



دوفصلنامه علمی-پژوهشی



پژوهشنامه حقوق کیفری

شماره: ۲۳۲۲-۲۳۲۸

• شماره پیاپی ۱۹
• سال دهم، دوره اول، بهار و تابستان ۱۳۹۸

مفهوم سلب آزادی غیر کیفری و انواع آن از منظر کنوانسیون اروپایی حقوق بشر
محمد مهدی برقی و نسرین مهرا ۲۷-۷

بررسی کیفیت مشدده سردستگی و شرایط تحقق آن در حقوق ایران و آمریکا
الهام حیدری ۵۶-۲۹

مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در نظام کیفری ایران و آلمان
منصور رحمدل ۸۰-۵۷

بررسی تطبیقی جرم نیانی در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی
سید مصطفی موسوی، مهین سبحانی و مجتبی جانی‌پور ۱۰۴-۸۱

تعلیقات منصوص شرعی در قانون مجازات اسلامی در پرتو اصل
قانونمندی حقوق کیفری
حسین سلیمانی ۱۳۳-۱۰۵

راهکارهای معماری برای پیشگیری از وقوع جرم در مجموعه‌های مسکونی باز در
سطح ساختمان مسکونی (نمونه‌های مورد مطالعه: مسکن بسیجیان نالش، مسکن مهر
رشت و مسکن ارکید گلزار رشت)
سید امین سیدین، مهرداد جواهریان، حسین آقابابایی و قادر بایزیدی ۱۶۴-۱۳۵

مبانی و موقعیت وکالت از منبهم در اسناد بین‌المللی و نظام عدالت کیفری ایران
مرتضی عارفی و جلیل امید ۱۸۸-۱۶۵

تجاوز جنسی و تعارض جنسیتی
اکبر نوروزی و حسن عالی‌پور ۲۰۸-۱۸۹



انجمن ایرانی حقوق جزا

دوفصلنامه علمی- پژوهشی



دانشگاه گیلان

پژوهشنامه حقوق کیفری

سال دهم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۹۸ (شماره پیاپی ۱۹)

صاحب امتیاز: دانشگاه گیلان

مدیر مسؤول: دکتر محمدرضا نظری نژاد

سر دبیر: دکتر حسین آقابابایی

اعضای هیات 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 (دانشیار 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 طباطبائی)

دکتر حسین میر محمد صادقی (استاد حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه شهید بهشتی)

دکتر نسرین مهرا (دانشیار حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه شهید بهشتی)

دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی (استاد حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه شهید بهشتی)

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

آدرس سایت مجله: <http://jol.guilan.ac.ir/>

آدرس پست الکترونیکی: p.h.m@guilan.ac.ir

pajoooheshname@gmail.com

آدرس پستی: رشت، بزرگراه خلیج فارس، (کیلومتر ۵ جاده

رشت - تهران)، مجتمع دانشگاه گیلان، دانشکده ادبیات و

علوم انسانی، صندوق پستی: ۴۱۶۳۵-۲۹۸۸

تلفکس: ۰۱۳-۳۳۶۹۰۵۹۰

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 سایت های زیر نمایه می شود:

۱. مرکز منطقه ای اطلاع رسانی علوم و فناوری: ricest.ac.ir

۳. بانک اطلاعات نشریات کشور: magiran.com

۵. پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی: sid.ir

۲. پایگاه استنادی علوم جهان اسلام: Isc.gov.ir

۴. پایگاه مجلات تخصصی نور: noormags.ir

۶. پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی کشور: ensani.ir



دوفصلنامه علمی- پژوهشی



پژوهشنامه حقوق کیفری

سال دهم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۹۸ (شماره پیاپی ۱۹)

فهرست مقالات

عنوان	صفحه
• مفهوم سلب آزادی غیر کیفری و انواع آن از منظر کنوانسیون اروپایی حقوق بشر محمد مهدی برغی و نسرین مهرآ	۲۷-۷
• بررسی کیفیت مشدده سردستگی و شرایط تحقق آن در حقوق ایران و آمریکا الهام حیدری	۵۶-۲۹
• مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در نظام کیفری ایران و آلمان منصور رحمدل	۸۰-۵۷
• بررسی تطبیقی جرم تبانی در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی سید مصطفی موسوی، مهین سبحانی و مجتبی جانی‌پور	۱۰۴-۸۱
• تعزیرات منصوص شرعی در قانون مجازات اسلامی در پرتو اصل قانونمندی حقوق کیفری حسین سلیمانی	۱۳۳-۱۰۵
• راهکارهای معماری برای پیشگیری از وقوع جرم در مجموعه‌های مسکونی باز در سطح ساختمان مسکونی (نمونه‌های مورد مطالعه: مسکن بسیجیان تالش، مسکن مهر رشت و مسکن ارکید گلزار رشت) سید امین سیدین، مهرداد جواهریان، حسین آقابابایی و قادر بایزیدی	۱۶۴-۱۳۵
• مبانی و موقعیت وکالت از متهم در اسناد بین‌المللی و نظام عدالت کیفری ایران مرتضی عارفی و جلیل امیدی	۱۸۸-۱۶۵
• تجاوز جنسی و تعارض جنسیتی اکبر نوروزی و حسن عالی‌پور	۲۰۸-۱۸۹
• چکیده انگلیسی مقالات 2-9	

مشاوران علمی این شماره (به ترتیب الفبا):

شهرام ابراهیمی (استادیار دانشگاه شیراز)
محمد علی بابایی (دانشیار دانشگاه بین المللی امام خمینی قزوین)
عباس تدین (دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی)
علیرضا تقی پور (دانشیار دانشگاه بوعلی سینا همدان)
حسن پوربافرانی (دانشیار دانشگاه اصفهان)
هادی رستمی (استادیار دانشگاه بوعلی سینا همدان)
سودابه رضوانی (استادیار دانشگاه سمنان)
صادق سلیمی (استادیار دانشگاه آزاد اسلامی تهران)
سید حسام سید اصفهانی (دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی)
محسن شریفی (استادیار موسسه آموزش عالی طبهرستان)
مجید صادق نژاد نایینی (استادیار دانشگاه حکیم سبزواری)
سعید قماشی (استادیار دانشگاه کاشان)
مجید قورچی بیگی (استادیار دانشگاه خوارزمی)
سید محمود مجیدی (استادیار دانشگاه دامغان)
محمد رضا نظری نژاد (استادیار دانشگاه گیلان)
امیرحسن نیازپور (استادیار دانشگاه شهید بهشتی)
بهنام یوسفیان شوره دلی (استادیار دانشگاه آزاد اسلامی دامغان)



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

کواهی 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 جلسه کمیسیون بررسی نشریات علمی مورخ ۹۱/۸/۲۴ مطرح و با
اعطای اعتبار علمی - پژوهشی موافقت شد. بدون شک تلاش دست اندرکاران نشریه سهم به سزایی در گسترش
مرزهای دانش و ارتقای کیفی و کمی جایگاه علمی کشور خواهد داشت.
عدم رعایت مفاد آیین نامه مذکور موجب ابطال تاییدیه خواهد شد.

مختار شرمینی
مدیرکل و قریباستادزاري و برنامه ريزي امور پژوهشي
دبير کمیسیون 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 جلد، شماره چاپ، شهر محل نشر کتاب: نام ناشر.

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

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

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

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

مانند مثالهای زیر:

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

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

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

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

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

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

جدول ۱- تجزیه واریانس صفات اندازه گیری شده

میانگین مربعات (MS)				
منابع تغییرات	درجه آزادی	ارتفاع بوته (CM)	قطر ساقه (mm)	تعداد برگ
تکرار	۲	۲۵/۱۲ ^{ns}	۲/۰۷ ^{ns}	۱۰ ^{ns}
تیمار	۵	۳۲۵/۰۶ ^{**}	۱۵ [*]	۲۴ ^{ns}
خطا	۱۰	۷۲/۶۵	۸/۱۵	۶

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

نحوه ارسال مقاله:

۱. نویسندگان باید هنگام ارسال، دو فایل را بارگزاری نمایند: ۱- فایل اصلی بدون مشخصات نویسندگان و ۲- فایل مشخصات نویسندگان.
۲. مقاله در برنامه word 2003 یا word 2007 ذخیره و ارسال گردد.
۳. 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).



پژوهشنامه حقوق کیفری

سال دهم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۹۸

شماره پیاپی ۱۹



مفهوم سلب آزادی غیر کیفری و انواع آن از منظر کنوانسیون اروپایی حقوق بشر

محمد مهدی برغی^۱

دکتر نسرین مهرا^۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۲/۱۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۴/۲۰

چکیده

«سلب آزادی» از دیرباز به عنوان یکی از ضمانات اجراهای سنتی حقوق کیفری شناخته می‌شد که در قالب کیفر برای بزهکاران مورد استفاده قرار می‌گرفت. با وجود این امروزه در نتیجه پاره‌ای از مصالح و ضرورت‌های اجتماعی، شاهد آن هستیم که «سلب آزادی» در سایر رشته‌ها و در قالب ضمانت اجرای اداری، تربیتی، بهداشتی، انضباطی و مانند آن نیز به کار برده می‌شود. اهمیت روزافزون و گسترش میزان استفاده از این نوع سلب آزادی‌های غیر کیفری در سال‌های اخیر منجر به آن شده است که قوانین کشورهای مختلف و اسناد بین‌المللی گوناگون این نوع از سلب آزادی را به رسمیت بشناسند. از جمله این اسناد کنوانسیون اروپایی حقوق بشر است که به عنوان یک سند پیشروی حقوقی در عرصه بین‌المللی، در ماده ۵ خود ضمن پذیرش مفهوم سلب آزادی غیر کیفری، با احصاء مصادیق سلب آزادی‌های غیر کیفری، برای این نوع از سلب آزادی ماهیتی مستقل از سلب آزادی‌های کیفری قائل شده است.

واژگان کلیدی: سلب آزادی، کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، کیفر، زندان، دادگاه

✉ mmehdibarghi@yahoo.com

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

۲. دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

مقدمه

«سلب آزادی» از دیرباز به عنوان یک ضمانت اجرای خاص در حقوق کیفری مورد استفاده قرار می گرفته است. در توضیح باید گفت که مقابله با جرم و چاره اندیشی برای مجرم همواره یکی از بزرگ ترین دغدغه های جوامع بشری را به خود اختصاص داده است.^۱ در دوران اولیه مبنای تعقیب و مجازات خطاکارانی که دیگران را مورد تعدی و تجاوز قرار می دادند، انتقام بود که حد و مرزی نداشت و مسئولیت جرم تنها به عهده شخص بزهکار نبود، بلکه گاه افراد خانواده یا قبیله وی نیز بایستی پاسخگوی رفتار خطاکارانه او می بودند. در این دوران که از آن تحت عنوان دوره انتقام خصوصی نام برده می شود، کیفرهای به کار رفته اغلب از نوع مجازات های سخت و بدنی بوده است (نوربها، ۱۳۹۶: ۶۷).

با گرد هم جمع شدن قبایل و ایجاد شهرها و تشکیل قدرت مرکزی، تحولی در شیوه مقابله با جرائم پدید آمد. به تدریج دولت ها با توسعه اقتدار خود قواعد و مقررات خاصی وضع نمودند تا زیان دیده یا خانواده او بتوانند انتقام خود را در محدوده قواعد و ضوابط معین از بزهکاران بستانند. نتیجه این دخالت دولت ها، ممنوع شدن استفاده از انتقام شخصی و در مقابل اعمال کیفرهای همگانی نسبت به بزهکاران بود (پیکا، ۱۳۹۳: ۱۰۱).

با وجود این یکی از ویژگی های کیفرها در این دوران که گاه از آن با عنوان «دوره دادگستری عمومی» نام برده می شود، شدت مجازات هاست؛ بدین معنا که در این دوران هم نه تنها کیفرها اغلب از نوع مجازات های بدنی و خشن نظیر اعدام است، بلکه شیوه اجرای این کیفرها هم عموماً با خشونت و زجر و شکنجه مرتکب نظیر بریدن اعضاء، داغ کردن و... همراه بود. در این دوران بزهکار را فردی گناهکار می دانستند و شدت مجازات را کفاره ای برای گناهان او به حساب می آوردند.^۲

دیری نپایید که اصول اخلاقی و آموزه های دینی در کنار پیشرفت های علمی، در تقابل با چنین طرز فکر و عملی خشن و غیر انسانی قرار گرفت (شاهچراغ، ۱۳۹۱: ۷۸) و آن را به شدت مورد انتقاد قرار داده و خواهان تغییر آن شد. شروع نهضت اصلاحات از قرن ۱۸ و پدید آمدن مکتب فکری جدید توسط افرادی مثل «منتسکیو»^۳ و «ولتر»^۴ موجب تحولات چشمگیری در اندیشه های

۱. برای مطالعه بیشتر راجع به جرم و ترس از آن مراجعه کنید به فارال، استفن، جکسون، جاناتان، گری، امیلی، نظم اجتماعی و ترس از جرم در دوران معاصر، ترجمه حمیدرضا نیکوکار، نشر میزان، ۱۳۹۲، صص ۱۱۲-۱۰۳

۲. برای مشاهده نمونه هایی از این کیفرهای بدنی سخت در دوران ایران باستان مراجعه کنید به میرمحمدصادقی، حسین، جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی، نشر میزان، ۱۳۹۴، صص ۲۱ و ۲۲

۳. «Montesquieu» فیلسوف و نویسنده قرن هجدهم فرانسه که کتاب «روح القوانين» وی از مهم ترین کتاب های حقوقی است. برای مطالعه بیشتر راجع به او ر. ک به بخشایشی اردستانی، احمد، سیر تاریخی اندیشه های سیاسی در غرب (از افلاطون تا نیچه)، انتشارات آوای نور، چاپ چهارم، ۱۳۸۸، صص ۲۱۰-۲۰۰

کیفری در این دوره شد. از دیگر اندیشمندان این مکتب فکری که از آن تحت عنوان «مکتب کلاسیک» نام برده می‌شود،^۲ می‌توان به «سزار بکاریا»^۳ اشاره نمود. بکاریا در اثر مشهور خود یعنی «رساله جرائم و مجازات‌ها» به کیفرهای سنگین و شکنجه می‌تازد و با کیفر اعدام جز در موارد استثنائی مخالفت می‌کند.^۴

در نتیجه این تحولات به تدریج گرایش به استفاده از مجازات سلب آزادی به جای مجازات‌های بدنی پدید آمد. بر همین اساس می‌توان گفت یکی از تأثیرات و دستاوردهای مهم مکتب «کلاسیک»، موضوع گسترش استفاده از زندان به عنوان یک مجازات بود؛ چرا که ترجیح پیروان این مکتب حذف مجازات‌های بدنی و تبدیل آن‌ها به مجازات‌های غیر بدنی بود و تنها جانشینی هم که می‌توانست مطرح شود مجازات حبس بود. در واقع از آن جایی که از یک سو تفکرات این مکتب بر اساس سزادهی استوار بود و بسیاری از طرفداران آن معتقد بودند که شدت مجازات باید متناسب با میزان گناهکاری مرتکب باشد^۵ و از سوی دیگر برخی از ایشان مانند «بکاریا» شدیداً با مجازات‌های بدنی مخالف بودند، (پرادل، ۱۳۹۴: ۵۳) لذا استفاده از کیفر زندان در قالب حبس طولانی مدت یا بدون مدت و غیر معین را پیشنهاد نمودند (صفاری، ۱۳۹۴: ۷۲). بدین ترتیب «سلب آزادی» در قالب کیفر به زندان انداختن، جایگاه مهمی در حقوق کیفری پیدا کرد.

با وجود این امروزه مرزهای حقوق کیفری با سایر رشته‌های حقوقی کمرنگ شده و حقوق کیفری در پاره‌ای از موارد وظیفه جرم انگاری یا کیفر انگاری را به سایر رشته‌های حقوقی واگذار کرده است. در این میان پرسش مهمی که مطرح می‌شود آن است که آیا سلب آزادی هم مشمول این تحول قرار گرفته است؟ به بیان دیگر آیا سلب آزادی از حوزه ضمانت اجرای خاص حقوق کیفری خارج شده و به سایر رشته‌های حقوقی تسری داده شده است؟ آیا امروزه هم سلب آزادی

۱. «Voltaire» (زاده ۲۱ نوامبر ۱۶۹۴ - درگذشته ۳۰ مه ۱۷۷۸) از نام‌دارترین فیلسوفان و نویسندگان فرانسوی عصر روشنگری است. برای مطالعه بیشتر راجع به او ر. ک به مجتهدی، کریم، فلسفه و تجدد، نشر امیر کبیر، چاپ دوم، ۱۳۸۷، صص ۱۶۰-۵۴

۲. برای مطالعه بیشتر راجع به مکتب کلاسیک ر. ک به وایت، راب، هینز، فیونا، جرم و جرم شناسی، ترجمه علی سلیمی، پژ. هشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ چهارم، ۱۳۹۰، صص ۹۹-۷۳

۳. «Beccaria» حقوقدان و نویسنده معروف قرن هجدهم ایتالیا

۴. رای مطالعه بیشتر ر. ک به بکاریا، سزار، رساله جرائم و مجازات‌ها، ترجمه دکتر محمدعلی اردبیلی، نشر میزان، چاپ هفتم، ۱۳۹۴، صص ۱-۱۵۲

۵. برای مطالعه بیشتر ر. ک به ولد، جرج، برنارد، توماس، اسنیپس، جفری، جرم شناسی نظری (گذری بر نظریه‌های جرم شناسی)، ترجمه علی شجاعی، شرکت چاپ و نشر لیلا، ۱۳۹۰، صص ۴۰-۳۰

Tonry, Michael, Retributivism Has a Past: Has It a Future? Studies in Penal Theory and Philosophy, Oxford University Press, 2011, PP. 1-291

فقط در قالب مجازات زندان برای مجرمینی که به موجب حکم دادگاه‌های کیفری محکوم شده‌اند مورد استفاده قرار می‌گیرد یا می‌توان نمونه‌هایی از استفاده غیر کیفری از سلب آزادی را هم مشاهده نمود؟ اسناد بین‌المللی در این زمینه چه رویکردی دارند؟

برای پاسخ به پرسش‌های مذکور جستار حاضر به دو گفتار تقسیم شده است. در گفتار اول به شناسایی مفهوم سلب آزادی غیر کیفری و در گفتار دوم به بررسی مصادیق سلب آزادی غیر کیفری از منظر کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به عنوان یکی از اسناد پیشرو در حوزه حقوق بین‌الملل خواهیم پرداخت.

گفتار اول: مفهوم سلب آزادی غیر کیفری

گرچه به صورت سنتی این طرز تفکر وجود داشته که «سلب آزادی» ضمانت اجرایی کیفری است که متعاقب وقوع جرم و به عنوان مجازات توسط دادگاه‌های کیفری بدان حکم می‌شود اما امروزه و در اثر کمرنگ شدن مرزهای میان حقوق کیفری و سایر شاخه‌های حقوقی، ما شاهد استفاده از مواردی از سلب آزادی هستیم که می‌توان آن‌ها را «سلب آزادی غیر کیفری» نامید. بدین معنا که در بعضی موارد و بنابر پاره‌ای از ضرورت‌ها، بدون آن که فرد مرتکب بزه کیفری شود، سلب آزادی برای او پیش‌بینی شده است. همچنین گاه مواردی از سلب آزادی در قوانین یافت می‌شود که گرچه متعاقب وقوع جرمی بوده، اما آن سلب آزادی نه به عنوان کیفر یا مجازات آن جرم، بلکه به دلیل ضرورت‌ها و مصلحت‌های غیر کیفری دیگری در نظر گرفته شده است (United Nations, 2003: 175).

این امر ناشی از آن است که حقوق کیفری نوین از تجانس ذاتی و کلاسیک خود دور شده و مرزهای حقوق کیفری به مرزهای حقوق اداری، حقوق پزشکی، حقوق انضباطی و... نزدیک شده است. در نتیجه حقوق کیفری نه تنها در پاره‌ای از موارد وظیفه جرم‌انگاری را به سایر رشته‌های حقوقی واگذار کرده است^۱، بلکه پاره‌ای از ضمانت اجرای سنتی حقوق کیفری نیز به سایر رشته‌ها انتقال داده شده است. از آن جمله «سلب آزادی» که به صورت سنتی یک ضمانت اجرای

۱. به این پدیده اصطلاحاً «احاله کیفری» گفته می‌شود. توضیح آن که به دنبال ظهور ارزش‌های جدید، ما شاهد قانون‌گذاری کیفری در قوانین مدنی، تجاری و... هستیم که به منظور دفاع از این ارزش‌ها پدید آمده‌اند. بدین ترتیب در کنار «حقوق کیفری اختصاصی عادی»، ما امروزه مفهوم «حقوق کیفری اختصاصی اختصاصی» را داریم. اولی شامل جرائم تاریخی است که در تاریخ حقوق کیفری همواره جرم بوده‌اند و دومی شامل جرائم فنی است که خارج از حقوق کیفری مطرح و جرم‌انگاری و رسیدگی می‌شوند.



کیفری محسوب می‌شده است، امروزه بعضاً به‌عنوان ضمانت اجرای غیر کیفری در سایر رشته‌های حقوقی استفاده می‌شود.

یکی از موارد کاربرد «سلب آزادی غیر کیفری» به‌عنوان ضمانت اجرای اداری است؛ توضیح آن که اساساً متغیر اداری که بر پاسخ مراجع اداری و نه پاسخ قاضی کیفری به بزه مبتنی است، مستلزم آن است که یک سازمان یا مرجع اداری -ورای دخالت یا حضور مرجع کیفری- دارای صلاحیت برای اعمال ضمانت اجرای خاص خود به بزه باشد. گرچه معمولاً گفته می‌شود که ضمانت اجرای کیفری جنبه سزادهی و ضمانت اجرای اداری جنبه انتظام بخشی دارند، اما امروزه با ظهور ضمانت اجرای اداری دارای ویژگی تنبیهی این تفاوت تا حدود زیادی تعدیل شده است.

به هر روی نکته‌ای که همواره بر آن تأکید شده عدم اعمال ضمانت اجرای سلب کننده آزادی در زمینه اداری و نیز عدم استفاده از اقدام‌های سلب کننده آزادی مانند تحت نظر قرار دادن مظنون و بازداشت متهم در طول فرآیند رسیدگی‌های اداری است.^۱ با وجود این و در عمل چیزی غیر از این مشاهده می‌کنیم؛ چنان که تحت نظر قرار دادن یک فرد که مدت‌ها خاص رویه‌های پلیس قضایی بوده، امروزه تحت عنوان نگهداری (توقیف اداری) با مدت محدود به پلیس اداری به منظور کنترل هویت افراد نیز تسری داده شده است.^۲ نمونه دیگر آن است که در بعضی کشورها ادارات ذی نفع می‌توانند کیفرهای تکمیلی که در حقوق کیفری نیز معمول است، اعمال نمایند؛ از جمله بازداشت ممکن است بنا به تقاضای اداره مربوطه علیه شخصی که جرمه خود را نمی‌پردازد، اعمال شود.^۳ (دلماس-مارتی، ۱۳۹۳: ۲۲۵-۱۹۰).

نمونه دیگر تسری «سلب آزادی» به خارج از حقوق کیفری سنتی، استفاده از آن در قالب شبکه‌های پزشکی-اجتماعی است که نسبت به کودکان و بیماران روانی اعمال می‌شود و بعضاً منتهی به سلب آزادی از ایشان با احراز شرایطی می‌گردد. توضیح آن که این دو گروه به‌عنوان «جمعیت در معرض خطر یا جمعیت خطر دار» ممکن است مشمول اقدامات سالب آزادی قرار گیرند؛ با این تفاوت که کودک به لحاظ قرار گرفتن در موقعیتی خطرناک برای خود او مورد توجه قرار می‌گیرد و در مراجع پزشکی-اجتماعی نگهداری می‌شود، حال آن که بیمار روانی چنانچه بنا

۱. به عنوان نمونه ر. ک به قطع نامه کنگره بین المللی حقوق جزای وین ۱۹۸۹. برای مطالعه بیشتر راجع به این قطع نامه ر. ک به

Bassiouni, Cherif, International Criminal Law: Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms, Volume 2, BRILL, 2008, P. 33

۲. ماده ۱- ۷۸ و بعد قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه

۳. نظیر آن چه در حقوق آلمان مشاهده می‌شود.

به تقاضای خودش بتوان او را درمان کرد دیگر مشمول اقدام اعزام اجباری به این مراجع نمی‌شود، مگر آن‌که حالت وی بنا بر عبارت قانون سلامت عمومی^۱، برای امنیت اشخاص خطر داشته باشد.^۲ نمونه دیگری از «سلب آزادی غیر کیفری» استفاده از آن در قالب یک اقدام «دفاع اجتماعی» در قبال افراد ولگرد و متکدی یا معتاد به الککل است؛ توضیح آن‌که در کشورهایی که امروزه از ولگردی و تکدی‌گری جرم‌زدایی کرده‌اند، مسأله اعزام و نگهداری ولگردان و متکدیان بین دو تا هفت سال در مراکز خاص به‌عنوان یک اقدام دفاع اجتماعی پذیرفته شده است.^۳ همچنین اعتیاد به الککل حتی «وقتی برای دیگری خطر تلقی شود» ممکن است موجب صدور اقدام مبنی بر اعزام و نگهداری اجباری معتاد در یک مؤسسه تخصصی شود،^۴ در حالی که اعتیاد به الککل در هیچ کشور اروپایی جرم انگاری نشده است (دلماس-مارتی، ۱۳۹۳: ۲۴۹، De Vito and Lichtenstein, 2015: 28).

موارد فوق به خوبی نشان‌دهنده آن است که امروزه استفاده از «سلب آزادی» به‌عنوان یک ضمانت اجرای غیر کیفری در کشورهای مختلف و در موارد گوناگون مورد استفاده قرار می‌گیرد. به طور کلی علت این‌که این مصادیق «سلب آزادی» به‌عنوان «سلب آزادی غیر کیفری» شناخته می‌شوند آن است که این موارد از سلب آزادی لزوماً متضمن یک رسیدگی و دادرسی کیفری نیستند، مستقل از هر بزه کیفری پیش بینی شده‌اند و بعضاً از تصمیمات قوه مجریه ناشی می‌شوند. البته صلاحیت مقامات اداری و اجرایی برای حکم به «سلب آزادی» موضوعی به شدت مناقشه برانگیز است و بعضی کارشناسان معتقدند باید لغو شود.^۵ با این وجود لازم است که به خاطر داشته باشیم که این شکل از «سلب آزادی» به‌وسیله قواعد حقوق بشری غیر قانونی اعلام نشده است؛ گرچه به‌وسیله مراقبت‌ها و تضمینات متعددی محصور و محدود شده است.^۶

۱. ماده ۳۴۲ قانون سلامت عمومی فرانسه اعزام و نگهداری اجباری را شامل اشخاصی می‌داند که «اختلال روانی آن‌ها نظم عمومی یا امنیت اشخاص را در معرض خطر قرار می‌دهد»؛ مفهوم خطرناکی با اعزام فوری بیمار روانی به یک مؤسسه در عبارت قانون صریح‌تر آمده است: «در صورت وجود خطر قریب الوقوع برای امنیت اشخاص» و در صورتی که رفتار فرد «حاکمی از اختلالات روانی آشکار باشد».

۲. برای مطالعه بیشتر راجع به سلب آزادی غیر کیفری از کودکان مراجعه کنید به Ceccorulli, Michela, The EU, Migration and the Politics of Administrative Detention, Routledge, 2014, PP. 53-54

۳. برای نمونه قانون ۱۸۹۱ بلژیک

۴. قانون ۱۵ آوریل ۱۹۵۴ فرانسه

۵. به عنوان مثال ببینید نظری را که به وسیله Mr. Louis Joinet در پاراگراف ۱۸ از گزارش او راجع به «رویه بازداشت اداری» آمده است. (UN doc. E/CN.4/Sub.2/1990/29)

۶. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به



گفتار دوم: انواع سلب آزادی غیر کیفری در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر

در میان اسناد بین‌المللی، کنوانسیون اروپایی حقوق بشر سندی است که به صورت ویژه انواع سلب آزادی کیفری و غیر کیفری را احصاء کرده است. بر این اساس ماده ۵ کنوانسیون چهار موقعیت را که در آن‌ها «سلب آزادی» به عنوان بخشی از فرآیند غیر کیفری توجیه می‌شود، مورد تصدیق قرار داده است: الف) سلب آزادی به واسطه ترمّد از قرار صادره توسط دادگاه یا به منظور تضمین اجرای یک تکلیف تجویز شده قانونی به موجب بند (۱) (ب) از ماده ۵؛ ب) سلب آزادی صغار به موجب بند (۱) (د) از ماده ۵؛ ج) سلب آزادی به دلایل پزشکی یا اجتماعی به موجب بند (۱) (ه) ماده ۵؛ د) سلب آزادی در ارتباط با بیگانگان به موجب بند (۱) (و) ماده ۵

در این گفتار به بررسی انواع سلب آزادی غیر کیفری از منظر کنوانسیون اروپایی خواهیم پرداخت و برای آشنایی دقیق‌تر با ضوابط حاکم بر این ۴ نوع سلب آزادی غیر کیفری، آرایه را که دادگاه اروپایی حقوق بشر در مقام رسیدگی به دعاوی مربوط به این انواع سلب آزادی صادر کرده است، مورد استفاده قرار خواهیم داد.

۱- سلب آزادی در نتیجه عدم انجام تکالیف مقرر قانونی یا قضایی

ماده ۵ (۱) (ب) کنوانسیون اروپایی حقوق بشر «دستگیری یا بازداشت قانونی یک شخص به لحاظ ترمّد از قرار صادره توسط دادگاه یا به منظور تضمین اجرای یک تکلیف تجویز شده در قانون» را مجاز دانسته است.

حالت اولی که به موجب این مقرر توقيف و بازداشت شخص در آن اجازه داده شده است، ترمّد از قرار صادره توسط یک دادگاه است که ممکن است برای مثال از قصور شخص در پرداخت جزای نقدی تعیین شده به وسیله دادگاه^۱ یا انجام یک معاینه پزشکی در ارتباط با سلامت ذهنی^۲ یا حاضر شدن به عنوان شاهد ناشی شود. همچنین قصور در رعایت محدودیت‌های مربوط به محل سکونت^۳ یا اعلام دارایی از دیگر مواردی است که ممکن است مشمول این حالت قرار گیرد.^۴ خودداری از انجام

Miller, Frederic, Vandome, Agnes, McBrewster, John, Administrative Detention: Sovereign State, Arrest, Trial (law), National Security, Democracy, Terrorism, Illegal Immigration, Crime, Incarceration, Conviction, Preventive Detention, Human Rights, Civil and Political Rights, Alphascript Publishing, 2009, PP. 1-146

1. Velinov v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, No. 16880/08, 19 September 2013

2. X. v. Germany, Commission decision of 10 December 1975

3. Freda v. Italy, No. 8916/80, Commission decision of 7 October 1980, DR 21

4. Airey v. Ireland, No. 6289/73, ECHR 1979; X v. Austria, No. 8278/78, 13 December 1979

یک حکم راجع به تحویل بچه به یکی از والدین^۱ و نقض شرایط آزادی به قید وثیقه^۲ از دیگر مواردی است که در این باره راجع به آن‌ها حکم صادر شده است.

البته با توجه به نحوه بیان این قسمت از ماده، بدیهی است که شخصی که به موجب این مقررہ بازداشت یا توقیف شده است، بایستی شانس و فرصت اجرای قرار صادره توسط دادگاه را داشته بوده ولی از انجام آن سر باز زده باشد. بنابراین اشخاصی که از وجود چنین تعهد و تکلیفی مطلع نشده بوده‌اند، نمی‌توانند مشمول این مقررہ قرار گیرند.^۳

در همه این موارد تعهد و تکلیف شخص باید ضرورتاً برآمده از حکم قانونی یک دادگاه باشد. بنابراین در دعوای برلینسکی علیه لهستان^۴ دادگاه اروپایی حقوق بشر به این نتیجه رسید که نگهداری اجباری خواهان در یک بیمارستان روانی در چهارچوب دادرسی کیفری علیه او و به‌منظور تضمین اجرای حکم دادگاه در مورد بررسی حالت ذهنی وی بوده که برای تصمیم‌گیری راجع به مسئولیت کیفری وی لازم و ضروری بوده است. پس زمانی که احراز شد که این «سلب آزادی» ناشی از تخلف از قرار و حکم دادگاه بوده است، دادگاه اروپایی حقوق بشر قانونی بودن آن را تصدیق کرد و تشخیص داد که «سلب آزادی» با ضوابط مجاز قانونی منطبق بوده و اقدامی خودسرانه به حساب نمی‌آمده است (Fenyves, 2012: 794).

اما حالت دوم از موقعیت‌هایی که به وسیله ماده ۵ (۱) (ب) پوشش داده می‌شود (یعنی سلب آزادی به منظور تضمین اجرای یک «تکلیف تجویز شده قانونی») به نظر از وضوح کمتری برخوردار است. با این وجود به نظر می‌رسد برای تحقق این مقررہ لازم است که یک تعهد اجرا نشده ضروری بر عهده شخص مورد نظر باشد و توقیف و بازداشت او هم باید با هدف تضمین اجرای آن تعهد صورت گیرد. بنابراین به محض آن که تعهد مربوط انجام گرفت، مبنای بازداشت پذیرفته شده در قسمت دوم ماده ۵ (۱) (ب) هم از بین خواهد رفت.^۵ نمونه‌هایی از چنین تکلیف خاصی ممکن است انجام خدمت نظامی یا شهروندی، حمل اوراق شناسایی، ایجاد یا ارائه اظهارنامه مالیاتی یا گمرکی و یا زندگی در یک مکان مشخص شده باشد.^۶

در پایان این قسمت لازم است به این نکته اشاره کنیم که ناتوانی از انجام یک تعهد قراردادی، حتی جایی که اجرای آن به وسیله یک حکم حقوقی و مدنی تحمیل شده است، ذیل ماده ۵ (۱) (ب)

1. Paradis v. Germany, No. 4065/04, 4 September 2007

2. Gatt v. Malta, No. 28221/08, ECHR 2010

3. Beiere v. Latvia, No. 30954/05, 29 November 2011

4. Slavomir Berlinski v. Poland, No. 27715/95, 18 January 2001

5. Vasileva v. Denmark, No. 52792/99, 25 September 2003

6. Johansen v. Norway, 23 ECHR 33, Judgment of August 1996; B v. France, Appl. No. 13343/87, 25 March 1992; Ciulla v. Italy, Series A no 148, 22 February 1989; McVeigh, O'Neill and Evans v. the United Kingdom, Commission report of 18 March 1981



قرار نمی‌گیرد؛ چرا که اساساً به موجب ماده ۱ از پروتکل شماره ۴ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر^۱، «سلب آزادی» به خاطر ناتوانی در اجرای یک تعهد قراردادی ممنوع است.^۲

۲- سلب آزادی از صغار به عنوان اقدام تأمینی و تربیتی

ماده ۵ (۱) (د) کنوانسیون اروپایی حقوق بشر «بازداشت یک صغیر از طریق قرار صادره توسط دادگاه به منظور نظارت تربیتی یا به منظور اعزام او نزد مرجع قانونی صالح» را مجاز دانسته است. نکته‌ای که در رابطه با این مقررہ بایستی مورد توجه قرار گیرد آن است که اصطلاح «صغیر»^۳ به موجب کنوانسیون اروپایی حقوق بشر از یک معنی مستقل برخوردار است و شامل همه اشخاص زیر ۱۸ سال می‌شود.^۴

مبنای نخست پذیرفته شده برای توقیف و سلب آزادی صغار در مواردی اعمال می‌شود که یک دادگاه یا نهاد اداری به موجب یک حکم قانونی تصمیم می‌گیرد تا صغیری را تحت نظارت تربیتی ترکیب شده با یک محدودیت در آزادی قرار دهد؛ از قبیل اقامت اجباری در یک مؤسسه یا نهاد اصلاح و تربیت یا در یک کلینیک. بایستی توجه داشته باشیم که اصطلاح «نظارت تربیتی» نباید معادل با تعلیم و آموزش در کلاس درس در نظر گرفته شود. چنین نظارتی باید شامل جنبه‌های متعددی از اعمال حقوق والدینی برای حمایت از صغیر مورد نظر و در راستای منافع او به وسیله مقامات مربوطه باشد.^۵

به عنوان مثال در دعوای بومار علیه بلژیک دادگاه اروپایی حقوق بشر حکم داد که نگهداری صغیر در یک زندان قبل از انتقال سریع او به مؤسسه اصلاح و تربیت به موجب ماده ۵ (۱) (د) مجاز دانسته

۱. حقوق ماهوی مندرج در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به وسیله پروتکل‌هایی که به آن الحاق شده‌اند، تکمیل و توسعه یافته است. پروتکل‌های شماره ۱، ۴، ۶، ۷ و ۱۳ در زمره پروتکل‌هایی‌اند که در جهت تکمیل حقوق ماهوی به این کنوانسیون ملحق شده‌اند. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به

Schabas, Wiliam, The European Convention on Human Rights: A Commentary, Oxford University Press, 2015, PP. 10-22

۲. این مسأله از چنان اهمیتی برخوردار است که ماده ۱۱ میثاق حقوق مدنی و سیاسی هم ضمن تأکید بر ممنوعیت زندانی کردن افراد به واسطه ناتوانی ایشان از انجام تعهدات قراردادی، در ماده ۴ خود به صراحت هرگونه اقدام مغایر با ماده ۱۱ را توسط کشورهای عضو در هر شرایطی ممنوع دانسته است. به همین واسطه این حق را امروزه به عنوان یکی از مصادیق حقوق بشر غیرقابل تعلیق به شمار می‌آورند.

۳. برای مطالعه بیشتر راجع به مفهوم صغیر و حقوق کودکان در حقوق بین الملل مراجعه کنید به Van Bueren, Geraldin, The International Law on the Rights of the Child, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, PP. 20-36

4. Koniarska v. the United kingdom, No. 33670/96, 12 October 2000

5. P. and S. v. Poland, No. 57375/08, 30 October 2012

شده است. با این وجود دادگاه اروپایی حقوق بشر در همین پرونده یک مورد از نقض این مقرر را احراز کرد؛ چرا که صغیر - که یک پسر بچه متخلف و به شدت آشفته و پریشان حال بود - ۹ مرتبه و در مجموع برای ۱۱۹ روز در کمتر از یک سال به بازداشتگاه زندان فراخوانده شده بود. دادگاه اروپایی حقوق بشر حکم داد که مقامات مربوطه متعهد و موظف بوده‌اند که تسهیلات مناسب را به منظور دستیابی او به اهداف آموزشی فراهم کنند؛ چرا که بازداشت یک نوجوان:

«در شرایط انزوای واقعی و بدون همکاری پرسنل در مورد تعلیم آموزشی، نمی‌تواند به عنوان اقدامی در جهت پیشبرد هرگونه هدف آموزشی در نظر گرفته شود»^۱ (Van Bueren, 2007: 99). در طرف مقابل در دعوای نیلسن علیه دانمارک دادگاه اروپایی حقوق بشر حکم داد که نگهداری بچه در این پرونده در یک بیمارستان روانی برخلاف تمایل او اما به درخواست مادرش، اساساً یک «سلب آزادی» نبوده است؛ بلکه «یک اقدام مسئولانه به وسیله مادرش در جهت اعمال حق حضانت و در راستای منافع بچه بوده است»^۲ (Mitchell, 2008: 29).

اما مبنای دوم ذکر شده در ماده ۵ (۱) (د) کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به بازداشت صغار با هدف حاضر کردن آن‌ها نزد یک دادگاه برای رسیدگی‌های حقوقی یا اداری مربوط است. بنابراین این موقعیت شامل بازداشت صغیر مظنون یا متهم به یک جرم کیفری نمی‌شود که مشمول ماده ۵ (۱) (ج) خواهد بود.

۳- سلب آزادی به دلایل پزشکی یا اجتماعی

ماده ۵ (۱) (ه) کنوانسیون اروپایی حقوق بشر «بازداشت قانونی اشخاص جهت پیشگیری از سرایت بیماری‌های مسری، افراد مختل‌المشاعر، معتادان به الکل و مواد مخدر و ولگردان» را مجاز دانسته است. در مورد دلیل این که چرا اشخاصی که متعلق به بعضی از این طبقات هستند ممکن است با «سلب آزادی» رو به رو شوند، دادگاه اروپایی حقوق بشر چنین حکم داده است که: «نه فقط به این دلیل که آن‌ها باید به عنوان خطرات گاه و بی‌گاه برای امنیت عمومی در نظر گرفته شوند، بلکه همچنین این که منافع خودشان ممکن است سلب آزادی آن‌ها را ضروری سازد»^۳ (Mowbray, 2012: 281). ذیلاً مهم‌ترین مصادیق این نوع از «سلب آزادی» را که نمونه‌ای از «سلب آزادی غیر کیفری» است، مورد بررسی قرار می‌دهیم.

1. Boumar v. Belgium, Judgment of 29 February 1988, Series A, No. 129, PP. 21-22, Paras. 51-53

2. Nielsen v. Denmark, Series A. No. 144, 28 November 1988

3. Guzzardi v. Italy, 6 November 1980, Series A, No. 39, PP. 36-37



۳-۱) سلب آزادی پزشکی جهت پیشگیری از سرایت بیماری‌های مسری

چنان‌که در ماده ۵ (۱) (ه) کنوانسیون اروپایی حقوق بشر ملاحظه کردیم بازداشت قانونی اشخاص جهت پیشگیری از سرایت بیماری‌های مسری پذیرفته شده است. معیار و ملاک اساسی در زمان ارزیابی قانونی بودن «سلب آزادی» یک شخص به دلیل جلوگیری از سرایت و شیوع بیماری‌های مسری عبارت‌اند از این‌که:

الف) آیا شیوع آن بیماری مسری برای سلامت یا امنیت عمومی خطرناک است یا نه؛
ب) آیا سلب آزادی شخص مبتلا آخرین راه چاره به منظور جلوگیری از شیوع بیماری است یا نه؛
با در نظر گرفتن این نکته که اقدامات و تدابیر با شدت کمتر، احراز شده است که برای حفاظت از منافع عمومی ناکافی هستند.

هر زمانی که یکی از این دو معیار پایان یابند، مبنای «سلب آزادی» شخص هم از بین می‌رود.^۱

۳-۲) سلب آزادی اشخاص مختل‌المشاعر

در مورد معنای «اشخاص مختل‌المشاعر» دادگاه اروپایی حقوق بشر حکم داده است که باتوجه به توسعه مداوم و روزافزون فهم و درک علوم پزشکی از «اختلال ذهنی»، نمی‌توان «تفسیر و نظر قطعی» راجع به معنای این اصطلاح ارائه داد (Bartlett, 2007: 42). اما آن چه مسلم است آن است که قطعاً نمی‌توان یک شخص را به استناد این مقرر «به سادگی به خاطر عقاید یا رفتارهایش که او را از هنجارهای غالب در یک جامعه خاص متمایز می‌کند» بازداشت کرد.^۲ در هر حال لازم است که بازداشت شخص موردنظر با در نظر گرفتن یافته‌های علوم روان‌شناسی و روان‌پزشکی معاصر و رایج باشد.

زمانی که از لزوم قانونی بودن «سلب آزادی» شخص مختل‌المشاعر صحبت می‌کنیم، بدان معناست که «سلب آزادی» او باید منطبق با ضوابط شکلی و ماهوی پذیرفته شده در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر بوده و یک اقدام خودسرانه نباشد. در دعوای وینترورپ علیه هلند^۳ دادگاه اروپایی حقوق بشر ضابطه‌ای را وضع کرد که برای تشخیص این که آیا بازداشت شخص مختل‌المشاعر خودسرانه بوده یا نه، بتوان به آن استناد کرد. این ضابطه بر چند معیار مبتنی است:

الف) بیماری ذهنی باید به وسیله متخصص علم پزشکی ثابت شود؛

1. Enhorn v. Sweden, No. 56529/00, ECHR 2005-I

2. Rakevich v. Russia, No. 58973/00, 28 October 2003

3. Winterwerp v. the Netherlands, 24 October 1979, Series A, No. 33



ب) ماهیت یا سطح بیماری (اختلال) باید به اندازه کافی جدی باشد تا «سلب آزادی» را توجیه کند؛

پ) «سلب آزادی» باید فقط تا زمانی ادامه یابد که بیماری ذهنی و شدت آن، مقتضی ادامه بازداشت است؛

ت) در مواردی که «سلب آزادی» به صورت بالقوه بدون حد و مرز و نامعین است، نظارت‌های دوره‌ای باید به وسیله محکمه‌ای که قدرت و صلاحیت آزاد کردن او را دارد، انجام گیرد؛

ث) «سلب آزادی» باید در بیمارستان، کلینیک یا دیگر مؤسساتی که برای نگهداری چنین اشخاصی مناسب هستند، انجام گیرد (Rainey, 2015: 52).

یک نمونه بارز در این زمینه دعوای وربانف علیه بلغارستان^۱ است. در این دعوا خواهان متعاقب حکم دادستان که بدون مشورت با یک پزشک متخصص صادر شده بود، بازداشت شد. دادگاه اروپایی حقوق بشر به این نتیجه رسید که بازداشت او غیر قانونی بوده است؛ چرا که «به صورت قابل اتکایی ثابت نشده بود که خواهان دچار اختلال مشاعر است». دادگاه اروپایی حقوق بشر سپس و بعد از بررسی‌های لازم این گونه نظر داد که در دعوای مورد نظر «بر مبنای مدارک مستند در دسترس، یک ارزیابی مقدم به وسیله یک روان‌پزشک ممکن و لازم بوده است». دادگاه اروپایی حقوق بشر همچنین به این نکات اشاره کرد که هیچ ادعایی مبنی بر این که پرونده شامل یک امر اضطراری بوده وجود نداشته است، خواهان سابقه بیماری ذهنی نداشته و ظاهراً یک نظریه پزشکی هم صادر شده بوده مبنی بر این که او از لحاظ ذهنی سالم است. بنابراین و با در نظر گرفتن مجموعه این عوامل، دادگاه اروپایی حقوق بشر «سلب آزادی» خواهان را که مبتنی بر دیدگاه دادستان و یک افسر پلیس راجع به سلامت ذهنی او و در غیاب یک ارزیابی به وسیله روان‌پزشک بود، غیر قابل قبول تشخیص داد (Guild, 2011: 216).

۳-۳) سلب آزادی معتادان به الکل و مواد مخدر

در رابطه با موضع کنوانسیون اروپایی حقوق بشر راجع به سلب آزادی از اشخاص معتاد به الکل و مواد مخدر، مراجعه به آرای دادگاه اروپایی حقوق بشر در این زمینه راهگشاست. در واقع گرچه تعداد محدودی شکایت راجع به «سلب آزادی» اشخاص معتاد به الکل و مواد مخدر وجود دارد، اما به صورت تلویحی پذیرفته شده است که دادگاه اروپایی حقوق بشر زمانی که اعتبار «سلب آزادی» افراد معتاد به الکل و مواد مخدر را ارزیابی می‌کند، شیوه‌ای مشابه با آن چه در مورد افراد مختل‌المشاعر به کار گرفته می‌شد را مورد استفاده قرار می‌دهد.

1. Varbanov v. Bulgaria, Reports 2000-X, 5 October 2000

به عنوان مثال در رابطه با تعیین معنا و مفهوم «الکلی بودن» از منظر ماده ۵ (۱) (ه)، دادگاه اروپایی حقوق بشر در دعوای لیتوا علیه لهستان^۱ این گونه حکم داد که:

«اشخاصی که از لحاظ پزشکی، الکلی شناخته نمی شوند، اما رفتار آن‌ها تحت تأثیر الکلی یک خطر و تهدید برای نظم عمومی یا خودشان ایجاد می کند، می توانند به خاطر حمایت از منافع عمومی یا منافع خودشان از قبیل امنیت شخصی یا سلامتی سلب آزادی شوند» (Dutertre, 2003: 119).

از آن چه گفته شد درمی یابیم که از نظر دادگاه اروپایی حقوق بشر، سلب آزادی یک شخص صرفاً به خاطر مصرف الکلی توسط او تا زمانی که رفتار وی خطری برای نظم عمومی یا خودش نداشته باشد، جایز نخواهد بود.

۳-۴) سلب آزادی از ولگردان

ماده ۵ (۱) (ه) کنوانسیون اروپایی حقوق بشر سلب آزادی از اشخاص ولگرد را به عنوان یکی از مصادیق سلب آزادی غیر کیفری شناسایی کرده است. البته مصادیق سلب آزادی از ولگردان که در دادگاه اروپایی حقوق بشر مطرح شده باشد، نادر است. با این وجود و به عنوان یک نمونه، موضوع ولگردان در دعوای دویدل علیه بلژیک مورد بررسی قرار گرفت. دادگاه اروپایی حقوق بشر در این دعوا تعریفی را که در حقوق کشور بلژیک از ولگردی ارائه شده است، پذیرفت و آن را مطابق با مقتضیات ماده ۵ (۱) (ه) تشخیص داد: «اشخاصی که هیچ مسکن معینی ندارند، هیچ وسیله ای برای امرار معاش نداشته و هیچ کسب و کار و حرفه معینی ندارند»^۲ بر این اساس برای آن که کسی ولگرد شناخته شود، باید به صورت هم زمان هر سه ویژگی مذکور را داشته باشد.

همچنین در این زمینه باید به دعوای گوزاردی علیه ایتالیا^۳ توجه داشت که در آن دادگاه اروپایی حقوق بشر ادعای دولت ایتالیا را در این باره که اعضای مظنون به فعالیت های مافیایی که فاقد منابع قابل شناسایی درآمد بودند به عنوان مصادیق اصطلاح «ولگرد» محسوب می شوند، نپذیرفت (Harris, 2014: 322).

۴- سلب آزادی از اتباع بیگانه

یکی دیگر از انواع سلب آزادی های غیر کیفری پیش بینی شده در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، سلب آزادی از اتباع بیگانه است. ماده ۵ (۱) (و) کنوانسیون اروپایی حقوق بشر «دستگیری یا بازداشت قانونی شخص به منظور جلوگیری از ورود غیر قانونی به داخل کشور یا اقداماتی که در

1. Witold Litwa v. Poland, Appl No. 26629/95, Judgment of 4 April 2000

2. De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium, Judgment of 18 June 1971, Applications Nos. 2832/66, 2835/66 and 2899/66, Series A, No. 12

3. Guzzardi v. Italy, Series A. No. 39, 6 November 1980

راستای اخراج از کشور یا استرداد او صورت می‌گیرد» را مجاز دانسته است. چنان که ملاحظه می‌کنیم ماده ۵ (۱) (و) به دولت‌ها اجازه می‌دهد تا آزادی بیگانگان را در حوزه مباحث مهاجرت کنترل کنند.^۱ قسمت اول این مقرر «سلب آزادی» یک پناهجو یا دیگر مهاجرین را قبل از آن که مجوز دولتی ورود به کشور به ایشان اعطا شود، اجازه می‌دهد.^۲ باید توجه داشته باشیم که چنین سلب آزادی باید با همه اهداف کلی ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر که در پی آن است که حق آزادی اشخاص را تضمین کند و اطمینان یابد که هیچ‌کس به شکل خودسرانه و غیر قانونی آزادی‌اش را از دست نمی‌دهد، مطابقت داشته باشد.^۳ بنابراین چنین سلب آزادی باید با حسن نیت انجام گیرد و نیز باید ارتباط نزدیکی با هدف جلوگیری از ورود غیرمجاز یک بیگانه به کشور داشته باشد. مکان و شرایط چنین بازداشتی باید مناسب باشد و بایستی به خاطر داشته باشیم که این تدابیر نسبت به کسانی که مرتکب جرائم کیفری شده‌اند، اعمال نمی‌شود؛ بلکه نسبت به بیگانگانی اعمال می‌شود که غالباً از بیم جان از کشور خود گریخته‌اند.

اما قسمت دوم از ماده ۵ (۱) (و) دستگیری یا بازداشت قانونی شخص به منظور اقداماتی که در راستای استرداد یا اخراج او از کشور صورت می‌گیرد را مجاز دانسته است. این نوع از «سلب آزادی» حتی اگر اخراج یا استرداد در عمل اتفاق نیافتد یا حتی اگر درخواست رسمی یا حکم رسمی برای استرداد هم وجود نداشته باشد واقع خواهد شد؛ البته این امر منوط به آن است که رسیدگی‌های لازم

۱. برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید به

Costello, Cathryn, *The Human Rights of Migrants in European Law*, Oxford University Press, 2013, PP. 1-350

۲. نمونه‌ای از این نوع سلب آزادی «فرمان اجرایی ۱۳۷۶۹» است. این فرمان با عنوان «حفاظت از ملت در برابر ورود تروریست‌های خارجی به آمریکا» فرمانی اجرایی است که روز جمعه ۲۸ ژانویه ۲۰۱۷ به امضای «دونالد ترامپ» رئیس‌جمهور آمریکا رسید. به موجب این فرمان ورود شهروندان هفت کشور مسلمان شامل ایران، عراق، سوریه، لیبی، سومالی، سودان و یمن به آمریکا فارغ از نوع ویزای آن‌ها به مدت ۹۰ روز ممنوع شد. در پی صدور این فرمان صدها نفر از پناهندگان کشورهای مذکور که قصد ورود به کشور آمریکا را داشتند، در فرودگاه‌های این کشور دستگیر و بازداشت شدند. در پی گسترش اعتراضات به این مسئله دادگاهی در ایالت واشنگتن در پرونده «ایالت واشنگتن در برابر دونالد ترامپ» موقتاً بخش‌های زیادی از فرمان اجرایی از جمله منع سفر را به حالت تعلیق درآورد. در نتیجه این امر وزارت امنیت میهن آمریکا در تاریخ ۴ فوریه اعلام کرد که اجرای بخش‌هایی از این فرمان را طبق حکم دادگاه متوقف کرده است و وزارت امور خارجه ویزاهایی را که سابقاً معلق شده بودند، دوباره معتبر کرده است. سرانجام و پس از آن که دادگاه استیناف شعبه نهم ایالات متحده در تاریخ ۹ فوریه حکم دادگاه ایالت واشنگتن را تأیید کرد، «ترامپ» در روز ۶ مارس ۲۰۱۷ فرمان اجرایی ۱۳۷۶۹ را لغو و فرمان اجرایی جدید ۱۳۷۸۰ را صادر کرد.

3. Saadi v. the United Kingdom, No. 13229/03, ECHR 2008

انجام گرفته باشد. این رسیدگی‌ها باید به اندازه‌ای باشد که مفهوم «اقداماتی»^۱ که در ماده ۵ (۱) (و) به آن اشاره شده است، را برآورده سازد.^۲

در این میان نکته قابل توجه آن است که از نظر دادگاه اروپایی حقوق بشر در بررسی این‌که آیا بازداشت قانونی بوده است یا نه، قانونی بودن یا نبودن استرداد هم معمولاً مورد توجه و محل بررسی خواهد بود. این مسأله به ویژه زمانی که خود حقوق ملی کشور عضو نوعی وابستگی بین قانونی بودن بازداشت و قانونی بودن استرداد ایجاد می‌کند، به صورت مشهودتری قابل مشاهده است.^۳ بنابراین خیلی مهم است که تا زمانی که مشروعیت بازداشت شخص مورد بررسی قرار می‌گیرد، استرداد یا اخراج او را به تأخیر اندازیم؛ چرا که نتایج حاصله در رابطه با مشروعیت یا عدم مشروعیت بازداشت می‌تواند بر مشروعیت خود فرآیند استرداد یا اخراج هم تأثیر بگذارد.

یکی از مواردی که مسأله قانونی بودن بازداشت باتوجه به موضوع استرداد مطرح شد، دعوای بوزانو علیه فرانسه^۴ بود. در این دعوا دادگاه اروپایی حقوق بشر به این نتیجه رسید که بازداشت خواهان غیرقانونی و در نتیجه در تضاد با ماده ۵ (۱) (و) محسوب می‌شود و همچنین اخراج خواهان از فرانسه به سوئیس هم خودسرانه و غیرقانونی بوده است. ماجرا از این قرار بود که در این پرونده اگرچه یک دادگاه فرانسوی، درخواست دولت ایتالیا را برای استرداد خواهان نپذیرفته بود، اما دولت فرانسه حکم اخراج خواهان را صادر کرد. سپس مقامات کشور فرانسه قبل از اجرای حکم اخراج مدت یک ماه او را در بازداشت نگه داشتند و در طول این مدت از استفاده خواهان از هر گونه راهکار قضایی و نیز امکان تماس گرفتن وی با همسر و وکیلش ممانعت به عمل آوردند و اجازه ندادند که او کشوری را به عنوان مقصد پس از اخراجش از فرانسه مشخص کند. سرانجام خواهان به اجبار و به وسیله پلیس از فرانسه به سمت مرز سوئیس برده شد (این در حالی بود که مرز اسپانیا به مکانی که خواهان در آن جا توقیف شده بود نزدیک‌تر بود؛ علت این تصمیم آن بود که دولت سوئیس یک معاهده استرداد با دولت ایتالیا داشت و امکان استرداد خواهان از سوئیس به ایتالیا وجود داشت)، در سوئیس توقیف شد و بعداً از آن جا به ایتالیا استرداد شد. دادگاه اروپایی حقوق بشر به این نتیجه رسید که شرایط پرونده ثابت می‌کند که بازداشت خواهان یک شکل مبدل از استرداد بوده است که نمی‌توانست طبق ضوابط کنوانسیون اروپایی حقوق بشر قابل توجیه باشد (Schechinger, 2017: 139).

نمونه دیگری از موضوع مورد بحث دعوای دوگز علیه یونان^۵ است. در این دعوا دادگاه اروپایی حقوق بشر به این نتیجه رسید که ماده ۵ (۱) (و) نقض شده است. علت آن بود که در واقع گرچه در

1. Action

2. X. v. Switzerland, Commission decision of 9 December 1980

3. Zamir v. the United Kingdom, Report of 11 October 1983

4. Bozano v. France, Judgment of 18 December 1986, A. 111, PP. 25-27

5. Dougoz v. Greece, Appl. No. 40907/98, 6 March 2001

این دعوا به موجب حقوق داخلی کشور یونان یک مبنای قانونی برای اخراج فرد وجود داشت، اما دادگاه اروپایی حقوق بشر متوجه شد که حکم اخراج به وسیله نهاد دیگری غیر از نهادی که حقوق داخلی کشور یونان صالح برای تصمیم گیری در این زمینه شناخته، صادر گردیده بود.^۱ به علاوه این که ضابطه «خطر عمومی» که به موجب حقوق ملی یونان برای حکم به اخراج در این گونه موارد لازم و ضروری بود، برآورده نشده بود (Nykanen, 2012: 59).

نکته دیگری که باید به آن توجه داشته باشیم آن است که گرچه ماده ۵ (۱) (و) محدودیت‌های زمانی در ارتباط با مدت زمان و طول بازداشتی که در جریان رسیدگی به اخراج یا استرداد فرد صورت می‌گیرد تعیین نکرده است، با وجود این دادگاه اروپایی حقوق بشر تصریح کرده است که برای این که سلب آزادی شخص موجه باشد، فرآیند رسیدگی به استرداد یا اخراج باید با جهد و کوشش لازم صورت گیرد:

«از نحوه جمله‌بندی و نگارش هر دو نسخه فرانسوی و انگلیسی ماده ۵ (۱) (و) به وضوح آشکار است که سلب آزادی تحت این مقرر مقرر فقط تا زمانی توجیه می‌شود که فرآیند رسیدگی به استرداد در حال اقدام باشد. نتیجه آن که اگر چنین فرآیندهایی با جهد و کوشش لازم دنبال نشوند، سلب آزادی طبق ماده ۵ (۱) (و) توجیه پذیر نخواهد بود»^۲

البته بدیهی است که تصمیم گیری راجع به این که آیا مدت زمان بازداشت معقول بوده است یا نه، با توجه به ویژگی‌ها و شرایط خاص هر دعوا باید انجام گیرد. بنابراین اگر سلب آزادی در طول فرآیند رسیدگی به استرداد در جهت منافع خود شخص یا به درخواست خود او طولانی شود، شخص موردنظر نمی‌تواند مدعی باشد که قربانی یک بازداشت فراتر از مدت زمان معقول شده است. برای مثال در دعوای ایکس علیه جمهوری فدرال آلمان سلب آزادی‌ای که در جریان رسیدگی به استرداد انجام گرفته بود و ۲۲ ماه به طول انجامیده بود، قابل توجیه شناخته شد؛ چرا که مقامات آلمان از این فرصت زمانی استفاده کرده بودند تا از دولت ترکیه تضمین بگیرند که زمانی که خواهان به آن کشور استرداد شد، در آن جا در معرض مجازات اعدام قرار نگیرد.^۳ همین طور در دعوای کولومپار علیه بلژیک^۴ بازداشت در جریان رسیدگی به استرداد سه سال طول کشید و قابل توجیه شناخته شد؛ چرا که خواهان خودش به شیوه‌های گوناگون آن را به تأخیر انداخته بود یا در به تأخیر افتادن آن نقش ایفاء کرده بود (Tiburcio, 2001: 83).

۱. در این دعوا تصمیم برای اخراج فرد مورد نظر توسط دادستان ارشد عمومی کشور یونان اتخاذ شده بود. استدلال او برای این تصمیم قیاس با مواردی بود که امکان اخراج اداری اشخاص به واسطه تصمیمات مقامات اجرایی را قابل قبول می‌دانست.

2. Quinn v. France, Judgment of 22 March 1995, A. 311, P. 19

3. X v. the Federal Republic of Germany, Appl. No. 9706/83, 1 April 1970

4. Kolompar v. Belgium, Appl. No. 11613/85, 24 September 1992



نتیجه گیری

سلب آزادی از اشخاص در قالب نگهداری ایشان در مراکزی با عنوان زندان از دیرباز به عنوان یکی از انواع مجازات‌های کیفری در کلیه کشورها و نظام‌های حقوقی رواج داشته است. با این وجود در دهه‌های اخیر ما شاهد شکل‌گیری و رواج نوع جدیدی از سلب آزادی موسوم به سلب آزادی غیر کیفری هستیم. توضیح آن که امروزه کمرنگ شدن مرزهای میان حقوق کیفری و سایر رشته‌های حقوقی و نیز پاره‌ای از ضروریات اجتماعی منجر به آن گردیده است که انواعی از سلب آزادی‌های غیر کیفری هم در کشورهای مختلف مورد شناسایی و استفاده قرار گیرند.

به طور کلی این سلب آزادی‌های غیر کیفری دو تفاوت اساسی با سلب آزادی‌های کیفری دارند. نخست آن که سلب آزادی‌های غیر کیفری لزوماً ارتباطی به وقوع جرم ندارند و در بسیاری از موارد بدون این که شخص مرتکب رفتار مجرمانه‌ای شده باشد یا متهم به رفتار مجرمانه‌ای باشد، اعمال می‌شوند. این در حالی است که سلب آزادی کیفری در ارتباط مستقیم با جرم بوده و در واقع ناشی از ارتکاب جرم می‌باشد. تفاوت دوم آن است که سلب آزادی‌های کیفری لزوماً با یک رسیدگی قضایی در ارتباط هستند. بدین معنا که مجازات زندان به دنبال یک رسیدگی قضایی حکم داده شده و اجرا می‌شود. در حالی که در بعضی از انواع سلب آزادی‌های غیر کیفری ما لزوماً هیچ‌گونه رسیدگی توسط مراجع قضایی شاهد نیستیم و نهادهای اجرایی و اداری به واسطه پاره‌ای از ضرورت‌ها مستقیماً اقدام به سلب آزادی از اشخاص می‌کنند.

اهمیت روزافزون و گسترش میزان استفاده از این سلب آزادی‌های غیر کیفری در سال‌های اخیر در نهایت منجر به آن شده است که قوانین کشورهای مختلف و اسناد بین‌المللی گوناگون این نوع از سلب آزادی را به رسمیت شناخته و به احصاء مصادیق آن پردازند. از جمله این اسناد کنوانسیون اروپایی حقوق بشر است که به عنوان یک سند پیشروی حقوقی در عرصه بین‌المللی، در ماده ۵ خود ۴ نوع از سلب آزادی غیر کیفری را پیش‌بینی نموده است:

دسته اول مربوط به سلب آزادی از اشخاص به واسطه تمرّد ایشان از اجرای احکام صادره توسط دادگاه‌ها و یا به منظور تضمین اجرای تکالیف تعیین شده توسط قانون است. نمونه‌هایی از این نوع از سلب آزادی را می‌توان در سلب آزادی از اشخاصی که از پرداخت جزای نقدی خودداری می‌کنند، سلب آزادی از اشخاصی که قادر به معرفی کفیل یا سپردن وثیقه نمی‌باشند و مانند آن‌ها ملاحظه کرد. غیر کیفری بودن این نوع از سلب آزادی به‌ویژه از آن جهت قابل مشاهده است که اشخاصی که به این دلیل مشمول سلب آزادی واقع می‌شوند به مجرد انجام تکلیف قضایی یا قانونی خود از سلب آزادی رها می‌شوند و این خود بیانگر آن است که اعمال سلب آزادی نسبت به ایشان نه به منظور کیفر کردن آن‌ها، بلکه به منظور تضمین انجام تکلیف قضایی یا قانونی آن‌ها بوده است. لذا پس از انجام آن تکلیف، دیگر موجهی برای ادامه سلب آزادی باقی نمی‌ماند و ایشان آزاد می‌شوند.

دسته دوم مربوط به سلب آزادی از صغار به عنوان یک اقدام تأمینی و تربیتی است. در واقع گرچه امروزه تقریباً در تمامی نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است که اطفال مسئولیت کیفری ندارند و نباید به واسطه جرائم ارتكابی مشمول مجازات قرار گیرند، اما در عین حال این باور هم وجود دارد که بی تفاوتی کامل نسبت به اطفالی که مرتکب جرم می‌شوند، ممکن است موجب تجزیه ایشان شده و سبب شود به رفتارهای نابخردانه خود که نظم عمومی را مختل کرده و به حقوق سایر افراد لطمه وارد می‌آورد، ادامه دهند. بنابراین لازم است که به منظور تأدیب ایشان پاره‌ای از تدابیر تربیتی نسبت به آن‌ها در نظر گرفته شود که در بعضی موارد این تدابیر منتهی به سلب آزادی از ایشان و نگهداری از آن‌ها در کانون‌ها و مراکز ویژه تربیت اطفال و نوجوانان می‌شود.

دسته سوم مربوط به سلب آزادی از اشخاص به دلایل پزشکی و اجتماعی است. این دسته سوم خود چهار حالت مختلف را در بر می‌گیرد: حالت اول ناظر به سلب آزادی از اشخاص مبتلا به بیماری‌های مسری و واگیردار در مراکز قرنطینه و به منظور جلوگیری از سرایت بیماری ایشان به سایر اشخاص می‌باشد که غیر کیفری بودن آن یک امر بدیهی است. حالت دوم سلب آزادی از اشخاص مبتلا به اختلال روانی است. چنین افرادی گرچه به واسطه عدم برخورداری از قوه تمییز و تشخیص و این که رفتارهای خود را به پیروی از غریزه و بدون درک خوبی و بدی آن انجام می‌دهند در کلیه نظام‌های حقوقی فاقد مسئولیت کیفری شناخته می‌شوند، اما به واسطه همین عدم برخورداری از قوه تشخیص و تمییز دچار نوعی حالت خطرناک هستند که تهدیدی برای امنیت جامعه و شهروندان به حساب می‌آید. بنابراین لازم است از طریق نگهداری اجباری در مراکز و بیمارستان‌های روانی نسبت به درمان ایشان اقدام شود. حالت سوم مربوط به سلب آزادی از اشخاص معتاد به مواد مخدر یا الکل است. حمایت از منافع و نظم عمومی چنین اقتضاء دارد که با توجه به وجود حالت خطرناک در اشخاص معتاد به الکل یا مواد مخدر، امکان سلب آزادی از آن‌ها در قالب نگهداری اجباری در مراکز ترک اعتیاد تا زمان بهبودی و رفع حالت خطرناک ایشان پیش‌بینی شود. سرانجام حالت چهارم سلب آزادی از اشخاص ولگرد است که با توجه سبک زندگی ویژه‌ای که دارند ممکن است آزادی آن‌ها خطراتی را برای سایر شهروندان در پی داشته باشد و لذا سلب آزادی از ایشان در قالب یک اقدام تأمینی مجاز شمرده شده است.

سرانجام دسته چهارم از انواع سلب آزادی‌های غیر کیفری مربوط به سلب آزادی به عنوان یک اقدام اداری- انضباطی است. نمونه بارز سلب آزادی‌های غیر کیفری با ماهیت یک اقدام به منظور نظام‌بخشی به اداره امور جامعه را می‌توان در سلب آزادی اجباری از بیگانگانی که قصد ورود به یک کشور را دارند ملاحظه نمود. توضیح آن که اگر شخصی بدون رعایت مقررات و قوانین اداری کشور میزبان قصد ورود به آن جا را داشته باشد، اجازه ورود به وی داده نخواهد شد و شخص مرتکب تا



زمان رسیدگی به مدارک و تعیین تکلیف وی جهت بازگشت به کشور مبدأ، با نوعی از سلب آزادی و نگهداری اجباری در مکان‌های خاصی که جهت این امر در نظر گرفته شده است رو به رو خواهد شد. از آن چه گفتیم درمی‌یابیم که امروزه سلب آزادی به انواع کیفری آن محدود نمی‌شود و علاوه بر سلب آزادی‌های دارای ماهیت کیفری، ما می‌توانیم انواعی از سلب آزادی‌هایی را مشاهده کنیم که از ماهیت غیر کیفری برخوردارند و ضرورت‌های زندگی اجتماعی لزوم پذیرش و شناسایی آن‌ها را توجیه می‌نماید. اسناد گوناگون بین‌المللی و از آن جمله کنوانسیون اروپایی حقوق بشر هم ضمن پذیرش این نوع از سلب آزادی، کوشیده‌اند تا کلیه حقوقی را که اشخاص مشمول سلب آزادی کیفری از آن برخوردارند، برای مشمولین انواع سلب آزادی غیر کیفری هم شناسایی نمایند.

منابع

الف) فارسی

- بخشایشی اردستانی، احمد (۱۳۸۳)، *سیر تاریخی اندیشه‌های سیاسی در غرب (از افلاطون تا نیچه)*، چاپ چهارم، تهران: انتشارات آوای نور
- بکاریا، سزار (۱۳۹۴)، *رساله جرائم و مجازات‌ها*، ترجمه دکتر محمدعلی اردبیلی، چاپ هفتم، تهران: نشر میزان.
- پرادل، ژان (۱۳۹۴)، *تاریخ اندیشه‌های کیفری*، ترجمه دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دهم، تهران: سمت
- پیکا، ژرژ (۱۳۹۳)، *جرم‌شناسی*، ترجمه دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ سوم، تهران: نشر میزان
- دلماس مارتی، می‌ری (۱۳۹۳)، *نظام‌های بزرگ سیاست جنایی*، ترجمه دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دوم، تهران: نشر میزان
- شاهچراغ، سیدحمید (۱۳۹۱)، «بررسی تطبیقی مسئولیت کیفری در حقوق ایران با نگرشی بر نظام حقوقی کامن لا»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۷۸، ص ۷۷-۱۱۴
- صفاری، علی (۱۳۹۴)، *کیفرشناسی تحولات، مبانی و اجرای کیفر سالب آزادی*، چاپ بیست و هشتم، تهران: انتشارات جنگل
- فارال، استفن، جکسون، جاناتان، گری، امیلی (۱۳۹۲)، *نظم اجتماعی و ترس از جرم در دوران معاصر*، ترجمه حمیدرضا نیکوکار، تهران: نشر میزان
- مجتهدی، کریم (۱۳۸۷)، *فلسفه و تجدد*، چاپ دوم، تهران: نشر امیر کبیر
- میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۴)، *جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی*، تهران: نشر میزان

نوربها، رضا (۱۳۹۶)، **زمینه حقوق جزای عمومی**، تهران: نشر میزان

وایت، راب، هینز، فیونا (۱۳۹۰)، **جرم و جرم‌شناسی**، ترجمه علی سلیمی، چاپ چهارم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه

ولد، جرج، برنارد، توماس، اسنیپس، جفری (۱۳۹۰)، **جرم‌شناسی نظری (گذری بر نظریه‌های جرم‌شناسی)**، ترجمه علی شجاعی، تهران: شرکت چاپ و نشر لیل

ب) خارجی

- Bartlett, Peter, Lewis, Oliver, Thorold, Oliver (2007), **Mental Disability And the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers
- Bassiouni, Cherif (2008), **International Criminal Law: Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms**, Volume 2, BRILL
- Ceccorulli, Michela (2014), **The EU, Migration and the Politics of Administrative Detention**, Routledge
- Costello, Cathryn (2013), **The Human Rights of Migrants in European Law**, Oxford University Press
- De Vito, Christian, Lichtenstein, Alex (2015), **Global Convict Labour**, BRILL
- Dutertre, Gilles (2003), **Key case-law extracts - European Court of Human Rights**, Council of Europe
- Fenyves, Attila, Karner, Ernst, Koziol, Helmut, Steiner, Elisabeth (2012), **Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights**, Walter de Gruyter
- Guild, Elspeth, Minderhoud, Paul (2011), **The First Decade of EU Migration and Asylum Law**, Martinus Nijhoff Publishers
- Harris, D, O'Boyle, M, Bates, E, Buckley, C, Harris (2014), **O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford University Press
- Miller, Frederic, Vandome, Agnes, McBrewster, John (2009), **Administrative Detention: Sovereign State, Arrest, Trial (law), National Security, Democracy, Terrorism, Illegal Immigration, Crime, Incarceration, Conviction, Preventive Detention, Human Rights, Civil and Political Rights**, Alphascript Publishing
- Mitchell, Mary, Whitaker, Wendy (2008), **Children with Mental Disorder and the Law: A Guide to Law and Practice**, Jessica Kingsley Publishers
- Mowbray, Alastair (2012), **Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights**, OUP Oxford
- Nykanen, Eeva (2012), **Fragmented State Power and Forced Migration: A Study on Non-State Actors in Refugee Law**, Martinus Nijhoff Publishers
- Pearson, Roger (2010), **Voltaire Almighty: A Life in Pursuit of Freedom**, A&C Black
- Rainey, Bernadette (2015), **Human Rights Law**, Oxford University Press

- Schabas, Wiliam (2015), **The European Convention on Human Rights: A Commentary**, Oxford University Press
- Schechinger, Jessica (2017), **The Practice of Shared Responsibility in International Law**, Cambridge University Press
- Tiburcio, Carmen (2001), **The Human Rights of Aliens Under International and Comparative Law**, Martinus Nijhoff Publishers
- Tonry, Michael (2011), **Retributivism Has a Past: Has It a Future? Studies in Penal Theory and Philosophy**, Oxford University Press
- United Nations (2003), **Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers**, United Nations Publications
- Van Bueren, Geraldine (2007), **Child Rughths in Europe: Convergence and Divergence in Judicial Protection**, Council of Europe
- Van Bueren, Geraldin (1998), **The International Law on the Rights of the Child**, Martinus Nijhoff Publishers



پژوهشنامه حقوق کیفری

سال دهم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۹۸

شماره پیاپی ۱۹



بررسی کیفیت مشدده سردستگی و شرایط تحقق آن در حقوق ایران و آمریکا

دکتر الهام حیدری^۱ ✉

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۳/۲۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۲۱

چکیده

ارتکاب جرم به شکل گروهی و سازمان یافته و با سردستگی یک یا چند شخص از معضلات جوامع کنونی است. چنین پدیده‌ای، واکنش مناسب قانونی را ایجاب می‌کند. قانونگذار ما در ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی با پیش بینی حداکثر مجازات شدیدترین جرم ارتكابی برای سردهسته در این راستا گام برداشته است. با این وجود، مفهوم و شرایط تحقق سردستگی در حقوق ما مبهم بوده و سؤال برانگیز است. رفع این ابهام مستلزم کنکاش در ماده ۱۳۰، قوانین پراکنده و نیز رویه قضایی است. در ایالات متحده نیز سردستگی موضوع قانون بوده و در عین حال رویه قضایی این کشور با صدور آراء متعددی سعی در روشن سازی شرایط تحقق سردستگی دارد. در مقاله حاضر با نگاهی تطبیقی سعی در روشن سازی مفهوم و بررسی شرایط تحقق سردستگی در حقوق ایران و آمریکا داریم.

واژگان کلیدی: سردستگی، کیفیات مشدده، گروه مجرمانه، قانون مجازات اسلامی، حقوق آمریکا

✉ e.heidary@yahoo.com

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه شهرکرد

مقدمه

ارتکاب جرم به عنوان رفتار مخل نظم عمومی مرتکب را در معرض مجازات قرار می دهد. در این میان و به حکم قانون، وجود کیفیات یا شرایط خاصی در جرم ارتكابی و یا مجرم که گاه جنبه عینی و گاه جنبه شخصی دارند، مجرم را با مجازات مشدد مواجه می سازد. کیفیات مذکور که اسباب تشدید مجازات خوانده می شوند، «کیفیات و اوصافی هستند که قانون گذار تعیین کرده و دادرس به محض احراز آن ها به حداکثر و یا بیش از حداکثر مجازات مقرر در قانون برای همان جرم حکم خواهد داد» (اردبیلی، ۱۳۹۳: ۱۷۰). سردستگی گروه مجرمانه سازمان یافته یکی از این اسباب تشدید مجازات است که در ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی به آن پرداخته شده است. به موجب این ماده: «هر کس سردستگی یک گروه مجرمانه را بر عهده گیرد به حداکثر مجازات شدیدترین جرمی که اعضای آن گروه در راستای اهداف همان گروه مرتکب شوند، محکوم می گردد مگر آن که جرم ارتكابی موجب حد یا قصاص یا دیه باشد که در این صورت به حداکثر مجازات معاونت در آن جرم محکوم می شود. در محاربه و افساد فی الارض زمانی که عنوان محارب یا مفسد فی الارض بر سر دسته گروه مجرمانه صدق کند، حسب مورد به مجازات محارب یا مفسد فی الارض محکوم می گردد».

چنین پیش بینی از سوی قانون گذار گام بزرگی در راستای اجرای عدالت است. چرا که سکوت قانون گذار و عدم پیش بینی مجازات خاص برای سر دسته ما را به سمت قواعد عمومی حقوق کیفری سوق خواهد داد که بر اساس آن ها مجازات سر دسته بر مبنای نحوه مداخله وی در عناصر جرم می تواند معاونت یا شرکت باشد. به ویژه در اکثر موارد که سر دسته صرفاً طراح و مدیر جرم است و در عنصر مادی جرم دخالت مستقیم نداشته، به عنوان معاون شناخته شده و با مجازات کمتر در قبال دریافت منافع بیشتر مواجه خواهد بود و این خلاف انصاف است. در واقع و بدون وجود قاعده سردستگی، فرد یا افرادی بی آن که دست به عملیات اجرایی جرم زده باشند، نقش اصلی را در جرم ایفا کرده و با وجود برخورداری از بیشترین منافع جرائم ارتكابی با مجازاتی سبک مواجه خواهند شد و این ناصواب و غیر عادلانه خواهد بود (حاجی ده آبادی، ۱۳۹۵: ۲۵). فلذا همانطور که از متن ماده و تبصره دو آن بر می آید قانون گذار سر دسته را تشکیل دهنده گروه، طراحی کننده آن، سازمان دهنده و یا اداره کننده گروه مجرمانه دانسته است و در جرائم تعزیری، مشروط به تعلق عنوان سردستگی گروه مجرمانه بر وی، او را مستحق حداکثر مجازات شدیدترین جرم ارتكابی توسط اعضای گروه دانسته است.

مسلماً مغز متفکر، طراح و مؤسس و سازمان دهنده یک گروه مجرمانه مستحق مجازات شدیدی است. شدت مجازات وی را رهبری و سوق دادن دیگران به سمت جرم و ایجاد و تقویت



جراث ارتکاب جرم در آن‌ها توجیه می‌کند. به علاوه ارتکاب جرم به شکل گروهی و سازمان یافته به مراتب خطر بیشتری برای جامعه داشته و به همان نسبت نیز دستگاه پلیسی و قضایی را برای پیشگیری، کشف و مقابله با جرائم آن‌ها با دشواری‌های بیشتری مواجه می‌سازد. ضمن این‌که از منظر روانشناسان جنائی نیز وجود دسته، گروه یا باند برای ارتکاب جرم، از نظر روانی ارتکاب جرم را برای افراد آسان‌تر می‌سازد (کی نیا، ۱۳۷۴: ۳۲۴ - ۳۲۳). در واقع، بزهکاران ترجیح می‌دهند، به منظور بالابردن احتمال موفقیت در فعالیت‌های مجرمانه به صورت گروهی اقدام کنند (ابراهیمی، ۱۳۹۶: ۶۵۵). بر همین اساس است که از دیرباز، سیاست قانون‌گذار در مقابله با گروه‌هایی که با قصد و نیت ارتکاب جرم تشکیل می‌شوند همواره بر سخت‌گیری بوده است (اردبیلی، ۱۳۹۲: ۷۷).^۱ سردستگی گروه‌های مجرمانه سازمان یافته به عنوان یک کیفیت مشدده به شکل عام نیز با هدف مقابله با تشکیل چنین گروه‌هایی، در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ پیش بینی شده است. بدین ترتیب، تحولات قانونی در بحث سردستگی و ابداعات قانون‌گذار در ماده ۱۳۰ ضرورت تحلیل حقوقی آن را آشکار می‌سازد. به‌ویژه اینکه، مفهوم و ماهیت و شرایط اطلاق عنوان سردسته به افراد مبهم است. در واقع در این حوزه با پرسش‌های متعددی مواجهیم که پاسخگویی به آن‌ها مستلزم تحلیل ماده قانونی و نیز مطالعه تطبیقی موضوع در حقوق و رویه قضایی سایر کشورها است. پرسش‌هایی از این دست که آیا برای اطلاق عنوان سردسته بر یک فرد حضور فیزیکی و مداوم وی در گروه لازم است یا فردی می‌تواند سردسته گروه مجرمانه باشد بی آنکه حضوری در گروه داشته باشد؟ صرف سلطه بر اموال گروه یا حمایت مالی از یک گروه مجرمانه باعث اطلاق عنوان سردستگی به یک شخص می‌شود؟ آیا یک گروه می‌تواند هم‌زمان بیش از یک سردسته داشته باشد؟ ویژگی بارز و تعیین کننده سردسته چیست؟

در حقوق آمریکا که به لحاظ تطبیقی مدنظر نگارنده است، گر چه سردستگی گروه‌های مجرمانه به عنوان یک کیفیت مشدده موضوع مواد قانونی است، مفهوم سردسته روشن نشده است و در رویه قضایی این کشور آراء متعددی در راستای رفع ابهام و ارائه یک تعریف حقوقی رسمی از سردسته صادر شده است. آراء مذکور که در این مقاله بررسی می‌شوند، هریک سعی دارند مشخصه ای را از شرایط ضروری اطلاق عنوان سردستگی دانسته و یا به عکس ضرورت وجود مشخصه خاصی را برای سردسته رد نمایند (Scordato, 2015: 1061).

۱. برای نمونه می‌توان به قوانین زیر اشاره نمود: ماده ۴ قانون مجازات اخلاک‌گران در صنایع مصوب ۱۳۵۳، ماده ۱۵ قانون راجع به مجازات اخلاک‌گران در صنایع نفت ایران مصوب ۱۳۳۶، ماده ۴ قانون کیفر بزه‌های مربوط به راه آهن مصوب ۱۳۲۰ با اصلاحات و الحاقات بعدی.

در پژوهش پیش رو با نگاهی تطبیقی به دنبال رفع ابهام از مفهوم سردسته و شرایط اطلاق این کیفیت مشدده بر رهبر، مدیر یا طراح گروه مجرمانه سازمان یافته هستیم. بدین ترتیب و با توجه به اینکه تمرکز نگارنده بر رفع ابهامات ذکر شده است، مقاله را به دو بخش تقسیم و در بخش اول پژوهش، مفاهیم بنیادین مرتبط با بحث یعنی گروه مجرمانه و سازمان یافتگی و نیز سیر قانون گذاری را مطرح کرده و در بخش دوم به بررسی شرایط اطلاق و تحقق عنوان سردسته خواهیم پرداخت.

