



Jurisprudential and Human Rights Challenges of Article 91 of Islamic Penal Code approved in 1392 on Death Penalty for Juveniles

Davood Nojavan^{1*} 

Ahmad Usefzadeh² 

Abstract

The provision of Article 91 of the Islamic Penal Code 1392 has ambiguities and difficulties both from a jurisprudential and human rights perspective. The possibility of interpreting the law to the effect that, in principle, adults under the age of 18 are sentenced to death, except in exceptional cases; the authority of the judge to prove that an adult under 18 years of age is not subject to exceptional cases; disregarding the personality of adults under 18, and the vagueness of the alternative punishment of the death penalty are some of these difficulties. The present article attempts to identify these ambiguities by employing a descriptive-analytical method and by using legal documents, Islamic jurisprudential and judicial opinions. Finally, some suggestions to modify the law were proposed.

Keywords: *juveniles, death penalty, perfection of reason, Jurisprudence and human rights challenge.*

1. Introduction

By ratifying human rights documents (such as Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights & Article 37 of the Convention on the Rights of the Child), Iran has committed not to execute persons under 18. However, in the previous Islamic Penal Code (1370), once children reached the age of legal maturity (9 and 15 full lunar years), they are supposed responsible even for crimes that were punishable by death. Therefore, death penalty for crimes before the age of 18 was incompatible with the mentioned obligations, until the Iran enacted Article 91 of the Islamic Penal Code of 1392 in this regard.

*1. Assistant Professor of Azarbaijan Shahid Madani University, Tabriz, Iran (Corresponding Author: d.nojavan@azaruniv.ac.ir).

². Assistant Professor of Azarbaijan Shahid Madani University, Tabriz, Iran.

From other hand, Iran also obliged to respect Islamic standards (the fourth principle of the Constitution of the Islamic Republic of Iran); Therefore, the Iran has two obligations regarding the death penalty for juveniles, the first one is a human rights obligation and the second is a religious obligation; Therefore, the compliance of Article 91 of the Islamic Penal Code with these two forms of commitment needs to be investigated. In this regards, the main questions are as follows: "1. What are the jurisprudential and human rights challenges of Article 91 of the Islamic Penal Code 1392 in relation to the death penalty for adults under 18 years of age? 2. What are the roots of these challenges? And 3. What is the solution for these difficulties?". In order to answer the three mentioned questions, three levels of analysis were adopted. First, each challenge is described and then criticized in terms of legal foundations, jurisprudential (fiqhi) evidence and relevant human rights documents. Then, the roots of these challenges and the presuppositions that exist at the background were analyzed. After that some suggestions to modify the law were proposed. The present article differs from previous researches in that it involves a comprehensive view of the challenges raised by article 91 of Islamic Penal Code and suggests a revision of the law.

2. Methodology

In this research, the ambiguities and difficulties of Article 91 of Islamic Penal Code 1392 in relation to the death penalty for juveniles, have been identified by using library sources and in a descriptive-analytical method.

3. Results and discussion

The difficulties of the article are extra-legal and extra-islamic jurisprudenece rather than jurisprudential or legal. Its root lies in the lack of attention to philosophical issues about jurisprudence and different levels of law (especially legislation and islamic jurisprudence). Having a cross-disciplinary and extra-legal perspective and paying attention to philosophical issues about jurisprudence and law, it is concluded that solving the problems depends on taking these issues seriously:

(1) In traditional and classical jurisprudence, the meaning of the "condition of reason" in criminal cases is not only its literal meaning (only the absence of insanity), but it also includes intellectual perfection. Therefore, failure to refer explicitly to the conditional nature of criminal liability and its dependance on intellectual perfection can not be the reason for its absence in jurisprudence. (2) The requirement of rational perfection for criminal liability is logical in the sense that the absence of explicit reference to it can not be attributed to Shariat; So, (3) believing that criminal liability is dependant on both intellectual perfection and criminal liability is possible and defensible from the point of view of Shari'ah and jurisprudence, and it is also necessity. (4) Legal system,

jurisprudence and Shariah in various legal fields (including law education, legal research, legislation, law enforcement and litigation) should move in this direction.

4. Conclusion

The two concerns of compliance with Islamic standards and with human rights obligations have led to the approval of Article 91 of the Islamic Penal Code (2012). The following five interpretations are inconsistent with the relevant human rights documents and cannot be defended based on the correct inference from Islamic jurisprudence:

(1) The article allows commentators to interpret the law in this way: death penalty of an adult under 18 is only an exceptional matter; (2) distinguishing and proofing of criminal maturity lacks criteria; (3) Given this fact that the perpetrator is not subject to the mentioned exception, the judge can even ignore the medical reports about the juvenile under 18 about reaching full Intellectual growth ; (4) The personality of a under 18 person who is punishable by death penalty is not considered; In the event that the judge determines that the juvenile under 18 is not executed due to the lack of full wisdom and criminal growth, the alternative punishments are ambiguous.

5. Selection of References

- Ameli, Zeyn al-Din (1410), **Tahrir Al-Rawdah fi Sharh Al-Lum'a**, First edition, Qom, Davari. [In Arabic].
- Beschle, D. L. (2006), Cognitive Dissonance Revisited: Roper v. Simmons and the Issue of Adolescent Decision-Making Competence, **the Wayne Law Review**, pp.52, 1-42.
- Cipriani, D. (2016), **Children's rights and the minimum age of criminal responsibility: a global perspective**, Routledge.
- Helli, Najm al-Din (1408), **Sharae al-Islam fi Masael al-halal Va al-haram**, second edition, Qom: Ismailian. [In Arabic].
- Hood R. & Hoyle C. (2015), **the Death Penalty: A Worldwide Perspective**, 5 editions, Oxford: Oxford University Press.
- Najafi, Mohammad Hassan (1404), **Jawahir al-Kalam**, vol. 41, seventh edition, Beirut: Dar Al-Ihya Al-torath Al-Arabi. [In Arabic].
- Raz, J. (2009), the Rule of Law and its Virtue. In A. Kavanagh and J. Oberdiek, **Arguing Abot Law**, London & New York: Poutledge.
- Sabouripour, Mehdi and Alavi Sadr, Fatemeh (1394), "The Criminal Age of Children and Juveniles in the Islamic Penal Code 1392", **Criminal Law Research**, Vol. 11, pp. 171-194. [In Persian].
- Siegel, L. J. & Senna, J. J. (2008), **Introduction to Criminal Justice**, Thomson & Wadsworth Publishers.

Spear, L. (2005-2006), Adolescent Brain Development, **Thomas M. Cooley Journal of Practical & Clinical Law**, 8, pp.11-45.

Citation:

Nojavan, D., and Usefzadeh, A. (2023), “Jurisprudential and Human Rights Challenges of Article 91 of Islamic Penal Code approved in 1392 on Death Penalty for Juveniles ” , **Criminal Law Research**, 14(27), pp. 311-335 DOI:10.22124/jol.2023.22945.2321

Copyright:

Copyright for this article is transferred by the author(s) to the journal, with first publication rights granted to *Criminal Law Research*. This is an open-access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution License (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



مقاله پژوهشی

صفحات: ۳۱۱-۳۳۵

تاریخ ارسال: ۱۴۰۱/۰۶/۲۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۲/۰۷

ریشه‌یابی چالش‌های فقهی و حقوق بشری ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در باب مجازات‌های سالب حیات نوجوانان

داود نوجوان^۱

احمد یوسف‌زاده^۲

چکیده

وضع ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ از جمله تلاش‌های قانون‌گذار در راستای انطباق قانون با دیدگاه‌های رایج فقهی و اسناد حقوق بشری است؛ اما ماده دارای ابهامات و دشواری‌هایی، هم از منظر فقهی و هم از منظر حقوق بشری است. امکان تفسیر ماده به اینکه اصولاً از بالغ زیر ۱۸ سال، سلب حیات می‌شود، مگر در موارد استثنایی؛ باز بودن دست دادرس در اثبات اینکه بالغ زیر ۱۸ سال مشمول موارد استثنایی نیست؛ بی‌توجهی به شخصیت بالغ زیر ۱۸ سال در باب مجازات‌های سالب حیات و مبهم‌بودن مجازات جایگزین کیفر سالب حیات، از جمله آن‌ها است که در مقاله حاضر با استفاده از منابع کتابخانه‌ای (قانونی، فقهی، حقوقی و آراء قضائی) و به روش توصیفی-تحلیلی شناسایی شده و پس از نقد فقهی و حقوق بشری، ریشه‌یابی شده است. در نهایت، راه‌حل پالایش قانون از این سنخ مشکلات، پیشنهاد شده است.

واژگان کلیدی: نوجوانان، مجازات سلب حیات، کمال عقل، چالش فقهی و حقوق بشری.

✉ d.nojavan@azaruniv.ac.ir

۱. استادیار گروه فقه و حقوق، دانشگاه شهید مدنی آذربایجان، تبریز، ایران.

(نویسنده مسئول)

۲. استادیار گروه حقوق، دانشگاه شهید مدنی آذربایجان، تبریز، ایران.

مقدمه

سازمان ملل متحد، در خصوص عدم مجازات افراد زیر ۱۸ سال از طریق سلب حیات، از جمله دو مصوبه دارد: اولی، بخشی از بند ۵ ماده ۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی است: «حکم اعدام در مورد جرایم ارتكابی اشخاص کمتر از هجده سال صادر نمی‌شود»؛ دومی، بخشی از بند الف ماده ۳۷ کنوانسیون حقوق کودک است: «مجازات اعدام و یا حبس ابد بدون امکان آزادی را نمی‌توان در مورد کودکان زیر هجده سال اعمال کرد». قانون‌گذار ایران، تعهد نخست را پیش از انقلاب (به واسطه قانون اجازه الحاق دولت شاهنشاهی ایران به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۳۵۴/۲/۱۷) و تعهد دوم را پس از انقلاب (به واسطه قانون اجازه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون حقوق کودک مصوب ۱۳۷۲/۱۲/۱) پذیرفته است. با وجود این، در قانون مجازات اسلامی پیشین (۱۳۷۰)، کودکان یک‌باره با رسیدن به سن بلوغ شرعی (۹ و ۱۵ سال تمام قمری) وارد عرصه مسئولیت کیفری کامل حتی در باب جرایمی می‌شدند که مجازاتشان از نوع سالب حیات بود؛ از این‌رو، سلب حیات فرد به علت عمل ارتكابی پیش از ۱۸ سالگی، یکی از چالش‌های حقوق بشری ایران به دلیل ناسازگاری با تعهدات ذکر شده بود تا اینکه قانون‌گذار به هنگام به‌روزرسانی قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲، در ماده ۹۱ بیان داشت: «در جرایم موجب حد یا قصاص، هرگاه افراد بالغ کمتر از هجده سال، ماهیت جرم انجام شده و یا حرمت آن را درک نکنند و یا در رشد و کمال عقل آنان شبهه وجود داشته باشد، حسب مورد با توجه به سن آن‌ها به مجازات پیش‌بینی شده در این فصل محکوم می‌شوند». تبصره آن نیز دربردارنده این است که «دادگاه برای تشخیص رشد و کمال عقل می‌تواند نظر پزشکی قانونی را استعلام یا از هر طریق دیگر که مقتضی بداند، استفاده کند».

در کنار دو تعهد فوق، قانون‌گذار این تعهد کلی را نیز دارد که هیچ قانونی نباید با موازین اسلامی ناسازگار باشد (اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران)؛ از این‌رو، قانون‌گذار در باب مجازات نوجوانان از طریق سلب حیات، دو سنخ تعهد دارد که اولی تعهدی حقوق بشری و دومی تعهدی شرعی است؛ لذا انطباق ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی با این دو سنخ تعهد، نیازمند بررسی است. پرسش‌هایی که مقاله حاضر در این راستا، به دنبال پاسخگویی به آن‌ها است، بدین قرار است: «۱. چالش‌های فقهی و حقوق بشری ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در راستای مجازات‌های سالب حیات بالغین زیر ۱۸ سال کدامند؟ ۲. این چالش‌ها، ریشه در چه دارد؟ و ۳. راهکار پالایش قانون از این سنخ دشواری‌ها چیست؟».

