

سهام صداقتی<sup>۱</sup>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۵/۲۰

حسن عالی پور<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۸/۲

کریم صالحی<sup>۳</sup>

مهدی دهشیری<sup>۴</sup>

### چکیده

زمینه و هدف: رویکرد صلاح‌دید و بدون نظارت در تعیین کیفر، بیشترین نقش را در ایجاد رویه قضایی معارض با قانون دارد؛ از این رو، قرار گرفتن رویه قضایی دادرسان در مسیر درست به منظور بهبود اصل حاکمیت قانون، می‌تواند مسیر حرکت رویه قضایی به سمت کشف نظر مقنن را به عنوان راهبردی اساسی در تنظیم پیوند قانون و رویه قضایی، جهت دهی و هموار کند.

روش: این نوشتار با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و آرای دادگاه‌ها با روش توصیف و تحلیل در پی بررسی پیوند رویه قضایی مغایر با قانون و چرایی و جلوه‌های جابجایی پیوند طولی با پیوند عرضی میان این دو برآمده است.

### یافته‌ها و نتایج:

منابع اصلی و الزامی حقوق کیفری، نقش قاعده‌آفرینی و محتواسازی در نظام کیفری هر کشوری را دارا هستند و منابع ارشادی و فرعی، تنها نقش قاعده‌پردازی و محتواگستری دارند. این رابطه طولی میان دو دسته از منابع حقوق کیفری، سبب ضابطه‌مندی و یکپارچگی نظام کیفری شده و بویژه در زمینه کیفرگزینی، که عرصه تبلور عدالت کیفری است، برجسته‌تر از حوزه‌های دیگر است. با این حال در رویه قضایی ایران در زمینه اصول و شرایط حاکم بر تعیین مجازات، در جلوه‌های گوناگون مانند: تعیین نوع و میزان مجازات، تناسب مجازات با جرم، اصل قانونمندی مجازات، اعمال نهادهای مساعد به حال محکوم، تجدیدنظرپذیری مجازات و تعدیل مجازات، در مسیر محتواسازی و گاه قاعده‌آفرینی گام برداشته است. این نوشتار در پی بررسی پیوند رویه قضایی مغایر با قانون و چرایی و جلوه‌های جابجایی پیوند طولی با پیوند عرضی میان این دو برآمده و به این نتیجه رسیده است که چالش‌های مرتبط با محتوای قانون (ابهام و اجمال)، اعتبار قانون (آیین‌نامه‌ای شدن و آزمایشی بودن)، جایگاه مقنن (گوناگونی مراجع قانونگذاری و ضعف جایگاه قانونگذار) و ساختار قانون (کد نبودن و ابهام روابط قوانین با همدیگر) سبب رویه‌ای شدن تدریجی تعیین مجازات به جای قانونی بودن، شده است. راهبرد پیشنهادی نوشتار این است که گرچه تعیین مجازات، مهمترین چهره اعمال صلاح‌دید قضایی و برجسته‌ترین مجال تصمیم‌گیری بر اساس واقعیت‌های پرونده است و از این نظر، طبیعتی گریزان از قانون دارد؛ ولی در هر حال رابطه واسطه‌ای و طولی میان رویه قضایی و قانون مقتضای حاکمیت قانون است. از این جهت باید یک سازوکاری میان قانون و رویه قضایی از طریق کنترل پیشینی صدور حکم در نظام قضایی ایران برقرار شود.

کلید واژه‌ها: رویه قضایی، قانون، رابطه عرضی، رویارویی قانون و رویه، رویه قاعده‌پرداز

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، گروه حقوق، واحد شهرکرد، دانشگاه آزاد اسلامی، شهرکرد، ایران، رایانامه: a.sedagate96@gmail.com

<sup>۲</sup> استادیار، گروه حقوق، واحد شهرکرد، دانشگاه آزاد اسلامی، شهرکرد، ایران، رایانامه: hassan.alipour@ut.ac.ir

<sup>۳</sup> استادیار، گروه حقوق، واحد شهرکرد، دانشگاه آزاد اسلامی، شهرکرد، ایران، (نویسنده مسئول)، رایانامه: K.salehi@ut.ac.ir

<sup>۴</sup> استادیار، گروه حقوق، واحد شهرکرد، دانشگاه آزاد اسلامی، شهرکرد، ایران، رایانامه: dr.m.dehshiri@gmail.com

رای دادگاه آیینی ای برای نمایش محتوای قانون است و به طور کلی اصل حاکمیت قانون در جامعه در گام نخست از طریق دادگاه ها متبلور می شود. منطق پیروی رای دادگاه از قانون توسط مقررات قانونی مانند اصل ۱۶۶ قانون اساسی و ماده ۳۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری نیز مستند شده است. با این حال، قانونمندی رای دادگاه می تواند سر ستیز با صلاحدید قضایی داشته باشد. خاستگاه صلاحدید قضایی، خود قانون است تا قاضی بر اساس برخی اختیارات بتواند در پرونده بهترین و مناسب ترین تصمیم را بگیرد و همانند یک مجری صرف عمل نکند. همین خاستگاه می تواند به تدریج سبب قوت گیری اصل صلاحدید قضایی در برابر اصل قانونمندی قضایی و شکل گیری رویه قضایی مغایر با قانون می شود.

در ایران، بخش بزرگی از مغایرت رویه قضایی با قانون، ناشی از منابع تعیین کیفر و ضعف آنهاست که در عرصه عمل، شکاف قانون و رویه قضایی را بوجود می آورد. چند دستگی قوانین، که هر یک ناشی از عوامل گوناگون با قانونگذاران متفاوت (مانند مجلس شورای ملی، لوایح قانونی دولت - بویژه دولت محمد مصدق و شورای انقلاب -، مجلس شورای اسلامی، مجمع تشخیص مصلحت و دیگر مراجع قانونگذار) است، به ثبات قانونی و حاکمیت آن، آسیب وارد کرده است. افزون بر این، تعدد مراجع واضح قوانین جزایی، آرمان گرایی های ایدئولوژیک غافل از حقایق و واقعیتها، دگرگونی متون قانونی به جای اصلاح آنها، بی ثباتی قوانین و فقدان نظم و انسجام منطقی و علمی در قوانین کیفری، در کنار نگاه دو سویه قضات به منابع تعیین کیفر، آزمایشی بودن غالب قوانین کیفری، عدم تعیین اولویت های استفاده از واکنش های کیفری در مرحله وضع قانون، وابستگی قانون به آیین نامه، عدم توجه به آیین قانون نویسی و قانون گذاری و عدم پیش بینی موانع اجرای قانون، سبب شده است تا منابع تعیین کیفر، بر چنین رویکرد تعارض گونه ای اثرگذار باشد.

در نظام قضایی ایران، یکنواخت سازی و یکپارچگی قضایی، حتی در مرحله قانون گذاری نیز، محسوس نیست. وجود مقرره گذاری های موازی با قانونگذار عادی کیفری که همان مجلس شورای اسلامی است و یا حتی برتر بودن این مقرره گذارها نسبت به مرجع عام قانون گذاری، سر منشاء نظامی می گردد که با یکنواخت سازی در تعیین کیفر آشنا نیست. در واقع در نظام قضایی ایران، قاضی پیش از تطبیق اتهام با ماده قانونی و تعیین کیفر، باید قانون معتبر و حتی قانونگذار معتبر را نیز، بشناسد. (توحیدی نافغ، ۱۳۹۵: ۲۲۶) از این رو، فعالیت مراجع گوناگون قانون گذاری در ایران، سیاست جنایی را ناکارآمد کرده؛ که آثار آن را می توان در تعارض رویه قضایی با قانون مشاهده نمود. بی تردید گوناگونی مراجع قانون گذاری و ضعف جایگاه قانونگذار به عنوان یکی از مشکلات نظام حقوقی ایران، موجب تصویب مقررات مختلف و گاهی متعارض می گردد که در عرصه عمل و اجرا، شکاف و گسست قانون و رویه قضایی را رقم می زند و کاربران قضایی را به خودداری از اجرای آن، با تمسک به گریزگاه های مختلف، وا می دارد و بدین ترتیب میان قانون و رویه، با واکنش اتخاذ شده از سوی کاربران قضایی، گسست و تعارض ایجاد می شود؛ زیرا ضعف جایگاه قانونگذار به اعتبار گوناگونی مراجع قانون گذاری، تضعیف حاکمیت قانون را به دنبال داشته و سبب می شود تا ابهت و شکوه قانون، در نزد عموم دادرسان کاهش یابد که نتیجه آن، نگرش منفی قضات به جایگاه قانون کیفری در ایران است. این چند دستگی قوانین که هر یک ناشی از عوامل گوناگونی با قانونگذاران متفاوت است، به شدت به ثبات قانونی و صلاحیت قانونگذار، در ذهن قضات آسیب وارد کرده است. با لحاظ این واقعیتها، رویه قضایی با منشاء صلاحدید قضایی و گزاره های منطقی غیر قابل برداشت از قانون، مسیری در عرض قانون را می پیماید و غیر همسو با آن جای می گیرد؛ زیرا اولین و مهمترین پایه برای قضات کیفری، دلبستگی به قانون و ارج نهادن به آن است که به اعتبار ضعف جایگاه قانونگذار و گوناگونی مراجع وضع قوانین، این پیوند میان قاضی و قانون برقرار نیست؛ از این رو، قاضی گرایش به رویه محوری می یابد و رویه قضایی، نه تنها معارض با قانون که همعرض با قانون می شود. در نتیجه رویه ای از سوی دادگاهها که معارض با قانون بود و یا با منطق تفسیر پرونده محور بر مبنای برداشت از قانون نباشد، شکل می گیرد؛ چنین

معارضه‌ای، با توجه به آرای صادره، چه به صورت رأی وحدت رویه و چه در قالب رویکرد غالبی یا اجتماعی قضات در موضوعی خاص، در رویه قضایی ایران دیده می‌شود.

تعدد مراجع قانونگذاری، آفتی جدی در مسیر وضع قانون شفاف، کارا و عادلانه است و چه بسا سبب گمراهی مجریان و قضات در مراجعه به قانون لازم‌الاجرا می‌گردد. در یک نظام قانون‌گرا، تنوع غیرمنظم مراجع قانونگذاری و وجود چنین قوانینی، پس از رفع بحران‌های ملی و تثبیت کامل نظام، مبنی بر این که مصوبات مجمع، تنها از طریق مصوبات جدید آن مرجع یا اعلان صریح لغو آنها، قابل تغییر هستند، نه با قوانین مجلس و...<sup>۱</sup>، تشخیص قوانین ناسخ و منسوخ، عام و خاص، مجمل و مبین و مطلق و مقید را، به منظور تشخیص قانون کیفری حاکم، برای دادرسان، بسیار دشوار نموده است. دشواری این کار، زمانی مضاعف است که درصدد تشخیص و تفسیر قانون حاکم بر قضیه به استناد قانونی برآیم که تنها یک یا چند ماده یا قسمت‌هایی از چند ماده از آن، در مجمع، مورد تصویب و تغییر قرار گرفته باشد و چنین قوانینی در مقام شمارش، تعداد زیادی را شامل می‌شوند. دادرسان و مراجع قضایی، در چنین وضع مشوشی، به دشواری قادر به تشخیص قانون صحیح حاکم بر قضیه خواهند بود؛ لذا، با تفسیرهای ناروا، گونه‌ی خاصی از مجازات‌ها را اعمال می‌نمایند. از همین رو، می‌توان ناهماهنگی و اختلاف میان کیفر مندرج در دادنامه و کیفر مصرح در قانون جزایی را، به وضوح دریافت.

