پنجم، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی.



ژورنال حقوق کیفری



سال نهم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۹۷

شماره پیاپی ۱۷

گفتمان سیاست جنایی و جرم‌شناسی در «آخرین روز یک محکوم»

دکتر هادی رستمی^۱

سید حسن جعفریان^۲ ✉

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۳/۱۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۴/۱۴

چکیده

اثر «آخرین روز یک محکوم» داستان محکومی را به تصویر می‌کشد که شش هفته به اجرای حکم اعدامش زمان دارد. ویکتور هوگو به نقل از محکوم و در ورای این روایت، با تمرکز بر نهادهای عدالت کیفری سده نوزدهم، به تشریح فضای کیفری حاکم بر فرانسه پرداخته است. هوگو افق‌های گوناگونی از این مفاهیم را با هدف تبیین و توضیح ساختار مشخصی از سیاست جنایی در قالب داستانی مستندگونه به مخاطب ارائه می‌نماید. نمادها و نشانه‌هایی که او عرضه می‌کند، بیشتر بیان این واقعیت است که بزه‌کاری ریشه در بزه‌دیدگی دارد و فرد در نبود پایگاه اجتماعی و فرایند برچسب‌زنی و ساختار معیوب سیاست جنایی لاجرم به سمت ارتکاب بزه متمایل می‌شود. با کندوکاو در اثر مذکور و دیگر آثار ادبی، این باور شکل می‌گیرد که رویکرد جرم‌شناسی به جرم، خوانش ادبیاتی نیز دارد و بعید نیست در آینده نزدیک بتوان از رشته‌ای به نام جرم‌شناسی ادبی سخن گفت.

واژگان کلیدی: تحلیل محتوا، سیاست جنایی، جرم‌شناسی ادبی، سیاست کیفری مدارا، بزه دیده‌گی، سیاست کیفری طرد

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه بوعلی سینا همدان

۲. دانشجوی دوره دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد تهران مرکزی (نویسنده مسئول) ✉ h.jafarian86@gmail.com

مقدمه

«آخرین روز یک محکوم» اثر ویکتور ماری هوگو (۱۸۰۲-۱۸۸۵ میلادی) نویسنده مشهور فرانسوی است. وی علاوه بر خلق آثار ماندگاری چون بینوایان، گوزپشت نتردام و کلود ولگرد، به عنوان یک سیاستمدار نیز در زمینه‌های گوناگون سیاسی-اجتماعی حضور داشته و حتی در سال ۱۸۴۵ میلادی از جانب شاه لویی فلیپ، به مجلس اعیان دعوت می‌گردد. هوگو پس از انقلاب فرانسه، در سال ۱۸۴۸ میلادی، به عنوان نماینده مردم در نكوهش کیفر اعدام و بی‌عدالتی‌های اجتماعی آن دوره سخنانی ارائه می‌کند. او در «آخرین روز یک محکوم»، شش هفته پایانی حضور یک محکوم به اعدام را در زندان با توجه به اوضاع و احوال و دیدگاه‌های سیاسی حاکم بر جامعه به تصویر می‌کشد. انتشار این اثر مقارن با حاکمیت قانون مجازات فرانسه ۱۸۱۰ مشهور به کُد ناپلئون است. به موجب این قانون، که جایگزین قانون مجازات ۱۷۹۱ شده بود، کیفر اعدام همچنان به حیات مقتدرانه خویش در عرصه کیفری حقوق فرانسه ادامه می‌داد. بر همین اساس، نویسنده داستان، محاکمه و فرایند اجرای کیفر اعدام را از منظر محکوم به رشته تحریر درآورده و به بررسی چالش‌های حقوقی و اجتماعی این مفهوم می‌پردازد. شخصیت نخست داستان با مهری که از یگانه دختر شش ساله‌اش به نام ماری دارد، خود را به دلیل تنها نمودن فرزندش، سرزنش می‌کند. او به دلیل ارتکاب قتل، پس از طی تشریفات دادرسی و تأیید حکم در مرحله فرجامی به اعدام محکوم می‌گردد؛^۱ در حالی که در هیچ‌جایی از این اثر به علت قتل و بیان واقعه اشاره‌ای نمی‌شود.

اصالت فعالیت‌های هوگو در این نکته نهفته است که با وجود این‌که مقام و جایگاهی در قدرت سیاسی و حکومتی فرانسه داشت، به صورت مستمر در امور عامه وارد شده و به مسائل جامعه و ناهنجاری‌های آن از منظر علوم مختلف می‌پردازد (معظمی فراهانی، ۱۳۸۷: ۴). از این رو، دغدغه‌های او از منظر جرم‌شناسی و سیاست جنایی واجد اهمیت است.

جرم‌شناسی با این‌که از علوم مرکب محسوب می‌شود، و این علوم از بدو پیدایش از دستاوردهای سایر رشته‌ها یاری می‌جستند، اما ماهیت مستقل داشته و در آن‌ها مجذوب نشده است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۱: ۹۶۵). آموزه‌های جرم‌شناسی و سیاست جنایی در خارج از قلمرو جامعه انسانی مفهومی نداشته و این آموزه‌ها با رویکرد مشخص در اثر تعامل و ارتباط با ساختارهای

۱. کیفر اعدام در زمان حاضر نیز به عنوان یکی از مجازات‌های مهم در زرادخانه کیفری بسیاری از نظام‌های حقوقی جاری است، به نوعی که در آغاز هزاره سوم در ۹۰ کشور وجود داشته و نظام کیفری ایران نیز با بیش از ۸۵ عنوان جزایی مشمول اعدام به این کیفر وفادار مانده است: آمار رسمی ارائه شده از سوی کمیته عفو بین‌الملل مربوط به سال ۲۰۱۳ در مجموع نشان‌دهنده اجرای ۷۷۸ مورد اعدام در سطح جهان می‌باشد. جهت مطالعه بیشتر، ر.ک.، رایجیان

اصلی، ۱۳۸۳؛ ۲؛ آخوندی، ۱۳۸۴؛ ۳؛ رضوی‌فرد، ۱۳۹۰ و نیز: The franklin.e.zimring.oxford pre. contradictions of American capital punishment.

مختلف جامعه پدیدار می‌شوند. پدیده‌های جنایی افزون بر این که مورد توجه حقوق دانان واقع شده، با اقبال ادیبان، جامعه‌شناسان، فلاسفه و حتی پزشکان نیز همراه بوده و هر یک از دانشمندان علوم گوناگون، مفهوم پدیده جنایی و آثار آن را با چشم‌انداز آموزه‌های اصلی علوم خویش و با ادبیات خاص آن رشته، مورد بررسی قرار داده‌اند. لازمه بهره‌مندی از این نظرها، رمزگشایی یافته‌های دانشمندان است که می‌توان با استفاده از درک مفاهیم و ادبیات و نگاه خاص رشته‌های مختلف، مفاهیم مرتبط با جرم را از آن استنتاج نمود. تحقق این مهم جز با تمسک به فن تحلیل محتوا که ریشه در تحلیل معانی دارد، میسر نیست (محمدی مهر، ۱۳۸۹: ۱۸). به عبارت دیگر تحلیل محتوا روشی است که می‌توان آن را درباره انواع گوناگون پیام‌های نهفته در آثار ادبی، مقاله‌ها، اسناد رسمی، اعلامیه‌های سیاسی و مانند آن به کار بست. واژه‌هایی که نویسنده به کار می‌برد، از جمله منابع اطلاعاتی هستند که طی آن می‌کوشد به شناخت موضوع خاصی دست یابد (رضوانی، ۱۳۸۹: ۱۳۸). هدف تحلیل محتوا کسب شناخت از نوع ایده‌های اجتماعی، سیاسی یا حقوقی نویسنده یا سخن‌ران می‌باشد که با بررسی آن می‌توان نگرش مؤلف را بازخوانی نمود. بر همین اساس، با گذاری بر آثار هوگو، اندیشه‌های وی در پهنه سیاست جنایی و دیگر علوم مرتبط با آن از گذر جرم‌شناسی ادبی شناخته می‌شود.

نویسنده مقاله حاضر قصد دارد تا یافته‌های علمی شاخه‌های گوناگون علوم جنایی را از نگاه و نظر ویکتور هوگو در «آخرین روز یک محکوم»، با روش تحلیل محتوا ارزیابی نماید. دریافت سیاست جنایی در مفهوم موسع آن، از دیدگاه ادیبان و نویسندگان مستلزم شناسایی علل وقوع جرم و نقش دستگاه عدالت کیفری از همین منظر می‌باشد. با این توضیح پرسش اصلی پژوهش حاضر آن است که گفتمان حاکم در «آخرین روز یک محکوم» تا چه اندازه با یافته‌های جرم‌شناسی و سیاست جنایی مدرن هماهنگی دارد؟ از این‌رو، نخست سیاست جنایی حاکم بر عصر هوگو از خلال تحلیل داستان بررسی می‌شود (۱)، سپس جلوه‌های جرم‌شناسی اثر با ابتناء بر نظریه‌های جرم‌شناسی شناسایی می‌گردد (۲). بهره‌گیری از یافته‌های سیاست جنایی نیز مستلزم استفاده رشته‌های علوم جنایی تفسیری اعم از جرم‌شناسی، جامعه‌شناسی جنایی و جامعه‌شناسی کیفری می‌باشد. بنابراین، تلاش بر این است تا مرزهای مهم این علوم با ابتناء بر تحلیل محتوا از اثر حاضر استنتاج گردد. اهمیت این روش افزون بر این‌که به رابطه میان حقوق و ادبیات دامن می‌زند، ساحت جدیدی در قلمرو مطالعات جرم‌شناسی می‌گشاید، و به نوعی به گسترش جرم‌شناسی و تقویت و تکامل رشته تازه جرم‌شناسی ادبی مدد می‌رساند.

۱. تحلیل داستان از منظر سیاست جنایی

هوگو در داستان «آخرین روز یک محکوم» با شرح حال فرد محکوم به اعدام که واپسین روزهای زندگی‌اش را سپری می‌کند، با کاربست زبان ایما و اشاره به ارزیابی، نقد و آسیب‌شنایی نهادهای عدالت کیفری، نظام مجازات‌ها و روش‌های پاسخ‌گویی در برابر جرم، نوع نگاه اجتماع به مجرم و در مجموع سیاست جنایی زمان خود می‌پردازد. بازتاب مفاهیم سیاست جنایی در برگ برگ داستان مذکور هویدا بوده و هوگو با تمرکز بر سرنوشت یک محکوم به اعدام، سیاست کیفری زمان را به چالش می‌کشد.

سیاست جنایی در مفهوم امروزی، بیشتر به دنبال یافتن راهبردی به منظور پاسخ‌گویی به وضعیت‌های مجرمانه و منحرفانه در جامعه با تجزیه، تحلیل و فهم پدیده مجرمانه به‌عنوان یک امر خاص است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۲: ۶۳). این دیدگاه، مفهوم وسیعی از سیاست جنایی را در مقابل مفهوم مضیق آن ارائه می‌نماید. در مفهوم مضیق، کانون توجه معطوف به مفاهیم قانونی جرم و لزوم مقابله «واکنشی» از ره‌گذر اقدامات سرکوب‌گر است؛ حال آن‌که در مفهوم موسع، سیاست جنایی با تمسک به ابزارهای کنشی و واکنشی و با تعمیم مفهوم جرم به بزه قانونی و انحراف به حل معمای جرم می‌پردازد، به نوعی که در این عرصه، استفاده از آموزه‌های جرم‌شناسی و دیگر رشته‌ها در جهت پاسخ‌گویی به مسائل امری ضروری و غیر قابل انکار می‌باشد. به همین روش، هوگو در کنار توجه به اقدامات واکنشی و مشخصه‌های آن، علت‌شناسی جرم را در مفهوم موسع سیاست جنایی، از طریق روایت اوضاع و احوال شخصیت‌های داستان مورد توجه قرار می‌دهد. او به نقل از محکوم، چشم‌انداز حاکم بر نهادهای عدالت کیفری (دادگاه، زندان و...)، کنش‌گران قضایی (وکیل، روحانی مستقر در زندان و...)، وضعیت مجازات‌ها، دوران پساکیفری، سخت‌گیری و تسامح صفرو بسیاری از سیاست‌های مرتبط با جرم را ترسیم می‌نماید. بدین‌سان، «آخرین روز یک محکوم»، کلید واژه‌هایی چون اعدام، زندان و حبس ابد با اعمال شاقه را در قلمرو حاکم بر سیاست جنایی فرانسه سده نوزدهم، در کنار نظام اجرای علنی کیفر با هدف ارعاب و پیش‌گیری عمومی به روش سرکوبگری، بیش از پیش نمایان ساخته است تا در این میان، به رویکرد الغایی کیفرهای بدنی از طریق صدور حکم عفو سلطنتی، حتی در لحظه حضور محکوم در محل اجرای حکم، نیز اشاره کند؛ آن‌گاه که محکوم به اعدام در واپسین لحظه‌های زندگی خود، با توسل به آخرین بارقه‌های امید التماس می‌نماید: «محض رضای خدا مرا ببخشید و حکم عفو مرا بگیرید... برای خاطر خدا یک دقیقه صبر کنید تا شاید حکم عفو من برسد، ای وای! اگر حکم عفو من نرسد، چه کنم؟... (هوگو، بی‌تا: ۹۷) روش تحلیل محتوا کاربست مضامین و مفاهیم سیاست جنایی را در

داستان مذکور به روشنی آشکار می‌سازد. تمرکز نویسنده داستان بر فعل و انفعالات پس از اجرای محکومیت (پساکیفری) و اهمیت این مرحله در روند بزه‌کاری مجدد قابل توجه و ستودنی است.

۱.۱. اهمیت مرحله‌ی پساکیفری^۱

سیاست جنایی حاکم بر فضای داستان، که برگرفته از حقیقت اجتماعی آن دوره است، در قلمرو ابزارهای سزاگرایانه، بدون بهره‌گیری از اقدامات لازم جهت بازپروری محکومین، خلاصه می‌گردد. این در حالی است که اجرای کیفر منحصر به سزادهی نبوده و اهداف دیگری مانند بازپروری و اصلاح محکوم (نی) مدنظر است. محکوم باید پس از تحمل مجازات، فرآیند دوباره اجتماعی شدن را نیز تجربه نماید. در این میان، راهبردهای پساکیفری به‌عنوان مجموعه‌ای از رویکردهای حمایتی از قبیل مراقبت‌های پس از آزادی، مددکاری اجتماعی و غیره حائز اهمیت است. مطالعات نشان می‌دهند فرد پس از اجرای مجازات، بر اثر تهدیدها و عوامل خانوادگی، اقتصادی و اجتماعی در معرض ارتکاب مجدد جرم قرار می‌گیرد و حتی شرایط نامطلوب اجتماعی پس از اجرای مجازات می‌تواند برنامه‌های اصلاحی دوران محکومیت و یا کارکرد اصلاحی مجازات را بی‌اثر نماید. از این رو، تدابیر پساکیفری، در تعامل با اجتماع نقش مهمی را در جهت تداوم اصلاح، درمان مجرم و بازپروری مجرم ایفا می‌کند (واقفی، ۱۳۹۰: ۱۰۷). همچنان که در پنج دهه گذشته، رفتار اصلاحی با محکومین و چگونگی اتخاذ دستاوردهای مناسب جهت جامعه‌پذیر کردن بزه‌کاران و بازسازی اجتماعی آنان به شکل رسمی در اسناد بین‌المللی مورد توجه قرار گرفته است. (Ward & Maruna, 2005: 16). شگفت آن که هوگو نیز در خلال روایت خود نسبت به مغفول ماندن این فرآیند در سیاست جنایی متعرض و منتقد است. شخصیت نخست داستان در روز اجرای حکم، پس از انتقال به زندان دیگر با محکوم به اعدام دیگری هم‌کلام می‌شود که پس از آزادی از حبس طولانی پانزده ساله، بر خلاف میل باطنی به دلیل نداشتن هزینه‌های حداقلی زندگی، مرتکب جرم دیگری می‌شود. وی می‌گوید: «یک روز، صبح خوشی بود که جواز راه و شصت و شش فرانکی که در مدت پانزده سال کار اجباری، آن هم با روزی شانزده ساعت و سی روز در ماه و دوازده ماه در سال گرد آورده بودم، به دستم دادند و مرا مرخص کردند، عیبی ندارد! تصمیم گرفتیم با آن اندوخته، مردی شریف و درستکار باشم... حاضر شدم در تمام روز، خود را به ازاء مزد پانزده، ده و حتی پنج سنت بفروشم و کسی به من نیازی نداشت. خوب، چه بایستی کرد؟ یک روز گرسنه شدم، آنجی به شیشه مغازه نانوايي کوبیدم و قرص نانی را چنگ زدم، نانوا مچ مرا گرفت، نتوانستم نان بخورم، ولی به حبس ابد با کار اجباری محکوم شدم و بر شانه‌ام نیز سه حرف به

1. Post penal

علامت زندانی با داغ نوشتند.» (هوگو، بی تا: ۵۵) این نگاه صرفاً به داستان حاضر محدود نمی شود و هوگو در کتاب «بینوایان» نیز به سرگذشت شخصی به نام پییر مورن اشاره می کند که در نتیجه گرسنگی نانی را از نانواایی می دزد و بر اثر شکایت نانوا دستگاه عدالت به جریان افتاده و او را به عنوان سارق به پنج سال حبس با اعمال شاقه محکوم می کند. این در حالی است که قضات منتخبی که سارق را به حبس با اعمال شاقه محکوم ساخته اند، در واقع، همان غارت گرانی بوده اند که کسوت قضاوت بر تن نهاده اند (کسمائی، ۱۳۵۷: ۳۵). بنابراین، هوگو به مهم ترین مرحله پس از اعمال کیفر، یعنی اجرای سیاست های پساکیفری منطبق با وضعیت محکوم علیه، متمرکز می شود. وی با نگارش روایتی از دو محکوم، در داستان نخست می کوشید تصمیم کنش گران عدالت کیفری به رهاسازی محکومان را به نقد کشانده و از این رهگذر اعلام دارد که بدون حمایت مددکارانه و بازپرورانه نمی توان به اصلاح و عدم تکرار جرم بزه کارانی که کیفر بر آنان اجرا گردیده است، امید چندانی داشت؛ چنان که در داستان دیگر (بینوایان) افق انحصارگرایانه متولیان توزیع و اجرای مجازات را از این حیث که افرادی بر جان و مال مردم (فرانسه) مسلط بودند با استحقاق به شدیدترین کیفرها از مجازات معاف و بیچارگانی را به دردناک ترین و ظالمانه ترین کیفرها محکوم می نمودند، فضای عدالت کیفری آن عصر را به چالش می کشد (کسمایی، ۱۳۵۷: ۲۸). مرحله پساکیفری در دنیای کنونی نیز مغفول واقع شده و شرایط اجتماعی مناسب برای بازسازی محکوم پس از اجرای کیفر، توسط سیاست گذاران مهیا نبوده و حتی برجسب محکومیت در بیشتر موارد مانع اصلی برگشت محکومان به جامعه است. وانگهی، تحمیل محرومیت از حقوق اجتماعی به عنوان مجازات تبعی، که در حقوق ایران به شرح مذکور در ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ پیش بینی شده است، روش دیگری است که اجرای حقوق شهروندی مجرم را دست کم تا مدت قابل توجهی بر نمی تابد.

۲.۱. سیستم طبقه بندی زندانیان^۱

با افول تدریجی مجازات های بدنی در اروپای غربی و توسعه زندان گرایی از سده هجدهم، حبس در مدت زمانی کوتاه به مجازات اصلی مبدل گردید و در نظام کیفری فرانسه شیوه های گوناگونی را به خود اختصاص داد (فوکو، ۱۳۹۲: ۱۴۵). با کنکاش در مفهوم داستان، می توان از تفکیک زندانیان بر اساس جرائم ارتكابی آنان پرده برداشت. متهم به قتل، خواه قبل از محکومیت و خواه پس از آن، بدون معاشرت با دیگر محکومان در سلول انفرادی و در شرایط بسیار ناگواری نگه داری می شود. چنان که هوگو به نقل از شخصیت اول داستان بیان می کند: «تاقی است به مساحت هشت قدم

1. Classification of captive's system

مربع، دارای چهار دیوار از سنگ تراش که با زاویه قائمه به هم متصل شده‌اند... از این گذشته، دخمه من پنجره‌ای نیز ندارد.» (هوگو، بی تا: ۲۰) این نوع از نگه‌داری جلوه‌ای از رژیم حبس انفرادی مشهور به «سیستم پنسیلوانیایی» است که محکوم در آن در انزوای کامل به سر می‌برد و در مقابل «رژیم مشترک» قرار دارد (بولوک، ۱۳۸۶: ۱۸۷).^۱ امروزه نمونه‌هایی از این کیفر را می‌توان در شکل محدودتری ملاحظه نمود، آن‌سان که در نظام اعمال حبس در ایران رژیم حبس‌های انفرادی به- عنوان یک تنبیه انضباطی، حداکثر تا بیست روز برای زندانیان مختلف به استناد ماده ۱۷۵ آیین- نامه سازمان زندان‌ها قابل اجرا است.

۱.۳. طرد بزه‌کار و دشمن‌سازی

کارکردهای فایده‌گرایانه کیفر در درازای تاریخ با گذار از عبرت‌آموزی و بازپروری اجتماعی بزه‌کاران، سرانجام به طرد و حذف آن‌ها منجر گردید. بدین صورت که از چشم‌انداز تحولات کیفری، این مجازات علیه جرمی اعمال شد که درجه آن‌ها از نظر شدت، مکافات‌ناپذیر می‌نمود. (بولوک، ۱۳۸۶: ۳۴). از منظر تاریخی، هرکس که رفتارش موجب خشم نیروهای ماوراءالطبیعه گردد، به یک دشمن عمومی تبدیل می‌شود که باید در جهت آرامش نیروهای متافیزیکی قربانی گردد. چنین فهمی از جرم، به‌ویژه آن‌گاه که جرم بر علیه حکومت یا نمایندگان عالی‌رتبه آن باشد، زمینه‌ساز واکنشی نسبت به مجرم می‌شود که گویی در مقابل یک جنگ‌جوی بیگانه صورت می‌گرفت. در این تلقی از بزه، بزه‌کار وصف شهروندی و حتی رعیت و متبوع بودن خویش را از دست داده و به‌عنوان دشمن نظام سیاسی - اجتماعی مورد توجه واقع می‌شد (غلامی، ۱۳۹۱: ۱۲). این رویکرد، با تشدید ترس از جرم در اجتماع، ارایه تصویری غیرانسانی از بزه‌کاران و مبالغه در خصوص شدت و خطرناکی جرایم، شرایط لازم برای افزایش اختیارات مراجع قدرت را جهت اتخاذ گفتمانی امنیت-گرا و مغایر آموزه‌های حقوق بشری فراهم ساخت. در همین چارچوب بود که سیاست توان‌گیری از مجرم در ابعاد «توان‌گیری طبقاتی» و «توان‌گیری گزینشی» در راستای طرد و سلب توان از بزه-کاران به بار می‌نشیند (رضوانی، ۱۳۹۵: ۱۷۹). هم‌چنان‌که برداشت اخیر سبب شد تا سالیان متممادی کیفر اعدام در جوامع مختلف اروپایی رواج داشته باشد. (Hodgkinson & Schubas, 2004: 169) هر چند این کارکرد در حقوق فرانسه پس از لغو اعدام در قانون ۱۹ اکتبر ۱۹۸۱ رو به افول نهاد، اما توجه به نوع کیفر اتخاذی برای محکوم به اعدام و حتی محکومان به حبس ابد با اعمال شاقه می‌تواند افقی از کاربست این روش در عصر مقارن با نویسندگان را نمایان

۱. هم‌چنین، رک، نوروال موریس- دیوید ج روتمن، ۱۳۹۰.

سازد. بر همین اساس هوگو به نقل از شخصیت نخست داستان در این باره می‌نویسد: «خشم و نفرت من از حبس ابد با کار اجباری و اعمال شاقه به درجه‌ای بود که مرگ را صد بار بر آن ترجیح می‌دهم» (هوگو، بی‌تا: ۱۱) به نظر می‌رسد، راهبرد کیفری در فرانسه سده ۱۹ میلادی سیاست طرد و حذف مجرم از جامعه بوده است. سیاست اتخاذی در این نظام با ایدئولوژی سرکوبگراییانه همراه بوده است. زیرا ایدئولوژی سرکوبگر از یک سو، نظارت بر گروه‌های بزه‌کار و افراد در معرض ارتکاب جرم یا منحرف را به صورت فوق‌العاده تشدید می‌کند و از سوی دیگر، اقدام‌های بازپروری مجرم و راه‌کارهای پیشگیرانه از جرم و حمایت از بزه‌دیده را نفی می‌نماید (صابری، ۱۳۹۴: ۲۰). بنابراین، دستگاه عدالت کیفری با هدف کنار گذاشتن بزه‌کاران از جامعه، صرف نظر از اندیشه‌های بازپرورانه، به تبیین ساختارهای کیفرشناسانه روی آورده و می‌کوشد در گذار از اجرای مجازات‌های سنگین، خشن و به دور از هرگونه تناسب طولی و عرضی، سیاست طرد مجرم در اولویت قرار داده و کرامت والای انسانی را نادیده بگیرد، با این تعبیر که بزه‌کار با ارتکاب جرم، شایستگی خود را از حضور در جامعه از دست داده و جسم و جان وی در اختیار حاکمان جامعه قرار می‌گیرد. بدین‌سان، نویسنده، بی‌توجهی کنش‌گران عدالت کیفری به نوع مجازات انتخابی و تناسب آن با جرم را نکوهش می‌کند. او با بیان هنرمندانه خود خواستار اتخاذ تدابیر منصفانه کیفری همسو با وضعیت پیش‌جنایی بزه‌کار می‌باشد.

۱.۴. تسامح صفر^۱ در برابر جرم

از دیگر رویکردهای حاکم بر نظام جزایی حاکم بر جامعه هوگو، پایبندی و به‌کارگیری نوع خاصی از پاسخ‌دهی کیفری بدون توجه به میزان آثار زیان‌بار جرم است. تعیین بسیاری از کیفرها در جامعه مورد بحث نویسنده، با اعمال مجازات‌های سنگین و حداکثری و بدون در نظر گرفتن میزان کمتی و کیفی جرم صورت می‌گرفت و شیوه نگارش دو داستان موجود در کتاب، نمونه‌هایی از سلب توان بزه‌کاری را در جامعه معاصر هوگو را هویدا می‌سازد. بر این اساس، سخت‌گیری در سیاست کیفری متضمن شدت‌گرایی بر مجرم‌ان از طریق افزایش میزان مجازات، طول مدت یا میزان درد و رنج آن است که گاه در صدد انتقام از مجرم است و گاهی به عنوان ابزار کنترل خطر بزه‌کاری، بیش از تناسب جرم و مجازات، عمل می‌نماید (طاهری، ۱۳۹۲: ۱۲۶). به عبارت دیگر، این رویکرد بدون توجه به تناسب طولی و عرضی بین جرایم ارتكابی و کیفرهای اعطایی به آنان، فقط با هدف یکسان‌سازی مقابله با جرم و حذف یا به انزوا کشاندن مرتکبین جرایم ارتكابی به دنبال ایجاد مدیریت خاصی در کنترل اجتماعی و مقابله با بی‌کیفری می‌باشد (Mazerolle & Ransley,)

1. Zero tolerance

96: 2005). در این روش، با تأکید بر خنثی‌سازی و سلب توان مجرمان فرض بر این است که می‌توان به کاهش نرخ کلی بزه‌کاری امیدوار بود و در نتیجه با حذف برخی بزه‌کاران و دور نگاه داشتن آنان در پشت میله‌های زندان، سهم عمده آن‌ها را در روند بزه‌کاری کاهش داده و نرخ کلی جرایم را به نحو قابل توجهی پایین آورد (غلامی، ۱۳۸۸: ۴۹۸). این در حالی است که در «آخرین روز یک محکوم» نیز شخصیت اصلی داستان به هنگام انتقال، در محل نگهداری موقت خویش با محکوم دیگری ملاقات می‌کند که به دلیل سرقت قرص نانی در جوانی به حبس ابد با کار اجباری محکوم شده است. نویسنده به نقل از این محکوم از بی‌تناسبی میان جرائم و مجازات‌ها پرده برداشته و از قول او می‌گوید: «آرنجی به شیشه مغازه نانوایی کوبیدم و قرص نانی را چنگ زدم، نانو نیز مچ مرا گرفت. نتوانستم نان را بخورم، ولی به حبس ابد با کار اجباری محکوم شدم...» (هوگو، بی‌تا: ۵۵) بی‌گمان، تعیین کیفر حبس ابد به خاطر سرقت یک قرص نان با اندیشه آزادی‌خواهانه آن روزگاران، که مقارن با انقلاب فرانسه گفتمان مسلط بوده است، همسو و هماهنگ نیست. از این‌رو، حقوق کیفری به تدریج به یاری سایر رشته‌های علوم جنایی می‌کوشد واکنش‌های اجتماعی در برابر مجرمین را مدرّج و متناسب نموده و از این ره‌گذر علت‌های ارتکاب جرم را نیز بررسی کند؛ هرچند که سیاست‌های کیفری سخت‌گیرانه همچنان در برخی موارد در نظام‌های حقوقی نظیر قانون سه ضربه و اخراج در سال ۱۹۹۳ در آمریکا یا سیاست مشت آهنین در مقابل جرائم مواد مخدر نمایان است (نجفی‌توانا، ۱۳۹۱: ۱۰۵). به باور برخی، این نوع سیاست، موجب فرهنگ‌سازی بر عدم ارتکاب جرم نمی‌شود و نقش مقطعی داشته و با کاهش قدرت نظارت، میزان جرائم افزایش خواهد یافت. وانگهی، عدم تطبیق این سیاست با حقوق شهروندی در جوامع غربی چالش بزرگ این رویکرد است. (جفری، ۱۳۸۴: ۱۷۱) زیرا به بهانه حفظ نظم عمومی، اختیارات ضابطان و مقامات قضایی به تدریج فزونی یافته و به این ترتیب زمینه مداخله در حریم خصوصی افراد و نقض حقوق افراد به روش‌های گوناگون فراهم می‌شود.

۱.۵. اجرای علنی کیفر اعدام^۱

شخصیت اول داستان، در آن سوی نقد، کیفر مرگ را به‌عنوان مجازاتی وحشت‌انگیز و ناعادلانه با ذکر حاشیه‌های اجرای علنی آن با نگاهی خاص از منظر تماشاگران این صحنه توصیف کرده و می‌گوید: «...امروز حکم در میدان اعتصاب اجرا خواهد شد... کسانی که در بالای مناره یعنی آن‌جا که بیرق در اهتزاز است، صعود کرده‌اند، منظره اعدام مرا به خوبی خواهند دید.» (هوگو، بی‌تا: ۴۷) نویسنده داستان با توصیف هوشمندانه‌ای از صحنه اعدام در «آخرین روز یک محکوم» به

1. Public executions

خوبی عادی و طبیعی بودن آن را در میان مردمان جامعه‌ای که آستانه تحمل خشونت‌شان با نمایش اجرای علنی مجازات‌ها بالا رفته و با شور و شغف و هلهله و شادی نظاره‌گر اعدام هستند به تصویر می‌کشد، و مهم‌تر این‌که نشان می‌دهد چگونه این مجازات، اسباب تفریح و سرگرمی جمیعت وحشت‌انگیزی را که به تعبیر نویسندگان داستان مانند کفتار فریاد می‌زنند، فراهم کرده است. اجرای کیفرهای سنگینی مانند اعدام با رویکرد پیش‌گیری از جرم در فضاهای عمومی، می‌تواند جلوه‌ای از کارکردهای سیاست جنایی سرکوب‌گر را در عصر نویسندگان نمایان سازد. چنانکه به اعتقاد بکاریا، هدف کیفر جز آن نیست که بزه‌کار را از زیان رساندن دوباره به شهروندان خود باز دارد و دیگران را نیز از پیروی در این راه منصرف سازد (بکاریا، ۱۳۸۵: ۶۷).

مخالفت هوگو با این شیوه از اجرای کیفر و حتی اصل مجازات اعدام آشکارا از خلال داستان هویداست و البته فریاد بلند او در اثر مشهور بینوایان شنیدنی‌تر است. او در آنجا از نگاه اسقف عالی «دین پی» می‌نویسد: «خطای بزرگی است که شخص انسان آن چنان در قوانین بشری غرق شود که به قوانین الهی بی‌توجه بماند. مرگ تنها به خداوند تعلق دارد و آدمیان حق ندارند در این امر مجهول مداخله کنند.» (نوربها، ۱۳۹۰: ۳۷۴) او در دیباچه «آخرین روز یک محکوم» نیز به مخاطبان هشدار می‌دهد که مطمئن باشند گنبد جامعه آینده، به دلیل فقدان این ستون زشت و بدقواره (اعدام)، فرو نخواهد ریخت (مالوری، ۱۳۸۱: ۲۵۷).

مخالفت با اعدام و اجرای علنی آن، آن‌سان که مشهود است، در گذشته فقط به اعتراض‌های حقوق‌دانانی چون بکاریا محدود نشده و نویسندگان و ادیبانی مانند هوگو نیز در آثار خود به شیوه‌های گوناگون علیه این کیفر موضع گرفته و سیاست جنایی زمان خود را به چالش کشیده‌اند. این نوع اعتراض‌ها سرانجام به حذف کیفر اعدام در اروپای غربی انجامیده و به تدریج این جنبش به دیگر کشورها نیز سرایت یافت.

۱.۶. نهاد عفو^۱ (جلوه‌ای از سیاست‌مدارا)

پیش‌بینی نهاد عفو از سوی عالی‌ترین مقام کشور (رهبر، پادشاه و رئیس‌جمهور) می‌تواند نوعی مداخله سیاسی از سیاست جنایی محسوب گردد، نهادی که اعمال آن حقی در تبدیل یا نادیده انگاشتن کیفر تحمیلی ایجاد می‌کند. هرگاه با فرض ثبوت جرم و بقای حکم محکومیت، به دستور عالی‌ترین مقام کشور، از اجرای تمام یا قسمتی از مجازات صرف‌نظر گردد، در بیان اهل فن، «عفو خصوصی» نامیده می‌شود (وحدت، ۱۳۱۵: ۳۸). عفو خصوصی در تناقض با اصل تفکیک قوا، ابزاری است که قوه مجریه برای معافیت محکوم از تحمل کلی یا جزئی کیفری از حکم صادره در اختیار

1. Pardon

دارد (لوترمی، ۱۳۸۷: ۹۷). سیاست جنایی ارفاق‌آمیز یا مداراگرایانه با ملاحظه عبارتی چون: «پنج دقیقه به من مهلت دهید، شاید حکم عفو من برسد. به خدا مردن در این سن و سال و آن هم به چنین وضعی برای من وحشت‌انگیز است! تا کنون چه بسا حکم عفو محکومین در لحظات آخر رسیده است... برای خاطر خدا یک دقیقه دیگر صبر کنید تا شاید حکم عفو من برسد... ای وای! اگر حکم عفو من نرسد، چه کنم؟ خیر، خیر، ممکن نیست مرا ببخشند!» (هوگو، بی‌تا: ۹۷) جلوه‌ای از درک و پذیرش این تأسیس از سوی شخص اول داستان است. آن‌سان که نویسنده داستان آشکار می‌کند، رابطه تنگاتنگی میان عفو و مجازات‌های شدید نظیر اعدام برقرار است. هر اندازه که کیفر سنگین‌تر باشد، فشارها و فریادها بابت عفو قوت می‌گیرد و مجازات در مرحله اجرا با مانع جدی مواجه خواهد شد. برعکس، هرچه کیفرها ملایم‌تر باشد، ضرورت ترحم و شفقت کمتر احساس می‌شود. به تعبیر بکاریا، حق عفو زیباترین امتیاز دربار و آرزوبرانگیزترین خصیصه حکومت برای قساوت قوانین و محکومیت‌ها است (بکاریا، ۱۳۸۵: ۸۷).

با این حال، سیاست جنایی در مفهوم موسع، جهت نیل به ابزارهای کنترل بزه و بزه‌کاری، نیازمند بهره‌گیری از یافته‌های علت‌شناسی بزه‌کاری می‌باشد. در یک سیاست جنایی یک‌پارچه، حقوق کیفری، حقوق پیشگیری، حقوق اصلاح و درمان به صورت تلفیقی اعمال می‌شوند که خود نوعی سیاست میان‌نهادی، مشارکتی با ایفا کنش‌گران متفاوت دولتی و جامعه‌ای در جهت قانون‌مند شدن تدابیر جرم‌شناسی و بزه‌دیده‌شناسی است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۲: ۱۷). سیاست جنایی کارآمد در این مفهوم به هنگام تبیین راهبردهای کنشی و غیرسرکوبگر در منطقه کنترل شده جنایی لاجرم از رهیافت‌های علت‌شناسی و نظریه‌های ارائه شده در مهار بزه‌کاری بهره می‌گیرد. متولیان سیاست جنایی که به ساختارهای موجود در تبیین علت‌شناسانه بزه‌کاری بی‌توجه هستند، به طور قطع، نمی‌توانند گام‌های مؤثری را در تدبیر و چاره‌اندیشی پدیده جنایی بردارند. از این‌رو، توجه به سیاست جنایی، بدون دقت نظر در عرصه جرم‌شناختی کارآمد نخواهد بود. خاستگاه چنین تفکری را می‌توان در داستان‌های ادبی و تاریخی نیز مشاهده کرد. هوگو در اثر مزبور، ضمن روایت جلوه‌های سیاست جنایی معاصر خویش، از ره‌گذر جرم‌شناسی مضاعف به علت‌شناختی ارتکاب جرم، نظیر بی‌توجهی به کودکان خیابانی که در آینده به مجرمین حرفه‌ای تبدیل می‌گردند و یا این‌که ارتکاب جرم می‌تواند ناشی از داشتن روابط اجتماعی افراد با سایر مجرمان باشد، به شرح مطالب ذیل می‌پردازد.

۲. خوانش جرم‌شناسانه محتوای داستان

جرم‌شناسی رشته‌ای از علوم جنایی است که عوامل و فرآیندهای بزه‌کاری، بزه‌دیدگی و حالت خطرناک آنان را به روش علمی مطالعه می‌نماید تا بهترین روش پیش‌گیری از جرم و نیز اصلاح و درمان بزه‌کاران و بزه‌دیده‌گان را ارائه دهد (رحیمی‌نژاد، ۱۳۹۰: ۱۷). رهیافت‌های جرم‌شناختی از آغاز پیدایش این رشته، بیشتر توسط اندیشمندان غیر از حقوقدانان نظیر جامعه‌شناسان، فیلسوفان، روان‌شناسان و حتی پزشکان به حقوق کیفری وارد شد. در این میان ادیبان و نویسندگان نیز با دیدگاه‌های خویش به علت‌های وقوع جرم توجه داشته و با استفاده از مفاهیم و واژگان رایج در رشته خویش ناهنجاری‌های موجود را تحلیل کرده‌اند. هوگو نیز در کتاب «کلود ولگرد و آخرین روز یک محکوم»، تلاش می‌کند در کنار توجه به ساختارهای عدالت کیفری معاصر خود، علت‌های ارتکاب جرم را واریسی کند. یافته‌های زیر حاصل تکاپوی نویسنده در این مورد است.

۱.۲. پیش‌گیری رشد مدار^۱

در چهار دهه گذشته در اکثر کشورها، پیش‌گیری در سطوح مختلف حاکمیت مورد توجه قرار گرفته است. برای نمونه در فرانسه، سازمان ملی پیش‌گیری از جرم تأسیس شد (نجفی ابرنآبادی، ۱۳۸۱: ۷۸۲). صرف‌نظر از گونه‌های مختلف پیش‌گیری از جرم، یکی از این روش‌ها، پیش‌گیری رشد مدار است. منظور از راهبرد اخیر، اتخاذ تدابیر و اقدامات گوناگون در طول رشد افراد می‌باشد (نجفی ابرنآبادی، ۱۳۸۱: ۷۸۹). از دیدگاه نویسنده، دولت در مقابله با بزه‌کاری نوجوانان، در برخی موارد از اقدامات مقتضی مغفول مانده است. توضیح این‌که محکوم به اعدام در راه انتقال از زندان «بی‌ستر» به زندان «کنسیرژی» با محکومی ملاقات می‌کند که پدر خود را در کودکی از دست داده و در نه سالگی مرتکب سرقت از مغازه‌ها می‌شده، اما دستگاه عدالت کیفری آن دوره با رسیدن وی به سن بلوغ، او را به کار اجباری گماشت. هوگو به نقل از وی چنین می‌گوید: «من در سن شش سالگی یتیم شدم و نه پدر داشتم و نه مادر، تابستان‌ها در وسط‌گرد و خاک کنار جاده‌ها گوشه‌ای می‌گرفتم و می‌نشستم تا شاید عابرین و مسافرینی که سوار در کالسکه چاپاری از آنجا می‌گذشتند پول سیاهی برای من ببندازند. زمستان‌ها پا برهنه در گل و شل راه می‌رفتم... در نه سالگی تصمیم گرفتم کم‌کم چمچه‌ها (یعنی دست‌ها)ی خود را به کار انداختم و گاه‌گاه انبان (یعنی جیب) یکی را خالی می‌کردم و جل (یعنی بالاپوش) دیگری را کش می‌رفتم. در ده سالگی عیار (یعنی دزد) شدم... چون به سن قانونی رسیده بودم مرا برای پاروونی به میان ناوهای کوچک (یعنی برای انجام کار اجباری) فرستادند...» (هوگو، بی‌تا: ۵۴) اما

1. Developmental crime pervention

پیش‌گیری زودرس ناظر به کودکانی است که پیش‌تر از سن معمول مرتکب بزه می‌گردند، و زندگی جنایی‌شان زودتر شکل می‌گیرد، از این‌رو به منظور جلوگیری از مزمن شدن بزه‌کاری، نیازمند مداخله نیروی غیرسرکوب‌گر در همان زمان طفولیت هستند. نویسنده داستان به نوعی از عدم مقابله با پدیده بزه‌کاری زودرس انتقاد کرده و بر همین مبنا، شخصیت دوّم داستان را در مسیر شخصیت اول قرار می‌دهد تا از این ره‌گذر، به لزوم مداخله به موقع حاکمان و بی‌توجهی آنان به نابسامانی‌های اجتماعی معاصر انتقاد نماید.

۲.۲. واکنش اجتماعی - برچسب‌زنی^۱

جرم‌شناسی واکنش اجتماعی به‌جای توجه به مجرم و محیط پیرامون او، بر فرایند کیفری ناظر بر ارتکاب جرم از مرحله مداخله پلیس تا دادرسی و اجرای مجازات‌ها متمرکز می‌شود. طرفداران این نظریه بر این باورند قانون‌گذاری و نحوه تعامل کنش‌گران عدالت کیفری با مجرمین علت اصلی ارتکاب جرم از سوی آن‌ها می‌باشد (نجفی ابرندآبادی-هاشم بیگی، ۱۳۹۱: ۱۸۲). نظریه‌پردازان این مکتب برای جلوگیری از پیامدهای ناگوار برچسب‌زنی، معتقد به عدم مداخله رسمی و بنیادی بوده و می‌گویند که این افراد، سرانجام خود به سمت رفتار و شیوه‌های متعارف زندگی کشیده خواهند شد و این، خصلت دوره جوانی و نوجوانی است که افراد میان دو قطب متعارف و نامتعارف سرگردانند (وایت، هینز، ۱۳۸۶: ۱۹۹). بنابراین، واکنش نامتناسب در برابر محکومین، گاه امکان دوباره اجتماعی شدن را از آن‌ها سلب می‌نماید. به اعتقاد این گروه از جرم‌شناسان، جامعه در فرآیند محاکمه و محکومیت به مردم برچسب مجرمیت می‌زند و همین عمل سبب توسعه هویت مجرمانه و طرد فرد از جامعه شده و سرانجام باعث همکاری با افرادی می‌گردد که برچسب مجرمیت دارند (Maclaughin & Mucie, 2001: 159).

در افکار ویکتور هوگو به روشنی به مسأله برچسب اشاره شده و وی در توصیف زندانی آزاد شده از اعمال شاقه می‌نویسد: «مردم‌شوی آن گذرنامه و جواز راه را ببرد که برگش زرد بود و بر روی آن نوشته بودند: زندانی با اعمال شاقه که آزاد شده. من از هر جا که می‌خواستم عبور کنم، مجبور بودم آن ورقه را نشان دهم. راستی چه سفارشنامه خوبی بود! من کیستم؟ محکوم به اعمال شاقه!» (هوگو، بی‌تا: ۵۵) ملاحظه می‌شود که فضای حاکم بر دوره معاصر نویسنده، بیان‌گر غربال‌گری پلیس و برچسب‌زنی مجرمانه است که با اعمال این تدابیر، محکوم همواره در مقام تحمل کیفر قرار گرفته و تمام قد در برابر آیین مجازات، خویشتن را ملاحظه و داوری می‌نماید. اما اگر برچسب‌زنی محکومان فقط از سوی کنش‌گران عدالت کیفری صورت پذیرد، افراد پس از پایان

1. Radical criminology-labeling

کیفر با فضای بیشتری از تعاملات اجتماعی مواجه خواهند بود؛ برعکس، اگر تصمیم‌هایی اتخاذ گردد که سبب شود محکوم همواره مجازات سپری شده را به دوش بکشد، اجرای کیفر با هدف اجتماعی کردن بزه‌کاران، امری بی‌فایده خواهد بود. از همین‌رو، امروزه مراقبت‌های پس از پایان محکومیت و نوع نگاه مردم به محکومانی که کیفر خود را تحمل کرده‌اند، نقش مهمی را در بقاء روابط اجتماعی این دسته از افراد ایفا می‌کند.

۳.۲. یافته‌های بزه‌دیده‌شناسی

در بیان علت‌شناسی جرم، افزون بر بزه‌کار و بزه‌دیده، وضعیت اجتماعی وی نیز باید مورد توجه قرار گیرد. بزه‌دیده در چارچوب شرایط یا عوامل موجود، نقش مهمی را در مهار جرم بازی می‌کند. پژوهش‌های حوزه علوم جنایی تفسیری نشان‌گر آن است که ارتکاب جرم صرفاً ناشی از اوضاع و احوال بزه‌کار نبوده و نقش او از ره‌گذر مسامحه یا تقصیر در بزه‌دیده و حتی ویژگی‌های خاص وی نیز مؤثر است (صغاری، ۱۳۸۲: ۳۸). البته در مواردی، بزه‌دیدگی فقط شامل بزه‌دیده مستقیم نمی‌شود و بزه‌دیدگان غیرمستقیم از قبیل خانواده، بستگان و غیره را نیز در برمی‌گیرد. با این حال، نباید پنداشت بزه‌دیدگی همواره محصول رفتار مجرمانه است، بلکه در مواردی این مهم به دلیل حاکمیت قوانین نامتناسب و نظام‌های کیفری خاص که از منظر سیاست جنایی به نظام‌های اقتدارگرا یا اقتدارگرایی فراگیر تعلق دارد، نیز قابل تصور است. آن‌گاه که محکوم به اعدام، به هنگام نقد این کیفر در توصیف یگانه فرزندش چنین می‌گوید: «...تمام کودکان همسال تو، پدر خواهند داشت و تنها تویی که بی‌پدر می‌مانی، طفل عزیزم... ای کاش این اعضای هیئت منصفه، ماری، دختر زیبای مرا دیده بود تا می‌فهمیدند نباید پدر یک کودک سه ساله را کشت.» (هوگو، بی-تا: ۶۰) از نگاه هوگو، نادیده‌گرفتن اصول دادرسی منصفانه و اجرای کیفرهای خشن به‌منظور مهار بزه‌کاری امر پسندیده‌ای نبوده و با عدالت قضایی سازگاری ندارد. با این اوصاف، می‌توان نقد هنرمندانه وی را از چشم‌انداز آسیب‌شناسی نظام عدالت کیفری بازخوانی نمود.

نویسنده داستان در رمان مشهور بینوایان، از دریچه دیگری به بزه و بزه‌دیدگی می‌نگرد. او بر این باور است بزه‌کاران بیشتر قربانی‌اند تا گناهکار. جامعه مسؤول سقوط آن‌هاست. او می‌گوید: «مردم گرسنه‌اند، مردم از سرما تلف می‌شوند. فقر آنها را، برحسب جنسیتشان، به جنایت و انحراف می‌کشاند. به مردم رحم کنید...» (مالوری، فیلیپ، ۱۳۸۱: ۲۵۵) او در داستان کلود ولگرد^۱

۱. داستان کلود ولگرد در صفحات ۱۰۱ تا ۱۳۱ به همراه داستان «آخرین روز یک محکوم» در یک جلد ارائه شده است.

نیز این باور را با شرح حال کلود، کارگر شریف سابق و دزد حال و آینده، به تصویر کشیده و قضاوت را به خواننده منصف و با وجدان واگذار می‌کند.

۲.۴. بازتاب مفاهیم جامعه‌شناسی

از دیگر یافته‌های اثر مورد بحث، ارتباط آن با نظریه‌های جامعه‌شناسی جنایی و جامعه‌شناسی کیفری است. جامعه‌شناسی جنایی، علت‌های ارتکاب جرم را در بستر محیط (اعم از حقیقی و مجازی) مطالعه و بررسی می‌کند و در مقابل، جامعه‌شناسی کیفری توجه خود را به مطالعه نهادهای گوناگون نظام عدالت کیفری اعم از حقوق کیفری عمومی، اختصاصی و آیین دادرسی کیفری به‌عنوان پدیده‌های اجتماعی و پیامدهای آن‌ها در جامعه معطوف می‌نماید. از خلال تحلیل محتوای داستان «آخرین روز یک محکوم» جلوه‌هایی از رویکرد جامعه‌شناسانه در هر دو شاخه جنایی و کیفری دیده می‌شود.

۲.۴.۱. بارقه‌های جامعه‌شناسی جنایی

هوگو در پی توصیف شرایط زندگی شخصیت‌های داستان، تأثیر عوامل محیطی را که امروزه در عرصه علوم جنائی تحت عناوین گوناگونی مطرح می‌شوند، مورد توجه قرار داده است، آن‌سان که از چگونگی تعامل این شخصیت‌ها می‌توان نظریه‌هایی از جامعه‌شناسی جنایی و حتی جامعه‌شناسی کیفری را استنباط کرد. نظریه فشار یکی از نظریه‌های مهم در عرصه جامعه‌شناسی جرم است. به موجب این نظریه، از یک سو، اهداف قانونی و مقاصد تعریف شده‌ای در جامعه ترویج می‌گردد و از سوی دیگر، فرض بر این گذاشته می‌شود جامعه ابزار مشروعی برای رسیدن به این اهداف عرضه می‌کند. خلاء هنجاری زمانی پدید می‌آید که میان اهداف و ابزار در عمل تناسبی نباشد (نجفی ابرنآبادی، ۱۳۹۲: ۶۴). در این وضعیت، افراد لاجرم به سمت بزه یا انحراف متمایل می‌شوند. هوگو نیز از چشم‌انداز ادبی به این مهم توجه داشته و به نقل از شخصیت دوم داستان بیان می‌دارد: «...در سن شش سالگی یتیم شدم و نه پدر داشتم و نه مادر، تابستان‌ها در وسط گرد و خاک کنار جاده‌ها گوشه‌ای می‌گرفتم و می‌نشستم تا شاید ... پول سیاهی برای من بیندازند.» (هوگو، بی‌تا: ۵۴) بنابراین، هوگو بزه کاری را بیشتر ناشی از نابرابری‌های اجتماعی در توزیع عادلانه ثروت می‌داند. البته با بررسی بیشتر داستان می‌توان مفاهیمی از نظریه‌های دیگر را نیز یافت که امروزه در جامعه‌شناسی جرم محل بحث می‌باشد. در این میان معیارهای نظریه معاشرت‌های ترجیحی^۱ نیز در این اثر قابل ملاحظه است. یافته‌های این نظریه را نیز باید در همراهی شخصیت دوم داستان

1. Differential associations

با فرد محکوم به اعدام تحلیل نمود، زیرا این محکوم در مقام تعریف سرگذشت خود به هنگام آزادی از زندان در مرحله نخست می‌گوید: «...حاضر شدم در تمام روز، خود را به ازاء مزد پانزده «سو» و ده «سو» و حتی پنج «سو» بفروشم و کسی به من نیاز نداشت... در این بین به رفقای بر خورد کردم که دوره حبس خود را پایان رسانده و یا مانند من ریسمان (یعنی زنجیر) خود را گسسته و گریخته بودند. سر ایشان (یعنی رئیس ایشان) به من پیشنهاد کرد داخل دسته شوم و عضویت آن گروه را بپذیرم. کار ایشان این بود که بر سر شاهراهها مرغ سر ببرند (آدم بکشند)... من این پیشنهاد را پذیرفتم و به خاطر زنده ماندن خود، به کشتن مردم پرداختم» (هوگو، بی‌تا: ۵۵) هرچند که وی در گذشته صرفاً مرتکب جرائم خرد می‌شد، اما با پیوستن به گروه تبه‌کاری می‌آموزد قتل را نیز تجربه نماید. در نظریه معاشرت‌های ترجیحی نیز عقیده بر آن است جرم امری آموختنی و فراگیری رفتار مجرمانه در تماس با اشخاص دیگر صورت می‌پذیرد، در این فراگیری لوازم و فنون ارتکاب و نوع پوشش نیز آموزش داده می‌شود (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۲: ۵۸). بدین‌سان، در اندیشه ویکتور هوگو توجه به این معاشرت‌ها و ارتباطات حاصله با گروه‌های تبه‌کاری و تأثیر آن بر ارتقاء فرآیند بزه‌کاری نمایان است.