از منظر نگارندگان، پنج امر زیر با اسناد حقوق بشری مربوطه ناسازگار بوده و بر اساس خوانش شایسته و بایسته از مبانی و ادله فقهی نیز قابل دفاع نیستند: (۱) ماده مورد بحث، این امکان را به

مفسرین علمی و قضائی آن می‌دهد که قانون را این‌گونه تفسیر کنند: عدم سلب حیات بالغ زیر ۱۸ سال، تنها امری استثنایی است؛ (۲) کشف و اثبات رشد کیفری، فاقد ملاک است؛ (۳) در باب اینکه مرتکب، مشمول استثنای مذکور نیست، دست دادرس تا جایی باز است که می‌تواند حتی نظریه پزشکی قانونی را در زمینه برخورداری نوجوان زیر ۱۸ سال از رشد لازم در باب جرمی که مجازات سالب حیات را در پی دارد، استعمال نکند؛ (۴) شخصیت نوجوانی که مرتکب عملی شده که مجازاتش سالب حیات است، مدنظر نیست؛ (۵) در فرضی که دادرس تشخیص دهد، از نوجوان زیر ۱۸ سال به دلیل فقدان کمال عقلانی و رشد کیفری سلب حیات نمی‌شود، مجازات جایگزین کیفر سالب حیات، مبهم است.

در راستای پاسخ به سه پرسش مذکور، در پنج بخش بعدی مقاله که عهده‌دار بررسی هر یک از چالش‌های فوق هستند، در سه سطح عمل شده است: ابتدا هر چالش، شرح داده شده و در ترازوی مبانی و ادله فقهی، همچنین در ترازوی اسناد حقوق بشری مربوطه، مورد نقد قرار گرفته‌اند. ریشه‌یابی این چالش‌ها و تبیین پیش‌فرض‌هایی که در پس‌زمینه آن‌ها وجود دارد، سطح دوم بخش‌های مقاله را به خود اختصاص داده است. نگارندگان از طریق بررسی این پنج چالش در دو سطح مذکور، درصد پاسخ به پرسش سوم (نشان دادن راه‌حل پالایش قانون از این سنخ مشکلات) هستند. بنابراین، مقاله حاضر، از این جهت که در نشان دادن چالش‌های این ماده، دیدگاه جامعی داشته، در مقام ریشه‌یابی این چالش‌ها و راهکار پالایش قانون از آن‌ها نیز است، از تحقیقات پیشین (از جمله، کوشا: ۱۳۹۲؛ آبروشن و همکاران: ۱۴۰۰؛ احسانی و همکاران: ۱۳۹۹؛ صبوری‌پور و علوی صدر؛ ونکی و همکاران: ۱۳۹۹ و هاشمی: ۱۳۹۴) متمایز می‌گردد. برخی از این پژوهش‌ها، در مقام نقد ماده مورد بحث هستند، اما منظرشان کاملاً فقهی و حقوقی است؛ این در حالی است که در مقاله پیش‌اروی دیده خواهد شد که دشواری‌های این ماده، بیش از آنکه فقهی یا حقوقی باشد، فراققه‌ی و فراحقوقی است و ریشه در کم‌توجهی به مباحث فلسفی در باب فقه و سطوح مختلف حقوق (به ویژه قانون‌گذاری و قانون‌شناسی) دارد (بنگرید به کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۴۹۴-۵۳۵). تحقیقات پیشین، نوعاً متمرکز بر ابعادی از مقوله رشد کیفری هستند، نه نقد فقهی و حقوق بشری نحوه مواجهه قانون‌گذار و قانون‌شناسان (پژوهش‌گران حقوقی و دادرسان) با مجازات بالغین زیر ۱۸ سال از طریق سلب حیات که موضوع تحقیق پیش‌اروی است. آنچه مقاله حاضر را از تحقیقات مربوط به مقوله رشد کیفری متمایز می‌سازد، طرح موارد زیر است که مورد توجه هیچ یک از فقه‌پژوهان و حقوق‌پژوهان قرار نگرفته است، درحالی‌که رفع دشواری‌های نظام حقوقی ایران در این باب، منوط به جدی گرفتن آن‌ها است: (۱) در فقه سنتی و کلاسیک، منظور از شرط عقل در خصوص مسئولیت کیفری، معنای حدافلی آن (تنها عدم جنون) نیست، بلکه آن، مشتمل بر کمال عقلانی نیز است؛

بنابراین نمی‌توان از فقدان تصریح به مشروط بودن مسئولیت کیفری به کمال عقلانی در این متون، شرط نبودن فقهی آن را برداشت کرد؛ (۲) اشتراط کمال عقلانی و رشد کیفری برای مسئولیت کیفری، عقلی و عقلایی است، از این رو، نمی‌توان از فقدان تصریح در ادله شرعی، شرط نبودن آن را به شریعت منتسب کرد؛ پس: (۳) باور به مشروط بودن مسئولیت کیفری به کمال عقلانی و رشد کیفری، از منظر شرعی و فقهی، ممکن و قابل دفاع، بلکه ضروری است؛ (۴) نظام حقوقی تابع آن فقه و شریعت نیز در مقامات مختلف حقوقی (از جمله آموزش حقوق، پژوهش حقوقی، قانون گذاری، اجرای قانون و دادرسی) باید در این راستا حرکت کند.

۱. امکان تفسیر ماده به استثنایی بودن عدم سلب حیات بالغ زیر ۱۸ سال

ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به گونه‌ای وضع شده که در باب مجازات سالب حیات بالغین زیر ۱۸ سال، مستعد دو تفسیر زیر در مقامات مختلف حقوقی است:

تفسیر اول: با در نظر گرفتن مواد ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، مجازات دختر و پسری که به ترتیب ۹ و ۱۵ سال تمام قمری دارند، اصولاً از طریق سلب حیات اعم از اینکه نتیجه حد یا قتل عمدی باشد، مجاز است؛ مگر اینکه به موجب صدر و تبصره ماده ۹۱ آن قانون، در رشد و کمال عقل مرتکب تردید شود و قاضی نتواند به هیچ طریقی رشد و کمال عقل وی را ثابت کند که در این صورت استثنائاً سلب حیات از طریق اجرای حد و قصاص نفس ممکن نخواهد بود (بنگرید به مصدق، ۱۳۹۸: ۴۱۶/۱-۴۱۵). در واقع، با توجه به نحوه نگارش ماده ۹۱، اصل بر رشد کیفری و کمال عقل دانسته می‌شود (آقایی نیا، ۱۳۹۹: ۲۴۰/۱).

تفسیر دوم: اصل بر عدم وجود رشد و کمال عقل بالغ زیر ۱۸ سال است؛ از این رو برای اعمال مجازات سالب حیات، باید رشد و کمال عقل وی احراز گردد (بنگرید به احسانی و همکاران، ۱۳۹۹: ۱۷ و هاشمی، ۱۳۹۴: ۵۷).

بدین سان، دادرسان نیز در تفسیر قضائی خود از منظور قانون گذار، دو رویکرد متفاوت اتخاذ کرده‌اند. در دادنامه شماره ۶۰۰۱۴۲-۶۰۰۱۰/۲/۱۳۹۳ بر اساس اینکه «برای دادگاه از جهت رشد و کمال عقل متهم شبهه‌ای ایجاد نگردیده» بدون ارجاع امر به پزشکی قانونی، حکم به قصاص نفس فردی داده شده که در زمان وقوع جرم (قتل عمدی)، شانزده ساله بوده است. شعبه هفتم دیوان عالی کشور نیز آن را ابرام کرده است. واضح است که مبنای استدلال دادگاه و تأیید دیوان، این بوده که اصل بر رشد و کمال عقل است، مگر اینکه برای دادگاه، شبهه ایجاد شود و چون شبهه ایجاد نشده، دادگاه بررسی لازم در این خصوص را انجام نداده است. اکثریت شعبه‌ای دیگر از دیوان، درخواست اعاده دادرسی این پرونده را با این استدلال می‌پذیرند که «مقتن در مقررات ماده

۹۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ اثبات قتل عمد انتسابی به این گونه افراد را منوط به تحقق دو شرط درک ماهیت و حرمت انجام فعل ارتكابی و ثبوت رشد و کمال عقل آن‌ها دانسته است. اما نظر اقلیت شعبه این است که «مفاد ماده مذکور برای افراد بالغ کمتر از ۱۸ سال در مقام تبیین حالت و صفتی است برای مرتکب که در حین ارتکاب جرم دارای آن صفت بوده و در حین رسیدگی در صورت احراز آن به مجازات‌های پیش‌بینی‌شده در مورد اطفال و نوجوانان محکوم می‌گردد». دیدگاه اخیر، اشاره به استثنایی بودن انتفای حد و قصاص بالغین زیر ۱۸ سال دارد. این در حالی است که دیوان عالی کشور در باب پرونده‌ای دیگر بیان داشته است: «با توجه به محتویات پرونده و تحقیقات انجام شده و اینکه متهم نوجوان بوده و قضات صادرکننده رأی با استناد به عدم احراز رشد عقلی متهم، وی را مشمول ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی دانسته‌اند و از سوی اولیای دم نیز دلیل قاطعی که موجب نقض رأی گردد ابراز و اقامه نشده است؛ لذا عدم استحقاق قصاص نفس، مطابق موازین تشخیص و دادنامه تجدید نظرخواسته شماره ۰۰۵۵-۱۳۹۳/۰۳/۱۸-تأیید می‌گردد». رأیی از شعبه ۱۳ دیوان صادر شده که در راستای اصل لزوم احراز رشد عقلانی متهم زیر ۱۸ سال، وضوح بیشتری دارد: «با توجه به سیاق عبارت ماده ۹۱ و سن متهم، ضرورت داشت دادگاه در مورد احراز رشد و کمال عقل و درک ماهیت جرم و حرمت آن و اینکه چگونه آن‌ها را احراز کرده است وارد می‌شد و استدلال می‌کرد؛ لیکن به‌طور کلی این امر را مسکوت گذارده است». به همین سیاق، شعبه‌ای دیگر از دیوان، ضمن نقض دادنامه‌ای به شماره ۹۱۰۹۹۷۰۸۴۲۵۰۰۰۵۱ که رشد عقلانی متهم ۱۷ ساله به قتل عمد را بررسی نکرده، بیان داشته است: «رسیدگی مجدد به موضوع به دادگاه محترم صادرکننده رأی منقوض محول می‌گردد تا بدو بررسی‌های لازم در جهت تشخیص رشد و کمال عقل مرتکب انجام و پس از احراز مراتب، به صدور حکم قانونی بر اساس نتایج حاصله اقدام نماید». همانگونه که شعبه چهارم دیوان، دادنامه شماره ۵۱۹-۹۲-۲۶/۰۵/۹۲ را به دلیل عدم احراز شرایط مندرج در ماده ۹۱ نقض کرده است. شعبه ۲۴ دیوان در خصوص دادنامه شماره ۰۵۰۷-۹۳/۸/۷، بیان می‌دارد که «حکم منوط به تشخیص شرایط مندرج در ماده ۹۱ صادر می‌شود که اول باید آن شرایط احراز شود بعد حکم صادر شود».

