



REVIEW ARTICLE

## Rethinking Problem Recognition & Solution; A Critical Reading of the Criminal Approach to the Family & Youth Protection Act

**Ahmad Fallahi**

Assistant Professor of Criminal Law & Criminology, University of Kurdistan, Sanandaj, Iran

Corresponding Author's Email: [A.falahi@uok.ac.ir](mailto:A.falahi@uok.ac.ir)



<https://doi.org/10.22059/jppolicy.2022.87955>

Received: 1 December 2021  
Accepted: 7 April 2022

ABSTRACT

The code of Family Protection & Youth of the Population has been passed with the aim of supporting childbearing & the implementation of policies & strategies aimed at it. For achieving this aim, both incentive & preventive policies & punitive-criminal approaches to increase & decrease the population in advance has taken. The main question about this code is why & the necessity of using criminal means to achieve this goal of the legislator. In this article, the above-mentioned code has been analyzed & expressed in an interpretive-critical method, & it has been stated that the legislator has used criminal means in this matter without considering the needs of solving social problems & without a necessary criminal model & without considering the degree of compatibility of the problem & the solution, & the main issue which is criminalized in this code is the repetition of the titles criminalized in the Islamic Penal Code, & this is contrary to the principle of necessity in criminalization & the principle of coherence & integrity of the legal system. Also, the criminalization of abortion in this law, contrary to the objectives of the Islamic Penal Code, is not due to the value of the fetus & the protection of its life, but in line with the goal of increasing & youth of the population.

**Keywords:** Law, Criminalization, Principles of Criminalization, Principle of the "Necessity in Criminalization", Policy Making.





## نقطه نظر

# بازاندیشی شناخت مسأله و راهکار؛ نگاهی انتقادی به رویکرد جرم‌انگارانه قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت

احمد فلاحی

استادیار حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه کردستان، سنندج، ایران

رایانامه نویسنده مسئول: A.falahi@uok.ac.ir

 <https://doi.org/10.22059/jppolicy.2022.87955>

تاریخ دریافت: ۱۰ آذر ۱۴۰۰  
تاریخ پذیرش: ۱۸ فروردین ۱۴۰۱

## چکیده

قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت، با هدف افزایش فرزندآوری و کاربست سیاست‌ها و راهکارهای معطوف به آن، سیاست‌های تشویقی و پیشگیرانه و رویکردهای تنبیهی-کیفری را در قبال افزایش و کاهش جمعیت مورد توجه قرار داده است. اصلی‌ترین پرسش فراروی این قانون، در چرایی و ضرورت استفاده از ابزار کیفری برای نیل به این مقصود قانونگذار است. در مقاله حاضر به روشی توصیفی-انتقادی، قانون فوق‌الذکر تحلیل شده است. قانونگذار بدون توجه به بایسته‌های حل مسائل اجتماعی و بدون وجود یک مدل جرم‌انگاری ضرورت‌مدار و بدون در نظر گرفتن میزان همخوانی مسأله و راهکار، از ابزار کیفری استفاده کرده و به ضرورت پیوند میان سرزنش عمومی عمل و دخالت کیفری توجه دقیقی نداشته و در این میان، عمده موضوعات جرم‌انگاری شده در این قانون، تکرار عناوینی است که در قانون مجازات اسلامی، جرم‌انگاری شده و این امر، برخلاف اصل «ضرورت در جرم‌انگاری» و اصل «انسجام و یکپارچگی نظام حقوقی» است.

**واژگان کلیدی:** قانون، جرم‌انگاری، اصول جرم‌انگاری، اصل «ضرورت در جرم‌انگاری»، سیاست‌گذاری.

## مقدمه

سیاست‌های جمعیتی، جزو سیاستگذاری‌های کلان است؛ در این راستا، قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت با هدف حمایت از نهاد خانواده، فرزندآوری و ازدیاد جمعیت جوان کشور و آثار کیفی ناشی از این افزایش، تصویب شده است.<sup>۱</sup> این قانون در کمیسیون مشترک طرح جوانی جمعیت و حمایت از خانواده مجلس شورای اسلامی تصویب و مجلس با اجرای آزمایشی<sup>۲</sup> آن به مدت هفت سال موافقت کرده است. این قانون، برای نهادهای مختلف اقتصادی، فرهنگی، آموزشی، پزشکی، صداوسیما و دیگر حوزه‌ها، وظایفی را تعیین کرده و در قالب این تکالیف، آنچه نهادهای مورد اشاره در این قانون باید در راستای اهداف قانونگذار انجام دهند یا ندهند را مشخص کرده است. در این تکالیف قانونی که بخشی از آن نیز ناظر بر شهروندان، به‌ویژه مادران باردار و پزشکان است، راهکارهای موردی نیز مدنظر قرار گرفته و بیشترین تأکید آن بر افزایش جمعیت و جوانی آن است و به همین جهت، سیاست‌های در ورای این قانون که خود را در قالب راهکارهای آن بازتاب داده است، در چند سطح قابل دسته‌بندی است: سیاست‌های تشویقی مبتنی بر فرزندآوری، سیاست‌های پیشگیرانه از کاهش جمعیت و سیاست‌های تنبیهی-کیفری معطوف به افزایش جمعیت. با وجود همدلی و همراهی نگارنده با برخی راهکارهای تشویقی و پیشگیرانه که در این قانون بیان شده و جدای از این‌که این سیاست‌ها در شرایط موجود اجتماعی، اقتصادی-اداری<sup>۳</sup> دولت چقدر امکان اجرایی شدن دارد و زیرساخت‌های این امر تا چه حدی مهیاست و تا چه میزان جزء اولویت‌های سیستم اقتصادی کشور است و جدای از این‌که این روش‌ها، تا چه میزان می‌تواند بر ازدواج، کاهش طلاق، تشویق به فرزندآوری و در نهایت افزایش کمی جمعیت تأثیر داشته باشد و این‌که این قانون اصولاً درصدد حمایت از خانواده است یا در پی توجه به مسئله پیری جمعیت و جدای از نگرانی‌هایی که می‌توان به شیوه قانون‌نویسی و بایسته‌های شکلی در نگارش این قانون داشت، اما آنچه محل توجه این مقاله است معطوف به دخالت کیفری قانونگذار در این حوزه است؛ این‌که مبنا و ضرورت جرم‌انگاری در این حوزه چیست و در کنار این، موضوع مهم‌تر، رویکرد قانونگذار در استفاده از ابزار کیفری و چگونگی برخورد وی با مسائل و پدیده‌های اجتماعی است. با فرض این‌که نویسنده این متن، هم به جوانی جمعیت و افزایش جمعیت باور دارد و آن را ضرورتی اجتماعی می‌داند، اما رویکرد قانونگذار در برخورد با این مسئله را دارای نقد اساسی می‌داند و اگر فرض بگیریم که مدل و الگویی ذهنی در نگارش این قانون وجود داشته است، آنچه بیشتر از مصادیق، باید مورد توجه و اهتمام بررسی‌های حقوقی این قانون باشد، تحلیل رویکرد قانونگذار در چگونگی برخورد با مسائل و پدیده‌های اجتماعی است. در همین راستا ضمن توصیف و تحلیل رویکرد جرم‌انگازانه‌ی قانونگذار در این قانون، به منظور ارزیابی انتقادی آن، ضمن تبیین و تحلیل اصل «ضرورت در جرم‌انگاری» به عنوان یکی از اصول بنیادین جرم‌انگاری، مصادیق جرم‌انگاری شده در این قانون از منظر ضوابط و معیارهای ناشی از این اصل تحلیل خواهد شد.

## الف) اعمال جرم‌انگاری شده در قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت

جرایم مورد اشاره در این قانون، گاه به صورت مستقیم و گاه مقدماتی که می‌تواند منجر به ارتکاب آنها شود، جرم‌انگاری شده است. در مواردی، دامنه برچسب‌زنی کیفری توسعه یافته، همچنین عناوینی که در قانون مجازات اسلامی جرم اعلام شده، دوباره جرم‌انگاری شده است. در کنار این، قانونگذار از واژگان فقه چون حرمت، استفاده کرده و در مواردی نیز دایره شمول برخی جرایم را گسترش داده است. در ادامه این موارد بیان می‌شود.