۲.۴.۲. رویکرد جامعه‌شناسی کیفری

محتوای داستان «آخرین روز یک محکوم»، بازتابی از جامعه‌شناسی کیفری را نیز به همراه دارد. جامعه‌شناسی کیفری، آن‌سان که گفته شد، کانون توجه خود را ارزیابی نهادهای حقوق کیفری قرار داده است. گرانیگاه و محور جامعه‌شناسی کیفری را جامعه‌شناسی جرم‌انگاری و کیفرگذاری، جامعه‌شناسی تشکیلات کیفری و جامعه‌شناسی ضمانت‌اجراهای کیفری تشکیل می‌دهد (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۹: ۱۷). با این توصیف، افق‌هایی از مباحث جامعه‌شناسی کیفری را می‌توان در نظام دادرسی حاکم بر عصر هوگو مشاهده نمود. در واقع، هوگو از نگاه ادبی خویش به فقر محاکمه انتقاد داشت و به دنبال بیان دادرسی منصفانه بود. منظور از دادرسی منصفانه، رسیدگی و تصمیم‌گیری مستقل قضایی در دادگاه‌های صلاحیت‌دار، با رعایت حقوق دفاعی متهم و توجه به سوابق زندگی، اجتماعی و محیط پیرامون او در طول فرایند دادرسی است. (Summers, 2007: 67). نویسنده داستان می‌کوشد به نوعی فقدان یکی از امکانات دادرسی منصفانه که همانا مواعد متناسب رسیدگی است، گوشزد نماید. هوگو به نقل از محکوم، به احتساب مواعد اجرای حکم پرداخته و می‌گوید: «مهلت قانونی برای درخواست فرجام از حکم صادره از حینی که حکم را برای من قرائت کردند سه روز. توقف این پرونده روی میز جناب وزیر که از وجود چنین پرونده ای بیخبر است، پانزده روز می‌باشد... بالاخره یک روز پنج‌شنبه بر حسب معمول دیوان عالی کشور تشکیل

می‌شود و در همان روز، بیست عرضحال تمیزی را رسیدگی و رد می‌کنند، سپس همه آن دادخواست‌ها را خدمت جناب آقای وزیر اعاده می‌دهند. معظم‌له نیز آنها را خدمت جناب آقای دادستان می‌فرستند و دادستان نزد جلال ارسال می‌دارد و این جریان مجموعاً سه روز طول می‌کشد...» (هوگو، بی‌تا: ۱۷) در نهایت در ظرف شش هفته همراه با ترس و وحشت اعدام اجرا می‌شود. این نوع دادگستری با ویژگی‌هایی که در جریان داستان تشریح می‌گردد، هیچ بازتابی از دادرسی منصفانه و کرامت‌مدار را به همراه ندارد. حال آن‌که در یک سیاست جنایی مختلط، نظام دادگستری به مثابه معماری فرزانه و خردمند به گونه‌ای سامان داده می‌شود که به طور متوازن امنیت عمومی جامعه، امنیت حاکمیت و حقوق و آزادی‌های شهروندان را پاس دارد (نجفی ابرنآبادی، ۱۳۹۴: ۹۰). چنین تحلیلی از مراحل دادرسی هرچند دورنمایی از دادرسی عادلانه از حیث حضور هیأت منصفه و دو مرحله‌ای بودن دادرسی را نشان می‌دهد، اما به نقل از محکوم، رسیدگی در مرحله فرجامی و این‌که در یک روز اداری، قریب به بیست پرونده قتل بررسی و سرانجام همه تأیید می‌شوند، نوعی اعتراض به ناکارآمدی مراحل رسیدگی و شیوه‌های حاکم بر دادرسی آن عصر را برمی‌انگیزد. این روش از دادگری و دادورزی در مرحله فرجامی، الگویی از مدل کیفری کنترل جرم را نمایان می‌سازد، که در آن، دغدغه دستگاه عدالت کیفری، تعقیب و سرکوب مجرم تا حدی به بهای محکوم کردن بی‌گناهان است (شفیع‌زاده دیزجی، ۱۳۹۲: ۱۹). انسان در این رویکرد کنترلی فایده‌نگر همچون وسیله‌ای می‌ماند که در پای منافع عمومی لگدمال و قربانی می‌گردد. اگر در شرایط خاصی، کیفر دادن شخص بی‌گناهی آسانترین یا حتی یگانه راه پیشگیری از جرم باشد، لاجرم باید انجام شود. به عبارت دیگر در این دیدگاه بزه کار به مثابه کنشگر اقتصادی است که با به کار گیری عقلانیت کیفری سود و زیان، اقدام به ارتکاب جرم می‌نماید و از این رهگذر شایسته تدابیر حمایتی و دفاعی نمی‌باشد (جعفریان، ۱۳۹۴: ۳۸). لزوم تغییر این دیدگاه در قلمرو دادرسی جنایی سبب می‌شود تا هوگو در داستان «کلود ولگرد» به شیوه دیگری به نقد قوانین می‌نشیند و خواهان انهدام نردبان پوسیده جرایم و مجازات‌ها و نوسازی در قوانین و اصول محاکمات جزایی می‌گردد. او خواهان اصلاح زندان‌ها و تغییر قضات می‌شود و از اینکه در فرانسه آن زمان هر سال سر عدد کثیری به گیسوتین سپرده می‌شود و دولت به جای صرفه‌جویی در سرهای نازنین به فکر صرفه‌جویی در بودجه است، تأسف می‌خورد. او می‌گوید آموزگار استخدام کنید تا جلال! و قوانین را پایه‌پای اخلاق پیش ببرید (هوگو، بی‌تا، ۱۳۰).

اما سخن راوی «آخرین روز یک محکوم» در فراز پایانی داستان شنیدنی‌تر است: «آه ای قوانین نارسا و ای مردم بدبخت و بینوا، به خدا من انسان شریب و بدکاره‌ای نبوده‌ام.» (هوگو، بی‌تا: ۷۴) بلکه این قوانین ناعادلانه است که چنین سرنوشت شوم و نفرت‌انگیزی را رقم زد. او امیدوار است

که روزی فرا برسد که این یادداشت‌ها، در تنظیم و تدوین قوانین نو به کار آید و آیندگان در نظام مجازات‌ها، به ویژه کیفر اعدام، تجدیدنظر نمایند.

نتیجه‌گیری

داستان «آخرین روز یک محکوم» در حقیقت روایت‌گر فریادها و شکوه‌هایی از سیاست جنایی حاکم بر زمان ویکتور هوگو است. سیاست‌های سخت‌گیرانه در قبال بسیاری از جرائم خرد، اجرای علنی کیفر اعدام و اعمال کیفرهای بدنی سخت نظیر پارو زنی در کشتی یا اعمال شاقه، یادآور سیاست طرد بزه‌کاران و بی‌توجهی به موضوع بازپروری عادلانه محکومین است. از یک منظر، بررسی این نوع از پاسخ‌های کیفری بدون احتساب تناسب عمل بزه‌کار و خسارت وارده، نظیر سرعت قرص نان و اجرای کیفر حبس ابد برای آن، می‌تواند به نوعی بارقه‌هایی از سیاست جنایی عملگرا در جوامع امروزی را بازتاب دهد. شعار این سیاست چنین است: «دولت مردان بیدارند و با بی‌کیفری مقابله می‌کنند.» از نگاهی دیگر، نویسنده داستان با تمرکز بر علت‌های اجتماعی جرم از رهگذر جامعه‌شناسی جنایی، اوضاع و احوال حاکم بر زندگی فردی و اجتماعی بزه‌کاران را رصد کرده و به دقت دنبال می‌کند. از این‌رو، از خلال واکاوی «آخرین روز یک محکوم» می‌توان ادعا کرد، مضامین و مفاهیم داستان، به دلایلی که گفته شد، همسو با یافته‌های جرم‌شناسی و سیاست جنایی در عصر مدرن است. مواردی چون علت‌شناسی جرم، برچسب‌زنی، بزه‌دیدگی‌شناسی، توجه به شخصیت مجرم در صدور حکم، مرحله‌پساکیفری، ماهیت و نوع واکنش‌ها به ویژه کیفر اعدام و نحوه اجرای آن از نمودهای بارز و مهم اثر مذکور است که واجد ابعاد جرم‌شناسی هستند که مورد توجه ویکتور هوگو بوده‌اند.

فراگیر بودن مفهوم چگونگی ارتکاب جرم از حیث علت‌شناختی و نحوه مقابله با آن، سبب شده تا بیشتر کنش‌گران و پویان‌گران اجتماعی، بیش از پیش به دنبال شناسایی پدیده جنایی باشند. پژوهش‌گران در رشته‌های گوناگون و حتی نویسندگان ادبیات داستانی در تلاش هستند با بررسی پدیده مجرمانه و کاربست یافته‌های علوم مورد مطالعه خویش در پاسخ‌گذاری معماری بزه‌کاری مشارکت نمایند. بنابراین، مسأله جرم و مجازات فقط دغدغه حقوق‌دانان و جرم‌شناسان و کنش‌گران عدالت کیفری نیست و نویسندگان، داستان‌نویسان و شاعران نیز در این باره سخن‌ها و نکته‌هایی دارند که باید شنیده و مورد توجه قرار گیرد. شاید راه‌کارها و رهنمودهای آن‌ها که از فرایند بررسی و خواندن آثارشان استنباط می‌شود، به کارایی و کارآمدی دستگاه عدالت کیفری و تحول در واکنش‌ها و ضمانت‌اجراها کمک نماید. بر همین اساس، تحلیل محتوای داستان‌های جنایی

نظیر «آخرین روز یک محکوم»، از چشم‌انداز سیاست جنایی و جرم‌شناسی، مبتنی توجه ضمنی نویسندگان ادبی به علل پیمایش پدیده جنایی در جامعه می‌باشد.

سرانجام به علت اهمیت تحلیل محتوا در آثار ادبی، پیشنهاد می‌شود دست‌اندرکاران و سیاست‌گذاران علوم جنایی در دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی درس‌نامه یا واحدی موسوم به جرم-شناسی ادبی، دست‌کم به عنوان یک واحد اختیاری، با هدف تحلیل حقوقی و جرم‌شناسانه آثار و متون ادبی در دوره‌های کارشناسی ارشد و دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی راه‌اندازی شده و سرفصل‌های تازه‌ای برای پژوهش‌های جدید در این حوزه تعریف و تبیین گردد. ناگفته روشن است، توجه به بارقه‌ها و جلوه‌های جرم‌شناسی در متون ادبی و رصد و ارزیابی نوع نگاه و جهان‌بینی ادیبان پیرامون مسأله جرم به نوبه خود می‌تواند در توسعه و تکامل جرم‌شناسی اثرگذار باشد. وانگهی، خوانش جرم‌شناسانه ادبیات، ساحت جدیدی در قلمرو جرم‌شناسی می‌گشاید که به دلیل جذابیت ذاتی‌اش پژوهش‌های زیادی را رقم خواهد زد.

منابع

- آخوندی، محمود (۱۳۸۴)، **آیین دادرسی کیفری**، جلد پنجم، چاپ اول، ضمیمه کتاب، تهران: انتشارات مجد.
- بکاریا، سزار (۱۳۸۵)، **رساله جرائم و مجازات‌ها**، ترجمه محمدعلی اردبیلی، تهران: انتشارات میزان.
- بولوک، برنارد (۱۳۸۶)، **کیفرشناسی**، برگردان علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ پنجم، تهران: انتشارات مجد.
- جفری رسن (۱۳۸۴)، «نگاهی به سیاست تسامح صفر»، ترجمه جلال‌الدین قیاسی (مترجم)، **نشریه فقه و حقوق**، شماره ۴، ص ۱۸۴-۱۷۳.
- جعفریان سوته، حسن (۱۳۹۴)، «از عدالت کیفری کرامت‌مدار تا عدالت کیفری امنیت‌مدار (علل، راهکارها)»، **مجله اندیشه‌های حقوق کیفری**، سال اول، شماره ۱، ص ۵۴-۳۵.
- رایجیان اصلی، مهرداد (۱۳۸۳)، «جایگاه کیفر مرگ در جهان»، **مجله پژوهش حقوق و سیاست**، شماره ۱۱، ص ۱۱۱-۱۳۰.
- رحیمی نژاد، اسماعیل (۱۳۹۰)، **جرم‌شناسی**، چاپ دوم، تبریز: انتشارات فروزش.

- رضوی فرد، بهزاد (۱۳۹۰)، «کارآمدی و ناکارایی کیفر اعدام در مبارزه با جرایم بین‌المللی»، در: یادنامه شادروان دکتر رضا نوربها، ضمیمه مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۶، ص ۵۲۱-۴۷۳.
- رضوانی، روح‌الله (۱۳۸۹)، تحلیل محتوا، عیار پژوهش در علوم انسانی، شماره ۳، ص ۱۳۷-۱۵۶.
- رضوانی، سودابه (۱۳۹۵)، تحولات مفهوم خطرناکی در جرم‌شناسی و آثار آن در حقوق کیفری، رساله دکتری از دانشگاه شهید بهشتی.
- شفیع زاده دیزجی، توحید (۱۳۹۲)، «مطالعه مدل‌های دوگانه عدالت کیفری هربرت پارکر با تکیه بر ارزیابی عدالت کیفری ایران در پرتو آن مدل‌ها»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق شهید بهشتی.
- طاهری، سمانه (۱۳۹۲)، سیاست کیفری سخت‌گیرانه، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان.
- صابری، راضیه (۱۳۹۴)، «گفتمان سیاست جنایی در کتاب مزرعه حیوانات»، مجله حقوقی داور، شماره ۱۳-۱۴، ص ۳۷-۹.
- غلامی، حسین (۱۳۸۶)، «سیاست کیفری سخت‌گیرانه»، فصل‌نامه دانش انتظامی، شماره ۲۷، ص ۹۵-۱۲۱.
- غلامی، حسین (۱۳۹۱)، ترس از جرم، دیباچه در: حمیدرضا نیکوکار و بهاره همت‌پور، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- فوکو، میشل (۱۳۹۲)، مراقبت و تنبیه، ترجمه نیکو سرخوش، و افشین جهان‌دیده، چاپ یازدهم، تهران: انتشارات نی.
- کاتبی، حسین (۱۳۴۶)، «تاریخچه قانون مجازات فرانسه»، ترجمه، مجله کانون وکلا، شماره ۱۰۵، ص ۸۳-۸۷.
- کسمایی، بهروز (۱۳۵۷)، «نقد و بررسی کتاب بینوایان ویکتور هوگو»، مجله وحید، شماره ۲۳۶، ص ۲۸-۳۱.
- _____ (۱۳۵۷)، «نقد و بررسی کتاب بینوایان ویکتور هوگو»، مجله وحید، شماره ۲۳۷، ص ۳۱-۳۶.
- لوترمی، لوریس و دیگران (۱۳۸۹)، بایسته‌های حقوق کیفری عمومی فرانسه، برگردان محمود روح‌الامینی، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان.



- لازرژ، کریستین (۱۳۹۲)، **درآمدی در سیاست جنایی**، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ چهارم، تهران: انتشارات میزان.
- معظمی فراهانی، بیتا (۱۳۸۷)، «ویکتور هوگو، نویسنده قهرمان پرور یا قهرمان سخنوری»، **مجله نقد زبان و ادبیات خارجی**، شماره ۱، ص ۱۳۰-۱۱۵.
- موریس، نورال، روتمن، دیوید. ج (۱۳۹۰)، **سرگذشت زندان: روش مجازات در جامعه غرب**، ترجمه پرتو اشراق، چاپ اول، تهران: انتشارات ناهید.
- مالوری، فیلیپ (۱۳۸۱)، **ادبیات و حقوق**، ترجمه مرتضی کلانتریان، چاپ اول، تهران: موسسه انتشارات آگاه.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۸۱)، **جرم‌شناسی (پیش‌گیری از جرم)**، جزوه درسی، مجتمع آموزش عالی قم.
- _____ (۱۳۸۹)، **جامعه‌شناسی کیفری**، جزوه درسی، دانشکده حقوق شهید بهشتی.
- _____ (۱۳۹۱)، **مباحثی در علوم جنایی**، جزوه درسی، ویراست هفتم، به کوشش: شهرام ابراهیمی.
- _____ (۱۳۹۲)، **درآمدی در بایسته‌های پژوهش در نظام عدالت کیفری**، (مجموعه مقالات)، چاپ اول، انتشارات میزان.
- _____ (۱۳۹۲)، **جامعه‌شناسی جنایی (جامعه‌شناسی جرم)**، جزوه درسی، دانشکده حقوق شهید بهشتی.
- _____ (۱۳۹۲)، **تقریرات جرم‌شناسی**، جزوه درسی دوره کارشناسی، دانشکده حقوق شهید بهشتی.
- _____ (۱۳۹۲)، **از جرم‌شناسی انتقادی تا جرم‌شناسی امنیت مدار**، جزوه درسی دوره دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق شهید بهشتی.
- _____ (۱۳۹۴)، **آیین دادرسی کیفری: بنیان‌ها، چالش‌ها و راهکارها (مجموعه مقالات همایش قانون آیین دادرسی کیفری، آذرماه ۱۳۹۴)** دانشگاه شهید بهشتی، ص ۸۹-۱۰۵.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین و بیگی، هاشم (۱۳۹۱)، **دانشنامه جرم‌شناسی**، چاپ دوم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- نجفی توانا، علی، (۱۳۹۱)، **جرم‌شناسی**، چاپ یازدهم، تهران: انتشارات سنجش و دانش.
- نوربها، رضا (۱۳۹۰)، **زمینه حقوق جزای عمومی**، چاپ بیست و نهم، تهران: انتشارات دادآفرین و گنج دانش.

- وایت، رایت، هینز، فیونا (۱۳۸۶)، **جرم و جرم‌شناسی**، جلد نخست، ترجمه علی سلیمی، چاپ سوم، تهران: انتشارات پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- وحدت، مهدی (۱۳۱۷)، «عفو و عفو عمومی عقاید علمای فرانسه و بلژیک»، **مجموعه حقوقی**، شماره ۱۳، ص ۳۷-۳۹.
- محمدی مهر، غلامرضا (۱۳۸۹)، **روش تحلیل محتوا**، (راهنمای علمی تحقیق)، چاپ دوم، تهران: انتشارات دانش نگار.
- هوگو، و یکتور (بی‌تا)، **کلود ولگرد و آخرین روز یک محکوم**، ترجمه محمد قاضی، چاپ هفتم، انتشارات حلاج.
- Hodgkinson, Peter. Schabas, William A. (2004), **Capital Punishment**, Cambridge University Press.
- Summers, Sara. j. (2007), **Fair Trials: The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights**, Volume 4 of Criminal law library, Oxford, hart publishing.p.67.
- Mazerolle, Larsenly., Ransley, Janet. (2005), **Third Party Policing**. Cambridge university press. p.96.
- Mclaughlin, Eugene. & Munice, John. (2001), **The Sage Dictionary of Criminology**. sage press. P.159.
- Ward, Tony. & Maruna, Shadd. (2007), **REHABILITATION**, Routledge press.



پژوهشنامه حقوق کیفری

سال نهم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۹۷

شماره پیاپی ۱۷



گستره و ویژگی‌های داده‌های مجعول رایانه‌ای در حقوق ایران

دکتر محمدخلیل صالحی^۲

ایمان محترم قلاتی^۱ ✉

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۴/۱۰

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱۱/۴

چکیده

به موازات پیشرفت سریع فناوری‌های اطلاعات و ارتباطات، طیف گسترده و متنوعی از داده‌ها و اسناد الکترونیک موضوع جعل و تحریف قرار گرفته است. ماده ۶ قانون جرایم رایانه‌ای در مقام جرم‌انگاری جعل رایانه‌ای، موضوع این جرم را «داده‌های قابل استناد» عنوان کرده است. برخلاف جعل سنتی که قانون‌گذار موضوعاتش را مانند نوشته، دستخط، سند، امضا و مهر، تقریباً مشخص کرده است، نوع و ویژگی‌های داده‌های موضوع جعل رایانه‌ای در ماده ۶ تعیین نگردیده است. این نقیصه در عمل ابهامات زیادی را به وجود آورده است. حجم عظیم و متنوع داده‌ها از یک سو و ابهام در مفهوم «داده قابل استناد» از سوی دیگر، تشخیص اینکه چه داده‌هایی موضوع بزه جعل رایانه‌ای هستند را دشوار کرده است. در این مقاله سعی شده با تبیین ویژگی‌های اسناد الکترونیک مجعول، به ابهامات موجود در این زمینه پاسخ داده شود.

واژگان کلیدی: جعل رایانه‌ای، داده، سند رایانه‌ای، رابطه انتساب، ارزش اثباتی

۱. استادیار حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه قم

۲. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه قم (نویسنده مسئول)

✉ iman_mohtaram@yahoo.com

مقدمه

حجم گسترده روابط اشخاص در فضای مجازی در کنار مزایای بسیار آن، محیط مناسبی برای فعالیت بزهکاران فراهم آورده است. این فضا به لحاظ ویژگی‌های منحصر به فردی که نسبت به دنیای مادی دارد، دارای مزیت‌ها و جذابیت‌های بیشتری برای تبهکاران است. به نحوی که در سال‌های اخیر ارتکاب جرم در فضای سایبر روند رو به رشد فزاینده‌ای داشته است.

جرم جعل رایانه‌ای یکی از مهم‌ترین و شایع‌ترین جرایم رایانه‌ای است. طبق آماري که سازمان ملل در سال ۲۰۱۳ میلادی ارائه کرده، جعل و کلاهبرداری رایانه‌ای شایع‌ترین جرایم رایانه‌ای هستند و حدود یک سوم از کل جرایم رایانه‌ای در سراسر دنیا را به خود اختصاص داده‌اند.^۱

در این جرم، «داده»^۲ به‌عنوان بنیادی‌ترین رکن فضای مجازی، موضوع جرم قرار می‌گیرد. همان‌طور که مقنن در جعل سنتی موضوعات خاصی از جمله دستخط مقامات عالی، اسکناس، امضا، مهر و سند را قابل جعل دانسته و تحقق جعل در مورد هر نوشته‌ای را نپذیرفته^۳، در جعل رایانه‌ای نیز هر داده‌ای را موضوع بزه جعل قرار نداده است. نظر به اینکه با گسترش فناوری‌های نوین اطلاعات و ارتباطات گونه‌های متنوع و بسیار گسترده‌ای از داده‌های رایانه‌ای از جمله داده‌های صوتی، تصویری، مکتوب و غیره به وجود آمده، اینکه چه نوع داده‌هایی با چه ویژگی‌هایی موضوع جرم جعل رایانه‌ای هستند یکی از مسائل مهم قابل طرح در حوزه جعل رایانه‌ای است.

قبل از تصویب قانون تجارت الکترونیک در خصوص قابل اعمال بودن مقررات سنتی در مورد داده‌های رایانه‌ای و این‌که چه داده‌هایی موضوع جعل محسوب می‌شود، تردیدهای زیادی وجود داشت. برای نمونه اداره حقوقی قوه قضائیه در پاسخ به چنین ابهاماتی اظهار داشته؛ داده‌های رایانه‌ای که از طریق چاپ به صورت نوشته قابل انعکاس بر روی کاغذ باشد از مصادیق «نوشته» مندرج در ماده ۵۲۳ محسوب می‌شود و این داده‌ها می‌توانند موضوع جرم جعل قرار گیرند.^۴ لذا در آن زمان حداکثر داده‌ای که ممکن بود موضوع بزه جعل قرار گیرد، داده‌ی به شکل نوشته بود و

1. United Nation Office on Drugs and Crime, Vienna, Comprehensive Study on Cybercrime, Draft—February, 2013, p 26.

2. Data.

۳. هر چند ماده ۵۲۳ ق.م.ا. مصوب ۱۳۷۵ در تبیین موضوعات جرم جعل به نوشته به صورت مطلق اشاره کرده ولی نظر به اینکه در این ماده مجازاتی تعیین نشده، ماده مزبور نمی‌تواند به عنوان رکن قانونی جعل مادی مورد استناد قرار گیرد. در این خصوص با مراجعه به مواد ۵۲۴ تا ۵۴۲ ق.م.ا. ۱۳۷۵ مشخص می‌شود موضوعات جعل مادی عبارتند از اسناد اعم از عادی و رسمی، مهر، منگنه، علامت، دستخط مقامات عالی و غیره. بنابراین در هیچ یک از این مقررات «نوشته» به صورت کلی موضوع جعل مادی قرار نگرفته است.

۴. نظریه شماره ۷/۵۲۹۴ مورخ ۱۳۷۸/۱۰/۴ اداره حقوقی قوه قضائیه قابل دسترسی در سایت:

<http://rooznamehrasmi.ir/laws>

جعل در مورد سایر داده‌ها از جمله داده‌های به شکل صوت، رمز یا تصویر قابل تحقق نبود. اما با تصویب قانون تجارت الکترونیک و پس از آن قانون مجازات جرایم رایانه‌ای، تمامی انواع داده‌ها اعم از مکتوب، صوتی و تصویری در صورت داشتن شرایط قانونی، موضوع جرم جعل قرار گرفتند. مقنن در سال ۱۳۸۸ با تصویب ماده ۶ قانون مجازات جرایم رایانه‌ای، جعل را در خصوص داده‌های قابل استناد قابل تحقق دانسته اما دقیقاً مشخص نکرده منظور از داده قابل استناد چیست و این چنین داده‌هایی باید دارای چه ویژگی‌ها و اوصافی باشند تا جرم جعل محقق شود. همچنین این امر مورد ابهام است که داده در چه مرحله‌ای باید قابل استناد باشد؛ قبل از ارتکاب جعل توسط مرتکب یا پس از آن.

در این نوشتار در راستای پاسخ به این پرسش‌ها نخست پیشینه قانون‌گذاری و گستره داده‌های موضوع جعل رایانه‌ای بررسی می‌شود و پس از آن اوصاف داده معمول در جعل مادی رایانه‌ای که عبارتند از قلب رابطه انتساب و قابل استناد بودن داده، تجزیه و تحلیل می‌شود و به این موضوع خواهیم پرداخت که شرط مستند بودن داده، مربوط به داده اولیه است یا داده ثانویه (داده‌ای که در نهایت توسط جاعل تغییر یافته یا ایجاد شده) یا هر دوی آن‌ها. در مباحث بعدی نیز انواع داده‌های قابل استناد طبق قوانین دسته‌بندی و تبیین می‌شوند.

۱. پیشینه قانون‌گذاری و گستره داده‌های موضوع جعل رایانه‌ای

مسئله اصلی نوشتار حاضر، همان‌گونه که از عنوان آن پیدا است، ویژگی‌های داده موضوع جعل رایانه‌ای است. پرداختن به این امر در ابتدا مستلزم شناخت قوانین حاکم بر موضوع جعل رایانه‌ای است و این که بدانیم این قوانین دارای چه سوابق و پیشینه‌ی تقنینی هستند. به‌علاوه این که امروزه با طیف گسترده‌ای از داده‌های دیجیتالی، مغناطیسی، نوری، الکترومغناطیسی و غیره مواجهیم و بررسی ویژگی‌های داده موضوع جعل رایانه‌ای بدون تعیین گستره داده‌های موضوع این جرم امکان‌پذیر نیست. بنابراین در این مبحث مقدماتی به تبیین دو موضوع پیشینه قانون‌گذاری و گستره داده‌های موضوع جعل رایانه‌ای می‌پردازیم.

۱.۱. پیشینه قانون‌گذاری

داده‌های رایانه‌ای در ابتدا به دلایلی از جمله غیرملموس بودن و سهولت جعل و تغییر و همچنین دشواری شناخت هویت ایجادکننده یا فرستنده آن، قابلیت استناد نداشتند و به راحتی مورد پذیرش محاکم قضایی قرار نمی‌گرفتند. اما با توسعه استفاده از این شیوه ارتباطی، ارزش اثباتی

داده‌ها کم‌کم به رسمیت شناخته شد و در دهه‌های ۶۰ و ۷۰ قرن بیستم به‌عنوان اماره در محاکم فرانسه و بلژیک مورد استناد قرار گرفتند و در سال ۱۹۶۸ میلادی در نظام حقوقی انگلستان به‌عنوان دلیل واقعی پذیرفته شدند (عبدالهی، ۱۳۸۷: ۳).

در ایران قانون‌گذار با تصویب قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ که برگرفته از قانون نمونه کمیسیون سازمان ملل برای حقوق تجارت بین‌المللی (آنسیترال) ۱۹۹۶ وین^۱ بود، برای برخی داده‌های الکترونیک تحت شرایط خاصی قائل به ارزش مالی و اثباتی شد و بعد از آن با تأسیس مرکز صدور گواهی الکترونیکی در سال ۱۳۸۵ قابلیت استنادپذیری داده‌های الکترونیکی را به نحو چشمگیری افزایش داد.

نخستین قانونی که به موضوع جعل رایانه‌ای پرداخته قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۹ است. ماده ۱۳۱ این قانون بدون این‌که از عنوان جعل رایانه‌ای استفاده نماید، تغییر یا حذف اطلاعات، الحاق، تقدیم یا تأخیر تاریخ نسبت به تاریخ حقیقی و نظایر آن‌که به‌صورت غیر مجاز توسط نظامیان در سیستم رایانه و نرم افزارهای مربوط صورت گیرد، را جرم‌انگاری نموده است. این قانون مختص جرایم نظامیان بوده و همچنان دارای اعتبار است.

قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ در ماده ۶۸ جرم جعل رایانه‌ای را تبیین نموده است. این ماده در تمامی مصادیق جعل اعم از جعل داده‌های تجاری و غیرتجاری مورد استناد محاکم دادگستری قرار می‌گرفت (عالی پور، ۱۳۹۳: ۲۰۴) تا این‌که قانونگذار در ماده ۶ قانون جرایم رایانه‌ای جرم جعل رایانه‌ای را به شرح زیر تعریف نمود:

«هر کس به طور غیرمجاز مرتکب اعمال زیر شود، جاعل محسوب و به حبس از یک تا پنج سال یا جزای نقدی از بیست میلیون (۲۰.۰۰۰.۰۰۰) ریال تا یکصد میلیون (۱۰۰.۰۰۰.۰۰۰) ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد:

الف) تغییر یا ایجاد داده‌های قابل استناد یا ایجاد یا وارد کردن متقلبانۀ داده به آن‌ها.

ب) تغییر داده‌ها یا علائم موجود در کارت‌های حافظه یا قابل پردازش در سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یا تراشه‌ها یا ایجاد یا وارد کردن متقلبانۀ داده‌ها یا علائم به آن‌ها».

برخی از حقوق‌دانان با توجه به‌عنوان قانون تجارت الکترونیک، بر این باورند که ماده ۶۸ این قانون نسخ نشده و هنوز هم در خصوص داده‌های مربوط به مبادلات تجاری قابل اعمال است.

1. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996 with additional article 5 bis as adopted in 1998, UNITED NATIONS PUBLICATION, ISBN 92-1-133607-4.

ایشان با این استدلال که ماده ۶۸ ق.ت.ا.^۱ خاص بوده و ماده ۶ ق.ج.ر. عام است و با اتکا به قاعده‌ی قانون عام مؤخر ناسخ قانون خاص مقدم نیست، به این نتیجه رسیده‌اند که ماده ۶ ق.ج.ر. توان نسخ ماده ۶۸ ق.ت.ا. را ندارد و ماده ۶۸ قانون تجارت الکترونیک همچنان به قوت خود باقی است (زرکلام، ۱۳۸۸: ۱۵).

اما چنین برداشتی که قانون تجارت الکترونیک را از حیث تجاری بودن داده‌ها خاص می‌داند به چند دلیل اشتباه است. نخست این که هر چند عنوان این قانون «تجارت الکترونیک» است اما ماده یک آن در تعریف گستره حاکمیت قانون مزبور مقرر داشته: «این قانون مجموعه اصول و قواعدی است که برای مبادله آسان و ایمن اطلاعات در واسطه‌های الکترونیکی و با استفاده از سیستم‌های ارتباطی جدید به کار می‌رود». لذا بر این اساس، قانون مزبور تمام مبادلات اعم از تجاری و غیرتجاری^۲ قابل انجام در واسطه‌های الکترونیکی و حتی سیستم‌های ارتباطی جدید را دربرمی‌گیرد (ساوورایی، ۱۳۹۱: ۳۷۳).^۳ دلیل دیگر این که بند الف ماده ۲ ق.ت.ا. تعریفی موسع از «داده» پیام ارائه کرده، تا حدی که این تعریف معادل واژه «داده» در مفهوم عام است و ماده ۶۸ نیز جعل کلیه داده‌پیام‌های دارای ارزش اثباتی و مالی را جرم‌انگاری نموده و موضوع جرم جعل را محدود به داده‌های مربوط به مبادلات تجاری قرار نداده است. به علاوه این که این ماده با استفاده از عبارت‌های «بستر مبادلات الکترونیک» و «جعل کامپیوتری» که عباراتی کلی است مصادیق جعل را محدود به مبادلات تجاری الکترونیک ننموده و سایر مبادلات را نیز تحت پوشش قرار داده است. اما جعل رایانه‌ای در قانون تجارت الکترونیک از جهتی دیگر نسبت به قانون جرایم رایانه‌ای خاص است. مطابق ماده ۶۸ قانون تجارت الکترونیک صرفاً داده‌هایی موضوع این قانون قرار می‌گیرد که در بستر مبادلات الکترونیک جعل شده باشند. در صورتی که در ماده ۶ قانون جرایم رایانه‌ای، داده اعم از این که در بستر مبادلات الکترونیک باشد یا نباشد می‌تواند موضوع جرم جعل قرار گیرد. با وجود این به نظر می‌رسد مقنن ماده ۶ قانون جرایم رایانه‌ای را به گونه‌ای وضع نموده

۱. در این مقاله مخفف‌های ق.ت.ا. به جای قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ و ق.ج.ر. به جای قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ به کار می‌رود.

۲. البته برخی هم بر این باورند که هر چند عنوان «قانون تجارت الکترونیک» این امر را به ذهن متبادر می‌کند که قانون موصوف صرفاً در خصوص فعالیت‌های تجاری به مفهوم خاص مندرج در قانون تجارت اعمال می‌گردد، اما با بررسی مواد این قانون و کاربرد عبارت «مبادلات الکترونیکی» در مواد مختلف مشخص می‌شود مقنن اصطلاح «تجارت الکترونیک» را در معنای مبادلات مالی الکترونیک به کار برده و این قانون در مورد کلیه مبادلات مالی الکترونیک اعم از اینکه ماهیتاً تجاری باشند یا خیر اعمال می‌شود (جاویدنیا، ۱۳۸۶: ۱۲۶).

۳. برای ملاحظه دلایل بیشتر مبنی بر اینکه قانون تجارت الکترونیک کلیه مبادلات اعم از تجاری و غیر تجاری را در برمی‌گیرد، بنگرید به: (ساوورایی، ۱۳۹۱: ۳۷۱-۳۷۵).

که این ماده تمام مصادیق جعل اعم از این که داده مجعول در بستر مبادلات الکترونیک باشد یا نباشد را در برگیرد. منطق نیز این اقتضا را دارد که ماده ۶ ق.ج.ر. را در مورد جعل در بستر مبادلات الکترونیک اعمال نماییم. زیرا مجازات مندرج در ماده ۶۸ ق.ت.ا. (یک تا سه سال حبس) خفیفتر از مجازات مندرج در ماده ۶ ق.ج.ر. (یک تا پنج سال حبس) است؛ این در حالی است که قاعداً مجازات جعل در بستر مبادلات باید شدیدتر از جعل عادی رایانه‌ای باشد. بنابراین هر چند ماده ۶۸ ق.ت.ا.، قانون خاص محسوب می‌شود ولی با تصویب ماده ۶ ق.ج.ر. نسخ شده و در حال حاضر ماده اخیر معتبر و لازم الاجرا است (بنگرید به: عالی پور، ۱۳۹۳: ۶۴، ۳۸۹ و ۳۹۰).

در خصوص شروع به جرم جعل رایانه‌ای، در ماده ۶ ق.ج.ر. بر خلاف ماده ۶۸ ق.ت.ا.، مقررهای وضع نشده است. بر همین اساس برخی نویسندگان شروع به جعل رایانه‌ای را تنها در مواردی که مورد با ماده ۶۸ ق.ت.ا. قابل تطبیق باشد قابل مجازات دانسته‌اند (قناد، ۱۳۹۰: ۷۰). ولی با عنایت به این که طبق ماده ۵۵ ق.ج.ر. مواد ۱ تا ۵۴ این قانون به‌عنوان مواد (۷۲۹) تا (۷۸۲) قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) و باعنوان فصل جرائم رایانه‌ای منظور گردیده است و با توجه به این که ماده ۱۲۲ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲، در مقام جرم‌انگاری و کیفی‌گذاری جدید برای شروع به کلیه جرایم بوده است، این ماده در مورد شروع به جعل رایانه‌ای مندرج در ماده ۶ ق.ج.ر. نیز اعمال می‌شود. لذا با توجه به این که مجازات جعل رایانه‌ای درجه پنج است، شروع به ارتکاب جعل رایانه‌ای نیز برابر بند پ ماده ۱۲۲ حبس تعزیری یا شلاق یا جزای نقدی درجه شش خواهد بود.

۲.۱. گستره داده‌های موضوع جعل رایانه‌ای

واژه «داده» در فرهنگ کامپیوتر مایکروسافت به معنای فقره یا فقراتی از اطلاعات تعریف شده است (هیات مولفان و ویراستاران انتشارات مایکروسافت، ۱۳۸۱: ۱۷۵). کنوانسیون راجع به جرایم رایانه‌ای نیز داده را عبارت از هر نوع اطلاعات یا مفاهیم قابل پردازش در سیستم رایانه‌ای دانسته است (نوری، ۱۳۸۳: ۵۹). داده دارای اشکال مختلفی از قبیل آنالوگ، دیجیتال و موج نوری یا الکترومغناطیسی است. داده‌های رایانه‌ها دارای ساختار دیجیتالی هستند و به اقسام مختلفی از قبیل برنامه رایانه‌ای، متن، صوت و تصویر قابل تقسیم هستند (فضلی، ۱۳۹۱: ۷۶). طبق ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک داده پیام «هر نمادی از واقعه، اطلاعات یا مفهوم است که با وسایل الکترونیکی، نوری یا فناوری‌های جدید اطلاعات تولید، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش می‌شود». تعریف ارائه شده از داده پیام در این ماده کلیه مصادیق داده را تحت پوشش قرار می‌دهد و از این

رو برخی بر این باورند که مقنن «داده پیام» را مترادف واژه «داده» به کار برده است (جاویدنیا، ۱۳۸۷: ۶۰-۶۳).^۱

به علاوه این ماده با ذکر عبارت «فناوری های جدید اطلاعات» کلیه داده های قابل مبادله از طریق ابزارهای ارتباطی مثل تلگراف، تلکس، فکس، تلفن همراه و سایر ابزارهای نوین اعم از دیجیتالی، مغناطیسی، نوری، الکترومغناطیسی و حتی فناوری هایی که ممکن است در آینده کشف شوند، را نیز در برمی گیرد (شهبازی نیا، ۱۳۸۹: ۱۹۴). این مقرر از بند (ف) ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک نیز قابل استنباط است. مطابق این بند: «وسایل ارتباط از راه دور (Means Of Distance Communication): عبارت از هر نوع وسیله ای است که بدون حضور فیزیکی هم زمان تأمین کننده و مصرف کننده جهت فروش کالا و خدمات استفاده می شود».

امروزه به دلیل در هم آمیختن تجهیزات مخابراتی و سیستم های رایانه ای، تفکیک بین داده های رایانه ای و مخابراتی عملاً ممکن نیست (جاویدنیا، ۱۳۸۷: ۵۹) با این وجود مقنن با وضع عبارت «سامانه های رایانه ای یا مخابراتی» در بند ب ماده ۶ ق.ج.ر. هر دو نوع داده را موضوع جرم جعل قرار داده و تردیدی باقی نگذاشته که گستره داده در جرم جعل رایانه ای صرفاً به داده های رایانه ای و قابل انتقال از طریق اینترنت محدود نمی شود و تمامی داده های قابل انتقال از طریق ابزارهای مخابراتی را نیز تحت پوشش قرار می دهد.

در مورد این ابهام که آیا صرفاً داده های به شکل نوشته موضوع جرم جعل قرار می گیرند یا این-که سایر انواع داده ها نیز ممکن است موضوع این جرم قرار گیرند، نظرهای مختلفی مطرح شده است. در همین ارتباط برخی از نویسندگان در تعریف سند الکترونیک - یا همان داده های قابل استناد و موضوع جرم جعل - اظهار داشته اند سند الکترونیک:

«داده پیامی است که به صورت الکترونیک تولید، ثبت، ذخیره، پردازش، بازیابی، دریافت یا منتقل گردیده و مبین اطلاعات یا بازنمایی از اطلاعات، داده ها، ارقام، علائم و سایر اشکال نمایش نوشتاری است که در اثبات اعمال و وقایع حقوقی به کار می رود و به واسطه آن حقی یا تعهدی مستقر یا ساقط یا حقیقتی اثبات یا تأیید گردیده است» (ساورایی، ۱۳۹۳: ۸۶).

مطابق این تعریف صرفاً داده هایی که به شکل نوشتاری قابل نمایش هستند دارای ارزش اثباتی و قابل استناد هستند این در حالی است که در مواد ۶، ۷، ۱۰، ۱۲، ۱۳، ۱۴، ۱۵، ۱۸ قانون تجارت الکترونیک بدون این که تفاوتی بین داده های حاوی نوشته، صوت، تصویر یا رمز در نظر گرفته شود، شرایط داشتن ارزش اثباتی و قابل استناد بودن داده ها تشریح شده است. ماده ۶ ق.ج.ر. نیز جعل را در مورد تمامی داده های قابل استناد قابل تحقق دانسته و تفکیکی بین داده هایی که به شکل

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص مفاهیم داده و داده پیام بنگرید به: (جاویدنیا، ۱۳۸۷؛ صص ۵۸-۶۶).

نوشته‌اند و داده‌هایی که حاوی اطلاعات صوتی یا تصویری یا رمزی هستند، قائل نشده است. در این راستا به ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک نیز می‌توان استناد نمود. بر اساس ماده مزبور داده پیام بر خلاف نوشته صرفاً نمودی از گفتار نیست بلکه شامل تمام اطلاعات نوشتاری، صوتی، تصویری، رمزی و برنامه‌های رایانه‌ای یا نرم‌افزار است. بنابراین کلیه داده‌های صوتی، تصویری و یا رمزی ممکن است دارای ارزش اثباتی و قابل استناد باشند و موضوع جرم جعل واقع شوند. در نتیجه هر داده قابل استناد، حتی اگر به صورت نوشته نباشد می‌تواند موضوع جرم جعل قرار گیرد. در خصوص داده محسوب شدن نرم‌افزارهای رایانه‌ای، برخی مقررات بین‌المللی از جمله قوانین مربوط به جعل رایانه‌ای سازمان همکاری اقتصادی و توسعه^۱ و پیشنهادات مربوط به جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۹۸۵ میلادی شورای اروپا،^۲ نرم‌افزار را داده رایانه‌ای به حساب نیآورده‌اند و جعل داده‌های رایانه‌ای و نرم‌افزارهای رایانه‌ای را به تفکیک جرم‌انگاری نموده‌اند (اسشولبرگ، ۲۰۰۴: ۳)، ولی از آنجا که مفهوم موسع داده شامل نرم‌افزارهای رایانه‌ای نیز می‌شود (عالی پور، ۱۳۹۳: ۳۷) می‌توان اظهار داشت رابطه این دو عموم و خصوص مطلق است و با ذکر داده نیازی به قید برنامه‌های رایانه‌ای نیست.

نکته دیگر این‌که نباید تصور شود تمام داده‌ها دارای ارزش اثباتی‌اند و می‌توانند موضوع بزه جعل قرار گیرند. برخی از نویسندگان با طرح انتقاد از این‌که ماده ۶ ق.ت.ا. داده پیام را در حکم نوشته قرار داده، این استنباط را داشته‌اند که این ماده تمامی داده‌ها را معتبر و قابل استناد دانسته است (ساورایی، ۱۳۹۱: ۳۷۶). از طرف دیگر ایشان پنداشته‌اند مضمون ماده ۱۲ ق.ت.ا. این است که هر داده‌ای باید مورد پذیرش دادگاه قرار گیرد (ساورایی، ۱۳۹۲: ۴۸۹ و ساورایی، ۱۳۹۱: ۳۷۶). این در حالی است اولاً مطابق ماده ۱۲۸۴ قانون مدنی هر نوشته‌ای معتبر نیست و صرفاً نوشته‌هایی سند محسوب می‌شوند که در مقام دعوی و دفاع قابل استناد باشند. ثانیاً مواد مختلف قانون مجازات اسلامی - به جز در برخی موارد محدود مانند جعل دستخط مقامات عالی- جعل را نه در مورد هر نوشته‌ای بلکه صرفاً در خصوص اسناد اعم از عادی و رسمی قابل تحقق دانسته است. بنابراین رابطه سند و نوشته عموم و خصوص مطلق است و قرار دادن داده در حکم نوشته اقدامی کاملاً هوشمندانه بوده است. در مورد ابهام مندرج در ماده ۱۲ نیز می‌توان گفت، اینکه مقنن مقرر

1. Organization for Economic Cooperation and Development (OECD).

۲. کنوانسیون جرایم رایانه‌ای شورای اروپا (The Council of Europe appointed in 1985) در ماده ۷ به جرم جعل رایانه‌ای پرداخته و هدف اصلی از وضع این کنوانسیون تطبیق قوانین کیفری با مقتضیات فضای رایانه‌ای بود (کلوگ، ۲۰۱۲: ۳۶۸).

۳. ماده ۱۲ - «اسناد و ادله اثبات دعوی ممکن است به صورت داده پیام بوده و در هیچ محکمه یا اداره دولتی نمی‌توان بر اساس قواعد ادله موجود، ارزش اثباتی (داده پیام) را صرفاً به دلیل شکل و قالب آن رد کرد».

نموده محاکم نباید به دلیل شکل و قالب داده آن را رد کنند بدین مفهوم نیست که لازم است هر داده‌ای مورد پذیرش محاکم قرار گیرد؛ بلکه منظور مقنن این بوده که شکل و قالب داده نمی‌تواند دلیل نپذیرفتن آن باشد ولی داده ممکن است بنا به دلایل دیگری از جمله غیر قابل استناد بودن، رد شود. به عبارت دیگر مقنن نپذیرفتن همه داده‌ها به دلیل شکل و قالب آنها را خلاف قانون دانسته و این گزاره به معنای این نیست که همه داده‌ها دارای اعتبار هستند. بنابراین همانطور که جعل مادی موضوعات فیزیکی در مورد هر نوشته‌ای قابل تحقق نیست، هر داده‌ای نیز نمی‌تواند موضوع جعل رایانه‌ای قرار گیرد و لازمه تحقق جعل مادی رایانه‌ای این است که داده موضوع جرم ویژگی‌های معینی داشته باشد.

۲. اوصاف داده موضوع بزه جعل مادی (غیر مفادی) رایانه‌ای

داده موضوع جعل مادی رایانه‌ای در صورتی مجعول است که دارای دو ویژگی کلی «قلب رابطه انتساب» و «قابلیت استناد» باشد. به عبارت دیگر داده‌هایی که رابطه انتساب آنها قلب شده و در ابتدا معتبر و مستند بوده‌اند ولی به واسطه اقدامات جاعل غیر مستند به نظر برسند یا این که در حقیقت فاقد ارزش اثباتی باشند ولی به واسطه اقدامات جاعل مستند به نظر برسند مجعول هستند. البته برخی نویسندگان با استناد به ماده ۶۸ ق.ت.ا. بر این باور هستند که داده موضوع جعل رایانه‌ای باید دارای ارزش مالی نیز باشد (قناد، ۱۳۹۰: ۸۲)؛ اما با توجه به این که ماده مزبور با تصویب ماده ۶ ق.ج.ر. نسخ شده و مقرر اخیر، ارزش مالی داشتن داده را شرط تحقق جرم ندانسته، وجود چنین شرطی برای تحقق جرم لازم به نظر نمی‌رسد.

۱.۲. قلب رابطه انتساب

رابطه انتساب به معنای رابطه بین ایجاد کننده یا ارسال کننده داده (اصل ساز)^۱ با داده است. مفهوم قلب رابطه انتساب نیز این است که سند یا داده واقعاً و تماماً منتسب به همان شخصی که، در ظاهر نماینگر آن است، نباشد. به عبارت دیگر در اسناد یا داده‌هایی که در ظاهر به شخص معینی منتسب هستند ولی در واقع آن سند یا داده را شخص دیگری ایجاد یا ارسال^۲ نموده، قلب رابطه انتساب محقق شده است. شرط تحقق انواع جرم جعل اعم از عادی و رایانه‌ای قلب رابطه

۱. مطابق بند ب ماده ۲ ق.ت.ا.: «اصل ساز (Originator): منشا اصلی داده پیام است که داده پیام به وسیله او یا از طرف او تولید یا ارسال می‌شود اما شامل شخصی که در خصوص داده پیام به عنوان واسطه عمل می‌کند نخواهد شد».
 ۲. در خصوص داده‌ها، قلب رابطه انتساب ممکن است در ارسال داده نیز اتفاق بیفتد. برای مثال اگر جاعل وانمود کند داده‌ای که خودش آن را ارسال کرده توسط دیگری ارسال شده قلب رابطه انتساب از نوع ارسال داده محقق می‌شود.

انتساب است. زیرا منظور از قلب حقیقت در جعل، قلب رابطه انتساب است و اینکه گفته شده در جعل، سند باید در مورد خود دروغ بگوید (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۴: ۲۹۲) بدین معنا است که سند باید در مورد تنظیم کننده خود دروغ بگوید.

دلیل این که رابطه انتساب مقلوب ویژگی اصلی داده‌های مجعول است، این است که قابل استناد بودن - هر چند در ظاهر - بدون وجود رابطه انتساب فاقد معناست و اگر داده به نحوی ایجاد یا ارسال شده باشد که هویت کاربر معلوم نباشد، قابلیت استناد نخواهد داشت (جلالی فراهانی، ۱۳۸۶: ۸۹). از طرف دیگر بدون قلب رابطه انتساب جعل محقق نمی‌شود. زیرا وجه تشابه جعل اسناد عادی و رایانه‌ای این است که شخصی که سند یا داده در قبال وی مورد استفاده یا استناد قرار می‌گیرد به اشتباه بیفتد و تصور نماید داده و یا سند واقعاً توسط منتسب الیه ایجاد شده است. در همین راستا گرک^۱ اظهار داشته جعل رایانه‌ای عبارت از تغییر اسناد الکترونیک است و در توضیح بیشتر برخی شیوه‌های متداول جعل را برشمرده است. شیوه‌های مانند ساخت سند الکترونیک که در ظاهر منتسب به نهاد معتبر باشد، تغییر تصاویر الکترونیک قابل استناد در محاکم دادگستری و تغییر متن‌های مستند الکترونیک (گرک، ۲۰۱۲: ۳۰-۳۱). آنچه از تمامی این شیوه‌ها و موارد مندرج در ماده ۶ ق.ج.ر. می‌توان استنباط نمود، این است که در همه این موارد رابطه انتساب بین منتسب‌الیه و داده قلب شده است.

رابطه انتساب داده با اصل ساز در داده‌های رایانه‌ای به شیوه‌های مختلفی قابل تشخیص است. یکی از بهترین شیوه‌های شناخت اصل ساز استفاده از کد شناسایی یا قرارداد اینترنت (IP)^۲ رایانه است. توضیح بیشتر این که هر رایانه دارای یک نشانی منحصر به فرد به صورت اعداد و ارقام است و به واسطه این کد، پس از ارتباط کاربر با اینترنت، هم شناسایی مالک سیستم رایانه‌ای و هم مکانی که کاربر داده را در آن محل به وجود آورده است، امکان پذیر می‌شود (آستریا، ۲۰۰۴: ۴۴). در تشخیص این که چه داده‌هایی در ظاهر دارای رابطه انتساب به نظر می‌رسند می‌توان به ماده ۱۸ قانون تجارت الکترونیک رجوع نمود. این ماده مقرر داشته: «در موارد زیر داده پیام منسوب به اصل ساز است:

الف - اگر توسط اصل ساز یا به وسیله شخصی ارسال شده باشد که از جانب اصل ساز مجاز به این کار بوده است.

ب - اگر به وسیله سیستم اطلاعاتی برنامه ریزی شده یا تصدی خودکار از جانب اصل ساز ارسال شود.»

1. Gercke.

2. Internet Protocol.

بنابراین مطابق بند (الف) در مواردی که داده ارسال شده، منتسب به شخصی غیر از ارسال کننده واقعی باشد یا در صورتی که ارسال کننده خود را نماینده مجاز از طرف منتسب الیه معرفی کند ولی چنین سمتی نداشته باشد، داده با قلب رابطه انتساب ارسال شده است. بر اساس بند (ب) نیز اگر شخصی با مداخله در سیستم اطلاعاتی برنامه ریزی شده یا تصدی خودکار داده ای را ارسال نماید و آن را به شخص دیگری غیر از خودش نسبت دهد باز هم رابطه انتساب داده قلب شده است.

گاهی اوقات نیز جاعل اقدام به تغییر قسمتی از داده ای ارسال یا ایجاد شده توسط دیگری می نماید. در این روش داده ای که در نهایت ایجاد یا ارسال می شود تماماً به اصل ساز منتسب نبوده و قسمت های از داده مجعول است ولی جاعل تمامیت داده را به عنوان داده معتبر مورد استفاده قرار می دهد. بعلاوه این امکان هم وجود دارد که جاعل داده را پس از ارسال توسط فرستنده و قبل از دریافت توسط گیرنده تغییر دهد و تمامیت آن را مخدوش نماید یا تصرفاتی در سیستم رایانه ای گیرنده یا فرستنده ایجاد نماید که داده تغییر یابد یا ارسال قسمتی از آن متوقف شود. در چنین مواردی نیز داده ای که توسط گیرنده دریافت می شود فاقد رابطه انتساب صحیح بوده و عیناً همان داده ای نیست که مورد نظر فرستنده بوده و توسط وی ایجاد شده است.