نوشتار حاضر در پی پرداختن به سه مساله است: نخست اینکه با وجود معایب و چالش‌های حوزه قانونگذاری به ویژه در وضع کیفر، آیا به واقع صلاح‌دید قضایی بر قانونگرایی قضایی غلبه کرده و رویه‌هایی شکل گرفته است که نشان می‌دهد قضات، آرای خود را بیرون از چهارچوب‌های قانونی استوار کرده‌اند؟ دوم اینکه اگر مغایرت آرای دادگاه با قانون در کیفرگزینی در برخی وجوه اجتناب‌ناپذیر می‌نماید، در این صورت، آیا می‌توان این آرای مغایر در قالب رویه قضایی به عنوان یک منبع حقوقی در نظام کیفری ایران شناسایی کرد، به ویژه اینکه رویه قضایی به عنوان منبع ارشادی همواره باید در طول قانون باشد و نه در عرض آن. سوم اینکه سازوکارهای کنترل رویه قضایی برای همگام شدن با قانون چیست، به ویژه اینکه رویه قضایی ماهیت جریانی دارد و در طور زمان شکل گرفته و تقویت می‌شود و به مراتب از قانون دیرپاتر است. در این مقاله ابتدا آسیب‌های کلی پیوند قانون و رویه قضایی و سپس راهبردهای برون رفت از این آسیب‌ها مطرح خواهند شد.

## ۱. عدم جامعیت قانون، بستر تغییر پیوند قانون و رویه قضایی

ریشه و خاستگاه تغییر پیوند رویه قضایی با قانون، از طولی بودن به عرضی شدن، خود قانون و چگونگی تقنین است که می‌توان در چالش عدم جامعیت و اعتبار قانون دید. منظور از جامعیت قانون کیفری، آن است که متن آن از نظر شکل و محتوا بگونه‌ای تهیه شده باشد که بدون توسل به تفسیرها و توجیحات پیچیده، همه‌ی مصادیقی که به لحاظ ماهیت و ساختار، مشابه هستند، در ذیل حکم کلی قانون قرار گیرند و گستره‌ی شمول آن، مصادیق مورد نظر را به خوبی پوشش دهد. منظور از مانع بودن قانون کیفری نیز، آن است که متن آن به نحوی باشد که مانع از ورود مصادیق مباح یا مصادیق مجرمانه دیگری به حوزه‌ی شمول آن گردد؛ یعنی در تعیین کیفر برای رفتاری مجرمانه، رفتارهای جایز یا رفتارهایی که ماهیتاً با عنوان مجرمانه‌ی دیگری همخوانی دارند، تحت شمول آن قرار نگیرند.

البته از آنجا که مقنن و به طور کلی تهیه‌کنندگان متون قانون کیفری، در هنگام تدوین مواد، تعیین عنوان مجرمانه و کیفر آن، در وهله‌ی نخست، مصادیق بارز و صریح آن عنوان را به خاطر می‌آورند؛ تداعی مصادیق صریح، معمولاً سبب اختفای ذهنی مصادق‌های غیرصریح یا مشابه آن عنوان می‌گردد. از همین رو، در عرصه‌ی اجرا و عمل، مشخص می‌شود که آن قانون،

<sup>۱</sup> نظریه‌ی تفسیری شماره ۴۵۷۵-۱۳۷۲/۳/۳ شورای محترم نگهبان.

فاقد جامعیت است. به عنوان مثال، ماده‌ی ۶۰۸ ق. م. ا، مقرر می‌دارد: «توهین به افراد، از قبیل فحاشی و استعمال الفاظ رکیک، چنانچه موجب حد قذف نباشد، سبب محکومیت مرتکب به مجازات ... خواهد شد.»

چنانکه مشاهده می‌شود، فحاشی، استعمال الفاظ رکیک و قذف، در متن ماده‌ی فوق، همگی دلالت بر «توهین شفاهی» داشته و با تفسیری گسترده‌تر، با توسل به حصری نبودن مصادیق (از قبیل)، «توهین کتبی» را شامل می‌شود؛ اما تنها با تمسک به تفسیری بسیار موسع، «توهین عملی» را مصداق این ماده می‌توان تلقی کرد. از همین رو، در ماده واحدی تفسیر کلمات «اهانت، توهین و هتک حرمت» مصوب ۱۳۷۹/۱۰/۴، مجلس شورای اسلامی، با تفسیری بسیار موسع، ماده‌ی ۶۰۸ را جامع مصادیق تلقی نمود و مقرر داشت: «از نظر مقررات کیفری، اهانت و توهین و ... عبارت است از به کاربردن الفاظ رکیک و توهین آمیزی که صریح یا ظاهر باشد و یا ارتکاب اعمال و انجام حرکاتی که با لحاظ عرفیات جامعه و با در نظر گرفتن شرایط زمانی و مکانی و موقعیت اشخاص، موجب تخفیف و تحقیر آنان شود؛ فلذا با عدم ظهور الفاظ، توهین تلقی نمی‌گردد.»

در خصوص مانع نبودن قانون کیفری، به صدر ماده‌ی ۶۳۸ ق. م. ا می‌توان اشاره کرد که طبق آن «هر کس علناً در انظار و اماکن عمومی و معابر، تظاهر به عمل حرامی نماید، علاوه بر کیفر عمل، به ... محکوم می‌گردد و ...». بر اساس این ماده، هر جرمی که در شرع، حرام باشد و به طور علنی ارتکاب یابد، مرتکب آن، علاوه بر مجازات آن جرم، باید به کیفر مقرر در این ماده نیز محکوم شود. بنابراین جرایم قتل، ضرب و جرح، توهین و ... که در شرع اسلام، حرمت صریح دارند، مصداق این ماده هستند؛ در حالی که مراد مقنن، فقط رفتارهای جنسی و شهوانی بوده است و متن این ماده، مانع ورود مصادیق بیگانه نیست. در نظام قانونگذاری ایران، در بسیاری از مواضع، در هنگام وضع قانون جدید، توجه شایسته‌ای به قوانین موجود قبلی در آن زمینه نمی‌شود؛ در حالی که ممکن است در قوانین قبلی، احکامی متعارض، متناقض و ناسازگار با مقررات جدید، وجود داشته باشد. «برخلاف رویه‌ی تقنینی موفق بسیاری از کشورها، که به هنگام پیشنهاد تصویب قوانین و مقررات جدید، قوانین و مقررات مرتبط، استخراج، ضمیمه و تعیین می‌شود که با وضع قانون یا مقرر ی جدید، چه اثری به ترتیب برای قوانین و مقررات قبلی حادث می‌گردد؛ در رویه‌ی قانونگذاری ایران، به جای استفاده از سازوکار نسخ صریح قوانین، با آوردن عبارت «کلیه‌ی قوانین و مقررات مغایر، لغو می‌شود»، به اعلام گنگ نسخ ضمنی، اکتفا می‌شود که بر اثر این رویه‌ی غلط، ممکن است به تعداد قضات و مجریان و ناظران، در مورد اعتبار یا بی اعتباری قوانین قبلی، نظر قابل دفاع، وجود داشته باشد.» (نجفی خواه، ۱۳۸۶: ۱۲۰ و ۱۲۱)

به هر روی، اگر محتوای قانون کیفری حاوی مجازات، واجد ابهام و اجمال باشد، بستر تفسیرها و تعبیرهای بیگانه از مقصود مقنن، فراهم می‌گردد و عدالت کیفری، دستخوش سلیقه‌ها و گاهی غرض ورزی‌های مجریان شده و بدین ترتیب، میان کیفر قانونی و کیفر قضایی، شکاف و گسست ایجاد می‌شود. اما اگر قانون، فاقد این اوصاف باشد و از نظر مصادیق، جامع و مانع باشد، قاضی کیفری نیز در تعیین مجازات و در تقدیر آن، مطابق قانون عمل می‌نماید.

## ۲. نقش رویه‌های تقنینی در آفرینش پیوند طولی رویه قضایی با قانون

کیفرگزینی یا اختیارات قضایی در تعیین کیفر، در رویارویی با جرایم، مبتنی بر رویکردهای متفاوتی است. نخستین رویکرد، همان تبعیت از مقتضای اختیارات قضایی، یعنی تساهل نسبت به مرتکب است. این رویکرد بر مبنای مجرم‌محوری، مبتنی بر این است که قاضی در مواجهه با جرایم عادی، اساساً نگاه تخفیف یافته و تعدیل مدار به تعیین کیفر دارد؛ زیرا این جرایم، معمولاً از سوی عموم شهروندان سر می‌زند. این جنبه از حقوق کیفری، بیشتر به شهروندان توجه دارد. در رویکرد دوم بر مبنای جرم‌محوری به تعیین قضایی کیفر، با رویکرد سخت گیرانه می‌پردازد و قاضی در برخی جرایم، در تعیین مجازات، به جهت قابلیت ارتکاب بر ضد بزه دیدگان بسیار یا قابلیت ایجاد زیان‌های گسترده، تشدید و سرکوب را سرلوحه خود قرار می‌دهد. این وضعیت تعارض گونه سبب می‌شود تا کیفرگزینی مجرم‌محور، از کیفرگزینی جرم‌محور فاصله بگیرد؛ بدین سان

دوگانگی در حاکمیت قانون، منجر به دودستگی تعیین قضایی کیفر شده است و این پرسش بنیادین را بر می‌انگیزد که با این دودستگی، چگونه می‌توان رویه قضایی را شکل داد.

### الف. رویکرد مداراگر با مجرمان

حکومت‌ها برای حفظ نظم عمومی و آرامش اجتماعی، ناچار به وضع قواعدی هستند تا با رعایت آنها، روابط شهروندان به گونه‌ای تنظیم شود که هرکس بدون ایجاد تهدید برای امتیازها و ارزش‌های دیگران، از امتیازها و ارزش‌های خویش بهره‌گیرد. تعیین کیفر، مهمترین حوزه حقوق کیفری است که دولت، بیشترین دخالت و اجبار را دارد و بی‌چهارچوب‌ترین حوزه حقوق کیفری است. حقوق کیفری کلاسیک، مجرم را یک فرد خودی می‌داند و به همین خاطر، برخورد دادگرایانه با وی را توصیه می‌کند. در حقوق کیفری کلاسیک، تحت تأثیر مکتب دفاع اجتماعی، انسان مجرم، دشمن جامعه تلقی نمی‌شود؛ بلکه شخصی است که موقتاً از راه راست خارج شده و قابل اصلاح، بازپروری و بازگشت به جامعه است.

در حقوق کیفری شهروند مدارا، نسبت به بزه‌کار، یک احساس همدردی وجود دارد و چه بسا آنان قربانی جامعه و سیاست دولت تلقی شوند. از نظر مکتب دفاع اجتماعی، دفاع از جامعه با اصلاح و نجات مجرم محقق می‌شود، نه با طرد و کنارگذاری او. به این ترتیب، در حقوق کیفری کلاسیک، تضمین‌های زیادی برای متهم در نظر گرفته شده است؛ زیرا امید به بازگشت او به جامعه بسیار زیاد است؛ لذا تضمینات دادرسی عادلانه و نحوه‌ی عادلانه اعمال مجازات، جملگی باید زمینه بازگشت او به جامعه را فراهم کند، تا مجرم ساده به دشمن جامعه تبدیل نشود؛ از این رو، در حقوق کیفری کلاسیک، به شهروند اعتماد می‌شود و مجرم، درون جامعه حفظ می‌گردد؛ مجرم خودی است و دشمن نیست؛ موقتاً از راه راست خارج شده و باید به راه راست برگردانده شود. اماره برائت، دادرسی عادلانه، حق استفاده از وکیل، امکان پرسش از شهود، دو درجه‌ای بودن رسیدگی، برابری اطراف دعوی کیفری، حق دفاع و اعمال عادلانه کیفر (تناسب جرم و مجازات) از دستاوردهای این دیدگاه است.