در مورد قتل ارتكابی توسط پسر کمتر از ۱۸ سال، دادنامه‌ای با شماره ۰۰۱۷۱-۱۳۹۲/۱۰/۰۱-تأیید می‌گردد که «اصل بر عدم رشد آنان (بالغین زیر ۱۸ سال) بوده، مگر اینکه خلاف آن احراز گردد که در ما نحن فیه، رشد متهم احراز و اثبات نگردیده». اما در باب همین دادنامه، در بخشی از رأی یکی از شعبات دیوان آمده است: «استدلال دادگاه در خصوص اینکه اصل بر عدم رشد آنان بوده، صحیح نمی‌باشد. زیرا برابر ماده ۹۱ ... چنین استنباط می‌شود که اصل، رشد و

کمال عقل اشخاص بالغ زیر ۱۸ سال بوده و عدم رشد افراد مذکور خلاف اصل است که باید ثابت و احراز گردد». این در حالی است که شعبه‌ای دیگر از دیوان، در باب دادنامه شماره ۳۷-۹۳-۱۳۹۳/۰۲/۲۰ بیان می‌کند: «با توجه به ماده ۹۱ ... قانون‌گذار در مورد افراد بالغ کمتر از هجده سال که مرتکب جرم موجب قصاص شده‌اند، صدور حکم قصاص را منوط به احراز رشد و کمال عقل مرتکب و همچنین درک ماهیت جرم انجام شده و یا حرمت آن دانسته است». یکی از شعبات دیوان، در خصوص درخواست تجویز اعاده دادرسی نسبت به دادنامه شماره ۲۹۰-۱۲۰۰۲۹۰-۱۳۹۲/۱۱/۲۳، بیان داشته است: «حکم قصاص برای افرادی که مرتکب قتل عمد شده باشند در قانون مجازات اسلامی جدید تغییر نکرده و تخفیف نیافته است و مفاد ماده ۹۱ مرقوم نسبت به افراد بالغ کمتر از ۱۸ سال، در مقام تبیین حالت و صفتی است که اگر در حین ارتکاب جرم دارای آن صفت بوده و در جریان رسیدگی احراز نگردیده باشد، به مجازات پیش‌بینی شده در مورد اطفال و نوجوانان محکوم می‌گردد».

با توجه به اینکه (۱) قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ هیچ تصریحی در خصوص اشتراط مسؤلیت کیفری افراد زیر ۱۸ سال به احراز رشد کیفری ندارد؛ (۲) مطابق مواد ۱۴۶ و ۱۴۹ آن قانون، افراد زیر ۱۸ سال به صرف بلوغ شرعی و عدم جنون، مسؤلیت کیفری کامل همانند بزرگسالان دارند؛ (۳) منطوق ماده ۹۱ آن قانون این است که در صورت تردید در رشد کیفری افراد زیر ۱۸ سال، به جای حد و قصاص، محکوم به مجازات‌های دیگری می‌شوند که هیچ یک سالب حیات نیستند، ممکن است این نتیجه اخذ شود که اصل بر مسؤلیت کیفری کامل بالغین زیر ۱۸ سال حتی در جرایمی است که مجازاتشان سالب حیات است و انتفای مجازات سالب حیات افراد زیر ۱۸ سال، تنها به عنوان امری استثنایی در ماده ۹۱ مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است. بر اساس این، حقوق پژوهان و دادرسانی که عکس آن را از قانون برداشت کرده‌اند، بنابر ادله‌ی فراقانونی (فقهی و حقوق بشری)، از قانون، تفسیر شایسته و بایسته ارائه داده‌اند. چنانکه در دادنامه شماره ۰۰۱۷۱-۱۳۹۲/۱۰/۰۱ دادرسان بر اساس «قاعده فقهی درء و کنوانسیون حقوق کودک»، اصل را عدم رشد کیفری بالغین زیر ۱۸ سال دانسته‌اند.

۱.۱. استثنایی بودن عدم سلب حیات بالغ زیر ۱۸ سال در ترازوی تعهدات حقوق بشری

چنانکه گذشت، ماده مورد بحث، طوری وضع شده که در مقام پژوهش حقوقی و در مقام دادرسی، مستعد این تفسیر است: «بالغ زیر ۱۸ سال، اصولاً استحقاق قانونی سلب حیات را دارد». با اینکه قانون‌گذار به این اصل در هیچ ماده‌ای تصریح نکرده؛ اما از مواد ۱۴۶، ۱۴۷ و ۹۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، این نتیجه ممکن است، اخذ شود. البته قانون‌گذار به تنها استثنای آن در ماده ۹۱

تصریح کرده و ظاهراً از این راه در تلاش بوده که ضمن وفاداری به دیدگاه‌های مرسوم و متداول در باب دیدگاه فقه نسبت به بلوغ، رشد و کمال عقل و استفاده از فتاوی فقہی در قانون‌گذاری، تعهدات حقوق بشری خود در این خصوص را به شکل صریح نقض نکند. این در حالی است که نقض ضمنی تعهدات حقوق بشری در این ماده، امری روشن است. بر اساس دو تعهد حقوق بشری مربوطه، سلب حیات فرد زیر ۱۸ سال کلاً/مطلقاً ممنوع است؛ اما به موجب تفسیر مذکور، اصل بر امکان قانونی سلب حیات فرد زیر ۱۸ سال است، مگر در موارد استثنایی که در آن موارد نیز باز دادرسی اختیار وسیع در اثبات رشد و کمال عقل و در نتیجه حکم به مجازات سالب حیات دارد. ممکن است، گفته شود: با این برداشت، تعهدات حقوق بشری به طور مطلق نقض نشده است و نقض نسبی، بهتر از نقض مطلق آن است. باز می‌توان گفت: این نقض نسبی، تأمین‌کننده حق حیات بالغین زیر ۱۸ سال نیست؛ زیرا همان‌طور که قانون‌گذار در باب اصل تأثیر رشد و کمال عقل بر مسئولیت کیفری به دیدگاه حقوق دانان ایران که عموماً قائل بر وابستگی مسئولیت کیفری به کمال عقل و رشد کیفری به انحاء گوناگون بوده و صرف بلوغ جنسی را کافی برای مسئولیت کیفری نمی‌دانند (بنگرید به اردبیلی، ۱۴۰۰: ۱۶۵/۲-۱۵۱؛ میرمحمدصادقی، ۱۴۰۰: ۱۸۶/۲-۱۷۱ و رهامی، ۱۳۸۱: ۱۹۵) اهمیت نداده است، احتمال اینکه دادرسی در تفسیر قضائی خود از ماده به این دیدگاه‌ها اهمیت ندهد، به‌ویژه با توجه به غلبه فنون تفسیر لفظی ظواهر قانونی در نظام قضائی ایران، وجود دارد. قاعده عمومی حاکم بر تفسیر استثناء، اکتفا به قدر متقین است، لذا اگر دادرسی نتواند مستثنا بودن را ثابت کند، از استثناء (ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ صرف‌نظر) و به اصل کفایت بلوغ برای مسئولیت کیفری (ماده ۱۴۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲) استناد و خواهد گفت: نصی بر لزوم رشد کیفری و کمال عقل برای مسئولیت کیفری وجود ندارد و مطمئن نیستیم که مورد از موارد استثنائی باشد، در نتیجه بالغ نوجوان، ممکن است محکوم به مجازات سالب حیات شود. چنانکه در بخش پیشین دیده شد، بسیاری از دادگاه‌ها بر این باورند که تنها در صورتی ماده ۹۱ قابل اعمال است که شبهه‌ای باشد، در غیر این صورت مجازات (و لو سالب حیات) مشروط به احراز رشد کیفری و عقلانی متهم زیر ۱۸ سال نیست. حتی با وجود اینکه در دادنامه‌ای با شماره ۱۳۹۲/۱۰/۰۰۱۷۱-۰۱ به این امر تصریح شده که «اصل بر عدم رشد آنان (بالغین زیر ۱۸ سال) بوده، مگر اینکه خلاف آن احراز گردد که در ما نحن فیه، رشد متهم احراز و اثبات نگردیده»، اما باز یکی از شعبات دیوان عالی کشور استدلال دادگاه را نپذیرفته و بیان می‌دارد: «اصل، رشد و کمال عقل اشخاص بالغ زیر ۱۸ سال بوده و عدم رشد افراد مذکور، خلاف اصل است که باید ثابت و احراز گردد».

حتی اگر دادرس بتواند به مجازات‌های غیرسالب حیات مذکور در ماده ۸۹ حکم کند و این حکم نقض نگردد، در نهایت بالغ نوجوان به جای مجازات سالب حیات، به چند سال نگهداری در کانون اصلاح و تربیت محکوم خواهد شد که جو عمومی حاکم بر جامعه، پذیرای این جایگزینی نخواهد بود. این جایگزینی برای اولیای دم ایرانی نیز قابل پذیرش نیست. پژوهش‌ها نشانگر ارتباط معنادار بین کیفردهی و فضای فرهنگی جامعه است (عزیزی و همکاران، ۱۴۰۱: ۱۸۳)، همانگونه که دقت در برخی آراء، نشان می‌دهد، اتفاقاً ممکن است همین امر دادرس را به سمت حکم قصاص نفس سوق داده باشد. این امر در دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۰۲۲۵۵۰۰۱۵۲ در باب محکوم ساختن فردی به اعدام و قصاص نفس، که در حین ارتکاب جرم، حدود ۱۶ سال داشته، مشاهده می‌شود. در بخشی از آن آمده است: «این دادگاه ضمن رعایت حقوق متصوره کودکان (افراد زیر ۱۸ سال) مندرج در کنوانسیون‌های حقوق کودک و ماده نوآیین ۹۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ و توجهاً به اینکه مجنی‌علیه‌های پرونده حاضر نیز از فرشتگان معصوم خدا و دختر بچه شش ساله می‌باشد و توجهاً به التهابات اجتماعی ایجاد شده متأثر از جنایات ارتكابی متهم و ضمن رصد کردن توقعات آحاد جامعه و اذهان عمومی ... متهم موصوف بزهکار تشخیص و اتهامات نامبرده به زناى به عنف (اغفال) ... ثابت و محرز بوده». در باب این دادنامه، موارد زیر قابل توجه است:

(۱) اگر منظور از رعایت «حقوق متصوره کودکان مندرج در کنوانسیون‌های بین‌المللی»، رعایت مفاد بند الف ماده ۳۷ کنوانسیون حقوق کودک باشد، قابل پذیرش نیست؛ زیرا حقوق متصوره این سند حقوق بشری، عدم سلب حیات از افراد کمتر از ۱۸ سال آن هم به شکل مطلق است، نه حکم به اعدام و قصاص نفس که هر دو سالب حیاتند. بگذریم از اینکه در بند بعدی خواهیم دید، دادرسان پرونده، پذیرای ماده ۹۱ به عنوان یک حکم استثنائی در باب انتفای مجازات سالب حیات افراد زیر ۱۸ سال، نیستند، چه رسد به رعایت مفاد اسناد حقوق بشری مربوطه که به‌طور مطلق سلب حیات این افراد را منتفی می‌دانند.

(۲) اشاره به «نو آیین بودن ماده ۹۱»، تلویحاً، دربردارنده این است که دادرسان پرونده از منظر فقهی و حقوقی، پذیرای محتوای آن نیستند. همچنین ادعای رعایت این ماده نیز قابل اثبات نیست؛ زیرا به رغم اینکه کارشناسان امر، متهم را واجد نوعی اختلال روانی دانسته‌اند، این امر هیچ شبهه‌ای در دادرسان از این جهت که ممکن است رشد کیفری و عقلانی متهم کامل نباشد، ایجاد نکرده است.

