



دوره ۵۲، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۴۰۱  
صفحات ۱ تا ۲۴ (مقاله پژوهشی)

DOI:10.22059/JQCLCS.2023.352742.1805

## مطالعه تطبیقی اصول حاکم بر کیفرگزینی در حقوق کیفری ایران و آلمان

سکینه خانعلی پور و اجارگاه \*

استادیار، گروه حقوق دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره)، قزوین، ایران  
(تاریخ دریافت: ۲۹ مرداد ۱۴۰۱ - تاریخ تصویب: ۱۵ آبان ۱۴۰۱)

### چکیده

کیفرگزینی، حلقه واصل کیفرگذاری و اجرای کیفر است که متولی آن قضات در دادگاه‌ها هستند. به منظور تعیین کیفر مناسب باید اصولی بر آن حاکم باشد تا موجب بی‌عدالتی نگردد. هر کشوری ممکن است اصول خاصی را برای این مرحله پیش‌بینی کند که از نوع نظام حقوقی و اهداف آن نشأت می‌گیرد. این مقاله با هدف بررسی اصولی که بر کیفرگزینی حاکم است، با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی، دو نظام حقوقی ایران و آلمان را به عنوان دو کشوری که از نظام حقوق نوشته برخوردارند، برگزیده است. بررسی قوانین دو کشور بیانگر وجود اصول مشترکی در دو نظام حقوقی است که بر تحمیل اصل کیفر و تعیین میزان و نوع آن حاکم است. مهم‌ترین اصولی که می‌توان به آن اشاره کرد عبارتند از اصل قانونمندی کیفر، اصل عطف بماسبق نشدن کیفر، اصل قضاامندی کیفر و اصل تناسب. البته، اصولی مانند اصل عادلانه بودن کیفر و قاعده ممنوعیت محاسبه مکرر در نظام حقوقی آلمان به‌طور قاعده‌مند وارد ادبیات تقنینی این کشور شده، ولی در حقوق ایران با وجود پذیرش ضمنی آن هنوز در نصّ قوانین به چشم نمی‌خورد. با این حال، نظام حقوقی هر دو کشور در حوزه اصول حاکم بر تعیین میزان و نوع کیفر در مرحله کیفرگزینی نقصان‌هایی دارند که می‌توان بخشی از آن را در قالب صدور رهنمودهایی، مانند رهنمودهای تعیین کیفر در کشورهای کامن‌لا، جبران کرد.

### واژگان کلیدی

کیفر، کیفرگزینی، مطالعه تطبیقی، رهنمودهای تعیین کیفر، حقوق نوشته.

---

\* khalipour@soc.ikiu.ac.ir  
ORCID iDs: <https://orcid.org/0000-0003-1659-6163>

## مقدمه

قوانین کیفری از مهم‌ترین سازوکارها برای تنظیم رفتارهای افراد در جامعه و ترسیم‌گر فضای مجاز و غیرمجاز است. البته، مجموعه‌ای به هم پیوسته از عادت‌ها، هنجارها و قواعد زندگی اجتماعی نیز چنین نقشی را ایفا می‌کنند. با این وجود، قوانین کیفری همچنان مهم‌ترین منبع برای ترسیم این فضا به حساب می‌آیند که با دسته‌بندی‌های مختلف درخصوص جرم و کیفر این فضا را راهبری می‌کنند. اگرچه سایر قوانین و مقررات نیز در راهبری و خلق فضای مجاز و غیرمجاز اثرگذارند، اما، کیفر برجسته‌ترین معیار برای نشان دادن این مرز است.

برای کیفر سه مرحله کیفرگذاری (تقنینی)، کیفرگزینی (قضایی) و اجرای کیفر (اجرایی) قابل شناسایی است که هر یک ویژگی‌های خود را دارد و توسط مقامات مختلفی اعمال می‌شود که مسأله دوم، موضوع این مقاله است. برای این که دادرس بتواند کیفری شایسته صادر کند، باید به الزاماتی پایبند باشد و نمی‌تواند هر تصمیمی اتخاذ کند؛ زیرا کیفر ذاتاً امری ناپسند است که موجب ورود رنج و محدودیت برای افراد می‌شود و باید تحت ضوابطی خاص تعیین و اعمال گردد تا بتواند آن را از ساختار مشخص و قابل توجیهی برخوردار کند. از این رو، با توجه به ظرایف و پیچیدگی‌های کیفرگزینی و به‌منظور جلوگیری از خودسری دادرسان، معمولاً اصول و ضوابطی پیش‌روی آنان قرار می‌گیرد. در حال حاضر، توجه به این ضوابط و اصول که ضامن رعایت آن هستند، تا حدی اهمیت یافته است که می‌توان از «حق کیفردیدن»<sup>۱</sup> سخن راند. این عبارت به‌روشنی بیان‌گر اهتمام به رعایت ساختارها و اصول در فرایند کیفرگزینی است که نقض آن‌ها می‌تواند منشأ حق اعتراض برای مرتکب باشد.

دشواری‌های کیفرگزینی به قدری است که سخن از ناممکن بودن تنظیم‌گری در این عرصه می‌شود به‌گونه‌ای که یکی از شناخته‌شده‌ترین اصل‌ها درباره اعمال کیفر این است که «... یگانه قاعده طلایی آن است که هیچ قاعده طلایی وجود ندارد» (هالوی، ۱۳۹۳: ۲). با این حال، این امر مانع ترسیم دورنمای هر نظام کیفری و بیان اصول لازم‌الرعایه در این خصوص نمی‌شود. این اقدام می‌تواند منطبق با اهداف مدنظر هر نظام کیفری در حاکمیت اصول و ضوابط ویژه‌ای قرار گیرد. در غیر این صورت، امکان تعدی به حقوق شهروندان و دریافت کیفرهای ناکارآمد و غیراثربخش، دور از انتظار نخواهد بود.

## 1 . Right to be Punished

این حق بدین معناست که مجرم در روزگار کنونی، حق دارد به‌گونه‌ای «منصفانه، به‌قاعده و درست» کیفر شود؛ بنگرید به: نوروزی-فیروز، ۱۳۹۰: ۹۴-۹۳.

ظرایف کیفرگزینی و لزوم نگاه همه‌جانبه برای تعیین آن، نیازمند انجام مطالعات تطبیقی در این عرصه است. به‌ویژه آن‌که یکی از بهترین راه‌ها به‌منظور ارتقای سطح قوانین و وضع مقررات صحیح، نگاهی به قوانین و رویه‌های موجود در سایر کشورها است. این بررسی و مقایسه از چنان اهمیتی برخوردار است که رشته‌ای با عنوان حقوق تطبیقی را ایجاد نموده که در جهان امروز اهمیت و گسترش چشم‌گیری پیدا کرده است (داوید و اسپینوزی، ۱۳۸۴: ۷)، چراکه از طریق مطالعات تطبیقی می‌توان از تجربه سایر کشورها آگاه شد و از آن‌ها در قانون‌گذاری و حتی تفسیر قانون بهره برد.

کیفرگزینی و معادلات گاه پیچیده‌ای که در این خصوص شکل می‌گیرد، موجب شده است که در کشورهای کامن‌لا نهادی در قالب شورا یا کمیسیون برای تعیین کیفر تشکیل شود.<sup>۱</sup> اما در کشورهای ایران و آلمان - که موضوع مطالعه حاضر هستند - فقدان این نهاد، این بار را بر دوش دادگاه‌ها و تا اندازه‌ای قانون‌گذار قرار داده است تا با ایجاد و ابداع رویه‌های قضایی و ساختارهای قانونی بر این پیچیدگی فائق آیند. هر دو کشور از نظام حقوقی مبتنی بر حقوق نوشته برخوردارند و بر همین اساس، نظام حاکم بر کیفرگزینی آنان مطابق مقررات موجود در قوانین آن‌ها تعیین می‌شود.<sup>۲</sup>

در این مقاله، مسأله مدنظر از حقوق آلمان، ساختار کیفرهای موجود مطابق قوانین کیفری و به‌طورخاص قانون مجازات آن است که در مواد (۴۶)، (۴۶الف) و (۴۶ب) این قانون، تعیین شده است. در واقع، هسته اصلی فلسفه تعیین کیفر در آلمان مدرن در این مواد نهفته است. در ایران به‌عنوان دیگر کشور مورد مطالعه، در پرتو ادبیات فقهی براساس نوع کیفرها، جرایم دسته‌بندی می‌شوند. به این ترتیب، چهار نوع کیفر اصلی در ادبیات کیفری موجود، پس از تصویب «قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۲»، قابل شناسایی است که مطابق ماده (۱۴) قانون پیش‌گفته عبارتند از: حد، قصاص، دیه و تعزیر. در سه نوع نخست، با توجه به نظر پذیرفته شده در جمهوری اسلامی ایران، همواره تلاش بر این بوده است که چارچوب‌های فقهی آن‌ها حفظ شوند، اما تعزیرات از انعطاف بیشتری برخوردارند. از این رو، قانون‌گذار و دادرس برای اعمال و تطابق آن با

۱. به منظور مطالعه درخصوص گونه‌ها و خاستگاه رهنمودهای تعیین کیفر بنگرید به: محمودی جانکی، فیروز و طاهری، سمانه، ضرورت پیاده‌سازی الگوی کیفردهی رهنمودمحور در تعزیرات، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۵۰، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۹.

۲. البته در مارس ۲۰۲۰، ایالت نورث راین وستفالیای به‌عنوان نخستین ایالت در آلمان رهنمودهای مفصلی برای تعیین جریمه نقض محدودیت‌های کرونایی صادر کرد. پس از آن، ایالت هابی نظیر بواریا، برلین و برندنبرگ، رهنمودهای مشابهی برای تعیین میزان دقیق جزای نقدی درخصوص محدودیت‌های کرونایی وضع نمودند (Herz, 2020: 1625). با این وجود، چنین رهنمودی تنها به این مسئله محدود شده است و در سایر رفتارهای مجرمانه، قوانین کیفری این کشور معیارهایی برای تعیین کیفر به قاضی ارائه نمی‌دهد و همچنان قانون اصلی‌ترین منبع کیفرگزینی در این کشور است (See: Weigend, 1983: 39).