رویه قضایی تمایل دارد که به طور کلی نسبت به همه متهمان به یک نحو بنگرد و نه بر حسب ماهیت جرایم یا ارتباط آنها با موضوع خاص بلکه بر اساس موقعیت مرتکب و وضعیت بزه دیده و پیامدهای جرم تصمیم بگیرد. از این رو، در رویه قضایی بر خلاف قانون، رویه سهل‌گیرانه یا سخت‌گیرانه سیستماتیک و از قبل تعیین شده نیست؛ ولی قانون به طور مشخص در جرایم ضد امنیت داخلی و خارجی، یک تصمیم از پیش برای سختگیری در کیفردهی گزیده است.

### ب. رویکرد سخت‌گیرانه در کیفردهی

«با پیدایش گونه‌های نوین بزهکاری، بویژه امنیتی شدن روند جرم‌انگاری، حقوق کیفری با نسل جدیدی از جرائم و مجرمین سر و کار پیدا کرده است که سازوکارهای کیفری کلاسیک، نسبت به آنها کارایی کافی ندارد و حدود دو دهه است که جامعه، شاهد شکل‌گیری حقوق کیفری نوینی است که دشمن مدارا یا به تعبیر دیگر، امنیت مدارا است.» (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۴: ۱۱۰)

«در حقوق کیفری مدرن، فرد مجرم، یک دشمن است و تأمین امنیت جامعه، برخورد شدید با وی را توجیه می‌کند. به عنوان یک قاعده کلی، سیاست جنایی امنیت مدارا، در بعد پاسخ‌دهی و کیفررسانی، از نظام مجازاتهای کلاسیک و سرکوبگر بهره‌می‌گیرد و توجهی به پاسخ‌های غیرکیفری، نظیر تعلیق مجازات، آزادی مشروط، مجازاتهای اجتماعی، تعلیق تعقیب و... نمی‌نماید. در واقع، می‌توان گفت که سیاست جنایی امنیت مدارا، عملاً با پاسخ غیرکیفری، بیگانه است.» (قاسمی، ۱۳۸۷: ۴۵ و ۳۳)

مجازات، مجموعه واکنش‌های مورد تأیید جامعه است که ضامن اجرای عدالت واقعی است و سعی در هدایت مجرم اصلی و یا احتمالی، بازدارندگی دیگران از ارتکاب جرم، ارضاء نظرات عدالت‌خواهی مجنی‌علیه و حمایت از یک جامعه معین را دارد که توسط قوه مقننه وضع و به وسیله قوه قضائیه به مورد اجرا گذارده می‌شود. بنابراین، فلسفه کلی مجازاتهای امنیت مدارا هم، در این چارچوب قابل مطالعه است؛ اما تفاوتی که وجود دارد این است که مجازاتهای امنیت مدارا، اصولاً با توجیه حفاظت از

ارزش‌های جامعه، هم ماهیت شدیدتری دارند و هم طرق اجرایی آنها بسیار شدید و خشن است. (جلالی و رنماخواستی، ۱۳۸۶: ۱۶)

«بنابراین، می‌توان مهمترین زمینه و بستر مجازات‌های امنیت مدار را، اتکای آنها بر رهیافت عوام‌گرایی کیفری توصیف نمود. به زعم حقوقدانان و سیاست‌شناسانی چون «جان پرت» و «باتمز»، نظم فکری موسوم به عوام‌گرایی کیفری، اندیشه‌ای گشته برداری شده از نهضت‌های مسلم عرصه علوم سیاسی و جامعه‌شناسی در دهه پایانی قرن بیستم میلادی است که از مجرای ضرورت تأمین نظر افکار عمومی، زمینه‌ساز مک دونالدیزه شدن نظام عدالت کیفری و فراگیری هرچه افزون‌تر اندیشه کیفرمداری و سزاگرایی عمومی شد. بر این اساس، نظام‌های حقوق کیفری، شاهد توسعه خشونت قضایی و واکنش‌های شدید و سرکوبگری شدند که بواسطه جلب نظر عوام، مشروعیت و مقبولیت قابل‌اعتنایی یافتند و به تثبیت الگوها و انگاره‌های سیاسی و تبلیغاتی در نظام اجتماعی دامن زدند.» (مندنی، ۱۳۹۴: ۱۱۶) در واقع، در حقوق کیفری دشمن مدار یا امنیت مدار، به جای مفهوم تفصیر یا مجرمیت (Culpability) مفهوم خطرناکی (Dangerousness) مطرح می‌شود؛ لذا اصل تناسب جرم و مجازات در این نوع حقوق کیفری، منتفی است. این حالت خطرناک، با حالت خطرناک مورد نظر مکتب تحقیقی، تفاوت دارد. حالت خطرناک مورد نظر مکتب تحقیقی، آن چیزی بود که حکایت از نوعی بیماری و تفاوت با دیگران می‌کرد (مثل مجرم مجنون یا بزهدکار به عادت). اما حالت خطرناک مورد نظر حقوق کیفری دشمن محور، حکایت از نوعی خطرناکی آگاهانه دارد؛ یعنی مجرم تروریست یا سازمان یافته، آگاهانه برای جامعه خطر می‌آفریند. او هم ظرفیت مجرمانه بالایی دارد و هم ظرفیت و قابلیت جامعه‌پذیری بالا (این خصوصیت آنها شبیه مجرمین یقه سفید است). (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۴-۱۳۸۳: ۱۱۲) در حقوق کیفری دشمن مدار، به جای بحث مسوولیت کیفری مبتنی بر اخلاق، مسوولیت کیفری مبتنی بر ملاحظات اجتماعی، مطرح می‌شود که موجب عدم تناسب جرم و مجازات می‌گردد.<sup>۱</sup>

«قلمرو موضوعی حقوق جزای امنیت‌گرا را جرائم سازمان یافته‌ی فراملی، جرائم تروریستی و به طور کلی، جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی تشکیل می‌دهند. به رغم تلاش‌های بسیار، برای تدوین سیاست جنایی عدالت محور، پس از واقعه ۱۱ سپتامبر، سیاست جنایی بسیاری از کشورها با چرخش شدید، به سمت سیاست جنایی امنیت محور سوق یافت. در سال‌های اخیر، در نظام‌های حقوق کیفری کشورهای مختلف و از جمله ایران، جرایم خشونت آمیز، اهمیت ویژه‌ای پیدا کرده است. برخورد سنجیده با این پدیده، مستلزم سیاست کیفری و جنایی جامع و در عین حال، دقیقی است که هر نظام عدالت کیفری، باید به آن توجه کند. تحولات رخ داده در این حوزه، بیشتر در راستای تمرکز بر کیفرهای شدیدتر و جنبه‌های بازدارندگی و ناتوان سازی مجازات‌ها بوده است. نظام‌های مختلف حقوق کیفری، جرایم خشونت آمیز را در دسته بندی متفاوت و به صورت خاص، مورد توجه قرار داده و در سیاست کیفری خود، شیوه ویژه‌ای را جهت کنترل و پیشگیری از این نوع جرایم، در دستور کار قرار می‌دهند.» (مندنی، ۱۳۹۴: ۲۹ و ۷۷)

وضعیت و اهمیت جرایم خشونت آمیز، به گونه‌ای است که سیاست‌های کیفری خاصی، در برابر این جرایم در نظر گرفته می‌شود. سیاست کیفری، در واقع نحوه واکنش سیستم عدالت کیفری، برای مبارزه با جرایم است. این واکنش، از وضع قوانین تا چگونگی به کار بستن قوانین ماهوی و شکلی، در سیستم عدالت کیفری، جهت مبارزه و سرکوبی جرم است که در صلاحیت نهادهای قضایی و پلیسی قرار می‌گیرد؛ بدون اینکه نهادهای اجتماعی در آن دخالت داشته باشند. در برخورد با جرایم خشونت آمیز، مراجع قضایی، سیاست‌های کیفری تقنینی را در رفتار و تصمیم خویش، در برخورد با جرایم، ملاک کار خود قرار می‌دهند. که این رویکرد می‌تواند به عنوان انعکاسی از سیاست کیفری تقنینی، با عنوان «سیاست کیفری قضایی» مورد بررسی قرار گیرد.

<sup>۱</sup> برای مطالعه بیشتر ر.ک. کاشفی اسماعیل زاده، حسن، «جنبشهای بازگشت به کیفر در سیاست جنایی کشورهای غربی: علل و جلوه‌ها»، مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره‌های ۱۵ و ۱۶، ۱۳۸۴.

این نوع سیاست کیفری، از این جهت حائز اهمیت است که بررسی و شناخت سیاست کیفری راجع به یک مساله مانند جرایم خشونت آمیز، علاوه بر شناخت نقش قانونگذار در تنظیم و تدوین خطوط اساسی جرم‌انگاری و پیش بینی پاسخ های کیفری، نیازمند بررسی نقش رویه قضایی در چگونگی درک و نحوه ی کاربرد خطوط ترسیمی قانونگذار است. این در حالی است که استفاده از نهادهای حقوقی نوین، برای دستیابی به یک سطح قابل کنترل از بزهکاری و به منظور تشویق بزهکاران اجتماعی به ترک فعل مجرمانه، دارای اهمیت بسزایی است. از این رو، تفویض اختیارات وسیع قضایی به قضات محاکم، در جهت فردی کردن کیفر، از دیرباز مورد توجه قانونگذاران کیفری بوده است. در این خصوص، اختیارات وسیعی به دادگاهها اعطا شده تا مراجع قضایی رسیدگی کننده، بتوانند در جهات یاد شده، از سیاست هایی مانند تشدید، تخفیف، تبدیل و تعلیق مجازاتها و آزادی مشروط استفاده کنند. (مندنی، ۱۳۹۴: ۷۷ و ۷۸)

به نظر می رسد در کنترل جرایم خشونت آمیز نیز، استفاده صحیح از این نوع سیاست های قضایی کیفری، می تواند حرکتی رو به جلو، در خصوص اصلاح و درمان و بازدارندگی و فاصله گرفتن از رویکردهای سزاگرایانه باشد. بنابراین سیاست کیفری قضایی به مفهوم مضیق، روش و شیوه هایی را که در تصمیمات و عملکرد رویه دادگاه ها منعکس و مندرج است، در برمی گیرد. (سلیمی، ۱۳۹۰: ۶۸-۴۴)

مساله حائز اهمیت در سیاست کیفری قضایی در رابطه با جرایم خشونت آمیز، عدم تبعیت سیاست کیفری قضایی از سیاست کیفری تقنینی است که در واقع در مرحله تصمیم و عملکرد و رویه دادگاهها و تفسیر آنها از قانون و در نتیجه نحوه اعمال مجازاتها، به منصفه ظهور می رسد و تأثیر بسزایی در تحقق اهداف کیفر خواهد داشت. دغدغه فردی کردن ضمانت اجرای کیفری، قاضی را ناگزیر از پذیرفتن فاصله، میان کیفرهای پیش بینی شده در متون قانونی و کیفرهای صادره در احکام محکومیت می کند؛ چنانچه کیفر، ممکن است جدای از جرم و بی تناسب با جرم ارتكابی متجلی شود. مصادیقی چون غیرعادلانه دانستن و یا عدم کارایی مجازاتها توسط محاکم کیفری، وجود قراینی مبنی بر عدم شمول قانون بر رفتار مجرمانه، نرمش رویه قضایی در مراحل تجدیدنظر و یا مراجع عالی قضایی و همچنین در اجرای مجازاتها ( خصوصاً در مجازات سلب حیات) می تواند از مهمترین نشانه های این تقابل و یا عدم تبعیت باشد. به عنوان مثال، در سیستم قضایی ایران، در برخورد با پرونده های تجاوز به عنف، هرگونه رابطه قبلی بزه دیده با متهم، موجب برائت متهم از تجاوز، شناخته شده است.