### ۱) اعلام حرمت سقط جنین و استفاده از زبان فقه در حوزه قانونگذاری

قانون‌نویسی و قانونگذاری، هم در فرایند، نیز در محتوا و شکل، ادبیات خاص خود را دارد. با وجود ارزشمندی هر دو حوزه فقه و حقوق، اما زبان و واژگان قانون، متفاوت از واژگان به‌کار رفته در فقه است و به همین جهت، منطقی، نوع تفسیر و ضمانت‌اجرای قانون نیز خاص این حوزه است و متن قانون، یک متن با شاخصه‌های ویژه خود می‌باشد. در این قانون، قانونگذار در موارد متعدد به حرمت سقط جنین اشاره کرده است.<sup>۴</sup> این امر شاید در جهت عطف توجه به این موضوع است که در فقه اسلامی و در خوانش برخی از فقها و در بعضی از زمان‌های بارداری، از حرمت سقط جنین بحث شده است؛ اگرچه قانون حاضر، حرمت آن را به صورت مطلق اعلام کرده و جز در مواردی مشخص که کمیسیون مورد اشاره در این قانون جواز انجام

سقط را نسبت به یک مورد خاص، اعلام می‌کند، اصل بر حرمت و ممنوعیت سقط جنین است. این موضوع در عین حال در پی تأسیل دیدگاهی فقهی قانونگذار است و به دنبال ممنوعیت و جرم‌انگاری آن چیزی است که در مواد دیگر به آن اشاره کرده است.

## ۲) ممنوعیت اعمال مقدماتی و گسترش دایره دخالت کیفری

از دیگر مصادیق خروج از قواعد جرم‌انگاری، توسعه دایره ممنوعیت‌ها در این قانون است؛ از آن جمله بر اساس بند الف ماده ۲۸، پخش و انتشار برنامه‌های مخالف با سیاست‌های جمعیتی در رسانه‌های جمعی ممنوع اعلام شده است. ماده ۵۱ این قانون یکی دیگر از مصادیق اعمال ممنوع را بیان داشته است: «هرگونه توزیع رایگان یا یارانه‌ای اقلام مرتبط با پیشگیری از بارداری و کار گذاشتن اقلام پیشگیری و تشویق به استفاده از آنها در شبکه بهداشتی درمانی وابسته به دانشگاه‌های علوم پزشکی ممنوع می‌باشد.<sup>۵</sup> از جمله دیگر موارد بیان ممنوعیت‌ها ماده ۵۲ است: «عقیم‌سازی دائم زنان و مردان و یا مواردی که احتمال برگشت‌پذیری در آنها ضعیف یا بسیار دشوار باشد (همچون بستن لوله‌ها) ممنوع است»<sup>۶</sup>. در تبصره ۲ ماده ۵۳، قانونگذار واژه ممنوع را به کار نبرده، بلکه عدم مجاز بودن را مطرح کرده است: «از زمان لازم‌الاجراء شدن این قانون هرگونه توصیه به مادران باردار توسط کادر بهداشت و درمان یا تشویق یا ارجاع از سوی درمانگران به تشخیص ناهنجاری جنین مجاز نبوده و صرفاً در قالب تبصره (۳) این ماده مجاز است.» این موضوع و این‌که آیا مجاز نبودن، همان ممنوع بودن است و آثار آن را دارد، خود بحثی مهم در تفسیر این تبصره خواهد بود و به نظر می‌رسد، این تبصره نیز از ممنوعیت عمل مورد اشاره بحث کرده است. شاید در وهله اول، برداشت آن باشد که صرف اعلام ممنوعیت، بدون تعیین کیفر، فاقد ضمانت اجراست و به تعبیری گسترش دامنه جرایم و کیفرها را موجب نمی‌شود؛ ولی همان‌گونه که در ماده ۷۱ بیان شده است: «مستکفین از اجرای این قانون، علاوه بر جبران خسارات وارده و اعمال مجازات موضوع ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری به مجازات حبس یا جزای نقدی درجه چهار یا پنج موضوع ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱/۲/۱۳۹۲ محکوم می‌شوند.» بر این اساس، قانونگذار گرچه در ظاهر از ممنوعیت بحث کرده است، اما در نهایت با قاعده‌گذاری‌ای که در ماده ۷۱ انجام داده، دایره جرایم و کیفرها را گسترش داده است. برای روشن شدن هرچه بیشتر این رویکرد، اشاره به ماده ۵۸ این قانون ضروری است: «توزیع داروهای رایج در سقط جنین فقط برای عرضه مراکز درمانی بیمارستانی دارای مجوز از وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی در داروخانه‌های آنها مجاز است. هرگونه خرید، فروش و پخش داروهای مذکور، خارج از سامانه ردیابی و رهگیری فرآورده‌های دارویی وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و نگهداری و حمل این داروها بدون نسخه پزشک جرم است و مشمول مجازات‌های تعزیری درجه سه تا شش موضوع ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱/۲/۱۳۹۲ می‌شود.» آنچه از این ماده پیداست ورود غیرموجه قانونگذار به حوزه خصوصی افراد است و بدیهی است که این امر موجب گسترش بیش از پیش بازار سیاه در این حوزه خواهد شد و بیماری‌های ناشی از عدم استفاده صحیح از این داروها نیز خود مشکل را دوچندان خواهد کرد؛ چه این‌که اگر کسی به هر علتی قصد سقط داشته باشد، راهکار آن را نیز پی خواهد گرفت.

## ۳) جرم‌انگاری سقط جنین و ازدیاد تعداد مرتکبان جرم

اگر تعداد افرادی را که در فرایند سقط درگیر می‌شوند را در نظر بگیریم؛ اینکه آیا نظام دادگستری ما توان رسیدگی به این تعداد موارد را دارد خود بحثی مفصل است، ولی آنچه دغدغه جدی‌تر است این‌که آیا برچسب‌زدن ارتکاب جرم به این تعداد از افراد، امری کارشناسانه است؟ و آیا ازدیاد آمار جنایی، خود بر ترس از وقوع جرایم در کشور نمی‌افزاید؟ در کنار این، قانون موضوع بحث، برخلاف قانون مجازات اسلامی که سقط جنین را در عداد جنایات علیه نفس مطرح کرده است و ابتدائاً برای آن ماهیتی در حوزه جرایم علیه تمامیت جسمانی موجود انسانی قابل شده است، در ماده ۵۶، بیان داشته است سقط جنین ممنوع بوده و از جرائم دارای جنبه عمومی می‌باشد و مطابق مواد ۷۱۶ تا ۷۲۰ قانون مجازات اسلامی و مواد این قانون، مستوجب مجازات دیه، حبس و ابطال پروانه پزشکی است. اگر واژه ممنوع در این ماده را در کنار دیگر واژگان مبتنی بر ممنوعیت در این قانون قرار دهیم، ابهام در گستره معنایی واژه ممنوع بیشتر خواهد شد. قانونگذار در این ماده، اصولاً باید می‌گفت این عمل جرم است و واجد کیفر. ولی ابتدا از ممنوعیت بحث می‌کند و سپس عمل ممنوع را واجد جنبه جرم بودن می‌داند و بعد برای آن تعیین کیفر، آنهم در قالب مجازات‌های احاله‌ای کرده است. احاله به دیه در مواد ۷۱۶ الی ۷۲۰ خود حاکی از عدم توجه

قانونگذار به مبنای متفاوتی است که قانون مجازات اسلامی در موضوع ديه سقط جنين مورد نظر داشته است؛ این جرم و نیز قتل در قانون مجازات اسلامی اساساً واجد جنبه عمومی نیست و قانونگذار در باب جنبه عمومی قتل، موضوع را مشروط به شرایط خاص کرده است.<sup>۷</sup>