(۳) استناد به «التهابات اجتماعی، توقعات آحاد جامعه و اذهان عمومی»، دربردارنده این است که این عوامل، از جمله مستندات دادرسان در محکومیت یک فرد زیر ۱۸ سال به مجازات سالب حیات بوده است. این امر به نوبه خود نشان می‌دهد که عدم پذیرش مجازات‌های ویژه نوجوانان

توسط جامعه و پذیرا بودن مجازات‌های سالب حیات در جامعه، ممکن است دادرسان را به سمت صرف‌نظر کردن از ماده ۹۱ و گرایش به مجازات سالب حیات سوق دهد. همانگونه که پژوهشی (قورچی بیگی و شهرانی، ۱۳۹۷: ۱۶۱-۱۶۲) نشان می‌دهد با وجود اینکه در سطح تقنین، قانون‌گذار به نوعی تمایل خود به احکام بازپرورانه را در مورد نوجوانان نشان داده است، در سطح قضایی به دلایلی همچون عدم پذیرش اجتماعی و تمایل جامعه به واکنش‌های سزاگرایانه، تمایل کمی به استفاده از این نوع واکنش‌ها شده است.

اقدام قانون‌گذار در راستای وضع قانون بدون در نظر گرفتن هنجارهای اجتماعی، از منظر مقبولیت قانون در جامعه (بنگرید به چلبی، ۱۳۹۷: ۴۷-۴۳) قابل صرف‌نظر کردن نیست. اگر دانش‌های مختلف از جمله حقوق، فلسفه، اخلاق، تاریخ، روان‌شناسی و جامعه‌شناسی در قانون‌گذاری نقش نظام‌مند نداشته باشد، در قانون، چالش‌های متعددی وجود خواهد داشت. یکی از آن‌ها ناسازگاری قانون با تعهدات حقوق بشری است. حتی اگر بتوان اقدام قانون‌گذار در این زمینه را گامی به سوی احترام به تعهدات حقوق بشری مربوطه دانست، باز نمی‌توان این اقدام را از منظر اصول قانون‌گذاری و حقوقی توجیه کرد. چنانکه قانون‌گذار این امر را مبهم گذاشته که «در باب ماده ۹۱، احراز شرایط ماده ۱۵۵، لازم است یا نه؟» بنابراین راه را در تفسیر حقوقی و قضایی ناسازگار با حقوق بشر، باز گذاشته است.

۱.۲. بررسی فقهی استثنایی بودن عدم سلب حیات بالغ زیر ۱۸ سال

در بخش پیشین ملاحظه شد که بر اساس یک برداشت، سلب حیات از بالغ زیر ۱۸ سال غیرمجنون، به‌عنوان یک اصل، امکان قانونی دارد و استثنای آن در فرض تردید در موارد مشخص در ماده ۹۱ است. این اصل و استثنا در بخش حاضر، مورد نقد قرار گرفته و مشخص خواهد شد که این طرز تلقی ریشه در چه اموری دارد.

۱.۲.۱. اصل مسئولیت کیفری بالغ غیرمجنون

پرسش پیش‌روی بخش حاضر این است که «فقه امامیه، بلوغ و مجنون‌نبودن را شرط کافی مسئولیت کیفری می‌داند؟». پاسخ مرسوم و رایج پژوهش‌گران حقوقی به این پرسش مثبت است (بنگرید به انصاری‌پور، ۱۳۹۶: ۲۱۸؛ هاشمی، ۱۳۹۴: ۶۴-۶۷). در راستای نقد این انتساب، می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

(۱) در متون فقهی، آنچه امروزه ذیل عنوان «حقوق جزای عمومی» قرار دارد، اصولاً ذیل مباحث اختصاصی حدود و قصاص مطرح می‌شود؛ بنابراین به دست آوردن قاعده عام و کلی در باب

جرایم و مجازات‌ها کار آسانی نیست (بنگرید به مشروح جلسه بیست و نهم مورخ ۱۳۵۸/۷/۲ مذاکرات تدوین قانون اساسی، درج شده در عابدی، ۱۴۰۰: ۶۸-۶۵). از این رو، گاه قواعدی به فقه امامیه منتسب می‌شود که پژوهش در باب این انتساب، ناروایی آن را ثابت می‌کند، قاعده «کفایت بلوغ و مجنون نبودن برای مسئولیت کیفری» از آن جمله است. چنانکه بازپژوهی متون فقهی استناد شده در خصوص قاعده مذکور، گویای این است که اتفاقاً در همین استنادات، «کمال عقل» صراحتاً شرط شده است (حلی، ۱۴۰۸ق: ۱۵۱/۴ و ۱۵۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق: ۴۱/۴۱). آری، گاه ردی از کمال عقل دیده نمی‌شود (عاملی، ۱۴۱۰ق: ۱۶/۹، ۲۵، ۱۷۵، ۲۲۱؛ موسوی خمینی، بی تا: ۴۸۲/۲ و ۴۸۸) و حتی گاه خبری از شرط بودن عقل برای برخی حدود نیست (حلی، ۱۴۰۸ق: ۱۳۷/۴)؛ روشن است که از عدم ذکر شرط عقل در باب برخی حدود، نمی‌توان شرط نبودنش را به‌عنوان یک قاعده یا در همان مورد خاص برداشت کرد، همانگونه که نمی‌توان از نپرداختن به کمال عقل در برخی حدود، شرط نبودنش را به‌عنوان یک قاعده برداشت کرد. در مواردی که به کمال عقل تصریح نشده، قرآینی وجود دارد که نشانگر شرط بودن آن از منظر نویسندگان است، از جمله اینکه با وجود عدم تصریح به کمال عقل، شرط برخی حدود، «کمال» دانسته شده که در بردارنده «بلوغ و عقل» است (عاملی، ۱۴۱۰ق: ۱۷۵/۹). به نظر نمی‌رسد بتوان فردی را که دارای رشد کیفری نیست از منظر عقلی کامل دانست. این امر دارای اهمیت مضاعف است که یکی از بزرگ‌ترین فقیهان امامیه، در باب قصاص قاتل و مجازات فاعل و مفعول، به لزوم «رشد» تصریح کرده است (حلی، بی تا: ۲۴۹/۲ و ۲۲۴). برخی بر این باورند که وی علاوه بر بلوغ، رشد را برای قصاص شرط می‌داند، اما منظورش از رشد غیر واضح است (عاملی، ۱۴۱۰ق: ۶۶/۱۰) برخی نیز بر این باورند که اشتراط رشد در کنار بلوغ، فاقد وجهت است، مگر اینکه رشد در معنای اصطلاحی (رشد مالی) نبوده و به معنی کمال عقل باشد (نجفی، ۱۴۰۴ق: ۱۸۳/۴۲). اینکه منظور، کمال عقلانی باشد، توسط یکی دیگر از فقها نیز ترجیح داده شده است (طباطبائی حائری، بی تا: ۵۱۳/۲). برخی دیگر نیز بر این باورند که منظور وی اشتراط رشد در کنار بلوغ است (مرعشی، ۱۳۷۹: ۵). این دیدگاه که در کنار بلوغ، رشد نیز برای مجازات فاعل و مفعول لازم است، بدون نقد و اشکال، در اثر فقهی دیگری نیز مشاهده می‌شود (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق: ۴۹۳/۱۰). پس، نمی‌توان گفت، منظور از اشتراط عقل، تنها مجنون نبودن است و کمال عقلانی و رشد کیفری را دربر نمی‌گیرد.

(۲) از منظر فقهی، بلوغ در خطابات شرعی در همان معنای لغوی خود (رسیدن) به کاررفته (بنگرید به سبحانی تبریزی، بی تا: ۶) و منظور از آن تنها رسیدن به مرز شروع ظهور علائم جنسی بزرگسالی است، نه رشد و تکامل عقلانی (بنگرید به جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵: ۸۸۲/۲). ماده ۱۴۷ قانون مجازات اسلامی نیز بر مبنای مفهوم مذکور از بلوغ، سنین پایینی را برای بلوغ به‌ویژه در مورد

دختران در نظر گرفته است (در باب پایین بودن چنین سنی برای بلوغ، از جمله بنگرید به Cipriani, 2016)؛ لذا پژوهش‌گرانی (اردبیلی، ۱۴۰۰: ۱۵۸/۲-۱۵۳ و میرمحمدصادقی، ۱۴۰۰: ۱۷۵/۲-۱۷۷) کوشیده‌اند ثابت کنند در شرع ادله‌ای وجود دارد که به‌موجب آن‌ها، منظور از بلوغ تنها رسیدن به حد جنسی نیست، بلکه علاوه بر آن رشد نیز در مفهوم بلوغ، مدنظر قانون‌گذار شرعی است. پذیرش این روش، با توجه به باور فقها به دوگانگی بلوغ و رشد و عدم ملازمه بین آن دو، دشوار است (بنگرید به حلی، ۱۴۰۸ق: ۲۰۱/۴؛ حلبی، ۱۴۱۷ق: ۲۱۵؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق: ۱۲۵/۲۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵: ۸۸۲/۲). همچنین جستجوی رشد در خود بلوغ و نقد تعریف فقهی آن، راه‌حل برون‌رفت مشکلات نظام قانون‌گذاری و حقوقی ایران در وضعیت کنونی نیست. اگر شریعت در باب موضوع (بلوغ) دخل و تصرف کرده باشد (بنگرید به آیات ۵۹ نور و ۶ نساء؛ حلی، ۱۴۲۵ق: ۱۰۶-۱۰۲/۲؛ طوسی، ۱۴۰۰ق: ۳۵۴؛ کلینی، ۱۴۰۷ق: ۱۹۸-۱۹۷/۷؛ حرعاملی، ۱۴۰۹ق: ۴۶-۴۲/۱) فقیه نمی‌تواند آن را به تشخیص عرف واگذارد.^۱ از این‌رو، نمی‌توان در خود بلوغ به دنبال رشد گشت و از منظر فقهی بلوغ را مرکب از بلوغ جنسی و رشد دانست؛ اما اثبات لزوم رشد در کنار بلوغ شرعی، با توجه به آنچه در بند قبلی ذکر شد و آنچه در بندهای بعدی خواه آمد، از منظر فقهی ممکن است.

(۳) عبارات مفسرین متون شرعی در باب عدم اشتراط رشد در امور کیفری (طباطبائی، ۱۳۶۷: ۲۹۴/۴-۲۹۳) برخلاف تصور برخی از پژوهش‌گران (اردبیلی، ۱۴۰۰: ۱۵۴/۲-۱۵۳) نشانگر شرط نبودن کمال عقل در امور کیفری (معنای کیفری رشد) نیست. بر اساس قراین متنی و فرامتنی موجود، روشن است که منظور از عدم لزوم رشد در امور کیفری، معنای متبادر از رشد در متون شرعی و فقهی (رشد مالی) است. در باب قراین متنی می‌توان به این عبارت اشاره کرد: «درک قبح و بدی جنایت و معاصی و لزوم خودداری از آن‌ها محتاج رشد نیست» (طباطبائی، ۱۳۶۷: ۲۹۴/۴-۲۹۳) این عبارت به‌وضوح بیانگر این است که منظور وی تنها رشد مالی بوده است. در باب قراین فرامتنی نیز باید گفت، همانند قوانین (ماده ۱۲۰۸ ق.م.) و حقوق ایران (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۱۹) در کلیه ادله نقلی (آیه ۶ سوره نساء و روایات) و متون فقهی (عاملی، ۱۴۱۳ق: ۱۴۸/۴ و ۱۴۱۰ق: ۱۰۲/۴؛ کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹: ۱۶۹/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴ق: ۴۸/۲۶؛ موسوی خوئی، ۱۴۱۰ق: ۱۷۹/۲)، منظور از رشد، تنها توانایی تشخیص نفع و ضرر در امور مالی است، نه رشد کیفری که دربردارنده

۱. فقها حتی نشانه‌های بلوغ را نیز امر منصوص دانسته و مهم‌ترین آن‌ها را رسیدن به ۹ و ۱۵ سال قمری مذکور در ادله روایی قلمداد کرده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷ق: ۲۸۲/۳-۲۸۳ و ۱۳۸۷ق: ۲۶۶/۱؛ حلی، ۱۴۱۰ق: ۱۹۹؛ حلبی، ۱۴۱۷ق: ۲۱۵؛ قمی، بی‌تا: ۱۹۵-۱۹۶؛ آبی، ۱۴۱۷ق: ۵۵۲/۱؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ۱۵۳/۸؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۱۳/۲؛ موسوی خوئی، ۱۴۱۰ق: ۱۷۹/۲).