۲.۲. قابلیت استناد

منظور از قابل استناد بودن داده این است که داده سندیت^۱ داشته و دارای ارزش اثباتی باشد. لزوم دارا بودن ارزش اثباتی از تصریح ماده ۶ ق.ج.ر. برداشت می شود. بند (الف) ماده ۶ ق.ج.ر. به صراحت جعل را در خصوص داده های قابل استناد یا دارای ارزش اثباتی قابل تحقق دانسته اما با توجه به این که بند (ب) این ماده «داده ها یا علائم موجود در کارتهای حافظه یا قابل پردازش در سامانه های رایانه ای یا مخابراتی یا تراشه ها»^۲ را نیز موضوع جرم به حساب آورده است این پرسش ایجاد می شود که چرا مقنن در موارد مصرح در بند (ب) اشاره ای به قابل استناد بودن داده ها یا علائم مذکور نکرده است؟ برای روشن شدن این مسئله باید به این امر توجه نمود که واژه «علائم» مندرج در ماده مذکور ماهیتاً نوعی از داده به شمار می رود (هیأت مؤلفان و ویراستاران انتشارات مایکروسافت، ۱۳۸۱: ۶۶۷) بنابراین موضوع بزه جعل رایانه ای در این بند نیز چیزی جز داده نیست. از سوی دیگر به نظر می رسد منظور قانون گذار از «کارتهای حافظه یا قابل پردازش» کارتها یا تراشه هایی است که توسط مراجع و نهادهای دولتی یا عمومی تولید و صادر می شود. از

۱. سند نوشته ای است که در مقام دعوی و دفاع قابل استناد باشد (ماده ۱۲۸۴ قانون مدنی).

۲. در خصوص تعاریف «علائم»، «کارت حافظه» و «تراشه» بنگرید به: (عالی پور، ۱۳۹۳: ۲۰۵).

همین رو گفته شده موارد مندرج در بندهای (الف) و (ب) با هم همسان هستند و از آنجا که کارت‌ها و تراشه‌های مذکور در بند (ب) به خودی خود قابل استناد هستند، قانون‌گذار اشاره‌ای به لزوم قابل استناد بودن داده‌های موجود در این کارت‌ها و تراشه‌ها ننموده است (عالی پور، ۱۳۹۳: ۲۰۸). این احتمال نیز وجود دارد که مقنن به قرینه بند (الف)، خود را از ذکر قابل استناد بودن داده‌های موضوع بند (ب) بی‌نیاز دانسته است. لذا باتوجه به این ابهام و نظر به این که «قابل استناد بودن داده» یک شرط اضافه برای تحقق جرم جعل است، با اعمال اصل براءت و تفسیر مقررات کیفری به نفع متهم می‌توان اظهار داشت در مواردی که داده قابل استناد نباشد جرم محقق نمی‌شود. بنابراین صرف قلب رابطه انتساب برای تحقق جعل کافی نیست و برای اینکه داده‌ای مجعول به حساب آید، باید از ارزش اثباتی نیز برخوردار باشد. زیرا ممکن است داده‌ای با قلب رابطه انتساب به وجود آمده باشد ولی فاقد ارزش اثباتی اولیه یا ثانویه باشد. بر همین اساس برخی آراء صادره از محاکم دادگستری نیز به لزوم قابل استناد بودن داده برای تحقق جعل رایانه‌ای و استفاده از سند مجعول رایانه‌ای اشاره کرده‌اند^۱.

ماده ۶ ق.ج.ر. جز دو شرط برخورداری از ارزش اثباتی و قلب رابطه انتساب ویژگی دیگری را برای موضوع جعل رایانه‌ای لازم ندانسته است. از این رو ویژگی‌هایی از جمله شبیه بودن داده مجعول به داده اصیل یا ایجاد ضرر به‌عنوان نتیجه جرم جعل نقشی در وقوع جرم ندارند. شبیه بودن سند مجعول به سند اصیل در جعل اسناد غیر رایانه‌ای نیز لازم نیست بلکه همین که سند مجعول بتواند باعث اشتباه اشخاص متعارف شود برای تحقق جعل کافی است (میرمحمد صادقی، ۱۳۸۴: ۲۹۱). در مورد ایجاد ضرر نیز هر چند وقوع بالفعل و عینی ضرر شرط وقوع جرم نیست ولی گفته شده حقوق‌دانان بر این امر اتفاق نظر دارند که سند مجعول باید قابلیت اضرار داشته باشد (منصورآبادی، ۱۳۹۲: ۷۰-۷۲). البته برخی حقوق‌دانان در خصوص لزوم قابلیت به اشتباه انداختن و قابلیت اضرار سند مجعول تشکیک کرده و اظهار داشته‌اند این دو مبنای قانونی ندارند و صرفاً رویه قضایی آن‌ها را لازم دانسته است (عالی پور، ۱۳۹۳: ۲۰۰-۲۰۹ و بای، ۱۳۸۸: ۴۷۵). این در حالی است که قابلیت ایجاد ضرر و به اشتباه انداختن در واژه‌های «سند» و «داده قابل استناد» مستتر است. با این توضیح که اولاً جعل در خصوص نوشته‌ها یا داده‌هایی صدق می‌کند که مشتمل بر اجزاء و شرایط و ویژگی‌های داده یا سند اصیل باشند (منصورآبادی، ۱۳۹۲: ۳۸) ثانیاً هر نوشته یا داده‌ای که در مقام دعوی و دفاع قابل استناد باشد، قابلیت ایجاد ضرر را هم خواهد

۱. دادنامه شماره ۱۲۹۹ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۱۶ صادره از شعبه ۱۰۳۳ دادگاه عمومی تهران قابل دسترسی در سایت بانک آراء پژوهشکده قوه قضاییه به نشانی:

<http://j.ijri.ir/SubSystems/Showjudgement.aspx?id=QUQ0VE5wUUpmLOU9>.

داشت. البته توجه به این امر ضروری است که سند یا داده در ظاهر باید دارای ارزش اثباتی به نظر برسند نه اینکه واقعاً معتبر باشند. بر این اساس داده یا نوشته‌ای که در ظاهر ویژگی‌های داده قابل استناد یا سند را داشته باشد، می‌تواند موجب به اشتباه انداختن اشخاص متعارف شود به گونه‌ای که آن‌ها داده یا سند مجعول را به عنوان داده یا سند درست قلمداد می‌کنند و به این ترتیب داده یا سند مجعول دارای وصف قابلیت اضرار می‌شود. خلاصه این که ضرورت قابلیت به اشتباه انداختن اشخاص متعارف و قابلیت اضرار شروطی مستقل نیستند و نتایج ماهیت «سند» یا «داده قابل استناد» به‌عنوان موضوع جرم جعل اسناد عادی یا رایانه‌ای می‌باشند.

۳.۲. قابلیت استناد داده اولیه یا ثانویه

در مورد ماده ۶ ق.ج.ر. این ابهام وجود دارد که برای تحقق بزه جعل مادی رایانه‌ای آیا لازم است داده اولیه که موضوع دخل و تصرف جاعل قرار می‌گیرد، قابل استناد باشد یا داده‌ای که در نهایت توسط جاعل به‌وجود می‌آید. قبل از ورود به این بحث لازم است شیوه‌های مختلف اقدام مرتکب از حیث قابلیت استناد داده بررسی شود. در این خصوص حالات زیر برای جعل داده قابل تصور است:

۱- داده اولیه مستند است و مرتکب با اقدامات خود آن را غیرمستند جلوه می‌دهد؛
 ۲- داده اولیه مستند است و مرتکب با تغییر در مندرجات داده آن را به نحو دیگری مستند جلوه می‌دهد؛

۳- داده اولیه غیرمستند است و مرتکب با اقدامات خود آن را مستند جلوه می‌دهد؛

۴- داده اولیه غیرمستند است و مرتکب تغییراتی در آن انجام می‌دهد ولی باز هم داده غیرمستند به نظر می‌رسد؛

۵- مرتکب اقدام به ایجاد داده به ظاهر مستند می‌نماید؛

۶- مرتکب اقدام به ایجاد داده‌ای منتسب به غیر می‌کند که غیرمستند است.

مطابق مطالبی که در مباحث پیشین بدان پرداختیم در تمام این حالات قلب رابطه انتساب اتفاق می‌افتد؛ زیرا مرتکب «داده» ایجاد یا تغییر داده شده توسط خودش را به دیگری منتسب می‌نماید. بنابراین آنچه در حالات بالا متفاوت است قابلیت استناد داده اولیه یا داده ثانویه (داده‌ای که در نهایت توسط مرتکب ایجاد می‌شود) است.

تحقق جعل در مورد فروض ۲ و ۵ محرز است زیرا مرتکب با قلب رابطه انتساب داده‌ای را به-وجود آورده و یا تغییر داده که در ظاهر از اوصاف داده قابل استناد برخوردار است. در حالت ۳ نیز جرم جعل واقع می‌شود و دلیل آن، این است که مطابق ماده ۶ ق.ج.ر. ایجاد داده می‌تواند یکی از اقسام رکن مادی بزه جعل رایانه‌ای باشد. معنای این گزاره این است که حتی اگر در ابتدا هیچ

داده‌ای وجود نداشته باشد و مرتکب اقدام به ایجاد یا ورود داده به ظاهر مستند نماید، جرم محقق می‌شود. بنابراین به طریق اولی تغییر داده‌های نامعتبر به نحوی که معتبر به نظر برسند نیز می‌تواند رکن مادی بزه جعل باشد. کما این‌که در جعل اسناد عادی نیز اگر مرتکب سندی منتسب به غیر را از ابتدا بسازد یا سند نامعتبر و باطلی را صحیح جلوه دهد، جرم جعل واقع می‌شود.

ابهام اصلی در مورد حالتی است که داده اولیه مستند است و مرتکب با اقدامات خود آن را غیرمستند جلوه می‌دهد (فرض نخست). قبل از نسخ ماده ۶۸ قانون تجارت الکترونیک، با توجه به عبارت «به عنوان داده‌پیام‌های معتبر استفاده نماید» مندرج در آن ماده، تحقق جرم مشروط بر این امر بود که داده مجعول در نهایت معتبر به نظر برسد. از این رو حالت اخیر جزء مصادیق جعل به حساب نمی‌آمد. در مقررات ملی اکثر کشورها نیز رویه به همین صورت است. زیرا در اکثر کشورها جعل رایانه‌ای از نظر مادی دارای دو عنصر اساسی است: یکی تغییر یا دستکاری داده و دیگری قصد مرتکب مبنی بر استفاده از داده مجعول به‌عنوان داده معتبر و معتبر به نظر رسیدن داده مجعول^۱. اما در ایران با وضع ماده ۶ ق.ج.ر. و نسخ ماده ۶۸ ق.ت.ا. موضع قانون‌گذار در این خصوص به‌صورت دقیق مشخص نشده است. به نظر می‌رسد مراد مقنن از وضع عبارت کلی «داده‌های قابل استناد» در ماده ۶ ق.ج.ر. این است که این جرم شامل مصداقی که مرتکب با تغییر داده مستند، آن را غیرمستند جلوه می‌دهد، نیز می‌شود. مضافاً این‌که هدف مقنن حمایت از اعتبار کلیه اسناد رایانه‌ای است؛ کما این‌که در خصوص اسناد عادی نیز بی‌اعتبار جلوه دادن اسناد معتبر جرم جعل قلمداد می‌شود. از این رو به نظر می‌رسد مورد اخیر نیز در دامنه مصادیق جعل رایانه‌ای قرار می‌گیرد.

بنابراین ویژگی قابل استناد بودن هم معطوف به داده‌ای است که در نهایت جعل شده و هم داده‌ای که در ابتدا مورد استفاده و دخل و تصرف جاعل قرار گرفته است؛ به عبارت دیگر جعل زمانی محقق می‌شود که یا داده اولیه واقعاً مستند باشد یا داده ثانویه مستند به نظر برسد. از این رو در حالات ۴ و ۶ بر خلاف چهار فرض دیگر جرم جعل محقق نمی‌شود؛ زیرا هیچ‌کدام از داده‌های اولیه یا ثانویه مستند نیستند.

۳. انواع داده‌های دارای ارزش اثباتی

داده به روش‌های مختلفی از ارزش اثباتی برخوردار می‌شود. یکی از مرسوم‌ترین و مطمئن‌ترین روش‌ها، استفاده از امضای الکترونیک است. اما گاهی اوقات قرائن و اوضاع و احوال به گونه‌ای است

1. United Nation Office on Drugs and Crime, Vienna, Comprehensive Study on Cybercrime, Draft—February 2013., p98.



که حتی اگر منتسب‌الیه داده را امضاء نکرده باشد، با توسل به سنجش عقلانی (عرفی) می‌توان داده را دارای ارزش اثباتی تلقی نمود.

لذا باتوجه به بندهای (الف)، (ک) و (ن) ماده ۲ و مواد ۶ الی ۱۶ ق.ت.ا. و سایر مقرراتی که در مطالب پیش رو مورد تبیین قرار می‌گیرد داده‌ها از حیث ارزش اثباتی به سه دسته داده‌های فاقد ارزش اثباتی، داده‌های دارای ارزش اثباتی مطمئن و داده‌های دارای ارزش اثباتی عادی (غیر مطمئن) قابل تقسیم هستند.

۱.۳. جعل داده‌های دارای ارزش اثباتی مطمئن

داده در صورتی که به امضای الکترونیک مطمئن منضم باشد دارای ارزش اثباتی مطمئن است. مطابق بند «ی» ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک؛ «امضای الکترونیکی (Signature Electronic): عبارت از هر نوع علامت منضم شده یا به نحو منطقی متصل شده به داده پیام است که برای شناسایی امضاء کننده داده پیام، مورد استفاده قرار می‌گیرد».

قانون تجارت الکترونیک امضای الکترونیک را معادل امضای سنتی دانسته و در ماده ۷ مقرر داشته: «هر گاه قانون وجود امضاء را لازم بداند امضای الکترونیکی مکفی است». بر اساس بند «ی» ماده ۲ ق.ت.ا. هر نوع امضای الکترونیک حتی امضای عادی دارای ارزش اثباتی است. البته قید «برای شناسایی امضاء کننده» گویای این است که صرفاً علامت‌هایی امضاء محسوب می‌شوند که نشان‌دهنده هویت امضاء کننده باشند.

در اینجا ذکر این امر نیز ضروری است که امضای الکترونیک با امضاء ذیل اسناد مادی تفاوت‌های زیادی دارد. امضاء ذیل اسناد و نوشته‌های مادی که به اشکال مختلفی از جمله نوشتن نام، نام‌خانوادگی یا نشانه خاصی ایجاد می‌شود، با داشتن سه ویژگی «انحصاری بودن»، «انتساب به شخص معین» و «پیوستگی به متن» دو نقش ایجاد رابطه انتساب و قصد منتسب‌الیه بر تأیید مندرجات را به خوبی ایفا می‌کند (آهنی، ۱۳۹۱: ۴۴). در مقابل امضای الکترونیک شامل روش‌های مختلفی از جمله نوشتن نام تنظیم‌کننده ذیل پیغام الکترونیکی یا کلیک عبارت «می‌پذیرم» در قراردادهای «کلیک-قرارداد» یا وارد کردن گذر واژه در خصوص کارت‌های اعتباری و غیره می‌شود. این امضاءها تقریباً هم نشان‌دهنده هویت امضاءکننده است و هم بر تأیید مندرجات داده توسط منتسب‌الیه دلالت دارد ولی به دلیل سهولت جعل و تغییر و نداشتن پیوستگی ذاتی به امضاء کننده، به اندازه امضاءهای سنتی، دو مقوله رابطه انتساب و تأیید مندرجات را با ضریب اطمینان بالا تضمین نمی‌کنند. اما امضاءهای الکترونیک مطمئن به لحاظ ویژگی‌هایی که دارند دارای اعتباری بیش از امضای الکترونیک عادی هستند.

امضای الکترونیک در صورتی که از ویژگی‌های مندرج در ماده ۱۰ ق.ت.ا. برخوردار باشد مطمئن محسوب می‌شود. این ماده مقرر می‌دارد: «امضای الکترونیکی مطمئن باید دارای شرایط زیر باشد:

- الف- نسبت به امضاء کننده منحصر به فرد باشد.
- ب- هویت امضاء کننده داده پیام را معلوم نماید.
- ج- به وسیله امضاء کننده و یا تحت اراده انحصاری وی صادر شده باشد.
- د- به نحوی به یک داده پیام متصل شود که هر تغییری در آن داده پیام قابل تشخیص و کشف باشد».

اوصاف مندرج در این ماده در حال حاضر با امضای الکترونیک مبتنی بر رمزنگاری انطباق دارد. امضای الکترونیک مبتنی بر رمزنگاری، توسط اشخاص ثالث معتبر از جمله نهادهایی موسوم به «دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی»، ارائه و تأیید می‌شوند. لذا یکی از روش‌های نوین امضای الکترونیکی مطمئن، امضای الکترونیکی مبتنی بر رمزنگاری نامتقارن کلید عمومی و خصوصی است که در ایران دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی متصدی ایجاد و تأیید چنین امضاءهایی هستند.

ماده ۱۴ قانون تجارت الکترونیکی اشعار داشته داده مطمئن در حکم اسناد معتبر و قابل استناد است. بر اساس ماده ۱۵ نیز «نسبت به داده پیام مطمئن، سوابق الکترونیکی مطمئن و امضای الکترونیکی مطمئن، انکار و تردید مسموع نیست و تنها می‌توان ادعای جعلیت به داده پیام مزبور نمود یا ثابت نمود که داده پیام مزبور به جهتی از جهات قانونی از اعتبار افتاده است». ماده اخیر در مقایسه با ماده ۱۲۹۲ قانون مدنی برای داده پیام مطمئن اثری مشابه اسناد رسمی قائل شده است. بنابراین داده‌های منضم به امضای الکترونیکی مطمئن از ارزش اثباتی بیش از اسناد عادی برخوردارند.

از این رو داده‌هایی که منضم به امضاء الکترونیک مطمئن هستند دارای بالاترین ارزش اثباتی هستند. زیرا به‌کارگیری فناوری‌های پیشرفته در امضاء الکترونیک مطمئن، انتساب داده به صادر کننده آن، هویت صادرکننده و تمامیت داده را تضمین می‌کند. بعلاوه با استفاده از این امضاءها کوچک‌ترین تغییر پس از انضمام امضاء به داده قابل تشخیص است.

شیوه‌های گوناگونی برای جعل داده‌های دارای ارزش اثباتی مطمئن وجود دارد. برای مثال اگر شخص امضای الکترونیکی مطمئن متعلق به دیگری را به داده ایجاد شده توسط خودش منضم کند و یا امضای با ویژگی‌های ظاهری امضای الکترونیکی مطمئن را ایجاد نماید و آن را منتسب به مراکز مجاز صدور امضاء مطمئن نماید، مرتکب جعل داده‌ی دارای ارزش اثباتی مطمئن شده است.

۲.۳. جعل داده‌های دارای ارزش اثباتی عادی

داده در دو صورت زیر دارای ارزش اثباتی عادی است:

الف) داده‌های منضم به امضای الکترونیک عادی؛

ب) داده‌هایی که بر اساس اوضاع و احوال دارای ارزش اثباتی هستند.

الف) داده‌های منضم به امضاء الکترونیک عادی (ساده)

بر اساس بند ک ماده ۲ هر امضایی که مطابق ماده ۱۰ قانون تجارت الکترونیک نباشد امضای الکترونیک عادی یا ساده محسوب می‌شود. روش‌های متفاوتی برای امضاء الکترونیک ساده وجود دارد. برای نمونه پیوست کردن تصویر ساده امضای دستی به داده، تایپ نام شخص ذیل داده، ورود رمز برای کارت هوشمند و انتخاب واژه موافقم روش‌های امضای ساده محسوب می‌شوند. در همین راستا رویه قضایی کشور یونان نامه الکترونیک (ایمیل) را با این استدلال که استفاده از رمز ورود، امضای الکترونیک عادی تلقی می‌شود، داده منضم به امضای الکترونیک عادی محسوب می‌کند (وزووس، ۲۰۱۳: ۱۹۸-۲۰۰). بر این اساس در کشور یونان حکم رمز ایمیل صرف نظر از این‌که مرتکب وارد ایمیل شود یا نه، جعل امضای الکترونیک عادی تلقی می‌شود. در حقوق ایران باتوجه به تعریف قانونی امضای الکترونیک مندرج در بند «ی» ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک گذرواژه یکی از مصادیق امضای الکترونیک است زیرا این داده (گذرواژه) علامتی است که به داده‌پیام مربوط به دستور ورود به ایمیل یا سایر ابزارها و خدمات الکترونیک متصل می‌شود و «برای شناسایی امضاء کننده داده پیام، مورد استفاده قرار می‌گیرد». حقوق دانان نیز بر امضای الکترونیک بودن گذرواژه صحه گذاشته‌اند (بای، ۱۳۸۸: ۴۶۴). با این وجود مقنن در ماده یک ق.ج.ر. برای جرم دسترسی غیر مجاز از طریق جعل گذرواژه^۱ مجازاتی به مراتب کمتر از جعل رایانه‌ای در نظر گرفته است.^۲ این نحوه قانون گذاری مانند این است که مقنن برای خیانت در امانت از طریق تخریب عمدی مجازاتی کمتر از تخریب عمدی مقرر کند. به پیروی از این ماده یکی از شعب

۱. دلیل اینکه حکم گذرواژه جعل امضای الکترونیک به حساب می‌آید این است که مرتکب داده‌ی قابل استناد ایجاد شده توسط خودش را به دیگری (دارنده واقعی داده) منتسب میکند.

۲. ماده یک قانون جرایم رایانه‌ای مقرر داشته دسترسی غیر مجاز در صورتی قابل مجازات است که داده‌ها یا سامانه از طریق تدابیر امنیتی (از جمله قرارداد دادن گذرواژه، نصب باروی آتشین، رمزنگاری و پنهانگذاری) حفاظت شده باشد، بر این اساس وقوع این جرم مستلزم نقض این تدابیر است و نظر به اینکه یکی از مهمترین این تدابیر قرار دادن رمز عبور است مقنن برای ارتکاب رفتارهای جعل رمز عبور و دسترسی غیر مجاز به داده یا سامانه یک مجازات قرار داده است (عالی پور، ۱۳۹۳: ۱۶۶-۱۷۲). همچنین در ارتباط با ارکان جرم دسترسی غیرمجاز و چگونگی اعمال مقررات مربوط به تعدد مادی و معنوی جرم دسترسی غیر مجاز با سایر جرایم رایانه‌ای بنگرید به: (همان: ۱۶۵-۱۷۱).

عمومی کیفری تهران هک گذرواژه را جعل به حساب نیاورده و مرتکب را به این جرم محکوم نکرده است. در این پرونده باوجود این که در دادنامه اقدام به هک گذرواژه مورد توجه دادگاه قرار گرفته است، مرتکب محکوم به جرم جعل رایانه‌ای نشده و دادگاه متهم را صرفاً مستند به ماده یک قانون جرایم رایانه‌ای به جرم دسترسی غیر مجاز محکوم کرده است.^۱

یکی دیگر از روش‌های امضای الکترونیک پیوست کردن داده به داده‌های مبتنی بر ویژگی‌های زیستی است. داده‌های مبتنی بر ویژگی زیستی به داده‌هایی اطلاق می‌شود که بیانگر ویژگی‌های فیزیکی انسان است. برای مثال داده‌های مربوط به اثر انگشت، عنبیه چشم و تّن صدای اشخاص مصادیق داده‌های مبتنی بر ویژگی زیستی هستند. اگر شخصی داده‌ای را ایجاد نماید و سپس با منضم کردن داده مبتنی بر ویژگی‌های زیستی شخص دیگری به آن، داده ایجاد شده توسط خودش را به دیگری منتسب نماید، از این طریق مرتکب جعل داده دارای ارزش اثباتی عادی شده است.

قانون‌گذار در مواد ۶ و ۷ و بند «ی» ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک هر نوع امضای الکترونیکی - در صورتی که بیانگر هویت امضاءکننده باشد - را دارای اعتبار دانسته و داده‌پیام و امضای الکترونیکی را به ترتیب برابر با نوشته و امضای سنتی به حساب آورده است. این در حالی است که در برخی از کشورها از جمله برزیل گونه‌هایی از انواع امضاء الکترونیک مانند الصاق داده مربوط به اسکن امضای عادی به داده‌های دیگر را به دلیل آسان بودن جعل چنین امضایی، فاقد اعتبار به حساب آورده‌اند (روهرمن، ۲۰۰۸: ۲۶). البته می‌توان گفت رویکرد مقنن در کشور ایران سنجیده‌تر است؛ زیرا هر چند امضای الکترونیک عادی به طور کامل تضمین کننده تمامیت سند و هویت صادر کننده آن نیست ولی با وجود این دارای ارزش اثباتی و قابلیت استناد است و با توجه به این که مطابق مفهوم مخالف ماده ۱۵ قانون تجارت الکترونیک ادعای انکار و تردید در مورد آن قابل پذیرش است، این امکان برای مدعی عدم اعتبار امضای عادی وجود دارد که با طرح ادعای انکار یا تردید، بار اثبات صحت امضاء را بر عهده مدعی اصالت امضاء قرار دهد.

بند ۲ ماده ۵ دستورالعمل شماره CE/93/1999 مورخ ۱۳ دسامبر ۱۹۹۹ اتحادیه اروپا نیز امضای الکترونیک عادی را دارای ارزش اثباتی به حساب آورده و اعضاء اتحادیه را از نپذیرفتن آن صرفاً به این دلیل که دارای ساختار الکترونیکی است منع کرده است (زرکلام، ۱۳۸۲: ۳۷).

۱. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۳۰۶۰۰۰۲۷۰ مورخ ۹۱/۸/۳ صادره از شعبه ۱۰۸۳ دادگاه عمومی تهران، تایید شده به موجب دادنامه صادره از شعبه ۳۸ دادگاه تجدید نظر استان تهران به شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۳۸۰۱۴۵۲ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۳۰ قابل دسترسی در سایت بانک آراء پژوهشکده قوه قضاییه به نشانی:

<http://j.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=TzAyZnJydmVvTUU9>.

بنابراین داده‌های منضم به امضای الکترونیک عادی دارای ارزش اثباتی و معادل سند عادی محسوب می‌شوند. از این رو در مواردی که شخصی مندرجات داده‌ای را با امضای الکترونیک متعلق به دیگری تأیید کند، داده ایجاد شده در ظاهر از ارزش اثباتی عادی برخوردار می‌شود. نتیجه اینکه اگر شخصی اقدام به ایجاد داده‌های منضم به امضای الکترونیک عادی کند و آن را به دیگری منتسب نماید یا این که داده ایجاد شده توسط خودش را به امضاء الکترونیک عادی دیگری منضم کند، مرتکب جعل داده با ارزش اثباتی عادی شده است.

ب) داده‌هایی که باتوجه به اوضاع و احوال دارای ارزش اثباتی هستند ارزش اثباتی داده لزوماً منوط به منضم بودن آن به امضاء الکترونیک نیست. در برخی موارد قرائن و اوضاع و احوال به گونه‌ای است که حتی اگر منتسب‌الیه، داده را امضاء نکرده باشد، می‌توان با توسل به سنجش عقلانی (عرفی) داده را دارای ارزش اثباتی عادی دانست.

بند ن ماده ۲ ق.ت.ا. در خصوص سنجش معقول یا عقلانی اشعار می‌دارد: «معقول (سنجش عقلانی)، (Reasonableness Test): با توجه به اوضاع و احوال مبادله داده پیام از جمله: طبیعت مبادله، مهارت و موقعیت طرفین، حجم مبادلات طرفین در مورد مشابه، در دسترس بودن گزینه‌های پیشنهادی و رد آن گزینه‌ها از جانب هر یک از طرفین، هزینه گزینه‌های پیشنهادی، عرف و روش‌های معمول و مورد استفاده در این نوع مبادلات، ارزیابی می‌شود».

ماده ۶۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری اصلاحی ۱۳۹۴ نیز داده‌های رایانه‌ای را در صورت رعایت سازوکارهای امنیتی مذکور در مواد قانون مزبور و تبصره‌های آن، دارای اعتبار و قابل استناد دانسته است. لذا این قانون نیز اعتبار داده‌ها را مشروط به منضم بودن آن به امضاء الکترونیک نکرده است.

از طرف دیگر ماده ۱۳ ق.ت.ا. نیز تلویحاً ارزش اثباتی داده را منوط به انضمام داده به امضای الکترونیک منتسب‌الیه ندانسته و اشعار داشته «به‌طور کلی، ارزش اثباتی داده پیام‌ها باتوجه به عوامل مطمئنه از جمله تناسب روش‌های ایمنی به کار گرفته شده با موضوع و منظور مبادله داده پیام تعیین می‌شود». واژه «تناسب» در این ماده انعکاس دهنده یک معیار نوعی است. بنابراین مطابق این ماده، تشخیص میزان ارزش اثباتی داده به دادگاه واگذار شده است (ساعی، ۱۳۹۰: ۱۶۸) و دادگاه می‌تواند با توجه به ارتباط بین روش‌های به کار گرفته شده و موضوع مبادله داده، رابطه انتساب و تأیید داده را احراز نماید و مشخص نماید که آیا داده دارای ارزش اثباتی به‌نظر می‌رسد یا خیر. به عبارت دیگر آنچه از این ماده می‌توان استنباط نمود این است که برای این که داده‌ای دارای ارزش اثباتی باشد ضرورتاً لازم نیست از طرف منتسب‌الیه امضاء شده باشد بلکه

همین که روش‌های به کار رفته در تولید و ارسال داده، با موضوع و منظور مبادله داده تناسب داشته باشد، داده دارای ارزش اثباتی است.^۱

در همین ارتباط ماده ۹ قانون نمونه آنسیترال مصوب ۱۹۹۶ معیارهای مختلفی را برای تشخیص قدرت اثباتی داده‌های الکترونیکی برشمرده است.^۲ مطابق این ماده نباید داده‌های الکترونیکی را به این دلیل که به صورت داده پیام است و یا داده پیام فاقد اصل است مردود اعلام کرد. ماده فوق‌الذکر مقرر نموده قدرت اثباتی داده الکترونیکی بستگی به میزان اعتبار روش ایجاد داده، نگهداری و مبادله و محافظت از تمامیت داده‌ها و نحوه شناسایی فرستنده پیام و سایر ملاحظات مرتبط دیگر، دارد. لذا این قانون نیز سنجش معیارهای قانونی در خصوص کلیه داده‌ها را بر عهده دادرس گذاشته و تفکیکی بین داده‌های منضم به امضای الکترونیک (اعم از عادی یا مطمئن) و غیر آن قائل نشده است.^۳ در کشور ژاپن نیز همین رویه رعایت شده است. برای مثال در یک پرونده کیفری متهم که افسر تحقیق اداره پلیس بوده تاریخ تدوین یک فایل الکترونیکی را تغییر می‌دهد تا از این طریق ادله جرم را امحاء نماید. هر چند داده تغییر یافته توسط متهم منضم به امضای الکترونیک نبوده ولی از آنجا که آن داده در محاکم ژاپن دارای ارزش اثباتی بوده، وی محکوم به یک سال و شش ماه حبس بابت ارتکاب بزه جعل رایانه‌ای می‌شود.^۴

بنابراین در صورتی که جاعل داده را به نحوی ایجاد نماید یا تغییر دهد که باتوجه به معیارهای قانونی دارای ارزش اثباتی به نظر برسد ولی در واقع چنین نباشد، داده ایجاد شده در صورت قلب رابطه انتساب مجعول به حساب می‌آید.

۱. برخی قوانین خارجی شروط خاصی را برای قابل استناد بودن داده مقرر کرده‌اند. برای مثال قانون امضای الکترونیک ایالت یوتای آمریکا مقرر داشته: «اگر فرستنده سند الکترونیکی، از ذخیره یا اخذ پرینت اسناد بوسیله دریافت کننده جلوگیری نماید، آن سند علیه دریافت کننده سندیت نخواهد داشت» (ریچاردز، ۱۹۹۹: ۱۵).

2. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996 with Additional Article 5 as Adopted in 1998, United Nation Publication, ISBN 92-1-133607-4.

۳- البته قانونگذار بعضاً موارد خاصی را به موجب قانون یا آیین نامه احصاء می‌نماید که برای تایید، لزوماً نیازمند امضاء الکترونیک، آن هم با ویژگی‌های معینی است. برای مثال در ایالات متحده آمریکا، قرارداد الکترونیک بیع با ارزش بیش از پانصد دلار در صورتی الزام آور محسوب می‌شود که مندرجات آن به واسطه امضا الکترونیک با ویژگی‌های خاص مورد تایید طرفین قرار گرفته باشد (اسمندینگاف، ۱۳۸۷: ۲۷۱).

4. Case Translation: Japan Digital Evidence and Electronic Signature Law Review, 9, pario Communications Limited, (2012). Electronic version at: <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20110816120455>.



نتیجه گیری

روابط انسان ها قرن ها به صورت شفاهی و کتبی بوده تا این که اختراعات علمی شگرف حوزه اطلاعات و ارتباطات در عصر اخیر سبب دگرگونی گسترده در شیوه برقراری روابط گردید. امروزه ایجاد ارتباط از طریق مبادله داده های رایانه ای و مخابراتی از طریق ابزارهایی همچون رایانه ها، تلفن های همراه، فکس، تلفن و سایر ابزارهای نوین ارتباطی به قسمتی مهم از زندگی روزمره اکثر اسخا صمد بدل گشته است. استفاده گسترده از این ابزارها در مبادلات مالی و غیرمالی و اتکا مردم به داده هایی که از این طرق جابجا می شوند اقتضا دارد مقنن در راستای حمایت از روابط اجتماعی مبتنی بر این ابزارها، با رفتارهایی که تمامیت و صحت داده ها را مخدوش و نقض می کند مبارزه نموده و مرتکبین چنین اعمالی را تحت تعقیب کیفری قرار دهد.

جعل رایانه ای یکی از مهم ترین جرایمی است که علیه صحت و تمامیت داده ها ارتکاب می یابد و موجب سلب اعتماد عمومی نسبت به آن می شود. نظر به این که طیف وسیعی از داده ها با ویژگی ها و اوصاف متکثر و متفاوت توسط ابزارهای رایانه ای و مخابراتی جابجا می شوند، مسئله مهم مرتبط با جعل رایانه ای این است که آیا مقنن همه داده ها را موضوع این جرم قرار داده یا از داده هایی با ویژگی های معین حمایت کرده است.

با تجزیه و تحلیل قوانین و مقررات مربوطه این نتیجه حاصل آمد که موضوع جعل رایانه ای گونه خاصی از داده های رایانه ای یا مخابراتی نیست بلکه هر نوع داده ای اعم از داده های دیجیتالی، نوری، الکترومغناطیسی و ... که قابل انتقال از طریق ابزارهای ارتباطی مختلف از قبیل فکس، تلگراف، رایانه و گوشی همراه باشد، می تواند موضوع جرم جعل رایانه ای قرار گیرد. به علاوه این که صرفاً داده های به شکل نوشته موضوع جرم جعل قرار نمی گیرند بلکه سایر داده ها از جمله داده های که به شکل رمز، صوت یا تصویر باشند نیز ممکن است در صورت داشتن شرایط قانونی جعل شوند. البته همان طور که در جعل مادی موضوعات فیزیکی، مقنن هر نوشته ای را موضوع جرم جعل ندانسته و جز در مواردی اندک، موضوع جعل را سند (نوشته قابل استناد در مقام دفاع و دعوی) قرار داده است، در جعل رایانه ای نیز صرفاً داده ای موضوع جرم قرار می گیرد که دارای ویژگی های معینی باشد. ویژگی های اساسی داده های مجعول یکی این است که رابطه انتساب بین آن ها و منتسب الیه مقلوب و مخدوش شده باشد و دیگر این که دارای قابلیت استناد به نظر برسند. قلب رابطه انتساب که همان قلب حقیقت است در صورتی محقق می شود که داده واقعاً به کسی که ظاهراً نماینگر آن است، منتسب نباشد و داده در صورتی دارای قابلیت استناد به نظر می رسد که حداقل در ظاهر دارای ویژگی های داده ای دارای ارزش اثباتی باشد، هر چند چنین داده هایی اساساً فاقد ارزش اثباتی هستند.

داده‌های دارای ارزش اثباتی، از ویژگی‌ها و ممیزه‌های متفاوتی برخوردارند و نظر به اینکه مطابق ماده ۶ ق.ج.ر. لازم است داده موضوع جعل، قابل استناد باشد یا اینکه دستکم در ظاهر ویژگی‌های داده قابل استناد را داشته باشد، شناخت داده مجعول مستلزم شناخت اوصاف داده قابل استناد یا دارای ارزش اثباتی است به عبارت دیگر شناخت ویژگی‌های داده‌های دارای ارزش اثباتی به ما کمک می‌کند تا دریابیم، داده ایجاد یا ارسال شده و یا تغییر یافته، مجعول هست یا خیر. مستنبط از قوانین و مقررات ایران داده‌ها از حیث ارزش اثباتی به سه دسته داده‌های فاقد ارزش اثباتی، داده‌های دارای ارزش اثباتی مطمئن و داده‌های دارای ارزش اثباتی عادی قابل تفکیک هستند. نوع آخر داده‌ها نیز به دو دسته داده‌های منضم به امضای الکترونیک عادی و داده‌هایی که باتوجه به اوضاع و احوال دارای ارزش اثباتی هستند، دسته‌بندی می‌شوند. هر کدام از این داده‌ها اوصاف و ویژگی‌های معینی دارند. به‌طور کلی، از حیث قابلیت استناد؛ داده معادل نوشته است، داده‌های دارای ارزش اثباتی مطمئن ارزشی همسان با اسناد رسمی و داده‌های دارای ارزش اثباتی عادی دارای ارزش اثباتی مشابه اسناد عادی هستند. با این وجود مقنن در تعیین مجازات تفاوتی بین جعل داده دارای ارزش اثباتی مطمئن با داده دارای ارزش اثباتی عادی قائل نشده است.

مطابق ماده ۶ ق.ج.ر. رفتار مجرمانه جعل رایانه‌ای عبارت است از «تغییر یا ایجاد داده‌های قابل استناد یا ایجاد یا وارد کردن متقلبانه داده به آن‌ها». بر این اساس این پرسش مطرح می‌شود که برای تحقق جرم کدام داده باید قابل استناد باشد؟ داده اولیه که موضوع دخل و تصرف جاعل قرار می‌گیرد یا داده‌ای که در نهایت توسط جاعل به‌وجود می‌آید؟ برای پاسخ به این پرسش فروض شش‌گانه جعل از حیث قابل استناد بودن داده اولیه و ثانویه تشریح شد و مشخص شد در چهار حالت جعل محقق می‌شود؛ نخست زمانی که داده در ابتدا مستند باشد و با اقدامات جاعل غیر مستند به نظر برسد. دوم وقتی که داده اولیه مستند باشد و مرتکب با تغییر در مندرجات اصلی داده آن را به نحو دیگری مستند جلوه دهد. سوم حالتی که مرتکب با تغییر در مندرجات داده غیر مستند، آن را مستند جلوه دهد و چهارم موردی است که مرتکب اقدام به ایجاد داده به ظاهر مستند نماید. آنچه از ماده ۶ ق.ج.ر. قابل برداشت است این است که داده در حالت نخست باید واقعاً دارای ارزش اثباتی باشد ولی در حالات دوم تا چهارم نیازی نیست داده واقعاً دارای ارزش اثباتی باشد بلکه همین که در ظاهر از ویژگی‌های داده مستند برخوردار باشد، برای تحقق جرم جعل رایانه‌ای کافی است.



منابع

- آزمایش، علی (۱۳۷۳)، **تقریرات درس حقوق جزای اختصاصی**، دانشکده حقوق دانشگاه تهران.
- آهنی، بتول (۱۳۹۱)، «اعتبار و نفوذ قراردادهای الکترونیک»، **فصلنامه حقوق**، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۲، شماره ۱، ص ۵۲-۳۷.
- اسمندیگاف، توماس جی. (۱۳۸۷)، «قواعد ضروری جهت اعتبار تعاملات (تراکنشهای) الکترونیکی در عرصه جهانی»، ترجمه مصطفی بختیاروند، **مجله حقوقی بین المللی**، شماره ۳۸، ص ۲۶۱-۲۸۳.
- اصلانی، حمیدرضا (۱۳۸۴)، **حقوق فن آوری اطلاعات**، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- ایزدی فرد، علی اکبر و پیردهی حاجیکلا، علی (۱۳۸۹)، «سرتق اینترنتی: حدی یا تعزیری؟»، **مطالعات اسلامی: فقه و اصول**، سال چهارم و دوم، شماره ۸۴/۱، ص ۶۸-۴۵.
- بای، حسینعلی و پورقهرمانی، بابک (۱۳۸۸)، **بررسی فقهی جرایم رایانه‌ای**، چاپ اول، مشهد: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- جلالی فراهانی، امیرحسین (۱۳۸۶)، «استنادپذیری ادله الکترونیکی در امور کیفری»، **فقه و حقوق**، سال چهارم، شماره ۱۵، ص ۱۱۳-۸۳.
- جاویدنیا، جواد (۱۳۸۶)، «نقد و بررسی جرم‌های مندرج در قانون تجارت الکترونیک»، **مجله حقوقی دادگستری**، شماره ۵۹، ص ۱۷۸-۱۲۵.
- _____ (۱۳۸۷)، **جرایم تجارت الکترونیکی**، چاپ اول، تهران: خرسندی.
- حیدری، علی مراد (۱۳۹۱)، «جعل رایانه‌ای در بستر تجارت الکترونیک»، **فقه و حقوق ارتباطات**، شماره سوم، ص ۳۱-۵.
- زرکلام، ستار (۱۳۸۲)، «امضای الکترونیک و جایگاه آن در نظام ادله اثبات دعوا»، **مدرس علوم انسانی**، شماره ۲۸، ص ۵۶-۳۳.
- _____ (۱۳۸۸)، «قانون تجارت الکترونیکی در بوته نقد»، مصاحبه با مجله تعالی حقوق، **ماهنامه آموزشی دادگستری کل استان خوزستان**، شماره ۳۶، سال چهارم، شهریور، ص ۱۲-۲۵.
- زیبر، اولریش (۱۳۹۰)، **جرایم رایانه‌ای**، ترجمه محمدعلی نوری و همکاران، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
- ساعی، سیدمحمد هادی و رضا باباخانی (۱۳۹۰)، «بررسی ارزش اثباتی اسناد الکترونیک در حقوق ایران»، **پژوهشنامه حقوق اسلامی**، سال سیزدهم، شماره اول، ص ۱۵۷-۱۸۸.

- ساورایی، پرویز (۱۳۹۲)، «فراداده و قابلیت استناد به آن در مراجع اداری و قضایی»، **مجله تحقیقات حقوقی**، شماره ۶۲، ص ۵۱۵-۴۶۱.
- _____ (۱۳۹۱)، «نقدی بر قانون تجارت الکترونیک ایران»، **مجله تحقیقات حقوقی**، شماره ۶۰، ص ۴۰۳-۳۶۹.
- _____ (۱۳۹۳)، «تحلیل حقوقی سند»، **مجله تحقیقات حقوقی**، شماره ۶۵، ص ۱۰۷-۸۳.
- شهبازی‌نیا، مرتضی و عبدالمهدی، محبوبه (۱۳۸۹)، «دلیل الکترونیک در نظام ادله اثبات دعوا»، **فصلنامه حقوق دانشگاه تهران**، دوره ۴۰، شماره ۴، ص ۲۰۵-۱۹۳.
- عالی پور، حسن (۱۳۸۴)، «جرم‌های مرتبط با محتوا، محتوای سیاه فن آوری اطلاعات»، مجموعه مقاله‌های همایش بررسی جنبه‌های حقوقی فن آوری اطلاعات، چاپ اول، انتشارات سلسبیل تهران، ص ۱۶۷-۱۴۲.
- _____ (۱۳۹۳)، **حقوق کیفری فناوری اطلاعات**، چاپ سوم، تهران: انتشارات خرسندی.
- عبدالمهدی، محبوبه (۱۳۸۷)، «دلیل الکترونیکی در دعوای حقوقی»، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تربیت مدرس.
- فضلی، مهدی (۱۳۹۱)، **مسئولیت کیفری در فضای سایبر**، چاپ دوم، تهران: انتشارات خرسندی.
- قناد، فاطمه (۱۳۹۰)، «جعل در بستر فناوریهای اطلاعات و ارتباطات»، **آموزه‌های حقوق کیفری**، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۲، ص ۸۸-۶۳.
- میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۸۴)، **جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی**، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان.
- منصورآبادی، عباس و فتحی، محمد جواد (۱۳۹۰)، «موضوع جعل و تزویر»، **مجله تحقیقات حقوقی**، شماره ۵۳، ص ۱۸۲-۱۴۷.
- منصورآبادی، عباس و فتحی، محمد جواد (۱۳۸۷)، «رفتار مجرمانه جعل و تزویر»، **پژوهش حقوق و سیاست**، شماره ۲۸، ص ۳۰۰-۲۷۹.
- منصورآبادی، عباس و فتحی، محمد جواد (۱۳۹۲)، **جعل و تزویر و جرایم وابسته**، چاپ دوم، تهران: سمت.
- میرکمالی، سیدعلیرضا و عباسزاده امیرآبادی، احسان (۱۳۹۳)، «تحلیل جرم جعل مفادی»، **آموزه‌های حقوق کیفری**، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۸، ص ۲۴۱-۲۰۷.
- نوری، محمد علی و نخجوانی، رضا (۱۳۸۳)، **حقوق حمایت داده‌ها**، چاپ اول، تهران: گنج دانش.

هیات مولفان و ویراستاران انتشارات مایکروسافت (۱۳۸۱)، **فرهنگ تشریحی اصطلاحات کامپیوتری مایکروسافت**، ترجمه فرهاد قلی‌زاده نوری، چاپ اول، تهران: کانون نشر علوم. گزارش توجیهی پیش نویس قانون تجارت الکترونیکی (بی‌تا)، مرکز ملی شماره گذاری کالا و خدمات ایران وابسته به موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی.

Austria, Stephanie, **Forgery in Cyberspace: The Spooft could be on you!**, (2004). University of Pittsburgh School of Law, Journal of Technology Law and Policy,.

Clough, Jonatan, **The Council of Europe Convention on Cyber Crime: Defining 'Crime' In a Digital World**, (2012). Criminal Law Forum, At: www.springer.com. (last visited: 6.17.2016)

Gercke, Marco, **Understanding Cyber Crime: Phenomena, challenges and legal response**, (2012). ITU publication, At: www.itu.int/ITU-D/cyb/cybersecurity/legislation.html. (last visited: 6.21.2016)

Rohrman, Carlos Alberto and Jason Soares Albergaria Neto, **Digital Evidence and Electronic Signature Law in Brazil**, (2008). Vol 5, Pario Communications Limited, at: www.deaeslr.org. (last visited: 7.17.2016)

Richards R., Jason, **The Utah Digital Signature Act As "Model" Legislation: A Critical Analysis**, (1999). Volume (17, Issue 3 Journal of Computer & Information Law).

Schjolberg, Stein and Chief judge, **Computer-Related Offences**, (2004). at: www.cybercrimelaw.net. (last visited: 8.5.2016)

Vossos, F., **Definition and legal nature of electronic documents, case translation: Greece, Pario Communications Limited**, (2013), at: www.sas-space.sas.ac.uk. (last visited: 8.21.2016).

– اسناد

Case Translation: Japan Digital Evidence and Electronic Signature Law Review, 9, pario Communications Limited, (2012). Electronic version at: <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20110816120455>. (last visited: 8.20.2016).

UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996 with Additional Article 5 as Adopted in 1998, United Nation Publication, ISBN 92-1-133607-4.

United Nation Office on Drugs and Crime, Vienna, Comprehensive Study on Cybercrime, Draft—February 2013.



پژوهشنامه حقوق کیفری



سال نهم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۹۷

شماره پیاپی ۱۷

برنامه‌های ترمیمی پلیس با تکیه بر قانون آیین دادرسی کیفری و رویه عملی پلیس ایران

دکتر محمدباقر مقدسی^۱

محمد میرزایی^۲

کیوان غنی^۳

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۴/۱۰

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱۱/۲۸

چکیده

عدالت ترمیمی به‌عنوان الگویی که در کنار الگوی عدالت کیفری سنتی، جایگاه ویژه‌ای در نظام‌های مختلف برای خود دست و پا کرده، اهداف چندگانه‌ای از جمله ترمیم خسارت بزه‌دیده، آشتی بین بزه‌دیده و بزه‌کار و بازگرداندن انسجام گسسته شده در اجتماع در نتیجه وقوع جرم را دنبال می‌کند. تحقق اهداف عدالت ترمیمی مستلزم وجود کنشگرانی است که ضمن آشنایی با مبانی و اهداف عدالت ترمیمی، به اصول آن نیز اعتقاد داشته باشند. بی‌تردید پلیس به‌عنوان یکی از مهم‌ترین نهادهای مسئول پاسخ‌دهی به پدیده مجرمانه و به‌عنوان اولین نهاد مورد رجوع بزه‌دیدگان پس از وقوع جرم، نقش مهمی در اجرای برنامه‌های ترمیمی دارد. موفقیت پلیس در این راه مستلزم تغییراتی در ساختار و نیز تغییر نگرش پلیس است. تغییر راهبرد از سیاست‌های خشن به سیاست‌های جنایی مشارکت محور و نیز حرکت در مسیر حاکمیت الگوی پلیس اجتماع محور از جمله این الزامات است. از سوی دیگر، اجرای برنامه‌های ترمیمی در سازمان پلیس نیازمند اعتماد بزه‌دیدگان به پلیس و نیز رفتار کرامت مدار با بزه‌دیدگان است. اجرای راهبرد اخیر، موجب پیش‌گیری از بزه‌دیدگی ثانویه شده، رقم سیاه بزه‌کاری را کاهش داده و امنیت بزه‌دیده را تأمین خواهد کرد. در این مقاله تلاش می‌شود با استفاده از روش توصیفی و تحلیلی، ضمن بررسی نقش پلیس در اجرای برنامه‌های ترمیمی، بایسته‌های ایفای مناسب این نقش تبیین گردیده و هم‌زمان اشارات صریح و ضمنی قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ در این زمینه مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد.

واژگان کلیدی: پلیس، عدالت ترمیمی، بزه‌دیده، میانجیگری، قانون آیین دادرسی کیفری

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه بجنورد

۲. دانشجوی دکتری و عضو هیأت علمی دانشگاه علوم انتظامی امین

۳. دانشجوی دکتری رشته حقوق دانشگاه شیراز (نویسنده مسئول)

مقدمه

عدالت ترمیمی، الگویی است که در اوایل دهه ۱۹۸۰ تحت تأثیر نتایج پژوهش‌های شناسایی حمایتی و در راستای تجربه قضازدایی کشورهای آمریکای شمالی، وارد ادبیات جرم‌شناسی کانادایی-آمریکایی گردید. این مفهوم تحت عناوین دیگری همچون عدالت نرم^۱ (غیر خشن)، عدالت مصالحه‌ای یا سازشی^۲ (عدالت محلی) و عدالت افقی^۳ نیز مطرح شده است. عدالت ترمیمی اقدامی است که قبل از هر چیز، به دنبال اجرای عدالت از رهگذر جبران و ترمیم خسارت و صدمات ناشی از ارتکاب جرم است. (Peters, 2001: 121) در واقع عدالت ترمیمی فرآیندی است که طی آن طرف‌هایی که به‌گونه‌ای در جرم خاصی نقش دارند، گرد هم آمده تا درباره نحوه رویارویی با جرم ارتكابی و ترمیم پیامدهای آتی آن تصمیم مشترک اتخاذ نمایند. (Marshall, 1996: 37) به دیگر سخن، عدالت ترمیمی رویکرد مبتنی بر حل و فصل جرم است که همه طرف‌های ذینفع و به‌طور کلی جامعه را در یک رابطه پویا با نهادهای قانونی و پلیسی، مرتبط و درگیر می‌سازد. فرآیند عدالت ترمیمی درصدد جبران تمام خسارات و ترمیم آثار آن‌ها اعم از مادی و معنوی و از همه مهم‌تر درد و رنج عاطفی و روانی است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۳، ۱۵۱۳). در همین راستاست که ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر داشته «بزه‌دیده می‌تواند جبران تمام ضرر و زیان‌های مادی و معنوی و منافع ممکن الحصول ناشی از جرم را مطالبه کند.» این الگو در مفهوم گسترده، پیش از آن که جرم را نقض مقررات و هنجارهای مجرد و انتزاعی عمومی و رسمی تلقی نماید، لطمه به اشتغال و روابط میان افراد تعریف می‌کند که آثار و خسارات مادی، معنوی، روانی و عاطفی آن نه فقط بزه‌دیده، بلکه جامعه محلی و حتی خود بزه‌کار و در جرایم شدید، کل جامعه را متضرر و متأثر می‌کند. از این‌رو هدف ابتدایی و مهم عدالت ترمیمی در جبران خسارات در بستری با مشارکت تمام اعضای جامعه مدنی تحقق می‌یابد.