#### ۴) تعیین ضابطه خاص؛ بیان از نوع رویکرد قانونگذار

مشخص نیست چرا قانونگذار موضوع جمعیت و سقط جنین را به وزارت اطلاعات و دیگر دستگاه‌های امنیتی که وظیفه ذاتی مشخص و صلاحیت خاص دارند، ارتباط داده است. ماده ۹۵ بیان می‌دارد: «وزارت اطلاعات و سایر دستگاه‌های امنیتی مکلفند با همکاری وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی نیروی انتظامی و سازمان‌های نظام پزشکی و پزشکی قانونی و سایر دستگاه‌های ذی‌ربط، از طریق سامانه‌های موجود گزارش مردمی، متخلفان فروش داروهای سقط، مشارکت در سقط غیرقانونی، تارنماها و بسترهای مجازی معرفی‌کننده مراکز و افراد مشارکت‌کننده در سقط، توصیه‌های کارکنان بهداشتی و درمانی خارج از ضوابط، عناصر ترویج‌دهنده سقط غیرقانونی را شناسایی و به عنوان ضابطه قضائی، موارد را به مراجع قضائی اعلام نمایند.» در این قانون، قانونگذار در بخش جرایم، بیشترین توجه و تمرکز خود را بر موضوع سقط و اعمال مقدماتی و مرتبط با سقط جنین قرار داده است و مشخص نیست، امنیتی کردن موضوع سقط، بر اساس کدام توجیه حقوقی می‌تواند انجام شود؛ این‌که اگر کارمندی توصیه به سقط داشته باشد، حتی خارج از زمان اداری خود و در بحث‌های خانوادگی، با چه مبنایی می‌تواند موضوعی کیفری-امنیتی تلقی گردد؟

#### ۵) جرم‌انگاری تبلیغ سقط جنین

قانونگذار در راستای محدود کردن و دخالت کیفری در اعمال مقدماتی معطوف به سقط، در ماده ۶۰ تبلیغات در بستر فضای مجازی در این ارتباط را جرم تلقی کرده است: «فعالیت مدیران و عوامل مؤثر در بسترهای مجازی معرفی‌کننده افراد و مراکز مشارکت‌کننده در سقط غیرقانونی جنین ممنوع است و حسب مورد متخلفان از این حکم علاوه بر مجازات تعزیری درجه پنج موضوع ماده (۱۹) قانون مجازات اسلامی، به پرداخت جزای نقدی معادل دو تا پنج برابر عوائد حاصل از ارتکاب جرم محکوم می‌شوند.» این ماده ابتدا چون مواردی که اشاره شد از ممنوعیت استفاده کرده است، در حالی که باید به این نکته توجه می‌داشت که صرف تعیین مجازات برای یک عمل، خود بیان از جرم‌دانستن آن از منظر قانونگذار است. در کنار این، فقط به تبلیغ در فضای مجازی اشاره کرده است و دیگر مصادیق را مورد توجه قرار نداده است.

#### ۶) توسعه دایره مفهومی جرم افساد فی الارض

ماده ۶۱ این قانون، با بازگویی متن ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی و اضافه کردن واژه جنین به آن و احاله مجازات آن به جرم افساد فی الارض، جدای از تکرار در جرم‌انگاری و مقررگذاری غیرضرور، دامنه جرم را گسترش داده است: «ارتکاب گسترده جنایت علیه تمامیت جسمانی جنین به قصد نتیجه یا علم به تحقق آن، به گونه‌ای که موجب ورود خسارت عمده به تمامیت جسمانی جنین‌ها یا مادران در حد وسیع گردد، مشمول حکم ماده (۲۸۶) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱/۲/۱۳۹۲ می‌گردد.»<sup>۸</sup> آنچه گسترش بیشتری از دایره جرایم و مجازات‌ها و یک نوع افراط در جرم‌انگاری است در تبصره ۲ این ماده بیان شده است: «هرکس به هر عنوان به‌طور گسترده دارو، مواد و وسائل سقط غیرقانونی جنین را فراهم و یا معاونت و مباشرت به سقط غیرقانونی جنین به‌طور وسیع نماید و یا در چرخه تجارت سقط جنین فعال و یا مؤثر باشد در صورتی که مشمول حکم این ماده نباشد، علاوه بر مجازات تعزیری درجه دو، به پرداخت جزای نقدی معادل دو تا پنج برابر عوائد حاصل از ارتکاب جرم محکوم می‌گردد.»

#### ۷) جرم‌انگاری تخلفات اداری

بر اساس ماده ۷۱ اگر یکی از مقامات از اجرای یکی از سیاست‌های تشویقی یا تنبیهی خودداری کند، علاوه بر تخلف اداری، آن را واجد جنبه کیفری دانسته است. باتوجه به تعداد زیاد نهادهای مخاطب این قانون و تکالیفی که برعهده آنان است، این امر موارد متعددی از بزهکار شدن اشخاص حقوقی را در پی دارد؛ «تبصره ۱- مقامات موضوع ماده (۷۱) قانون مدیریت

خدمات کشوری مصوب ۸/۷/۱۳۸۶ چنانچه در اجرای احکام این قانون ناظر به وظایف خود اهمال یا ترک فعل یا ممانعت نمایند، علاوه بر مجازات صدر این ماده به پنج تا پانزده سال محرومیت از حقوق اجتماعی (موضوع ماده (۲۶) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱/۲/۱۳۹۲) محکوم می‌شوند. تبصره ۴- اشخاص حقیقی و حقوقی موضوع ماده فوق علاوه بر مجازات صدر ماده به ابطال موقت پروانه فعالیت مرتبط با جرم بین سه تا پنج سال توسط دادگاه نیز محکوم خواهند شد. جدای از این که اصولاً اهمال و ترک و ممانعت، سه عمل متفاوت هستند و اهمال لزوماً همراه با عنصر ذهنی نیست، قانونگذار این سه عمل را چون یکی دانسته است.

### ب) خوانشی انتقادی از ضرورت جرم‌انگاری‌های مطرح در قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت

جرم‌انگاری مبتنی بر نظریه‌های مختلف، مبانی و اصول گوناگون توجیه می‌شود؛ اصولی چون اصل ضرر، اصل غیراخلاقی بودن عمل، اصل خطر و در نظر داشتن مصلحت عمومی. یکی از قواعد عمومی جرم‌انگاری که ماهیتی پیشینی‌تر از این اصول دارد، در نظر گرفتن اصل «ضرورت در جرم‌انگاری» است؛ چه این که اصل صدمه‌آمیز یا غیراخلاقی بودن عمل، حتی به فرض مشخص کردن ضررهای شدید، نمی‌تواند بیانگر محدوده دقیق جرم‌انگاری باشند. به همین منظور، ابتدا به بررسی مفهوم اصل فوق پرداخته خواهد شد.