۱. مفاهیم و سیر قانون گذاری

مسلماً تحلیل حقوقی مفهوم و شرایط تحقق سردستگی، نیازمند بررسی عناوینی است که با آن پیوند خورده اند. از آنجا که سردستگی در گروه های مجرمانه منسجم و سازمان یافته مصداق پیدا می کند، در این بخش، به بررسی مفهوم گروه مجرمانه، سازمان یافتگی و نیز سیر قانون گذاری کیفیت مشدده سردستگی خواهیم پرداخت.

۱.۱. مفاهیم

۱.۱.۱. گروه مجرمانه

آنچه واضح است این که برای تحقق کیفیت مشدده سردستگی نیازمند وجود و تشکیل یک گروه مجرمانه ایم. اما پرسش این است که عنوان گروه بر چند نفر صدق می کند؟ و اساساً گروه مجرمانه به چه گروهی اطلاق می شود؟ در مقررات کیفری می توان موادی را یافت که گروه را بر جمعیتی بیش از دو نفر اطلاق کرده اند. برای نمونه می توان به ماده ۴۹۸ قانون تعزیرات ۱۳۷۵ که برای مؤسسين گروه های بیش از دو نفر که با هدف بر هم زدن امنیت کشور تشکیل می شوند، مجازات تعیین کرده است اشاره نمود. علاوه بر این دست مواد، در خصوص سردستگی تبصره ۱ ماده ۱۳۰ کاملاً صراحت داشته و حداقل افراد لازم برای تشکیل گروه مجرمانه را سه نفر دانسته است. به موجب تبصره مذکور: «گروه مجرمانه عبارت است از گروه نسبتاً منسجم متشکل از سه نفر یا بیشتر که برای ارتکاب جرم تشکیل می شود یا پس از تشکیل، هدف آن برای ارتکاب جرم منحرف می گردد. بر اساس این تبصره گروه هایی با جمعیت حداقل سه نفر که با هدف ارتکاب جرم و نقض مهم ترین هنجارهای زندگی اجتماعی از هر سنخ اعم از جرائم علیه اشخاص، اموال و ... تشکیل شده و یا هدف از تشکیل آنها در ابتدا ارتکاب جرم نبوده و بلکه در ادامه فعالیت خود به ارتکاب جرم روی می آورند، گروه مجرمانه هستند و لذا می توان در این گروه ها سردسته را جستجو و اعمال کیفیت مشدده نمود.



در ایالات متحده مقررات سردستگی گروه‌های مجرمانه از قانون جامع کنترل جرم ۱۹۸۴ نشأت می‌گیرد.^۱ به دلیل ابهامات زیادی که در این قانون وجود داشت، کمیسیون مجازات ایالات متحده به عنوان یک نهاد مستقل مأمور تهیه دستورالعملی شد که پس از بررسی گسترده آراء محاکم کیفری و نیز مشاوره‌هایی در سطح وسیع تهیه و در سال ۱۹۸۷ به کنگره ارائه و تصویب شد (Reilly, 53: 1997). دستور العمل یاد شده که با عنوان دستور العمل مجازات فدرال معروف است، حاوی این قاعده است که مجازات‌ها یا به علت ویژگی‌های خاص جرائم ارتکاب یافته توسط متهمان و یا به علت ویژگی‌های خاص خود متهمان افزایش می‌یابند.^۲ در میان عواملی که بر مجازات موثرند می‌توان به نقشی که متهم در ارتکاب جرم بازی می‌کند اشاره نمود. بر اساس دستورالعمل مذکور گاه متهم نقش مشدده ای در ارتکاب جرم دارد که مبتنی است بر اینکه نقش متهم سطح جرم و وخامت آن را شدت می‌بخشد. این نقش شامل موارد زیر است:

- ۱- در صورتی که متهم بانی (سازمان دهنده) یا سردسته یک فعالیت مجرمانه باشد که شامل پنج نفر یا بیشتر شرکت کننده است و یا به نحو دیگری این فعالیت مجرمانه سخت و شدید باشد، مجازات وی تا ۴ درجه افزایش می‌یابد.
 - ۲- اگر متهم مدیر یا سرپرست فعالیت مجرمانه باشد اما عنوان بانی یا سردسته به وی اطلاق نشود و فعالیت مجرمانه پنج نفر یا بیشتر شرکت کننده داشته یا به نحو دیگری مشدد و سخت باشد، مجازات تا سه درجه افزایش می‌یابد.
 - ۳- در صورتی که متهم بانی، سردسته، مدیر یا سرپرست هر فعالیت مجرمانه دیگری باشد غیر از آنچه که در بندهای ۱ و ۲ توصیف شد، مجازاتش ۲ درجه افزایش می‌یابد.
- همانطور که از متن ماده ذکر شده بر می‌آید در ایالات متحده تعداد اعضای گروه و نوع فعالیت مرتکب به عنوان سردسته، سرپرست یا ... بر میزان تشدید مجازات وی مؤثر است و قانونگذار بر اساس تعداد اعضای گروه میزان تشدید مجازات را متغیر در نظر گرفته است. ضمن اینکه از بند ۳ دستور العمل نیز چنین برداشت می‌شود که گروه بر بیش از یک نفر نیز صدق کرده و به تبع می‌توان فردی را که سردسته یک گروه مجرمانه متشکل از دو عضو است، به میزان مجازات پیش بینی شده در این بند محکوم نمود. رویه قضایی این کشور هم مؤید این استنباط است. برای نمونه می‌توان به پرونده^۳ «United States v Valdez-Arieta» اشاره نمود که در آن، متهم با شخص

1. The Comprehensive Crime Control Act of 1984

۲. بند ۲ مرتبط است با ویژگی‌های قابل ملاحظه ای که جرم دارد و این ویژگی‌ها بر مجازات تأثیر گذارند. بند ۳ ابزارهای مهم در تنظیم مجازات را اشاره می‌کند و در بند ۴ به عواملی همچون سوابق کیفری و وضعیت معاش مجرم در تعیین مجازات می‌پردازد.

3. United States v. Valdez-Arieta, 127 F.3d 1267, 1269 (10th Cir. 1997)

دیگری در فروش مواد مخدر غیر قانونی شراکت داشت. دادگاه بدوی متهم را به دو درجه تشدید مجازات بر اساس بند ۳۰ دستورالعمل ... به عنوان سازمان دهنده فعالیت توزیع مواد محکوم نمود. به علاوه در ایالات متحده میان سردسته و بانی با مدیر و سرپرست تفکیک قائل شده و دسته اول را مشمول تشدید سنگین تر مجازات قرار داده‌اند.

در حقوق ایران همانطور که گفته شد تحقق عنوان گروه مجرمانه با بیش از دو نفر عضو، برای تشدید مجازات سردسته کفایت کرده و تعدد اعضای گروه از منظر قانون‌گذار به عنوان عاملی مجزا برای تشدید مجازات دیده نشده است. به نظر نگارنده تعداد اعضای گروه می‌تواند یکی از معیارهای تشدید مجازات باشد چرا که منصفانه نیست کسی که با تشکیل یه گروه سه نفری دست به ارتکاب جرم می‌زند معادل سردسته گروه‌های مجرمانه بزرگ با تشکیلات و سازمان دهی مفصل با یک میزان تشدید قانونی مجازات مواجه باشد. مسلماً دسته‌های بزرگ، جرائم سنگین در دستور کار و ... خطرات بیشتری را متوجه اجتماع و بزه دیدگان بالقوه می‌نمایند و تعیین درجه تشدید بر اساس چنین مواردی مطلوب، کارآمد و منصفانه تر خواهد بود.

۲.۱.۱. سازمان یافتگی (انسجام گروه)

گرچه قانون‌گذار در تبصره یک ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی و در مقام ارائه تعریف از گروه مجرمانه به واژه سازمان یافتگی اشاره نکرده است اما عبارت «گروه نسبتاً منسجم متشکل از سه نفر یا بیشتر» در متن این تبصره و نیز واژه سازمان یافته در عنوان این فصل از قانون به نوعی اشاره به سازمان یافتگی گروه دارد. در ادبیات حقوقی تعاریف مختلفی از گروه‌های مجرمانه سازمان یافته ارائه شده است. برای نمونه پلیس بین‌الملل در تعریف ۱۹۹۸ خود هر گروه که دارای ساختاری منسجم با هدف کسب پول از طریق فعالیت‌های غیر قانونی و انجام اقدامات فساد یا ارباب باشد را گروه مجرمانه سازمان یافته دانسته است (بیابانی، ۱۳۸۷: ۷۱). تعریف دیگری که مورد وفاق جرم شناسان است، جرم سازمان یافته را اقدام مجرمانه مستمری دانسته که برای کسب سود و منفعت از طریق فعالیت‌های غیر قانونی انجام می‌شود. کوتاه‌ترین تعریفی که از جرائم سازمان یافته ارائه شده است عبارت است از اینکه: «فعالیت مجرمانه مستمری که با هماهنگی صورت می‌گیرد» (Cressy, 1969: 304 & Albense, 1989: 5).

کنوانسیون سازمان ملل متحد علیه جرائم سازمان یافته و فراملی^۱ مصوب سال ۲۰۰۰ که به کنوانسیون پالرمو معروف است، جرم سازمان یافته را به جرائم شدید یا جرائم خاص پیش بینی

1. Convention Against Transnational Organized Crimes 2000, art 2



شده در کنوانسیون اطلاق کرده است که توسط گروهی متشکل از سه نفر یا بیشتر با هدف تحصیل مستقیم یا غیر مستقیم منفعت مالی یا مادی برای مدتی ارتکاب می‌یابند.^۱

بدین ترتیب می‌توان جرم سازمان یافته به معنای خاص را فعالیت‌های غیر قانونی و هماهنگ گروهی منسجم از اشخاص که با تبانی با هم و برای تحصیل منافع مادی و قدرت، به ارتکاب مستمر جرم پرداخته و برای رسیدن به هدف از هر نوع ابزار مجرمانه نیز استفاده می‌کنند، دانست (شمس ناتری، ۱۳۸۰: ۱۳-۲۵).

امروزه جرائم سازمان یافته در سطوح مختلف داخلی، منطقه ای و فراملی واقع شده و دولت‌ها در راستای حفظ نظم عمومی و امنیت خود به کمک قانون و ابزارهای قانونی به مقابله با این جرائم می‌پردازند.

باوجود تعاریفی از جرم سازمان یافته، میان نویسندگان حقوقی در خصوص شرایط و کیفیات تحقق این عنوان اتفاق نظر وجود ندارد. به زعم برخی از نویسندگان، اصطلاح جرائم سازمان یافته در متون حقوقی ناظر به جرایمی است که از چند ویژگی شبکه‌ای بودن (طراحی و برنامه ریزی هماهنگ)، فراملی بودن، شدت عمل و کسب منافع اقتصادی برخوردار باشند (میلانی و همکاران، ۱۳۹۵: ۴). بدین ترتیب جرایمی که فاقد جنبه فراملی بوده و داخلی هستند از شمول جرائم سازمان یافته خارج‌اند. دسته دیگری از حقوق دانان و بر اساس متون بین المللی مربوط به جرائم سازمان یافته و بخصوص کنوانسیون پالرمو معتقدند که برای تحقق جرم سازمان یافته به مفهوم خاص، سازمان یا گروه و نیز خود جرم باید واجد ویژگی‌هایی باشند. از جمله این‌که، گروه باید غیر ایدئولوژیک و واجد سلسله مراتب بوده و از ارعاب و خشونت استفاده کند. بعلاوه استمرار جرم در زمان و نیز ارتکاب فساد اداری نیز ویژگی‌های دیگری هستند که برای گروه مجرمانه بر شمرده شده‌اند. ویژگی جرم ارتكابی نیز شدت آن است. چرا که در کنوانسیون پالرمو پیش بینی شده است که تنها جرایمی مشمول ضمانت اجرای کنوانسیون قرار می‌گیرند که توسط سازمان مجرمانه ارتکاب یافته و دارای مجازاتی با حداقل چهار سال حبس باشند (کنوانسیون علیه جرائم سازمان یافته فرا مرزی)^۲. بدین ترتیب تنها ویژگی جرم سازمان یافته که مربوط به ماهیت جرم است، شدید بودن آن است (شمس ناتری، ۱۳۸۳: ۱۱۱-۱۱۴). دیدگاه دوم با واقع مطابق تر است و از

۱. لازم به ذکر است که لایحه الحاق ایران به کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با جرائم سازمان یافته فراملی (موسوم به کنوانسیون پالرمو) به دلیل وجود اختلاف نظر بین مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان و طبق اظهار نظر سخنگوی شورای نگهبان، جهت بررسی نهایی به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال شده است.

(<https://www.isna.ir/news/97052815046>)

2. Convention Against Transnational Organized Crimes 2000, art 2, par.b

همین روست که در متون مربوط به جرائم سازمان یافته از جرائم سازمان یافته ملی و فراملی صحبت شده است.

در ارتباط با کیفیت مشدده سردستگی با این پرسش مواجهیم که منظور از سازمان یافتگی و انسجام گروه در این مقوله چیست؟ و آیا سازمان یافتگی و انسجام در ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی کاملاً منطبق بر عنوان جرائم سازمان یافته است؟ به نظر می‌رسد که پاسخ این پرسش منفی است. در واقع وجود یک گروه که دارای تشکیلات منسجمی بوده و از وجود یک سلسله مراتب، تقسیم کار و نیز فردی به عنوان رهبر یا سردسته برخوردار باشد گرچه از ارباب و خشونت یا فساد اداری نیز استفاده نکنند، می‌تواند موجب احراز عنوان گروه مجرمانه و تعلق عنوان سردسته به رهبر گروه شود. در واقع مفهوم سازمان یافتگی در ماده ۱۳۰ قانون مجازات وسیع تر از جرم سازمان یافته به مفهوم خاص است. نکته دیگر این که همانطور که در تعاریف مختلف از گروه‌های مجرمانه سازمان یافته دیدیم، استمرار فعالیت یکی از شرایط اطلاق عنوان به آن‌ها است و مسلماً ارتکاب یک یا دو فقره جرم، استمرار فعالیت مجرمانه را نشان نمی‌دهد. برخی حقوق‌دانان نیز بر همین اساس، استمرار و تداوم فعالیت‌های مجرمانه را از ویژگی‌های گروه مجرمانه سازمان یافته و شرط اطلاق عنوان سردستگی بر مدیر و مؤسس گروه می‌دانند. بر طبق این نظر، «سازمان یافتگی یک گروه مجرمانه متضمن برخورداری از یک ساختار تشکیلاتی، تقسیم کار و تحصیل نفع مالی است. استمرار و تداوم فعالیت‌های مجرمانه از ویژگی‌های این گروه به شمار می‌رود. سلسله مراتبی نیز در بین اعضای گروه دیده می‌شود که خود حکایت از قدرت و آمریت سازمان دهندگان و اداره کنندگان این تشکیلات می‌کند» (اردبیلی، ۱۳۹۲: ۷۸). با این حال شاید بتوان گفت که از متن ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی و تبصره‌های دوگانه آن لزوماً چنین برداشتی نمی‌شود. به دیگر بیان، از عبارت «گروه نسبتاً منسجم متشکل از سه نفر یا بیشتر که برای ارتکاب جرم تشکیل می‌شود...». ضرورت استمرار فعالیت مجرمانه قابل استنباط نیست و به نظر می‌رسد حتی اگر کسی گروهی را برای ارتکاب یک جرم تشکیل دهد یا طراحی و یا اداره نماید با وجود سایر شرایط مقرر در ماده اطلاق عنوان سردسته بر وی و تشدید مجازات او خلاف قانون نباشد.^۱ گرچه به طور

۱. صاحب نظران در حوزه جرائم سازمان یافته برای این جرائم ویژگی‌هایی از قبیل لزوم توسل به خشونت، ضرورت تحصیل منافع مادی، استمرار منافع، تلاش برای به دست آوردن انحصار اقتصادی و نفی رقابت سالم، تطمیع و فساد، روابط نزدیک عاطفی یا خانوادگی اعضا، تعداد افراد دخیل، تخصص گرایی و شدت جرائم و مجازات‌ها را بر شمرده‌اند (میر کمالی و عباس زاده، ۱۳۹۲: ۱۷۸). (از منظر جرم شناسی مشارکت جنایی مستلزم شکل گیری فعالیت گروهی است و بر سه الگوی مشارکت سازمان یافته، مشارکت مبتنی بر تبانی و مشارکت ناخواسته مبتنی است. از این چشم انداز، سازمان مجرمانه یا شرکت سهامی ارتکاب جرم، محصول اجتماع گروهی حداقل سه نفره از اشخاص حقیقی است که به واسطه مهارت و تخصص خویش و با هدف استمرار فعالیت در زمان، به شکل منسجم و بر اساس اصل سلسله



معمول گروه‌هایی که برای ارتکاب جرم تشکیل می‌شوند، استمرار فعالیت مجرمانه را در سر می‌پروانند. این دیدگاه هر چند با ایراد تفسیر موسع مواجه است اما سوابق قانون‌گذاری ما در باب سردستگی آن را تأیید و تقویت می‌کنند.^۱

در ایالات متحده در این خصوص موضع صریحی اتخاذ نشده است و اگرچه آرای موجود اکثراً حاکی از محکومیت سردستگان گروه‌های مجرمانه ایست که نوع جرم ارتكابی و سایر شرایط پرونده‌شان نشان از تداوم و استمرار فعالیت مجرمانه دارد، آرائی نیز دیده می‌شود که این قاعده را رعایت نکرده‌اند. برای نمونه در یک پرونده متهم به همراه شش مرد دیگر توسط گارد ساحلی ایالات متحده و در یک قایق بدون پرچم و در حالی که حدود ۱۰۰۰۰ پوند ماری جوانا را حمل می‌کردند، دستگیر شد. با اینکه متهمین در اظهارات خود بیان داشتند و از شواهد هم بر می‌آمد که آن‌ها برای بار اول دست به ارتکاب جرم زده‌اند، دادگاه یکی از متهمین را به‌عنوان سردسته به مجازات مشدد محکوم نمود. اطلاق این عنوان بر متهم مورد بحث براساس شواهد و قرائنی صورت گرفت که قدرت واضحی که وی در چارچوب گروه داشت را آشکار می‌نمود. برای مثال او طرف صحبت گارد ساحلی قرار گرفت و پاسخ سؤالات آن‌ها را داد و اجازه ورود و تفتیش کشتی را صادر کرد و (United States v Piedrahita-Santiago)^۲. گرچه در اکثر پرونده‌های مربوط به سردستگی، گروه‌های مجرمانه ای دیده می‌شوند که ارتکاب جرم را به عنوان یک فعالیت مستمر هدف خود قرار داده‌اند و استمرار فعالیت مجرمانه از خصائص آن‌ها است.

مراتب، گردهم آمده و معمولاً در پی کسب فواید مالی از اعمال خویش می‌باشند. در مقابل، مشارکت جنایی مبتنی بر تبانی را محصول اجتماع حداقل دو نفر می‌دانند که در یک بازه زمانی مشخص گرد هم آمده و نقشه ارتکاب یک یا چند جرم معین را از پیش طراحی می‌کنند. اعضای گروه مذکور، پس از دستیابی به اهداف توافق شده از یکدیگر جدا شده و با از سرگیری حرفه و فعالیت به هنجار سابق خویش، دوباره به آغوش جامعه باز می‌گردند. با این وجود، همواره آماده‌اند برای همکاری و انجام توافقات جدید، مجدداً گرد یکدیگر جمع شوند. سومین الگوی مشارکت جنایی، همکاری یا مداخله ناخودآگاه و ناخواسته است. همکاران ناخودآگاه، آن دسته از آشنایان ناسازگار مجرم هستند که ناخواسته، ارزش‌های معارض، فنون ارتکاب جرائم و راهکارهای توجیه اعمال مجرمانه را به وی انتقال می‌دهند (محمدی و عباس زاده امیرآبادی، ۱۳۹۴: ۱۳۳-۱۳۸). به نظر نگارنده غیر از الگوی مشارکت ناخودآگاه و ناخواسته که هیچ گونه انسجام و سازمان یافتگی در آن قابل تصور نیست، دو الگوی مشارکت سازمان یافته و مبتنی بر تبانی واجد انسجام و سازمان یافتگی هستند و می‌توان در خصوص سردسته آن‌ها ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی را اعمال نمود. البته یک تفسیر مضیق و محدود از ماده ۱۳۰ می‌تواند منتهی به این نتیجه شود که اعمال تشدید مجازات مقرر برای سردسته صرفاً بر مشارکت سازمان یافته و صرفاً گروه‌هایی که بتوان جرائم آن‌ها را جرم سازمان یافته دانست قابل اعمال است.

۱ به صفحه ۸ همین مقاله رجوع شود.

2. United States v. Piedrahita-Santiago, 931 F.2d 127 (1st Cir. 1991)

۲.۱. سیر قانون گذاری کیفیت مشدده سردستگی

سردستگی به عنوان یک کیفیت مشدده در قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ جایگاهی نداشت. بعدها در اصلاحاتی که در سال ۱۳۵۲ در قانون مجازات عمومی به عمل آمد، قانونگذار ماده ۳۰ را به سردستگی اختصاص داد. ماده مذکور مقرر می داشت: «مجازات شخص یا اشخاصی که اداره یا سردستگی دو یا چند نفر را در ارتکاب جرم به عهده داشته باشند اعم از این که عمل آنان شرکت در جرم یا معاونت باشد حداکثر مجازات آن جرم خواهد بود مگر اینکه در قانون مجازات خاصی تعیین شده باشد». بعد از انقلاب و در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ ماده ۴۵ این قانون در خصوص سردستگی مقرر می داشت: «سردستگی دو یا چند نفر در ارتکاب جرم اعم از اینکه عمل آنان شرکت در جرم یا معاونت باشد، از علل مشدده مجازات است». در این قانون همانطور که از متن ماده بر می آید قانونگذار بدون اشاره به میزان تشدید مجازات سردسته، صرفاً سردستگی را یک کیفیت مشدده دانسته و تصمیم گیری در خصوص میزان تشدید مجازات را به اختیار قاضی صادر کننده حکم واگذار کرده بود. اعطای چنین اختیاری به قاضی بی آنکه محدوده آن توسط قانونگذار روشن شده باشد از ایرادات وارد بر این ماده قانونی بود و البته این ایراد در خصوص کیفیات مشدده ای همچون تکرار و تعدد جرم نیز وجود داشت. در نهایت با تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ همانطور که در پیش گذشت، قانون گذار در ماده ۱۳۰ برای سردسته گروه مجرمانه در جرائم تعزیری، حداکثر مجازات شدیدترین جرم ارتكابی توسط اعضا در راستای اهداف گروه و در جرائم مستوجب حد، قصاص و دیات، حداکثر مجازات معاونت در آن جرم را پیش بینی نموده است. این ماده قانونی با تعیین مجازات روشن برای سردسته از ایراد قانون پیشین بری است. در واقع در قانون سابق، نوع و میزان تشدید مجازات در اختیار قاضی رسیدگی کننده بود بی آنکه قانونگذار دامنه ای برای آن تعیین کرده باشد. حال آن که به موجب ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی، قضات در جرائم تعزیری مکلف به تعیین حداکثر مجازات شدیدترین جرم ارتكابی توسط اعضا در راستای اهداف گروه برای سردسته شده اند. گویا قانونگذار سردسته را فاعل معنوی شدیدترین جرم می داند بی آنکه چنین موضعی، مجازات فاعل مادی جرم را تحت تأثیر قرار دهد. چنین اقدامی از سوی قانونگذار در راستای تحقق عدالت بوده و با توجه به نقش برجسته سردسته گروه، منصفانه به نظر می رسد. سردسته، موتور دستگاه مجرمانه بوده و در ارتکاب جرم نقش بسیار مهمی دارد. فلذا طبیعی است که اجرای عدالت در این شرایط، مستلزم اعمال مجازات شدیدتری است (افشاری، ۱۳۹۳: ۵۵). بر این اساس، گرچه رفتارهای مذکور در تبصره ۲ ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی یعنی تشکیل، طراحی، سازماندهی و اداره گروه مجرمانه ماهیتاً معاونت در جرم هستند (حاجی ده آبادی، پیشین: ۲۶)، قانونگذار از تعیین مجازات معاون برای سردسته اجتناب کرده و با تعیین



مجازات سنگین تر در صدد پیشگیری از ارتکاب جرم گروهی و سازمان یافته برآمده است. ملاک تشخیص شدیدترین جرم ارتكابی نیز بر اساس قواعد کلی حقوق جزا، مجازات قانونی جرم ارتكابی است (اردبیلی، ۱۳۹۳، ج ۳، ۱۹۲-۱۹۴). فلذا در بحث مورد نظر ما نیز جرمی که سنگین ترین مجازات را دارد، شدیدترین جرم ارتكابی خواهد بود.^۱ نکته مهم این که ممکن است سردسته در عنصر مادی جرم یا جرائم ارتكابی دخالت داشته باشد. این مسأله تأثیری در انتساب کیفیت مشدده سردستگی به وی ندارد و صرفاً موضوع را از حیث شمول قاعده تعدد جرم حائز اهمیت می سازد. لذا در حالتی که سردسته در ارتكاب رکن مادی جرم یا جرائم ارتكابی به همراه اعضای گروه دخالت داشته باشد، علاوه بر عنوان سردستگی به سایر عناوین ارتكابی نیز محکوم خواهد شد و بدین ترتیب با لحاظ ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی و قواعد تعدد جرم، مجازات می شود. لازم به ذکر است که برخی حقوق دانان، سردسته گروه مجرمانه را مستحق مجازات همه جرائم ارتكابی توسط اعضای گروه در راستای اهداف آن دانسته و موضع قانون گذار را اغماض آمیز می دانند (حاجی ده آبادی، پیشین: ۲۷). البته قانون گذار در حدود (بجز حد محاربه و افساد فی الارض)، قصاص و دیات رویکرد دیگری داشته و در این جرائم برای سردسته حداکثر مجازات معاونت در جرم را پیش بینی کرده است. بدین ترتیب شاید بتوان گفت که قانون گذار در جرائم تعزیری، با توجه به نقش برجسته سردسته در ارتكاب جرم، سنگین ترین جرم را به وی مستند کرده و او را مستحق مجازات این جرم می داند. ضمن این که در جرائم مستوجب حد، قصاص و دیه، با توجه به مبانی شرعی، وجود محدودیت های خاص و عدم امکان استناد این جرائم به سردسته ای که در عنصر مادی جرم مشارکت نداشته و صرفاً رفتارهای تشکیلی، طراحی، سازماندهی و یا اداره گروه بر عهده وی بوده است، قانون گذار برخوردی متفاوت را اتخاذ و سردسته را معاون این جرائم قلمداد کرده است. در واقع رفتار سردسته، ماهیتاً معاونت است و در این جرائم قانون گذار حداکثر مجازات معاونت را برای وی در نظر گرفته است.

در حقوق داخلی، علاوه بر قانون مجازات اسلامی در قوانین پراکنده نیز می توان مواردی از توجه و تاکید قانون گذار بر نقش سردسته گروه و لحاظ مجازات مشدد برای وی را دید. چنین موضعی در قانون مبارزه با مواد مخدر، قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز و نیز قانون مبارزه با تأمین مالی تروریسم، مشهود است. برای نمونه می توان به مواد ۲۱۸ و ۴۵ قانون مبارزه با مواد مخدر^۲، تبصره

۱. در این خصوص ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی و تبصره آن و نیز ماده ۲۷ همین قانون برای تشخیص مجازات سنگین تر راهگشا هستند.

۲. ماده ۱۸: هرکس برای ارتكاب هر یک از جرائم موضوع این قانون، اشخاصی را اجیر کند یا به خدمت گمارد و یا فعالیت آن ها را سازماندهی و یا مدیریت کند و از فعالیت های مذکور پشتیبانی مالی یا سرمایه گذاری نماید، در مواردی

ماده ۲۲۸ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲ و نیز ماده ۳۷ قانون مبارزه با تأمین مالی تروریسم مصوب ۱۳۹۴ اشاره نمود.^۴

در ایالات متحده به رسمیت شناختن عنوان سردستگی به قانون جامع کنترل جرم ۱۹۸۴ بر می‌گردد. تا قبل از تصویب این قانون، دادگاه‌ها معمولاً مجازات زندان را به شکل نامعین تعیین کرده و قدرت تعیین دوره واقعی حبس و آزادی مشروط را به کمیسیون آزادی مشروط اعطا می‌کردند (Stith & Koh, 1993, 223-281, n. 367). که در عمل به مجازات‌هایی با زمان کوتاه منتهی می‌شد به نحوی که عدم تناسب میان جرم و مجازات کاملاً مشهود بود و عده‌ای قائل به آفت زده شدن سیستم قضایی شده بودند (Scordato, op.cit: 1064). همین امر منتهی شد به

که مجازات عمل مجرمانه حبس ابد باشد به اعدام و مصادره اموال ناشی از ارتکاب این جرم و در سایر موارد به حداکثر مجازات عمل مجرمانه، محکوم می‌شود. مجازات سرکرده یا رئیس باند یا شبکه اعدام خواهد بود.

۱. ماده ۴۵ الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶: مرتکبان جرائمی که در این قانون دارای مجازات اعدام یا حبس ابد هستند در صورت احراز یکی از شرایط ذیل در حکم مفسد فی الارض می‌باشند و به مجازات اعدام و ضبط اموال ناشی از مواد مخدر یا روانگردان محکوم و در غیر این صورت حسب مورد «مشمولین به اعدام» به حبس درجه یک تا سی سال و جزای نقدی درجه یک تا دو برابر حداقل آن و «مشمولین به حبس ابد» به حبس و جزای نقدی درجه دو و در هر دو مورد به ضبط اموال ناشی از جرائم مواد مخدر و روان گردان محکوم می‌شوند.

الف - مواردی که مباشر جرم و یا حداقل یکی از شرکا حین ارتکاب جرم سلاح کشیده یا به قصد مقابله با مأموران، سلاح گرم و یا شکاری به همراه داشته باشند

منظور از سلاح در این بند، سلاح سرد و سلاح و مهمات موضوع قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیر مجاز مصوب ۱۳۹۰/۶/۷ می‌باشد

ب - در صورتی که مرتکب نقش سردستگی (موضوع ماده (۱۳۰) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱/۲/۱۳۹۲) یا پشتیبان مالی و یا سرمایه گذار را داشته یا از اطفال و نوجوانان کمتر از هجده سال یا مجانین برای ارتکاب جرم استفاده کرده باشد.

۲. ماده ۲۸ قانون قاچاق کالا و ارز: در صورتی که قاچاق کالاها ممنوع به نحو سازمان یافته ارتکاب یابد، مرتکب علاوه بر جزای نقدی مندرج در ماده (۲۲) این قانون به ترتیب زیر محکوم می‌شود:

الف- در خصوص بند (الف) ماده (۲۲) به نود و یک روز تا شش ماه حبس

ب- در خصوص بند (ب) ماده (۲۲) به بیش از شش ماه تا دو سال حبس

پ- در خصوص بندهای (پ) و (ت) ماده (۲۲) به حداکثر مجازات حبس مندرج در بندهای مذکور

تبصره- کسانی که در ارتکاب جرائم این ماده نقش سازماندهی، هدایت و یا سردستگی گروه سازمان یافته را برعهده

دارند، حسب مورد به حداکثر مجازات‌های مقرر در بندهای (الف) و (ب) محکوم می‌شوند

۳. ماده ۷ قانون مبارزه با تأمین مالی تروریسم: سردستگی، سازماندهی یا هدایت دو یا چند شخص در ارتکاب جرائم موضوع این قانون اعم از اینکه عمل آنان مباشرت یا معاونت در جرم باشد و همچنین ارتکاب جرائم مذکور به صورت سازمان یافته، از علل مشدده مجازات محسوب می‌شود و مرتکب مشمول ماده (۱۳۰) قانون مجازات اسلامی می‌باشد.



رژیم جدید مجازات‌های فدرال که با هدف متناسب سازی رویه‌های قبل تدوین شدند. قانون ۱۹۸۴ در راستای رسیدن به این هدف، با پیش بینی قواعدی راه را برای طرح دستور العمل های خاص در خصوص مجازات محکومین در سیستم عدالت کیفری فدرال باز کرد.^۱

کمیسیون مجازات ایالات متحده مسئول طرح دستورالعمل شد و کار این کمیسیون پس از تحقیق و مشاوره‌های بسیار در نوامبر ۱۹۸۷ منتشر شد. در دستورالعمل مذکور پیش بینی شد که مجازات‌های کیفری فدرال محصول مجموعه پیچیده ای از عوامل هستند که بعضی بر ویژگی‌های خاص جرائم ارتکاب یافته از سوی متهمان و برخی دیگر بر ویژگی‌های خاص خود متهمان تکیه می‌کنند. در میان طیف اخیر که بر ویژگی‌های خاص متهمان تمرکز دارند، به نقشی که متهم در ارتکاب جرم به‌عنوان بانی، سردسته، مدیر یا سرپرست یک گروه مجرمانه داشته اشاره شده و آن را به‌عنوان یک نقش مشدده که می‌تواند موجب تشدید مجازات فرد شود، برجسته کرده‌اند.^۲

۲. شرایط تحقق عنوان سردسته

همانطور که در مباحث پیشین گذشت، قانون‌گذار در ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی کیفیت مشدده سردستگی را پیش بینی کرده است ولی در این ماده از شرایط اطلاق عنوان سردسته بر یک فرد سخنی به میان نیامده است. تنها متن قانونی راهنما تبصره ۲ ماده ۱۳۰ است که در بیان تعریفی از سردستگی آن را تشکیل یا طراحی یا سازماندهی یا اداره گروه مجرمانه دانسته است. بدین ترتیب و بر اساس این تبصره قانونگذار چهار دسته از افراد را مشمول عنوان سردسته دانسته است: کسی که گروه را تشکیل داده و بانی آن می‌باشد. کسی که طرح شکل دادن گروه را در سر پرورنده و در واقع به‌عنوان مغز متفکر گروه، آن را طراحی کرده است. کسی که گروه را سازماندهی کرده و بین اعضا هماهنگی ایجاد می‌کند و درنهایت کسی که گروه مجرمانه را اداره کرده و سایر اعضای گروه از وی حرف شنوی داشته و خود را ملتزم دانسته که از فرامین وی تبعیت کنند (عدالتخواه، ۱۳۹۲: ۳۶۹). باوجود این مفهوم و شرایط تحقق این عنوان چندان روشن نیست و مسلماً محاکم در عمل و در مواجهه با پرونده‌های مرتبط با این عنوان با سؤالات و ابهامات زیادی مواجه خواهند شد به دیگر بیان، متن تبصره ۲ ماده ۱۳۰ کلی بوده و در بسیاری از موارد پاسخگوی پرسش‌ها و ابهامات موجود در خصوص تحقق یا عدم تحقق سردستگی نیست.

1. U.S. Sentencing Comm'n, Other Stakeholders' Views on Sentencing Reform, in Report on the Continuing Impact of UNITED STATES V. BOOKER on Federal Sentencing pt. F. at 1 (2012)

2. An Overview of the United States Sentencing Commission, U.S. Sentencing Comm'n, http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/about/overview/USSC_Overview.pdf

در ایالات متحده نیز طرح و تصویب دستورالعمل مجازات فدرال که رسماً بر اساس نوع رفتار مرتکب (بانی و سردسته یا مدیر و سرپرست) و تعداد اعضای گروه برای وی تشدید مجازات را پیش بینی کرده بود، دادگاه‌ها را بدین سمت سوق داد که سردسته بودن چه معنایی دارد؟ در این خصوص هزاران عقیده منتشر شده (و بعضاً منتشر نشده) از دادگاه‌های فدرال وجود دارد که به این موضوع پرداخته‌اند. بررسی این پرونده‌ها و عقاید موجود در آن‌ها زمینه ساز دستیابی به کیفیات و ویژگی‌هایی است که محاکم آن‌ها را از شرایط لازم برای تحقق عنوان سردستگی دانسته‌اند.^۱ ذیلاً علاوه بر بررسی حقوق داخلی، با استفاده از پرونده‌های کیفری مذکور به بررسی شرایط تحقق عنوان سردستگی از منظر محاکم آمریکا می‌پردازیم. ضمن این‌که، قبل از بررسی کیفیات تعیین کننده سردستگی، پاسخگویی به پرسش‌هایی همچون لزوم یا عدم لزوم حضور فیزیکی سردسته در گروه، امکان تحقق عنوان سردسته بر بیش از یک فرد در گروه و.... لازم است که در چند عنوان مجزا به آن‌ها خواهیم پرداخت.

۱.۲. حضور فیزیکی سردسته در گروه

یکی از مهم‌ترین ابهامات در خصوص سردسته ضرورت یا عدم ضرورت حضور فیزیکی وی در گروه است. پرسش این است که برای اطلاق عنوان سردسته بر یک شخص حضور فیزیکی وی در گروه لازم است؟ به نظر می‌رسد که در حقوق ایران پاسخ منفی است. در واقع می‌توان گفت که حضور فیزیکی سردسته در گروه لازم نیست و می‌شود فردی را که در گروه و فعالیت مجرمانه حضور و دخالتی نداشته با احراز شرایط دیگر سردسته گروه مجرمانه تلقی کرد. مداخله در ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی و تبصره‌های آن، ما را به همین نتیجه رهنمون می‌سازد. تعیین حداکثر مجازات شدیدترین جرمی که اعضای گروه در راستای اهداف آن گروه مرتکب می‌شوند برای سردسته گروه مجرمانه از سوی قانونگذار حاکی از این است که قانونگذار نه تنها حضور سردسته در گروه را برای اعمال این مجازات ضروری نمی‌داند بلکه دخالت وی در جرم ارتكابی را هم، شرط نمی‌داند. ضمن اینکه در گروه‌های مجرمانه معمول تر است که سردسته گروه گرچه نقش محوری و اساسی را در گروه ایفا می‌کند اما نوع و نحوه فعالیتش به شکلی است که پنهان از دید همگان است. در واقع این افراد اعضای گروه را وادار به فعالیت‌های پرخطر کرده و خود در زاویه ای امن به جمع آوری سود حاصل از فعالیت آنان مشغول می‌شوند. با این همه این امکان نیز منتفی نیست که در گروه مجرمانه‌ای سردسته حضور فیزیکی فعالی در گروه و حتی در فعالیت مجرمانه داشته باشد.

1. American Law Reports Fed. 2d, 2010



بررسی آراء و پرونده‌های مرتبط با سردستگی در حقوق آمریکا نیز، راهگشاست. از منظر محاکم، برخی ویژگی‌ها سلبی هستند. بدین معنا که وجودشان برای اطلاق عنوان سردسته به فرد ضروری نیست. از جمله این که: حضور فیزیکی و منظم یک شخص در میان اعضای گروه شرط ضروری اطلاق عنوان سردستگی به وی نیست (United States v Tokhtakhounov).^۱

به دیگر بیان، یک شخص می‌تواند سردسته یک گروه مجرمانه شناخته شود بی آنکه حضور فیزیکی دائمی و منظمی در میان اعضای گروه داشته باشد. در تأیید این مسأله در یکی از آراء آمده است: «سردسته‌ها در فرایند توزیع مواد مخدر اغلب از زیردستانی به عنوان رابط یا میانجی استفاده می‌کنند تا درگیری آن‌ها در این فرایند، پوشیده بماند (United States v Soto-Lara).^۲ در پرونده مشابهی نیز قید شده است که «ضروری نیست که سردسته همیشه در میان اعضای گروه فعالیت کند (United States v Damato).^۳ در این پرونده که متهمان درگیر توزیع غیر قانونی مواد مخدر بودند، دادگاه عنوان داشت که گرچه اعضا در توزیع مواد درگیر شده‌اند، عدم درگیری سردسته در این کار باعث سلب این عنوان از وی نمی‌شود (United States v Soto-Lara).

۲.۲. حامی مالی گروه مجرمانه

ابهام دیگر امکان یا عدم امکان اطلاق عنوان سردسته بر حامی مالی گروه مجرمانه است. در حقوق آمریکا، محاکم دریافتند که صرف کنترل بر اموال، به تنهایی مرتکب را مستحق عنوان سردسته نمی‌سازد (United States v Miller).^۴ حتی اگر اموال مورد بحث برای ارتکاب جرم حیاتی بوده و یا آن اموال تنها موجودی و دارایی گروه باشند که موتور فعالیت مجرمانه را به حرکت در می‌آورند، باز هم مالکیت یکی از مرتکبین بر آن اموال یا کنترل وی بر آن‌ها به تنهایی برای اعطای عنوان سردسته به وی کافی نیست. در واقع از منظر محاکم کنترل فرد بر دیگر اعضای گروه در اعطای عنوان سردسته به وی، از کنترل وی بر اموال تعیین کننده تر است. صرفنظر از اهمیت حیاتی که اموال مورد بحث ممکن است برای فعالیت مجرمانه داشته باشند. پرونده راهنما در این خصوص پرونده United States v Miller است. در این پرونده فردی به نام جیم آلفرد میلر متهم به چندین فقره توزیع مواد مخدر بود. یکی از مشتریان دائمی میلر شخصی به نام دان رو^۵، یک دلال بود که مواد مخدری را که از میلر می‌خرید به دیگران می‌فروخت. پس از احراز تقصیر میلر

1. United States v. Tokhtakhounov, 607 F. App'x 8, 14 (2d Cir. 2015)

2. United States v. Soto-Lara, 60 F. App'x 834, 835 (1st Cir. 2003)

3. United States v. Damato, 672 F.3d 832, 847 (10th Cir. 2012)

4. United States v. Miller, 91 F.3d 1160, 1164 (8th Cir. 1996)

5. Don Roe

توسط هیئت منصفه، دادگاه بدوی حکم داد که میلر سردسته یک گروه مجرمانه است و همین برای تشدید ۴ درجه ای مجازات او کافی است و بر این اساس میلر را به ۲۴ سال و ۴ ماه حبس محکوم نمود (Ibid at 1162). در بازنگری رأی، دادگاه پژوهش عنوان داشت که «گرچه متهم میلر به احتمال زیاد می‌دانسته است که مواد مخدری که به همدستانش می‌فروشد، به طور معمول، توسط آن‌ها دوباره به فروش می‌رسند، صرف کنترل وی بر این اموال او را سردسته یا سازمان دهنده نمی‌سازد (Ibid at 1164). همین‌طور دادگاه پژوهش اضافه نمود که «متهم باید کاری بیشتر از فروش مواد برای فروش دوباره آن‌ها انجام داده باشد تا عناوین ذکر شده بر وی صدق کنند (Ibid at 1164). بدین ترتیب گرچه محکومیت میلر تأیید شد اما مجازات وی نقض و تعیین آن به دادگاه بدوی سپرده شد. نظیر این اتفاق در پرونده دیگری رخ داد که در آن متهم و شریکش با تأسیس یک شرکت کار گذاری اقدام به کلاهبرداری کرده بودند (United States v Ronning)^۱. دادگاه بدوی مردد بود که متهم را به‌عنوان سردسته و سازمان دهنده به موجب بند (۱) به ۴ درجه تشدید مجازات محکوم کند و یا وی را به موجب بند (۲) به‌عنوان مدیر به سه درجه تشدید مجازات محکوم نماید (Ibid). در نهایت از رأی دادگاه چنین استنباط می‌شود که صرف کنترل بر اموال در یک فعالیت مجرمانه فرد را مستحق عنوان سردسته نمی‌سازد و بلکه شاید بتوان وی را حداکثر به عنوان مدیر محکوم نمود (Ibid). از این رأی و آرای مشابه این نکته هم برداشت می‌شود که محاکم بر اساس دستورالعمل صادره از کمیسیون مجازات، میان مدیر و سردسته تمایز قائل‌اند. و در خصوص کسی که صرفاً کنترل بر اموال گروه دارد، نه عنوان سردسته بلکه عناوین سبک‌تری همچون مدیر را در راستای اعمال تشدید مجازات سبک‌تر در نظر می‌گیرند.

در پرونده ایالات متحده علیه رانینگ به نحو واضحی بیان شده است که: «تمایزی میان مدیر و سردسته در چارچوب گروه وجود دارد (ibid)». بر اساس این دیدگاه‌ها یک شخص می‌تواند به نحو موفقیت آمیزی به‌عنوان مدیر در چارچوب یک گروه عمل کند بی آنکه به‌عنوان سردسته شناخته شود. به‌عنوان نمونه می‌توان به پرونده ای اشاره کرد که در آن متهم، جوان بزهکاری بود که شرکای خود را در یک گروه مجرمانه که با هدف سرقت مسلحانه وسایل نقلیه تشکیل شده بود، سازماندهی و مدیریت کرده بود (United States v Lopez-Urbina)^۲. وی با ادعای پادو بودن در گروه، تشدید مجازات اعمال شده توسط دادگاه بدوی را که با اعطای عنوان مدیر و سرپرست گروه مجرمانه به وی اعمال شده بود، زیر سؤال برد (Ibid). دادگاه تجدید نظر ضمن تحلیل تجدیدنظر خواهی متهم، عنوان داشت که متهم کسی است که مسئولیت مدیریت بر اموال، دارایی‌ها و

1. United States v. Ronning, 47 F.3d 710, 711 (5th Cir. 1995)

2. United States v. Lopez-Urbina, 434 F.3d 750, 755-56 (5th Cir. 2005)



فعالیت‌های سازمان مجرمانه را برعهده داشته و اجرا کرده است. وی حتی بر وسایل نقلیه سرقت شده کنترل داشته است در حالی که نقش سایر شرکا در آن زمان خاتمه می‌یافته است. شهود نیز شهادت دادند که وسایل نقلیه مسروقه توسط متهم در مکزیک به فروش می‌رفته‌اند. بر اساس ادله موجود دادگاه پژوهش نیز حکم به تشدید مجازات متهم به عنوان مدیر گروه مجرمانه داد (Ibid). در پرونده دیگری متهم با شخصی دیگر در فروش مواد مخدر غیر قانونی شراکت داشت. دادگاه بدوی متهم را به دو درجه تشدید مجازات بر اساس بند ۳ دستورالعمل، به عنوان سازمان دهنده فعالیت توزیع مواد محکوم نمود (United States v Valdez-Arieta)^۱. متهم در اعتراض به محکومیت خود استدلال نمود که او هرگز کنترلی بر شریک دیگر نداشته است. دادگاه پژوهش ضمن بررسی استدلال متهم عنوان داشت که تشدید مجازات متهم به عنوان سازمان دهنده مستلزم کنترل وی بر شریک دیگر نیست. گرچه احراز عنوان سردستگی نیازمند احراز چنین کنترلی هست (Ibid). دادگاه بیان داشت که: «یک متهم می‌تواند سازمان دهنده یک فعالیت غیر قانونی باشد بدون اعمال کنترل بر دیگر شرکت کنندگان در فعالیت» (Ibid). بدین ترتیب و بر اساس نظر دادگاه، یک متهم می‌تواند به عنوان سازمان دهنده بر اساس بند ۳ دستورالعمل مجازات شود در قبال ریختن طرح، مهیا کردن امکانات برای رسیدن به اهداف مجرمانه و هماهنگ کردن و نظارت بر اجرا و تحقق توطئه بدون این که متهم کنترل سلسله مراتبی بر دیگر شرکا داشته باشد (Ibid).

در حقوق ایران، همانطور که از متن ماده ۱۳۰ و تبصره‌های آن و بویژه تبصره ۲ بر می‌آید، قانونگذار تمایزی میان سردهسته با مدیر و سازمان دهنده قائل نشده است و بلکه سردستگی را شامل هر یک از این رفتارها می‌داند. نتیجه طبیعی چنین موضعی این است که هیچ تفاوتی در میزان مجازات میان مدیر، طراح، بانی یا سازمان دهنده گروه مجرمانه وجود ندارد و در صورت تعلق هریک از این عناوین بر مرتکب وی به حداکثر مجازات شدیدترین جرمی که اعضا در راستای اهداف گروه مرتکب می‌شوند، محکوم خواهد شد. بر این اساس شاید بتوان کسی که کنترل اموال گروه را بر عهده دارد یا حامی مالی فعالیت مجرمانه است را، مشروط به اطلاق عناوینی همچون اداره گروه مجرمانه، مشمول مجازات سردهسته دانست. با این وجود موضع حقوق امریکا منصفانه تر به نظر می‌رسد. پر واضح است که کسی که کنترل کلی بر افراد گروه دارد با کسی که صرفاً اموال گروه را مدیریت می‌کند به یک میزان قابل سرزنش نیستند. مؤسس و بانی گروه با کسی که امور داخلی گروه مجرمانه را اداره می‌نماید معادل هم قابل سرزنش نیستند فلذا این مسأله باید در میزان تشدید مجازات آن‌ها در نظر گرفته شود. نکته ای که در حقوق آمریکا مورد توجه قانونگذار واقع شده است. لازم به ذکر

1. United States v. Valdez-Arieta, 127 F.3d 1267, 1269 (10th Cir. 1997)

است که قانونگذار ما نیز در قانون الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶ به طور خاص به نقش حامی مالی گروه مجرمانه توجه کرده و وی را همدریف با سردسته گروه قلمداد نموده است. در ماده مذکور قانونگذار عبارات «پشتیبان مالی و سرمایه گذار» را بکار برده و افرادی را که با این نوع رفتار، گروه مجرمانه را در پیشبرد اهداف خویش یاری نمایند، معادل سردسته گروه قرار داده و برایشان تشدید مجازات مقرر نموده است. لازم به ذکر است که این ماده قانونی تنها ماده ای است که به حامیان مالی گروه های مجرمانه و نقش برجسته آن ها در ارتکاب جرم توجه داشته است. چنین اقدامی از سوی قانونگذار گامی مثبت در پیشگیری از ارتکاب جرائم مرتبط با مواد مخدر به شکل سازمان یافته تلقی می شود. با توجه به اهمیت نقش حامیان مالی در گروه های مجرمانه، شایسته است که قانون گذار در قانون مجازات اسلامی نیز با بکار بردن صریح عبارات پشتیبان مالی و سرمایه گذار گروه های مجرمانه راه را بر تفسیر قانون بسته و مجریان قانون را از شک و تردید رها سازد. نکته مهم اینکه از نحوه نگارش ماده ۴۵ الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر چنین برداشت می شود که قانونگذار حامی مالی را نه سردسته و بلکه معادل آن دانسته است چرا که با بکار بردن واژه «یا» میان این دو تفکیک قائل شده است.

۳.۲. وجود بیش از یک سردسته در گروه

مسئله قابل بررسی دیگر، امکان یا عدم امکان الحاق عنوان سردستگی به بیش از یک فرد در گروه است. در این خصوص در حقوق ایران برغم عدم وجود صراحت قانونی، کاملاً قابل درک و پذیرش است که یک گروه مجرمانه توسط چند نفر سردسته که همانند هیئت مدیره یک شرکت عمل می کنند، اداره شود. رویه قضایی ما نیز موید این دیدگاه است. برای نمونه می توان به یک پرونده که در آن دو نفر هدایت و رهبری باند مجرمانه ای را بر عهده داشته و به شکل منسجم اقدام به ربایش بانوان و سرقت اموال همراه آن ها می نمودند، اشاره کرد. در رأی صادره توسط دادگاه انقلاب اسلامی شیراز در این پرونده با اشاره به جرائم این اشخاص آمده است: «دادگاه با عنایت به این که اقدامات گسترده متهمین ردیف اول و دوم در ربایش بانوان و هدایت و رهبری باندی مخوف به وسیله متهمین ردیف اول و دوم که به صورت کامل باعث تعرض و هجمه به جسم افراد و اموال آن ها گردیده و موجب ایجاد فضای رعب و وحشت شدید عمومی و ناامنی در جامعه گردیده و عملکرد آنان را از مصادیق بارز محاربه و مفسد فی الارض دانسته و هر دو را به سردستگی محکوم نموده است»^۱، بدین ترتیب وجود بیش از یک سردسته در گروه امکان پذیر است.



در حقوق آمریکا نیز محاکم دریافته‌اند که یک گروه می‌تواند بیش از یک سردسته داشته باشد و از منظر آن‌ها سردستگی محدود بر یک شخص واحد در چارچوب گروه مجرمانه نیست و بدین ترتیب شناسایی یک فرد به‌عنوان سردسته در یک گروه، امکان به رسمیت شناختن دیگری را به همین عنوان منتفی نمی‌سازد. این سردستگان ممکن است مثل هیئت مدیره شرکت عمل کرده (United States v Evans^۱) و یا منفرداً و کاملاً مستقل در سازمان رفتار نمایند (United States v Martínez-Medina^۲). به علاوه محاکم عنوان داشته‌اند که نیازی نیست که مرتکب سردستگی را بر کل گروه اعمال نماید تا به عنوان سردسته شناخته شود (United States v Chavez^۳). بلکه شخصی که خصایص سردسته را تنها نسبت به بخشی از کل فعالیت مجرمانه که بعضاً بخش کوچکی است اعمال نماید هم می‌تواند سردسته بشمار آید (Ibid). در یکی از پرونده‌ها، متهم مستحق تشدید مجازات به‌عنوان سردسته شناخته شد و بر اساس بند ۱ دستورالعمل مجازاتش تا ۴ درجه تشدید شد در حالی که تنها بر برادرش در گروه نظارت داشت (United States v Serrano^۴). در پرونده دیگری دادگاه تجدید نظر عنوان داشت: «تشدید مجازات به عنوان سردسته تنها مستلزم احراز این نکته توسط دادگاه است که متهم حداقل بر یکی دیگر از شرکا نظارت کرده است، حتی نیازی به اشاره به مورد واقعی و عملی این نظارت نیست (United States v Aptt^۵).

در ارتباط با موضع حقوق ایران در این خصوص به نظر می‌رسد که مفهوم سردسته فراتر از این است که کسی را که صرفاً بر یک فرد دیگر در گروه یا بر یک فعالیت جزئی نظارت دارد، به عنوان سردسته به رسمیت بشناسیم. در واقع بر اساس آنچه که از تبصره ۲ ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی بر می‌آید برای اطلاق عنوان سردسته بر یک فرد یکی از رفتارهای تشکیل (مؤسس یا بانی)، طراحی، سازمان دهی یا اداره گروه مجرمانه باید به وی قابل انتساب باشد و به نظر می‌رسد نظارت بر یک بخش جزئی از فعالیت مجرمانه و یا بر یک فرد در شرایطی که گروه اعضای متعددی دارد، بر هیچ‌یک از عناوین ذکر شده منطبق نباشد. مفهوم تشکیل و طراحی کاملاً روشن است و سازماندهی و اداره گروه مجرمانه نیز ناظر بر کل گروه و فعالیت و نه بخشی جزئی از آن است.

۴.۲. کارکرد و نقش خارجی سردسته

مسئله قابل طرح دیگر، کارکردهای خارجی سردسته است. سردستگی از این منظر، متضمن کنترل، مراقبت و قرار گرفتن به‌عنوان واسطه تماس میان گروه مجرمانه به‌عنوان یک موجود مستقل و عناصر

1. United States v. Evans, 92 F.3d 540, 545 (7th Cir. 1996)
2. United States v. Martínez-Medina, 279 F.3d 105, 124 (1st Cir. 2002)
3. United States v. Chavez, 549 F.3d 119, 136 (2d Cir. 2008)
4. United States v. Serrano, 297 F. App'x 70, 71 (2d Cir. 2008)
5. United States v. Aptt, 354 F.3d 1269, 1287 (10th Cir. 2004)

مهم خارج از گروه است. در واقع دادگاه‌ها باید احراز نمایند که مرتکب میان گروه و عناصر خارج از آن ارتباط برقرار کرده است. در حقوق داخلی، گرچه شرایط تحقق سردستگی به‌طور جزئی و دقیق مورد بحث حقوق دانان قرار نگرفته است ولی شرایطی همچون قدرت و کنترل سردسته بر گروه یا تعامل با عناصر خارج از گروه در این مفهوم مستتر است. همانطور که ذکر شد، سازمان دهنده و اداره کننده گروه مجرمانه، سردسته تلقی و به مجازات مشدد مقرر در ماده ۱۳۰ محکوم می‌شود. روشن است که اداره گروه مجرمانه، هم امور داخلی گروه و هم روابط گروه با اعضا و عناصر خارج از گروه را که نقطه پیوند و ارتباطشان جرم و فعالیت مجرمانه است را پوشش می‌دهد. برای مثال گروه مجرمانه ای که به قاچاق کالا یا انسان مشغول اند، طبیعتاً می‌بایست با خریداران ارتباط برقرار کنند و اداره چنین رابطه ای را معمولاً سردسته یا سردستگان بر عهده دارند. شاید بتوان گفت که دلیل توجه خاص قانون‌گذار کشورمان به کیفیت مشدده سردستگی و تعیین مجازات خاص برای سردسته در قوانین پراکنده مورد اشاره همین امر است. جرایمی همچون قاچاق اعم از قاچاق کالا و ارز یا مواد مخدر ذاتاً نیازمند برقراری ارتباط با افراد خارج از گروه مجرمانه هستند و سردستگان و سازمان‌دهندگان گروه‌اند که مدیریت این ارتباط را بر عهده دارند.

در آرای محاکم امریکا آمده است که سردسته خودش را به این عنوان به افراد و عناصر مرتبط خارج از گروه می‌شناساند. به بیان دیگر افراد و عناصر خارج از گروه که به واسطه فعالیت مجرمانه با گروه در ارتباط‌اند، سردسته گروه را به این عنوان می‌شناسند. نکته دیگر این‌که در آرای محاکم مکرراً قید شده است که سردسته به تلاش در راستای جذب اعضای جدید برای گروه می‌پردازد. بدین ترتیب یک فرد فاقد منزلت خارجی مستحق عنوان سردستگی نیست. گرچه نمی‌توان وجود مسئولیت خارجی برای یک شخص را عاملی تعیین کننده برای سردستگی وی دانست، با این حال در پرونده‌ها بر این نکته تأکید شده است که یک نشانه مهم سردستگی، این واقعیت است که فرد خود را آشکارا به جهان خارج از گروه به‌عنوان رهبر و سردسته گروه معرفی کرده باشد. پرونده ساندرز و آنتونی ساندرز به‌خوبی حاکی از چنین شرطی است (United States v Saunders)^۱. در این پرونده متهمان، ساندرز و آنتونی ساندرز مادر و پسری بودند که در توزیع گسترده ماری جوانا از تگزاس تا ماساچوست شریک بودند (Ibid). این دو به مشارکت در توزیع حداقل صدکیلو گرم ماری جوانا و تملک حداقل صد کیلوگرم دیگر با قصد توزیع متهم شدند. ساندرز به هر دو جرم و آنتونی تنها به جرم اول محکوم شد. در حالی که مجازات ساندرز ۱۲۰ ماه حبس و مجازات آنتونی ۲۳۵ ماه حبس اعلام شد (Ibid). این تفاوت واضح در میزان مجازات ناشی از اعمال ۴ درجه تشدید مجازات نسبت به آنتونی به عنوان سردسته، از سوی دادگاه بدوی بود. در تأیید تشدید مجازات آنتونی

1. United States v. Saunders, 553 F.3d 81 (1st Cir. 2009)

به عنوان سردسته، دادگاه تجدیدنظر بیشتر بر نقشی که آنتونی در ارتباط با افراد خارج از گروه ایفا کرده بود، تأکید نمود. در نظریه دادگاه عنوان شد که آنتونی با مهیا کنندگان مواد در تگزاس ارتباط برقرار می کرده و علاوه بر پرداخت پول به آن ها اقدامات دیگری نیز انجام می داده است به نحوی که خودش را به عنوان سردسته شناسانده بود (Ibid). این نکته در پرونده دیگری نیز مورد تأکید قرار گرفت (United States v Piedrahita-Santiago)^۱. در این پرونده متهم به همراه شش مرد دیگر توسط گارد ساحلی ایالات متحده در یک کشتی بی پرچم و در حالیکه حدود ده هزار پوند ماری جوانا را حمل می کردند، دستگیر شد. متهم به عنوان سردسته گروه شناخته و محکومیت او چهار درجه تشدید شد. قرائنی وجود داشت که دادگاه را به این نتیجه رساند که متهم سردسته گروه است. از جمله این که متهم کسی بود که در مواجهه گارد ساحلی با گروه با آن ها صحبت کرد و ملیت کشتی را توضیح داد و نیز اجازه بازرسی کشتی توسط گارد ساحلی را داد (Ibid). وی در دفاع از خود در جهت فرار از اعمال عنوان سردستگی بیان داشت که من صرفاً یکی از خدمه های کشتی هستم و اگر با گارد ساحلی صحبت کردم دلیلش این بود که تنها کسی بودم که انگلیسی می دانستم (Ibid) با این حال حکم سردستگی وی تأیید شد و دادگاه تجدیدنظر بر تعامل متهم با گارد ساحلی و نیز قدرت آشکاری که وی بر اعضای گروه داشت، تمرکز نمود (Ibid).

۵.۲. کیفیات و شرایط اساسی سردستگی

با وجود طرح برخی ابهامات در خصوص سردسته و پاسخگویی به آن ها، هنوز هم کیفیات اساسی سردستگی برایمان مبهم هستند. در واقع بدنبال مشخصه های مهم و بنیادینی هستیم که چیستی مفهوم سردستگی را نشان می دهند. به دیگر بیان، کیفیاتی مد نظر است که غالباً در آرای دادگاه ها در تعیین وضعیت سردستگی و تشدید مجازات مرتکب مورد اتکا و استناد قرار می گیرند. لازم به ذکر است که همه این کیفیات برای متقاعد کردن دادگاه در احراز وضعیت سردستگی لازم نیست. درون مایه و مضمون این موارد به عنوان کیفیات اصلی سردستگی تقریباً روشن است. کنترل، سازماندهی و مسئولیت در قبال عمل دیگر اعضای گروه، مهم ترین بخش های این کیفیات اند. به تعبیر دیگر می توان گفت که تأثیر سردسته بر اعضای گروه و مسئولیت وی در قبال رفتار سایر اعضای گروه است که تعیین می کند کسی سردسته گروه مجرمانه است یا خیر. سایر مواردی که در مباحث قبل اشاره شد از قبیل تعامل شخص با افراد خارج از گروه و تعیین کننده نیستند. در واقع رفتارهای مذکور گرچه می توانند ما را در تشخیص سردسته گروه کمک کنند اما صرف وجود

1. United States v. Piedrahita-Santiago, 931 F.2d 127 (1st Cir. 1991)

آن‌ها کافی برای احراز این عنوان نیست و شرایط دیگری که کیفیات اساسی خوانده می‌شوند، تعیین کننده هستند. ذیلاً این کیفیات اساسی را با آوردن نمونه رأی توضیح می‌دهیم.

۱.۵.۲. تحلیل کیفیات اساسی سردستگی

همانطور که ذکر شد، مشخصهٔ اساسی سردستگی، تأثیر سردسته در گروه و کنترل و سازماندهی اعضای گروه است. این کیفیت اساسی را می‌توان از چند مشخصه احراز کرد.

الف. کنترل و مدیریت بارز سایر اعضای گروه

این ویژگی در حقوق ایران با واژه‌های سازماندهی و اداره گروه مجرمانه آمده است. سازمان دهنده و مدیر یک گروه مجرمانه از قدرت بالایی در گروه برخوردار بوده و این قدرت را با اتخاذ تصمیمات کلیدی در گروه و نظارت بر سایر اعضا متجلی می‌سازد. این ویژگی به نحو بارزی از احکام دادگاه‌ها استنباط می‌شود. برای نمونه در پرونده ای دادگاه انقلاب اصفهان شخصی را به سردستگی باند سازمان یافته قاچاق مشروبات الکلی خارجی محکوم کرد. از محتویات پرونده بر می‌آید که این فرد علاوه بر ایجاد باند، کنترل دقیق بر اعضا و فعالیت‌هایشان داشته و به آن‌ها فرمان می‌داده است. دادگاه در حکم صادره خود به ماده ۲۸ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز و تبصره آن استناد کرده است.^۱ به علاوه این خصیصه در آراء محاکم آمریکا با این عبارات توصیف شده است: «یک سردسته کنترل کلی بر فعالیت‌های گروه دارد (United States v Johnson).^۲ سردسته قدرت کامل تصمیم‌گیری را در چارچوب گروه دارد (United States v Green).^۳ سردسته مستقیماً بر فعالیت‌های اعضای گروه نظارت می‌کند (United States v Bahena).^۴ همینطور با توجه به اینکه در حقوق این کشور میان سردسته و مدیر تمایز قائل‌اند، محاکم در آرای خود به این نکته اشاره کرده‌اند که «سردسته نه تنها بر اعضای گروه تأثیر می‌گذارد بلکه آن‌ها را ترغیب می‌کند که برای گروه از خودگذشتگی و ایثار نمایند (United States v Juarez).^۵ و یا «سردسته کار گروهی را به افراد گروه آموزش می‌دهد (United States v Betancourt).^۶ هر یک از عبارات ذکر شده در آرای محاکم به نوعی کنترل سردسته بر گروه و فعالیت مجرمانه را منعکس می‌نمایند.

۱. رأی شماره ۹۵۰۹۹۷۰۲۶۷۲۰۱۰۰۶ شعبه یک دادگاه انقلاب اصفهان.

2. United States v. Johnson, 906 F.2d 1285, 1291-92 (8th Cir. 1990)

3. United States v. Green, 334 F. App'x 212, 213 (11th Cir. 2009)

4. United States v. Bahena, 223 F.3d 797, 806 (8th Cir. 2000)

5. United States v. Juarez, 546 F. App'x 619, 620 (9th Cir. 2013)

6 United States v. Betancourt, 422 F.3d 240, 246 (5th Cir. 2005)



ب. تعیین اهداف و استراتژی گروه

در واقع سردسته واجد نقشی مهم در شکل‌دهی اهداف و آرمان‌های گروه و نیز ساز و کارهای به‌کارگرفته برای رسیدن به آن اهداف است. گرچه در ماده ۱۳۰ قانون مجازات و تبصره‌های آن تعریف جامعی از سردسته گروه و تصریح به شرایط اطلاق این عنوان به افراد نشده است ولی از عبارات بکار رفته در تبصره ۲ ماده ۱۳۰ برمی‌آید که سردسته باید ریاست بر گروه را برعهده داشته و گروه را اداره نماید. مسلماً لازمه تحقق اداره گروه، تعیین اهداف و آرمان‌ها و گماشتن افراد گروه به انجام کارهایی در راستای تحقق این اهداف خواهد بود. چنین مشخصه‌ای با تعابیر مختلف در آرای محاکم ایالات متحده مورد توجه قرار گرفته است: «سردسته از اوامر دیگران تبعیت نمی‌کند و بلکه خودش ابتکار عمل بخرج می‌دهد (United States v Betancourt)^۱» و «سردسته باید دستور جلسه را برای گروه تنظیم کند (United States v Wilson)^۲». سردسته ساز و کارهای اساسی را پی می‌ریزد که به‌وسیله آن‌ها گروه برای رسیدن به اهدافش تلاش می‌کند (United States v Quigley)^۳. از عبارات ذکر شده می‌توان احراز مشخصه‌های رهبری گروه را با فعالیت‌هایی همچون تعیین اهداف گروه و سازکارهای دستیابی بدان‌ها و در کل اعمال ریاست بر گروه را نشانه‌ای قوی برای تحقق عنوان سردسته و تشدید مجازات فرد دانست.

ج. مسئولیت نتایج

مدیریت سردسته با صرف وقت و انرژی بیشتر و ایفای نقش مهم‌تر در مقابل دریافت منافع بیشتر جلوه‌گر می‌شود. رویه قضایی ایران مؤید این ویژگی است. برای نمونه در یک پرونده آدم ربایی برخی از رفتارهای متهم منجر به صدور حکم سردستگی وی شد. از جمله اینکه متهم کسی بوده است که کل فرایند آدم ربایی را هدایت می‌نموده ضمن اینکه وجوهات اخاذی شده نزد وی بوده‌اند^۴. آرای محاکم آمریکا نیز متضمن این است که یکی از نشانه‌های مدیریت و کنترل سردسته بر گروه مسئولیت وی در قبال موفقیت یا شکست گروه است. در واقع آثار موفقیت یا شکست گروه بیشتر از همه متوجه سردسته می‌شود. محاکم با تعابیر مختلفی این مفهوم را ذکر کرده‌اند، برای نمونه: «سردسته مسئولیت نهایی را در قبال موفقیت گروه دارد (United States v Herrera)^۵».

1. United States v. Bennett, 291 F.3d 888, 898 (6th Cir. 2002)

2. United States v. Wilson, 185 F. App'x 6, 9 (1st Cir. 2006)

3. United States v. Quigley, 373 F.3d 133, 139 (D.C. Cir. 2004)

4. <https://www.isna.ir/news/8303-06359>

5. United States v. Herrera, 878 F.2d 997, 1000 (7th Cir. 1989)

فعالیت مجرمانه بهره مند می‌شود (United States v Rider)^۱. بدین ترتیب تحصیل بیشترین بهره از نتایج فعالیت مجرمانه از نشانه‌های سردستگی شخص قلمداد می‌شود.

د. شناخت درون گروهی

یکی دیگر از مشخصه‌های سردسته که مدیریت و کنترل وی بر گروه را منعکس می‌کند این است که سردسته توسط اعضای گروه به این عنوان شناخته می‌شود. در واقع نه تنها افراد خارج از گروه و بلکه اعضای گروه هم سردسته را با این عنوان به رسمیت می‌شناسند (United States v Hardamon)^۲. به زعم محاکم، گرچه افراد خارج از گروه ممکن است نسبت به وضعیت یک شخص در چارچوب گروه از حیث عنوان سردستگی گمراه شده و اشتباه نمایند، اعضای گروه معمولاً در این خصوص اشتباه نمی‌کنند. به دیگر بیان دادگاه‌ها به این نتیجه دست یافته‌اند که شناسایی یک فرد توسط اعضای گروه به عنوان سردسته، نشانه بارزی از وجود وضعیت سردستگی وی است (Ibid).

ه. کارکرد قانون‌گذاری و قضایی

یکی دیگر از شاخصه‌های سردسته عملکرد قانون‌گذاری و قضایی است. به تعبیر محاکم، سردسته نوعاً عملکرد قانون‌گذاری دارد و این نقش را با ترسیم اهداف گروه و تنظیم دستورالعمل‌هایی برای رسیدن به آن اهداف ایفا می‌کند. به علاوه سردسته‌ها کارکرد قضایی هم دارند. بدین ترتیب که سردسته تکالیف را به اعضا محول کرده و از کار ضعیف انتقاد می‌کند (افشاری، پیشین: ۱۴). وی قدرت عمل را در دست داشته و در مقابل تخلفات اعضا واکنش نشان می‌دهد. در این خصوص در حقوق آمریکا آمده است: «سردسته منازعات میان اعضای گروه را حل و فصل می‌کند» (Ibid) و یا «سردسته کسی است که اعضای گروه را در صورت نقض قواعد گروه مجازات می‌کند» (United States v Perez)^۳. در رأی مشابه دیگری آمده است: «سردسته نوعاً قدرت اخراج اعضا از گروه را دارد (United States v Chavez)». آرای ذکر شده قدرت قضایی را که محاکم برای سردسته به رسمیت می‌شناسند، منعکس می‌کنند. حل منازعات درون گروهی و اعمال مجازات حتی به شدیدترین شکل ممکن یعنی اخراج از گروه نمایانگر قدرت قضایی سردسته است.

1. United States v. Rider, 388 F. App'x 631, 632 (9th Cir. 2010)

2. United States v. Hardamon, 188 F.3d 843, 851 (7th Cir. 1999)

3. United States v. Rider, 388 F. App'x 631, 632 (9th Cir. 2010), United States v. Hardamon, 188 F.3d 843, 851 (7th Cir. 1999), United States v. Perez, 38 F. App'x 381, 384 (9th Cir. 2002)



آنچه که از کیفیات اساسی سردستگی مذکور در آراء استنباط می‌شود قدرت برتر سردسته در گروه است. در واقع می‌توان گفت که از منظر محاکم امریکا، گروه مجرمانه دقیقاً معادل یک جامعه کوچک بشمار می‌آید که رهبر یا رهبرانی اداره آن را بر عهده دارند و به نوعی فعالیت‌های حاکمیتی همچون قانونگذاری، قضاوت، تعیین اهداف و آرمان‌ها و ساز و کارهای تحقق آن‌ها، بهره‌گیری عمده از منافع تحصیل شده و کنترل و سازماندهی گروه را در انحصار خود دارند. چنین ویژگی‌هایی است که فرد را مستحق عنوان سردسته یا رهبر گروه مجرمانه و سزاوار تشدید مجازات می‌سازد. در حقوق ما قانونگذار مفهوم سردستگی را با ارتکاب رفتارهایی همچون تشکیل، طراحی، سازماندهی و اداره گروه مجرمانه محقق می‌داند. بر همین اساس بنظر می‌رسد که مفهوم سردستگی در حقوق ما گسترده‌تر از حقوق ایالات متحده است. چرا که با تحقق هر یک از رفتارهای چهارگانه ذکر شده، مرتکب به عنوان سردسته قابل مجازات است. به عنوان مثال صرف تشکیل گروه مجرمانه یا طراحی آن نیز می‌تواند موجب اطلاق عنوان سردستگی به فرد شود گرچه مرتکب این رفتارها گروه مجرمانه را اداره نکرده باشد. این تفاوت ریشه در تفکیکی دارد که در حقوق امریکا میان سردسته و بانی با مدیر و سرپرست فعالیت مجرمانه قائل‌اند و بانی و سردسته گروه مجرمانه را قانوناً مستحق تشدید مجازات بیشتری می‌دانند. در عین حال می‌توان گفت که در حقوق ما نیز احراز کیفیات اساسی همچون تعیین اهداف و آرمان‌های گروه و خط و مشی‌ها و راههای رسیدن به آن‌ها، بردن سهم زیاد از منافع مجرمانه، قدرت جذب و اخراج اعضای گروه می‌توانند نشانه سردستگی فرد بوده و به نوعی تداعی بیرونی «اداره» یا «سازماندهی» گروه مجرمانه باشند.

نتیجه‌گیری

ارتکاب جرم به عنوان یک رفتار ضد اجتماعی همانند سایر رفتارها و فعالیت‌های انسانی تحت تأثیر شرایط و امکانات موجود در اجتماع قرار می‌گیرد. آنچه مشهود است این که شرایط زندگی اجتماعی امروز، مجرمین را به سمت ارتکاب گروهی و سازمان یافته جرم سوق داده است. راهکاری که هم موفقیت آن‌ها در رسیدن به اهداف و آماجشان را سهل تر کرده و هم مقابله دستگاه پلیسی و قضایی با آن‌ها را سخت تر نموده است. به طور معمول، گروه‌هایی که برای ارتکاب جرم تشکیل می‌شوند نیازمند سازماندهی، انسجام و تقسیم فعالیت هستند که این امور توسط فرد یا افرادی که سردستگی گروه را بر عهده دارند انجام می‌پذیرد. سردستگی به عنوان یک کیفیت مشدده در ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی و تبصره‌های این ماده پیش بینی شده است و گرچه قانونگذار در تبصره ۲ سردستگی را تشکیل، طراحی، سازماندهی یا اداره گروه مجرمانه می‌داند، شرایط اطلاق

این عنوان در قانون روشن نشده و مسلماً محاکم در عمل با ابهامات و سؤالات بسیاری مواجه خواهند شد. اهمیت این مسأله بخصوص با توجه به تعیین حداکثر مجازات شدیدترین جرم ارتكابی توسط اعضای گروه در راستای اهداف آن برای سردسته بیشتر احساس می‌گردد. بررسی تطبیقی موضوع در حقوق ایالات متحده و با توجه به اهمیت رویه قضایی در حقوق این کشور می‌تواند زوایای مبهم مسأله را آشکار کرده و چشم انداز روشنی در حقوق داخلی بگشاید. در آمریکا سردستگی به عنوان یک کیفیت مشدده در قانون جامع کنترل جرم ۱۹۸۴ و دستورالعمل مجازات فدرال که توسط کمیسیون مجازات ایالات متحده و پس از بررسی گسترده آراء محاکم تهیه شد، پیش بینی شده است. مسلماً قانون کلی بوده و محاکم در عمل در احراز عنوان سردستگی با سؤال مواجه می‌شدند. مطالعه رویه قضایی این کشور نشان می‌دهد وجود کیفیاتی اساسی برای اعمال تشدید مجازات به عنوان سردسته ضروری است. این کیفیات متضمن مواردی همچون کنترل سردسته بر اعضای گروه، سازماندهی گروه و فعالیت‌های آن و نیز مسئولیت وی در قبال رفتارهای اعضا است. بررسی بیشتر ما را به این سمت رهنمون می‌شود که از منظر محاکم اعمال کیفیت مشدده سردستگی مستلزم احراز قدرت برتر سردسته بر گروه و اعضای آن است که خود را در قالب رفتارهای حاکمیتی همچون وضع قانون و ترسیم راهکارهای دسترسی به اهداف گروه، قضاوت و اعمال مجازات بر افراد خاطی، بهره گیری از بیشترین منافع تحصیل شده در گروه و ... جلوه گر می‌سازد. ضمن اینکه کنترل بر اموال گروه به تنهایی برای تحقق این عنوان کافی نیست. گرچه با توجه به تفکیک میان سردسته و مدیر در حقوق این کشور، می‌تواند عنوان مدیر را محقق سازد. در حقوق ایران قانونگذار، سردستگی را با صدق هر یک از رفتارهای تشکیل، طراحی، سازماندهی و یا اداره گروه مجرمانه محقق می‌داند. رفتارهای موجب تحقق این عنوان همگی به نوعی حاکی از قدرت مرتکب و خلاقیت وی در تشکیل و طراحی گروه و تعیین اهداف و راههای رسیدن بدان‌ها در سازماندهی و اداره گروه مجرمانه است. بر این اساس می‌توان گفت در حقوق ایران ارتكاب هر یک از رفتارهای فوق، مرتکب را مستحق عنوان سردستگی ساخته و زمینه ساز تشدید مجازات وی خواهد شد. بدین ترتیب می‌توان گفت رویکرد حقوق ایران در خصوص سردستگی سختگیرانه تر بوده و قانون‌گذار تفکیکی میان رفتارهای مختلف قائل نشده و نیز تعداد اعضای گروه را ملاکی برای میزان تشدید مجازات ندانسته است.



منابع

- اردبیلی، محمد علی (۱۳۹۳)، **حقوق جزای عمومی**، جلد سوم، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- ابراهیمی، شهرام (۱۳۹۶)، «مطالعه جرم شناختی جرائم سازمان یافته»، **حج اندیشه** (هم افزایی فقه و حقوق در تحقق عدالت و تعالی انسان)، قم: انتشارات دانشگاه مفید، ص ۶۷۰-۶۵۳.
- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۲)، **حقوق جزای عمومی**، جلد دوم، ویراست دوم، چاپ ۳۰، تهران: نشر میزان.
- افشاری، فاطمه (۱۳۹۳-۱۳۹۲)، «سردستگی گروه مجرمانه سازمان یافته»، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شیراز.
- بیابانی، غلامحسین (۱۳۸۷)، «جرائم سازمان یافته و چالش‌های آینده»، **نشریه کارآگاه**، دوره دوم، سال دوم، شماره ۵، ص ۱۰۰-۶۸.
- حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۹۵)، «شرکت در جرم در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، **مجله حقوق اسلامی**، سال ۱۳، شماره ۵۰، ص ۳۵-۷.
- شمس ناتری، محمد ابراهیم (۱۳۸۰)، «بررسی سیاست کیفری ایران در قبال جرائم سازمان یافته با رویکرد به حقوق جزای بین‌المللی»، رساله دکتری، دانشگاه تربیت مدرس.
- شمس ناتری، محمد ابراهیم (۱۳۸۳)، «جرائم سازمان یافته»، **مجله فقه و حقوق**، سال اول، شماره ۱، ص ۱۳۰-۱۰۹.
- عدالتخواه، محمدرضا (۱۳۹۲)، **مبسوط قانون مجازات اسلامی**، جلد اول، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.
- کی نیا، محمد (۱۳۷۴)، **روانشناسی جنائی**، تهران: انتشارات رشد.
- محمدی، قاسم و عباس زاده امیرآبادی، احسان (۱۳۹۴)، «رویکرد جرم شناختی به مقوله مشارکت جنائی»، **مجله پژوهش حقوق کیفری**، دوره چهارم، شماره دوازدهم، ص ۱۴۵-۱۲۵.
- میرکمالی، سید علیرضا و عباس زاده امیرآبادی، احسان (۱۳۹۲)، «نقش اسناد هویتی در پیشگیری از جرائم سازمان یافته»، **مجله آموزه‌های حقوق کیفری**، شماره ۷، ص ۲۰۲-۱۷۷.
- میلانی، علیرضا و باقری، نفیسه، شیرازی مقدم، محمدمهدی (۱۳۹۵)، «عملکرد نظام حقوقی ایران در مواجهه با جرائم سازمان یافته»، **فصلنامه مطالعات علوم اجتماعی**، دوره ۲، شماره ۱، ص ۱-۱۱.

An Overview of the United States Sentencing Commission, U.S. Sentencing Comm'n, http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/about/overview/USSC_Overview.pdf2- American Law Reports. Fed.2d, 2010



- Convention against Transnational Organized Crimes, 2000, Art 2
- Cressy, Donald, R. (1969), **Theft of the Nation: The Structure and Operations of Organized Crime in America**, New York & Albanese, Jay S. (1989), **Organized Crime in America**, 2nd ed, Ohio, Cincinnati.
- Stith, Kate & Koh, Steve Y. (1993), The Politics of Sentencing Reform: The Legislative History of the Federal Sentencing Guidelines, "28 **Wake Forest Law Review**", P. 223- 280.
- Reilly, E.F. (1997), History of the United States Parole Commission, 9 **Security Journal**, p. 49-54.
- Scordato, Marin Roger (2015), A Legal Definition of Leadership: Understanding § 3B1.1 of the Federal Sentencing Guidelines, **Lewis & Clark L. Rev.** Volume 19, Number 4, p. 1061-1081.
- The Sentencing Reform Act of 1984.
- U.S. Sentencing Comm'n (2012), Other Stakeholders' Views on Sentencing Reform, in Report on the Continuing Impact of United States v. Booker on Federal Sentencing pt. F.
- <https://www.isna.ir/news/8303-06359>
- <https://www.isna.ir/news/97052815046>



مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در نظام کیفری ایران و آلمان

دکتر منصور رحمدل^۱ ✉

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۳/۲۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۷/۱۲

چکیده

بحث ارتکاب جرم توسط اشخاص حقوقی، از دیرباز در حقوق کیفری از مسائل بحث برانگیز بوده است. قانون‌گذار ایران نیز، تا سال ۱۳۹۲ به‌طور کلی به جرم‌انگاری اعمال ارتكابی توسط اشخاص حقوقی نپرداخته بود ولی قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در ماده ۱۴۳ خود به جرم‌انگاری اعمال ارتكابی توسط شخص حقوقی پرداخته است. باوجود ارتباط تنگاتنگ فعالیت اشخاص حقوقی با زندگی افراد در کشورهای پیشرفته، بخصوص آلمان، در این کشور قانون صریحی در مورد مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی وجود ندارد و مقامات از برخی اختیارات برای اعمال ضمانت اجرا بر اشخاص حقوقی برخوردار هستند. برای فائق آمدن بر این مشکل در سال ۲۰۱۳ پیش نویس قانون مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی تهیه شده، ولی هنوز به شکل قانون در نیامده است. برای روشن شدن وضعیت مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در ایران و آلمان به مطالعه تطبیقی دو نظام کیفری ایران و آلمان می‌پردازیم. روش تحقیق از نوع تحلیلی خواهد بود.

واژگان کلیدی: مسئولیت کیفری، اشخاص حقوقی، نظام کیفری ایران، نظام کیفری آلمان

مقدمه

قانون گذار تا قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی سال ۹۲ به صراحت به عنوان یک قاعده کلی به مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی اشاره نکرده بود، با این حال، رگه‌هایی از مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق کیفری ایران را می‌توان در قوانین متفرقه پیدا نمود. دلیل عدم اشاره مشخص قانون گذار را می‌توان در لزوم وجود عناصر سه‌گانه تشکیل دهنده جرم برای تحقق جرم و فقدان نظام ضمانت اجراهای همسو با ماهیت اشخاص حقوقی و تردید در تأمین هدف های حقوق کیفری به‌ویژه هدف اصلاحی مجازات‌ها جستجو نمود. قانون گذار به تبعیت از قواعد سنتی و با جاری ساختن اصل عمدی بودن جرائم نوعاً به مسئولیت کیفری اشخاص حقیقی می‌پردازد و به همین اعتبار از لزوم وجود عمد و آگاهی برای تحقق جرم صحبت می‌کند. قانون گذار تنها شهروندان دارای قوه متفکره را به خاطر نقض قواعد کیفری قابل سرزنش و اساساً اشخاص فاقد قوه متفکره را از شمول مسئولیت کیفری خارج می‌داند و به همین اعتبار جنون و صغر را مانع مسئولیت کیفری تلقی می‌کند، هر چند عمل ارتكابی توسط آنان را جرم تلقی می‌کند (دکتر علی آزمایش، تقریرات درس حقوق کیفری عمومی، ۸۶-۸۵).