هر مورد آزادی عمل بیشتری دارند. با توجه به وصف نامعین این کیفر، هر نظامی می‌تواند بر پایه نیازها و ضرورت‌های اجتماعی و در چارچوب مبانی، اصول و اهداف خود و با در نظر گرفتن شرایط زمان، مکان و مقتضیات آن، کیفر مناسبی تعیین نماید.<sup>۱</sup>

بر همین اساس، از میان کیفرهای موجود در نظام حقوقی ایران، نظام حاکم بر تعزیرات برای مقایسه با نظام کیفرگزینی در آلمان برگزیده شد. در این خصوص، باید ماده (۱۸) قانون مجازات اسلامی ایران را سنگ‌بنای شیوه کیفرگزینی و اصول حاکم بر آن در جرایم تعزیری تلقی کرد؛<sup>۲</sup> زیرا این ماده در مقام تعریف و چگونگی تعیین کیفر تعزیر می‌باشد. اگرچه تمامی اصول حاکم بر کیفرگزینی را نمی‌توان در مواد مورد اشاره از قوانین کیفری دو کشور یافت و برای کشف اصول و ضوابط حاکم می‌باید به سایر مواد و حتی قوانین به‌ویژه قانون اساسی، رجوع کرد. افزون‌براین، از آن‌جا که کیفر مقوله‌ای از حقوق کیفری است، اصول کلی حاکم بر این حقوق بر این بخش نیز حاکم می‌شود. حتی در مواردی باید گفت که کیفر مؤلفه اصلی در کاربرد این اصول است. همان‌طور که در اجرای مواردی چون عطف بماسبق نشدن قانون شدید و عطف قانون خفیف، نقطه مرکزی کیفر است. بدین ترتیب، در این نوشتار اصول حاکم بر کیفرگزینی از جهت وجود یا فقدان و نیز کیفیت استقرار آنها در دو نظام حقوقی ایران و آلمان بررسی می‌شود. این بررسی می‌تواند راه را بر شناسایی نوع نظام حاکم بر کیفرگزینی همراه نماید.<sup>۳</sup> اصول حاکم بر کیفر در دو دسته قرار می‌گیرد؛ برخی بر تحمیل اصل کیفر و برخی نیز بر میزان و نوع کیفر مقرر قانونی حاکم می‌شوند. بر این اساس، اصول حاکم بر کیفر در ایران و آلمان ذیل این دو عنوان بررسی می‌شوند.

### ۱. اصول حاکم بر تعیین اصل کیفر

استقرار کیفر به عنوان پاسخی به رفتارهای مجرمانه نیازمند تبعیت از اصولی است که تنها با رعایت آنها می‌توان تحمیل کیفر را مجاز دانست؛ زیرا، کیفر رنجی است که بر افراد وارد می‌شود و ورود هر رنج آگاهانه‌ای بر افراد باید با محدودیت و رضایت یا انذار پیشین همراه باشد تا بتوان ورود آن را به اراده یا آگاهی وی منتسب کرد. در این راستا، اصولی نظیر قانونمندی، عطف بماسبق نشدن،

۱. در خصوص تفاوت میان کیفرهای معین و نامعین بنگرید به: ولایی، عیسی (۱۳۹۱)، چاپ نخست، جرایم و مجازات‌ها در اسلام، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجلد، صص. ۱۲۵ و ۲۵۹-۲۶۰.

۲. همچنان بنگرید به: محمودی جانکی و طاهری، ۱۳۹۹: ۲۴۶.

۳. نظام‌های حاکم بر کیفرگزینی در سه دسته، جرم‌محور، مجرم‌محور و رهنمودمحور قرار می‌گیرند (به‌منظور مطالعه این نظام‌ها بنگرید به: محسنی، فرید، رحیمیان، رضا (۱۳۹۸)، از کیفرگذاری تقنینی تا کیفرگزینی قضایی؛ مدلها و معیارها (با تأکید بر رویه قضایی ایران)، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۰۷، دوره ۸۳، صص. ۵۹-۶۴).

قضامندی و شخصی بودن کیفر این امکان را فراهم می‌آورند که این درد و رنج به آنانی که شایسته دریافت آن هستند وارد شود.

### ۱.۱. اصل قانونمندی کیفر

از مهم‌ترین اصولی که در ادبیات قانونی در همه جوامع به چشم می‌خورد و می‌توان از آن به اصل دیرینه حقوق کیفری تعبیر کرد، اصل قانونمندی کیفر است. این اصل که از اصول تضمین‌کننده حقوق و آزادی‌های مشروع افراد و حتی حقوق دولت است، در حال حاضر بر فرایند کیفری اغلب قریب به اتفاق کشورها سایه افکنده است تا جایی که حقوق کیفری، اعتبار خود را مدیون این اصل است و رد آن بر اعتبار نظام قضایی لطمه جبران‌ناپذیری وارد می‌کند که بی‌ثباتی و تجاوز به محدوده آزادی‌های فردی، نتیجه بی‌اعتباری اصل مورد اشاره است (عینی و حبیبزاده، ۱۳۷۶: ۸۴). وجود این اصل، دال بر پذیرش اصل آزادی اراده و انتخاب آزادانه است؛ زیرا، شهروندان بر این اساس از ممنوعیت یک رفتار آگاه و ملزم به پرهیز از آن می‌شوند (سلیمانی، ۱۴۰۱: ۵۰). در ایران و آلمان نیز به‌عنوان کشورهای مبتنی بر حقوق نوشته، این اصل جایگاه ویژه‌ای دارد و دادرس کیفری مکلف به کیفرگزینی مطابق قانون است.

در آلمان بند دوم از اصل (۱۰۳) قانون اساسی این کشور، درکنار پذیرش اصل عطف به‌ماسبق نشدن قوانین کیفری، اصل قانونمندی را نیز پذیرفته است.<sup>۱</sup> اهمیت این اصل به قدری بوده که در نخستین ماده قانون جزای آلمان پیش‌بینی شده و بر هر دو مرحله کیفرگذاری و کیفرگزینی حاکم است. ماده نخست از قانون مجازات این کشور با عنوان کیفر قانونی مقرر می‌کند: «یک عمل را تنها زمانی می‌توان کیفر داد که پیش از ارتکاب آن، کیفری بودن آن توسط قانون مقرر شده باشد». حتی در خصوص اعمال تخفیف در کیفر مطابق ماده (۴۹) نیز قانون‌گذار محدوده آن را مشخص کرده تا دادرسان در اعمال تخفیف آزادی عمل گسترده‌ای نداشته باشند.

پذیرش این اصل در قانون مجازات اسلامی ایران، ذیل چند ماده قابل توجه است. با توجه به صدر ماده (۱۸)، مهم‌ترین اصلی که در نظام حقوقی ایران بر تعزیرات حاکم است، اصل قانون-مندی جرایم و کیفرها است. به این ترتیب، این کیفرها، باید تنها تحت حاکمیت قانون قرار گیرند و مهمترین مجرای این اصل در نظام کیفری ایران تعزیرات است. البته، مهم‌ترین مستند این اصل را باید، اصل (۳۶) قانون اساسی دانست. بر این اساس، دادگاه در صدور حکم تعزیری باید مقررات قانونی را رعایت کند و ملتزم به ضوابطی باشد که مقنن تعیین کرده است. این اصل با توجه به

۱. بند (۲) اصل (۱۰۳) قانون اساسی آلمان: «... ۲- هر عملی تنها زمانی قابل کیفر است که قبل از ارتکاب، قانوناً جرم شناخته شده باشد».

تعیین حدود اعمال تخفیف و تشدید و نهادهای ارفاقی گوناگون در قانون مجازات اسلامی، بیش از پیش دامنه اختیارات دادرسان را محدود و آنان را ملزم به تبعیت از چارچوب‌های موردنظر نموده است. به علاوه، اصل (۱۶۶) قانون اساسی نیز دادرس را ملزم به صدور حکم به استناد قانون می‌کند. در راستای این اصول، مواد (۱۲) و (۱۳) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به این تکلیف قانون اساسی، جلوه تقنینی بخشیده است. تا جایی که مطابق ماده (۱۳)، خسارات ناشی از عدم رعایت این اصل، قابل مطالبه و جبران است.

به این ترتیب، در حال حاضر در نظام حقوق کیفری ایران، کیفر هر جرم تعزیری از نظر نوع و میزان، از پیش تعیین شده و دادرس موظف است از میان انواع مشخص شده و بین حداقل و حداکثر قانونی، کیفر مورد نظر خود را تعیین نماید (حسینی، ۱۳۹۴: ۱۸۵). همین امر موجب شده است که در این نظام دادرس به‌طور خودسرانه دست به جرم‌انگاری و کیفرگزینی نزند و با توجه به شرایط موجود در هر پرونده براساس نوع و میزان مقرر در قانون حکم دهد.<sup>۱</sup>

یکی از مصادیق بارز حکومت اصل قانون‌مندی بر کیفرگزینی، تعیین کیفر تعزیری در صورت اعمال تخفیف کیفر در قالب ماده (۳۷) است. این ماده در مقایسه با ماده (۲۲) قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰، با تعیین حدود تخفیف، دادرس را در اعمال صلاحیت در چارچوب قانونی خاصی محدود کرده است. در واقع، در تقابل میان آزادی عمل دادرس و التزام وی به قانون، قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، بر التزام وی بر قانون تأکید دارد و به‌نحو برجسته‌ای این اصل در مرحله کیفرگزینی خودنمایی می‌کند، به‌گونه‌ای که در هر دوی تشدید و تخفیف و شمول نهادهای ارفاقی، علاوه بر تعیین نوع جرایم به کمیت تشدید یا تخفیف نیز اشاره شده است. به دیگر سخن، اصل قانونی بودن جرایم و کیفرها در هر دو جنبه کیفی و کمی بر مرحله کیفرگزینی حاکم است.

به این ترتیب، در کشورهای آلمان و ایران این اصل هم در قانون اساسی و هم در قانون عادی به‌عنوان اصلی غیرقابل خدشه در جریان پرونده‌های کیفری و به تبع آن، کیفرگزینی، پذیرفته شده است و تقریباً ادبیات مشابهی در خصوص موارد اعمال آن به چشم می‌خورد.

## ۲. ۱. اصل عطف به‌سابق نشدن کیفر

از اصول مهمی که در حال حاضر در قوانین کیفری اغلب کشورها پذیرفته شده است و می‌توان آن را از نتایج اصل قانون‌مندی دانست، اصل عطف به‌سابق نشدن است. بر این اساس، اثر قانون

۱. هرچند در برخی از موارد مانند کیفر مقرر در ماده (۶۵۱) قانون مجازات اسلامی - کتاب پنجم، بازه حداقل و حداکثر مجازات به قدری گسترده است و قاضی از چنان اختیارات وسیعی برخوردار است که تعیین کیفر بیشتر از آنکه بر مبنای ضوابط از پیش تعیین شده باشد، به گزینش و سلیقه دادرس مربوط می‌شود.