### ۱) مفهوم‌شناسی اصل ضرورت در جرم‌انگاری

جرم، شدیدترین حالت نقض نظم عمومی است و ارکان اساسی همزیستی مسالمت‌آمیز را مختل می‌کند و «در واقع جرم عملی است که به همه جامعه به عنوان یک کل، خدشه [صدمه] وارد کرده است.» (Duff, 2007: 162) در نظر طرفداران اصل ضرر، ایراد صدمه شدید به دیگری یا به نظم و آرامش عمومی، می‌تواند موجهی برای توجیه دخالت حقوقی و یا کیفری باشد؛ معیار سنجش ورود ضرر نیز برپایه صدمه به حیات، حقوق و آزادی‌های فردی و عمومی بوده و «بدون رجوع و بازگشت به [مفهوم] حق و حقا، هیچ تفسیر موجهی از اصل ضرر، نمی‌تواند محدود کننده اعمال افراد شود.» (Feinberg, 1984: 36) تأکید مفهوم ضرر بر خدشه‌دار شدن حق و منفعت دیگری، باعث می‌شود رفتاری که در حقوق دیگری صدمه‌ای وارد نکرده، از نظر حقوقی منع نشود؛ چراکه نقض حقوق و آزادی‌های دیگران را موجب نشده است. پیش شرط قاعده‌گذاری اجتماعی و قانونی، ضرورت‌های ناشی از همزیستی مسالمت‌آمیز است. با توجه به این که اصل بر آزاد بودن فرد است، در صورتی می‌توان از آن عبور کرد که نیاز و ضرورتی اجتماعی وجود داشته باشد. اصل ضرورت به چیزی بیش از صرف نیاز به جرم‌انگاری توجه دارد؛ «نباید جرم‌انگاری کرد، مگر این که دخالت، ضرورت داشته باشد و در ثانی، این دخالت بر اساس مبانی و اصول بوده و همچنین مؤثر باشد» (Husak: 21) و «برای تحقق اهداف [اجتماعی] در صورتی می‌توان از ابزار کیفری استفاده کرد که [دخالت کیفری] تنها ابزار انحصاری نیل به آن اهداف بوده و استفاده از آن، ضروری باشد.» (Husak: 6) این ضرورت، در قالب لزوم استفاده از ابزار کیفری معنایافته و مؤثر بودن، به قابلیت ابزار کیفری در تأثیر گذاشتن بر محدود کردن جرم اشاره می‌کند. به عنوان یک فرض مبنایی باید گفت «دولت نباید به هیچ وجه [در حوزه حقوق و آزادی‌ها] دخالت کند؛ اگر دخالت ضرورت داشت، حمایت، یاری و کمک، مراقبت، [جبران خسارت توسط] بیمه و قراردادهای حل و فصل، بر استفاده از ابزارهای اجباری اولویت دارند. اگر پاسخ‌های اجباری ضرورت داشت، لازم نیست حتماً در قالب ضمانت‌اجرا بیاید و اگر ضمانت‌اجرا ضرورت داشت، ضمانت‌اجراهای مدنی بر ضمانت‌اجرای اداری اولویت دارند.» (Jareborg, 2004: 524) اصل ضرورت درصدد محدود کردن دخالت کیفری دولت است و این اصل، جزو اصولی است که «به شهروندان در مقابل دولت امنیت می‌دهند و بیانگر آن هستند که باید بیشترین دل‌مشغولی و دل‌نگرانی یک نظام حقوقی، حمایت از شهروندان در برابر خواست دولت باشد.» [چراکه همیشه این احتمال وجود دارد که] بخواهد از طریق تحمیل اراده‌ی خود بر آنان، حقوق آنان را مورد تعدی و نقض قرار دهد.» (Fletcher, 1998: 207). بحث از اصل ضرورت با این پرسش آغاز می‌شود که چه عملی باید جرم‌انگاری شود؟ این پرسش، اصل را بر عدم مداخله قرار می‌دهد. آنچه موجب اهمیت یافتن این اصل می‌شود این است که در جوامع کنونی ما به‌طور کلی با تورم قوانین و در حوزه حقوق جنایی با افراط در جرم‌انگاری روبرو هستیم و «حقوق کیفری ما، از مرزها و کرانه‌های مناسب خود، تجاوز کرده است و تعداد زیادی از اعمالی که جرم‌انگاری شده‌اند، نباید کیفری قلمداد می‌شدند» (Duff, 2010: 1).

کنار این، اصل ضرورت، بیان از جایگاه فرعی و ثانوی ابزار کیفری دارد و این امر خود، بیان از استثنائی بودن این ابزار بوده و این‌که در پاسداشت خیر و مصلحت عمومی، تقدم با سایر ابزارها است و جرم‌انگاری باید در مرحله نهایی مورد توجه باشد و این نیز خود مبتنی بر حق فرد بر محدود بودن جرم‌انگاری و دخالت حداقلی در حقوق و آزادی‌های اوست. بر این اساس، «محرومیت از آزادی در صورتی موجه خواهد بود که به عنوان آخرین راه‌حل و برای مواقع اضطراری باشد؛ زمانی که ابزارهای دیگر نتوانند به صورت کافی از عموم مردم حمایت نمایند.» (Ashworth in McSherry, 2009: 102) پذیرش این‌که جرم‌انگاری باید در چارچوبی ضرورت‌مدار باشد، بر مبنای «مفهومی فردگرایانه و نیز حداکثر رهایی و آزادی در انتخاب است» (Ashworth, 1992: 55) و استفاده از ابزار کیفری در صورتی موجه خواهد بود که «حمایت از ارزش‌های اساسی و بنیادین اجتماعی با سایر ابزارها محقق نشود.» (Ashworth, 1992: 28). البته صرف اساسی بودن ارزش و بنیادین بودن آن، نمی‌تواند دلیلی کافی برای دخالت کیفری باشد؛ گاه ضررهای بسیار شدید از طریق جبران خسارت مدنی محدود شده و جبران می‌شوند و اعمال مورد توجه حقوق مدنی، جزو ارزش‌های اساسی هستند. باید در کنار توجه به اساسی و بنیادین بودن ارزش، با شناخت ماهیت کیفر و آثار و توانایی‌ها و قابلیت‌های آن و نیز عدم موفقیت سایر ابزارها و در قالب استراتژی پاسخ، استفاده از ابزار کیفری، در چهارچوب یک سیاست‌گذاری یکپارچه و اندام‌وار مورد توجه باشد. اگر دخالت دولت موجب «کلافه‌کردن و به ستوه‌آوردن شهروندان شود، موجه نخواهد بود» (Schonsheck, 1994: 108). قابلیت ابزار کیفری برای تأثیرگذاری بر این عمل و نیز همخوانی ماهیت آن عمل با شاخصه‌های ابزار کیفری و این‌که ابزارهای غیرکیفری مؤثر در کم‌کردن آن وجود نداشته باشند، وجود منافع اساسی برای جامعه در جرم‌انگاری، سرزنش جدی افکار عمومی، بحث از درونی بودن قواعد و خدشه‌دار کردن ارکان اساسی همزیستی مسالمت‌آمیز مورد توجه باشد. همچنین باید دلایل به نفع و دلایل علیه جرم‌انگاری را موازنه کرد؛ در این حالت، باید ارزش کیفری عمل و این‌که آیا عمل به گونه‌ای است که ابزار کیفری تنها راه حل آن باشد، مورد بررسی قرار گیرد و ضمانت‌اجراهای اجتماعی، اخلاقی و غیر کیفری بررسی شود. در جرم‌انگاری باید به ظرفیت کلی قانون‌گذاری و نیز میزان تحمل جامعه توجه کرد و یکی از آثار اصل ضرورت، توجه به آستانه‌ی تحمل و میانه‌روی در جرم‌انگاری است (Fallahi, 2014: 108-113)

## ۲) قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت در سنجه معیارهای اصل ضرورت در جرم‌انگاری

باتوجه به این‌که قانونگذاری به‌طور عام و جرم‌انگاری به‌صورت خاص با امر عمومی مشترک متعلق به عموم جامعه در ارتباط است، «داشتن نگرشی درست نسبت به اقدام [امر] عمومی شرط دموکراسی است» (Muller, 2021: 13). چگونگی مواجهه دولت با امر عمومی، اساس بحث سیاست‌گذاری است؛ در این راستا باید قواعد و معیارهای سیاست‌گذاری دموکراتیک مورد توجه باشد. آنچه در حوزه قانونگذاری باید مورد توجه باشد، آن است که مسأله مورد نظر قانونگذار، مسأله مردم باشد و صرف اهمیت یا مطلوب بودن یک موضوع، دلیل بر آن نیست که از دیدگاه جامعه نیز امری حیاتی تلقی می‌شود. به همین منظور، مسئله باید در فرایند حوزه عمومی آنقدر اندیشیده شده باشد که چون مسئله متعلق به عموم، از نظر آنان، واجد اثری اساسی بر زندگی‌شان باشد و راهکار را برای آن بچیند. باید مشخص شود جزء مسائل و دغدغه‌ها و دل‌مشغولی‌ها و دل‌نگرانی‌های عمومی است؛ چه این‌که «سیاست یک فرایند انتزاعی تصمیم‌گیری نیست که بتوان معنای آن را از بیرون و با صرف تکیه بر شناسایی شاخص‌های ساختاری و الزام‌های (اقتصادی یا تاریخی) حاکم بر آن، به دست آورد» (Muller, 2021: 90). همزمان باید توجه داشت مسائل و پدیده‌های اجتماعی از آن‌جهت که پدیده هستند و ذوی‌الابعاد، دارای علل مختلف هستند و باید در چهارچوب رویکردی نظام‌مند مورد بررسی و سیاست‌گذاری قرار گیرند. برای این‌که آن قانون متروک نشود و قانونی بیگانه با جامعه نشود، پیش از مقررگذاری و وضع قاعده، ضروری است مردم به اقتناع رسیده باشند؛ زیرا «تدوین سیاست به معنی تدوین قاعده عمومی است.» (Moran & et al., 2014: 38) این بدان معنا نیست که همه سیاست‌گذاری در قالب قانون درمی‌آید، بلکه می‌تواند به صورت‌های مختلف جلوه کند، گاه در قالب محتوای کتابهای درسی و گاه در برنامه‌های مختلف رسانه‌ها. گاه اهدافی که قانونگذار در ذهن دارد واقعی و عینی و قابل تحقق هستند و گاه دست‌نیافتنی و گاه انتزاعی. در کنار این باید قانونگذار در تعیین اهداف، آرمان‌گرایی و واقع‌گرایی را بسنجد و «اگر ارزش‌ها [ی] مورد نظر سیاستگذار [صوری و شعاری باشند و اهداف غیرقابل دستیابی، گزینه‌ها بازده نخواهند داشت؛» (Moran & et al., 2014: 118-119) چه