در مورد ماهیت اشخاص حقوقی چهار نظریه معروف مجازی، نظریه امتیاز، نظریه مالکیت اعتباری و نظریه تعلق اموال شخص حقوقی به اشخاص حقیقی تشکیل دهنده آن ارائه شده و به اعتبار عدم وجود واقعی شخص حقوقی و این که اشخاص مزبور نمی‌توانند موضوع حق و تکلیف قرار گیرند و شخصیت فقط ناشر به اشخاص حقیقی است و قانون گذار فقط از باب امتیازی که برای اشخاص حقوقی قائل شده لفظ شخصیت را در مورد آنان به کار می‌رود و تنها انسان می‌تواند صاحب حق شود با فرض مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی مخالفت کرده‌اند. ولی نظریه واقعی یا ارگانیک برای اشخاص حقوقی وجودی واقعی قائل است و بر این اعتقاد است که ماهیت وجودی اشخاص حقوقی وابسته به شناسایی آن‌ها از طرف دولت نیست و شخصیت اشخاص حقوقی مجازی نیست و واقعیت دارد و به اعتبار عامل دیگری موجودیت پیدا نمی‌کند (صانعی، ۱۳۸۳: ۵۹۸-۵۹۶). احتمالاً قانونگذار آلمان نیز به تأسی از نظریه مخالفان تاکنون از به رسمیت شناختن مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی خودداری کرده است ولی قانون گذار ایران با پذیرش فرض عنصر روانی نیابتی برای آنان مسئولیت کیفری پیش بینی کرده است. به تعبیر برخی «مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی پس از سال‌ها جدال فکری بین طرفداران و مخالفان، متأثر از دیدگاه جرم‌شناسان اثبات‌گرا، مورد قبول واقع شده است» (فرج‌اللهی، ۱۳۹۳: ۴۴۱).

فارغ از حکم قانون نیز باید گفت امکان وجود عنصر روانی، صرف نظر از این که در قالب عمد یا غیر عمد باشد، در شخص حقوقی وجود ندارد و پیش‌بینی مسئولیت کیفری برای اشخاص مزبور

نیز ماهیت امر را تغییر نمی‌دهد. به عبارت دیگر، این که قانون‌گذار قبلاً برای اشخاص حقوقی مسئولیت کیفری پیش‌بینی نکرده بوده ولی در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی سال ۹۲ بالصراحه به این مطلب پرداخته است به این معنی نیست که در دوره جدید قانون‌گذاری، قانون‌گذار به این نتیجه رسیده است که اشخاص حقوقی هم می‌توانند دارای عنصر روانی باشند، بلکه واقعیات زندگی اجتماعی به تدریج قانون‌گذار را به این مسیر رهنمون ساخته است که در دنیای امروزی اشخاص حقوقی، که بر تمامی جنبه‌های زندگی انسانی سیطره انداخته‌اند، باید در قبال منافعی که تحصیل می‌نمایند یا در برابر اعمالی که به قصد تحصیل منفعت انجام می‌دهند مسئولیت نیز داشته باشند و فرض عدم مسئولیت آنان با واقعیات زندگی اجتماعی امروزی مطابقت ندارد. اگر قرار است شخص حقوقی در جامعه از حقوقی برخوردار باشد^۱ بعد دیگر این امر داشتن مسئولیت است و قانون‌گذار نیز با لحاظ همین واقعیات اجتماعی و حقوقی در قانون مجازات اسلامی سال ۹۲ برای آنان مسئولیت کیفری پیش‌بینی نموده است و مسئله عنصر روانی را نیز نه ناظر به خود شخص حقوقی، بلکه ناظر به گردانندگان شخص مزبور به عنوان قوه متفکره شخص حقوقی دانسته و به اعتبار مزبور هم برای شخص حقیقی و هم برای شخص حقوقی مسئولیت کیفری پیش‌بینی و در قسمت اخیر مواد ۲۲۰ و ۳۱۴۳ به این مطلب تصریح نموده است. به این اعتبار می‌توان گفت «علت اصلی تحمیل مسئولیت نیابتی به اشخاص، اعم از حقیقی و حقوقی، وظیفه محتوم آنان در اعمال نظارت بر عوامل خود و پیشگیری از رخدادهای ناگوار و حوادث تلخ است. حال اگر بین تقصیر این اشخاص در انجام وظایف نظارتی و هدایتی و انجام تخلف از سوی نماینده، رابطه سببیت برقرار باشد، از عنصر روانی لازم برای سرزنش شدن برخوردار خواهند بود (شریفی - حبیب زاده - عیسایی تفرشی - فرجی‌ها، ۱۳۹۲: ۶۳) به همین اعتبار شعبه ۱۰۳۳ دادگاه کیفری تهران در پرونده‌ای مدیر عامل شرکت بهکار انجام و دانشکده داروسازی دانشگاه علوم پزشکی شهید بهشتی را به اعتبار تقصیر مربوط به عدم نصب چراغ روشنایی در مسیر عبور دریچه مجرای فاضلاب که به واسطه آن شاکی در دریچه مزبور افتاده و مصدوم شده است را به استناد گواهی گواهان، نظریه پزشکی قانونی، گزارش کارشناسان رسمی دادگستری و جواز تردد شاکی در محل و عدم نصب

۱. طبق ماده ۵۸۸ قانون تجارت «شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است مگر حقوق و وظائفی که بالطبع فقط انسان ممکن است دارای آن باشد مانند حقوق و وظائف ابوت - بنوت و امثال ذلک.»

۲. در صورتی که شخص حقوقی براساس ماده (۱۴۳) این قانون مسؤول شناخته شود، این امر مانع از مجازات شخص حقیقی نیست.

۳. مسؤولیت کیفری اشخاص حقوقی مانع مسؤولیت اشخاص حقیقی مرتکب جرم نیست.

چراغ روشنایی مقصر تلقی و هر کدام از آنان را به مقدار ۴۰٪ مسئول پرداخت دیه و آرش متعلقه بر شاکی دانسته و حکم بر محکومیت آنان صادر کرده است.

فرض مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی نوعی اهمیت دادن به حقوق شهروندان در مقابل استیلای اشخاص حقوقی بر زندگی شهروندان به اعتبار نیاز آنان به عملکرد اشخاص مزبور است. به ان اعتبار می‌توان گفت «مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی قادر به انعکاس ارزش حیات بشر و پیشگیری از قتل و صدمات بدنی توسط اشخاص حقوقی از طریق مجازات آنان است» (حسنی، ۱۳۹۰: ۱۲۰).

«مفهوم مسئولیت محدود اشخاص حقوقی ممکن است به‌عنوان یک روش نسبتاً جدید در مقایسه با قوانین سنتی موجود مورد پذیرش قرار گیرد. تازگی آن از این جهت است که باتوجه به تغییرات متعددی که اشخاص حقوقی از حیث نوع نقش ایفا شده در جامعه پیدا می‌کنند در زندگی روزمره ما مفهوم جدیدی پیدا کرده‌اند. به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم ما سهامداران اشخاص حقوقی شده‌ایم. زیان‌های ناشی از فعالیت‌هایی که اشخاص حقوقی ایجاد می‌کنند می‌توانند آثار بسیار بزرگی به دنبال داشته باشد.»

(CORPORATE CRIMINAL LIABILITY INTERNATIONAL PERSPECTIVE, shodhganga.inflibnet.ac.in/bitstream/10603/107447/11/11_chapter%204.pdf)

در ارتباط با ایراد عدم امکان پیش‌بینی مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی باید گفت اساساً قرار نیست که شرائط مسئولیت کیفری در مورد اشخاص حقوقی و نیز ضمانت اجرای قابل اعمال در مورد آنان دقیقاً مشابه شرائطی باشد که برای اشخاص حقیقی مقرر است. بنابه جهات مزبور، قانون مجازات اسلامی بنای جرم‌انگاری برای اشخاص حقوقی را اتخاذ تصمیم از طرف نماینده شخص حقوقی برای شخص حقوقی قرار داده و به این اعتبار می‌توان گفت عنصر روانی و مادی شخص حقیقی تصمیم گیر از جانب شخص حقوقی را مستوجب دو نوع مسئولیت کیفری دانسته است. در واقع «با توجه به این که به موجب ماده ۵۸۹ قانون تجارت، تصمیم گیرنده شخص حقوقی، اشخاص حقیقی تصمیم گیرنده برای آن هستند مجازات واقعی متوجه آن‌ها می‌شود» (سلطانی، ۱۳۹۱: ۲۹).

این بحث نه تنها در حقوق ایران بلکه در حقوق کشورهای دیگر از جمله آلمان نیز مطرح بوده و هر چند در نظام حقوقی آلمان هنوز قانونی که به صراحت به مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی اشاره نموده باشد وجود ندارد و «حقوق کیفری آلمان در مقابل فرض مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی مقاومت کرده است.» (Mehta, 2009: 21) ولی این امر به معنی عدم طرح بحث مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی یا عدم پیش‌بینی مجازات برای اشخاص مزبور نیست و نظام حقوق کیفری



آلمان در قالب قانون جرائم اداری^۱ اقدام به تحمیل مجازات از نوع جزای نقدی به مجازات اشخاص حقوقی و مصادره سود حاصل از فعالیت مجرمانه می‌پردازد و به لحاظ ارتباط گسترده تجاری بین ایران و آلمان بررسی وضعیت در دو کشور مزبور حائز اهمیت است.

در سال ۲۰۱۳ وزیر دادگستری ایالت «وست فالی ای راین شمالی»^۲ بنام «توماس کوت شانی»^۳ اولین پیش‌نویس قانون مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی^۴ آلمان را ارائه نمود. از آن زمان، اگرچه نیاز به وجود قانون مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در آلمان به نحو فشرده‌ای مورد بحث قرار گرفته، ولی هنوز قانون مزبور به تصویب نرسیده است. در مقابل، تقریباً همه دیگر دولت‌های عضو اتحادیه اروپا، همینطور سوئیس و نروژ، دارای قوانین مربوط به مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی هستند. با اینحال، متعاقب وقایع متعددی که طی سال‌های اخیر اتفاق افتاده است، از جمله رسوایی اخیر فولکس واگن در تولید اتومبیل‌های با موتور دیزلی با تزریق مستقیم توربو شارژ^۵ که با هدف فعال سازی برخی کنترل‌های مربوط به رها سازی گاز صورت گرفته بود^۶ و تلاش ناموفق پورشه در برعهده گرفتن مسئولیت کنترل شرکت فولکس واگن در سال ۲۰۰۸، که در هر دو مورد روشن نبود که آیا می‌توان برای اشخاص مسئولیت کیفری در نظر گرفته و در صورت مثبت بودن پاسخ محدوده آن چقدر می‌باشد، بحث دوباره به‌طور کامل جریان پیدا کرده است. اکنون، این بحث مطرح است که آیا پیش‌بینی حکم کلی در مورد مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در ایران درست بوده و می‌تواند در زمینه بازداشتن اشخاص حقوقی از ارتکاب جرم مؤثر باشد؟ تصویب قانون مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در آلمان می‌تواند به مبارزه با جرائم اشخاص حقوقی و جرائم یقه سفید از بعد چشم‌انداز پیشگیری کمک نماید و جنبه بازدارندگی داشته باشد؟ آیا شرط محکومیت شخص حقوقی محکومیت شخص حقیقی است؟ شخص حقوقی در مقام دفاع چه دفاعی را می‌تواند ارائه نماید؟ به نظر می‌رسد با توجه به رشد روز افزون فعالیت اشخاص حقوقی در جامعه و ارتباط تنگاتنگ آن با زندگی افراد پیش بینی ضمانت اجراهای جزایی در این زمینه می‌تواند مؤثر واقع شود. هرچند در کتب حقوق کیفری عمومی کلیاتی به اختصار در مورد مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی نگاشته شده است ولی مقاله حاضر را می‌توان در نوع خود اولین مقاله‌ای تلقی کرد که

1. Ordnungswidrigkeitengesetz

2. North Rhine Westphalia

3. Thomas Kutschat

4. Verbandsstrafgesetzbuch

5. turbocharged direct injection (TDI) diesel engines

۶. شرکت فولکس واگن یک نرم افزار در بعضی مدل‌های دیزلی نصب کرده بود که در هنگام ایستایی مقداری کمتر از حد متوسط گاز منواکسید کربن خارج شود که در اندازه گیری تأثیر داشته باشد و کمتر نشان دهد ولی در هنگام حرکت مقدار زیادتری خارج شود. این یک تقلب بود و بخاطر این تقلب فولکس واگن میلیاردها دلار جریمه داد.

باتوجه به جهات مختلف بحث به بررسی ابعاد مختلف مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در ایران و آلمان می‌پردازد و تطبیق آن با نظام کیفری آلمان می‌تواند به غنای بحث بیافزاید. برای بررسی دقیق تر موضوع، شرایط مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را در ایران و آلمان مورد بررسی قرار می‌دهیم.

الف) مفهوم مسئولیت کیفری

برای تبیین بهتر مطلب لازم است مسائل مربوط به مسئولیت کیفری را به تفصیل در مورد اشخاص حقیقی و حقوقی بررسی کنیم.

۱- در مورد اشخاص حقیقی

مسئولیت کیفری را به «الزام شخص به پاسخ‌گویی در مقابل عمل مجرمانه» تعبیر می‌کنند (باهری، ۱۳۹۴: ۱۳۵). این تعریف مورد انتقاد قرار گرفته است. مبنای انتقاد این است که «الزام در صورتی معنی دارد که شخص قادر به پاسخ‌گویی باشد و در موردی که شخص قادر به پاسخ‌گویی نباشد صحبت کردن از الزام فاقد توجیه است به این اعتبار مسئولیت کیفری عبارت است از توانایی شخص به پاسخ‌گویی در مقابل عمل مجرمانه.» (آزمایش، تقریرات درس حقوق کیفری عمومی، ۱۳۷۸-۱۳۷۷) با این کیفیت می‌توان گفت چون مسئولیت کیفری ناظر به افرادی است که توانایی پاسخ‌گویی در مقابل عمل مجرمانه را داشته باشند می‌توان آن را به توانایی و الزام به پاسخ‌گویی در مقابل عمل مجرمانه تعبیر نمود. بدین توضیح که بعد از احراز توانایی، شخص ملزم به پاسخ‌گویی است. به نظر برخی «منظور از این تعریف آن است که شخص برخوردار از نوعی وضعیت و صفتی خاص است که به موجب آن قابلیت می‌یابد تا بار تبعات جزایی رفتار مجرمانه خود را تحمل کند» (میرسعیدی، ۱۳۸۳: ۲۳).

«چند دهه گذشته شاهد تغییر قابل توجهی در مورد شیوه فهم مسئولیت و تحقیق در مورد آن بوده است. به جای تمرکز بر آنچه که به نحو انحصاری مسئول بودن تلقی می‌شود، نظریه پردازان اخلاقی و حقوقی به نحو فزاینده‌ای به آنچه که انسان را مسئول می‌سازد علاقه مند شده‌اند.» (Watkins, 2006, 593-608) در حقوق آمریکا اعتقاد بر این است که «بین مسئولیت کیفری و اهلیت شخص برای حضور در فرایند عدالت کیفری تفاوت مفهومی وجود دارد. اهلیت فقط به توانایی فعلی متهم به دفاع و فهم فرایندی که وی درگیر آن است یا مجازات اشاره دارد، در حالی که مسئولیت کیفری فقط به حالت ذهنی مرتکب در زمان ارتکاب جرم اشاره دارد. از این رو ممکن است



شخصی از اهلیت لازم برای حضور در محاکمه برخوردار باشد ولی از نظر کیفری مسئول شناخته نشود.» (Podger & Henning & Tasliz & Garcia, 2013, 452)

مسئولیت کیفری هم از حیث مبانی و هم از حیث ارکان با مسئولیت مدنی و انتظامی متفاوت است و «تفاوت آن‌ها در این است که در مسئولیت مدنی نیازی به احراز عمد مرتکب نیست» (Laing, 1994: 57-80) هر چند در حقوق کیفری نیز در برخی موارد قانون‌گذار استثنائاً برخی اعمال غیرعمدی را جرم تلقی کرده ولی با لحاظ اصل عمدی بودن جرائم، اعمال تنها در صورتی جرم هستند که عمداً ارتکاب یافته باشند و هرگونه ایراد خسارت اعم از عمدی و غیرعمدی موجب مسئولیت است. در مسئولیت کیفری ضمانت اجرا صبغه اخلاقی دارد و از اوصاف و ویژگی‌های آن می‌توان به رسوا کنندگی، انتقام جویی و زجرآوری اشاره نمود ولی در مسئولیت مدنی شخص ملزم به ایفای تعهد یا جبران خسارت یا عدم انجام امری می‌شود و ضمانت اجرای انتظامی نیز ناظر به تنبیهات اداری شامل منع از ارتقای درجه یا پایه یا گروه یا تنزیل آن‌ها و انفصال موقت یا دائم یا کسر حقوق است.

مسئولیت کیفری شرط تحمیل مجازات است و بدون احراز آن نمی‌توان کسی را به مجازات محکوم نمود. ماده ۱۵ قانون جزای آلمان نیز قصد را یکی از مبانی مسئولیت کیفری تلقی و مقرر داشته «جز در مواردی که قانون صراحتاً مسامحه را به‌عنوان مبنای مسئولیت کیفری تلقی کرده است، تنها رفتار عمدی می‌تواند موجب مسئولیت کیفری شود.» چون فرض بر این است که فقط رفتار عمدی می‌تواند به نظم عمومی جامعه که مبنای جرم انگاری اعمال است صدمه وارد کند. در آلمان نیز «اصل تقصیر»^۱ از طرف دادگاه قانون اساسی به‌عنوان اصل اساسی مسئولیت کیفری تلقی شده است.» (Esakov: 2010, 173-192) و به همین اعتبار است که «در آلمان فقط اشخاص حقیقی از نظر کیفری مسئول شناخته می‌شوند.» (Beck, 2010: 1093-113)

۲- در مورد اشخاص حقوقی

قانون جزای آلمان در مورد اشخاص حقوقی به مسئولیت کیفری اشاره‌ای نکرده و فقط قانون جرائم اداری اجازه تحمیل جزای نقدی در مورد اشخاص حقوقی را داده است. از جهت مبانی مسئولیت کیفری نیز تفاوتی بین نظام حقوقی دو کشور ایران و آلمان مشاهده نمی‌شود و تفاوت فقط در مورد سن شروع مسئولیت کیفری است که طبق ماده ۱۹ قانون جزای آلمان کودکان زیر ۱۴ سال از مسئولیت کیفری مبرا هستند. ناگفته پیداست که قصد یا مسامحه فقط ناظر به اشخاص حقیقی است و در مورد اشخاص حقوقی نمی‌توان از چنین مفاهیمی استفاده نمود و «اشخاص حقوقی نمی‌توانند

1. Schuldprinzip

قصد و اراده‌ای مستقل از قصد و اراده افراد و اعضاء خود داشته باشند.» (صانعی، ۱۳۸۲: ۵۹۹). ولی به نظر می‌رسد این سخن، مربوط به زمانی بود که اشخاص حقوقی موجوده‌هایی انتزاعی شناخته می‌شدند و ارتکاب رکن‌های مادی و روانی جرم از سوی آن‌ها نا ممکن می‌نمود. اما امروز، این اشخاص، موجوده‌هایی واقعی تلقی، و برپایه ساز و کارهای مختلفی توان‌مند به ارتکاب جرم‌های عمدی و غیر عمدی‌اند. مسئولیت سازمانی که مورد اقبال نظام‌های حقوقی امروزین قرار گرفته، این امکان را فراهم ساخته، تا اشخاص حقوقی مستقل از اعضای خود، قصد و اراده داشته باشند.

در سال ۲۰۰۰ کمیسیون اصلاح قوانین آلمان مسئول ارزیابی ضرورت مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در آلمان شد و اعلام داشت که هیچ‌گونه مقررات فراملی که بر اساس آن تصویب چنین قوانینی الزامی باشد وجود ندارد. مخالفین ایجاد مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی در مورد ضرورت چنین مسئولیتی تردید دارند. به نظر خیلی از مخالفین، پیشگیری از بزهکاری اشخاص حقوقی در هر موردی امکان پذیر نیست. به نظر این دسته، ضمانت اجرای لازم برای تخلفات صورت گرفته از طرف اشخاص حقوقی یا اعضای آن‌ها در حقوق آلمان و اساساً در قانون جرائم اداری وجود دارد و هرگونه نقضی را می‌توان با اصلاح یا تغییر قانون مزبور برطرف نمود. به‌علاوه، پیشگیری از جرائم اشخاص حقوقی با مصادره، نه فقط سود خالص بلکه، کل درآمد ناخالص^۱ حاصل از تخلف امکان پذیر است.

در مقابل، طرفداران مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی استدلال می‌کنند که تحمیل ضمانت اجراهای کیفری در اشخاص حقوقی (به جای جرمه‌های اداری) می‌تواند آثار بازدارندگی مثبت‌تری داشته باشد. استدلال دیگری که در راستای مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی صورت می‌گیرد آن است که به موجب حقوق آلمان مسئولیت یک شخص حقیقی به موقعیت اقتصادی وی بستگی دارد. استدلال طرفداران مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی آن است که در بیشتر موارد مجازات هیچ ارتباطی با امتیاز اقتصادی کسب شده توسط شخص حقوقی منتفع از جرم یا اقدام مربوطه ندارد. این امر در مورد شخص حقیقی محکوم به زندان بیشتر صدق می‌کند، چون نمی‌توان زندان را با جرمه تحمیل شده به شخص حقوقی مقایسه نمود.

(Jamie Nowak, Corporate criminal liability in Germany, <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/138883/corporate-criminal-liability-in-germany>.)

همچنان که گفته شد، قانون‌گذار ایران تا سال ۱۳۹۲ که در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی به بیان حکم کلی در مورد مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی پرداخت فقط به‌صورت موردی به مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی پرداخته بود. به نظر برخی از حقوقدانان «طبع فرد مدارانه قوانین

1. Brutttoprinzip



کیفری مانع از آن بوده است که تکالیف مقرر در قانون به گروه یا جمع واحدی تسری پیدا کند» (اردبیلی، ۱۳۹۴: ۲۹). با اینحال، در برخی موارد به مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی اشاره شده بود.^۱

در برخی موارد نیز علی رغم تصریح به اشخاص حقوقی، مسئولیت متوجه نماینده شخص حقوقی شده است. اهم قوانین قبل و بعد از انقلاب که در آنها مسئولیت و کیفر جرائم اشخاص حقوقی متوجه اشخاص حقیقی شده است. از جمله آنها مواد ۱۹ و ۲۰ قانون جرائم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ و ماده ۶۷ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب سال ۱۳۹۲ است. در قانون مجازات اسلامی سال ۹۲ قانون‌گذار رویکرد خود را تغییر داده و در ماده ۱۴۳ مشخصاً به عنوان یک قاعده کلی به مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی و نیز مسئولیت کیفری اشخاص حقیقی اداره کننده شخص حقوقی تصریح نموده است. به این ترتیب قانون‌گذار بر این نظر که شخص حقوقی نمی‌تواند مرتکب جرم شود خط بطلان کشیده است. طبق ماده مزبور «در مسئولیت کیفری اصل بر مسئولیت شخص حقیقی است و شخص حقوقی در صورتی دارای مسئولیت کیفری است که نماینده قانونی شخص حقوقی به نام یا در راستای منافع آن مرتکب جرمی شود. مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی مانع مسئولیت اشخاص حقیقی مرتکب جرم نیست.» بر این اساس قانون‌گذار دو شرط را برای احراز انتساب عمل به شخص حقوقی و مسئولیت کیفری آن مورد توجه قرار داده است:

الف) نماینده قانونی شخص حقوقی به نام شخص حقوقی مرتکب جرم شود.

منظور از نماینده قانونی شخص یا اشخاصی هستند که مسئولیت اداره شخص حقوقی را بر عهده دارند. بنابراین، مدیری که فاقد اختیار تصمیم‌گیری باشد و بازرس و ناظر شرکت نمی‌توانند برای

۱. ۱- طبق ماده ۱۵۴ قانون مالیات‌های مستقیم «هر شخص حقیقی یا حقوقی که به موجب این قانون مکلف به وصول و ایصال مالیات مودیان دیگر می‌باشد در صورت تخلف از انجام وظایف مقرر به مؤدی متضامناً مسئول پرداخت مالیات و زیان دیکرد متعلق بوده و مشمول جریمه مقرر نیز خواهد بود.»

۲- قانون تجارت در بعضی از مواد خود از مجازات شرکت‌ها نام برده است. چنانچه در ماده ۲۲۰ ق مزبور از محکومیت شرکت به جزای نقدی صحبت شده است.

۳- ماده ۴ قانون مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی مصوب ۲۹ خرداد ۱۳۰۳ از تعطیلی موسسه بعنوان ضمانت اجرای تخلف اشخاص حقوقی یاد نموده است.

۴- ماده ۱۷ قانون تعزیرات حکومتی مصوب ۲۳ اسفند ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز از اخذ جریمه بعنوان کیفر شخص حقوقی صحبت نموده است.

شخص حقوقی مسئولیت کیفری ایجاد نمایند.^۱ به این ترتیب، در صورتی که هیأت مدیره یا مدیرعامل به نام شرکت اقدام به ارتکاب عمل مجرمانه کرده باشند هم به اعتبار شخص حقیقی بودن و هم به اعتبار نماینده شخص حقوقی مرتکب عمل مجرمانه شده‌اند و بنابه تصریح قسمت اخیر ماده ۱۴۳ و ماده ۲۰ ق.م.آ مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی مانع مسئولیت اشخاص حقیقی مرتکب جرم نخواهد بود. باتوجه به این که قانون‌گذار به این مطلب در ماده ۲۰ تصریح کرده بود اشاره مجدد به آن در قسمت اخیر ماده ۱۴۳ فاقد توجیه است. برای مثال، اگر هیأت مدیره یا مدیرعامل به نام شخص حقوقی اقدام به کلاهبرداری نمایند هم شخصاً از نظر کیفری پاسخ‌گو خواهند بود و هم به عنوان نماینده شخص حقوقی. دلیل این امر آن است که اولاً قوه متفکره شخص حقوقی شخص حقیقی است و دوم آن که شخص حقیقی نتواند در پناه انتساب مسئولیت کیفری به شخص حقوقی به راحتی اقدام به ارتکاب جرم نماید و از مسئولیت کیفری رهایی یابد. لذا، به نظر می‌رسد اساساً هر دو ضابطه موضوع ماده ۱۴۳ نهایتاً متضمن بیان یک مطلب هستند و آن عبارت است از انتفاع شخص حقوقی از ارتکاب عمل مجرمانه. ولی به نظر می‌رسد در کلیه مواردی که جرم به نام شخص حقوقی ارتکاب می‌یابد نمی‌توان گفت که الزاماً منافع آن نیز متوجه شخص حقوقی می‌شود. برای مثال، در فرضی که شرکت ارائه دهنده خدمات رایانه ای اقدام به تولید سی دی‌های مستهجن نموده و آن‌ها را در اختیار کارمند خدماتی خود قرار دهد که جهت تأمین بخش از هزینه‌های زندگی خود اقدام به فروش سی دی‌ها و کسب درآمد نماید، هرچند جرم به نام شخص حقوقی ارتکاب یافته ولی در راستای منافع شرکت مزبور نبوده است.

همچنین نباید تصور نمود که در کلیه مواردی که جرم بنام شخص حقوقی ارتکاب می‌یابد مسئولیت کیفری متوجه شخص حقوقی خواهد بود، بلکه مسئولیت کیفری عمل ارتكابی تنها در صورتی متوجه شخص حقوقی خواهد بود که عمل توسط نماینده قانونی شخص حقوقی ارتکاب یابد. منظور از نماینده قانونی فرد یا افرادی است که طبق اساسنامه شخص حقوقی اختیار تصمیم‌گیری داشته باشند. مدیر شخص حقوقی نیز طبق مقررات قانون تجارت و در حدود اختیارات تفویضی از طرف هیأت مدیره شرکت نماینده شخص حقوقی شناخته می‌شود. برای مثال، اگر مدیرعامل شرکت به صورت مخفیانه و بدون هماهنگی با اعضای هیأت مدیره اقدام به کلاهبرداری نموده و منافع حاصله را از آن خود نماید یا در همان مثال شرکت ارائه دهنده خدمات رایانه‌ای در صورتی که مدیرعامل به صورت مخفیانه و بدون هماهنگی اقدام به تولید و توزیع سی دی‌های مستهجن نماید و هدف وی از تسمیه سی دی‌ها به نام شرکت کسب اعتماد و ایجاد اطمینان خاطر

۱. هر چند به نظر می‌رسد تفویض اختیار به مدیرعامل نافی اختیار خود هیأت مدیره در اتخاذ تصمیم نخواهد بود.



در مشتریان باشد در این جا نمی توان گفت جرم بنام شخص حقوقی ارتکاب یافته است. بنابراین، منظور قانون گذار، ارتکاب عمل مجرمانه بنام شخص حقوقی و توسط نماینده تصمیم گیر شخص حقوقی است.

ب) نماینده قانونی شخص حقوقی در راستای منافع شخص حقوقی مرتکب جرم شود.

همان گونه که توضیح داده شد اساساً و جز در موارد استثنایی وقتی که نماینده شخص حقوقی بنام شخص حقوقی مرتکب عمل مجرمانه می شود در راستای منافع شخص حقوقی مرتکب جرم می شود. منظور قانون گذار از عبارت «در راستای منافع شخص حقوقی» آن است که اگر منفعتی از عمل مجرمانه حاصل شود متوجه شخص حقوقی شود، ولی شرط تحقق مسئولیت کیفری انتفاع نخواهد بود و ممکن است به تصور انتفاع عملی انجام یابد ولی از عمل مزبور زیان متوجه شخص حقوقی شود و یا حتی از ابتدا معلوم باشد که از عمل مزبور فقط زیان متوجه شخص حقوقی خواهد شد. بنابراین، اگر نماینده شخص حقوقی احساس کند که در اثر ارتکاب جرم منفعی عاید شخص حقوقی خواهد شد ولی در عمل در اثر اقدام انجام شده فقط زیان متوجه شخص حقوقی شود مانع از تحقق جرم نخواهد بود. برای مثال، اگر سی دی های مستهجن بلافاصله بعد از تولید و قبل از توزیع کشف و توقیف و معدوم شوند نتیجه عمل ارتكابی چیزی جز ضرر برای شخص حقوقی نخواهد بود. شعبه ۱۰۳۳ دادگاه کیفری دو تهران در پرونده ای^۱ مدیر عامل و مؤسسه فرهنگی هنری نقش پرانتز را به استدلال آن که مدیر عامل به نام شخص حقوقی و در راستای منافع آن مرتکب جرم شده، به اتهام صدور چک پرداخت نشده محکوم کرده است. با این کیفیت باید گفت حکم ماده ۱۸ قانون صدور چک که به موجب آن در فرض صدور چک پرداخت نشده مسئولیت کیفری متوجه مدیر عامل و مسئولیت تضامنی مربوط به پرداخت وجه چک بر عهده مدیر عامل و شخص حقوقی گذاشته شده است در قسمت مربوط به انحصار مسئولیت کیفری به مدیر عامل باید در کنار ماده ۲۰ و ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی مورد توجه قرار گیرد. به عبارت دیگر، صادر کننده و شخص حقوقی هر دو هم مسئولیت کیفری و هم مسئولیت مدنی خواهند داشت.

مسأله ای که باید در این جا به آن پرداخته شود بحث مسئولیت کیفری اشخاص دیگر در عمل مجرمانه ارتكابی بنام یا در راستای منافع شخص حقوقی توسط شخص حقیقی است. هر چند قانون گذار در ماده ۲۰ تصریح کرده که «این امر مانع از مجازات شخص حقیقی نیست» و ممکن است چنین تصور شود که منظور قانون گذار از عبارت مزبور فقط نماینده قانونی شخص حقوقی است ولی باتوجه به عبارت «مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی مانع مسئولیت اشخاص حقیقی

۱. دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۲۱۹۰۸۰۰۶۱۸ مورخ ۱۳۹۶/۰۶/۰۶

مرتکب جرم نیست» معلوم می‌شود که منظور قانون‌گذار آن است که کلیه اشخاص حقیقی دخیل در ارتکاب عمل مجرمانه، اعم از این که نماینده قانونی باشند یا نه، نسبت به عمل مجرمانه ارتكابی مسئولیت کیفری خواهند داشت. گفته می‌شود که «قانون‌گذار ایران در ماده ۱۴۳ از نظریه «مغز متفکر» در مسئولیت کیفری پیروی کرده و پذیرش این نظریه دایره مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را محدود می‌کند؛ زیرا تنها جرایمی که توسط نماینده قانونی انجام می‌شود، قابل انتساب به شخص حقوقی است» (موسوی مجاب و رفیع‌زاده، ۱۳۹۴: ۱۵۳) به نظر می‌رسد نظریه مزبور، قائل به انتساب مسئولیت شخص حقوقی از طریق مدیران عالی رتبه است و نه مدیران میانی. حال آن که به نظر می‌رسد ماده ۱۴۳، بین سلسله مرتبه‌ی مدیران، قائل به تفکیک نشده است و منظور ماده مزبور هر فردی است که به‌عنوان نماینده شخص حقوقی شناخته می‌شود اعم از آن که مدیر عالی رتبه باشد یا میانی. در ارتباط با اشخاص حقوقی در حال تصفیه نیز می‌توان قائل به مسئولیت کیفری شد. هر چند «لزوم بقای شخصیت حقوقی آن‌ها به موجب ماده ۲۰۸ قانون تجارت اصلاحی، هیچگاه دلیل بر تساوی شخصیت حقوقی اشخاص در حال تصفیه با شخصیت حقوقی قبل از دوره تصفیه نخواهد بود. اما این مسأله باعث نخواهد شد در انتساب مسئولیت کیفری به اشخاص حقوقی در حال تصفیه ایرادی مطرح گردد، چرا که این شخصیت استثنایی اشخاص حقوقی در حال تصفیه، صرفاً از حیث حقوق و تکالیف مدیران تصفیه و مدیران شرکت و همچنین روند پرداخت دیون و وصول مطالبات واجد اهمیت بوده و از نقطه نظر مسئولیت کیفری مؤثر نخواهد بود» (قناد-اکبری، ۱۳۹۴: ۴۷).

طبق ماده ۶۹۴ قانون آئین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۳ «در صورتی که شخص حقوقی دارای شعب یا واحدهای زیرمجموعه متعدد باشد، مسئولیت کیفری تنها متوجه شعبه یا واحدی است که جرم منتسب به آن است. در صورتی که شعبه یا واحد زیرمجموعه بر اساس تصمیم مرکزیت اصلی شخص حقوقی اقدام کند، مسئولیت کیفری متوجه مرکزیت اصلی شخص حقوقی نیز می‌باشد.» «در آلمان اشخاص حقوقی با مسئولیت کیفری مواجه نمی‌شوند، بلکه اشخاص حقیقی نماینده اشخاص حقوقی از حیث کیفری قابل تعقیب هستند.» (PARASCHIV, 2013: 100-105) و «مفهوم مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی در آلمان مفهوم غریبی است» (Robbers, 2001: 649-669).

هر چند به نظر برخی «مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در آلمان از ابتدای امر وجود نداشته و در حال حاضر هم وجود ندارد و بدون هیچ تعجبی وجود نخواهد داشت» (Dubber, 2017: 13) با اینحال، از نظر تاریخی، در آلمان مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی به طور کامل رد نشده است. آن‌هایی که به تاریخ حقوق آلمان با دقت بیشتری نگاه می‌کنند به این نکته توجه دارند که



تاریخ نمی‌تواند گویای همه واقعیات باشد، چون مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در برهه‌ای از تاریخ در آلمان وجود داشته، ولی الان وجود ندارد. لذا، در حال حاضر بحث این است که در حقوق مدرن آلمان چنین مسئولیتی وجود نداشته یا نمی‌توانسته وجود داشته باشد (Dubber, 2012: 23). گفته می‌شود که در حقوق کیفری مدرن قائل شدن مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی غیرمنطقی، غیرممکن و غیرقابل تصور است. چون، به موجب اصل تقصیر^۱ (nulla poena sine culpa) اشخاص حقوقی نمی‌توانند مرتکب جرم شوند.^۲ قانون‌گذاران آلمان بر این اعتقاد هستند که مسئولیت اداری اشخاص حقوقی اهداف بازدارندگی، قابلیت پیش‌بینی، شفافیت و عدالت کلی را برآورده می‌کند و زیانی کمتر از اجرای مقررات مربوط به مسئولیت کیفری دارد. بعلاوه، با امتناع از پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، نظام حقوقی آلمان برای مفاهیم سنتی حقوق کیفری احترام قائل است. از این‌رو، آلمانی‌ها بر این نظر هستند که سیستم اداری-کیفری کفایت می‌کند. با اینحال، بسیاری از منتقدین تأکید کرده‌اند که شباهت نزدیکی بین سیستم اداری-کیفری آلمان و حقوق کیفری وجود دارد و پیشنهاد کرده‌اند که این سیستم ممکن است به‌عنوان نمایی از ضمانت اجراهای کیفری بدون حمایت‌های ارائه شده توسط آئین دادرسی کیفری باشد. سیستم آلمانی تأکید کمتری بر نقش برجسته زنی اخلاقی می‌نماید که همراه با ضمانت اجرای کیفری است. از این‌رو، سزاگرایانه بودن مجازات صفت مشخصه چنین سیستمی تلقی نمی‌شود. در آلمان به موجب مدل مسئولیت غیرکیفری، شرکت‌ها و دیگر اشخاص حقوقی فعالان مستقل حقوقی تلقی می‌شوند و از همان حقوقی برخوردارند که اشخاص حقیقی برخوردارند (Pop, 2006: 45).

به موجب مدل غیرکیفری، اشخاص حقوقی از نظر اداری مسئول جرائم یا جرائم اداری-کیفری ارتکاب یافته به وسیله یک نهاد یا نماینده می‌باشند. ماده ۳۰ قانون جرائم اداری^۳ محدودیتی را روی لیست جرایمی که اشخاص حقوقی را می‌توان به خاطر آن‌ها مسئول شناخت ایجاد نمی‌کند. اشخاص حقوقی به خاطر جرایمی که به اعتبار ماهیت آن‌ها ارتکاب می‌یابد مسئول نیستند بلکه فقط به خاطر جرائم ارتکابی توسط اشخاص حقیقی مسئول هستند. تنها شرط این است که جرائم ارتکابی با فعالیت‌های اشخاص حقوقی مرتبط باشند. با اینحال، لازم نیست که جرم داخل در فعالیت‌های شخص حقوقی باشد. از این‌رو، شخص حقوقی می‌تواند به موجب سیستم اداری-کیفری به خاطر قتل و جرائم علیه اموال و غیره مسئول شناخته و مستوجب ضمانت اجراهای جرمیه، انحلال، مصادره عوائد حاصل از جرم، محرومیت از حقوق یا پروانه و نظارت اجباری بر مدیریت شود. در آلمان، اگرچه اشخاص حقوقی نباید از نظر کیفری مسئول شناخته شوند ولی به موجب قانون اداری-کیفری به

1. Schuldgrundsatz

2. societas delinquere non potest

3. Ordnungswidrigkeitengesetz

خاطر جرائم کیفری مسئول هستند. دادگاه‌های اداری و کیفری هر دو می‌توانند ضمانت اجرای اداری را تحمیل کنند. ماده ۳۰ قانون جرائم اداری طبقه اشخاصی را که اعمال آن‌ها می‌تواند اشخاص حقوقی را به خاطر اعمال نمایندگان حقوقی یا مدیران شخص حقوقی مسئول نماید محدود می‌کند. اگر امکان پیشگیری از وقوع جرم توسط شخص حقوقی وجود داشته باشد اعمال نمایندگان یا مدیران بطور اتوماتیک وار به حساب شخص حقوقی گذاشته می‌شود (Diskant, 2008: 128-174). طبقه اشخاصی را که می‌توان مسئول اشخاص حقوقی قلمداد کرد می‌توان به دو شیوه تعیین کرد. اول آن که دادگاه‌ها ضرورتی نمی‌بینند که نام اشخاصی را که از طرف شخص حقوقی اقدام می‌کنند مشخص کنند مشروط بر این که مشخص باشد که شخصی در طبقه مشخص شده در ماده ۳۰ قانون جرائم اداری اقدام کرده است. دوم آن که به موجب ماده ۱۳۰ قانون جرائم اداری نظر به این که فقدان نظارت به موجب قانون مزبور یک جرم اداری-کیفری است، در صورتی که عمل توسط کارمندی که نماینده قانونی یا مدیر شخص حقوقی محسوب نمی‌شوند ارتکاب می‌یابد به نحوی که اگر مأمورین شخص حقوقی موضوع ماده ۳۰ بر اعمال کارمندان مزبور نظارت کافی می‌کرد از وقوع عمل مزبور پیشگیری می‌شد شخص حقوقی مسئول خواهد بود. طبق ماده ۳۰ «مطابق قواعد دادرسی تعقیب یا شناسایی مرتکب جرم ضروری نیست. بعلاوه، جرم باید در ارتباط با فعالیت‌های شخص حقوقی باشد. نهاد یا نماینده شخص حقوقی یا باید از وظایف قانونی خود تخطی کرده باشد یا رفتار باید منتهی به سود شخص حقوقی شده و یا با قصد تحصیل منفعت مالی برای شخص حقوقی انجام یافته باشد.» در حقوق آلمان، جرائم با مسئولیت شدید وجود ندارد، چون تقصیر شرط لازم مسئولیت کیفری است و بنابه تعریف «تقصیر منوط بدان است که مرتکب نقض اوامر و نواهی قوانین جزایی را خواسته باشد و بر ماهیت و اوصاف آن آگاه باشد» (بهری، ۱۳۹۴: ۱۳۴). «دولت آلمان، علی‌رغم تلاش‌های جامعه اروپا، با لجاجت تمام از پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی امتناع و در مقابل مسئولیت اداری را مورد پذیرش قرار داده که از مزایای آن می‌توان به کم هزینه بودن و کاراتر بودن اشاره کرد. مدل غیرکیفری آلمان ضمانت اجرای زیر را می‌پذیرد:

- ۱- جریمه^۱
- ۲- انحلال^۲
- ۳- مصادره عوائد حاصل از جرم^۳
- ۴- محرومیت از حقوق یا پروانه^۴
- ۵- نظارت اجباری بر مدیریت^۵

1. fine
2. dissolution
3. confiscation of the fruits of the crime
4. privation of rights or licenses

میزان جریمه بر حسب این که جرم یک جرم کیفری یا اداری باشد متفاوت است. (Stanilaf, 2014: 109-120) در مورد جرائم کیفری، می توان شخص حقوقی را تا یک میلیون یورو جریمه کرد. (Weigend, 2008: 927-945) و اعتقاد بر این است که «جریمه اشخاص حقوقی با اصل قانون اساسی که آن ها را اقدامات تنبیهی می داند منطبق است.» (Hetzer, 2007: 383-405)

شرط انتساب مسئولیت اداری به شخص حقوقی آن است که جرم از طرف مدیر شخص حقوقی انجام یافته باشد. لازم است که عمل به تکلیف قانونی شخص مزبور مربوط باشد و وی مکلف به انجام آن بوده باشد. دکتربین مربوط به این امر به تئوری گزارش اشخاص حقوقی نیز معروف است. (Catargiu, 2013: 26-30) و حتی می توان گفت در آلمان «مفهوم وسیعی از عنصر روانی وجود دارد.» (Maglie, 2005: 547-566). همچنین «در مورد جرائم اداری حداکثر جریمه باید بیش از سود حاصل از جرم باشد. نظارت اجباری را تنها زمانی می توان اعمال کرد که تدابیر دیگر در پیشگیری از ارتکاب اعمال مجرمانه موفقیت آمیز نبوده باشند و مدت آن نمی تواند بیش از ۵ سال باشد. حقوق کیفری تنها سیستمی است که همه ارزش های پایمال شده توسط مجرمین مربوط به شخص حقوقی را مورد تأیید مجدد قرار می دهد. ویژگی غیرقابل جایگزین سزادهی، بازدارندگی و بازاجتماعی سازی حقوق کیفری تقاضای عمومی برای انتقام را ارضا می کند. مجازات کیفری اشخاص حقوقی یک پیام سمبلیک می فرستد و آن این که هیچ جرمی بدون مجازات باقی نمی ماند و مجازات عادلانه متضمن تقبیح اخلاقی جامعه است» (Pop, 2006: 44). تحمیل ضمانت اجرای مقرر در قانون به ویژه جریمه نقدی و مصادره اموال به شخص حقوقی دارای این پیام است که مدیران شخص حقوقی که به نمایندگی از آن تصمیم می گیرند متوجه این امر باشند که ارتکاب اعمال خلاف قانون باعث توجه زیان مالی به شرکت خواهد شد و در تصمیم گیری های خود دقت کافی را مبذول دارند. این امر دارای اثر بازدارندگی نیز می باشد و با دقتی که در تصمیم گیری ها صورت می گیرد از وقوع تخلفات در آینده اجتناب می شود و دارای این اثر بازاجتماعی سازی هم هست که نمایندگان شخص حقوقی برای حفظ اعتبار شخص حقوقی در راستای احکام قانونی عمل کنند.

ب) ضمانت اجرای قابل اعمال در مورد اشخاص حقوقی

از حیث ضمانت اجرا، قانون گذار ایران در ماده ۲۰ ق.م. آ سال ۹۲ مقرر داشته «در صورتی که شخص حقوقی براساس ماده (۱۴۳) این قانون مسؤول شناخته شود، با توجه به شدت جرم ارتكابی و نتایج زیان بار آن به یک تا دو مورد از موارد زیر محکوم می شود، این امر مانع از مجازات شخص

-
1. mandatory management oversight
 2. verbandsunrecht

حقیقی نیست:

الف- انحلال شخص حقوقی

ب- مصادره کل اموال

پ- ممنوعیت از یک یا چند فعالیت شغلی یا اجتماعی به طور دائم یا حداکثر برای مدت پنج سال

ت- ممنوعیت از دعوت عمومی برای افزایش سرمایه به طور دائم یا حداکثر برای مدت پنج سال

ث- ممنوعیت از اصدار برخی از اسناد تجاری حداکثر برای مدت پنج سال

ج- جزای نقدی

چ- انتشار حکم محکومیت به وسیله رسانه‌ها

تبصره- مجازات موضوع این ماده، در مورد اشخاص حقوقی دولتی و یا عمومی غیر دولتی در مواردی که اعمال حاکمیت می‌کنند، اعمال نمی‌شود. «می‌توان تبصره مورد بحث را از این جهت که مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را نه بر مبنای دولتی بودن یا نبودن، بلکه بر مبنای اعمال آن‌ها استوار کرده است، واقع بینانه و در جهت اهتمام به اصل برابری اشخاص در برابر قانون توصیف کرد.» (شریفی، ۱۳۹۴: ۱۷۲).

ضمانت اجرای مصادره اموال زمانی اعمال خواهد شد که کلیه بدهی‌های شخص پرداخت شود و چنان چه مازادی باقی بماند مصادره خواهد شد. نکته قابل توجه در مورد اشخاص حقوقی آن است که آیا در فرض مصادره اموال شخص حقوقی در مورد شرکت‌های شخص یا مختلط باید اموال سهامداران یا شرکای ضامن نیز مصادره شود یا مصادره فقط ناظر به اموال خود شخص حقوقی خواهد بود؟ به نظر می‌رسد باید مصادره را فقط ناظر به اموال خود شخص حقوقی بدانیم.

ضمانت اجرای موضوع بندهای (پ، ت و ث ماده ۲۰) در عمل نمی‌توانند نمود داشته باشند. چون مردم اساساً اطلاعاتی در مورد این که فلان شخص حقوقی مجاز به انجام چه نوع فعالیت شغلی یا اجتماعی است ندارند و نیز اطلاع ندارند که از افزایش سرمایه منع شده‌اند یا نه؟ ممکن است پاسخ داده شود که افزایش سرمایه باید در اداره ثبت شرکت‌ها به ثبت برسد و با ممنوعیت افزایش سرمایه که قانوناً باید به اداره مزبور منعکس شود اداره مزبور از ثبت افزایش سرمایه امتناع می‌کند. ولی باید توجه داشت که شخص حقوقی ابتدا سرمایه را از سرمایه گذار دریافت می‌کند و بعداً معلوم می‌شود که مجاز به افزایش سرمایه نبوده است. در ارتباط با بند (ث) مشکلات بیشتری مطرح می‌شود. چون ممکن است شخص حقوقی قبل از مواجه شدن با ممنوعیت مزبور چندین دسته چک پنجاه برگی از بانک‌های مختلف گرفته باشد و بعداً اقدام به صدور چک‌های مزبور نماید یا در مورد سفته که موقع خرید سفته از بانک کسی در مورد مجاز یا ممنوع بودن صدور آن‌ها



سوالی نمی‌کند شخص حقوقی می‌تواند به صورت نامحدود اقدام به صدور سفته نماید. در ارتباط با تبصره باید گفت که از توجه به مفهوم مخالف حکم ماده چنین بر می‌آید که منظور قانون گذار آن است که اگر شخص حقوقی دولتی یا عمومی غیر دولتی عمل تصدی انجام دهد می‌توان مجازات‌های موضوع این ماده را در مورد شخص مزبور اعمال نمود. ولی به نظر می‌رسد نمی‌توان در همه موارد به مفهوم مخالف ماده عمل نمود. برای مثال، توزیع آرد که توسط شورای آرد و نان صورت می‌گیرد اساساً یک عمل تصدی است ولی با توجه به این که جنبه عمومی دارد و برای مثال، انحلال آن می‌تواند موجب مشکلات اساسی برای جامعه و احیاناً ایجاد هرج و مرج شود نمی‌توان مجازات‌های موضوع ماده ۲۰ را در مورد آن اعمال کرد. اگر شخص حقوقی موضوع تبصره اقدام به توزیع میوه یا اقلامی نماید که به راحتی از طرف اشخاص حقیقی یا حقوقی دیگر نیز قابل ارائه می‌باشد اعمال مجازات‌های موضوع ماده ۲۰ در مورد آن منعی نخواهد داشت. ولی در این جا نیز باید به این مطلب توجه نمود که اگر برای مثال، در ایام خاص مانند ایام نوروز دولت برای مقابله با گرانی اقدام به تأسیس شرکت‌هایی برای ارائه اقلام ضروری ایام نوروز نماید و شخص حقوقی مرتکب جرم شود در این جا نیز به لحاظ ارتباط فعالیت شخص حقوقی با منافع عمومی نمی‌توان مجازات‌های موضوع ماده ۲۰ را اعمال نمود. «فلسفه عدم پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی حقوق عمومی اینگونه عنوان شده است که تحمیل مسئولیت کیفری بر اشخاص حقوقی حقوق عمومی مغایر با اصل شخصی بودن مجازات‌ها و ناقض آن است. زیرا با مجازات این اشخاص در واقع تابعان قدرت عمومی مجازات می‌شوند.» (آقایی جنت مکان، ۱۳۹۰ و ۲۲) به نظر می‌رسد این ایراد در مورد اشخاص حقوقی حقوق خصوصی نیز قابل طرح باشد و اختصاص به اشخاص حقوقی حقوق عمومی ندارد.

قانون گذار در ماده ۲۱ به تشدید مجازات در مورد شخص حقوقی پرداخته و مقرر داشته «میزان جزای نقدی قابل اعمال بر اشخاص حقوقی حداقل دو برابر و حداکثر چهار برابر مبلغی است که در قانون برای ارتکاب همان جرم به وسیله اشخاص حقیقی تعیین می‌شود.» ماده ۲۲ نیز برای اعمال ضمانت اجرای انحلال و مصادره اموال شرط گذاشته و مقرر داشته «انحلال شخص حقوقی و مصادره اموال آن زمانی اعمال می‌شود که برای ارتکاب جرم، به وجود آمده یا با انحراف از هدف مشروع نخستین، فعالیت خود را منحصرأ در جهت ارتکاب جرم تغییر داده باشد.» بنابراین، اگر شخص حقوقی برای ارتکاب جرم به وجود نیامده باشد یا با انحراف از هدف مشروع نخستین فعالیت خود را منحصرأ در جهت ارتکاب جرم تغییر نداده باشد و برای مثال، یک یا دو بار در فاصله‌های زمانی مختلف مرتکب جرم شده باشد نمی‌توان ضمانت اجرای مزبور را در مورد آن اعمال نمود. در آلمان نیز «ماده ۶۲ قانون شرکت‌های با مسئولیت محدود تحت شرایطی مثل زمانی که منافع

جامعه توسط شرکا و یا نمایندگان شرکت که به خود واگذاشته شده‌اند، به خطر بیفتد و همچنین اگر در این گونه شرکت‌ها مجمع عمومی نسبت به احضار و تنبیه مدیر منتخب خود که برخلاف قانون عمل می‌کنند بی‌اعتنایی نماید، انحلال این شرکت را پیش‌بینی کرده است» (Bose, 2011: 139-241). علاوه بر آن «کلیه اشخاص حقوقی که عزم خود را برای نقض قانون جزم نمایند و دست از فعالیت مجرمانه برندارند در معرض انحلال قرار می‌گیرند.» (شریفی، ۱۳۹۴: ۳۱۱).

مطلب قابل توجه دیگر امکان یا عدم امکان ارتکاب کلیه جرائم به نام شخص حقوقی یا در راستای منافع آن وجود دارد؟ مثلاً آیا می‌توان به نام شخص حقوقی مرتکب قتل یا جرائم جنسی شد؟ برای مثال، به اعتبار این که مدیر شخص حقوقی رقیب، عرصه را برای فعالیت‌های شخص حقوقی تنگ کرده و نماینده حقوقی در راستای منافع شخص حقوقی متبوع خود اقدام به قتل وی نماید یا احياناً تعرضی جنسی علیه وی یا یکی از اعضای نماینده حقوقی رقیب نماید تا با ملکوک کردن آبرو و حیثیت وی، مانع از حضور مستمر وی در عرصه فعالیت‌های شخص حقوقی رقیب شود؟

برخلاف نظر برخی که معتقدند «ارتکاب جرم قتل عمد یا شرب خمر از ناحیه شخص حقوقی غیرممکن است، زیرا چنین جرمی نه می‌تواند در راستای منافع شخص حقوقی یا به نام او باشد»، (پوربافرانی و سیفی، ۱۳۹۴: ۱۱۰) به نظر می‌رسد ارتکاب جرائم مزبور توسط شخص حقوقی امکانپذیر است. برای مثال، تصور کنیم مدیر یک شخص حقوقی، مدیر شخص حقوقی رقیب را که به اعتبار شهرت بازار را قبضه کرده به قتل برساند یا برای کسب مجوز فروش مشروب به نام شخص حقوقی از یک شرکت خارجی اقدام به شرب خمر نماید. چون وقتی که قانون‌گذار از ارتکاب جرم به نام شخص حقوقی یا در راستای منافع آن صحبت می‌کند امکان ارتکاب هر جرمی را می‌توان تصور نمود و محدود به جرائم مالی نخواهد بود. به طور کلی هر جرمی با هر ماهیتی از طرف نماینده شخص حقوقی به نام یا در راستای منافع شخص حقوقی قابل ارتکاب است اعم از این که جرم مزبور از جرائم مالی باشد یا غیر مالی. ممکن است ایراد شود با توجه به این که لذت ناشی از ارتکاب زنا تنها متوجه انسان می‌شود یا ضمانت اجرای قصاص در قتل عمد فقط متوجه انسان است یا شرایط شهادت دروغ از جمله مرد بودن و ... فقط در مورد انسان می‌تواند مصداق داشته باشد ارتکاب اعمال مزبور از ناحیه شخص حقوقی وجود ندارد. به نظر می‌رسد همانگونه که قبلاً نیز توضیح داده شد خود شخص حقوقی قابلیت ارتکاب هیچ جرمی را ندارد و قانون‌گذار اعمال ارتکاب یافته به نام یا در راستای منافع شخص حقوقی از ناحیه شخص حقیقی را جرم ارتکاب یافته توسط شخص حقوقی تلقی می‌کند. به این اعتبار نه تنها در مورد مصادیق مذکور بلکه در سایر مصادیق نیز امکان عملی ارتکاب جرم توسط شخص حقوقی وجود ندارد ولی قانونگذار شخص حقوقی را مسئول می‌شناسد. برای مثال،



در تخریب امکان ارتکاب عمل مادی توسط شخص حقوقی وجود ندارد یا در کلاهبرداری شخص حقوقی امکان فریب دادن بزه‌دیده را ندارد ولی قانونگذار ارتکاب این اعمال توس شخص حقیقی را به حساب شخص حقوقی می‌گذارد.

در حقوق آلمان در مورد ضمانت اجراهای قابل اعمال در حقوق مزبور باید به قانون جرائم اداری مراجعه کرد. در حقوق آلمان هر چند قانون صریحی در مورد مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی وجود ندارد ولی مقامات آلمانی از برخی اختیارات برای تحمیل ضمانت اجراها برخوردارند. بیشتر مقررات موجود را باید در قانون جرائم اداری جستجو نمود. در مورد برخی تخلفات می‌توان جریمه‌ها را به اشخاص حقوقی تحمیل نمود و سود حاصله از جرائم را مصادره نمود.

مطابق بند ۱ ماده ۱۳۰ قانون جرائم اداری در صورت نقض تدابیر نظارتی مورد نیاز برای پیشگیری از نقض وظایف لازم توسط مالک که در قالب ترک فعل ارتکاب می‌یابند می‌توان شخص حقوقی را جریمه نمود. چنین تدابیری شامل نصب، انتخاب مراقب و نظارت بر پرسنل نظارتی خواهد بود. در صورتی که نقض وظیفه متضمن مجازات کیفری باشد جرائم اداری در قالب ترک فعل می‌توانند متضمن حداکثر جریمه ۱۰۰۰۰۰۰ مارکی باشند. در صورتی که نقض وظیفه متضمن یک جرم اداری باشد میزان جریمه به حداکثر جریمه اداری قابل تحمیل برای نقض وظیفه بستگی خواهد داشت. در صورتی که امتیاز اقتصادی تحصیل شده از طریق جرم اداری بیش از ۱۰۰۰۰۰۰۰ مارک باشد،^۱ میزان جریمه می‌تواند افزایش یابد و هرگونه سودی که بیش از میزان جریمه باشد مصادره خواهد شد. هرچند روشن است که طبق قانون جرائم اداری مقامات از اختیار تحمیل جریمه قابل ملاحظه برخوردارند، ولی میزان جریمه به صلاحدید مقامات بستگی دارد.^۲

از طرف دیگر، اگر جرم ارتكابی توسط شخص حقوقی از نوع جرم کیفری باشد دادستان، طبق اصل قانونی بودن تعقیب^۳ ملزم به تعقیب خواهد بود. آمارها دلالت بر آن دارند که سیستم فعلی مجازات‌ها ظاهراً از کارایی برخوردار نیستند. اگرچه تعداد زیادی از جرائم اشخاص حقوقی توجه مقامات را به خود جلب می‌کنند، (برای مثال ۷۱۰۰۰ مورد در سال ۲۰۱۳ و ۶۳۰۰۰ مورد در سال ۲۰۱۴)، با اینحال، دادستان‌های عمومی به ندرت از اختیار تحمیل جریمه‌های اداری بر اشخاص حقوقی استفاده می‌کنند. یک دلیل این امر آن است که طبق قانون جرائم اداری اثبات تقصیر عضو یا مالک شخص حقوقی ضرورت دارد. برای فائق آمدن بر این مشکل، مقررات پیش نویس پیشنهادی

۱. لازم به ذکر است که قانون مزبور مصوب ۱۹۸۵ است و در زمان تصویب قانون واحد پول آلمان مارک بود و از سال

۲۰۰۱ یورو شده است.

2. Opportunitätsprinzip

3. Legalitätsprinzip

مربوط به قانون مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی اثبات تقصیر را الزامی نمی‌دانند. پیش نویس خود شخص حقوقی را مورد توجه قرار می‌دهد و تحمیل جریمه به شخص متهم بستگی ندارد. برای مثال، در صورت ارتکاب جرائم مرتبط با شخص حقوقی توسط پرسنل شاغل در موقعیت‌های مربوط با مسئولیت‌های شخص حقوقی یا در صورتی که مسئولیت‌های شخص حقوقی به نحو نامناسبی توزیع شده باشند شخص حقوقی مسئول خواهد بود. ضمانت اجراهای اضافی می‌تواند بر نقض وظایف نظارتی تصمیم گیرندگان شخص حقوقی مترتب شود.

(Jamie Nowak, Corporate criminal liability in Germany, <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/138883/corporate-criminal-liability-in-germany>.)

به این ترتیب به نظر می‌رسد در وضعیت فعلی قانون‌گذار آلمان در مجموع از ساز و کارهای غیر جزایی در برخورد با تخلفات اشخاص حقوقی استفاده می‌کند و این ساز و کارها جوابگوی جامعه آلمانی شناخته می‌شود. ضمانت‌آجراهایی که در مقررات پیش گفته به آن‌ها اشاره شد همانند جریمه و مصادره اموال و انحلال همانند ضمانت‌آجراهای مقرر در نظام کیفری ایران هستند. بنابراین تفاوت اساسی که بین دو نظام کیفری وجود دارد آن است که در نظام کیفری آلمان در مورد اشخاص حقوقی از عبارت تخلف و در نظام کیفری ایران از عبارت جرم استفاده می‌شود. این امر دلالت بر آن دارد که قانون‌گذار آلمانی هنوز نتوانسته مشکل عنصر روانی را در ارتباط با اشخاص حقیقی حل نماید.

نتیجه‌گیری

پیش‌بینی مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی متضمن ارسال این پیام مثبت برای عموم جامعه است که قانون‌گذار نسبت به پیامدهای خطرناک اعمال ارتكابی توسط اشخاص حقوقی بی تفاوت نیست. همچنین می‌تواند حاوی این پیام باشد که جامعه محیطی مناسب برای سرمایه‌گذاری است. ممکن است تصور شود که مسئول شناختن اشخاص حقوقی با سرمایه‌گذاری در تنافی است ولی به نظر می‌رسد برخلاف تصور مزبور در جامعه‌ای که همه در قبال اعمال ارتكابی مسئول شناخته شوند امکان تأمین امنیت سرمایه‌گذاری نیز بیشتر خواهد بود و نتیجه این امر جذب سرمایه‌گذاری داخلی و خارجی خواهد بود.

مشکلی که قانون‌گذار آلمان در زمینه برقراری مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی با آن مواجه است بحث عنصر روانی است. اشخاص حقوقی به عنوان موجودی اعتباری نمی‌توانند دارای عنصر روانی باشند. چون، داشتن عنصر روانی ویژگی ذاتی شخص حقیقی است. به این دلیل که عنصر



روانی فعل و انفعال ذهنی است و لازمه این امر قابلیت تفکر است که فقط یک شخص حقیقی می‌تواند چنین قابلیتی داشته باشد.

پیش نویس قانون مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در آلمان برای فائق آمدن بر این مشکل اثبات تقصیر را الزامی نمی‌دانند. پیش نویس، خود شخص حقوقی را مورد توجه قرار می‌دهد و تحمیل جریمه به شخص متهم بستگی ندارد.

قانونگذار ایران این مشکل را با پیش بینی عنصر روانی نیابتی حل کرده است و به نظر می‌رسد اطلاق حکم ماده ۱۴۳ و ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی شامل کلیت ماده ۱۴ قانون مزبور است. به عبارت دیگر، اگر مبنای انتساب مسئولیت کیفری به اشخاص حقوقی ارتکاب عمل مجرمانه توسط نماینده شخص حقوقی باشد تفاوتی بین نوع جرم وجود نخواهد داشت. بدین توضیح که عنصر روانی اتخاذ شده توسط شخص حقیقی را به حساب شخص حقوقی می‌گذارد. این اقدام قانونگذار ایران موجه به نظر می‌رسد. چون، اشخاص حقیقی به عنوان قوه متفکره شخص حقوقی عمل می‌کنند و گرداننده شخص حقوقی می‌باشند. قانونگذار به درستی مسئولیت را زمانی متوجه شخص حقوقی دانسته که اشخاص حقیقی به عنوان نماینده شخص حقوقی عمل کنند یا فعالیت آن‌ها در راستای منافع شخص حقوقی باشد.

در پاسخ به این پرسش که آیا پیش بینی حکم کلی در مورد مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در ایران درست بوده و می‌تواند در زمینه بازداشتن اشخاص حقوقی از ارتکاب جرم مؤثر باشد؟ تصویب قانون مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در آلمان می‌تواند به مبارزه با جرائم اشخاص حقوقی و جرائم یقه سفید از بعد چشم انداز پیشگیری کمک نماید و جنبه بازدارندگی داشته باشد؟ باید گفت به نظر می‌رسد با توجه به رشد روز افزون فعالیت اشخاص حقوقی در جامعه و ارتباط تنگاتنگ آن با زندگی افراد پیش بینی ضمانت اجراهای جزایی در نظام کیفری ایران و آلمان در این زمینه می‌تواند مؤثر واقع شود. هر چند باید در نظر داشت که جرم انگاری همیشه باید به عنوان آخرین راه حل باشد و تا زمانی که راه حل‌های غیر کیفری بتوانند نیازهای جامعه انسانی را تأمین کنند باید از توسل به راه حل‌های کیفری اجتناب نمود. در مجموع به نظر می‌رسد نظام حقوقی ایران در مقایسه با نظام حقوقی آلمان در برخورد با اشخاص حقوقی از انسجام بهتری برخوردار است و مقررات آن با واقعیات جامعه امروزی سازگاری بیشتری دارد. نقش فزاینده ای که اشخاص حقوقی در جامعه امروزی پیدا کرده‌اند ایجاب می‌کند که قانونگذاران برای آن‌ها نیز مسئولیت کیفری پیش بینی نمایند و قانونگذار ایران ضرورت مزبور را درک و برای آن‌ها مسئولیت کیفری پیش بینی نموده ولی قانونگذار آلمان هنوز درگیر بحث سنتی عدم امکان تحقق عنصر روانی در مورد اشخاص حقوقی است. در پاسخ به این پرسش که آیا شرط محکومیت شخص حقوقی محکومیت

شخص حقیقی است؟ باید گفت به نظر می‌رسد بین دو محکومیت مزبور ملازمه وجود دارد و اگر شخص حقیقی نماینده شخص حقوقی از اتهام انتسابی براءت حاصل نماید امکان محکومیت شخص حقوقی وجود نخواهد داشت. در پاسخ به این سؤال که دفاع شخص حقوقی در مقابل اتهام انتسابی چه خواهد بود باید گفت شخص حقوقی می‌تواند به دفاع عدم وقوع بزه یا عدم نمایندگی شخص حقیقی از طرف شخص حقوقی استناد نماید.

منابع

آزمایش، علی (۱۳۷۸-۱۳۷۷)، «تقریرات درس حقوق کیفری عمومی، دوره دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران»، نیم سال دوم سال تحصیلی ۱۳۷۸-۱۳۷۷.

آقای جنت مکان، حسین (۱۳۹۰)، **حقوق کیفری عمومی**، جلد دوم، تهران: انتشارات جنگل.
اردبیلی، محمد علی (۱۳۹۴)، **حقوق جزای عمومی**، چاپ هفتم، جلد دوم، تهران: انتشارات میزان.
باهری، محمد (۱۳۹۴)، **حقوق جزای عمومی**، چاپ اول (به کوشش دکتر علی آزمایش) تهران: انتشارات نگاه معاصر.

پوربافرانی، حسن؛ سیفی، مهدیه (۱۳۹۴)، «گونه شناسی مجازات شخص حقوقی»، **آموزه‌های حقوق کیفری**، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۹، بهار-تابستان ۱۳۹۴. ص ۱۰۱-۱۲۸.
حسینی، محمد حسن (۱۳۹۰)، «مطالعه تطبیقی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در جرائم قتل و صدمات بدنی در حقوق کیفری انگلستان و ایران»، **تحقیقات حقوقی** «ویژه‌نامه شماره ۴، علمی پژوهشی ۴۰) ISC/ ص ۱۴۶-۱۰۷

سلطانی، مهدی (۱۳۹۱)، **حقوق جزای عمومی**، جلد دوم، تهران: انتشارات دادگستر.
شریفی، محسن؛ حبیب‌زاده، محمدجعفر؛ عیسایی تفرشی، محمد و فرجی‌ها، محمد (۱۳۹۲)، «انتساب مسئولیت کیفری به اشخاص حقوقی در نظام کیفری ایران و انگلستان»، **آموزه‌های حقوق کیفری**، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۶ ص ۵۷-۸۸.

شریفی، محسن (۱۳۹۴)، **مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق ایران و انگلستان**، تهران: انتشارات میزان، ص ۱۷۲.

صانعی، پرویز (۱۳۸۲)، **حقوق جزای عمومی**، تهران: انتشارات طرح نو.
فرج‌اللهی، رضا (۱۳۸۹)، «تأثیر جرم شناسی اثبات گرا بر مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی»، **مجله تحقیقات حقوقی**، ویژه نامه شماره ۲، ص ۴۹۰-۴۴۱.

قناد، فاطمه و اکبری، مسعود (۱۳۹۴)، «مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حال تصفیه»، **مجله حقوقی دادگستری**، سال ۷۹، شماره ۹۱، ص ۵۶-۳۷.

میرسعیدی، سید منصور (۱۳۸۳)، **مسئولیت کیفری: قلمرو و ارکان**، تهران: انتشارات میزان.
 موسوی مجاب، سید درید و رفیعزاده، علی (۱۳۹۴)، «دامنه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی»، **پژوهش حقوق کیفری**، سال چهارم، شماره سیزدهم، ص ۱۶۹ - ۱۴۷.

Beck, Susanne, (2010), Meditating the Different Concepts of Corporate Criminal Liability in England and Germany, *German Law Journal*, Vol. 11 No. 10.

Bose, M. Corporate criminal liability in Germany in Pieth, Mark & Ivory, Radha, *Corporate criminal liability*, Springer, 2011. Pp. 139-241.

Catargiu, M. & Catargiu, Magdalena, (2013), THE ORIGINS OF CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL PERSONS – A COMPARATIVE PERSPECTIVE, *International Journal of Juridical Sciences*, www.juridicaljournal.univagora.ro ISSN 1843-570X, E ISSN 2067-7677 No. 3.

CORPORATE CRIMINAL LIABILITY INTERNATIONAL PERSPECTIVE, shodhganga.inflibnet.ac.in/bitstream/10603/107447/11/11_chapter%204.pdf

Dubber, Markus D, THE COMPARATIVE HISTORY AND THEORY OF CORPORATE CRIMINAL LIABILITY, Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=2114300>, 09/08/2017.

DISKANT, EDWARD B, Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine Through Comparative Criminal Procedure, *THE YALE LAW JOURNAL*. (2008).

Dubber, Markus D. (2012), the Comparative History and Theory of Corporate Criminal Liability. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2114300> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2114300>

Esakov, Gennady A, (2010), Corporate Criminal Liability: A Comparative Review, *City University of Hong Kong Law Review*, volume 2.

Iulia Pop, Anca, (2006), CRIMINAL LIABILITY OF CORPORATIONS—COMPARATIVE JURISPRUDENCE, *Michigan State University College of Law*, available at: <http://digitalcommons.law.msu.edu/king/81>.

LAING, J. A, (1994), the Prospects of a Theory of Criminal Culpability: Mens Rea and Methodological Doubt, in *Oxford University Press, Oxford Journal of Legal Studies* Vol 14, No 1.



- Nowak, Jamie, Corporate criminal liability in Germany, <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/138883/corporate-criminal-liability-in-germany>.
- S, Ellen. Podgor & Peter J. Henning & Andrew E. Tasliz & Alfredo Garcia, (2013), criminal law: concepts and Practice, Third edition, Carolina Academic Press.
- Watkins, Jeremy, (2006), Responsibility in Context, Oxford Journal of Legal Studies, Published by Oxford University Press, Vol. 26, No. 3.
- MAGLIE, DE CRISTINA, (2005), MODELS OF CORPORATE CRIMINAL LIABILITY IN COMPARATIVE LAW, WASHINGTON UNIVERSITY GLOBAL STUDIES LAW REVIEW, Vol 4.
- Mehta, Ruchi, (2009), REGULATION OF CORPORATE CRIMES, 21 (No.2) Sri Lanka JIL 71.
- PARASCHIV, DANIEL-\$TEFAN, (2013), CORPORATE CRIMINAL LIABILITY IN COMPARATIVE LAW, Contemporary Readings in Law and Social Justice, Volume 5(1), ISSN 1948-9137.
- Robbers, Gerhard, (2001), Religious Freedom in Germany, Brigham young university Law Review, Heinonline, Citation: BYU L. Rev. 643 2011.
- STANILAf, LAURA, (2014), Criminal Liability of Legal Persons. History, Evolution and Trends in Romanian Criminal Law, Heinonline, Citation: J. E.-Eur. Crim. L. 109 2014.
- Weigend, T, (2008), 'Societas delinquere non potest? A German Pespective, 6 Journal of International Criminal Justice (JICJ).



بررسی تطبیقی جرم تبانی در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی

سید مصطفی موسوی^۱

دکتر مهین سبحانی^۲ ✉

دکتر مجتبی جانی‌پور^۳

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۳/۲۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۷/۴

چکیده

با توجه به ماهیت جرائم بین‌المللی که اغلب با تبانی و توافق گروهی از افراد ارتکاب می‌یابند، ضرورت جرم‌انگاری تبانی در جرائم بین‌المللی بیش از سایر جرائم احساس می‌شود. علی‌رغم جرم‌انگاری تبانی در منشور نورنبرگ و توکیو، تبانی در اساسنامه دادگاه‌های کیفری بین‌المللی یوگسلاوی و رواندا محدود به نسل‌کشی شده، و در نهایت در دیوان کیفری بین‌المللی حذف شده است. این مقاله با بررسی مفهوم تبانی در اساسنامه و رویه قضایی دادگاه‌های کیفری بین‌المللی تبانی را به دو نوع، تبانی به عنوان یک جرم مستقل، و تبانی به عنوان یکی از اشکال مسئولیت کیفری بین‌المللی تقسیم نموده است. گرچه با پیش‌بینی کامل اشکال مختلف مسئولیت جمعی در بندهای الف و د ماده ۲۵ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نیازی به درج تبانی به عنوان شکلی از مشارکت نیست، اما این امر نافی ضرورت جرم‌انگاری تبانی به عنوان یک جرم مستقل در دیوان نیست.

واژگان کلیدی: تبانی، اقدامات مجرمانه مشترک، جرم ناتمام، اشکال مشارکت، جنایات علیه صلح، نسل‌کشی

۱. کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه گیلان

۲. استادیار گروه حقوق دانشکده علوم انسانی دانشگاه گیلان (نویسنده مسئول)

۳. دانشیار گروه حقوق دانشکده علوم انسانی دانشگاه گیلان

۱. مقدمه

ماهیت جرائم بین‌المللی به گونه‌ای است که در ابعاد گسترده و سازمان‌یافته ارتکاب می‌یابند. گستردگی ابعاد جرائم بین‌المللی دلالت بر این دارد که ارتکاب این جرائم از سوی یک شخص به تنهایی امکان‌پذیر نیست و ضرورتاً اشخاص متعددی به اشکال مختلف در ارتکاب آن‌ها دخالت داشته‌اند (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۰: ۲۲۰). این امر توجیه‌گر مداخله زودرس جهت سرکوب و مقابله با این جرائم است. لذا جرم‌انگاری تبانی به معنای توافق دو یا چند نفر در ارتکاب جرم از همین ضرورت نشأت می‌گیرد.

در واقع، توجیه اولیه برای جرم‌انگاری تبانی این است که تبانی جرمی مانع است که هدف از آن جلوگیری از انجام و بازداشتن مرتکب از ارتکاب جرم اصلی است (حکیمی‌ها، ۱۳۹۶: ۵۴). جمعی عمل کردن می‌تواند باعث جرأت و جسارت بیشتر افراد در ارتکاب جرایمی شود که به تنهایی هرگز جرأت و امکان ارتکاب آن‌ها را ندارند. این امر لزوم برخورد سریع‌تر و شدیدتر با تبانی‌کنندگان را آشکار می‌سازد (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۰: ۲۲۱-۲۲۰؛ Prosecutor v. Musema, 2000, para. 185). هدف دیگر، غلبه بر مشکلاتی است که در راه اثبات جرائم جمعی به‌ویژه جرائم بین‌المللی وجود دارد. جرائم بین‌المللی معمولاً با توافق مقام‌های عالی‌رتبه و توسط بازوهای اجرایی آن‌ها ارتکاب می‌یابند. بنابراین تبانی نیز باید به‌عنوان یکی از اشکال مسئولیت کیفری بین‌المللی تصریح گردد، به‌طوری‌که دادستانی به صرف اثبات وجود توافق هم بتواند برای مقام‌های عالی‌رتبه که نقشه راه ارتکاب جرائم را تدوین نموده‌اند، اعلام جرم نماید و اتفاقاً آن‌ها را با مسئولیت شدیدتر و یا حداقل مشابه بازوهای اجرایی جرائم بین‌المللی مواجه نماید. همچنین با اعلام جرم تبانی به‌جای محکومیت فردی متهمان، تصویر کامل‌تری از حقیقت جرائم ارتكابی ارائه می‌شود؛ حقیقت این‌که جرائم ارتكابی نه حاصل تلاش‌های فردی معدودی از افراد، بلکه حاصل توافق جمعی مقام‌های عالی‌رتبه بوده است.

باتوجه به مزایای استناد به جرم تبانی و باتوجه به نحوه ارتکاب جرائم بین‌المللی طی جنگ جهانی دوم، پیشنهاد درج تبانی در منشور دادگاه نورنبرگ از سوی نمایندگان دولت آمریکا مطرح گردید. ایده اولیه پیشنهاد این بود که علیه تمام رهبران نازی و سازمان‌های آن‌ها به‌صرف تبانی با هیتلر اعلام جرم شود. در واقع، به محض این‌که تبانی صورت گرفت، هر عمل هر عضو برای پیشبرد اهداف به تمامی سایر اعضای گروه قابل انتساب باشد (Yanev, 2015: 426-428). با وجود درج تبانی در ماده ۶ منشور نورنبرگ، مشکل این بود که ماده ۶ از تصریح به ارکان جرم تبانی خودداری نمود و همین امر دست قضات را برای تفسیر مفهوم تبانی باز گذاشت. پرسش اصلی این بود که آیا تبانی مندرج در ماده ۶ منشور نورنبرگ همان تبانی است که در نظام حقوقی کامن‌لا وجود دارد و



یا مفهوم دیگری همانند نظام حقوق نوشته از آن مدنظر است؟ این مشکل بعد از منشور نورنبرگ در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی بعدی هم تداوم داشت. به‌ویژه این‌که در اساسنامه و رویه این محاکم در کنار مفهوم تبانی به مفاهیم مشابه دیگری مانند برنامه‌ریزی و آماده‌سازی، و اقدامات مجرمانه مشترک هم اشاره شده است. در نهایت دیوان کیفری بین‌المللی در اساسنامه خود هیچ تصریحی به مفهوم تبانی نداشته است، اما از اشکال متنوعی از مشارکت در ارتکاب جرائم بین‌المللی در ماده ۲۵ اساسنامه خود نام می‌برد که می‌توانند در عمل نزدیک به تبانی در ارتکاب جرائم بین‌المللی باشند.

بنابراین با بررسی ارکان و پیشینه جرم تبانی در نظام‌های ملی به‌عنوان منبع مفاهیم مندرج در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی، می‌توان به این پرسش پاسخ داد که چرا تدوین‌کنندگان اساسنامه دیوان این مفهوم را به‌طور کلی حذف کرده‌اند؟ آیا با توجه به پیش‌بینی اقدامات مجرمانه مشترک، و برنامه‌ریزی و آماده‌سازی، علت حذف تبانی ادغام در مفاهیم یادشده بوده است؟ به‌منظور پاسخ به پرسش‌های فوق و با توجه به اقتباس این عنوان مجرمانه از نظام‌های ملی، این مقاله به بررسی تطبیقی ارکان و انواع جرم تبانی در نظام‌های ملی، اساسنامه و رویه دادگاه‌های کیفری بین‌المللی از ابتدا تاکنون پرداخته است و با توجه به حذف این عنوان مجرمانه در دیوان کیفری بین‌المللی، و تصریح جزئی به آن در دادگاه‌های کیفری یوگسلاوی و رواندا، ارتباط آن را با اقدامات مجرمانه مشترک و مفاهیم مشابه تبیین نموده است.

۲. ارکان جرم تبانی

۲.۱. ارکان جرم تبانی در نظام‌های ملی

تبانی به مفهومی که در نظام حقوقی کامن‌لا وجود دارد برای کشورهای نظام حقوق نوشته ناشناخته است. تبانی در مفهوم مضیق خود به معنای جرم ناتمامی است که در صورت اجرای موضوع توافق توسط یک یا چند شخص کامل می‌گردد، با وجود این، صرف توافق برای ارتکاب جرم قابل مجازات است^۱ (Timmermann, 2006: 845). در حقوق انگلستان، تبانی با انعقاد توافق محقق می‌شود و لزومی ندارد که اقدام بعد از توافق، متعاقب آن باشد. البته صرف مذاکره کفایت نمی‌کند؛ این امر مستلزم این است که تبانی‌کنندگان حداقل عناصر اصلی توافق را تعریف کنند، بدین‌معنا که آن‌ها توافق به رفتاری نمایند که شامل نتایج مدنظرشان باشد. اگر توافق حاصل نشد،

۱. در حقوق کامن‌لای انگلستان جرائم ناتمام یا عقیم که بدون نیاز به ارتکاب جرم اصلی منجر به مسئولیت کیفری می‌شوند، به سه دسته تقسیم می‌شوند: شروع به ارتکاب جرم، تبانی، و تحریک به ارتکاب جرم (Timmermann, 2006: 825).

اتهام تبانی رد خواهد شد. البته ضرورتی برای ملاقات حضوری طرفین توافق وجود ندارد و صرف اطلاع از وجود طرف دیگر برای تحقق توافق کافی است. مقررات تبانی در ایالات متحده نیز از مبنای کامن‌لای آن اقتباس شده است (Okoth, 2014: 16-31).

گرچه جرم‌انگاری تبانی به‌عنوان یک جرم ناتمام و مستقل ابتدا در کشورهای کامن‌لا صورت گرفت، اما این مفهوم امروزه در برخی نظام‌های حقوقی نوشته مانند آلمان هم وجود دارد (Ambos, 2008: 760). البته در آن دسته از نظام‌های حقوق نوشته مانند آلمان، اسپانیا و فرانسه که تبانی را تنها در رابطه با برخی جرائم شدید جرم‌انگاری نموده‌اند، تبانی بیشتر به‌عنوان یک شروع به جرم مجرمانه شناخته می‌شود. برای مثال، در نظام حقوقی فرانسه لازم است که متهمان علاوه بر توافق برای ارتکاب جرم، اقداماتی هم در راستای آماده‌سازی ارتکاب جرم انجام داده باشند^۱. در نتیجه، اگر در نظام حقوقی کامن‌لا اشخاص توافق به ارتکاب جرم نمایند و مرتکب جرم شوند، هم به اتهام تبانی و هم به اتهام ارتکاب جرم محکوم خواهند شد^۲ (کسسه، ۱۳۸۷: ۲۴۳)، اما در نظام‌های حقوق نوشته مسئولیت برای ارتکاب تبانی تنها زمانی متوجه شخص خواهد شد که موفق به ارتکاب جرم نشوند (کسسه، ۱۳۸۷: ۲۴۳؛ Dalton, 2010: 6)^۳.