علاوه بر عناصر و ابعاد ماهوی، سیاست جنایی امنیت مدار در بعد شکلی هم، جلوه ها و نمودهای منحصر به فردی دارد. ایجاد محاکم ویژه و اختصاصی، جلوه ی دیگر سیاست جنایی امنیت مدار در بعد حقوق شکلی است. دادگاههای ویژه، محاکمی هستند که صلاحیت رسیدگی به دعاوی ای را دارند که قانون، به موجب نص صریح، برای آنها تعیین کرده است. معمولاً حکومتها، ایجاد محاکم ویژه را در راستای پیشبرد اهداف سیاسی خود و صیانت از نظم و امنیت عمومی و اجتماعی، مورد توجه و حمایت قرار داده اند. بدین سان، مقنن به واسطه برخی مصالح، هدف از ایجاد بعضی محاکم را نمایش رویکرد سختگیرانه نسبت به برخی رفتارها و یا برخی افراد، نظیر مرتکبین جرایم تروریستی قرار می دهد. این محاکم، اصولاً شرایط و رویه خاصی دارند و به سادگی در آنها، بسیاری از اصول حقوق جزای مدرن، مورد نقض و تعرض قرار می گیرد. (Packer، ۱۹۶۸: ۹-۴۵)

دادگاه انقلاب، برای محاکمه و مجازات افرادی چون مرتکبان جرایم ضدامنیت، قاچاقچیان، توهین کنندگان به مقامات رده بالای کشور و... صلاحیت ذاتی یافته است. این دادگاه به موجب قانون آیین دادرسی کیفری مصوب (۱۳۹۲) از سیستم تعدد قضات، به همان نحوی که در دادگاه کیفری یک مرسوم است، تبعیت می نماید.<sup>۱</sup> غالب جرایم موضوع صلاحیت این دادگاه، در

<sup>۱</sup> ماده ۲۹۷ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مقرر داشته است: « دادگاه انقلاب برای رسیدگی به جرائم موجب مجازات مندرج در بندهای ( الف )، ( ب )، ( پ ) و ( ت ) ماده (۳۰۲) این قانون با حضور رئیس و دو مستشار تشکیل می شود. دادگاه برای رسیدگی به سایر موضوعات با حضور رئیس یا دادرس علی البدل یا توسط یک مستشار تشکیل می شود.

راستای جرم انگاری امنیت مدار، وارد ادبیات حقوقی ایران شده و توسعه یافته اند. رسیدگی به چنین جرایمی، چون وصف امنیتی دارند، اصولاً و غالباً با رفتارهایی چون بازداشت غیرمنصفانه متهمان، شدت در برخورد کیفری و تعیین مجازات و عدول از اصول کرامت مدار و حقوق بشری حقوق جزای مدرن همراه است؛ لذا می‌توان گفت این دادگاه در ایران، اساساً فلسفه‌ی امنیت مدارانه دارد و لزوماً از جریان آیین دادرسی کیفری عادی حاکم بر سایر محاکم هم، تبعیت نمی‌نماید. به سخن دیگر، دادگاه انقلاب همانند قانون به جرم توجه دارد نه به مجرم.

### ج: تضاد رویکردهای قانونی سختگیرانه و سهل گیرانه در تعیین قضای کیفر

بر اساس دو رویکرد پیشگفته، کیفردهی، دچار تحولات زیادی شده و نظام کیفری ایران، به دلیل مبتنی بودن بر دو محور دوست مدار و دشمن مدار، در تبعیت از اصل حاکمیت قانون، متنوع است. رویکرد دشمن محور، در تقلیل اختیارات قضایی در کیفردهی، موثر بوده است. نظام تقنینی در رویکرد دوست محور، تعیین کیفر را به دست قاضی سپرده است. بدین سان در این دو رویکرد، الگوی یکپارچه‌ای در تدوین قوانین، در هنگام کیفرگذاری وجود ندارد. صلاحیت قضایی در کیفردهی، در این دو رویکرد، بر اساس میزان اختیاراتی که به مقام قضایی در تعیین کیفر داده شده، متفاوت اند. در رویکرد دشمن محور، صلاحیت قضایی در تعیین میزان کیفر، جایگاهی ندارد؛ زیرا قاضی مکلف است، مطابق عقیده‌ی قانونگذار، اتخاذ تصمیم نماید و محلی برای اعمال صلاحیت خود در تعیین کیفر ندارد. قاضی به عنوان ابزاری جهت اجرای قانون، تلقی می‌شود و قوانین مبتنی بر این رویکرد، محدودکننده صلاحیت قضایی در کیفردهی است. اما رویکرد دوست مدار به اعتبار نقش پر رنگ اختیارات قضایی، در رابطه با تعیین کیفر، می‌تواند منجر به افزایش ناهمگونی و عدم شفافیت کیفردهی شود. حال آنکه رویکرد دشمن مدار، به اعتبار مداخله ضعیف مقام قضایی در تعیین کیفر، عدم توجه به شخصیت مجرم و بی‌توجهی به نقش بزه دیده در ارتکاب جرم، نمود می‌یابد. بنابراین پیروی از رویکردهای امنیت گرایانه‌ی سیاست جنایی، می‌تواند به سرگردانی پاسخ‌ها دامن زده و متولیان پاسخ‌دهی را به صورت عکس در تقابل با پدیده مجرمانه قرار دهد. با وجود این، الگویی را باید انتخاب کرد که میزان اختیارات قضایی را در تعیین کیفر، نظام مند نماید. بدیهی است، نظام مندی صلاحیت قضایی، می‌تواند منجر به افزایش همگونی و رفع تعارض رویه قضایی با قانون، در تعیین کیفر شود.

تضاد رویکردهای قانونی سختگیرانه و سهل گیرانه در تعیین قضای کیفر بدون توجه منطقی، سبب مصلحت اندیشی قضایی در حوزه برخی جرایم مانند جرایم ضد امنیت داخلی و خارجی، قاچاق مواد مخدر و فساد و جرایم اقتصادی و در نتیجه شکل گیری رویه قضایی معارض با قانون شده است. رویکردهای سختگیرانه در حقوق کیفری، عموماً مرتبط با سه دسته از جرایم است: جرایم ضد امنیت ملی که در بیشتر کشورها با محوریت اقدامات تروریستی است؛ جرایم سازمان یافته و جرایم اقتصادی. نظام های کیفری مختلف در این زمینه، سختگیری هایی روا می‌دارند که ابعاد آن در ایران، بسی گسترده تر است. فارغ از گستره قابل توجه جرایم ضد امنیت ملی در ایران، همچنین جرایم مرتبط با مواد مخدر و نیز جرایم عمومی که با مقاصد امنیتی پیش بینی شده، به دو دستگی کامل جرایم در ایران انجامیده است که بخشی مشمول مقرره های مساعد به حال محکوم و بخشی نیز نامساعد به حال آن است؛ به گونه ای که گویی قانون و قاضی باید نسبت به مرتکب جرایم پیش گفته، با یک دشمن روبه‌رو اند؛ ولی نسبت به مرتکب دیگر جرایم، از نهادهای مساعد در وضعیت حداکثری بهره بگیرند. با آنکه کیفرگذاری در ایران بر دو دستگی صحنه می‌گذارد؛ ولی کیفرگزینی چنین نیست و دادرسان به طور کلی از تمایز این دو دسته از جرایم، بویژه اینکه در ایران، به طور ویژه جرایم مبتنی بر سختگیری گسترده و بعضاً غیرمرتبط با ارزش های عینی مرتبط با شهروندان مانند جان و مال است، استقبال نمی‌کنند که همین امر به ویژه در جرایم مواد مخدر، حتی از جانب دادگاه های انقلاب نیز دیده می‌شود.

تبصره - مقررات دادرسی دادگاه کیفری یک به شرح مندرج در این قانون در دادگاه انقلاب، در مواردی که با تعدد قاضی رسیدگی می‌کند جاری است».



در ایران، نمی توان به طور قطع از تسلط یک رویکرد سخن گفت؛ زیرا در سیاست کیفری ما، به طور همزمان، هم رویکرد مداراکننده با مجرمان و هم رویکرد بسیار سخت گیرانه وجود دارد. شاید به همین دلیل است که نمی توان به طور علمی و مستند از شکست یک رویکرد سخن گفت. نه بازپروی، هیچ گاه فرصت تحقق پیدا کرده و نه سزادهی، مجال اجرای کامل داشته است. به نظر می رسد سیاست کیفری ما در رویکرد سخت گیرانه، بیشتر از آن که مبتنی بر واقعیت باشد، مبتنی بر باور است.

### ۳. رویارویی پراکندگی قانون و میل به یکپارچگی در رویه قضایی

همزمان با توسعه بیشتر جوامع و پیچیده تر شدن روابط اجتماعی، قوانین و مقررات حاکم بر روابط افراد با حکومت و همچنین روابط افراد با یکدیگر، فزونی می یابد. طبعاً این افزایش قوانین و مقررات، دسترسی به آن ها - به معنای آگاهی از همه قواعد حاکم را - به امری دست کم بسیار دشوار، اگر نگوئیم ناممکن، تبدیل می کند. چنانکه می توان گفت در پایان قرن بیستم، قانونگذاری، سبب تولید حجم انبوهی از مقررات<sup>۱</sup> شده است و از هیچ کس نمی توان انتظار داشت که حجم وحشت انگیز مقرردها را بداند و طبق گفته کاربونیر<sup>۲</sup>، تولید قوانین به صورت توری بوده است. (Harmathy, ۱۹۹۸: ۷۸۸)

قانونگذاری پراکنده به معنای قانونگذاری موردی، بیش از حد و نابجا، بویژه در اصلاح قوانین پیشین و الحاق مفاد جدید به آنها، بدون دغدغه حفظ کلیت و سازگاری سامانه حقوقی و دسترسی آسان مردم به قواعد حقوقی لازم الاجرا<sup>۳</sup> را می توان به عنوان یکی از آسیب های شایع سامانه قانونگذاری ایران دانست که به شفافیت یا قابلیت دسترسی به قانون و قابل فهم بودن آن (اصل ناظر بر ماهیت و محتوای قانون)، به عنوان یکی از مؤلفه های حاکمیت قانون، لطمه می زند.