عدالت ترمیمی به دنبال بهبود آنچه نقض شده است، می‌باشد. پرسش اصلی این است که بزه‌دیده به چه چیزی نیازمند است تا بهبود یابد و خود را بازیافته و احساس آرامش و امنیت مجدد کند؟ ممکن است بزه‌دیدگان نیازمند اطلاعات، ابراز سریع خشم خود به بزه‌کار و یا جبران ضرر و زیان و ترمیم خسارات وارده باشند. همچنین هدف بزه‌کاران از شرکت در فرآیند عدالت ترمیمی می‌تواند بهبود شرایط یا رهایی از احساس گناه و ترس باشد. به منظور افزایش تمایل بزه‌کاران به همکاری، در قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) شرط بهره‌مندی از بسیاری از تأسیسات و نهادهای ارفاقی، جلب رضایت بزه‌دیده و جبران کلیه خسارات تعیین شده است. تأسیساتی همچون تخفیف

1. Soft justice
2. Compassionate justice
3. Horizontal justice

مجازات (ماده ۳۷)، معافیت از کیفر (ماده ۳۹)، تعویق صدور حکم (ماده ۴۰)، تعلیق اجرای مجازات (ماده ۴۶)، نظام نیمه آزادی و آزادی مشروط (مواد ۵۷ و ۵۸) و مجازات‌های جایگزین حبس (فصل نهم قانون مجازات اسلامی) از جمله این موارد است.

عدالت ترمیمی در پی پاسخ‌گویی کامل و مستقیم است. با این حال، پاسخ‌گویی به این معنی نیست که بزه‌کاران با واقعه‌ای که منجر به نقض قانون شده است، مواجه شوند، بلکه باید با کسانی که به آنان ضرری وارد کرده‌اند نیز روبه‌رو و ملاحظه کنند که اقدامات ایشان چگونه منجر به ضرر و زیان دیگران شده است. بزه‌کاران باید درباره رفتار خود توضیح دهند تا بزه‌دیده و جامعه بتواند آن‌ها را درک کند. عدالت ترمیمی به دنبال بازگرداندن وحدت و انسجامی است که در نتیجه ارتکاب جرم گسسته شده است. جرم موجب گونه‌ای تفریق و انشقاق بین مردم و تقسیم آن‌ها به بزه‌کار و بزه‌دیده و گسستگی در جامعه محلی شده است. عدالت ترمیمی در پی آشتی میان بزه‌کار و بزه‌دیده و رفع اختلاف و بازگرداندن ایشان به جامعه است.

قانون‌گذار ایران در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ جلوه‌ها و مؤلفه‌های عدالت ترمیمی از جمله میانجیگری و اقدامات سازشی میان طرفین دعوی را مورد توجه قرار داده؛ به گونه‌ای که ماده ۱ این قانون^۱ قواعد و مقررات حاکم بر میانجیگری و صلح میان طرفین را بخشی از تعریف و از عناصر آیین دادرسی کیفری دانسته است. پلیس (نیروی انتظامی)، به‌عنوان ضابط عام دادگستری، از کنش‌گران اصلی در برابر پدیده مجرمانه و نهاد اصلی شناسایی و بررسی جرم، در مقایسه با سایر نهادها ارتباط نزدیک‌تری با بزه‌دیدگان دارد. از این جهت و با بهره‌گیری از ظرفیت‌های سازمانی و فرصت‌هایی که ناشی از جایگاه و نقش برجسته آن در مبارزه با پدیده مجرمانه است، می‌تواند نقش مهمی در اجرای برنامه‌های ترمیمی ایفا نماید.^۲ در مقابل، حضور یک نهاد رسمی که از سیاست‌های حاکمیتی دولت‌ها متأثر می‌گردد، آسیب‌هایی را در اجرای الگوی ترمیمی به دنبال خواهد داشت. به

۱. ماده ۱ قانون آیین دادرسی کیفری: «آیین دادرسی کیفری مجموعه مقررات و قواعدی است که برای کشف جرم، تعقیب متهم، تحقیقات مقدماتی، میانجیگری، صلح میان طرفین، نحوه رسیدگی، صدور رأی، طرق اعتراض به آراء، اجرای آراء، تعیین وظایف و اختیارات مقامات قضائی و ضابطان دادگستری و رعایت حقوق متهم، بزه‌دیده و جامعه وضع می‌شود.»

۲. تحقیقات ناشی از مطالعات میدانی، پژوهش‌های اسنادی و آماری در ایران مؤید وجود ظرفیت‌های بومی مانند فرهنگ «خون بس» (رضوی فرد و همکاران، ۱۳۹۵: ۲۴۷-۲۲۹)، (کوشکی و حسین‌وند، ۱۳۹۶: ۷۰۶-۶۸۵)، (عطاشنه و ایرانی، ۱۳۹۶: ۵۸۳-۵۵۵) و یا ظرفیت‌های دینی مانند فرهنگ «صلح و سازش» (نجفی ایرندآبادی و همکاران، ۱۳۸۷: ۲۲۲-۱۹۳) بوده که می‌تواند در این الگو نقش بسزایی را در این زمینه ایفا نماید. همین ظرفیت‌ها بستری را فراهم می‌نمایند که پلیس جامعه‌محور بتواند به عنوان نهاد مورد اعتماد در مراجعات جامعه مدنی به نحو مؤثر نقش آفرینی نماید.

عبارت دیگر تناقضی که مطرح می‌شود از فلسفه وجودی پلیس به‌عنوان یک نهاد متولی ایجاد نظم و امنیت، با برنامه‌های ترمیمی که اقدامی در راستای به حداقل رساندن مداخله کیفری و اطلاع دادرسی و در واقع کاهش چتر کنترلی حاکمیت بر فرایند دادرسی‌هاست، ناشی می‌شود. رفع این آسیب‌ها مستلزم تحول در ساختار پلیس سنتی به سوی پلیس جامعه‌محور و تغییر مأموریت آن از مجری صرف سیاست کیفری بودن، به سوی انجام سیاست‌های جنایی مشارکت‌مدار است. هدف اصلی این مقاله تبیین نقش ترمیمی پلیس و لوازم و مقدمات ضروری آن سازمان برای نیل به اهداف الگوی عدالت ترمیمی با لحاظ ظرفیت‌های قانون آیین دادرسی کیفری است و از این منظر بدیع است که تاکنون به نقش تخصصی پلیس و اقداماتی که این نهاد با ظرفیت‌های خود می‌تواند در برنامه‌های مختلف عدالت ترمیمی ایفا نماید، پرداخته نشده است. ضمن این‌که بررسی زمینه‌ها و بسترهای جدیدی که در این موضوع با توجه به تصویب قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ فراهم گردیده، قابل تأمل خواهد بود. در این مقاله که از روش توصیفی و تحلیلی استفاده شده است، در قسمت اول بایسته‌ها و الزاماتی که پلیس به‌عنوان کنشگر مؤثر در این عرصه در ابعاد مأموریتی و ساختاری باید در نظر داشته باشد، بیان و تحلیل شده است. در قسمت دوم نیز اقسام مختلف اجرای فرایندهای عدالت ترمیمی توسط پلیس بیان شده است. در هر یک از قسمت‌ها به فراخور موضوع مواد مختلف قانون آیین دادرسی کیفری و نیز رویه عملی پلیس بیان و تحلیل خواهد شد.

۱. کنشگری (فعالیت) ترمیمی توسط پلیس

پلیسی‌گری ترمیمی^۱ یا گفتمان سازی مقوله عدالت ترمیمی در میان مأموران پلیس به دنبال حاکم نمودن شکل جدیدی از تفکر در بین مأموران پلیس است که به ایشان القا نماید که در تمام زمان-ها، مکان‌ها، موضوعات و افراد باید به‌صورت ترمیمی بیندیشند و عمل نمایند. تعمیم این نوع تفکر و عملیاتی آن علاوه بر نیاز به گفتمان‌سازی، مستلزم تهیه مقدمات آن است. هر چند حضور پلیس در برنامه‌های ترمیمی دارای مزایای فراوانی است، لیکن آسیب‌هایی را نیز به دنبال دارد که از آن جمله می‌توان به تعمیم شبکه رسمی کنترل اجتماعی از طریق ورود نهادهای مدنی (Braithwaite, 2002: 78)، ابهام و اجمال در تعیین اختیارات پلیس و امکان عدول از انجام وظایف و عدم عملکرد واقعاً ترمیمی اکثر مأموران پلیس (Ashworth, 2002: 578) و (Hoyle, 2007: 87)، تأثیرپذیری پلیس به‌عنوان نهادی رسمی از سیاست‌های حکومت (Newburn, 2003: 700) که ممکن است مدل‌های ترمیم‌مدار را تا مرز سیاست‌های عوام‌گرایانه سوق دهد، عدم کنترل بر عملکرد ترمیمی پلیس، نتایج معکوس حاصل از عملکرد غیر صحیح پلیس و به

1. Restorative policings

خطراتدان نظم و امنیت و یا حقوق مسلم افراد در صورت تسامح و تساهل در انجام وظایف و ... اشاره کرد. برای رفع این آسیب‌ها باید تغییراتی را در راهبردها و سیاست‌های حاکم بر سازمان پلیس انجام داد و ضابطه‌مندی را بر فرایند اجرای برنامه‌های ترمیمی پلیس حاکم نمود.

۱.۱. بایسته‌های ساختاری و مأموریتی فعالیت ترمیمی پلیس

پلیس در مفهوم سنتی اصولاً مسئول اجرای قانون از طریق خط مشی‌هایی است که از طرف حکومت القا شده و اغلب باعث برچسب‌زنی و بدنامی عده‌ای از افراد می‌گردد. با این پیشینه و در این جایگاه، انتظار از پلیس برای این که مجری منصف و بی‌طرفی در اجرای برنامه‌های ترمیمی باشد، انتظار به جایی نیست. (Young & Hoyle, 2003: 289) لذا اجرای عدالت ترمیمی نسبت به بزهدیدگان توسط پلیس مستلزم تغییر راهبردهای سازمانی و فرهنگی و وجود مقدمات و زمینه‌های لازم است که در صورت وجود آن‌ها می‌توان به اثربخشی برنامه‌های عدالت ترمیمی امیدوار بود.

الف) تغییر راهبرد از سیاست‌های خشن و سرکوبگر به سیاست‌های جنایی مشارکت محور معمولاً آن‌چه از اقدامات پلیس و به طور عام نظام عدالت کیفری به ذهن متبادر می‌شود، سیاست‌های خشن و سزاگراست. این اقدامات قبلاً در قالب مکتب کلاسیک حقوق کیفری و امروزه در جنبش بازگشت به کیفر در چهارچوب عدالت استحقاقی تعمیم یافته است. این سیاست در پرتو روابط پلیس با حکومت و نه در سایه مسئولیت‌های پلیس در برابر شهروندان شکل گرفته و تعریف می‌شود. در این نظام بزهدیده به‌عنوان منبعی جهت نیل به شواهد و مدارک شناخته می‌شود که به حکومت در راستای نیل به اهداف اولیه خود که همانا نظم و امنیت است، کمک می‌کند و به عبارت دیگر بزهدیدگان به پلیس خدمات می‌دهند. در مقابل، سیاست جنایی در مفهوم موسع، بزهدیده را عنصری فعال در روند عدالت جزایی شناخته که از حقوق فراوانی برخوردار است و کنش‌گران از جمله پلیس، در حال خدمت به بزهدیدگان هستند. (Hoyle, 2012: 361) عدالت ترمیمی به دلیل دارا بودن ویژگی‌هایی همچون خصیصه غیرقضایی و مشارکت جامعه مدنی در اجرای آن، قرابت بیش‌تری با نوع خاصی از سیاست جنایی موسوم به سیاست جنایی مشارکتی^۱ دارد.

مفهوم مشارکت در معانی مختلفی همچون سهیم شدن،^۲ تقسیم کار،^۳ مسئولیت‌پذیری^۴ و اشتراک مساعی^۱ مورد استفاده قرار گرفته است. با این حال، به‌رغم برداشت‌های گوناگون، جملگی بر

-
1. Criminal Policy Cooperative
 2. Sharing
 3. Division
 4. Sponcership

کاربرد مفید مشارکت در عرصه توسعه و رفع مشکلات اقتصادی و اجتماعی اتفاق نظر دارند. (سعیدی، ۱۳۹۲: ۹) ورود این واژه به قلمرو سیاست جنایی، جدیدترین و مهم‌ترین گرایش سیاست جنایی را به وجود آورده است. سیاست جنایی مشارکتی در دوره معاصر غرب، بنا به علل و عوامل سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و جرم‌شناختی، به‌ویژه بحران ناکارآمدی و ناتوانی نظام عدالت کیفری در استفاده صرف از ابزارهای سنتی زرادخانه حقوق کیفری جهت مقابله با پدیده مجرمانه بروز پیدا کرد و از عمر آن بیش از چند دهه نمی‌گذرد. اما در همین مدت کوتاه آثار ارزشمند و قابل توجهی به جای گذاشته و به سرعت در حال تحول و تکامل است، تا جایی که به رویکرد اصلی سیاست جنایی بسیاری از کشورها و سازمان‌های بین‌المللی از جمله سازمان ملل متحد تبدیل شده است. به طور کلی، منظور از سیاست جنایی مشارکتی بررسی و مطالعه جایگاهی است که در سیاست جنایی یک کشور به جامعه مدنی از رهگذر اعطای نقش به بزه‌کار، بزه‌دیده و به‌ویژه کل جامعه یا مردم داده شده است. پاسخ‌هایی که جامعه مدنی از طریق این ارکان سه‌گانه ارائه می‌دهد را اصطلاحاً پاسخ‌های جامعه‌ی یا اجتماعی می‌گویند (دل‌ماس - مارتی، ۱۳۹۵، ۲۹۵-۲۹۴) و (لازرز، ۱۳۹۶: ۱۱۰).

سر روبرت پیل^۲ در مورد سیاست‌های پیش‌گیرانه به‌عنوان یکی از فروع سیاست جنایی در مفهوم موسع و همراه با مشارکت مردم در پلیس لندن، نه اصل اساسی که درباره جزئیات و فلسفه مأموریت پیش‌گیری از جرم و دغدغه‌های مرتبط با آن بود را مطرح نمود. (Levan & Mackey, 2015: 879) این اصول عبارت بودند از:

- مأموریت اصلی متصور برای پلیس، پیش‌گیری از جرم است.
- توانایی پلیس در انجام این مهم، منوط به تأیید عمومی اقدامات پلیس توسط مردم دارد.
- پلیس باید همکاری مردم در نظارت داوطلبانه بر اجرای قانون را تضمین نموده و از این طریق احترام به حقوق عامه را نیز حفظ و تأمین نماید.
- میزان همکاری مردم می‌تواند ضرورت استفاده از اقدام فیزیکی را کاهش دهد.
- پلیس نه از رهگذر جلب افکار عمومی، بلکه از طریق نمایش مداوم ارائه خدمات بی‌طرفانه و اقدامات قانون‌مند، باید به دنبال حفظ منافع عمومی باشد.
- پلیس باید به میزان ضرورت از نیروی فیزیکی برای تأمین امنیت، رعایت قانون و اعاده نظم و قانون استفاده کند، البته زمانی که هشدار و اقدامات تعقیبی دیگر مؤثر واقع نشود.

- پلیس باید در تمام شرایط، ارتباط خود با مردم را حفظ کرده و این واقعیت را القا نماید که «پلیس از مردم بوده و مردم از پلیس هستند.» پلیس بودن مختص مأموران رسمی پلیس که رابطه استخدامی با پلیس داشته و در ازای خدمات حقوق دریافت می‌کنند، نیست، بلکه هر شهروند در راستای حفظ منافع عمومی یک پلیس محسوب می‌شود.

- پلیس باید به طور مستقیم وظایف خاص خود را انجام داده و در مورد وظایف نهادهای قضایی دیگر، مداخله نکرده و یا اقدام به غصب قدرت ایشان ننماید.

- ارزیابی کارآمدی و سودمندی اقدامات پلیس، منوط به عدم وجود جرم و بی‌نظمی است، و نه صرف مشاهده و اقدامات ظاهری در برخورد با جرائم. (Nazemi, 2002: 39)

تمام این اصول مبین نوعی ارتباط مأموریتی پلیس با جامعه مدنی است که ضمن ارتقای مقبولیت عمومی پلیس باعث موفقیت پلیس در انجام وظایف خود خواهد شد.

دقت در این اصول تشکیل‌دهنده مبانی اصلی اجرای سیاست جنایی مشارکتی و در نتیجه اجرای برنامه‌های ترمیم مدار پلیس به‌عنوان بخش مهمی از مفهوم موسع سیاست جنایی خواهد بود. به‌تازگی در نیروی انتظامی نیز در جهت تعمیم جامعه محوری پلیس و ارتقای مشارکت جامعه مدنی در امور انتظامی و در واقع مردمی کردن امنیت، در کنار پلیس محله و همیار پلیس، طرح‌های دیگری مانند «پلیس افتخاری» عملیاتی شده و در حال اجراست.

ب) تحول در سازمان پلیس از پلیس سنتی به پلیس جامعه محور

عناصر فرآیند ترمیمی عبارتند از بزه‌دیده، بزه‌کار و شخصی به‌عنوان میانجی، مشاور و یا تسهیل‌کننده. عمدتاً راه‌حل پدیده مجرمانه از طریق همکاری فعالانه هر سه عامل قابل حل و فصل خواهد بود. نقش پلیس به‌عنوان تسهیل‌کننده و واسط میان بزه‌دیده و بزه‌کار و سیستم قضایی مهم و تأثیرگذار است. ماده ۱۸ سند سازمان ملل درباره اصول اساسی اعمال عدالت ترمیمی، در مورد نقش تسهیل‌کننده در امر سازوکارهای ترمیمی، مقرر می‌دارد: «تسهیل‌کنندگان باید وظایفشان را به شکلی بی‌طرفانه و با رعایت احترام به منزلت طرفین دعوی کیفری انجام دهند و باید طرفین را در راستای یافتن راه‌حلی مناسب و مطلوب برای حل مشکل خود توانا سازند.» اجرای برنامه‌های ترمیمی که از شاخصه‌های جامعه محوری پلیس محسوب می‌گردد، نیازمند انجام اصلاحات وسیع در جامعه پلیسی و تبدیل آن از پلیس سنتی به پلیس جامعه محور است. اقدامات و راهبردهای پلیس سنتی اصولاً مطابق با سیاست جنایی مضیق و یا سیاست کیفری خشن نظام کیفری ارزیابی می‌شود. فرهنگ سنتی پلیس و روش‌های تردید برانگیز و سلطه جویانه ناشی از آن، مانع مهمی در اجرای موفق نظام عدالت ترمیمی محسوب می‌شود. (Young, 2001: 201)

پلیس اجتماع محور الگویی جدید در بهبود روابط پلیس و اجتماع است که به عنوان راهبردی در جهت کنترل جرم و حفظ نظم به ادبیات پلیسی معرفی شده است. (عابدی نژاد، ۱۳۹۳، ۱) این رویکرد پلیس به عنوان لازمه اجرای برنامه‌های عدالت ترمیمی ده اصل اساسی دارد که عبارتند از:

- مبتنی بر جامعه است.
 - مبتنی بر حل خلاقانه و ابتکاری مسأله است.
 - بر افزایش اعتماد تأکید دارد.
 - برای ضابطین نقش وسیع‌تری در نظر گرفته شده است.
 - با تأکید بر مداخله جامعه در حل مشکلات خود، خواستار این است که شهروندان در روند فرایند مسأله مشارکت داشته باشند.
 - پلیس نقش فعال دارد، نه نقش منفعلانه.
 - هر جا که کمک نیاز است، وارد می‌شود (به‌خصوص در حوزه بزه‌دیدگان بالقوه).
 - روش سنتی ارائه خدمات را از طریق تعامل با جامعه تقویت می‌کند.
 - کلیه ضابطین قانونی را دربرمی‌گیرد.
 - ارائه خدمات به بزه‌دیدگان را در راستای انجام وظیفه شخصی ممکن می‌سازد.
- (تروبازیویچ و باکوروکس، ۱۳۸۳: ۴)

پایبندی به این اصول، برنامه‌های ترمیم مدار پلیس را تسهیل خواهد کرد و چهره پلیس را به-عنوان بازیگری مورد اعتماد که قابلیت کنشگری مؤثر در فرایند برنامه‌های ترمیمی را دارد، متحول می‌نماید. با این حال، نکته مهم اختیاراتی است که در اجرای عدالت ترمیمی باید به پلیس اعطا شود. باتوجه به تنوع برنامه‌های عدالت ترمیمی، پلیس باید اختیاراتی وسیع و مشخصی برای اجرای مناسب این برنامه‌ها داشته باشد. (White & Santina, 2008: 40) به‌طور کلی سه دلیل برای اعطای اختیارات به پلیس عنوان می‌شود: نخست، زبان مبهم و دو پهلوی قوانین منجر به تعبیرهای گوناگون شده و وجود اختیارات پلیسی را ضروری می‌سازد. دوم، محدودیت امکانات و منابع، مانع از آن است که پلیس با همه جرائم و بزه‌کاران با شیوه یکسان برخورد کند. بنابراین، برنامه‌ریزی‌های پلیس بر این مبناست که چه جرائمی باید در اولویت واکنش قرار گیرند. سوم، برای تحقق عدالت و انصاف و برای جلوگیری از ورود افرادی که ضرورتی به ورود آن‌ها در چرخه قضایی نیست و در راستای کاهش بار نظام عدالت کیفری و در جهت تحقق سیاست قضازدایی، اعطای اختیارات به پلیس ضروری به نظر می‌رسد.



۲.۱. الزامات بنیادین عدالت ترمیمی در پلیس

شرایط اجرای برنامه‌های ترمیمی در سازمان پلیس شامل موارد زیر است.

۱.۲.۱. اعتماد بزه‌دیده به پلیس

پس از وقوع پدیده مجرمانه، ارتباط بزه‌دیده با نظام عدالت کیفری، به‌ویژه پلیس، آغاز می‌شود. نظریه‌های مختلفی در خصوص اعتماد بیان شده است. برای نمونه دیوید جانسون معتقد است برای ایجاد ارتباط (برای نمونه ارتباط نهادهای اجرای الگوی عدالت ترمیمی) فرد باید بتواند فضای آکنده از اعتماد را ایجاد کند که ترس‌های خود و دیگری را از طرد شدن برهاند و امید به پذیرش و حمایت و تأیید را ارتقا بخشد. (امیرکافی، ۱۳۷۵: ۸۸) از نظر کلمن در رابطه مبتنی بر اعتماد (برای نمونه مراجعه فرد به پلیس) حداقل دو طرف مشارکت دارند. نخست فرد مورد اعتماد و دوم فردی که اعتماد می‌کند و در این رابطه، هر فرد در پی جویی منافع خود هدفمند است. (کلمن، ۱۳۷۰: ۹۶) از آنجایی که مشارکت فعال تمام اعضای حاضر در فرایند عدالت ترمیمی مستلزم وجود اعتماد متقابل به یکدیگر از جمله تسهیل‌کنندگانی مانند پلیس در برنامه‌های ترمیم‌مدار است، می‌توان از ظرفیت مورد اشاره در ماده ۳۰ قانون آیین دادرسی کیفری که به لزوم مورد اعتماد و آموزش دیده بودن نیروهای پلیس اشاره دارد در فرایندهای ترمیم‌مدار نیز استفاده نمود. مطابق ماده ۳۰ این قانون «احراز عنوان ضابط دادگستری، علاوه بر وثاقت و مورد اعتماد بودن منوط به فراگیری مهارت‌های لازم با گذراندن دوره‌های آموزشی زیر نظر مرجع قضائی مربوط و تحصیل کارت ویژه ضابطان دادگستری است.» اعتماد مورد اشاره در این ماده دارای ابعاد مختلفی است که از جمله اعتماد بنیادین یا امنیت وجودی، اعتماد بین شخصی و اعتماد نهادی را شامل می‌شود. هرچند لازمه اجرای صحیح عدالت ترمیمی اعتماد به پلیس است، ولی عده‌ای نیز بر تأثیر متقابل اجرای برنامه‌های ترمیم‌مدار در پلیس، بر افزایش اعتماد و تغییر در روابط بین پلیس و بزه‌دیده سخن گفته و تأکید کرده‌اند از این طریق می‌توان تمام تعریف‌های پیشین در مورد کارکردهای منفی پلیس را تغییر داد. (Wilcox & Young, 2007:103) هرچند برخی از محققان به وجود اعتماد نسبی به پلیس بین بزه‌کاران و بزه‌دیدگان در اجرای منصفانه و بی‌طرفانه عدالت اشاره نموده‌اند، ولی در عین حال هشدار داده‌اند که به منظور جلوگیری از کم‌رنگ شدن این اعتماد لازم است پلیس نسبت به عدالت ترمیمی، رویکردی جامع داشته و در سطح کل سازمان در پیش گیرد. (Oll Manhonry, et.al, 2002: 16-18) در واقع تعمیم عدالت ترمیمی در سطوح کلان، متوسط و خرد پلیس در افزایش اعتماد میان پلیس و مخاطبان عدالت ترمیمی نقش بسزایی ایفا خواهد نمود.

عوامل مختلفی در افزایش اعتماد به پلیس نقش دارند. مهم‌ترین عوامل شامل موارد زیر است.

الف) به رسمیت شناختن بزه‌دیده

لازمه تحقق الگوی مطلوب حمایت از بزه‌دیده، به رسمیت شناختن او در فرآیند کیفری است. (ابراهیمی، ۱۳۸۴: ۲۹۳) این امر صرفاً به معنی پذیرش و دریافت شکایت و گزارش بر اساس آنچه در ماده ۳۷ قانون آیین دادرسی کیفری پیش‌بینی شده است، نیست، بلکه پلیس و نهادهای مجری قانون باید به این باور برسند که فردی که در اثر جرم دچار آسیب شده است، نیاز به کمک و خدمت فوری دارد و این نگرش باید از آغاز تا پایان فرآیند دادرسی نیز مستمر باشد. به عبارت دیگر کاروران حقوق کیفری از جمله پلیس باید خودشان را به‌عنوان «التیام دهندگان زخم‌های ناشی از بزه» تلقی نمایند (شیری، ۱۳۹۵: ۱۸) و از این منظر به مراجعه کنندگان بنگرند.

ب) در دسترس بودن پلیس

دسترسی آسان و مطمئن به نهادهای عدالت کیفری به‌ویژه پلیس نقشی مهم و بسزایی در اعتمادسازی ایفا می‌کند. بزه‌دیده باید بتواند پلیس را به‌عنوان نخستین حامی خود در کوتاه‌ترین زمان در دسترس داشته باشد. حضور فیزیکی پلیس در مکان‌های عمومی، اختصاص تلفن‌های شبانه روزی (مانند تلفن ۱۱۰)، گسترش کلانتری‌ها در مکان‌های پرجمعیت و ایجاد پاسگاه‌های سیار و نظایر آن می‌تواند دسترسی به نخستین پناهگاه را برای مردم و بزه‌دیدگان آسان‌سازد. حضور سریع پلیس در محل حادثه یا دسترسی آسان به اماکن پلیسی که گاهی با اهداف حمایتی انجام می‌گیرد، می‌تواند بستر اعتماد بین مردم و نهادهای مجری عدالت را تقویت کند. در واقع دسترسی علاوه بر امکان دریافت شکایت از بزه‌دیده در هر زمان و به هر نحو، به معنی ایجاد امنیت لازم برای بزه‌دیده و نیز فراهم نمودن لوازم دسترسی به نهادهای عدالت کیفری است. (شیری، ۱۳۸۶: ۲۴) ماده ۳۷ قانون آیین دادرسی کیفری نیز ضابطان دادگستری از جمله پلیس را موظف کرده است «شکایت کتبی یا شفاهی را همه وقت قبول نمایند. شکایت شفاهی در صورت مجلس قید و به امضای شاکی می‌رسد، اگر شاکی نتواند امضاء کند یا سواد نداشته باشد، مراتب در صورت مجلس قید و انطباق شکایت شفاهی با مندرجات صورت مجلس تصدیق می‌شود. ضابطان دادگستری مکلفند پس از دریافت شکایت، به شاکی رسید تحویل دهند و به فوریت پرونده را نزد دادستان ارسال کنند.» این مطلب منطبق با اصل «رفتار منصفانه و دسترسی به عدالت» و بر اساس «نظام قانونی بودن تعقیب» تفسیر می‌شود.

ج) حمایت خاص از بزه‌دیدگان بالقوه

حمایت از بزه‌دیده اولین و مهم‌ترین اقدام برای برقراری عدالت از راه جبران خسارت است. فلذا حمایت از وی باید محور اساسی نظام عدالت باشد، نه این‌که در حاشیه قرار گیرد. (Walgrave,

(2008: 628) به منظور اعتماد سازی و فراهم ساختن بستری که بزه‌دیدگان به آسانی و با اعتماد کامل بتوانند به سازمان پلیس مراجعه کنند، برنامه‌ریزی در راستای حمایت از بزه‌دیدگان بالقوه و خاص که در معرض آسیب بیش‌تری قرار دارند، ضروری است. بزه‌دیدگان بالقوه یا بزه‌دیدگان ایده‌آل شخص یا گروهی هستند که در پی ضربه خوردن از جرم، پایگاه کامل و مشروع به بزه‌دیده بودن را به آسانی می‌پذیرند. نمونه بارز این افراد، زنان، سالمندان و کودکان بدون دفاعی هستند که نه تنها شایسته، بلکه نیازمند مراقبت فوری و همدردی هستند. (Christie, 1986: 18) در مرحله پیش از ارتکاب جرم، پلیس می‌تواند از طریق ایمن سازی اهداف و آماج جرم (بزه‌دیدگان ایده‌آل) از آسیب ایشان پیش‌گیری کند و در مرحله بعد از ارتکاب جرم نیز پلیس با ارائه خدمات و امکانات خاص و خارج از سیستم طولانی اداری، نقش مهمی را ایفا می‌کند. در قانون آیین دادرسی کیفری نیز تشکیل پلیس‌های تخصصی با توجه به اقتضائات مورد نیاز این قبیل بزه‌دیدگان مورد توجه قرار گرفته است. لذا ماده ۳۱ به تشکیل پلیس تخصصی زنان و کودکان به‌عنوان مهم‌ترین بزه‌دیدگان بالقوه اشاره و مقرر داشته: «به منظور حسن اجرای وظایف ضابطان در مورد اطفال و نوجوانان، پلیس ویژه اطفال و نوجوانان در نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران تشکیل می‌شود.» افزون بر این، براساس ماده ۴۲، بازجویی و تحقیقات از زنان و افراد نابالغ در صورت امکان باید توسط ضابطان آموزش دیده زن و با رعایت موازین شرعی انجام شود. با این حال، به دلیل کم توجهی به تفاوت‌های ماهوی عاطفی و جنسیتی و بالقوگی بزه‌دیدگی در زنان و اطفال^۱ و فقدان منابع انسانی آموزش‌دیده و زیرساخت‌های آموزشی، استفاده از پلیس زن و یا ضابطان آموزش‌دیده در برخورد با کودکان در سطح کلانتری‌ها نهادینه نگردیده است و اجرایی شدن این مهم نیاز به فراهم سازی امکانات سخت افزاری مانند تأمین نیرو؛ و امکانات نرم‌افزاری مانند آموزش و تدوین و تنقیح قوانین و یا دستورالعمل‌های سازمانی دارد، هرچند که زیرساخت‌های مکتبی و مذهبی این موضوع فراهم است.

۱. علی‌رغم تأکید ماده ۳۱ قانون آیین دادرسی کیفری مبنی بر لزوم تشکیل پلیس ویژه اطفال، نیاز پلیس به این واحد در جهت انجام مطلوب امور مربوط به اطفال بزه‌کار و بزه‌دیده و نیز نهایی شدن لایحه تشکیل پلیس اطفال در قوه قضاییه، هنوز این لایحه به مجلس شورای اسلامی ارسال نشده است. با این حال، رویه کنونی نیروی انتظامی با وجود فقدان قانون، رویه‌ای مثبت ارزیابی می‌شود و این پلیس عملاً به صورت آزمایشی در برخی از کلان شهرها در حال فعالیت است. برای نمونه، بنا به اعلام خبرگزاری‌ها، رییس پلیس تهران بزرگ از تشکیل پلیس اطفال در فرماندهی انتظامی تهران بزرگ خبر داده و تأکید نموده افراد حاضر در این پلیس نیروهای به کارگرفته شده از کارشناسان ارشد زن و مرد متخصص در علوم اجتماعی، روان‌شناسی و نیز مشاوره هستند که به امور اطفال و نوجوانان بزه‌کار و بزه‌دیده رسیدگی می‌کنند (سایت خبری تابناک، پلیس ویژه اطفال آغاز به کار کرد، کد خبر: <http://www.tabnak.ir/fa/news/557100>).

۲.۲.۱. رفتار کرامت مدار با بزه‌دیدگان

رفتار کرامت مدار یعنی رفتار توأم با احترام، گرمی داشتن و رعایت شأن انسانی آن‌ها. رعایت کرامت انسانی در قلمرو حقوق کیفری مهم‌ترین معیار مشروعیت قواعد کیفری است. (رحیمی‌نژاد، ۱۳۸۷: ۶۸) باتوجه به آموزه‌های دینی رفتار کرامت مدار با همه افراد به‌ویژه با بزه‌دیدگان از شاخصه‌های عملکرد اسلامی و اعتماد به نهادهای مجری عدالت محسوب می‌شود. براساس قانون اساسی، نظام اسلامی نظامی است که بر پایه ایمان به خدا و کرامت و ارزش والای انسانی بنا شده است و پلیسی که در این نظام در حال خدمت‌رسانی است، باید با مدنظر قرار دادن بند ۴ ماده واحده قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی (۱۳۸۳)، با رعایت اخلاق و موازین اسلامی با بزه‌کار و بزه‌دیده رفتار نماید. در ماده ۷ قانون آیین دادرسی کیفری نیز به لزوم رفتار عادلانه و رعایت حقوق شهروندی در تمام مراحل دادرسی از جمله مراحل اجرای برنامه‌های ترمیمی تأکید شده است.

این رویکرد ضمن ارتقای اعتماد به نهادهای مجری عدالت، از منظر پلیسی و قضایی آثاری دارد. الف) پیش‌گیری از بزه‌دیدگی ثانویه

بزه‌دیدگی ثانویه یا فرعی شامل ناملایماتی می‌شود که شاکی یا بزه‌دیده ممکن است در مراجع پلیسی، قضایی و اداری و در ارتباط با مطرح نمودن شکایات، متحمل شود. (نجفی ابرنآبادی، ۱۳۸۴: ۲۳) آگاهی از حقوق و ظرفیت‌های حل تعارض و همچنین مزیت‌های فرایندهای غیر رسمی مانند عدالت ترمیمی برای طرفین فرصتی را فراهم می‌کند که زمینه صحیح ترمیم و جبران تمام خسارات را برای طرفین فراهم می‌نماید. بنابراین قانون‌گذار با آگاهی از اهمیت آگاهی و بهره‌مندی از سازوکارهای موجود از جمله عدالت ترمیمی، یکی از وظایف ضابطین را آگاه‌سازی بزه‌دیدگان و سایر مراجع کنندگان از حقوق اساسی خود دانسته است. مطابق ماده ۶ قانون آیین دادرسی کیفری، متهم، بزه‌دیده، شاهد و سایر افراد ذیربط باید از حقوق خود در فرآیند دادرسی آگاه شوند و سازوکارهای رعایت و تضمین این حقوق فراهم شود. براساس ماده ۳۸ نیز ضابطان دادگستری مکلفند شاکی را از حق درخواست جبران خسارت و بهره‌مندی از خدمات مشاوره‌ای موجود و سایر معاضدت‌های حقوقی آگاه سازند. افزون بر این، هرگاه متهم تحت نظر قرار گرفت، ضابطان دادگستری مکلفند حقوق مندرج در این قانون در مورد شخص تحت نظر را به متهم تفهیم و به‌صورت مکتوب در اختیار وی قرار دهند و رسید دریافت و ضمیمه پرونده کنند. (ماده ۵۲ قانون آیین دادرسی کیفری)

پژوهش‌ها نشان می‌دهد که بسیاری از بزه‌دیدگان اطلاعات کمی درباره فرآیند عدالت جنایی داشته‌اند. ایشان در ابتدا دیدگاه مثبتی درباره پاسخ نظام عدالت نسبت به مشکلاتشان دارند، ولی با

ادامه روند پرونده به شدت از عملکرد نظام عدالت جنایی انتقاد می‌کنند. حس قربانی شدن دومین در مراحل نخستین فرآیند جنایی اغلب از نحوه رفتار نامناسب مراجع پلیسی با آنان برمی‌خیزد، ولی در مراحل بعد بزه‌دیدگان اغلب حضور در دادگاه را به منزله تهدیدی علیه خود یا نوعی سرگردانی تلقی می‌کنند. (رایجیان اصلی، ۱۳۸۴: ۹۸) پس باید ترتیبی اتخاذ شود که هزینه‌ای مضاعف اعم از مادی یا معنوی از طریق دستگاه‌های مجری عدالت به بزه‌دیدگان تحمیل نگردد. در این راستا، ماده ۶۲ قانون آیین دادرسی کیفری اشعار داشته است «تحمیل هزینه‌های ناشی از انجام وظایف ضابطان نسبت به کشف جرم، حفظ آثار و علائم و جمع‌آوری ادله وقوع جرم، شناسایی و یافتن و جلوگیری از فرار و مخفی شدن متهم، دستگیری وی، حمایت از بزه‌دیده و خانواده او در برابر تهدیدات، ابلاغ اوراق و اجرای تصمیمات قضائی تحت هر عنوان بر بزه‌دیده ممنوع است.» بر اساس ارزیابی‌هایی که تا پایان دهه ۱۹۹۰ انجام شده بود بیش از یک سوم بزه‌دیدگان در جهان، از شیوه رسیدگی پلیس به شکایات خود ناراضی بوده‌اند که پایین‌ترین میزان این نارضایتی به آمریکای لاتین و آفریقا مربوط می‌شود. (UNODCCP, 1999: 17)

ب) پیش‌گیری از ایجاد ارقام سیاه

حفظ کرامت انسانی، به رسمیت شناختن بزه‌دیده، تقویت اعتماد میان پلیس و بزه‌دیده، دسترسی آسان به نظام عدالت کیفری و توجه به نیازها و ضروریات بزه‌دیده در فرآیند کیفری (مثلاً حضور پلیس یا مشاور خانم در جرائم علیه زنان) موجب تمایل بیش‌تر بزه‌دیده در اعلام جرم به پلیس و مقامات قضائی می‌شود. در واقع از علل افزایش رقم سیاه بزه‌کاری، عدم پذیرش مناسب بزه‌دیده و تأمین نکردن نیازهایی از سوی دستگاه‌های مجری عدالت است که مانع مراجعه بزه‌دیده به مبادی ذیربط می‌گردد. افزون بر این، چنان‌چه بزه‌دیده مورد پذیرش مطلوب نظام عدالت کیفری (به‌ویژه پلیس) قرار گیرد، امید و خوش‌بینی وی نسبت به احقاق حقوقش بیش‌تر شده و موجب کاهش ظهور دادگستری خصوصی خواهد شد.

ج) تأمین امنیت بزه‌دیده

در اکثر جرائم، ممکن است بزه‌کار تهدید جدی علیه بزه‌دیده محسوب گردد. در جرمی که مرتکب عضو یک باند یا سازمان تبهکار است و یا به دلیل روابط کاری، خانوادگی یا محلی، ارتباط بزه‌کار و بزه‌دیده زیاد است، بزه‌دیده از سوی بزه‌کار یا خانواده وی در معرض خطر مجدد قرار خواهد داشت. در این موارد بزه‌دیده نیازمند حمایت مضاعف دستگاه‌های مجری عدالت به‌ویژه پلیس است. این جرم تهدیدی علیه عدالت قضایی محسوب می‌شود و برخورد با آن ضروری است. در واقع «مظنون یا وابستگان او ممکن است درصدد تهدید بزه‌دیده برای بازداشتن وی از توسل به

نظام عدالت بوده یا در اقدامی تلافی جویانه بزه‌دیده را به دلیل گزارش موضوع به مقام‌های قانونی مورد آزار و اذیت قرار دهند.» (شایان، ۱۳۸۴: ۷۶)

در راستای تأمین امنیت بزه‌دیده، بازداشت افراد بزه‌کار یا تهدید کننده، توسط پلیس و یا حضور مأموران مراقب جهت حمایت از بزه‌دیده یا انتقال بزه‌دیده به اماکن امن (مثلاً انتقال زن بزه‌دیده به بهزیستی) می‌تواند از اقدامات مفید پلیس باشد. پس باید در نظر داشت لازمه اجرای برنامه‌های ترمیمی در جرائم شدید، که احتمال آسیب هر یک از عناصر شرکت کننده در پدیده مجرمانه وجود دارد، ممکن نیست. براساس ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری نیز اجرای برنامه‌های میانجیگری، که یکی از جلوه‌های عدالت ترمیمی محسوب می‌شود، تنها در تعزیرات درجه شش، هفت و هشت امکان دارد. هرچند در قانون آیین دادرسی کیفری لزوم وجود امنیت تنها در مورد شاهد و خانواده آنان مورد تأکید قرار گرفته^۱، لیکن در مورد سایر افراد دخیل در فرایند مجرمانه نیز صادق بوده و قابل تعمیم است.

۲. اجرای فرایندهای عدالت ترمیمی توسط پلیس

هرچند برنامه‌های ترمیمی پلیسی ممکن است از نظر شکلی متفاوت باشند، ولی در ترمیمی بودن، وجه اشتراک دارند. مهم‌ترین برنامه‌های پلیس در راستای گسترش عدالت ترمیمی را می‌توان در چهار دسته تقسیم‌بندی کرد.

۱.۲. میانجیگری پلیس

فرآیند میانجیگری از نخستین برنامه‌های عدالت ترمیمی و حتی گسترده‌ترین آن‌هاست (شیری، ۱۳۹۶: ۶۶۷) که در اکثر کشورها به‌طور مستقیم و غیرمستقیم انجام می‌شود. رابطه میانجیگری با عدالت ترمیمی به حدی نزدیک است که تفکیک این دو از هم دشوار می‌نماید. به تعبیر دیگر میانجیگری سنگ بنای عدالت ترمیمی است. (Mannozi & Ceretti, 1999: 67) پژوهش‌ها

۱. ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی «هرگاه بیم خطر جانی یا حیثیتی و یا ضرر مالی برای شاهد یا مطلع و یا خانواده آنان وجود داشته باشد، اما استماع اظهارات آنان ضروری باشد، بازپرس به منظور حمایت از شاهد یا مطلع و با ذکر علت در پرونده، تدابیر زیر را اتخاذ می‌کند: الف- عدم مواجهه حضوری بین شاهد یا مطلع با شاکی یا متهم، ب- عدم افشای اطلاعات مربوط به هویت، مشخصات خانوادگی و محل سکونت یا فعالیت شاهد یا مطلع، پ- استماع اظهارات شاهد یا مطلع در خارج از دادسرا یا وسایل ارتباط از راه دور. تبصره ۱- در صورت شناسایی شاهد یا مطلع حسب مورد توسط متهم یا متهمان یا شاکی و یا وجود قرائن یا شواهد، مبنی بر احتمال شناسایی و وجود بیم خطر برای آنان، بازپرس به درخواست شاهد یا مطلع، تدابیر لازم را از قبیل آموزش برای حفاظت از سلامت جسمی و روحی یا تغییر مکان آنان اتخاذ می‌کند.»

نشان می‌دهد روش میانجیگری با احتمال ۷۰ تا ۱۰۰ درصد موفقیت، از مؤثرترین برنامه‌های ترمیمی است. ماده ۱ آیین‌نامه میانجیگری در امور کیفری (۱۳۹۴/۴/۸)^۱ به تبیین مشخصه‌های اساسی این روش پرداخته است.

در قانون آیین دادرسی کیفری به هر دو روش مستقیم و غیر مستقیم این فرایند توجه شده است. ماده ۱۹۲ بازپرس را مکلف نموده است که در صورت امکان سعی در ایجاد صلح و سازش و یا ارجاع امر به میانجیگری نماید. (میانجیگری مستقیم) در روش غیرمستقیم نیز میانجیگری از رهگذر ارجاع به واحدهای میانجیگر از جمله پلیس صورت می‌پذیرد. نکته مهم در انجام میانجیگری، تخییری بودن فرایند است. این اصل پیش شرط لازم برای اجرای هر کدام از برنامه‌های ترمیمی است و بدون آن، امکان موفقیت دادرسی ترمیمی و حصول نتیجه نهایی از بین خواهد رفت. این نکته در ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری مورد اشاره واقع و تأکید گردیده که فرایند میانجیگری با توافق طرفین آغاز می‌گردد. مقنن در این ماده به مقام قضایی اجازه داده است که در جرایم تعزیری درجه شش، هفت و هشت که مجازات آن‌ها قابل تعلیق است، برای حصول سازش بین طرفین، موضوع را با توافق آنان به شورای حل اختلاف یا شخص یا مؤسسه‌ای برای میانجیگری ارجاع دهد. مدت میانجیگری بیش از سه ماه نیست. مهلت‌های مذکور در این ماده در صورت اقتضاء فقط برای یک بار و به میزان مذکور قابل تمدید است. اگر شاکی گذشت کند و موضوع از جرائم قابل گذشت باشد، تعقیب موقوف می‌شود. ماده ۱۴ پیش‌نویس اعلامیه اصول اساسی استفاده از برنامه‌های عدالت ترمیمی در موضوعات کیفری نیز مقرر می‌دارد «بزه‌دیده و بزه‌کار نباید با توسل به هیچ‌گونه ابزاری به شرکت در فرایند عدالت ترمیمی و یا قبول نتایج آن اجبار یا اغوا شوند.»

نقش پلیس در قالب واسطه، به‌عنوان نخستین واحد مورد مراجعه بزه‌دیده و یا نهادی که بر اساس درخواست افراد در صحنه جرم حاضر می‌شود، بی‌بدیل است. در واقع پلیس با توجه به شأن و منزلتی که دارد، در فرایند میانجیگری، اغلب به عنوان میانجی مورد پذیرش و درخواست عناصر تشکیل دهنده جرم وارد می‌شود. پلیس در فرایند میانجیگری در مراحل ارجاع، ایجاد آمادگی در طرفین برای میانجیگری، انجام میانجیگری و برآیندگیری و پیگیری نتایج حاصله از آن، نقش مؤثری را ایفا می‌کند. در نیوزلند، پلیس می‌تواند در صورت عدم ضرورت از ارجاع موضوع به مراجع قضایی امتناع ورزد. در انگلیس، پلیس بدون احساس ضرورت ارجاع موضوع به یک برنامه ترمیمی خارج از نهاد پلیس، مسئولیت برنامه ترمیمی را برعهده دارد. در آمریکا، اجرای برنامه میانجیگری

۱. «میانجیگری فرایندی است که طی آن بزه‌دیده و متهم با مدیریت میانجیگر در فضای مناسب در خصوص علل، آثار و نتایج جرم انتسابی و نیز راه‌های جبران خسارت ناشی از آن نسبت به بزه‌دیده و متهم گفتگو نموده و در صورت حصول سازش، تعهدات و حقوق طرفین تعیین می‌گردد.»

در عمل حسب تشخیص پلیس، دادستانی یا دادگاه و در مکان‌هایی مانند مراکز پلیس که امکانات اجرایی آن فراهم گردیده است، انجام می‌شود. پلیس به‌عنوان میانجی آموزش دیده، مکان و زمان ملاقات و مقدمات آن را فراهم می‌کند و شرکت کنندگان به‌دلیل اعتماد و فضای ایجاد شده توسط پلیس تشویق می‌شوند تا اطلاعات واقعی و احساسات حال، گذشته و آینده را بیان کنند. در اثر این ملاقات، بزه‌دیده از انگیزه بزه‌کار، تأثیر دستگیری و اقدامات قضایی بر رفتار بزه‌کار و مشکلات قبلی و فعلی بزه‌کار که در وقوع پدیده مجرمانه مؤثر بوده است، آگاه می‌شود و بزه‌کار نیز از آثار بزه بر بزه‌دیده اعم از صدمات مادی، معنوی و بزه‌دیدگی ثانویه مطلع می‌شود. پلیس نیز ضمن آگاه نمودن طرفین از پیامدهای حقوقی بزه و آثار فردی و اجتماعی آن و با استفاده از فرهنگ و آداب و رسوم و نقاط مشترک عناصر تأثیرگذار بر بزه، سعی در حل و فصل پدیده مجرمانه می‌نماید.

در این میان نقش استفاده از آموزه‌های دینی توسط پلیس آشنا به نقاط مشترک اعتقادی مورد احترام طرفین بسیار مؤثر است. در واقع پلیس میانجیگر ابتدا به اجرای بخش واقعی و احساسی ملاقات می‌پردازد و سپس دستور کار را عوض کرده و شروع به مذاکره و کسب توافق برای ترمیم آسیب می‌کند. قرارداد کتبی نهایی (صورتجلسه سازش) که تحت نظارت پلیس تنظیم می‌شود، می‌تواند شامل پرداخت خسارت مالی توسط بزه‌کار و یا حتی جامعه به بزه‌دیده باشد و یا حتی توافق برای آینده صورت گیرد. (Dolinko, 2003: 319) به هر حال، تنظیم توافق کتبی ضروری است. ماده ۸۳ قانون آیین دادرسی کیفری نیز بر این امر تأکید و مقرر نموده: «نتیجه میانجیگری به صورت مشروح و با ذکر ادله آن طی صورت مجلسی که به امضای میانجیگر و طرفین می‌رسد، برای بررسی و تأیید و اقدامات بعدی حسب مورد نزد مقام قضائی مربوط ارسال می‌شود. در صورت حصول توافق، ذکر تعهدات طرفین و چگونگی انجام آن‌ها در صورت مجلس الزامی است.» با این‌حال، گاهی این ملاقات‌های رودررو ممکن است بدون حضور میانجی صورت گیرد. آنچه در میانجیگری و یا مواجهه حضوری مهم است، ایجاد حس اعتماد و اطمینان نسبت به طرفین و مجربان عدالت ترمیمی و ایجاد فضایی است که بزه‌کار و بزه‌دیده در آن احساس امنیت کند که این وظیفه خاص به عهده پلیس به‌عنوان نهاد تسهیل کننده عدالت ترمیمی است. بر اساس رویه نیروی انتظامی، چنانچه مأموران گشت کلانتری‌ها در حین مأموریت با جرمی مواجه شوند یا از طرق مختلف مانند تماس با تلفن ۱۱۰ در صحنه حاضر شوند، در بسیاری از موارد و در جرائم قابل گذشت در همان محل نقش میانجی را ایفا و مسأله را با تنظیم صورت جلسه سازش خاتمه می‌دهند. ولیکن، در جرائم غیرقابل گذشت و مهم‌تر که دارای جنبه عمومی و یا در مواردی که طرفین حاضر به مصالحه نیستند، موضوع با ارجاع به دوایر مددکاری مستقر در کلانتری‌ها به صورت نظام‌مندتر حل و فصل می‌گردد.

۲.۲. نشست‌های گروهی و ترمیمی

بر اساس پژوهش‌های صورت گرفته در مؤسسه جرم‌شناسی استرالیا، بهره‌گیری از این روش تأثیر مثبتی در تغییر طرز تفکر بزه‌کاران نسبت به پلیس و نظام عدالت کیفری داشته است. (غلامی، ۱۳۹۰: ۱۰۲) در این برنامه، افزون بر حضور بزه‌کار، بزه‌دیده و پلیس آموزش دیده به‌عنوان تسهیل‌کننده^۱، از میانجیگران دیگری مانند اعضای جامعه محلی و خانواده آن‌ها و نهادهای جامعه مدنی استفاده می‌گردد. نشست ترمیمی، عموماً به‌عنوان یکی از شیوه‌های اعمال مفاهیم و اصول عدالت ترمیمی در انجام فعالیت‌های پلیسی از جمله هشداردهی، شناخته می‌شود؛ همان‌گونه که فعالیت‌ها و تبلیغات پلیس اشاره دارد، عدالت ترمیمی از اصول شرم‌سازی برای مداخله در چرخه ارتکاب جرائم استفاده می‌کند (جانسون، ۱۳۸۹: ۲۰۱) مزیت اصلی این نشست‌ها این است که به جای شرم‌سازی برچسب زنده، که در فرایند عدالت کیفری سنتی مشهود است؛ نوعی شرم‌سازی سازنده، فعال و خودجوش وجود دارد (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۳: ۱۰۵۹).

در این نشست‌ها پلیس با دعوت از جامعه محلی، که عموماً از افراد مورد توافق و امین انتخاب می‌شود، و با دعوت از خانواده‌های طرفین، «به‌عنوان تسهیل‌کننده‌ای آموزش دیده»^۲ سعی در نزدیک کردن دیدگاه‌های طرفین نموده و مسئولیت اداره جلسه را بر عهده دارد. برای نمونه مشارکت مأموران مجرب پلیس و بازنشستگان این نیرو برای حضور و کمک به برگزاری جلسات NA^۳ یا معتادان گمنام جهت کاهش آسیب‌های اعتیاد و ترک معتادان نمونه موفق از این حضور است. برای نمونه مدیریت اجرای نشست‌ها در ادمونتون کانادا با پلیس و همکاری افراد آموزش دیده و نهادهای جامعه محور است. حضور خانواده‌های بزه‌کار و بزه‌دیده به‌عنوان حامی بازپذیری طرفین نقش بسزایی دارد. اهمیت این روش نسبت به میانجیگری در خصوص جرائمی که فاقد بزه‌دیده مستقیم است، مشخص می‌شود، زیرا در میانجیگری وجود بزه‌دیده مستقیم لازم است، ولی در جرمی که برای نمونه امنیت محله‌ای سلب شده است و بزه‌دیده مستقیم وجود ندارد، روش دوم کاربرد خواهد داشت. در این جلسات پلیس به‌عنوان تسهیل‌گر اصلی، پیامدهای ناتوانی در رسیدن به توافق کلی را توضیح داده، مشارکت داوطلبانه را متذکر می‌شود و بدین وسیله راه برای ادامه نشست فراهم می‌سازد. مکانیزم دیگری که در این نشست‌ها کاربرد دارد، ایجاد «شرمسازی

1. facilitator

۲. لزوم آموزش دیده بودن ضابطین و دیگر کنش‌گران عدالت کیفری به‌ویژه در مواجهه با بزه‌دیدگان بالقوه بسیار مهم بوده و در موارد فراوانی از جمله بند «الف» ماده ۲۹، ماده ۳۰ و تبصره آن و ماده ۴۰۹ قانون آیین دادرسی کیفری مورد تأکید قرار گرفته است.