توانایی شناخت خوبی و بدی کارها است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵: ۲۰۵/۳). چنانکه یکی از فقها در باب شرط نبودن رشد برای قصاص، تصریح می‌کند که تنها معنای معهود آن در قصاص شرط نیست (موسوی خمینی، بی تا: ۵۲۲/۲).

(۴) بازپژوهی شرایط مسئولیت کیفری از منظر فقهی، نشانگر این است که دخالت بلوغ در مسئولیت کیفری، امری شرعی است؛ اما دخالت معادل فقهی آنچه در حقوق کنونی معروف به رشد کیفری است، عقلی است. در مسئولیت کیفری، تمامی شروط عقلانی مربوطه (به‌ویژه ادراک و امکان انتساب مسئولیت و کمال عقلانی) باید وجود داشته باشد، علاوه بر آن، شرط شرعی هم وجود دارد و آن بلوغ و عدم مجنون بودن (به معنای شرعی آن دو) است. تأکید بر شروط شرعی و فاصله گرفتن از شروط عقلانی مسئولیت کیفری، به معنی فاصله گرفتن از مبانی فکری و فلسفی از یک‌سو و فاصله گرفتن از مبانی اصول فقهی از سوی دیگر است؛ زیرا قبیح بودن مجازات فردی که امروزه فاقد رشد کیفری محسوب می‌شود، از مستقلات عقلیه‌ای است که اعتبار آن‌ها در استنباط احکام شرعی از بدیهیات اصول فقه است (بنگرید به موسوی خوئی، ۱۳۶۸: ۱۶۰/۱-۱۴۸). همچنین در امور مالی، رشد مربوطه شرعاً لازم و ضروری است، پس به‌طریق اولی در امور کیفری نیز، رشد مربوطه لازم و ضروری است. نظیر چنین استدلالی در متون فقهی موجود است، از جمله اینکه گفته شده است کودک و دیوانه، مکلف به عبادتی نیستند، به‌طریق اولی مستحق عقوبات بدنی نیز نیستند (عاملی، ۱۴۱۳ق: ۱۶۱/۱۵). روشن است که اگر عقوبات بدنی، اولی از عبادات باشد، اولی از امور مالی نیز خواهد بود. اولویت حق حیات بر حقوق مالی، مسلم است. چه بسا، عدم تأکید و تصریح فقها بر رشد کیفری، به این دلیل باشد که آنان در طول تاریخ، بیشتر در باب امور مدنی مداخله داشته‌اند، نه در امور کیفری.

(۵) اگر تمامی استدلال‌های فوق در راستای ابطال فقهی «کفایت بلوغ و مجنون نبودن برای مسئولیت کیفری» و «ملازمه رشد کیفری با بلوغ جنسی»، مورد تردید قرار گیرد، باز می‌توان گفت: سازندگان قواعد حقوقی، همانند فقها در مقام کشف احکام الهی به شکل ظنی نیستند، بلکه مقامشان «وضع قاعده حقوقی» است. به این مهم تا زمانی که از سرشت و ماهیت قواعد حقوقی و ربطشان با دیگر قواعد و هنجارها، رفع ابهام نشود، توجه نخواهد شد (در باب این ابهامات بنگرید به عدل، ۱۳۷۳: ۲۱؛ شایگان، ۱۳۷۵: ۱۷؛ امامی، ۱۳۷۷: ۱۴/۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸: ۱۱؛ شیروی، ۱۳۹۸: ۹؛ واحدی، ۱۳۹۱: ۳۲؛ دانش‌پژوه، ۱۳۹۲، ۱۷؛ زراعت و معین: ۱۳۹۸، ۱۳)؛ اما انتظار می‌رفت قانون‌گذار بر اساس تجربیاتی که در باب تبعات ملازمه بلوغ با رشد در امور مدنی از سر گذرانده (بنگرید به مذاکرات و آراء، ۱۳۸۶: ۱۰/۲۰۴-۱۷۱)، در باب رشد کیفری، به نحو شایسته‌تری عمل می‌کرد.

۲.۲.۱. استثنای انتفای حد و قصاص در صورت وجود تردید

اساس وضع ماده مورد بحث، فتاوی برخی از فقهای معاصر دانسته شده است که در صورت تردید در رشد عقلانی، حدود و قصاص را مشمول قاعده درء دانسته‌اند (برای ملاحظه یکی از این فتاوا، بنگرید به ونکی و همکاران، ۱۳۹۹: ۲۲۲۴). اگر این چنین باشد، در بهره‌گیری از این فتوا در وضع قاعده حقوقی به جزء پیشین آن که در بردارنده لزوم احراز رشد عقلانی به‌عنوان یک اصل است، توجه نشده است (بنگرید به همان). همانگونه که از فتوای همین فقیه در پاسخ به این پرسش که «آیا می‌توان برای احراز مسئولیت کیفری، گذشته از بلوغ، لزوم رشد جزایی را مطرح کرد؟»، صرف‌نظر شده است. پاسخ داده شده بدین قرار است: «باید در حدی باشد که اجمالاً بتواند حرمت عمل و عواقب آن را بفهمد، هرچند در فراگرفتن مسئله کوتاهی کرده باشد» (به نقل از: احسانی و همکاران، ۱۳۹۹: ۱۲). با توجه به اینکه در قوانین دیگر نیز کمال عقل و رشد کیفری، شرط مسئولیت کیفری نیست، این نتیجه حاصل می‌شود که قانون‌گذار به‌جای پرداختن به نقش اصلی و اساسی قاعده درء در باب جایگاه رشد کیفری و کمال عقل در مسئولیت کیفری، تنها به نقش آن در موارد استثنایی پرداخته است.

پرسش این است که «اگر در مقام دادرسی نمی‌توان با وجود شبهه، متهم را دارای مسئولیت کیفری دانست، آیا می‌توان در مقام قانون‌گذاری که در وجود مسئولیت کیفری کامل فردی که به بلوغ جنسی رسیده، تردید می‌شود، وی را دارای مسئولیت کیفری کامل دانست؟». پیش‌فرض محدودیت قاعده درء به مقام دادرسی، منجر به این شده که قانون‌گذار تنها در موارد استثنایی که در مقام دادرسی در رشد عقلانی متهم نوجوان تردید می‌شود، سلب حیات را منتفی بداند و به نقش این قاعده در اصل لزوم رشد عقلانی برای مسئولیت کیفری (در مقام قانون‌گذاری) بها ندهد.

۲. ملاک‌مند نبودن کشف و اثبات رشد کیفری

ظاهر از ماده مورد بحث این است که «دادگاه برای اثبات رشید و کامل بودن بالغ در امور کیفری بدون هیچ ملاک و محدودیتی، می‌تواند از هر طریقی اقدام کند». مخالفت با ۱۸ سالگی به‌عنوان ملاک و اماره رشد مد نظر اسناد حقوق بشری، از سه منشأ زیر سرچشمه می‌گیرد: اول) ملازمه بلوغ جنسی با رشد کیفری از منظر شرعی و فقهی که نتیجه آن این است که خود سن بلوغ (۹ و ۱۵ سال) اماره رشد باشد؛ این ملازمه پیش از این نقض شد و ثابت شد که رشد، امری است در کنار بلوغ جنسی، نه در خود آن؛ دوم) اگر ۱۸ سال اماره رشد باشد، دست‌کم دو نتیجه دارد. یکی این است که فردی که ۱۸ ساله نشده قابل اعدام نیست، درحالی‌که فردی که ۱۸ سال و یک روز دارد، قابل اعدام است، امری که اخلاقاً و عقلاً قابل‌پذیرش نیست. این امر با مبانی حقوق بشر نیز

ناسازگار است و احتمالاً مجامع بین‌المللی به خاطر اهمیت حق نوجوانان بر زندگی بدان متمایل شده‌اند؛ همانگونه که در فقه نیز اماراتی در راستای حمایت از برخی حقوق کودک، مانند اماره فراش، وجود دارد. وانگهی در فرض فقدان این اماره نیز، ممکن است مثلاً دختر ۹ ساله‌ای توسط دادگاه دارای رشد تشخیص داده شود، اما دختر ۱۹ ساله فاقد رشد تشخیص داده شود. دومین نتیجه این است که ممکن است گفته شود که ۱۸ سالگی به‌عنوان اماره رشد، موجب تجری مجرمین نوجوان و افزایش قتل خواهد شد، چراکه دیگر اعدام نخواهند شد. اما پژوهش‌ها نشان می‌دهد، صرف وجود یا عدم وجود مجازات اعدام، تأثیری در کاهش یا افزایش جرایم مزبور ندارد (Hood & Hoyle, 2015: 375). همچنین روشن است که فقدان ۱۸ سالگی به‌عنوان اماره رشد

نیز تالی فاسد دارد، از آن جمله می‌توان به تعارض قوانین و اختلاف نظرهای قضایی اشاره کرد. برخی مواد قانونی به شکل ضمنی، بیانگر ۱۸ سالگی به‌عنوان اماره رشد کیفری هستند. مثل ماده ۸۹ قانون مجازات اسلامی که به تأیید شورای نگهبان نیز رسیده است. به نظر می‌رسد با توجه به چنین مواردی، اگر قانون‌گذار ۱۸ سال را به‌عنوان سن رشد کیفری در نظر بگیرد، آن شورا مخالفت نخواهد کرد. روشن است که این سن نیز در تشخیص رشد قطعیت ندارد، بلکه به دلیل تفاوت افراد از جهات مختلف (فیزیکی/روانی/اجتماعی/اقتصادی و غیره) نمی‌توان سن دقیقی را اماره رشد دانست، اما همین سن، اماره مناسب‌تری از بلوغ برای تشخیص رشد است. عدم قطعیت اماره سن در تشخیص رشد، در باب بلوغ هم صادق است، همچنین دیدیم که نه از منظر شرعی/فقهی، بلوغ جنسی ملازم رشد کیفری است و نه از منظر عرف متخصصین حقوقی و غیرحقوقی.

سوم) نتیجه این پیش‌فرض که هرآنچه لازم بوده در ادله نقلی و روایی منعکس شده، این است که اگر اماره‌ای بود، حتماً در این ادله منعکس می‌شد و چون نشده، وجود اماره با شریعت ناسازگار است. قاعده مربوط به دخالت شارع در موضوعات این است که استثنائاً دخل و تصرف می‌کند و شارع در مورد مفهوم، ماهیت و حدود و ثغور رشد، تصرف نکرده است؛ لذا همانند دیگر الفاظی که حقیقت شرعیه ندارند، یا حقیقت لغویه ناسازگار با شریعت ندارند،^۱ مرجع شناخت و احراز رشد، عرف است (نجفی، ۱۴۰۴ق: ۴۸/۲۶). از این رو است که برخی از فقها، حاکم شرع را مختار می‌دانند که بر حسب اقتضای مصلحت زمان مشخصی را برای رشد تعیین کند (سبزواری، ۱۴۱۳ق: ۱۳۸۶).

^۱ برخی از لغویون (ابن منظور، ۱۴۰۵ق: ۲۳۵/۳؛ جوهری، ۱۳۹۹ق: ۴۳۹/۲ و طریحی، ۱۳۸۶ق: ۷۵/۳)، ۱۸ سال را برای «أشد» مذکور در آیات (۱۵۲ انعام و ۳۴ اسراء) که معادل رشد است، بیان کرده‌اند. همانگونه که در برخی آثار تفسیری (طوسی، بی‌تا: ۱۱۷/۶ و طبرسی، ۱۳۳۹، ۳۸۴/۲) و منابع روایی (قمی، ۱۴۳۶: ۳۳۴) در باب «أشد» به این سن اشاره شده است.