از نظر فولر، قابل فهم بودن قانون، یکی از اصول درونی (اصول ناظر بر ماهیت و محتوای) قانون محسوب می شود که معادل با وضوح، شفافیت و قابل دسترس بودن قانون است. (بیکس، ۱۳۸۹: ۶۶ و ۲۶۵-۲۶۳) بر این اساس، قانون باید چنان واضح و روشن باشد که مجریان و تابعان، منظور آن را به خوبی دریابند و با به کار بستن آن در راستای هدف قانون، امور جامعه سیاسی، مطابق سامانه معین، اداره شود. یک قانون متناقض، مبهم یا مغلق، موجب سردرگمی تابعانی خواهد بود که می خواهند قانون را به اجرا درآورند یا از آن پیروی کنند.<sup>۴</sup>

دسترسی به قوانین و مقررات، به معنای فراهم بودن دسترسی و امکان دسترسی به اطلاعات و امکان جستجو در آنها و در نهایت رسیدن به معنا و مقصود متن، با هدف شفاف تر کردن معنا و مفهوم قانون و اطلاعات حقوقی لازم الاتباع است؛ به شرط آن که در قالب قانونی مناسب، منتشر شوند و به اطلاع شهروندان برسند. اگر حکومت از ارائه قوانین به مخاطبش خودداری کند؛ یا عملکردش، بویژه در قانونگذاری، به نحوی باشد که این دسترسی را با موانعی جدی روبرو کند؛ نمی تواند از شهروندانش تبعیت از قانون را انتظار داشته باشد. و چنان که گفته شد، این امر یک اصل به رسمیت شناخته شده در حاکمیت قانون است. (کاسینگناک، ۱۳۹۱: ۱۹-۲۰) برخی رویکردها و رویه ها در قانونگذاری از جمله قانونگذاری پراکنده، این دسترسی را با معضلاتی جدی، مواجه می سازد؛ بدین معنا که به طور دائم، مصوبات بوسیله برخی اصلاحیه ها تغییر می یابند و برخی دیگر، بموجب قانون جدید، نسخ و جایگزین می شوند. این تغییرات که در برخی موارد، با تعدد فراوان صورت می گیرد، دسترسی به قانونی را که لازم الاجرا است، با دشواری مواجه می سازد. (همان، ۱۳۹۱: ۲۰)

Legal rule<sup>۱</sup>

Car Gabonnier<sup>۲</sup>

<sup>۳</sup> شوربختانه، قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، نمونه چنین قوانینی است.

<sup>۴</sup> فینیس از این ویژگی با عنوان «تعیین» یاد می کند منظور او از تعیین یا متعین بودن قانون، این است که باید معلوم باشد قانون به طور مشخص، راجع به چیست و قصد تمشیت و تنظیم چه چیزی را دارد؛ به نقل از راسخ، محمد، (۱۳۹۴) بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری، تهران، مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی، ص ۳۴.

این رویه که به پدیده «تورم قوانین کیفری» معروف بوده، مغایر با اصل شفافیت به شمار می‌رود. این آسیب تورم قوانین، زمانی در سامانه‌های قانونگذاری، آشکار می‌شود که دستگاه قانونگذاری، به دلایل و علل مختلف، بدون ارزیابی دقیق و کارشناسانه‌ی ضرورت‌ها و پیامدهای یک قانون و همچنین بدون در نظر گرفتن زمان مناسب برای اصلاح یک قانون، اقدام به قانونگذاری نماید. در چنین حالتی، قانونگذار، مهمترین وظیفه خود را در افزایش آمار قوانین تصویبی، نه کیفیت اجرا، نظارت بر اجرای آنها و اثر و پیامدهای آنها بر سامانه حقوقی، سیاسی، اقتصادی و مانند آنها می‌بیند. و دیگر آنکه، سامانه حقوقی، به سامانه‌ای فربه تبدیل می‌شود که کارایی و اثربخشی خود را از دست می‌دهد. در این حالت، تصویب قوانین متعدد، که اصلاحیه‌ها و الحاقیه‌های مکرر و زود هنگام آنها را نیز به دنبال دارد،<sup>۱</sup> نه تنها کمکی به رفع دغدغه‌های قانونگذار نمی‌کند؛ بلکه خود به معضلی در سامانه حقوقی تبدیل می‌شود. بدین ترتیب، افزوده شدن بر حجم قوانین، با موضوع مشابه و همپوشان و متعارض، سردرگمی مسوولان مجری قانون، مراجع تفسیرکننده قانون و شهروندان را در پی خواهد داشت.

آنچه اظهار شده، دلیل اصلی پدیده‌ای است که با عبارت «قانونگذاری پراکنده»<sup>۲</sup> از آن یاد شده و تأکید بر این نکته است که قانونگذاری موردی، بیشتر به نقض قواعد عام می‌انجامد و زمانی که موارد ویژه‌ای، با جزئیات قابل توجه، توسط قوانین متعدد، تمشیت و ساماندهی می‌شوند، نتیجه‌ای جز پراکندگی قانونگذاری به بار نمی‌آید.

امروزه، تحت تأثیر گفتمان امنیتی در حوزه‌ی مطالعات جرم‌شناسی، تورم قوانین کیفری به صورت یک بحران سیاست جنایی، سامانه‌های مختلف را تحت تأثیر قرار داده است. این فراوانی و انباشتگی قوانین نیز، ریشه در سیاست ورزی داشته و پرتوی از گسترش نفوذ سیاست در قانونگذاری محسوب می‌شود.<sup>۳</sup> (مه‌دوی پور، ۱۳۹۳: ۱۶۲)

در ایران، به لحاظ افزایش رو به تزايد قوانین کیفری ماهوی، در طی سالهای اخیر، یک روند جرم‌انگاره‌ی وسیع، وجود داشته است که موارد متعدد این جرم‌انگاری‌ها را می‌توان در قوانین مختلف کیفری دید. ورود غیر ضروری بسیاری از احکام شرعی در قوانین، تفسیر وسیع اصل ۱۶۷ قانون اساسی و مجاز دانستن دادرسان کیفری در مراجعه به منابع معتبر فقهی و فتاوی مشهور، موجب تورم ناگهانی و بیش از حد قوانین کیفری در ایران شده است. پس از انقلاب، بیش از ۲۷۰ فقره قانون کیفری، از جمله قانون م. ا. (۱۳۶۱، ۱۳۶۲، ۱۳۷۰، ۱۳۷۵ و ۱۳۹۲) توسط مراجع مختلف به تصویب رسیده است. (طهماسبی، ۱۳۹۲: ۱۱۳-۱۰۱)

آن چه که حایز اهمیت می‌باشد این است که اثرات مضر تورم قوانین کیفری، بگونه‌ای است که تورم قانونگذاری، تأثیر قانون و بازدارندگی مؤثر آن را از بین می‌برد؛ زیرا اشخاص ذینفع، پیام قوانین کیفری را جا بجا کرده و تشابه عناوین مجرمانه، باعث سوء استفاده اشخاص و ارتکاب انواع جرائم می‌شود و از طرفی پیچیدگی و فنی بودن جرایمی مانند تجارت الکترونیکی، بورس، سایبری، و به طور کلی جرائم نوظهور و فن‌آورانه، مانع تعقیب موثر مرتکب می‌گردد. پراکندگی و تورم کیفری ناشی از آن، به طور متناقضی، به قانون‌مندی جرائم و شفافیت آن، لطمه وارد کرده و حدود آن را نیز مخدوش می‌نماید. در حالیکه وجود نظام کارآمد تنقیح قوانین، سبب می‌شود، موضوعات مرتبط با یک قانون مادر، خارج از جایگاه اصلی خود تصویب نشود و به فرض تصویب، احکام قانون جدید، در ذیل قانون مادر قرار گیرد و چنانچه موجب نسخ ماده یا حکمی شده باشد، جایگزین حکم سابق شود. این در حالی است که به علت عدم وجود نظام صحیح تنقیح قوانین در ایران، قوانین با موضوع واحد، ذیل یک قانون مادر قرار ندارند و احکام موضوع واحد در قوانین متعدد، پراکنده است که بعضاً این احکام با یکدیگر

<sup>۱</sup> برای نمونه در تاریخ ۱۳۷۰/۷/۱۴، قانونی با عنوان «اصلاح تبصره (۲) الحاقی ماده (۷۶) قانون اصلاح مواد (۷۲) قانون تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۵۴ و الحاق دو تبصره به ماده (۷۶) مصوب ۱۳۷۱» به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید.

<sup>۲</sup> Legislative sectoralization

<sup>۳</sup> برای مطالعه بیشتر در این زمینه نک: شهرانی کرانی، نجمه؛ چالش‌های حقوق بشری در پرتو امنیتی شدن جرم‌شناسی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد اراک، دانشکده علوم انسانی، تابستان ۱۳۹۲.

متفاوت و متعارض بوده و این امر، نه تنها موجب ابهام و سردرگمی مخاطب حکم می‌شود؛ بلکه به وضوح یا قابلیت دسترسی به قانون و نظام حقوقی، به عنوان یکی از مؤلفه های حاکمیت قانون، لطمه می‌زند که پیامد ادامه این رویکرد در رویه قضایی، عدم تحقق بایسته حاکمیت قانون خواهد بود.

پراکنده کردن منابع (غالباً خارج از مجموعه-کد- قوانین جزایی) موجب به حاشیه راندن اصل قانونمندی جرم و مجازات می‌شود. ارجاع پاره ای مقررات به موضوعات مشابه از سوی قانونگذار که در حقوق کیفری ماهوی رایج است، کار کاربران قضایی را سخت و موجب دشواری های عملی می‌شود و به این ترتیب، تردید در اعتبار قانون را در پی دارد. این ناسازگاری که ناشی از ناهماهنگی میان قوانین پراکنده و چند پاره است، در جرم انگاری اعمال در قالب «ارجاع» به متن دیگری (متن غیرکیفری و خارج از قانون(کد) جزا) یافت می‌شود و عامل تورم تقنینی است، و موجب تضعیف صریح «ویژگی کیفری» و «دورانی شدن» ضمانت اجرای کیفری برای متهم می‌شود. احاله مجازات جرایم انتقال مال غیر، تباری برای بردن مال غیر و معرفی مال غیر به جای مال خود به جرم کلاهبرداری و تحمیل مجازات عملی معین بر عمل دیگر و یا جرم معینی را در حکم جرمی دیگر قرار دادن از این قبیل است که موجب برخورد یکسان و هم اندازه با مرتکبان دو عمل که عنصر مادی متفاوت و مستقل دارند با تعیین مجازات واحد شده است. چالش اساسی پیرامون احاله مجازات عمل ارتكابی به قانون دیگر، این است که عمل فرعی که مجازات عمل دیگر بر آن اعمال می‌شود تا چه اندازه از احکام و مقررات اصلی تبعیت می‌کند. آیا عبارت «انتقال مال غیر در حکم کلاهبرداری است» به معنای ضرورت اجرای کلیه احکام و آثار قانونی کلاهبرداری در باره جرم انتقال مال غیر است؟ یا اینکه چنین نیست و در هر مورد، باید منظور اصلی مقنن را از ارجاع دریافت و تنها از همان جهت، دو جرم مشابه را یکی پنداشت» اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه شماره ۷/۷۳۴۸-۱۲/۱۰/۱۳۷۳ تمام آثار جرم کلاهبرداری را بر بزه انتقال مال غیر، بار نموده است و در نظریه مشورتی شماره ۱۶/۱۷۴۰-۳/۷-۱۳۸۰ در جرایم در حکم کلاهبرداری، صرفاً مجازات قانون کلاهبرداری را قابل اعمال دانسته است، نه فروع دیگر آن مانند رد مال. در نتیجه اختلاف و تعارض در رویه قضایی، در بستر قانونگذاری چند پاره محقق است. با وجود این، هیات عمومی دیوان عالی کشور، در رأی وحدت رویه شماره ۶۲۸ مورخ ۱۳۷۷/۶/۳۱ به راه مخالف رفته است. رأی مزبور در موضوع جرم انتقال مال غیر صادر شده و از مفاد آن بر می آید که محدودیت تخفیف مجازات حبس، به میزان حداقل مدت مقرر در تبصره یک ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری، به جرایمی نیز که در حکم کلاهبرداری تلقی شده اند - از جمله انتقال مال غیر- تسری دارد». از این رو، رأی وحدت رویه با وضع قاعده ای نو و خروج از محدوده صلاحیت و اختیار خود، از اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها تخطی کرده است؛ در نتیجه باید پذیرفت که پراکندگی موارد و مصادیق احاله و ناهمگونی آنها چندان است که قاعده سازی را در این باره از بین می‌برد و این امر در عمل، به فروپاشی اصل قانونمندی و سرگردانی در یافتن حکم مورد نظر، دامن می‌زند. بدین سان، قانونگذاری پراکنده، قوانینی را ایجاد می‌کند که متعارض و مناقشه برانگیز است و قضایی را برای گسست میان قانون و رویه قضایی ایجاد می‌کند. به هر روی، قانونگذاری پراکنده و از هم گسسته، نشانگر عملکرد تقنینی غیرکارشناسی و عجولانه است که آسیب های فراوانی را به دنبال دارد؛ بگونه ای که جمع قوانین پراکنده و غیرجامع را برای کاربران قضایی سخت می‌نماید و اختلاف رویه های قضایی را، در بستر قانون واحد، موجب می‌شود. بر این اساس، مقابله با قانونگذاری پراکنده، مبتنی بر نظام کارآمد تنقیح قوانین، در فرایند قانونگذاری در نظام تقنینی ایران، به عنوان یک راهبرد اساسی، می‌تواند نقشی جدی، در روند حذف تعارض رویه قضایی با قانون در تعیین کیفر، ایفا کند.