3. Narcotics Anonymous

بازپذیرکننده^۱ است که از نظریه «برایث ویت»^۲ برگرفته شده و در آن به جای تأکید بر مجرم بر فعل مجرمانه تأکید می‌شود. این راهکار که به مدل «وگا وگا» معروف گردید، برای اولین بار توسط پلیس استرالیا استفاده شده و در آن بر مدیریت نشست توسط پلیس تأکید می‌گردد. در این روش پلیس از کلیه طرف‌های درگیر درباره ارتباط و تأثیرپذیری ایشان از جرم سؤال کرده و احساس و طرز تلقی آن‌ها از جرم و آنچه باید انجام پذیرد، را می‌پرسد. اگر بزه‌کار با پیشنهاد گروه مبنی بر جبران خسارت موافقت نماید، پلیس وظیفه پیگیری و نظارت را داشته، در غیر این صورت ممکن است پرونده به دادستانی ارجاع شود. (Weisbery, 2003: 354)

مشارکت جامعه مدنی در فرایند کیفری در قانون آیین دادرسی کیفری نیز مورد توجه بوده و از اعلام جرم تا اعتراض به احکام صادره متغیر است. هرچند از ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری به‌طور صریح نمی‌توان موضوع عدالت ترمیمی را برداشت نمود، لیکن به نحو ضمنی می‌توان به این نتیجه رسید که جامعه مدنی امکان تشکیل و شرکت در برنامه‌های ترمیم مدار را دارد، زیرا این ماده به سازمان‌های مردم‌نهادی که اساسنامه آن‌ها درباره حمایت از اطفال و نوجوانان، زنان، اشخاص بیمار و ناتوان جسمی یا ذهنی، محیط زیست، منابع طبیعی، میراث فرهنگی، بهداشت عمومی و حمایت از حقوق شهروندی است، اجازه داده است تا نسبت به جرائم ارتكابی در زمینه‌های فوق اعلام جرم کنند و در تمام مراحل دادرسی شرکت کنند.

۳.۲. حلقه‌های تعیین مجازات^۳

این حلقه که ریشه در فرهنگ بومی شمال کانادا دارد، در مورد اشخاصی تشکیل می‌شود که به بزه خویش اقرار داشته و آمادگی دارند هر کیفری را که حلقه مجازات تعیین کرده است، داوطلبانه بپذیرند. فضای درون حلقه، توافقی و دوستانه بوده و هدف اصلی آن توجه به نیازهای بزه‌دیده و التیام بزه‌کار است. به دیگر سخن، حلقه‌های تعیین مجازات حلقه التیام بزه‌دیده و بزه‌کار است. (Dignan, 2005: 125)

مأموران پلیس، وکلا، قضات، بزه‌دیدگان و اعضای جامعه در رسیدن به توافقی در خصوص نوع و میزان مجازات، مشارکت فعالی دارند. با این حال، توافق مذکور پس از تصویب جهت تأیید نهایی به قاضی پیشنهاد می‌شود. در این حلقه‌ها با توجه به این که پلیس در متن جامعه و برخورد با بزه‌قرار دارد و آثار مجازات و جرم را مستقیم و بدون واسطه لمس می‌کند، می‌تواند از اعضای اصلی پیشنهاد دهنده طرح محسوب شود. افزون بر این، پلیس به‌عنوان تسهیل‌کننده اصلی و مجری

1. Reintegrative Shaming
2. Braithwaite
3. Sentencing Circles

عدالت کیفری می‌تواند نقش مهمی در تشکیل این حلقه‌ها در محله‌های مناسب داشته باشد و در صورت لزوم از افراد باتجربه در این حلقه‌ها دعوت کند. هرچند در ایران این حلقه‌ها به مرحله عملیاتی نرسیده‌اند، لیکن در جرائم قابل گذشت و ظرفیت‌هایی که مقنن برای حل و فصل غیر کیفری آن‌ها در نظر گرفته، می‌تواند به نحو شایسته مورد استفاده قرار گیرند.

۴.۲. هیئت‌ها و گروه‌های مردمی^۱

این هیئت‌ها در گروه‌های چند نفره (معمولاً ۵ نفره) از شهروندان فعال در فعالیت‌های عمومی و با حکم دادگاه تشکیل می‌شوند. مشارکت شهروندان در حل و فصل اختلاف بزه‌کار و بزه‌دیده از اهداف این فرآیند است. این گروه‌ها توافق‌نامه‌هایی را با بزه‌کار به امضا می‌رسانند و ضمانت‌های لازم را اخذ و مراتب را گزارش می‌دهند. سپس دادگاه بر اساس توافق‌نامه مذکور حکم تعلیق مراقبتی صادر می‌کند. در صورت لزوم استفاده از مأموران آموزش دیده پلیس و یا نیروهای بازنشسته و باتجربه (البته با لباس عادی)^۲ می‌تواند در این خصوص مؤثر باشد. تشکیل کمیسیون-های جبران خسارت در هیئت‌ها به منظور برآورد خسارات مادی و معنوی و سعی در رفع آن‌ها با استفاده از نهادهای دولتی و نهادهای غیردولتی داوطلب، اقدام مؤثری در این روش است. در واقع در زمانی که جبران خسارات از طریق منابع دولتی امکان نداشته باشد، این مهم برعهده مردم داوطلب گذاشته می‌شود تا از طریق انجمن‌هایی که از طریق قضات، وکلا، افسران بازنشسته، مجرمان سابق (مانند معتادان گمنام) و طیف خاصی از بزه‌دیدگان و خانواده‌های ایشان، اداره می‌شود، وظیفه امداد رسانی انجام گردد. (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۷۴: ۴۵)

هم‌اکنون در ایران با راه‌اندازی پلیس ۱۱۰ به‌عنوان خطوط بحران یا تلفن‌های قرمز و تشکیل معاونت اجتماعی ناجا که دارای مدیریت‌های مختلف مانند مشاوره، آموزش همگانی و ... می‌باشد، گام‌های مهمی در راستای افزایش مشارکت مردم در اجرای برنامه‌های عدالت ترمیمی و امنیت برداشته شده است. مهم‌ترین اقدام در این زمینه تأسیس دایره مشاوره و مددکاری در کلانتری‌ها

1. Community Boards and Panels

۲. بر اساس ماده ۱۷۲ قانون آیین دادرسی کیفری استفاده از لباس شخصی در خصوص ضابطین تنها در بحث ابلاغ اوراق قضایی و در جهت حفظ حقوق و آبروی اشخاص در نظر گرفته شده است. از این نکته می‌توان برداشت نمود که در اقدامات ترمیمی نیز الزامی به استفاده از البسه رسمی وجود ندارد. هرچند، معاونت اجتماعی و ارشاد ناجا، که متولی ساماندهی واحدهای مشاوره و مددکاری در کلانتری‌ها است، طی بخش‌نامه‌های داخلی به این مهم اشاره کرده است.

است^۱ که در خط مقدم مواجهه با بزه‌دیدگان است. این واحدها با تکیه بر سازوکارهای عدالت ترمیمی در جهت رسمیت بخشیدن به برنامه‌های پیشگیرانه در محیط پلیسی وارد عرصه مشارکت چند نهادی شده‌اند و برنامه‌های فرهنگی - اجتماعی را با شناسایی ریشه‌های کژروی و انحراف وارد رویه عملی پلیس کرده‌اند (رایجیان اصلی و تندر، ۱۳۹۶: ۳۶۹). این مراکز به‌طور رایگان و با کم‌ترین هزینه به ارائه مشاوره در زمینه‌های مختلف خانوادگی، حل اختلافات و اجرای برنامه‌های عدالت ترمیمی و تعامل با دیگر نهادهای حل مشکل همچون سازمان‌های مردم‌نهاد، بهزیستی و ... می‌پردازد. این موضوع در ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری نیز متبلور گردیده است. هرچند، نمونه بارز آن‌را حتی قبل از تصویب این ماده و در اقدامات عملی صورت گرفته در گروه‌های موسوم به «انجمن‌های معتادان گمنام»^۲ قابل مشاهده است.^۳ در کشورهای مختلف نیز برنامه‌های ترمیمی متنوعی در حال اجراست. برای نمونه در استرالیا برنامه‌هایی مانند «کوالا پاسبان» برای آموزش

۱. هرچند در گذشته به استفاده از مشاوران و مددکاران در پلیس توجه شده بود، لیکن در قانون آیین دادرسی کیفری این مهم نیز مورد نظر بوده و در موارد مختلف به استفاده از مشاور و مددکار در مراحل مختلف فرایند کیفری تأکید شده است. اهم وظایف و شرایط لازم برای مددکار در قانون آیین دادرسی کیفری عبارتند از:

ماده ۲۰۳- در جرائمی که مجازات قانونی آن‌ها سلب حیات، قطع عضو، حبس ابد و یا تعزیر درجه چهار و بالاتر است و همچنین در جنایات عمدی علیه تمامیت جسمانی که میزان دیه آنها ثلث دیه کامل مجنی‌علیه یا بیش از آن است، بازپرس مکلف است در حین انجام تحقیقات، دستور تشکیل پرونده شخصیت متهم را به واحد مددکاری اجتماعی صادر نماید. این پرونده که به صورت مجزا از پرونده عمل مجرمانه تشکیل می‌گردد، حاوی مطالب زیر است: الف- گزارش مددکار اجتماعی در خصوص وضع مادی، خانوادگی و اجتماعی متهم

ماده ۴۱۰- مشاوران دادگاه اطفال و نوجوانان از بین متخصصان علوم تربیتی، روان‌شناسی، جرم‌شناسی، مددکاری اجتماعی، دانشجویان و فرهنگیان آشنا به مسائل روان‌شناختی و تربیتی کودکان و نوجوانان اعم از شاغل و بازنشسته انتخاب می‌شوند.

ماده ۴۱۳- در دادگاه اطفال و نوجوانان، والدین، اولیاء یا سرپرست طفل و نوجوان، وکیل مدافع، شاکی، اشخاصی که نظر آنان در تحقیقات مقدماتی جلب شده، شهود، مطلعان و مددکار اجتماعی سازمان بهزیستی حاضر می‌شوند.
ماده ۴۸۵- معاونت اجرای احکام کیفری به تعداد لازم قاضی اجرای احکام کیفری، مددکار اجتماعی، مأمور اجراء و مأمور مراقبتی در اختیار دارد.

ماده ۴۸۶- قوه قضائیه به منظور انجام وظایف مددکاران اجتماعی، تشکیلات مناسبی تحت عنوان «مددکاری اجتماعی» را در حوزه قضائی هر شهرستان ایجاد می‌نماید.

ماده ۴۸۷- مددکاران اجتماعی از بین فارغ‌التحصیلان رشته‌های مددکاری اجتماعی، علوم تربیتی، روان‌شناسی، جامعه‌شناسی، جرم‌شناسی و حقوق استخدام می‌شوند. تبصره - در رشته‌های مذکور، اولویت با فارغ‌التحصیلان رشته مددکاری اجتماعی است.

2. Narcotics Anonymous

۳. برای آگاهی بیشتر در مورد نحوه اجرای برنامه‌های ترمیمی در انجمن‌های معتادین گمنام بنگرید به: معطمی و پارسا، ۱۳۸۸، ۱۳۶-۱۲۱.

کودکان، برنامه «رابط چند فرهنگی» درباره رابطه پلیس و نهادهای فرهنگی و فرهنگ ساز، برنامه «رابط بومی جامعه» به منظور تعامل سازنده پلیس و بزرگان بومیان استرالیا، برنامه «شهروندان پلیس باشگاه جوانان» به منظور مشارکت شهروندان جامعه در حل مشکلات جوانان و برنامه «ایمنی در خانه و یا خانه امن» برای حمایت از زنان آسیب پذیر در مواقع بحران اجرا شده که الگوبرداری و بومی سازی آن‌ها توسط پلیس، براساس فرهنگ ملی و اسلامی می‌تواند راهگشا باشد.

در این راستا و با توجه به تأکید ماده ۲۰۳ قانون آیین دادرسی کیفری به اهمیت اقدامات مشاوره‌ای و ترمیمی، اجرای برنامه‌های ترمیم مدار در نیروی انتظامی مدنظر قرار گرفته و تلاش شده این مهم با محوریت دواير مشاوره و مددکاری انجام پذیرد. براساس دستورالعملی که نیروی انتظامی صادر کرده، دفاتر مددکاری اجتماعی در کلانتری‌ها با مأموریت جدید و با اهداف تقویت نقش حمایتی و اجتماعی ناجا در جامعه، کاهش حجم پرونده‌های ارجاعی به مراکز قضایی و پیشگیری از وقوع جرم در جامعه به وجود می‌آید. ضرورت و هدف از تأسیس این گونه مراکز به شرح زیر است: (حسینی، ۱۳۸۵، ۴۱۳).

- نیاز روزافزون به افزایش ارتباط صمیمانه و همدلی پلیس و مردم،
- برخورد تخصصی علمی روانی و اجتماعی پلیس با جرائم، به جای برخورد تک بعدی و تهدید محوری،
- بررسی تأثیر و نقش اختلالات روانی و شخصیتی در بروز جرایم و انحرافات و حل آن‌ها،
- پیشگیری از بروز جرایم و ناهنجاری‌های اجتماعی،
- ایجاد رابطه نزدیک و صمیمی همراه با اعتماد بین مردم و پلیس،
- شناسایی ریشه‌ها و زمینه‌های بروز رفتارهای ناهنجار و بزهکارانه،
- کاهش مشکلات مردم و حل معضلات در زمان تنش و استرس در کلانتری‌ها و ارتقاء سطح بهداشت روانی

تأسیس حدود ۷۰۰ دایره مددکاری در سطح کلانتری‌های کشور (قوام، ۱۳۹۰: ۱۹۹) که سالانه حدود ۲۰ هزار خدمت مشاوره‌ای را سامان می‌دهند و بر اساس آمار اعلامی حدود ۷۰ درصد پرونده‌های ارجاعی به آن‌ها به سازش منجر شده است، از دستاوردهای مهم در این زمینه است. آمار آرایه شده در فاصله سال‌های ۱۳۹۰-۱۳۹۲ نیز مؤید موفقیت نسبی این مراکز است. (عرشی و سبزی خوشنامی، ۱۳۹۵: ۳۴۷)

توزیع فراوانی علت مراجعه به دواير مددکاری کلانتری‌های سراسر کشور

علت	خانوادگی		اجتماعی		حقوقی		نزاع و درگیری		سایر موارد		جمع	
	تعداد	درصد	تعداد	درصد	تعداد	درصد	تعداد	درصد	تعداد	درصد		
سال ۱۳۹۰	۷۱۰۸۹	۴۷,۱۴	۱۴۴۴۶	۹,۵۸	۲۰۳۹۹	۱۳,۴۶	۲۶۸۱۹	۱۷,۷۸	۱۸۲۱۳	۱۲	۱۵۰۷۹۶	۲۸,۳۷
۱۳۹۱	۸۷۳۴۸	۴۸,۴۰	۱۷۰۰۴	۹,۴۲	۲۸۹۳۵	۱۶,۰۳	۳۶۷۳۰	۲۰,۳۴	۱۰۴۶۷	۵,۸	۱۸۰۴۷۴	۳۳,۹۶
۱۳۹۲	۹۳۸۲۸	۴۶,۸۹	۱۹۵۵۲	۹,۷۷	۳۴۸۲۹	۱۷,۴۰	۴۰۵۳۱	۲۰,۲۵	۱۱۳۴۷	۶۹,۵	۲۰۰۰۹۱	۳۷,۶۵
جمع	۲۵۲۲۶۵	۴۷,۴۷	۵۱۰۰۲	۹,۶۰	۸۴۰۶۳	۱۵,۸۲	۱۰۴۰۷۰	۱۹,۵۸	۴۰۰۲۷	۷,۵۲	۵۳۱۴۲۷	۱۰۰

توزیع فراوانی نتیجه ارائه خدمات به مراجعان در دواير مددکاری کلانتری‌های سراسر کشور

تعداد	درصد	ارجاع به مراکز مشاوره		ارجاع به دادگاه		ارجاع به مراکز حمایتی		ارجاع به خدمات دیگر		جمع	
		تعداد	درصد	تعداد	درصد	تعداد	درصد	تعداد	درصد		
۸۸۸۷	۶۱,۱۶	۴۳۰	۲,۹۰	۲۶۴۱۷	۱۸,۱۷	۲۶۶۶	۱,۸۲	۳۳۱۴۳	۱۵,۹۲	۱۴۵۳۳۳	۲۷,۸۲
۱۱۲۴۶۱	۶۳,۲۴	۱۴۶۷	۰,۸۲	۳۵۱۸۳	۱۹,۸۵	۸۰۲	۰,۴۵	۲۷۵۰۱	۱۵,۵۱	۱۷۷۲۱۴	۳۳,۹۲
۱۲۵۳۳۳	۶۲,۶۸	۷۲۹۱	۳,۶۴	۳۶۳۷۳	۱۸,۲۰	۱۰۴۴	۰,۵۲	۲۹۸۴۳	۱۴,۹۳	۱۹۹۷۸۳	۳۸,۲۴
۳۲۴۳۰	۶۲,۴۸	۱۲۹۷۸	۲,۴۸	۹۷۹۷۳	۱۸,۷۵	۴۵۱۲	۰,۸۶	۸۰۴۸۷	۱۵,۴۰	۵۳۲۳۳۰	۱۰۰

همچنین براساس نتایج تحقیقات میدانی انجام شده در خصوص ارزیابی اصول عدالت ترمیمی در میانجیگری پلیس، به‌رغم نبود وضعیت مطلوب در برخی از شاخص‌های ترمیمی مانند اصل مشارکت، اصل اختیاری بودن و اصل استقلال میانجیگری، در برخی از شاخص‌ها مانند اصل محرمانگی وضعیت مطلوب بوده و مراجعه‌کنندگان از برنامه‌های اجرا شده در کلانتری‌ها در این خصوص رضایت داشته‌اند (بارانی و یاراحمدی، ۱۳۹۶: ۱۵۴-۱۲۸). موفقیت این مراکز در برقراری سازش بین طرفین نه تنها موجب رضایت بزه‌دیده خواهد شد، بلکه از درگیر نمودن مرتکب برای طی نمودن ادامه فرایند کیفری جلوگیری نموده و در نتیجه مانع برچسب‌زنی مجرمانه وی خواهد شد. مضاف بر این، موفقیت این دواير در سازش بین طرفین موجب کاهش هزینه‌های مالی نظام عدالت کیفری خواهد شد. این موفقیت نیز به نوبه خود مجال کافی جهت صرف مبالغ صرفه‌جویی شده در امور اجتماعی، فرهنگی، بهداشتی و آموزشی را فراهم نموده و در نتیجه به‌طور غیر مستقیم تمامی شهروندان را منتفع خواهد ساخت. البته باید دقت نمود که باتوجه به دستوراتی که قضات در ارجاع پرونده‌ها به دواير مشاوره می‌دهند ممکن است اصل اختیاری بودن را مخدوش نماید. ارجاع اجباری به این دواير برنامه را از مسیر خود منحرف و به سمت سیاست‌های مبتنی بر نتیجه‌گرایی و آمارگرایی سوق خواهد داد. (بارانی، ۱۳۹۶: ۱۳۰)

نتیجه‌گیری

استقرار عدالت واقعی تنها با اجرای عدالت مبتنی بر سزادهی ممکن نیست. عدالت ترمیمی روشی است که می‌تواند مکمل عدالت سنتی سزاده محسوب و به آن امکان تحرک، پویایی و اصلاح را اعطا

نماید. لذا نباید به این الگو به عنوان نمونه‌ای که الگای کیفر است و یا الگویی که باعث تخریب الگوی سزادهنده است، نگریست. عدالت زمانی محقق می‌شود که در جهت اصلاح آسیب‌های ناشی از بزه، جبران و التیام آن، نیازهای مادی و معنوی بزه‌دیده شناسایی و در جهت رفع این نیازها تلاش شود. در واقع فرآیندهای اجباری و یک سویه عدالت سزادهنده باید در جهت نیل به هدف والای سازش و آشتی به فرآیندهای داوطلبانه توافقی، تغییر کنند. گسترش برنامه‌های ترمیمی بیانگر این واقعیت است که اکثر نظام‌های کیفری الگوواره ترمیمی را در کنار عدالت سزادهنده پذیرفته‌اند. نکته قابل توجه در جای‌گزین نمودن فرآیندهای ترمیمی، ضرورت ارتقا فرهنگ در جوامع است، زیرا در جوامعی که از نظر فرهنگی ضعیف‌اند، پاسخ‌های ملایم به بزه ممکن است به تشدید بزه‌کاری بینجامد. بدون شک نقش پلیس در رویکرد بزه‌دیده محور و اجرای برنامه‌های عدالت ترمیمی بی‌بدیل است. زیرا پلیس نهادی است که در اکثر کشورها عموم مردم به آن اعتماد دارند و به دلیل این اعتماد در مراحل نخستین بزه‌دیدگی به آن مراجعه می‌کنند. لزوم پاسخ‌گویی سریع و مؤثر پلیس به پدیده مجرمانه و استفاده از برنامه‌های ترمیمی در زمان مناسب، ضمن جلوگیری از گسترش انتقام‌های شخصی، بزه‌دیدگی ثانویه، اطلاع دادرسی و مراجعه بی‌مورد افراد به نظام کیفری، باعث التیام آلام و جبران خسارات مادی و معنوی بزه‌دیده خواهد شد. توجه پلیس به بزه‌دیدگان خاص و بالقوه همچون سالمندان، کودکان و زنان که در معرض آسیب دیدگی بیش‌تر قرار دارند و انجام اقدامات پیش‌گیرانه و اجرای برنامه‌های ترمیمی در توسعه عدالت قضایی تأثیرگذار است.

باتوجه به اهمیت نقش پلیس در اجرای عدالت ترمیمی و نتایجی که از اجرای این برنامه‌ها در نظام قضایی آشکار می‌گردد، لزوم اعطای اختیارات قانونی به پلیس، تأمین منابع انسانی آموزش دیده، اهتمام به مباحث جامعه‌محوری پلیس و التفات به اجرای حقوق شهروندی ضروری می‌نمایند. در ایران در سال‌های اخیر اقدامات مؤثری همچون تأسیس دوایر مشاوره و مددکاری در کلانتری‌ها صورت گرفته است. اغلب افرادی که در این دوایر مشغول به خدمت هستند، دارای تخصص حقوقی و روان‌شناختی هستند که نتایج اقدامات ترمیمی آن‌ها در پرونده‌های متعددی منجر به صلح و سازش شده است. با این حال، با توجه به حجم زیاد پرونده‌های ورودی به کلانتری بیم این می‌رود که دیدگاه کمیت مدار بر دیدگاه کیفیت محور غالب شده و عدم توجه عمیق و اصولی به پدیده مجرمانه باعث تکرار مجدد و تشدید بزه شود. نظام عدالت کیفری ایران و مبانی شرعی آن از ظرفیت‌های ترمیمی بالقوه بالایی نسبت به دیگر نظام‌های کیفری برخوردار است که این امکان را فراهم می‌کند تا از اندیشه‌ها و فرآیندهای عدالت ترمیمی بهره‌برد. به عبارت دیگر، به دلیل تخصص و فنی بودن هدایت فرآیندهای عدالت ترمیمی برای دستیابی به اهداف آن، تحول در سیاست

جنایی تقنینی و به تبع آن تغییر در سیاست جنایی اجرایی و قضایی، اجتناب ناپذیر است. در عرصه تقنینی با تصویب قانون آیین دادرسی کیفری شاهد اقدامات مناسب، ولی ناکافی در عرصه تعمیم برنامه‌های غیررسمی قضایی از جمله برنامه‌های ترمیمی در تمام سطوح از جمله ابعاد اجرایی که متولی آن نهادهای اجرای قانون از جمله پلیس می‌باشد، هستیم. آنچه در تدوین این قانون در این مورد به آن پرداخته شده این مطلب است که باید در بعد اجرایی و به‌ویژه پلیسی، با درک ظرفیت‌های موجود و معرفی استانداردها و معیارهای عدالت ترمیمی، رویه‌های غیرکیفری و غیررسمی نیز به‌عنوان مکمل سایر روش‌ها، در کنار حقوق کیفری جهت استفاده سیاست‌گذاران جزایی به رسمیت شناخته شود. امری که درباره نهادهای اجرایی عدالت کیفری از جمله پلیس، جز از طریق تغییر راهبردهای سیاست کیفری دولتی به سیاست جنایی مشارکتی و تحول در سازمان پلیس سنتی به سوی سازمانی نوین و جامعه محور ممکن نخواهد بود.

به این منظور پیشنهاد می‌گردد که: اول، در راستای افزایش برنامه‌های عدالت ترمیمی در پلیس، قانونی تصویب شود که حدود و ثغور اختیارات و برنامه‌های کنشگران مؤثر در عدالت ترمیمی از جمله پلیس به عنوان نهادی در دسترس و مهم مشخص گردد، دوم، از آنجایی که پلیس به‌عنوان اولین نهاد مرجوع علیه توسط بزه‌دیدگان مورد توجه است، به‌صورت ملموس و مشروع اختیارات پلیس در اجرای برنامه‌های ترمیمی افزایش و فراتر از صرف اقدامات ضابطیت تعمیم یابد،

سوم، از منظر ساختاری تحول و معماری بنیادین در ابعاد سازمانی و آموزشی پلیس به سوی پلیس جامع‌محور، و از حیث مأموریتی از سیاست‌های کیفری به سوی سیاست‌های جنایی مشارکت محور صورت گیرد،

چهارم، سطوح برنامه‌های پلیسی تعامل‌گونه و راهبردی با دیگر ارگان‌های جامعه مدار مانند بهزیستی، کمیته امداد، سازمان‌های مردم‌نهاد و ... ارتقا یابد تا بتوان همگام با دیگر کشورها و حتی با توجه به پشتوانه دینی و ملی، بالاتر از آن‌ها برنامه‌های ترمیمی را اجرا نمود.

پنجم: با وجود برخی موفقیت‌های کسب شده توسط واحدهای مددکاری و مشاوره، کماکان مشکلاتی پیش روی این واحدها وجود دارد. کمبود بودجه تخصیص یافته به واحدها، عدم استفاده از متخصصان آموزش دیده با اصول ترمیمی و عدم آشنایی شهروندان در خصوص توانایی‌های آن‌ها در برقراری سازش موجب شده تمام ظرفیت‌های بالقوه این واحدها مورد استفاده قرار نگیرد. حل این مسائل موجب مراجعه کمتر شهروندان به نظام قضایی و در نتیجه کم‌تر شدن بار سنگین پرونده‌های مطروحه در محاکم خواهد شد.

منابع

- ابراهیمی، پیمان (۱۳۸۴)، «بزه‌دیده به منزله شاکی خصوصی و حقوق او در مقررات دادرسی کیفری ایران»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال ۶۹، شماره ۵۲ و ۵۳، ص ۲۸۷-۳۲۴.
- امیرکافی، مهدی (۱۳۷۵)، *اعتماد اجتماعی و عوامل مؤثر بر آن*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی.
- بارانی، محمد و یار احمدی، مسعود (۱۳۹۶)، «ارزیابی اصولی عدالت ترمیمی در میانجیگری پلیس (مورد مطالعه: کلانتری‌های تهران)»، در *دانشنامه عدالت ترمیمی*، زیر نظر محمد فرجیها، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ص ۱۵۴-۱۲۸.
- بارانی، محمد، (۱۳۹۶) «پلیس و میانجی‌گری کیفری»، *پژوهش‌های دانش انتظامی*، سال ۱۹، شماره ۳، ص ۱۴۶-۱۲۱.
- تروبیازویچ، رابرت و باکوروکس، بانی (۱۳۸۳)، *پلیس جامعه محور*، ترجمه مرکز مطالعات و تحقیقات کاربردی ناجا.
- حسینی، سید رضا (۱۳۸۵)، *خط‌مشی ایجاد مراکز مشاوره و مددکاری اجتماعی در نیروی انتظامی*، مجموعه مقالات همایش بررسی نقش روانشناسی، مشاوره و مددکاری اجتماعی در تأمین و توسعه امنیت روانی اجتماعی، تهران.
- جانسون، گری (۱۳۸۹) «عدالت ترمیمی، شرم و بخشش»، ترجمه حسین سمیعی، *فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم*، سال پنجم، شماره شانزدهم، ص ۲۳۰-۱۹۷.
- دلماش مارتی، می‌ری (۱۳۹۵)، *نظام‌های بزرگ سیاست جنایی*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ سوم، تهران: نشر میزان.
- رایجیان اصلی، مهرداد (۱۳۸۴)، «بزه‌دیدگان و نظام عدالت جنایی»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال ۶۹، شماره ۵۲ و ۵۳، ص ۱۱۸-۷۵.
- رایجیان اصلی، مهرداد و تندر، امیر (۱۳۹۶) «نقش و کارکرد واحدهای مشاور و مددکاری نیروی انتظامی در پیشگیری از جرم از طریق تدبیرهای عدالت ترمیمی»، در *دانشنامه عدالت ترمیمی*، زیر نظر محمد فرجیها، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ص ۳۸۶-۳۶۴.
- رحیمی‌نژاد، اسماعیل (۱۳۸۷)، *کرامت انسانی در حقوق کیفری*، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- رضوی فرد، بهزاد؛ مرادقلی، حسین و ضرغامی، سیروس (تابستان ۱۳۹۵)، «بررسی آثار ترمیمی اجرای مراسم خون صلح؛ مطالعه موردی در استان کرمانشاه»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال ۸۰، شماره ۹۴، ص ۲۴۷-۲۲۹.

- سعیدی، محمدرضا (۱۳۸۲)، **درآمدی بر مشارکت مردمی و سازمان‌های مردم‌نهاد**، چاپ اول، تهران: انتشارات سمت.
- شایان، علی (۱۳۸۴)، **عدالت برای بزه‌دیدگان**، اداره کل مواد مخدر و پیش‌گیری از جرم سازمان ملل متحد، چاپ اول، تهران: نشر سلسبیل.
- شیری، عباس (پاییز ۱۳۸۶)، «رفتار کرامت‌مدار با بزه‌دیدگان»، **فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم**، سال دوم، شماره چهارم، ص ۵۸-۱۷.
- شیری، عباس (۱۳۹۵)، **عدالت ترمیمی**، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- شیری، عباس (۱۳۹۶)، «عدالت ترمیمی»، در **دانشنامه علوم جنایی اقتصادی**، به کوشش امیر حسن نیازپور، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ص ۶۷۷-۶۴۵.
- عابدی نژاد مهرآبادی، زهرا (۱۳۹۳)، **ارزیابی سیاست‌ها و برنامه‌های انتظامی کنترل جرم در ایران از منظر شاخص‌های پلیس اجتماع محور**، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم-شناسی، دانشگاه تربیت مدرس.
- عطاشنه، منصور و ایرانی، امیر (۱۳۹۶)، «آیین فصل و کارکرد پیش‌گیرانه ترمیمی از تکرار جرم: مطالعه موردی ده قبیله بزرگ عرب در شهر اهواز»، **دانشنامه عدالت ترمیمی**، زیر نظر محمد فرجیها، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ص ۵۸۳-۵۵۵.
- عرشی، ملیحه و سبزی خوشنامی، محمد (۱۳۹۵)، «بررسی وضعیت خدمات مشاوره و مددکاری اجتماعی نیروی انتظامی مراکز و کلانتری‌ها (تحلیل روند سال‌های ۱۳۸۷ تا ۱۳۹۲)»، **مجله طب انتظامی**، دوره ۵، شماره ۵، ص ۳۵۰-۳۴۱.
- غلامی، حسین (۱۳۹۰)، **عدالت ترمیمی**، چاپ دوم، تهران: انتشارات سمت.
- قوام، میرعظیم (۱۳۹۰)، **نقش پلیس در حمایت از بزه‌دیده و کاهش آسیب‌های ناشی از جرم**، چاپ اول، تهران: نشر حدیث کوثر.
- کلمن، جیمز (۱۳۷۰)، **بنیادهای نظریه اجتماعی**، ترجمه منوچهر صبوری، چاپ اول، تهران: نشر نی.
- کوشکی، غلامحسن و حسین‌وند، موسی (۱۳۹۶)، «سنت میان‌جیگری در قوم بختیاری؛ هم‌سو با آموزه‌های عدالت ترمیمی»، **دانشنامه عدالت ترمیمی**، زیر نظر محمد فرجیها، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ص ۷۰۶-۶۸۵.
- لازرژ، کریستین (۱۳۹۶)، **درآمدی بر سیاست جنایی**، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ ششم، تهران: نشر میزان.

معظمی، شهلا و پارسا، محمد (۱۳۸۸)، «انجمن معتادان گمنام از منظر عدالت ترمیمی»، **مجله حقوقی دادگستری**، سال ۷۳، شماره ۶۸، ص ۱۳۶-۱۲۱.

نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۷۴)، **تقریرات بزه‌دیده‌شناسی**، دوره کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، قابل دسترسی در: lawtest.ir

نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۸۳)، **تقریرات جرم‌شناسی (عدالت ترمیمی)**، دوره دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تربیت مدرس، قابل دسترسی در: lawtest.ir

نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۸۴)، «میزگرد عدالت برای بزه‌دیدگان»، **مجله حقوقی دادگستری**، سال ۶۹، شماره ۵۲ و ۵۳، ص ۷۴-۸.

نجفی ابرندآبادی، علی حسین؛ شادمان‌فر، محمدرضا و توجهی، عبدالعلی (پاییز ۱۳۸۷)، «اصلاح ذات‌البین و نظریه عدالت ترمیمی»، **فصلنامه مدرس علوم انسانی**، دوره ۱۲، شماره ۳، ص ۱۹۳-۲۲۲.

Ashworth, A. (2002), "Responsibilities, rights and restorative justice", **British Journal of Criminology**, Vol. 42 (3), pp.578-595.

Braithwaite, J. (2002), **Restorative justice and responsive regulation**, Oxford: Oxford University Press.

Christie, N. (1986), "The ideal victim", in Fattah, E.A. (Eds.), **From crime policy to victim policy**, Hampshire: Macmillan, pp.17-30.

Dignan, J. (2005), **Understanding victims and restorative justice**, New York: Open University Press.

Dolinko, D. (2003), "Restorative justice and the justification of punishment", **Utah Law Review**, Vol.1, pp.319-342.

Hoyle, C. (2012), "Victims, the criminal process, and restorative justice", in Maguire, M, Morgan, R. & Reiner, R., (Eds.), **The Oxford handbook of criminology**, Fifth Edition, Oxford: Oxford University Press, pp.398-425.

Hoyle, C. (2007), "Policing and restorative justice" in Johanstone, G. & Van ness, D., (Eds.) **Handbook of restorative justice**, Devon: Willan Publishing, pp.292-311.

Levan, K. & Mackey, D.A. (2015), **Prevention of crime and delinquency**, Plymouth: Plymouth State University.

Mannozi, G., & Ceretti, A. (1999), "Restorative justice, theoretical aspects and applied models", Report on the Ninth Joint Colloquium, (Courmayeur Mont Blance, Taly 24-26), Organized under the Auspices of the United Nations, Centro Nazionale di Prevezion e Difesa Sociale.

Marshall, T. (1996), "The evolution of restorative justice in Britian", **European Journal on Criminal Policy and Research**, Vol.4 (4), pp.21-43.



- Nazemi, S. (2009), **Sir Robert Peel's: Nine principals of policing**, Retrieved: <http://www.lacp.org/2009-Articles-Main/062609-Peels9Principals-SandyNazemi.htm>.
- Newburn, T. (2003), **Handbook of Policing**, Devon: Willan Publishing.
- Oll Manhonry, D., Chapman, T. & Doak, J. (2002) **Restorative cautioning: A study of police-based restorative cautioning pilots on Northern Ireland**, Northern Ireland and Statistical Series Report 4, Belfast, Statistics and Research of the Northern Ireland Office.
- Peters, T. (2001), Victimization mediation ET pratigues orientes vars la reparation in R Cario ET D.salas, (Eds.), d justice ET victim's lavers Harmattan, Vol.1.
- UNODCCP (1999), **Guide for policy makers on the implementation of the United Nations declaration of basic principles of justice for victims of crime and abuse of power**, New York.
- Walgrave, L. (2008), "Restorative justice: An alternative for responding to crime?", in Shoham, S.G., Beck, O. & Kett, M. (Eds.), **International handbook of penology and criminal justice**, Boca Raton: CRC Press, pp.613-689.
- Weisbery, R. (2003), "Restorative justice and the danger of community", **Utah Law Review**, Vol.1, pp.343-374.
- White, R. & Santina, P. (2008), **Crime social control**, Oxford: Oxford University Press.
- Wilcox, A. & Young, R. (2007), "How green was thames valley? Policing the image of restorative justice cautions", **Policing and Society**, Vol.17 (2), pp.141-163
- Young, R. & Hoyle, C. (2003), "New improved police-led restorative justice? Action-research and the thames valley police initiative", in Von Hirsch, A., Roberts, J.V. & Bottoms, A. (Eds.), **Restorative justice and criminal justice: Competing or reconcilable paradigms**, Oxford: Hart Publishing, pp.273-291.
- Young, R. (2001), "Just cops doing "shameful" business? Police-led restorative justice and the lessons of research", in Morris, A. & Maxwell, G. (Eds.), **Restorative justice for juveniles: Conferencing, mediation and circles**, Oxford: Hart Publishing, pp.195-226.



پژوهشنامه حقوق کیفری

سال نهم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۹۷

شماره پیاپی ۱۷



نظام حقوق کیفری ایران در عصر مغول

دکتر مرجان نگهبی^۱ ✉

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۴/۱۰

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۶/۱۲

چکیده

نظام حقوق کیفری، به منزله مجموعه روش‌های کیفری مقابله جامعه با پدیده جرم؛ متأثر از نظام سیاسی، باورها، عقاید، دین و اخلاق حاکم بر جوامع است. به دنبال سلطه مغول بر ایران، نظام حقوقی این کشور با دگرگونی‌هایی رو به رو شد. نظام برگرفته از احکام شریعت اسلامی و فقه متزلزل شد و احکام و قوانین جدیدی وضع گردید. مغولان برای نظم بخشیدن به جامعه به ترتیب اولویت، از یاسای چنگیزی و سپس یرلیغ غازانی و تزوک تیموری بهره می‌گرفتند. در این دوران، مبانی جرم‌انگاری بیشتر برگرفته از باورهای خرافی مغولان بوده است. از نظر دسته بندی جرایم، با اغماض می‌توان جرایم را به جرایم علیه اموال و مالکیت، جرایم علیه اشخاص، جرایم علیه امنیت و اخلاق عمومی و جرایم نظامی تقسیم کرد. دادگاه‌های مغولان به سه دسته تقسیم می‌شده است و ادله اثبات کننده دعاوی اقرار و شهادت شهود بوده است.

واژگان کلیدی: نظام حقوقی، یاسای چنگیزی، یرلیغ غازانی، تزوک تیموری، جرایم و مجازات‌ها

مقدمه

تموچین با غلبه و متحد ساختن قبایل پراکنده مغول و تاتار در صحرای مغولستان امپراطوری خود را بنیان نهاد. آغاز فرمانروایی او مقارن با حکومت سلطان محمد خوارزمشاه در ایران بود. او در سال ۱۲۰۶ میلادی توسط مجمع بزرگ قوریلتای به «چنگیز خان»، فرمانروای جهان، ملقب گردید. چنگیز خان به توسعه قلمرو مغولان پرداخت و در مدت پانزده سال (۶۱۵-۶۰۰ ق) امپراطور چین شمالی، کوچک خان، را مغلوب کرد و همسایه کشور ایران شد (راوندی، ۱۳۶۴: ۱۲۷). با حمله مغول به ایران پایه‌های لرزان حکومت خوارزمشاهیان فرو ریخت. مهاجمان مرتکب جنایات فجیع و گسترده‌ای شدند. بسیاری از ایرانیان از جمله فقها، قضات، مدرسان و طالبان علوم به قتل رسیدند. مسجدها، مدرسه‌ها و دارالقضاها به جایگاه نگهداری چارپایان بدل گردید. با آغاز حکومت مغولان در ایران نظام حقوقی ایران با دگرگونی رو به رو شد. نظام شرع کنار گذاشته شد و یاسای چنگیزی و سپس یرلیغ‌غازانی و تزوک تیموری جانشین آن گردید. یاسا، با احکام خشن خود اقوام و قبایل مغول را تحت حکومت فرمانروای واحد درآورد و کمک شایانی به پیشرفت چنگیز خان و حفظ نظام کرد (اقبال، ۱۳۶۵: ۹۹). یاسا نزد مغولان بسیار مقدس و شایسته احترام بود و حتی در دوره تیمور و جانشینان او تا زمان سلطان بابر نیز جایگاه و اقتدار خود را حفظ کرد (امین، ۱۳۸۲: ۳۰۰ و صالح، ۱۳۸۳: ۱۷۵).

۱. نظام حقوق کیفری مغولها

نظام حقوقی به مفهوم مجموعه قوانین و مقررات لازم الاجرا در زمان معین و در کشور معین است. پرداختن به نظام حقوق کیفری مستلزم بررسی مؤلفه‌هایی از جمله قانون اساسی، قانون مجازات، قانون آیین دادرسی کیفری و چگونگی پیدایش آنهاست. باتوجه به این که منابع حقوقی در عصر مغول منحصر به یاسای چنگیزی و در برهه‌ای از زمان یرلیغ‌غازانی و تزوک تیموری بوده است، بررسی چگونگی پیدایش این قوانین و مفاد آن ضروری است.

۱.۱. پیشینه

بررسی نظام حقوق کیفری مغولان نیازمند پرداختن به موضوعاتی چون چگونگی پیدایش یاسا، تشریح یاسای چنگیزی، یرلیغ‌غازانی و تزوک تیموری است:

۱.۱.۱. چگونگی پیدایش یاسا

مغولان، دارای نظام اجتماعی قبیله‌ای بوده‌اند. از ویژگی‌های این نظام، شکل‌گیری حقوق نانوشته بر مبنای مذهب و باورها است. به تدریج با هدف ایجاد همبستگی میان قبایل، حقوق به صورت مدون

گردآوری شد. مغولان پیش از به قدرت رسیدن چنگیز خان دارای حقوق عرفی بودند که به دلیل ناآشنایی آن‌ها با خط و نگارش به صورت نوشته و مدون گردآوری نشده بود. چنگیز خان پس از بنیان نهادن حکومتی وسیع و قدرتمند، بیشتر حقوق عرفی را پذیرفت و احکام و قواعد جدید نیز به آن افزود و رسمیت بخشید و برای مکتوب کردن آن فرمان داد کودکان مغول خط ایغوری بیاموزند. تاریخ جهانگشای جوینی چگونگی تدوین یاسا را چنین بیان می‌کند: «چنگیز خان ... بر وفق و اقتضای رای خود، هر کاری را قانونی و هر مصلحتی را دستوری نهاد و هر گناهی را حدی پدید آورد... آن یاساها و احکام بر طوامیر ثبت گردید و آن را یاسانامه بزرگ خواندند... رسوم ذمیمه که معهود آن طوایف بود و در میان ایشان متعارف، رفع کرد و آنچه را از راه عقل محمود باشد، از عادات پسندیده وضع نهاد (امین، ۱۳۸۲: ۲۵ و ۷۱۷). چنگیز خان «در آغاز خروج در سال ۵۵۹ یاسای نیکو نهاد و رسم‌های نکوهیده چون ظلم، سرقت، دروغ و نفاق را برانداخت...» (آیتی، ۱۳۴۶: ۲۶۷). به این ترتیب کتاب بزرگ قانون «یاسا» (یاساق) بر اساس حقوق عرفی مغولان و فرامین چنگیز با همکاری پسران وی، اوکتای و جغتای، به نگارش درآمد. یاسا، مشتمل بر مقرراتی از جمله جنگ، چگونگی روابط با کشورهای بیگانه، تقسیم‌بندی سپاهیان، مالیات، ارث و روابط خانوادگی بود (اقبال آشتیانی، ۱۳۶۵: ۷۸). یاسا در قوریلتهای به‌عنوان آخرین منبع حقوقی مورد استناد قرار می‌گرفت (اشپولر، ۱۳۷۵: ۳۷۵).

مقررات یاسا متناسب با شرایط حاکم بر عصر چنگیز بود. کاتبانی همواره در اطراف او بودند و فرمان‌های او را می‌نگاشتند. این فرمان‌ها پس از مرگ خان جمع‌آوری شدند و به‌عنوان تکمله کتاب قانون، «بلک» یا «بلیک» نگهداری می‌شد (آشتیانی، ۱۳۶۵: ۷۹).

مغولان اطاعت مطلق از مقررات یاسا را موجب سعادت و شادکامی می‌دانستند. چنگیز خان بر این باور بود که «اگر یوسون و یاساق نگهدارند و دگرگون نکنند، هم از آسمان مدد دولت ایشان بیاید و پیوسته در عیش و جیر غامیسی باشند...» (بناکتی، ۱۳۷۸: ۳۷۱-۳۷۲). بنابر فرمان و وصیت چنگیز، یاسا به زبان مغولی و بر تیغه‌های آهنی و دفترهایی با جلد حریر و جواهر نشان حک و ثبت شده و در خزانه دولت نگهداری می‌شد (مصاحب، بی‌تا: ۳۳۴۶). علاوه بر این، به فرمان خان بزرگ مقررات یاسا روی سنگ‌های بزرگ جاده‌هایی که بیشتر مسیر حرکت سپاهیان بود، حک شد. ماده یک یاسا که با خط درشت بر صخره سنگی بزرگی در فلات پامیر ثبت شده است. این ماده دربرگیرنده مجازات متعرضان یاسا و قدرت مطلق و فرمانروایی چنگیز خان بر آسمان و زمین است. این ماده با این عبارات آغاز و به پایان می‌رسد: «هر کس از یاسا سرپیچی کند سرش را به باد خواهد داد!... هم چنان که آسمان بیش از یک خدا ندارد، زمین نیز بیش از یک خدا ندارد و آن خدا من هستم: چنگیز خان» (بارکهاوزن، ۱۳۴۶: ۷۱ و ۷۲).

۲.۱.۱. یاسای چنگیزی

یاسای چنگیزی مجموعه قوانینی مشتمل بر امور مهم قضایی، دیوانی، مالی، سیاسی و نظامی بود. واژه «یاسا» که اصل مغولی آن دزاساک و در کتاب های فارسی و عربی «یاسا»، «یاسه»، «یاساق» و «یسق» نگاشته شده است، به زبان ایغوری به معنای حکم و فرمان و یا «حکم و فرمان پادشاه» (امین، ۱۳۸۲: ۲۹۹ و ۳۰۰) و رسم و قاعده و قانون (دهخدا: ۲۰۹۴۹) است. «یاسا نامه‌ی بزرگ چنگیزی» یا «یاسانامه‌ی چنگیزخانی» یا «تونجین» (امین، ۱۳۸۲: ۳۰۰) به معنای احتیاط کردن و یقین دانستن (اقبال، ۱۳۶۵: ۷۸) است. عبارت ترکی آن، «توره چنگیزی» یا «توره چنگیزخانی» به معنی حکم و قانون (مصاحب، بی تا: ۳۳۴۶)، مجموعه‌ای از قوانین جزایی، مدنی و اداری بوده است (امین، ۱۳۸۲: ۳۰۰). «توره» به زبان مغولی به معنی آداب قومی و دستور اجدادی است (اقبال، ۱۳۶۵: ۷۸). در کتاب‌های تاریخ مغول در کنار واژه یاسا عبارت «یوسون» به معنای روش، رسم، تنبیه، سیاست و به مجازات رسانیدن به چشم می‌خورد (اقبال آشتیانی، ۱۳۶۵: ۷۸). به دلیل کثرت مجازات مرگ در یاسا، به تدریج این عبارت معنای مرگ پیدا کرد و افعالی چون «به یاسا رسانیدن» یا «به یاسا ملحق گردانیدن» در میان مورخین تاریخ مغول به معنای کشتن، مورد استفاده قرار گرفت (همان: ۷۸).

۳.۱.۱. یرلیغ غازانی

غازان خان یکی از مقتدرترین پادشاهان ایلخانی در سال ۶۹۴ هجری قمری در ایران به فرمانروایی رسید. او با گرویدن به دین اسلام، عهد و پیمان خود با خان بزرگ را شکست و اقدام به صدور چند یرلیغ نمود. یرلیغ غازانی از دیگر منابع حقوق در عصر مغولان به‌شمار می‌آید. اولین یرلیغ در زمینه وجوب پذیرش دین اسلام بر مغول و اجرای مراسم دینی، رعایت عدالت و منع امرا از ظلم به زیردستان بود (همان، ۲۵۹). از اقدامات او می‌توان به انجام برخی اصلاحات قضایی و صدور یرلیغ‌های پنج‌گانه اشاره نمود. یرلیغ، به معنای فرمان، تعلیمات غازان به قاضی مفصل است (امین، ۱۳۸۲: ۳۰۴).

۴.۱.۱. تزوک تیموری

از دیگر منابع حقوق در این عصر، می‌توان به تزوک تیموری اشاره کرد. «تزوک»، مجموعه‌ای از اصول قانونی حاکم در روزگار فرمانروایی تیمور است. این مجموعه شامل فصولی در زمینه امور مالی، لشکری، کشورداری و علاقه تیمور به شریعت و طریقت است که به یاسای چنگیزی افزوده شده است. تیمور با وجود گرایش به مذهب حنفی، برای احکام فقه شیعه احترام قایل بود. در دوره

حکومت او احکام شریعت و فقه شیعه در محاکم شرعی به اجرا در می‌آمد (پازوکی، ۱۳۱۶). "تزوک" به زبان ترکی جغتایی به مفهوم تأسیس، بنیان، تعلیم و تربیت، سازمان و آرایش است (صالح، ۱۳۸۳: ۱۹۴). وجود این اصول قانونی در دوره تیمور و انتصاب به او را مورد تردید است. این احتمال وجود تزوک تیموری زاینده خیال نویسندگان و روایات کتاب‌های موجود در این دوره باشد. همچنین؛ وجود نسخه ترکی و فارسی تزوک مورد تردید است. براون، شرق شناس شهیر انگلیسی، معتقد است مدرکی دال بر وجود نسخه ترکی تزوک موجود نیست و نسخه موجود فارسی به احتمال زیاد به تقلید از شرح زندگانی بابر و با استناد به منابع تاریخی عصر تیمور تدوین شده است. (همان، ۱۹۴ و ۱۹۵). تزوک برگرفته از تخیلات ابوطالب حسینی تربتی و تالیف آن با اخبار کتاب‌هایی مانند ظفرنامه نظام الدین شامی و ظفرنامه شرف الدین علی یزدی است (حسینی تربتی، ۱۳۴۲: ۴).

۲.۱. اصول حاکم بر مجازات‌ها

منابع تاریخی حاکی از سیر تحولات حقوق کیفری در گذر سالیان است. در زندگی قبیله‌ای هرگونه نقض ارزش و باورهای قومی با شدیدترین عکس‌العمل پاسخ داده می‌شد. این عکس‌العمل در بیشتر مواقع جنگ‌های خونین بود. مجازات‌ها با هدف دفاع از ارزش‌های قبیله‌ای و انتقام از مجرم و ترضیه خاطر بزه دیده صورت می‌گرفت. اثری از وجود اصل تناسب جرم با مجازات دیده نمی‌شود. میزان مجازات‌ها بر اساس میزان خطر ایجاد شده، نظم مختل شده، ارزش نقض شده و یا حق تضییع شده نمی‌باشد. به عنوان نمونه برای جرم قتل در مقایسه با جرم شرکت در منازعه، مجازات خفیف‌تری پیش بینی شده است. اصل شخصی بودن مجازات‌ها و مسئولیت کیفری ناشناخته بوده است. افرادی غیر از فرد مجرم نیز متحمل مجازات می‌شده‌اند. به تدریج با پیوستن قبایل به یکدیگر و تشکیل جوامع منظم، اصل مجازات به اندازه جرم یا قصاص مطرح شد. در همین دوره غرامت شخصی به غرامت قانونی تبدیل شد که توسط نظام حاکم تعیین می‌گردید. معیارهای از پیش تعیین شده و ثابتی برای اثبات مجرمیت وجود نداشت. احراز گناهکاری و تقصیر و اجرای مجازات اغلب توسط بزه دیده یا قبیله او و با معیارهای کاملاً شخصی صورت می‌گرفت (صفاری، ۱۳۹۲: ۳۹). با توجه به منابع تاریخی موجود در این دوره اصل تناسب میان جرم و مجازات و اصل شخصی بودن مجازات‌ها حاکم نبوده است. جنایتی چون قتل در بیشتر موارد مجازاتش خون بها بوده و در حالیکه مجازات جرمی چون شرکت در منازعه، ادرار کردن در آب یا خاکستر (لم: ۱۹۵-۱۹۸) و یا ذبح حیوانات به روش مسلمانان اعدام بوده است. مجازات‌ها از اصل شخصی بودن نیز پیروی نمی‌کرده است و علاوه بر مجرم افراد خانواده و نزدیکان او نیز به مجازات می‌رسیده‌اند. بسیاری از به

یاسا رسیدگان از بستگان مجرم یا متهم بوده‌اند (معدن کن، ۳). در بسیاری از موارد فرزند فرد مجرم بجای او مجازات می‌شده و یا به عنوان وسیله ای برای جبران خسارت و یا غرامت به محکوم له بخشیده می‌شده است (رشیدوو: ۲۹۱-۲۹۵).