رکن مادی جرم تبانی، توافق کردن برای ارتکاب یک جرم است و رکن معنوی آن دو شق دارد: اول، علم به واقعیات و اوضاع و احوال جرمی که تبانی‌کنندگان قصد ارتکاب آن را دارند، دوم، قصد عمل به تبانی و ارتکاب جرم اصلی^۴ (کسسه، ۱۳۸۷: ۲۴۳). با توجه به دو قسمتی بودن رکن معنوی جرم تبانی، که قسمت دوم آن قصد ناظر بر تحقق نتیجه مجرمانه است، به‌نظر می‌رسد که این یک

۱. تبانی در مواد ۶۱۰ و ۶۱۱ قانون تعزیرات ایران هم پیش‌بینی شده است. این امر به‌ویژه در ماده ۶۱۱ قانون تعزیرات به‌صراحت آمده است که در صورتی شخص به اتهام تبانی در ارتکاب جرائم علیه اعراض یا نفوس یا اموال مردم محکوم خواهد شد که علاوه بر تبانی، مقدمات اجرایی آن را هم تدارک دیده باشند، اما بدون اراده خود موفق به اقدام نشوند. بنابراین موضع نظام حقوقی ایران در خصوص تبانی مشابه نظام حقوقی فرانسه است. برای اطلاع بیشتر رجوع شود به: (حبیب‌زاده، مؤمنی، ۱۳۸۹: ۱۴۴-۱۴۱). با وجود این، شروع به جرم و تبانی دو جرم ناتمام متفاوت از یکدیگر هستند. برای اطلاع از تفاوت‌های بین این دو رجوع شود به: (حکیمی‌ها، ۱۳۹۶: ۷۳-۷۲).

۲. در انگلستان ادغام نشدن اتهام تبانی در اتهام جرم اصلی ارتکابی برای اولین بار در پرونده اوکنل (O'Connell) مورد تأیید قرار گرفت و در قانون کیفری این کشور نیز بر تفکیک و عدم ادغام اتهام تبانی با اتهام جرم موضوع تبانی در صورت ارتکاب تأکید شده است. (Okoth, 2014: 20)

۳. در واقع، عواملی که سازنده جرم تبانی در حقوق انگلیس هستند در حقوق فرانسه به مثابه کیفیات مشدده جرم و یا داخل در مسئولیت معاون قرار می‌گیرند. (Elliot, 2011: 104)

۴. در رابطه با قسمت اول رکن معنوی جرم تبانی، برخی قسمت اول را همان قصد توافق و یا تبانی می‌دانند. (حبیب‌زاده، مؤمنی، ۱۳۸۹، ۱۴۸) برای اطلاع از اختلاف‌نظرها درباره رکن معنوی موردنیاز برای جرم تبانی رجوع شود به: (حکیمی‌ها، ۱۳۹۶: ۶۲-۶۰).



جرم دارای سوءنیت خاص است. برای احراز جرم تبانی، بررسی این که آیا توافق در نهایت اجرا شده یا خیر، مهم نیست، اما در صورت ارتکاب جرم موضوع تبانی، مواضع نظام‌های کامن‌لا و حقوق نوشته در برخورد با تبانی و جرم موضوع تبانی متفاوت خواهد بود. با توجه به پیشینه جرم تبانی در نظام کامن‌لا باید دید که حقوق کیفری بین‌المللی از کدام مفهوم تبانی (کامن‌لا و یا حقوق نوشته) استفاده نموده است.

۲.۲. ارکان جرم تبانی در نظام حقوق کیفری بین‌المللی

در حقوق کیفری بین‌المللی جهت احراز ارکان جرم تبانی باید به اولین نمونه اشاره به این جرم در اساسنامه دادگاه‌های بین‌المللی پرداخت. اساسنامه دادگاه نورنبرگ به عنوان اولین دادگاه کیفری بین‌المللی به تبانی تصریح نموده است، اما این تصریح توأم با ابهام‌های زیادی است؛ بدین صورت که تعریف و ارکان تبانی مشخص نشده، و در رویه به شکل محدودی صرفاً در رابطه با جنایات علیه صلح پذیرفته شده است.

از جمله متهمان به تبانی در این دادگاه فریک^۱ بود، وی وزیر امور داخلی آلمان در رژیم نازی بود که به اتهام تمامی چهار فقره جنایات تحت صلاحیت دادگاه نورنبرگ محاکمه گردید، اما در نهایت به دلیل عدم شرکت در جلسات تصمیم‌گیری هیتلر در رابطه با جنگ‌های تجاوزکارانه از اتهام تبانی در ارتکاب جنایات علیه صلح تبرئه و به سه فقره اتهام جنایات علیه صلح، جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی محکوم گردید (Office of the United States Chief of Counsel for Prosecution of Axis Criminality, 1947: pp. 126-129). سیس اینکوارت^۲ نیز بنا به دلائل مشابه ضمن تبرئه از اتهام تبانی، به سه فقره اتهام دیگر محکوم گردید.

والتر فانک^۳ نیز به رغم داشتن پست عالی‌رتبه و آماده‌سازی مالی آلمان نازی جهت تجاوز به کشورهای همسایه، به زعم دادگاه به دلیل نداشتن تأثیر لازم در تدوین یک توافق، از اتهام تبانی در جنایات علیه صلح تبرئه می‌شود. (Office of the United States Chief of Counsel for Prosecution of Axis Criminality, 1947: 131-134). فن اسچیراخ^۴، ساکل^۵، فرانک^۶ و کالتنبرونر^۷ به اتهام ارتکاب جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت محکوم شدند و از دو اتهام

1. Frick.

2. Seyss-Inquart.

3. Walter Funk.

4. Von Schirach.

5. Sauckel.

6. Frank.

7. Kaltenbrunner.

ارتکاب جنایات علیه صلح و تبانی در آن تبرئه گردیدند (Office of the United States Chief of Counsel for Prosecution of Axis Criminality, 1947, p. 119-121). در رابطه با متهم دیگر اسپیر^۱ هم دادگاه اعلام نمود که با وجود انتصاب وی به سمت رئیس صنایع جنگی آلمان، از آنجا که در زمان انتصابش تمامی جنگ‌های آلمان نازی شروع شده و در جریان بوده، نمی‌توان وی را به اتهام شروع، برنامه‌ریزی و آماده‌سازی و یا تبانی در ارتکاب جنایات علیه صلح محکوم نمود^۲ (Office of the United States Chief of Counsel for Prosecution of Axis Criminality, 1947: 156). در رابطه با متهمان دیگر به نام‌های استریچر^۳، دوئنیتز^۴، بورمن^۵، فن پاپن^۶ و فریچ^۷ دادگاه از استدلال مشابه پرونده فریک بهره می‌گیرد و در نتیجه متهمان از اتهام تبانی در جنایات علیه صلح تبرئه می‌گردند (Office of the United States Chief of Counsel for Prosecution of Axis Criminality, 1947: 129-131; 162-166). تبرئه متهم عالی‌رتبه دیگر به نام اسکات هم بنابه دلایل مشابهی اعلام گردید. از نظر دادگاه برای محکومیت وی به اتهام تبانی لازم است اثبات شود که وی از طرح‌های تجاوزکارانه نازی مطلع بوده و در تدوین آن‌ها نقش داشته است. در نهایت دادگاه به این نتیجه رسید که نمی‌توان اطلاع و آگاهی وی از این طرح‌ها را و رای هر تردید معقولی اثبات نمود. در نتیجه وی از تمام اتهام‌های وارده تبرئه شد (Office of the United States Chief of Counsel for Prosecution of Axis Criminality, 1947: 133-137).

در واقع دادگاه نورنبرگ آستانه بالایی را برای احراز رکن مادی و معنوی جرم تبانی در جنایات علیه صلح در نظر می‌گیرد؛ به طوری که در تمام پرونده‌های یادشده صرف حضور و اطلاع متهم از توافق را جهت انتساب اتهام تبانی کافی نمی‌داند، بلکه معتقد به لزوم احراز قصد متهم در تحقق نتایج توافق (قسمت دوم رکن معنوی) و نقش کلیدی و راهبردی متهم جهت احراز اراده وی جهت انعقاد توافق (رکن مادی) است.

هرچند تبانی در ماده ۵ منشور دادگاه توکیو برای محاکمه جنایت‌کاران جنگ جهانی دوم در ژاپن عیناً تکرار ماده ۶ منشور نورنبرگ بود، اما در رویه قضایی این دادگاه به ارکان مادی و معنوی تبانی (البته تنها در رابطه با جنایات علیه صلح) با تفصیل بیشتری پرداخته شده است. چندین عامل

1. Speer.

۲. در واقع دادگاه نورنبرگ الحاق بعدی یک شخص به تبانی و توافق برای ارتکاب جرم را نپذیرفت.

3. Streicher.

4. Doentiz.

5. Bormann.

6. Von Papen.

7. Fritzsche.



در این دادگاه برای استنباط مشارکت متهم در تبانی مورد استفاده قرار گرفت: تصدی یک سمت عالی‌رتبه در دولت یا نیروی نظامی موجب می‌شود که یک شخص قادر به ایفای نقش در تدوین و اجرای طرح‌های جنگ تجاوزکارانه کشور باشد؛ حضور در جلساتی که در آن موضوع تبانی مورد بحث قرار گرفته است؛ مشارکت در برنامه‌های سیاسی که مستلزم براندازی و قتل رهبران مخالف جنگ تجاوزکارانه است؛ حمایت از به قدرت رسیدن تبانی‌کنندگان، سرکوب دموکراسی و محکومیت مخالفان، تبلیغات از طریق رسانه‌هایی که حامی جنگ‌های تجاوزکارانه تبانی‌کنندگان هستند و تحریک مردم ژاپن به تصرف سرزمین‌های همسایه. در رابطه با رکن معنوی هم دادگاه توکیو از یک معیار دو قسمتی استفاده نمود: اول، متهم از اهداف تجاوزکارانه تبانی اطلاع داشته باشد که این امر از سمت متهم یا مشارکت وی در تصمیم‌گیری‌های رسمی یا از اظهارات عمومی، مقالات منتشره و مکاتبات خصوصی متهم قابل استنباط است. دوم، قصد خاص متهم در تحقق اهداف تبانی. شرط اخیر از تصمیم دادگاه توکیو در تبرئه نمودن ماتسو از اتهام تبانی قابل استنباط است. گرچه ادله کافی حاکی از ارتباط نزدیک وی با تبانی‌کنندگان وجود داشت، و او احتمالاً از اهداف و سیاست‌های تبانی‌کنندگان آگاهی داشته، با وجود این دادگاه اعلام نمود که صرف اطلاع برای محکوم نمودن وی به اتهام تبانی کافی نیست (Okoth, 2014: 118-120).

در اساسنامه‌های دادگاه‌های نسل دوم یعنی دادگاه‌های یوگسلاوی و رواندا، تنها تصریح به جرم تبانی در ماده (ب)(۳) اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی رواندا، و ماده (ب)(۳) اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی در رابطه با جرم نسل‌کشی است، بدون این که به ارکان جرم تبانی اشاره نماید. با وجود اشاره به تبانی در نسل‌کشی در اساسنامه دادگاه یوگسلاوی، تبانی در رویه قضایی این دادگاه نقش چندانی نداشته است. دادگاه یوگسلاوی برخلاف دادگاه رواندا، و بنابه اذعان خود دادگاه برای اولین بار در پرونده پوپویچ به اتهام تبانی در نسل‌کشی توجه نموده است (Prosecutor v. Popovic et. Al, 2010: para. 867). بعد از آن دادگاه در پرونده تولیمیر^۱ هم به اتهام تبانی در نسل‌کشی رسیدگی نمود. در پرونده پوپویچ، ادعا شده بود که متهمان با یکدیگر توافق نمودند که به قصد نابودسازی مسلمانان، مردان مسلمان در سربرنیتسا را بکشند و باقیمانده جمعیت مسلمان در منطقه سربرنیتسا و زپا را اخراج نمایند. دادگاه در احراز وجود تبانی به شیوه ارتکاب جرائم نیروهای صرب بوسنی در سربرنیتسا اشاره نمود. از نظر دادگاه چنین هماهنگی در

1. Tolimir.

اعمال نیروهای صرب بوسنی تنها به واسطه وجود یک توافق برای ارتکاب این اعمال می‌تواند حاصل گردد (Prosecutor v. Popovic et. Al, 2010: para. 867-876).^۱

دادگاه کیفری رواندا در تبیین ارکان تبانی در نسل‌کشی در پرونده ناهیمانا، بارایاگوویزا و انگزه اعلام می‌دارد که وجود توافق رکن مادی جرم تبانی است. در نتیجه به دلیل همکاری متهمان در رادیو آرتی‌ال‌ام، آن‌ها برای هر دو جرم تبانی در نسل‌کشی و نسل‌کشی مسئول شناخته می‌شوند (Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza, Ngeze, 2003: para. 8, 9, 10, 1043, 1092-1094). البته محکومیت متهمان به اتهام تبانی در نسل‌کشی توسط دادگاه تجدیدنظر به دلیل نبود دلایل کافی جهت اثبات وجود یک توافق بین متهمان با قصد خاص ارتکاب نسل‌کشی رد می‌شود که در میزان مجازات نهایی آن‌ها نیز تأثیرگذار است و مجازات حبس ابد هر سه متهم به ترتیب به ۳۰، ۳۲ و ۳۵ سال حبس تقلیل می‌یابد. دادگاه تجدیدنظر بر این عقیده بود که حتی اگر همکاری بین متهمان در شبکه رادیویی آرتی‌ال‌ام بتواند دلالت بر توافق بین آن‌ها برای اشاعه نظریه «برتری نژاد هوتو» داشته باشد، اما نمی‌تواند ورای هر تردید معقولی قصد خاص نابودسازی توتسی‌ها را که لازمه جرم نسل‌کشی است، اثبات نماید (Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza, Ngeze v. (Prosecutor, 2007: para. 906, 912, XVIII. DTSPPOSITION). بنابراین برای محکومیت به تبانی در نسل‌کشی لازم است قصد خاص لازمه جرم نسل‌کشی وجود داشته باشد و ورای هر تردید معقولی اثبات گردد. دادگاه تجدیدنظر بر این عقیده بود که قسمت دوم رکن معنوی لازمه جرم تبانی در این‌جا قابل اثبات نیست.

در پرونده نیراماسوهوکو و سایرین هر شش متهم به اتهام نسل‌کشی و تبانی در نسل‌کشی متهم شدند. دادستانی در اثبات ادعای خود به جلسات متعددی استناد نمود که متهمان طی آن‌ها در رابطه با چگونگی کشتار توتسی‌ها و تحریک دیگران برای پیوستن به آن‌ها تصمیم‌گیری می‌کردند. در نهایت دادگاه تنها یک متهم را به هر دو اتهام نسل‌کشی و تبانی در نسل‌کشی محکوم نمود و سایر متهمان به دلیل نبود ادله کافی از اتهام تبانی در نسل‌کشی تبرئه شدند، اما به اتهام ارتکاب نسل‌کشی و سایر جرائم بین‌المللی محکوم شدند (Prosecutor v. Nyiramasuhuko, et al, (2011: para. 1, 1823, CHAPTER V: VERDICT, para. 6271).

در یکی دیگر از پرونده‌ها در دادگاه رواندا دو نفر از چهار متهم پرونده به نام‌های موگنزی و موگیرانزا به اتهام تبانی در نسل‌کشی و تحریک مستقیم و علنی به ارتکاب نسل‌کشی محکوم

۱. با توجه به عدم امکان اثبات وجود یک توافق صریح مبنی بر ارتکاب جرم بین‌المللی، این نحوه اثبات جرم تبانی توسط دادگاه‌های کیفری بین‌المللی رواندا و یوگسلاوی در سایر پرونده‌ها مورد تبعیت قرار گرفته است. (Prosecutor v. Tolimir, 2012: para. 790; Prosecutor v. Bizimungu, Mugenzi, Bicamumpaka, Mugiraneza, 2011: para. 1956).



می‌شوند، اما از اتهام ارتکاب نسل‌کشی تبرئه می‌گردند (Prosecutor v. Bizimungu, Mugenzi, Bicamumpaka, Mugiraneza, 2011, para. 1988). با وجود این، محکومیت‌های صادره به دلیل عدم ارائه ادله کافی جهت اثبات رکن معنوی متهمان در ارتکاب تبانی در نسل‌کشی و تحریک مستقیم و علنی در ارتکاب نسل‌کشی توسط دادگاه تجدیدنظر رد می‌شوند و حکم بر براءة دو محکوم صادر می‌شود. زیرا دادگاه بدوی رکن معنوی این دو متهم را صرفاً به دلیل حضورشان در مراسم معرفی کابینه جدید که در آن سخنرانی‌های تحریک‌آمیزی مبنی بر کشتار توتسی‌ها صورت گرفته بود، استنباط نمود (Mugenzi, Mugiraneza v. The Prosecutor, 2013: para. 144, 92). دادگاه رواندا در صدور حکم براءة متهمان مشابه دادگاه توکیو در تبرئه ماتسو از اتهام تبانی در جنایات علیه صلح عمل نموده است. در پرونده ماتسو نیز دادگاه با اعلام معیار دو قسمتی برای رکن معنوی متهم اعلام داشت که صرف اطلاع از قصد تبانی‌کنندگان برای محکومیت متهم کفایت نمی‌نماید، بلکه متهم نیز باید دارای قصد ارتکاب تبانی و در رابطه با تبانی در نسل‌کشی باید دارای قصد خاص لازم این جرم باشد. در واقع، رکن معنوی و مادی تبانی متضمن آگاهی عمومی اعضا از وجود تبانی، مشارکت آگاهانه و مؤثر در تبانی و قصد خاص پیشبرد هدف مشترک می‌باشد.

۳. انواع جرم تبانی در حقوق کیفری بین‌المللی

پیشنهاد درج مفهوم تبانی در دادگاه نورنبرگ ابتدا از سوی برنی در وزارت دفاع ایالات متحده آمریکا مطرح گردید. تبانی در نظر برنی ترکیبی از «تبانی در مفهوم اولیه آن» و مسئولیت مشارکتی که چندین سال بعد در حقوق کیفری ایالات متحده آمریکا تحت عنوان «دکترین تبانی پینکرتون»^۱ شناخته شد، می‌باشد. تبانی در مفهوم برنی بدین معناست که شخصی که با دیگران در

۱. در ژوئن ۱۹۴۶، حدود دو سال بعد از پیشنهاد برنی در توسعه مفهوم تبانی، دیوان عالی ایالات متحده در پرونده پینکرتون این دیدگاه را پذیرفت که به دکتترین پینکرتون شهرت یافته است. والتر و دنیل پینکرتون دو برادری بودند که به اتهام تبانی و ده فقره جرمی که در نتیجه این تبانی ارتکاب یافته بود محکوم شدند. قضات دیوان اعلام نمودند که هیچ ادله‌ای وجود ندارد که اثبات نماید که دنیل مستقیماً در ارتکاب این جرائم مشارکت داشته است،... گرچه ادله‌ای وجود دارد که اثبات می‌نماید که این جرائم در واقع توسط والتر و در راستای تبانی و توافق غیرقانونی بین این دو برادر ارتکاب یافته‌اند. اکثریت قضات دیوان اعلام نمودند که برای محکومیت دنیل نه تنها به اتهام تبانی بلکه به اتهام جرائم ارتكابی توسط برادرش مبنای کافی وجود دارد. دکتترین پینکرتون در ایالات متحده آمریکا بسیار چالش برانگیز بوده و در مدل قانون کیفری آمریکا که توسط بیشتر ایالات آمریکا مورد اقتباس قرار می‌گیرد، پذیرفته نشده است. علت عدم پذیرش این دکتترین در خلاف اصل تناسب بودن آن است و این که به صرف توافق، می‌توان هزاران جرم ارتكابی یک فرد

ارتکاب یک جرم توافق می‌نماید، برای ارتکاب تبانی و ارتکاب جرائم موضوع تبانی صرف‌نظر از نقشش در اجرای آن‌ها مسئول شناخته شود؛ در واقع امکان محکومیت شخص بدون این‌که نقشی در اجرای جرائم موضوع تبانی داشته باشد، وجود دارد (Yanev, 2015: 429). به دلیل انتقادهای وارده به این طرح ناشی از احراز مسئولیت بدون اثبات مشارکت از سوی کشورهای فرانسه و اتحاد جماهیر شوروی، پیشنهاد جای‌گزین، اما مبهم ایالات متحده این بود که: «... آن‌هایی که در تدوین و اجرای یک طرح مجرمانه مستلزم ارتکاب چندین جرم مشارکت دارند، جمعاً برای هریک از جرائم ارتكابی و هر یک از اعمال سایرین (در این توافق) مسئول شناخته شوند» (Yanev, 2015: 432-440). در نهایت به دلیل اختلاف نظرها و محدودیت زمانی برای به نتیجه رساندن کنفرانس لندن، متن ماده ۶ منشور نورنبرگ به شکل ذیل به تصویب رسید.

به موجب ماده ۶ منشور نورنبرگ که ماده ۵ منشور دادگاه توکیو عیناً مشابه آن است: «... اعمال ذیل، یا هریک از آن‌ها، جرائم تحت صلاحیت دادگاه هستند که برای آن‌ها مسئولیت شخصی وجود دارد: الف) جنایات علیه صلح: یعنی برنامه‌ریزی، آماده‌سازی، شروع یا اقدام به یک جنگ تجاوزکارانه، یا جنگی مغایر با معاهدات و توافقات و تضمین‌های بین‌المللی، یا مشارکت در یک طرح مشترک یا تبانی برای انجام هر یک از اعمال مذکور؛ ب) جنایات جنگی: ... ج) جنایات علیه بشریت: ... رهبران، سازمان‌دهندگان، تحریک‌کنندگان یا مشارکت‌کنندگان در تدوین یا اجرای یک طرح مشترک یا تبانی برای ارتکاب هر یک از جرائم مذکور برای همه اعمال ارتكابی توسط اشخاص در اجرای چنین طرحی مسئول شناخته خواهند شد» (Charter of the International Military Tribunal, 1945).

نکته‌ای که از ماده ۶ اساسنامه دادگاه نورنبرگ استنباط می‌شود، تکرار تبانی در دو قسمت مختلف از ماده مذکور است. به‌طوری‌که در وهله اول در تعریف جنایات علیه صلح، تبانی در این جنایات را مستقلاً جرم‌انگاری نموده است، اما در وهله دوم به‌طور کلی در تمام جرائم تحت صلاحیت دادگاه به مسئولیت رهبران، سازمان‌دهندگان، تحریک‌کنندگان یا مشارکت‌کنندگان در تدوین یا اجرای یک طرح مشترک یا تبانی برای ارتکاب هر یک از جرائم مذکور اشاره نموده است. تکرار تبانی به دو شکل مختلف در ماده ۶ می‌تواند دلالت بر پیش‌بینی دو شق متفاوت از تبانی داشته باشد: اول تبانی به‌عنوان یک جرم مستقل؛ دوم، تبانی به‌عنوان شکلی از مشارکت.

را به دیگران (سایر طرفین توافق) تسری داد. دکتین پینکرتون در سایر کشورهای کامن‌لا نیز پذیرفته‌نشده است (Yanev, 2015: 429-430).



۱.۳. تبانی به عنوان یک جرم مستقل

طبق شق اول، تبانی خود به عنوان یک جرم تلقی می‌گردد که البته در دادگاه‌های نورنبرگ و توکیو فقط محدود به جنایات علیه صلح شده است؛ یعنی در این جرائم صرف تبانی و توافق برای ارتکاب آن‌ها جرم بوده هر چند عملاً جرائم مذکور واقع نشوند، اما اگر برای ارتکاب جنایات جنگی و یا جنایات علیه بشریت تبانی و توافقی صورت پذیرد، صرف توافق و تبانی جرم نیست (Yanev, 2015: 440).

۱.۳.۱. تبانی به عنوان جرم مستقل در دادگاه نورنبرگ

دادگاه نورنبرگ در وهله اول تبانی را محدود به جنایات علیه صلح نمود که البته این امر تا حد زیادی به دلیل نگارش مبهم متن ماده ۶ منشور دادگاه در رابطه با جرم تبانی بود. در بند اول ماده ۶ منشور نورنبرگ که به جنایات علیه صلح می‌پردازد به تبانی در ارتکاب این جنایت اشاره شده، در مقابل در رابطه با جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت شاهد مقرر مشابهی نیستیم. این تفسیر مضیق معمولاً حمل بر این حقیقت شده است که تبانی، مفهومی نبوده که توسط نظام‌های حقوق نوشته به رسمیت شناخته شده باشد. این تفسیر، آرای تمام دادگاه‌های بعدی را تحت تأثیر قرار داد. دلیل دیگری که برای عدم تسری تبانی به سایر جرائم بین‌المللی ذکر می‌شود، عدم تصریح به آن در کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ و کنوانسیون‌های صلح لاهه ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ به عنوان اولین منابع تعریف جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت است. در مقابل، نظر دیگری که در تفسیر تبانی نوع اول وجود دارد این است که منشور نورنبرگ با قرار دادن تبانی در کنار سایر روش‌های مشارکت در ارتکاب جنایات علیه صلح بیشتر آن را به یک شیوه مشارکت در ارتکاب جنایت علیه صلح و نه یک جرم مستقل نزدیک نموده است (Cryer, 2010: 368).

بهترین پرونده در رابطه با اتهام تبانی در دادگاه نورنبرگ، پرونده رادولف هس است. با وجود اعلام اتهام وی به هر چهار فقره جرم مندرج در کیفرخواست، وی در نهایت به اتهام تبانی برای ارتکاب جنایات علیه صلح و ارتکاب جنایات علیه صلح محکوم شد. دادگاه در حکم صادره اعلام نمود که وی مرد شماره اول حزب نازی بوده که در تمام جلسات هیتلر جهت تدوین طرح حملات تجاوزکارانه در اروپا شرکت داشته است. پذیرش آگاهانه وی از این طرح منجر به محکومیت وی به تبانی برای ارتکاب جنایات علیه صلح می‌شود. علاوه بر این، هس به اتهام ارتکاب جنایات علیه صلح هم محکوم گردید، اما تنها بعد از این که قضات دادگاه به ادله کافی جهت اثبات مشارکت وی در اجرای طرح‌های هیتلر رسیدند. اما هس از اتهام ارتکاب جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی مندرج در کیفرخواست به دلیل فقدان ادله کافی جهت اثبات ارتباط وی با این جرائم تبرئه گردید.

Office of the United States Chief of Counsel for Prosecution of Axis)
(Criminality, 1947: 111-113.

اگر دادگاه از مفهوم تبانی مدنظر برنی تبعیت می نمود، بی تردید هس به دلیل اثبات تبانی اش باید به اتهام ارتکاب جنایات علیه صلح، جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت هم محکوم می شد و نیازی به ارائه دلیل جهت اثبات مشارکت وی در این جرائم نبود (Yanev, 2015: 446-447). در انتقاد از مجازات صادره برای هس و تبرئه وی از اتهام جنایات علیه بشریت، قضات مخالف در دادگاه نورنبرگ به دلایلی استناد می نمایند که نقش هس را در ارتکاب جنایات علیه بشریت اثبات می نماید. از جمله این دلایل نقش او در امضای قوانینی است که یهودیان را از شرکت در انتخابات و تصدی مشاغل عمومی محروم می نماید و در عین حال سخنرانی هایی از وی در مقام معاون هیتلر وجود داشته که از تئوری «نژاد برتر» هیتلر حمایت می نماید (Office of the United States Chief of Counsel for Prosecution of Axis Criminality, 1947: 179-180). نکته اینجاست که حتی قضات مخالف هم به دنبال اثبات مشارکت متهم در جنایات علیه بشریت هستند، نه این که صرف اثبات تبانی متهم با هیتلر را برای محکومیت وی در جرائم موضوع تبانی کافی بدانند.

در واقع نگاهی به رویه قضایی دادگاه نورنبرگ در برخورد با تبانی بیانگر رویکرد بسیار مضیق دادگاه است. اولاً دادگاه نورنبرگ این جرم را محدود به جنایات علیه صلح و متهمان را محدود به رهبران و تصمیم گیرندگان دولت آلمان نازی می نماید. ثانیاً اثبات وجود یک توافق برای ارتکاب جنایات علیه صلح را دلیل برای اثبات محکومیت متهم به جرائم موضوع تبانی نمی داند و برای محکومیت متهم به جنایات موضوع توافق به دنبال ادله اثبات مشارکت متهم در جرائم ارتكابی است. ثالثاً به دلیل محکومیت برخی متهمان مانند هس به دو عنوان مجرمانه تبانی در ارتکاب جنایات علیه صلح و ارتکاب جنایات علیه صلح به نظر می رسد که از نظر دادگاه نورنبرگ تبانی در ارتکاب جنایات علیه صلح به عنوان یک جرم مستقل تلقی شده است و امکان محکومیت همزمان به دو اتهام تبانی و جرائم موضوع تبانی وجود دارد.

۳.۱.۲. تبانی به عنوان جرم مستقل در دادگاه توکیو

دادگاه توکیو همانند دادگاه نورنبرگ بر این اعتقاد بود که مسئول شناختن یک شخص به اتهام تبانی خودبه خود به معنای مسئول دانستن وی برای همه جنگ های تجاوزکارانه و جنایات ارتكابی موضوع تبانی نیست (International Military Tribunal for the Far East, 1948: 40-41). از بیست و سه نفر متهمی که در دادگاه توکیو به اتهام تبانی در جنایات علیه صلح و سایر جرائم

متهم شدند، دو نفر از متهمان یعنی اوشیما و شیراتوری^۱ تنها به اتهام تبانی در جنایات علیه صلح محکوم و از سایر جرائم اتهامی تبرئه شدند. (Okoth, 2014: 118-120).

دادگاه توکیو همانند دادگاه نورنبرگ اعلام نمود که تبانی در جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی خارج از صلاحیت دادگاه است (International Military Tribunal for the Far East, 1948: 40-41). هر دو دادگاه تنها زمانی متهمان را علاوه بر تبانی، به اتهام مشارکت در جنایات علیه صلح محکوم می‌نمودند که دلایلی جهت اثبات مشارکت متهمان در جنگ تجاوزکارانه وجود داشته باشد. در واقع هر دو دادگاه و برخلاف تبانی مدنظر برنی صرف اثبات تبانی منجر به مسئولیت متهمان به مشارکت در جنایات موضوع تبانی نمی‌شود. به عبارت دیگر از نظر این دو دادگاه تبانی یک جرم مستقل است و امکان محکومیت هم‌زمان متهمان به دو جرم تبانی و مشارکت در جرائم موضوع تبانی وجود دارد.

۳.۱.۳. تبانی به عنوان جرم مستقل در دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی

در اساسنامه‌های دادگاه‌های یوگسلاوی و رواندا به تبانی به عنوان شکلی از مسئولیت و یا جرمی مستقل اشاره نشده است، بلکه صرفاً به تبانی در نسل‌کشی به عنوان یک جرم مستقل تصریح شده است. در نتیجه، تنها تصریح به جرم تبانی در ماده (ب)(۳) ۴ اساسنامه دادگاه یوگسلاوی و ماده (ب)(۳) ۲ اساسنامه دادگاه رواندا در رابطه با جرم نسل‌کشی است.

دادگاه یوگسلاوی برای اولین بار در پرونده پوپویچ به اتهام‌های پنج نفر از هفت متهم به اتهام تبانی در نسل‌کشی رسیدگی کرد. دادگاه اعلام کرد که تبانی در نسل‌کشی صرف‌نظر از ارتکاب یا عدم ارتکاب نسل‌کشی فی‌نفسه یک جرم مستقل و ناتمام است. دادگاه همچنین اعلام نمود که تبانی باتوجه به نظام‌های حقوقی کامن‌لا یک جرم مستمر است^۲ و یک شخص می‌تواند بعد از انعقاد توافق هم به آن ملحق گردد.^۳ (Prosecutor v. Popovic et. Al, 2010: para. 867-).

876). در نهایت دادگاه برای دو نفر از متهمان یعنی پوپویچ و برا، اتهام تبانی در نسل‌کشی و نسل‌کشی را احراز نمود. دادگاه گرچه اعلام نمود که تبانی در نسل‌کشی و نسل‌کشی دو جرم مجزا و مستقل از هم هستند، اما از محکومیت متهمان به هر دو فقره اتهام خودداری نمود، زیرا چنین محکومیتی را غیرمنصفانه می‌دانست. از نظر دادگاه هدف از جرم‌انگاری تبانی در نسل‌کشی به عنوان یک جرم مستقل و ناتمام جلوگیری از ارتکاب آن است و با ارتکاب نسل‌کشی دیگر توجیهی برای

1. Oshima and Shiratori.

۲. برای اطلاع از نظر مخالف رجوع شود به: (حبیب‌زاده، مؤمنی، ۱۳۸۹، ص. ۱۴۹-۱۴۸).

۳. رویه دادگاه از این زاویه با رویه دادگاه نورنبرگ در پرونده اسپیر متفاوت است.

جرم‌انگاری مستقل تبانی در نسل‌کشی وجود ندارد. در واقع از نظر دادگاه محکومیت متهم به نسل‌کشی مانع از محکومیت مجدد متهمان به اتهام تبانی در نسل‌کشی می‌شود. بنابراین دادگاه این دو متهم را تنها به اتهام ارتکاب نسل‌کشی محکوم نمود (Prosecutor v. Popovic et. al., 2010: para. 2111-2127).

اما دادگاه یوگسلاوی در پرونده تولیمیر دیدگاه کاملاً متفاوتی اتخاذ نمود. در این پرونده برخلاف پرونده پوپویچ، قضات به این موضوع اشاره نمودند که هدف از جرم‌انگاری تبانی در نسل‌کشی نه تنها بازدارندگی از ارتکاب نسل‌کشی، بلکه مجازات تمامی تبانی‌کنندگان بوده که صرف توافق آن‌ها برای ارتکاب نسل‌کشی خطر بزرگی را متوجه جامعه نموده است. در نتیجه اکثریت قضات تصمیم گرفتند که محکومیت متهم به هر دو اتهام تبانی در نسل‌کشی و نسل‌کشی حفظ شود و متهم با لحاظ تمامی محکومیت‌ها به مجازات حبس ابد محکوم شود (Prosecutor v. Tolimir, 2012: para. 1207, 1239, 1242).

۴.۱.۳. تبانی به عنوان جرم مستقل در دادگاه کیفری بین‌المللی روآندا

باوجود تشابه ماده (۱) ۶ اساسنامه دادگاه روآندا با ماده (۱) ۷ اساسنامه دادگاه یوگسلاوی، رویه قضایی دادگاه روآندا نقش فعال‌تری در تبیین ماهیت تبانی در نسل‌کشی داشته است. دادستانی دادگاه روآندا بر این عقیده بود که وسعت نسل‌کشی در روآندا که با حضور نیروهای دولتی ارتکاب یافته‌اند دال بر وجود تبانی با عاملان این جنایات است. دادگاه روآندا در چهارده پرونده اتهام تبانی در نسل‌کشی را مورد توجه قرار داد که از این تعداد در پنج پرونده برای متهمان حکم به محکومیت به تبانی در نسل‌کشی صادر گردید (Okoth, 2014: 130). از بین پنج حکم صادره دو حکم در مرحله تجدیدنظر رد شد و بقیه مورد تأیید قرار گرفتند.

از نظر دادگاه روآندا در پرونده موسما، تبانی در نسل‌کشی صرف‌نظر از نتایجش قابل مجازات است؛ تبانی در هر دو نظام حقوقی کامن‌لا و حقوق نوشته یک جرم ناتمام و مستقل است که به دلیل عمل توافق و صرف‌نظر از نتایجش قابل مجازات است. شعبه در پاسخ به این پرسش که در صورت ارتکاب نسل‌کشی آیا دادگاه می‌تواند متهم را هم به اتهام نسل‌کشی و هم به اتهام تبانی در نسل‌کشی محکوم نماید، به دو نظام حقوقی مشهور توجه نمود. در نظام حقوق نوشته در صورت موفقیت‌آمیز بودن تبانی، متهم تنها به جرم ارتكابی و نه تبانی محکوم خواهد شد. اما در نظام حقوق کامن‌لا در صورت موفقیت‌آمیز بودن تبانی، متهم به هر دو اتهام تبانی و جرائم ارتكابی محکوم خواهد شد. اما در این پرونده دادگاه بر این اعتقاد است که در صورت موفقیت‌آمیز بودن تبانی، نمی‌توان متهم را به هر دو اتهام تبانی و ارتکاب نسل‌کشی محکوم نمود. به عبارت دیگر



دادگاه در پاسخ به پرسش مذکور از نظام حقوق نوشته تبعیت نمود. از نظر دادگاه محکوم کردن متهم به اتهام تبانی در نسل‌کشی که قبلاً به اتهام ارتکاب آن محکوم شده است هیچ هدفی را محقق نمی‌نماید. بنابراین دادگاه، متهم را تنها به اتهام ارتکاب نسل‌کشی، جنایات علیه بشریت نابودسازی و جنایات علیه بشریت تجاوز جنسی به یک مجازات حبس ابد محکوم می‌نماید (Prosecutor v. Musema, 2000: para. 193, 196-198).

یکی از اتهام‌های وارد علیه کامباندرا در دادگاه رواندا که البته از طریق توافق با متهم (معامله اتهام) منجر به صدور حکم محکومیت شد، اتهام تبانی در نسل‌کشی همراه با اتهام ارتکاب نسل‌کشی بود. اما در این پرونده دادگاه متهم را هم‌زمان به هر دو اتهام نسل‌کشی و تبانی در نسل‌کشی همراه با سایر محکومیت‌ها، به مجازات حبس ابد محکوم نمود (Prosecutor v. Kambanda, 1998: para. 40). در پرونده نی‌یتیگکا هم متهم به هر دو اتهام ارتکاب نسل‌کشی و تبانی در نسل‌کشی همراه با سایر محکومیت‌ها به مجازات حبس ابد محکوم گردید که مورد تأیید دادگاه تجدیدنظر هم قرار گرفت (Niyitegeka v. The Prosecutor, 2004, para. 4). در پرونده بدوی ناهیمانا، بارایاگوویزا و انگزه هر سه متهم به دو اتهام نسل‌کشی و تبانی در نسل‌کشی محکوم شدند که البته اتهام تبانی به دلیل عدم اثبات رکن معنوی از سوی دادگاه تجدیدنظر رد شد (Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza, Ngeze, 2003: para. 8, 9, 10, 1043, 1092-1094). در پرونده نیراماسوهوکو و سایرین هر شش متهم به اتهام نسل‌کشی و تبانی در نسل‌کشی متهم شدند. در نهایت دادگاه تنها یک متهم را به هر دو اتهام نسل‌کشی و تبانی در نسل‌کشی محکوم نمود. (Prosecutor v. Nyiramasuhuko, et al, 2011: para. 1, 1823, CHAPTER V: VERDICT, para. 6271).

در یکی از پرونده‌های جالب توجه در شعبه بدوی در دادگاه رواندا دو نفر از چهار متهم پرونده بنام‌های موگنزی و موگیرانزا به اتهام تبانی در نسل‌کشی و تحریک مستقیم و علنی به ارتکاب نسل‌کشی محکوم می‌شوند، اما از اتهام ارتکاب نسل‌کشی تبرئه می‌گردند (Prosecutor v. Bizimungu, Mugenzi, Bicamumpaka, Mugiraneza, 2011, para. 1988). این رأی شعبه بدوی از این زاویه جالب است که بیانگر عدم تبعیت دادگاه از تبانی در مفهوم برنی است، زیرا با وجود اثبات تبانی، متهم خودبه‌خود به ارتکاب جرائم موضوع تبانی محکوم نمی‌شود و برای محکومیت متهم به ارتکاب جرائم نیاز به ادله دال بر اثبات مشارکت متهم وجود دارد و به دلیل عدم ارائه دلیل کافی از سوی دادستانی مبنی بر مشارکت در جرائم ارتكابی، متهمان از اتهام ارتکاب نسل‌کشی تبرئه می‌شوند. در پرونده اخیر دو متهم دیگر از تمام اتهام‌های وارده تبرئه می‌شوند و دو متهم نامبرده ضمن محکومیت به دو اتهام تبانی و تحریک مستقیم و علنی به نسل‌کشی به یک

مجازات واحد یعنی سی سال حبس محکوم می‌شوند (Prosecutor v. Bizimungu, Mugenzi, Bicomumpaka, Mugiraneza, 2011: para. 2020). گرچه دادگاه تجدیدنظر به دلیل عدم اثبات رکن معنوی خاص نسل‌کشی، دو محکوم را از اتهام تبانی و تحریک در نسل‌کشی تبرئه می‌نماید، اما در مجموع، رویه قضایی دادگاه روآندا دلالت بر این دارد که تبانی در نسل‌کشی یک جرم مستقل است.

۲.۳. تبانی به عنوان شکلی از مشارکت

مطابق شق دوم، این مفهوم به عنوان شکلی از اشکال مسئولیت کیفری مورد توجه قرار گرفته است. در این شق، تبانی به خودی خود جرم نیست، اما می‌تواند به عنوان مبنایی برای مسئولیت افراد نسبت به جرائم ارتكابی به کار گرفته شود.

۱.۲.۳. تبانی به عنوان شکلی از مشارکت در دادگاه‌های نورنبرگ و توکیو

به موجب بند آخر ماده ۶ اساسنامه دادگاه نورنبرگ، تبانی می‌تواند مبنایی برای مسئولیت در قبال کلیه جنایات علیه صلح، جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت ارتكابی باشد. قسمت اخیر ماده ۶ بیانگر تبانی در مفهوم برنی یا همان تبانی پینکرتون است. این مفهوم از تبانی در نظام‌های حقوق نوشته ناشناخته است و تنها مختص نظام‌های حقوقی کامن‌لا است. (خالقی، ۱۳۹۲: ۱۰۱). برخی معتقدند که این مفهوم از تبانی دقیقاً همان اقدامات مجرمانه مشترک است که در دکتترین پینکرتون نیز مطرح شده است. به موجب این مفهوم هنگامی که مجموعه‌ای از جنایات در اجرای یک طرح مشترک ارتكاب می‌یابد، هر کس که با آن طرح به نوعی آگاهانه در ارتباط باشد و در شکل دادن یا به اجرا درآوردن آن در هر مقطعی از زمان نقشی را قبول کند، مادام که اجرای آن طرح ادامه دارد، مطابق دکتترین پینکرتون، مسئول تمام جنایات ارتكابی شناخته می‌شود، بدون این که لازم باشد رابطه او با یکایک آن جنایات به طور جداگانه و مادی ثابت شود. (یوسفیان، ۱۳۹۳: ۲۸۸-۲۸۵). با وجود تصریح اساسنامه دادگاه‌های نورنبرگ و توکیو به نوع دوم تبانی، هیچ‌یک از این دو دادگاه در پرونده‌های خود به این نوع از تبانی جهت محکومیت متهمان استناد ننمودند. در واقع هر دو دادگاه تبانی را محدود به نوع اول یعنی یک جرم مستقل نمودند.

۲.۲.۳. تبانی به عنوان شکلی از مشارکت در دادگاه‌های کیفری یوگسلاوی و روآندا

برخی معتقدند که با توجه به جرم‌انگاری برنامه‌ریزی و آماده‌سازی جرائم بین‌المللی در مواد (۱) ۷ و (۱) ۶ اساسنامه دو دادگاه یوگسلاوی و روآندا، در واقع نیازی به تصریح به تبانی به عنوان شکلی از



مشارکت در جرائم بین‌المللی در این دو دادگاه نبوده است (Okoth. 2014: 142-143). برنامه‌ریزی و آماده‌سازی جرائم بین‌المللی در نگاه اول بسیار شبیه به تبانی به نظر می‌آید. البته جرم‌انگاری برنامه‌ریزی یا آماده‌سازی یک جنگ تجاوزکارانه در ماده (الف) ۶ اساسنامه دادگاه نورنبرگ و ماده (الف) ۵ اساسنامه دادگاه توکیو مسبوق به سابقه بوده است. از اصطلاح برنامه‌ریزی و آماده‌سازی در دادگاه‌های نورنبرگ و توکیو تنها برای جنایات علیه صلح استفاده شده بود. به موجب منشور نورنبرگ صرف برنامه‌ریزی و آماده‌سازی یک جنگ تجاوزکارانه می‌تواند مصداق جنایت علیه صلح باشد. احراز مسئولیت از این باب منوط به ارتکاب جرم نیست، به این ترتیب از این زاویه مشابه تبانی به عنوان یک جرم مستقل است. هرچند تصریح به هردوی این جرائم در رابطه با جنایات علیه صلح در مواد ۷(۱) و ۶(۱) این دو دادگاه حاکی از تمایز بین این دو می‌باشد. گرچه در محکومیت‌های صادره در این دو دادگاه هیچ‌یک از متهمان به اتهام برنامه‌ریزی یا آماده‌سازی یک جنگ تجاوزکارانه محکوم نشدند و به نوعی این اتهام در اتهام تبانی ادغام گردید. اما به موجب ماده ۷(۱) از اساسنامه دادگاه یوگسلاوی «هر فردی که به برنامه‌ریزی، تحریک کردن، دستور دادن، ارتکاب یا کمک مادی و معنوی به برنامه‌ریزی، آماده‌سازی یا اجرای یکی از جرائم مذکور در مواد ۲ تا ۵ این اساسنامه پرداخته باشد، می‌بایست منفرداً مسئول جرم خویش قلمداد گردد.» این اسناد متضمن این امر هستند که برنامه‌ریزی یک جرم بین‌المللی، خود یک جرم مستقل است، و عملاً نیازی به ارتکاب جرائم برنامه‌ریزی شده نیست. علی‌رغم این امر، رویه دادگاه‌های یوگسلاوی و رواندا مسئولیت بابت برنامه‌ریزی و آماده‌سازی یک جرم بین‌المللی را منوط به ارتکاب آن نموده‌اند (Cryer, 2010, p. 382). به موجب رأی دادگاه تجدیدنظر یوگسلاوی در پرونده کوردیچ رکن مادی برنامه‌ریزی مستلزم آن است که یک یا چند نفر، رفتار مجرمانه‌ای را که موضوع جرائم بین‌المللی است و بعداً ارتکاب یافته را برنامه‌ریزی نموده باشند (Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez, 2004: para. 26). به این ترتیب می‌توان گفت که از نظر دادگاه یوگسلاوی، برنامه‌ریزی و آماده‌سازی شکلی از مشارکت در ارتکاب جرائم بین‌المللی است. گرچه در رویه دادگاه‌های یوگسلاوی و رواندا هیچ محکومیتی با این عنوان اعلام نگردید و در نتیجه اعلام ارکان و شرایط احراز مسئولیت از باب برنامه‌ریزی و آماده‌سازی ارتکاب جرائم بین‌المللی ممکن نیست. به ویژه این که چنین عنوان اتهامی در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نیز حذف شده است.

همچنین، برخی اعتقاد دارند که نوع دوم تبانی در واقع همان اقدامات مجرمانه مشترک است. بحث پیرامون این همانی نوع دوم تبانی و اقدامات مجرمانه مشترک در پرونده اوجانیچ در دادگاه یوگسلاوی بالا گرفت. وکلای مدافع در دفاع از موکل خود اعلام کردند که اقدامات مجرمانه

مشترک در واقع مصداقی از تبانی است، و از آن جا که تبانی به عنوان مبنایی برای مسئولیت کیفری در اساسنامه دادگاه یوگسلاوی قید نشده است، پس اقدامات مجرمانه مشترک هم به عنوان مصداقی از تبانی در این اساسنامه پیش بینی نشده است و باید از طرف دادگاه کنار گذاشته شود (Yanev, 2015, p. 423). دادگاه تجدیدنظر یوگسلاوی با تأکید بر تمایز بین اقدامات مجرمانه مشترک و تبانی، دفاعیات وکلای مدافع را رد نمود: «در حالی که تبانی مستلزم اثبات این امر است که افراد برای ارتکاب یک یا چند جرم معین توافق نموده اند، اقدامات مجرمانه مشترک مستلزم این است که علاوه بر اثبات چنین توافقی، طرفین توافق برای پیشبرد توافق، اقدام عملی نموده باشند. به عبارت دیگر، در حالی که صرف توافق برای اتهام تبانی کافی است، مسئولیت یک عضو اقدام مجرمانه مشترک بستگی به ارتکاب اعمال مجرمانه در راستای اقدام دارد...» (The Prosecutor v. Milutinovic et al, 2003: para. 23). در واقع نگاه دادگاه یوگسلاوی و دادگاه رواندا^۱ به تبانی محدود به نوع اول یعنی تبانی به عنوان یک جرم مستقل بوده است. از نظر این دو دادگاه، اقدامات مجرمانه مشترک و تبانی دو مفهوم متمایز و مستقل از هم هستند؛ اقدامات مجرمانه مشترک شکلی از مشارکت در ارتکاب جرائم بین المللی هستند که منجر به مسئولیت تمامی افراد درگیر در این اقدامات خواهند شد، در حالی تبانی یک جرم مستقل و نه شکلی از مشارکت در ارتکاب جرم است.

۳.۲.۳. تبانی به عنوان شکلی از مشارکت در دیوان کیفری بین المللی

برخلاف دادگاه های کیفری بین المللی پیشین در اساسنامه دیوان کیفری بین المللی به تبانی هیچ اشاره ای نشده است. حتی بند ۳ ماده ۲۵ اساسنامه دیوان کیفری بین المللی در رابطه با نسل کشی برخلاف دادگاه های رواندا و یوگسلاوی و کنوانسیون منع و مجازات نسل کشی، تنها به تحریک مستقیم و علنی به نسل کشی به عنوان یک جرم مستقل تصریح نموده و تبانی در ارتکاب نسل کشی به عنوان یک جرم مستقل را حذف نموده است.

برخی معتقدند با توجه به ماده (د) (۳) ۲۵ اساسنامه دیوان که دربرگیرنده اقدامات مجرمانه مشترک است،^۲ دیگر نیازی به تصریح به تبانی نبوده است. به موجب این ماده: «۳. متعاقب این

۱. شعبه تجدیدنظر دادگاه رواندا در پرونده موگیرانزا به طور ضمنی به تفاوت بین دو مفهوم تبانی و اقدامات مجرمانه مشترک اشاره می نماید ((Mugenzi, Mugiraneza v. The Prosecutor, 2013: para. 70, 71, 72, 96).

۲. شعبه مقدماتی دیوان در پرونده لوبانگو با استناد به معیار کنترل جرم تا حد زیادی از دکترین اقدامات مجرمانه مشترک که در رویه قضایی دادگاه های یوگسلاوی و رواندا پیش بینی شده بود، فاصله می گیرد. (یوسفیان، ۱۳۹۳: ۲۹۷-۲۹۴).



اساسنامه، یک شخص باید از نظر کیفری مسئول شناخته شود و برای جرائم ارتكابی تحت صلاحیت دیوان مجازات شود اگر آن شخص: الف) به طور انفرادی، (یا) به اتفاق شخص دیگر یا به واسطه شخص دیگر، مرتکب جرم شود، صرف‌نظر از این‌که آیا آن شخص دیگر از نظر کیفری مسئول شناخته می‌شود یا خیر؛ ب) دستور^۱، تشجیع^۲ یا ترغیب^۳ به ارتکاب جرم را انجام داده باشد در صورتی که جرم مذکور در واقع ارتکاب یافته باشد و یا شروع به ارتکاب آن شده باشد؛ ج) با هدف مساعدت در ارتکاب جرم، کمک مادی یا معنوی^۴ نماید، یا به شکل دیگری از جمله با فراهم آوردن اسباب ارتکاب جرم در ارتکاب یا شروع به ارتکاب آن مساعدت نماید؛ د) به هر شیوه دیگری در ارتکاب یا شروع به ارتکاب جرم توسط گروهی از اشخاص که برای تحقق هدف مشترکی عمل می‌کنند، نقش داشته باشد. چنین نقشی باید عامدانه بوده باشد و باید یا: ۱: با هدف پیشبرد فعالیت مجرمانه یا هدف مجرمانه گروه صورت گرفته باشد، در صورتی که چنین فعالیت یا هدفی مستلزم ارتکاب یک جرم داخل در صلاحیت دیوان است؛ یا ۲: با اطلاع از قصد گروه در ارتکاب جرم صورت گرفته باشد؛...»

بند د ماده یادشده عیناً از کنوانسیون ضد تروریسم ۱۹۹۸^۵ اقتباس شده و از نظر برخی بیانگر سازشی است که با مقررات تبانی مندرج در منشور نورنبرگ حاصل شده است (Ambos, 2008, p. 760). به موجب پیش‌نویس ۱۹۹۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل در جرائم علیه صلح و امنیت، شخصی که در ارتکاب یک جرم تبانی می‌نماید که به موجب آن تبانی، به مشارکت در یک طرح مجرمانه برای ارتکاب جرائم علیه صلح و امنیت بشری تبدیل شود، قابل مجازات است. به موجب پیش‌نویس ۱۹۹۶ این مسئولیت به شخصی که مستقیماً در برنامه‌ریزی یا تبانی برای ارتکاب چنین جرمی که در واقع ارتکاب یافته مشارکت نموده است، تسری می‌یابد. بنابراین پیش‌نویس، مسئولیت برای ارتکاب تبانی را مستلزم مشارکت مستقیم و ارتکاب جرم می‌داند. ماده (د)(۳) ۲۵ اساسنامه دیوان هم با حذف اصطلاح تبانی، احراز مسئولیت را منوط به داشتن حداقل نقشی در شروع یا ارتکاب جمعی یک جرم دانسته است (Ambos, 2008: 761). در واقع اختلاف نظرها در رابطه با درج جرم تبانی در اساسنامه دیوان در نهایت منجر به حذف این اصطلاح از اساسنامه دیوان شد. حتی آن دسته از افرادی هم که معتقد به ادغام تبانی در ماده (د)(۳) ۲۵ هستند اعلام می‌دارند که دیگر تبانی به‌عنوان یک جرم ناتمام و مستقل جایگاهی در اساسنامه دیوان ندارد، بلکه با محدود

1. Orders

2. Solicits

3. Induces

4. Aids, Abets

5. International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, U.N. Doc. A/RES/52/164 (1998), Annex (37 I.L.M. 249 (1998)), article 2 para. 3 (c).

شدن آن به اقدامات مجرمانه مشترک، مسئولیت ناشی از آن محدود به یک شکل مشارکت در ارتکاب جرائم بین‌المللی شده است.

نگاهی به روند تدوین بند د و قرار گرفتن آن در انتهای اشکال مسئولیت کیفری برای ارتکاب جرائم بین‌المللی و درج عبارت «به هر شیوه دیگری...» در ابتدای این بند، بیانگر این است که بند د ناظر بر خفیف‌ترین شکل مشارکت و مسئولیت برای ارتکاب جرائم بین‌المللی است. این نوع نگاه می‌تواند منجر به مجازات خفیف‌تر متهمانی شود که به استناد این بند محکوم می‌شوند. در حالی که در تبانی با عاملان اصلی جنایات ارتكابی مواجه هستیم که قاعداً به دلیل نقش رهبری و کنترل خود باید با مجازات شدیدتری مواجه شوند. به نظر شعبه مقدماتی دیوان در پرونده لوبانگو: «... بند د پایین‌ترین سطح مشارکت مادی در جرم مطابق ماده ۲۵ را مدنظر دارد...» در واقع مسئولیت متهم طبق این بند خفیف‌تر از سایر بندهای این ماده است و در حد مسئولیت معاون و نه مباشر جرم است (یوسفیان، ۱۳۹۳: ۲۹۶-۲۹۵). بنابراین حتی اگر اقدامات مجرمانه مشترک به‌عنوان مصداقی از تبانی محدود به بند د شود، متهم به عنوان معاون و نه مباشر جرم مسئول شناخته خواهد شد و در نتیجه مجازات خفیف‌تری شامل وی می‌شود. پیش‌بینی این شکل خاص از اقدامات مجرمانه مشترک خلأ اساسنامه دیوان در عدم تصریح به تبانی که مستلزم مسئولیت شدیدتر برای رهبران جرائم ارتكابی است را برطرف نمی‌نماید. به علاوه به زعم دادگاه‌های کیفری بین‌المللی، اقدامات مجرمانه مشترک شکلی از مشارکت و نه معاونت در ارتکاب جرم است (Prosecutor v. Simic, 2006: 265). در واقع بند د ماده ۲۵(۳) اساسنامه دیوان نمی‌تواند ناظر بر اقدامات مجرمانه مشترک باشد.

صرف‌نظر از بند د، بحث‌ها به بند الف ماده ۲۵(۳) اساسنامه دیوان علی‌رغم عدم تصریح به اصطلاح تبانی معطوف خواهد شد، زیرا هر دو بند الف و د دربرگیرنده وضعیت‌هایی هستند که در آن گروهی از افراد در ارتکاب یک جرم نقش دارند (Prosecutor v. Lubanga: 2012: 996). به موجب بند الف و رویه قضایی دیوان تنها کسانی که منفرداً یا به همراه دیگران کنترل فعالیت مجرمانه مشترک گروه را در دست دارند و می‌توانند عملاً با امتناع از همکاری، اجرای برنامه مجرمانه را مختل یا متوقف کنند، به‌عنوان شرکا و مرتکبین اصلی شناخته می‌شوند، در حالی که هر شخص دیگری که عمداً و با علم به تصمیم مجرمانه گروه، به پیشبرد هدف یا فعالیت جنایی یاری می‌رساند، به عنوان مداخله‌کننده ثانوی (معاون) به سبب جرائم ارتكابی گروه محکوم خواهد شد (یوسفیان، ۱۳۹۳: ۲۹۷).

بنابراین از نظر دیوان تبانی به‌عنوان یک جرم مستقل کنار گذاشته شده و تبانی به‌عنوان شکلی از مشارکت نیز مستلزم اثبات میزان کنترل طرفین توافق در ارتکاب جرائم تحت صلاحیت دیوان



است. اگر طرفین توافق حدی از کنترل بر جرم ارتكابی داشته باشند که بدون نقش آن‌ها جرم ارتكاب نمی‌یافت، می‌توان این اشخاص را به استناد بند الف به‌عنوان مباشران جرائم ارتكابی مسئول شناخت. اما در صورتی که کنترل آن‌ها نسبت به جرائم ارتكابی در حد شرط لازم برای ارتكاب جرم نبوده، در صورت ارتكاب جرائم تحت صلاحیت دیوان، می‌توان آن‌ها را به استناد بند د ماده ۲۵ به عنوان معاونین در جرائم ارتكابی محکوم نمود (Prosecutor v. Lubanga, 2007: 330, 338). رویکرد جدید دیوان نه اتکا به عناوینی مانند تبانی و اقدامات مجرمانه مشترک، بلکه در معیار کاربردی‌تر کنترل جرم^۱ و تقسیم عاملان جرائم ارتكابی به مباشران و معاونان است. البته ردپای این رویکرد را می‌توان در رأی دادگاه نورنبرگ در پرونده فانک شاهد بود که دادگاه با استناد به این که متهم علی‌رغم سمت بالای خود نقش تعیین‌کننده‌ای در جرم نداشت، وی را از اتهام تبانی تبرئه نمود.

نتیجه‌گیری

باتوجه به ارتكاب جمعی اغلب جرائم بین‌المللی، تبانی و همفکری معنوی در ارتكاب جرائم بین‌المللی نقش مهمی در ارتكاب این جرائم ایفا می‌نماید که می‌تواند خطر بزرگی را از باب ارتكاب جرائم بین‌المللی متوجه جوامع نماید. به منظور تحقق بازدارندگی از ارتكاب جرائم بین‌المللی، پیش‌بینی جرم تبانی می‌تواند نقش بازدارنده مهمی در جلوگیری از ارتكاب جرائم بین‌المللی ایفا نماید. در بین تمام مفاهیم مربوط به مسئولیت ناشی از ارتكاب جمعی جرائم بین‌المللی، این تبانی است که از چنین امتیاز منحصر به فردی برخوردار است. اقدامات مجرمانه مشترک، برنامه‌ریزی و آماده‌سازی همگی از نوع مسئولیت تبعی و ثانوی هستند که به‌تبع ارتكاب جرم ایجاد می‌شوند. درحالی‌که تبانی (نوع اول) جرم مستقلی است که صرف‌نظر از ارتكاب یا عدم ارتكاب جرم موضوع آن، منجر به ایجاد مسئولیت می‌گردد.

اگر تبانی به‌عنوان یکی از اشکال مشارکت جمعی در ارتكاب جرم در نظر گرفته شود، پیش‌بینی کامل اشکال مختلف مسئولیت جمعی در بندهای الف و د ماده ۲۵ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی باعث می‌شود که نیازی به درج تبانی به‌عنوان شکلی از مشارکت نباشد. زیرا اشکال مختلف مسئولیت مندرج در ماده ۲۵ تمام صور متصور برای مسئولیت مشارکت‌کنندگان اعم از مادی و

۱. رویکرد کنترل جرم تلفیقی از رویکرد مادی و ذهنی به مباشرت و معاونت در جرم است که زاییده حقوق کیفری آلمان است (یوسفیان، ۱۳۹۷: ۲۵۵-۲۵۴).

معنوی در ارتکاب جرم را تحت پوشش قرار می‌دهد. اما تبانی به عنوان یک جرم مستقل متفاوت از اشکال مشارکت در ارتکاب جرائم بین‌المللی است.

در نتیجه، اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی به دلیل عدم تصریح به جرم مستقل تبانی از یک خلأ بزرگ رنج می‌برد. با پیش‌بینی جرم تبانی در دیوان صرف توافق فرد با دیگران برای ارتکاب یک جرم بین‌المللی هم منجر به مسئولیت کیفری بین‌المللی فرد می‌شود و برای اثبات مسئولیت کیفری فرد حتماً نیازی به ارتکاب یا شروع به ارتکاب جرم از سوی شخص نیست. همان‌گونه که نظام‌های داخلی حتی نظام‌های حقوق نوشته صرف تبانی در ارتکاب برخی جرائم شدید را مستحق مجازات می‌دانند، انتظار بر است که در جرائم بین‌المللی به ویژه نسل‌کشی و تجاوز ارضی به عنوان شدیدترین جرائم، این جرم‌انگاری صورت پذیرد؛ ضرورتی که در کنوانسیون منع و مجازات نسل‌کشی ۱۹۴۸ و از زمان تأسیس اولین دادگاه‌های کیفری بین‌المللی احراز شده است. زیرا در این صورت است که دیوان کیفری بین‌المللی یک پیام را برای کل جامعه بین‌المللی ارسال می‌نماید؛ این که جرائم بین‌المللی آن قدر شنیع هستند که حتی صرف توافق برای ارتکاب آن‌ها قابل تعقیب هستند و خطری برای جامعه جهانی محسوب می‌شوند. این اعلام می‌تواند قدرت بازدارندگی دیوان را هم ارتقا بخشد، زیرا برای تعقیب جرائم بین‌المللی نباید منتظر ارتکاب جرم و مداخله بعدی دیوان بود.

منابع

- حبیب‌زاده، محمدجعفر و مؤمنی، مهدی (۱۳۸۹)، «جرم تبانی علیه امنیت کشور در حقوق ایران»، **پژوهش‌های حقوق تطبیقی**، دوره ۱۴، شماره ۲، ۱۵۵-۱۳۱.
- حکیمی‌ها، سعید؛ جودکی، بهزاد و غنی، کیوان (۱۳۹۶)، «بررسی جرم تبانی در حقوق کیفری ایران و آمریکا»، **مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز**، دوره نهم، شماره دوم، تابستان، ۵۱-۸۱.
- خالقی، ابوالفتح و میرزایی‌مقدم، مرتضی (۱۳۹۲)، «مسئولیت کیفری بین‌المللی در پرتو نظریه فعالیت مجرمانه مشترک»، **پژوهشنامه حقوق کیفری**، سال چهارم، شماره اول، ۹۷-۱۱۹.
- کسسه، آنتونیو (۱۳۸۷)، **حقوق کیفری بین‌المللی**، مترجم: حسین پیران، اردشیر امیرارجمند، زهرا موسوی، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
- میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۸۰)، **جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی**، چاپ اول، تهران: نشر میزان.



یوسفیان شوره‌دلی، بهنام (۱۳۹۳)، «کانون مشترک مجرمانه: جست‌وجوی توصیف مناسبی برای مسئولیت جنایت‌کاران بین‌المللی فراسوی مباشرت مادی»، **فصلنامه تحقیقات حقوقی**، شماره ۶۸، دوره ۱۷، شماره ۴، ۳۰۱-۲۶۷.

یوسفیان شوره‌دلی، بهنام و رسولی آستانه، لیلا (۱۳۹۷)، «بازاندیشی در تعریف «شرکت در جرم» برای مقابله با فعالیت‌های هماهنگ و گروهی مجرمانه»، **پژوهشنامه حقوق کیفری**، سال نهم، شماره اول، ۲۶۲-۲۳۷.

Ambos, Kai (2008). "Article 25: Individual Criminal Responsibility", **COMMENTARY ON THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT**, SECOND EDITION, O. Triffterer, ed., München, 743-770.

Cryer, Robert & et al (2010). An Introduction to International Criminal Law and Procedure, **Second Edition, Cambridge University Press.**

Dalton, Taylor R (2010). "Counterfeit Conspiracy: The Misapplication of Conspiracy as a Substantive Crime in International Law", Cornell Law School Graduate Student Papers, Paper 24.

Elliot, Catherine (2011), **French Criminal Law**, Routledge, New York.

Okoth, Juliet R, Amenge (2014). **The Crime of Conspiracy in International Criminal Law**, ASSER PRESS, Springer, Hague.

Office of the United States Chief of Counsel for Prosecution of Axis Criminality (1947). **Nazi Conspiracy and Aggression**, Vol. I: Opinion and Judgment, United States Government Printing Office, Washington.

Timmermann, Wibke Kristin (2006). "Incitement in international criminal law", **International Review of the Red Cross**, Vol. 88, No 864.

Yanev, Lachezar (2015). "A JANUS-FACED CONCEPT: NUREMBERG'S LAW ON CONSPIRACY VIS-A`VIS THE NOTION OF JOINT CRIMINAL ENTERPRISE", **Criminal Law Forum**, 26: 419-456.

The Prosecutor v. Milutinovic et al. (2003). "Decision on Dragoljub Ojdanic's Motion Challenging Jurisdiction - Joint Criminal Enterprise". Case No. IT-99-37-AR72.

Charter of the International Military Tribunal, 1945.

International Military Tribunal for the Far East (1948). **Judgment of 4 November 1948 The Tokyo War Crimes Trial**, Vol. 22, Tokyo, Japan.

Prosecutor a. Musema (2000). Case No. ICTR-96-13-A.

Prosecutor v. Popovic et. al. (2010). Case No. IT-05-88-T.

Prosecutor v. Tolimir (2012). Case No. IT-05-88/2-T.

Prosecutor v. Kambanda (1998). Case No. ICTR 97-23-S.

Niyitegeka v. The Prosecutor (2004). Case No. ICTR-96-14-A.

Prosecutor v. Nahimana (2003). Barayagwiza, Ngeze, Case No. ICTR-99-52-T.



Nahimana, Barayagwiza, Ngeze v. Prosecutor (2007). Case No. ICTR-99-52-A.
Prosecutor v. Nyiramasuhuko, et al. (2011). Case No. ICTR-98-42-T.
Prosecutor v. Bizimungu, Mugenzi, Bicamumpaka, Mugiraneza (2011). Case No. ICTR-99-50-T.
Mugenzi, Mugiraneza v. The Prosecutor (2013). Case No. ICTR-99-50-A.
Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez (2004). Case No. IT-95-14/2-A.
Prosecutor v. Blagoje Simic (2006). Case No. IT-95-9-A.
Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo (2007). Decision on Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/04-01/06.
Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Case No. ICC-01/04-01/06, 14 March 2012.



پژوهشنامه حقوق کیفری

سال دهم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۹۸

شماره پانزده



تعزیرات منصوص شرعی در قانون مجازات اسلامی در پرتو اصل قانونمندی حقوق کیفری

دکتر حسین سلیمانی^۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۳/۲۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۳۰

چکیده

قانون گذار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ از نهادی ناآشنا به نام تعزیرات منصوص شرعی سخن گفته و حقوق دانان و پژوهشگران را در معنا و مصادیق آن به شبهه انداخته است. به باور نویسنده، در قانون ۱۳۹۲ اصل قانونی بودن جرم و مجازات در جرائم تعزیری به صراحت پذیرفته شده است و از این رو، مصادیق تعزیر منصوص را باید با توجه به این اصل اساسی تعیین کرد. در این نوشته تلاش شده است با بررسی نظرات و ملاک‌های گوناگون، مصادیقی برای تعزیر منصوص یافت شود. دو ملاک به شکل برجسته‌تری طرح می‌شوند. بر اساس یک ملاک، تعزیر منصوص را مانند دیگر تعزیرات باید در قالب اصل قانونی بودن تعزیرات جست‌وجو کرد و مصادیق آن را در قانون پی گرفت. بر اساس ملاک دیگر، تعزیرات منصوص به حدود ملحق می‌شوند و باید مصادیق آن را براساس ماده ۲۲۰ معین کرد. به باور نویسنده، هیچ‌یک از این ملاک‌ها کامل و کافی نیستند و پیش‌بینی چنین نهادی از اساس لغو و بی‌ثمر است.

واژگان کلیدی: اصل قانونمندی، تعزیر منصوص، تعزیر مقدر، تعزیر معین، تازیانه، حدود

✉ soleimani_h@mofidu.ac.ir

۱. استادیار گروه حقوق جزا، دانشگاه مفید قم

مقدمه

در سال‌های پس از انقلاب اسلامی ۱۳۵۷ قانون‌گذار تلاش کرد تا قوانین را براساس شرع تنظیم و تصویب کند. برای نیل به این مقصود، در قانون اساسی، به‌ویژه اصل چهارم، بر لزوم اسلامی بودن قوانین تأکید شد. شتاب اسلامی‌سازی در قوانین کیفری مشهودتر بود؛ زیرا، به باور سیاست‌گذاران، قوانین کیفری پیش از انقلاب، برخلاف قانون مدنی، بر شرع منطبق نبود. هرچند قانون راجع به مجازات اسلامی (۱۳۶۱) درون‌مایه قانون مجازات عمومی (۱۳۵۲) را حفظ کرد اما کیفرهای شرعی حدود و قصاص و دیات و تعزیرات را قانون‌گذاری کرد. در این قانون متون فقهی عیناً ترجمه شدند و متن قانون قرار گرفتند. پس از آن، قانون تعزیرات (۱۳۶۲) به‌تصویب رسید که انبوهی از کیفرهای بدنی شرعی را زیر عنوان تعزیرات روانه نظام کیفری کرد. در این قانون در بیش از شصت ماده کیفر تازه‌ای به‌تنهایی یا در کنار کیفرهای دیگر تعیین شده بود.

با فاصله گرفتن از سال‌های اولیه انقلاب، و به‌ویژه آنگاه که ناکارآمدی بخشی از این قوانین خود را نشان داد، با همت و تلاش حقوق‌دانان و دست‌اندرکاران دانش حقوق کیفری، قانون‌گذار رفته‌رفته نهادهای عرفی را به قوانین بازگرداند. آخرین نمونه این بازگشت راه در قوانین کیفری ماهوی، در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ می‌توان مشاهده کرد. در کتاب کلیات این قانون، که بیشترین تغییر و تحول را داشته، بسیاری از نهادهای کیفری برای اولین بار یا به‌شکل نظام‌یافته‌تر پیش‌بینی شده است. همچنین قانون‌گذار، با حذف عنوان کیفرهای بازدارنده، ابهامات فراوانی را که درباره این کیفر و به‌ویژه تفاوت آن با کیفر تعزیری وجود داشت زدوده است.

از اصلاحات بسیار مهم این قانون پذیرش صریح اصل قانونمندی تعزیرات است. پس از انقلاب، گرچه براساس اصل ۳۶ قانون اساسی و اصول مرتبط با آن (مانند اصل ۱۶۹) اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها پذیرفته شده است، اما با تفسیری که از اصل ۱۶۷ ارائه شد، برخلاف برداشت بیشتر حقوق‌دانان،^۱ این اصل مهم در برخی قوانین عادی^۲ و رویه‌ها به‌صراحت انکار شد. به‌رغم این، رویکرد قانون‌گذار در قانون سال ۱۳۹۲ پذیرش قاطع اصل قانونمندی تعزیرات است و در ماده ۱۸ به‌صراحت تأکید شده است که تعزیر «به موجب قانون» در موارد «ارتکاب محرمات شرعی» یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌شود. همچنین «نوع، مقدار، کیفیت اجراء و مقررات

۱. برای نمونه، حقوق‌دانان براساس ضوابط اصولی، قائل به تقدم خاص بر عام‌اند که نتیجه‌اش بقای هر دو حکم است (محقق داماد، ۱۳۹۴: ۳۸).

۲. مانند ماده ۲۸۹ قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۶۱)؛ ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو (۱۳۶۸)؛ ماده ۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب (۱۳۷۳) و ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری (۱۳۷۸).

مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر» نیز «به موجب قانون» معین می‌شود. با وجود این، قانون‌گذار قانونمندی حدود را در ماده ۲۲۰ انکار کرده است. این ماده گرچه از این جهت که آشکارا اصل قانونمندی را نقض می‌کند دارای اشکال است اما از جهتی نیز مؤید آن است که حدود استثنای اصل قانونمندی است و در سایر مقررات، به‌ویژه تعزیرات، اصل قانونمندی پذیرفته شده است. در واقع می‌توان ادعا کرد که قانون سال ۹۲ اصل قانونمندی جرم و مجازات را پذیرفته است مگر در باب حدود.^۱

به‌رغم این، قانون‌گذار در اقدامی بی‌سابقه از «تعزیر منصوص یا معین شرعی» سخن گفته که رابطه آن از یک‌سو با دیگر تعزیرات، و از سوی دیگر با اصل قانونمندی باعث ابهام شده است. در ماده ۱۳۵ در باب تعدد جرم، تعبیر «تعزیر معین شرعی» به گونه‌ای به‌مثابه استثنای قاعده تعدد مطرح شده است. همچنین، براساس تبصره ۲ ماده ۱۱۵، مقررات توبه و برخی دیگر از نهادهای قانونی شامل «تعزیرات منصوص شرعی» نمی‌شود. این تأسیس را چگونه می‌توان با اصل قانونمندی تعزیرات جمع کرد؟ باتوجه به این که تعزیر منصوص، مفهومی فقهی است به‌ناگزیر باید ابتدا تعریف و مصادیق این تأسیس را در فقه بجوییم، آنگاه تلاش کنیم تا منظور قانون‌گذار را از این تأسیس بیابیم و سپس به نقد و بررسی آن بپردازیم.

الف) تعزیر منصوص در فقه

عبارت «تعزیر منصوص شرعی» در کتاب‌های فقهی سابقه‌ای ندارد. فقیهان گاهی به‌شکل پراکنده به «تعزیر مقدر» اشاره کرده‌اند که مراد از آن نیز به‌روشنی بیان نشده است. فراتر از این، در بیشتر کتاب‌های فقهی، تعزیرات باب جدایی از حدود ندارد و در ذیل هر حد، جرائم تعزیری مرتبط با آن حد ذکر می‌شود. به‌رغم این، این قاعده کلی نیز در کتاب‌های فقهی بیان شده که هر گناهی، یا هر گناه کبیره‌ای، شایسته تعزیر است.

عنوان تعزیر را فقیهان در معنای کیفر یا بزه به‌کار برده‌اند که این دومی با تسامح همراه است؛ برای مثال، محقق حلی می‌نویسد: «هر عملی که مجازات مقدر دارد حد است و هر عملی که چنین مجازاتی ندارد تعزیر است» (۱۹۸۳: ۴/۱۴۷). وی با این ملاک زنا و ملحقات آن (لواط، مساحقه، قوادی)، قذف، شرب خمر، سرقت و قطع طریق (محاربه) را در زمره حدود می‌آورد، و بغی، ارتداد، اتیان بهیمه، و ارتکاب سایر محرمات را در زمره تعزیرات می‌شمرد (همان). به‌رغم این، محقق حلی

۱. برای دیدن دیدگاه موافق رک: رایجیان اصلی، ۱۳۹۵: ۴۳-۴۴. برای دیدن نظر مخالف رک: حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۵: ۲۸۰-۲۶۳.

در بخش دوم کتاب حدود در ذیل عنوان اخیر، یعنی ارتکاب سایر محرمات، هیچ بحثی نمی‌کند، و فقط از سه بزه معین دیگر سخن می‌گوید.

شارحان کتاب شرایع، از یک سو، به تعریف نویسنده از حد و تعزیر اشکال کرده‌اند (تبریزی، ۱۴۱۷: ۷) و از سوی دیگر، تعزیری دانستن بغی و ارتداد را که دارای مجازات معین‌اند، خروج از تعریف خود وی دانسته‌اند (برای نمونه، شهید ثانی، ۱۴۳۴: ۲۹/۱۲-۳۰).

مجازات‌های تعزیری را در کلام فقیهان می‌توان در چند گروه گرد آورد:

۱. در عام‌ترین معنا، فقیهان هر گناهی، یا دست‌کم گناهان کبیره، را مستوجب تعزیر دانسته‌اند.^۱

۲. ایشان برخی از گناهان را به صراحت قابل تعزیر دانسته‌اند اما میزان تعزیر را به صلاح دید حاکم وانهاده‌اند.^۲

۳. گاهی افزون بر ذکر فعل قابل تعزیر، اقل و اکثری برای مجازات آن در نظر گرفته شده است، مثلاً سی تا ۹۹ ضربه تازیانه.

۴. گاه در برخی اعمال عدد خاصی برای کیفر ذکر شده است، مثلاً ۲۵ تازیانه.

مراد از تعزیر منصوص یا معین یا مقدر کدام است؟ آیا این عناوین به یک معنا به کار می‌روند یا متفاوت‌اند؟ آیا از اساس، تعیین اندازه با تعریف تعزیر سازگار است؟ در کلام فقیهان به دشواری بتوان پاسخی درخور برای این پرسش‌ها یافت. اگر ظاهر کلام محقق را ملاک قرار دهیم، سه بزه بغی، ارتداد و اتیان بهیمه در زمره تعزیرات منصوص و مقدر قرار می‌گیرند و «ارتکاب ما سوی ذلک من المحارم» در حیطه تعزیرات غیرمنصوص. اما به نظر می‌رسد فقیهان دیگر چنین دیدگاهی ندارند؛ ایشان بغی و ارتداد و گاهی اتیان بهیمه را در زمره حدود می‌آورند و مرادشان از تعزیر مقدر تعزیری است که عدد معین یا، به نظر برخی فقیهان، اقل و اکثر معین دارد (شهید ثانی، ۱۴۳۴: ۲۸/۱۲-۲۹).

فقیهان نه تنها به تعریف تعزیر منصوص اهتمامی نداشته‌اند بلکه دل‌مشغول شمارش این تعزیرات نیز نبوده‌اند. چه بسا قدیمی‌ترین فقیه شیعه که به ذکر متمرکز تعزیرات اهتمام ورزیده است، ابوالصلاح حلبی (۳۷۴-۴۴۷ ق) باشد. وی با ذکر این نکته که ترک هر واجب (اعم از واجبات عقلی مثل رد و دیعه و قضای دین، و واجبات شرعی مثل نماز و روزه و حج) و انجام هر امر قبیحی

۱. برای نمونه رک: حلبی، ۱۳۶۲: ۴۱۶؛ محقق حلی، ۱۹۸۳: ۱۶۸/۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۱۷۹/۲؛ محقق اردبیلی، ۱۴۱۷: ۱۵۶-۱۶۵؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۴۴۸/۴۱؛ خوانساری، ۱۳۶۴: ۱۱۴/۷-۱۲۱.

۲. گناہانی مانند استلاب، اختلاس، احتیال، توهین مادون قذف، برخی از رفتارهای جنسی، وطی بهیمه، شهادت دروغ این گونه‌اند. برای نمونه، رک: حلبی، ۱۳۶۲: ۴۱۷-۴۲۰؛ مجلسی، بی تا: ۶۰-۶۱؛ خوئی، ۱۳۹۳: ۱۵۹/۱-۱۶۶.

که حد شاملش نمی‌شود تعزیر دارد، بدون این که دسته‌بندی کند، حدود سی بزه تعزیری را در سه گروه گرد آورده است: زن و مرد یا دو مرد یا دو زنی که برهنه در رختخواب واحد باشند یا به عملی کمتر از زنا و لواط و مساحقه و تفخیذ پرداخته باشند (۱۰ تا ۹۹ ضربه تازیانه)؛ تعزیرات قذف گونه (۳ تا ۷۹ ضربه تازیانه)؛ سایر تعزیرات (۳ تا ۹۹ ضربه تازیانه) (حلی، ۱۳۶۲: ۴۱۷-۴۲۰). در کلام فقیهان پس از او چنین اهمیتی را کمتر می‌توان دید. محقق حلی، و به تبع او شارحان شرایع و مختصرالنافع، در ذیل جرائم جنسی، به شکل پراکنده، و در ذیل قذف، به شکل متمرکزتر، به برخی از جرائم تعزیری اشاره کرده‌اند، که برخی عدد معین دارند و برخی حداقل و حداکثر معین و برخی از ضابطه عمومی تعزیر تبعیت می‌کنند (حداکثر معین). به‌رغم این، در کلام هیچ‌یک از این فقیهان گفتاری جدا با عنوان تعزیر منصوص یا مقدر یا معین دیده نمی‌شود.

یکی از قدیمی‌ترین فقیهان که در پی شمارش موارد تعزیر مقدر برآمده، جمال‌الدین ابن‌فهد حلی (۷۵۷-۸۴۱ ق) است. وی با اخراج چهار بزه تعزیری از ذیل قاعده عام تعزیرات، آن‌ها را مقدر به‌شمار می‌آورد: مجامعت با همسر در روز ماه رمضان (۲۵ ضربه)؛ دو مردی که برهنه در زیر رختخواب برهنه باشند (۳۰ تا ۹۹ ضربه، به‌قولی)؛ برداشتن بکارت دختری با انگشت (۳۰ تا ۷۷، یا ۸۰ تا ۹۹ بنابر سه قول)؛ زن و مردی که برهنه در زیر رختخواب یا پوشش واحد باشند (۱۰ تا ۹۹) (ابن‌فهد حلی، ۱۴۱۳: ۵/ ۶-۷).

حدود یک قرن بعد، شهید ثانی (۹۱۱-۹۶۵ ق) نیز با تأکید بر این که اصل در تعزیرات معین نبودن مقدار است، این فهرست چهارگانه را می‌آورد و ازدواج با کنیز بدون اذن همسر (۱۲/۵ ضربه) را، که ابن‌فهد در زمره حدود آورده بود (ابن‌فهد حلی، ۱۴۱۳: ۵/ ۶)، به آن می‌افزاید (شهید ثانی، ۱۴۳۴: ۱۲-۲۸/ ۲۹). وی در ادامه می‌گوید: چه‌بسا بتوان گفت که از این موارد پنج‌گانه فقط دو مورد، که عدد معین دارند (مجامعت با همسر در رمضان و ازدواج با کنیز)، تعزیر مقدرند و باقی موارد که دارای اقل و اکثرند مانند سایر تعزیرات به رأی حاکم بازمی‌گردند (همان). به‌رغم این، برخی دیگر از شارحان شرایع موارد تعزیر مقدر شرعی را در این پنج مورد منحصر نمی‌دانند و موارد دیگری را نیز می‌افزایند، مثل مجامعت با همسر در حال حیض که کیفرش ۲۵ ضربه تازیانه است (تبریزی، ۱۴۱۷: ۹؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷: ۱/ ۲۱-۲۴).^۱

۱. یکی از نویسندگان به شمارش پانزده روایت مشتمل بر تعزیر مقدر (که بیشتر آن‌ها با جرائم جنسی یا قذف مرتبط‌اند) اهتمام کرده است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۳: ۱۰۲-۱۰۶). وی می‌گوید موارد منحصر در این پانزده مورد نیست و چه‌بسا بتوان تا سی مورد از این روایات یافت (همان، ۱۰۶، ۱۰۷). ناگفته نماند که این موارد گاه با هم تداخل دارند و نیز به بسیاری از آن‌ها فقیهان فتوا نداده‌اند.

تنها فقیه‌ای که مدعی است همه تعزیرات را (اعم از مقدر و غیرمقدر) شماره کرده علامه مجلسی دوم (۱۰۰۶-۱۰۷۷ ش) است.^۱ وی پنجاه قسم تعزیر را می‌شمارد (بی‌تا: ۶۰-۶۶). این موارد پنجاه‌گانه بر چهار دسته‌اند: برخی دارای عدد معین‌اند (نزدیکی با همسر در روز رمضان و در حال حیض، ازدواج با زن ذمی بدون اذن همسر: همان: ۶۰ و ۶۲)؛ برخی دارای حداقل و حداکثرند (قرار گرفتن دو مرد برهنه در یک رختخواب: همان: ۲۰ و ۶۱)؛ برخی صرفاً به‌عنوان جرم تعزیری ذکر شده‌اند اما کیفرشان در حیطه قواعد عام تعزیرات قرار می‌گیرد؛^۲ برخی نیز در ذیل قاعده کلی تعزیر جای دارند (همان: ۶۲).