#### ۴. آزمایشی و بی ثباتی قانون و میل به ثبات در رویه قضایی

«از جمله مفاهیم تازه حقوقی، قانون آزمایشی است. چنین مفهومی در فقه سابقه ندارد و باید آن را از اختصاصات حقوق مدرن دانست. امروزه، در همه نظام های حقوقی، پذیرفته شده است که قانونگذاری فقط در صلاحیت قوه مقننه، متشکل از نمایندگان مردم است. به علاوه، مجلس قانونگذاری، اختیار واگذاری این مهم را به قوای دیگر یا سازمان ها و اشخاص معین ندارد. با

وجود این، در بیشتر نظام های حقوقی، به قوه مقننه اجازه داده شده تا در موارد ضروری و استثنایی، وضع قانون را به قوه مجریه یا کمیسیون های داخلی مجلس، تفویض نماید. لیکن از آنجا که چنین امری مخالف اصول دموکراسی است، نه تنها نفاذ و اجرای قوانین آزمایشی، منوط به تصویب نهایی مجلس است؛ به علاوه مدت اعتبار این قوانین، محدود به مدتی است که با تعیین مجلس، در آن قید می‌شود. وصف آزمایشی که در اصل هشتاد و پنج قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، برای این دسته قوانین برگزیده شده، به خوبی ماهیت آن ها را می‌نمایاند. قوانین آزمایشی، برای رفع نیازهای فوری قانونگذاری، وضع می‌شوند. چه بسا مراحل وضع قانون عادی، مدت ها به طول انجامد و در زمان تصویب آن، فوریت منظور، منقضی شده باشد. قانون آزمایشی از وقوع این وضعیت نامطلوب، پیشگیری می‌کند. به علاوه، بی تردید بسیاری کاستی ها و نارسایی های قانون، در حین اجرای آن مشخص می‌شود و پیش بینی آن ها در زمان تصویب، دشوار و حتی غیرممکن می‌نماید. وضع قانون آزمایشی، وصول به این اهداف را نیز آسان می‌کند؛ بویژه که در صورت ناکامی از وصول به اهداف موردنظر، قانون آزمایشی خود به خود و بدون تضييع وقت قانونگذار، ملغی می‌شود؛ در حالی که اگر قانون عادی در آن موضوع وضع شده بود، ناگزیر باید با تصویب قانون دیگر، لغو می‌شد.» (میرزایی، ۱۳۹۳: ۱۶۱ و ۱۶۲)

«در نظام حقوقی ایران، عمر قوانین، بویژه عمر قوانین کیفری، از دوران قضاوت یک دادرس، کمتر شده است. قوانین آزمایشی در حوزه کیفری، سبب شده که دستگاه قضایی، در برابر قانونگذاری که هنوز به رسم آزمایش و خطا گام بر می‌دارد، باور قانونگرایی نداشته باشد. قانونگذاری های آزمایشی در امور کیفری، سبب نوآوری های گوناگونی شده که هر چند بسیاری از این نوآوری های قانونی می‌تواند به خودی خود آزموده‌ی کشورهای دیگر باشند؛ ولی از دید دادرسان، به آسانی پذیرفته نمی‌شوند. جدا از اینکه قانونگذاری های آزمایشی بدون کارشناسی بایسته و بدون ریزبینی و نکته سنجی، سبب شده تا دادرسان بهتر نتوانند نافرمانی از قانون را توجیه کنند.» (عالی پور و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۰۵)

«تجربه نشان داده که انقضای مدت بسیاری از قوانین آزمایشی، جامعه را با خلاء قانونی، مواجه نموده است. در چنین وضعیتی، گروهی از قضات، بر خلاف اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها و با تمسک به اصل ۱۶۷ ق.ا، به استناد منابع معتبر اسلامی و فتاوی مشهور در زمینه کیفری، اقدام به صدور رأی می‌نمایند و اکثریت قریب به اتفاق آنان نیز، قانون از تاریخ گذشته را معتبر دانسته و ملاک تصمیم گیری خود می‌دانند. به خاطر مسامحه قانونگذار، عمر قوانین آزمایشی چندساله، دهها سال به درازا کشیده شده، تا جایی که آزمایشی بودن قانون، به فراموشی سپرده می‌شود. این گونه سهل انگاری، اگر چه ممکن است در امور غیر کیفری، تالی فاسد زیادی نداشته باشد و قضات به استناد اصل ۱۶۷ ق.ا در صورت سکوت و ابهام قانون، به منابع معتبر شرعی مراجعه کرده و حل مشکل کنند؛ اما برای قضات کیفری که ملزم به رعایت «اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها» می‌باشند، و از طرفی جامعه نیز نمی‌تواند بدون قانون کیفری باشد، امر لایطاق است.» در طول چند دهه اخیر، اکثریت قریب به اتفاق قوانین موقتی (و یا شاید همه) مربوط به قوانین کیفری بوده است. اعمال قوانین موقتی کیفری، بویژه اینکه مدت اعتبار آزمایشی آن نیز تمام شده باشد، همراه با ایراد است. در کشور ما، کلیه قوانین آزمایشی، بعد از پایان مدت آزمایشی خود نیز، بر خلاف اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها، همچنان اجرا گردیده یا می‌گردند.<sup>۱</sup> روشی که هرگز مبتنی بر سیاست جنایی منطقی و واقعی نیست. چالش تقنین آزمایشی، یکی از چالش های نظام قانونگذاری در کشور ایران است. «با وجود آن که تصویب قوانین کیفری آزمایشی، به خصوص در دهه اول بعد از انقلاب اسلامی، می‌توانست با دلایلی مانند پایبندی قانونگذار به فقه و عدم مطالعات کافی در زمینه فقه جزایی، نبود سابقه ی اجرای قوانین جزایی اسلامی، نبود فرصت کافی برای بررسی

<sup>۱</sup> قانون حدود و قصاص مصوب ۶۱/۷/۱۰، قانون دیات مصوب ۱۳۶۱/۹/۲۴، قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱/۷/۲۱، قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۶۱/۱۰/۱۱ و قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) ۱۳۶۲/۱۲/۲۱ در زمره قوانین آزمایشی بودند که علیرغم گذشت سالها از پایان مدت آزمایشی آنها در محاکم ما، در حال اجرا بود.

هر چه بهتر آثار و تبعات این قوانین و لزوم دفاع عقلانی و عقلایی از قوانین جزایی شرعی، توجیه شود؛ ولی گذشت قریب چهل سال از این موضوع و اجرای قوانین مختلف کیفری در کشور و برآورد نتایج آنها و احراز نارسایی ها و چالش های احتمالی، ادامه روند تقنین آزمایشی، ناموجه است. ( حاجی ده آبادی، ۱۳۸۵: ۶)

«استمرار تقنین آزمایشی در امور کیفری، از منظر تحلیل سیاسی نیز مورد انتقاد است؛ زیرا پیام اصلی قانونگذاری آزمایشی مستمر به طول چهل سال، عدم اطمینان کامل مقنن از پیامدهای مصوبات خود است که می توان آن را نوعی تزلزل رویکردی و نبود سیاست جنایی و کیفری تقنینی سنجیده و پایدار دانست.» ( نوربها، ۱۳۷۸: ۱۲۶) از این گذشته، به نظر می رسد چالش تقنین آزمایشی قوانین کیفری، نه به دلیل آزمایش واقعی قوانین مذکور بوده؛ بلکه ناشی از نوع نگاه و توجه پایین مجلس در خصوص قوانین کیفری است. روندی که ادامه آن می تواند نافرمانی از اجرای قانون و شکل گیری مسیر انحراف از قوانین و مقررات را در رویه قضایی بگشاید و مفری برای عدم اجرای قانون، از سوی دادرسان باشد.

### ۵. چالش توسعه مفهومی الفاظ قانون در تعیین کیفر

با وجود اهتمام قانونگذاران به استفاده از الفاظ صریح و دقیق و عبارت های جامع و روشن و رسا، در عمل، الفاظ و عبارات قانون، همیشه وافی به مقصود نیست. گاه مفهوم قانون روشن و رسا نیست؛ گاه مصداق های آن به آسانی قابل شناسایی نیستند. به عبارت دیگر، فارغ از بایسته های شکلی قانون که بدیهی ترین آن مربوط به مباحث نگارشی و ویرایشی است، الزامات محتوایی مهمی وجود دارد که رعایت آنها ضرورتی اجتناب ناپذیر است؛ الزاماتی مانند شفافیت، صراحت، جامعیت، ثبات و ... قانون باید شفاف و صریح باشد و هیچ گونه ابهامی در خصوص تبیین وظایف، تکالیف و .... وجود نداشته باشد. ارائه مکرر طرح های استفساریه قوانین، حاکی از عدم رعایت این بایسته است. قانون باید جامع باشد و تمام مصادیق مرتبط را پوشش دهد. لازمه این امر، انجام مطالعات گسترده پیشینی، حول موضوع قانون است؛ به نحوی که تمام جوانب امر بررسی شده و موردی مغفول نمانده باشد. لکن تصویب قوانین چند پاره و وجود احکام مرتبط با یک موضوع در قوانین مختلف، و نیز تصویب قوانین اصلاحی و مکمل قوانین، اماره ای است بر اینکه این الزام مهم در بررسی و تصویب قوانین، به درستی رعایت نشده است.

قانون باید ثبات داشته باشد. ثبات قوانین، نتیجه رعایت بایسته های پیشین است؛ توضیح اینکه، وقتی جوانب امر به درستی و کامل سنجیده می شود و پیش نویس قانون از جنبه های مختلف اقتصادی، فرهنگی، اجتماعی، امنیتی و ... بررسی می شود و احکام مورد نیاز به صراحت و کاملاً روشن و شفاف بیان می شود، نیاز به اصلاح و یا تکمیل و تغییر قوانین را به حداقل می رساند. اما بررسی روند مصوبات مجلس و مصوبات پی در پی و مکرر مجلس در خصوص اصلاح قوانین، نشان دهنده ی عدم بررسی صحیح و جامع موضوع است؛ به نحوی که اصلاح مکرر قوانین، ثبات قوانین و در نتیجه نظام قانونگذاری را با چالشی جدی مواجه کرده و مخاطبان و مجریان قانون را دچار سردرگمی می نماید.<sup>۱</sup> ( معاونت پژوهش های سیاسی - حقوقی، ۱۳۹۷: ۲۸ و ۲۹)

قانونگذار گاه به صورت خودآگاه و به طور عمدی، با ذکر عبارت های کلی، درصدد توسعه مفهوم یا مصداق قانون است که این امر حسب مورد، منجر به ابهام در مفهوم یا مصداق قانون می شود.