این‌که یکی از موضوعات اساسی در سیاست‌گذاری، امکان‌پذیری ذهنی-اجرایی آن سیاست است. از جمله «غیرممکن‌ها، سیاست‌هایی هستند که با قوانین علمی طبیعی نهادینه‌شده در تضاد باشد. آن دسته از گزینه‌ها که در تعارض با یافته‌های کلیدی دیگر شاخه‌های علوم اجتماعی مانند اقتصاد یا روانشناسی قرار داشته باشند، نمی‌توانند در آزمون امکان‌پذیری سیاسی سربلند بیرون آیند. دیگر مانع کلیدی امکان‌پذیری سیاسی، ذات انسان است» (Moran & et al., 2014: 635). در راستای تأکید بر سیاست‌گذاری کیفی موجه و کارآمد، نیز باتوجه به فرایند جرم‌انگاری ضرورت‌مدار، اصل ضرورت، معیارهایی را برای جرم‌انگاری معین می‌کند که بر پایه آنها، مصادیق جرم‌انگاری در قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت بررسی خواهد شد.

### ۲-۱) ضرورت تناسب دخالت کیفی با میزان قبح اجتماعی و سرزنش عمومی عمل

دوگانگی در تفسیر ارزش‌ها و هنجارها، به‌ویژه اگر در مورد «مبانی اخلاقی مورد توجه جامعه باشد، گسست و شکاف ارزش‌ها» (Peczenik, 2008: 37) را در میان قانون‌گذار و جامعه موجب خواهد شد. بحث از سرزنش عمومی، بدون توجه به خواست واقعی جامعه معنا نخواهد داشت. در همین ارتباط «استفان بیان می‌داشت نمی‌توان چیزی را مجازات کرد، مگر این‌که افکار عمومی جامعه آن‌را در عمل، بدون ابهام و به‌طور قوی محکوم کند. وجود یک اکثریت قریب به اتفاق اخلاقی، برای مجازات کردن لازم است. توجیه مجازات بر این مبنا نیست که بازدارنده است، بلکه ابراز انزجار شدیدی است که جامعه نسبت به یک جرم دارد» (Hart, 2009: 97-100). چیزی که در جوامع معاصر، «یک قاعده را به خاصیت حقوقی متصف می‌دارد، نه از تصمیم قانونگذاران، بلکه از این است که شعور و خودآگاهی افراد جماعت ولو به‌طور مبهم و غیرواضح، لزوم اجرای این قاعده را احساس نماید» (Javan, 1950: 328). این مهم بدان خاطر است که قانون کیفی ارزش‌ها را نمی‌آفریند و بلکه باید از ارزش‌های موجود در جامعه تبعیت کند و در واقع، قانون کیفی باید در جامعه و از جامعه و برای جامعه باشد. لازمه درونی بودن قانون و مشروعیت و مقبولیت آن این است که قانون باید چیزی را ممنوع کند که از نظر اخلاق متعارف و عمومی، ناپسند باشد. باتوجه به معیار فوق و نیز بحث‌های مطرح در جامعه ما، باید در مورد سرزنش عمومی عمل سقط‌جنین تردیدهای جدی داشت. از طرف دیگر، حتی به فرض بداندستن یک عمل از سوی مردم، این امر به معنای جواز یا لزوم دخالت کیفی در آن نیست. همان‌گونه که پیداست در بیشتر کتاب‌های فقهی، بحث در مورد حکم سقط جنین، دایره مدار زمان ولوج یا نفع روح است. برخی آن‌را به‌طور مطلق حرام دانسته، برخی پیش از ولوج روح و با ذکر شرایطی، آن‌را حرام ندانسته، گاه بیان شده اگر استمرار حاملگی برای حیات مادر خطرناک باشد، قبل از ولوج روح اشکال ندارد، ولی بعد از دمیده‌شدن روح، جایز نیست. بیان شده است اگر زنی از زنا آستان شود، جایز نیست بچه‌اش را سقط کند؛ لیکن اگر قبل از چهارماهگی برای جلوگیری از تضییع آبرو و حیثیت سقط کند، نمی‌توان گفت حرام است، بلکه به جهت رفع حرج و مشکل تضییع آبرو، مخصوصاً با فرض توبه، جایز است (Sanei, 2008: 105-119). جدای از نقدی که می‌توان بر این قانون در کاربرد واژه‌های مورد استفاده در ابواب مرتبط با احکام فقهی داشت و آن این‌که قانون نباید از واژه‌هایی چون حرمت استفاده کند و بلکه در چهارچوب ادبیات و منطق حقوق از واژگان بهره‌گیرد، اما در این قانون به نظریه‌های مختلف فقهی در باب امکان سقط جنین پیش از ولوج روح توجه نشده است. در میان فقها، یک رویکرد واحد در قبال حرمت این عمل وجود ندارد و لذا قانونگذار باید چرایی توجه به دیدگاه خاص را توجیه کند. در کنار این، پیش از بارورش، جنین هنوز شکل نگرفته است که بتوان گفت حرام است و قانونگذار با بحث از مطلق حرمت، دایره مفهومی این حالت را توسعه داده است. بر این اساس، وجود سرزنش عمومی عمل و لزوم دخالت کیفی در آن، با تردید روبرو است و در صورتی می‌توان از ابزار کیفی استفاده کرد که یک قطعیت در نگرش افکار عمومی به موضوع جرم‌انگاری شده وجود داشته باشد. در مورد مسائلی که جامعه به قطعیت در قضاوت نرسیده و گفت‌وگویی در مورد آن شکل نگرفته و حوزه عمومی نسبت به آن چون یک مسأله و امر متعلق به عموم و مشترک نگاه نمی‌کند نباید قانونگذاری کرد و به ویژه یک رویکرد قطعیت‌گرا را نباید انتخاب کرد. در این میان قانونگذار به تغییر سبک زندگی و الگوی آن کمتر توجه کرده است. همچنان‌که باید بر این نکته تأکید داشت، سرزنش عمومی عمل، شرط ضروری جرم‌انگاری است و شرط کافی آن نیست و باید قابلیت‌های ابزار کیفی و این‌که آیا دخالت کیفی در این امر می‌تواند مؤثر باشد برای دیدگاهی واقع‌نگر مورد بررسی قرار گیرد.<sup>۹</sup> قانونگذار در ماده ۵۶ این قانون، سقط جنین را جرمی با جنبه عمومی اعلام کرده و مبنای آن را تغییر داده است.



جدای از این امر، که آیا خود فی‌نفسه امری مثبت است و اصولاً، جرم، عملی است علیه نظم عمومی و همه جرایم، دارای ماهیتی عمومی هستند و یا باید باشند، اما در قانون مجازات اسلامی که نسبت به این قانون، جنبه عام دارد، جنایت علیه جنین به صورت خاص و جنایت علیه انسان در قتل، ماهیت اولیه آن امری خصوصی تلقی شده است و ماده ۶۱۲ قانون مجازات اسلامی در کتاب تعزیرات، قتل را ابتدائاً دارای ماهیتی عمومی نمی‌داند و در این صورت، میان قانون عام و قانون خاص، تعارض در مینا وجود دارد، امری که بسیار جای تأمل دارد. در کنار این باید گفت هدف اساسی در این قانون نه حمایت از خود جنین و ارزشمندی او و کرامت انسانی او و یا حمایت از خانواده باشد، بلکه در راستای آرمان اساسی سیاستگذار اجتماعی ایران و آنچه در قالب نقشه مهندسی فرهنگی کشور به آن اشاره کرده است، افزایش کمی جمعیت است. در همین ارتباط می‌توان گفت با وجود قانون خانواده مصوب ۱۳۹۱ و نیز قانون سقط‌درمانی که بر اساس قانون مورد بحث نسخ شده است - ضرورتی به وضع قانون فعلی وجود نداشت و سیاستگذار این حوزه می‌توانست از طریق شورای عالی انقلاب فرهنگی و در قالب مصوبات آن و بر اساس سیاست‌های کلی نظام، برخی از راهکارهای تشویقی موجود در این قانون را به بخش‌های مرتبط ابلاغ و آنان را مکلف به اجرای آن نماید.