۱۲۵/۲۱). در این زمینه، سیره عقلاء نیز قابل استناد است. در زمان بررسی لایحه اصلاح قانون مدنی، ۱۵ سالگی به‌عنوان سن رشد برای دختر و پسر پیشنهاد شده بود که برخی از اعضای فقیه شورای نگهبان آن را به‌عنوان اماره رشد، لازم، مفید و بدون اشکال دانسته بودند (مهرپور، ۱۳۷۱: ۲۹۹). این دیدگاه همسو با تحقیقاتی است که از منظر علمی به نقصان رشد مغزی و قدرت تصمیم‌گیری نوجوانان پرداخته‌اند (See: Spear, 2005-2006: 11-45 & Beschle, 2006: 1-42). همچنین علاوه بر آموزه‌های عدالت ترمیمی در راستای آموزه‌های عدالت کیفری نیز است که حرکت نظام کیفری در راستای آینده بزهکار را لازم می‌داند (Siegel & Senna, 2008: 123).

۳. اختیار عدم استعمال نظریه پزشکی قانونی

تبصره ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی، اختیار وسیعی به دادرس داده تا جایی که می‌تواند نظریه متخصصین را در باب برخورداری بالغ زیر ۱۸ سال حتی در مواردی که جرم، مجازات سلب حیات را در پی دارد، استعمال نکنند. از استدلال‌های احتمالی که در پس‌زمینه شکل‌گیری این ماده وجود داشته، می‌توان به این موارد اشاره کرد: (۱) روان‌شناسان و روان‌پزشکان، معیار کافی و کاملی برای ارزیابی رشید بودن فرد در اعمال کیفری در دست ندارند؛ (۲) امکان دخالت عواطف و احساسات آنان در تشخیص رشد وجود دارد؛ (۳) در صورت گذشت مدت طولانی از ارتکاب جرم تا بررسی موضوع توسط متخصص، امکان تشخیص رشد دشوار است. چنانکه شعبه ۳۵ دیوان عالی کشور در خصوص درخواست اعاده دادرسی نسبت به دادنامه شماره ۷۳-۱۷/۵/۱۳۹۱، در باب عدم امکان اعمال ماده ۹۱، به این امر اشاره می‌کند که به خاطر گذشت چند سال از وقوع جرم، امکان تشخیص عدم درک متهم، ممکن نیست.

در پاسخ، باید گفت: (۱) کافی و کامل بودن ملاک، تنها در فرضی لازم است که تبعیت از نظریه پزشکی قانونی، برای دادرس قطعیت داشته باشد؛ اما در نظام قانون‌گذاری و حقوقی ایران، تنها در قالب اماره قضایی مورد توجه قرار گرفته است؛ (۲) در باب امکان دخالت عواطف و احساسات متخصصین در تشخیص رشد، باید گفت: اولاً، درباره تمامی تشخیصات بشری، این احتمال مطرح است؛ ثانیاً، دادرس قدرت سنجش و ارزیابی آن را دارد و (۳) با صرف‌نظر از اینکه همواره زمانی که از ارتکاب جرم سپری شده، طولانی نیست؛ دشوار بودن تشخیص نیز مختص تشخیص رشد کیفری نیست.

دادن اختیار وسیع به دادرس در تشخیص موضوعاتی همچون رشد، ممکن است ریشه در دو دیدگاه اصولی و فقهی داشته باشد. اولی، اصل بی‌اعتباری ظنون است. از منظر کسانی که به این اصل باور دارند، عمل بر ظنون حرام است، مگر ظنونی که از ظواهر آیات و روایات برمی‌آیند که

به دلیل بنای عقلاء دارای حجیتند (بروجردی، ۱۴۱۵ق: ۴۷۱-۴۷۲ و بنگرید به طهران، ۱۴۳۶ق: ۱۸۵). اصل این باور قابل مناقشه است، زیرا مهمترین دلیل حجیت ظنون نقلی، بنای عقلاء است و عقلاء از منظر اعتبار، بین ظنون نقلی و غیرنقلی تبعیض قائل نمی‌شوند، بلکه ملاک آنان ارزش اثباتی ظن است که به موجب آن هر کدام از ظنون دارای قوت بیشتری باشد، مقدم است. اگر این مناقشه پذیرفته نشوند، باز می‌توان گفت: منظور قائلین بی‌اعتباری ظنون عقلی و تجربی، عدم حجیت آن‌ها در حکم‌شناسی (شناخت دیدگاه شارع در باب رشد کیفری) است نه در موضوع-شناسی (شناخت خود رشد). دومی، این منظر فقهی است که قاضی، ویژگی‌های برجسته علمی، دینی و اخلاقی دارد که وی را از دیگر متخصصین متمایز می‌کند. این ویژگی‌ها (از جمله اجتهاد و عدالت) مبنای شکل‌گیری فقه‌القضا در آثار کلاسیک و سنتی فقهی است. تا جایی که حتی در آثار معاصر که سرشت قاضی و قضاء، تفاوت‌هایی داشته نیز احکام فقهی بر مبنای همان سرشت سابق قضاء و قاضی تقریر یافته است (بنگرید به موسوی خوئی، ۱۴۲۲ق: ۱-۱۴). این در حالی است که دست‌کم، ویژگی علمی قضات مد نظر فقه کلاسیک و سنتی (اجتهاد)، در دادرسان فعلی، اصولاً منتفی است.

وانگهی، بر اساس ماده ۱۲۲۳ قانون مدنی برای تشخیص جنون، استعمال نظریه اهل خیره الزامی است. هر چند برخی از حقوق‌دانان (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۴۵-۴۶) از تشخیص عرفی آن دفاع می‌کنند، در رأی شماره ۱۵۸۶/۱۰۶۸۰۹۹۷۰۹۲۰ شعبه ۸ دیوان عالی کشور آمده است: «عرف پزشکی برای تشخیص این قبیل مسایل برای قضات حجت است نه رویه بعضی قضات یا عرف غلطی که ممکن است در بین گروهی مورد قبول باشد». در مواد ۲۰۲ و ۳۷۰ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ نیز در تشخیص جنون، استعمال نظریه پزشکی قانونی الزامی است. بنابراین این پرسش مطرح می‌شود که «بین جنون و رشد کیفری یا کمال عقل چه تفاوتی است که قانون‌گذار در خصوص جنون، استعمال نظریه پزشکی قانونی را الزامی می‌داند، اما در رشد، چنین الزامی وجود ندارد؟». هر یک از سه نقد مذکور، قابل طرح در باب جنون نیز است.

ممکن است گفته شود: حتی در صورت صدور حکم بدون ارجاع به نظریه پزشکی قانونی، دیوان عالی کشور، بر اساس رویه‌ای که در نقض حکم به دلیل نقص تحقیقات و مخالفت با احکام سالب حیات دارد، آن را نقض خواهد کرد. این رویه در برخی از آراء دیده می‌شود (مثل رأی شعبه ۳۶ در باب اعاده دادرسی از دادنامه شماره ۶۰۰۱۴۲-۶۰۰۱۰/۱۰-۱۳۹۳/۲؛ رأی شعبه ۱۵ در باب نقض دادنامه شماره ۰۰۱۷۱-۰۱/۱۰-۱۳۹۲؛ رأی شعبه ۲۴ در راستای نقض دادنامه شماره ۳۷-۹۷-۱۳۹۳/۰۲/۲۰ و رأی شعبه چهارم در باب دادنامه شماره ۰۰۵۱-۰۸۴۲۵۰۰۹۹۷۰۹۱۰)، اما چالش

قانون در مرحله وضع، یک امر است و عمل به تفسیر شایسته و بایسته آن در مقام تفسیر قانون، امر دیگری است.

۴. دوگانگی نظام حاکم بر حد و قصاص با تعزیر

قانون‌گذار در باب جرایم اطفال و نوجوانان، بین حد و تعزیر در ابعاد مختلف رویکرد متفاوتی اتخاذ کرده است. از جمله اینکه مبنای وی در تعزیرات، یافته‌های جرم‌شناسان در خصوص نسبیت مسئولیت کیفری بوده است تا نشان دهد پایبند به یافته‌های علمی در حصول تدریجی بلوغ، کمال عقل و رشد کیفری است (مواد ۸۸ و ۸۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲)، اما در مباحث حد و قصاص، رویکرد وی دفعی است و به محض رسیدن به ۹ و ۱۵ سال تمام شمسی، بالغ را دارای مسئولیت کامل می‌داند (مواد ۱۴۶، ۱۴۷ و ۹۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲) تا نشان دهد به فقه وفادار است. پیش‌فرض وی ظاهراً این بوده که از منظر فقهی راه اندیشه‌ورزی در تعزیرات مفتوح و در حدود و قصاص مسدود است. از این رو تنها در تعزیرات می‌توان با تعقل راه اصولیون را پیمود. اندیشه‌ورزی فقها در باب اصل اجرای حدود، یکی از مواردی است که با این طرز تلقی ناسازگار است.

همچنین، در تعزیرات رویکرد جنسیتی نداشته و فرقی بین دختر و پسر قائل نیست؛ اما در حدود و قصاص رویکرد حقوق بشری خود را تغییر داده است. در تعزیرات از کودک و نوجوان استفاده می‌کند؛ اما در حدود و قصاص از بالغ. در تعزیرات ملاک تاریخ شمسی است؛ اما در حدود و قصاص، ملاک تاریخ قمری است. این در حالی است که آنچه در تعزیرات به اختیار حاکم گذاشته شده است، کم و کیف تعزیر است، نه تمایزات مذکور. به‌ویژه، شدت واکنش کیفری قانون‌گذار در حد و قصاص، قابل مقایسه با واکنش وی در تعزیرات نیست. دسته‌بندی کودکان و نوجوانان در مواد ۸۸ و ۸۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، نشانگر این است که در باب تعزیرات، سن رشد ۱۸ سال است و پیش از آن، مسئولیت کیفری فرد تکمیل نشده و بسان بزرگسالان، تعزیر نمی‌شود. نهایت تعزیری که در ماده ۸۹ برای نوجوانان بین پانزده تا هجده سال معین کرده، «نگهداری در کانون اصلاح و تربیت از دو تا پنج سال» است. این در حالی است که در باب قصاص و حدود که مجازات‌های شدیدتری هستند، رشد را ملازم بلوغ و بلوغ را ۹ و ۱۵ سال دانسته است. فرض کنیم اینک دختری که از منظر تقویم شمسی، در مرز بین هشت و نه سالگی است و بر مبنای مذکور، بالغ و رشید فرض می‌شود، به اتهام زنا دستگیر شود، در صورت اثبات، اگر محصنه باشد، سلب حیات خواهد شد (ماده ۲۲۵ قانون مجازات اسلامی) و اگر محصنه نباشد، ۱۰۰ ضربه شلاق خواهد خورد (ماده ۲۳۰ قانون مجازات اسلامی)؛ اما دختری که در مرز بین ۱۷ و ۱۸ سالگی است، اگر

مرتکب جرمی شود که مجازات آن تعزیر درجه یک (حبس، بیش از ۲۵ سال/جزای نقدی بیش از یک میلیارد ریال/مصادره کل اموال/انحلال شخص حقوقی) است، چند سال در کانون اصلاح و تربیت نگهداری می‌شود. این ناسازگاری را هیچ منطقی نمی‌تواند توجیه کند، جز استدلالی که در بردارنده دو مقدمه است: مقدمه اول، باور به این است که شارع تشخیص داده که شروع بلوغ جنسی همراه با رشد کیفی و کمال عقلانی است؛ مقدمه دوم، باور به نظام افتراقی حد و تعزیر و توقیفی بودن مطلق احکام حدود و غیر توقیفی بودن مطلق احکام تعزیرات است. بطلان مقدمه اول، پیش از این ثابت شد. مقدمه دوم نیز با وجود باور به «تعزیرات منصوص شرعی» (تبصره دوم ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲) در خود همین قانون نقض شده است. در ثانی بسیاری از تفاوت‌های معروف بین حد و تعزیر که باعث باور به نظام افتراقی حد و تعزیرند، دارای مبنای شرعی و فقهی محکم و استواری نیستند (بنگرید به نوبهار و عرفانی فر، ۱۳۹۶: ۲۰۷-۲۴۰).