<sup>۱</sup> ( معاونت پژوهش های سیاسی - حقوقی، ۱۳۹۷: ۲۸ و ۲۹)

در توسعه مفهومی، مقنن جزایی با استعمال تعابیر و اصطلاحات کلی و مبهم، تمام تلاش خود را برای جلوگیری از وقوع یک رفتار خاص بکار می‌گیرد. برای مثال در مواد ۴۹۸<sup>۱</sup> و ۵۰۰<sup>۲</sup> ق. م. ا. ۱۳۷۵ قانونگذار با بیان عبارت «با هدف برهم زدن امنیت کشور» و «فعالیت تبلیغی علیه نظام» درصدد توسعه مفهومی این مواد است و برای صیانت از امنیت، از تعابیر و اصطلاحات مبهم و قابل تفسیر سود می‌جوید تا قاضی دادگاه، با اختیارات بیشتر، بهترین تفسیر را برای اتخاذ تدابیر، در راستای حفظ امنیت انجام دهد؛ از این رو، دست قاضی را در تفسیر مفهومی از این مواد باز می‌گذارد. تعبیری همچون گروهها و سازمانهای مخالف نظام (ماده ۵۰۰ ق. م. ا.)، دول خارجی متخاصم (ماده ۵۰۸ ق. م. ا.)، تزلزل روحیه افراد (ماده ۳۲۰ ق. م. ج. نیروهای مسلح)، شکست جبهه اسلام (ماده ۳۲ و ۴۳ ق. م. ج. ن. م.) و دشمن<sup>۳</sup> (بند ب ماده ۲۱ ق. م. ج. ن. م.) تاب هرگونه تفسیری را خواهند داشت. این پوشیدگی‌ها و پیچیدگی‌ها در رویه قضایی رخ نمود و همواره گوناگونی دیدگاه‌ها و اندیشه را به بار آورده است. (عالی پور، ۱۳۸۹: ۵۲) در این مواد و سایر مواد کیفری، توضیحی در مورد تعریف امنیت کشور و فعالیت تبلیغی علیه نظام، ارایه نشده است و مشخص نیست چه اعمالی علیه امنیت کشور، یا فعالیت تبلیغی علیه نظام هستند.

با نگاه واقع بینانه، مواد ۴۹۸ و ۵۰۰ ق. م. ا. می‌تواند به یک «باتلاق قانونی»<sup>۴</sup> تبدیل شود؛ زیرا این مواد با ابهام ماهیتی و شکلی فراوانی روبه روست و انطباق یک رفتار را بر اساس آن، از منظر حقوقی بسیار دشوار می‌سازد. به دیگر سخن، چالش ناشی از اجمال قانونی و برداشتهای متنوع و متفاوت راجع به ماهیت رفتار مجرمانه و دامنه وسیع موضوعی مواد مذکور و نیز فقدان ضابطه و تفسیر قانونی صریح در این زمینه، سبب می‌گردد که دادرسان بر پایه اصول حقوقی حاکم بر فرایند دادرسی، تا حد امکان از استناد به این مواد خودداری کنند؛ هر چند همواره این تردید وجود دارد که ممکن است افراد بسیاری به اعتبار برخی گفته‌ها، گرفتار بستر گسترده و فرورونده آن شوند. (حبیب زاده و موسوی مجاب، ۱۳۸۵: ۱۳۲)

به هر روی، در قوانین کیفری ایران، در برخی از مواد قانونی- بویژه در جرایم سیاسی و فرهنگی - آگاهانه یا ناآگاهانه از الفاظی استفاده شده که قابلیت تفاسیر سوء را دارند و موجبات تسری ناروایی حکم مجازات را به رفتارهای مباح و جایز، با اغراض شخصی و سیاسی فراهم می‌نمایند. کاربرد تعبیرات «فعل حرام»، «در حجاب شرعی»، «افساد فی الارض»، «جریحه دارکردن عفت عمومی»، «اقدام علیه نظام»، «براندازی نظام»، «تحصیل مال نامشروع» و مانند آن، در مواد مختلف قوانین کیفری ماهوی، ممکن است زمینه ساز توسعه مفهومی الفاظ قانون و تفسیرهای ناروا در تعیین کیفر باشد. و با توجه به تفسیرپذیری عمیق چنین موادی، شاهد تعارض میان قانون و رویه قضایی، از حیث تعیین کیفری خواهیم بود.<sup>۵</sup>

به باور ما، قانونگذار عادی، با وضع قوانین مبهم و استفاده از عبارات کلی و نارسا در انشای متون قانونی، زمینه را برای استنباط شخصی و تعبیر و تفسیرهای موسع قضات از قانون، در رویه قضایی هموار ساخته است؛ بگونه‌ای که الفاظ و عبارات مبهم

<sup>۱</sup> ماده ۴۹۸ ق. م. ا. ۱۳۷۵، مقرر می‌دارد: هر کس با هر مرامی، دسته، جمعیت یا شعبه جمعیتی بیش از ده نفر در داخل یا خارج از کشور تحت هر اسم یا عنوانی تشکیل دهد که هدف آن برهم زدن امنیت کشور باشد و محارب شناخته نشود به حبس از دو تا ده سال محکوم می‌شود.

<sup>۲</sup> ماده ۵۰۰ ق. م. ا. ۱۳۷۵، مقرر می‌دارد «هر کس علیه نظام جمهوری اسلامی ایران یا به نفع گروهها و سازمانهای مخالف نظام به هر نحو فعالیت تبلیغی نماید به حبس از سه ماه تا یک سال محکوم خواهد شد.»

<sup>۳</sup> شعبه دیوان عالی کشور در نقض دادنامه شماره ۴۲۱۸۶۵ / ۶۹/۶ صادره از شعبه پنجم دادگاه انقلاب اسلامی تهران اعلام داشته که «منظور از دشمن که در ماده ۲ قانون تعزیرات بکرات استعمال شده، دشمن و خصمی است که با نظام جمهوری اسلامی بطور رسمی وارد جنگ و مخاصمه مسلحانه بوده باشد و به مطلق عدوات و دشمنی شمول و تسری ندارد... و رعایت قاعده لزوم تفسیر مضیق قوانین جزایی و قاعده تفسیر قوانین به نفع متهم نیز در مقام تفسیر قانون مانع از توسیع مفهوم «دشمن به دشمن معنوی و اعتقادی و سیاسی و غیره است گرچه در مانحن فیه نیازی به تفسیر نیست و نص قانون صریح است»

در قانون در مقام اجرا، توسعه مفهومی یافته و دادرس را در سر دو راهی، دچار باتکلیفی نموده که به منظور رهایی از این وضعیت، به ابداع عنوان مجرمانه و تعیین کیفر از سوی دادرس، منتهی شده است که نه تنها با قانون اساسی، بلکه با موازین شرعی نیز مطابقت ندارد. این امر به عنوان یکی از چالش های مرتبط با محتوای قانون، سبب می شود رویه قضایی در تعیین کیفر، از قانون فاصله گیرد و وجهه ای متفاوت و متعارض داشته باشد؛ زیرا در بسیاری موارد، به اعتبار این چالش، قاضی در برابر خواست و مقصود قانونگذار در تعیین کیفر، تمکین نکرده و تحت تاثیر کشش های درونی و برداشت های شخصی موسع از قانون قرار می گیرد و به لحاظ ابهام های قانونی موجود و اختلاف برداشت از قوانین، شاهد توسعه مفهومی الفاظ قانون و صدور آرای متناقض در این باره از سوی دادگاه هستیم که زمینه تعارض قانون با رویه قضایی در تعیین کیفر را موجب شده است. بنابراین دقت، ثبات و شفافیت در قانون نویسی، شکل دهی به نظام آموزش تفسیر قضایی قانون، آموزش الزامات حاکمیت قانون و نقد مستمر رویه قضایی، مهمترین راهبردهای رفع تعارض رویه قضایی با قانون است. و روشن است که رویه قضایی پویا، کارآمد و متکی بر قانون، یک رویه قضایی تفسیرمحور است نه اصلاح محور. تفسیرمحوری رویه قضایی، ملازمه به ابهت، قدرت و نفوذ قانون دارد. از این رو، نخستین گام برای رویه قضایی، وجود یک قانون دقیق، شفاف و با ثبات است که راه را بر دغدغه ها و نگاه های منفی قضات ببندد و آنها را به اعتبار خود وابسته کند. و دستگاه قضا نیز، از ظرفیت های خود برای رویه قضایی منطبق با قانون بهره بگیرد.

#### ۶. راهبردهای تنظیم پیوند قانون و رویه قضایی

تنظیم پیوند میان قانون و رویه قضایی به معنای ترسیم و تحکیم رابطه طولی رویه قضایی با قانون است به گونه ای که اساسا معنای رویه قضایی بر اساس قاعده پردازی و محتواکامی نسبت به قواعد و محتوای قانون باشد. تنظیم این رابطه طولی با زدودن آسیب ها به ویژه در قالب سه راهبرد دست یافتنی است. راهبرد نخست مرتبط با قانون است. راهبرد دوم مرتبط با تعامل قانون و رویه قضایی است و راهبرد سوم نیز متوجه رویه قضایی است:

نخست، ثبات و اعتبار قانون. قانون زمانی در طول رویه قضایی قرار می گیرد و بر آن سایه می اندازد که از هر جهت نسبت به رویه قضایی برتر باشد. شاه کلید احترام قانون در نزد دادرسان، ثبات آن است. ثبات مسبوق به تدوین دقیق و کارشناسی شده قانون در گذشته و متکی به اصلاح های موردی و پیاپی در آینده (به جای دگرگونی و تغییر) است. در این صورت، چنین قانونی برای قضات هم چهره معنوی خواهد داشت که خود را مفتخر به التزام به آن بدانند و هم چهره علمی و قضایی به گونه ای که قضات عموماً سرنوشت پرونده را بتوانند به آن گره بزنند. نظام کیفری ایران پس از دوره ای قانونگذاری آزمایشی و پراکنده، به تدریج راه رسیدن به ثبات قانونی را آزموده و با دائمی شدن قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ از یک سو و تدوین یک کد جامع درباره عموم جرایم و نسخ صریح قوانین قدیمی و پراکنده از سوی دیگر، می تواند دورنمای ثبات قانونی و تاثیر مثبت آن بر رویه قضایی را دید.

دوم، تعامل قانون با رویه قضایی: پیوند طولی قانون با رویه قضایی به معنای نیازمندی یکجانبه رویه قضایی به قانون نیست. رویه قضایی محصول خرد جمعی در ارتباط با موضوعات خاصی است که قانونگذار متوجه آن نبوده یا در قبال آن مجمل و مبهم است. از این رو، تعامل میان قانون و رویه قضایی اقتضای آن را دارد که قانونگذار همواره رویه های قضایی را دیده بانی کند تا در قالب اصلاحات پیوسته و جزئی قانون، از آنها استفاده کند. این ویژگی، قانون را پویا، زنده و مدام در حال اصلاح نشان می دهد که در واقع اینها ویژگی های رویه قضایی نیز به شمار می روند.