در هر حال، در کلام فقیهان درباره تعریف و ملاک تعزیر منصوص، و نیز در شمارش آن اختلاف فراوان وجود دارد و نمی‌توان به یک ملاک و تعریف واحد رسید.

ب) تعریف تعزیرات منصوص شرعی بر اساس قانون

در قانون مجازات اسلامی ۹۲ قانون‌گذار در ماده ۱۳۵ در بحث تعدد جرائم حد و تعزیر از قاعده اصلی عدول کرده و اجرای «تعزیر معین شرعی» را در صورتی که موجب تأخیر اجرای حد نشود مقدم کرده است. همچنین، براساس تبصره ۲ ماده ۱۱۵، برخی از مقررات عام تعزیرات شامل «تعزیرات منصوص شرعی» نمی‌شود:

ماده ۱۱۵- در جرائم تعزیری درجه شش، هفت و هشت چنانچه مرتکب توبه نماید و ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود، مجازات ساقط می‌شود. در سایر جرائم موجب تعزیر دادگاه می‌تواند مقررات راجع به تخفیف مجازات را اعمال نماید. [...]

تبصره ۲- اطلاق مقررات این ماده و همچنین بند (ب) ماده (۷) [پذیرش احکام کیفری صادرشده در کشورهای دیگر] و بندهای (الف) و (ب) ماده (۸) [احکام دادگاه‌های خارجی] و مواد (۲۷) [محاسبه مدت بازداشت قبلی در حکم]، (۳۹) [معافیت از کیفر در جرائم تعزیری درجه ۷ و ۸]، (۴۰) [تعویق صدور حکم]، (۴۵) [تعیین کیفر یا صدور حکم معافیت از کیفر پس از گذشت مدت تعویق]، (۴۶) [تعلیق اجرای مجازات]، (۹۳) [تخفیف و تبدیل مجازات کودکان و نوجوانان]، (۹۴) [تعویق حکم یا تعلیق مجازات کودکان و نوجوانان] و (۱۰۵) [مرور

۱. پیش از او شیخ بهایی (۹۲۵-۱۰۰۰ ش) ۳۵ جرم تعزیری را برمی‌شمارد (شیخ بهایی، ۱۳۱۹: ۴۲۷/۲-۴۲۹).

۲. بیشتر موارد مذکور از این دست است، مانند مرد و زنی یا دو زن در رختخواب واحد (همان: ۱۸، ۲۳ و ۶۱)؛ اقرار به زنا یا لواط کمتر از چهار بار (همان: ۱۹، ۲۰، ۶۱)؛ دو نفر که همدیگر را قذف کنند (همان: ۶۲)؛ استلاب و احتیال (همان: ۶۱) و...



زمان^۱ این قانون شامل تعزیرات منصوص شرعی نمی‌شود.

در این قانون تعزیر منصوص و معین تعریف نشده است. با توجه به این که در فقه عنوان تعزیر منصوص سابقه ندارد چهار احتمال به نظر می‌رسد:

۱. مراد از تعزیر منصوص همان مقدر خاص فقهی است، یعنی مواردی که عدد معین وجود دارد.

۲. منظور از تعزیر منصوص، تعزیر مقدر در معنای عام است، یعنی آنجا که عدد معین یا حداقل و حداکثر معین وجود دارد.

۳. تعزیرات منصوص شرعی همان مواردی‌اند که در شرع به «موجب» آن‌ها (یعنی بزه) تصریح شده است، هر چند کیفر آن‌ها در قاعده عام تعزیرات قرار می‌گیرد.

۴. تعزیر منصوص شرعی همان تعزیر شرعی (تعزیر هر فعل حرام) است، در مقابل تعزیرات دیگری که حکومت برای نظم عمومی وضع می‌کند.

برای تشخیص مراد قانون‌گذار از تعزیر منصوص شرعی، این چند احتمال را باید بررسی کرد:

الف) براساس یک فرض، مراد از تعزیر منصوص همان عنوانی است که در قانون سال ۱۳۷۰ تحت عنوان تعزیرات، و تقسیم مجازات‌های بازدارنده، آمده بود. درواقع تعزیر منصوص عبارت است از هر تعزیری که شرعاً قابل اعمال باشد، چه برای آن عدد یا حداقل و اکثری ذکر شده باشد یا نباشد، چه به موجب آن (یعنی بزه مستوجب تعزیر) تصریح شده باشد چه نشده باشد بلکه در ذیل عنوان عام تعزیر قرار گیرد.

برای روشن شدن این مسئله مناسب است که به سابقه قانون‌گذاری در این باب اشاره کنیم. در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ جرائم به پنج دسته حدود، قصاص، دیات، تعزیرات، و مجازات‌های بازدارنده تقسیم شده بودند. علت تفکیک مبهم و مشکل‌ساز بین تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده این بود که فقهای شورای نگهبان اعمال برخی مقررات عرفی و عام حقوق کیفری را در باب تعزیرات اجازه نمی‌دادند و لذا با تفکیک این دو دسته تلاش شد خواسته این فقیهان برآورده شود. در این قانون در بیانی مبهم مجازات تعزیری «از قبیل حبس و جزای نقدی و شلاق» (ماده ۱۶) و مجازات بازدارنده «از قبیل حبس، جزای نقدی، تعطیل محل کسب، لغو پروانه و محرومیت از حقوق اجتماعی و اقامت در نقطه یا نقاط معین و منع از اقامت در نقطه یا نقاط معین و مانند آن»

۱. همچنین براساس تبصره ۲ ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری: «... مقررات مرتبط به منافع ممکن‌الحصول و نیز پرداخت خسارت معنوی شامل جرائم موجب تعزیرات منصوص شرعی و دیه نمی‌شود». در ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی نیز اجرای قاعده عام معاونت منوط به عدم تعیین مجازات برای معاون در شرع شده است که به نظر می‌رسد صرفاً ناظر به امساک و نظارت در قتل است که به دلیل این که این کیفرها شرایط تعزیر را ندارند از بحث ما خارج‌اند.

(ماده ۱۷) تعیین شده بود. به رغم این، قانون‌گذار در مجازات تکمیلی (ماده ۱۹)، تخفیف و تبدیل مجازات (ماده ۲۲)، تعلیق مجازات (ماده ۲۵)، آزادی مشروط (ماده ۳۸)، شروع به جرم (ماده ۴۱)، شرکت و معاونت در جرم (ماده ۴۲ و ۴۳)، تعدد و تکرار جرم (ماده ۴۶، ۴۷^۱ و ۴۸)، اکراه (ماده ۵۴)، یعنی تقریباً تمامی نهادهای عام حقوق کیفری، بین جرائم تعزیری و بازدارنده تفاوتی نگذاشته بود. تنها تفاوتی که در قانون مجازات اسلامی سال ۷۰ می‌توان میان تعزیر و مجازات بازدارنده یافت همان تفاوت در نوع کیفرها است که اولاً این تفاوت به دلیل وجود تعبیر «از قبیل» بی‌رنگ یا کم‌رنگ می‌شد، و ثانیاً باتوجه به پذیرش تخفیف و تبدیل در کیفرهای تعزیری، عملاً فایده‌ای بر این تمایز ظاهری مترتب نمی‌شد. شاید به دلیل همین بی‌فایده‌گی تقسیم کیفرهای غیرمعین به تعزیری و بازدارنده، در سال ۹۲ این تمایز برداشته شد و دیگر تأسیسی به نام مجازات‌های بازدارنده در قانون وجود ندارد.

از جهتی دیگر، قانون‌گذار تعزیر را «در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی» (ماده ۱۸) قابل تعیین و اعمال دانسته است. روشن است که مراد قانون‌گذار از «ارتکاب محرمات شرعی» و «تعزیر منصوص شرعی» نمی‌تواند یکی باشد، بلکه مراد قانون‌گذار از تعزیر منصوص شرعی، بخشی از مصادیق آن رفتارهایی است که «ارتکاب محرمات شرعی» شمرده شده‌اند و قابل تعزیرند.

بر این اساس، نمی‌توان ذکر تعزیر منصوص و معین در قانون جدید را به شکلی به دغدغه قانون‌گذار در تقسیم جرائم به تعزیری و بازدارنده در سال ۷۰ برگرداند. اگر این نظر را بپذیریم نه تنها اقدام قانون‌گذار در حذف عنوان کیفرهای بازدارنده عبث است بلکه حتی به ابهام بیشتر خواهد انجامید.

ب) احتمال دیگر این است که مراد از تعزیر منصوص «رفتار» منصوص باشد، یعنی نص به بزه مستوجب تعزیر تعلق گیرد. به تعبیر برخی نویسندگان: «هر رفتاری که در روایات برای آن تعزیر قرار داده شده است، چه میزان آن مقدر و معین باشد و چه در آن به صورت اطلاق، به تعزیر حکم شده باشد، تعزیر منصوص شرعی محسوب می‌شود» (ساریخانی و توکل‌پور، ۱۳۹۵: ۱۰۸). مطابق این برداشت، هرگاه در روایات یا متون فقهی یک عمل خاص (مثلاً استلاب، اختلاس، توهین و...) مستوجب تعزیر شمرده شده است هرچند در مجازات به لفظ کلی تعزیر پسندیده شده باشد، تعزیر منصوص

۱. قانون‌گذار هرچند در مواردی مانند این ماده فقط از تعزیر سخن گفته است اما همان‌طور که در نظریه مشورتی به‌درستی بیان شده است: «قید کلمه تعزیر در ماده ۴۶ ق.م.ا. ۱۳۷۰ برای خارج کردن جرائم بازدارنده نیست، بلکه در مقابل حدود و قصاص و دیات است.» (نظر ۷/۲۷۷-۷۳/۱/۱۸).

است و هرگاه به رفتاری به طور خاص اشاره نشده باشد بلکه تحت عنوان کلی تعزیر قرار گیرد تعزیر غیرمنصوص است.

این برداشت اگرچه، البته به نادرست، به نظریات فقهی فقهای شورای نگهبان نیز مستند شده است (همان: ۱۰۳-۱۰۵)، نامأنوس‌ترین و ناپذیرفتنی‌ترین دیدگاه است. دلایل متعددی می‌توان برای این امر برشمرد:

۱. با این تعریف عملاً دایره تعزیرات منصوص بسیار گسترده می‌شود و در واقع این کار بازگشتی است به همان شیوه ناپسند قانون‌گذاری سال ۱۳۷۰ در تفکیک جرائم تعزیری و بازدارنده که بی‌ثمر بودن خود را در عمل نشان داد. از سوی دیگر، باتوجه به این که تعداد زیادی از جرائم تعزیری به شکلی در حیطه گناهان منصوص تعزیری قرار می‌گیرند (و براساس متون فقهی چه بسا بتوان سی تا چهل عنوان تعزیری این‌گونه را در قانون مجازات اسلامی یافت) کل ماهیت ماده ۱۸ مورد تردید قرار می‌گیرد و اگر مراد قانون‌گذار از تعزیرات منصوص شرعی این دسته بود، دست‌کم باید خروج از ماده ۱۸ را نیز در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ می‌گنجاند.

۲. این برداشت از جهات متعددی خلاف نظر فقیهان است. تا آنجا که نویسنده جست‌وجو کرده است هیچ فقیهی را نمی‌توان یافت که بین این دو دسته تعزیرات، یعنی آنجا که به موجب تعزیر تصریح شده و آنجا که نشده است، به لحاظ احکام تفاوت قائل باشد. برای مثال، با این برداشت، هیچ‌یک از تعزیراتی که موجب معین دارند مشمول توبه موضوع ماده ۱۱۵ نخواهند شد، درحالی که به تصریح بسیاری از فقیهان، یکی از تفاوت‌های تعزیر و حد در همین است که در تعزیر توبه همواره مسقط کیفر است، برخلاف توبه در جرائم حدی که تا پیش از اثبات مسقط حد است (شهید اول، بی‌تا: ۲/ ۱۴۴، قاعده ۲۰۴؛ مجلسی، بی‌تا: ۵۹؛ موسوی اردبیلی، ۱۳۹۲: ۱/ ۲۳۰-۲۳۱). از سوی دیگر، از بیان بسیاری فقیهان برمی‌آید که در تعزیرات انعطاف بیشتری وجود دارد، و برخلاف حدود، شفاعت و کفالت و تأخیر در اجرا در تعزیرات پذیرفتنی است و حتی می‌توان بزهکار را عفو کرد.^۱ بر این اساس، به طریق اولی تعلیق و تعویق و... نیز در تعزیرات ممکن است، و همان‌طور که

۱. شهید اول در تفاوت‌های دهگانه حد و تعزیر به این نکات اشاره می‌کند: میزان تعزیر بسته به نوع جرم، مجرم و بزه دیده متفاوت است. اگر بزه کوچک باشد میزان تعزیر بسیار کم خواهد بود به گونه‌ای که برخی گفته‌اند بهتر است در این موارد از اعمال تعزیر صرف‌نظر شود. همچنین حاکم شرع بین انواع تعزیر مخیر است (شهید اول، بی‌تا: ۲/ ۱۴۲-۱۴۴، قاعده ۲۰۴؛ نیز رک: مکارم شیرازی، ۱۳۸۳: ۳۳-۳۵؛ معرفت، ۱۳۶۵: ۱۰۴-۱۰۶). بسیاری نیز به صراحت به جواز عفو در تعزیر پرداخته‌اند (شیخ طوسی، ۱۳۵۱: ۶۹/۸؛ موسوی اردبیلی، ۱۳۹۲: ۲۳۵؛ هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸: ۲۰۶-۲۰۸).

گفته شد، فقیهان از اساس فرقی قائل نیستند بین جایی که فقط موجب تعزیر مورد نص قرار گرفته باشد و جایی که رفتاری طبق قاعده کلی تعزیرات قابل تعزیر است.

۳. واژه «تعزیر» را گرچه برخی فقیهان، مانند محقق حلی، با آسان‌گیری به معنای «بزه» یعنی موجب تعزیر به کار برده‌اند اما، چنان که ذکر شد، این تعریف با خرده‌گیری بسیاری از فقیهان بعدی روبه‌رو شده است؛ زیرا، همان‌طور که قانون‌گذار به‌درستی در مواد مختلف، مثل ماده ۱۴ و ۱۸ به کار برده است، مراد از تعزیر «کیفر» است، و «تعزیر منصوص شرعی» به معنای «کیفر تعزیری منصوص شرعی» است، نه «بزه منصوص».

۴. قانون‌گذار در سال ۱۳۷۰ نیز نهادهایی مانند تعلیق و تخفیف و تبدیل را در تعزیرات شرعی به‌گونه عام پذیرفته بود و مستثنا کردن عمده تعزیرات شرعی از ذیل این قواعد، حتی نسبت به قانون ۷۰ نیز گامی به عقب است و این، باتوجه به رویکرد قانون‌گذار در سال ۱۳۹۲ ناپذیرفتنی است.

باتوجه به این نکته‌ها و برخی دلایل دیگر که جای ذکر آن‌ها نیست، از این تعریف به گونه‌ای قاطع باید دست کشید.

ج) برداشت دیگر این است که مراد از تعزیر منصوص همان تعزیر مقدر شرعی است، یعنی همان مواردی که در کتاب‌های فقیهان برای آن‌ها عدد معین (مقدر در معنای خاص) یا اقل و اکثر ذکر شده باشد. آن‌گونه که از فحوای قانون و نیز نظریه حقوق‌دانان برمی‌آید، مراد قانون‌گذار از تعزیرات منصوص این دسته است. نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه نیز مؤید این دیدگاه است.^۱ چنان‌که در جای خود توضیح خواهم داد، با مروری به نظرات فقیهان شورای نگهبان در ذیل مواد قانون مجازات اسلامی به‌نظر می‌رسد منظور ایشان نیز از تعزیر منصوص همین است، گرچه به دلیل عدم ایضاح ایشان و نیز تعدد در تعبیری که در ذیل مواد مختلف به کار برده‌اند نمی‌توان به صراحت این ادعا را تأیید کرد.

به‌رغم این، مشکل یافتن مصادیق این نوع از تعزیرات به‌جای خود باقی است. بیشتر حقوق‌دانانی که در این باره قلم زده‌اند یکی از این دو دیدگاه را برگزیده‌اند: برخی از همان ابتدا، به‌سراغ منابع فقهی رفته‌اند و کوشیده‌اند با تلفیق مصادیق فقهی با مبانی کیفری (از جمله تفسیر به نفع متهم) مواردی اندک را در زمره این تأسیس بپذیرند (برهانی و نادری‌فرد، ۱۳۹۴: ۱۱۰؛ اکبری و هاشمی،

۱. «تعزیرات منصوص شرعی به تعزیراتی گفته می‌شود که در شرع مقدس اسلام برای یک عمل معین، نوع و مقدار کیفر مشخص شده است؛ بنابراین، مواردی که به‌موجب روایات و یا هر دلیل شرعی دیگر، به‌طور کلی و مطلق برای عملی تعزیر مقرر شده است ولی نوع و مقدار آن معین نگردیده، تعزیر منصوص شرعی محسوب نمی‌شود» (نظریه مشورتی ۹۲/۵/۲۸-۷/۹۲/۹۷۱).

۱۳۹۵: ۵۶؛ برخی از نویسندگان نیز با التزام به اصل قانونی بودن تعزیرات، تلاش کرده‌اند ملاک‌هایی برای تعیین مصادیق تعزیر منصوص در قانون معرفی کنند (رحمانیان و حبیب‌زاده، ۱۳۹۲: ۱۱۶-۱۱۹).

به باور نویسنده، با دو ملاک می‌توان به مصادیق تعزیرات منصوص نزدیک شد؛ یکم: بررسی این مصادیق در قالب تعزیرات. باتوجه به پذیرش اصل قانونی بودن تعزیرات، براساس این مبنا، مصادیق تعزیر منصوص را فقط باید در قانون سراغ گرفت. دوم: بررسی این مصادیق در پرتو حدود. با این ملاک، مصادیق این‌گونه تعزیر را فقط باید در فقه جست. این دو ملاک را در دو بحث پیش‌رو مطرح خواهیم کرد.

ج) تعزیر منصوص در قالب تعزیرات

یک دیدگاه قابل پذیرش در باب تعزیرات منصوص این است که این کیفرها در قالب تعزیرات نگریسته شوند. روشن است که در این صورت، باتوجه به پیش‌فرض پذیرفته‌ما، یعنی پذیرش قاطع اصل قانونی بودن تعزیرات در قانون ۱۳۹۲، باید مصادیق این نوع تعزیر را صرفاً در قانون جست‌وجو کرد. ابتدا با ارائه ملاک‌هایی، می‌کوشیم همه مصادیق احتمالی این تأسیس را از قانون استخراج کنیم و سپس با بررسی موارد، مصادیق محتمل‌تر آن را بیان خواهیم کرد.

۱. ملاک‌های تعیین تعزیرات منصوص

به نظر می‌رسد با کمک سه ملاک می‌توان به مصادیق تعزیرات منصوص در قانون مجازات اسلامی نزدیک شد:

الف) نخستین ملاک این است که فقیهان یک بزه تعزیری را در حیطه تعزیرات مقدر آورده باشند. در اینجا با مواردی سروکار داریم که از یک‌سو، در فقه در زمره تعزیرات مقدر آمده‌اند و از سوی دیگر، قانون نیز آن‌ها را جرم‌انگاری کرده است.

ب) چنان‌که گفتیم، فقیهان باب مستقلی به تعزیرات اختصاص نداده‌اند، بلکه در ذیل هر حد، جرائم تعزیری وابسته به آن حد را هم بیان کرده‌اند و یا در ذیل حد قذف و تحت مسئله التعزیر لکل امر محرم هم قاعده کلی تعزیر را بیان کرده‌اند و هم مصادیقی را ذکر کرده‌اند. به‌رغم این، قانون‌گذار کتاب مفصلی را به تعزیرات اختصاص داده است و انتظار می‌رود همه جرائم تعزیری را در این کتاب مطرح کند، اما برخی از بزه‌های تعزیری را در ذیل حدود آورده است. وجود این تعزیرات در کتاب حدود قرینه‌ای است که قانون‌گذار به تعزیرات منصوص نظر دارد.

ج) همهٔ مواردی که فقیهان در زمرهٔ تعزیرات مقدر آورده‌اند دارای کیفر تازیانه‌اند. این ملاک دارای اهمیت بسیاری است. از نظر فقیهان، اصل بر این است که نوع و میزان کیفر تعزیری در اختیار حاکم است. باین‌همه، آنجا که پای تعزیر مقدر در میان است، فقیهان یا به‌صراحت یا به‌استناد احتیاط، بیشتر، از همان مجازات تازیانه سخن گفته‌اند. براساس این ملاک، اگر قانون‌گذار برای یک بزه تعزیری صرفاً کیفر تازیانه ذکر کرده باشد (باتوجه به این که رویکرد قانون‌گذار در این سال‌ها حذف تدریجی کیفر تازیانه یا بدیل قرار دادن برای آن بوده است) می‌تواند نشانهٔ آن باشد که در این مورد با تعزیر منصوص روبه‌رویم. در مقابل، اگر قانون‌گذار برای بزه تعزیری کیفر تازیانه در نظر نگرفته باشد یا کیفر تازیانه را به همراه یا بدیل کیفر دیگری قرار داده باشد، در این صورت نمی‌توان آن را در حیطهٔ تعزیرات منصوص شمرد.

به نظر می‌رسد در قانون مجازات اسلامی موارد زیر برخی یا همهٔ این ملاک‌ها را دارند:

۱. روابط نامشروع مادون زنا از قبیل تقبیل یا مضاجعه (مادهٔ ۶۳۷ تعزیرات).
۲. همجنس‌گرایی مردان و زنان در غیرموارد لواط و تفخیذ و مساحقه (مادهٔ ۲۳۷ و تبصرهٔ ۱ آن).
۳. جماع با زوجهٔ متوفا (مادهٔ ۲۲۲).
۴. اقرار کمتر از چهار بار به زنا، لواط، تفخیذ و مساحقه (مادهٔ ۲۳۲).
۵. به‌هم‌رساندن افرادی برای ارتکاب جرائم مادون زنا و لواط (تبصرهٔ ۱ مادهٔ ۲۴۲).
۶. رساندن دو یا چند نابالغ برای زنا و لواط (مادهٔ ۲۴۴).
۷. قذف نابالغ، مجنون، و غیرمسلمان یا غیرمعین (تبصرهٔ ۱ مادهٔ ۲۵۱).
۸. انتساب زنا و لواطی که موجب حد نیست، مثل زنا در حال اکراه یا عدم بلوغ (مادهٔ ۲۵۳).
۹. نوعی از تکرار قذف (پس از اجرای حد، محکوم بگوید آنچه گفتم حق بود) (مادهٔ ۲۵۸).
۱۰. پدر یا جد پدری که فرزند خود را قذف کند (مادهٔ ۲۵۹).
۱۱. هرگاه دو نفر همدیگر را قذف کنند (تبصرهٔ مادهٔ ۲۶۱).
۱۲. سب نبی در حالت مستی یا غضب یا به نقل دیگری اگر صدق اهانت کند (تبصرهٔ مادهٔ ۲۶۳).

در موارد دوازده‌گانهٔ فوق، به جز دو ماده (۶۳۷ تعزیرات: تا ۹۹ ضربه تازیانه، و تبصرهٔ مادهٔ ۲۶۳: تا ۷۴ ضربه تازیانه) ۳۱ تا ۷۴ ضربه شلاق تعزیری درجهٔ شش (در قالب مادهٔ ۱۹ قانون مجازات اسلامی) به‌عنوان مجازات تعیین شده است. همچنین در مادهٔ ۲۵۲ (حکم به مجازات تعزیری توهین موضوع مادهٔ ۶۰۸ تعزیرات)، تبصرهٔ مادهٔ ۲۶۶ (در نظر گرفتن مجازات تظاهر به عمل حرام موضوع مادهٔ ۶۳۸ تعزیرات)، مواد ۲۷۲ و ۲۷۶ و تبصرهٔ ۱ مادهٔ ۲۷۸ (حکم به مجازات سرقت

تعزیری موضوع مواد ۶۵۱ تا ۶۶۷ تعزیرات، تبصره ماده ۲۸۶ (حبس تعزیری درجه پنج یا شش برای جرائم گسترده‌ای که عنصر روانی افساد فی الارض در آن‌ها ثابت نمی‌شود) و ۲۸۸ (مجازات تعزیری درجه ۳ و ۵ برای اعضای گروه باغی که قبل از درگیری دستگیر شوند) نیز در ذیل حدود به کیفر تعزیری اشاره شده است.^۱ ازاله بکارت دختر باکره نیز که در کلام فقیهان گاه مقدر شمرده شده است، مستوجب ضمان مهرالمثل است (ماده ۶۵۸).

۲. مصادیق تعزیر منصوص در قالب تعزیرات

اگر موارد مذکور در فهرست پیش گفته را دقیق‌تر بررسی کنیم، آشکار می‌شود که بسیاری از آن‌ها برخی از ملاک‌های تعزیر منصوص یا مقدر را ندارند و فقیهان آن‌ها را در حیطه تعزیرات مقدر شمرده‌اند یا دست کم عمده فقیهان چنین نکرده‌اند.^۲ همچنین گرچه برخی از فقیهان برداشتن بکارت یک دختر را با انگشت، مستوجب تعزیر دانسته‌اند و گاه اقل و اکثر متفاوتی را نیز برای آن ذکر کرده‌اند،^۳ اما قانون مجازات اسلامی برای این رفتار صرفاً ضمان مهرالمثل لحاظ کرده است (ماده ۶۵۸). چه‌بسا بتوان با تفسیر موسع ماده ۶۹ قانون مجازات اسلامی، برای چنین عملی که به دلیل ذکر در قانون کیفری، ظاهراً جرم است اما کیفری برایش مشخص نشده است، مجازات جایگزین حبس تعیین کرد اما در هر صورت، به دلیل پذیرش اصل قانونی بودن تعزیرات، نمی‌توان براساس فقه برای آن کیفر تازیانه در نظر گرفت. (البته فرض این که برخی از مصداق‌های این رفتار در ذیل ماده ۶۳۷ تعزیرات یا تبصره ۱ ماده ۲۳۷ قابل کیفر باشد دور از ذهن نیست).

۱. در کتاب دیات نیز دو ماده ۵۶۷ و ۷۲۷ به مجازات تعزیری اشاره می‌کنند. همچنین در حدود ۲۰ ماده در کتاب قصاص و یک ماده در کتاب دیات براساس ماده ۴۴۷ به مجازات تعزیری ماده ۶۱۲ و ۶۱۴ تعزیرات ارجاع شده است که هیچ‌یک، ملاک‌های تعزیر منصوص را ندارند.

۲. فقیهان جرائم موضوع مواد ۲۲۲، ۲۳۲، تبصره ۱ ماده ۲۵۱، ۲۵۳، ۲۵۸، ۲۵۹، تبصره ماده ۲۶۱، تبصره ماده ۲۶۳ و... را در زمره تعزیر مقدر نیاورده‌اند. رک: حلبی، ۱۳۶۲: ۴۱۷-۴۱۹؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ۶۸۹، ۷۰۸؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۳۸۷: ۱۴۸/۶، ۲۰۰، ۲۸۰-۲۸۱؛ شهید ثانی، ۱۳۹۸: ۳۲۷/۹؛ محقق حلی، ۱۳۸۳: ۴/۱۵۱، ۱۶۷؛ خوئی، ۱۳۹۳: ۱/۱۶۰؛ خمینی، ۱۳۷۹: ۲/۴۱۹، ۴۳۲-۴۳۴؛ نجفی، ۱۳۸۱: ۴۱/۴۳۱؛ و...

۳. در اینجا در کنار قول به مطلق تعزیر، سه قول به تقدیر نیز وجود دارد: ۳۰ تا ۸۰ (شیخ مفید، ۱۴۱۰: ۷۸۵)؛ ۳۰ تا ۷۹ (شیخ طوسی و محقق حلی، ۱۴۱۲: ۲۹۶-۲۹۷)؛ ۳۰ تا ۹۹ (شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ۶۹۹؛ ابن‌براج، ۱۴۰۶: ۵۲۳/۲؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۳۸۷: ۱۷۷/۶). البته شهید ثانی (۱۴۳۴: ۱۲/۲۸-۲۹) به تبع ابن‌فهد حلی (۱۴۱۳: ۵/۶-۷) قول ۳۰ تا ۷۷ ضربه را به شیخ طوسی منتسب می‌کند که نادرست است.

براین اساس، با نظر به پذیرش اصل قانونی بودن تعزیرات، و با توجه به این نکته که مراد از تعزیر منصوص همان تعزیر مقدر فقهی است، با غربال کردن موارد پیش گفته می‌توان به موارد اندکی از کیفرهای منصوص رسید:

الف) همجنس‌گرایی مردان و زنان در غیرموارد لواط و تفخیز و مساحقه که ۳۱ تا ۷۴ ضربه تازیانه به همراه دارد (موضوع ماده ۲۳۷ و تبصره ۱ آن). گرچه در باب مجازات این عمل آرای متنوعی وجود دارد، بسیاری از فقیهان این بزه را در زمره تعزیر مقدر آورده‌اند و کیفرش را ۳۰ تا ۹۹ ضربه تازیانه^۱ ذکر کرده‌اند.^۲ درخصوص دو زن تعداد کمتری از فقیهان چنین دیدگاهی دارند، و برخی به مطلق تعزیر قائل‌اند.^۳ حتی برخی از فقیهان در این مورد برای مطلق تعزیر، یعنی مادون حد و به صلاح دید حاکم، ادعای اجماع کرده‌اند (موسوی سبزواری، ۱۳۸۸: ۳۱۲/۲۷-۳۱۳).

ب) جرائم مادون زنا: براساس ماده ۶۳۷ تعزیرات: «هرگاه زن و مردی که بین آن‌ها علقه زوجیت نباشد، مرتکب روابط نامشروع یا عمل منافی عفت غیر از زنا از قبیل تقبیل یا مضاجعه شوند، به شلاق تا نودونه ضربه محکوم خواهند شد...»

این بزه اولاً در برخی از متون فقهی به‌عنوان تعزیر مقدر آمده است؛^۴ ثانیاً تنها موردی است در قانون تعزیرات که فقط مجازات تازیانه دارد؛ و ثالثاً گرچه در کتاب تعزیرات آمده اما با شواهدی می‌توان آن را از ملحقات باب حدود دانست، مثلاً قرابت و شباهت آن با ماده ۲۳۷.

۱. برخی نیز ۱۰ تا ۹۹ تازیانه معین کرده‌اند (حلی، ۱۳۶۲: ۴۱۷).

۲. بسیاری از فقیهان در باب این بزه چنین نظر داده‌اند: (طوسی، ۱۴۰۰: ۷۰۵ و ۷۰۷؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۳۸۷: ۱۸۹/۶ و ۱۹۷؛ محقق اردبیلی، ۱۴۱۷: ۱۳/۱۰۹-۱۱۰؛ در مورد دو زن با تردید: محقق اردبیلی، ۱۴۱۷: ۱۱۰، ۱۱۲؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۳۸۴-۳۸۵، ۳۹۱-۳۹۳؛ خوئی، ۱۳۹۳: ۱/۱۱۵-۱۱۶؛ وی این قول را به مشهور متأخرین منتسب می‌کند: همان). برخی نیز احتیاط را در اکتفا به سی ضربه (خوانساری، ۱۳۶۴: ۸۱/۷) و برخی دیگر احتیاط را در زدن ۹۹ ضربه (خمینی، ۱۳۷۹: ۲/۴۲۸-۴۲۹) دانسته‌اند.

۳. ازجمله: محقق حلی، ۱۹۸۳: ۴/۱۶۰، ۱۶۱؛ شهید ثانی، ۱۴۳۴: ۱۲/۱۰۳-۱۰۴؛ ۱۰۸-۱۰۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۲/۱۷۵.

۴. فقیهان معمولاً از اجتماع دو مرد و زن برهنه زیر یک پوشش واحد سخن گفته‌اند ولی گاهی نیز تعابیری چون «یقبلها و یعانقها» را آورده‌اند (برای مثال: شیخ طوسی، ۱۴۲۰: ۳۷۳/۵). فقیهان در این میان چهار قول دارند: برخی این عمل را حد می‌شمرند که صد تازیانه دارد (نقل شده در: شیخ طوسی، همان؛ محقق حلی، ۱۹۸۳: ۴/۱۵۲؛ شهید ثانی، ۱۴۳۴: ۱۲/۲۹). برخی برای آن ۱۰ تا ۹۹ تازیانه در نظر می‌گیرند (حلی، ۱۳۶۲: ۴۱۷؛ شیخ مفید، ۱۴۱۰: ۷۷۴؛ شهید ثانی، ۱۴۳۴: ۱۲/۲۹)؛ برخی مجازات این عمل را ۳۰ تا ۹۹ ضربه می‌دانند و این قول را «مشهور بین متأخرین» می‌خوانند (خوئی، ۱۳۹۳: ۱/۱۶؛ محقق اردبیلی، ۱۴۱۷: ۷/۱۱۰ - با ذکر احتمال)؛ برخی نیز بر اساس قواعد عام تعزیرات، برای آن حداقل ذکر نمی‌کنند (شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ۶۸۹-۶۹۰؛ همو، ۱۳۵۱: ۷/۸؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۳۸۷: ۱۳۸۷).

به باور نگارنده، فقط همین موارد ظرفیت آن را دارند که در حیطه تعزیرات منصوص جای گیرند.

۳. نقد و بررسی دیدگاه

گرچه، چنان که گفتیم، در باب همین موارد اندک پیش گفته نیز نظرات بسیار متنوعی در میان فقیهان می توان دید، اما این دیدگاه از جهاتی مطلوب است، زیرا هم با مبانی فقهی سازگار است هم باتوجه به نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه، به نظر می رسد با اراده قانون گذار هماهنگ باشد و هم حریم اصل قانونمندی و نتایج آن، یعنی تفسیر به نفع متهم، را بدون خدشه باقی می گذارد. همچنین، موارد آن بسیار محدود است و به نهادهای پذیرفته شده عام در قانون، استثنای زیادی وارد نمی شود.

به رغم این، از جهاتی نیز این دیدگاه قابل نقد است:

(الف) بر اساس قواعد فقهی، دلیلی برای اخراج این نوع تعزیرات از ذیل مقررات کلی تعزیر وجود ندارد، بلکه فقیهان، به رغم قائل شدن به اقل و اکثر برای این بزه ها، آن ها را همچنان داخل در ذیل قاعده عام تعزیرات می دانند (شهید ثانی، ۱۴۳۴: ۲۹/۱۲).

(ب) اراده قانون گذار بر این بوده که تعزیرات را، اعم از شرعی و حکومتی، از حیث احکام، مشمول قواعد عام حقوق کیفری قرار دهد. تصریح قانون گذار به این که «نوع، مقدار، کیفیت اجرا، ... و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می شود» بحد بیانگر این عزم است. از این رو، استثنا کردن این جرائم تعزیری از احکام عام تعزیر با این اراده ناسازگار است.

(ج) گرچه موارد پیش گفته در فقه در زمره تعزیرات مقدر شمرده شده اند اما قانون گذار برای آن ها کیفر مقدر فقهی را در نظر نگرفته، بلکه آن ها را در حیطه کیفرهای تعزیری عام آورده است. در ماده ۲۳۷، کیفر همجنس گرایی زنان و مردان «۳۱ تا ۷۴ ضربه شلاق تعزیری درجه شش» تعیین شده است نه ۳۰ تا ۹۹ ضربه که در فقه آمده است. همچنین برای جرائم مادون زنا تا ۹۹ ضربه تازیانه لحاظ شده است نه ۳۰ تا ۹۹ ضربه. این بدان معناست که قانون گذار این جرائم را نه به مثابه تعزیر منصوص، بلکه در قالب قواعد عام تعزیرات پذیرفته است.

(د) برخورد فقیهان شورای نگهبان با این موارد نیز مؤید نکته پیشین است. ایشان در هیچ یک از مجازات های تعزیری مذکور در قانون مجازات اسلامی (کتاب های حدود و قصاص و دیات) به منصوص بودن اشاره نکرده اند. در لایحه قانون مجازات اسلامی (مصوب کمیسیون قضایی و حقوقی

مجلس) دو ماده وجود داشت که شورای نگهبان آن‌ها را تعزیر منصوص تلقی کرد.^۱ نظر شورای نگهبان در ذیل این دو ماده چنین بود: «از این نظر که تعزیر مذکور در ماده، تعزیر منصوص شرعی است، تعزیر درجه شش دانستن آن مستلزم جواز تبدیل به غیرشلاق است، لذا خلاف موازین شرع شناخته شد.» (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۵: ۹۴ و ۹۵). تمامی مواردی که در قانون مجازات اسلامی ۹۲ در مظان منصوص بودن اند در ذیل درجه شش تعریف شده‌اند و لذا هریک از آن‌ها اگر بخواهند منصوص تلقی شوند با اشکال پیش گفته شورا روبه‌رو خواهند بود. این در حالی است که شورا در ذیل هیچ‌یک از مواد موجود چنین اشکالی را مطرح نکرده است. مجلس این دو ماده را حذف کرد و با حذف این دو ماده، هیچ مصداقی از تعزیر منصوص در چهار کتاب اول قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) باقی نمی‌ماند.

ه) از سوی دیگر، باید به این نکته نیز توجه کرد که در متن لایحه مصوب مجلس ماده‌ای با شماره ۲۱۵ وجود داشت که چنین آغاز می‌شد: «مجازات‌های تعزیری و یا بازدارنده در کلیه قوانین به شرح زیر اصلاح می‌شود...» در ادامه، تمامی مجازات‌های مذکور در قانون تعزیرات و سایر قوانین کیفری تحت قاعده درجه‌بندی مجازات‌های تعزیری (ماده ۱۹) درآمده بود. شورای نگهبان در دو مرحله غیررسمی و رسمی هیچ ایرادی از حیث مغایرت با شرع یا قانون اساسی بر این ماده نگرفت و نهایتاً با اعلام عدم مغایرت، این ماده نیز وارد قانون شد و حتی مجلس در متن نهایی قانون، قانون تعزیرات را با اصلاحات مطابق ماده ۲۱۵ بازنویسی و ابلاغ کرد. با مداخله مجدد و عجیب شورای نگهبان، پس از ابلاغ قانون، و بازنگری مجدد در مواد این قانون، ماده فوق با این استدلال که «موجب ازدیاد مدت حبس در بسیاری از قوانین موجود می‌شود و مخالف با سیاست‌های کلی نظام... است» (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۵: ۸۷) از سوی مجلس حذف شد. روشن است که این مخالفت به هیچ وجه به درجه‌بندی این مجازات‌ها بر نمی‌گردد و در واقع نشان می‌دهد که از نظر شورای نگهبان، هیچ‌یک از مجازات‌های تعزیری موجود در قانون تعزیرات در حیطه تعزیرات منصوص شرعی جای نمی‌گیرند.

۱. این دو ماده بر اساس شماره‌گذاری لایحه چنین بودند:

ماده ۲۳۱: «اگر دو طرف یا یکی از طرفین رابطه نامشروع، دوجنسی باشد، در صورتی که اجمالاً احراز شود یکی از عناوین موجب حد مانند زنا یا مساحقه واقع شده است به مجازات همان حد و در غیر این صورت، هریک به سی و یک تا نود و نه ضربه شلاق تعزیری درجه شش محکوم می‌شوند.»

ماده ۲۳۶: «هرگاه دو یا چند مرد از روی شهوت و بدون ضرورت به صورت برهنه زیر یک پوشش قرار گیرند به سی و یک تا نود و نه ضربه شلاق تعزیری درجه شش، و در صورت تکرار جرم و اجرای تعزیر در مرتبه سوم و بالاتر به یک صد ضربه شلاق محکوم می‌شوند.»

و) حتی بدون در نظر گرفتن فرآیند تأیید و رد ماده ۲۱۵، تنها موردی که براساس ملاک‌های پیش‌گفته چه‌بسا می‌شد آن را در قانون تعزیرات (۱۳۷۵)، منصوص شرعی تلقی کرد جرم موضوع ماده ۶۳۷ است. به‌رغم این، هیئت عمومی دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت رویه، به‌صراحت بزه موضوع این ماده را منصوص شرعی ندانسته است.^۱

با این حساب، با صراحت و جرئت می‌توان ادعا کرد که در کل قانون مجازات اسلامی (مصوب ۹۲ و ۷۵) هیچ مصداقی از تعزیرات منصوص وجود ندارد.

د) تعزیر منصوص در قالب حدود

با کنار رفتن دیدگاه پیشین، دیدگاهی دیگر مطرح می‌شود که براساس آن، تعزیرات منصوص را باید در ذیل حدود جست‌وجو کرد.

۱. توجیه و ملاک دیدگاه

برای تبیین این دیدگاه باید نظر فقیهان را در باب تعزیر مقدر مرور کرد. برخی از فقیهان مواردی از تعزیر را که عدد معین دارند در زمره حدود یا در حکم آن شمرده‌اند (مانند منتظری، بی‌تا: ۴؛ تبریزی، ۱۴۱۷: ۸-۱۰). برخی نیز احتمال داده‌اند که این‌ها حد باشند نه تعزیر گرچه تعزیر تلقی شدن و مستثنا شدن از قاعده کلی را نیز نامحتمل ندانسته‌اند (رک: محقق اردبیلی، ۱۴۱۷: ۱۳/۹۸-۹۹؛ ۱۷۶-۱۷۷؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۴۱/۲۵۵). برخی از فقیهان معاصر نوشته‌اند که مواردی که عدد معین دارند استثنای قاعده تعزیرند اما بیشتر موارد، که دارای اقل و اکثرند، درون قاعده تعزیر قرار می‌گیرند و تعیین میزان تعزیر در بین دو عدد در اختیار حاکم است و این متفاوت است با جایی که میزان بدون زیاده یا نقصانی از عقوبت معین شده است (گلپایگانی، ۱۴۱۴: ۱/۲۰-۲۱).

از کلام فقیهانی که این موارد را در زمره تعزیرات و نه حدود آورده‌اند می‌توان چنین برداشت کرد که مواردی که عدد معین دارند در نگاه ایشان به حد و احکام آن نزدیک‌ترند.^۲ این نکته بایی

۱. رأی وحدت رویه شماره ۷۷۰ - ۲۶/۴/۱۳۹۷ هیئت عمومی دیوان عالی کشور مقرر می‌دارد: «... نظر شعبه نهم دیوان عالی کشور که مقررات ماده ۲۷ قانون مجازات اسلامی را نسبت به محکومیت موضوع ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی - تعزیرات اعمال کرده است به اکثریت آراء صحیح و منطبق با موازین قانونی تشخیص گردید.»

۲. درباره این موارد از حیث احکام سه دیدگاه وجود دارد: ۱. این‌ها در احکام مانند تعزیرات‌اند؛ ۲. در احکام تابع حدودند؛ ۳. باتوجه به قواعد حاکم فقهی و حقوقی، مانند قاعده درأ و اصل احتیاط در دماء و نفوس و احترام خون مسلمان، و اصل تخفیف و مسامحه در کیفرها و نیز اصل تفسیر به نفع متهم باید در جایی که حکم تعزیر و حد متفاوت است حکم ارفاقی‌تر را انتخاب کرد (ایزدی‌فرد و حسین‌نژاد، ۱۳۹۴: ۲۴۸-۲۵۴).

می‌شود برای قرائتی دیگر: قانون‌گذار تمایل داشته است که تعزیرات مقدر را به احکام حدود ملحق کند و از این‌رو، این تعزیرات را باید در ذیل ماده ۲۲۰ جست‌وجو کرد.

برای تبیین این دیدگاه ملاک‌های زیر را می‌توان پذیرفت:

(الف) مراد از تعزیر منصوص همان تعزیر مقدر در معنای اخص آن است، زیرا بسیاری از فقیهان فقط این‌ها را در حکم حد گرفته‌اند، نه آنجا که حداقل و حداکثر وجود دارد.

(ب) تعزیری مقدر است که قانون‌گذار همان کیفر مقدر فقهی را در نظر گرفته باشد. با این ملاک، هیچ بزه تعزیری مقدری را در قانون نمی‌توان یافت. در حقیقت با این ملاک می‌توان گفت شرط مقدر بودن ذکر «نشدن» در قانون است!

(ج) به دلیل اختلاف فراوان فقیهان در باب تعزیرات مقدر، باید باتوجه به ملاک‌های قانونی، مانند تفسیر به نفع متهم و اصل احتیاط و...، به موارد متفق‌علیه یا دست‌کم مشهور بسنده کرد.

۲. مصادیق تعزیر منصوص در قالب حدود

باتوجه به ملاک‌های پیش‌گفته، اگر مانند بسیاری از فقیهان این موارد را حد یا تابع احکام حدود بشمریم، در این صورت چه‌بسا بتوان از میان چندین موردی که ایشان گاه و بیگاه ذکر کرده‌اند، موارد اندکی را در زمره تعزیرات منصوص گنجانند. مهم‌ترین مواردی که فقیهان با این ملاک ذکر کرده‌اند چنین‌اند:

(الف) نزدیکی با همسر در ماه رمضان؛ بسیاری از فقیهان برای مردی که همسرش را در روز ماه رمضان درحالی‌که هر دو روزه‌اند به نزدیکی وادارد ۵۰ ضربه تازیانه در نظر گرفته‌اند. در صورتی‌که این عمل با رضایت همسر باشد هریک سزاوار ۲۵ ضربه تازیانه‌اند. این دیدگاه در میان فقیهان طرفداران زیادی دارد.^۱

۱. از جمله: شیخ مفید، ۱۴۱۰: ۳۴۸؛ شیخ طوسی، ۱۳۵۱: ۲۷۵/۱؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ۷۳۱؛ ابن‌براج، ۱۴۰۶: ۵۳۵/۲؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۳۸۷: ۲۸۷/۶-۲۸۸؛ محقق حلی، ۱۹۸۳: ۱۷۶/۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۲۹۹/۱؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۹: ۲۲۹/۱؛ ابن‌فهد حلی، ۱۴۱۳: ۶/۵؛ محقق کرکی، ۱۴۲۹: ۷۰/۳-۷۱؛ شهید ثانی، ۱۴۳۴: ۲۸-۲۹؛ همو، ۱۳۹۸: ۱۰۰/۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۹۳: ۱۰/۱-۱۰/۱۰؛ ۱۹۸-۱۹۹؛ خمینی، حکیم، گلپایگانی، بروجردی، شیرازی در حاشیه بر عروه در: طباطبایی یزدی، ۱۳۹۳: ۱۰/۱-۱۰/۱۲، ۱۹۸-۲۰۰؛ و بسیاری از فقیهان دیگر. البته برخی از فقیهان قائل به مطلق تعزیرند (مانند سیستانی در: طباطبایی یزدی، ۱۳۹۳: ۱۰/۱۹۹).

ب) نزدیکی با همسر در حالت عادت ماهانه؛ جمعی از فقیهان معتقدند که مرتکب این رفتار باید ۲۵ ضربه تازیانه بخورد.^۱ از سوی دیگر، بیشتر فقیهان در اینجا به مطلق تعزیر حکم کرده‌اند (مانند محقق کرکی، ۱۴۲۹: ۳۲۰/۱).

ج) ازدواج با زن غیرمسلمان بدون اذن همسر. تعداد اندکی از فقیهان این عمل را مستوجب ۱۲/۵ ضربه تازیانه دانسته‌اند (خوئی، ۱۳۹۳: ۱۱۸/۱؛ مجلسی، بی‌تا: ۶۰ و ۶۲). بیشتر فقیهان از چنین رفتاری در قالب تعزیر منصوص سخن نگفته‌اند.

د) افطار روزه در ماه رمضان بدون عذر؛ در رأی شاذ، صاحب عروه به ۲۵ ضربه شلاق برای مرتکب این رفتار نظر داده است (طباطبایی یزدی، ۱۳۹۳: ۱۰/۱۰-۱۱). به‌رغم این، بسیاری از فقیهان بزرگ بر این مسئله عروه حاشیه زده‌اند و گفته‌اند در این فرض تقدیر وجود ندارد و تعزیر به صلاح‌دید حاکم است.^۲ همچنین بیشتر فقیهان متقدم نیز در اینجا ذکر عدد نکرده‌اند (مانند علامه حلی، ۱۴۱۰: ۲۹۹/۱). با توجه به غیرمقدر بودن این رفتار، و با اعمال اصل قانونی بودن تعزیرات، ارتکاب آن فقط در صورتی قابل تعزیر است که قانون‌گذار برای آن به‌صراحت کیفر در نظر بگیرد.

ه) اتیان بهیمة؛ گرچه در باب مقاربت با حیوان نظری مبنی بر ۲۵ ضربه تازیانه وجود دارد اما این تنها نظر نیست، بلکه قول به مطلق تعزیر، صد ضربه و قتل نیز وجود دارد (رک. محقق حلی، ۱۹۸۳: ۱۷۴/۴؛ خوئی، ۱۳۹۳: ۱۶۲/۱). بیشتر فقیهان قائل‌اند که در اینجا تعزیر به صلاح‌دید حاکم است.^۳ حتی برخی فقیهان متقدم شیعه ادعای اجماع کرده‌اند که در اینجا به تعزیر کمتر از حد حکم می‌شود (از جمله: سید مرتضی، ۱۴۱۵: ۵۱۳-۵۱۴؛ شیخ طوسی، ۱۴۲۰: ۳۸۲/۵-۳۸۳). از موارد پیش گفته (و برخی موارد دیگر، مانند توهین کمتر از قذف؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۳: ۱۰۶-۱۰۲) فقط نزدیکی با همسر در ماه رمضان نزد بیشتر فقیهان دارای تعزیر مقدر است و با آسان‌گیری بسیار، می‌شود نزدیکی با همسر در حال عادت ماهانه، و ازدواج با زن غیرمسلمان بدون

۱. از جمله: شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ۷۳۱؛ ابن‌براج، ۱۴۰۶: ۵۵۳/۲؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۳۸۷: ۲۸۷/۶؛ فاضل هندی، ۱۴۲۴:

۱۰/۱۲؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۲۲۵-۲۲۶ (البته با تردید)؛ تبریزی، ۱۴۱۷: ۹؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷: ۲۳/۱.

۲. از جمله: بروجردی، خمینی، خویی، گلپایگانی، حکیم، مرعشی نجفی، میلانی، بجنوردی، عبدالله شیرازی، هاشم آملی، مهدی شیرازی، عبدالهادی شیرازی، حسن قمی، فاضل لنکرانی، سیستانی، سبزواری، فانی اصفهانی، محمدامین زین‌الدین، محمد شیرازی، تقی قمی، صادق روحانی (طباطبایی یزدی، ۱۳۹۳: ۱۰/۱۰-۱۲). ایشان تأکید کرده‌اند که عدد فقط در روایت مجامعت ذکر شده است (همان).

۳. از جمله: شیخ مفید، ۱۴۱۰: ۷۸۹؛ ابن‌براج، ۱۴۰۶: ۵۳۳/۲؛ محقق حلی، ۱۹۸۳: ۱۷۴/۴؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۹:

۴/۴۹۵-۴۹۶؛ شهید ثانی، ۱۳۹۸: ۳۲۱/۹؛ فاضل هندی، ۱۴۲۴: ۵۱۳/۱۰؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۳۸/۴۱؛ خوئی، ۱۳۹۳:

۱/۱۶۲؛ تبریزی، ۱۴۱۷: ۴۴۷.

اجازة همسر مسلمان را نیز به آن افزود. موارد دیگر بسیار شاذ است و کمتر فقیهی به آن‌ها فتوا داده است.

۳. نقد و بررسی دیدگاه

بر اساس این دیدگاه، در تعزیرات منصوص صرفاً با چند مورد محدود روبه‌رو می‌کنیم که به حد ملحق می‌شوند و در ذیل ماده ۲۲۰ قرار می‌گیرند.

از نگاهی، اگر بخواهیم به سیر قانون‌گذاری کیفری ایران واقع‌گرایانه بنگریم، و باتوجه به سخت‌گیری شورای نگهبان در برداشت فقهی خود، چه‌بسا حتی بتوان توجیهی برای این عدم ذکر در قانون یافت. برای روشن شدن این مسئله بی‌مناسبت نیست که به سخن رسی، از پیشگامان مکتب نئوکلاسیک، در باب معیار جرم‌انگاری اشاره کنیم. وی با اشاره به چهار ملاک برای جرم‌انگاری، می‌نویسد: «قدرت اجتماعی فقط می‌تواند نقض تکلیف اخلاقی نسبت به جامعه یا افراد را [...] یعنی تکلیفی که برای حفظ (نظم) سیاسی مفید است و ایفای آن تنها با ضمانت اجرای کیفری قابل تأمین است و نقض آن در پیشگاه عدالت انسانی قابل رسیدگی است، بزه تلقی کند.» (به نقل از: پرادل، ۱۳۹۳: ۷۵-۷۷). باتوجه به این ملاک، جرم‌انگاری رفتارهایی که ضمانت اجرای دیگر نسبت به ضمانت اجرای کیفری بسیار جدی‌ترند، یا احتمال ارتکاب آن‌ها بسیار کم است یا در صورت ارتکاب، احتمال این‌که دادگاه بتواند به آن‌ها رسیدگی کند بسیار ناچیز است نباید جرم‌انگاری شوند.

با این ملاک، رفتارهایی مانند جماع با همسر در ماه رمضان یا در حال عادت ماهانه، که احتمال کشف آن‌ها به‌عنوان یک عمل مجرمانه یا احتمال شکایت و اثبات در آن‌ها تقریباً نزدیک صفر است، به‌درستی از سوی قانون‌گذار جرم‌انگاری نشده‌اند، اما باتوجه به دغدغه فقیهان شورای نگهبان نسبت به پاسداری از شریعت، شاید بتوان با ملحق کردن این موارد به حدود، چنان‌که بسیاری از فقیهان گفته‌اند، هم از دغدغه ایشان کاست و هم حریم قانون را از جرم‌انگاری‌های غیرضرور حفظ کرد.

به‌رغم این، این دیدگاه نیز با مشکلات جدی روبه‌رو است:

الف) قانون‌گذار در ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی به‌صراحت اصل قانونمندی تعزیرات (در موارد «ارتکاب محرمات شرعی» و نیز احکام حاکم بر آن‌ها) را پذیرفته است. اگر به فرایند تصویب و تأیید این قانون نگاه کنیم درمی‌یابیم که شورای نگهبان در طی حدود سه‌سال‌ونیم که مشغول

بررسی این قانون بوده هیچ ایرادی به ماده ۱۸ وارد نکرده است.^۱ اگر نظر شورا بر این بود که تعزیرات منصوص را می‌توان در خارج از قانون یافت باید در اینجا هم (مانند سایر موارد) نظر می‌داد که اطلاق ماده ۱۸ شامل تعزیرات منصوص شرعی نمی‌شود. رأی وحدت رویه شماره ۷۷۰ - ۲۶/۴/۱۳۹۷ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، که پیش‌تر نقل شد، و نیز نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه^۲ نیز مؤید این نظرند که تعزیر منصوص فقط در احکام تصریح شده از ذیل قواعد عام تعزیرات مستثنا شده‌اند و نه در اصل جرم‌انگاری آن‌ها.

ب) ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی استثنای اصل قانونمندی است، و در موارد استثنا باید به قدر متیقن بسنده کرد. قدر متیقن ماده ۲۲۰ حدودی است که همه یا بیشتر فقیهان به حد بودن آن‌ها قائل‌اند اما قانون‌گذار بر اساس مصالحی آن‌ها را در قانون ذکر نکرده است. توسعه جرائم موضوع این ماده روا نیست. اصل قانونمندی باید تا حد امکان مطلق و بدون استثنا باقی بماند.

ج) اگرچه بر اساس ضوابط فقهی و قانونی فقط یکی دو مورد از تعزیرات را می‌توان به حدود ملحق کرد اما اگر چنین اجازه‌ای صادر شود، نمی‌توان اطمینان حاصل کرد که موارد آن در رسیدگی‌ها به همین اندک موارد مشهور محدود بماند. بعید نیست دادگاه‌ها به استناد نظرات شاذ، چنان که برخی فقه‌پژوهان گفته‌اند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۳: ۱۰۶، ۱۰۷)، به «بیشتر تا سی» مورد تعزیر منصوص حکم دهند. در این صورت اصل قانونمندی آشکارا نقض می‌شود.

د) شورای نگهبان در مواردی که در نظراتش به تعزیر منصوص اشاره کرده فقط یکبار مصداقی از آن را مثال زده است. شورا در ذیل ماده ۳۹ قانون نظر داده است که اطلاق این ماده (معافیت از کیفر در صورت وجود جهات تخفیف در جرایم تعزیری درجه هفت و هشت) «نسبت به تعزیرات منصوص، مانند مجازات تعزیری روزه‌خواری، خلاف موازین شرع شناخته شد» (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۵: ۳۴). بیان این تذکر در ذیل ماده ۳۹ که درباره تعزیر درجه هفت و هشت است نشان می‌دهد که فقیهان شورا، در مجازات روزه‌خواری به همان تعزیر مقدر ۲۵ ضربه پیش‌گفته (که درجه هفت محسوب می‌شود) نظر داشته‌اند، نه مطلق تعزیر (تا ۷۴ ضربه) که در درجه شش قرار می‌گیرد. این دیدگاه فقیهان شورای نگهبان (افزون بر اشکال نقض ماده ۱۸) با این مشکل جدی روبه‌رو است که، همان‌طور که دیدیم، مقدر یا منصوص تلقی شدن گناه روزه‌خواری نظر

۱. شورای نگهبان ابتدا غیررسمی (۸۸/۸/۲۷) و سپس در چند مرحله به‌طور رسمی (از جمله: ۸۸/۱۰/۲۹، ۹۰/۸/۲۶، ۹۱/۶/۲۶) قانون مجازات اسلامی را از حیث عدم مغایرت با شرع و قانون اساسی بررسی و نهایتاً در ۹۲/۲/۱۱ آن را تأیید کرد.

۲. «تعزیرات منصوص شرعی نیز نوعی تعزیر هستند و احکام تعزیر بر آن‌ها مترتب است؛ جز مواردی که در قانون از شمول احکام تعزیرات خارج شده باشند.» (نظر ۹۲/۱۱/۹-۷/۹۲/۲۱۴۹).

شاذی است و عمده فقیهان آن را در قالب عام تعزیرات آورده‌اند. با یک نظر شاذ نمی‌توان استثنای قاعده را چنین توسعه داد.

در هر حال، با این دیدگاه نیز نمی‌توان به مصداق یا مصادیقی از تعزیر منصوص رسید و تردید و دودلی در باب این تعبیر قانون‌گذار همچنان باقی می‌ماند.

هـ) ثمرات تعیین تعزیرات منصوص

با فرض این‌که بپذیریم همچنان می‌توان مصادیقی از تعزیر منصوص را یافت، رفتار قانون‌گذار سؤالاتی را برمی‌انگیزد، از جمله این‌که بر تأسیس چنین نهادی چه ثمره عملی‌ای مترتب است؟ توجه به این نکته بایسته است که فقیهان نسبت به تعزیرات انعطاف بسیار بیشتری به خرج داده‌اند. هرچند برخی فقیهان جریان قاعده در آن در معنای خاصش را در تعزیرات منتفی می‌دانند (منتظری، بی‌تا: ۴۹)^۱ و نیز همه تعزیرات را با دو شاهد و دو اقرار یا حتی یک اقرار قابل اثبات می‌دانند^۲ اما از جهات دیگر، همواره کیفرهای تعزیری با آسان‌گیری بیشتری همراه بوده‌اند؛ چنان‌که بیان شد، بر خلاف حدود، عفو بزهکار و نیز شفاعت و کفالت و تأخیر در اجرا در تعزیرات پذیرفتنی است و توبه نیز در هر حال، حتی پس از اثبات جرم، مسقط تعزیر است. به‌رغم این، به‌نظر می‌رسد اعمال این نهادها در تعزیر منصوص مورد نظر قانون‌گذار ناممکن یا دشوار است. برای تبیین بهتر مسئله باید احکام مستثنا شده در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ را مرور کنیم.

۱. مقررات توبه

در ماده ۱۱۵ در جرائم تعزیری درجه شش و هفت و هشت، توبه مسقط مجازات دانسته شده است. در سایر جرائم تعزیری (درجه یک تا پنج) قاضی می‌تواند در صورت توبه و ندامت بزهکار، مقررات موارد ۳۷ و ۳۸ را اعمال کرده، مجازات را تخفیف دهد یا تبدیل کند. با مستثنا شدن تعزیرات منصوص از ذیل حکم توبه ماده ۱۱۵، خلأ قانونی پدید آمده است؛ زیرا همه تعزیرات مقدر فقهی، و بیش از این، همه تعزیرات شرعی که کیفر آن‌ها تازیانه است، در حیطه تعزیرات درجه شش و پایین‌تر قرار می‌گیرند. براساس ضابطه ماده ۱۱۵، در صورت توبه، این مجازات‌ها باید ساقط شوند

۱. البته برخی نیز قاعده در آن در مفهوم شرعی‌اش را در تعزیراتی که جنبه حق‌اللهی دارند جاری می‌دانند (محقق داماد، ۱۳۹۴: ۸۰).

۲. رک. طوسی، ۱۴۰۰: ۶۸۹-۶۹۰؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۳۸۷: ۶/ ۱۴۹؛ شهید ثانی، ۱۳۹۸: ۹/ ۳۳۳؛ همو، ۱۴۳۴: ۴۳/ ۱۲؛ حلی، ۱۳۶۲: ۴۱۷.

اما براساس تبصره، در تعزیرات منصوص چنین نخواهد شد. درباره مرتکبان جرائم تعزیری منصوص که توبه کرده‌اند چه اقدامی می‌توان انجام داد؟

به‌نظر می‌رسد سه احتمال در پاسخ این پرسش قابل طرح باشد.

الف) براساس ماده ۱۸، مقررات تخفیف و سقوط مجازات باید براساس قانون تعیین شود. با رجوع به تبصره پیش گفته چنین برداشت می‌شود که قانون مجازات اسلامی درباره توبه مرتکب تعزیر منصوص هیچ حکمی ندارد و از این رو، توبه، در قالب یک نهاد شرعی، در تعزیرات منصوص بی‌اثر است. این در حالی است که قانون‌گذار هم در جرائم شدیدتر، یعنی حدود (ماده ۱۱۴)، و هم جرائم خفیفتر، یعنی سایر تعزیرات (ماده ۱۱۵)، توبه را دارای اثر دانسته و این به آن معنا است که قانون‌گذار در جرائم خفیفتر از حد (تعزیر منصوص) شدت عمل بیشتری نشان داده است.

ب) برداشت دیگر از تبصره این است که قانون‌گذار، با اخراج تعزیر منصوص از ذیل قواعد توبه در تعزیرات، به الحاق این تعزیرات به حدود تمایل نشان داده است. با این ملاک، در تعزیرات منصوص مقررات توبه موضوع ماده ۱۱۴ اعمال می‌گردد. در این صورت، در جرائم تعزیری منصوص ملحق به حدود جنسی، توبه تا پیش از اثبات جرم پذیرفته می‌شود و نیز اگر برخی از جرائم تعزیری ملحق به قذف را بتوان تعزیر منصوص شمرد، به دلیل ماهیت حق الناسی قذف (شهید اول، بی تا: ۱۴۴/۲ - قاعده ۲۰۴)، در این تعزیرات نیز بر اساس ماده ۱۱۴ و ۱۱۶ توبه بی‌تأثیر است و مانند قذف، جز با گذشت شاکی خصوصی کیفرشان برداشته نمی‌شود (حلبی، ۱۳۶۲: ۴۲۰).

ج) براساس برداشتی دیگر، در مورد مرتکبان جرائم تعزیری منصوص که توبه کرده‌اند می‌توان مقررات تخفیف و تبدیل مجازات را بر اساس ماده ۳۷ و ۳۸ اعمال کرد؛ زیرا، همان‌طور که در نظریه مشورتی نیز به درستی منعکس شده (نظر ۹۲/۲۱۴۹-۷/۹۲/۱۱/۹)، بر تعزیرات منصوص، جز در موارد مستثنا شده، احکام کلی تعزیر مترتب است و حکم ماده ۳۷ و ۳۸ در این مورد استثنا نشده است. حتی اگر ماده را سخت‌گیرانه تفسیر کنیم و توبه و ندامت مذکور در بند ۳۸ را شامل تعزیرات منصوص ندانیم، به‌نظر می‌رسد اگر موجبات دیگر تخفیف مذکور در ماده ۳۸ وجود داشت بتوانیم در تعزیرات منصوص نیز قائل به تخفیف و تبدیل باشیم.

با کنار نهادن احتمال نخست، که خلاف حکمت و عدالت و مصلحت است و با نظر فقیهان نیز ناسازگار است، هریک از دو احتمال دیگر، هر کدام از منظری، قابل دفاع‌اند.

۲. سایر مقررات ارفاقی

پیش‌تر گفتیم که فقیهان کفالت و شفاعت و عفو و تأخیر را در اجرای حد جایز نمی‌شمردند اما در تعزیرات به‌نظر می‌رسد بتوان از این اقدامات ارفاق‌آمیز استفاده کرد. این اقدامات در نظام‌های مدرن

حقوق کیفری در قالب نهادهایی چون تعویق حکم و تعلیق و تبدیل و تخفیف مجازات و عفو خود را نشان داده است. پیش‌بینی چنین نهادهایی، دست‌کم در جرائم تعزیری، نه تنها مخالفی با شرع ندارد، که کاملاً با قواعد شرعی منطبق است. از این‌رو، مستثنا کردن تعزیرات منصوص از ذیل قواعد تعزیر ظاهراً فقط با این توجیه ممکن است که این تعزیرات خاص از دید برخی فقیهان، در احکام ملحق به حدودند و از قواعد حدود تبعیت می‌کنند و گویا قانون‌گذار نیز این دیدگاه فقهی را پذیرفته است.^۱ به‌رغم این، مسائل فراوانی همچنان بی‌پاسخ می‌مانند که به دو مورد اشاره می‌کنیم.

الف) احکام تعدد و تکرار و معاونت و شروع به جرم در این دسته از تعزیرات مشمول قواعد عام تعزیری می‌شود یا قواعد حد؟ آنجا که قواعد تعزیری ارفاق‌آمیزتر است بحثی باقی نمی‌ماند، چون این تعزیرات از ذیل آن احکام مستثنا نشده‌اند. اما آنجا که عملاً مجازات تعزیری شدیدتر می‌شود (مانند تعدد و تکرار در فروضی) به‌نظر می‌رسد، این جرائم تعزیری در قواعد ارفاق‌آمیزتر حد باید تابع حد باشند هرچند در قانون ذکر نشده باشد. از این‌رو، به‌فرض که برخی از جرائم منافی عفت مادون حد در ذیل تعزیر منصوص جای گیرند باید در اعمال قاعده در آن نیز تابع مقررات ماده ۱۲۱ یعنی در آن در معنای خاص و فقهی آن باشند نه ماده ۱۲۰. حتی چه‌بسا بتوان گفت که اگر قانون‌گذار به لوازم این تفکیک پای‌بند باشد در بحث اثبات هم باید این تعزیرات را تابع احکام حد تلقی کنیم.^۲

ب) قانون‌گذار در مواردی تعزیر منصوص را از احکام فرعی مستثنا کرده است اما احکام اصلی همچنان بر جای خود باقی‌اند. برای نمونه، مواد ۸۸ تا ۹۰ که درباره مسئولیت نقصان یافته اطفال و نوجوانان است (و به‌صراحت سن مسئولیت کامل را در جرائم تعزیری، هجده سال تمام شمسی اعلام می‌کند) در تعزیرات منصوص مستثنا نشده و فقط اعمال مقررات مواد ۹۳ و ۹۴ که درباره تخفیف و تبدیل و تعویق و تعلیق است مستثنا است. از این‌رو، اگر پسر یا دختر هفده‌ساله‌ای مرتکب رفتاری شود که مجازات آن تعزیر منصوص است دادگاه بر اساس بند «ت» ماده ۸۹ وی را به جزای نقدی یا خدمات عمومی رایگان محکوم می‌کند نه مجازات مقدر فقهی. با توجه به این‌که نسبت به کودکان و نوجوانان مقررات مواد ۸۸ تا ۹۰ که ارفاقی است اعمال می‌شود، استثنای صورت‌گرفته در ماده ۹۳ و ۹۴ بسیار بی‌وجه می‌نماید.

۱. به‌گفته یکی از فقیهان معاصر: «آنجا که در کلام شارع، حد موضوع حکم است، مانند نفی سوگند و عدم کفالت و پذیرش توبه پس از اثبات فقط درجایی که با اقرار و نه بینه اثبات شده باشد و... اگر قرینه‌ای در میان نباشد که مراد عام است، فقط شامل مواردی می‌شود که مجازات مقدر [= حد یا تعزیر مقدر] وجود دارد» (تبریزی، ۱۴۱۷: ۹-۱۰).

۲. برخی فقیهان برای وجود زن و مردی در رختخواب واحد که اعمال مادون وطنی انجام دهند، مثل تقبیل (موضوع ماده ۶۳۷ تعزیرات)، تعزیر را با شهادت چهار شاهد یا چهار بار اقرار ممکن دانسته‌اند (ابن‌ادریس حلی، ۱۳۸۷: ۱۴۹/۶).

باتوجه به آنچه بیان شد، به فرض وجود مصادیقی از تعزیر منصوص، در ثمره عملی این تفکیک نیز بسیار جای حرف و حدیث است.

نتیجه گیری

الف) در این نوشته تبیین شد که قانون‌گذار در ماده ۱۸ ق.م.ا همه جرائم تعزیری، اعم از «ارتکاب محرمات شرعی» و «نقض مقررات حکومتی» را هم در اصل جرم‌انگاری و هم در «نوع، مقدار، کیفیت اجرا، و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر» مشمول اصل قانونی بودن جرم و مجازات قرار داده است و به دادگاه‌ها اجازه داده که در جهت فردی کردن مجازات، در حیطة قانون، به مجازات مناسب حکم کنند. حکم این ماده مطلق است و هیچ‌گونه تعزیری از جمله تعزیرات منصوص از ذیل آن مستثنا نشده است.

ب) مراد قانون از تعزیر منصوص روشن نیست و حتی با رجوع به نظرات فقیهان شورای نگهبان در ذیل مواد مرتبط نیز نمی‌توان به برداشت روشنی رسید. آنچه هست، به‌دلایلی روشن، که برخی از آن‌ها بیان شد، مراد از تعزیر منصوص نمی‌تواند هرگونه تعزیر شرعی یا حتی تعزیر شرعی‌ای که به موجب آن تصریح شده است باشد و به‌ناچار باید معنای خاص‌تری را از آن اراده کرد.

آنچه می‌توان از مجموع نظرات شورای نگهبان به دست آورد این است که تعزیر منصوص منحصر در تازیانه است و این تازیانه قابل تعلیق و تعویق و ... نیست. از سوی دیگر، تعیین درجه برای مجازات تعزیری از آنجا که «مستلزم جواز تبدیل مجازات شلاق به غیر آن است، خلاف موازین شرع» است (نظر شورا در ذیل ماده ۲۳۶ محذوف). به جز یک مورد (تبصره ماده ۲۶۳ که البته ملاک‌های دیگر تعزیر منصوص را ندارد)، تمامی کیفرهای تعزیری مذکور در کتاب‌های حدود و قصاص و دیات در حیطة درجه‌بندی ماده ۱۹ می‌گنجند و با ملاک شورای نگهبان نمی‌توانند منصوص تلقی شوند. از جهت دیگر، شورای نگهبان تعیین درجه برای هیچ‌یک از مجازات‌های تعزیری کتاب پنجم (تعزیرات) را نیز از این حیث مغایر شرع ندانسته است (نظر شورا در ذیل ماده ۲۱۵ محذوف).

با رجوع به فقه نیز برمی‌آید که گرچه برخی از جرائم مذکور در قانون ویژگی‌های تعزیر مقدر را دارند اما قانون‌گذار با آنان چنین معامله‌ای نکرده است. نظریه مشورتی و رأی وحدت رویه درخصوص محتمل‌ترین مصداق تعزیر منصوص (ماده ۶۳۷) نیز به‌صراحت دال بر غیرمنصوص بودن این تعزیرات‌اند. از این‌رو، به‌قطع می‌توان گفت که تعزیر منصوص در قانون مجازات اسلامی هیچ مصداقی ندارد.

ج) چه بسا گفته شود که برای تعیین مصادیق این تعزیرات باید به فقه رجوع کرد (همان طور که شورای نگهبان در ذیل ماده ۳۹ به روزه خواری اشاره کرده است). این هم با صراحت ماده ۱۸ نفی می‌شود؛ چون در این صورت، باید تعزیرات منصوص از ذیل ماده ۱۸ نیز مستثنا می‌شد.

د) حتی اگر به فرض بتوان مصادیقی برای تعزیر منصوص یافت، ثمره عملی این تأسیس به شدت دستخوش تردید است، زیرا هم باعث خلأ قانونی در احکام این تعزیرات می‌شود و هم در مواردی با اصول اولیه قانون گذاری مانند اصل عدالت بیگانه است و حتی در فروضی با شرع هم ناسازگار است.

ه) با این بیان، پیش‌بینی تعزیر منصوص در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و برخی قوانین دیگر عمل لغو، ناکارآمد و مضری است که هیچ مصداقی ندارد و کار را برای قضات و حقوق دانان دشوار می‌کند، درست به همان دلیل که تفکیک کیفرهای تعزیری و بازدارنده لغو و مضر و ناکارآمد بود. به رغم این، اگر بخواهیم عمل قانون گذار را حمل بر حکمت کرده، همدلانه برای تعزیر منصوص مصادیقی معین کنیم به ناچار باید این تعزیرات را، همان گونه که برخی فقیهان گفته اند، به حدود ملحق کنیم و طبق ضابطه ماده ۲۲۰ و فراتر از اصل قانونمندی در پی مصادیق آن باشیم. با این ملاک نیز تنها می‌توان از مواردی اندک به مثابه تعزیر منصوص سخن گفت: نزدیکی با همسر در روز ماه رمضان، و با آسان گیری بسیار، نزدیکی با همسر در حالت عادت ماهانه و ازدواج با زن غیرمسلمان بدون اجازه همسر مسلمان.

انتظار می‌رود قانون گذار دامن این نهاد بی‌ثمر و بیهوده را، که در عمل ممکن است به نتایج نادرست و غیرقانونی و حتی غیرشرعی بینجامد، از قانون مجازات اسلامی برچیند.

منابع

- ابن ادریس حلی، محمد ابن احمد (۱۳۸۷)، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، (ج۶)؛ در: موسوعه ابن ادریس الحلی، ج ۸- ۱۳، چاپ اول، تهران: انتشارات دلیل ما.
- ابن براج طرابلسی، عبدالعزیز (۱۴۰۶ق)، **المهذب** (ج۲)، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن فهد حلی، جمال الدین احمد ابن محمد (۱۴۱۳ق)، **المهذب البارع فی شرح المختصر النافع**، (ج۵)، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- اکبری، محمدجواد و هاشمی، سیدحسین (۱۳۹۵)، «درنگی در مصادیق تعزیرات منصوص در فقه امامیه»، **فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی**، شماره چهارم، ص ۳۳-۵۹.
- ایزدی فرد، علی اکبر و حسین نژاد، سیدمجتبی (۱۳۹۴)، «تأملی در مصادیق مشتبه حد و تعزیر با تحلیلی بر سخنان شهید ثانی در مسالک»، **پژوهش های فقهی**، دوره ۱۱، شماره ۲، ص ۲۵۸-۲۲۹.

برهانی، محسن و نادری فرد، مریم (۱۳۹۴)، «تعزیرات منصوص شرعی؛ مفهوم فقهی و مصادیق قانونی»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال سوم، شماره دهم، ص ۸۹-۱۱۲.

پرا دل، ژان (۱۳۹۳)، تاریخ اندیشه های کیفری، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ هفتم، تهران: انتشارات سمت.

پژوهشکده شورای نگهبان (۱۳۹۵)، قانون مجازات اسلامی در پرتو نظرات شورای نگهبان، چاپ اول، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.

تبریزی، میرزا جواد (۱۴۱۷ق)، اسس الحدود و التعزیرات، چاپ اول، قم: مهر حاجی ده آبادی، احمد (۱۳۹۵)، «حاکمیت یا عدم حاکمیت اصل ۱۶۷ ق.آ در امور کیفری با نگاهی به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، پژوهش های فقهی، شماره ۲۵، ص ۲۵۵-۲۸۸.

حلبی، ابوالصلاح (۱۳۶۲)، الکافی فی الفقه، چاپ اول، اصفهان: مکتبه امیرالمؤمنین.

خمینی، سیدروح الله (۱۳۷۹)، تحریر الوسیله، (۲ ج)، چاپ اول، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

خوانساری، سیداحمد (۱۳۶۴)، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، (۷ ج)، چاپ دوم، تهران: مکتبه الصدوق.

خویی، سیدابوالقاسم (۱۳۹۳)، مبانی تکمله المنهاج، (۲ ج)، چاپ چهارم، تهران: انتشارات خرسندی.

رایجیان اصلی، مهرداد (۱۳۹۵)، «اصل قانونمندی حقوق جنایی با رهیافتی به تحولات اخیر آن در حقوق ایران»، در: حسین غلامی (به کوشش)، علوم جنایی تطبیقی: مجموعه مقالات در تجلیل از دکتر سیلویا تلنباخ، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ص ۳۴-۵۶.

رحمانیان، حامد و حبیب زاده، محمدجعفر (۱۳۹۲)، «معیار تفکیک حدود غیرمذکور از تعزیرات منصوص در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و هفتم، شماره ۸۴، ص ۱۰۳-۱۲۳.

ساریخانی، عادل و محمدهادی توکل پور (۱۳۹۵)، «مفهوم شناسی تعزیرات منصوص شرعی با تأکید بر نظریه های شورای نگهبان»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال پنجم، شماره ۱۴، ص ۹۵-۱۱۵.

سید مرتضی، علی بن حسین (۱۴۱۵ق)، الانتصار، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

شهید اول، محمد بن مکی عاملی (بی تا)، القواعد و الفوائد فی الفقه و الاصول و العربیه، (۲ ج)، تحقیق عبدالهادی حکیم، قم: مکتبه المفید.

شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی (۱۴۳۴ق)، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، در:

موسوعه الشهيد الثاني، ۲۹ ج، چاپ اول، قم: المركز العالي للعلوم و الثقافه الاسلاميه، ج ۱۲ (۲۸).

شهيد ثانی، زين الدين بن علي العاملي (۱۳۹۸ق)، **الروضه البهيه في شرح اللمعه الدمشقيه،** (۱۰ ج)، چاپ دوم، نجف: منشورات جامعه النجف الدينيه.

شيخ بهايي، بهاء الدين محمد بن حسين عاملي (۱۳۱۹)، **جامع عباسي،** (۲ ج)، تهران: فراهاني
شيخ طوسي، محمد بن حسن (۱۳۵۱)، **المبسوط في فقه الاماميه،** (۸ ج)، چاپ اول، تهران:
مكتبه المرتضويه.

شيخ طوسي، محمد بن حسن (۱۴۰۰ق)، **النهايه في مجرد الفقه و الفتاوى،** چاپ دوم، بيروت:
دار الكتاب العربي.

شيخ طوسي، محمد بن حسن (۱۴۲۰ق)، **الخلاف (۶ ج)،** چاپ دوم، قم: موسسه النشر الاسلامي.
شيخ طوسي، محمد بن حسن و محقق حلي، جعفر بن حسن (۱۴۱۲ق)، **النهايه و نكتها،** (۳ ج)،
چاپ اول، قم: موسسه النشر الاسلامي.

شيخ مفيد، محمد بن محمد بن نعمان (۱۴۱۰ق)، **المقنعه في الاصول و الفروع،** چاپ دوم، قم:
موسسه النشر الاسلامي.

طباطبايي يزدي، سيد محمد كاظم (۱۳۹۳)، **العروه الوثقى (والتعليقات عليها)،** (۱۳ ج)، چاپ اول،
قم: مؤسسه السبطيين العالميه.

علامه حلي، حسن بن يوسف (۱۴۱۰ق)، **ارشاد الاذهان الى احكام الايمان،** (۲ ج) چاپ اول، قم:
موسسه النشر الاسلامي.

علامه حلي، حسن بن يوسف (۱۴۱۹ق)، **قواعد الاحكام،** (۳ ج)، چاپ اول، قم: موسسه النشر
الاسلامي.

فاضل هندي، محمد بن حسن اصفهاني (۱۴۲۴ق)، **كشف اللثام عن قواعد الاحكام،** (۱۱ ج)، چاپ
اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامي.

فخر المحققين، ابوطالب محمد بن حسن حلي (۱۳۸۹)، **ايضاح الفوائد في شرح اشكالات
القواعد،** (۴ ج)، چاپ اول، قم: مؤسسه اسماعيليان.

گلپايگانی، محمد رضا (۱۴۱۴ق)، **الدر المنضود في احكام الحدود،** (۳ ج)، چاپ اول، قم: دار القرآن
الکريم.

محقق اردبيلي، احمد بن محمد (۱۴۱۷ق)، **مجمع الفائده و البرهان في شرح ارشاد الاذهان،**
(۱۴ ج)، چاپ دوم، قم: موسسه النشر الاسلامي.

محقق حلي، جعفر بن حسن (۱۹۸۳م): **شرايع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام،** (۴ ج)،



- تحقیق عبدالحسین محمدعلی، چاپ دوم، بیروت: دارالاضواء
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۴)، قواعد فقه (بخش جزایی)، چاپ سی و یکم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۲۹ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، (۱۳ج)، چاپ دوم، بیروت: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
- مجلسی، محمدباقر (بی تا)، حدود و قصاص و دیات، چاپ اول، تهران: موسسه نشر آثار اسلامی.
- معرفت، محمدهادی (۱۳۶۵)، «بحثی در تعزیرات»، مطالعات حقوقی و قضایی، شماره ۸، ص ۹۷-۱۱۸.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۳)، تعزیر و گستره آن، گردآوری ابوالقاسم علیان نژادی، چاپ اول، قم: مدرسه الامام علی بن ابیطالب.
- منتظری، حسین علی (بی تا)، کتاب الحدود، قم: انتشارات دارالفکر.
- موسوی اردبیلی، عبدالکریم (۱۴۲۷ق)، فقه الحدود و التعزیرات، (۴ج)، چاپ دوم، قم: انتشارات دانشگاه مفید.
- موسوی اردبیلی، عبدالکریم (۱۳۹۲)، حقوق و دادرسی کیفری در آیین فقه، زیر نظر سعید رهایی، چاپ اول، قم: انتشارات دادنگار.
- موسوی سبزواری، عبدالاعلی (۱۳۸۸)، مذهب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، (۲۸ج)، چاپ اول، قم: انتشارات دارالتفسیر.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۷۸)، بایسته های فقه جزا، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- نجفی، شیخ محمدحسن (۱۹۸۱م)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، (۴۳ج)، تحقیق محمود القوچانی، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.



راهکارهای معماری برای پیشگیری از وقوع جرم در مجموعه‌های مسکونی باز در سطح ساختمان مسکونی (نمونه‌های مورد مطالعه: مسکن بسیجیان تالش، مسکن مهر رشت و مسکن

ارکید گلسار رشت)^۵

دکتر مهرداد جواهریان^۲ ✉

سید امین سیدین^۱

دکتر قادر بایزیدی^۴

دکتر حسین آقابابایی^۳

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۳/۲۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۶/۵

چکیده

پژوهش حاضر با هدف بررسی و دسته‌بندی راهکارهای پیشگیری از وقوع جرم در سطح ساختمان مسکونی انجام شده است. توجه به سطوح مختلف فضای سکونتی و دسته‌بندی راهکارهای به دست آمده از مفاهیمی مانند نظارت طبیعی، قلمروپایی، کنترل دسترسی و شنودپذیری، می‌تواند گامی موثر در روشن نمودن سازوکار تاثیرگذاری راهکارها باشد و در تدقیق نحوه ارایه و پیش‌بینی نتایج راهکارها، کمک هدف‌مند نماید. سطوح مختلف فضای سکونتی عبارت‌اند از: فضا، واحد، ساختمان، مجموعه، محله، منطقه، شهرک یا شهر. روش جمع‌آوری اطلاعات در نوشتار حاضر، بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای با ابزار فیش‌برداری و نیز استفاده از مطالعات میدانی و ابزار پرسش‌نامه است که به روش‌های آماری تحلیل شدند. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهند که اولویت کاربرد هر یک از اصول نظارت طبیعی، قلمروپایی، کنترل دسترسی و شنودپذیری در ارایه راهکارها، با توجه به سطح سکونتی ساختمان و بالاخص گونه منتسب آن، متفاوت است.