۵. ابهام در مجازات قانونی مرتکب

در صورت وجود شبهه موضوعی یا حکمی و یا تردید در رشد و کمال عقل، قانون‌گذار به محکومیت مرتکب «به مجازات‌های پیش‌بینی شده در این فصل» دستور داده است؛ اما این عبارت مبهم بوده و این پرسش پیش می‌آید که «منظور وی تنها موارد مذکور در ماده ۸۹ است یا موارد مذکور در ماده ۸۸ را نیز در بر می‌گیرد؟».

اختصاص منظور قانون‌گذار به مجازات‌های مقرر در ماده ۸۹ علاوه بر مستند بودن به انطباق لفظ «مجازات» مذکور در ماده ۹۱ با مجازات‌های مقرر در ماده ۸۹ و عدم به کار رفتن این لفظ در ماده ۸۸، با «منطق حقوق» نیز سازگار دانسته شده است. برخی (صبوری پور و علوی صدر، ۱۳۹۴: ۱۸۹-۱۹۰) بر این باورند که برخلاف «تصمیمات» به کاررفته در ماده ۸۸، «مجازات‌های» مقرر در ماده ۸۹، تناسب بیشتری با دوگانه حدود و قصاص مذکور در ماده ۹۱ دارد. این در صورتی قابل‌پذیرش است که «اصل تناسب مجازات با شخصیت مجرم» وجود نداشت. علاوه بر آن، اتفاقاً اینکه قانون‌گذار در ماده ۸۹ حکم به تعزیرات که به مراتب سبک‌تر از حدود و قصاص است را چارچوب‌دار کند و در باب حدود و قصاص، دست قاضی را در انتخاب یکی از مجازات‌های مذکور در ماده ۸۹ باز بگذارد، با منطق حقوق سازگار نیست.

با توجه به قراین به کاررفته در خود ماده ۹۱، نمی‌توان گفت منظور وی از به کار بردن واژه «مجازات»، تنها مجازات‌های مقرر در ماده ۸۹ است؛ زیرا اگر چنین مرادی داشت، از عبارت «مجازات‌های مقرر در ماده ۸۹ همین قانون» استفاده می‌کرد. این برداشت با وجود عبارت «حسب مورد با توجه به سن آن‌ها» راهگشا نیست؛ زیرا هر یک از بندهای ماده ۸۹ اشاره به محدوده سنی

خاصی دارد. ممکن است قانون‌گذار در اینجا به خاطر دشواری‌های موجود در نظام قانون‌گذاری ایران، به سمت «ابهام‌گویی/قانون مبهم» متمایل شده است تا در ظاهر نشان دهد که مرتکب بدون مجازات رها نمی‌شود؛ اما دست دادرس را در اختیار تصمیم/مجازات بر اساس سن مرتکب باز بگذارد. البته حتی اگر قاضی به تناسب قصاص، به دیه و شدیدترین مجازات مقرر در ماده ۸۹ نیز حکم کند (همانند دادنامه‌های شماره ۱۳۹۱/۱۰/۰۱-۰۰۱۷۱ و ۱۳۹۰/۸/۷-۰۵۰۷)، نه جو عمومی حاکم بر جامعه ما بر مجازات شدن مرتکب راضی خواهد شد و نه اولیای دم. بگذریم از اینکه مبهم بودن، روشن نبودن و غیردقیق بودن قانون، با سرشت راهنما بودن آن ناسازگار است (Raz, 2009: 183).

نتیجه‌گیری

توأم بودن دو دغدغه انطباق بر موازین اسلامی و سازگاری با تعهدات حقوق بشری، موجب شکل‌گیری ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) شده است؛ اما پنج چالش اساسی، موفقیت قانون‌گذار را در بوته تردید قرار می‌دهد:

اول) این امکان وجود دارد که گفته شود: اصل متخذ از مجموع مواد ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون فوق این است که «سلب حیات نوجوان زیر ۱۸ سال به‌عنوان مجازات ممکن است»؛ اما به‌موجب ماده ۹۱ آن «در موارد استثنایی که رشد و کمال عقلانی وی مورد تردید قرار می‌گیرد، سلب حیات نمی‌شود، البته به شرط اینکه دادرس با اختیار وسیعی که دارد، نتواند رشد و کمال عقلانی وی را اثبات کند». صرف نظر کردن قانون‌گذار از تصریح به اصل فوق، در کنار تصریح به استثنای آن، این تعهد حقوق بشری وی که مطلقاً نباید از نوجوان زیر ۱۸ سال سلب حیات کند را به شکل ضمنی نقض کرده است. همانگونه که اقدام وی منطبق بر ادله و مبانی فقه امامیه نیست. طرز تلقی قانون‌گذار در باب این اصل و استثنا، ریشه در این دو پیش‌فرض دارد: (۱) «از منظر فقهی، بلوغ و مجنون نبودن، شرط کافی مسئولیت کیفری است» و (۲) «دامنه قاعده درء، محدود به مقام دادرسی است». عوامل متعددی دست‌به‌دست هم داده تا پیش‌فرض نخست در پس‌زمینه فکری پژوهش‌گران و قانون‌نویسان ایجاد شود، از جمله می‌توان به دشواری‌های اخذ قاعده در باب حقوق جزای عمومی از متون فقهی، جستجوی رشد کیفری در خود بلوغ، تصور ملازمه بلوغ جنسی با رشد عقلانی و عدم توجه به عقلانی بودن برخی از شرایط مسئولیت کیفری، اشاره کرد. مهمتر از همه، از شرط عقل، تنها معنای حداقلی آن (مجنون نبودن) اخذ شده است، در حالی که شمولیت آن بر مجنون نبودن و کمال عقلانی، قابل دفاع‌تر است.

دوم) با توجه به اینکه پیش‌فرض خود ماده، ملازمه بلوغ جنسی با رشد کیفری است، به موجب تبصره آن، دادگاه برای اثبات فرض رشد کیفری بالغ غیرمجنون، می‌تواند از هر طریقی اقدام کند.

اسناد حقوق بشری مربوطه به دنبال عدم سلب حیات از نوجوانان زیر ۱۸ سال هستند، از این رو در صورتی تبصره ماده با تعهدات حقوق بشری مربوطه همخوان بود که در اثبات عدم رشد کیفری به مفسر قانون آزادی می‌داد، این در حالی است که قانون‌گذار، دادگاه را در راستای اثبات آن آزاد گذاشته است. در این طرز تلقی، مخالفت با ۱۸ سالگی به‌عنوان اماره رشد نیز طبیعی خواهد بود. مخالفت با این اماره، ریشه در امور مختلفی دارد، از جمله تصور ملازمه بلوغ شرعی با رشد که در نتیجه آن خود سن بلوغ (۹ و ۱۵ سال) اماره رشد است نه ۱۸ سال. این ملازمه منتفی است. به همان میزان که ۱۸ سال نشانه قطعی رشد نیست، بلوغ نیز اماره قطعی رشد نیست. در ثانی بلوغ جنسی، مبنای شرعی و فقهی برای تشخیص رشد نیست، بلکه از این منظر، رشد امری است در کنار بلوغ. شارع همانگونه که در حکم رشد کیفری، دخالت نکرده، در مورد مفهوم، ماهیت، حدود و ثغور آن نیز تصرف نکرده است؛ لذا نمی‌توان از فقدان دلیل نقلی در باب لزوم رشد کیفری، به مخالفت شریعت با آن دست یافت یا مرجع شناخت آن را ادله نقلی دانست، رشد کیفری به حکم عقل، شرط مسئولیت کیفری است و مرجع شناخت و احراز آن نیز عرف است. تالی فاسدهایی که برای فرض وجود ۱۸ سالگی به عنوان اماره رشد کیفری مطرح شده نیز منتفی است.

سوم) تبصره ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی، اختیار وسیعی به دادرس داده تا جایی که می‌تواند نظریه متخصصین را در باب برخورداری بالغ زیر ۱۸ سال حتی در مواردی که عمل ارتكابی، مجازات سلب حیات را در پی دارد، استعمال نکند. از استدلال‌های احتمالی که در پس‌زمینه شکل‌گیری این امر وجود داشته، عدم وجود معیار کافی و کامل روان‌شناختی و روان‌پزشکی در باب ارزیابی رشد کیفری؛ امکان دخالت عوامل غیرمربوط در تشخیص رشد کیفری و دشواری تشخیص رشد کیفری در صورت گذشت زمان طولانی از ارتكاب عمل مجرمانه است. اما این موارد، مختص تشخیص رشد کیفری نبوده، در تمامی تشخیصات بشری و تخصصی که در نظام کیفری ایران رسمیت یافته، قابل طرح است. بگذریم از اینکه ضرورت کافی و کامل بودن ملاک، تنها در فرضی مطرح بود که دادرس، اختیار ارزیابی نظریه پزشکی قانونی را نداشت. دادن اختیار وسیع به دادرس در تشخیص موضوعاتی همچون رشد، ممکن است ریشه در دو دیدگاه اصولی و فقهی داشته باشد. اولی، «بی‌اعتباری ظنون عقلی و تجربی» است که قابل دفاع نیست؛ دومی، این منظر فقهی است که قاضی، ویژگی‌های برجسته علمی و غیرعلمی دارد که وی را از دیگر متخصصین متمایز می‌کند که در دادرسان فعلی، اصولاً منتفی است.

چهارم) قانون‌گذار در باب جرایم اطفال و نوجوانان، بین حد/قصاص و تعزیر، در ابعاد مختلف به ویژه شدت مجازات، رویکرد متفاوتی اتخاذ کرده است. پیش‌فرض وی ظاهراً این بوده که از منظر فقهی، راه اندیشه‌ورزی در تعزیرات مفتوح و در حدود و قصاص مسدود است؛ اما اندیشه‌ورزی فقها

در باب اصل اجرای حدود، یکی از مواردی است که با این طرز تلقی ناسازگار است. همچنین این طرز تلقی ریشه در تفاوت‌های بین حد و تعزیر دارد که به رغم رایج و معروف بودن، دقیق نبوده و ابتدای نظام کیفری بر افتراق کلی حد و تعزیر را توجیه نمی‌کنند.