نسبت به آینده است و نمی‌توان قوانین کیفری را نسبت به رفتارهایی که در گذشته اتفاق افتاده است، تسری داد. این اصل که در خصوص قوانین ماهوی کیفری جاری است، تا حد بسیاری ضامن حقوق شهروندان در مقابل خودسری‌هایی است که می‌تواند نسبت به آنان از سوی حکومت‌ها اعمال شود. تقریباً تمامی کشورهای که به اصل قانون‌مندی احترام می‌گذارند، این اصل را نیز به‌عنوان یکی از اصول اساسی حقوق کیفری خود پذیرفته‌اند.<sup>۱</sup>

به این ترتیب، مطابق این اصل، علی‌الاصول قوانین برای آینده تدوین می‌شوند و بر رفتارهای گذشته بار نمی‌گردند. بر این اساس، دادرس نمی‌تواند قانون جدیدی که دربرگیرنده جرم‌انگاری نو یا کیفر شدیدتری است که در گذشته وجود نداشته، به رفتارهایی تسری دهد که پیش از وضع قانون ارتکاب یافته و در مرحله رسیدگی هستند یا هنوز رسیدگی آن‌ها آغاز نشده است. البته، چنانچه قانون جدید خفیف‌تر از قانون پیشین باشد یا از تعقیب رفتاری در گذشته صرف‌نظر کند، قانون جدید به گذشته عطف می‌شود که به‌عنوان استثنای این اصل از آن یاد می‌کند.

در کشور آلمان، در ماده (۲) قانون مجازات به این اصل اشاره شده است و براساس بند نخست این ماده، «اعمال کیفر و هرگونه اقدامات جانبی باید توسط قانونی که در زمان انجام آن رفتار لازم‌الاجرا شده باشد، تعیین شود.» افزون‌براین، قانون اساسی آلمان نیز در بند نخست اصل (۱۰۳)، به این اصل پرداخته است. در این کشور قانون‌گذار ذیل چند بند در ماده (۲) قانون مجازات خود، اصل و استثنای آن را در خصوص هر دوی کیفرها و اقدامات بازپرورانه پذیرفته است. مطابق این مقررات، اصل بر اجرای قانونی است که در هنگام ارتکاب جرم لازم‌الاجرا بوده است، مگر این‌که قانون جدید خفیف‌تر باشد.

در ایران نیز مقررات مشابهی در این خصوص وجود دارد. اصل (۱۶۹) قانون اساسی مقرر می‌دارد: «هیچ فعل یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع شده است جرم محسوب نمی‌شود.» به‌علاوه در قانون مجازات اسلامی و ذیل ماده (۱۰)، به تفصیل صور مختلف این اصل و مجاری آن بیان شده است. بر این اساس، دادرس در هنگام کیفرگزینی تنها به قوانینی که در هنگام ارتکاب رفتار لازم‌الاجرا هستند، توجه می‌کند، مگر این‌که قوانین تازه تصویب به نفع مرتکب باشد. مطابق این ماده، اصل مذکور نسبت به تمامی ضمانت‌اجراها، یعنی کیفرها و اقدامات تأمینی و تربیتی پذیرفته شده است.

۱. در این خصوص بنگرید به: رحیمی‌نژاد، اسماعیل (زمستان ۱۳۷۴)، بررسی تطبیقی قاعده عطف بماسبق نشدن قوانین جزایی (در حقوق اسلام، حقوق موضوعه ایران و نظام حقوقی کامن‌لا)، فصلنامه مفید، شماره ۴، ص. ۹.

بنابراین، هر دو کشور رویکرد مشابهی در پذیرش اصل عطف به‌ماسبق نشدن قوانین کیفری ماهوی و استثنای وارد بر آن اتخاذ کرده‌اند. یکی از دلایل این شباهت، پذیرش اصل قانون‌مندی در قوانین کیفری هر دو کشور است که اصل عطف به‌ماسبق نشدن خود از شوون آن محسوب می‌شود.

### ۳. ۱. اصل قضاامندی کیفر

دیگر اصلی که ارتباط تنگاتنگی با کیفرگزینی دارد، اصل قضاامندی کیفرها است. اصل قضاامندی کیفر به معنای لزوم مداخله مقام صلاحیت‌دار قضایی در حکم به کیفر و اجرای آن است (نوبهار، ۱۳۹۲: ۶۵). این اصل را می‌توان از اصول بنیادین حقوق کیفری نوین دانست. امروزه، حقوق کیفری بر لزوم مداخله مقام صلاحیت‌دار قضایی در حکم به کیفر و اجرای آن تأکید دارد. بر این اساس، هیچ کس بدون صلاحیت‌های قانونی لازم نمی‌تواند در حکم به محکومیت کیفری و اجرای آن مداخله کند.

حقوق دانان کیفری از این اصل که پیوند معناداری با اصل قانون‌مندی دارد، تعبیرهای گوناگونی کرده‌اند؛ گاه آن را اصل قضاامندی کیفر و گاه مکمل اصل قانون‌مندی دانسته‌اند و برخی نیز آن را از نتایج و جلوه‌های قانون‌مندی جرایم و کیفرها می‌دانند و حتی به دلیل اهمیت این اصل، آن را در زمره اصول راهبر قرار می‌دهند (دلما-مارتی، ۱۳۹۵: ۵۹)؛ زیرا، قانون‌مندی بدون اصل لزوم دخالت مقام صالح قضایی و محاکمه قانونی، قابل دستیابی نیست. اگر بدون صلاحیت لازم، کیفری بر افراد تحمیل شود، تضمینی برای رعایت اصل قانون‌مندی وجود ندارد و آن اصل نیز دست‌خوش تعرض قرار می‌گیرد (نوبهار، همان: ۶۷). اعمال این اصل با حق برخورداری از محاکمه عادلانه، ارتباط نزدیکی پیدا می‌کند؛ زیرا، عدالت و اعمال عدالت از هم جدا نیستند و نحوه اعمال عدالت، بر دستیابی و حس نیل به آن اثر می‌گذارد (دلما-مارتی، همان: ۱۵۷) و تنها در این مجرا است که می‌توان امید به دستیابی به عدالت داشت. به این ترتیب، این اصل تضمینی بر دستیابی به عدالت است.

به‌واقع، اصل قضاامندی کیفر برای ممنوعیت از مداخله افراد خودسر و فاقد صلاحیت قانونی است که التزام به آن مایه برقراری نظم و انضباط اجتماعی شده و زمینه‌ساز رعایت حق متهمان برای برخورداری از محاکمه عادلانه و استقرار امنیت قضایی شهروندان می‌شود. به عبارتی، این اصل تبلور اصل استقلال و بی‌طرفی دادرسی است.

غور در قوانین دو کشور آلمان و ایران نشان می‌دهد که هر دو کشور به موازات پذیرش اصل قانون‌مندی کیفر از این اصل نیز غافل نبوده‌اند و در قوانین خود به لزوم صدور حکم از سوی مقام صلاحیت‌دار که باید مقام قضایی باشد، اشاره کرده‌اند. در این خصوص، اصول (۱۰۱) و (۱۰۴)



قانون اساسی آلمان قابل توجه است. مطابق این اصول، «تشکیل دادگاه‌های فوق‌العاده ممنوع است. هیچ فردی را نمی‌توان از حق قضاوت دادرس قانونی محروم ساخت».<sup>۱</sup> همچنین، «دادگاه‌های موارد مخصوص را فقط طبق قانون می‌توان تشکیل داد».<sup>۲</sup> از دیگر مواردی که در راستای عمل به این اصل در قانون اساسی آلمان مورد توجه قرار گرفته است، انحصار سلب آزادی افراد به موجب حکم دادرس است.<sup>۳</sup> به این ترتیب، در این کشور، حتی مواردی چون بازداشت موقت که به معنای مندرج در قانون، قرار محسوب می‌شود و نه کیفر، به سبب رنجی که به افراد وارد می‌کند و یکی از حقوق اولیه آنان، یعنی آزادی را از آنان سلب می‌کند، باید تنها از طریق تصمیم دادرس صورت گیرد.

در مقررات کیفری ایران نیز علاوه بر اصول (۳۶) و (۳۷) قانون اساسی، ماده (۱۲) قانون مجازات اسلامی بیان‌گر اصل قضامندی کیفر است. به موجب اصل (۳۶) قانون اساسی ایران، «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد». اصل (۳۷) نیز اثبات جرم را منوط به طرح آن در دادگاه صالح کرده است.

در ماده (۱۲) قانون مجازات اسلامی نیز این اصل به نحو شایسته و کاملی وارد گفتمان حقوق کیفری ایران شده است. بر این اساس: «حکم به مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی و اجرای آن‌ها باید از طریق دادگاه صالح، به موجب قانون و با رعایت شرایط و کیفیات مقرر در آن باشد». این ماده هر دو مرحله کیفردهی یعنی کیفرگزینی و اجرای کیفری را تابع اصل قضامندی قرار می‌دهد و به پیوند میان این اصل و اصل قانونمندی اشاره می‌کند.

بنابراین، اصل قضامندی به موازات اصل قانونمندی در مقررات کیفری دو کشور جای خود را باز کرده است و هر دو ملتزم به رعایت آن هستند. حتی شاید بتوان این اصل را در کشور ایران به مرحله تحقیق و تعقیب نیز تسری داد؛ زیرا، تمامی مقامات تحقیق و تعقیب در ایران (دادستان،

۱. بند (۱) اصل (۱۰۱) قانون اساسی آلمان

۲. بند (۲) اصل (۱۰۱) قانون اساسی آلمان

۳. مطابق اصل (۱۰۴) قانون اساسی آلمان:

«۱- آزادی فرد را فقط به موجب یک قانون رسمی و تنها بر طبق آیین مندرج در آن قانون می‌توان محدود کرد. اشخاص بازداشت شده نباید مورد آزار روحی یا جسمی قرار گیرند.

۲- فقط دادرسان می‌توانند راجع به دوام یا تجویز محرومیت آزادی افراد تصمیم بگیرند. هرگاه چنین محرومیتی مبتنی بر رای قاضی نباشد بدون تاخیر باید رای دادگاه صادر شود. پلیس نمی‌تواند برای خود کسی را بعد از توقیف بیش از انقضای روز در بازداشتگاه نگاه دارد. جزئیات به وسیله قانون تنظیم خواهد شد.