واژگان کلیدی: پیشگیری از جرم، پیشگیری مکان‌محور، طراحی محیطی، نظارت طبیعی، قلمروپایی،

کنترل دسترسی و شنودپذیری

۱. دانشجوی دکتری معماری دانشگاه آزاد اسلامی واحد سنندج

۲. استادیار گروه معماری دانشکده معماری و هنر دانشگاه گیلان، (نویسنده مسئول)

۳. دانشیار گروه حقوق دانشکده علوم انسانی دانشگاه گیلان.

۴. استادیار گروه معماری دانشگاه آزاد اسلامی واحد سنندج.

۵. این مقاله برگرفته از رساله دکترای تخصصی سیدامین سیدین در دانشگاه آزاد اسلامی واحد سنندج با عنوان «دسته‌بندی راهکارهای معماری پیشگیری از وقوع جرم در مجموعه‌های مسکونی باز با توجه به سطوح مختلف فضای سکونتی (واحد، ساختمان و مجموعه)» به راهنمایی دکتر مهرداد جواهریان و مشاوره دکتر حسین آقابابایی و دکتر قادر بایزیدی است.

مقدمه و طرح مسئله

بیش از نیمی از جمعیت جهان را در حال حاضر، جمعیت شهری تشکیل می‌دهد و پیش‌بینی شده است تا سال ۲۰۳۰ این میزان به ۶۰ درصد افزایش یابد (Cozen&Love, 2015: 1). ناهنجاری‌های اجتماعی و جرائم مرتبط با فضاهای شهری، از موارد اصلی ناامنی محیط زندگی و در نتیجه مختل شدن آرامش مردم و تحمیل مشکلات مالی بر دوش جوامع هستند (ایرانی بهبهانی و شیخی، ۱۳۹۳). از این میان جرائم مرتبط با خانه و کاربری‌های مسکونی که در این جا به وضوح مسکن مجموعه‌ای مد نظر است، محمل وقوع بسیاری از گونه‌های بزه و از مهم‌ترین آماج جرم به حساب می‌آید.

فضای زندگی، شکل دهنده پس‌زمینه‌های لازم برای سلامت و هویت ساکنین می‌باشد. از این رو طرح باید بتواند به مفهوم حساس این نیاز پاسخ دهد (پنیا و پارشال، ۱۳۸۱: ۲۷). یکی از حوزه‌های مهم مطالعاتی در زمینه کاهش میزان وقوع جرم، طراحی شهری و معماری است. فلذا ضرورت پرداختن به این مسئله و تلاش برای تنسيق تمهیداتی پیشگیرانه در این حوزه که در اینجا از نگاه معماری بررسی می‌شود، بسیار روشن است. به‌ویژه که پژوهش‌های بسیاری نشان داده‌اند که میزان وقوع بزه در مکان‌های مختلف با یکدیگر متفاوت‌اند و این اهمیت و تأثیر معماری به‌عنوان ظرف وقوع روی داده‌ها را خاطرنشان می‌سازد.

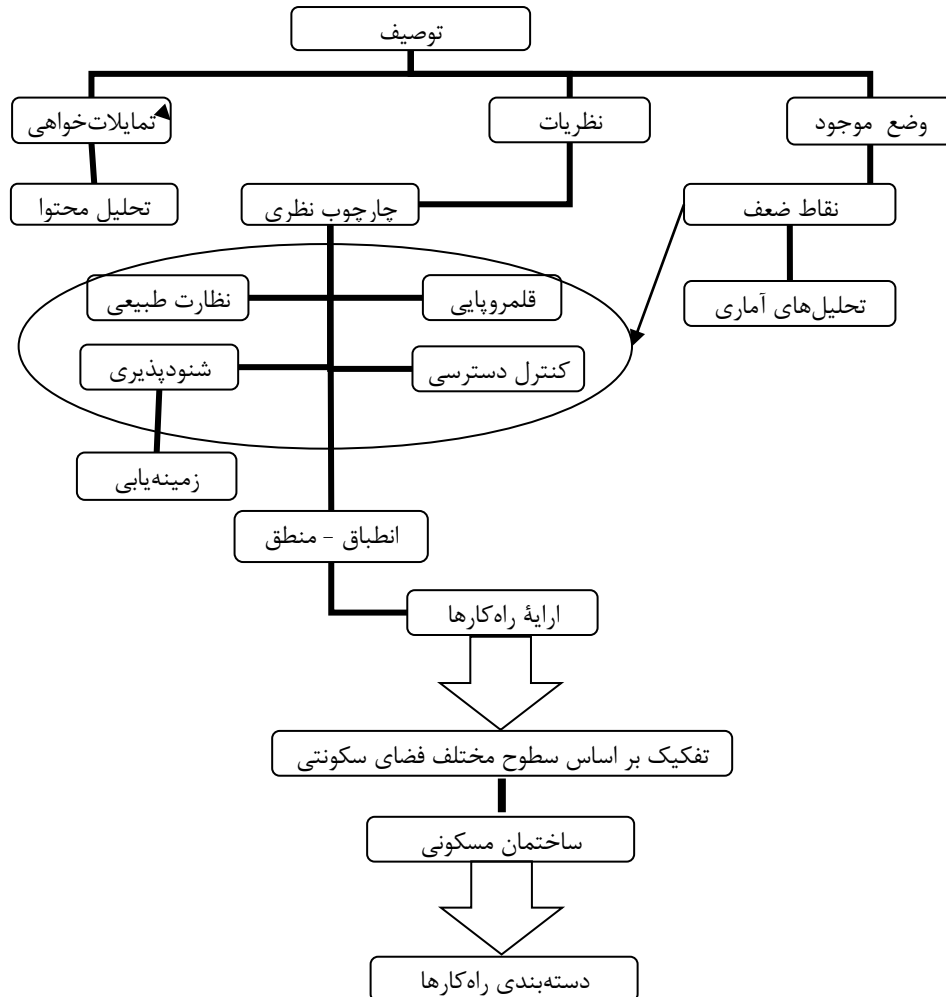
نظریات متعددی توسط محققین مختلف ارائه شده‌اند که در آن‌ها امکان تأثیر محیط بر رفتار انسانی ثابت شده است. در حقیقت نظریه‌پردازان بسیاری وجود دارند که بر این عقیده‌اند که می‌توان با ایجاد تغییرات هدف‌مند در محیط، سبب کاهش میزان وقوع جرم در یک مکان خاص شد.

در پژوهش حاضر، چهار اصل از اصول مختلف قابل شمارش در حوزه مطالعاتی پیشگیری از وقوع جرم که ارتباط مستقیم و نزدیک‌تری با فاز طراحی و معماری این میحث دارد، انتخاب شده است. این اصول عبارت‌اند از: نظارت (رویت‌پذیری)، قلمروپایی (تفکیک قلمروهای عمومی، نیمه‌عمومی، نیمه‌خصوصی و خصوصی)، کنترل دسترسی و شنودپذیری.

هدف پژوهش حاضر، بررسی اصول مرتبط با پیشگیری از وقوع جرم در ارتباط با سطوح مختلف فضای سکونتی، دسته‌بندی و ارائه راه‌کارهای پیشگیری از وقوع جرم در مجموعه‌های مسکونی باتوجه به سطوح مختلف فضای سکونتی است که در این جا سطح ساختمان مسکونی مورد اشاره می‌باشد. در حقیقت پژوهش حاضر می‌کوشد مباحث مطروحه پیرامون پیشگیری از وقوع جرم را از حالت کلی و غیرکاربردی، به سمت دقت بیشتر و کاربرد آگاهانه‌تر سوق دهد. لازم به ذکر است که تمرکز پژوهش حاضر بر جنبه غیرفعال بودن راه‌کارها است به گونه‌ای که بدون صرف هزینه‌های

انسانی و مالی و تجهیزات مربوطه و تنها از طریق طراحی، پیش‌بینی راه‌کارهای کالبدی مورد نیاز در بحث پیشگیری از وقوع جرم انجام پذیرد.

فرآیند پژوهش



۱. جرم و پیشگیری از آن

جرم در محل سکونت، شکل‌های گوناگونی به خود می‌گیرد: تخریب عمدی یا غیرعمدی اشیاء و وسایل، (وندالیسم)، سرقت با شکستن حرز و ورود به ملک دیگری (برگری^۱)، سرقت اتومبیل و سرقت از آن، جرم‌های نژادی، سوء مصرف مواد مخدر، مزاحمت و رفتار ضد اجتماعی علیه مردم در مکان‌های همگانی و نیمه‌همگانی، خشونت خانگی، خشونت جنسی (به‌ویژه تعرض زننده و تجاوز جنسی) در مکان‌های همگانی و نیمه‌همگانی برخی از این جرایم هستند (کلکوهن، ۱۳۸۷: ۴۰).

مکان می‌تواند از نظر ایجاد یا تأثیر بر موقعیت جرم، به‌عنوان یکی از شاخص‌های بنیادین در محور تحلیل‌های پیشگیری وضعی از جرم قرار گیرد (ذوالقدر و دیگران، ۱۳۹۱: ۳۸۱). هر نوع تعرض به اشخاص و اموال به نوعی یک رویداد فردی محیطی محسوب می‌شود (گلدشتاین، ۱۳۹۱: ۷۳). جرم و ترس از جرم به‌عنوان عوامل مهم دخیل در انتخاب‌های شهروندان محسوب می‌شوند (اشنایدر و کیچن، ۱۳۸۷: ۱۲). ترس از جرم و جنایت، اثر فوق‌العاده‌ای بر تمام افراد و جوامع دارد. ترس، تمام جنبه‌های کیفی جوامع را به صورت منفی شکل می‌دهد. مردم نه تنها به امنیت، بلکه به احساس امنیت نیز نیازمندند (کوردنر، ۱۳۹۰: ۹). یکی از مهم‌ترین پیامدهای ترس از جرم، کاهش میزان حضور اجتماعی افراد و کاهش میل به تعاملات اجتماعی است. این امر سبب می‌شود که امکان نظارت و قلمروپایی و همچنین امکان شنودپذیری و کنترل دسترسی کاهش یابد و این امر، عامل مهمی در کاهش میزان امکان پیشگیری از وقوع جرم است. می‌توان با تمهیداتی در هر سطح، میزان ترس از جرم را با راه‌کارهای خاص هر سطح، بهبود داد به طوری که اگر در سطوح بالاتر میزان بیشتری ترس از جرم وجود دارد، در سطوح پایین تر این میزان کاسته شود. ترس از جرم یک ویژگی ذاتی افراد نیست بلکه چیزی است که ممکن است بیاید و برود. ترس از جرم وابسته به تجارب قبلی فرد و تحت تأثیر آن است، به‌ویژه تجربه‌هایی که در ارتباط با موقعیت فرد در جامعه است. (Abdullah&Sakip, 2010: 65)

پیشگیری به عنوان یک مفهوم کلی و عام، به مجموعه اقدام‌هایی گفته می‌شود که برای پایش و جلوگیری از فعل و انفعالات زیان‌آور محتمل بر فرد و گروه به عمل می‌آید مانند پیشگیری از حوادث کار، پیشگیری از بزه‌کاری جوانان و پیشگیری از تصادفات در جاده‌ها و

پیشگیری از جرم، آن گونه که موريس کوسن جرم‌شناس کانادایی گفته است: «مجموعه اقدام‌ها و تدابیر غیر قهرآمیز است که با هدف خاص مهار بزه‌کاری، کاهش احتمال جرم و کاهش وخامت جرم پیرامون علل جرایم اتخاذ می‌شود» (به نقل از ابراهیمی، ۱۳۹۰: ۳۸). جرم‌شناسی

۱. هتک حرز به قصد سرقت



پیشگیری به عنوان یکی از شاخه های جرم شناسی کاربردی، به معنای مطالعه وسایل و امکانات علمی پیشگیری از بزهکاری، به دنبال تعیین موثرترین شیوه های پیشگیری از بزهکاری است که ممکن است در سطح یک کشور، شهر یا محله به اجرا درآید. (همان: ۲۰) پیشگیری از جرم در مفهوم جرم شناختی آن، به عنوان حوزه مداخله انحصاری دولت تلقی نمی شود، بلکه امری است که تمام بخش های جامعه باید در آن مشارکت داده شوند (مارکوس فلسون، رونالد کلارک، ۱۳۸۸: ۱۶۹).

پیشگیری از جرم توسط جرم شناسان به دو بخش اصلی پیشگیری اجتماعی و پیشگیری وضعی/ فنی تقسیم می گردد:

پیشگیری اجتماعی به دنبال تعیین عوامل بزهکاری و سازماندهی برنامه هایی به منظور مقابله با آن و تغییر شرایط اجتماعی - اقتصادی نامناسبی است که فرد در آن زندگی می کند و منشأ رفتارهای ضد اجتماعی وی می شود (همان: ۵۱). پیشگیری وضعی/ فنی جرم مدعی رهیافتی روشی شناختی است که فارغ از ویژگی های فردی و روان شناختی، به مطالعه پیرامون جرم می پردازد. این شیوه پیشگیری، بدون تلاش جهت تغییر در شخصیت افراد و تنها از ره گذر تغییر در وضعیت و کاهش فرصت جرم، در مقام انصراف مجرمان بالقوه از ارتکاب جرم یا حمایت از سوژه در معرض تهدید است. (مارکوس فلسون، رونالد کلارک، ۱۳۸۸: ۱۶۷).

یکی از اقدامات فنی در کاهش خطر بزهکاری یا حمایت از سوژه های در معرض تهدید، استفاده از معماری مطلوب و مناسب در فضاهای ساخته شده و مسکونی است. معماران می توانند فضاهایی ایجاد کنند که مردم را به هم نزدیک یا از هم دور کنند. همچنین می توانند احساس امنیت و راحتی را تقویت کرده، یا این که بر شلوغی و روان پریشی افراد اجتماع بیفزایند (رحمت، ۱۳۹۰: ۲۴). کشورهای مختلف در تحقیقات خود به این نتیجه رسیده اند که تغییر اوضاع و احوال محیطی و موقعیت های جرم زا، مؤثر و بلکه ضروری است. پاک سازی محله ها و خیابان های متروکه، تغییر معماری ساختمان ها یا بازسازی و مرتب کردن مکان های عمومی، تأمین روشنایی مناسب و نظارت کافی، از جمله اقداماتی است که موقعیت های جرم زا را کاهش می دهد. (ابراهیمی، ۱۳۸۸: ۲۱۰). مطابق آموزه های جرم شناسی وضعی/ فنی، جرم حاصل انتخاب عقلانی بزه کار است؛ انتخابی که با فراهم آمدن یک موقعیت مناسب برگزیده می شود. از این رو مکان نقش چشمگیری در پیدایش موقعیت جرم ایفا می کند و می توان آن را بستر پایدار و دائمی موقعیت جرم محسوب کرد (ذوالقدر و دیگران، ۱۳۹۱: ۳۸۲). مصاحبه های انجام شده با بزه کاران نشان می دهد که این اشخاص، بیشتر از خطرهای بازداشت شدن می ترسند تا از عواقب دستگیری خود. بدیهی است که نگرانی این اشخاص منطقی است چراکه در صورت دستگیری، کار زیادی نمی توانند برای فرار از مجازات انجام دهند اما با



اعمال احتیاط خواهند توانست خطر دستگیری خود را کاهش دهند. به همین خاطر است که پیشگیری وضعی، خطر دستگیری را افزایش داده و تلاش برای مجازات اشخاص را غیر ضروری می‌سازد (کلارک و اک، ۱۳۸۸: ۲۲۹).

در پیشگیری از جرم از طریق طراحی محیط فیزیکی به دنبال این مسئله هستیم که از طریق دگرگونی در شرایط، هدف مورد جرم و نیز دور از دسترس قراردادن آن نسبت به بزه‌کار و افزایش هزینه ارتکاب جرم، وقوع جرم را به حداقل برسانیم (رحمت، ۱۳۹۰: ۸۶). به اعتقاد برخی نویسندگان، ۹۰ درصد از آن چه اقدامات خراب‌کارانه نامیده می‌شود از راه طراحی (معماری) قابل پیشگیری است. (گلدشتاین، ۱۳۹۱: ۷۹) به نقل از (وین مایر، ۱۹۶۹: ۲۸۶). مکان مهم است؛ زیرا هر مکان دارای زمینه‌های اقتصادی، اجتماعی، متفاوتی است و همچنین قوانین حاکم بر مدیریت فضا، تأثیر کنترل‌های غیر رسمی اجتماعی، شرایط اطراف و نحوه چیدمان ساختمان‌های در کنار یکدیگر یکسان نیست (اک، چینی، کامرون، لیتنر، و ویلسون، ۱۳۹۰: ۱۴۲).

به هر حال اگر چارچوب نظری پیشگیری وضعی از وقوع جرم را به‌عنوان مبنای نظری پژوهش خود بپذیریم (کما این‌که بسیاری پژوهش‌های متقن در سراسر دنیا بر اساس صحت اندیشه مفید بودن ایجاد تغییرات محیطی در راستای کاهش میزان وقوع جرم استوار هستند) فلذا تبعات همه‌جانبه راه‌کارهای طراحانه را نیز بایستی مورد بازبینی قرار دهیم. از جمله آن‌ها بحث جابه‌جایی جرم می‌باشد. مطابق نظریه جابه‌جایی بزه‌کاری، با اجرای راهکارهای پیشگیرانه، جرم ممکن است حول پنج محور زیر جابه‌جا شود، این پنج محور عبارت است از: انتقال جرم از محلی به محل دیگر (به لحاظ جغرافیایی)، زمان ارتکاب جرم از زمانی به زمان دیگر تغییر می‌کند (زمانی)، انتقال سیبل جرم به آماجی دیگر (آماج)، تغییر نحوه ارتکاب جرم (شیوه، ترفند)، ارتکاب جرم دیگری به جای جرم مورد نظر (نوع جرم) (کلارک و اک، ۱۳۸۸: ۸۹). نظریه جابه‌جایی، فرض را بر این می‌گذارد که بزه‌کاران قطعاً مرتکب جرم می‌شوند، حتی اگر هر تدبیر یا راه‌کار پیشگیرانه‌ای، مانع آن‌ها شود (بنابراین فرض ارتکاب جرم قطعی است). این فرضیه مبتنی بر گرایش باطنی بزه‌کار به ارتکاب جرم بوده و این میل را به قدری قوی می‌داند که او را مجبور به ارتکاب جرم می‌کند، آن هم به همان شیوه‌ای که در ذهن بزه‌کار است. فرضیه دیگر این است که بزه‌کاران حرفه‌ای یا معتادان، برای امرار معاش باید درآمد مکفی از ارتکاب جرم عایدشان شود (ذوالقدر و دیگران، ۱۳۹۱: ۴۰۹). بایستی یادآور شد که نظریه جابه‌جایی جرم همواره به صورت صد درصدی محقق نمی‌شود. یعنی در تحقیقات انجام شده، موارد بسیاری وجود دارد که مثلاً سرقت در مکان وقوع جرم و ... اتفاق نیفتاده است. زمانی که انجام امور پلیسی مسئله‌محور، نرخ سرقت از مجتمع‌های مسکونی جرم‌خیز را در ویرجینیای نیویورت نیوز کاهش داد، این جرم به مجتمع‌های مسکونی مجاور منتقل نشد (کلارک و اک، ۱۳۸۸: ۹۱).



۲. اصول ملحوظ در پیشگیری از وقوع جرم از طریق معماری پژوهش حاضر:

نظریه پیشگیری از جرم با طراحی محیطی در بردارنده مجموعه‌ای از راهبردها به منظور پیشگیری از جرم است که از یک سو از طریق طراحی و استفاده مؤثر از محیط ساخته شده و از سوی دیگر به واسطه تقویت همبستگی اجتماعی استفاده‌کنندگان از فضا، موقعیت و فرصت‌های جرم و ترس از آن را از بین می‌برد و در ارتقای کیفیت زندگی و افزایش میزان رضایت‌مندی شهروندان تأثیر به‌سزایی دارد. (جلالی و سیدزاده ثانی، ۱۳۹۵: ۳۴) بدیهی است که رویکرد پژوهش حاضر بررسی شاخصه‌های قابل کاربرد در طراحی از مفاد تعریف فوق‌الذکر از پیشگیری از وقوع جرم وضعی می‌باشد. بدین منظور اصول ذیل از مجموعه اصول مورد توجه در نظریات وضعی پیشگیری از وقوع جرم مورد توجه قرار گرفتند:

نظارت طبیعی^۱، شنودپذیری^۲، کنترل دسترسی^۳ و قلمروپایی^۴.

نظارت به این معنا که افراد بتوانند ببینند و دیده شوند، از مهم‌ترین اصول در معماری بدون جرم می‌باشد. رویت‌پذیری صرف، نباید مد نظر معماران باشد، بلکه آن‌ها باید به توسعه شرایطی بپردازند که تحت آن، احتمال این که افراد به‌عنوان مراقبین، مداخله و عمل کنند، افزایش یابد (رحمت، ۱۳۹۰: ۲۴۹). نظارت طبیعی عبارت است از توانایی مشاهده وقایع بدون اتخاذ تدابیر ویژه. نظارت طبیعی را می‌توان با مثلاً، طراحی پنجره‌ها و ایجاد فضای دید مستقیم و باز ایجاد کرد. نظارت طبیعی را با حضور فعال مسئولی خاص در محیط برای کنترل رفتار دیگران نیز می‌توان تأمین کرد (اشنایدر، ۱۳۸۵: ۱۵). بدون شک یک مجرم نمی‌خواهد در حال ارتکاب جرم دیده شود. با داشتن دید مناسب از درون ساختمان‌ها و با نورپردازی‌های بهتر، به شکل مؤثری می‌توان مراقبت‌های طبیعی معابر، خیابان‌ها و حریم اطراف منازل ساختمان‌ها را افزایش داده و میزان جرم را کاهش داد. (اکبری و گهرپور، ۱۳۹۲: ۸۲). نظارت طبیعی شامل کاهش فرصت‌های جرم با سامان‌دهی کالبدی برای به حداکثر رساندن دید است. (Ryan&Pitard, 2010: 2) اثر نظارت به‌عنوان یک مکانیزم کنترل اجتماعی، زمانی افزایش می‌یابد که ناظران یک‌دیگر را بشناسند (استولارد، ۱۳۹۰: ۳۰).

کنترل دسترسی در حقیقت هدایت حرکت افراد و یا جلوگیری از ورود ایشان به فضاها با توجه به مرزها است. (Ryan&Pitard, 2010: 2) کنترل طبیعی ورود عبارت است از قدرت محدود کردن ورود افراد و نیز نحوه ورود آن‌ها به اماکن خاص (اشنایدر، ۱۳۸۵: ۱۶). البته همیشه آسان

1. Natural Surveillance
2. auditory susceptibility
3. Access Control
4. Territoriality

نیست که در مسیرهای تأسیس شده برای مردم در فضاهای مسکونی محدودیت‌هایی را اعمال کرد (استولارد، ۱۳۹۰: ۶۵). بهبود نظارت و کاهش دسترسی غیرقانونی (یعنی کنترل دسترسی افراد برای امکان رفتن یا نرفتن به یک فضا) احتمال سرقت و غیره را کاهش می‌دهد (کلارک، ۱۳۸۸: ۳۸). بایستی توجه داشت که منظور از کنترل دسترسی، می‌تواند کنترل دسترسی بصری باشد، یعنی کنترل امکان دیده شدن یا نشدن یک فضا. ساختمان‌هایی که معمولاً سراسر دیوارهای آن شیشه‌ای است، دست سارقان را باز می‌گذارد تا بتوانند هر شخص موجود در ساختمان را مشاهده کنند یا هر کالای ارزشمند را برابند (کلارک و اک، ۱۳۸۸: ۱۵۲).

منظور از قلمروپایی، توانایی برقراری اقتدار بر محیط و تعیین شخص مسئول در منطقه و کسانی که مجازند در آن حضور داشته باشند و آن‌هایی که اجازه حضور ندارند، است. (اشنایدر، ۱۳۸۵: ۱۶). مردم را با احساس مالکیتی که نسبت به اموال و املاک خود دارند، از آن محافظت می‌کنند. قرار دادن دیوار، حصار، نرده، تابلو و علائم هشدار، حریم‌های فیزیکی مناسبی هستند که حدود مالکیت را مشخص می‌کند. لذا با تعیین مالکیت‌های شخصی می‌توان موانعی را بر سر راه مجرمین (متجاوزین) ایجاد نمود (اکبری و گهرپور، ۱۳۹۲: ۸۲). تعریف روشنی از مالکیت فضا با استفاده از موانع نمادین و واقعی. (Cozen&Love, 2015: 2) بسیاری از ساختمان‌های بزرگ، امن نیستند. آسکار نیومن در دهه ۱۹۶۰ اثبات کرد که در آمریکا هر چه ارتفاع برجی بلندتر باشد، به ازای هر صد نفر ساکن در آن، نرخ جرم بالاتر خواهد بود. او اظهار داشت ساختمان‌های بسیار بلند، انگیزه ارتکاب جرم را تقویت می‌کنند، زیرا ساکنان، همسایگان خود را نمی‌شناسند و طرح و ترکیب کلی ساختمان‌ها، امکان اعمال هر نوع نظارتی بر فضاهای عمومی آن نظیر راهروها، آسانسورها و فضاهای بازی را از آن‌ها می‌گیرد (کلارک و اک، ۱۳۸۸: ۱۵۰).

شنودپذیری که از اصول منحصر به فرد پژوهش حاضر است در حقیقت برای سنجش میزان قابلیت محیط در استفاده از صداهای کمک‌خواهی و پرهیز از ایجاد شرایط مناسب برای مجرم از لحاظ عدم شنیدن اصوات ناشی از ارتکاب جرم یا استمداد مجرم تأکید دارد. بدیهی است که راه کارهای اصل شنودپذیری با راه کارهای مکمل دیگر اصول، به‌ویژه اصل رویت پذیری و نظارت طبیعی، ثمربخش خواهند بود. اگر قرار باشد برای واکنش به فریاد کمک خواهی یا فریادی بلند، دری بزرگ را باز کرد و وارد بن بست شد، دیگر نظارت طبیعی وجود نخواهد داشت و شاید واکنش در این زمینه اثری خاص نگذارد (اشنایدر، ۱۳۸۵: ۱۵). تعامل نظارت و شنودپذیری را می‌توان در این جمله دریافت: من بلافاصله محیط اطراف بیرونی را بازرسی می‌کنم، هر زمان که صدای بلند و یا سر و صدای مشکوک بشنوم. (Abdullah&Sakip, 2010: 343) البته واکنش‌هایی نسبت به تلاش برای القای قابلیت شنودپذیری به محیط قابل پیش‌بینی خواهد بود. در حالی که بسیاری از



اعضای یک جامعه، عمیقاً متعهد به از بین بردن جرم عمومی و مایل به مداخله در جهت منافع مشترک در محیط‌های عمومی هستند، نسبت قابل توجهی بر این باورند که آنچه در پشت درهای بسته صورت می‌گیرد «به آن‌ها ارتباطی ندارد» و یا فقط یک «اختلاف داخلی» است. (DeKeseredy, Shahid, Renzetti & Schwartz, 2005: 29)

۳. پیشینه پژوهش‌های پیرامون پیشگیری از وقوع جرم از طریق معماری:

پژوهش‌های متعددی در مراکز تحقیقاتی مختلف در راستای توسعه دانش در زمینه پیشگیری از وقوع جرم در سراسر جهان انجام شده‌اند. اگر بخواهیم از پژوهش‌هایی که عمده‌تاً در حوزه تخصصی جرم‌شناسی و درباره تعاریف بنیادین این رشته انجام پذیرفته‌اند، بگذریم، عمر تحقیقات جدید پیرامون روش‌های مکان‌محور در خصوص پیشگیری از وقوع جرم و جنایت، چندان زیاد نیست و به بیش از پنج دهه نمی‌رسد.

تقریباً از دهه ۱۹۷۰ دیدگاه‌ها و ابزار زیادی برای فهم رابطه مکان و جرم مطرح شده است. نظریه پیشگیری جرم از طریق طراحی محیطی^۱ از جمله این دیدگاه‌هاست. (اکبری و گهرپور، ۱۳۹۲) CPTED یک راهبرد عملی برای کاهش فرصت‌ها برای رفتار جنایی و نامطلوب است و بر این ایده استوار است که امکان استفاده از طراحی محیط برای کاهش و یا جلوگیری از بروز جرم و جنایت علیه افراد و اموال وجود دارد. CPTED شاخه‌ای از ره‌یافته‌های مکانیکی در پیشگیری از جرم است که بر این باور است که مجرم ارتکاب جرم را انتخاب می‌کند. (جانکی و قورچی‌بیگی، ۱۳۸۸: ۳۴۸) برای هر یک از پژوهش‌های انجام شده -در غالب کتاب‌ها، مقاله‌ها، طرح‌های پژوهشی و پایان‌نامه‌ها- می‌توان حدود و ثغور و نیز اهداف مشخصی متصور شد تا بتوان آن‌ها را دسته‌بندی کرد و نیز تفاوت میان پژوهش حاضر با آن‌ها را تبیین نمود. مهم‌ترین تفاوت پژوهش حاضر و پژوهش‌های انجام شده در راستای شناخت روش‌های کاهش میزان وقوع جرم در دو نکته خلاصه می‌شود:

۱. آگاهی از رابطه علی میان یک سری اصول مشخص مانند نظارت طبیعی، کنترل دسترسی، قلمروپایی، شنودپذیری و ... و میزان وقوع جرم (صرف نظر از تلاش برای اثبات این رابطه و پیش‌فرض قرار دادن آن به عنوان یک رابطه معنادار منطقی) و تلاش برای تبیین کیفیت این رابطه و تشریح چگونگی آن در بسترهای مختلف که با توجه به مقیاس فضای سکونتی در سه سطح تعیین می‌شوند. توضیح آن‌که به دلیل محدودیت‌های

1. CPTED



موجود، در مرحله تشریح کیفیت رابطه، تنها برای دستیابی به اولویت‌بندی در رابطه با انتخاب راه‌کارها میان اصول چهارگانه مطروحه پرداخته می‌شود.

۲. عدم توجه به اختلاف تأثیرگذاری راه‌کارهای برآمده از هر یک از اصول مورد نظر در پیشگیری از میزان وقوع جرم از طریق طراحی نسبت به ویژگی‌های بستر (که از بین آن‌ها در این جا تنها به ویژگی‌های مرتبط با مقیاس و سطح سکونت آن می‌پردازیم و از سایر خصوصیات زمینه‌مند آن صرف نظر می‌کنیم).

در این جا، به طور اجمالی چند پژوهش مرتبط با اهداف مقاله حاضر، با تأکید بر پژوهش‌های داخل کشور ارائه می‌گردد:

ردیف	عنوان پژوهش	پژوهش‌گر	نوع پژوهش	نتایج و یافته‌ها
۱	ارزیابی پروژه مسکن مهر شهرستان بجنورد از منظر نظریه پیشگیری از جرم با طراحی محیطی	جلالی و سیدزاده ثانی	مقاله محل نشر: پژوهشنامه حقوق کیفری دانشگاه گیلان ۱۳۹۵	● بررسی ده اصل از اصول نظریه CPTED (نظارت، تعداد جمعیت، قلمروگرایی، حمایت از فعالیت‌های پشتیبان، مکان‌یابی، کنترل دسترسی، مدیریت و نگه‌داری، سخت کردن دستیابی به اهداف مجرمانه، خوانایی محیط، مقیاس انسانی و کاهش آلودگی صوتی) در قالب ارزیابی نمونه مورد مطالعه
۲	ارزیابی طرح مسکن مهر رشت از منظر پیشگیری محیطی از جرم	مریم قربان پور راسخ و محمد علی بابایی	مقاله محل نشر: پژوهشنامه حقوق کیفری دانشگاه گیلان، ۱۳۹۶	بررسی مسکن مهر رشت در پرتو اصول ده گانه پیشگیری از جرم از طریق طراحی محیطی
۳	طراحی مجموعه مسکونی در تهران با هدف پیشگیری از وقوع جرم	مریم حیدرزاده ۱۳۹۳	پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه گیلان	● تبیین لزوم اعمال سیاست‌های پیش‌گیری از جرم در مجموعه‌های مسکونی به کمک طراحی. ● ارائه رهنمودهای طراحی به منظور ارتقاء امنیت و پیش‌گیری از جرم در مجموعه‌های مسکونی. ● غلبه جنبه حل مسأله از نگاه طراحی بر جنبه نظری تبیین راه‌کارهای طراحی. ● عدم توجه به سطوح مختلف فضای سکونت.



۴	گونه‌شناسی مجتمع‌های مسکونی گامی مؤثر در طراحی با کیفیت مجموعه‌های مسکونی معاصر	قره‌بیگلو و خالقی مقدم ۱۳۹۲	مقاله دوفصل‌نامه دانشگاه هنر	پژوهش فوق‌المرجه اساساً در حوزه پیشگیری از وقوع جرم انجام نشده است، لیکن از این جهت مورد اهمیت است که آرایه‌ای -هرچند به عقیده پژوهشگر این رساله ناقص و قابل تشکیک- از گونه‌شناسی مجموعه مسکونی داشته است. از جنبه‌های مورد سؤال پژوهش فوق می‌توان به تلاش برای ارائه گونه‌های خاص برای یک شهر، عدم وجود معیاری دقیق برای آرایه گونه‌های مختلف مجموعه‌های مسکونی و عدم پایداری نمونه‌های ارائه شده هر گونه به مبناهای توصیفی آن است. اما به هر روی تلاش در جهت مطالعه و طبقه‌بندی مجموعه‌های مسکونی که کم‌تر به آن پرداخته شده است، بسیار ارزنده است
۵	بهبود اثربخشی در اجرای پروژه‌های پیشگیری وضعی از جرم	مجید قورچی بیگی	مقاله فصلنامه علمی ترویجی مطالعات پیشگیری از جرم ۱۳۹۶	تشریح ملزومات یک پروژه پیشگیری وضعی موفق: ● رعایت اصولی مشخص و سیر فرآیندی خاص ● روشن بودن اهداف ● تمرکز بر نوع خاصی از جرم ● توجه به چگونگی ارتکاب جرم، (نه چرایی آن) ● در نظر گرفتن اصول اخلاقی ● حمایت از تمام اقشار جامعه، احترام به حقوق فردی و مشارکت دادن تمام اقشار جامعه و ...
۶	راهنمای عمومی طراحی مسکن و محیط مسکونی	مهندسین مشاور زیستا	کتاب ۱۳۹۰	● آرایه راه‌کارهای پراکنده (توجه به مسائل موردی) در خصوص پیشگیری وضعی از جرم ● اشاراتی پراکنده و بدون ارائه یک گونه‌شناسی مشخص و بر مبنای واحد از انواع مسکن ● شمار زیادی دستورالعمل‌های غیراجرایی کلی و مبهم

مفهوم نوین فضای سکونتی

از حدود سال ۲۰۰۰، ضرورت پرداختن به موضوع زندگی در شهرها در زمینه معماری و برنامه‌ریزی شهری به موضوعی کاملاً بدیهی تبدیل شده است. (گل و اسوار، ۱۳۹۴: ۴) در انتهای قرن بیستم، مفهوم جدیدی برای فضای سکونتی بیان شد که نسبت به قبل کامل‌تر بود، گستره بیشتری را در برمی‌گرفت و فعالیت و کاربری‌های متفاوتی را در خود جای می‌داد. در این مفهوم، عملاً جایگاه ویژه‌ای برای طراحی مسکن ایجاد شد، که از یک سیستم سلسله‌مراتبی که یک طرف آن جهان اشیاء در زندگی خانوادگی (وسایل) و طرف دیگر آن اقامتگاه یا سکونتگاه به معنای کلان آن می‌باشد (مثلاً شهر). در این دوره، معماران زیادی تلاش نمودند مرز طراحی را تا مبلمان و تجهیزات گسترش دهند و در بسیاری از پروژه‌های سال‌های بعد، ارائه خدمات اجتماعی-معیشتی را در داخل یا خارج مسکن مدل‌سازی کردند و عرصه‌های عمومی و خانوادگی را مشخص کردند و نیز در مسائل مسکن به شهرسازی (طراحی شهری) توجه بیشتری معطوف گردید، به طوری که در دهه‌های ۶۰-۷۰ قرن بیستم کلمه مسکن گستره بیشتری را به خود اختصاص داد و مفهوم دقیق‌تری با عنوان «فضای سکونتی» متولد شد (جواهریان و سیدین، ۱۳۹۰: ۳). در قرن بیستم، شمار کثیری از معماران، بر این نظر بودند که طراحی یک شهر، صرفاً بخشی از یک پیوستار طراحی است که در کلیه مقیاس‌ها گسترش می‌یابد: از طراحی یک بنا گرفته تا شهرها در بزرگ‌ترین مقیاس و دستگیره‌های در، در کوچک‌ترین مقیاس (دانستر، ۱۳۸۵: ۱). سطوح مختلف فضای سکونتی عبارت‌اند از: فضا، واحد، ساختمان، مجموعه، محله، منطقه، شهر یا شهرک. (جواهریان و سیدین، ۱۳۹۰: ۳). با محور قرار دادن انسان و مقیاس انسانی، تقسیمات کالبدی شهر از خرد تا کلان جای خویش را می‌یابد (زیاری، ۱۳۸۸: ۳۴).

۴. مجموعه مسکونی: (گروه مسکونی یا کوچه)

این رده کالبد سکونتی ۲۰-۹۰ خانوار و با دامنه نوسان شعاع دسترسی ۱۵۰-۱۰۰ متر است که با عنصر شاخص توقفگاه جمعی مشخص و بر پایه چگونگی دسترسی به عنصر شاخصش متشکل می‌گردد. هر گروه مسکونی با راسته پیاده مسکونی و شبکه سواره درون‌محله‌ای از کوی‌های مجاور جدا می‌گردد (حیبی و مسایلی، ۱۳۸۷: ۸). بایستی توجه داشت که سطح سکونتی مورد نظر در پژوهش حاضر، ساختمانی است متشکل از واحدهای مسکونی‌ای که در سه تا شش طبقه قرار گرفته‌اند. این ساختمان‌های مسکونی، در یک مجموعه مسکونی با تراکم متوسط جانمایی شده است.



شکل I: نمونه کار دانشجویان طراحی ۵ دانشگاه گیلان با موضوع مجموعه مسکونی.

از منظر پیشگیری وضعی از وقوع جرم، مجموعه‌های مسکونی به دو گونه باز و بسته تقسیم می‌شوند. در یک مجموعه مسکونی باز، راه کارهای ایجاد امنیت از طریق طراحی معماری، به صورت غیرفعال است و برخلاف مجموعه‌های مسکونی بسته، از کنترل‌های فیزیکی و راه حل‌های فعال برای پیشگیری از وقوع جرم، استفاده نمی‌شود.

۱.۴. گونه‌های کاربردی ساختمان‌ها در مجموعه‌های مسکونی

در این جا به ذکر گونه‌های متداول ساختمان‌های مسکونی قابل استفاده در مجموعه‌های مسکونی با تراکم متوسط، می‌پردازیم. محدوده آشنایی با این گونه‌ها، بررسی نحوه کاربرد و بررسی نتایج راه کارهای هر یک از اصول چهارگانه نظارت طبیعی، قلمروپایی، شنودپذیری و کنترل دسترسی در هر کدام از آن‌ها (گونه‌ها) می‌باشد. در حقیقت به این بحث تا آن جایی پرداخته می‌شود که بتوان اولویت اختصاص راه کارهای هر یک از اصول مورد بحث در پیشگیری از وقوع جرم از طریق طراحی در هر یک از گونه‌های ساختمانی را به دست آورد. بر اساس آن چه گفته شد، می‌توان گونه‌های زیر را برای یک ساختمان مسکونی با طبقات متوسط که در یک مجموعه مسکونی قرار گرفته است، تعریف کرد:

۱.۱.۴. گونه‌های انشعابی

گونه‌ای از ساختمان مسکونی است که در آن دسترسی به واحدهای مسکونی از طریق یک داکت ارتباطی عمودی (پله و آسانسور) که از طبقه هم‌کف (مجاور معبر) به پاگرد طبقات (که فضایی محدود است) انجام می‌پذیرد. نکته پراهمیت این است که [در حالت عمومی] در گونه انشعابی، در هر انشعاب (پاگرد و پله) بین یک تا چهار واحد قابل جانمایی می‌باشد.



اصول مختلف پیشگیری از وقوع جرم، قابلیت ارائه راه کار در گونه انشعابی ساختمان های مسکونی را دارا می باشند که از جمله آن ها در قسمت نتیجه گیری مقاله، ذکر شده است. بایستی توجه داشت که از نظر شاخصه های اصل قلمروپایی در کاهش میزان وقوع جرم، یک ساختمان مسکونی با گونه انشعابی در بهترین شکل متصوره از نظر انتخاب گونه قرار دارد. یعنی گونه انشعابی برای تحقق اهداف قلمروگرایانه، بهترین انتخاب در میان سایر گونه های ساختمان مسکونی است. این به آن خاطر است که تعداد محدود و مشخصی واحد در هر انشعاب حول یکدیگر قرار گرفته اند که این خود سبب می شود بسیاری از فضاهای اشتراکی، دارای تعداد استفاده کنندگان با تعداد مناسب و محدود باشند. لکن با بررسی ادبیات موضوع، هم از جنبه امکان پذیر بودن طراحی راه کارهای متنوع و هم از نظر میزان تاثیرگذاری آن ها، در حالت کلی، اصول نظارت طبیعی، قلمروپایی و کنترل دسترسی در فضاهای نیمه عمومی طبقات در ساختمان های مسکونی گونه انشعابی [که از مهم ترین قسمت های ساختمان مسکونی به شمار می رود و در صورت محافظت، به شدت می تواند سبب افزایش میزان پیشگیری از وقوع جرم گردد چرا که سایر قسمت های ساختمان مانند طبقات هم کف و زیرزمین غالباً هدف تمهیدات غیرفعال قرار می گیرند] کفایت لازم در کاهش میزان وقوع جرم و بزه را نمی نمایند.

مهم ترین اصل مورد توجه پژوهش حاضر در افزایش میزان پیشگیری از وقوع جرم از طریق طراحی در این گونه ساختمانی، شنودپذیری می باشد، چرا که باید توجه داشت که از آن جایی که در گونه انشعابی هرگونه اقدام جهت بازدارندگی از دسترسی بزه کار به طبقات، لاجرم سبب اخلاص در دسترسی ساکنین نیز می شود (راه کارهای ذیل اصل دسترسی مانند کنترل دسترسی احتمالی بزه کار از بام به ساختمان در این جا مورد بحث نمی باشد). هم چنین به جز مواقعی که پلکان طبقات در نمای ساختمان است، در سایر مواقع، سیستم دسترسی عمودی به طبقات و پاگرد، قابلیت نظارت از خارج را ندارند و از تیررس چشمانی که غالباً کار را برای انجام بزه سخت می سازند، خارج هستند و نیز امکان کاربرد راه کارهای قلمروگرایانه بهینه تر نیز در ساختمان های انشعابی با طبقات متوسط (مانند نمونه های مورد مطالعه پژوهش حاضر) چندان وجود ندارد و به علت تعداد کم واحدها در هر ساختمان، محلی از اعراب ندارند (چنان چه پیش از این نیز به آن اشاره شد). توضیح اضافه این که اگرچه راه کارهای اصل قلمروپایی، طبق آن چه در کتب پیشگیری وضعی از وقوع جرم و خصوصاً در تحقیقات اسکار نیومن گفته شده است در حوزه های تلاقی فضاهای عمومی و خصوصی (یعنی فضاهای نیمه عمومی و نیمه خصوصی) مانند مشاعات داخل ساختمان مسکونی، این اصل در گونه انشعابی ساختمان، محلی از اعراب ندارد، چرا که در یک ساختمان مسکونی ایده آل که بر پایه دانش طراحی مسکن شکل گرفته شده است و به ویژگی های بستر علی الخصوص



اقلیم، پاسخ مناسبی داده شده است (مثلاً برای اقلیم نمونه‌های مورد مطالعه پژوهش حاضر که اقلیم گیلان می‌باشد، نورگیری و تهویه، مهم‌ترین تدابیر طراحی را شامل می‌شود) تعبیه غالباً بیش از دو واحد مسکونی در هر انشعاب، مغایر با اصول صحیح طراحی می‌باشد (چرا که مثلاً در اقلیم گیلان، با کاهش جبهه‌های نورگیری و عدم امکان تهویه مستقیم، بهداشت فضاها مورد خدشه واقع می‌شود). فلذا ساختمان‌های مسکونی موجود در مجموعه‌های مسکونی با تراکم متوسط، نهایتاً ۱۰ الی ۱۲ واحد مسکونی را شامل می‌شوند، حال آن‌که مباحث قلمروگرایی و راه‌کارهای آن، طبق نظریات اسکار نیومن، برای فضاهایی با مشترکین و استفاده‌کنندگانی بیش از این تعداد، شان حضور می‌یابند. در حقیقت تفکیک فضاها بر حسب تعداد مشترکین برای ایجاد امکان آشنایی میان آن‌ها هنگام استفاده از فضا و ایجاد تعامل اجتماعی منجر به حفاظت از فضا و القای حس مالکانه نسبت به فضا در این گونه ساختمانی، ضرورتی نخواهد داشت.

باتوجه به آن‌چه گفته شد و نیز نتایج حاصل از پرسش‌نامه‌ها و همچنین مصاحبه‌هایی که با متخصصین حوزه انتظامی (در راستای تدوین رساله دکترای این‌جانب) و آمارهای به دست آمده مبنی بر تأثیر شنیدن سر و صدای ناشی از بزه توسط افراد، راه‌کارهای اصل شنودپذیری، اعم از کلیه تمهیداتی که بتواند سبب تسهیل در شنیده شدن صداهای ناشی از ارتکاب جرم از واحدی به واحد دیگر و یا در طبقات گردد، توصیه می‌گردد.

۲.۱.۴. کریدوری

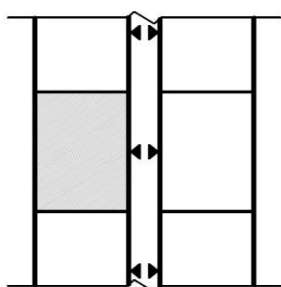
گونه‌ای از ساختمان مسکونی که در آن دسترسی ساکنین به واحدهای مسکونی از طریق صعود از داکت ارتباطی عمودی غالباً گوشه‌ای (پلکان و آسانسور) به طبقات صورت می‌گیرد که به یک راهرو یا کریدور در هر طبقه منتهی می‌گردد که دسترسی به واحدها از طریق این راهرو صورت می‌گیرد و در دو طرف این راهرو، واحدهای مسکونی جانمایی شده‌اند. از ویژگی‌های واحدهای مسکونی ساختمان‌های کریدری این است که اغلب آن‌ها (به جز واحدهای گوشه‌ای، دوبلکس یا فوقانی) تنها امکان نورگیری از یک جبهه را دارا می‌باشند. در حقیقت این واحدها هم‌زمان بر دوسوی ساختمان (حیاط و مجموعه) را دارا نمی‌باشند. عرض (عمق) ساختمان‌های کریدوری نیز از دیگر ویژگی‌های خاص این گونه ساختمانی می‌باشد.

۳.۱.۴. گونه ایوانی

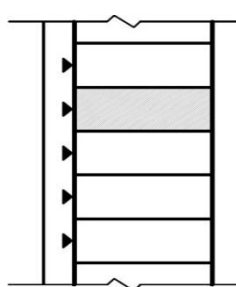
گونه‌ای از ساختمان مسکونی است مشابه گونه کریدوری با این تفاوت که واحدهای مسکونی یک طرف راهروی موجود در طبقات - که دسترسی ساکنین به واحدها از طریق آن صورت می‌گیرد -

به نفع نورگیری راهرو، حذف شده‌اند. این راهرو می‌تواند باز یا بسته باشد. عرض کم گونه ساختمانی ایوانی، از ویژگی‌های خاص آن می‌باشد.

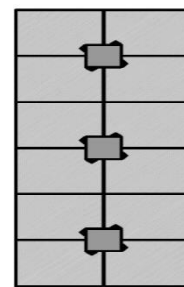
مزیت گونه ایوانی نسبت به کریدوری، قابلیت نظارت بر راهرو از طریق جبهه شفاف آن از فضاهای خارجی می‌باشد. در صورتی که راهروی مذکور باز باشد، قابلیت شنودپذیری آن فضا نیز، امکان‌پذیر می‌گردد. لکن به جهت تعدد واحدهای مسکونی موجود در هر دوی این گونه‌ها (که می‌تواند به تعداد زیادی افزایش پیدا کند) در طبقات، نیاز به طراحی راه کارهای ذیل اصل قلمروگرایی، به شدت احساس می‌گردد. چرا که در این گونه‌ها (بالاخص گونه ساختمانی کریدوری)، به دلیل تعداد زیاد واحدها در هر طبقه و در نتیجه افزایش تعداد استفاده‌کنندگان از فضا، حساسیت ساکنین برای محافظت از فضا در برابر حضور بیگانه، کم‌رنگ می‌گردد. راه کارهایی که منجر به تفکیک مشاعات به‌ویژه راهروها جهت کاهش تعداد واحدهای منتفع از آن (تا ۱۰ واحد) شود و تمهیداتی که منجر به مرزبندی‌های فیزیکی یا حسی و بصری (از طریق کاربرد نشانه‌ها) گردد. مثلاً جانمایی داکت عمودی در وسط به گونه‌ای که راهرو را به دو راهروی با طول کمتر تقسیم نماید، افزایش تعداد باکس‌ها پله و یا راه کارهایی ازین دست. بایستی توجه داشت که در این‌جا نیز گاهی راه کارهای ذیل اصل قلمروگرایی، برای تحقق اهداف قلمروگرایی، از ویژگی‌های راه کارهای کنترل دسترسی بهره می‌برند. مانند قطع ارتباط راهروها با تعبیه در جداکننده. دانش طراحی بایستی در کلیه وضعیت‌ها به همراه آرایه راه کارهای مرتبط در راستای کاهش پیشگیری از وقوع جرم، جوانب مختلف دیگر را نیز مانند آتش‌نشانی، تهویه، سرانه‌ها و ... مد نظر قرار دهد لکن در پژوهش حاضر تنها به متغیرهای مستقل تاثیرگذار بر میزان وقوع جرم در راستای کاهش آن از طریق طراحی می‌پردازد.



شکل IV - فرم کلی گونه کریدوری



شکل IV - فرم کلی گونه ایوانی



شکل IV - فرم کلی گونه انشعابی



۵. روش پژوهش

پژوهش پیش‌رو، از نوع تحلیلی-توصیفی است که در مرحله اول به یافتن زمینه‌های تأثیرگذاری بر پیشگیری از وقوع جرم از طریق معماری و انتخاب اصول مرتبط با آن پرداخته شد و در مراحل بعدی، تبیین ارتباط معنادار میان این اصول و میزان پیشگیری از وقوع جرم انجام شد. در نوشتار حاضر، از منابع کتابخانه‌ای با ابزار فیش‌برداری در مرحله جمع‌آوری اطلاعات پیرامون نظریات ارائه شده درباره پیشگیری‌های مکان‌محور متناسب با سطح هدف پژوهش (ساختمان) بهره‌گیری شده است. برای تکمیل حوزه نظری مطالعات پژوهش حاضر و برای بررسی علل نارسایی‌ها و چگونگی تأثیر راه‌کارهای طراحانه، اقدام به تنظیم و توزیع پرسش‌نامه‌ای هدفمند در میان ساکنین مجموعه‌های مسکونی «مسکن مهر رشت» و «مسکن بسیجیان تالش» و «مسکن ارکید گلسار رشت» شد. استفاده از مطالعات میدانی و ابزار پرسش‌نامه که برای امکان تطبیق و قیاس میان سه مکان مورد مطالعه با وضعیت مختلف از نظر میزان وقوع جرم در هر یک از آن‌ها می‌باشد. در توجیه تعدد نمونه‌های مورد بررسی در پژوهش حاضر، لیندا گروت در کتاب خود تحت‌عنوان روش‌های تحقیق در معماری می‌نویسد: در مواردی، پژوهش‌گر ممکن است پرسش نظری‌ای را تنظیم کند که محدوده کوچک‌تری داشته باشد و در آن عوامل مهم از موردی به مورد دیگر متفاوت باشد، در چنین شرایطی، پژوهش «چندموردی» می‌تواند ارجح باشد (گروت و وانگ، ۱۳۹۱).

در انتها با تحلیل نتایج حاصل از مطالعات نظری و میدانی به‌دست آمده که بر پایه پیدا کردن مصداق‌ها و نیز روش‌های تحلیل آماری استوار بود، کاربرد یافته‌های پژوهش استخراج می‌گردد و به تبع آن راه‌کارهایی متناسب با سطح ساختمان ارائه می‌گردد. هرچند تأکید این نوشتار، بر لزوم نگاه عمیق به سطوح مختلف فضای سکونتی و گونه‌های مختلف آن، جهت ارائه راه‌کارهای تخصصی و مرتبط و دقیق می‌باشد. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهند که اولویت کاربرد هر یک از اصول نظارت طبیعی، قلمروپایی، کنترل دسترسی و شنودپذیری در ارایه راه‌کارها، باتوجه به سطح سکونتی ساختمان و بالاخص گونه منتسب آن، متفاوت است.

۶. طراحی و توزیع پرسش‌نامه

اولین تصمیم‌گیری‌ها در هر پرسش‌نامه‌ای، درباره تعداد و ترکیب نمونه موردی است. باید درباره این که چه تعداد از هر گروه به شما نمونه‌ای از دیدگاه‌ها را به دست خواهد داد، تصمیم‌گیری شود (چری، ۱۳۸۸: ۱۱۸). جامعه آماری پیمایش فوق، شامل کلیه ساکنین مجموعه‌های مسکونی شهر رشت و در مرحله بعدی شهر تالش در نظر گرفته می‌شود. از آنجایی که در تعریف مجموعه مسکونی، آن را می‌توان با مقیاس تقسیم "کوچه" در شهرهای امروزی ما در نظر گرفت، طبق

جدول مورگان به حجم نمونه کلی مورد نظر دست یافته شد. به این صورت که از میان کلیه مجموعه‌های مسکونی رشت و تالش، این سه مجموعه به صورت هدفمند انتخاب شدند و سپس در مرحله بعدی و پس از انجام دوره‌های مشاهده و عکس‌برداری و بررسی‌های رفتارشناسانه و محیط‌گرایانه، به صورت تصادفی و البته با عنایت به اصل «در دسترس بودن و مقدور بودن»، حدود هزار پرسش‌نامه توزیع شد که ۲۵۹ عدد از آن‌ها جمع‌آوری و قابل استفاده در پژوهش بودند. در هریک از سه مکان مورد نظر، تقریباً پس از بررسی نیمی از پرسش‌نامه‌های جمع‌آوری شده، بروز وضعیت اشباع نظری و مشابهت پاسخ‌ها مشاهده شد. تقریباً یک سوم پرسش‌نامه‌های جمع‌آوری شده، در حضور پرسشگر آموزش‌دیده و با ارائه توضیحات، پاسخ داده شده‌اند. برای سنجش اعتبار پایایی و روایی، پرسش‌نامه به سمع و نظر متخصصین موضوع و روش پژوهش رسید و پس از اعلام نظر و تصحیح، مورد تأیید ایشان قرار گرفت. هم‌چنین پس از انجام پیش‌آزمون و رفع مشکلات جزئی، آلفای کرونباخ آزمون انجام شده برای سؤالات که اغلبشان را طیف لیکرت تشکیل می‌دادند، بیش از ۰.۸ ارزیابی شد که مورد قبول می‌باشد.

این پرسش‌نامه محقق ساخته، دارای ۷۶ سؤال می‌باشد که تلاش دارد فرضیه‌های دوم و سوم و چهارم رساله دکترای پژوهشگر تحت عنوان «دسته‌بندی راه‌کارهای معماری پیشگیری از وقوع جرم در مجموعه‌های مسکونی باز با توجه به سطوح مختلف فضای سکونی (واحد، ساختمان و مجموعه)» را تعقیب کند. بر این اساس تحلیل سؤالات ۱۲ تا ۲۴ و نیز سؤالات ۵۲ تا ۷۰، مبین متغیرهای مستقل پژوهش و مربوط به فرضیه سوم رساله مذکور تحت عنوان: «به نظر می‌رسد عواملی همچون میزان رویت‌پذیری و قابلیت نظارت، میزان تفکیک قلمروهای خصوصی، نیمه خصوصی، نیمه عمومی و عمومی، میزان دسترسی و نفوذپذیری و میزان شنودپذیری، بر پیش‌گیری از وقوع جرم در مجموعه‌های مسکونی در سطح ساختمان، موثرند.» می‌باشند که در مقاله حاضر بررسی و راه‌کارهای آن ارائه می‌شود. متغیر وابسته پژوهش، میزان وقوع جرم می‌باشد که در این‌جا در سطح ساختمان مسکونی بررسی می‌شود و در سؤال ۵۷ سنجش شده است.

۷. تجزیه و تحلیل داده‌ها

در تحلیل پاسخ‌های داده شده به پرسش‌های مندرج در پرسش‌نامه، بعد از تحلیل‌های آماری مورد نیاز که توسط نرم‌افزار SPSS انجام گرفت و فراوانی‌های معتبر به همراه جداول و نتایج دقیق استخراج گشت، دو رویه مشخص اتخاذ شد. رویه اول امکان مقایسه درون‌گروهی است. یعنی میزان وجود یک پدیده با کیفیات مورد نظر که حاصل پاسخ‌دهی به یکی از پرسش‌ها می‌باشد، به‌عنوان متغیر مستقل، به چه میزان بر وقوع جرم به‌عنوان متغیر وابسته تأثیرگذار است. رویه دوم، امکان



مقایسه گویه‌ها میان سه مکان مختلف می‌باشد که سبب بررسی میزان تأثیر و چگونگی کارکرد راه‌کارهای به کار رفته می‌باشد. لازم به ذکر است که درصدهای بیان شده، از نوع معتبر و با کسر پاسخ‌های گمشده (اشتباه و خالی) می‌باشند.

به این ترتیب مشخص شد که حدود ۷۷ درصد (تراکمی از گزینه زیاد و بسیار زیاد) از پاسخ‌دهندگان ساکن مسکن بسیجیان تالش، دچار ترس از وقوع جرم در سطح ساختمان مسکونی خود می‌باشند. این در حالی است که این میزان در مسکن مهر رشت و مسکن ارکید گلسار رشت به ترتیب عبارت است از ۳۳ درصد و ۱۸،۴ درصد. میزان ترس از وقوع جرم در پارکینگ‌های ساختمان‌های مسکونی در مسکن بسیجیان تالش، مسکن مهر رشت و مسکن ارکید گلسار رشت به ترتیب عبارت است از: ۶۲،۵ درصد، ۳۶،۶ درصد و ۱۳،۲ درصد. وفور این میزان نگرانی در مسکن بسیجیان تالش، حتی منجر به استفاده از راهکارهای فعال (با توجه به سطح درآمد پایین در این مکان به طوری که ۵۵،۶ درصد واحدها دارای درآمد کمتر از یک میلیون تومان در ماه می‌باشند) در محافظت از پارکینگ مانند نصب دوربین‌های مدار بسته که روی ماشین هر شخص هدف‌گیری شده، گردیده است.

نگرانی از وقوع جرم در یک فضای مشاع مانند پارکینگ، با توجه به ماهیت نیمه‌عمومی فضا، مشخص می‌سازد که فضا نیازمند راهکارهای قلمروگرایانه جهت تقویت مراقبت ساکنین می‌باشد. بر این اساس تقسیم‌بندی فضاهای مشاع از طریق شماره‌گذاری و یا تفکیک راه‌های دسترسی که می‌تواند به کاهش تعداد استفاده‌کنندگان از فضاها و تفکیک یک فضا بر حسب استفاده‌کنندگان آن، می‌تواند راه‌گشا باشد. در ورودی ساختمان که غالباً به صورت دروازه [های] ورودی برای سواره و پیاده به همراه دیوارهایی طراحی می‌شوند، رتبه دوم را در میزان نگرانی ساکنین از وقوع جرم به خود اختصاص می‌دهند. ۱۲،۵ درصد، ۱۷،۸ درصد و ۳۱،۶ درصد آمار مربوط به میزان نگرانی ساکنین نسبت به وقوع جرم در سطح ساختمان مسکونی به ترتیب در مسکن بسیجیان تالش، مسکن مهر رشت و مسکن ارکید گلسار رشت در قسمت در ورودی می‌باشد. برای حفاظت از این قسمت، غالباً راهکارهای فعال به کار برده می‌شود مانند سخت کردن آماج جرم از طریق کاربرد متریال مستحکم و همچنین طراحی سردر به نحوی که مانع تسهیل در ورود بی‌اجازه به ساختمان شود (مثل ایجاد حالت‌هایی که منجر به سهولت در صعود از آن می‌گردد) می‌تواند ثمر بخش باشد. لکن راهکارهای اصل قلمروپایی به میانجی ایجاد حس تشخیص ساختمان از طریق طراحی سردر به گونه‌ای که با ورودی سایر ساختمان‌های مجاور، متفاوت و قابل تشخیص باشد و نیز قابلیت نظارت طبیعی بر ورودی ساختمان از طریق واشوهای واحدهای مسکونی ساختمان، عامل بسیار مهمی در کاهش میزان وقوع جرم از طریق نفوذ از در ورودی ساختمان می‌باشد. حیاط

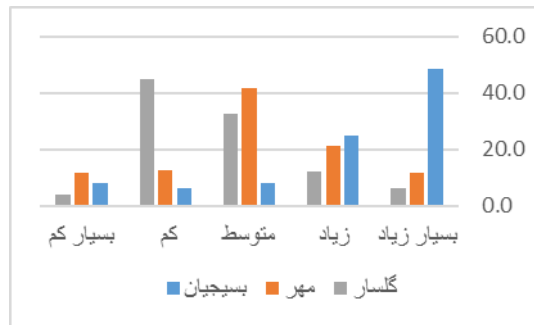


پشتی ساختمان، دیوار محوطه و راه‌پله نیز از دیگر محمل‌های نگرانی ساکنین از وقوع جرم در سطح ساختمان مسکونی به حساب می‌آیند که همگی ذیل راه‌کارهای اصل نظارت طبیعی قرار می‌گیرند. در حقیقت با افزایش امکان نظارت طبیعی از طریق ایجاد بازشوها و افزایش استفاده از آن‌ها (با طراحی مناسب آن‌ها و بهبود کارکرد آن‌ها در رفع نیازهای متنوع‌تر) می‌توان منجر به کاهش میزان وقوع جرم در این قسمت‌ها شد. در ادامه به برخی از این امکانات پرداخته می‌شود.

لازم به ذکر است که از میان تنوع جرم‌هایی که مورد اشاره ساکنین بوده است، سرقت پرشمارترین بزه متصوره بوده است. به این ترتیب که در مسکن بسیجیان تالش، مسکن مهر رشت و مسکن ارکید گلسار رشت ۴۲،۱ درصد، ۵۶،۶ درصد و ۶۵،۹ درصد ساکنین، سرقت و دزدی را به عنوان بزه‌ی که نگران وقوع آن در سطح ساختمان مسکونی خود هستند و احتمال وقوع آن از سایر جرم‌ها بیشتر است، معرفی نموده‌اند. دلیل قلت میزان اشاره به نگرانی از سرقت توسط ساکنین مسکن بسیجیان تالش به نسبت دو مکان دیگر، انحراف بستری موضوع در حوزه بزه‌های درون ساختمانی است. به این ترتیب که در مسکن بسیجیان تالش، نارضایتی بسیاری نسبت به بزه‌کار بودن همسایه‌ها و وقع جرم از سوی آن‌ها وجود داشت. بزه‌هایی مانند استعمال مواد مخدر، درگیری و ضرب و شتم، آزار و اذیت و ... که غالباً در فضاهای مشاع ساختمان مسکونی اتفاق می‌افتاد، نگرانی بیشتری از سرقت را که معمولاً از سوی فردی خارج از یک محل (طبق مطالعات نظری) روی می‌دهد، به خود اختصاص داده است. در ارتباط با محافظت از دیوار حیاط ساختمان مسکونی، راه‌کارهای اصل کنترل دسترسی نیز گاهی بایستی مد نظر قرار گیرد. وجود عناصری مانند درختان، تیرهای برق، لوله‌های گاز و ... جنب دیوارها و حصارها، سبب امکان نفوذ بزه‌کار به داخل حیاط یا صعود از نما می‌گردد (نکته‌ای که هم در مصاحبه‌های انجام شده با متخصصین پلیسی به آن اشاره شد و هم از سوی پاسخ‌دهندگان به پرسش‌نامه‌ها مورد اشاره قرار می‌گرفت و هم در مشاهده‌های میدانی، مصادیق آن ثبت گردید).

در مسکن بسیجیان تالش، مسکن مهر رشت و مسکن ارکید گلسار رشت به ترتیب ۳۷،۷ درصد، ۱۳،۹ درصد و ۴۴،۹ درصد ورودی ساختمان‌ها از طریق واشوهای نما (واحد‌ها) قابلیت نظارت و دیده شدن را دارند. کمترین این میزان متعلق به مسکن مهر است. چرا که اساساً در مسکن مهر به دلیل این‌که ساختمان‌ها فاقد حیاط نیمه‌عمومی و حصار و در ورودی می‌باشند، طبیعتاً امکان نظارت بر ورودی ساختمان که در حقیقت ورودی پلکان منتهی به طبقات است، بسیار کاهش می‌یابد (مگر در مواقعی که ساختمان دارای پاسیو به گونه‌ای است که امکان نظارت ورودی راه‌پله از هم‌کف از طریق واشوهای نورگیر امکان‌پذیر باشد). به هر حال کم بودن میزان امکان نظارت طبیعی بر ورودی ساختمان‌ها در نمونه‌های نامناسب و حتی مناسب، که می‌تواند

ناشی از علل مختلفی از جمله تعداد واحدهای هر طبقه که بر امکان نورگیری و تعبیه واشو در جهات مختلف واحد (ساختمان) تاثیرگذار است، باشد، سبب میزان بالای ترس از وقوع جرم در سطح ساختمان مسکونی در مخصوصاً در مسکن بسیجیان تالش می‌باشد.



نمودار ۱- شما و اعضای خانواده‌تان، به چه میزان نگران وقوع جرم (سرقت، ورود بی‌اجازه، آدم‌ربایی، درگیری و ضرب و شتم، آزار و اذیت، قتل و ...) در ساختمان مسکونی (ورودی، پارکینگ‌ها، حیاط، پارکرها، پیلوتی، لابی، اتاق انتظار، فضاهای خدماتی و ...) خود هستید؟

یکی از چالش‌برانگیزترین فضاهای ساختمان‌های مسکونی که در برخی از کشورها آمار وقوع برخی بزه‌ها در آن‌ها بسیار زیاد است، پلکان و آسانسور می‌باشد. تعبیه پلکان در نمای ساختمان به گونه‌ای که دارای جداره‌ای شفاف باشد و امکان نظارت طبیعی از خارج ساختمان را (از مجموعه و یا از حیاط) فراهم نماید -ذیل اصل نظارت طبیعی و امکان رویت‌پذیری - می‌تواند در کاهش میزان وقوع جرم مؤثر باشد. به‌ویژه در ساختمان‌های با تراکم متوسط که میزان استفاده از پله برای دسترسی به طبقات، کم نیست، عنایت به حفاظت از پله به عنوان محل وقوع جرم، از اهمیت بالایی برخوردار است. استفاده از آسانسورهای شیشه‌ای نیز راه‌کار دیگری است که در این رابطه ارائه می‌گردد. نتایج به دست آمده از پرسش‌نامه‌ها حاکی از آن است که در مسکن بسیجیان تالش، مسکن مهر رشت و مسکن ارکید گل‌سار رشت به ترتیب ۹،۸ درصد، ۱۱،۱ درصد و ۸،۲ درصد ساختمان‌ها دارای پلکان دسترسی طبقات که در نمای ساختمان‌شان جانمایی شده است، بودند. در حقیقت اکثر نمونه‌های مورد بررسی، از این مزیت بی‌بهره هستند.

در مسکن بسیجیان تالش، مسکن مهر رشت و مسکن ارکید گل‌سار رشت به ترتیب ۳۵،۵ درصد، ۳۹،۳ درصد و ۵۱ درصد میزان محافظت ساکنین هر واحد از پاگرد طبقه خود (نظافت، نظم، کنترل عبور و مرور، کنج‌کاو، توجه به وارد مشکوک و ...) می‌باشد. کاهش معنادار این درصدها به سمت نمونه‌های نامناسب پژوهش، نشانه تاثیرگذار بودن شاخصه‌های اصل قلمروپایی و کنترل تعداد استفاده‌کنندگان از یک فضا دارد و نزدیک بودن دو گزینه اول یعنی مسکن بسیجیان



تالش و مسکن مهر رشت، و حتی عدم وجود تفاوت فاحش با مسکن ارکید گلزار، مبین تأثیر عوامل مهم دیگری همچون اصول نظارت طبیعی و شنودپذیری به عنوان شاخصه‌های پراهمیت‌تر می‌باشد. همان‌طور که پیش‌تر هم گفته شد، وضعیت‌های مختلف با توجه به ویژگی‌های مختص خود، نیازمند بهره‌گیری از روش‌های متنوع‌تری در ارایه راه‌کارها از اصول مختلف دارد. به این ترتیب که با وجود سه تیپ مختلف پلان (مسکن بسیجیان تالش با پلان انشعابی: در هر طبقه اغلب دو واحد، مسکن مهر رشت با پلان انشعابی: در هر طبقه غالباً چهار واحد، مسکن ارکید گلزار رشت با پلان انشعابی: غالباً یک تا دو واحد) آمار حاصل از بررسی میزان موفقیت اقدامات قلمروگرایی، در بازه نزدیکی نسبت به هم قرار دارند و این به آن خاطر است که به دلیل محدودیت تعداد واحدها در هر طبقه -طبق آن چه پیش از این اشاره شد- راه‌کارهای منتج به قلمروپایی و حس تعلق جهت محافظت از فضا، به جهت کم بودن تعداد استفاده‌کنندگان، به صورت پیش‌فرض در حد مناسبی رعایت شده‌اند و در حقیقت سلسله اقدامات برای بهبود وضعیت فضاها از طریق راه‌کارهای قلمروگرایی و مرزبندی، نتایج بهینه‌تری را به دنبال نخواهد داشت.

بیشترین فراوانی تعداد واحد در هر طبقه در مسکن بسیجیان تالش ۶۱٫۹ درصد دو واحد، مسکن مهر رشت ۵۴٫۵ درصد چهار واحد و مسکن ارکید گلزار رشت ۴۲٫۸ درصد دو واحد می‌باشد. لازم به ذکر است که در مسکن مهر رشت به دلیل استفاده از پاگردهای غیرضروری وسیع در طبقات، گاهی در بعضی ساختمان‌ها از این پاگرد برای افزایش تعداد واحدها در هر طبقه استفاده شده است. به طوری که در مسکن مهر رشت، حدود ۲۰ درصد فراوانی ساختمان‌هایی است که بیش از چهار واحد در هر طبقه دارند. نکته قابل توجه دیگر، وجود فراوانی ۱۸٫۸ درصد طبقات تک‌واحد در مسکن ارکید گلزار رشت است که میزان بالای رفتارهای قلمروگرایی ساکنین آن را توجیه می‌کند.

دیگر رفتارهای شاخص قلمروپایی مانند محافظت از پارکینگ به ترتیب در مسکن بسیجیان تالش، مسکن مهر رشت و مسکن ارکید گلزار رشت عبارت است از: ۴۶٫۸ درصد، ۳۵٫۲ درصد و ۵۱ درصد که این فراوانی‌ها برای محافظت از حیاط در ترتیب فوق عبارت است از: ۳۹٫۳ درصد، ۲۴٫۱ درصد و ۵۱ درصد. به جز فراوانی کمتر در مسکن مهر در میزان محافظت از حیاط و پارکینگ (به دلیل عدم محصور بودن هم‌کف که به عنوان پارکینگ پیلوتی مورد استفاده است و نیز عدم وجود حیاط)، سایر فراوانی‌ها نتایج پیشین را تأیید می‌کنند. میزان استفاده از حیاط در مسکن بسیجیان تالش و مسکن ارکید گلزار رشت به ترتیب برابر است با: ۱۳٫۱ درصد و ۴۰٫۸ درصد. میزان کم استفاده از حیاط در نمونه‌های مورد مطالعه به صورت کلی و میزان بسیار کم آن در مسکن بسیجیان تالش، ناشی از نقصان‌هایی است که برطرف نمودن آن‌ها مستلزم راه‌کارهای ذیل



اصول چهارگانه می‌باشد که در قسمت نتیجه‌گیری لیست شده‌اند. کوچک بودن حیاط (خصوصاً در مسکن بسیجیان تالش)، عدم وجود امکانات برای مقاصد مختلف مانند بازی کودکان، فضای سبز و ... از مشکلات اساسی و مانع استفاده مداوم از حیاط ساختمان است که در صورت تحقق آن، امکان نظارت طبیعی افزایش می‌یابد. به طوری که ۷۷,۱ درصد از ساکنین مسکن ارکید گلزار گفته‌اند که در صورت وجود آن امکانات، استفاده مداوم آن‌ها از حیاط، افزایش خواهد یافت.

اهمیت راه‌کارهای ذیل اصل شنودپذیری در پاسخ‌گویی ساکنین سه مکان مورد مطالعه در بررسی فراوانی سؤال زیر مشخص می‌گردد. در مسکن بسیجیان تالش، مسکن مهر رشت و مسکن ارکید گلزار رشت به ترتیب ۶۸,۹ درصد، ۵۶,۶ درصد و ۶۵,۳ درصد از پاسخ‌گویان، بر این نظر هستند که در صورت شنیدن صدای مشکوک، وادار به پیگیری موضوع می‌شوند. این اصل و راه‌کارهای آن و حساسیت ساکنین نسبت به صداها، زمانی پراهمیت‌تر به نظر می‌رسد که راه‌کارهای قلمروگرایانه رنگ باخته و امکان نظارت طبیعی نیز وجود ندارد.

میزان تشخیص سردر ورودی ساختمان‌ها، -که از راه‌کارهای قلمروگرایانه هم در سطح ساختمان و هم در سطح مجموعه می‌تواند عمل کند- در سه مکان مورد مطالعه مسکن بسیجیان تالش، مسکن مهر رشت و مسکن ارکید گلزار رشت به ترتیب برابر است با ۳۰,۲ درصد، ۲۷,۴ درصد و ۵۱,۱ درصد. قراوانی نزدیک به هم در دو نمونه مورد مطالعه اول، ناشی از یک‌دست بودن حصارها و دروازه‌ای صرف بودن ورودی‌های ساختمان‌های مسکونی در مسکن بسیجیان تالش و نیز عدم وجود سردر مشخص در ساختمان‌های مسکن مهر رشت می‌باشد. حال آن‌که در مسکن ارکید گلزار، هر ساختمان، کم و بیش دارای سردر منحصر به فردی می‌باشد.

میزان وقوع جرم به‌عنوان متغیر وابسته در ساختمان‌های مسکونی در سه مکان مورد مطالعه مسکن بسیجیان تالش، مسکن مهر رشت و مسکن ارکید گلزار رشت به ترتیب برابر است با ۶۵,۶ درصد، ۴۰,۱ درصد و ۳۶,۷ درصد که در هر سه مکان، سرقت پرشمارترین بزه اتفاق افتاده می‌باشد.



نمودار ۱- آیا تاکنون ساختمان مسکونی شما (ورودی، حیاط، پارکینگ‌ها، پاگردها، پیلوتی، لابی، اتاق انتظار، فضاهای خدماتی و ...) مورد جرم و بزه‌ای خاص (سرقت، ورود بی‌اجازه، آدم ربایی، درگیری و ضرب و شتم، آزار و اذیت، قتل و ...) قرار گرفته است؟

نتیجه‌گیری

پیشگیری از وقوع جرم از طریق طراحی در سطح ساختمان مسکونی، نیازمند ارائه راه کارهای آگاهانه با عنایت به اصول مورد کاربرد جهت نیل به اهداف مورد نظر است. با توجه به گونه‌های متصوره برای طراحی ساختمان‌های مسکونی که معیار انتخابشان سیستم دسترسی می‌باشد، برای هر یک از گونه‌های سه‌گانه انشعابی و کریدوری و ایوانی، طبق پژوهش‌های نظری انجام شده از طریق مطالعه ادبیات موضوع و نیز پژوهش میدانی انجام شده در نمونه‌های مورد مطالعه از طریق ابزار پرسش‌نامه، به ترتیب اولویت با راه کارهای اصول شنودپذیری، قلمروپایی و نظارت طبیعی می‌باشد. البته گذار راه کارها از اصلی به اصل دیگر، امری است که طراح برای تکمیل اهداف اصلی خود، یعنی افزایش میزان پیشگیری از وقوع جرم و کاهش ترس از وقوع آن در میان ساکنین، ناگزیر از استفاده آن است. بایستی توجه داشت که اصل قلمروپایی که راه کارهای منتج به موفقیت تحقق آن، غالباً تأثیر بسزایی بر افزایش میزان موفقیت پیشگیری از وقوع جرم از طریق طراحی می‌گردد، از آن جایی که هم از نظر فیزیکی و هم از نظر القای حس مالکیت، حفاظت از فضا را توسط استفاده‌کنندگان آن فضا سبب می‌شود، در قسمت‌هایی که بحث قلمروهای نیمه‌عمومی و نیمه‌خصوصی به میان می‌آید، راه کارهای بسیار قدرتمندی ارائه می‌دهد که حتی گاه به تحقق اهداف اصول دیگر نیز می‌انجامد (مثلاً آن‌جا که راه کارهای قلمروگرایانه به تعیین صریح قلمرو از طریق کشیدن دیوار منجر می‌شوند و در نتیجه دسترسی فیزیکی و یا حتی بصری نیز به فضای مورد نظر مسدود می‌شود).

به طور کلی، تعدد واحدهای مسکونی که سبب افزایش تعداد واشوها در جداره‌های نمای ساختمان می‌شود، به شرطی که از حد مورد نظر اصل قلمروپایی تجاوز نکند، می‌تواند موجب



افزایش میزان نظارت طبیعی بر فضاهای نیمه‌عمومی ساختمان مانند حیاط گردد که این عامل سبب افزایش میزان پیشگیری از وقوع جرم در سطح ساختمان مسکونی می‌گردد. بایستی توجه داشت که این افزایش تعداد واحد، اگر بیشتر از حد مجاز مطروحه در مباحث قلمروپایی انجام گیرد، سبب افت شاخصه‌های قلمروگرایی و تأثیر منفی بر میزان پیشگیری از وقوع جرم می‌گردد. در این جا پاره‌ای از راه کارهای متناسب با سطح ساختمان مسکونی با توجه به اصول مورد نظر، ارائه می‌گردد. لازم به تذکر است که آگاهی از ویژگی‌های هر راه کار با توجه به سطح تأثیرگذاری و تعلق به یک اصل از اصول پیشگیری وضعی از وقوع جرم، هدف اصلی آرایه این راه کارها می‌باشد. در حقیقت با شناخت نسبت به این دو نکته، در هر زمان و مکان، می‌توان با توجه به ویژگی‌های مسأله و شاخصه‌های بستر، اقدام به خلق، تغییر یا جرح و تعدیل راه کارها با آگاهی از نحوه اثربخشی آن‌ها نمود.

- هر ساختمان مسکونی، دارای یک ورودی مجزا نسبت به سایر ساختمان‌های مجاور خود داشته باشد. (پرهیز از انتخاب گونه‌هایی از ساختمان مسکونی که دارای فضاهای اشتراکی مانند ورودی یا حیاط مشترک می‌باشند). (قلمروپایی)
- در کلیه گونه‌های مسکونی، بایستی توجه داشت که کاهش تعداد واحدها در هر طبقه و نیز کاهش تعداد طبقات، به علت آن که سبب کاهش تعداد استفاده‌کنندگان از فضاهای اشتراکی می‌گردد، سبب تقویت حس قلمروپایی می‌گردد. (قلمروپایی)
- عدم تعبیه در ورودی دوم از جبهه‌های دیگر ساختمان حتی در صورت وجود دسترسی‌های مناسب شهری، مگر در مواردی که هدف تقسیم استفاده‌کنندگان برای استفاده از ورودی‌ها مدنظر است. (کنترل دسترسی)
- عدم ایجاد حالت‌های میان‌بر به گونه‌ای که سبب کاهش استفاده از مسیر اصلی پیش‌بینی شده در طراحی گردد. (کنترل دسترسی)
- قرار دادن تسهیلات انباشت زباله و جمع‌آوری زباله در قسمتی امن و رویت‌پذیر در ساختمان که قابل نظارت از بازشوهای واحدها می‌باشند.
- استفاده از درهای بسته‌شونده برای تفکیک فضایی راهروها و اختصاص آن به تعداد کمتری از ساکنین در ساختمان‌های کریدوری و ایوانی. (قلمروپایی)
- استفاده از گونه ساختمانی ایوانی از نوع باز آن چرا که هم امکان افزایش نظارت راهرو از فضای خارج را دارا می‌باشد و هم در صورت وقوع اتفاق، سر و صدای آن در فضای بیرون قابل شنیدن است. (شنودپذیری و نظارت طبیعی)
- افزایش تعداد دسترسی‌های عمودی (باکس پله و آسانسور) در ساختمان‌های کریدوری و



ایوانی که سبب کاهش تعداد استفاده کنندگان از هر یک از آن‌ها می‌گردد. (قلمروپایی)

- جانمایی دسترسی‌های عمودی در ساختمان‌های کریدوری و انشعابی، طوری که سبب کاهش تعداد استفاده کنندگان از راهروها می‌گردد. (قلمروپایی)
- جداسازی فضاهای مختلف طبقه همکف (پیلوت و حیاط پشتی یا پیلوت و حیاط) در ساختمان‌هایی که ابتدا به بنا وارد می‌شویم، با جداره‌های شیشه‌ای. (کنترل دسترسی)
- توجه به ضوابط یکسان و رعایت دقیق آن در میزان جلوآمدگی‌ها در طبقات به گونه‌ای که سبب مسدود شدن دید و مزاحمت برای امکان نظارت طبیعی بر فضاهای همسایگی نگردد. (نظارت طبیعی)

پرهیز از جانمایی سایبان‌ها، ناودانی‌ها، درختان، تسهیلات انباشت زباله، لوله‌های گاز و آب، تیرهای برق و ... (شکل VIII) در حیاط ساختمان مسکونی به گونه‌ای که سبب سهولت در صعود از نما و دسترسی به پنجره‌ها و بالکن‌های طبقات شود. (کنترل دسترسی)



شکل V: مسکن بسیجیان تالش

- پنجره‌های خدمات‌دهنده کوچک - مانند پنجره‌های سرویس‌های بهداشتی، حمام، انباری و ... - که معمولاً دارای ارتفاع کف پنجره (OKB) زیادی هستند و امکان نظارت طبیعی را فراهم نمی‌کنند، حتی المقدور نبایستی در نمای اصلی ساختمان مسکونی قرار گیرند، چرا که مانع جانمایی فضاهایی در این جبهه می‌شوند که می‌توانند قابلیت نظارت فضاهای اشتراکی ساختمان را از طریق دارا بودن پنجره‌های مطلوب داشته باشند. (نظارت طبیعی)

- پرهیز از طراحی نماها و سردرهایی که پیش‌آمدگی‌ها و عقب‌رفتگی‌ها و خلل و فرج آن، سبب تسهیل در صعود و نفوذ به ساختمان از طریق ایجاد حالت نردبان‌گونه (پیش‌آمدگی‌های افقی در ارتفاع‌های مختلف) می‌گردد. (کنترل دسترسی)
- عدم طراحی بالکن در طبقات اول و دوم بدون تمهیدات پیشگیرانه جهت کنترل دسترسی در نمای اصلی (جبهه مجاور معبر). (کنترل دسترسی)
- جانمایی دسترسی‌های عمودی خصوصاً ساختمان‌های انشعابی، در نمای اصلی (شکل



IX) که سبب افزایش امکان نظارت طبیعی از فضای بیرون می گردد. (نظارت طبیعی)



شکل: نمونه کار دانشجویان طراحی ۵ دانشگاه گیلان با موضوع مجموعه مسکونی

- ترجیح گونه انشعابی به سایر گونه‌ها به دلیل دارا بودن خصوصیات ذاتی منطبق با اهداف قلمروگرایانه خصوصاً در ساختمان‌های با طبقه متوسط. (قلمروپایی)
- عدم طراحی فرورفتگی و بیرون زدگی در راهروهای ساختمان‌های کریدوری یا ایوانی. (نظارت طبیعی)
- عدم وجود دسترسی یا امکان نفوذ در گونه‌های ساختمانی کریدوری و ایوانی از راهرو به بالکن واحدها. (کنترل دسترسی)
- تلاش در راستای نورگیر بودن راهرو از طریق انتخاب گونه ایوانی یا نورگیرهای سقفی در طبقه فوقانی یا وید و (نظارت طبیعی)
- افزایش تعداد ورودی‌های ساختمان و ملزومات آن (دروازه، لابی، حیاط، پارکینگ و ...) در صورت افزایش تعداد واحدهای ساختمان بیش از حد مجاز اصل قلمروپایی با هدف تقسیم شدن تعداد استفاده‌کنندگان از فضاهای اشتراکی. (قلمروپایی)

منابع

- ابراهیمی، شهرام (۱۳۹۰)، *جرم شناسی پیشگیری*، چاپ اول، تهران: میزان.
- ابراهیمی، شهرام (۱۳۸۸)، *مجموعه رویه‌های بین المللی پیشگیری از جرم*، چاپ اول، تهران: میزان.
- استولارد، پل (۱۳۹۰)، *پیشگیری از جرم از طریق طراحی مسکن*، سیدمناف هاشمی و سیدعلی حسین پور، تهران: طهان.
- اشنایدر، ریچارد و کیچن، تد (۱۳۸۷)، *برنامه‌ریزی شهری (برای پیشگیری از جرم)*، فرزانه سجودی، تهران: سازمان تحقیقات و مطالعات ناجا.
- اشنایدر، تاد (۱۳۸۵)، *پیشگیری از وقوع جرم از طریق طراحی محیطی در مراکز آموزش*، چاپ اول، سروش بهریز، تهران: دانشگاه علوم انتظامی.