اگرچه بسیاری از رفتارهای مجرمانه در یاسا، یرلیغ و تزوک پیش‌بینی شده است؛ اما نمی‌توان مدعی اجرای اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها بود. به موجب این اصل هیچ رفتار و عملی جرم نیست مگر آنکه پیش از آن توسط قانونگذار در دایره جرایم قرار گرفته باشد. هم‌چنین، هیچ مجازاتی ممکن نیست مگر اینکه توسط مقنن برای آن جرم پیش‌بینی شده باشد. این اصل قابل تسری به رسیدگی به جرایم در مراجع دارای صلاحیت و رعایت تشریفات مقرر قانونی نیز می‌باشد. بسیاری از افرادی که به یاسا رسیده‌اند نه متهم بودند و نه مجرم و اتهام انتسابی به آنان بهانه‌ای برای توجیه قانونی قتل شان بوده است. یکی از این افراد دمشق خواجه، فرزند امیر چوپان، است که بدلیل اقتدار و حشمت فراوان به اتهام تجاوز به حرم پدرش به یاسای مرگ می‌رسد (معدن کن: ۲). علاوه بر این، چتر حمایت قانون برای تمام افراد گسترده نبوده و افراد از حمایت‌های برابر قانونی بی‌بهره بوده‌اند. در بسیاری از موارد ملیت و دین بزه‌کار و بزه دیده نقش سرنوشت‌سازی در نوع و میزان مجازات‌ها داشته است. به عنوان نمونه در جرم قتل باتوجه به این‌که مقتول مغول باشد یا یک مسلمان و یا یک فرد چینی؛ مجازات‌های متفاوتی پیش‌بینی شده است. اصل کرامت انسانی، شناخته شده نبوده است. مجازات‌ها ظالمانه، غیر انسانی بوده و شکنجه برای گرفتن اقرار از متهم رواج داشته است. اصل فردی کردن مجازات‌ها که به مفهوم مجازات متناسب با ویژگی‌های فردی، روانی و اجتماعی مجرم که به اعتبار ماهیت جرم ارتكابی و یا ویژگی مجنی علیه صورت می‌گیرد؛ و اصل ضرورت و کمینه بودن حقوق جزا به مفهوم توسل به حقوق جزا به عنوان آخرین راهکار ناشناخته بوده است. آزادی‌های خصوصی مورد توجه نبوده و توجهی به اتخاذ تدبیری که کمترین صدمه را به منافع و آزادی‌های خصوصی افراد وارد کند نمی‌شده است.

۳.۱. مبانی جرم‌انگاری

تا پیش از قرن هیجدهم و پیدایش مکتب فردگرایی، مرز مشخصی میان اخلاق و مقررات حقوق کیفری وجود نداشت. مقررات حقوق کیفری زیر مجموعه اصول اخلاقی بودند. به تدریج حقوق کیفری از اخلاقیات فاصله گرفت و تنها برخی از جرایم در مجموعه رفتارهای غیر اخلاقی باقی ماند. قانون‌گذار همواره برخی از ارزش‌های مورد قبول جامعه و حکومت را از طریق ایجاد ضمانت‌اجراهایی در قبال نقض آن‌ها، مورد حمایت قرار می‌دهد. این فرایند حمایتی جرم‌انگاری نامیده شده و به مفهوم جرم‌شناختن رفتارهای فردی و اجتماعی اشخاص و وضع ضمانت‌های کیفری

است (ایمانی، ۱۳۸۶: ۲۲۱). به‌طور کلی می‌توان مبانی جرم‌انگاری را در سه اصل: ضرر، پدرسالاری و اخلاق‌گرایی قانونی طبقه‌بندی کرد. بر مبنای اصل ضرر، به کارگیری اجبار و حقوق کیفری در قبال رفتار افراد تنها زمانی جایز است که آن عمل موجب ایراد آسیب و صدمه به دیگری است. پدرسالاری حقوقی یا قانونی به این مفهوم است که دولت با هدف حمایت از مردم در مقابل خودشان، رفتاری را جرم‌انگاری می‌کند تا افراد به خود آسیب نرسانند. در اخلاق‌گرایی قانونی، حقوق برای حمایت از ارزش‌های اخلاقی وارد عمل شده و اعمال مغایر با اخلاق حاکم بر جامعه را جرم‌انگاری می‌کند (نجفی‌توانا، ۱۳۹۲: ۱۵۲-۱۵۶).

مبنای جرم‌انگاری مغولان ریشه در اخلاق، باورها و اعتقادات خرافی و رسوم آن‌ها داشته است. اعتقادات مغولان برگرفته از زندگی صحرائشینی و اقتصاد شبانی بوده است. پاره‌ای از مسایل اخلاقی مانند احترام به کهنسالان و فقرا، دروغ‌نگفتن و مشارکت دیگران در خوراک و غذا مورد حمایت یاسا قرار گرفته است. مغولان از صاعقه و رعد و برق هراس بسیار داشتند زیرا آن را نشانه خشم خداوند می‌دانستند. اگر شخصی دچار صاعقه زدگی می‌شد خانواده و قبیله او را از اردو خارج می‌کردند و تنها با گذشت سه سال از حادثه مجاز به بازگشت بودند. به همین دلیل، مغول شستن دست در جوی آب، نشستن در آب در روز و افکندن لباس شسته در صحرا در فصل بهار و تابستان را منجر به وقوع صاعقه دانسته و مرتکبین این اعمال به مجازات مرگ محکوم می‌کردند (اقبال: ۸۷). البته برخی مبنای این جرم‌انگاری را قداست آب و گناه دانستن آلوده کردن آب در نزد مغولان می‌دانند. به همین دلیل است که چنگیز خان مغولان را از فروکردن دست در آب منع کرده و استفاده از ظرف برای برداشتن آب را اجباری اعلام کرده است (بیانی، ۱۳۷۰: ۱۲۸). آنها برای کشتن حیوانات از رسم خاصی پیروی می‌کردند. باید سینه حیوان شکافته شود و قلب حیوان از آن خارج گردد. مبنای جرم‌انگاری ذبح حیوان به شیوه مسلمانان اجرای این رسم بوده است. از دیگر اعتقادات مغولان، مقدس شمردن عدد نه است (اشپولر: ۱۸۰). احتمال دارد به همین دلیل یکی از مجازات‌های سرقت بازگرداندن نه برابر شی مسروقه بوده است.

۴.۱. قوانین ماهوی

می‌توان از یک منظر، قوانین را به دو دسته ماهوی و شکلی تقسیم نمود. قانون ماهوی دربرگیرنده موضوعاتی از جمله ماهیت جرم، تعریف جرایم، مجازات‌ها و تخفیف و تشدید آن و مسئولیت کیفری است. به عبارت دیگر قانونی است که به بیان موضوعات یا احکام موضوعات می‌پردازد (لنگرودی، ۱۳۹۰: ۵۴۸) قانون ماهوی نامیده می‌شود. با مراجعه به منابع موجود، به شرح ذیل به موضوع جرایم و مجازات‌ها، مسئولیت کیفری و عفو در عصر مغول پرداخته می‌شود.



۱.۴.۱. جرایم

یاسای چنگیزی مشتمل بر موضوعات قضایی، دیوانی، مالی، سیاسی و نظامی بوده است. اصل مجموعه یاسا و حتی ترجمه چینی آن در دست نیست. جرایم مندرج در یاسا را می‌توان به شکل ابتدایی به جرایم علیه اشخاص، اموال و مالکیت، جرایم علیه امنیت، جرایم نظامی و جرایم علیه اخلاق و عفت عمومی طبقه‌بندی کرد. برخی از منابع مشتمل بر بیست و دو ماده و برخی دیگر به سی و شش ماده از یاسا پرداخته‌اند. بیست و دو ماده از آن در کتاب هرولد لم به زبان انگلیسی آورده شده است (صالح، ۱۳۸۳: ۱۷۵). اسد الله آزاد در ترجمه کتاب «سقوط بغداد و حکمرانی مغول در عراق» سی و شش ماده از یاسا را آورده است (رشیدوو، ۱۳۶۸: ۲۹۱-۲۹۵).

۱.۱.۴.۱. جرایم علیه اشخاص

مراجعه به منابع تاریخی بیانگر عدم پیش‌بینی جرایم علیه اشخاص به مفهوم موسع، شامل جرایم علیه جسم و جان و جرایم علیه شرف و حیثیت اشخاص است. ظاهراً در دسته جرایم علیه تمامیت جسمانی قتل و شرکت در منازعه جرم انگاری شده است. بسیاری از جرایم علیه تمامیت جسمانی مغفول مانده است و تنها به به جرم قتل (اشپولر، ۱۳۷۴: ۳۷۸) و منازعه (رشیدوو، ۲۹۲) اشاره شده است.

رفتار جرم انگاری شده در جرایم علیه تمامیت جسمانی، فعل مثبت بوده و ترک فعل پیش‌بینی نشده است. حصول نتیجه مجرمانه در جرم قتل و شرکت در منازعه، اثرگذار در تحقق جرم و مجازات مجرم بوده است. در صورتیکه مجرم در مرحله شروع به جرم به دلیل وجود مانع خارجی متوقف می‌ماند و قادر به پایان رساندن عملیات اجرایی نبوده و یا در صورتی که عملیات اجرایی را به انتها می‌رساند اما بنابر دلایلی نتیجه مجرمانه حاصل نمی‌شده جرم انگاری نشده است. می‌توان گفت جرم عقیم و محال مانند شروع به جرم، ناشناخته بوده و جرم انگاری نشده است. جرایم علیه تمامیت جسمانی در برخی از جرایم، اصل تساوی مجازات‌ها رعایت نشده و برای جرایم ارتكابی در شرایط مشابه مجازات‌های متفاوتی اجرا می‌شده است. ملیت و تحت‌الحمایگی مجنی علیه از عوامل تاثیر گذار بر تعیین نوع و میزان مجازات‌ها بوده است. احتمالاً مغولان میان قتل عمد و غیر عمد تفاوتی قایل نمی‌شدند و قاتل در هر دو مورد به مجازات یکسانی محکوم می‌شده است. علاوه بر این تفاوتی در میزان خون بهای زن و مرد به چشم نمی‌خورد. درباره قتل کودکان و میزان خون بهای آنان و هم چنین در مواردی که جرم قتل توسط کودک صورت می‌گیرد مقرر و ویژه‌ای دیده نمی‌شود. مجازات جرم قتل با توجه به مغول، مسلمان و یا چینی بودن مجنی علیه متفاوت بوده است. شدیدترین مجازات جرم قتل، مرگ بوده است. این مجازات زمانی اجرا می‌شده که مقتول

مغول باشد. قتل یک مسلمان موجب پرداخت چهل بالش جریمه و خون بهای یک فرد چینی یک الاغ بوده است (صالح: ۱۷۸). مجازات قتل اشخاصی که تحت حمایت خاص حکومت نبودند تنبیه بدنی بوده است (اشپولر: ۳۸۰).

یکی دیگر از جرایم مورد توجه در یاسا جرم شرکت در منازعه است. شرکت در منازعه مجازات سنگینی به همراه داشته است. مشخص نشده است این مجازات سنگین برای کدام دسته از منازعه منجر به قتل، ضرب و جرح، قطع یا نقص عضو پیش بینی شده است. با توجه به اینکه مواد در دسترس یاسا از میان جرایم علیه تمامیت جسمانی تنها به جرم قتل اشاره کرده است و سایر اقسام این جرم مورد توجه نبوده است می‌توان نتیجه گرفت که جرم منازعه تنها محدود به منازعه منجر به قتل بوده و سایر اقسام آن از شمول این جرم خارج می‌باشد. بر اساس ماده سه هر کس در منازعه میان دو دسته مداخله کند و به کمک یک دسته علیه دسته دیگر اقدامی به عمل آورد به مجازات مرگ محکوم خواهد شد (رشیدوو، ۲۹۱). به نظر می‌رسد جرم منازعه از جرایم گروهی بوده و سه نفر یا بیشتر در آن شرکت داشته‌اند.

۲.۱.۴.۱. جرایم علیه اموال

پیدایش و پذیرش مفهوم مال و مالکیت جایگاه مهمی در شکل‌گیری جوامع داشته و حمایت از آن یکی از اهداف حکومت‌ها بوده است. جرایم علیه اموال عمدتاً جرایمی هستند که علیه حقوق مالکانه صورت می‌گیرد بدون آن که خسارتی به مال وارد آید. این‌گونه جرایم، حرمت مالکیت شخصی را نقض کرده و در مال یا دارایی متعلق به دیگری خلل وارد می‌آورد (ایمانی، ۱۳۸۶: ۲۰۰). سرقت از قدیمی‌ترین جرایم شناخته شده است. رد پای این جرم را در قانون نامه حمورابی می‌توان یافت^۱ (بادامچی، ۱۳۹۲: ۱۰۹). یاسا نیز سرقت را جرم انگاری کرده است. دامنه جرایم علیه اموال در مقایسه با جرایم علیه اشخاص از گستره بیشتری برخوردار است. جرایم علیه مالکیت فردی و مالکیت دیوانی مورد توجه قرار گرفته است. یاسا مجازات سنگینی برای سرقت پیش‌بینی کرده و در پاره‌ای موارد مجازات جرم سرقت مانند جرم قتل، مرگ است. در سایر موارد مرتکبین سرقت با توجه به موضوع جرم و ارزش آن به هفت تا هفتاد ضربه شلاق جزای نقدی معادل نه برابر ارزش مال مسروقه و دادن فرزند به‌عنوان تالوان محکوم می‌شده‌اند. موضوع قابل توجه، نسبی بودن مجازات جرم سرقت بوده است. میزان مجازات سارق براساس ارزش مال ربوده شده تعیین می‌شده است. فرزندان به‌عنوان اموال پدر به حساب می‌آمدند. در یاسا تصریح نشده که یک فرزند معادل یک اسب بها دارد یا نه اسب. در این عهد یک راهب ارمنی در اردوی هولاکوخان را که دست به

دزدی زده بود به قتل رساندند (اشپولر، ۱۳۵۱: ۲۱۵). در صورتیکه مال مسروقه اسب، گاو نر و یا اشیایی معادل قیمت این دو حیوان باشد مجازات سارق، مرگ بوده و جسد او دوپاره می شده است. در مواردی که بهای مال مسروقه کمتر از میزان نام برده باشد، به تناسب مال مسروقه مجازات هفت، هفده، بیست و هفت و یا هفتصد ضربه چوب بوده است. البته مجازات چوب قابل تبدیل به جزای نقدی معادل نه برابر بهای مال مسروقه بوده است (صالح: ۱۷۸). باید توجه داشت که بر اساس ماده بیست و نه اگر شخصی اسبی را برپاید، به عنوان مجازات باید اسب مسروقه را به همراه نه اسب از همان نوع به مال باخته بازگرداند. در صورتی که قادر به انجام این کار نباشد باید به جای اسبها، فرزندان خود را تلوان دهد و اگر فرزندی نداشته باشد مجازات او مرگ است (رشیدوو: ۲۹۳).

از دیگر جرایم رایج علیه اموال می توان به پناه یا فراری دادن برده بیگانه و تصاحب اموال دیوانی اشاره کرد (اشپولر، ۱۳۷۴: ۳۷۸ و معدن کن: ۵). مغولان نظام برده داری را نسبت به اقوام غیر مغول پذیرفته بودند. بردگان مملوک صاحب خود بوده اند و هر عملی که مالک را از این حق محروم کند مستوجب کیفر است. این جرم یکی از مواردی است که رفتار مجرمانه به صورت فعل و ترک فعل جرم انگاری شده است. فراری دادن برده و کمک به فراری دادن از طریق دادن غذا و سرپناه مجرمانه اعلام شده است. افرادی که برده‌ی فراری را ببینند ملزم به بازگرداندن او نزد مالک بوده و در صورت ترک این وظیفه متحمل مجازات بسیار سنگینی می شدند. مجازات این جرم که رفتار مجرمانه از طریق فعل یا ترک فعل صورت گرفته باشد مشابه است. به موجب ماده شانزده دادن غذا و پناه به بردگان بیگانه با هدف فراری دادن آنها ممنوع و مستوجب کیفر مرگ است. همچنین کسی که برده فراری را ببیند و او را نزد صاحبش نبرد (پاشا صالح: ۱۷۹). فراری دادن برده یا کمک به فرار او مجازات شدیدی را به همراه داشته است.

از جرایمی که علیه مالکیت دیوانی صورت می گرفته می توان به جرم تصرف اموال دیوانی اشاره کرد. جرم تصرف اموال دیوانی قابل ارتکاب توسط هر فردی نبوده است و مجرم خصوصیتی داشته که او را متمایز از دیگران می ساخته است. این جرم توسط صاحب منصبان حکومتی و افراد ذی نفوذ صورت می گرفته است و در اصطلاح جرم شناسی در دسته جرایم یقه سفیدها قرار دارد. تصاحب اموال دیوانی یکی از جرایمی است که تعدادی از بزرگان این دوره را به تیغ یاسا سپرده است. در بیشتر موارد مجرم محکوم به جمع مجازاتها شده و پیش از به قتل رسیدن جزای نقدی بسیار سنگینی می پرداخته است. مجرم حتی مجبور می شده برای پرداخت جزای نقدی کلیه اموال خود را به فروش رساند. مجازات این جرم جریمه نقدی سنگین و مرگ بوده است (معدن کن: ۹).

انجام معامله معارض از دیگر جرایم پیش بینی شده علیه حقوق مالکانه در این دوره است. این جرم در یاسا پیش‌بینی نشده است. غازان خان پس از رسیدن به حکومت، در نظام حقوقی دست به اصلاحاتی زد. از جمله این اصلاحات که در یرلیغ‌غازانی گردآوری شده، جرم معامله معارض است. غازان خان مقرر کرد تاریخ انجام معاملات و قباله‌ها بصورت مکتوب توسط فرد مورد اطمینانی ثبت و ضبط شود. اگر فردی قبلاً مالی را به فروش رسانده و یا به رهن گذاشته و اقدام به معامله معارض نماید علاوه بر ابطال معامله توسط دادگاه، محکوم به تشهیر می‌شود. نکته حایز اهمیت مجازات سنگین پیش‌بینی شده برای نویسنده، ثبت کننده یا ضبط کننده سند معارضی است که با دیگری برای انجام معامله معارض تبانی کرده باشد. در این صورت تاریخ نگار به مجازات مرگ محکوم می‌شود و کسی که اقدام به معامله معارض کرده تشهیر می‌شود. این مجازات به صورت تراشیدن ریش و گرداندن محکوم دور شهر انجام می‌شده است (امین: ۳۰۵).

۳.۱.۴.۱. جرایم علیه آسایش و امنیت عمومی

بررسی متن یاسا بیانگر این است که سه محور اساسی مورد توجه و حمایت خاص خان مغول بوده است: اطاعت محض و بی چون و چرا از چنگیزخان، ایجاد و حفظ یکپارچگی میان اقوام مغول و ممالک مورد تصرف و مجازات خشن افراد متعرض به یاسا. جرایم داخل در دایره جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی بر حول محور اساسی اول و دوم می‌چرخد. اقداماتی که برخلاف اطاعت محض از خان بوده یا یکپارچگی اقوام مغول و متصرفات مغول را تهدید کند به شدت مجازات خواهد شد. اقداماتی که سرزمین‌های متعلق به خان و یا پایه‌های حکومت او را در معرض تزلزل قرار دهد با شدیدترین مجازات‌ها رو به رو خواهد شد. تعداد زیادی از کارگزاران دولت ایلخانی به این اتهام به یاسا رسیده‌اند. رفتار مجرمان در این جرم عموماً فعل مثبت بوده است. این جرم در اکثر موارد توسط منصوبان حاکم، شاهزادگان و ساحران انجام می‌گرفته است. جرایمی همچون همکاری با دشمن، خیانت، ستیز ماموران با دولت و جادوگری در این دسته قرار می‌گیرند. به نظر می‌رسد صرف داشتن انگیزه مجرمانه، تبانی و فراهم ساختن وسایل نابودی ایلخان در جرایم علیه امنیت قابل مجازات بوده است. بسیاری از این جرایم بدون تبلور ذهنیت در افعال مادی مجازات مرگ را به همراه داشته است. هم چنین در صورت ورود فرد به مرحله عملیات مقدماتی بی آنکه به مرحله عملیات اجرایی وارد شود. جزای همین مقدار از عمل، مجازات مرگ خواهد بود. یاسا اعمالی از قبیل یاغی‌گری، قیام علیه حکام و جادوگری را جرم انگاری کرده است. در بسیاری از موارد اصل شخصی بودن مجازات‌ها رعایت نمی‌شده و علاوه بر مجرم، فرزندان و خویشان او نیز متحمل مجازات سختی می‌شده‌اند. بزرگان مغول از سحر و جادو به شدت بیم داشتند بنابراین برای جادوگری و

سحر مجازات سنگینی پیش بینی کرده بودند. بر اساس ماده سه یاسا مجازات جادوگری و افسون، مرگ بوده است. در دوران حکومت هولاکوخان، شمن دربار را به علت ارتباط با جادوگران و قصد نابود کردن ایلخان به قتل رساندند (معدن کن، ۱۳۷۵: ۱۵۲ و ۱۵۳). مجدالملک یزدی یکی دیگر از این به یاسا رسیدگان است. بدن او را به جرم ساحری و جادوگری قطعه قطعه کرده، اعضایش را کباب کرده و خوردند (معدن کن: ۱۰۱) خیانت به ولینعمت نیز از جرایمی بود که مجازات مرگ را به همراه داشته است (معدن کن: ۴). در صورتی که مأموران دولتی مرتکب رفتاری مغایر با شؤن مملکت شده و یا به مخالفت و ستیز با دولت می پرداختند، به مجازات انفصال از خدمت و به تناسب نوع جرم؛ به پرداخت جریمه نقدی محکوم می شدند. مجازات شاهزادگان و امرای یاغی تبعید و یا حبس بوده است (اشپولر: ۳۸۰). علاوه بر این یکی از سنگین ترین جرایم در عصر مغول، داشتن رابطه همکاری با ممالک مصر و شام بوده است. از جمله افرادی که به این اتهام به قتل رسیده اند ملک صالح و ملک کامل بوده اند. علاوه بر کشتن فجیع ملک صالح، فرزند سه ساله او نیز به دو نیم کرده و برای عبرت دیگران در دو سوی رود دجله می آویزند (معدن کن: ۴). به موجب ماده بیست و چهار اطاعت کردن امیران از فردی غیر از ایلخان ممنوع و مستوجب کیفر مرگ بوده است. علاوه بر این، تغییر مقام و مرتبه بدون اجازه ایلخان نیز همین مجازات را به همراه داشته است (رشیدوو، ۵-۲۹۱).

۴.۱.۴.۱. جرایم نظامی

مغولان به جنگ و محافظت از وسایل و تجهیزات جنگی اهتمام می ورزیدند. هر گونه بی توجهی به این موضوع با عکس العمل شدیدی مواجه می شده است. رفتار مجرمانه در بیشتر جرایم نظامی بصورت ترک فعل محقق می شده است. فرد نظامی ملزم به نگهداری و حفاظت از سلاح خود و دیگر افراد قشون و تجهیز به وسایل ضروری است. در صورت ترک این وظیفه بصورت عمد و یا از روی سهو، متحمل مجازات سنگینی خواهد شد. بر اساس ماده نه یاسا اگر در جنگ، هنگام حمله یا عقب نشینی؛ بسته، کمان یا بار کسی فروافتد، فرد پشت سر او موظف است آن را بردارد و به صاحبش مسترد کند. هر کس از این دستور تخطی کند به کیفر اعدام محکوم می شود. چنگیز خان در ماده هیجده به زادگان خود فرمان می دهد پیش از عزیمت به جنگ، شخصا از واحدهای قشون و سلاح های آنان بازدید کنند و به تمام نیازمندی ها آن ها در نبرد مجهز سازند و چنانچه سربازی فاقد وسیله ای ضروری باشد، آن ها را مجازات کنند (رشیدوو: ۲۹۴). در ماده بیست وهفت نیز مقرر شده است سربازان بواسطه بی دقتی و غفلت مجازات شوند. شکارچپانی را که اجازه دهند در خلال شکار جمعی، نخجیر بگریزد چوب زند و در مواردی به قتل رسانند (رشیدوو: ۲۹۴). در ماده

سی و دو مجازات گذاشتن پا بر روی غذا، اخراج از اردوگاه بوده و برای گذاشتن پا بر سر آستان چادر فرمانده قشون؛ مجازات مرگ بلافاصله پیش بینی شده است (پاشا صالح، ۱۳۸۳: ۱۷۸). اطاعت محض از ریاست کل از اصول تخطی ناپذیر مغول بوده است. غارت کردن دشمن قبل از صدور اجازه از مقام ریاست کل، خطایی مستوجب مجازات اعدام بوده است (لم، ۱۳۶۲: ۱۹۶ و ۱۹۷).

۵.۱.۴.۱. جرایم علیه عفت و اخلاق عمومی

با استناد به منابع تاریخی می توان جرایم علیه عفت عمومی در این دوره را محدود به "زنا" (اشپولر، ۱۳۷۴: ۳۷۸) و "لواط" (رشیدوو، ۲۹۲) دانست. قرن‌ها از تاریخ جرم انگاری زنا به‌عنوان همبستری زن با مردی که شوهرش نیست، سپری شده و زناکار محکوم به تحمل مجازات سنگین بوده است. جرم زنا قرن‌ها قبل از یاسا و در قانون نامه حمورابی پیش‌بینی شده بود. در ماده نوزده یاسا، جرم زنا مستوجب قتل اعلام شده است. در این ماده جرم زنا به صورت مطلق آورده شده و قیدی نخورده است. می‌توان اصل را بر اطلاق دانست و این مجازات را قابل تسری به زناهای محصنه و غیر محصنه دانست. برخی از منابع تاریخی مجازات جرم زنا را در حالت محصنه و غیر محصنه قتل و برخی تنها زناهای محصنه را مستوجب قتل بیان کرده‌اند. مطلق بودن زنا را می‌توان شامل زناهای به‌عنف و به‌تراضی دانست. همانطور که پیش از این آمده است جایگاه اجتماعی یکی از عوامل تاثیرگذار بر نوع و میزان مجازات‌ها بوده است. مجازات قتل نسبت به زانی که از افراد بانفوذ باشد اجرا نمی‌شده است. به روایت پی‌نن رشیدوو، جرم زنا صرف نظر از تاهل یا تجرد زانی و زانیه، و به روایت پاشا صالح زناهای محصنه، مستوجب کیفر مرگ برای طرفین بوده است (صالح، ۱۷۸). البته زناهای محصنه به ندرت میان زنان و مردان مغول اتفاق می‌افتاده و مجازات مرگ تنها نسبت به مردان بی نفوذ قابل اعمال بوده است (اشپولر: ۳۹۳). چنین به نظر می‌رسد که رضایت طرفین و یا وجود عفت و اکراه تأثیری در نوع و میزان مجازات‌ها نداشته است.

با توجه به رایج بودن عمل لواط بویژه لواط با کودکان در میان اقوام مغول، می‌توان نتیجه گرفت پس از گرویدن ایلخانان مغول به دین اسلام، عمل لواط جرم انگاری و به یاسا ملحق شده باشد. مانند بسیاری از جرایم مندرج در یاسا، مجازات جرم لواط برای لایط و ملوط به قتل است. بر اساس ماده ۲ یاسا هرکس مرتکب لواط شود باید به کیفر اعدام برسد (رشیدوو: ۱۳۶۸). با توجه به منطوق ماده ۲، هر کس مرتکب لواط شود مجازاتش مرگ است. تصریح نشده است که کدام یک از لایط، ملوط به یا هردو مستوجب این مجازات هستند. همینطور به جایگاه اکراه و رضایت، احسان و عدم احسان فاعل و مفعول پرداخته نشده است. با این وجود، با توجه به گرایش غازان خان به

مذهب تشیع (مرتضوی، ۱۳۵۸: ۲۱۴) و افزوده شدن این جرم پس از گرویدن به اسلام به یاسا می‌توان بیان کرد مجازات مفعول در حالت احصان یا عدم احصان اعدام بوده است. مجازات فاعل در صورت اکراه یا احصان اعدام و در غیر اینصورت صد ضربه شلاق است. اگر فاعل غیر مسلمان و مفعول مسلمان باشد، فاعل اعدام می‌شود.

باورها و ارزش‌ها ریشه عمیقی در میان مغولان صحرا نشین داشته است. از آن جمله می‌توان به محترم شمردن خوراک و غذا اشاره داشت. مغولان رسوم خاصی برای کشتن حیوانات داشته‌اند و به همین دلیل بریدن سر حیوان ممنوع بوده است. بر اساس ماده ده یاسا ذبح اسلامی و بریدن گردن حیواناتی که برای خوردن کشته می‌شوند ممنوع است (پاشا صالح، ۱۳۸۳: ۱۷۸). فروربردن دست در آب نیز جرم انگاری شده است. در ماده چهارده مغولان از فروربردن دست در آب منع شده‌اند و باید برای برداشتن آب از یک شی استفاده کنند (رشیدوو: ۲۹۴). به موجب ماده بیست آب تنی و رختشویی در آب جاری در هنگام رعد و برق ممنوع اعلام شده است (صالح: ۱۷۷ و ۱۷۸ و ۱۷۹). ادرار کردن در آب روان و یاروی خاکستر در صورتی که به صورتی عمدی انجام شده باشد مستوجب مجازات مرگ است (بارکهاوزن: ۷۴). ماده سی و سه مقرر داشته است شادخواری و شرب خمر و مسکرات و مستی تا سه بار در ماه مجاز و بیش از این قابل مجازات است. کسی که به هیچ وجه میگزاری نکند از محترم ترین افراد شناخته شده است (رشیدوو: ۲۹۵).

۶.۱.۴.۱. جرایم علیه عدالت

هر عملی که در راستای اجرای عدالت خلل ایجاد کند می‌تواند با احراز شرایطی در دسته جرایم علیه عدالت قرار گیرد. متون تاریخی حاکی از وجود برخی از جرایم علیه عدالت در عصر مغول بوده است. عمل فریب و اخذ رشوه در امر قضا جرم انگاری شده است. بموجب یرلیغ غازانی جرایم تزویر و حيله در کار قضا و گرفتن رشوه از متداعیین توسط وکیل یا قاضی مستوجب مجازات تشهیر بوده است (امین: ۳۰).

۲.۴.۱. مجازات‌ها

در رابطه با انواع و چگونگی اجرای مجازات‌ها می‌توان اظهار داشت مراجعه به یاسا و دیگر منابع دوره مغول بیانگر این است که مجازات مرگ و پس از آن شلاق یا چوب یاسا از رایج ترین مجازات‌ها بوده است. قانون قصاص در مجازات مرگ رعایت می‌شده و غالباً قاتل را به همان شیوه‌ای که مقتول را به قتل رسانده است به یاسا می‌رساندند. در زمان سلطنت غازان خان عده‌ای قوشچی و پارسچی به دلیل گرفتن وجهی خارج از حد مقرر از مردم ولایات به هفتادوهفت ضربه شلاق

محکوم شدند. در همین دوره یک بقال در همدان به دلیل تمرد از فرمان ایلخان به صدوبیست ضربه چوب و هزار دینار جریمه محکوم شد (معدن کن، ۱۶۰ و ۱۶۱). جزای نقدی بیشتر در مورد محکومانی اجرا می شده که به تصاحب اموال دیوانی محکوم می شدند و مجبور بودند پیش از یاسای مرگ مبلغ بسیاری را بپردازند (همان: ۹). مجازات حبس رواج چندانی نداشته است. در دوران حکومت اولجایتو یک نفر ماورالنهری به دلیل جاسوسی به حبس در زندان تبریز محکوم شد (همان: ۱۶۵).

منابع تاریخی بیانگر اجرای مجازات بریدن دست در عصر مغولان است. به عنوان نمونه در عهد اولجایتو، دستهای شرف، عم زین الدین علی کیمیچی را به دلیل تزویری که در ماجرای قتل صدرالدین نوشته بود؛ بریدند. در دوران حکومت غازان خان دست یک بتیکچی به دلیل نوشتن برات غیرقانونی بریده شد (همان: ۱۶۸).

مجازات اعدام به شیوه‌های مختلف از جمله جدا کردن سر از بدن، دو قطعه کردن بدن محکوم، کندن گوشت بدن محکوم و خوراندن آن به خود وی، انداختن محکوم جلوی حیوانات وحشی و سگ‌های درنده، فرو بردن در روغن داغ و قرار دادن محکوم بر فراز آتش رایج بوده است. سعی بر این بود که خون محکومین متعلق به خاندان سلطنتی ریخته نشود و از روش‌هایی چون بستن زه به دور گردن و یا پیچیدن فرش به دور آن‌ها برای خفه کردنشان استفاده می کردند (اشپولر: ۳۷۸ و ۳۷۶). زهر خوراندن، به ضرب چماق کشتن، مصلوب کردن، پرتاب از کوه، شکستن پشت، افروختن آتش در زیر محکوم، شکنجه تدریجی از جمله پیچیدن در دنبه و افکندن در گرمای سوزان آفتاب نیز از سایر شیوه‌های معدوم کردن محکومان به مرگ بوده است (معدن کن: ۹ و ۸). "تشهیر" یکی از مجازات‌های پیش بینی شده در یرلیغ غازانی است. این مجازات با تراشیدن ریش محکوم و سوار کردن او بر گاو و گرداندن در شهر انجام می شده است. (امین: ۳۰۵).

۳.۴.۱. مسئولیت کیفری

هرگونه رفتار مغایر با قوانین جزایی موجد مسئولیت کیفری است. مسئولیت کیفری پلی است میان مجرم و مجازات ظاهرا در در دوران مغول مسئولیت کیفری افراد با تولد آغاز می شده و با مرگ نیز خاتمه نمی یافته است. کودکان در سنین پایین دو و یا سه سالگی متحمل مجازات‌های شدید می شده‌اند. علاوه بر این جنسیت هم در مسئولیت کیفری تاثیر گذار نبوده است. زنان مانند مردان دارای مسئولیت کیفری بوده و در صورت ارتکاب جرم مجرم شناخته شده و متحمل مجازات می شده‌اند. زنی که محکوم به جادوگری یا قتل شوهر می شد مستحق مجازات مرگ بوده و این مجازات معمولاً از طریق غرق کردن در آب صورت می گرفته است (اشپولر: ۳۹۷). ظاهراً در دوران

مغول مردگان نیز مسئولیت کیفری داشته و مورد محاکمه قرار می‌گرفته‌اند. باین وجود، شواهدی مبنی بر برگزاری یا عدم برگزاری چنین محاکماتی در ایران در دسترس نمی‌باشد (همان: ۳۸۵).

۴.۴.۱. مصونیت از مجازات و عفو

نهاد عفو از تحمل مجازات در سیستم حقوقی عصر مغول به صورت کاملاً ابتدایی به چشم می‌خورد. فرمان عفو توسط فرمانروا و در مناسبت‌هایی از جمله جلوس ایلخان تازه بر تخت سلطنت و درمان بیماری فرمانروا صادر می‌شده است. «ترخان»ها تا نه بار در مقابل ارتکاب جرایم مصونیت کیفری داشتند (صالح: ۱۸۴). "ترخان"، کلمه‌ای ترکی و به معنای آزاده‌ی مصون از مجازات و معاف از پرداخت مالیات است. خان به‌عنوان بالاترین مقام حکومتی در عصر مغول، می‌توانست برای خدمات خاص هر گونه پاداشی به غیر از مقام خانی به افراد اعطا کند. بالاترین پاداش‌ها، اعطای مرتبه ترخانی بود. فرزندان ترخان‌ها نیز از مصونیت تحمل کیفر و معافیت از مالیات برخوردار بوده‌اند (خیراندیش، ۱۳۹۰: ۴۱). به عبارت دیگر اعطای مرتبه ترخانی پاداش خدمات بسیار مهم سیاسی یا نظامی بود که فردی عامی (قراجو) در جهت خدمت به خان خویش انجام داده است (همان: ۴۷). جایگاه اجتماعی در میان مغولان یکی از موارد معافیت از مسئولیت کیفری به‌شمار می‌آمده است. در برخی موارد نیز با شفاعت امیران صاحب نفوذ و یا بانوان مغول، برخی محکومان مورد عفو قرار گرفته‌اند. در بسیاری از موارد در مجازات‌های جمعی؛ هنرمندان و صاحبان حرف از مجازات معاف می‌شده‌اند (معدن کن: ۶۵).

۵.۱. قوانین شکلی

قوانین شکلی، قوانینی هستند که قضات با توسل به آن‌ها فصل خصومت و انشا رای یا اخذ تصمیم می‌کنند این قوانین به تشریفات و نحوه تحقیقات مقدماتی و رسیدگی، صلاحیت محاکم، ادله اثبات دعوی، مرور زمان و اجرای مجازات می‌پردازد. در این راستا به شرح موارد ذیل پرداخته می‌شود:

۱.۵.۱. تحقیقات مقدماتی

در این دوره یک مرجع، تحقیق مقدماتی، رسیدگی و صدور حکم را به عهده داشته است. بازجویی از متهمان توسط یرغو (یارغو) چی صورت می‌گرفت. در برخی از موارد در جرایم مهم مانند تقصیرهای جنگی و یا مخالفت‌های سیاسی؛ ایلخانان بازجویی از متهم را انجام می‌داده‌اند. در صورت وجود شاکی خصوصی؛ وظیفه یرغوی متهم را شاکی به عهده می‌گرفت. جلسات محاکمه چندین روز به طول می‌انجامید. به‌ویژه در مورد جرایم سیاسی و جنگی. نتیجه بازجویی و صورت

جلسه‌ها به صورت کتبی نوشته می شد که یارغو نامه نامیده می شد (معدن کن: ۷). گروهی از مورخین گزارش کرده‌اند که محاکمات بر اساس همین صورت جلسات انجام می شده است. غازان خان نیز می کوشید این صورت جلسات را گردآوری و بر اساس آن‌ها کتاب قانونی تنظیم نماید (اشپولر: ۳۸۴).

۲.۵.۱. صلاحیت و انواع محاکم

در اصطلاح حقوقی، شایستگی یک مرجع برای رسیدگی به یک موضوع "صلاحیت" نام دارد و در سه دسته عمده‌ی ذاتی، محلی و شخصی طبقه‌بندی می‌شود. ایلخانان مغول، عالی ترین مرجع قضایی و وضع قانون بودند. در عصر مغول، محاکم به دو دسته کلی محاکم عرف و محاکم شرع تقسیم شده بود. در محاکم عرف بر اساس یاسای چنگیزی و احکام موضوعه دولتی به دعاوی رسیدگی می کردند. دادگاه‌های عمومی هم وجود داشته که به دعاوی میان مسلمانان و بر اساس احکام شرع رسیدگی می شده است. قضات این دادگاه‌ها مسلمان بوده‌اند. این دادگاه به دعاوی بسیار کم اهمیت رسیدگی می کرده است. رسیدگی به جرایم مربوط به نظم عمومی و مسایل سیاسی کشور خارج از صلاحیت این دادگاه بوده است (امین: ۳۰۸). محاکم اختصاصی نیز وجود داشته است. این دادگاه‌ها بر اساس رسوم و عادات مغولان و به دعاوی رسیدگی می کردند که یکی از طرفین آن مغول بوده‌اند. می توان این دادگاه‌ها را به سه دسته اصلی تقسیم کرد: "یارغو"، "اولوس" و "قوریلته‌ی". در این دادگاه‌ها اصل صلاحیت ذاتی تا حدی مورد پذیرش بوده است. صلاحیت شخصی نیز در این عصر تا حدودی رعایت می شده است. به جرایم صاحب منصبان و شاهانی که علیه ایلخان شورش می کردند و محاکمه شاهزادگان عضو خانواده سلطنتی و صاحب منصبان غیر مغول در دادگاه ویژه "یارغو" یا "یرغو" که در دربار خان قرار داشته رسیدگی می شده است. علاوه بر این، به اختلافات میان بزرگان مغول نیز در این دادگاه رسیدگی می شده است. قضات این دادگاه "یرغوچی" نام داشتند. در برخی موارد جلسات دادگاه در خارج از اردوی ایلخان تشکیل می شده است. به عنوان نمونه "تغاچار" یرغوچی در سال ۶۷۹ هجری قمری برای رسیدگی به اتهامات علاالدین جوینی به بغداد رفت. برگزاری محاکمات از رویه و شکل واحد پیروی نمی کرده و گهگاه یکی از صاحب منصبان دولت به سمت یرغوچی مامور رسیدگی به دعاوی مطروحه می شده است (اشپولر: ۱۳۷۴: ۳۸۴). رای صادره از یارغو، قطعی و غیر قابل تجدید نظر بوده و تنها فرمانروا می توانست آن را تغییر دهد. در یارغو به ندرت از میانجی‌گری استفاده می شده است (اشپولر: ۳۸۳). با توجه به این که غازان خان برای محاکمه سرداران شکست خورده مغول در جنگ با سوریه (۱۲ ذیقعدہ الی ۱ ذیحجه ۷۰۲ ه. ق) دستور داد تا "قوریلته‌ی" تشکیل گردد، چنین

مستفاد می‌شود که یارغو در رسیدگی به این جرایم صلاحیت ذاتی نداشته است (اشپولر: ۳۸۲). در مورد قیام‌ها و شورش‌های علنی، سردارانی که مامور شکست قیام بودند، محاکمه و قتل شورشیان را بعهده داشتند (همان: ۳۸۵).

در اوایل دوره سلطه مغولان بر ایران، طرح دعوی نزد مغولان مرسوم و فعالیت محاکم رسمی به تدریج متوقف شد. مغولان با سو استفاده از اقتدار خویش، در روند محاکمه و آرا محاکم اعمال نفوذ می‌کردند. محکومین مجبور به پذیرش احکام ظالمانه مغولان بودند. "گیخاتو"، با افزایش ناراضی‌های مردم برای ظاهر سازی تصمیم به مقابله با این روند گرفت و با ایجاد سمت "قاضی القضاة"، قطب الدین زنجانی را به این منصب برگزید. با این وجود باز هم مردم شهادت شکایت به محاکم را نداشتند. غازان خان، با به قدرت رسیدن و گرویدن به دین اسلام تصمیم به ایجاد اصلاحاتی در سیستم دستگاه قضایی گرفت. به فرمان او در سراسر کشور قضاتی منصوب شدند و همگان حتی صاحب منصبان دولتی و ماموران برجسته دیوان، برای طرح دعوی ملزم به مراجعه به آنان بودند. رسیدگی در این دادگاه‌ها بدون پرداخت هزینه و رایگان صورت می‌گرفت (اشپولر: ۳۸۶). غازان خان مقرر کرد برای رسیدگی به دعاوی که طرفین آن یا یکی از آنها مغول باشد ماهیانه دو روز در مسجد جامع «دیوان مظالم» برپا گردد. این دیوان متشکل از حاکم، بتکچی (منشی و کاتب)، قاضی، سادات و فقیهان بود. پس از بررسی دعوی توسط تک تک افراد دیوان، حکم صادر می‌شد. در مواردی هم که رسیدگی به دعوی برای قضات دشوار بود دیوان مظالم با ترکیب گفته شده تشکیل می‌شد و به صورت شورایی به دعوی مورد نظر رسیدگی می‌کردند (امین: ۳۰۵ و ۳۰۶). در رابطه با دعاوی پیچیده قضایی این محکمه عملاً نقش دادگاه تجدید نظر را ایفا می‌کرده است. آرا صادره از این دادگاه قطعی بوده و به ثبت می‌رسیده است (اشپولر: ۳۷۵ و ۳۳۷۶).

دادگاه دیگر نیز به نام "اولوس" مانند شورای داوری عمل می‌کرده است. این دادگاه توسط روسای قبایل مغول اداره می‌شده و بر اساس آداب و رسوم و عرف مغول به دعاوی فیصله می‌داده است (امین: ۳۰۸).

۳.۵.۱. ادله اثبات دعوی

اثبات وقوع جرم و انتساب عمل مجرمانه به متهم نیازمند آرایه دلیل است. دلیل عبارت است از هر گونه وسیله‌ای که به موجب آن صحت یا سقم امر و یا وجود یا عدم وجود آن به اثبات می‌رسد. در دوره مغولان، محکوم کردن افراد به ارتکاب جرم کار دشواری بود مگر این که در حین ارتکاب جرم مشهود دستگیر شوند (صالح: ۱۸۲). اگر شاکی نمی‌توانست اتهام وارده به متهم را اثبات کند محکوم به مرگ می‌شد و در بیشتر موارد این حکم به اجرا درمی‌آمد (اشپولر: ۳۸۳). مهمترین ادله

اثبات جرم به ترتیب شهادت شهود و اقرار مرتکب به ارتکاب جرم بوده است. درباره شرایط صحت و اعتبار شهادت و اقرار اطلاعی در دست نیست. آنچه مسلم است شرط اختیار از شرایط صحت اقرار نبوده و گرفتن اقرار با شکنجه مجاز بوده است (همان: ۳۸۴). چوب زدن متهم و برهنه کردن و گرداندن او دور خانه‌ها و محلات برای گرفتن اقرار رواج داشته است (معدن کن: ۷). با توجه به مندرجات یرلیغ، قاضی با هدف ممانعت از تبانی؛ شهود را از یکدیگر جدا کرده و تنها زمانی به نفع مدعی حکم می‌دهد که راستی و درستی گفتار شهود مورد قبول قاضی باشد (امین: ۳۰۵). ارزش قضایی شهادت و سوگند مردان بیش از شهادت و سوگند زنان بود. شهادت کنیزان هم خوابه با ارباب خویش مسموع نبود. دعاوی برده علیه اربابش غیر مسموع بود مگر این‌که، می‌توانست ادعای خویش را ثابت کند مثلاً مال مسروقه را نشان دهد (بارکهاوزن، ۱۳۴۶: ۷۴).

۴.۵.۱. مرور زمان

مرور زمان به مفهوم گذشت زمانی است که در صورتی که شکایت، تعقیب کیفری، صدور حکم یا اجرای مجازات صورت نگرفته باشد، هیچ یک از این اقدامات امکان پذیر نخواهد بود. می‌توان مرور زمان را به چهار دسته شکایت، تعقیب کیفری، صدور حکم و اجرای مجازات تقسیم کرد. با مراجعه به متون برجای مانده از این دوره، رد پای مرور زمان در یاسا به چشم نمی‌خورد. اما در یرلیغ غازانی مرور زمان پیش بینی شده است. به این ترتیب دعاوی که بیش از سی سال از تاریخ آن‌ها گذشته باشد مشمول مرور زمان می‌شده‌اند (امین: ۳۰۵ و پاشا: ۱۸۸).

۵.۵.۱. اجرای احکام

اجرای احکام و کیفیت مجازات را معمولاً ایلخان و نوع مجازات را خان بزرگ تعیین می‌کرده است. اجرای مجازات‌ها پس از طی تشریفات و برگزاری جلسه محاکمه صورت می‌گرفته است. این اصل در مورد مجرمان سیاسی رعایت نمی‌شده است. عموماً مجازات مجرمین سیاسی بدون برگزاری محاکمه اجرا می‌شده است. (معدن کن: ۶). اجرای احکام بزرگان در بیشتر مواقع توسط جلادان کارآموده و گاهی توسط امرا و شاهزادگان و بزرگان دربار با هدف اثبات وفاداری نسبت به ایلخان انجام می‌شده است (همان: ۸). در صورت وجود شاکی خصوصی، محکوم برای اجرای مجازات به او سپرده می‌شد. شاکی خصوصی به شیوه‌ی دلخواه خود محکوم را به قتل می‌رساند. در مجازات جرم قتل، قانون قصاص در بیشتر موارد به دقت اجرا شده و قاتل را به همان شیوه‌ای که مقتول را کشته بوده قصاص می‌کردند (همان: ۹).

در صورتی که یکی از کارکنان خان مغول محکوم به پرداخت مال می‌شد، از او التزام نامه ای به نام "موچلکا" گرفته می‌شد. موچلکاجیان در این التزام نامه تعهدات محکوم علیه را مکتوب می‌-

می‌کردند تا به اجرا درآید. سپردن موچلکا از طرف شاهزادگان مغول به خان جدید رایج بوده و یکی از نشانه‌های اطاعت و سرسپردگی بوده است (اقبال: ۹۳).

نتیجه‌گیری

نظام حقوقی ایران در این دوره متأثر از ساختار قبیله‌ای مغولان بوده است. مفاد یاسا به‌عنوان مهم‌ترین منبع حقوق بیانگر نظام حقوقی سرکوبگر و تنبیهی است و جرم و مجازات مهم‌ترین ارکان آن به شمار می‌آمده است. چنگیز خان توانست در سایه ساختار تنبیهی یاسا میان اعضای جامعه همبستگی مکانیکی و در نتیجه آن حکومتی منسجم و پایدار ایجاد کند. چنگیز خان خود را خدای زمین می‌دانست و نیروی الزام آور قانون در آن عصر برگرفته از مقدس بودن متن یاسا و منابع متأخر بود. نتیجه این تقدس ارجحیت منطوق بر مفهوم قانون و اجرای لفظ به لفظ عبارات قانونی است. بسیاری از جرایم ریشه در اعتقادات و باورهای مغولان داشته است.

جرایم مندرج در یاسا را می‌توان به جرایم علیه اشخاص، اموال و مالکیت، جرایم علیه امنیت کشور، جرایم نظامی و جرایم علیه عدالت طبقه بندی کرد. رضایت طرفین و یا وجود عنف و اکراه در نوع، میزان مجازات یا مسئولیت کیفری اثرگذار نبوده است. در برخی از جرایم، ملیت مجنی علیه در تعیین نوع مجازات تأثیر داشته است. تفاوتی در میزان خون‌بهای زن و مرد به چشم نمی‌خورد. درباره قتل کودکان و میزان خون‌بهای آنان و هم چنین در مواردی که جرم قتل توسط کودک صورت می‌گیرد مقرر و ویژه ای دیده نمی‌شود.

مقررات یاسا در برخی موارد جنبه اعلامی داشته و تنها به اعلام ممنوعیت برخی اعمال اشاره کرده، بدون آن‌که برای آن‌ها مجازاتی تعیین نماید. در این رابطه می‌توان به مواد چهارم، پانزده و بیست یاسا اشاره کرد. بر اساس ماده چهار روسای ملل و طوایف تابعه مغول از داشتن القاب و عناوین افتخاری منع شده‌اند. ماده پانزده به نوکری یا غلامی گرفتن مغولان توسط اتباع امپراطوری را ممنوع اعلام کرده است.

اصل نسبی بودن مجازات‌ها در برخی از جرایم از جمله جرم سرقت رعایت می‌شده است. مجازات جرم سرقت با توجه به ارزش مادی مال مسروقه تعیین می‌شده است. اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و شخصی بودن مجازات‌ها مورد توجه نبوده است.

گرویدن مغولان به دین اسلام در جرم انگاری مغولان تأثیر گذار بوده است. مانند جرم انگاری لواط بعد از گرویدن به دین اسلام. در یاسا جرایم بدون بزه دیده نیز به چشم می‌خورد. جرایمی مانند جرم فروبردن دست در آب. چنین به نظر می‌رسد مغولان، خوراک و غذا را محترم می‌شمردند. مقررات یاسا در برخی موارد جنبه اعلامی داشته است. برخی اعمال ممنوع اعلام شده بدون آن‌که برای آن‌ها مجازاتی معین شده باشد. بسیاری از اصول راهبردی حقوق کیفری

ناشناخته بوده است. اصل عدم تناسب میان جرم و مجازات و اصل شخصی نبودن مجازات ها حاکم بوده است.

در دوران مغول، زنان مانند مردان دارای مسئولیت کیفری بوده و در صورت ارتکاب جرم مجرم شناخته شده و متحمل مجازات می شده‌اند. نهاد عفو از تحمل مجازات در سیستم حقوقی عصر مغول به صورت کاملا ابتدایی به چشم می خورد. فرمان عفو توسط فرمانروا صادر می شده است. جایگاه اجتماعی در میان مغولان یکی از موارد معافیت از مسئولیت کیفری به شمار می آمده است. در بسیاری از موارد در مجازات های جمعی؛ هنرمندان و صاحبان حرف از مجازات معاف می شده اند.

ایلخانان مغول، عالی ترین مرجع قضایی و تقنین بودند. در عصر مغول، محاکم به دو دسته کلی محاکم عرف و محاکم شرع تقسیم شده بود. در محاکم عرف بر اساس یاسای چنگیزی و احکام موضوعه دولتی به دعاوی رسیدگی می شد. دادگاه های شرع اکثرا به دعاوی احوال شخصیه مسلمانان و بر اساس احکام شرع رسیدگی می کردند. رسیدگی به دعاوی که یکی از طرف های آن مغول بوده است در محاکم اختصاصی و بر اساس رسوم و عادات مغولان صورت می گرفته است. این دادگاه ها به سه دسته "یارغو"، "اولوس" و "قوریلتای" تقسیم می شدند. در این دادگاه ها اصل صلاحیت ذاتی تا حدی مورد پذیرش بوده است. در دوره مغولان، محکوم کردن افراد به ارتکاب جرم کار دشواری بود. اجرای مجازاتها پس از طی تشریفات و برگزاری جلسه محاکمه صورت می گرفت. این اصل در مورد مجرمان سیاسی رعایت نمی شده است. بازجویی از متهمان توسط بازجویانی که یرغو (یارغو) چی نامیده می شدند، صورت می گرفت. شاکی نقش فعالی در اجرای مجازات داشت. در صورت وجود شاکی خصوصی؛ وظیفه یرغوی متهم را شاکی به عهده می گرفت. جلسات محاکمه چندین روز به طول می انجامید. یرغونامه بصورت کتبی نوشته و نگهداری می شد که یرغو نامه نامیده می شد. گرفتن اقرار با شکنجه مجاز بوده است. شهادت شهود مهمترین ادله اثبات دعوی بوده است. ارزش قضایی شهادت و سوگند مردان بیش از شهادت و سوگند زنان بود. مجازات های رایج به ترتیب مرگ، شلاق یا چوب یاسا بوده است. مجازات جریمه نقدی و بریدن دست نیز وجود داشته است. مجازات حبس رواج اندکی داشته است. مجازات اعدام به شیوه های مختلف به اجرا درمی آمده است.