۳- هر فردی را که به واسطه سوء ظن ارتکاب جرمی قابل مجازات، موقتاً بازداشت شده باشد باید حداکثر روز بعد از توقیف به پیشگاه دادگاه برد. قاضی باید دلیل بازداشت را ابلاغ و از او بازپرسی کند و به او فرصت دفاع از خود بدهد. قاضی باید بدون تاخیر یا حکم توقیف متضمن دلایل آن صادر و یا رای رفع بازداشت را اعلام کند».

بازپرس و دادیار) مقام قضایی محسوب می‌شوند. به این ترتیب، می‌توان سخن از اصل قضامندی تحقیق و تعقیب نیز کرد.

#### ۴.۱. اصل شخصی بودن کیفر

دیگر اصلی که بر کیفرگزینی حاکم است و باید آن را تضمینی برای به کیفر رساندن شخص مرتکب دانست، اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری است که موجب شخصی شدن کیفر می‌گردد. در واقع، از نتایج اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری، شخصی شدن کیفر است. بر این اساس، تنها شخصی که مرتکب جرم شده و مقصر است، باید به کیفر برسد و کیفیت آن باید به‌گونه‌ای باشد که تنها مرتکب را به رنج و عذاب بکشاند. این اصل که از اصول قدیمی حقوق کیفری است، در حال حاضر در اغلب کشورها وارد ادبیات تقنینی شده و از اصول پذیرفته شده و غیرقابل خدشه است.

بدین ترتیب، طبق این اصل تنها مجرم، کیفر می‌بیند و دیگران مسئول اعمال وی نیستند. اجرای این اصل، می‌تواند ریشه در قاعده عدل و انصاف داشته باشد؛ زیرا، انصاف اقتضا دارد که کیفر تنها دامن‌گیر مرتکب شود و به نزدیکان او سرایت نکند. این انحصار حتی می‌تواند اثر بازدارنده‌ای داشته باشد؛ زیرا، وقتی اشخاص بدانند که در اثر ارتکاب جرمشان تنها خود آنان به کیفر می‌رسند، با احتیاط بیشتری اقدام می‌کنند. افزون‌براین، موجب تشفی خاطر بزه‌دیده می‌شود (وزیری، ۱۳۹۵: ۸۵).

قوانین موجود در دو کشور مورد بحث نیز نشان از پذیرش این اصل در رسیدگی‌های کیفری دارد. در حقوق کیفری آلمان این اصل در مواد (۲۵) و (۲۹) قانون مجازات تبلور یافته است. بر این اساس، تنها شخصی در قبال جرم ارتكابی مسئولیت می‌یابد و به کیفر می‌رسد که مرتکب آن جرم شده باشد و حتی در صورتی که به‌طور گروهی مرتکب جرایم مختلف شده باشند، هر یک تنها پاسخگوی رفتار خود است. در این مورد، براساس قوانین آلمان تا جایی که امکان دارد، با افراد باید مطابق عمل آنان برخورد شود.

در ایران نیز براساس ماده (۱۴۱) قانون مجازات اسلامی، این اصل به‌صراحت پذیرفته شده است. مطابق این ماده «مسئولیت کیفری شخصی است». از منابع این اصل در حقوق ایران قاعده فقهی معروفی به نام قاعده «وزر»<sup>۱</sup> است که بر اساس آن، هر شخص تنها بار گناه خود را به دوش می‌کشد. مطابق این قاعده، با انتساب جرم به فرد، آثار آن نیز بر وی مترتب می‌شود (محقق‌داماد،

۱. «و لا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى»: مندرج در آیه شریفه ۱۶۴ از سوره مبارکه انعام، آیه شریفه ۱۸ از سوره مبارکه فاطر، آیه شریفه ۷ از سوره مبارکه زمر و آیات شریفه ۳۶-۴۰ از سوره مبارکه نجم.

۱۳۸۷: ۱۶۳). حتی به‌زعم برخی، مهم‌ترین منبع آن عقل است و آیات و روایات درواقع، نوعی ارشاد به حکم عقل است. از این رو، می‌توان آن را قاعده‌ای عقلایی دانست که هر عقل سلیمی بر آن حکم می‌کند (قدرتی، ۱۳۸۸: ۶۴).

به این ترتیب، هر دو کشور، اصل شخصی بودن کیفر را که برشی از اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری است، وارد ادبیات کیفری خود کرده و آن را پذیرفته‌اند.

## ۲. اصول حاکم بر تعیین میزان و نوع کیفر

کیفر رنجی مدرج است که با توجه به معیارهای مختلفی نظیر میزان آسیب جانی، مالی و روانی وارده، شخصیت مرتکب، سابقه ارتکاب از سوی وی و ... درجاتی پیدا می‌کند. بر این اساس، تحمیل کیفر مشابه و یکسان بر تمامی مرتکبان و حتی کسانی که مرتکب رفتارهای مجرمانه مشابه شده‌اند، آثار متفاوتی بر جای می‌گذارد و گاه خلاف عدالت است. از این رو، همانگونه که تحمیل اصل کیفر از اصولی برخوردار است، تحمیل میزان و نوع کیفر قانونی نیز نیازمند التزام به اصولی است که مشهورترین آن اصل تناسب و فردی کردن کیفر است.

### ۲.۱. اصل تناسب

اصل تناسب میان جرم و کیفر در هر دو مرحله کیفرگذاری و کیفرگزینی وجود دارد، اما، رعایت آن در مرحله کیفرگزینی است که می‌تواند مقصود مقنن را فراهم آورد؛ زیرا، تناسب مورد نظر مقنن در تعیین کیفر در مرحله کیفرگذاری تا حد بسیاری بر مرتکب احتمالی و آثار احتمالی که از یک رفتار ناشی می‌شود، استوار است. حال آن‌که در مرحله دادرسی، دادرس با واقعیت‌هایی روبرو است که می‌تواند به این فرض و احتمال مقنن، رنگ واقعیت ببخشد و آن را به عدالت نزدیک کند.

فون هیرش در تبیین این اصل، بر دو مفهوم تناسب اصلی یا اولیه و تناسب ترتیبی یا ثانویه تأکید دارد. تناسب اولیه ناظر بر تعیین سطوح کلی شدت و سنگینی کیفر است که باید به‌عنوان نقطه اتکای نظام کیفری انتخاب شود. در مقابل، تناسب ترتیبی بیان‌گر تعیین میزان کیفر هر جرم در مقایسه با شدت آن جرم با دیگر جرایم است. از منظر وی، در هنگام تعیین کیفر برای هر جرم، آنچه که باید مدنظر قرار گیرد، تناسب ترتیبی است؛ زیرا، دادرس در هنگام کیفرگزینی با بررسی جرم ارتكابی و مقایسه آن با جرایم خفیف‌تر و شدیدتر از آن، کیفری که متناسب با جرم مورد نظر است تعیین می‌کند. بنابراین، در این جا، مفهوم تناسب و کیفر استحقاقی تعیین‌کننده میزان کیفر است و نقش اساسی ایفا می‌کند؛ زیرا، برای تعیین کیفر هر جرم، باید مقایسه‌ای بین جرایم شدیدتر

و خفیف‌تر صورت گیرد و کیفری متناسب با آن تعیین شود. هدف اصلی، اعمال کیفر مساوی نسبت به بزهکارانی است که جرم مشابهی را تحت شرایط مشابهی مرتکب می‌شوند (محمدی مغانجوقی، ۱۳۸۹: ۳۲). اما، نوروال موریس ضمن پذیرش رعایت اصل تناسب در کیفرگزینی، معتقد است که این اصل، اصلی محدودکننده در تعیین حداکثر میزان کیفر است. از این منظر، با توسل به اصل تناسب، یک نظام کیفری می‌تواند حداکثر میزان کیفر را که برای جرمی ضروری است، تعیین کند. به این ترتیب، دادرسی نمی‌تواند از آن تجاوز کند. اما، در تعیین میزان کیفر نسبت به هر بزهکار در درون محدوده‌های اصل تناسب با توجه به اهداف دیگری مانند بازدارندگی، حداقل میزان کیفر استحقاقی نسبت به بزهکار مورد نظر تعیین می‌شود (همان، ۹۳-۹۲) که اشاره‌ای به اصل تعیین حداقل میزان کیفر دارد. بر این اساس، مداخله کیفری با توجه به تعدی به حقوق و آزادی‌های شهروندان و ایجاد محدودیت برای آنان، باید به‌عنوان آخرین راه‌کار و به کمترین میزان خود صورت گیرد. به‌علاوه، مداخلات کیفری با توجه به مراحل متعدد تعقیب و تحقیق و دادرسی و اجرای کیفر هزینه‌زا هستند (غلامی، ۱۳۹۱: ۴۵). بنابراین، از نظر اقتصادی نیز مناسب است در به کار بستن این اقدامات صرفه‌جویی کرد.

با تلفیق دو رویکرد تناسب و اصل تعیین حداقل میزان کیفر (اصل صرفه‌جویی) می‌توان از بسیاری از انتقادهای وارد بر کیفرها دوری جست؛ زیرا، حداکثر و حداقل محدوده‌های میزان کیفر با توجه به اصل تناسب و کمینه تعیین و از انعطاف‌پذیری بیشتری برخوردار خواهد شد و دادرسان در هنگام تعیین کیفر باید با حرکت در این محدوده، کمترین میزان کیفر را که مطابق با اهداف حاکم بر تعیین کیفر است، تعیین کنند.

در قوانین کشورهای آلمان و ایران نیز به این اصل توجه شده است و دادرسان در هنگام کیفرگزینی ملزم به رعایت آن هستند. مطابق بند (۱) ماده (۲۰) قانون اساسی آلمان، مجازات باید متناسب با میزان تقصیر بزهکار باشد. درواقع، باید گفت این اصل به قدری اهمیت دارد که در سطح قانون اساسی آلمان به آن توجه شده است. همچنین، ماده (۴۶) قانون مجازات آلمان، ذیل اصول کیفرگزینی، مواردی پیش‌بینی شده است تا با رعایت آن‌ها کیفر متناسب تعیین شود. به‌علاوه، قانون‌گذار این کشور به پذیرش این اصل درخصوص صدور قرارهای بازپروری و ناتوان‌سازی نیز اشاره کرده است. براساس ماده (۶۲) قانون مجازات آلمان: «قرار بازپروری و ناتوان‌سازی می‌بایست با شدت جرم ارتكابی یا جرمی که به نظر می‌رسد فرد انجام داده است و خطری که فرد برای جامعه ایجاد می‌کند، متناسب باشد».