## ۲-۲) وجود منافع اساسی در جرم‌انگاری و اصل ارزش کیفری عمل

قانون جزایی نباید در امور جزئی و کم‌اهمیت دخالت کند. باید منافع و ارزش‌های اساسی مورد حمایت باشند و بدیهی است صرف اساسی بودن، شرط کافی برای مداخله کیفری نیست و بلکه در صورتی می‌توان دخالت کرد که با اصول و مبانی ضرورت در جرم‌انگاری همخوانی داشته باشد. این اصل خود موجب بحث از برجسب‌زنی منصفانه خواهد شد که بر اساس آن باید میان ناشایست بودن رفتار و عنوان مجرمانه‌ای که قانون‌گذار برای آن عمل انتخاب می‌کند و به تبع آن، کیفری که برای آن وضع می‌شود، رابطه منصفانه‌ای وجود داشته باشد و عنوان مجرمانه، متناسب با میزان سرزنش و قبح اجتماعی عمل باشد. در ارتباط با قانون مورد بحث باید گفت قانونگذار در میانه یک واقعیت و کمال‌گرایی و مطلوب‌گرایی در گذار است؛ این‌که واقعیت چیست و مسأله و دغدغه امر واقع چیست و این‌که مطلوب چیست؟ در کنار این، این موضوع که ابزار حقوقی - کیفری چگونه می‌تواند در تحقق یک وضعیت یا تضمین آن وضعیت نقش ایفا کند خود باید مورد توجه باشد. همان‌گونه پیداست قانون جنایی، نظم عمومی را ایجاد نمی‌کند، بلکه از نظم عمومی موجود در جامعه حمایت می‌کند و درصد تضمین آن است و تلاش می‌کند با استفاده از ابزارهای کیفری - و با آگاهی از میزان و محدودیت‌های اثرگذاری آنها - از تعرض به نظم عمومی پیشگیری کند. مهم این است که قانونگذار باید اثبات کند، ابزار کیفری مؤثرترین، کاراترین، کم‌هزینه‌ترین و تنها ابزاری است که می‌تواند در جهت تضمین نظم عمومی استفاده شود و این مهم در صورتی خواهد بود که جرم‌انگاری و کیفرگذاری هر عمل با پشتوانه‌ای از مطالعات انسان‌شناختی و جامعه‌شناختی همراه بوده باشد؛ در قانون حاضر، این‌که «چگونه سقط جنین به عنوان موضوعی که مستلزم دخالت کیفری است و این‌که سایر ابزارهای مؤثر بر کم‌کردن سقط جنین تا چه میزان به کار گرفته شده‌اند و آیا مؤثر بوده‌اند یا خیر و اگر مؤثر هم نبوده‌اند، علت در عدم کارایی آن ابزار است یا این‌که سقط جنین مسأله‌ای اجتماعی است که چون یک پدیده، معلول شرایط مختلف است» باید مورد بررسی قرار گیرد. در عین حال باید توجه داشت، در قانون مجازات اسلامی تا به حال سقط جنین جرم تلقی شده و اصولاً اگر ابزار کیفری مؤثر واقع می‌شد، سقط‌های غیرقانونی نمی‌بایست اتفاق می‌افتاد. آنچه جرم‌انگاری می‌شود باید ابتدا به عنوان یک مسئله اجتماعی درآمده باشد و در ثانی راهکارهای غیر حقوقی و حقوقی غیر کیفری در کم کردن آن مؤثر واقع نشده باشند و سوم، راهکار کیفری، ابزاری مناسب و اثرگذار برای دخالت در آن باشد. در این میان باید چرایی انتخاب راهکار کیفری و میزان تأثیرگذاری و هزینه‌های آن نسبت به دیگر ابزارها سنجیده شود و اگر قرار بر استفاده از راهکار کیفری باشد، از کمترین آن استفاده شود و این نیز خود در گرو آن است که قانونگذار مدل جرم‌انگاری و کیفرگذاری خویش را تعیین کرده و نگاه‌اش به اهداف کیفر در قالب یک نظریه مشخص، معین باشد. در کنار مسائل فوق، این‌که در یک قانون که هم سیاست‌های تشویقی و پیشگیرانه آمده است و هم تنبیهی، مشخص نیست که قانونگذار کدام رویکرد را مؤثر می‌داند. اگر سیاست‌های تشویقی و یا پیشگیرانه می‌توانند مؤثر باشند، قانونگذار خود به نوعی اعلام از عدم کارایی ابزار کیفری دارد و برعکس آن نیز به همان صورت باید مورد توجه باشد. اصل ضرورت بر این نکته تأکید می‌کند که اگر ابزاری مؤثر و یا مؤثرتر از کیفر برای کم کردن یک مسأله اجتماعی وجود داشته باشد، استفاده از کیفر موجه نخواهد

بود؛ چراکه حضرت امیر(ع) می‌فرماید: آخر الداء الکیء، که آخرین چاره زخم-اگر عفونت کرد و به هیچ روشی دیگر بهبود پیدا نکرد- سوزاندن محل عفونت است در جهت خشک کردن آن و در واقع این فرمایش گرانقدر، استفاده از درد و رنج را آخرین راه‌چاره در کم کردن مشکلات می‌داند.

### ۳-۲) توجه به وجود توازن و همسانی در ارزش‌های مورد حمایت

گاه در قوانین کیفری اعمالی جرم‌انگاری می‌شوند که کم اهمیت بوده و دارای ارزش اساسی و بنیادین نمی‌باشند. وجود یک منطق عقلانی که بر کل قانون جزایی حکم فرما باشد، ضروری است. در همین ارتباط «حقوق عقلانی، منطقی دارد که هم به طریقی سامان‌مند، همه عناصر تشکیل‌دهنده حقوق را به هم مرتبط می‌کند و هم آن‌ها را دقیقاً تعریف می‌نماید؛ به صورت آگاهانه نظم یافته و به طور نظام‌مند در قالب مفاهیم انتزاعی و آیین دادرسی بیان شده است؛ این ساختار حقوقی و قضایی، در یک قلمرو کلی می‌کوشد قضاوت را غیر شخصی کند تا اقدامات و نتایج حاصل از آن، قابل محاسبه و پیش‌بینی باشد» (Alizadeh, 2008: 100). همان‌گونه که در توصیف قانون مورد بحث اشاره شد، در این قانون، اعمال مختلفی جرم‌انگاری شده‌اند که از نظر شدت و درجه اهمیت در یک سطح نیستند و اصولاً ابزار کیفری را برای سطح خاصی از اعمال می‌توان به کار گرفت؛ اعمالی که در نظم عمومی موجود در جامعه، خللی شدید ایجاد کنند. با این وصف، نمی‌توان گفت فروش داروهای پیشگیری از بارداری یا توصیه به سقط توسط کارشناسان و مصادیقی چون آنها، واجد اهمیت کیفری باشند و آنقدر نظم عمومی را خدشه‌دار کرده باشند که ضرورتی برای دخالت کیفری باشد.