منابع

- آیتی، عبدالحمید (۱۳۴۶)، **تحریر تاریخ و صاف**، تهران: انتشارات بنیاد فرهنگ ایران.
 اشیپولر، برتولد (۱۳۷۴)، **تاریخ مغول در ایران**، ترجمه محمود میرآفتاب، چاپ پنجم، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی.

- اشپولر، برتولد (۱۳۵۱)، ترجمه محمود میرآفتاب، تهران: بنگاه ترجمه و نشر کتاب.
- اقبال آشتیانی، عباس (۱۳۶۵)، تاریخ مغول، چاپ ششم، تهران: انتشارات امیر کبیر.
- امین، سید حسن (۱۳۸۲)، تاریخ حقوق ایران، تهران: انتشارات دایره المعارف ایران شناسی.
- ایمانی، عباس (۱۳۸۶)، فرهنگ اصطلاحات حقوق کیفری، چاپ دوم، تهران: انتشارات نامه هستی.
- بیانی، شیرین (۱۳۷۰)، دین و دولت در ایران عهد مغول، چاپ دوم، تهران: انتشارات مرکز نشر دانشگاهی.
- بناکتی، داود بن ابی‌الفضل (۱۳۷۸) تاریخ بناکتی، به کوشش جعفر شعار، تهران: انجمن آثار و مفاخر فرهنگی.
- بارکهاوزن، یواخیم (۱۳۴۶)، امپراتوری زرد چنگیز خان و فرزندانش، چاپ داورپناه.
- پازوکی، رضا (۱۳۱۶)، تاریخ ایران از مغول تا افشار، تهران: شرکت مطبوعات.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۷)، لغتنامه، تهران: موسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
- راوندی، مرتضی (۱۳۶۴)، تاریخ اجتماعی ایران، ج اول، چاپ اول، نشر مولف.
- رشیدوو، پی - نن (۱۳۶۸)، سقوط بغداد و حکمروایی مغولان در عراق، مشهد: موسسه چاپ و انتشارات آستان قدس.
- حسینی تربتی، ابوطالب (۱۳۴۲)، تزوکات تیموری، کتاب الکترونیکی، اصفهان: مرکز تحقیقات رایانه‌ای قایمیه اصفهان.
- جوینی، عطاملک (۱۳۷۵)، تاریخ جهانگشای جوینی، ج اول، چاپ اول، انتشارات دنیای کتاب.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۰)، وسیط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
- خیراندیش، ع (۱۳۹۰)، «تحول مرحله ترخانی در انتقال از تورانی به ایران عصر مغول»، تحقیقات تاریخ اجتماعی، سال اول، شماره ۲، ص ۳۹-۴۹.
- صالح، علی پاشا (۱۳۸۳)، سرگذشت قانون، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- صفاری، علی (۱۳۹۲)، کیفر شناسی، چاپ بیست و هفتم، تهران: انتشارات جنگل.
- لمب، هارولد (۱۳۶۲)، چنگیز خان، ترجمه رشید یاسمی، چاپ دوم، تهران: انتشارات امیر کبیر.
- مصاحب، غلامحسین (بی‌تا)، دایره المعارف فارسی، جلد سوم، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- معدن کن، فاطمه (۱۳۷۵)، به یاسا رسیدگان، تهران: نشر دانشگاهی.
- مرتضوی، منوچهر (۱۳۵۸)، مسایل عصر ایلخانان، تبریز: انتشارات موسسه تاریخ و فرهنگ ایران.
- نجفی توانا، علی و مصطفی‌زاده، فهیم (۱۳۹۲)، «جرم‌انگاری در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۸ بهار و تابستان، ص ۱۷۰-۱۴۹.



بازاندیشی در تعریف «شرکت در جرم» برای مقابله با فعالیت‌های هماهنگ و گروهی مجرمانه

دکتر بهنام یوسفیان شوره دلی^۱
لیلا رسولی آستانی^۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۴/۱۰

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱۱/۲

چکیده

در رویکرد رایج میان حقوق دانان ایرانی، تأثیر مادی و مشترک رفتار مرتکبان متعدد در جرم واحد برای تحقق شرکت در جرم ضروری است، ولی ضرورت اشتراک در عنصر روانی یا توافق مجرمانه نفی شده و صرف نظر از پاره‌ای موارد استثنائی، مسئولیت شریک جرم به پیامدهای مستقیم رفتار خود او محدود میشود و وی، در قبال عواقب حاصل از تصمیمات مجرمانه مشترک که از رفتار سایر شرکا ولی به مدد همکاری گروهی پدید آمده، پاسخگو نیست؛ بزهکارانی که رفتار آنها بخشی از علت مادی جرم نبوده، غالباً به عنوان معاون جرم، از مسئولیت اصلی مبرا می‌شوند، حال آنکه ممکن است همکاری آنها، در توفیق طرح مجرمانه جنبه حیاتی داشته باشد. نارسایی‌های مفهوم مادی شرکت در جرم و ضرورت مقابله با همکاری های گروهی مجرمانه، قانونگذار را به اتخاذ بعضی تدابیر محدود همانند به کارگیری مفهوم «گروه مجرمانه سازمان یافته» واداشته‌است. در تکمیل تدابیر مزبور، بر مبنای آموزه‌های حقوق تطبیقی، بازاندیشی در تعریف شرکت در جرم (مخصوصاً در جرایم تعزیری) با بهره گیری از ضابطه «کنترل مشترک بر عملیات اجرایی مجرمانه» به جای ضابطه کنونی که بر علیت مادی استوار است توصیه می‌گردد.

واژگان کلیدی: بزهکاری سازمان یافته، توافق مجرمانه، شرکت در جرم، عنصر روانی، کیفیات مشدده مجازات، تبانی، مباشرت معنوی

✉ by_863@yahoo.com

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد دامغان (نویسنده مسئول)
۲. دانشجوی دکتری رشته حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات

مقدمه

مفهوم شرکت در جرم، در قیاس با مفهوم معاونت، نمایان‌گر مسئولیت بیشتر بزهدکار در فعالیت مجرمانه گروهی است. از این رو، مسئولیت بیشتر شریک جرم نسبت به معاون جرم، نیازمند توجیه است؛ باید مشخص کرد که مشترک بودن چه چیز میان دو یا چند مجرم، مسئولیت کیفری را در چهارچوب مفهوم قانونی شرکت در جرم، متوجه آن‌ها می‌سازد و باعث می‌شود شرکا را به‌عنوان مرتکبین اصلی از معاون جرم تفکیک نماییم؟

باید دانست که مجرمان گاه در عنصر مادی با یکدیگر سهیم هستند، یعنی با رفتار خود به‌طور مشترک جرم واحدی را پدید می‌آورند، بدون این‌که لزوماً همفکری و تصمیم مشترکی آن‌ها را به این کار سوق داده باشد. گاهی نیز چند نفر در عنصر روانی با یکدیگر اشتراک دارند، به این معنا که بر مبنای تصمیم مشترکی برای تحقق بخشیدن به اهداف غیر قانونی خود به‌طور هماهنگ وارد عمل می‌شوند، بدون این‌که همه آن‌ها لزوماً در تحقق بخشیدن به عنصر مادی جرم، به‌طور مستقیم و با رفتار شخص خود سهیم باشند^۱. به‌نظر می‌رسد در موارد اخیر، جامعه خطر بیشتری را متوجه نظم عمومی می‌بیند، زیرا همکاری و هماهنگی گروهی احتمال موفقیت مجرمین در دست یافتن به اهداف غیرقانونی خود و نیز احتمال فرار آن‌ها از عواقب قانونی جرایم ارتكابی را افزایش می‌دهد و این امر، برخورد متناسب نظام عدالت کیفری را اقتضا دارد. گواه صدق این مدعا آن است که مقنن، تبانی برای ارتکاب جرم را که ماهیتاً چیزی غیر از تصمیم مشترک و توافق دو یا چند نفر برای همکاری در ارتکاب جرم نیست، تحت شرایطی به‌عنوان جرم مستقل می‌شناسد و تبانی‌کنندگان را با اینکه موفق به اقدام نشده‌اند، مستحق مجازات می‌داند. بدیهی است اگر تبانی‌کنندگان موفق به اقدام شوند، مجازات آنها تحت عنوان تبانی، دیگر امکان‌پذیر نیست^۲، اما همان خطری که قانون‌گذار را به جرم‌انگاری تبانی واداشته است، به جای خود باقی است^۳. حال آیا نهاد شرکت در جرم، به عنوان اصلی‌ترین مفهومی که در حقوق ما، معرف مسئولیت توأمان چند نفر برای جرم واحد است، ظرفیت پاسخگویی به این خلأ قانونی را دارد؟

۱. البته امکان دارد در اقدام مجرمانه‌ی گروهی، هم اشتراک در عنصر مادی وجود داشته باشد، هم تصمیم مشترک و توافق در عنصر روانی؛ بحث در این است که در صورت وجود یکی از این دو و فقدان دیگری، شرکت در جرم احراز می‌شود یا خیر. ضمناً اشتراک در عنصر روانی، چیزی بیش از وحدت قصد است، زیرا ممکن است در جرایم عمدی، چند نفر به‌طور اتفاقی، علیه هدف واحدی قصد مجرمانه داشته باشند ولی توافق و هماهنگی میان آنها وجود نداشته باشد.

۲. در ماده ۶۱۱ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی به این نکته تصریح شده است.

۳. از همین رو، گاهی مقنن صریحاً یا ضمناً اراده خود را برای برخورد شدیدتر با عملیات هماهنگ و یا برنامه‌ریزی شده مجرمانه آشکار ساخته است. برای نمونه، ر.ک. ماده ۶۲۰ قانون مجازات اسلامی - تعزیرات.

قوانین جزایی پیش از انقلاب، نیم‌نگاهی به لزوم احراز عنصر هماهنگی و همکاری مرتکبان متعدد برای احراز شرکت در جرم داشتند. ماده ۲۷ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ میان حالتی که «چند نفر مرتکب یک جرم شوند به نحوی که هریک فاعل آن جرم شناخته شود» از یک طرف و حالتی که «هر کدام یک جزء از جرم واحد را انجام دهند به طریقی که مجموع آن‌ها فاعل آن جرم شناخته شود» از طرف دیگر، قائل به تفکیک شده و فقط حالت دوم را «شرکت در جرم» نامیده بود. مسلماً استناد جرم به مجموع افراد یک گروه، تا حدی مربوط به عنصر روانی جرم بود، زیرا چنانچه هر فاعلی فقط قسمتی از اجزاء تشکیل دهنده‌ی جرم را انجام دهد، ولی مشترکاً و متفقاً سوء نیت لازم برای جرم کامل را نداشته باشند، نمی‌توان مجموع آن‌ها را فاعل تمام جرم دانست. به دیگر سخن، برای آن‌که پیامد کلی رفتار اعضای گروه به یکایک آن‌ها قابل انتساب باشد، اتحاد در مقصود و مطلوب مشترک ضروری است، یعنی لازم است همگی برای رسیدن به هدف واحدی، اقدام کرده باشند.

دادستان وقت کل کشور هم به همین لحاظ، ضمن تفکیک شرکت در جرم از ارتکاب جرم توسط مجرمین متعدد مستقل که تباری و توافقی میان آن‌ها وجود ندارد، با استناد به منابع حقوق اروپایی، تباری قبلی را از عناصر اصلی شرکت در جرم می‌شمرد (علی‌آبادی، ۱۳۸۴: ۳۳۴-۳۳۱). همچنین، یکی از حقوق‌دانان در سال‌های حکومت قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ نوشته بود: «ولی در تمام این صور (شرکت و معاونت در جرم) قدر مشترک این است که همکارها باید قبل از ارتکاب جرم، قرار همکاری با یکدیگر گذاشته باشند یعنی برای ارتکاب جرم و تقسیم کار بین آن‌ها موافقت قبلی حاصل شده باشد، والا اگر قبلاً توافق نظر بین آن‌ها حاصل نشده باشد و بر سبیل اتفاق چند نفر در ارتکاب جرمی شرکت کرده باشند، شریک یا معاون جرم محسوب نشده و بلکه هر یک از آن‌ها بالانفراد فاعل اصلی محسوب و عمل هریک از آن‌ها جرم علی‌حده تلقی می‌شود. مثلاً هرگاه بلوا و شورش اتفاق افتد و شورش کنندگان در ضمن شورش، مرتکب جرمی شوند، مثل اینکه داکتین را غارت کرده و اموالی را سرقت نمایند، در این مورد بین مرتکبین قرار قبلی برای ارتکاب جرم گذاشته نشده... و هر یک از آن‌ها مستقلاً در عمل مورد اتهام، فاعل اصلی حساب می‌شوند» (سمیعی، ۱۳۴۸: ۱۱۳).

مقنن ضمن بازنگری در ماده ۲۷ قانون مجازات عمومی در اصلاحات سال ۱۳۵۲، مقرر داشت: «هرکس با علم و اطلاع با شخص یا اشخاص دیگر در انجام عملیات اجرایی تشکیل دهنده جرمی مشارکت و همکاری کند شریک در جرم شناخته می‌شود و مجازات او مجازات فاعل مستقل آن جرم است...» در ماده اخیر، عبارت «عملیات اجرایی تشکیل دهنده جرم» به کار رفته بود که در برابر عملیات مقدماتی استعمال می‌شود. این مفهوم بنا بر تفسیری، از مفهوم عنصر مادی وسیع‌تر

است؛ عملیات اجرایی به معنای موسع کلمه، همان است که ورود در آن، شرط تحقق شروع به جرم است و شامل اموری می‌شود که از مقدمات ضروری و مستقیم تحقق جرم باشد، مانند شکستن حرز یا به کار بردن کلید ساختگی در بزه سرقت (سمیعی، ۱۳۴۸: ۱۱۵-۱۱۴). همچنین، ماده ۲۷ اصلاحی، از عبارات «با علم و اطلاع» و «مشارکت و همکاری» استفاده کرده بود؛ کلمه «همکاری»، دلالت بر وجود هدف و خواست مشترک (اشتراک در عنصر روانی) دارد، زیرا به اشتراک مادی صرف، یعنی منتهی شدن تصادفی رفتار چند نفر به تحقق پیامد واحدی که خواسته یا مورد انتظار بعضی از آن‌ها نباشد، لفظ «همکاری» اطلاق نمی‌گردد.

بعد از انقلاب اسلامی با تصویب قوانین منطبق با آموزه‌های فقهی، ابتدا در ماده ۲۰ قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ و سپس در ماده ۴۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ (با مختصری تغییر نسبت به قانون سابق)، با حذف کلمه همکاری و تأکید بر ضرورت مستند بودن جرم به عمل تمامی شرکا، شاهد دگرگونی اساسی در تعریف قانونی شرکت در جرم بوده‌ایم. بی‌توجهی به عنصر همکاری و هماهنگی گروهی در تعریف قانونی شرکت در جرم در ماده ۱۲۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز تداوم یافته است.^۱ حتی برخلاف قوانین پیشین که از به کار بردن صریح لفظ «شریک در جرم» برای مسئولین مشترک یک جرم غیر عمدی خودداری ورزیده بودند،^۲ ماده ۱۲۵ قانون فعلی به صراحت، تقصیر دو یا چند نفر را که به صورت غیر عمدی منتهی به یک نتیجه مجرمانه مشترک شده باشد، از مصادیق «شرکت در جرم» اعلام کرده است.

ماده ۳۶۹ همین قانون، رویکرد اتخاذ شده توسط مقنن را بیشتر توضیح می‌دهد: «قتل یا هر جنایت دیگر می‌تواند نسبت به هریک از شرکا حسب مورد عمدی، شبه عمدی یا خطای محض باشد.» ماده ۳۷۰ نیز در همین باره اضافه می‌کند: «ثابت نبودن حق قصاص بر بعضی از شرکا به هر دلیل مانند ... غیر عمدی بودن جنایت نسبت به او، مانع از حق قصاص بر دیگر شرکا نیست و هر یک از شرکا حکم خود را دارد.» بر این اساس، واضعین قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، «شرکت در جرم» را ظاهراً به مفهوم مادی آن تلقی کرده، هیچ عنصر روانی مستقلی، مجزا از عنصر

۱. ماده ۱۲۵ این قانون مقرر می‌دارد: «هرکس با شخص یا اشخاص دیگر در عملیات اجرایی جرمی مشارکت کند و جرم مستند به رفتار همه آن‌ها باشد، خواه رفتار هریک به تنهایی برای وقوع جرم کافی باشد خواه نباشد و خواه اثر کار آنان مساوی باشد خواه متفاوت، شریک در جرم محسوب و مجازات او مجازات فاعل مستقل آن جرم است. در مورد جرایم غیر عمدی نیز چنانچه جرم مستند به تقصیر دو یا چند نفر باشد، مقصران شریک در جرم محسوب می‌شوند و مجازات هریک از آنان مجازات فاعل مستقل آن جرم است.»

۲. برای نمونه در قسمتی از ماده ۲۷ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲ بدون استعمال لفظ شرکت در جرم برای مداخله در جرایم غیر عمدی چنین آمده بود: «در مورد جرایم غیر عمدی که ناشی از خطای دو نفر یا بیشتر باشد، مجازات هریک از آنان نیز مجازات فاعل مستقل خواهد بود.»

روانی فاعل مستقل، برای تحقق آن قائل نبوده‌اند. از نظر آنان، شرکت در جرم، اختصاص به جرایم عمدی ندارد و در جرایم غیرعمدی هم مصداق می‌یابد. نظر به این‌که تصمیم مشترک مجرمانه نمی‌تواند در جرایم غیر عمدی جایگاهی داشته باشد، پذیرش تحقق «شرکت» در جرایم غیر عمدی، مساوی با شرط ندانستن تصمیم مشترک مجرمانه میان شرکای جرم است.

با این همه در ماده ۵۳۵ قانون مصوب ۱۳۹۲، وحدت قصد در جنایت برای تحقق شرکت در جرم، مؤثر شمرده شده و مقرر گردیده است: «هرگاه دو یا چند نفر با انجام عمل غیر مجاز در وقوع جنایتی به نحو سبب و به صورت طولی دخالت داشته باشند، کسی که تأثیر کار او در وقوع جنایت قبل از تأثیر سبب یا اسباب دیگر باشد، ضامن است ... مگر آن‌که همه قصد ارتکاب جنایت را داشته باشند که در این صورت، شرکت در جرم محسوب می‌شود.» در این ماده قانونی، وحدت قصد چند نفر در ایجاد اسباب طولی جنایت، به منزله شرکت آن‌ها در جرم مقصود شناخته شده، به طوری که با احراز عمد و وحدت قصد در جنایت، مقدم یا مؤخر بودن تأثیر آن اسباب تفاوتی ندارد. به عبارت دیگر، نتیجه منطقی این ماده آن است که در جرایم عمدی، وحدت قصد چند نفر در ارتکاب جرم واحد برای تحقق شرکت در جرم لازم و مؤثر است، حال آن‌که در مواد ۳۶۹ و ۳۷۰ همان قانون به شکل کاملاً متعارضی، وحدت قصد به هیچ وجه لازم شمرده نشده است، به گونه‌ای که ممکن است یکی از شرکا فقط دارای تقصیر جزایی و شریک دیگر دارای قصد مجرمانه باشند.

در این مقاله، پس از توصیف رویکرد مادی به مفهوم شرکت در جرم، نارسایی‌ها و اشکالات حاصل از پذیرش آن مفصلاً بیان می‌گردد. سپس، با استناد به دکترین کنترل جرم که توسط برخی حقوق دانان آلمانی پیشنهاد شده، بازاندیشی در تعریف شرکت در جرایم تعزیری توصیه می‌گردد. در رویکرد پیشنهادی، دخالت در تسهیل جرم و یا تشویق مرتکبین اصلی، برای این‌که مرتکب در ردیف شرکای جرم جای گیرد کافی نیست؛ با این همه، هرگونه همکاری با اشخاص دیگر از طریق ایجاد بعضی مقدمات مستقیم و ضروری جرم، به شرط سهیم بودن در تصمیم مشترک مجرمانه، مرتکب را شایسته‌ی توصیف به‌عنوان یکی از شرکای جرم می‌سازد و به این ترتیب، احراز رابطه‌ی علیت مادی میان رفتار شخص و تحقق خارجی جرم لزومی ندارد.

۱. تبیین ماهیت شرکت در جرم بر مبنای رویکرد مادی

در رویکرد مادی، شرکت در جرم زمانی تحقق می‌یابد که عمل دو یا چند شخص به‌عنوان شرکای جرم، مجتمعاً منطبق با فعل یا ترک فعلی باشد که در قانون ممنوع گردیده و جرم واحدی را تشکیل می‌دهد (مانند اشتراک چند نفر در عمل ربایش مال غیر در بزه سرقت)؛ در خصوص جرایم مقید به نتیجه (مانند سلب حیات در بزه قتل) نیز لازم است که عمل یکایک شرکا، مجتمعاً دخیل

در علت یا عامل مادی و مستقیم پیدایش نتیجه‌ی جرم باشد. ضمناً در رویکرد مزبور، کسانی که رفتار آن‌ها فاقد چنین وصفی است، در غیر موارد مباشرت معنوی که در اینجا محل بحث نیست، فقط ممکن است تحت‌عنوان معاونت در جرم مسئولیت داشته باشند.

چون اشتراک در عنصر روانی یا همکاری آگاهانه و هماهنگ شرکا در رویکرد مادی ضرورتی ندارد، ممکن است کسی بدون اینکه از عمل مجرمانه‌ی دیگری اطلاع داشته باشد، به طور اتفاقی در عنصر مادی جرم واحدی (اعم از جرم عمدی یا غیر عمدی) با او سهیم شود و شرکت در جرم میان آنها تحقق یابد. در نتیجه، مسئولیت هر شریک کاملاً جنبه‌ی شخصی دارد و جمعی بودن اقدام مجرمانه، در تشدید یا تخفیف مسئولیت او بی‌اثر انگاشته می‌شود. خلاصه اینکه شرکت در جرم در رویکرد مادی، صورت خاصی از تحقق عنصر مادی جرم است و تا جایی که به عنصر روانی و مسئولیت کیفری مربوط می‌شود، شریک جرم هیچ تفاوتی با مجرم منفرد و مستقل ندارد. از منظر رویکرد مادی، حتی اگر چند نفر به طور تصادفی علیه بزه‌دیده‌ی واحدی وارد عمل شده باشند، باز هم در صورت استناد مادی جرم به رفتار یک‌یک آنها، شرکت در جرم تحقق یافته است، چرا که: «صرف شرکت مادی، برای تحقق شرکت در جرم کافی است و توافق قبلی یا مقارن با ارتکاب جرم (سوء نیت خاص شرکت) توسط شرکاء لازم نیست.» (زراعت، ۱۳۸۷: ۱۱۵-۱۱۴)^۱

به نظر طرفداران رویکرد مادی، «موضوع شرکت، صرفاً با رکن مادی جرم مرتبط است، لذا شرکت در وقوع زیان، بدون لحاظ کیفیت رکن روانی و توجه به انگیزه یا عمد و قصد شرکا، امری عینی و واقعی قلمداد می‌گردد...» (صادقی، ۱۳۹۲: ۴۱). به عبارت دیگر، «برخلاف رکن مادی شرکت که مجموع سهام مرتکبین، رکن مادی را تشکیل داده و نتیجه باید معلول حاصل جمع عملیات اجرائی باشد، در رکن معنوی، مرتکب در صورتی شریک محسوب می‌شود که هریک از آن‌ها منفرداً رکن معنوی جرم یا جنایت ارتكابی را دارا باشند. بنابراین در رکن معنوی شرکت، موضوع تجمیع منتفی است» (آقایی نیا، ۱۳۹۲: ۱۱۶) بر همین مبنا، در توضیح ماده ۴۲ قانون سابق مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۷۰) بیان شده است: «عبارت (عالمماً و عامداً) به معنای آن نیست که شرکت کنندگان در جرم باید با یکدیگر وحدت قصد داشته باشند بلکه قصد مجرمانه هریک از شرکا کفایت می‌کند.» (زراعت، ۱۳۸۷: ۱۱۵) قید «عالمماً و عامداً» از نظر این گروه، درنهایت «قید زائدی» معرفی شده است (زراعت، ۱۳۹۲: ۲۱۳).

بعضی از طرفداران رویکرد مادی، نه تنها معتقدند که برای احراز شرکت در جرم، باید دخالت مجرمان متعدد در عنصر مادی جرم واحد به اثبات رسد، بلکه هم‌عرض بودن عوامل دخالت‌کننده

۱. نیز ر.ک. اردبیلی ۱۳۹۲، ۸۶: «بطور کلی، شرکت در جرم منوط به هیچ نوع توافقی نیست» و مرادی، ۱۳۷۳، ۴۸-۴۷: «قصد خاص شرکت ضرورتی ندارد».

را نیز از شرایط تحقق شرکت در جرم می‌دانند. افزون بر این به نظر آنان، شرکت در جرم، اصلاً ربطی به مبحث مسئولیت کیفری ندارد، بلکه صرفاً یکی از حالت‌ها و صورت‌های مختلف عنصر مادی جرم محسوب می‌گردد. یکی از حقوق‌دانان در ضمن انتقاد از ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که امکان تحقق شرکت در جرم را در اجتماع طولی سبب و مباشر تلویحاً پذیرفته است، با اعتقاد به این‌که شرکت در جرم یا مشارکت در ایراد خسارت، حتی بدون وجود هر گونه عنصر روانی هم امکان‌پذیر است، از جمله تصریح می‌کند: «تحقق شرکت در جرم یا مشارکت در ایجاد صدمه و خسارت، منوط به وجود دو رکن اساسی است: مداخله عوامل متعدد، هم‌عرض بودن عوامل... از آنجا که شرکت صورتی از انجام رکن مادی جرم است، اصولاً شرایط روانی و ویژگی‌های فردی مباشر در تحقق شرکت وی با سبب در حدوث نتیجه مدخلیتی ندارد، همچنان که وجود یا عدم قصد و تبانی شرکاء نیز در این امر فاقد اثر است، لذا خصوصیات ویژه مباشر یا سبب مانند جنون، جهل، صغر و ... فی نفسه در تحقق شرکت یا عدم آن نقشی نداشته و با وجود شرایط لازم، عوامل دخالت‌کننده همچنان شریک محسوب می‌شوند، هرچند ویژگی‌های مذکور می‌تواند ماهیت ضمان مباشر یا سبب را دگرگون سازد» (صادقی، ۱۳۹۲: ۱۱۶-۱۱۵).

۲. پیامدهای نامطلوب اتخاذ رویکرد مادی نسبت به تعریف شرکت در جرم

رویکرد مادی به شرکت و مباشرت در جرم، علاوه بر این‌که در نظام حقوقی کنونی ایران طرفداران زیادی دارد، در نظام کامن‌لا (مخصوصاً کشورهای انگلستان و ایالات متحده) هم به خوبی شناخته شده است. در این نظام‌های حقوقی نیز مباشر جرم یا مجرم اصلی، کسی است که عنصر مادی جرم را به اجرا درآورده باشد و تمامی مداخله‌کنندگان دیگر، تحت‌عنوان «معاونین» یا «محرکین» جرم توصیف می‌شوند. با این همه، رویکرد مزبور موفق عمل نکرده و پیامدهای غیر قابل قبولی به همراه دارد، چرا که عدم مباشرت در اجرای عنصر مادی جرم، همیشه به معنای مسئولیت کمتر در مجرمیت‌های گروهی نیست. لذا در طول زمان، کامن‌لا از طریق رویه‌ی قضائی، نظریات متعددی را طراحی کرد تا این کمبود را برطرف نماید. در نظام‌های حقوقی کنونی وابسته به کامن‌لا، تفکیک مجرمین اصلی از مداخله‌کنندگان ثانوی یا همان معاونین جرم، اهمیت خود را به شدت از دست داده، به طوری که مثلاً در حقوق کیفری ایالات متحده، معاونین و مباشرین جرم به یک اندازه مسئولیت داشته، در معرض محکومیت به مجازات‌های یکسانی هستند. در واقع چون تعریف ارائه شده از مباشرت و معاونت در جرم، دارای انسجام و کارایی لازم نبوده، بهترین راه حل را این دیده‌اند که تفکیک میان مباشر و شریک جرم از یک سو و معاون جرم از سوی دیگر را آن‌چنان کم‌رنگ سازند که در نتیجه‌ی نهایی پرونده تأثیری نداشته باشد، تا جایی که بر مبنای دکنترین قانون

مشترک مجرمانه، در صورت اثبات وحدت قصد همکاری کنندگان در ارتکاب جرم، در نظام‌های کامن‌لا هیچ تفاوتی میان محکومیت به عنوان مباشر جرم و یا محکومیت به عنوان معاون جرم باقی نمانده است.^۱ (Ohlin, 2015: 519)

به نظر نمی‌رسد که این عدم موفقیت رویکرد مادی در نظام‌های حقوقی کامن‌لا، جای تعجب داشته باشد؛ ذیلاً توضیح می‌دهیم که چرا قبول رویکرد مادی برای تفکیک مرتکبین اصلی جرم از سایر مداخله کنندگان، مشکل‌آفرین می‌شود.

۱.۲. ناهماهنگی با درک عرفی و دشواری‌های بی‌ثمر در مقام اجرا

به موجب ماده ۱۲۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، قابل استناد بودن جرم به رفتار تمامی شرکا، شرط ضروری تحقق شرکت در جرم است؛ مفهوم دقیق «استناد» روشن نیست و گروهی آن را مترادف علیت مادی و گروهی به معنای انتساب جرم به شخص معین بر حسب قضاوت عرف می‌پندارند. اگر «استناد» به معنی رابطه علیت مادی باشد، جرم فقط به کسانی مستند می‌شود که علت مادی مؤثر در پیدایش جرم را به دست خود یا با واسطه یک عامل غیر مسئول که همچون آلت دست آن‌ها بوده، به وجود آورند؛ پس در این برداشت نوع ذهنیت یا وضعیت روانی مرتکب، مدخلیتی در استناد ندارد. با این همه، برخی حقوق‌دانان با تکیه بر داوری عرف، مفهوم علیت مادی را در جرایم مستلزم تعزیر و مخصوصاً بزهکاری سازمان‌یافته، مناسب ندانسته، عنوان داشته‌اند که اگر عرف، کسی را فاعل جرمی مثلاً فاعل قتل تلقی کرد و فرضاً عنوانی نظیر قاتل یا سارق را بر وی اطلاق نمود، بجا است از لحاظ حقوقی چنین کسی را شریک جرم به حساب آوریم (حاجی‌ده-آبادی، ۱۳۹۰: ۱۴۶-۱۰۷). با قدری تأمل به آسانی می‌توان دریافت که درک عرفی، همکاری هماهنگ در راستای هدف مجرمانه‌ی مشترک را موجب انتساب نتیجه به همکاری کنندگان می‌شمارد، ولو اینکه رابطه‌ی استناد مادی میان عمل تمامی آنها با جرم ارتكابی محرز نباشد. از همین جهت، در پاره‌ای از تعاریف حقوقی نیز شریک در جرم را علی‌الاصول کسی دانسته‌اند که با فرد یا افراد دیگری در انجام مادی فعل یا ترک فعل مجرمانه، به نحو «هماهنگ با همکاران خود دخالت می‌کند، به نحوی که بتوان او را شریک در مفهوم عرفی آن شناخت.» (نوربها، ۱۳۸۷: ۱۹۸). در

۱. مفهوم کانون مشترک مجرمانه (joint criminal enterprise) و مفهوم مشابه آمریکایی آن موسوم به دکترین تبانی پینکرتون، تبانی را نه به عنوان یک جرم ناقص، بلکه به عنوان صورت خاصی از مسئولیت کیفری تعریف می‌کند که شامل جرایم تام هم می‌شود. طبق این مفهوم، تفکیک میان مباشرین مادی و معاونین جرم، اهمیت خود را یکسره از دست می‌دهد، زیرا تبانی کنندگان مسئول تمام جرایمی هستند که با اجرای طرح یا توافق مجرمانه تحقق می‌یابد، ولو اینکه مباشرت مادی در آن جرایم نداشته باشند. (یوسفیان شوره‌دلی، ۱۳۹۳: ۳۰۱-۲۶۷)

مقابل، طرفداران برداشت مادی، با انکار نقش عرف در تبیین مفهوم حقوقی شرکت در جرم، از اینکه قانون‌گذار در مواد ۵۲۶، ۵۳۵ و ۵۳۶ قانون مجازات ۱۳۹۲ تا حدی برای تشخیص استناد به قضاوت عرفی تکیه کرده و با دخالت دادن عنصر روانی در استناد و ضمان، از قواعد «عقلی و شرعی» فاصله گرفته است، به شدت ابراز تأسف نموده‌اند (صادقی، ۱۳۹۲: ۳۳-۵۶ و صادقی، ۱۳۹۳: ۱۲۳-۹۷).

به نظر می‌رسد برداشت عرفی مبهم‌تر از آن است که به تنهایی بتواند معرف خوبی برای مفهوم شرکت در جرم باشد؛ اما اصرار ورزیدن بر تبعیت بی‌چون و چرا از رویکرد مادی به شرکت در جرم، در مواردی باعث می‌شود با اینکه درک عرفی بدون هیچ تردیدی شرکت در جرم را محقق می‌داند، نتوانیم همکاری کنندگان در یک اقدام مشترک مجرمانه را شریک یکدیگر قلمداد کنیم. برای نمونه، اگر دو نفر برای سرقت اموال موجود در یک انبار دولتی، همراه یکدیگر حفره یا نقبی در دیوار آن ایجاد کنند که فقط یک نفر بتواند از راه آن وارد شود، سپس یکی از آن‌ها داخل انبار شده و کیسه‌های حاوی سیمان را تا نزدیک محل نقب بیاورد و دومی، بدون این‌که وارد شود، دست دراز کرده و کیسه‌ها را یکی یکی خارج نموده و در وانت‌بار خود جای دهد، عرفاً هر دو نفر سارق مال محسوب می‌شوند. اما اگر بخواهیم با نادیده گرفتن درک عرفی، صرفاً بر برداشت مادی از شرکت در جرم پافشاری نماییم، کسی که وارد انبار شده، مالی را نبروده، بلکه فقط مال را در داخل حرز جایجا کرده است. در این صورت، فقط نفر دوم به عنوان مباشر جرم سرقت شناخته خواهد شد.^۱

به عنوان یک مثال دیگر، فرض کنیم که دو نفر با همکاری یکدیگر دست کسی را قطع کنند، بدین نحو که یکی از آن‌ها کاردی را بر روی ساعد و دیگری کاردی را بر پشت ساعد مجنی‌علیه قرار دهند و هم‌زمان فشار وارد آورند تا آن‌که دست مجنی‌علیه قطع شود. جماعتی از طرفداران رویکرد مادی قائل به این هستند که در چنین فروضی، شرکت در جنایت تحقق نیافته، بلکه هر یک از مرتکبان را باید منفرداً در صورت امکان، به سبب همان مقدار صدمه‌ای که با کارد او وارد شده، قصاص نمود و اگر امکان نداشته باشد، قصاص ساقط است (نجفی، ۱۳۷۶: ۷۱-۷۰). در مقابل، صاحب تکمله‌المنهاج بعید نمی‌داند که باتوجه به صدق عرفی، شرکت در چنین فرضی تحقق یابد. (موسوی خویی، ۱۴۲۸: ۳۳) واضح است که در این مثال نیز صدق عرفی شرکت، دقیقاً به سبب وجود هماهنگی و هدف مشترک میان شرکا می‌باشد.

۱. این مثال در اصل، مقتبس از منابع فقهی است و فقها در مورد مشابه، صرفاً خارج کننده‌ی مال را مشمول حد می‌دانند؛ چون در این مقاله، قصد نقد و بررسی فتاوی فقها را نداریم، مثال را طوری تغییر دادیم که مشمول عنوان سرقت حدی نشود. برای ملاحظه‌ی فتاوی و تحلیل فقهی، ر.ک. موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷: ۴۶۳-۴۶۲.

از دو مثال فوق می‌توان نتیجه گرفت که عرف، تقسیم کار در عملیات اجرایی جرم را مانع تحقق شرکت در جرم نمی‌شمارد، در حالی که اگر رویکرد مادی بخواهد خود را از درک عرفی بی‌نیاز بداند، باید نتایج غیرطبیعی و عجیبی را قبول کند. ممکن است این اشکال به ذهن برسد که درک عرفی، تفاوتی میان معاون و شریک جرم قائل نیست؛ لذا تبعیت از آن، درهم آمیختگی مفاهیم تثبیت شده در حقوق ایران (از قبیل شرکت و معاونت در جرم) را در پی خواهد داشت. در پاسخ به این اشکال، تأکید می‌نماییم مدعای ما این نیست که عرف باید یگانه ملاک در تعریف مفاهیم حقوقی مذکور باشد یا جای تعاریف قانونی را بگیرد. با این همه، به نظر می‌رسد هرچند درک عرفی به تنهایی نمی‌تواند مفاهیم حقوقی شرکت و معاونت در جرم را به درستی از یکدیگر تفکیک نموده و تعریف حقوقی هر کدام از آنها را به دست دهد، در عین حال قواعد حقوقی نیز نمی‌توانند درک عرفی را یکسره نادیده بگیرند.

هنگامی که ارتباط رفتار شخص با وقوع جرم چنان نزدیک و اساسی است که توصیف او صرفاً به‌عنوان معاون جرم (و انتساب مسئولیت فرعی به او) با اساسی‌ترین انگاره‌های عدالت ناسازگار می‌نماید، یک نظام حقوقی نمی‌تواند فقط به این خاطر که رفتار شخص مزبور، بخشی از جزء اخیر علت تامه یا عنصر مادی جرم به معنای اخص کلمه نبوده است، داوری روشن عرف را فراموش کند و چنین کسی را در زمره شرکای جرم جای ندهد. توضیح اینکه به کار بستن ملاک مادی در تعریف شرکت در جرم، مستلزم آن است که در هر جرمی، اولاً معلوم شود که علت تامه‌ی نتیجه‌ی مجرمانه دقیقاً چه چیز بوده و ثانیاً، آن علت تامه، دقیقاً با رفتار چه کس یا کسانی ایجاد شده است. این در حالی است که عرف در موارد بسیاری، ما را از این دشواری‌های بی‌حاصل نجات می‌دهد. نمونه‌های زیر از رویه‌ی قضائی ایران، این نکته را به شکل واضح‌تری نشان می‌دهد:

در یکی از پرونده‌های اصراری، شعبه هفدهم دادگاه کیفری یک اهواز چنین استدلال کرده است: «برای دادگاه محرز است که متهم همان‌گونه که در تحقیقات اولیه اقرار نموده پس از این‌که متهم دیگری یعنی تورج طناب را بر گردن مقتول انداخته وی نیز با چاقو به مقتول حمله نموده ضربات متعددی به مقتول وارد نموده است و آثار خون بجای مانده نیز مؤید این مطلب می‌باشد... اگرچه با توجه به سوزاندن جسد نمی‌توان تأثیر عمل وی و متهم دیگر را دقیقاً مشخص نمود لیکن مستفاد از ماده ۲۱۵ قانون مجازات اسلامی خواه اثر کار آن‌ها مساوی باشد یا متفاوت دادگاه مرگ را مستند به [عمل] هر دو متهم می‌داند...» (دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان عالی کشور، ۱۳۷۷: ۲۹۹).

در استدلال فوق، دادگاه این نکته را نادیده گرفته است که چه بسا انداختن طناب به دور گردن مقتول، هیچ اثری در تحقق مرگ نداشته و یا برعکس، آنچه موجب مرگ شده خفه شدن مقتول به

دست تورج بوده و ضربات چاقو فقط موجب ایراد جراحت شده است. به هر حال، استناد به ذیل ماده ۲۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ مصادره به مطلوب بوده زیرا، ابتدا باید اصل تأثیر عمل مجرم در تحقق مرگ و سلب حیات از مقتول ثابت شود و سپس بگوییم که ضعیف یا قوی بودن این تأثیر، یکسان است. چنانچه جسد مقتول سوزانده نمی‌شود، چه بسا معلوم می‌گردید که عمل یکی از متهمان در بروز مرگ، بی‌اثر بوده‌است.

پس از نقض رأی اولیه، شعبه ۲۰ دادگاه عمومی اهواز دوباره با اجرای قسامه، حکم به شرکت در قتل و قصاص هردو متهم داده، اما شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور بار دیگر ضمن نقض دادنامه تجدیدنظر خواسته بیان می‌دارد که «اولاً متهم ردیف ۲ حسین مکرراً می‌گوید به تنهایی او را کشتیم و متهم ردیف ۳ فقط اعتراف کرده که طناب به گردن مقتول انداخته و هم‌زمان متهم ردیف ۲ با چاقو به سینه و شکم مقتول زده که وجود آثار خون در منزل مقتول و در اتومبیل حامل جسد مؤید این مطلب است. و در این صورت عمل متهم ردیف ۳ در حد امساک خواهد بود و قتل توسط ضربات چاقو انجام گرفته و اگر بعد از ضربات چاقو متهم ردیف ۳ فشار بر گردن را ادامه داده باشد این کار بر شخص کالمدبوح انجام شده و موجب قصاص نمی‌گردد و قسامه نمی‌تواند واقعیت را دگرگون سازد...» (همان: ۳۰۰) جالب آنکه برای بار سوم شعبه هجدهم دادگاه عمومی اهواز متکفل رسیدگی شده و دوباره با اجرای مراسم قسامه، حکم به شرکت دو متهم در قتل صادر می‌نماید و این در حالی است که در استعلام به عمل آمده از پزشکی قانونی، به هیچ عنوان علت تامة مرگ مشخص نبوده است. سرانجام، پرونده در هیأت عمومی شعب کیفری دیوان عالی کشور مطرح می‌گردد.

به مشروح مذاکرات هیأت عمومی دسترسی نداریم، اما در نهایت به رغم نظر مخالف نماینده دادستان کل کشور، در رأی اصراری شماره ۱۴ مورخ ۱۳۷۵/۷/۱۷ چنین عنوان شده است: «با توجه به اظهارات و اقرار متهمین در مورد نحوه مداخله در قتل احمد... و مخفی کردن جسد و کشف قطعاتی از آن اعتراض مؤثر نیست و به استناد بند (ج) ماده ۲۴ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب دادنامه شماره ۲۱۸-۷۵/۲/۶-شعبه هجدهم دادگاه عمومی اهواز مبنی بر محکومیت تورج... به قصاص نفس با قیود اجرایی آن (رعایت حقوق و سهم صغار و قاتلین در صورت قصاص) با اکثریت آراء ابرام می‌شود.» (همان: ۳۰۴-۳۰۰) با توجه به اینکه در پرونده به دلیل سوزانده شدن جسد مقتول، امکان تشخیص علت دقیق مرگ وجود نداشته و با این وجود، شرکت در جرم به نظر قضات دیوان عالی کشور محقق شمرده شده است، می‌توان استنباط کرد که به نظر هیأت عمومی، هرگاه همکاری و دخالت هماهنگ دو یا چند نفر در قتل کسی ثابت شده ولی به اثبات نرسد که علت دقیق مرگ او چه بوده است، مخصوصاً اگر مرتکبین عمداً و مشترکاً

عملی انجام داده باشند که موجب نامعلوم ماندن علت دقیق مرگ شده باشد، شرکت در قتل به دلیل صدق عرفی آن بدون نیاز به اثبات تأثیر مادی عمل هریک از شرکا در حدوث مرگ قابل احراز خواهد بود. این در حالی است که اگر بیش از اندازه بر ملاک مادی به عنوان یگانه ملاک مؤثر در تعریف شرکت در جرم تأکید کنیم، چه بسا به دلیل معلوم نشدن علت تامه، بی‌جهت محاکم را با معماهای قضائی روبرو کنیم و وقت زیادی را مصروف گشودن گره کور برخی ماجراهای جنایی نماییم.

در رأی اصراری شماره ۱۶ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۱۵ هیئت عمومی شعب کیفری دیوان نیز قضاوت عرف در احراز شرکت در قتل، (با صراحت بیشتری) دخالت داده شده است: «با عنایت به شکایت اولیاء دم مقتول از آقایان محمد... و حمید... مبنی بر شرکت در قتل عمدی مرحوم علی صفدر... و تقاضای قصاص آنان و با توجه به مندرجات گزارش معاینه‌ی جسد مبنی بر مشاهده یک جفت جوراب مشکی زنانه در گردن مقتول و گره آن در خلف گردن و انسداد مجاری هوایی فوقانی در اثر فشار جسم رشته‌ای مانند و خفگی ناشی از آن و اقرار صریح متهمان به شرکت در عملیات اجرایی بزه معنونه و سبق تصمیم هر دو نفر به ارتکاب آن و تهیه وسایل ارتکاب آن و انتساب عرفی قتل به هر دو نفر و این‌که در اوضاع و احوال منعکس در پرونده، منفرداً و مستقلاً قادر به انجام آن نبوده‌اند... رای شعبه نهم دادگاه عمومی همدان دائر بر محکومیت متهمان به قصاص نفس... تأیید می‌گردد» (اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۸۶: ۴۴۴). قضات هیئت عمومی در پرونده‌ی اخیر، در شرایطی شرکت در قتل عمدی را احراز کرده‌اند که طبق محتویات پرونده، دخالت هر دو متهم در تهیه مقدمات و وسایل ارتکاب جرم، تصمیم مشترک هر دو نفر به ارتکاب قتل راننده (مقتول) و سرانجام، همکاری هر دو نفر در عملیات اجرایی جرم به معنای موسع کلمه محرز بود، اما فشار وارد بر ناحیه گردن مقتول را فقط یک نفر وارد ساخته و نقش دیگری، نگه داشتن مقتول و جلوگیری از مقاومت او بود؛ به این ترتیب، با اینکه از بعضی از مراجع عظام حوزه علمیه قم استفتاء شده بود که در پاسخ، شرکت در قتل را تأیید ننموده بودند، (همان، ۴۲۳-۴۲۲) ملاحظه می‌شود که همکاری در اجرای نقشه مشترک در تمامی مراحل، از جمله تحریک متهم دیگر، تهیه‌ی آلت قتل و سرانجام، مهار مقاومت مقتول با داشتن قصد مشترک، باعث گردیده که قضات هیئت عمومی، به جای حکم معاونت و امساک، حکم شرکت و مباشرت هر دو متهم در قتل را جاری سازند.

۲.۲. نتایج غیر منطقی و ناعادلانه‌ی تبعیت از رویکرد مادی

تبعیت از رویکرد مادی و مآلاً تعریف شرکت در جرم بدون در نظر گرفتن نقش هماهنگی و تصمیم مشترک مجرمانه، نه تنها مخالف با درک عرفی است، بلکه چه بسا به نتایجی منتهی می‌شود که به سختی می‌توان آنها را با مقتضای اجرای عدالت سازگار دانست. بویژه در جرایم مقید به نتیجه، اتخاذ چنین رویکردی، سرنوشت همکاری کنندگان در ارتکاب جرم را به بخت و تصادف احاله می‌دهد و مانع آن می‌شود که عدالت کیفری، مسئولیت جزایی را بر اساس میزان تقصیر اخلاقی یا خطر اجتماعی مجرمان، به شکل عادلانه و منطقی توزیع نماید. توضیح این‌که در یک همکاری مجرمانه گاه ممکن است دو نفر بزهکار به طور هم‌زمان و با اشتراک در قصد ایجاد نتیجه، برای دست یافتن به هدف واحد و مشترک خود وارد عمل شوند و به عنوان نمونه، به سوی شخص واحدی هم‌زمان تیراندازی کرده یا او را به قصد قتل، به همراه یکدیگر کتک بزنند. رویکرد مادی، چنین مواردی را از مصادیق شرکت در جرم نمی‌داند، مگر اینکه ثابت شود مجنی علیه حقیقتاً بر اثر گلوله‌های شلیک شده توسط هر دو مجرم یا ضربات متعدد وارده توسط هر دو بزهکار، به قتل رسیده است. اما آیا چنین چیزی به راستی منطقی است؟

به نظر می‌رسد در چنین مواردی که «دو یا چند نفر با یکدیگر در عمل نهایی مجرمانه همکاری می‌کنند تا به نتیجه معینی برسند، اغلب غیر طبیعی است که بخواهیم سهم ایفاء شده توسط هر کدام را تفکیک و مرتکب اصلی را از مرتکب ثانوی جدا نماییم. مثلاً اگر دو نفر کسی را آن قدر کتک بزنند که منتهی به مرگ شود، هیچ معنا و منطق قابل درکی ندارد که بخواهیم میان شخصی که ضربه خاص منتهی به مرگ را وارد آورده، با شخص دیگر که ضربه کشنده را فقط بر حسب اتفاق وارد نساخته تمایزی قرار دهیم» (Cryer et al, 2010 : 363). در مثال مذکور، چون هر دو نفر مصمم به قتل مجنی علیه بوده‌اند، برای آنها فرق نمی‌کند که نتیجه مجرمانه با ضربه یا گلوله کدامیک حاصل شود؛ آنها هر دو تصمیم به مباشرت در قتل دارند و فقط بعد از مرگ قربانی است که از کتک زدن مجنی علیه یا شلیک کردن به سمت او دست می‌کشند و به همین خاطر، گناه هیچ کدام کمتر از دیگری نیست. حتی شاید خود آنها هم به درستی ندانند که ضربه یا ضربات کدامیک، نهایتاً باعث مرگ مجنی علیه شده یا گلوله‌های کدامیک به موضع حساس بدن مقتول اصابت کرده است؛ در چنین شرایطی، چگونه می‌توان یکی از آنها را فقط به عنوان معاون جرم یا هر عنوان دیگری غیر از شریک جرم، از مسئولیت اصلی میرا پنداشت؟

یکی دیگر از مظاهر ناعادلانه بودن این رویکرد، در مورد کیفیات مشدده عینی مجازات بروز می‌نماید. توضیح این‌که بدون توجه به عنصر هماهنگی و همکاری مشترک، ناچار باید قبول کرد که «پیش‌بینی مجازات فاعل مستقل برای شریک جرم به خاطر آن است که هر شریکی وصف

مجرم بودن را از فعل خودش به دست می‌آورد و دخالت دیگران در تشدید یا تخفیف مجازات وی تأثیری ندارد» (زراعت، ۱۳۹۲: ۲۱۲). البته گاهی مقرراتی در قانون وجود دارد که دخالت یک شریک را موجب تشدید مجازات شریک دیگر می‌داند و با رویکرد مادی نمی‌توان چنین مقرراتی را به نحوه عادلانه‌ای اجرا نمود. مثلاً فرض کنید کامیونی که حامل بسته‌های مواد شوینده است بر اثر حادثه‌ای واژگون می‌شود. «الف» و «ب» که این صحنه را مشاهده می‌کنند، هر کدام یک جعبه از بار کامیون را برداشته و سرقت می‌نمایند، بدون این‌که ارتباطی با هم داشته یا در این کار به یکدیگر کمک کرده باشند. در بند «۵» ماده ۶۵۶ قانون مجازات اسلامی - تعزیرات مصوب ۱۳۷۵، صرف این واقعیت که سارقین دو نفر یا بیشتر بوده‌اند موجب تشدید مجازات دانسته شده است، اما آیا در مثال فوق این حکم تشدید مجازات جاری خواهد شد؟ مسلماً در اینجا نمی‌توان از «همکاری» دو مجرم سخن گفت. اگر صرفاً علم و عمد در سرقت را کافی بدانیم و برای تحقق شرکت در جرم قصد همکاری متقابل را لازم نشماریم، باید مجازات این دو مجرم را تشدید کنیم. ولی هرگاه قائل به این باشیم که توافق ضمنی شرکا برای همکاری در سرقت بار کامیون، شرط تحقق شرکت در جرم است، بدیهی است که هم‌زمانی تصادفی سرقت ارتكابی دو مجرم علیه هدف واحد در مثال فوق، از مصادیق شرکت در جرم محسوب نخواهد شد، بلکه هر یک از دو مجرم به عنوان فاعل مستقل جرم سرقت تعقیب و به مجازات آن محکوم خواهند شد. تشدید مقرر در بند «۵» ماده ۶۵۶ مذکور بدون وجود تصمیم مشترک مجرمانه، دور از عدالت و انصاف به نظر می‌رسد، زیرا تشدید مجازات یک سارق به خاطر دخالت سارق دیگر فقط در صورتی اخلاقی است که به اتفاق، تصمیم به سرقت گرفته باشند.