با توجه به لزوم بازدارندگی کیفر، تعیین میزانی مشخص چندان ساده نیست. قاعده کلی در این خصوص حکم می‌کند که چنین ملاحظاتی به هیچ وجه نباید منجر به تعیین کیفری شوند که از

کیفر عادلانه و متناسب با جرم ارتكابی، فراتر رود، اما این پرسش مطرح می‌شود که کیفر متناسب و عادلانه چگونه کیفری است؟ واضح است که به‌رغم برخی رویکردهای نظری مخالف در دکتترین - حداقل در ساحت عمل - غیرممکن است که کیفر مشخصی را از پیش مقرر و ادعا کرد که این تنها کیفر مناسب و عادلانه برای جرم خاصی است. دیوان عالی آلمان در رویه اجماعی خود به مفهومی به نام «مدل حاشیه»<sup>۱</sup> پرداخته که از سوی اندیشمندان کیفری نیز به‌طور گسترده‌ای پذیرفته شده است. از منظر این مدل، کیفر عادلانه و متناسب، حاشیه‌ای باریک و مفهومی مضیق است و تنها در همین حاشیه باریک هدف بازدارندگی قابل تحقق است؛ بنابر این قاعده، کیفر باید با توجه به میزان تقصیر مشخص شود و نباید کمتر از حداقل یا بیشتر از حداکثر میزان مقرر در قانون باشد (Streng, 2007: 155)؛ (Bohlander, 2009: 21). براساس این قاعده حقوقی، مجازات باید متناسب با میزان تقصیر مرتکب باشد (الهام و محمدی مغانجوی، ۱۳۹۱: ۶۹)؛ (Weigend, 1983: 50). با این حال، معیار دقیقی برای تعیین کیفر بین حداقل و حداکثر به چشم نمی‌خورد (Arslan, 2019: 18) و به‌رغم دخالت دیوان عالی این کشور برای یاری به دادرسان در خصوص تعیین کیفر متناسب، این امر همچنان یکی از دشوارترین محاسبات کیفرگزینی است.

در نظام کیفری ایران نیز، اصل تناسب با توجه به معیارهای مندرج در ماده (۱۸) و درجه‌بندی ارائه شده در ماده (۱۹) مورد توجه مقنن قرار گرفته است. قانون‌گذار در ماده (۱۸) به فردی‌سازی و نگاه به آینده تأکید دارد و در ماده (۱۹) نیز به بیان درجات مختلف این نوع از کیفر می‌پردازد. به این ترتیب، در تعزیرات، تناسب با توجه به دقت دادرس در تعیین کیفر مطابق بندها و تبصره ماده (۱۸) حاصل می‌شود. به این تعبیر، اصل فردی‌سازی کیفر برشی از اصل تناسب است که در پرتو آن، فردی‌سازی کیفر قابل توجیه است. از این منظر، فردی‌سازی با توجه به اصل تناسب معنا می‌یابد. از این رو، براساس مقررات ماده (۱۸)، متناسب‌سازی کیفر در گرو فردی‌سازی آن است و فردی‌سازی نیز تنها در گرو رعایت تناسب به نتیجه مورد نظر دست می‌یابد. در این خصوص، پیش‌بینی معیارهای عینی و ذهنی برای کیفرگزینی در راستای تخفیف یا تشدید در کنار یکدیگر موجب دستیابی به تناسب می‌شود.<sup>۲</sup> همان‌طور که بندهای ماده (۱۸) و توجه به آنها، برخلاف بندهای مندرج در ماده (۳۸) قانون مجازات اسلامی، در راستای تخفیف کیفر نیست، بلکه درصدد بیان مواردی است که دادرس در هنگام کیفرگزینی به آنها توجه می‌کند که ممکن است گاه منجر

### 1. Margin Model/Spielraumtheorie

۲. شایان ذکر است که یکی از چالش‌های مهم دادگاه‌ها «چگونگی دریافت داده‌های حاصل از معیارهای عینی و ذهنی مذکور در مواد قانونی است» که یکی از راه‌های احراز آنها، تشکیل پرونده شخصیت است (محمودی جانکی و طاهری، همان: ۲۴۹-۲۵۰).

به تشدید کیفر شود.<sup>۱</sup> با این حال، با توجه به تبصره ماده (۱۸)، قاضی در مقام تعیین کیفر تعزیری در تعیین بیش از حداقل مقرر قانونی با محدودیت مواجه است و نیاز به توجیحات بیشتری دارد. این امر به قدری برای قانونگذار اهمیت دارد که برای عدم رعایت آن، ضمانت اجرا مقرر کرده است.

آنچه مشهود است، اهتمام و توجه هر دو نظام حقوقی به اصل تناسب است. اما، در راستای تحقق این اصل و به منظور نیل به آن، دو اصل دیگر قابل بحث خواهد بود که با آن در هم تنیده‌اند که عبارتند از اصل فردی‌سازی کیفر و اصل عادلانه بودن آن.

## ۲.۲. اصل فردی‌سازی کیفر

رشد و توسعه جرم‌شناسی موجب تولد این واقعیت شد که هر مرتکب بر اثر عوامل مختلفی به سوی ارتکاب جرم سوق داده می‌شود. به این ترتیب، ممکن است دو نفر مرتکب جرایم مشابهی شوند، اما دلایل آن کاملاً متفاوت باشد. از این رو، پاسخ به رفتار هر فرد، نیازمند بررسی مرتکبین به صورت موردی است. در واقع، ضمانت‌اجراها در پناه این اصل، تنها بر مبنای جرم ارتكابی تعیین نمی‌شوند، بلکه شخصیت و ویژگی‌های مرتکبین نیز از مؤلفه‌هایی است که باید مدنظر قرار گیرد.<sup>۲</sup> از نظر برخی از نویسندگان هدف کیفر در آلمان، بازدارندگی است (Bohlander, 2012: 192) و در هر پرونده، بازدارندگی مفهومی منحصر به فرد می‌یابد و باید با توجه به نیاز آن فرد و ظرفیت او برای پذیرش این مفهوم، در هر حکم ترتیبات ویژه‌ای مقرر شود. در مقابل، برخی دیگر اذعان داشته‌اند که از سال ۱۹۴۵، مبنای نخستین و هدف مجازات در آلمان سزاگرایی بوده است و اهدافی نظیر بازپروری، بازدارندگی عمومی و ناتوان‌سازی در درجه دوم اهمیت قرار دارند (Weigend, op.cit.: 70). همانگونه که در بند (۱) ماده (۴۶) به تقصیر و جرم ارتكابی مرتکب توجه دارد. بنابراین، به نظر می‌رسد با توجه به مؤلفه‌های مندرج در ماده (۴۶) قانون مجازات آلمان، هدف بازدارندگی به موازات سزاگرایی پذیرفته شده است. از این رو، ترکیبی از این دو می‌تواند به عنوان هدف کیفر در آلمان تلقی شوند که علاوه بر رفتار گذشته به پیامدهای آینده کیفر

۱. البته، قانونگذار در ایران در مواد دیگری نیز به صراحت به اصل تناسب و توجه به آن به منظور تعیین کیفر توجه دارد. همانگونه که ماده ۲۳ قانون مجازات اسلامی در تعیین کیفرهای تکمیلی قاضی را ملزم به رعایت اصل تناسب کرده است.

۲. اصل فردی‌کردن کیفر که ناشی از تکامل کیفری در مسیر توجه به فاعل عمل مجرمانه و شخصیت اوست، به گونه‌ای اصل «تناسب کیفر و مجرم» را جایگزین اصل «تناسب جرم و کیفر» می‌کند (محسنی و رحیمیان، ۱۳۹۸: ۶۱).

برای تعیین آن توجه می‌شود.<sup>۱</sup> بدین ترتیب، ماده (۴۶) قانون مجازات آلمان نشانگر تأکید حقوق این کشور بر فردی‌سازی کیفر است (Frase, 2001: 10). این ماده مقرر می‌کند:

«۱. جرمی که فرد مرتکب شده، مبنای تعیین کیفر خواهد بود. آثار احتمالی این کیفر بر زندگی آینده او در اجتماع نیز باید در نظر گرفته شود.

۲. در هنگام تعیین کیفر، دادگاه باید شرایطی را که در پرونده به نفع یا ضرر متهم هستند، مورد ارزیابی قرار دهد. دادگاه باید به اهداف و انگیزه‌های متهم از ارتکاب جرم، شیوه ارتکاب جرم و میزان خشونت آن، تعهداتی که متهم با ارتکاب جرم نقض کرده، پیامدهای ناشی از جرم که مرتکب برای به بار آوردن آن‌ها شایسته سرزنش است، پیشینه وی و شرایط شخصی و مالی او، رفتار او پس از ارتکاب جرم به‌ویژه تلاش وی برای جبران ضرر و نیز مصالحه و سازش با قربانی توجه ویژه‌ای کند».

یکی از مواردی که براساس بند (۲) باید در بررسی مورد توجه قرار گیرد، رفتار متهم پیش و پس از ارتکاب جرم است. اما، مسأله اینجاست که چگونه وقایع پیش یا پس از ارتکاب جرم می‌توانند در کیفرگزینی مؤثر باشند. دیوان عالی این کشور بر این اعتقاد است که وقایع پیش و یا پیامدهای پس از ارتکاب عمل مجرمانه، ارتباط نزدیکی با مفهوم جرم (در معنای اجتماع عناصر مادی، معنوی و قانونی) دارند (Bohlander, Ibid: 188). در عمل نیز، کیفری که فرد به آن محکوم می‌شود، برخاسته از تمامی شرایط وقوع جرم، از جمله مرتکب و رفتار او و همچنین شیوه ارتکاب جرم خواهد بود. در بسیاری موارد، بین اهداف و انگیزه‌های فرد از یک سو و عوامل مؤثر پیش یا پس از ارتکاب جرم از سویی دیگر، هم‌پوشانی به چشم می‌خورد.