پنجم) در صورت تردید در رشد کیفری، قانون‌گذار به محکومیت مرتکب «به مجازات‌های پیش‌بینی شده در این فصل» دستور داده است؛ اما عبارت وی مبهم بوده و مشخص نیست منظور وی تنها موارد مذکور در ماده ۸۹ است یا موارد مذکور در ماده ۸۸ را نیز در بر می‌گیرد. اگر قانون‌گذار به خاطر دشواری‌های موجود، به سمت «ابهام‌گویی» متمایل شده است تا در ظاهر نشان دهد که مرتکب بدون مجازات رها نمی‌شود، اما دست دادرس را در اختیار تصمیم/مجازات بر اساس سن مرتکب باز بگذارد، باز هم هدف مد نظر وی حاصل نخواهد شد؛ زیرا حتی اگر قاضی به تناسب قصاص، به دیه و شدیدترین مجازات مقرر در ماده ۸۹ نیز حکم کند، نه جو عمومی حاکم بر جامعه ما در باب مجازات شدن مرتکب راضی خواهد شد و نه اولیای دم. اگر مبنای قانون‌گذار در وضع این ماده مصلحت‌اندیشی بوده، باید گفت: مصلحت، پایبندی به اصول قانون‌گذاری/کیفردهی و استفاده شایسته و بایسته از منابع مختلف در وضع قاعده حقوقی است نه قانون‌نویسی مبهم. نظام‌مند شدن چگونگی دخالت منابع مختلف از جمله منابع دینی/فقهی؛ حقوقی؛ اخلاقی و بین‌المللی در قانون‌گذاری، به عنوان مقدمه مرتفع‌شدن این دشواری‌ها، پیشنهاد نگارندگان است. روشن است چنین امری، طول خواهد کشید، اما تا آن زمان، دست کم، می‌توان متن ماده را اینگونه بازنویسی کرد و در صورت عدم بازنویسی، در مقام آموزش حقوق، پژوهش حقوقی و دادرسی، اینگونه تفسیر کرد: «در جرایم موجب سلب حیات بالغ کمتر از ۱۸ سال، حسب مورد، مواد ۸۸ و ۸۹ همین قانون اجرا می‌شود؛ مگر اینکه با استعلام از پزشکی قانونی، اثبات شود، دارای رشد کیفری و کمال عقل بوده است.»

منابع

- آقایی‌نیا، حسین (۱۳۹۹)، **حقوق کیفری اختصاصی ۳**، چاپ هجدهم، تهران: میزان.
- احسانی، امیرحسین و همکاران (۱۳۹۹)، «تفاسیر دوگانه در شرط رشد و کمال عقل در حقوق کیفری»، **حقوق اسلامی**، شماره ۶۷، صص. ۷-۳۰.
- اردبیلی، محمدعلی (۱۴۰۰)، **حقوق جزای عمومی**، جلد دوم، چاپ پنجاه و ششم، تهران: میزان.
- امامی، سیدحسن (۱۳۷۷)، **حقوق مدنی**، بدون نوبت چاپ، تهران: اسلامیه.
- انصاری‌پور، محمدعلی (۱۳۹۶)، «بیان موجزی از دلایل ضرورت تعیین سن رشد»، **مطالعات حقوق خصوصی**، شماره ۲، صص. ۲۳۰-۲۱۳.



- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۵)، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، چاپ هفتم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۸)، **مقدمه عمومی علم حقوق**، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- چلبی، آزاده (۱۳۹۷)، **فساد و مقبولیت قانون از منظر جامعه‌شناسی حقوق**، چاپ دوم، تهران: نشر نی.
- دانش پژوه، مصطفی (۱۳۹۲)، **مقدمه علم حقوق**، چاپ دهم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- رهامی، محسن (۱۳۸۱)، «رشد جزایی»، **مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی**، شماره ۵۸، ص ۱۶۷-۱۹۸.
- زراعت، عباس و معین، محمدرضا (۱۳۹۸)، **مقدمه علم حقوق**، چاپ هشتم، تهران: جنگل.
- شایگان، سیدعلی (۱۳۷۵)، **حقوق مدنی**، چاپ اول، قزوین: طه.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۸)، **مقدمه علم حقوق**، چاپ دوم، تهران: میزان.
- صبوری پور، مهدی و علوی صدر، فاطمه (۱۳۹۴)، «سن کیفری کودکان و نوجوانان در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، **پژوهشنامه حقوق کیفری**، ش ۱۱، ص ۱۹۴-۱۷۱.
- عابدی، احمدرضا (۱۴۰۰)، **نگرش کاربردی به حقوق جزای عمومی**، چاپ اول، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- عدل، مصطفی (۱۳۷۳)، **حقوق مدنی**، بدون نوبت چاپ، قزوین: بحرالعلوم.
- عزیزی، امیرمهدی و همکاران (۱۴۰۱)، «کیفرگذاری کرامت‌مدار در مدل مردم‌سالار سیاست جنایی»، **پژوهشنامه حقوق کیفری**، ش ۲۵، صص. ۲۰۴-۱۷۷.
- قورچی بیگی، مجید و شهرانی، معصومه (۱۳۹۷)، «میزان صدور احکام بازپرورانه در بزهکاری کودکان و نوجوانان بعد از تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، **مجله حقوقی دادگستری**، دوره ۸۲، شماره ۱۰۲، صص. ۱۶۱-۱۸۹.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی**، چاپ دوازدهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کوشا، جعفر (۱۳۹۲)، «سیاست جنایی ایران در لایحه قانون مجازات اسلامی، انطباق با اسناد حقوق بشری و موازین فقهی؟»، **تازه‌های علوم جنایی**، کتاب اول، چاپ دوم، تهران: میزان، صص. ۶۳۵-۶۴۳.

مذاکرات و آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۸۳، تهران: اداره وحدت رویه دیوان عالی کشور، جلد دهم، ۱۳۸۶.

میرمحمدصادقی، حسین (۱۴۰۰)، **حقوق جزای عمومی**، جلد دوم، چاپ اول، تهران: دادگستر. نوبهار، رحیم و عرفانی فر، امیر (۱۳۹۶)، «واکاوی تحلیلی-انتقادی تفاوت‌های میان حد و تعزیر»، **راهبرد**، شماره ۸۲، صص. ۲۴۰-۲۰۷.

واحدی، قدرت‌الله (۱۳۹۱)، **مقدمه‌ی علم حقوق**، چاپ چهاردهم، تهران: میزان. ونکی، احمدرضا و همکاران (۱۳۹۹)، «آرمان‌گرایی یا واقع‌گرایی سیاست جنایی تقنینی در قبال رشد جزایی در حقوق کیفری ایران»، **جامعه‌شناسی سیاسی ایران**، شماره ۱۲، صص. ۲۲۱۹-۲۲۳۶.

هاشمی، سید حسین (۱۳۹۴)، «بررسی فقهی حقوقی رویکرد قانون مجازات اسلامی جدید به سن رشد و مسئولیت کیفری کودکان در پرتو اسناد بین‌المللی»، **حقوق تطبیقی**، شماره ۱۰۳، صص. ۷۴-۵۱.

آبی، حسن (۱۴۱۷ق.)، **کشف الرموز فی شرح مختصر النافع**، چاپ سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

ابن منظور، جمال‌الدین (۱۴۰۵ق.)، **لسان العرب**، بدون نوبت چاپ، قم: ادب حوزه. اردبیلی، احمد (۱۴۰۳ق.)، **مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان**، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

بروجردی، حسین (۱۴۱۵ق.)، **نهایه الأصول**. قم: تفکر. جوهری، اسماعیل (۱۳۹۹ق.)، **الصالح**، چاپ دوم، بیروت: دارالعلم للملایین. حائری طباطبایی، سید علی (بی‌تا)، **ریاض المسائل**، چاپ اول، قم: آل‌البیت. حرّ عاملی، محمد (۱۴۰۹ق.)، **وسائل الشیعه**، چاپ اول، قم: آل‌البیت. حلبی، حمزه (۱۴۱۷ق.)، **غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع**، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق.

حلی، نجم‌الدین (۱۴۰۸ق.)، **شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان.

حلی، حسن (بی‌تا)، **تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمامیه**، چاپ اول، مشهد: آل‌البیت. حلی، محمد (۱۴۱۰ق.)، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی. حلی، مقداد (۱۴۲۵ق.)، **کنز العرفان فی فقه القرآن**، چاپ اول، قم: مرتضوی.



- سبحانی تبریزی، جعفر (بی تا)، **البلوغ، حقیقته، علامته و أحكامه**، چاپ اول، قم: بی نا.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق.)، **مهذب الأحكام**، چاپ چهارم، قم: المنار.
- طباطبائی، سید محمد حسین (۱۳۶۷)، **تفسیر المیزان**، چاپ چهارم، تهران: بنیاد علمی و فکری علامه طباطبائی.
- طریحی، فخرالدین (۱۳۸۶ق.)، **مجمع البحرين**، بدون نوبت چاپ، تهران: المكتبة المرتضویه.
- طبرسی، ابوالفضل (۱۳۳۹ق.)، **مجمع البیان فی تفسیر القرآن**، بدون نوبت چاپ، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- طوسی، محمد (۱۴۰۷ق.)، **الخلاف**، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- طوسی، محمد (۱۴۰۰ق.)، **النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی**، چاپ دوم، بیروت: دار الكتاب العربی.
- طوسی، محمد (۱۳۸۷ق.)، **المبسوط فی فقه الإمامیه**، چاپ سوم، تهران: المكتبة المرتضویه.
- طوسی، محمد (بی تا)، **تفسیر التبیان**، بدون نوبت چاپ، بیروت: دارالاندلس.
- طهرانی، سید محمد حسین (۱۴۳۶ق.)، **رساله فی القطع و الظن**، مشهد: نشر علامه طباطبائی.
- عاملی، زین الدین (۱۴۱۰ق.)، **الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه**، چاپ اول، قم: کتابفروشی داوری.
- عاملی، زین الدین (۱۴۱۳ق.)، **مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام**، چاپ اول، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- فاضل هندی، محمد (۱۴۱۶ق.)، **كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام**، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- قمی، محمد (بی تا)، **المقنع**، بدون نوبت چاپ، قم: مؤسسه امام هادی.
- قمی، محمد (۱۴۳۶ق.)، **معانی الأخبار**، بدون نوبت چاپ، قم: النشر الإسلامی.
- کاشف الغطاء، محمد حسین (۱۳۵۹ق.)، **تحریر المجله**، چاپ اول، نجف: المكتبة المرتضویه.
- کلینی، محمد (۱۴۰۷ق.)، **الكافی**، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامیه.
- موسوی خمینی، سید روح الله (بی تا)، **تحریر الوسیله**، چاپ اول، قم: دار العلم.
- موسوی خوئی، سید ابوالقاسم (۱۳۶۸)، **أجود التقریرات**، بدون نوبت چاپ، قم: مصطفوی.
- موسوی خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰ق.)، **منهاج الصالحین**، چاپ بیست و هشتم، قم: مدینه العلم.

موسوی خوئی، سید ابو القاسم (۱۴۲۲ق.)، **مبانی تکمله المنهاج**، چاپ اول، قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی.

نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق.)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

Beschle, D. L. (2006), Cognitive Dissonance Revisited: Roper v. Simmons and the Issue of Adolescent Decision-Making Competence, **the Wayne Law Review**, pp.52, 1-42.

Cipriani, D. (2016), **Children's rights and the minimum age of criminal responsibility: a global perspective**, Routledge.

Hood R. & Hoyle C. (2015), **the Death Penalty: A Worldwide Perspective**, 5 editions, Oxford: Oxford University Press.

Raz, J. (2009), the Rule of Law and its Virtue. In A. Kavanagh and J. Oberdiek, **Arguing Abot Law**, London & New York: Poutledge.

Siegel, L. J. & Senna, J. J. (2008), **Introduction to Criminal Justice**, Thomson & Wadsworth Publishers.

Spear, L. (2005-2006), Adolescent Brain Development, **Thomas M. Cooley Journal of Practical & Clinical Law**, 8, pp.11-45.

روش استناد به این مقاله:

نوجوان، داود و یوسف‌زاده، احمد (۱۴۰۲)، «ریشه‌یابی چالش‌های قضی و حقوق بشری ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در باب مجازات‌های سالب حیات نوجوانان»، پژوهشنامه حقوق کیفری، دوره ۱۴، پیاپی ۲۷، صص. ۳۱۱-۳۳۵.

DOI: 10.22124/jol.2023.22945.2321

Copyright:

Copyright for this article is transferred by the author(s) to the journal, with first publication rights granted to *Criminal Law Research*. This is an open-access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution License (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