در مثال دیگری فرض می‌کنیم که دو نفر مجرم فراری که هیچ ارتباطی با هم ندارند، برای در امان ماندن از دستگیری، به عنف و اکراه، وارد مسکن غیر می‌شوند. همچنین فرض می‌کنیم که یکی از آن‌ها، حامل سلاح و دیگری فاقد سلاح باشد. مطابق مقررات ماده ۶۹۴ قانون مجازات اسلامی (کتاب تعزیرات مصوب ۱۳۷۵) کیفر مرتکبین در چنین فرضی، به جای حبس از شش ماه تا سه سال، حبس از یک تا شش سال خواهد بود. اما آیا اگر متهمی که سلاح ندارد، هیچ توافقی با متهم دیگر نداشته و تصادفاً وارد یک خانه شده باشند، تشدید مجازات او عادلانه است؟

رویکرد مادی به شرکت در جرم، چاره‌ای جز این ندارد که در مثال فوق، نتیجه ناعادلانه را بپذیرد و مجازات هر دو نفر را تشدید نماید. در عین حال، این رویکرد در مورد سایر جرایمی که حکم قانونی خاص وجود ندارد، کیفیت مشدده مجازات را به کسی که با رفتار خود موجب تحقق کیفیت مزبور شده اختصاص خواهد داد، ولو این‌که شرکای دیگر که در عنصر مادی جرم دخالت داشته‌اند، به وجود آن کیفیت مشدده عالم بوده و کاملاً نسبت به آن رضایت داشته باشند. به عنوان

مثال، در بزه توقیف غیر قانونی، طبق ماده ۵۸۷ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی، چنانچه مرتکب جرم توقیف غیر قانونی، شخص توقیف شده یا محبوس شده را تهدید به قتل نموده یا شکنجه و آزار بدنی وارد آورده باشد، مجازات او به یک تا پنج سال حبس تشدید می‌شود. در این حالت، اگر یکی از شرکای جرم، شخص محبوس شده را (به طور خودسرانه یا به دستور شریک دیگر) تهدید به قتل نماید یا شکنجه کند، در صورت پذیرش رویکرد مادی، مجازات شریک دیگر را نمی‌توان طبق ماده مذکور تشدید نمود. در این مورد، فرق نمی‌کند که شریک دیگر نیز در هنگام مباشرت به جرم توقیف غیر قانونی، خواستار شکنجه یا تهدید به قتل مجنی علیه بوده یا نبوده باشد. این امر از آن جهت است که اگر رویکرد مادی بخواهد مجازات شرکای دیگر را در مثال فوق تشدید کند، لازم می‌آید که یک شریک را مسئول عمل شریک دیگر قلمداد کند، امری که از اساس با رویکرد مادی مغایرت دارد. بعلاوه، در فرض خودسرانه بودن رفتار شریکی که مرتکب شکنجه یا تهدید به قتل شده، تسری دادن کیفیت مشدده به شرکای دیگر با موازین عدالت هم ناسازگار می‌نماید. به این ترتیب، تبعیت از رویکرد مادی باعث نوعی دوگانگی و عدم انسجام در نظام حقوقی ایران می‌شود، به این معنا که در جرایمی مانند سرقت و ورود به مسکن غیر، کیفیت مشدده عینی (مانند حمل سلاح) به حساب تمامی شرکا گذارده می‌شود و در جرایم دیگری مانند توقیف غیر قانونی، کیفیت مشدده عینی به کسی اختصاص می‌یابد که آن را ایجاد کرده است. به دیگر سخن در برداشت مادی، حالت توافق و تراضی شرکا به وجود کیفیت مشدده از یک طرف و حالت اقدام خودسرانه یکی از آنها از طرف دیگر، یکسان پنداشته می‌شود و به این ترتیب، خطر مضاعف حاصل از همکاری‌های هماهنگ مجرمانه از نظر دور می‌ماند.

برعکس در رویکردهایی که تصمیم مشترک مجرمانه را از عناصر ضروری شرکت در جرم می‌دانند، از این ناهماهنگی و عدم انسجام احتراز می‌گردد. از یک سو، در جرایمی نظیر سرقت و ورود به مسکن غیر، حمل سلاح توسط یکی از مرتکبین فقط در صورت علم و رضایت شرکای دیگر باعث تشدید مجازات آنها خواهد شد و از سوی دیگر در جرایمی نظیر توقیف غیر قانونی نیز علم و رضایت شرکا به وجود کیفیت مشدده باعث می‌شود که همگی پاسخگوی آن باشند. اگر اشتراک در طرح مجرمانه و همکاری متقابل را مبنا قرار دهیم، فقط در صورتی که مجموع عملیات مجرمانه، حاصل تصمیم مشترک و همکاری آگاهانه و هماهنگ شرکا با یکدیگر بوده باشد، چون این همکاری ذاتاً متضمن تهدید شدیدتری علیه نظم عمومی است، این تهدید شدیدتر با پاسخ متناسب مواجه خواهد شد. در چنین مواردی، کاملاً سودمند و عادلانه به نظر می‌رسد که هر شریک جرم را مسئول کیفیات مشدده ناشی از اعمال دیگران بدانیم، به شرط آن که وجود آن کیفیات مشدده مورد توافق تمام شرکا باشد.

افزون بر موارد فوق، رویکرد مادی بر این فرض نادرست استوار است که مباشرت مادی، نوعاً به معنای سنگین تر بودن مسئولیت اخلاقی و اجتماعی یک بزهکار در فعالیت مجرمانه مشترک است، حال آنکه مخصوصاً در جرایم سازمان یافته و جرایمی که با سوء استفاده از قدرت و نفوذ قانونی یا غیرقانونی ارتکاب می‌یابد، اهمیت تحریکات و مداخلات غیر مستقیم و همکاری در تهیه اسباب و مقدمات ضروری جرم را نباید دست کم گرفت. برای نمونه در گذشته، دیوان عالی کشور با تبعیت از رویکرد مادی، در دادنامه شماره ۲۶۴۰ مورخ ۲۷ دی ماه ۱۳۱۸، محرک جرم را از مصادیق مباشر خارج دانسته و چنین رأی داده است: «وادار نمودن دیگری به سوزاندن برگ‌ها و اسناد دولتی به طور صریح و روشن مشمول شق اول ماده ۲۸ قانون کیفر عمومی و از مصادیق واضح معاونت در اصطلاح قانون است ولو آن که تحریک مؤثر تام و علت قوی در ایجاد عمل بوده باشد و ایجاد حریق مباشرت مستقل و فاعلیت بزه است، اگرچه در نتیجه تأثیر تحریک مزبور بوده باشد.»^۱، در حال حاضر نیز، تحریک دیگری و حتی سوء استفاده از قدرت برای واداشتن او به ارتکاب جرم، طبق ماده ۱۲۶ قانون مجازات اسلامی، از مصادیق معاونت در جرم شمرده می‌شود و علی‌الاصول، مستلزم مجازات به مراتب کمتری نسبت به مباشر جرم است. همین امر، انتقاد بعضی صاحب‌نظران را بر-انگیخته است، چرا که در اغلب موارد، مخاطره کسی که دیگری را وادار به جرم نموده، به مراتب بیش از مباشر مستقیم جرم است. «کسی که در پناه ثروت و یا قدرت خویش از وجود دیگران سوء استفاده می‌نماید و بدون آن که مستقیماً دست خود را به ارتکاب جنایت آلوده نماید، دیگری را وادار به ارتکاب جرم می‌نماید، به مراتب برای جامعه خطرناک‌تر از مباشر مادی و مستقیم جرم است. در این شرایط، دفاع جامعه ایجاب می‌نماید که مسئولیت چنین شخصی بیش از مباشر مادی جرم و یا حداقل مساوی وی باشد، در صورتی که عملاً مسئولیت او کمتر است.» (محسنی، ۱۳۷۶: ۴۶-۴۵).

۳. رویکرد مبتنی بر ضابطه‌ی کنترل جرم

با توجه به نقاط ضعف رویکرد مادی، قانون‌گذار ایران در مواردی به تعدیل آن همت گماشته است. برای نمونه در مواد ۵۳۸ و ۶۲۱ قانون مجازات اسلامی (کتاب تعزیرات) و برخی مواد قانونی پراکنده دیگر، ارتکاب جرم «توسط دیگری» یا همان مباشرت معنوی به منزله مباشرت مادی تلقی شده و مستلزم همان مجازات است. نارسایی موجود در چنین مقرراتی آن است که اولاً قانون‌گذار هیچ تعریف خاصی از مفهوم ارتکاب جرم توسط دیگری یا مفهوم مباشرت معنوی ارائه نکرده و به نظر می‌رسد شرایط تحقق این مفاهیم در دکتین حقوقی نیز به درستی تبیین نشده است. در

۱. ابده، محمد؛ اصول قضائی دیوان عالی کشور، ص ۲۱۹، به نقل از محسنی، ۱۳۷۶: ۴۵.

حقیقت، برخی حقوق دانان (اگرچه نه تمام آن‌ها) بر آنند که ارتکاب جرم توسط دیگری در جرایمی نظیر آدم‌ربایی، اختصاص به مواردی دارد که مباشر مادی، فاقد مسئولیت کیفری باشد؛ لذا موارد ارتکاب جرم به دستور سرکرده‌ی گروه مجرمانه به وسیله‌ی اعضای گروه را در بر نمی‌گیرد (میر-محمدصادقی، ۱۳۸۹: ۴۹۷-۴۹۶؛ آقایانیا، ۱۳۸۶: ۱۷۵). ثانیاً قطع نظر از ابهام در تعریف که بررسی آن، محتاج به پژوهش دیگری خواهد بود، به هر تقدیر، استفاده از مفهوم مباشرت معنوی (وقتی که مباشر مادی به طور هم زمان دارای مسئولیت کیفری باشد) محدود به مواردی است که در قانون تصریح شده باشد و یک قاعده عمومی که در کلیه جرایم کاربرد داشته باشد در این زمینه وجود ندارد.

تعریف و کاربرد اصطلاح «گروه مجرمانه‌ی سازمان‌یافته» به شرح ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی و تبصره‌های آن نیز در همین راستا مد نظر قانون‌گذار قرار گرفته است. تعریف گروه مجرمانه‌ی سازمان‌یافته بر عنصرهمکاری و هدف مشترک مجرمانه در میان اعضای گروه تأکید دارد؛ با این همه، آثار این هماهنگی و هدف مشترک برای مسئولیت کیفری اعضای گروه، به هیچ وجه ذکر نشده است. مثلاً سازمان‌یافته بودن جرم (نه از نظر متن قانون و نه طبق دکترین حقوقی) باعث نمی‌شود که در ملاک تفکیک مفاهیم شرکت و معاونت در جرم از یکدیگر، تغییری حاصل شود یا مسئولیت شریک جرم به کیفیات حاصل از رفتار سایر اعضای گروه هم توسعه یابد؛ به شکل استثنائی و منحصرأ در چهارچوب مفهوم مضیق سردستگی گروه مجرمانه است که سردسته به حد-اکثر مجازات مهم‌ترین جرم ارتكابی اعضای گروه محکوم می‌شود.

راه حل متفاوتی که در حقوق کیفری آلمان، برای تعریف مباشرت و شرکت در جرم برگزیده شده، تعریف شرکت در جرم بر مبنای اشتراک چند نفر در عنصر روانی یا طرح مجرمانه می‌باشد. این راه حل، تمرکز خود را معطوف به عنصر روانی مداخله کنندگان در جرم می‌سازد و شرکای جرم را شامل کسانی می‌داند که در شکل گرفتن و اجرای تصمیم مجرمانه‌ی مشترکی نقش داشته‌اند. در حقوق آلمان، دکترین حقوقی میان دو مفهوم، قائل به تفکیک شده است: مرتکبین متعدد مستقل و شرکت در جرم؛ مرتکبین متعدد مستقل از نظر حقوق دانان آلمانی کسانی هستند که «علیه قربانی واحدی کاملاً به طور مستقل اقدام به جرم می‌نمایند و فقط در قبال اعمال شخصی خود مسئول شمرده می‌شوند» (بوهلندر، ۱۳۹۰: ۳۳۲). در مقابل، مسئولیت مرتکبین به‌عنوان شرکای جرم یا «مرتکبین مشترک^۱» مستلزم آن است که اشخاص متعددی، نه بر حسب اتفاق، بلکه بر مبنای نقشه‌ی مشترک مجرمانه با یکدیگر همکاری نمایند. «پیامد مسئولیت بر چنین

مبنایی آن است که با هریک از مشارکت کنندگان در جرم به‌عنوان مرتکب اصلی برخورد می‌گردد» (همان: ۳۳۳) «در حقوق آلمان اصل بر این است [که هرگاه] مرتکبین بر مبنای نقشه مشترک عمل [نمایند] همه مشارکت کنندگان در قبال کلیه اقداماتی که هریک از آنها بر اساس نقشه مشترک انجام داده‌اند، مقصر شناخته می‌شوند، البته مشروط به اینکه اقدامات آنها بر تحقق جرم تأثیر داشته باشد... بر طبق نظر دادگاه فدرال آلمان، مبنای مذکور باید در توافق متهمین جهت ارتکاب جرم و تقسیم وظایف منعکس شده باشد. هریک از آنها باید اقدامات خود را به عنوان عاملی جهت پیشبرد اقدامات دیگران تلقی نماید و اقدامات آنها را نیز به عنوان عامل پیش‌برنده اقدامات خود محسوب کند... توافق بین مرتکبین مشترک ممکن است در حین ارتکاب جرم ایجاد شود، بنابراین قصد قبلی ضرورتی ندارد» (همان: ۳۳۸-۳۳۷).

پرسشی که در اینجا مطرح می‌شود این است که اگر همکاری در اجرای تصمیم مشترک مجرمانه با داشتن وحدت قصد، از عناصر ضروری شرکت در جرم شمرده شود، فارق مفاهیم شرکت و معاونت در جرم چه خواهد بود؟ منشأ اشکال این است که عنصر روانی به تنهایی نمی‌تواند شاخص خوبی برای تفکیک مجرمین اصلی از معاونین جرم باشد، زیرا گاهی افرادی که تأثیر مادی بسیار اندکی در تحقق جرم داشته‌اند، به‌عنوان مباشر جرم شناخته خواهند شد. به همین دلیل، بسیاری از شارحین بنام حقوق کیفری آلمان تحت تأثیر نظریات راکسن^۱، حقوق دان شهیر این کشور، رویکرد جدیدی را در دهه‌های اخیر برگزیده‌اند که تلفیقی از دو رویکرد مادی و ذهنی به مباشرت و شرکت در جرم می‌باشد.

در واقع، راکسن معتقد بود که تنها مباشرین مادی جرم نیستند که استحقاق توصیف به عنوان مرتکبین اصلی جرم را دارند، بلکه مباشرین معنوی را هم باید در این دسته جای داد؛ او به رژیم‌های استبدادی بعضی دولت‌ها و نیز بعضی سازمان‌های جنایی و شبه مافیایی اشاره می‌کند که از سلسله مراتب سازمانی و انضباط خشنی (البته از نوع فرا قانونی) برخوردارند. در چنین نهادهایی، همان‌طور که راکسن مفصلاً توضیح داده است، رهبر یا سرکرده می‌تواند مطمئن باشد که اوامر و دستورهای او به هر حال، به موقع اجرا گذارده می‌شود، زیرا اگر فرضاً یکی از زیردستان از اجرای دستور سر باز زند، نه تنها از طریق انضباط خشن سازمانی با او برخورد می‌شود، بلکه تقریباً بلافاصله یکی دیگر از اعضای سازمان، جای‌گزين او شده و دستور رئیس یا سرکرده را اجرا می‌نماید. در حقیقت، تشکیلات دولتی یا سازمان جنایی شبه مافیایی، هم‌چون ماشین عظیمی تحت کنترل رئیس یا سرکرده قرار دارد، چنان‌که گویی به‌صورت خودکار، دستورهای او را اجرا می‌کند. راکسن با اشاره به جنایات آلمان نازی، توضیح می‌دهد که با توسل به نظریه او، مقامات بالای رژیم

1. Roxin

نازی، با آن که به دست خود کسی را نکشته یا شکنجه ننموده بودند، چون کنترل کنندگان اصلی جنایات ارتكابی به شمار می‌رفتند، باید به‌عنوان مباشران و شرکای جرم (مرتکبین اصلی) محکومیت یابند و این امر، محتاج به اثبات مکره بودن مأمورین آن رژیم نیست. دادگاه فدرال آلمان با اقتباس این نظریه، آن را در سالهای بعد به مدیران بنگاه‌های تجاری و حتی مدیران مؤسسات دیگر نیز توسعه داده و موقعیت‌هایی را که در آنها، اراده‌ی مباشر مادی تحت تأثیر آگاهی بیشتر، نفوذ روانی و یا قدرت سازمانی فرد دیگری (مباشر معنوی) قرار دارد، در آراء متعدد خود مشخص ساخته است. دادگاه مزبور، برخلاف نظریات اولیه‌ی راکسن، وجود انضباط خشن و تعویض‌پذیری زیردستان را همیشه لازم نمی‌داند، بلکه آمادگی کامل زیردستان برای اجرای اوامر مافوق را به هر دلیل دیگری که باشد کافی می‌داند. (Jain, 2011 : 164 and 169-171)

حقوق دانان آلمانی با الهام گرفتن از نظریه‌ی راکسن، تعریف نوینی از شرکت در جرم ارائه کرده‌اند. بر اساس رویکرد آن‌ها که مشهور به نظریه‌ی کنترل جرم است، مجرم اصلی در یک تعامل گروهی مجرمانه کسی است که کنترل یا تسلط نسبت به تحقق یا عدم تحقق جرم داشته باشد، یعنی تصمیم او در خصوص وقوع یا عدم وقوع جرم، کلیدی و تعیین کننده باشد. در این رویکرد، اگر دو نفر را فرض کنیم که مشترکاً توانایی کنترل تحقق یا عدم تحقق رفتار مجرمانه را داشته باشند، آن‌ها را می‌توانیم شرکای جرم محسوب نماییم. در حقیقت، توافق مجرمانه و تقسیم نقش‌های اساسی میان چند نفر، به آنها اجازه می‌دهد که جرم را مشترکاً کنترل کنند یعنی بتوانند روند ارتکاب را هدایت کرده یا بنا بر اراده و تصمیم خود متوقف سازند و همین امر، آن‌ها را شایسته‌ی توصیف به‌عنوان شرکای جرم می‌سازد. (Ohlin, 2015: 520) در عین حال، تفکیک میان شریک و معاون جرم در این رویکرد، در ضابطه‌ی کنترل جرم نهفته است، به این معنا که معاون جرم برخلاف شریک، در موقعیتی نیست که بتواند روند ارتکاب جرم را با امتناع از همکاری، متوقف سازد، بلکه فقط مرتکبین اصلی را به ارتکاب جرم تشویق کرده یا اجرای تصمیم آن‌ها را تسهیل می‌نماید. نظر اغلب حقوق دانان آلمانی این است که صرف دخالت در مقدمات غیر مستقیم جرم، مانند رساندن مرتکبین به محل ارتکاب یا تهیه‌ی وسایل ارتکاب جرم، از مصادیق معاونت است، نه شرکت در جرم. با این همه، از لحظه‌ای که کار اجرای نقشه مجرمانه عملاً شروع می‌شود (مرحله شروع به جرم) تا لحظه‌ای که اجرای این نقشه به اتمام می‌رسد، کسانی که سهم عمده‌ای در اجرای آن داشته و قادرند روند ارتکاب را با مانع مواجه سازند، شریک در جرم محسوب می‌شوند. به این ترتیب، مباشرت در نفس رفتار مجرمانه یا عنصر مادی به معنای دقیق کلمه شرط نیست. برای نمونه، فرض کنیم دو نفر سارق بانک («الف» و «ب») به همراه یکدیگر اقدام به سرقت خشونت‌آمیز از بانک نمایند، به این ترتیب که «الف» با استفاده از تفنگ خود کارمندان را تهدید کرده و «ب»

پول‌ها را هم‌زمان از صندوق‌ها خارج سازد. در این مثال، هر مداخله‌کننده، سهمی برابر با دیگری ایفاء می‌کند، یعنی هر کدام در اجرای یک توافق مشترک و در راستای برنامه طراحی شده و مورد اتفاق برای ارتکاب جرم، سهم خود را به انجام می‌رساند. سهم‌های ایفاء شده در اجرای جرم، یکدیگر را تکمیل می‌کنند به گونه‌ای که مجموعاً کل اجرای جرم به یک فعالیت مشترک تبدیل می‌شود و مآلاً طبق حقوق آلمان، کل نتیجه حاصله به هر کدام از همکاری‌کنندگان به یک اندازه قابل انتساب است (Jain, 2011: 165).

از آنجا که تعریف مفاهیم شرکت و مباشرت معنوی بر اساس دکترین کنترل جرم، برای تعیین حدود مسئولیت کیفری در جرایم پیچیده و مخصوصاً جنایات بین‌المللی مناسب به نظر می‌رسد، رویه‌ی قضائی دیوان کیفری بین‌المللی به اقتباس رویکرد پیشنهادی حقوق‌دانان آلمانی تمایل نشان داده‌است. توضیح این‌که جنایات جنگی، جنایات بر ضد بشریت و نسل‌زدایی، اغلب و حتی بعضاً حسب تعریف، نیازمند طراحی توسط یک دولت یا گروه شبه نظامی هستند و منطقی نیست که صرفاً مباشرین مادی را به‌عنوان مرتکبین اصلی این قبیل جرایم بشناسیم. از همین رو، نظریه‌ی کنترل جرم که ضابطه‌ی کنترل را جای‌گزین ضابطه‌ی مباشرت مادی می‌سازد، طبعاً مورد توجه قضات دیوان مذکور قرار گرفته‌است. قضات شعبه مقدماتی دیوان در بخشی از قرار «تأیید اتهامات» (جلب به محاکمه) صادره در پرونده لوبانگا^۱ با تصریح به این‌که وجود طرح و فعالیت مجرمانه هماهنگ، از عناصر ضروری شرکت در جرم بوده و هر شریکی که در اجرای طرح مشترک دخالت کرده، مسئول تمامی فعالیت مجرمانه‌ی مشترک است، در بیان مفهوم شرکت در جرم اظهار می‌دارند: «این شعبه دیوان معتقد است که سرمنشأ مفهوم شرکت در جرم را باید در این اندیشه جستجو کرد که هرگاه مجموع مداخلات فردی جمعی از اشخاص که به طور هماهنگ صورت می‌پذیرد، به تحقق کلیه عناصر مادی جرم واحدی منتهی گردد، هر شخصی را که در این امر سهمی ایفاء کرده، می‌توان بر مبنای مسئولیت ناشی از عمل دیگری، مسئول سهام ایفاء شده توسط کلیه دیگر اعضای آن جمع تلقی کرده و در نتیجه، نسبت به کلیت جرم واقع شده به‌عنوان مرتکب اصلی شناسایی نمود.» (ICC Lubanga Decision, 29.1.2007, Para. 326.)

دیوان در توصیف رویکرد خود به مفهوم شرکت در جرم، ضمن ارجاع صریح به نظریه‌ی راکسن و برخی نظام‌های حقوقی ملی مخصوصاً حقوق آلمان، دکترین کنترل جرم را به شرح زیر توضیح می‌دهد: «... اندیشه مبنایی این رویکرد این است که مرتکبین اصلی یک جرم، محدود به کسانی که به طور فیزیکی، عناصر مادی جرم را به اجرا درمی‌آورند نیستند، بلکه شامل آنانی نیز می‌شوند که هرچند از صحنه ارتکاب جرم فاصله داشته باشند، بر ارتکاب آن تسلط دارند یا مغز متفکر جرم

1. Lubanga

هستند، چه اینان هستند که در اصل ارتکاب و چگونگی ارتکاب جرم تصمیم می‌گیرند» (Ibid:para327-330)

مسئولیت اصلی شخصی که مغز متفکر جرم بوده در حقوق ایران نیز تحت عنوان سردستگی گروه مجرمانه سازمان یافته (ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲) شناسایی شده است، به این معنا که سردسته نمی‌تواند به این دلیل که رفتار مجرمانه را به دست خود انجام نداده، از مسئولیت اصلی بگریزد و خود را صرفاً در حد معاون جرم مسئول بداند. منتها دیوان با اقتباس دکترین کنترل جرم از حقوق آلمان، در واقع خواسته است توضیح دهد که چرا و در چه شرایطی سردسته به عنوان کنترل کننده جرم، از مسئولیتی نظیر مباشر مادی برخوردار می‌شود. به نظر دیوان، عنصر مادی در رویکرد موسوم به کنترل جرم عبارت است از اوضاع و احوال مناسبی که امکان کنترل جریان ارتکاب جرم را به وجود می‌آورد و نیز عنصر روانی آن عبارت است از علم و اطلاع مرتکب از وجود اوضاع و احوال مزبور. بر این اساس، فقط کسانی که جریان ارتکاب جرم را در اختیار دارند و از داشتن چنین اختیاری آگاه هستند، مرتکب اصلی جرم شناخته می‌شوند؛ این امر، در سه فرض ممکن می‌شود: (نخست) حالتی که مرتکب، عنصر مادی جرم را مباشرتاً و به دست خود انجام می‌دهد، یعنی حالت مرتکب مستقل جرم یا مباشرت مادی و مستقیم^۱؛ (دوم) حالت کسانی که اراده مرتکبین مادی در اجرای جرم را تحت کنترل دارند، یعنی ارتکاب جرم به وسیله شخص دیگر یا مباشرت غیر مستقیم^۲؛ یا (سوم) حالت مرتکبی که به همراه دیگران، به سبب وظیفه یا نقش اساسی محول شده به وی، کنترل جریان جرم را به دست دارد، یعنی ارتکاب جرم با همراهی دیگران یا شرکت در جرم^۳.

به تصریح جزء «الف» بند «۳» ماده ۲۵ اساسنامه رم، شخص ممکن است هریک از جنایات موضوع اساسنامه را از طریق شخص دیگری مرتکب شود، «اعم از اینکه شخص مزبور، دارای مسئولیت کیفری باشد یا نباشد». بنابراین، ممکن است با اینکه مباشر مادی جرم به نوبه خود دارای مسئولیت کیفری کامل بوده است، شخص دیگری که مباشر مادی را به خدمت گرفته است، در زمره مرتکبین اصلی جرم شناخته شود. بر همین مبنا دیوان پس از آنکه رویکرد مادی و ذهنی به شرکت در جرم را مردود می‌شناسد، رویکرد سوم یعنی کنترل جرم را با اساسنامه خود سازگارتر دانسته و به تبیین بیشتر آن می‌پردازد.

۱. این حالت همان است که در رویکرد مادی به شرح ماده ۱۲۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ انعکاس یافته است.

۲. این حالت همان است که در حقوق ایران، سردستگی یا مباشرت معنوی نامیده می‌شود.

۳. این حالت برخلاف دو حالت پیشین، در حقوق ایران شناسایی نشده و جای خالی آن محسوس می‌باشد.



عین عبارت دیوان در این زمینه چنین است: «مبنای تعریف شرکت در جرم بر اساس مفهوم کنترل مشترک، اصل تقسیم کارها یا نقش‌های ضروری لازم برای تحقق هدف ارتکاب جرم است که میان دو یا چند نفر که به نحو هماهنگ اقدام می‌کنند، پدیدار می‌شود. به این ترتیب، اگرچه هیچ کدام از شرکت کنندگان کنترل همه‌جانبه و کامل جرم را در دست ندارد و هریک از آنها برای اجرای جرم، نیازمند دیگری است، همه آنها سهمی در کنترل جریان جرم دارند، زیرا هرکدام از آنان قادر است با امتناع از انجام نقش یا سهم خود، ارتکاب جرم را با شکست مواجه سازد.» (Ibid:para342).

عناصر مادی شرکت در جرم، از نظر قضات پرونده‌ی لوبانگا عبارتند از: اول، وجود یک توافق یا طرح مشترک میان دو یا چند شخص با هدف یا با نتیجه طبیعی ارتکاب جرم؛ دوم، مداخله اساسی و ضروری هرکدام از شرکا به نحو هماهنگ با سایرین که منجر به پدیداری کلیه عناصر مادی جرم گردد. اما ارکان عنصر روانی شرکت در جرم عبارتند از: نخست، داشتن عنصر روانی لازم برای تحقق جرم مورد نظر؛ دوم، آگاهی مشترک یکایک متهمان از اینکه اجرای طرح مشترک مجرمانه، ممکن است به تحقق عملی عناصر مادی جرم منتهی شود و اینکه همگی به چنین پیامدی رضایت داده باشند؛ (سوم) اطلاع مرتکب از اینکه اوضاع و احوال موجود، چنان است که به او توانایی کنترل مشترک جرم به همراه سایرین را می‌دهد (Ibid:para343-367).

تعریف شرکت در جرم بر مبنای نظریه‌ی کنترل مشترک، با استقبال قضات در آراء بعدی نیز روبرو شده‌است. (ICC, Katanga & Ngudjolo Chui, 30.9.2008, paras480-539).

نتیجه‌گیری

همکاری آگاهانه میان چند نفر در اجرای جرم، می‌تواند به آن‌ها امکان دهد که مشترکاً با تقسیم نقش‌های کلیدی میان خود، بر فرآیند ارتکاب آن، تسلط داشته باشند؛ این تسلط، ملازمه‌ای با دخالت یکایک آنها در عنصر مادی جرم ندارد. اگر قائل به این باشیم که مفهوم قانونی شرکت در جرم، اصولاً برای پاسخگویی به پدیده همکاری گروهی برای ارتکاب جرم و تعیین حدود مسئولیت ناشی از آن وضع شده است، توصیف این مفهوم با یک رویکرد کاملاً مادی را که به عنصر همکاری گروهی بی‌اعتنا است، به هیچ وجه نمی‌توانیم بپذیریم. البته باید اذعان داشت که در جرایم مستلزم حد و قصاص یا دیه، بازنگری در تعریف شرکت در جرم جز با نهایت احتیاط امکان‌پذیر نبوده و مستلزم بحث فقهی گسترده‌ای خواهد بود، اما چون مقنن در کیفیت و کمیت مجازات‌های تعزیری، از آزادی عمل برخوردار است، از نظر شرعی مانعی به نظر نمی‌رسد که در جرایم اخیر، کلیه کسانی که بر اثر توافق مجرمانه، یکی از اسباب و مقدمات مستقیم جرم را ایجاد کرده‌اند، به عنوان شریک

جرم شناخته شوند. مقصود از اسباب و مقدمات مستقیم، اعمال مقدماتی و اجرایی مختلفی است که به دلیل داشتن رابطه‌ی نزدیک با اجرای جرم، به طور آشکار، معرف قصد همکاری در راستای اجرای توافق مجرمانه باشد، اعم از این که بخشی از عنصر مادی جرم و عملاً مؤثر در تحقق نتیجه بوده یا نبوده باشد. به سخن دیگر، هرگاه عمل یک مداخله کننده چنان باشد که بر فرض عدم توفیق در تکمیل جرم، بتوان او را به اتهام شروع به جرم مجازات کرد، به نظر ما منطقی می‌توان در صورت تکمیل جرم، او را شریک یا مرتکب اصلی تلقی نمود. به عنوان مثال، اگر دو نفر به قصد سرقت و با همکاری یکدیگر، با استفاده از کلید ساختگی یا شکستن حرز به مسکن غیر داخل شوند، در صورت توفیق، شریک در سرقت و در صورت عدم توفیق، شریک در شروع به سرقت هستند و فرق نمی‌کند که مال صاحب‌خانه را هر دو برابند یا اینکه مثلاً یکی از آنها، وظیفه‌ی جستجوی خانه و جمع‌آوری اموال و دیگری، وظیفه ربایش اموال و انتقال آنها به خارج خانه را به عهده گیرد. در صورت پذیرش این قاعده، کسانی که اقدام آنها فقط موجب تسهیل وقوع جرم شده، احتمال تحقق جرم را افزایش داده یا مرتکبین را مصمم‌تر ساخته بدون اینکه از اسباب و مقدمات مستقیم جرم باشد، معاون جرم شناخته می‌شوند.

رویکرد کنونی مبنی بر مشروط ساختن احراز شرکت در جرم به وجود رابطه‌ی علیت مادی میان رفتار شخص و جرم مورد نظر، موجب می‌شود کسانی که بدون همکاری آن‌ها چه بسا اصلاً جرمی واقع نمی‌شد، بی‌جهت از مسئولیت اصلی مبرا شوند. به عبارت دیگر، تأکید بیش از اندازه بر ضرورت اثبات علیت مادی میان رفتار متهم و جرم مورد نظر در مورد احراز شرکت در جرایم تعزیری مناسب نیست زیرا، در راستای ایجاد آرامش در افکار عمومی و از منظر حفظ نظم جامعه که رسالت حقیقی حقوق جزا است، در اقدامات مشترک مجرمانه و مخصوصاً فعالیت‌های پیچیده‌ای که توسط گروه‌های بزهکاری سازمان‌یافته صورت می‌گیرد، مباشرت در عنصر مادی ملاک خوبی برای تشخیص و تفکیک مرتکبین اصلی از مرتکبین فرعی و ثانوی محسوب نمی‌شود. در نتیجه اگر قانون‌گذار نخواهد در مفهوم قانونی شرکت در جرم (حداقل در جرایم تعزیری) تجدیدنظر کند، شایسته است هریک از اعضای «گروه مجرمانه سازمان یافته» مسئول اصلی تمام جرایمی محسوب شوند که بدون همکاری آن‌ها، محقق نمی‌گردید.

باید افزود که هر جا مقنن، تشدید مجازات مجرمین را به دلیل تعدد مداخله کنندگان مقرر کرده و یا کیفیت مشدده‌ای را که از رفتار یک نفر حاصل آمده، دامن‌گیر سایرین نیز دانسته‌است، تشدید مجازات بدون اثبات وجود توافق مجرمانه میان مداخله کنندگان، ناعادلانه و غیر منصفانه خواهد بود. برعکس، در موارد اثبات توافق مجرمانه، تسری کیفیات مشدده عینی به تمامی مداخله کنندگان، نه تنها غیر منصفانه نیست، بلکه عامل بازدارنده‌ای در برابر کسانی محسوب می‌شود که با

مواضعه و همدستی یکدیگر، خطر جدی تری را متوجه نظم عمومی ساخته اند. این امر، ضرورت باز-اندیشی در رویکرد کنونی به شرکت در جرم در خصوص جرایم تعزیری را هرچه آشکارتر می سازد.

منابع

- آقایی نیا، حسین (۱۳۹۲)، حقوق کیفری جرایم علیه اشخاص (جنایات) بر اساس قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، ویرایش هشتم، تهران: انتشارات میزان.
- آقایی نیا، حسین (۱۳۸۶)، حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه اشخاص (شخصیت معنوی)، چاپ دوم، تهران: انتشارات میزان.
- اداره ی وحدت رویه و نشر مذاکرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور (۱۳۸۶)، مذاکرات و آراء هیئت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۸۳، چاپ اول، تهران.
- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۲)، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، چاپ بیست و دوم، ویراست دوم، تهران: انتشارات میزان.
- بوهلاندر، مایکل (۱۳۹۰)، مبانی حقوق کیفری آلمان، ترجمه اصلی عباسی، ویرایش اول، تهران: مجمع علمی-فرهنگی مجد.
- حاجی ده آبادی، احمد (۱۳۹۰)، «استناد و نقش آن در شرکت در جرم»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۳، ص ۱۴۶-۱۰۷.
- دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان عالی کشور (۱۳۷۷)، مذاکرات و آراء هیئت عمومی دیوان عالی کشور، جلد دوم، چاپ اول، تهران: چاپخانه روزنامه رسمی.
- زراعت، عباس (۱۳۸۷)، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، ویرایش سوم، تهران: انتشارات ققنوس.
- زراعت، عباس (۱۳۹۲)، شرح مختصر قانون مجازات اسلامی، ویرایش اول، تهران: انتشارات ققنوس.
- سمیعی، حسین (۱۳۴۸)، حقوق جزا، ویرایش چهارم، تهران: انتشارات شرکت مطبوعات.
- صادقی، محمدهادی، (۱۳۹۲)، «اجتماع اسباب در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، مجله آموزه-های حقوق کیفری، شماره ۶، ص ۵۶-۳۳.
- صادقی، محمدهادی، (۱۳۹۳)، «اجتماع سبب و مباشر در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره ششم، شماره ۲، ص ۹۷-۱۲۳.

- علی آبادی، عبدالحسین (۱۳۸۴)، موازین قضائی هیئت عمومی دیوان عالی کشور - بخش آراء کیفری، جلد اول، چاپ اول، تهران: نشر شرکت سهامی انتشار.
- محسنی، مرتضی (۱۳۷۶)، دوره حقوق جزای عمومی، مسئولیت کیفری، جلد سوم، ویرایش اول، تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش.
- مرادی، حسن (۱۳۷۳)، شرکت و معاونت در جرم، تهران: نشر میزان.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۷)، *فقه الحدود والتعزیرات*، جلد سوم، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر لجامعه المفید.
- موسوی خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۸)، *مبانی تکمله المنهاج*، جلد ۲، ویرایش سوم، قم: انتشارات الامام الخوئی.
- میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۸۹)، *حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه اشخاص*، چاپ ششم، تهران: انتشارات میزان.
- نجفی، محمد حسن (۱۳۷۶)، *جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام*، جلد ۴۲، ویرایش سوم، تهران: انتشارات دارالکتب اسلامیه.
- نوربها، رضا (۱۳۸۷)، *زمینه حقوق جزای عمومی*، چاپ بیست و دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- یوسفیان شوره‌دلی، بهنام (۱۳۹۳)، «کانون مشترک مجرمانه: جستجوی توصیف مناسبی برای مسئولیت جنایتکاران بین المللی فراسوی مباشرت مادی»، *مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی*، شماره ۶۸.
- Cryer, Robert, Friman, Hakan, Robinson, Darryl & Wilmshurst, Elizabeth (2010), **an introduction to criminal law and procedure**, Cambridge University Press, second edition, New York.
- Jain, Neha (summer 2011), "the Control Theory of Perpetration in International Criminal Law" (**January 16, 2011**). **Chicago Journal of International Law**, vol. 12, no. 1, p. 158. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1865842>.
- Ohlin, Jens David (2015), "co-perpetration: German dogmatic or German Invasion?", **The law and practice of the International Criminal Court: a critical account of challenges and achievements**, Carsten Stahn ed., Oxford University Press. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2351514>.
- Court Decisions:**
- ICC, Lubanga Decision: ICC, *the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06, Pretrial Chamber I, Decision on the Confirmation of the Charges (public redacted version), 29 January 2007.



ICC, Katanga & Ngudjolo Chui: ICC, *the Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Case No. ICC-01/04/01/07, pretrial Chamber I, Decision on the confirmation of the charges, (public redacted version), 30 September 2008.

Reconsidering the Definition of the Concept of “Co-perpetration” for tackling Coordinated Group Criminal Activities

Dr. Behnam Youssefian Shorehdeli¹✉
Leyla Rasooli Astani²

Received: 2017/1/21

Accepted: 2018/7/1

In Iranian criminal law, physical or causal attribution of the offense to the joint effect of the behavior of each co-perpetrator is generally held to be a necessary element for defining co-perpetration, but not any common plan or coordination among the perpetrators. Following this approach, the criminal liability of each actor is limited to his/her own actions, and beyond the direct effects of his/her behavior, this liability would not normally cover the consequences of his or her common criminal plan shared by other offenders. Meanwhile, those offenders having no part in carrying out the physical elements of the offense are often legally labeled as mere accessories who do not have the main liability, no matter how vital their contributions may have been. As this approach causes some difficulty in tackling group criminality, the law has devised a number of limited measures to address this problem, including a reference to the notion of organized criminal group. Apart from underlining the insufficiency of these measures, using a comparative law, the authors recommend reforming the law in this area. Hence, the notion of joint control over the execution of the criminal venture is preferred over the current objective approach based on mere physical causation.

Key words: *Organized crime, Criminal agreement, Co-perpetration, Mens rea, Aggravating circumstances, Conspiracy, Indirect perpetration.*

1. Assistant Professor of Islamic Azad University, Damghan Branch.

by_863@yahoo.com ✉

2. Ph.D candidate in Criminal Law and Criminology, Islamic Azad University, Sciences and Research Branch.

Iranian Criminal Law System in Moguls Era

Dr. Marjan Negahi¹✉

Received: 2016/9/2

Accepted: 2018/7/1

The criminal legal system as a set of the society criminal methods for coping with crime is influenced by the political system, beliefs, religion and moral rule governed in the society. The Iranian legal system totally was changed, subsequently to the domination of Moguls over this country. The system derived from the Islamic Sharia rules and jurisprudence became shaken and new rules and regulations were introduced. In order of priority, Moguls used Yasa of Genghis, Yarligh of Gazan and Tuzuk-i-Taimuri for regulation of the society. With waiver, we can divide the crimes into crime against property, crime against person, crime against security of state, crime against public decency and moral and military crime. The fundamentals of criminalization were mostly based on the Moguls superstitious beliefs. The courts were divided into three categories. Confession and testimony of witnesses formed the rules of evidence.

Key words: *Legal system, Yasa of Genghis, Yarligh of Gazan, Tuzuk-i-Taimuri, Crimes and punishments.*

1. Assistant Professor, Payame Noor University

marjannegahi@gmail.com ✉

Police Restorative Plans (With a Look at Criminal Procedure Tradition Code 1392)

Dr. Mohammad Bagher Moghadasi¹
Mohammad Mirzaei²
Keyvan Ghani³✉

Received: 2017/2/16

Accepted: 2018/7/1

Traditional and classic schools of criminal justice with mere attention to offence and offender and the development of retributive and rehabilitative justice, have neglected the offended person as the third element of criminal phenomenon which resulted in unpleasant consequences. In order to reduce and remove the consequences, an offended-oriented approach was gradually introduced. This approach, under the auspices of the concept and experience of diversion, aiming at expanding non-criminal justice, suggested various patterns such as restorative justice. In this pattern, focusing on compensation of the offended person, it tried through the participation of all involved in the criminal event and through diversion and in a non-judicial and non-official atmosphere, to settle the criminal phenomenon and to maintain conciliation. Undoubtedly police as one of the most important organs accountable to the criminal phenomenon and as the first organ referred to by the offended persons after the crime commitment has a main role in implementing restorative plans. In this paper while inspecting the role of police in implementing restorative plans and explaining what is necessary to perform this role appropriately, it tried to analyze the initiatives of criminal procedure law 1392.

Key words: *Police, Restorative justice, Victim, Mediation, Criminal procedure tradition code.*

1. Assistant Professor, Bojnord University
2. Phd. Candidate at Amin Police University
3. Ph.d Candidate at University of Shiraz

keyvan.ghani@gmail.com ✉

Range and Characteristics of Forged Computer Data in Iranian Law

Dr. Mohammad Khalil Salehi¹
Iman Mohtaram Qalaati²✉

Received: 2017/1/23

Accepted: 2018/7/1

Along with the rapid development of information and communication technologies, a wide variety of data and electronic documents has been the subject of forgery and distortion. In order to criminalizing of Cyber forgery, Article 6 of the Cyber Crimes Law established "attributable data" as subject of Cyber forgery. Unlike traditional forgery, which the legislator determines writing, handwriting, document, signature, seal and stamped, as the subjects of crime But, the type and characteristics of data in cyber forgery has not been determined in Article 6. This deficiency has created ambiguities in practice. The massive volume and variety of data, on the one hand, and the ambiguity of the concept of "attributable data", on the other, make it difficult to determine whether the data is subject to crime of cyber forgery. In this article, we have tried to explain the characteristics of forged cyber documents and clarify ambiguities in this regard.

Key words: *Cyber forgery, Data, Cyber document, the attribution relationship, Probative value.*

1. Assistant Professor of Criminal Law and Criminology at Qom University

2. PhD Candidate of Criminal Law and Criminology at Qom University

iman_mohtaram@yahoo.com ✉

Criminal Politics Discourse & Criminology in "The Last Day of a Convict"

"It's not true any justice without prejudice." Victor Hugo

Dr. Hadi Rostami¹
Seyyed Hassan Jafarian²✉

Received: 2016/7/4

Accepted: 2018/6/3

The work of "The Last Day of a Convict" portrays a convict's life story who is going to be executed six weeks later. Quoted from the convict and beyond the story, focusing on criminal justice institutions of nineteenth century, Victor Hugo described criminal conditions governing on society of France and analyzed the institutions.. This point can be understood throughout the story. In "The Last Day of a Convict", Hugo presents various horizons of the concepts to the reader aiming to express and explain certain structure of Criminal politics in the form of a documentary story. Symbols and signals that he supplied passes more the expression of the fact that crime is rooted in victimization. In fact, the individual in the absence of social status and the process for labeling and faulty structure of the criminal policy is inclined inevitably to commit crime.. By exploring the effects of these and other literary works, the belief that the criminology approach has about crime literature readings as well and it is not unlikely in the near future to be called literature criminology.

Key words: *Content analysis, Criminal policy, literary criminology, Criminal interactions, Penal Policy of moderateness, victimizationm, Strict penal policy.*

1. Assistant professor, University of Bu-Ali Sina

2. Ph.D. Student in Criminal Law, Azad University of Tehran

h.jafarian86@gmail.com ✉

Investigating the Developments of the Islamic Punishment Law Adopted in 1392 Related to Adultery

Fariborz Haidari¹✉
Dr. Hasan Shahmalekpour²
Dr. Abbas Salmanpour³

Received: 2015/1/12

Accepted: 2018/6/3

Islamic punishment law which was approved in 1392 has undergone extensive changes in relation to sexual offences. Some of these changes include clauses of 222, 224 and 226 of the Islamic Punishment Law on adultery with dead, adultery with violent and duress and criminal conversation. The present study through analyzing legal changes, aims at answering whether changes on these crimes have taken criminalization principles as well as time requirements into consideration. Taking a look at most common criminalization principles such as Harm principle, Legal Moralism, Legal Paternalism and contrasting mentioned changes, it is suggested that the mentioned changes have been more affected by time and place requirements, human right consideration, Tanfir Sanctity Principle and prevention Insult to religion than Fiqh principles.

Key words: *Fiqh (Islamic Jurisprudence), Adultery, Sexual offenses, Duress, Stoning.*

1. M.A Student in Criminal Law and Criminology, University of Guilan fariborzhay@gmail.com ✉
2. Assistant Professor, University of Guilan
3. Assistant Professor, University of Guilan

Legal, Philosophical, Political and Sociological Aspects of Punishment

Dr. seyed Mohammad Hosseini¹✉
Dr. Omid Rostami Ghazani²

Received: 2016/6/19

Accepted: 2018/6/3

Punishment as one of the pillars of criminal justice has a complex nature that can be studied from different aspects. Up to now, the major work on the punishment has been from the criminal law framework, but philosophers, politics and sociologists also focused on the issue of punishment in scattered. Each of them, with their specific goals and methods, is studying the institution of punishment and trying to explain the nature, features and functions of punishment, and its relationship with other phenomena. This article attempts, by using the results of legal, philosophical, political and sociological sciences, to draw a comprehensive figure of the punishment institution. From the authors' perspectives, one-dimensional view can't show all realities of criminal punishment, and hence, it is necessary to criminal policy-makings to pay attention to the plurality aspects of punishment. Importance of attention to all aspects of punishment is not merely a theoretical value, but also it has practical value. Paying attention to all aspects of punishment, in addition to scientific and theoretical value, has also practical value.

Key words: *Punishment, Crime, Criminal, Criminal law, Nature.*

-
1. Associate Professor in criminal law and criminology at Tehran Uuniversity
smhosseini8338@yahoo.com ✉
 2. Ph.D in criminal law and criminology at Tehran Uuniversity

The Effect of Criminology Thoughts on Reducing Criminal Prosecution in Criminal Procedure Tradition Code

Dr. Alireza Taghipour^{1✉}
Vahed Salimi²

Received: 2017/2/23

Accepted: 2018/7/1

Decline in prosecutions is a guideline which has been taken into consideration in 1392 The Code of Criminal Procedure and this way, it has created many different ways in responding crime. In this regard, the judicial authority by applying an interest-oriented approach with evaluating all aspects of committing crime, chooses the best approach to observe the interest of both society and the accused. The approach, can be considered as an inspiring pattern for limiting the scope of intervention of the criminal justice system for petty crimes. Accordingly, the purpose of the criminal justice system is not only the prosecution and the imposition of penalties, and uses all the capacities to respond to the offender. Therefore, prosecution cannot be treated as the only weapon of prevention. Perhaps by prosecution the first label of accusation is tagged on accused and leads to secondary deviation and the other adverse effects. In fact, decline in prosecutions is a new concept and is on the way of criminology findings which has been predicted in order of traditional criminal prosecution failure which has a repressive approach in the prosecution of the accused. Influenced by this guideline, the legislative attempts to predict archive file, chase suspension, criminal mediation and oral indictment in the event of reducing the adverse effects of criminal environment and rapid return of the accused to society. But, some institutional vacuum in law and the way that some acts are set, has caused an obstacle in the event of this purpose.

Key words: *Criminology, Criminal Proceeding, Labeling, Diversion, Mediation, Social security.*

1. Assistant Professor of Bu-Ali Sina University
2. Master of Criminal law and Criminology

arlaw2009@yahoo.com ✉

Incarceration Hegemony and Decarceration Dream in Iran's Penal Policy (A Case Study on Jurisdiction of Kerman City)

Hossein Pormohyabadi¹
Dr. Daryush Boostani²
Dr. Saeed Ghomashi³✉

Received: 2016/10/3

Accepted: 2018/7/1

Nowadays the policy of penal population reduction of prisoners is one of the priorities of different countries including Iran. Therefore, this study by using emic approach and Grounded Theory methodology, tried to study the condition and strategies of decarceration policy. Twenty-one judges of Kerman city participated in this study as participant. Judges were selected by purposive sampling and theoretical saturation. Data was collected by in-depth interview technique. Finally, the analysis of the data from interviews resulted in the creation of four main categories and a core category. The main categories are: paved way of incarceration; contradiction within the judicial organization; the concentration of power in the judge; and the legal defects causing imprisonment. The core category is also: incarceration hegemony in Iran's penal policy.

Key words: *Incarceration, Decarceration, Judges, Penal justice system, Grounded Theory.*

1. Ph.D. Student of Criminal Law and Criminology, Kashan University

2. Associate Professor, Social Sciences Section, Shahid Bahonar University of Kerman

3. Corresponding Author, Assistant Professor of Faculty of Law at the University of Kashan

saeedqomashi@yahoo.com ✉

The Evolution of the Criminal Policy of the Judiciary in the Light of the Cultural Approach

Reza Parastesh^{1✉}
Seyyed Shahaboddin Mousavizadeh Markeah²

Received: 2016/4/3

Accepted: 2018/6/3

One of the main problems of the judiciary is caseloads and prolongation of the proceedings. But the statistics and interviews of officials in Iran show that normative and formal solutions have been unable to remove this problem. Therefore, changing the judicial approach, including the criminal policy is essential. One of the best solutions in this regard is the use of a cultural approach. According to this view, criminal policy, away from the instrumental approach, becomes grounded in nature and emphasizes its link with interdisciplinary studies. This article uses a descriptive-analytical method and using library resources to examine how to develop a criminal justice policy based on a cultural approach. The promotion of a culture of reconciliation and the use of solutions such as mediation and arbitration can reduce the volume of cases, eliminate prosecution and increase the effectiveness of the judiciary, following lack of litigation in the courts, as well as the avoidance of populist policies due to the reduction of judicial and authoritarian measures, causing a positive development in the judiciary. It is clear that such a thing can not be ignored by the research-educational, structural-organizational and normative requirements.

Key words: *Legal Culture, Reconciliation, Judiciary, Prolongation of proceeding, Sociology of Law.*

1. Faculty Member at University of Guilan
2. Ph.D of Public Law at SBU

parastesh@guilan.ac.ir ✉



University of Guilan

A Biannual Journal



Iranian association of penal law

Criminal Law Research

Vol. 9, No. 1, Spring & Summer 2018 (Serial 17)

English Abstracts

The Evolution of the Criminal Policy of the Judiciary In the Light of the Cultural Approach	2
R. Parastesh, S. Mousavizadeh Markeah	
Incarceration Hegemony and Decarceration Dream in Iran's Penal Policy (A Case Study on Jurisdiction of Kerman City)	3
H. Pormohyabadi, D. Boostani, S. Ghomashi	
The Effect of Criminology Thoughts on Reducing Criminal Prosecution in Criminal Procedure Tradition Code.....	4
A. Taghipour, V. Salimi	
Legal, Philosophical, Political and Sociological Aspects of Punishment	5
M. Hosseini, O. Rostami Ghazani	
Investigating the Developments of the Islamic Punishment Law Adopted in 1392 Related to Adultery	6
F. Haidari, H. Shahmalekpour, A. Salmanpour	
Criminal Politics Discourse & Criminology in "The Last Day of a Convict"	7
H. Rostami, H. Jafariyan Souteh	
Range and Characteristics of Forged Computer Data in Iranian Law	8
M. Khalil Salehi, I. Mohtaram Qalaati	
Police Restorative Plans (With a Look at Criminal Procedure Tradition Code 1392)	9
M. Moghadasi, M. Mirzaei, K. Ghani	
Iranian Criminal Law System in Moguls Era	10
M. Negahi	
Reconsidering the Definition of the Concept of "Co-perpetration" for Tackling Coordinated Group Criminal Activities	11
B. Youssefian Shorehdeli, L. Rasooli Astani	



In the Name of God



Iranian association of penal law

A Biannual Journal
***Criminal Law
Research***

Vol. 9, No. 1, Spring & Summer 2018 (Serial 17)

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. ricest.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 17
- Vol. 9, No. 1, Spring & Summer 2018

ISSN: 2322-2328

- **The Evolution of the Criminal Policy of the Judiciary In the Light of the Cultural Approach**
R. Parastesh, S. Mousavizadeh Markeah
- **Incarceration Hegemony and Decarceration Dream in Iran's Penal Policy (A Case Study on Jurisdiction of Kerman City)**
H. Pormohyabadi, D. Boostani, S. Ghomashi
- **The Effect of Criminology Thoughts on Reducing Criminal Prosecution in Criminal Procedure Tradition Code**
A. Taghipour, V. Salimi
- **Legal, Philosophical, Political and Sociological Aspects of Punishment**
M. Hosseini, O. Rostami Ghazani
- **Investigating the Developments of the Islamic Punishment Law Adopted in 1392 Related to Adultery**
F. Haidari, H. Shahmalekpour, A. Salmanpour
- **Criminal Politics Discourse & Criminology in "The Last Day of a Convict"**
H. Rostami, H. Jafariyan Souteh
- **Range and Characteristics of Forged Computer Data in Iranian Law**
M. Khalil Salehi, I. Mohtaram Qalaati
- **Police Restorative Plans (With a Look at Criminal Procedure Tradition Code 1392)**
M. Moghadasi, M. Mirzaei, K. Ghani
- **Iranian Criminal Law Systems in Moguls Era**
M. Negahi
- **Reconsidering the Definition of the Concept of "Co-perpetration" for Tackling Coordinated Group Criminal Activities**
B. Youssefian Shorehdeli, L. Rasooli Astani

WEBSITE: <http://jol.guilan.ac.ir>