از منظر بوهلاندر این شرایط دربرگیرنده موارد زیر است (Ibid):

الف) وقوع جرم ناشی از وضعیت خاص یا درگیری بوده است؟

ب) رابطه قبلی میان بزه‌دیده و متهم؛

پ) مسئولیت متهم در قبال اعمالش کامل بوده یا از مسئولیت کاهش یافته برخوردار است؟

ت) سابقه کیفری متهم، به‌ویژه در خصوص همین جرم و یا جرائم مشابه، مگر مواردی که از سجل کیفری فرد حذف شده‌اند و یا در شرف حذف هستند.

ث) تلاش برای از بین بردن مدارک و شهود، به‌ویژه اگر با شدتی بیش از حد معمول انجام گرفته باشد.

۱. در خصوص این نگاه ترکیبی به کیفر بنگرید به: محمودی جانکی، فیروز و آقای، سارا (تابستان ۱۳۸۷)، بررسی نظریه بازدارندگی مجازات، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۲، دوره ۳۸، صص. ۳۳۹-۳۶۱، صص. ۳۵۱ و

ج) رفتار متهم در طول فرایند دادرسی در صورتی که نشان‌گر اهانت به قوانین، ارزش‌ها و منافع جامعه یا شهود و بزه‌دیدگان باشد.

چ) اقرار؛

ح) ارتکاب جرائم جدید در مدت زمانی که فرد برای جرمی دیگر مورد محاکمه قرار گرفته است و

خ) وجود برخی شرایط و روابط شخصی در حین وقوع جرم.

این موارد، بیان‌گر مؤلفه‌هایی است که دادرس آلمانی در هنگام ترسیم کیفر شایسته باید مدنظر قرار دهد تا به اهداف مورد نظر اعمال کیفر دست یابد. با توجه به این‌که هدف اصلی کیفر در نظام حقوقی آلمان، شیوه خاصی از بازدارندگی است که بر مبنای میزان تقصیر مرتکب و با نظر به پیشگیری از ارتکاب جرم در آینده صورت می‌گیرد، مؤلفه‌های فردی‌سازی کیفر در این کشور در برگیرنده معیارهای پیشانگر و پسانگر است.

در نظام کیفری ایران درخصوص تعزیرات نیز اصل فردی‌سازی کیفر، از اصول مهم حاکم بر کیفردهی است. این اصل که از اصول منعطف‌ساز کیفر می‌باشد، در نظام تعیین کیفرهای تعزیری نقش مهمی ایفا می‌کند. به این ترتیب، دادرس در حیطه تعزیرات موظف است تا کیفر قانونی را با توجه به ظرفیت‌های موجود، تا جایی که امکان دارد، فردی سازد؛ زیرا، ذیل ماده (۱۸) به مواردی اشاره شده است که در تعیین کیفر باید مدنظر دادرس قرار گیرد و صدور کیفر بدون توجه به آن موارد، منجر به بی‌اعتباری و نقض حکم خواهد شد. به بیانی، بندهای ذیل ماده (۱۸)<sup>۱</sup> می‌توانند معیارهای اصل فردی‌سازی کیفر را ارائه دهند که قابل بررسی هستند.

به این ترتیب، در حال حاضر اصل فردی‌سازی ذیل ماده (۱۸) قانون مجازات اسلامی به‌عنوان یکی از اصول الزامی برای کیفرگزینی مقرر شده است و دادرس نمی‌تواند به این معیارها بی‌توجه باشد. شاید بتوان این معیارها را همانند اصول راهبردی تعیین کیفر در کشورهای کاملاً دانست.

البته، توجه به این اصل در حقوق ایران الزاماً حاصل اصول حقوقی مدرن نیست. بلکه، می‌تواند یکی از مهم‌ترین جلوه‌های قاعده فقهی «التعزیر بما یراه الحاکم» باشد؛ زیرا، با وجود فرض تخییر، دادرس موظف به رعایت ضوابطی برای کیفرگزینی است. همان‌طور که در صحیح‌ه حماد از امام صادق (ع) بیان شده است که «حاکم شرع مقدار تعزیر را براساس قدرت بدنی مجرم و نوع جرم ارتكابی مشخص می‌کند» (حر العاملی، ۱۴۱۲ ق: ۵۸۴). به نظر می‌رسد این دو مؤلفه در

۱. ماده ۱۸: «... الف- انگیزه مرتکب و وضعیت ذهنی و روانی وی حین ارتکاب جرم؛ ب- شیوه ارتکاب جرم، گستره نقض وظیفه و نتایج زیانبار آن؛ پ- اقدامات مرتکب پس از ارتکاب جرم؛ ت- سوابق و وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی مرتکب و تاثیر تعزیر بر وی ...».



این روایت موضوعیتی ندارند، بلکه معیارهای دیگری نیز می‌توان برای فردی‌سازی مدنظر قرار داد. در این خصوص مواردی نظیر مقدار آگاهی و دانش مرتکب، سن، محیط زندگی، حسن سابقه یا سوءسابقه، انگیزه، علل و عوامل بستر پیدایش جرم قابل ذکر است.

بنابراین، ملاک حاکم بر تحقق کیفر در کیفرهای تعزیری، ملاکی شخصی و دایرمدار نوع و کیفیت جرم، خصوصیات و شرایط مرتکب و میزان تأثیرگذاری و تحقق اهداف کیفر است (کدخدایی، ۱۳۸۷: ۱۰۳). در واقع، در سیاست کیفری اسلام با توجه به هدف ویژه‌ای که برای تعزیرات مدنظر است، این اصل به تمامه خودنمایی می‌کند، به‌ویژه آن‌که بخش مهمی از کیفرهای تعزیری، حتی در صورت تحقق جرم، الزاماً اجرا نمی‌شود و مبتنی بر مصالح و مفاسدی است که دادرسی تشخیص می‌دهد و براساس مصلحت فرد و جامعه و اهمیت جرم و سایر موارد، میزان کیفر را مشخص می‌کند یا حتی آن را منتفی می‌داند و مجرم را عفو می‌کند (متظری، ۱۳۶۷: ۸۲).

با وجود چنین فرضی در خصوص تعزیرات در فقه اسلامی و به‌رغم اهداف پیامدگرا و آینده‌نگری چون بازپروری و بازدارندگی که برای این نوع کیفر در نظر گرفته شده است، قانون‌گذار ذیل ماده (۱۸) و در بیان مؤلفه‌های فردی‌ساز کمتر به این مهم توجه داشته و آن را با نگاه به مؤلفه‌هایی برای دستیابی به تناسب با توجه به رویکرد سزادهی تعبیه کرده است که با توجه به اهداف تعزیر قابل نقد است.

### ۳. ۲. اصل عادلانه بودن کیفر

یکی از اصول کیفرگزینی در آلمان که ذیل هدف بازپروری توجیه می‌شود و دادگاه‌ها از دیرباز تابع آن بوده‌اند، اصل عادلانه بودن کیفر است. مطابق این اصل، دادرسی نه تنها باید مبتنی بر شرایط عمومی باشد، بلکه می‌بایست شخصیت متهم و میزان حساسیت او به کیفر نیز در نظر گرفته شود. به بیان دقیق‌تر، هرچه متهم نسبت به کیفری حساس‌تر باشد، به همان میزان دادگاه ممکن است میزان آن را نسبت به آنچه که در قانون مقرر شده، کمتر تعیین کند. مطابق این اصل، گاهی در نتیجه ارتکاب جرم، خود متهم به‌شدت آسیب می‌بیند که معمولاً در مواردی مانند بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی رایج است (Bohlander, op.cit.: 188). در این موارد، کیفر وی، علاوه بر اینکه هیچ‌گونه اثر بازدارنده‌ای نخواهد داشت، ناعادلانه نیز خواهد بود. در راستای این اصل، در صورتی که مرتکب به حبس بیش از یک سال محکوم نشده باشد، ماده (۶۰) قانون مجازات اجازه تبرئه کامل را نیز می‌دهد:

«هنگامی که نتایج عمل مجرمانه مرتکب، برای خودش به حدی وخیم و جدی باشد که اعمال کیفر درباره او ناعادلانه محسوب شود، دادگاه می‌تواند معافیت از کیفر صادر نماید. این ماده در مواردی که فرد به حبس بیش از یک سال محکوم شده باشد، اعمال نخواهد شد».

این اصل، می‌تواند تمام عواملی که مرتکب را تحت تأثیر قرار می‌دهند، دربرگیرد؛ از جمله، از دست دادن شغل و ناتوانی در تأمین معیشت خانواده برای مردی که زندگی‌اش از راه رانندگی اداره می‌شود و دادگاه براساس مواد (۶۹) و (۶۹ الف) قانون مجازات، او را از رانندگی محروم می‌کند. دلیل وجود اصل پیش‌گفته این است که نه تنها کیفر، بلکه نفس فرایند دادرسی می‌تواند تأثیرات مخرب عمیقی بر فرد بر جای بگذارد؛ به‌ویژه کسانی که نخستین بار مرتکب جرم شده‌اند و اینگونه می‌تواند از عوامل تخفیف در کیفر باشد.

جنبه مهمی از این اصل مرتبط با نقض کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و یا آزادی‌های مدنی در قوانین داخلی است؛ مانند حق بر انجام فرایند دادرسی بدون فوت وقت یا دیگر تضمینات مربوط به دادرسی منصفانه ذیل ماده (۶) کنوانسیون اروپایی حقوق بشر. با این حال، در چنین مواردی، دیوان که در گذشته به این عامل نیز مانند یکی دیگر از عوامل مؤثر در تعیین کیفر می‌نگریست، اکنون از شیوه‌ای موسوم به مدل اجرایی حمایت می‌کند؛ این مدل، به زبان ساده بدین معناست که هر نقضی از این دست باید به‌عنوان یکی از عناصر دادرسی و جبران خسارت عادلانه - آن‌گونه که کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مقرر داشته است - به‌صراحت در قسمت اجرایی حکم ذکر شود و در صورت لزوم، بخش ویژه‌ای از حکم باید بدین مسأله اختصاص یابد. به این ترتیب، کافی نیست که کیفر آن‌گونه که به‌زعم دادرسی مناسب و عادلانه می‌آید تخفیف یابد، بلکه دلایل این تخفیف نیز می‌بایست در حکم ذکر شود. در برخی پرونده‌های خاص، به‌ویژه هنگامی که فرایند دادرسی و کیفردهی نمی‌تواند جبران خسارت عادلانه و مقتضی را برای بزه‌دیده فراهم کند، دادگاه فدرال قانون اساسی معتقد است مطابق اصول قانون اساسی، باید قرار ختم دعوی یا معافیت از کیفر صادر شود (Ibid: 189).