سوم، کنترل رابطه طولی رویه قضایی با قانون: رویه قضایی در هر حال باید پیرو قانون و در مسیر آن باشد. رویه قضایی مغایر حتی اگر مطلوب و بخردانه باشد می تواند منشا رویه های مغایر دیگر باشد و قانون را به حاشیه رانده و زمینه ساز اعمال سلیق فردی و گروهی شود. بنابراین، رابطه طولی رویه قضایی با قانون باید در همه حال کنترل شود. چنانکه گفته شد بخشی از کنترل را باید نهاد قانونگذار یا سیاستگذار انجام دهد تا نیازهای قضات در عمل را به قانون تبدیل کند ولی بخش اصلی

کنترل از باب تنظیم رابطه طولی رویه قضایی و قانون یا به سخن دیگر، حرکت رویه قضایی در مسیر قانون است. این کنترل و دیده بانی در حال حاضر هیچ جایگاه و سازوکاری در ایران ندارد و حتی تعداد تفریبی و حوزه‌ها و مصداق‌های رویه قضایی در ایران از سوی هیچ نهادی، بررسی و دیده بانی نمی‌شود. کاوش و احراز رویه‌های قضایی شکل گرفته توسط نهادی در قوه قضائیه می‌تواند هشدارها یا یادآوری‌های لازم برای قضات را به همراه داشته باشد، همچنانکه رویه‌های مطلوب می‌تواند برای همه قضات نیز الگوده باشد. نهایتاً منطقی‌ترین راهبرد برای ارزیابی و کنترل رابطه طولی رویه قضایی با قانون همانا سنجش و احصای رویه‌های موجود در کشور ولو به طور ناقص و با معیارهای غیرقطعی است که خود راه را برای طرح راهبردهای آتی برای نحوه همسو کردن رویه قضایی با قانون هموار می‌کند.

### نتیجه‌گیری

رویه قضایی، جریان غالب دادگاه در موضوع مشخص است که به عنوان منبع کمکی و ارشادی در حقوق کیفری و به عنوان دستاویز مهم برای صدور رای در موارد مشابه است. رویه قضایی، نقش قاعده‌پردازی و محتوانمایی نسبت به منابع اصلی و الزام آور حقوق کیفری، بویژه قانون دارد و به جهت همین نقش، همواره در طول قانون جای گرفته و تابع آن است. مشخصات و مسیر یک امر تابع، بستگی به جایگاه اعتبار متبوع دارد و به هر میزان که جایگاه متبوع، شکننده و اعتبارش کم رنگ باشد، تابع، خود را از قید و بند تبعیت رها می‌کند و گاه مسیر جدایی را در پیش می‌گیرد. رویه قضایی، در پرونده‌های کیفری، بویژه در تعیین کیفر، چنین وضعیتی یافته است. رویه قضایی، با ضعف متبوع، یعنی قانون، در عرصه‌های گوناگون، بویژه عدم جامعیت قانون، پراکندگی مقررهای قانونی، تنوع مقررهای گذار، تاثیرپذیری قانون از تحولات سیاسی و اجتماعی، آزمایشی بودن قانون، وابستگی قانون به آیین نامه در کنار ابهام‌ها و بن بست‌های قانونی، آشنا شده و از تبعیت مطلق، به سمت تبعیت نسبی، گام برداشته است. این انحراف در رویه قضایی، که در اصل ریشه در خود قانون و قانونگذاری دارد، به محتواسازی و قاعده‌آفرینی در نزد رویه قضایی، بویژه در تعیین مجازات منتهی شده است. تعیین مجازات به طور خاص، خود نیز ویژگی قضایی نیرومندی دارد که سبب می‌شود تا قانون در برابر رویه قضایی، ضعیف‌تر هم بشود و آن اصل فردی کردن مجازات، نیروی مجازات قضایی در برابر مجازات قانونی، توجیه‌پذیری مجازات با عطف به پرونده شخصیت و به طور کلی، غلبگی بایستگی‌های پرونده بر الزامات مقرر در تعیین کیفر است. همه این عوامل، چهره‌ای واقعی از رویه قضایی در ایران را نشان می‌دهد که به راستی نیرومندتر از آن است که به صورت تئوریک، در مقام یک منبع ارشادی و تابع قانون به شمار رود.

دستاورد این نوشتار، در توجه به همین نیروی رو به افزایش رویه قضایی در ایران است. این نیرو که رویه قضایی را گاه در عرض قانون، مطرح می‌کند، به عنوان یک تهدید برای حاکمیت قانون و اصل قانونی بودن، مطرح شده یا یک فرصت برای واقعی و منطقی سازی حقوق کیفری، موجب دو تحلیل متفاوت می‌شود. رویکرد شناخته شده و سنتی، بر این است که در هر حال، رویه قضایی باید تابعی از قانون و تنها در مسیر قانون و تحلیل قواعد و محتوای آن باشد. ولی رویکرد نوین، بر این است که فرصت‌ها و ظرفیت‌های رویه قضایی را به حساب آورد و واقعیت‌های آن را بپذیرد. دیری است که قانونگذار از تحولات حوزه‌های گوناگون، عقب مانده و گاه قانونگذار وظایف خود را در اختیار نهادهای متعدد می‌گذارد یا تبیین قانون را بر گردن آیین نامه می‌نهد. قانون کیفری، دیگر آن ویژگی‌های گذشته را ندارد و به مانند یک منبع، در کنار دیگر منابع درآمده است. از این رو باید راهبردی در نگاه باشد که رویه قضایی را با واقعیت‌های پرونده و با رویکردهای قضات، پاس بدارد؛ ولی نباید رویه قضایی را به سلیقه قضایی، با رویکرد فردی قضات، اشتباه گرفت.

راهبرد اصلی در این زمینه، آشکارسازی رویه قضایی و منطقی‌سازی آن است. منظور از آشکارسازی رویه‌های قضایی، احراز رویه‌های قضایی متعدد در مراجع قضایی و ثبت و اعلام آنها از طریق رسانه‌ها، دست‌کم در سطح دستگاه قضا است و منطقی سازی رویه قضایی نیز، تعیین متصدی کنترل رویه قضایی و نیز ارایه مشورت‌ها و رهنمودها، برای اصلاح یا جهت‌دهی درست به رویه قضایی است.

رویه قضایی ایران، در زمینه تعیین کیفر، اصلی‌ترین مصداق برای کم رنگ شدن تدریجی رابطه طولی رویه قضایی با قانون است؛ ولی محدود به آن نیست. با وجود ظرفیت‌های رویه قضایی در شکل‌دهی به نظام جدیدی از حقوق کیفری که به رویه قضایی، اهمیت بیشتری می‌دهد؛ به معنای رها کردن وضعیت قانونگذاری کیفری به حال خود نیست. در حالت مطلوب، رویه قضایی باید همچنان تابع قانون باشد



و در پیوند طولی با آن تعریف شود. بنابراین همچنان یک رویه قضایی سالم و تابع قانون، از یک رویه قضایی نیرومند و واقع نگر، ولی معارض قانون، بهتر است. نتیجتاً پیش از راهبردهای مرتبط با رویه قضایی، باید چاره ای به حال پریشان قانونگذاری کیفری در ایران کرد، تا هم کارشناسی شده و تخصصی شود و هم واقع نگر و منطقی.

### فهرست منابع

- آسیب شناسی نظام قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران، معاونت پژوهش های سیاسی - حقوقی، دفتر مطالعات حقوقی مهر ۱۳۹۷
- ابوالحسن شاکری و مرتضی فتحی، از اصل قانونمندی حقوق کیفری تا آیین نامه ای شدن آن، بررسی آیین نامه اجرایی قانون مبارزه با پول شویی ۱۳۸۸، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۳، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۲
- بیکس، برایان (۱۳۸۹)، فرهنگ نظریه حقوقی، ترجمه محمد راسخ، تهران، نشر نی
- توحیدی نافع، جلال، تعیین مجازات در نظام قضایی ایران و مطالعه تطبیقی آن با حقوق انگلستان، رساله دکتری رشته فقه و حقوق جزا، مدرسه عالی شهید مطهری، ۱۳۹۵
- جلالی ورنامخواستی، مصطفی، ارزیابی خطر جرم در نظام عدالت کیفری، فصلنامه ی حقوق گواه، شماره ی ۱۱، زمستان ۱۳۸۶
- حبیب زاده و موسوی مجاب، سید درید؛ تحلیل جرم فعالیت تبلیغی علیه نظام جمهوری اسلامی ایران، فصلنامه تخصصی فقه و حقوق، سال سوم، شماره نهم، تابستان ۱۳۸۵
- سلیمی، صادق، جرایم سازمان یافته فراملی و جلالی ورنامخواستی، مصطفی، ارزیابی خطر جرم در نظام عدالت کیفری، فصلنامه ی حقوق گواه، شماره ی ۱۱، زمستان ۱۳۸۶
- طهماسبی، جواد، (۱۳۹۲)، اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و حاکمیت قانون در امور کیفری، دایره المعارف علوم جنایی، زیر نظر نجفی ابرندآبادی، علی حسین، بنیاد حقوقی میزان، کتاب دوم، چاپ نخست
- عالی پور، حسن، جرایم ضد امنیت ملی، چاپ اول، ۱۳۸۹، انتشارات خرسندی
- عالی پور، حسن، رضایی، سعید و سهام صدقاتی، کارآمدی قضایی و امنیت ملی؛ پویایی اندیشه قضایی در برابر پایایی رویه قضایی، فصلنامه مطالعات راهبردی، شماره ۸۲، زمستان ۹۷
- قاسمی، حسن، رویکرد مدیریت خطر در پیشگیری از تکرار جرم، مجموعه مقالات نخستین همایش ملی پیشگیری از جرم، ۱۳۸۷
- حاجی ده آبادی، احمد، «قانون مجازات اسلامی؛ پایان مدت آزمایشی و انتظارات»، فصلنامه حقوق اسلامی (فقه و حقوق سابق)، سال دوم، شماره ۸، بهار ۱۳۸۵
- کلاتری، کیومرث؛ بحران در حقوق کیفری ایران؛ رساله برای اخذ درجه دکتری، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۱
- گودرزی بروجردی، محمدرضا؛ سیاست جنایی قضایی
- کاسیگناک، جرالده، (۱۳۹۱)، قانون واضح، ترجمه احمد مرکز مالگیری، مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی، اردیبهشت، شماره مسلسل ۱۲۳۷۰، صص ۱۹-۲۰.
- مندنی اسلام، سیاست جنایی امنیت مدارو نظام کیفری حقوق بشر، چاپ اول، انتشارات مجد، ۱۳۹۴
- مهدوی پور، اعظم، شهرانی کرانی، نجمه، امنیتی شدن جرم شناسی: راهبردها و آثار آن بر حقوق کیفری، پژوهش نامه حقوق کیفری، سال پنجم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۹۳.
- میرزایی، اقبالعلی، قانون و اعتبار زمانی آن با تاکید بر مفهوم و اوصاف قانون موقت: مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۵، بهار ۱۳۹۳.
- نبی لو، حسین؛ تورم قوانین و تنقیح قوانین و مقررات: ملاحظاتی در خصوص طرح تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور؛ فصلنامه ی اطلاع رسانی حقوقی؛ پیشین
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین، پیشین، چاپ اول، تهران، نجفی ابرندآبادی، علی حسین، تقریرات درسی جامعه شناسی جنایی (جامعه شناسی جرم)، دوره کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، نیم سال دوم تحصیلی ۸۴-۱۳۸۳، تهیه و تنظیم مهدی صبوری

نجفی خواه، محسن؛ بررسی طرح یک فوریتی تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور؛ فصلنامه ی اطلاع رسانی حقوقی؛ ش ۱۱، سال ششم؛ پاییز ۱۳۸۶  
 نوربها، رضا، « سیاست جنایی سرگردان»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۶-۲۵، بهار و تابستان ۱۳۷۸

منابع لاتین:

Packer,H , The limiT's of Criminal sanctions , Stanford University Press , 1968 , pp.9-45 .  
 Harmathy , Attila , (1998) , Codification in a Period of Transition , Davis