- اک، جان ای، اسپنسر چینی، جمزجی کامرون، میشل لیتنر و رونالدای ویلسون (۱۳۹۰)، تهیه نقشه برای تحلیل بزه‌کاری، محسن کلانتری و مریم شکوهی، زنجان: آذر کلک.
- اکبری، الهه و محمد زهدی گهرپور (۱۳۹۲)، مقدمه‌ای بر تحلیل مکانی جرم و جنایت با استفاده از سیستم اطلاعات جغرافیایی، چاپ اول، سبزوار: سینا کتاب.
- ایرانی بهبهانی، هما و سبا شیخی (۱۳۹۳)، «پیشگیری محیطی از جرائم و آسیب‌های اجتماعی در پارک‌های شهری»، فصل‌نامه مطالعات پیشگیری از جرم، دوره دهم، شماره ۳۳، ص ۳۶-۹
- پنیا، ویلیام ام و استیون ای پارشال (۱۳۸۱)، مبانی برنامه‌ریزی معماری، چاپ دوم، محمد احمدی نژاد، اصفهان: خاک.
- محمودی جانکی، فیروز و مجید قورچی‌بیگی (۱۳۸۸)، «نقش طراحی محیط در پیشگیری از جرم»، فصل‌نامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره سی و نه، شماره ۲، ص ۳۴۵-۳۶۷.
- جلالی، محدثه و سیدمهدی سیدزاده ثانی (۱۳۹۵)، «ارزیابی پروژه مسکن مهر شهرستان بجنورد از منظر نظریه پیشگیری از جرم با طراحی محیطی»، پژوهشنامه حقوق کیفری، دوره هفتم، شماره ۲، ص ۵۷-۳۳.
- جوان جعفری، عبدالرضا و سید مهدی سیدزاده ثانی (۱۳۹۱)، رهنمودهای عملی پیشگیری از جرم، تهران: میزان.
- جواهریان، مهرداد و سیدین، سیدامین (۱۳۹۰)، «اصول پایه در شکل‌گیری مسکن ایرانی»، نخستین همایش ملی مسکن ایرانی. شیراز: دانشگاه آزاد اسلامی واحد شیراز.
- چری، ادیت (۱۳۸۸)، برنامه‌ریزی برای طراحی (از تئوری تا عمل)، شهناز پورناصری، تهران: مرکز مطالعاتی و تحقیقاتی شهرسازی و معماری.
- حبیبی، سیدمحسن و صدیقه مسایلی (۱۳۸۷)، سرانه کاربری‌های شهری، تهران: نشر سازمان ملی زمین و مسکن.
- دامارت، لوسیا و دیگران (۱۳۹۳)، جامعه و احساس امنیت، چاپ اول، حسین بهروان، قم: ائمه (ع).
- دانستر، دیوید (۱۳۸۵)، «جان کلام طراحی»، عباس مخبر، مجله معمار، شماره ۳۸، ص ۲۰-۲۳
- ذوالقدر، محمدباقر و دیگران (۱۳۹۱)، رهیافت‌های نوین پیشگیری از جرم، تهران: میزان.
- رحمت، محمدرضا (۱۳۹۰)، پیشگیری از جرم از طریق معماری و شهرسازی، تهران: بنیاد حقوقی میزان.



راسخ، قربان پور و بابایی، محمد علی (۱۳۹۶)، «ارزیابی طرح مسکن مهر رشت از منظر پیشگیری محیطی از جرم»، پژوهشنامه حقوق کیفری، دوره هشتم، شماره پیاپی ۱۵، ص ۲۰۷-۲۳۵.
زیاری، کرامت‌ا... (۱۳۸۸)، برنامه‌ریزی کاربردی اراضی شهری، چاپ یازدهم، تهران: دانشگاه تهران.

قاسم زاده، مسعود (۱۳۹۱)، معیارهای ابعادی و ملاحظات طراحی فضاهای واحد مسکونی شهری، چاپ اول، تهران: مرکز تحقیقات راه، مسکن و شهرسازی.

کلارک، رونالد وی (۱۳۸۸)، پیشگیری از جرم مطالعه موردی سرقت خودروها و سرقت از خودروهای داخل پارکینگ، مهدی مقیمی و مرتضی مقیمی، تهران: روناس.

کلارک، رونالد وی و جان اک (۱۳۸۸)، جرم شناسی پیشگیری ۶۰ رویه و راه کار برای پیشگیری از جرم، چاپ اول، (مهدی مقیمی و مهدیه تقی‌زاده، تهران: سازمان زرد.

کلکوهن، ایان (۱۳۸۷)، طراحی عاری از جرم؛ ایجاد مناطق امن و پایدار، حمیدرضا عامری سیاهویی و مهرداد رایجیان اصلی، تهران: نشر میزان.

کوردنر، گری (۱۳۹۰)، کاهش ترس از جرم، اسماعیل حسنوند و احسان حسنوند، تهران: جامعه شناسان.

گروت، لیندا و دیوید وانگ (۱۳۹۱)، روش‌های تحقیق در معماری، علیرضا عینی‌فر، تهران: دانشگاه تهران.

گل‌محمدی خامنه، علی (۱۳۸۷)، پیشگیری از جرائم، چاپ دوم، تهران: جهان جام جم.
گل، یان و بیگیت اسوار (۱۳۹۴)، بررسی زندگی فضاهای عمومی، چاپ اول، محمدسعید ایزدی، سمانه محمدی و سمانه خبیری، تهران: نشر اول و آخر.

گلدشتاین، آرنولد (۱۳۹۱)، روان شناسی تخریب گری (رفتار مخرب)، چاپ اول، (جهانبخش نیکوپور، تهران: سازمان تحقیقات و مطالعات ناجا.

فلسون، مارکوس و رونالد کلارک (۱۳۸۸)، «اخلاق پیشگیری وضعی از جرم»، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، مجید قورچی‌بیگی، سال چهارم، شماره ۱۲، ص ۱۶۷-۱۹۹.

محمد نسل، غلامرضا (۱۳۹۳)، پیشگیری از جرم از طریق طراحی محیطی (از نظریه تا کاربرد)، چاپ اول، تهران: میزان.

نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۷۹)، «پیشگیری از بزهکاری و پلیس محلی (قسمت دوم)»، نشریه امنیت، دوره چهارم، شماره ۱۹ و ۲۰، ص ۱۲۹-۱۵۰.



- Abdullah, Aldrin, Mohd Najib Mohd Sallehb, and Siti Rasidah Md Sakipa. (2011). Fear of Crime in Gated and Non-gated Residential Areas. Asia Pacific International Conference on Environment-Behaviour Studies. 35, pp. 63 – 69. Famagusta: Elsevier - Procedia - Social and Behavioral Sciences.
- Cozens, Paul, and Terence Love. (2015). A Review and Current Status of Crime. Journal of Planning Literature, 1-20. doi:10.1177/0885412215595440
- DeKeseredy, Walter S, Alvi Shahid, Claire M. Renzetti, and Martin D. Schwartz. (2005). Reducing Private Violence against Women in. UKnowledge, University of Kentucky, 3(1), 27-36. Retrieved from http://uknowledge.uky.edu/crvaw_facpub
- Ryan, Sean, and Bill Pitard. (2010). Crime Prevention Through Environmental. Washington, DC: American Public Transportation Association.
- Sakip, Siti Rasidah Md, and Aldrin Abdullah. (2010). Measuring Crime Prevention through Environmental Design. ASEAN Conference on Environment-Behaviour Studies. 42, pp. 340 – 349. Sarawak, Malaysia: Elzevior - Procedia - Social and Behavioral Sciences.



مبانی و موقعیت وکالت از متهم در اسناد بین‌المللی و نظام عدالت کیفری ایران

دکتر مرتضی عارفی^۱

دکتر جلیل امیدی^۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۲/۱۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۵/۲۹

چکیده

آیین دادرسی کیفری نظام تضمین حقوق دفاعی متهم در برابر خودسری نهادهای اجرای عدالت کیفری است. یکی از هنجارهای این نظام، حق دسترسی متهم به وکیل مدافع است. اهمیت این هنجار به اندازه‌ای است که اسناد بین‌المللی و قوانین داخلی ضمن شناسایی چنین حقی، در مواردی دخالت وکیل به نفع متهم را الزامی اعلام کرده‌اند. این مقاله در مقام پاسخ به دو سؤال است: مبانی توجیهی وکالت از متهم چیست؟ اسناد بین‌المللی و نظام عدالت کیفری ایران چه اندازه به این مبانی توجه داشته و به آنها وفادار مانده‌اند؟ یافته‌ها نشان می‌دهد که بنیادهای حقوق بشر، راهبردهای سیاست جنایی و آموزه‌های جرم شناسی حق دسترسی متهم به وکیل مدافع را توجیه می‌کنند. در سال‌های اخیر تحول مثبتی در رویکرد نظام عدالت کیفری ایران نسبت به حق برخورداری متهم از وکیل رخ داده است. با این همه، مقررات محدود کننده‌ای مثل تبصره ماده ۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری، عدم پیش‌بینی ضمانت اجرای نقض حق موضوع ماده مورد اشاره و اعتباربخشی به تحقیقاتی که با سلب حق مورد بحث صورت گرفته است از جمله موارد قابل نقد محسوب می‌شوند.

واژگان کلیدی: وکیل، وکالت از متهم، حقوق دفاعی متهم، اسناد بین‌المللی، دادرسی عادلانه

✉ arefi1368@gmail.com

۱. دانش آموخته دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه تربیت مدرس.

(نویسنده مسئول)

۲. استاد دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه تهران.

مقدمه

طرح مفهوم یا نظام حقوق بشر از اواخر سده هجدهم و توسعه آن در پی تصویب اعلامیه جهانی حقوق بشر در سالهای میانی سده بیستم، در حوزه حقوق کیفری موجب توجه هر چه بیشتر به ضرورت ایجاد معیارهای بین‌المللی برای حفظ حقوق دفاعی متهمان گردید. از این روست که حقوق بشر را به‌عنوان مبنائی برای توسعه و بهبود استانداردهای حقوق کیفری قلمداد می‌کنند (امیدی، ۱۳۸۳: ۴۱۱). در میان انبوه موضوعات حقوق بشری که در نسل‌های مختلف این نظام حقوقی مطرح می‌گردند، (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۹: ۵۵۶) آنچه باعث شده است به موضوع آیین دادرسی کیفری بسیار پرداخته شود، این است که امکان تضییع حقوق اشخاص در این زمینه بیشتر از سایر حوزه‌هاست. این سخن از ماریو پاگانو^۱ گویای همین امر است: «چنانچه به کشوری ناشناخته گام نهید و مشتاق اطلاع از حدود و ثغور حمایت از آزادی‌های مدنی باشید به قانون آئین دادرسی کیفری آن مراجعه کنید» (آشوری، ۱۳۷۶: ۱۷۳). بر این اساس سعی بر آن است که از حیث تشریفات دادرسی، قوانینی وضع گردند که نهادهای اجرای عدالت کیفری نتوانند حقوق دفاعی متهم از جمله حق برخورداری از وکیل و دفاع متهم در برابر اتهام انتسابی را مخدوش کنند. بر اساس گزارش کمیته بین‌المللی صلیب سرخ جلوگیری از حق انتخاب و مشورت با وکیل انتخابی یا هر وکیل دیگر یکی از اساسی‌ترین تخلفات مربوط به حق دسترسی به دادرسی منصفانه در بسیاری از محاکمات جنائی پس از جنگ جهانی دوم بوده است (هاشمی، ۱۳۹۰: ۱۹۴). بدون تردید یکی از تضمین‌های مهم دفاع در دادرسی کیفری، همراه داشتن وکیل در کلیه مراحل دادرسی و در مواردی تعیین وکیل تسخیری برای اوست.

دغدغه پژوهش حاضر پرداختن به دو پرسش و یافتن پاسخی موجه برای آنهاست: نخست مبانی توجیهی حق برخورداری متهم از خدمات وکیل مدافع و دوم میزان وفاداری اسناد بین‌المللی و نظام عدالت کیفری ایران به مبانی مذکور و موقعیتی که برای برخورداری متهم از حق مورد بحث ایجاد کرده‌اند. اجمالاً اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای در سطح فراملی و قانون اساسی ایران در سطح ملی حق انتخاب وکیل توسط اصحاب دعوا را به صورت کلی به رسمیت شناخته‌اند^۲ این آموزه که از آورده‌های دوران مدرن است، امروزه در سطحی جزئی‌تر در قوانین آیین دادرسی کیفری با تفصیل بیشتر و با ذکر موارد الزام به اعمال چنین حقی و با پیش‌بینی ضمانت اجرای تخلف از آن،

1. Mario Pagano

۲. مطابق اصل سی و پنجم این قانون: در همه دادگاه‌ها، طرفین دعوا حق دارند برای خود وکیل انتخاب نمایند... بند ۱ ماده واحده انتخاب وکیل توسط اصحاب دعوا نیز در حکمی هماهنگ با این اصل بیان می‌دارد: «اصحاب دعوا حق انتخاب وکیل دارند و کلیه دادگاه‌هایی که به موجب قانون تشکیل می‌شوند مکلف به پذیرش وکیل می‌باشند».



مطرح می‌گردد. متناسب با این دو پرسش، مقاله در دو بخش به مبانی وکالت از متهم در دعاوی کیفری و نقش وکیل مدافع متهم در مراحل مختلف دادرسی بر مبنای اسناد بین‌المللی و مقررات نظام عدالت کیفری ایران می‌پردازد.

بخش نخست - مبانی وکالت از متهم در دعاوی کیفری

یکی از پرسش‌های مطرح در نظام عدالت کیفری این است که مبانی یا علل توجیه کننده دخالت وکیل مدافع متهم در رسیدگی‌های کیفری چیست؟ به دیگر سخن چه دلایلی می‌توانند توجیه کننده این امر باشند که یک شهروند متهم به نقض قانون از آغازین مراحل فرآیند عدالت کیفری تا پایان آن از حق همراهی شخصی دارای دانش و تجربه حقوقی و قضایی بهره‌مند باشد. پاسخ به این سؤال را می‌توان در مبانی و معیارهای حقوق بشر، اصول راهبردی سیاست جنایی و آموزه‌ها و آورده‌های جرم‌شناسی به نحوی که از آن‌ها بحث می‌کنیم، جستجو کرد.

۱.۱. بنیادهای حقوق بشر

حقوق بشر^۱ به عنوان یک رشته مطالعاتی مستقل با رشته‌های مختلف حقوق نظیر حقوق اساسی، حقوق اداری و حقوق کیفری در تعامل است و در جهت‌دهی و شکل‌گیری تحولات آن‌ها ایفای نقش می‌کند. در اسناد بین‌المللی حقوق بشری مقررات قابل ملاحظه‌ای هست که با نظام عدالت کیفری ارتباط مستقیم دارند. مسائل و موضوعاتی چون قانونمندی جرائم و مجازات‌ها، برابری افراد در برابر قانون، منع عطف قوانین نامساعد به گذشته، منع شکنجه و آزار، حق رسیدگی به اتهام در مدت زمان معقول، حاکمیت فرض برائت، منصفانه بودن محاکمه و برخورداری از دیگر تضمین‌های دفاعی متهم از جمله جنبه‌های گوناگون جزایی نظام حقوق بشر محسوب می‌شوند (امیدی، ۱۳۸۲: ۱۱۸). بر این اساس می‌توانیم از این اسناد حقوق بشری، هم قرائت جرم‌شناسانه و هم قرائت حقوق کیفری داشته باشیم (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۶: ۸).

حقوق دفاعی متهم به‌طور عام و حق برخورداری از وکیل به نحو خاص به‌عنوان حقی از حقوق بنیادین بشر، به لحاظ ماهیتی در تقسیم چهارگانه هوفلد^۲ از حق (قاری فاطمی، ۱۳۸۸: ۲۷)، در زمره حق - ادعا^۳ قرار می‌گیرند. بر این اساس می‌توان لازمه پاسداشت چنین حقی در مراحل مختلف فرآیند دادرسی کیفری را تکلیف دولت‌ها به تضمین آن دانست. از حیث تقسیم‌بندی حق به حقوق سلبی و ایجابی نیز می‌توان گفت حق برخورداری از وکیل موضوعی ذو جنبتین است.

-
1. Human Law
 2. Hohfeld
 3. Claim- right

یعنی تضمین این حق در مواردی با مداخله دولت به نفع متهم محقق می‌شود؛ نظیر پیش بینی لزوم دخالت وکیل تسخیری به نفع افرادی که توانائی انتخاب وکیل را ندارند (تبصره ۲ ماده ۱۹۰ و ماده ۳۴۸ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲) در مواردی نیز دولت با فراهم آوردن بسترهای لازم و عدم مداخله محدود کننده خود می‌تواند به تضمین این حق کمک کند. محدودیت‌های پیش‌بینی شده در تبصره ماده ۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری نمونه‌ای است از مداخله منفی دولت و مغایر با جنبه اخیر موضوع یعنی لزوم انتخاب آزاد و حضور فعال وکیل مدافع متهم در فرآیند دادرسی کیفری. در هر حال از نظر موازن حقوق بشر، می‌توان بنیادها و معیارهای زیر را به عنوان مبانی نظری وکالت از متهم در دعاوی کیفری مطرح کرد:

۱.۱.۱. فرض برائت متهم

فرض بی‌گناهی^۱ که جزء حق‌های بنیادین محسوب می‌شود، مبنائی مشترک با سایر حق‌های اساسی بشر دارد. از بین نظریه‌های توجیه کننده حق‌های بنیادین بشر از قبیل نظریه حقوق طبیعی، قرارداد گرایی و حقوق الهی شاید متقن‌ترین آن‌ها نظریه‌ای است که بر حیثیت و کرامت ذاتی^۲ آدمیان تأکید می‌کند (فرحبخش، ۱۳۸۵: ۱۲۳). از این رو بیشتر اسناد بین‌المللی از جمله کنوانسیون بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی پس از اشاره به حیثیت ذاتی، حقوق برابر و غیرقابل انتقال کلیه آبنای بشر در مقدمه خود، به صراحت تمام اعلام می‌کند که «این حقوق ریشه در کرامت ذاتی افراد بشر دارند» (McCrudden, 2008: 667).

یکی از مهم‌ترین آثار اصل برائت آن است که متهم از حق حضور وکیل در سراسر مراحل فرآیند کیفری برخوردار باشد. وکیل مدافع به لحاظ احاطه بر اصول آیین دادرسی و اشراف بر مقررات قانونی می‌تواند با تکیه بر فرض بی‌گناهی متهم، در برابر ادعا و دلایل شاکی و دادستان از وی دفاع کند و مانع از تضییع حقوق و محکومیت غیر موجه او گردد. از این رو در دنیای امروز رعایت حقوق متهم و تضمینات دفاعی وی به طور کلی نه تنها در دادگاه‌ها بلکه در مراحل انتظامی و تحقیقات مقدماتی هم، لازم تلقی می‌گردد و از آثار فرض یا اصل برائت قلمداد می‌شود (آشوری، ۱۳۷۶: ۱۴۴). بنابراین می‌توان گفت از آنجا که آمارات و ادله جمع‌آوری شده علیه متهم، فرض بی‌گناهی وی را در معرض نقض قرار می‌دهند، در صورت عدم مداخله وکیل ممکن است مقامات و مأمورین دادسرا یا دادگاه چنین فرضی را در برابر ادله اتهامی کنار بگذارند. به چالش کشیدن اصالت و دلالت ادله توسط وکیل و در نتیجه تغییر موازنه به نفع برائت متهم می‌تواند سرنوشت

-
1. Presumption of innocence
 2. Inherent dignity



دعوا را تغییر دهد. افزون بر این از آنجا که متهم نوعاً فردی عادی است و با قواعد حقوقی و قضایی و روش‌های نقد و جرح ادله و در مجموع با فنون دفاع آشنایی ندارد، حضور فردی برخوردار از آگاهی‌های حقوقی و تجربیات عملی در دفاع از وی ضروری و موجه تلقی می‌گردد. کار وکیل البته اثبات بی‌گناهی متهم نیست. وظیفه او چنان که گفته شد ایستادن در سنگر براءت متهم و دفع دلالت ادله نارسا و امارات موهومی است که بی‌جهت می‌خواهند چنین سنگر مستحکمی را در هم بریزند و فرد بی‌گناهی را زیر تیغ مجازات ببرند؛ سنگری که تنها با دلایل متقن و از راه اقناع وجدان انسانی مقام تحقیق و رسیدگی می‌توان در آن رخنه کرد و از پیش پای عدالت برداشت.

فرض بی‌گناهی متهم در بسیاری از اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای حقوق بشر به طور مطلق پذیرفته شده است. در سطح بین‌المللی به بند ۱ ماده ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر که أم الكتاب اسناد حقوق بشری است، می‌توان اشاره کرد.^۱ در سطح داخلی نیز علاوه بر اصول ۳۵ و ۳۷ قانون اساسی و پیوستگی معنایی آن دو، قانون آیین دادرسی کیفری پس از این که در ماده ۴ به تبیین این موضوع پرداخته که اصل، براءت است، بلافاصله در ماده ۵ به بهره‌مندی متهم از کلیه حقوق دفاعی از جمله حق دسترسی به وکیل اشاره کرده است. توالی و پیوستگی این دو حکم قانونی منطقاً مشعر به این معناست که حق برخورداری متهم از وکالت وکیل مبتنی بر فرض براءت و مستظهر به آن است.

۲.۱.۱. اصل تساوی سلاح‌ها

نظام دادرسی تفتیشی که از حیث تاریخی ابتدا در عملکرد دادگاه‌های کلیسائی و سپس از سده چهاردهم به بعد در بسیاری از کشورهای اروپائی مورد استقبال قرار گرفت دارای ویژگی‌هایی است که از جمله آن‌ها غیرترافعی بودن دادرسی است. در این نظام به واسطه عدم حضور وکیل مدافع و بی‌اطلاعی متهم از مفاد اتهامات و کیفیت توجه آن‌ها، وی به نسبت مدعی العموم در وضعیت نامتوازنی قرار می‌گرفت. با تحولات صورت گرفته از سالهای میانی سده بیستم به بعد این ویژگی تعدیل یافته به نحوی که امروزه سخن از اصل برابری سلاح‌ها به میان می‌آید. بر این اساس امروزه یکی از معیارهای مسلم دادرسی عادلانه^۲ اصل تساوی سلاح‌ها^۳ است. مقصود از این اصل آن است که متهم بتواند به میزان و کیفیتی که مقامات تعقیب، تحقیق و رسیدگی از امکانات و ابزارهای قانونی و قضایی برخوردارند وی نیز از فرصت مواجهه با ادله اتهامی و جرح و رد آن‌ها و ارائه دلایل دال بر بی‌گناهی

۱. بند ۲ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، بند ۲ ماده ۸ کنوانسیون آمریکایی، بند ۱ ماده ۷ منشور آفریقایی و

بند ۵ ماده ۱۹ اعلامیه اسلامی حقوق بشر نیز به مفاد اصل براءت تصریح کرده‌اند.

2. Fair trial

3. Equality of Arms

خود بهره‌مند باشد تا از این رهگذر موازنه قوا حاصل شود. به عنوان نمونه از نظر کمیسیون اروپایی حقوق بشر حضور نماینده دادسرا و عدم دعوت از متهم یا وکیل او در مرحله تجدیدنظر در مواردی که رسیدگی ماهوی صورت گرفته و حکم صادر شده است، نقض آشکار اصل برابری سلاح‌ها و نادیده گرفتن منصفانه بودن محاکمه است (امیدی، ۱۳۸۲: ۱۲۱).

یکی از راه‌های تحقق تساوی طرفین در فرآیند کیفری، حق استفاده متهم از خدمات قضایی و تخصصی وکلای دادگستری است (Van Dijk and Van Hoof, 2006: 436). در واقع وکلای دادگستری با توجه به تخصص خود می‌توانند موقعیت متهم را در برابر دادستان و شاکی که از امکانات عمومی و خصوصی برخوردارند و در قید قرارهای تأمین کیفری هم نیستند، بهبود بخشند (Jayawickrama, 2002:493). مصداقی دیگر از اصل تساوی سلاح‌ها را می‌توان در امکان دسترسی یکسان طرف‌های درگیر در پرونده به اطلاعات تأثیرگذار در فرآیند کیفری دانست. امروزه می‌توان حق دسترسی آزاد به اطلاعات پرونده را به عنوان جزئی از اصل تساوی سلاح‌ها مطرح نمود. بر این اساس در مواردی که ادله مورد استناد دادسرا و دادگاه به بهانه محرمانه بودن آن‌ها یا امنیتی بودن اتهام از متهم و وکیل مدافع وی مکتوم می‌ماند، بی تردید باید گفت که اصل تساوی سلاح‌ها به زیان متهم نقض شده است. فراتر از این در اینگونه موارد اساساً حقوق دفاعی متهم به طور کلی نقض و نادیده گرفته شده است. چرا که حق دفاع، در برابر ادله اتهام معنا و موقعیت اجرا پیدا می‌کند. عدم ارائه ادله، مجال اعمال چنین حقی را از متهم و وکیل وی سلب می‌کند. چنین است که قانون آیین دادرسی کیفری ایران در موارد متعدد مثل ماده ۵ و ماده ۴۶ صریحاً یا ضمناً بر لزوم آگاهی متهم از ادله اتهام و نقد و بررسی و ارزیابی آن‌ها تأکید کرده است.

از جمله مستندات اصل برابری سلاح‌ها، ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر است که حق برابری کامل طرفین دعوا در یک دادرسی منصفانه و علنی را پیش‌بینی نموده است. قانون‌گذار داخلی نیز با پیش‌بینی حقوقی نظیر حق برخورداری از مشاوره حقوقی در مراحل مختلف دادرسی کیفری و حق مطالعه پرونده، تقاضای ارجاع امر به کارشناس، احضار شاهد یا مطلع سعی در ایجاد توازن میان طرفین دعوا دارد. مفاد مواد ۹۳، ۱۵۵، ۲۰۴، ۲۵۹ و ۳۶۲ قانون آیین دادرسی کیفری هم‌گویی ضرورت پاسداشت چنین اصلی می‌باشد.

۲.۱. راهبردهای سیاست جنایی

مدلهای مترقی سیاست جنایی دارای ابعاد و اصول راهبردی متعددی هستند. از جمله آنها - تا آنجا که به بحث وکالت از متهم مربوط می‌شود - اجتناب از اشتباهات قضائی و محکومیت بی‌گناهان^۱ و توسل به برنامه‌های عدالت ترمیمی^۱ و توسعه فرهنگ صلح و سازش است.

1. Innocent convictions



۱.۲.۱. اجتناب از اشتباهات قضایی

هدف اصلی از فرآیند عدالت کیفری، اجرای عدالت است؛ یعنی برخورد قانونی، منصفانه و متناسب با کسی که قرائن و امارات معقول او را در مظان اتهام نقض قانون جزایی قرار داده‌اند. از این رو ضروری است هر ابزاری که به ایجاد و تقویت عدالت کمک می‌کند توسط قانونگذاران پیش‌بینی و از سوی دست اندرکاران نظام عدالت کیفری اجرا شود. در این راستا اهمیت نقش وکیل هنگامی که در مقام دفاع از فردی است که مظنون به ارتکاب جرم محسوب می‌شود آشکار می‌گردد. در این عرصه وی می‌تواند در کنار سایر کنشگران دستگاه عدالت کیفری از محکومیت افراد بی‌گناه و صدور احکام کیفری ناعادلانه و نامتناسب جلوگیری نماید. محکومیت بی‌گناهان مهم‌ترین مصداق اشتباهات قضایی و سوء اجرای عدالت تلقی می‌شود که گاه در معنای محکومیت فرد ناکرده بزه (بی‌گناه واقعی) و گاه در معنای صدور حکم علیه بزهکاری است که از رهگذر نقض تشریفات دادرسی عادلانه نظیر سلب حق برخورداری از وکیل یا عدم تفهیم این حق محکوم شده است (غلاملو و فرجی‌ها، ۱۳۹۳: ۶۳). به نظر می‌رسد که پیش‌بینی وکالت از متهم و الزامی بودن آن در برخی از مراحل مهم دادرسی مانند آنچه در تبصره ۲ ماده ۱۳ و ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری آمده است در همین راستا قابل تحلیل باشد.

۲.۲.۱. برنامه های عدالت ترمیمی

برنامه‌ها و سازوکارهای عدالت ترمیمی در مجموع می‌خواهند از راه مواجهه و گفتگو میان طرفهای درگیر در واقعه مجرمانه و با تکیه بر عناصری مثل صدمات مادی و تألمات روحی وارد بر بزه‌دیده، اذعان بزهکار به خطای خود، پوزش و اظهار تأسف، تعهد به جبران زیانهای وارده و ترمیم خرابیهای به بار آمده، واقعه مجرمانه را فیصله دهند و از اعمال مدل عدالت استحقاقی که مستلزم اعمال ضمانت اجرای رسمی و تحمل هزینه‌ها و پیامدهای نامطلوب آنهاست، جلوگیری نمایند. وکیل متهم به عنوان یکی از کنشگران فعال عدالت کیفری، بی‌تردید در این زمینه نقش بسیار مؤثری می‌تواند ایفا کند. در شرایطی که ادله و امارات تقصیر متهم به اندازه‌ای قوی هستند که محکومیت وی در فرایند عدالت استحقاقی تقریباً حتمی است، وکیل مدافع وی می‌تواند ابتکار عمل را به دست گیرد و با آوردن پرونده به مسیر سازش، زمینه اعمال سازوکارهای عدالت ترمیمی را فراهم آورد. از نظر سیاست جنایی ایفای چنین نقشی چند فایده مشهود دارد: برداشتن بخشی از بار سنگین اجرای عدالت از دوش نهادهای رسمی، جلوگیری از اعمال ضمانت اجرای رسمی و تحمل هزینه‌ها و پیامدهای نامطلوب آنها، جبران مسالمت‌آمیز زیانهای مادی و معنوی وارد بر بزه‌دیده و

سرانجام اصلاح رفتار و بازاجتماعی شدن بزهکار. تجربه نشان داده است بزهکاری که در فرایند سازش خطای خود را پذیرفته و از بزه‌دیده دلجویی کرده و خرابی‌های به بار آمده را با طیب نفس ترمیم نموده است، در قیاس به محکومین نظام عدالت استحقاقی شانس بسیار کمتری برای برگشت به بزهکاری دارد. چنین نتایج مطلوبی می‌تواند لزوم حضور وکیل متهم را در فرایند کیفری توجیه نماید و از مبانی موجهه آن به شمار آید.

۳.۱. آموزه‌های جرم‌شناسی

آموزه‌های جرم‌شناسی هم حق برخورداری متهم از وکیل در دعاوی کیفری را توجیه می‌کنند. رعایت تشریفات دادرسی عادلانه افزون بر شهروندان و کارگزاران عدالت کیفری برای خود متهم نیز واجد پیامی روشن است. این تشریفات برای متهم جنبه آموزشی و در فرض مجرمیت کاربرد بازپرورانه دارد و مانع از آن می‌شود که به جامعه به دید دشمن و محیطی که وی قربانی بی عدالتی‌های آن شده است نگاه کند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۶: ۹).

بازپذیری اجتماعی بزهکار از جمله اهداف نظام عدالت کیفری است. تبیین این هدف علاوه بر بُعد بین‌المللی در حقوق داخلی نیز مورد تأکید قرار گرفته است. با این توضیح که «قواعد پکن راجع به عدالت کیفری ویژه اطفال و نوجوانان» و «قواعد حداقل سازمان ملل متحد درباره نحوه رفتار زندانیان» نمونه‌ای از سیاست جنائی سازمان ملل متحد است که ضرورت توجه به هدف بازپروری از سوی دولت‌ها را بیان می‌کند. در بُعد داخلی نیز بند ۵ اصل ۱۵۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، «اقدام مناسب برای پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین» را از وظایف قوه قضائیه اعلام کرده است. در این راستا، ماده ۵ آئین نامه اجرائی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور مصوب ۱۳۸۴/۹/۲۰، «بازپروری و بازسازی محکومان» را از جمله اهداف اجرای مجازات دانسته است. سیاست اصلاح و درمان یک سیاست انسانی و حقوق بشری است چرا که بر اساس مبانی حقوق بشر، دولت‌ها ضمن حق اعمال مجازات موظف به رعایت کرامت انسانی متهمان و محکومان نیز هستند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۶: ۲۴). این سیاست هر چند در ربع آخر سده بیستم تا حدی به واسطه ظهور بحث‌های مرتبط با کیفرشناسی نو^۱ به ویژه انتشار مقاله رابرت مارتینسون و همکارانش^۲ در سال ۱۹۷۴ مورد تشکیک واقع شد ولی به واسطه ایرادات وارد بر این پژوهش و نتایج پژوهش‌هایی که بعداً در نفی نتایج پژوهش مارتینسون انجام شد می‌توان اصلاح و درمان را همچنان یکی از اهداف و آرمان‌های نظام‌های عدالت کیفری دانست.

1. New penology

2. Robert Martinson, D.Lipton and J. Wilks



بازپروری بزهکاران اقتضائاتی دارد که از جمله آن‌ها آموزش کارگزاران و دست اندرکاران عدالت کیفری است. فرآیند بازپروری بزهکاران از هنگام ورود آنان به فرآیند عدالت کیفری آغاز می‌شود (نیازپور، ۱۳۸۵: ۱۶۵). بخش عمده این آموزش در زمینه حقوق کیفری، حقوق بشر، علوم جرم شناختی، روان شناختی، جامعه شناختی و غیره باید متوجه مجریان عدالت کیفری باشد. ولی باید دانست که دستیابی به این هدف مهم مستلزم همراهی و همگامی کلیه کنشگران منظومه عدالت کیفری است. وکیل متهم یکی از این کنشگران است. بنابراین برگزاری دوره‌های آموزشی برای وکلا در دعاوی کیفری با هدف آشناسازی آنان با ضرورت و اهمیت بازپروری بزهکاران از جمله اقداماتی است که لازم است در دستور کار اتحادیه سراسری کانون‌های وکلای دادگستری قرار گیرد.

بر اساس آموزه‌های جرم شناختی، وکالت از متهم به عنوان یکی از ساز و کارهای اجرای عدالت کیفری، سبب آموزش هنجارهای تقنینی و ارزش‌های اجتماعی به بزهکاران و در نتیجه اصلاح و تربیت آنان می‌شود (نیازپور، ۱۳۹۰: ۱۳۱). در میان کارگزاران دستگاه عدالت کیفری، وکیل متهم دارای تصویری مثبت در ذهن بزهکار است. به دیگر سخن به لحاظ آن‌که وکیل نقش نمایندگی بزهکار را در فرآیند کیفری ایفا می‌کند در مقایسه با دادستان و قاضی که در جبهه مقابل ایستاده‌اند، دارای کارکردی مؤثرتر در جهت بازپروری بزهکار است.

بر این اساس شخصی که متهم به نقض مقررات جزایی شده است هنگامی که خود را در شرایط بهره‌مندی از حضور و دفاع یک شخص متخصص در مقررات قانونی و مجرب در فنون دفاع ببیند، نوعی احساس عدالت در وی به وجود می‌آید و در نتیجه روحیه جامعه ستیزی و سوق یافتن به سوی بزهکاری در او شکل نمی‌گیرد. این کارکرد جرم شناسانه حضور وکیل مدافع، حتی در فرض محکومیت متهم نیز اثربخش است. با همراهی وکیل حتی در فرض محکومیت، متهم خود را در معرض اجرای عدالت و نه قربانی بیدادگری نهادهای عدالت کیفری می‌داند. در واقع در این بستر این قناعت وجدان برای وی حاصل می‌شود که او آگاهانه هنجارهای قانونی جامعه را نقض کرده و عادلانه در معرض تحمل پیامدهای جزایی آن قرار گرفته است. راهنمایی‌های قانونی وکیل افزون بر اینکه می‌تواند سرنوشت کیفری متهم را تغییر دهد، می‌تواند از راه مشاوره‌های قانونی، سنگینی بار روانی واقعه مجرمانه را نسبت به وی و خانواده او تقلیل دهد. ملاقات وکیل با متهم یا محکوم و خانواده وی، مطلع کردن آن‌ها از فرآیند رسیدگی و امکان تمسک به نهادهای ارفاقی از جمله عواملی است که می‌تواند در بازپروری محکوم و القای احساس عدالت در او مؤثر باشد. بنابراین لازم است در کنار تقسیم‌بندی نوینی که از سه روش وکالتی بیان شده است - وکیل مدافع، وکیل تصالحي و وکیل ترمیمی (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۵: ۴۷۰) - بر این نکته نیز تأکید گردد که آشنایی وکلا با لوازم و اقتضائات بازپروری موکل بزهکار، از ضروریات آموزش جامعه وکالت است. بر این

اساس می‌توان در فرض محکومیت متهم، بازپروری وی را به عنوان مبنایی جرم شناسانه برای توجیه حق برخورداری از وکیل معرفی کرد.

بخش دوم - موقعیت وکالت از متهم در فرایند اجرای عدالت کیفری

نظام عدالت کیفری مشتمل بر فرآیندها و نهادهایی است. پس از توجه اتهام، مراحل تحت نظر، تحقیقات مقدماتی، رسیدگی کیفری و در نهایت اجرای حکم طی می‌شود. پلیس، مقامات قضایی و وکلا به عنوان کارگزار، عهده دار اجرای این فرآیندها هستند. در این بخش، موقعیت وکیل مدافع متهم را در این مراحل بررسی می‌کنیم.^۱

۱.۲. در مرحله تحت نظر

پس از وقوع جرم یا در جریان ارتکاب آن ضابطان دادگستری در چارچوب ضوابط قانونی اقدامات لازم را جهت حفظ آثار و دلایل جرم و شناسائی و دستگیری متهم انجام می‌دهند. در جرائم موسوم به جرائم مشهود علاوه بر اجازه دستگیری مظنون، ضابطان از این اختیار را هم برخوردارند است که در صورت اقتضای امر متهم را نگهداری کنند و مراتب را فوری برای اتخاذ تصمیم قانونی به اطلاع دادستان برسانند (ماده ۴۶ ق.آیین دادرسی کیفری). نگهداری متهم توسط ضابطان دادگستری برای مدت محدود قانونی را اصطلاحاً مدت یا مرحله تحت نظر می‌نامند. می‌دانیم که رسالت عمده آئین دادرسی کیفری، برقراری توازن میان منافع جامعه و حقوق و آزادی‌های فردی است. مصالح جامعه ایجاب می‌کند تا آزادی رفت و آمد شخص تحت نظر به صورت موقت سلب شود. در همان حال لازم است سایر حقوق وی به طریق مطمئنی حفظ شود زیرا تا زمان صدور حکم قطعی وی در پناه اصل برائت قرار دارد و همین امر ایجاب می‌کند تا کسی به عنوان وکیل مدافع در معیت متهم باشد تا با اتکا به دانش و تجربه حقوقی خود او را از حقوق و امتیازاتی که از آن برخوردار است آگاه سازد و چارچوب‌ها و محدودیت‌های قانونی وظایف و اختیارات دیگر کنشگران اجرای عدالت کیفری را تذکر دهد. امروزه مقررات ناظر به مرحله تحت نظر تحت تأثیر الگوی دادرسی عادلانه متحول شده است. به نحوی که این مرحله جزئی جدایی‌ناپذیر از فرآیند کیفری محسوب می‌شود (ساقیان، ۱۳۹۳: ۱۰۴).

۱. وکالت بعد از قطعیت حکم محکومیت متهم در مسایلی مثل تقاضای تعلیق اجرای حکم، تقاضای آزادی مشروط و استدعای اعاده دادرسی موضوع مواد ۴۶ و ۵۸ قانون مجازات اسلامی و مواد ۴۷۴ تا ۴۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری و حضور وکیل هنگام اجرای بعضی از مجازات‌ها هم موقعیت اجرایی دارد ولی به واسطه محدودیت بحث و اینکه دخالت وکیل در این مرحله از شمار حقوق «متهم» محسوب نمی‌شود، از تحلیل آن صرف‌نظر می‌کنیم.



برابر بند ۱ ماده ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر: «هر کس به بزهکاری متهم شده باشد بی‌گناه محسوب می‌شود تا وقتی که در جریان یک دعوای عمومی متضمن کلیه تضمین‌های دفاعی لازم، تقصیر او قانوناً محرز گردد». همچنین بر اساس مفاد قسمت دوم و چهارم از بند ۳ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی: «هر کس حق دارد با تساوی کامل، از حداقل حقوق تضمین شده زیر برخوردار گردد: الف- باید وقت و تسهیلات کافی برای تهیه دفاع از خود و ارتباط با وکیل منتخب داشته باشد؛» ب- شخصاً و یا از طریق وکیلی که خود انتخاب کرده است از خود دفاع کند و اگر توانایی انتخاب وکیل ندارد در صورتی که مصالح عدالت اقتضا کند بدون پرداخت هزینه برای او وکیل تعیین گردد». «اصول اساسی راجع به نقش وکلا»^۱ نیز در بند ۸ در بخش «تضمینات ویژه در موضوعات کیفری» در این باره مقرر می‌دارد: «افراد دستگیر، بازداشت یا زندانی شده از فرصت و تسهیلات کافی برای ملاقات و ارتباط و مشورت با وکیل، بدون تأخیر، دخالت و سانسور و با قید کامل محرمانه بودن برخوردار خواهند بود. این مشورت در معرض دید ولی در فاصله ای که حرف‌ها توسط ضابطین شنیده نشود صورت خواهد گرفت». دیوان اروپایی حقوق بشر در دعوای آرتیکو علیه دولت ایتالیا، تضمین پیش بینی شده در قسمت سوم بند ۳ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر^۲ را از اساسی‌ترین شاخص‌های مفهوم محاکمه منصفانه تلقی کرده است. نماینده دولت ایتالیا در این دعوا بر این نکته تأکید داشته است که نقض تضمین مورد بحث محدود به مواردی می‌شود که متهم به واسطه عدم حضور در دادگاه یا عدم برخورداری از همراهی وکیل، متحمل زبانی شود. اما کمیسیون با این استدلال که چنین تفسیری نه در منطوق عبارت قسمت سوم بند ۳ ماده ۶ کنوانسیون می‌گنجد و نه در منطق و مفهوم آن، مفاد مقرر مورد بحث را متضمن یک تضمین مطلق از تضمین‌های دفاع در برابر اتهام بر شمرده است (امیدی، ۱۳۸۲: ۱۳۳).

با نگاهی به قوانین داخلی پی می‌بریم که مسأله مهم حضور وکیل در مرحله تحت نظر، تا پیش از تصویب قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مغفول مانده بود. از این رو قانونگذار در ماده ۴۸ قانون جدید مقرر نمود: «با شروع تحت نظر قرار گرفتن، متهم می‌تواند تقاضای حضور وکیل نماید. وکیل باید با رعایت و توجه به محرمانه بودن تحقیقات و مذاکرات، با شخص تحت نظر

1. Basic Principles on the Role of Lawyers

۲. بند ۳ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نیز در همین خصوص بیان می‌دارد: هر شخصی که متهم به ارتکاب جرم کیفری می‌شود از حداقل حقوق زیر برخوردار است: زمان و امکانات کافی برای تدارک دفاع از خود داشته باشد، شخصاً از خود دفاع نماید یا از طریق مشاور حقوقی به انتخاب خود و در صورتی که امکان پرداخت هزینه مشاور را ندارد در صورتی که مصالح عدالت ایجاب می‌کند وکیل تسخیری برای وی تعیین شود.

ملاقات نماید. وکیل می‌تواند در پایان ملاقات با متهم که نباید بیش از یک ساعت باشد ملاحظات کتبی خود را برای درج در پرونده ارائه دهد.»

حداکثر مدت تحت نظر به موجب ماده ۴۶ قانون آیین دادرسی کیفری بیست و چهار ساعت است. قانون‌گذار در ماده ۴۸ یک ساعت از این بیست و چهار ساعت را به ملاقات متهم با وکیلش اختصاص داده است. بر این اساس باید گفت چنانچه چند شخص در ارتباط با یک پرونده تحت نظر باشند، هر یک از آنان حق دارد یک ساعت با وکیل خود ملاقات و مذاکره کند. حتی اگر وکیل همه آنان یک نفر باشد.

به رغم این نوآوری و در حالی که در مراحل ابتدائی تدوین لایحه در قوه قضائیه، محدودیتی برای حضور وکیل در این مرحله پیش‌بینی نشده بود، قانونگذار در تبصره ماده ۴۸ در خصوص چند جرم خاص به تأخیر یک هفته‌ای حضور وکیل نظر داد. این تبصره در این باره مقرر می‌داشت: «اگر شخص به علت اتهام ارتکاب یکی از جرائم سازمان یافته و یا جرائم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور، سرقت، مواد مخدر و روانگردان و یا جرائم موضوع بندهای (الف)، (ب) و (پ) ماده ۳۰۲ این قانون تحت نظر قرارگیرد تا یک هفته پس از شروع تحت نظر قرارگرفتن امکان ملاقات با وکیل را ندارد». نمایندگان مجلس به محدودیت یک هفته‌ای نیز قانع نشدند و سرانجام در جلسه مورخ ۱۳۹۴/۳/۵ کمیسیون قضائی و حقوقی طرحی به تصویب رسید که در ماده ۴ آن آمده بود: «به انتهای تبصره ماده ۴۸ قانون عبارت زیر اضافه شود: «در جرائم علیه امنیت داخلی یا خارجی و همچنین جرائم سازمان یافته که مجازات آن‌ها مشمول ماده ۳۰۲ این قانون است در صورت ضرورت به پیشنهاد بازپرس و تأیید دادستان، تحقیقات مقدماتی بدون حضور وکیل انجام می‌شود. قرار صادره در این خصوص ظرف مهلت ده روز قابل اعتراض در دادگاه صالح رسیدگی کننده به اصل اتهام است». شورای نگهبان در جلسه مورخ ۱۳۹۴/۳/۲۰ درباره این ماده به این نحو اظهار نظر کرد: «ماده ۴ موضوع اصلاح ماده ۴۸ مغایر اصل ۳۵ قانون اساسی است».

با وجود نظر روشن شورا، اعضای کمیسیون قضائی و حقوقی مجلس دیگر بار در جلسه مورخ ۱۳۹۴/۳/۲۴ در قالب ماده ۴ مقرر داشتند: «تبصره ماده ۴۸ قانون حذف و تبصره زیر جایگزین آن می‌شود: «در جرائم علیه امنیت داخلی یا خارجی و همچنین جرائم سازمان یافته که مجازات آن‌ها مشمول ماده (۳۰۲) این قانون است در مرحله تحقیقات مقدماتی طرفین دعوا وکیل یا وکلای خود را از بین وکلای رسمی دادگستری که مورد تأیید رئیس قوه قضائیه باشد انتخاب می‌نمایند. اسامی وکلای مزبور توسط رئیس قوه قضائیه اعلام می‌گردد».

بدینسان محدودیت دسترسی متهم به وکیل مدافع بعد از تغییر نوع محدودیت، از مرحله تحت نظر به مرحله تحقیقات مقدماتی تعمیم یافت و جرائم موضوع این محدودیت، جرائم علیه امنیت و



جرائم سازمان یافته معرفی شد. از قید «در مرحله تحقیقات مقدماتی» مندرج در تبصره مورد بحث نمی‌توان چنین استفاده کرد که محدودیت دسترسی به وکیل در مرحله تحت نظر وجود ندارد. چرا که مرحله تحت نظر هم با اندکی مسامح و در مقایسه با مرحله رسیدگی در دادگاه، بخشی از مرحله تحقیقات مقدماتی محسوب می‌شود. قید مورد اشاره تنها محدودیت دخالت وکیل در دادگاه را رفع می‌کند.

ماده ۴۸ و تبصره آن ابهامات و اشکالات فراوانی دارند. از جمله اینکه آیا وکیل در مرحله تحت نظر از حق مطالعه پرونده اتهامی برخوردار است؟ پاسخ به این سؤال مستلزم توجه به این موضوع است که قواعد آیین دادرسی کیفری به دو قسم «اصول راهبردی» و «اصول فنی» تقسیم می‌شوند. اصول راهبردی مقرره‌هایی هستند که در موارد ابهام در قواعد فنی، آن‌ها را تفسیر می‌کنند. مواد ۱ تا ۷ قانون آیین دادرسی کیفری از اصول راهبردی هستند. بر این اساس می‌توان گفت هر چند مفاد ماده ۴۸ و تبصره آن در این خصوص حکمی را بیان نکرده‌اند ولی با عنایت به اصول راهبردی دادرسی کیفری به ویژه مفاد مواد ۲ و ۵ (ساقیان، ۱۳۹۳: ۱۱۹) و با توجه به ماده ۶۱ که مقرر داشته: «تمامی اقدامات ضابطان دادگستری در انجام تحقیقات باید مطابق ترتیبات و قواعدی باشد که برای تحقیقات مقدماتی مقرر است» و نظر به اینکه حق مطالعه پرونده برای متهم و وکیل وی در ماده ۱۹۱ این قانون در مرحله تحقیقات مقدماتی به رسمیت شناخته شده است باید گفت در مرحله تحت نظر نیز این حق به رسمیت شناخته شده است.

ابهام دیگر در مبنای تأیید وکلا توسط رئیس قوه قضائیه نهفته است. رئیس قوه قضائیه وکلای مورد نظر خود را با کدام مبنا یا معیار باید تأیید نماید. با مبنای اخلاقی، علمی، اعتقادی یا سیاسی؟ صلاحیت اخلاقی یا علمی وکلایی که بتوانند در خصوص تبصره ماده ۴۸ وکالت کنند با چه ملاکی احراز می‌شود؟ افزون بر این در جرائم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور که عرصه بارز هم‌اوردی متهم از یک سو و دولت از سوی دیگر است چرا باید وکیل متهم، مورد تأیید طرف دیگر دعوا یعنی حکومت باشد. مفاد این مقرر آشکارا با اصل تساوی ابزارها و هنجارهای توافقی طرفین در فرآیند دادرسی کیفری در تعارض است. منظور از عبارت «طرفین دعوا» در تبصره ماده ۴۸ هم مشخص نیست. ماهیت جرائم علیه امنیت و جرائم سازمان یافته به نحوی است که نمی‌تواند بزه دیده شخصی داشته باشد لذا همواره یک طرف آن، متهم و در طرف دیگر حکومت است. ابهام دیگر در قید «که مجازات آن‌ها مشمول ماده ۳۰۲ این قانون است» نهفته است. معلوم نیست قید مذکور تنها به جرائم سازمان یافته مربوط است یا جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی را هم محدود می‌کند. از نظر اصولی مسأله راه حل مورد اتفاقی ندارد ولی دو قاعده تفسیر شک به نفع متهم و تفسیر موسع قانون شکلی، مقتضی سرایت قید مذکور به هر دو طیف از جرائم هستند (امیدی،

۱۳۹۷: ۱۰۴) مهم‌تر از این‌ها تبصره مورد بحث حق انتخاب آزادانه وکیل از سوی متهم را نقض و بر استقلال وکیل و نهاد وکالت نیز لطمه وارد می‌کند و وکلا را به سوی محافظه کاری سوق می‌دهد. محافظه کاری وکیل موجب می‌شود که وی در عمل نتواند آزادانه و با شجاعت حقوقی از موکل خود دفاع کند. در نتیجه تضمینات دفاعی متهم تضعیف می‌شود.^۱ در هر حال باتوجه به متن فعلی تبصره، بحث در باره جرائم موضوع آن را به مرحله بعد موکول می‌کنیم.

۲.۲. در مرحله تحقیقات مقدماتی

اهمیت حقوق دفاعی متهم از جمله حق برخورداری از وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی از این جهت است که اعمال حقوق مزبور در این مرحله می‌تواند موجبات صدور قرار منع یا موقوفی تعقیب یا دست کم استفاده از نهادهای ارفاقی و یا تغییر عنوان اتهام به نفع متهم را فراهم آورد یا زمینه براءت یا اعمال ارفاق و تخفیف مسئولیت او را در دادگاه ایجاد کند. از جمله نهادهایی که به‌طور جدی موارد نقض حقوق دفاعی متهم به‌ویژه حق برخورداری از وکیل را پیگیری و اعلام نموده‌اند، کمیسیون و دیوان اروپایی حقوق بشر است. به عنوان نمونه این نهاد در پرونده "John Murray" اعلام کرده از آنجایی که مقامات قضایی، تا ۴۸ ساعت بعد از دستگیری متهم اجازه برخورداری از وکیل را به وی نداده‌اند، مفاد کنوانسیون نسبت به متهم نقض گردیده است (John Murray V. United Kingdom).

در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ پیش از اصلاحات سال ۱۳۹۴ نشانی از محدودیت‌های تبصره ماده ۱۲۸ ق.آ.د.ک ۱۳۷۸^۲ به چشم نمی‌خورد و به نوعی شاهد فاصله گرفتن قانونگذار از نظام تفتیشی و نزدیک شدن به نظام اتهامی در مرحله تحقیقات مقدماتی بودیم. ماده ۱۹۰ این قانون گویای این نکته بود که: «متهم می‌تواند در مرحله تحقیقات مقدماتی، یک نفر وکیل

۱. قوه قضاییه به محدودیت مقرر در تبصره ماده ۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری که از آورده‌های خود وی بود اکتفا نکرد و در بند پنجم از متن موسوم به استجازه مورخ ۲۰ مرداد ۱۳۹۷ مفاد تبصره مورد بحث را به دادگاه‌های ویژه رسیدگی به اتهامات مفسدان و اخلاگران در نظام اقتصادی کشور هم تعمیم داد. این تعمیم به سهم خود زاویه انحراف از اصول دادرسی منصفانه را بازتر می‌کند. با این هم کمیسیون قضایی مجلس در اردیبهشت ۱۳۹۸ در صدد اصلاح تبصره مرقومه برآمده و تقسیم نامیوم وکلا به اقلیت مورد اعتماد رئیس قوه قضاییه و اکثریت غیر قابل اعتماد را برهم زده است. با تصویب نهایی این اصلاحیه بند پنجم متن استجازه هم خود به خود از بین خواهد رفت.

۲. قابل ذکر است که پس از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری ۱۳۷۸، ماده واحده قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی در سال ۱۳۸۲ در بند ۳ با صراحت و بدون هیچ قیدی پیش بینی می‌کرد: محاکم و دادرها مکلف‌اند حق دفاع متهمان... را رعایت کرده و فرصت استفاده از وکیل... را برای آنان فراهم آورند.



دادگستری همراه خود داشته باشد. این حق باید پیش از شروع تحقیق توسط بازپرس به متهم ابلاغ و تفهیم شود... وکیل متهم می‌تواند با کسب اطلاع از اتهام و دلایل آن، مطالبی را که برای کشف حقیقت و دفاع از متهم یا اجرای قانون لازم بداند، اظهار کند...». همان گونه که ملاحظه می‌شود علاوه بر حذف عبارات «بدون مداخله در امر تحقیق» و «پس از خاتمه تحقیقات» در مقایسه با ماده ۱۲۸ قانون پیشین، عبارت «وکیل متهم می‌تواند با کسب اطلاع از اتهام و دلایل آن مطالبی را... اظهار کند» افزوده شده بود. این تغییر رویکرد قانونگذار با اصلاحات به عمل آمده در تبصره ماده ۴۸ و الحاق عبارت «تحقیقات مقدماتی» به متن تبصره به شرحی که پیشتر گفتیم، منتفی شده است. در نتیجه همچنان شاهد محدودیت مداخله وکیل مدافع متهمان به ارتکاب جرائم سازمان یافته و جرائم علیه امنیت هستیم.

اینکه وکیل بتواند «با کسب اطلاع از اتهام و دلایل آن» اظهارات خود را بیان کند، بدون شک ظهور در حق مطالعه پرونده دارد. این برداشت علاوه بر سازگاری با اصول دادرسی منصفانه از عبارات و الفاظ به کار رفته در متن ماده ۱۹۱ قابل استنباط است: «چنانچه بازپرس مطالعه یا دسترسی به تمام یا برخی از اوراق، اسناد یا مدارک پرونده را با ضرورت کشف حقیقت منافی بداند یا موضوع از جرائم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور باشد با ذکر دلیل، قرار عدم دسترسی به آن‌ها را صادر می‌کند...». به این ترتیب اصل، وجود حق مطالعه پرونده است مگر آنکه محظورات مذکور در ماده ۱۹۱ در میان باشد که در چنین شرایطی مقام تحقیق با ذکر دلیل، قرار عدم مطالعه پرونده را صادر می‌کند. صرف صدور قرار عدم دسترسی، متهم و وکیل او را از این حق محروم نمی‌کند بلکه امکان اعتراض به قرار مذکور وجود دارد. دادگاه در این خصوص تصمیم گیرنده نهائی است: «... این قرار ظرف سه روز قابل اعتراض در دادگاه صالح است...». گرچه در عمل اینگونه اتفاق می‌افتد که یا تصمیم مقام تحقیق در دادگاه تأیید می‌شود و یا به واسطه طولانی شدن جریان رسیدگی، تا برگشت نظر دادگاه به دادرسی، تحقیقات مقدماتی احتمالاً به پایان رسیده و این مرحله مهم از فرایند دادرسی بدون مداخله مؤثر وکیل متهم خاتمه یافته است. افزون بر این ابهامات دیگری نیز در وجود دارد از جمله اینکه ضابطه «ضرورت کشف حقیقت» نامفهوم است. دیگر آنکه اگر بعد از تأیید قرار عدم دسترسی در دادگاه، این وضعیت منتفی گردد تکلیف چیست؟ قرار عدم دسترسی تا چه مدت و به تشخیص چه مقامی اعتبار خواهد داشت؟ (فرهودی نیا و موسی زاده، ۱۳۹۲: ۴۶۸).^۱

۱. قابل ذکر است که در پرونده‌های موسوم به پرونده‌های امنیتی، گاهی دلایل اتهام از متهم و وکیل وی مکتوم نگه داشته می‌شود و بر خلاف نص صریح مقررات قانون آیین دادرسی کیفری از جمله ماده ۵ و ماده ۴۶ آن، بدون ابلاغ و حتی ارائه دلایلی که علیه متهم جمع آوری شده است، جریان تحقیقات و رسیدگی طی می‌شود و قرار جلب به

برابر اصل ۲۱ از مجموعه اصول اساسی راجع به نقش وکلا ناظر به این حق و در راستای تضمین اصل برابری سلاح‌ها: «این تکلیف مقامات ذی صلاح است که شرایطی فراهم آورند تا وکلا به منظور ارائه معاضدت حقوقی مؤثر به موکلین خود، به اطلاعات پرونده‌ها و اسنادی که در اختیار یا کنترل آن‌هاست برای مدت زمان کافی دسترسی داشته باشند. این دسترسی باید در اولین فرصت مقتضی فراهم شود.»

نوآوری دیگر قانون آیین دادرسی کیفری لزوم تعیین وکیل تسخیری برای بعضی از متهمان در مرحله تحقیقات مقدماتی است. به حکم تبصره ۲ ماده ۱۹۰: «در جرائمی که مجازات آن سلب حیات یا حبس ابد است، چنانچه متهم اقدام به معرفی وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی ننماید، بازپرس برای وی، وکیل تسخیری انتخاب می‌کند.»

نکته‌ای که ذکر آن لازم به نظر می‌رسد آن است که باید میان حق برخورداری از وکیل و اعلام این حق تفکیک قائل شد. ماده ۱۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری ۱۳۷۸ و بند ۳ قانون «احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی» صرفاً گویای حق برخورداری از وکیل بودند بی آنکه اعلام آن را از شمار تکالیف مقام قضائی بدانند. این در حالی است که طبق اصل هفدهم از «مجموعه اصول به منظور حمایت از کلیه اشخاصی که تحت هر گونه بازداشت یا حبس قرار دارند»^۱ مصوب ۱۹۸۸ مجمع عمومی سازمان ملل متحد: «هر فرد بازداشت شده حق استفاده از معاضدت مشاور حقوقی را خواهد داشت. مقامات صالح باید بعد از دستگیری، این حق را به اطلاع او برسانند و تسهیلات معقولی را برای استیفای آن فراهم آورند.» این خلأ قانونی در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ برطرف شده است. هم ضابطین در مرحله تحت نظر (ماده ۵۲) و هم بازپرس در مرحله تحقیقات مقدماتی (ماده ۱۹۰) مکلف به اعلام و تفهیم این حق شده‌اند. در همین راستا گفته شده است حق متهم به داشتن وکیل از چنان اهمیتی برخوردار است که بازپرس نباید به فرض آگاهی همگان از قوانین اعتماد کند (خالقی، ۱۳۹۵: ۱۷۸).

دادرسی، کیفرخواست و حتی حکم محکومیت به استناد دلایلی صادر می‌شود که متهم و وکیل وی از حق اطلاع از مفاد آن‌ها و اصالت و دلالتشان محروم مانده‌اند. در نهایت پرونده با محکومیت متهم به استناد ادله مکتومه، مختومه می‌گردد! این وضعیت تخلف آشکار از مفاد قانون و نقض فاحش حقوق دفاعی متهم است. مقامات قضایی بعضاً در برابر پافشاری وکلا بر لزوم رعایت قانون و حقوق متهم، از سر استیصال به تبصره ۲ ماده ۳۸۰ قانون آیین دادرسی کیفری ناظر به اکتفا به اطلاع ذینفع و استنساخ از مفاد رأی و عدم تسلیم نسخه‌ای از آن که آن هم خلاف اصول است، متوسل می‌شوند. بطلان چنین قیاس ناصوابی بی‌نیاز از شرح و تبیین است.

1. Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment



ضمانت اجرای نقض این تکلیف از سوی ضابط و بازپرس به ترتیب عبارت است از محکومیت به سه ماه تا یکسال انفصال از خدمات دولتی و مجازات انتظامی درجه هشت و سه.^۱

درباره تعداد وکلای متهم در جریان تحقیقات مقدماتی با وجود قید «یک نفر» مندرج در ماده ۱۹۰، به قرینه عبارت «وکیل یا وکلا» مذکور در تبصره ماده ۴۸ و قید «تمام امور کیفری» در ماده ۳۴۶، می‌توان گفت که تعداد وکلا در مرحله تحقیقات محدود به یک نفر نیست. از سوی دیگر منظور از «همراهی» در ماده ۱۹۰ برخورداری متهم از خدمات و حمایت‌های حقوقی و قضایی وکیل است نه صرف حضور منفعل و غیر مؤثر وی. بنابراین ایجاد هر نوع محدودیت برای وکیل و سلب آزادی عمل از او نقض مفهوم همراهی و نتیجتاً نقض قانون محسوب می‌شود.

به حکم بند «د» از بند ۳ ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی که ناظر به اعلام این حق است: «هرکس متهم به ارتکاب جرمی شود با تساوی کامل لاقل حق تضمین‌های ذیل را خواهد داشت... در صورتی که وکیل نداشته باشد حق داشتن وکیل به او اطلاع داده شود». همچنین اصل ۵ از مجموعه اصول راجع به نقش وکلا در مورد اعلام این حق بیان می‌کند: «دولت‌ها اطمینان حاصل خواهند نمود که کلیه افراد به فوریت توسط مقام ذی صلاح از حق استفاده از کمک وکیلی که خودشان انتخاب می‌نمایند به محض دستگیری یا بازداشت یا متهم شدن به ارتکاب جرائم جزایی، مطلع شوند».

محدودیت مداخله مؤثر وکیل متهم در تحقیقات مقدماتی، صرفاً در چارچوب اتهام به دو طیف جرائم سازمان یافته^۲ و جرائم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور^۳ قابل اعمال است. این سیاست

۱. پیش از اصلاحات سال ۱۳۹۴، ضمانت اجرای مورد اخیر بی اعتباری تحقیقات اعلام شده بود. نکته قابل تأمل آن است که این ضمانت اجرای جدید چه نفعی برای متهم دارد؟ متهمی که می‌توانست در پرتو همراهی یک وکیل، از خود بهتر دفاع کند اکنون می‌تواند صرفاً مجازات انتظامی سالب حق خود را به نظاره بنشیند. این در حالی است که پیش‌تر تبصره ۲ ماده واحده انتخاب وکیل توسط اصحاب دعوا مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام در سال ۱۳۷۰ سلب حق همراهی وکیل از سوی متهم را افزون بر مجازات انتظامی موجب بی اعتباری حکم صادره از سوی دادگاه می‌دانست.

۲. در قوانین کیفری داخلی، جرم سازمان یافته تعریف نشده است لیکن در تبصره ۱ ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی «گروه مجرمانه» ذیل عنوان سردستگی گروه مجرمانه سازمان یافته، معرفی شده است. لازم به ذکر است که در حقوق فرانسه نیز در مورد جرایمی چون شرکت در گروه‌های بزهکاری و یا سرقت و تخریب با شرکت در گروه‌های سازمان یافته، مداخله وکیل تنها پس از سی و شش ساعت و در جرائم تروریستی و جرائم مواد مخدر پس از هفتاد و دو ساعت امکانپذیر است (ساقیان، ۱۳۹۳: ۱۰۹).

۳. ذکر عبارت کلی «جرائم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور» بدون احصای مصادیق می‌تواند موجب تضییع حقوق متهم شود. در حقوق ایران جرائم مذکور در فصل اول کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ تحت عنوان جرائم ضد امنیت داخلی و خارجی قرار گرفته‌اند. ابهام در جرائم مذکور در فصل هشتم و نهم از بخش دوم کتاب دوم قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ است که ذیل عنوان «محاربه» و «بغی و افساد فی الارض» آمده‌اند و نیز در

می‌تواند در راستای سیاست‌های سخت گیرانه در خصوص جرائم خاص و بزهکاران خطرناک بر مبنای کیفرشناسی نو و سیاست مدیریت خطر ارزیابی شود (فرهودی نیا و موسی زاده، ۱۳۹۲: ۴۵۹). چنین است که بعضی از جرم شناسان از ظهور حقوق کیفری امنیت مدار یاد کرده‌اند. با این توضیح که در حال حاضر و در خصوص برخی جرائم تروریستی و سازمان یافته ما از یک سیاست جنایی کلاسیک و شهروند مدار که حاصل حدود نیم سده تلاش و مبارزه است به سمت یک سیاست جنایی امنیت مدار و دشمن محور در حال تحول هستیم (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱: ۱۲۳).

۳.۲. در مرحله رسیدگی

پس از خاتمه تحقیقات و اخذ آخرین دفاع و اعتقاد مقام تحقیق به جرم بودن عمل ارتكابی و وجود ادله کافی برای انتساب آن به متهم، قرار «جلب به دادرسی»^۱ صادر می‌شود. دادستان مکلف است ظرف مهلت سه روز نظر خود را نسبت به قرار مذکور اعلام کند. در صورت موافقت دادستان، کیفرخواست صادر و پرونده به دادگاه ارسال می‌شود. نهایتاً قضات دادگاه درباره اتهام وارد بر متهم اتخاذ تصمیم می‌نمایند. حضور و نقش آفرینی وکیل در مرحله رسیدگی از آن درجه از اهمیت برخوردار است که دیوان اروپایی حقوق بشر موردی را که دادگاه پس از استماع مدافعات متهم و وکیل وی، اقدام به قرائت حکمی کرده که متن آن قبلاً تنظیم و امضا شده است^۲، نقض منصفانه بودن محاکمه اعلام کرده است (امیدی، ۱۳۸۲: ۱۲۴).

در نظام عدالت کیفری ایران ماده ۳۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۲۹۰ حضور حداکثر سه وکیل را در دادگاه پیش بینی کرده بود. اما ماده ۱۸۵ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری ۱۳۷۸ در این زمینه فاقد صراحت بود. این در حالی بود که ماده ۱۲۸ آن قانون ناظر به مرحله تحقیقات مقدماتی، حضور تنها یک وکیل را در کنار متهم پیش بینی می‌کرد. در حال حاضر بر اساس ماده ۳۸۵ و تبصره ۳۴۶ قانون آیین دادرسی کیفری متهم می‌تواند در جرائم داخل در صلاحیت دادگاه کیفری یک، حداکثر سه وکیل و در غیر آن‌ها، حداکثر دو وکیل همراه داشته باشد. در کنار این‌ها مواد ۳۴۷، ۳۴۸ و ۴۱۵ نیز نسبت به بعضی از متهمان و در برخی از جرائم لزوم تعیین وکیل تسخیری برای متهم را پیش بینی کرده است. در زمینه لزوم تعیین

جرائم مذکور در قوانین متفرقه ای که واژه «امنیت» در عنوان آن‌ها ذکر شده یا نوع جرائم پیش بینی شده در این قوانین به گونه ای است که نتایج آن علیه امنیت است؛ همچون ماده ۱ قانون مجازات اخلال کنندگان در تأسیسات آب و برق و گاز و مخابرات کشور مصوب ۱۳۵۱.

۱. در ماده ۲۶۵ ق.آ.دک ۱۳۹۲، از «قرار جلب به دادرسی»، به عنوان جایگزین قرار مجرمیت در قانون آیین دادرسی کیفری سابق یاد شده است.

2. Satharasinghe v. Jurianz (Supreme Court of Ceylon)



وکیل تسخیری برای متهم در مرحله رسیدگی تبصره ۱ ماده ۱۸۶ قانون ۱۳۷۸ بیان می‌داشت: در خصوص جرائمی که مجازات قانونی آن قصاص نفس، اعدام، رجم و حبس ابد می‌باشد، تعیین وکیل تسخیری الزامی است. بنا بر رویه قضائی تشکیل جلسه بدون حضور وکیل قانونی نبود و تجدید جلسه لازم تلقی می‌شد. در شرایط فعلی ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری علاوه بر جرائم فوق الذکر، در خصوص جرائمی که مجازات قانونی آنها قطع عضو است و جنایات عمدی با میزان حداقل ثلث دیه کامل و جرائم موجب مجازات تعزیری درجه پنج و بالاتر، تعیین وکیل تسخیری را الزامی دانسته است. دو ماده ۳۴۷ و ۴۱۵ نیز تعیین وکیل از سوی دادگاه به ترتیب برای متهمان فاقد تمکن مالی و اطفال و نوجوانان متهم به ارتکاب جرائم داخل در صلاحیت دادگاه کیفری یک و جرائم مستلزم پرداخت دیه یا ارش بیش از خمس دیه کامل را پیش بینی کرده‌اند. در شق اخیر در موارد اتهام به ارتکاب جرائم تعزیری درجه هفت و هشت خود نوجوان یا سرپرست قانونی او هم می‌تواند بدون تعیین وکیل از خود دفاع کند. این اختیار البته نافی حق معرفی وکیل نیست.

دادرسی افتراقی اطفال و نوجوانان که در بند ۴ ماده ۱۴ کنوانسیون بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مورد تأکید قرار گرفته است بر این نکته تأکید دارد که «آیین دادرسی در خصوص این گروه از افراد باید مطابق سن، مصلحت و بازپروری آنان در نظر گرفته شود». افزون بر آن، کنوانسیون حقوق کودک در قسمت چهارم ماده ۳۷ چنین اشعار می‌دارد: «هر کودکی که آزادی وی سلب شده است باید حق دسترسی فوری به مشاور حقوقی مناسب و سایر مساعدت‌های مقتضی داشته باشد».

از حیث تطبیقی می‌توان به ماده ۱۵۰ قانون آیین دادرسی کیفری ترکیه اشاره کرد. این ماده در خصوص متهمینی که دارای وضعیت خاص هستند شرایط ویژه‌ای را در نظر گرفته است: «در صورتی که مظنون و متهم کمتر از هجده سال سن داشته باشد یا در صورتی که صغیر یا لال باشند یا اینکه معلولیت متهم به حدی باشد که توانائی دفاع از خود را نداشته باشد بدون درخواست او یک وکیل مدافع تعیین می‌گردد» (افشار راد، ۱۳۸۹: ۱۰۹).

در حقوق جزای بین‌الملل ماده ۶۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری در این رابطه مقرر می‌دارد که متهم از این حق برخوردار است که با رعایت مقررات این اساسنامه به صورت علنی و منصفانه و بیطرفانه و با رعایت حداقل تضمینات زیر در مساوات کامل محاکمه شود: ب. وقت کافی و امکانات لازم به او داده شود تا دفاع خود را تدارک کند و آزادانه و محرمانه با وکیل مدافعی که خود انتخاب می‌کند، ارتباط داشته باشد. همچنین با رعایت بند ۲ ماده ۶۳ و به منظور انجام امر دفاع شخصاً و یا از طریق مشاور حقوقی انتخابی خود در محاکمه حضور یابد و مطلع شود که اگر از مشاورت حقوقی بهره‌مند نیست، حق دارد از مساعدت مشاور حقوقی که دیوان در صورت

ضرورت و در راستای اجرای عدالت فراهم می‌کند، بهره‌مند گردد؛ حتی اگر توان مالی برای پرداخت هزینه‌های مربوطه را نداشته باشد. همانگونه که بعضی از نویسندگان گفته‌اند در اساسنامه دیوان تضمین حق برخورداری از وکیل از مراحل اولیه شکل‌گیری پرونده کیفری شروع می‌شود. زیرا بر اساس بند «د» ماده ۵۵ بازجویی از متهم باید در حضور وکیل او صورت گیرد. (صابر، ۱۳۸۸: ۲۴۶)

در سطح ملی با توجه به افتراقی بودن شیوه رسیدگی در دادگاه ویژه روحانیت به شرایط و محدودیت‌های حضور وکیل در این دادگاه اشاره می‌کنیم. در آیین نامه دادرها و دادگاه‌های ویژه روحانیت مصوب مردادماه ۱۳۶۹ در خصوص حضور وکیل مقرره‌ای وجود ندارد. هر چند به نظر نمی‌رسد عدم اشاره به این موضوع، مانعی برای حضور وکیل در معیت متهم باشد. زیرا اصول قانون اساسی، ماده واحده قانون رعایت حقوق شهروندی و معیارهای دادرسی منصفانه، رعایت حداقل حقوق دفاعی متهم از جمله حضور وکیل را ضروری می‌دانند. افزون بر این، تبصره ۱ ماده واحده قانون «انتخاب وکیل توسط اصحاب دعوا» مصوب ۱۳۷۰/۷/۱۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام بالصراحه می‌گوید: «اصحاب دعوا در دادگاه ویژه روحانیت نیز حق انتخاب وکیل دارند، دادگاه تعدادی از روحانیون صالح را به عنوان وکیل مشخص می‌کند تا از میان آنان به انتخاب متهم، وکیل انتخاب گردد.» این تبصره خالی از ایراد نیست، چرا که متهم مجبور به معرفی وکیل از میان وکلایی است که توسط دادگاه انتخاب شده‌اند. شبیه به این محدودیت در ماده ۶۲۵ آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ در بخش مربوط به آیین دادرسی جرائم نیروهای مسلح هم وجود دارد. مطابق این ماده: «در جرائم علیه امنیت کشور یا در مواردی که پرونده مشتمل بر اسناد و اطلاعات سری و به کلی سری است و رسیدگی به آن‌ها در صلاحیت سازمان قضائی نیروهای مسلح است، طرفین دعوا، وکیل یا وکلای خود را از بین وکلای رسمی دادگستری که مورد تأیید سازمان قضائی نیروهای مسلح باشد، انتخاب می‌نمایند». بر همین اساس است که برخی حقوقدانان با انتقاد از این مقرره گفته‌اند ایجاد محدودیت در انتخاب وکیل در پرونده‌های خاص، آن هم از سوی مرجعی که باید بی‌طرفی را در واقع و در ظاهر رعایت نماید اقدامی قابل دفاع نیست (خالقی، ۱۳۹۶: ۶۲۳).

مواردی از این قبیل به وضوح نقض حق انتخاب آزادانه وکیل محسوب می‌شوند؛ حقی که به کرات مورد تأکید اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای حقوق بشر قرار گرفته است. بر همین اساس است که کمیته حقوق بشر سازمان ملل، مواردی را که فردی بر خلاف میل متهم به عنوان وکیل مدافع وی انتخاب می‌شود، نقض قسمت چهارم بند ۳ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی اعلام کرده است (امیدی، ۱۳۸۲: ۱۳۳). در این موارد در واقع در عین اختیار نوعی اجبار وجود دارد و این امر، استقلال و بی‌طرفی وکیل را مخدوش می‌کند. اشکالات وارد بر تبصره ماده ۴۸ در اینجا



هم قابل طرح است. این در حالی است که اصول اساسی ناظر به نقش وکلا، در بخش «وظایف و مسئولیت‌ها»، در بند ۱۶ تضمین ایفای وظایف حرفه‌ای وکلا بدون مداخله‌های ناصحیح را از جمله وظایف دولت‌ها دانسته است. در واقع عدالت کیفری اقتضا می‌کند در جرائم علیه امنیت که حاکمیت، خود یک طرف دعواست رسیدگی باید به گونه‌ای باشد که شائبه عدم رعایت حقوق متهم و برهم خوردن موازنه قوا به زیان وی به ذهن متبادر نشود.

جمع‌بندی، نتایج و پیشنه‌ها

وکالت از متهم از جمله حقوق یا تضمینات دفاعی اوست؛ حقی که مبتنی بر مبانی و معیارهای حقوق بشر، اصول سیاست جنایی و دست‌آوردهای جرم‌شناسی است. اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای حقوق بشر چنین حقی را به عنوان هنجاری غیر قابل نقض پذیرفته‌اند. نظام عدالت کیفری ایران چنین هنجاری را پذیرفته است. قانون اساسی، قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی و قانون آیین دادرسی کیفری به عنوان آخرین قوانین موضوعه در این زمینه، از حیث سازگاری با مبانی و الزامات حق برخورداری متهم از وکیل مدافع، متضمن تحولات و نوآوری‌های قابل ملاحظه‌ای هستند و نظام عدالت کیفری ما را در این زمینه تا حدود زیادی به معیارهای جهانی و منطقه‌ای نزدیک کرده‌اند. لزوم آگاه کردن متهم از حق برخورداری از وکیل مدافع در آغازین مراحل فرایند اجرای عدالت کیفری، تعیین ضمانت اجرا برای سلب حق همراه داشتن وکیل یا عدم تفهیم این حق، اجازه حضور فعال و مؤثر وکیل در جریان تحقیقات، پیش‌بینی حق مطالعه پرونده برای متهم و وکیل او، الزام به تعیین وکیل تسخیری در مرحله تحقیقات مقدماتی، تصریح به تعدد وکلا به تناسب سنگینی اتهام، که همگی در راستای تقویت موقعیت متهم و برابری طرفین دعوا پیش‌بینی شده‌اند، از شمار این تحولات و نوآوری‌ها هستند.

با این همه قانونگذار و دستگاه قضا از راه مقرراتی مثل تبصره ۱ ماده واحده انتخاب وکیل توسط اصحاب دعوا، تبصره ماده ۴۸ (اصلاحی ۱۳۹۴)، ماده ۶۲۵ آیین دادرسی کیفری و بند ۵ متن موسوم به استجازه (۱۳۹۷) در خصوص بعضی از متهمان و برخی از اتهامات، تا حدودی از موجهات و اقتضائات حق برخورداری متهم از وکیل مدافع و اصل برابری سلاح‌ها فاصله گرفته و دایره اعمال چنین حقی را تضییق کرده‌اند. ایجاد چنین محدودیت‌هایی که مغایر با عموم و اطلاق اصل سی و پنجم قانون اساسی محسوب می‌شوند، گویای آن است که متولیان نظام عدالت کیفری ما هنوز آنگونه که باید، به نهاد وکالت و وکلای دادگستری اعتماد ندارد. این عدم اعتماد نشانه‌های عملی و تجربی دیگری هم دارد. بر این اساس پیشنهادهای ذیل به عنوان اقداماتی قانونی و قضایی



برای تضمین هر چه بهتر حقوق متهم و هماهنگی مقررات داخلی با هنجارهای جهانی و منطقه‌ای ارائه می‌گردد:

۱. حذف تبصره ۱ ماده واحده انتخاب وکیل توسط اصحاب دعوا و تبصره ماده ۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری.
۲. رفع ابهام از مفهوم کشف حقیقت و معیار جرم امنیتی مذکور در ماده ۱۹۱ قانون آیین دادرسی کیفری، برای جلوگیری از سوء تفسیر قانون و اعمال سلیقه در صدور قرار عدم دسترسی به پرونده.
۳. تعیین ضمانت اجرای نقض حق برخورداری از وکیل در مرحله تحت نظر موضوع ماده ۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری.
۴. پیش بینی دوباره ضمانت اجرای بطلان تحقیقات مقدماتی مقرون به سلب حق برخورداری متهم از وکیل مدافع به نحو مقرر در متن اولیه تبصره ۱ ماده ۱۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری.

منابع

- آشوری، محمد (۱۳۷۶)، **عدالت کیفری (مجموعه مقالات)**، تهران: گنج دانش.
- افشارراد، محمد (۱۳۸۹)، **حقوق متهم در قوانین ایران و ترکیه**، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه مفید قم.
- امیدی، جلیل (۱۳۸۳)، **مقدمه‌ای بر تاریخ حقوق**، تهران، نشر احسان.
- امیدی، جلیل (۱۳۸۲)، «**دادرسی کیفری و حقوق بشر**»، **فصلنامه مجلس و پژوهش**، سال ۱۰، شماره ۳۸، ص ۱۴۶-۱۱۳.
- امیدی، جلیل (۱۳۹۷)، **تفسیر قوانین جزایی**، تهران، بنیاد حقوقی میزان.
- حقیقت، سید صادق و میرموسوی، سید علی (۱۳۸۱)، **مبانی حقوق بشر از دیدگاه اسلام و دیگر مکاتب**، تهران، مؤسسه فرهنگی دانش و اندیشه معاصر.
- خالقی، علی (۱۳۹۵)، **آیین دادرسی کیفری**، جلد اول، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
- خالقی، علی (۱۳۹۶)، **نکته‌ها در آیین دادرسی کیفری**، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.



ساقیان، محمد مهدی (۱۳۹۳)، «تقویت حقوق و آزادی‌های متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی آئین دادرسی کیفری»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال دوم، شماره ششم، ص ۱۳۶-۱۱۳.

ساقیان، محمد مهدی (۱۳۹۳)، «تحولات حق متهم بر داشتن وکیل در مرحله تحت نظر در حقوق فرانسه و ایران»، فصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۱، شماره ۱، ص ۱۱۸-۱۰۳.

صابر، محمود (۱۳۸۸)، آئین دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی، تهران، نشر دادگستر. غلاملو، جمشید و فرجی‌ها، محمد (۱۳۹۳)، «محکومیت بی گناهان: از خطای قضائی تا بی گناهی واقعی»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال سوم، شماره هشتم، ص ۸۶-۶۳. فرحبخش، مجتبی (۱۳۸۵)، «مفهوم و مبانی حقوق دفاعی متهم»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۶ و ۵۷، صفحات ۱۳۶-۱۱۱.