این اصل در آلمان با توجه به پذیرش بازدارندگی به‌عنوان یکی از اهداف اصلی کیفر، موجب می‌شود تا در راستای نیل به آن، دادرسی جانب عدالت و انصاف را رعایت کرده و با در نظر گرفتن تمامی جنبه‌ها گام شایسته‌ای به سوی عدالت بردارد. با این حال، در قانون مجازات ایران چنین اصلی به چشم نمی‌خورد و تنها، برخی از موارد آن ذیل کیفیات مخففه تا حدی می‌تواند حکم را به سوی اهداف مقرر در این اصل سوق دهد. اما، نمی‌توان آن موارد را دال بر پذیرش این اصل در حقوق کیفری ایران دانست. حتی معافیت از کیفر مندرج در ماده (۳۹) قانون مجازات اسلامی نیز، بیش از هر چیزی بر پیش‌بینی عدم ارتکاب جرم توسط مرتکب استوار است. البته، این به معنای

عدم پذیرش مفاد این اصل در نظام حقوقی ایران نمی‌باشد و با توجه به اهمیت عدالت در نظام حقوقی اسلام و تأسی به آن، در عمل دادرسان به این مهم توجه دارند و حتی در تعیین کیفر متناسب می‌بایست آن را مدنظر قرار دهند. با این حال، به کیفیتی که در حقوق آلمان قاعده‌مند شده و به مرور جایگاه مستقلی از اصل تناسب پیدا کرده است، هنوز وارد نظام حقوق کیفری ایران نشده است. از این رو، با نظر به انعطاف‌پذیری بالای تعزیرات می‌تواند در قالب یکی از بندهای ماده (۱۸) یا حتی در ماده (۳۹) مورد توجه قرار گیرد.

#### ۲.۴. اصل ممنوعیت محاسبه مکرر

با در نظر گرفتن معیارهای تخفیف و تشدید کیفر در کنار مؤلفه‌هایی که گاه برای تشکیل جرم الزامی است، ممکن است دادرس در هنگام کیفرگزینی برخی از آن‌ها را دوبار مدنظر قرار دهد. به‌منظور برطرف کردن این مسأله، یکی از اصولی که بر کیفرگزینی حاکم است، اصل/قاعده ممنوعیت محاسبه مکرر است. این امر در ماده (۳) ۴۶ قانون مجازات آلمان پیش‌بینی شده است. بر اساس این ماده، آن دسته از کیفیات و عواملی که به عنوان عناصر مادی، معنوی یا قانونی جرم محسوب می‌شوند، نباید دوباره در تعیین کیفر به عنوان کیفیات مشدد مورد استناد قرار گیرند. البته، این قاعده ناظر بر کیفیات و عواملی است که به‌طور مستقیم بر میزان کیفر و چارچوب آن (حداقل و حداکثر) و همچنین سیاست کلی جرم‌انگاری رفتار فرد، تأثیر می‌گذارند. با این حال، دادگاه می‌تواند درجاتی را که بر مبنای آن‌ها، این کیفیات و عوامل، منجر به تحقق عناصر جرم می‌گردد، مدنظر قرار دهد. شرایطی که بر چارچوب کیفر و میزان آن تأثیر می‌گذارند، مواردی هستند که اعمال کیفر شدیدتر یا خفیف‌تری نسبت به کیفر قانونی جرم اصلی را توجیه می‌کنند.

این قاعده به‌طور ویژه در خصوص کیفیات مخفف جرم نیز اعمال می‌شود. به‌خصوص آن دسته از عواملی که ذیل قاعده کلی تخفیف کیفر یعنی ماده (۴۹)، بر فرایند تعیین کیفر تأثیر می‌گذارند. این امر در ماده (۵۰) قانون مجازات آلمان به‌صراحت پیش‌بینی شده است. مطابق این ماده:

«شرایط و عواملی که به تنهایی و یا در کنار عوامل دیگر، تخفیف کیفر برای مرتکب را طبق قواعد خاص مربوط به هر جرم ممکن می‌سازند، در صورتی که جزو شرایط عمومی تخفیف کیفر مندرج در ماده (۴۹) همین قانون نیز باشند، تنها یک بار محاسبه می‌شوند.»

وجود این قاعده در نظام کیفری آلمان را باید حمل بر مبنای کیفرگزینی، یعنی تقصیر مرتکب کرد. بر این اساس، برای تعیین کیفری که فرد مستحق آن است، هر عاملی تنها یک‌بار می‌تواند به‌عنوان عامل تخفیف یا تشدید یا مؤلفه تشکیل جرم در نظر گرفته شود.

به نظر می‌رسد جای این قاعده در نظام کیفری ایران به شکل یک اصل کلی خالی است. اگرچه مفاد آن به‌گونه‌ای در تبصره (۲) ماده (۳۸) قانون مجازات اسلامی ایران پیش‌بینی شده است. بر اساس این تبصره، دادگاه نمی‌تواند به‌موجب یک کیفیت مخففه، دوبار در کیفر مرتکب تخفیف دهد. با وجود پذیرش این امر در تخفیف، در تشدید کیفر با توجه این‌که عوامل عینی تشدید به‌طور مجزا بیان نشده‌اند، مقررهای به چشم نمی‌خورد. هرچند دادرسان در عمل این اصل را به‌گونه‌ای رعایت می‌کنند. اما، ضابطه خاصی بر آن حاکم نیست.

### نتیجه‌گیری

کیفرگزینی را می‌توان مرحله عملیاتی شدن قانون تلقی کرد که نیازمند ترسیم ضوابط و اصولی است تا به شیوه اجرا قاعده بخشد و از اقدامات خودسرانه پیشگیری کند. از این رو، یکی از حساس‌ترین و مهم‌ترین امور در نظام عدالت کیفری هر کشوری، شیوه کیفرگزینی و میزان آزادی عمل و اختیارات کنش‌گران این نظام و به‌ویژه دادرس است؛ با توجه به این واقعیت که مرحله اجرای قانون بهتر از هر مرحله‌ای می‌تواند حس عدالت را برای عموم شهروندان به ارمغان آورد. همین امر حکایت از اهمیت شیوه نقش‌آفرینی دادرس در این مرحله دارد. به این ترتیب، رها کردن این مرحله و عدم اهتمام به آن، علاوه بر این‌که کارایی کیفرهای موردنظر قانون‌گذار را با مشکل مواجه می‌کند، اثربخشی نظام عدالت کیفری در دستیابی به هدف عالی عدالت را نیز به چالش می‌کشد.

نظام حقوقی در کشورهای آلمان و ایران از نوع حقوق نوشته است و بر همین اساس، قانون مهم‌ترین منبع کشف اصول حاکم بر کیفرگزینی است. به‌ویژه آنکه، راهبردهای کیفرگزینی در این دو نظام حقوقی به‌صراحت مشخص نشده است و بمانند کشورهای کامن‌لا، رهنمودی در این خصوص به چشم نمی‌خورد. براین اساس، می‌توان اذعان داشت که قضات در تعیین کیفر از آزادی عمل برخوردارند. به‌ویژه آنکه در هر دو کشور و به‌ویژه در ایران گستره تعیین کیفر در برخی از جرایم نسبتاً قابل توجه است و بین ۱ تا ۱۵ سال در نوسان است و از این منظر می‌تواند قابل نقد باشد. با این حال، به این معنا نیست که دادرسان در تعیین کیفر آزادی عمل مطلق دارند و هیچ محدودیتی بر این مرحله حاکم نمی‌باشد. بلکه، یافته‌ها نشان می‌دهد که مجموعه قوانین و مقررات کیفری در دو کشور به این اصول پرداخته و دادرس کیفری در عمل ملزم به پیروی از آن‌ها است. حتی دیوان عالی کشور آلمان در مواردی تلاش کرده است تا با استقرار الزاماتی نظیر «مدل حاشیه» یا «کیفر معمول» به دادرسان در کیفرگزینی یاری رساند.

نگاهی به مقررات موجود در دو کشور نشان می‌دهد که تقریباً اصول مشابهی را پیش‌روی نظام کیفری خود قرار داده‌اند، اما کیفیات و چگونگی اعمال آن‌ها همواره یکسان نیست. اصول مهمی که بر کیفرگزینی در دو کشور حاکم است، عبارتند از اصل قانون‌مندی، اصل عطف بماسبق نشدن، اصل قضا‌مندی، اصل تناسب، اصل فردی‌سازی و اصل شخصی بودن کیفر<sup>۱</sup>. اصولی مانند اصل قانون‌مندی، اصل عطف بماسبق نشدن و اصل قضا‌مندی بر تحمیل اصل کیفر و برخی نظیر اصل تناسب و فردی‌سازی کیفر بر تعیین میزان آن اثرگذار است. با وجود این اشتراکات، تمایزاتی نیز وجود دارد؛ نخست، برخی از اصول در نظام دادرسی آلمان به چشم می‌خورند که با وجود این‌که دادرس در ایران کم‌وبیش خود را به رعایت آن ملتزم می‌داند، اما، در متون قانونی وارد نشده است که عبارتند از اصل عادلانه بودن کیفر یا قاعده ممنوعیت محاسبه مکرر که مناسب است قانونگذار ایران نیز این اصول را وارد ادبیات کیفری خود کند. وجه تمایز دیگری که در این خصوص به چشم می‌خورد، تعیین ماده جداگانه‌ای برای بیان اصول حاکم بر تعیین کیفر در قانون مجازات آلمان است که در قوانین ایران چنین ماده‌ای به این ترتیب، به‌طور مجزا یافت نمی‌شود. اما، در مواد متفاوت و به‌ویژه ماده (۱۸) قانون مجازات اسلامی به بیان اصول و معیارهای حاکم بر کیفرگزینی در تعزیرات پرداخته شده است. در مقایسه باید گفت که اصول حاکم بر تحمیل اصل کیفر در هر دو کشور وارد شده و بر نظام کیفرگزینی آنها حاکم است. آنچه که میان دو نظام حقوقی متفاوت است، به اصول حاکم بر تعیین میزان و نوع کیفر مربوط می‌شود که به ضابطه‌مند شدن میزان کیفر یاری می‌رساند؛ در آلمان، دو اصل عادلانه بودن و ممنوعیت محاسبه مکرر کیفر به مرحله تقنین رسیده و قاضی در عمل ملزم به رعایت آن است، اما در حقوق ایران مستند مشخصی در این خصوص وجود ندارند. بدین ترتیب، می‌توان گفت که قانونگذار آلمان گام‌های محکم‌تری در راستای ضابطه‌مند نمودن کیفرگزینی برداشته و در تلاش است از مجرم‌محوری به سوی رهنمودمحوری پیش رود. البته، در ایران نیز تلاش شده تا ضوابطی به‌منظور اعمال کیفر تعیین گردد که مقایسه دو قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ و ۱۳۹۲ در موارد مختلفی از جمله تخفیف کیفر گویای این امر است، اما هنوز به نحو مطلوبی محقق نشده است.