### ۴-۲) برجسب‌زنی منصفانه و چرایی استفاده از ابزار کیفری

همان‌گونه که پیداست بزه‌کار نامیدن یک شخص، علاوه بر مسائل فرایندی، یک محتوایی نیز دارد و آن این‌که شخصی از نظر جامعه بزه‌کار است که عمل او از نگاه اخلاقی مردمان، دارای قبح و سرزنش اخلاقی-اجتماعی باشد و آنچه موجب سرزنش عمومی شود، بازتاب حمایت از ارزش‌های اساسی جامعه باشد. در عین حال، عمل به‌گونه‌ای باشد که علاوه بر سرزنش بتوان در آن دخالت کرد؛ مرز میان قابل سرزنش بودن یک عمل و دخالت کردن در آن، مرزی ظریف و باریک است. مجرمیت، مبتنی بر بزه‌کاری یک شخص است که خود بر اساس وجود مسئولیت جنایی توجیه شده و این نیز مبتنی بر نقض مسئولیت اجتماعی شخص در قبال جامعه است. در عین حال باید به گفتگوهای مردم در مورد سقط جنین توجه کرد؛ آیا چون قتل و کلاهبرداری و سرقت و غیره، دارای قبح اخلاقی دانسته می‌شود؟ باتوجه به این‌که بزه‌کاران اقلیتی از جامعه هستند، با این قانون بزه‌کار انگاشتن تعداد زیادی از مردم اشتباهی بزرگ خواهد بود و اگر ابزار کیفری می‌توانست جنبه‌ی بازدارندگی عام و خاص را داشته باشد، در حالت فعلی نیز این قابلیت را نیز می‌داشت. قانونگذار در این قانون جرم‌انگاری بر مبنای مصداق پیش برده است و به چرایی شکست سیاست‌های کیفری سخت‌گیرانه در ارتباط با این عمل در نظام‌های مختلف کیفری و از جمله در جامعه ایران توجه نکرده است و این امر خود محصول چندلایه ندیدن این مسئله است که به نظر می‌رسد فقط بر اساس یک رویکرد اخلاق‌گرایانه سخت یا کمال‌گرایانه قابل توجیه باشد؛ امری که در قالب جرم‌انگاری مصلحتی در برابر جرم‌انگاری ضروری قابل بحث است.

### ۵-۲) ضرورت پرهیز از تکرار در جرم‌انگاری و در نظر داشتن یکپارچگی سیستم جرم‌انگاری

استفاده از مجازات‌های ارجاعی در این قانون و تکرار در جرم‌انگاری از دیگر انتقادات وارد بر این قانون است. چرایی تأکید قانونگذار بر اتصاف عمل گستره سقط جنین با عنوان افساد فی‌الارض خود جای پرسش دارد و به‌ویژه این‌که خود این عمل با ابهام مفهومی روبرو بوده و چهارچوب معنایی محصل و معین متیقنی ندارد. همچنین ماده ۵۸ این قانون و دامنه گسترده‌ای از مجازات از درجه ۳ تا ۶ را مقرر کرده که نوعی از عدم توجه به تناسب کمی و کیفی مجازات است. در کنار این، اختلاف رویکردی در کیفرگرایی این قانون و تأکید بر عدم کیفرگرایی در سیاست‌های اعلامی قوه قضائیه از جمله دیگر مصادیق عدم توجه به ضرورت انسجام نظام حقوقی است.

## ۶-۲) ضرورت توجه به صلاحیت‌های ذاتی نهاد دادگستری در جرم‌انگاری و تفسیر و اجرای قانون

قانون حاضر، با مقرر داشتن صدور حکم سقط جنین توسط قاضی، دادگستری را از صلاحیت ذاتی خود خارج کرده است. نهاد قضاوت، برای داوری میان دو مصلحت خصوصی یا اختلاف میان شخص و امر عمومی است. از یک طرف این‌که قاضی حکم به سقط جنین صادر کند، با این مبانی هم‌خوانی ندارد و از دیگر سوی، مواردی چون مرگ مغزی یا ایست قلبی و تنفسی یا علت قتل، پزشکی قانونی پایان حیات را اعلام می‌کند. در موضوع حکم به سقط، قاضی دانش تخصصی غیر از آنچه پزشکان می‌گویند ندارد و در عین حال، قانونگذار باید بیان نماید، روش پیشین در بحث از سقط‌درمانی چه ایرادات عمده‌ای داشت که حذف شده است. در عین حال با توجه به تعداد درخواست‌ها و نیز مشکلات نیروی انسانی در قوه و اطلاع دادرسی و مشکلات فرایند دادرسی، ورود قضات به امری غیر قضایی و برخلاف منطبق قضاوت است.

## نتیجه‌گیری

کاهش تعداد موالید و یا آنچه گاه کاهش میل به فرزندآوری نامیده می‌شود، یک مسئله است و معلول؛ باید آن را بر اساس قواعد مسأله‌شناختی مورد توجه قرار داد و اولویت‌ها راهکارها و میزان مؤثر بودن آنها را بررسی کرد. قانونگذار در قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت بر افزایش جمعیت توجه دارد و نه حمایت از خانواده و سیاست‌های تشویقی قانونگذار در یک بستر آماده و در یک حالت هم‌بسته می‌تواند اجرایی شود؛ آن‌هم در قالب یک مدل مفهومی مبتنی بر شناخت از ایده‌آل‌های انسان ایرانی و واقعیت‌های موجود در جامعه او و بهترین قوانین-اگر این اصطلاح درست باشد- نیز اگر زمینه اجرایی نداشته باشند، متروک واقع می‌شوند. در عالم حقوق، صحبت از کارایی قوانین است و نه این‌که خوب یا بد بودن آنها قابل ارزیابی باشد. به همین جهت ضروری است قانونگذار به تدوین استراتژی‌های پاسخ در نظام حقوقی ایران اهتمام ورزیده و ضمن تدوین مدل مفهومی اصل ضرورت در جرم‌انگاری برای جامعه ایرانی و توجه به قابلیت‌های ابزار کیفری و توجه به تحولات جامعه ایرانی و بازتاب‌های این موضوع بر حوزه جرم‌انگاری، به طراحی مدل سیاست جنایی و سیاست کیفری توجه داشته باشد. قانونگذار باید بیش از تأکید بر جرم‌انگاری در حوزه مسائلی اجتماعی که علت‌های عمیق روانشناختی و اقتصادی دارند، در چهارچوب مدل‌های مرتبط با کاهش و کم‌کردن مسائل اجتماعی با این موضوع برخورد کند و نهایتاً آن را چون یک آسیب و مسئله اجتماعی که راهکار غیر کیفری دارد مورد توجه قرار دهد. باید دید آیا با جرم قلمداد کردن این عمل، می‌توان از تعداد آن کم کرد؟ کدامین کارکرد کیفر است که می‌تواند در این قلمرو مؤثر واقع شود، به‌ویژه این‌که کیفر خود اعلام سرزنش عمومی عمل توسط جامعه است و بیانگر نقض مسؤولیت اجتماعی به‌عنوان زیربنای مسؤولیت جنایی است. با توجه به این‌که ماده ۳۰۶ قانون مجازات اسلامی جنایت عمدی بر جنین را مستوجب قصاص ندانسته و واکنش در برابر آن را دیه و مجازات تعزیری قرار داده است و با توجه به تبصره این ماده، جنایت قبل از تولد جنین را که منجر به مرگ او بعد از تولد شود، مستوجب قصاص دانسته است و نیز با توجه به مواد ۷۱۶ الی ۷۲۱ قانون مجازات اسلامی و نیز مواد ۶۲۳، ۶۲۴ و ۶۲۵ این قانون در کتاب تعزیرات، سقط جنین جرم‌انگاری شده و موارد گسترده آن نیز چون دیگر جرایم علیه تمامیت جسمانی در ماده ۲۸۶ جرم‌انگاری شده است، ضرورتی به جرم‌انگاری مجدد این عمل در قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت نبود و این تکرار، محصول عدم توجه به مدل‌های جرم‌انگاری و بایسته‌ها و مبانی آن است و این امر برخلاف اصل انسجام قوانین در درون یک نظام حقوقی است. برخلاف قانون مجازات اسلامی که از جنین به خاطر خود جنین حمایت کرده است، مبنای جرم‌انگاری سقط جنین در قانون حمایت، تغییر کرده است و مبنا و هدف، حمایت از افزایش جمعیت و جوانی آن است و از آنجاکه این قانون در چندین مورد به مجازات‌های مصرح و مقرر در قانون مجازات ارجاع و احاله داده است، لذا نمی‌تواند مبنایی متفاوت از آن قانون عام برای جرمی که در آن نیز جرم‌انگاری شده است، اعلام کند. عمده آنچه در این قانون آمده است، می‌توانست در قالب آیین‌نامه‌ها، بخش‌نامه و دستورالعمل‌های اجرایی و در قالب مقرره‌گذاری نرم بیان شود. در کنار موضوعات فوق، قانونگذار با تخلف ندانستن عدم اعلام ناهنجاری‌های جنینی، حق بر سلامت را که از یکی حقوق بنیادین انسان است، نادیده گرفته است و مادر حق دارد از بیماری جنین خود آگاهی داشته باشد و در واقع، محروم کردن او از آزادی گردش اطلاعات مرتبط و مؤثر با

زندگی او، هم او و هم فرزندش را از حق بر سلامت و درمان محروم می‌کند و این‌که جنین حق بر درمان دارد برپایه نظریه منفعت و مصلحت جنینی قرار دارد.