فروودی نیا، حسن و موسی‌زاده، مهدی (۱۳۹۲)، «حقوق متهم در دوره تحقیقات مقدماتی در لایحه آئین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۰»، در: دایره المعارف علوم جنائی (مجموعه مقاله‌های تازه‌های علوم جنائی)، کتاب دوم، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، نشر میزان، صفحات ۴۶۹-۴۵۳.

قاری سید فاطمی، سید محمد (۱۳۸۸)، حقوق بشر در جهان معاصر، دفتر یکم، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.

نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۹۱)، تقریرات درس جامعه‌شناسی جنائی (جامعه‌شناسی جرم)، دانشگاه شهید بهشتی، تهیه و تنظیم: مهدی صبورپور.

نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۸۶)، تقریرات درس جرم‌شناسی (بازپروری بزهکاران)، دوره دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه تربیت مدرس، نیمسال نخست سال تحصیلی ۸۶-۸۷.

نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۸۹)، «پیشگیری عادلانه از جرم»، در علوم جنائی: مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری، چاپ اول، نشر میزان، صفحات ۵۵۵-۵۳۵. نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۹۵)، «جایگاه کانون وکلای دادگستری و وکیل در جامعه حقوقی و قانون آیین دادرسی کیفری ایران»، در: علوم جنایی تطبیقی در پرتو همکاری‌های بین‌المللی، مجموعه مقالات نکوداشت دکتر سیلویا تلنباخ، به کوشش: دکتر حسین غلامی، نشر میزان.

- نیازپور، امیرحسن (۱۳۸۵)، «بازپروری بزهکاران در مقررات ایران»، **فصلنامه فقه و حقوق**، سال سوم، شماره ۱۱، صفحات ۱۶۴-۱۴۵.
- نیازپور، امیرحسن (۱۳۹۰)، «وکیل در قلمرو عدالت کیفری: بنیان‌ها و کارکردها»، **پژوهشنامه حقوقی**، سال دوم، شماره اول، بهار ۱۳۹۰، صفحات ۱۴۲-۱۲۷.
- هاشمی، سید حسن (۱۳۹۰)، **حق بر دادرسی منصفانه در شرایط اضطراری (در اسناد بین‌المللی و ایران)**، رساله دکتری، تهران، دانشگاه آزاد واحد علوم و تحقیقات.
- Basic Principles on the Role of Lawyers.** (1990). Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana.
- Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment.** (1988).
- European convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.** (1950).
- International Covenant on Civil and Political Rights.** (1966).
- Nihal Jayawickrama. (2002). **The Judicial Application of Human Rights Law; National, Regional and International Jurisprudence**, Cambridge University Press.
- John Murray V. United Kingdom**, Times 09-Feb-1996, 18731/91, [1996] ECHR 3, (1996) 23 EHRR 313, [1996] 22 EHRR 29. Available at: <http://swarb.co.uk/murray-v-the-united-kingdom-echr-8-feb-1996/>
- McCrudden, Christopher (2008). "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", **The European Journal of International Law**, Vol. 19, no. 4. Pp.655-724.
- Universal Declaration of Human Rights**, proclaimed by the United Nations General Assembly in Paris on 10 December 1948 General Assembly resolution 217 A III
- Van Dijk. P and Van Hoof. G. J. H. (2006). "Theory Practice of the European Convention on Human Rights", **Kluwer Law International**, Third Edition, pp. 436-437.



تجاوز جنسی و تعارض جنسیتی

اکبر نوروزی^۱
دکتر حسن عالی‌پور^۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۲/۱۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۳/۳۰

چکیده

نگرش‌های زبانی و فرهنگی به پدیده تجاوز جنسی سبب شده این پدیده به مثابه یک عنوان مجرمانه واقعی در نظام حقوقی ایران شکل نگیرد. عنوان‌های مجرمانه پس از قلمرو سرزنش‌پذیری، با عنوانی جدا، وارد حیطه قانونگذاری شده و با دیدگاهی ویژه، در فرآیند قضایی نمود می‌یابند. تجاوز جنسی از این فرآیند مرحله‌ای دور افتاده و در همان گام نخست یعنی سرزنش‌پذیری با چالش‌هایی همراه است که همین چالش‌ها، در قلمرو قانونگذاری نیز مشاهده می‌شود. نیروی واژگانی زبان فارسی در مفهوم بخشی به تجاوز جنسی، کم و ارزش‌های مورد حمایت در قبال این پدیده، زیاد است. دلیل بنیادین آن، تعارض جنسیتی است. تعارض جنسیتی در این نوشتار مفهومی عام در قبال رویکردهای تعارض گونه اجتماعی است. نگرش‌های مختلفی که از تعارض جنسیتی صورت گرفته باعث شده تا ساخت حقوقی تجاوز جنسی در نظام حقوقی ایران شکل نگیرد و پی آمدهایی همچون رفتارهای خشن جنسی و پیوندهای جنسی سلطه گرایانه به دنبال داشته است.

واژگان کلیدی: تجاوز جنسی، زنا به عنف، عمل جنسی به عنف، تبعیض جنسیتی، رویکردهای فرهنگی و اجتماعی

✉ akbar.noroozi65@gmail.com

۱. دانش آموخته کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه اصفهان (نویسنده

مسئول)

۲. استادیار دانشکده حقوق پردیس فارابی دانشگاه تهران

مقدمه

نظام حقوقی هر کشور دو نقش اساسی دارد: یکی نقش سامان بخشی و تنظیم کنندگی روابط بین اشخاص و پدیده‌ها و دیگری نقش حمایتی از ارزش‌ها و هنجارها. به همین دلیل حوزه‌ای وابسته به حوزه‌های دیگر در یک جامعه است. این وابستگی نخست از این جهت است که باید حوزه‌های دیگر جامعه در میان باشند تا سامان بخشی مفهوم داشته باشد و دوم از این جهت که باید ارزش‌ها و هنجارهایی در سطح جامعه وجود داشته باشند تا چهره حمایتی حقوق برجسته شود. از بعد نخست یعنی چهره سامان بخشی به همه حوزه‌های جامعه، نظام حقوقی ناگزیر است که برای بهره‌مندی از مفاهیم و ساختار این حوزه‌ها، از تمام توان خود استفاده کند.

در نظام حقوقی همانند بیشتر حوزه‌ها، هم بررسی‌های نظری و هم بررسی‌های کاربردی شاکله آن را نمود می‌دهند. در بررسی‌های میان‌رشته‌ای، برخی دانش‌ها مانند فلسفه، بزه‌شناسی یا جامعه‌شناسی بر حوزه کاربردی نظام حقوقی جهت می‌دهند یا حتی ساختار آن را شکل می‌دهند. این بررسی‌ها در حوزه نظری و کاربردی نظام حقوقی، یکی از شیوه‌های مهم پویایی نظام حقوقی دانسته می‌شود که اگر از ظرفیت‌های آن بهره گرفته نشود، نه تنها حوزه نظری در قالبی محدود گرفتار می‌شود بلکه حوزه کاربردی نیز مجالی برای پیشرفت و بهبود نخواهد یافت.

برای ارزیابی میزان وابستگی و نیازمندی دو حوزه نظری و حوزه کاربردی و اندازه وابستگی آن‌ها به رهیافت‌های میان‌رشته‌ای، بررسی جامعی انجام نشده ولی از میان برخی مفاهیم‌های کلیدی می‌توان بخشی از این ارزیابی را به دست آورد که در این میان «تجاوز جنسی» از همه برجسته‌تر است. تعبیر ناآشنای «تجاوز جنسی» از دید نظام حقوقی ایران ولی پرکاربرد و تعبیر معروف «زنای به عنف» از دید قانونگذار ولی کم کاربرد در حوزه عمومی در همین گام نخست، چالش‌های نظری و کاربردی نظام حقوقی ایران را برجسته می‌کند. مسأله نخست این است که چگونه تعبیر حقوقی «زنای به عنف» در حوزه عمومی و در زبان مردم جا نمی‌افتد ولی تعبیر غیر حقوقی «تجاوز جنسی» به عنوان تعبیری جانشین به کار می‌رود و چرا قانونگذار ایران از این تعبیر پرکاربرد بهره نگرفته است؟

در گام دوم، نظام حقوقی به عنوان یک نظام سامان ده که ارتباط وی با حوزه‌های دیگر بیشتر، از جهت چهره حمایتی است، در قبال پدیده تجاوز جنسی از چه ارزشی حمایت می‌کند؟ از جسم بزه‌دیده، از روان وی یا از جنسیت وی یا اینکه عفت و اخلاق اعتباری جامعه برای وی مهم است؟ آیا نظام حقوقی می‌تواند از چندین ارزش در قبال یک پدیده آن هم به طور هم‌زمان حمایت کند؟ در گام سوم، اساس نظام حقوقی به‌ویژه در حقوق کیفری بر معرفی شفاف و روشن عناصر شکل‌دهنده به ضد ارزش یا همان پدیده مجرمانه است. عناصر شکل‌دهنده بر دو رکن مادی



به عنوان جسم جرم و رکن روانی به عنوان روح جرم استوار است و به همراه پیش بینی قانونی و نیز ضمانت اجرای آن، تحت یک عنوان مجرمانه هویت می یابد. زنای به عنف از جهت عناصر تشکیل دهنده نیز سردرگم است و مفهومی متکی بر جنسیت است. به این دلیل که ناروشنی عناصر تشکیل دهنده در متن قوانین باعث شده که تنها عنوان زنای به عنف آن هم به صورت یک ماده ای مستقل مطرح شده و عنوان تجاوز جنسی در متن قانون جرم انگاری نشود و این می تواند نمادی از تعارض جنسیتی تلقی شود. بنابراین از این دید، چرا قانون گذار عمل جنسی به عنف را به جای زنای به عنف به کار نبرده است؟

در گام چهارم، رویه قضایی در کشورهای قانون محور نوان یک ابزار آگاه و پویا برای اجرای قانون به شمار می روند. در ایران رویه قضایی به ویژه در برابر پدیده تجاوز جنسی، کجروی آشکار دارد. از یک سو دادگاه ها نگران کیفر سنگین و برگشتناپذیری که جرم زنای به عنف به دنبال دارد، کوششی بسیار برای دوری از کیفر قانونی این جرم دارند. از سوی دیگر در راستای توجه به بزه دیده گاه به ضمانت اجرای غیر قانونی و حتی سنت های عرفی دست می یازند. از جمله ضمانت اجرای اعدام که ناشی از جلوه دادن یک زنای ساده به یک زنای به عنف شدید در اثر رسانه ای کردن این اقدام و تحریک احساسات عمومی در قبال این پدیده که در پی دارد را می توان اشاره کرد. بررسی این چهار مسئله در قالب چهار عنوان زیر نشان خواهد داد که میزان و گستره تعامل حوزه نظری و کاربردی در نظام حقوقی ایران در این زمینه چگونه است؟

۱. چالش واژگانی

مفاهیم و واژگان مرتبط در حوزه جنسی به همراه جان و دارایی، از قدیمی ترین و ابتدایی ترین واژگان هر جامعه ای به شمار می روند؛ ولی بر خلاف تعبیر مرتبط با جان و مال که همه این ها متعلقات اولیه هر انسان است، تعبیر حوزه جنسی و ناموسی به دلیل اهمیت ویژه آن بر تعبیر مرتبط با جان و مال اولویت پیدا کرده است. اما واژگان حوزه جنسی به دلیل ابهام آمیز بودن آن چالش برانگیز است و باعث شده یکسری چالش ها در زمینه امور جنسی به حوزه قانون گذاری و قضایی کشور وارد شود. آنچه در اینجا اهمیت دارد؛ پاسخ به این پرسش است که این ابهام را نظام حقوقی به جامعه تزریق می کند یا جامعه آن را برای قانونگذار ایجاد کرده است؟

«زنا به معنی جفت گردیدن زن و مرد به طور نامشروع» (معین، ۱۳۸۳: ۱۴) و از دید فقها «زنا داخل کردن آلت تناسلی مرد بالغ و عاقل در فرج زن است؛ بلکه مطلق جنس مؤنث مراد است، خواه از قبل باشد یا از دبر، به طوری که آن زن بر وی حرام باشد و بین آنان عقد نکاح یا شبهه ای که موجب اعتقاد به حلال بودن عمل است نباشد و نیز به اندازه ختنه گاه فرو رفته باشد در حالی

که علم به تحریم این عمل داشته و در انجام آن مختار بوده است» (داد مرزی، ۱۳۸۰: ۵۹۵). «زنا آن است که مرد بالغ از روی علم و اختیار به اندازه سر آلت خود را در فرج زنی که بر او حرام است، داخل کند، بدون آنکه عقد نکاح یا ملکیت یا شبهه در کار باشد.» (شهید اول، ۱۳۸۵: ۲۱۹) و «زنا آن است که مردی ذکر خود را در فرج زنی از پیش یا پس فرو برد به قدری که ختنه گاه پنهان شود و آن زن بر او حرام بوده و عقد یا شبه عقد و یا ملکیتی در بین نباشد» (مجلسی، ۱۳۸۷: ۵۴). «زنا از دیدگاه حقوق دانان عبارت است از جماع غیر مشروع خواه در جهت آلت تناسلی باشد خواه نه. برای تحقق زنا علاوه بر عنصر عدم مشروعیت واقعه و عمد شرط است که زانی بالغ باشد اگرچه طرف او نابالغ باشد و شرط است که زانیه بالغه باشد اگر چه طرف او نابالغ باشد و زانی عاقل باشد ولو این که طرف عاقله نباشد و زانیه عاقله نباشد اگرچه طرف عاقل نباشد و شرط است که دخول لاقل بقدر حشفه باشد. هم چنین گفته شده است که علم به جرم بودن زنا شرط تحقق این جرم است» (لنگرودی، ۱۳۸۷: ۳۴۴). «عمل جنسی با کسانی که از نظر قیود اخلاقی و مبانی مذهبی و قوانین اجتماعی ممنوع شناخته شده است انجام می‌گیرد. شایع‌ترین این انحراف، روابط جنسی بین برادر با خواهر یا پدر با دختر می‌باشد» (تاج زمان دانش، ۱۳۸۰: ۳۴). از دیدگاهی دیگر زنا را اینگونه تعریف کرده‌اند «جنسیت یا تمایل جنسی که از معنای زنا می‌باشد، در یک معنا فعالیت شهوانی است که موجب جذب یک جنس در مقابل جنس دیگر شده و در معنای دیگر مفهوم زیست‌شناسی جنسی در بر می‌گیرد؛ یعنی همان اندام جنسی مردانه یا دستگاه تناسلی زنانه.» (کجباف، ۱۳۸۰: ۱۲) «عنف، در لغت به معنای مدارا نکردن» (ابن منظور، ۱۴۱۴ ه.ق: ۲۵۷ و جوهری، ۱۴۰۷: ۱۴۱ ه.ق، و فراهیدی، ۱۴۱۰ ه.ق: ۱۵۷) «شدت، خشونت و استفاده از زور در عمل است.» (آذرنوش، ۱۳۸۲: ۴۶۴) و در اصطلاح «عنوانی است برای جرایمی که توأم با آزار و اعمال و رفتار خشن و تند و اغلب با سلب اراده و باوجود مقاومت بزه‌دیده و به ضرر او ارتکاب می‌یابند که ممکن است به هر وسیله ممکن اعمال شود» (ایمانی، ۱۳۸۲: ۳۴۳). و «نیز به معنی عمل آمیخته با تجاوز و در هم شکستن مقاومت شخص به طور ارادی و به ضرر او است» (گودرزی، کیانی، ۱۳۸۵: ۶۰). واژه «عنف» و زنای به عنف در کلام فقها به کار نرفته است و به جای آن از واژه «غصب» استفاده شده است و این امر ریشه در روایاتی دارد که در مورد زنای به عنف وارد شده است به طوری که در کتب حدیثی قدیم بابی به این نام اختصاص یافته است. مرحوم شیخ کلینی در کتاب الکافی بابی را ذکر کرده است به نام: «باب الرجل یغتصب المرأه فرجها». مرحوم شیخ مفید در مورد زنای به عنف می‌فرماید: «من غصب امرأه علی نفسها وطئها مکرها لها ضربت عنقه محصنا کان أو غیر محصن». «زنی را به زور در اختیار خود قرار داده و با اکراه با او وطی کرده باشد که مجازات او کشتن است خواه محصن باشد یا غیر محصن» تعبیر دیگری که فقها برای تبیین



زنای به عنف به کار گرفته‌اند «اکراه» است: «و کذا یقتل من زنی بامرأه مکرها لها بلا خلاف أجدده فیه، بل الإجماع بقسمیه علیه» (نجفی، ۱۴۰۴ ه. ق: ۳۱۵ و امام خمینی، ۱۴۰۴ ه. ق: ۴۶۳) با این که در کلام اکثر فقهای متأخر و معاصر از واژه اکراه استفاده شده است، اما این به معنای انحصار عنف در این تعبیر نیست چنان که یکی از فقها این معنا را متذکر شده است: «ثم انه لا وجه لاختصاص الحكم بالمکره، اذ المذكور فی الحادیث و فتاوی اکثر القدماء الاصحاح هو غصب الفرج و هو اعم من الاکراه، لشموله علی الزنا بالنائمه و السکری، و المغماء علیها المسلموبه الاختیار» «هیچ مبنایی برای قضاوت در مورد حکم اکراهی وجود ندارد، همانطور که در احادیث و فتاوی اکثر پیشینیان گفته شده، آن غصب فرج به اجبار است که شامل زنا در خواب و در حال مست بودن و در حالت بی‌اختیاری می‌باشد» (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ ه. ق: ۴۳۰) دلیلی برای اختصاص حکم زنای به عنف (اعدام) فقط به مورد اکراه نیست چون آن‌چه که در احادیث و فتاوی بیشتر فقیهان قدیم آمده است تعبیر «غصب فرج» است و این عبارت اعم از اکراه است چون زنای با فرد خواب و مست و بیهوشی که مسلوب‌الاختیار است را نیز شامل می‌شود. در این تعریفی که از زنا صورت گرفته و غصب فرج را به عنوان مصداق آن بیان نموده نویسنده تنها شیوه آمیزش جنسی را برای تجاوز ذکر کرده است و تجاوزاتی که به شیوه‌های دیگری که ممکن است اتفاق بیفتد دوری کرده و تنها رابطه جنسی را معیاری برای تجاوز جنسی قلمداد کرده است.

تجاوز جنسی به معنی انجام نزدیکی جنسی با فرد، بدون رضایت اوست. تجاوز جنسی در حقیقت تنها یک حمله فیزیکی و جنسی نیست؛ بلکه در عین حال حمله معنوی و حمله به شأن انسان است که در آن قربانی از حق خود محروم می‌گردد. این خشونت، هر چند همیشه قتل را به همراه نداشته باشد، عموماً تهدید به قتل را به همراه دارد. تجاوز نوعی خشونت جنسی است که عمدتاً شامل آمیزش جنسی است که از طریق آلت تناسلی صورت می‌گیرد و آن هم علیه اندام زنانه یک زن رخ می‌دهد که این نمود یکی از تعارضات جنسی است که حمایت خود را در قالب این پدیده به این شکل بیان می‌کند و باعث چالش‌هایی در این زمینه شده است. این عمل می‌تواند با اجبار فیزیکی، تهدید، سوءاستفاده از مسئولیت یا با فردی که ناتوان یا زیر سن قانونی است رخ دهد.

تعریف تجاوز، «در بسیاری متون قضایی، آمیزش (مقاربت) جنسی و یا انواع دیگر روابط جنسی است که بدون رضایت فرد قربانی، از سوی شخص متجاوز بر او تحمیل می‌شود»^۱ در این تعریفی که از تجاوز جنسی صورت گرفته تجاوز را نوعی آمیزش جنسی دانسته است و صرفاً آن را نوعی دخول آلت تناسلی همراه با خشونت بیان کرده و یا بدون رضایت فرد دانسته است و از تجاوزاتی

1. <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com>

که به مراتب خشن تر است اما از طریق رابطه جنسی صورت نمی گیرد مصداقی برای بیان تعریف تجاوز جنسی نیآورده است که باعث چالش های در ارتکاب این جرم شده که ناشی از رویکرد و دیدگاهی است که به پدیده تعارض جنسیتی و حمایت از اندام های زنانه و تجاوزاتی که از طریق رابطه جنسی در قبال این جرم صورت می گیرد می باشد. دادگاه جنایی بین المللی رواندا ۱۹۹۸، تجاوز^۱ را «تجاوز فیزیکی با ماهیت جنسی، که به یک شخص تحت اجبار اعمال می شود»، تعریف می کند. در بعضی متون قضایی اصطلاح تجاوز با اصطلاحاتی همچون «رفتار خشونت آمیز جنسی» و یا «رفتار جنایت آمیز جنسی، جایگزین شده است. اما بسیاری از متون قضایی کشورها، تجاوز را هم چنان آن دسته از اعمالی که شامل نفوذ آلت مردانه به واژن و سایر رفتارهای جنسی مرتبط، همراه با اعمال خشونت جنسی می دانند. به عنوان مثال در برزیل، قانون، تجاوز جنسی را، سکس واژینال بدون رضایت فرد تعریف می کند؛ بنابراین، تجاوز به مرد، تجاوز آنال (مقعدی) و تجاوز اورال دهانی، مشمول این تعریف نمی شوند. اداره تحقیقات فدرال و یا پلیس فدرال آمریکا تعریف ذیل را برای تجاوز جنسی در گزارش جنایی سالانه خود آورده است: ارضای جنسی زن با اعمال زور و برخلاف میل او^۲. در این تعریف، تجاوز، مقاربت (شامل نفوذ به واژن یا مقعد و یا دهان توسط آلت تناسلی مرد یا سایر اندام های بدن و یا یکشی)، با اجبار و عدم رضایت زن تفسیر می شود تجاوز جنسی طبق یک تعریف سنتی، عبارت است از دسترسی شهوانی به زنی غیر از همسر با استفاده از زور و برخلاف خواسته آن زن در این تعریف سنتی تجاوز جنسی دارای مؤلفه هایی است که امروزه در اثر تحولات اجتماعی دیگر نمی توان عناصر تجاوز را منحصر در آن ها دانست. این مؤلفه ها شامل: (۱) استفاده از زور؛ (۲) فقدان رضایت بزه دیده؛ (۳) زن بودن بزه دیده و (۴) دخول آلت تناسلی مرد به آلت تناسلی زن است (مجتبی جعفری، ۱۳۹۴: ۱۲۷-۱۱۶). در این رابطه هم باید این مطلب را بیان نمود که این احتمال وجود دارد در تجاوز از زور استفاده نشود یا بزه دیده رضایت ناقص داشته باشد و همچنین زن محور بودن بزه دیده که یکی از نمادهای تعارض جنسیتی می باشد باعث می شود که گستره زنای به عنف به حیطه زن محور بودن محدود شود. اما در مورد «در رابطه با عنصر فقدان رضایت باید گفت اگر مردی تصمیم داشته باشد که اقدام به برقراری رابطه جنسی با یک زن نماید در حالی که می داند آن زن راضی به این کار نیست تا آنجا که بتوان قصد وی را در این زمینه احراز نمود باید گفت وی مرتکب جرم جنسی شده است. اما باید دید آیا وی نسبت به فقدان رضایت بزه دیده نیز علم داشته یا خیر؟ اگر این علم احراز شود لاجرم باید گفت وی مرتکب جرم شده است. البته این که ما حالت ذهنی فردی را عنصر روانی عمل فرد دیگر بدانیم خود مسأله قابل انتقادی

1. rape

2. http://fa.wikipedia.org/wiki/تجاوز_جنسی_آمریکا



است و نشان می‌دهد که حقوق کیفری نتوانسته مرزهای دقیقی بین عنصر روانی و فضای خارج از ذهن مرتکب ترسیم کند. بنابراین فقدان رضایت یک وضعیت عینی که لزوماً بزه‌کار از آن اطلاع قبلی داشته باشد نیست. بلکه وضعیتی کاملاً ذهنی است که در یک لحظه در ذهن بزه‌کار ایجاد و از بین می‌رود می‌توان گفت این فقدان رضایت ابتدا در ذهن مرتکب شکل گرفته و آنگاه که در لحظه اقدام از ذهن او خارج می‌شود به ذهن بزه‌دیده وارد می‌شود و پس از وقوع جرم تجاوز در ذهن فردی که مورد تجاوز قرار گرفته وارد می‌شود» (مجتبی جعفری، ۱۳۹۴: ۱۲۷-۱۱۶). در تمام اظهار نظرات مربوط به تجاوز جنسی، عدم رضایت فرد قربانی، مورد توجه بسیار است. نیازی نیست که رضایت حتماً بیان شود بلکه می‌تواند از طریق شکل رابطه طرفین و یا زمینه شکل‌گیری آن درک شود. اما عدم مخالفت مشخصاً به معنی رضایت نیست. عدم رضایت ممکن است نتیجه اجبار زیاد شخصی باشد که مرتکب تجاوز می‌شود، و یا نتیجه ناتوانی فرد قربانی در اعلام رضایت خود باشد (مانند زمانی که فرد خواب است، یا حالت عادی ندارد (مست) و یا ناتوان ذهنی است). قانون همچنین ممکن است رضایت را در آمیزش‌های جنسی افراد زیر سن قانونی که قانوناً می‌توانند راضی به چنین روابطی با افراد بزرگسال‌تر از خود باشند، رد می‌کند. چنین مواردی گاهی «تجاوز قانونی» یا «آمیزش جنسی غیر قانونی یا نامشروع» خوانده می‌شوند.^۱ صرف نظر از این‌که آیا این روابط همراه با رضایت فرد زیر سن قانونی صورت می‌گیرد، چنین افرادی از نظر قانون در رابطه با شخص متجاوز ناتوان از اعلام رضایت برای رابطه جنسی هستند. ممکن است با وجودی که فرد در ابتدا رضایت خود را برای سکس اعلام داشته، رضایتش را پس بگیرد، که در این صورت هر عمل جنسی که بعد از پس گرفتن رضایت صورت گیرد، تجاوز محسوب می‌شود. تجاوز خاکستری به رابطه جنسی گفته می‌شود که رضایت آن مشخص نیست (Shira Tarrant, 2009: 105). «شکلی از درگیری جنسی است که «جایی میان رضایت و ممانعت» واقع می‌شود، زمانی که «هر دو طرف مطمئن نیستند که هر یک دقیقاً چه می‌خواهند» و میزان شیوع گسترده آن نتیجه فقدان آگاهی و درک درست نسبت به مفهوم رضایت است» (Laura Sessions Stepp, 2007: 22). در واقع درصد زیادی از افراد مورد تجاوز قرار می‌گیرند چرا که آن‌ها دقیقاً نمی‌توانند به متجاوز بفهمانند که از این کار رضایت ندارند، از سوی دیگر اغلب متجاوزان فکر می‌کنند (یا ترجیح می‌دهند فکر کنند) که فردی که به او تجاوز می‌کنند مخالفتی با این کار ندارد و علی‌رغم ممانعت ظاهری، باطناً راضی است. با بررسی‌های صورت گرفته از معناهای مختلف از واژگان جنسی هرکدام به نوعی به مقوله ارتباط یک مرد با یک زن و به صورت دخول آلت تناسلی و آنهم به شیوه‌های مختلفی از

1. Rape and sexual violence: Human rights law and standards in the International Criminal Court. Amnesty International September 30, 2011

جمله ارادی و غیرارادی صحبت می‌شود اما در این راستا این اصطلاحات با چالش‌های در این زمینه مواجه است که ممکن است دستگاه قضایی با آن مواجه شود. در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در تبصره (۱) ماده ۲۲۲ در مورد تحقق زنا بیان می‌دارد «جماع با دخول اندام تناسلی مرد به اندازه ختنه‌گاه در قبل یا دبر زن محقق شود». بنابراین اگر کسی بدون اینکه با شخص مورد تجاوز نزدیکی جنسی داشته باشد اما اعمال قبیح دیگری را نسبت به فرد حتی با علف و اکراه انجام دهد نمی‌توان گفت زنا یا به علف و اکراه بوده بلکه این اعمال را می‌توان تحت عناوین دیگری از قبیل تقبیل یا مضاجعه به استناد ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ مجازات کرد. در تعریف زنا آنچه که از دیدگاه فقها بیان شد عبارت است از دخول آلت تناسلی در قبل یا دبر زن، بنابراین با آوردن کلمه آلت تناسلی در زنا یا به علف، تجاوز به وسیله اندام‌های دیگر بدن و اشیاء مصنوعی از تعریف زنا یا به علف خارج می‌شوند. مورد دیگر، در زنا یا به علف دخول باید تحقق یابد بنابراین با آوردن کلمه دخول تقبیل و مضاجعه و غیره از مصداق زنا یا به علف خارج است. در زنا یا به علف تجاوز در قبل یا دبر مجنی علیه صورت می‌گیرد بنابراین منافذ دیگر مجنی علیه شامل موارد زنا یا به علف نمی‌باشد و باید تحت عنوان دیگری قابل مجازات دانست.

نکته دیگر درباره تجاوز خنثی است، «اگر خنثی به اندازه حشفه آلت خود را در فرج زنی داخل کند زنا می‌شود، در حالی که کار خنثی زنا نیست چون احتمال دارد آنچه در فرج زن داخل کرده باشد عضو زائد باشد. همچنانکه غسل بر او واجب نمی‌شود» (لطفی، ۱۳۸۸: ۶۴۹). نزدیکی با افراد خردسال و کودکان حتی با رضایت آن‌ها تجاوز محسوب می‌گردد و رضایت این افراد تاثیری در عدم تحقق عنوان تجاوز به علف به شمار نمی‌آید چون کودکان به قوه ادراکی نرسیده‌اند و به عنوان یکشی در دست افراد متجاوز قرار می‌گیرند. دلیل دیگر شاید بتوان گفت به دلیل حمایت بیشتر کودکان و جلوگیری از سوء استفاده متجاوزان که برای اینکه از مجازات رهایی یابند رضایت شخص مورد تجاوز را وسیله خود قرار دهند بتوان گفت که رضایت افراد صغیر تاثیری در تغییر مجازات متجاوزین ندارد. اما در مورد تجاوز جنسی در اسناد بین‌المللی به این شکل تعریف شده «مرتکب، به جسم شخصی از طریق عملی که منجر به دخول هر چند به مقداری اندک از آلت تناسلی به هر نقطه از بدن قربانی تعرض کند، یا این تعرض با دخول هر چیزی به مقعد یا فرج یا هر نقطه از بدن قربانی صورت گیرد» (علامه، ۱۳۸۵: ۱۶۰) همان طور که از تعاریف زنا یا به علف گفته شد تعاریفی است که بیشتر به رویکرد زن محور بودن قربانی اشاره دارد و نگاه عرفی جامعه را به سوی حمایت از اندام‌های جنسی زن متمایل می‌کند و رویکرد تعارض جنسیتی در باب تعاریفی که از تجاوزات جنسی گفته شد رویکردی زن محور است اما در مقررات دیوان بین‌المللی کیفری سیطره و وسعت تعاریف گفته شده در متون قانونی در باب تجاوزات جنسی و تعارض جنسیتی فراسوی نگاه زن



محورانه و اندام‌های جنسی وی می‌باشد. «تجاوز به عنف را در شماره یک از جزء دوازدهم بند ب پاراگراف (۲) ماده ۸ به این صورت بیان کرده: جنایات جنگی از طریق تجاوز به عنف به این شکل که مرتکب با عمل منجر به دخول ولو جزئی به بدن قربانی یا خود، هر قسمت از بدن یا مقعد یا مهمل وی را به وسیله هر شیء یا هر عضوی از بدن مورد تجاوز قرار داده باشد» (محمد نسل ۱۳۸۵: ۲۶۲) در اکراه و عنف بودن دخول آلت تناسلی حالتی ممکن است رخ دهد که باعث یک سری تردیدها در تجاوز جنسی می‌شود و آن حالتی است که مرتکب به عنف و اکراه با قربانی رابطه جنسی برقرار کند، اما قربانی در حین عمل و یا بعد از آن رضایت دهد، در این باره گفته شده «که رضایت چه در وسط عمل زنا اکراهی و چه بعد از عمل زنا اکراهی صورت بگیرد، چون موضوع حد یعنی زنا به عنف و اکراه محقق شده و رضایت بعدی زن رافع آن نیست، غایه الامر رضایت، رفع ید از حق خود است و در این گونه حدود حقی برای زن نیست بلکه حق الله فقط می‌باشد» (آیت آ... صانعی، ۱۳۸۴: ۹۸) در فرضیه‌های مطرح شده از این گفتار حتی رویکرد فقهی در مورد تعارضات جنسیتی حمایت خود را به نگاه زن محوری سوق می‌دهند.

با توجه به رویکردهای گوناگون فقهی، قانونی، عرفی و تطبیقی درباره تجاوز جنسی، کاملاً مشخص است که این پدیده هر چند به نظر همانند قتل عمد و سرقت، در زمره جرائم طبیعی یا فطری است؛ ولی با توجه به تعاریف بیان شده از تجاوز جنسی به اندازه‌ای است که نمی‌توان آن را همانند یک بزه طبیعی واقعی به شمار آورد. دلیل اصلی آن همانا تعارض جنسیتی است. نگرش به تجاوز جنسی از نگرش به زنانگی گرفته می‌شود که سبب می‌شود، تعریف آن در پیکره غصب فرج زن محدود گردد. دیدگاه تعارض جنسیتی که بیشتر به حمایت از زن و اندام‌های جنسی وی توجه دارد؛ باعث شده که نگاه عرفی جامعه و به دنبال آن رویکرد قانون گذاری از تجاوزاتی که در حیطه اندام جنسی زن قرار نمی‌گیرد ولی همچنان آثار مخرب به دنبال دارد؛ غافل بماند و با تعاریف دیگری در قانون مواجه شود.

۲. چندگونگی ارزش مورد حمایت

زنا به عنف در نظام حقوقی ایران در زیر حدود آمده که در زمره بزه‌های ضد حق الله می‌باشد. ارزش پشتیبانی شده نیز در این نگاه، اراده الهی یا ارزش‌های آسمانی است. در نظام کیفری پیش از انقلاب، تجاوز جنسی بیانی از ضدیت با نظم عمومی و به طور ویژه ضدیت با عفت و اخلاق عمومی دانسته شده است. همین ارزش در مقررات کنونی نیز پنهان است؛ چرا که وقتی پیوند نامشروع مادون زنا در زمره بزه‌های ضد عفت و اخلاق همگانی است، تجاوز جنسی نیز به طریق اولی در این چهارچوب جای می‌گیرد. تجاوز جنسی به طور آشکار بر ضد حقوق بشر نیز است، جایی که ناموس

و یا آزادی تن و حتی تمامیت جسمانی بزه دیده تهدید می‌شود. دلیل این چندگونگی ارزش مورد حمایت گاه در کنار وضعیت ویژه بزه دیده که نقش فعالی در بزه دیدگی بازی می‌کند، کم رنگ می‌شوند و گاه عرف و رویه به سمت مرتکب تحریک شده گام برداشته و ارزش پشتیبانی شده را نادیده می‌گیرند.

در هر حال، در تجاوز جنسی قانون گذار صرفاً با اتکا به عنصر قانونی به حمایت از بزه دیده پرداخته است که این ممکن است باعث شود که بزهکار از این خلأهای قانونی به نفع خود بهره برده و سیستم قضایی ما برای مقابله با بزهکاران با چالش‌های از جمله اصل قانونی بودن جرم و مجازات برخورد کنند که این برای بزه دیده ناخوشایند و جامعه را در معرض آسیب‌های جدی‌تری فراتر از اصل قانونی تجاوز جنسی مورد حمایت قانونگذار قرار می‌دهد و حتی باعث سوق دادن و تجری افراد در ارتکاب این جرم می‌شود.

در تجاوز جنسی موردی ممکن است رخ دهد اینکه فردی با قصد قبلی سگ اهلی خود را برای تجاوز به زنی تحریک کند و سگ در اثر این تحریک به زن تجاوز نماید. سولاتی که ممکن است در این زمینه مطرح شود این است که آیا در این مورد زنای اکراهی رخ داده و اگر رخ داده آیا منتسب به شخص تحریک کننده است یا نه و مجازات زنای اکراهی را آیا می‌توان برای وی اعمال نمود؟ برای پاسخ به این پرسش‌ها باید گفت که زنا به استناد ماده ۶۳ قانون مجازات مصوب ۱۳۷۰ و ماده ۲۲۴ قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ تنها توسط مرد تحقق می‌یابد و عنوان زنا به حیوان طبق قانون و نظر فقها ممکن نیست که زنا را جماع مرد با زن دانسته‌اند، و با توجه به این که زنا طبق قانون و فقه دخول آلت تناسلی مرد در قبل یا دبر زن محقق دانسته‌اند بنابراین در این مورد از طرف مرد تحریک کننده دخولی صورت نگرفته که بتوان این عمل را زنای اکراهی منتسب به شخص تحریک کننده دانست. اما برای مجازات تحریک کننده باید گفت اگر اقدام سگ در تجاوز به زن باعث مرگ زن شود، شخص تحریک کننده به استناد ماده ۵۰۱ قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ به قصاص محکوم می‌شود و اما در غیر این صورت وی را تنها می‌توان به استناد ماده ۱۲۶ به عنوان معاون جرم به مجازات تعزیری محکوم نمود و همین‌طور می‌توان وی را به استناد ماده ۲۳۱ قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ به پرداخت آرش البکاره و مهرالمثل محکوم نمود که این مورد نیز قانونگذار برای موردی پیش‌بینی نموده که تجاوز توسط مرد باشد نه حیوان و تسری این ماده به این مورد خالی از اشکال نمی‌باشد. بنابراین جا دارد قانون‌گذار هم در زمینه مجازات فرد تحریک کننده و هم خسارات حاصله از این تجاوز نسبت به قربانی جرم تدابیری بیندیشد.

موردی ممکن است اتفاق بیفتد که مردی، مرد دیگر را تهدید کند که به زنی که راضی به زنا نیست تجاوز نماید و مرد در اثر این تهدید، به زن تجاوز نماید. سولاتی که در این زمینه ممکن



است مطرح شود این است که زنا یا انجام شده اکراهی هست یا نه، انتساب زنا یا اکراهی به کدامیک محقق است و نیز مجازات زنا آیا بر فرد تهدیدکننده بار می‌شود یا فرد مرتکب؟ برای پاسخ به این سؤالات باید گفت که در این مورد نه زنا یا ساده صورت گرفته چون شخص مرتکب و قربانی راضی به این عمل نبوده‌اند و اما زنا یا اکراهی نیز نمی‌باشد، چون زنا یا اکراهی در صورتی است که شخص مرتکب خود راضی به این عمل باشد و با اختیار خود مرتکب این عمل شود نه اینکه در اثر این تهدید دیگری به قربانی تجاوز نماید. اما برای اعمال مجازات باید گفت که شخص مرتکب به دلیل فاقد اختیار بودن در ارتکاب جرم بنابراین مجازاتی بر وی بار نمی‌شود. اما شخص تهدیدکننده نیز به استناد ماده ۱۲۶ به عنوان معاون جرم به مجازات تعزیری محکوم می‌شود. اما در مورد خسارت حاصله نیز شخص تهدیدکننده را می‌توان به استناد ماده ۲۲۴ قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ به آرش البکاره و مهرالمثل در صورت باکره و غیر این به مهرالمثل محکوم کرد تا به نوعی هم مجازاتش تشدید شود و هم جنبه بازدارندگی نسبت به کسانی که در صدد این کار هستند داشته باشد.

از موارد دیگری که در زنا یا اکراهی ممکن است اتفاق بیفتد این است که یک مرد، مردی را تهدید به زنا یا زنی که راضی به زنا باشد نماید و در اثر این تهدید باعث شود که مرد با زن رابطه جنسی برقرار کند. سؤالاتی که در این زمینه ممکن است مطرح شود این است که آیا این عمل زنا یا اکراهی هست یا نه و اگر هست منتسب به مرد تهدیدکننده هست یا زن راضی به زنا یا هر دو و در مورد مجازات چگونه با آن‌ها رفتار می‌شود؟ برای پاسخ به این سؤالات باید گفت که این عمل در صورتی که زن و مرد تهدیدکننده با هم تبانی کرده باشند برای این اقدام می‌توان گفت که زنا یا اکراهی هست اما نه نسبت به زن بلکه نسبت به مرد اکراه صورت گرفته و همانطور که گفته شد نظر فقها هم بر این است که «در خصوص مرد هم اکراه بر زنا محقق است» (ترجمه شرح لمعه لطفی، ۱۳۸۸: ۶۵۰). پس بنابراین در اینجا حدی بر مرد مرتکب نیست، حد تنها بر زن راضی به زنا آن هم حد زنا یا ساده که همان صد ضربه تازیانه است جاری می‌شود نه مجازات اعدام چون آنچه از قانون استنباط می‌شود و نظر فقها مجازات اعدام بر زن جاری نمی‌شود. اما در مورد مجازات فرد تهدیدکننده همان طور که قبلاً گفته شد به عنوان معاون جرم تعزیر می‌شود. و چون زن راضی به زنا بوده بنابراین پرداخت مهر المثل و آرش البکاره وجه قانونی ندارد که قانون این مورد را در صورت زنا یا به عنف و اکراه از ناحیه مرد آن هم با اختیار تجویز نموده.

موردی که مردی، مرد دیگر را تحریک به زنا یا اکراهی نماید و مرد در اثر آن تحریک به زن تجاوز نماید در اینجا آیا می‌توان زنا یا اکراهی را با توجه به اینکه منشأ اقدام از ناحیه او به وسیله تحریک صورت گرفته به زنا یا اکراهی محکوم کرد و عمل مرتکب در این زمینه چه عنوانی دارد و آیا می‌تواند برای توجیه عمل خود به تحریک متوسل شود و یا می‌تواند از کیفیات مخففه برخوردار

شود؟ برای پاسخ باید گفت هر چند منشأ اقدام از ناحیه تحریک کننده بوده اما نمی توان وی را به زنای به عنف محکوم کرد تنها مجازاتی که برای وی در نظر گرفته می شود همان معاونت به صرف تحریک است و تعزیر می شود. اما مرتکب نمی تواند به صرف اینکه تحریک شده این مورد را توجیه عمل خود قرار دهد چون هر چند هم تحریک شده باشد، در آن لحظه دارای اختیار بوده و توانایی این را داشته که از این اقدام خودداری کند بنابراین عمل وی زنای اکراهی است. اما در مورد کیفیات مخففه باید گفت که تحریک توسط شخصی غیر از مجنی علیه از علل و موجبات کیفیات مخففه به شمار نیامده و حتی اگر هم این مورد جزء کیفیات مخففه بود نمی توان به کیفیات مخففه استناد کرد، چون این کیفیات مخففه برای جرائم تعزیری است نه حدی. و ماده ای هم در مورد تخفیف این جرم پیش بینی نشده، بنابراین مرتکب نمی تواند در این مورد نیز درخواست تخفیف مجازات بکند.

نتیجتاً باید گفت که نسبیت ارزش پشتیبانی شده در تجاوز جنسی از تعارض جنسیتی ناشی می شود که جایگاه زن و اندام جنسی وی به عنوان ارزشی نسبی از خصوصی ترین بخش زندگی زن گرفته تا به عمومی ترین حوزه های جامعه کشیده می شود. این ارزش نسبی بیشتر گرایش به حفظ حریم و عفت خصوصی زن را در پیش دارد و حمایت خود را در حیطه تجاوزات جنسی به زن سوق می دهد و ارزش خود را به تجاوزات صورت گرفته علیه مرد باز می دارد که این نمونه ای از تعارض جنسی است. به سخن دیگر، در تجاوز جنسی، بزه دیدگی زن محوریت دارد و حتی بزه دیدگی مرد در ابهام است. بزه دیدگی زن نیز بر مبنای عفت و ناموس جامعه اسلامی تعبیر می شود و گذشت بزه دیده تنها این ضمانت اجرا را تغییر می دهد ولی ارزش عفت و اخلاق عمومی در هر حال پایه قضاوت درباره ارزش در تجاوز جنسی است.

۳. ناروشنی عناصر حقوقی تشکیل دهنده

تجاوز جنسی از جهت ارکان تشکیل دهنده، ناقص و ناروشن است و دگرگونی های قانونی در ایران نشان از همین وضعیت دارد. بزه تجاوز جنسی به عنوان فصلی مستقل و تشریح شده در قانون مجازات اسلامی بیان نشده است و تنها تعاریفی که از این بزه بیان شده در کتب فقهی و توسط فقها صورت گرفته. در قانون مجازات اسلامی تنها به ذکر عباراتی از قبیل عفت و اکراه بسنده شده است که این باعث چالش های در این زمینه شده است. بزه تجاوز جنسی در قانون فعلی به شکل یک حقیقت عرفی بیان شده و آن هم بیشتر به عنوان تجاوز یک مرد به یک زن آمده است و قانونگذار نیز به این امر صحنه گذاشته است. ناروشنی عناصر تشکیل دهنده باعث شده که حمایت قانونگذار از بزه دیدگان این جرم به مراتب کمتر و محدودتر باشد و افعالی که توسط متجاوزان



صورت می‌گیرد و حتی آثاری مخرب‌تر از این عنوانی که در حال حاضر قانونگذار تصریح کرده، داشته باشد اما به دلیل این که در محدوده قانونگذاری جای نمی‌گیرد باعث می‌شود که قضات با استناد به اصل قانونی بودن از آن چشم‌پوشی کرده و از مجرمانه بودن آن عمل خودداری کنند. در عنصر قانونی، تنها ماده‌ای که قانون‌گذار به شکل ناقص به این جرم پرداخته ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ است که در بند (ت) مقرر می‌دارد «زنای به عنف و اکراه از سوی زانی، که موجب اعدام زانی است» در قانون مجازات مصوب ۱۳۷۰ ماده‌ای با عبارت در حکم زانی به عنف و در چه صورتی فعل مرتکب مصداق زانی به عنف است پیش بینی نشده است اما در تبصره ۲ ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اعمالی را در حکم زانی به عنف بر شمرده که در جای خود قابل چالش می‌باشد «هرگاه کسی با زنی که راضی به زانی با او نباشد در حال بیهوشی خواب یا مستی زنا کند رفتار او در حکم زانی به عنف است. در زنا از طریق اغفال و فریب دادن دختر نابالغ یا از طریق ربایش، تهدید و یا ترساندن زن اگر چه موجب تسلیم شدن او شود نیز حکم فوق جاری است» قانون‌گذار در عنصر قانونی عناصر تشکیل دهنده یک جرم را به روشنی در مورد بزه زانی به عنف به کار نبرده و برای این جرم از عبارات زانی به عنف استفاده کرده و با ذکر این عبارت برای اینکه اعمال مجرم در حیطه این ماده قرار بگیرد و با توجه به مواد ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و تبصره‌های آن می‌توان گفت که باید رابطه جنسیتی با بزه‌دیده آن هم به صورت دخول آلت تناسلی داشته باشد تا در حیطه این ماده قرار بگیرد و اعمالی خارج از این مقوله یا اصلاً در حیطه عنصر قانونی بودن جرم قرار نمی‌گیرد و یا اگر عنوان عنصر قانونی به خود بگیرد مجازات به مراتب کمتری نسبت به این ماده در انتظارشان هست و با آثار مخرب‌تری نسبت به عمل زانی به عنف در انتظار بزه‌دیده بنابراین جا دارد قانون‌گذار در این زمینه ارتکاب اعمالی که در خارج از محدوده روابط جنسی قرار می‌گیرد و آثار به مراتب مخرب‌تری را در پی دارد، مثل اینکه یک شخص با اشیایی به یک زن حمله کند و با همان اشیاء او را مورد تجاوز جنسی قرار دهد، جرم انگاری کرده و مجازاتی متناسب با آن را در نظر بگیرد و یا از عبارت تجاوز جنسی استفاده کند که مقوله‌های خارج از زنا را هم به گونه‌ای در برگیرد و این همان از مقوله تعارض جنسیتی نشأت می‌گیرد که تنها درصدد حمایت از اندام جنسی زن که توسط یک مرد از طریق دخول آلت تناسلی مورد تعرض و تجاوز قرار می‌گیرد. در عنصر مادی، رفتار مجرمانه در ماده ۲۲۴ صریحاً بیان نشده و آنچه از تبصره ماده فهمیده می‌شود این است که رفتار مرتکب باید به شکل افعال مادی مثبت و بالمباشره صورت بگیرد بحث چالش برانگیز رفتار مجرمانه این است که اگر اعمال زانی به عنف و در حکم زانی به عنف به صورت بالتسبیب صورت بگیرد و حتی آثار مخرب‌تری بر بزه‌دیده و نیز جامعه داشته باشد باید در کدام مقوله و در کدام ماده قانون مجازات جای بگیرد تا بتوان

مرتکبان را مجازات کرد. این خلأ قانونی باعث می‌شود که مجرمان میل و رغبت بیشتری برای ارتکاب این جرائم داشته باشند. در موضوع جرم، اول اینکه این جرم بیشتر علیه زنان ارتکاب می‌یابد و این یکی از نمادهای تعارض جنسیتی است. رویکرد قانونگذار در این مقوله بیشتر جسم شخص بزه‌دیده و اندام تناسلی بزه‌دیده می‌باشد که توسط اشخاص بزهکار صورت می‌گیرد و اعمالی از قبیل خشونت‌های جنسی و آزار جنسی را در برنمی‌گیرد و در حال حاضر شاهد ارتکاب جرم‌های خشونت جنسی و آزار جنسیتی فراوانی هستیم که به دلیل خلأ قانونی در این زمینه یا نمی‌توان مرتکب را مجازات کرد یا مجازات به مراتب خفیفی در انتظار مرتکب می‌باشد که این باعث جریح‌تر شدن مرتکبان و میل و اشتیاق را به ارتکاب این جرم‌ها بیشتر می‌کند. وسیله مجرمانه در این مقوله باید به وسیله شخص و بالمباشره صورت بگیرد و مباشرت شخص در این جرم سهم بسزایی دارد. بحث چالش برانگیز در این عنوان مجرمانه این است که اگر مرتکب با اعمالی غیر از دخول جنسی به فرد بزه‌دیده تجاوز کند در کدام مقوله جرم زنا به عنف قرار می‌گیرد این ناروشنی عناصر تشکیل‌دهنده جرم باعث می‌شود که قضات به سادگی از کنار این گونه افعال عبور کرده و آن را در حیطه جرم زنا به عنف قرار ندهند و دستاویزی برای رهایی مجرمان فراهم می‌کنند. و همان طور که قبل از این گفته شد این ناشی از رویکرد تعارض جنسیتی به نگاه زن محورانه و آلت تناسلی وی می‌باشد. برای اینکه بتوان شخص بزه‌کار را مجازات کرد باید حتماً عمل زنا صورت گرفته باشد بنابراین زنا به عنف یک جرم مطلق نیست بلکه نیاز به نتیجه و ارتکاب عمل است. در باب عنصر معنوی هم مرتکب باید سوءنیت عام داشته باشد یعنی اینکه مرتکب با علم و آگاهی دست به ارتکاب این جرم بزند. بنابراین اگر در حال مستی و یا در حالت جنون و یا حتی در حالت هیپنوتیزم دست به ارتکاب این اعمال بزند نمی‌توان گفت که مرتکب جرم زنا به عنف شده است. سوء نیت خاص در این بزه مورد تجاوز قرار دادن قربانی می‌باشد بنابراین اگر قصد تجاوز نداشته باشد نمی‌توان گفت که تجاوز به عنف صورت گرفته است. انگیزه در این مقوله بی‌تأثیر است بنابراین اگر بزه کار بنا بر دلایل شخصی از جمله اعمال غرض ورزی یا حسادت و یا انتقام دست به این کار بزند باعث نمی‌شود که از مجازات معاف شود یا حتی از اعمال کیفیات مخففه برخوردار شود. موردی که در این جا قابل بحث است این است که اگر تحریکات زن برای ارتکاب این جرم مؤثر باشد یا این که با استفاده از لباس‌های نامتعارفی که توسط بزه‌دیده صورت می‌گیرد و باعث تحریک بزه‌کار می‌شود و به دنبال آن تجاوز اتفاق می‌افتد آیا در این مورد می‌توان این اقدامات بزه‌دیده را مورد توجه قرار داد و موجبات تخفیف مجازات بزهکار را فراهم کرد؟ در جواب باید گفت این از عنوان تعارض جنسیتی و حمایت از نوامیس زن نشأت می‌گیرد که با توجه به عناصر ناروشن تشکیل‌دهنده جرم، قضات نباید این اعمال کجروی بزه‌دیده را در حکم خود در نظر بگیرند و حتی



از اعمال کیفیات مخففه استفاده کنند چون قانونگذار در این مقوله بیشتر عدالت کیفری را در نظر داشته تا رویکرد بزه‌دیده محور بودن، این همان دیدگاه تعارض جنسیتی و حمایت‌های رویکرد تعارض جنسیتی به نگاه زن محورانه است که باعث شده قانونگذار از یک سری اعمالی که ناشی از تحریکات قربانی و به نوعی بزه‌دیدگی قربانی است چشم پوشی کند. البته جا دارد قانون‌گذار در این زمینه تدابیری بیندیشد چون باعث می‌شود قضات در صدور کیفر در اثر یک سری اعمال سلیقه یا احساسات، کیفری به مراتب بیشتر از آنچه که در خور مرتکب است اعمال کنند و رفتار ناشایست بزه‌دیده را در نظر نگیرند.

۴. رویه قضایی سرگردان

رویه قضایی ایران در قبال تجاوز جنسی به طور کامل از بایسته‌های نظم عمومی و حتی امنیت ملی، عفت و اخلاق عمومی، اقتضائات محیطی و بومی، شرایط خانواده بزه‌کار و بزه‌دیده و شرایط خود آن‌ها تأثیر می‌پذیرد. به همین جهت تعیین ضمانت اجراها در دادگاه‌ها از همه این عامل‌ها که خود تابعی از تعارض جنسیتی است، از خفیف‌ترین حالت (اجرای رسم عرفی ازدواج میان بزه‌کار و بزه‌دیده) تا شدیدترین آن‌ها (اعدام) در نوسان است.

در بحث زنا به العنف با-توجه به کیفر سخت اعدام که برای این جرم در نظر گرفته شده است باعث شده که شیوه اثبات این جرم هم برای قربانی سخت‌تر شود و در مقابل هم یک جرم به ظاهر زنا ساده در اثر یک سری رفتارهای نابجای قربانی و آثار مخربی که در ارتکاب آن به وجود می‌آید باعث می‌شود که زنا به العنف تلقی شود و مرتکب را به پای چوبه دار بکشاند، مثل رسانه‌ای کردن این جرم یا صحنه سازی‌های که توسط بزه‌دیده در این زمینه صورت می‌گیرد. با توجه به ناکارآمدی ادله اثبات جرم در بحث زنا به العنف باعث می‌شود که قضات با برداشت‌های که از شیوه ارتکاب این جرم به دست می‌آورند موجب می‌شود که بزه‌کار از مجازات‌هایی یابد و قربانی این جرم بیشتر در مظان اتهام قرار گیرد و آثاری از قبیل بی‌اعتماد کردن قربانیان جرم به دستگاه قضا و یا کتمان نگه داشتن این جرم می‌شود که به نوبه خود باعث میل و رغبت بیشتر بزه‌کاران و جریح‌تر شدن آنان به ارتکاب این اعمال شنیع می‌شود. قضات شاید به دلیل یک سری انگیزه‌های که بزه‌کاران این جرم بیان می‌کنند و نیز باتوجه به سوابق قربانی و رابطه‌های دوستانه‌ای که با هم داشته‌اند، تمایل چندانی برای اعمال این کیفر ندارند و باعث می‌شود که بسیاری از بزه‌کاران برای رهایی از این مجازات سنگین با اعمالی از قبل طراحی شده خود را به قربانی نزدیک کرده و از طریق تماس‌های تلفنی و یا پیامک‌های که بینشان رد و بدل شده دستاویزی برای توجیه کردن عمل خود قرار دهند و قضات را تحت تأثیر خود قرار داده و از اعمال کیفر سنگین اعدام

رهایی یابند. در این رابطه می‌توان به رأی صادر شده که توسط قاضی شعبه ۲۸ دیوان عالی به آن ایراد نموده اشاره کرد. شعبه اول دادگاه کیفری استان خراسان جنوبی در پرونده کلاسه ۲۵۶/۸۶ طی دادنامه شماره ۴۰۵/۷۵ مورخ ۲۵ تیر ۱۳۸۶، (عباس - ه) را به جرم ارتکاب زنا به عنف نسبت به (حکیمه - ب) به شرح مندرج در دادنامه مزبور با استناد به مواد ۶۳ و بند (د) ماده ۸۲ و ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی به مجازات اعدام از طریق آویختن به دار محکوم کرده بود. حجت الاسلام و المسلمین سید علی اصغر حسینی، رئیس شعبه ۲۸ دیوان عالی کشور گفت: آنچه قضات دادگاه بدوی برای حصول علم به آن استناد کرده‌اند، اگر منظورشان حصول علم به اصل زناست که ظاهراً نظرشان این است. در این خصوص اما حرفی نداریم، حصول علم می‌شود. از محتویات پرونده نیز علم حاصل می‌شود؛ ولی اگر نظرشان زنا به عنف است، از آنچه به آن استناد کردند، برای اثبات زنا به عنف، عنف ثابت نمی‌شود. بنابراین، رأی دادگاه کیفری استان خراسان جنوبی را ما به این دلیل نقض کردیم، حرف ما هم همین است.

وی بیان داشت: شاکی با متهم دوست بوده و در بهمن ماه ۱۳۸۵ این اتفاق افتاده و بعد از ۳ ماه اعلام شکایت می‌کند؛ آن هم به دلیل این‌که دوست متهم، که رقیب او بوده و نمی‌خواست به او با فرد مورد نظر ارتباط داشته باشد و دوست و هم اتاقی شاکی به پلیس ۱۱۰ تلقین زده است. همچنین اگر شما قاضی پرونده باشید، اطمینان پیدا می‌کنید که متهم واقعاً به عنف به شاکی تجاوز نکرده است. همانطور که می‌دانید مجازات این جرم اعدام است. طبق قانون ما در این جایگاه هستیم که واقعاً رسیدگی کنیم و نظارت کنیم و اگر مشاهده کردیم پرونده مطابق با مقررات شرعی نیست، بتوانیم برای نجات متهم راه‌حل بیندیشیم. حجت الاسلام و المسلمین سید محمد باقر حسینی، قاضی دیوان عالی کشور بیان داشت: این دختر، یک دختر عقب افتاده نبوده تا نتواند از خود دفاع کند. در شهر بوده است و در جایی بوده که به پلیس و دادسرا دسترسی داشته است. وی اظهار داشت: پدر و مادر شاکیه را به شهری دور فرستاده‌اند که درس بخواند او یک معشوق پیدا کرده و دنبال این حرف‌ها رفته است و ممکن است که دست به خودکشی هم زده باشد، از کارهایش پشیمان شده؛ ولی این‌ها دلیل نمی‌شود که متهم با او زنا به عنف کرده باشد.

در مواردی هم قضات در رابطه با این‌که آیا تجاوزی صورت گرفته یا نه به نظریه پزشکی قانونی استناد می‌کنند «اگر پزشک قانونی تشخیصی در خصوص آثار و علایم ضرب و جرح مشاهده نمود در این صورت بزه تجاوز را محرز می‌دانند و در غیر این صورت اگر علائمی دیده نشود آن را تجاوز به عنف نمی‌دانند. یا این که قربانی به دلیل ناآگاهی یا مشکلات ناشی از عدم صلاحیت دادگاه رسیدگی کننده نتوانسته سریعاً به پزشکی قانونی کند و آثار ضرب و جرح از بین رفته و قضات با استناد به البینه علی المدعی این را مکمل شخصی قربانی تلقی کرده و موجبات برائت متهم را فراهم

می‌کنند» «فرجی‌ها و آذری، ۱۳۸۸: ۳۰۵» در حالی که باید بیان نمود که تجاوز به عنف تنها از طریق ضرب و جرح حاصل نمی‌شود بلکه تهدیدهای که در این زمینه صورت می‌گیرد از جمله تهدیدهای مبنی بر افشای رابطه دوستی و غیره می‌تواند رضایت قربانی را مخدوش کرده و به زور و عنف با بزه‌کار همبستر شود. در این رابطه می‌توان به نظر یکی از قضات دیوان عالی در خصوص رأی اصراری شماره ۷/۸۶ مورخ ۱۰ دی ۱۳۸۶ دادگاه کیفری استان مستقر در قاین در ۲ بخش که در این زمینه این گونه تهدیدها را به دلیل ارتباط قبلی با متهم به عنف ندانسته اشاره نمود:

عرب‌نیا، قاضی دیوان عالی کشور عنف را در این پرونده تحقق یافته ندانست و بیان داشت: شکایت اولیه شکیه که قرائت شود، مشخص هست که بار اول این آقا شماره تلفنش را به این دختر خانم داده و او هم زنگ نزده است. بار دوم دوباره رفته و پس از سوار کردن به او گفته است من همان کسی هستم که شماره تلفن به تو دادم. شکیه با دوستش بوده و زمینه ارتباط ایجاد شده است. وی با اشاره به اظهارات زوجه متهم گفت: زوجه می‌گوید شکیه بارها به منزل ما زنگ می‌زد و مزاحم می‌شد و همه این‌ها دلالت بر این دارد عدم رضایت که اشاره می‌کنید، مطرح نبوده است. در ابتدای کار وی با رضایت ارتباط را برقرار کرده و بعد هم دیگر نتایج و تبعات این ارتباط اولیه بوده که مسائلی که در پرونده مطرح شده است. به نظر من رأی شعبه دیوان عالی کشور موافق با احتیاط هست و زنای به عنف در اینجا ثابت نیست.

در مواردی «تحقیقات نشان داده که اغلب پرونده‌های مورد رسیدگی با استناد به انکار متهم و گزارش پزشکی قانونی و نهایتاً عدم حصول علم رأی برائت دریافت نموده و پرونده برای رسیدگی به سایر موارد منافی عفت به دادگاه صالح عودت گردیده» (فرجی‌ها و آذری، ۱۳۸۸: ۳۰۶). عدم حصول علم از سوی قاضی در رابطه با بزه خطرناک تجاوز به عنف و به دنبال آن حکم برائت برای یک متهم خطرناک، که زمینه ساز نابودی بنیان یک خانواده می‌شود و حتی تبعات بسیار سنگین دیگری هم که به دنبال دارد در رویه قضایی ایران بسی جای تأمل است. در رابطه با رویه‌های قضایی متفاوتی که در این زمینه صادر می‌شود می‌توان به جنبه حق الهی بزه تجاوز به عنف اشاره کرد «بزه تجاوز به عنف از مصادیق حدود است و تعمیم نابه جای قضات دادگاه کیفری استان به قاعده تدرء الحدود با الشبهات موجب تضییع حقوق شاکی و نادیده گرفتن بعد حق الناسی این بزه شده است. زیرا قضات دادگاه کیفری استان در برخی موارد صرفاً به بعد حق الهی توجه کرده و از انجام تحقیقات گسترده منجر به کشف حقیقت امتناع می‌ورزند. در برخی پرونده‌ها ظاهر نامناسب قربانی و سابقه کیفری جنسی وی به عنوان ابزاری برای تبرئه متهم یا محکومیت او به مجازات کم‌تر استفاده می‌شود. درحالی‌که به نظر می‌رسد ظاهر نامناسب قربانی نه تنها عامل بسیار مهم در اتخاذ تصمیم مجرمانه محسوب نمی‌گردد، بلکه دلیلی بر رضایت قربانی تلقی نمی‌گردد و قضات باید

ملاک‌های مهم دیگری را برای رضایت یا عدم رضایت در نظر بگیرند.» (فرجی‌ها و آذری، ۱۳۸۸: ۳۰۷).

دست آورد

شناخت حقوقی تجاوز جنسی در حقوق کیفری ایران بدون بررسی عرف و بایسته‌های اجتماعی از یک سو و پرونده‌های موردی از سوی دیگر شدنی نیست. به دلیل این که قانون تعریف مشخص و معینی از معیار عرف ارائه نداده است و بیشتر مصداق‌هایی از آن را به عنوان تجاوز جنسی یا در حکم آن برشمرده است، باعث شده قضات در خصوص جرم انگاری یک سری رفتارهایی که به عرف صورت می‌گیرد قاعده درء را بیشتر به تجاوز جنسی ترجیح دهند و زنای به عرف را به یک زنای ساده تبدیل کنند. این پدیده به طور پررنگ جنبه جمعی و فردی را به طور یکجا با هم یدک می‌کشد. با آن که این پدیده، حساس‌ترین هنجارشکنی در نزد جامعه است ولی از سوی دیگر، تجاوز جنسی از پرونده‌ای به پرونده دیگر فرق دارد و هر یک شرایط ویژه‌ای داشته و به فرجام متفاوتی می‌انجامد. که ناشی از نارسایی ادله اثبات ویژه و مشخصی برای این جرم از سوی قانون‌گذار می‌باشد که باعث می‌شود قضات از این نارسایی قانونگذار به نفع متهم استفاده کنند و از رفتار صورت گرفته به عنوان عرف خودداری کنند. این سایه نسبیت، به راستی از تعارض جنسیتی و نگاه زن‌محورانه به پدیده تجاوز جنسی ناشی می‌شود. میزان سرزنش‌پذیری تجاوز جنسی در نزد قضات به میزان واکنش جامعه در برابر آن پرونده است. تعدد متجاوز، سن پایین بزه‌دیده و یا مذهبی بودن شخص مورد تجاوز می‌تواند عاملی برای درک حساسیت‌های جامعه باشد ولی تجاوز جنسی مادون دخول جنسی یا تجاوز جنسی به زنی که قبل از آن به گونه‌ای واکنش معنادار نشان داده است، می‌تواند بیرون از دایره این پدیده قرار بگیرد. بنابراین در تجاوز جنسی زن محوری از دید اجتماع لحاظ می‌شود تا از دید رضایت و خواست خود وی. با آنکه بعد جمعی تجاوز جنسی در نظام حقوقی ایران محوریت دارد ولی از دید رفتار مجرمانه، قانونگذار در روند قانونگذاری با عباراتی از قبیل زنای به عرف بیشتر بر جسم بزه‌دیده و عمل دخول محور مرتکب تأکید می‌کند و بیشتر حمایت خود را منظر جسم بزه‌دیده اعلام می‌کند؛ بنابراین از رفتارهایی که باعث می‌شود اخلاق و عفت و یا حتی بعد روحی بزه‌دیده را جریحه‌دار کند چشم پوشی کرده که جا دارد در این زمینه در روند قانونگذاری تجدید نظر شود و اعمالی را که به مراتب خطرناک‌تر از بحث روابط جنسی است جرم‌انگاری کند و یا از عبارت تجاوز جنسی بهره بگیرد که این اعمال را هم به نوعی تحت پوشش خود قرار دهد. در بحث عناصر تشکیل دهنده، جا دارد قانونگذار یک فصل را به این بزه اختصاص دهد و عناصر تشکیل دهنده آن و تأثیر انگیزه و ادله اثبات کننده آن را تشریح کرده که هم باعث

شود قضات با قاطعیت با این بزه برخورد کنند و هم رویه قضایی ما در برخورد با این بزه قاطع تر و از اعمال یک سری سلیقه‌ها توسط قضات در برخورد با این جرم و نیز دور زدن قانون توسط مجرم برای رهایی از ارتکاب این جرم جلوگیری شود. در بحث اعلام جرم، قانونگذار باید بین اقرار در جرائم منافی عفت به عنف و ساده که دارای شاکی نمی‌باشد تفکیک قائل شود و دستاویزی برای رهایی متهمان به عنف از مجازات نشود. یکی دیگر از نارسایی‌های که می‌توان به آن اشاره کرد عدم استفاده از ظرفیت مجازات‌های تعزیری در مواردی که مجازات حدی این جرم به نوعی قابل اجرا نباشد که جا دارد در این مورد هم قانون‌گذار با پیش بینی مجازات‌های تعزیری از این نارسایی‌ها بکاهد.

منابع

- ابن منظور (۱۴۱۴ ه.ق)، **لسان العرب**. بیروت: دار الفكر للطباعة
 آذرنوش، آذرتاش (۱۳۸۲)، **فرهنگ معاصر عربی فارسی**. تهران: نشر نی
 ایمانی، عباس (۱۳۸۲)، **فرهنگ اصطلاحات حقوق کیفری**. تهران: آریان
 جوهری، اسماعیل بن حماد الصحاح (۱۴۱۰ ه.ق)، **تاج اللغة و صحاح العربیة**. بیروت: دار العلم للملایین
 جعفری، مجتبی (۱۳۹۴)، «آخرین تحلیل انتقادی مرزهای رضایت در جرم تجاوز جنسی: حقوق موضوعه و ضرورت‌های اصلاح آن»، **پژوهش حقوق کیفری**، سال سوم، شماره ۱۰، ص ۱۲۷-۱۱۳.
 جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۶)، **ترمیم‌ولوژی حقوق**. تهران: گنج دانش
 داد مرزی، سید مهدی (۱۳۸۰)، **ترجمه تحریرالروضه فی شرح المعه**. نشر طه
 دانش، تاج زمان (۱۳۹۲)، **مجرم کیست**. جرم شناسی چیست. انتشارات کیهان
 صانعی، یوسف (۱۳۸۴)، **استفتائات**. انتشارات میزان
 عاملی نبطی جزینی، احمد (شهید اول) (۱۳۸۵)، **ترجمه دکتر علی شیروانی**. **لمعه دمشقیه**. قم: دارالفکر
 علامه، غلام حیدر (۱۳۸۵)، **جنايات علیه بشریت در حقوق بین الملل کیفری**. تهران: انتشارات میزان
 فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰ ه.ق)، **کتاب العین**. قم: نشر هجرت

- فرجی‌ها، محمد و آذری، هاجر (۱۳۸۸)، «حمایت کیفری از زنان قربانی تجاوز به عنف در حقوق ایران»، فصلنامه علمی - پژوهشی رفاه اجتماعی، سال یازدهم، شماره ۴۰، ص ۳۱۴-۲۸۷.
- کجباف، محمد باقر (۱۳۹۱)، روانشناسی رفتار جنسی (نظریه‌ها و دیدگاه‌ها). تهران: نشر روان
- گودرزی کیانی، فرامرز مهرزاد (۱۳۸۵)، پزشکی قانونی. انتشارات سمت
- لطفی، اسدا.. (۱۳۸۸)، ترجمه شرح لمعه شهید ثانی. انتشارات مجد
- مجلسی، ملاباقر (۱۳۸۷)، رساله حقوق حدود و دیات. چاپخانه طلوع آزادی. ناشر پیام حق
- محقق حلی (۱۳۷۲)، شرایع الاسلام. انتشارات دانشگاه تهران
- معین، محمد (۱۳۸۳)، فرهنگ فارسی یک جلدی کامل. انتشارات امیر کبیر
- موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم (۱۴۲۷ ه.ق)، فقه الحدود و التعزیرات جلد ۱. قم: انتشارات دانشگاه مفید
- موسوی خمینی، روح الله (۱۴۰۴ ه.ق)، تحریر الوسیله. قم: موسسه مطبوعات دارالعلم. بی تا
- نجفی، شیخ محمد حسین (۱۴۰۴ ه.ق)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام ج ۴۱. ناشر دارالکتاب اسلامیة
- محمد نسل، غلامرضا (۱۳۸۵)، مجموعه مقررات دیوان بین المللی کیفری. چاپ اول. تهران. نشر دادگستر
- پاسخ و سؤالات از کمیسیون استفتائات و مشاورین حقوقی شورایعالی قضایی (۱۳۶۳)، تهران: روزنامه رسمی
- Rape and sexual violence: Human rights law and standards in the International Criminal Court. Amnesty International September 30, 2011
- Sessions Stepp, Laura (2007), "A New Kind of Date Rape". Cosmopolitan. Retrieved
- Tarrant, Shira (2009), Men and Feminism: Seal Studies. ISBN 978-1-58005-258-0
- <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com>
- http://fa.wikipedia.org/wiki/تجاوز_جنسی_#آمریکا

Sexual Assault and Gender Conflict

Akbar Noroozi^{1✉}
Dr. Hassan Alipour²

Received: 2017/06/20

Accepted: 2019/05/01

Linguistic and cultural attitudes to social and religious approaches to the phenomenon of sexual assault causing this phenomenon as a real criminal with specific constituent elements is not in Iran's legal system. Criminal titles after the domain of blaming, with a separate title, enter into a legal area and with a special view, appear in the judicial process. The rape of this process is a far-reaching process and, at the very first step, it is blamed on the challenges that these challenges face in the legislative sphere. The lexical force of the Persian language is high in the sense of being part of the rape, the low level and the values supported by this phenomenon. The fundamental reason for this is gender conflict. Gender conflict in this paper is a general conception of social-conflict approaches. Due to various gender-based attitudes, the legal process of rape in Iran's legal system has not been established and has resulted in violent sexual behaviors and sexual orientation.

Key word: Sexual assault, Sexual act rape, Gender discrimination, Social and cultural approaches

1.M.A in Criminal Law and Criminology, Uuniversity of Esfahan

akbar.noroozi65@gmail.com ✉

2. Faculty Member, Farabi Campus - University of Tehran.

The Foundations and Position of Attorneyship of Accused in the International Instruments and Iranian Criminal Justice System

Morteza Arefi^{1✉}

Dr.Jalil Omid²

Received: 2017/08/20

Accepted: 2019/05/01

Criminal procedure is a system that ensures the accused's rights. One of the norms of this system is accused's access to an attorney. The importance of this norm is so great that international instruments and domestic laws, identifying this right, have expressed necessity of attorney presence in favour of the defendant in some cases. This article seeks to answer two questions: What is the foundations attorneyship of accused? How much do the international documents and Iranian criminal justice makers pay attention to these bases?

The findings of this research illustrate that human right foundations, criminal policy strategies and criminology doctrines justify access to a lawyer in favour of accused. In recent year's positive change have occurred in the approach of the Iranian criminal justice system to the right of accused to have a lawyer. However, limitative provisions such as 48 article of Criminal Procedure Law and failure to provide a guarantee of the violation of the right are the things that can be criticized.

Key words: *Lawyer, Attorneyship of accused, Defendant rights, International Instruments, Fair trial.*

1. Ph.D of Criminal law and Criminology, Tarbiat Modares University

arefi1368@gmail.com ✉

2. Professor in Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of Tehran

**Architectural Solutions for Crime Prevention in Open Residential Complexes at Block as a Level of Residential Space
-Case Studies: Rasht Mehr Housing, Rasht Orkide Golsar Housing and Talesh Basijian Housing-**

Seyyed Ameen Seyyedein¹
Dr. Mehrdad Javaherian²✉
Dr. Hossein Aghababaei³
Dr. Qader Bayzidi⁴

Received: 2017/08/27

Accepted: 2019/06/12

The purpose of this study was to investigate and categorize the crime preventive measures at residential block level. Paying attention to different levels of residential space and the categorization of solutions derived from concepts such as natural surveillance, territory, access control and audibility can be an effective step in clarifying how strategies are influenced and it is influential in presenting and predicting the results of strategies. Different levels of residential space are space, unit, block, complex, neighborhood, district, town or city. The information gathering method in this paper is taking notes from library resources and the questionnaire tool for field studies that were analyzed with statistical methods. The findings indicate that the application priority of each of principles of natural surveillance, territory, access control and audibility in providing solutions is different according to the residential level of block and in particular the type of its attributes.

Key words: *Situational crime prevention, "Block" as a level of residential space, Natural surveillance, Territory, Access control and audibility*

1. PH.D Student in architecture, Islamic Azad University, Sanandaj Branch.

2. Assistant Professor, University of Guilan,

m2_javaherian@yahoo.com ✉

3. Associate Professor, University of Guilan

4. Assistant Professor, Islamic Azad University, Sanandaj Branch

Designated and Textual Tazirat in Islamic Penal Code in the Light of the Principle of Legality

Dr. Hossein Soleimani¹✉

Received: 2018/01/20

Accepted: 2019/06/12

Legislative system in Islamic Penal Code (1392/2014) has mentioned an unfamiliar institution named "Designated Tazir" and made it difficult for lawyers and scholars to understand its notion and examples. The author believes that in law enacted in 2014 it has explicitly accepted the Principle of Legality in Tazirat penalties; therefore, to recognize specific instances of "Designated Tazir" only penal law must be referred to. This article aims to identify specific instances of designated Tazir punishments taking different views into account. Two criteria are highlighted: according to the first criterion, a designated Tazir must be explored in accordance with the principle of legality like other Tazir punishments. As for the second criterion, designated Tazir punishments are like *Hudud*, the specific instances of which must be identified in accordance with article 220 of the Islamic penal code. The author believes that neither of these two criteria is sufficient and suggestion such a mechanism is futile and baseless.

Key words: The Principle of Legality, Textual Tazir, Predetermined Tazir, Flogging, *Hudud*

1. Assistant Professor, Mofid University.

soleimani_h@mofidu.ac.ir ✉

A Comparative Study on Conspiracy in International Criminal Courts

Seyed Mostafa Mousavi¹
Dr. Mahin Sobhani²✉
Dr. Mojtaba Janipour³

Received: 2017/09/26

Accepted: 2019/06/12

M.A in Criminal Law & Criminology at University of Guilan According to the nature of international crimes which are often committed because of the conspiracy between two or more persons, there is much more need to criminalize conspiracy for international crimes than for ordinary crimes. Although there was the conspiracy in the Nuremburg and Tokyo Charters in general, it has been limited to Genocide in ICTY and ICTR Statutes and finally, it was removed from the ICC Statute. Exploring the statutes and jurisprudence of the international criminal courts shows that there are two different kinds of conspiracy: conspiracy as an inchoate crime, and conspiracy as a mode of participation. Even though by introducing various modes of collective responsibility in Art. 25(3) of the statute of the ICC, it is not necessary to express conspiracy as a mode of participation in the ICC, there also remains the necessity of criminalizing conspiracy as an inchoate crime in the ICC.

Keywords: *Conspiracy, Joint Criminal Enterprise, Inchoate Crime, Modes of Participation, Crimes against Peace, Genocide.*

1. M.A in Criminal Law & Criminology at University of Guilan

2. Assistant Professor, University of Guilan

mahin_sobhani@yahoo.com ✉

3. Associate Professor, University of Guilan

Criminal Liability of Legal Persons in Iran and Germany

Dr. Mansour Rahmdel¹✉

Received: 2017/10/04

Accepted: 2019/06/12

The debate of committing a crime by legal entities as a credit institution has long been a controversial issue in criminal law. Iranian lawmakers, until 2014, had not criminalized acts committed by legal entities, but, the penal code ratified in 2014 in its article 143 recognized criminal liability of legal persons. In Germany, officials have almost some authority to enforce legal safeguards, although there is no explicit law on the criminal liability of legal entities. To overcome this problem, in 2013, a draft law on criminal liability of legal entities has been drafted, but has not yet ratified as a law. To better explain the issue, we study the two criminal systems comparatively, in order to clarify why, despite the greater involvement of legal entities in the lives of individuals, the German legislator has not foreseen criminal liability for legal entities like Iran. The research methodology will be analytical.

Key words: *Criminal liability, Legal persons, Iran, Germany, Comparative study*

1. Assistant Professor, Islamic Azad University, Central Tehran Branch.

m_rahmdel@yahoo.com ✉

Investigating the Aggravating Circumstance of leadership and its Conditions in Iran and United State's Law

Dr. Elham Heidari¹✉

Received: 2018/01/11

Accepted: 2019/06/12

Committing a crime in a group and organized manner, with the leadership of one or more individuals, is a problem of the current societies. Such a phenomenon requires a proper legal response. Our legislator, in article 130 of the Islamic Penal Code, has made progress in predicting the maximum punishment of the most severe offense committed for the leadership. Nevertheless, the concept and conditions for the leadership in our law are ambiguous and questionable. Eliminating this ambiguity requires an investigation into Article 130, dispersed laws and judicial procedures.

In the United States, the leadership is the subject of law, and at the same time, the judicial system of the country attempts to clarify the conditions of leadership by issuing various opinions. In the present article, we try to clarify the concept and study the conditions of leadership in Iranian and American laws through a comparative approach.

Key words: *Leadership, Aggravating Circumstance, Criminal group, Islamic Penal Code, American law*

1. Assistant Professor, Shahrekord University

e.heidary@yahoo.com ✉

The Concept of Non-Criminal Deprivation of Liberty and its Various Types from the Viewpoint of the European Convention on Human Rights

Mohammadmehdi Barghi¹✉
Dr. Nasrin Mehra²

Received: 2017/07/11

Accepted: 2019/5/1

"Deprivation of liberty" has been known as one of the traditional executive guarantees of criminal law, used in the form of punishment for convicts. However, today with certain social norms and necessities, we are witnessing the use of "deprivation of liberty" in other branches in the form of official, educational, hygienic, disciplinary, and similar guarantees. The increasing importance and the extending use of this type of non-criminal "deprivation of liberty" in recent years, has caused the laws of various countries and international documents to recognize this type of "deprivation of liberty". Among these documents is the European Convention on Human Rights, which, as an advancing legal document in the international realm, in its 5th article, has considered an independent nature of criminal "deprivation of liberty", by numerating the instances of non-criminal "deprivation of liberty", while accepting the notion of non-criminal "deprivation of liberty".

Key words: *Deprivation of liberty, The European Convention on Human Rights, Punishment, Prison, Court*

1. PhD student in Criminal Law and Criminology. Shahid Beheshti University.

mmehdibarghi@yahoo.com ✉

2. Associate Professor, Shahid Beheshti University.

Criminal Law Research

Vol. 10, No. 1, Spring & Summer 2019 (Serial 19)

English Abstracts

- The Concept of Non-Criminal Deprivation of Liberty and its Various Types from the Viewpoint of the European Convention on Human Rights 2
M. Barghi, N. Mehra
- Investigating the Aggravating Circumstance of leadership and its Conditions in Iran and United State's Law 3
E. Heidari
- Criminal Liability of Legal Persons in Iran and Germany 4
M. Rahmdel
- A Comparative Study on Conspiracy in International Criminal Courts 5
M. Mousavi, M. Sobhani, M. Janipour
- Designated and Textual Tazirat in Islamic Penal Code in the Light of the Principle of Legality 6
H. Soleimani
- Architectural Solutions for Crime Prevention in Open Residential Complexes at Block as a Level of Residential Space -Case Studies: Rasht Mehr Housing, Rasht Orkide Golsar Housing and Talesh Basijian Housing- 7
A. Seyyedein, M. Javaherian, H. Aghababaei, Q. Bayzidi
- The Foundations and Position of Attorneyship of Accused in the International Instruments and Iranian Criminal Justice System 8
M. Arefi, J. Omid
- Sexual Assault and Gender Conflict 9
A. Noroozi, H. Alipour



In the Name of God



Iranian association of penal law

A Biannual Journal *Criminal Law Research*

Vol. 10, No. 1, Spring & Summer 2019 (Serial 19)

Concessionaire: University of Guilan

Editor –in-Chief: Associate Prof. Hossein Aghababaei

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
Associate Professor Mojtaba Janipour, University of Guilan
Professor Reza Simbar, University of Guilan
Associate Professor Hossein Gholami, Allameh Tabatabai University
Associate Professor 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
pajooreshname@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 19
- Vol. 10, No. 1, Spring & summer 2019

ISSN: 2322-2328

- The Concept of Non-Criminal Deprivation of Liberty and its Various Types from the Viewpoint of the European Convention on Human Rights
M. Barghi, N. Mehra
- Investigating the Aggravating Circumstance of leadership and its Conditions in Iran and United State's Law
E. Heidari
- Criminal Liability of Legal Persons in Iran and Germany
M. Rahmdel
- A Comparative Study on Conspiracy in International Criminal Courts
M. Mousavi, M. Sobhani, M. Janipour
- Designated and Textual Tazirat in Islamic Penal Code in the Light of the Principle of Legality
H. Soleimani
- Architectural Solutions for Crime Prevention in Open Residential Complexes at Block as a Level of Residential Space -Case Studies: Rasht Mehr Housing, Rasht Orkide Golsar Housing and Talesh Basijian Housing-
A. Seyyedein, M. Javaherian, H. Aghababaei, Q. Bayzidi
- The Foundations and Position of Attorneyship of Accused in the International Instruments and Iranian Criminal Justice System
M. Arefi, J. Omid
- Sexual Assault and Gender Conflict
A. Noroozi, H. Alipour