بنابراین، با وجود پیش‌بینی اصول کیفرگزینی در قوانین اساسی و کیفری ایران و آلمان که دادرس را با الزامات قانونی محکمی مواجه می‌کند و تا اندازه‌ای مؤلفه‌های کیفرگزینی جرم‌محور و مجرم‌محور در هر دو نظام به چشم می‌خورد، همچنان از نبود رهنمودهای اجرایی برای تعیین

۱. برخی از نویسندگان از این اصول به اصول کرامت‌مدار کیفرگزینی یاد کرده‌اند؛ بنگرید به: شاملو، باقر، جمشیدیان، الناز، «بنیان‌های کیفرگزینی مبتنی بر کرامت انسانی»، حقوق کیفری پویا (مجموعه مقاله‌ها در پاسداشت استاد دکتر محمدعلی اردبیلی)، چاپ نخست، تهران: بنیاد حقوقی میزان، صص. ۸۹-۱۰۸، ص. ۱۰۸.

میزان کیفر رنج می‌برند و هنوز موفق به استقرار یک نظام رهنمودمحور نشده‌اند. وجود چنین رهنمودهایی، علاوه بر اینکه از تشتت آرا در پرونده‌های مشابه می‌کاهد و بر استحکام آنها می‌افزاید، به دادرسان نیز در کیفرگزینی دقیق یاری می‌رساند و در نتیجه، کیفرهای عادلانه‌تر و مناسب‌تری تعیین می‌شود. همین امر موجب شده است که در آلمان و ایران، بیشتر زمان دادگاه به بررسی گناهکاری و انتساب رفتار مجرمانه بگذرد و کمتر به مقوله کیفرگزینی توجه شود. به همین جهت نیز در موارد تجدیدنظر از احکام صادره، مواردی شانس طرح در این مرحله را پیدا می‌کنند که بر شرایط مسئولیت و انتساب تکیه کند و در عمل کمتر به جهت عدم تناسب کیفر یا ناعادلانه بودن آن، تجدیدنظرخواهی می‌شود. دلیل آن نیز ابهام در شاخص‌های تعیین نوع و میزان کیفر و اصول حاکم بر آن است. در واقع، در خصوص اصول حاکم بر تحمیل کیفر این دو نظام حقوقی از اصول مستحکمی چون قانونمندی و قضامندی برخوردارند، اما، در تعیین میزان و نوع کیفر در محدوده قانونی، با وجود حکومت اصولی نظیر فردی‌کردن، از نبود ضابطه مشخص رنج می‌برند. این امر موجب می‌شود که آنچه در نهایت مورد حکم قرار می‌گیرد از عوامل متعددی نظیر سلیقه قاضی و فرهنگ حاکم بر دادگاهی که پرونده در آن مطرح شده است<sup>۱</sup>، تأثیر پذیرد و حدود کمتری بر اختیارات دادرس حاکم باشد.

## منابع

### الف) فارسی

۱. الهام، غلامحسین؛ محمدی مغانجوی، فاطمه (۱۳۹۱)، مجازات متناسب از دیدگاه نظریه‌های بازدارندگی (با تأکید بر نظریه تعیین کیفر آلمان)، فصل‌نامه حقوق، شماره ۳، دوره ۴۲، صص. ۵۷-۷۲.
۲. حر العاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۲ ق.)، وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، جلد ۱۸، قم: موسسه آل‌البیت علیهم‌السلام لاحیاء التراث.
۳. حسینی، سید محمد (۱۳۹۴)، سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران، چاپ ۴، تهران: انتشارات سمت.
۴. داوید، رنه؛ اسپینوزی، کامی ژوفره (۱۳۸۴)، درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، چاپ ۶، تهران: انتشارات میزان.
۵. دل‌ماس-مارتی، میری (۱۳۹۵)، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، ترجمه: علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ ۳، تهران: بنیاد حقوقی میزان.

۱. در خصوص وجود چنین مسئله‌ای در حقوق آلمان بنگرید به:

۶. رحیمی نژاد، اسماعیل (۱۳۷۴)، بررسی تطبیقی قاعده عطف بماسبق نشدن قوانین جزایی (در حقوق اسلام، حقوق موضوعه ایران و نظام حقوقی کامن لا)، فصلنامه مفید، شماره ۴، صص. ۱۰۹-۱۳۶.
۷. سلیمانی، حسین (۱۴۰۱)، «اصل قانونمندی قوانین کیفری در پرتو قانونگذاری عادی: بازخوانی جایگاه اصل قانونمندی کیفری پس از انقلاب»، حقوق کیفری پویا (مجموعه مقاله‌ها در پاسداشت استاد دکتر محمدعلی اردبیلی)، چاپ نخست، تهران: بنیاد حقوقی میزان، صص. ۵۰-۶۹.
۸. شاملو، باقر، جمشیدیان، الناز، «بنیان‌های کیفرگزینی مبتنی بر کرامت انسانی»، حقوق کیفری پویا (مجموعه مقاله‌ها در پاسداشت استاد دکتر محمدعلی اردبیلی)، چاپ نخست، تهران: بنیاد حقوقی میزان، صص. ۸۹-۱۰۸.
۹. کدخدایی، محمدرضا (۱۳۸۷)، بررسی فقهی و حقوقی قاعده «التعزیر فی کل معصیه»، فقه اهل بیت، شماره ۵۴، سال ۱۴، صص. ۹۱-۱۴۲.
۱۰. عینی نجف‌آبادی، محسن؛ حبیب‌زاده، محمدجعفر (۱۳۷۶)، موجبات اجرای تعزیر از نظر فقهی و حقوق کیفری ایران، فصلنامه مدرس، شماره ۵، صص. ۹۴-۷۵.
۱۱. غلامی، حسین (۱۳۹۱)، اصل حداقل بودن حقوق جزا، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، شماره ۲، سال اول، صص. ۴۱-۶۵.
۱۲. قدرتی، محمدحسن (۱۳۸۸)، قاعده وزر (اصلی شخصی بودن مجازات)، فروغ وحدت، شماره ۱۷، سال پنجم، صص. ۶۵-۵۶.
۱۳. محسنی، فرید، رحیمیان، رضا (۱۳۹۸)، از کیفرگذاری تقنینی تا کیفرگزینی قضایی؛ مدلهای و معیارها (با تأکید بر رویه قضایی ایران)، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۰۷، دوره ۸۳، صص. ۵۷-۸۷.
۱۴. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۷)، قواعد فقه جزایی، چاپ ۹، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۱۵. محمدی مغانجوی، فاطمه (۱۳۸۹)، اصول و ضوابط ناظر بر تعیین کیفر و اهداف آن، رساله برای اخذ مدرک دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۱۶. محمودی جانکی، فیروز؛ آقایی، سارا (تابستان ۱۳۸۷)، بررسی نظریه بازدارندگی مجازات، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۲، دوره ۳۸، صص. ۳۳۹-۳۶۱.
۱۷. محمودی جانکی، فیروز؛ طاهری، سمانه (بهار و تابستان ۱۳۹۹)، ضرورت پیاده‌سازی الگوی کیفردهی رهنمودمحور در تعزیرات، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، شماره ۱، دوره ۵۰، صص. ۲۳۱-۲۵۶.
۱۸. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۳)، تعزیر و گستره آن، تهیه و تنظیم: ابوالقاسم علیان‌نژادی دامغانی، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، صص. ۲۳-۱۵.
۱۹. منتظری، حسینعلی (۱۳۶۷)، سلسله درس‌ها؛ بحثی پیرامون تعزیرات شرعی (۲)، نور علم، شماره ۱، دوره ۳، صص. ۸-۲۴.
۲۰. نوبهار، رحیم (۱۳۹۲)، اصل قضاوندی مجازات‌ها، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۵، سال ۱۰، صص. ۶۵-۹۶.
۲۱. نوروزی فیروز، رحمت‌الله (۱۳۹۰)، حقوق جزای عمومی «مجازات»، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۲۲. وزیر، مجید؛ برایتی، مهدی (۱۳۹۵)، قاعده وزر در آثار مجازات، تحقیقات جدید در علوم انسانی، شماره ۳، سال ۲، صص. ۸۳-۹۸.
۲۳. ولایی، عیسی (۱۳۹۱)، جرایم و مجازات‌ها در اسلام، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۲۴. هالوی، گابریل (۱۳۹۳)، کیفردهی آموزه‌ای مدرن، ترجمه: علی شجاعی، تهران: نشر دادگستر.
۲۵. یوسفیان، نعمت‌الله، آشنایی با تعزیرات، مریبان، شماره ۱۷، سال ۵، صص. ۸۵-۶۶.

(ب) انگلیسی

1. Albrecht, Hans-Jörg (2013), Sentencing in Germany: Explaining Long-Term Stability in the Structure of Criminal Sanctions and Sentencing, Law and Contemporary Problems, No.211, Vol.76, pp.211-236.
2. Arslan, Mehmet, the main determinants of sentencing decisions in germany (December 2019), Law & Justice Review, Issue: 19, Year: 10, pp.1-37.
3. Bohlander, Michael (2009), Principles of German Criminal Law, London: Hart publishing.
4. Bohlander, Michael (2012), Principles of German Criminal Procedure, London:Hart publishing.
5. Frase, S. Richard (2001), Sentencing in Germany and the United States: Comparing Äpeel with Apples, Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law.
6. Herz, Clara (2020), Striving for Consistency: Why German Sentencing Needs Reform, German Law Journal, No.21, pp.1625-1648.
7. Nestler, Cornelius (2003), Sentencing in Germany, Buffalo Criminal Law Review, No.109, Vol.7, pp.109-138.
8. Streng, Franz (2007), Sentencing in Germany: Basic Question and New Developments, German Law Journal, No.2, Vol.8, pp. 153-172.
9. Weigend, Thomas (1983), Sentencing in West Germany, Maryland Law Review, Issue 1, Vol.42, pp.37-89.