### یادداشت‌ها

۱. عنوان این قانون، با قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ مشابه است و جدای از این تشابه، خود موجب طرح یک موضوع مبنایی خواهد شد که اگر قانون ۱۳۹۱ حمایت از خانواده است، قانون اخیرالتصویب چه چیزی را می‌خواهد حمایت کند و اگر هردو نیز یک موضوع را مورد توجه قرار داده‌اند، چه ضرورتی به این تکرار وجود داشته است؟
۲. این موضوع جدای از بحث‌های مبنایی است که در مورد اجرای قوانین آزمایشی می‌توان مطرح کرد و این‌که قانون آزمایشی با یکی از ویژگی‌های قانون که ثبات حداقلی آن است تا چه میزان همخوانی دارد؟
۳. از جمله در ماده ۱۲ بیان داشته است: شرکتهای خودروساز داخلی مکلفند از زمان ابلاغ این قانون یک خودروی ایرانی به قیمت کارخانه به انتخاب و به نام مادر پس از تولد فرزند دوم به بعد در هر نوبت ثبت نام برای یک‌مرتبه تحویل دهند. این ماده، یک سیاستگذاری دقیق نیست؛ چه این‌که قرعه‌کشی برای تحویل خودرو، خود محصول وضعیت تحریمی ایران است و در عین حال به نوع ساختار عرضه و تقاضا در شرکتهای خودروسازی ما که در فضایی رقابتی نیستند، ارتباط دارد. در عین حال، به محض مجوز واردات خودرو یا از بین رفتن وضعیت حاضر، این امر دیگر امتیاز نیست و این امر با اصل حداقل ثبات قوانین، همخوانی ندارد.
۴. از جمله این موارد می‌توان به بند پ ماده ۲۸ و ماده ۳۵ اشاره کرد.
۵. اگرچه تبصره این ماده با تجویز پزشک، استثنایی برای ارائه داروهای جلوگیری از بارداری در داروخانه‌ها و شبکه بهداشت قابل شده و کار گذاشتن اقلام پیشگیری را منوط به تجویز پزشک کرده است.
۶. در ادامه این ماده استثنائاتی را برای ممنوعیت عقیم‌سازی وضع کرده است.
۷. در ادامه این ماده با ذکر شرایطی، استثنائاتی را برای ممنوعیت و جرم بودن سقط جنین مقرر کرده است؛ مادر صرفاً در مواردی که احتمال بدهد شرایط زیر محقق می‌شود، می‌تواند درخواست سقط جنین را به مراکز پزشکی قانونی تقدیم نماید. کلیه مراکز پزشکی قانونی در مراکز استان‌ها مکلفند درخواست‌های واصله را فوراً به کمیسیون سقط قانونی ارجاع نمایند. این کمیسیون مرکب از یک قاضی ویژه، یک پزشک متخصص متعهد و یک متخصص پزشک قانونی در استخدام سازمان پزشکی قانونی، حداکثر ظرف یک هفته تشکیل می‌شود. رأی لازم توسط قاضی عضو کمیسیون با رعایت اصل عدم جواز سقط در موارد تردید صادر می‌گردد. اگرچه این کمیسیون و نقش قاضی در آن، جدای از مسائل اداری-فرایندی، دور شدن از فلسفه نهاد دادگستر و قضاوت است. چه این‌که در قانون اساسی، نهاد دادگستری وظیفه مشخصی دارد که قسمت اخیر این ماده، منطبق بر آن فلسفه و کارکرد نیست.
۸. تبصره یک این ماده، همانند آنچه در قانون مجازات اسلامی آمده است بیان داشته: هرگاه دادگاه از مجموع ادله و شواهد قصد ایراد خسارت عمدی در حد وسیع و یا علم به مؤثر بودن اقدامات انجام شده را احراز نکند و جرم ارتكابی مشمول مجازات قانونی دیگری نباشد، با توجه به میزان نتایج زیانبار جرم، مرتکب به حبس تعزیری درجه پنج یا شش محکوم می‌شود.
۹. منظور نگارنده این نیست که سقط جنین امری موجه است؛ بلکه، نگارنده خود، سقط را عملی موجه نمی‌داند. البته باید میان غیراخلاقی بودن یک عمل و جرم‌انگاری آن تمایز قایل شد و سقط از این منظر، عملی اخلاقی نخواهد بود. در کنار این، باید میان مواردی که در قبل از بارورش واقع می‌شود و سقط تفکیک قایل شد و قبل از آن، در واقع پیشگیری از بارداری است. در دیگر موارد، بسته به مراحل رشد جنینی، موضوع را در شمول قواعد غیرکیفری تحلیل کرد. مسأله اساسی این مقاله در ارتباط با عدم تأثیرگذاری کیفر در کم کردن سقط جنین است؛ مگر سقط‌هایی که به صورت خشونت‌آمیز و بدون رضایت پدر و مادر واقع می‌شود که مبنای حالت اخیر، متفاوت از مبنای حالت اول است.

#### References:

- 1- Alizadeh, Abdol Reza, 2008, Basics of social approach to law, 1st edition, Research Institute of Hawza & University & SAMT Organization [in Persian].
- 2- Al-Musavi al-Khoei, Abu al-Qasim, 2001, the basics of the continuation of al-Manhaj, the second part of al-Thani & al-Arbaun, the foundation of the revival of the works of al-Imam al-Khoei [in Arabic].
- 3- Amir Arjmand, Ardeshir, 2002, Collection of International Human Rights Documents, Volume 1, Shahid Beheshti University Publication [in Persian].
- 4- Ashworth, Andrew, 1992, Principle of Criminal Law, Oxford University Press.
- 5- Behnam, Ramsis, No Date, Theory of Al-Tajrim in Criminal Law, second edition, source of education [in Arabic].
- 6- Duff, Antony, 2010, The Boundaries of the Criminal Law, Oxford University Press, New York.
- 7- Duff, R.A, 2007, Answering for Crime; Responsibility & Liability in the Criminal Law, Hart Publishing, Canada.
- 8- Fallahi, Ahmed, 2014, The Principle of Necessity in Criminalization, First Edition, Dadgostar Publishing House [in Persian].
- 9- Feinberg, Joel, 1984, Harm To Others; The Moral Limits of Criminal Law, First Published, Oxford University Press.
- 10- Fletcher, George P, 1998, Basic Concepts of Criminal Law, Oxford University Press, New York.
- 11- Hart, Herbert, 2009, Law, Freedom & Ethics, translated by Mohammad Rasekh, first edition, New Design Publishing [in Persian].
- 12- Husak, Douglas, 2008, Overcriminalization; The Limits of the Criminal Law, Oxford University Press.
- 13- Husak, Douglas, THE Criminal Law As Last Resort, <http://ojls.oxfordjournals.org/content/24/2/207>,
- 14- Jareborg, Nils, 2004, Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio), OHIO STATE JOURNAL OF CRIMINAL LAW.
- 15- Javan, Musa, 1950, Fundamentals of Law, third volume, Chap-e Rangin Company, Tehran [in Persian].
- 16- McSherry, Bernadette, 2009, Regulating Deviance, OXFORD & PORTLAND & OREGON.
- 17- Moran, Michael; Martin Raine & Robert Godin, 2014, Encyclopedia of Public Policy, translated by Mohammad Saffar, first edition, Mizan Press [in Persian].
- 18- Muller, Pierre, 2021, public policy makings, translated by Ruhoddin Kurd Alivand, first edition, presidential legal office [in Persian].
- 19- Peczenik, Aleksander, 2008, On Law & Reason, Law & Philosophy Library, Vol. 8.
- 20- Sanei, Ayatollah Yosef, 2008, medical judgments, 12th edition, Meysham Tammar publications [in Persian].
- 21- Schonscheck, Jonathan, 1994, On Criminalization; An Essay in the Philosophy of the Criminal Law, Kluwer Academic Publishers, Netherlands.