

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فهرست مطالب

- ارتباط جرایم علیه اموال با مفاهیم حقوق مدنی / حسین میرمحمدصادقی و علی رحمتی ۳
تحلیل جرم «اخلال در نظام اقتصادی کشور» از طریق قبول سپرده اشخاص در حقوق ایران
حسین سمیعی زنوز و محمدجعفر حبیب‌زاده و محمود صابر ۲۷
ضمانت‌های اجرایی نقض حقوق شهروندی در فرایند تحقیقات پلیسی
حسنعلی مؤذن‌زادگان و حسین محمدکوره‌پز ۵۳
حکم اکراه منجر به فوت اکراه‌شونده در حقوق ایران / کیومرث کلاتری و رضا هادی‌زاده ۸۷
اعتبار حبس کمتر از ۹۱ روز در حقوق کیفری ایران / ابوالحسن شاکری و سیدمسعود حیدری ۱۱۱
امکان‌سنجی محاکمه اعضا و سران گروه داعش در محاکم کیفری ملی و بین‌المللی
محمدخلیل صالحی و محمد داوری ۱۳۷
بازکاوی حق قصاص اهل ذمه در فقه و حقوق / محمد امامی و حسین نورالدینی ۱۶۷
تکفیر، از مبانی ممنوعیت فقهی تا ضرورت جرم‌انگاری / عبدالرضا اصغری و سجاد روستائی ۱۸۹

ترجمه حکم‌ها

- ترجمه عربی (موجز المقالات) / حمید عباس‌زاده ۲۲۱
ترجمه انگلیسی (Abstracts) / علی برهان‌زهی ۲۳۸

راهنمای تدوین مقالات

- مقالات باید علمی - پژوهشی، مستند و دارای نوآوری باشند.
- مقاله‌ارسالی از ۲۵ صفحه حروف چینی شده (هر صفحه ۲۵۰ کلمه) بیشتر نباشد.
- تیتراهای اصلی با شماره‌های ۱، ۲، ۳ و ... و زیرمجموعه آن‌ها با ۱-۱، ۲-۱، ...، ۱-۲، ۲-۲ و ... مشخص شود.
- چکیده مقاله که آئینه تمام‌نما و فشرده بحث است، به سه زبان فارسی، عربی و انگلیسی، حداکثر در ده سطر ضمیمه باشد و واژگان کلیدی مقاله (سه تا هفت واژه) به دنبال هر چکیده بیاید.
- ارجاعات در متن مقاله بین پراکنش به صورت (نام خانوادگی، سال انتشار: شماره صفحه یا شماره جلد/صفحه) نوشته شود.
- اگر ارجاع بعدی بلافاصله به همان مأخذ باشد از (همان یا همان: شماره جلد/صفحه) و اگر به مأخذ دیگری از همان نویسنده باشد (همو، سال انتشار: صفحه) استفاده شود.
- منابع لاتین، به صورت لاتین و از سمت چپ در بین پراکنش (صفحه/جلد: سال انتشار، نام خانوادگی) و در ارجاع بعدی اگر بلافاصله باشد (Ibid.) نوشته شود.
- ترتیب منابع:
- کتاب: نام خانوادگی، نام (نویسنده / نویسندگان)، نام کتاب، نام مترجم، محقق یا مصحح، نوبت چاپ (در صورتی که چاپ نخست باشد نیاز نیست)، محل نشر، نام ناشر، تاریخ انتشار.
- مقاله: نام خانوادگی، نام (نویسنده / نویسندگان)، «عنوان مقاله داخل گیومه»، نام نشریه، دوره / سال، شماره جلد، تاریخ انتشار.
- نام کامل نویسنده، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه متبوع وی به دو زبان فارسی و انگلیسی قید شود و همراه با نشانی پستی، شماره تلفن و نشانی الکترونیکی ارسال گردد.
- مجله در ویرایش مقالات آزاد است.
- ارسال و دریافت مقالات صرفاً از طریق سامانه مدیریت نشریات به نشانی <www.razavi.ac.ir> انجام می‌گیرد.
- ارتباط با مدیریت مجله از طریق رایانامه <razaviunmag@gmail.com> امکان‌پذیر است.
- اصول اخلاقی مجله**
- فهرست نام نویسندگان نشان‌دهنده همکاری آن‌ها در تدوین مقاله است و لذا تعیین نام مسئول مقاله و نیز رعایت عدم وجود اسامی غیر مرتبط ضروری است.
- نویسنده مسئول فردی است که در تهیه، آماده‌سازی و ... مقاله، سهم عمده را بر عهده دارد و نیز مسئولیت هر گونه ایراد قانونی و رعایت ضوابط بر عهده وی می‌باشد.
- حقوق نویسندگان و داوران**
- اطلاعات شخصی نویسندگان برای عوامل اجرایی و اعضای تحریریه مجله محرمانه بوده و از آن محافظت می‌شود.
- داوری مقالات توسط داوران، بدون اطلاع از نام نویسندگان انجام می‌گردد.
- نام داوران مقاله، محفوظ است و به هیچ عنوان در اختیار نویسندگان قرار داده نمی‌شود.
- قانون کپی‌رایت**
- مقالات ارسالی نباید کپی‌برداری از آثار چاپ‌شده یا ترجمه آثار باشد و قبلاً در نشریه دیگری چاپ شده یا برای نشریه دیگری به طور همزمان ارسال شده باشد.
- در صورت تخلف نویسندگان، مطابق با ماده ۳ از فصل دوم قانون حمایت از حقوق پدیدآورنده (تأییدشده در وزارت علوم، تحقیقات و فناوری) رفتار خواهد شد.
- همپوشانی مقالات چاپ‌شده نویسنده یا نویسندگان تا ۱۰ درصد قابل قبول است و بیشتر از آن شامل قانون کپی‌رایت می‌گردد.

ارتباط جرایم علیه اموال با مفاهیم حقوق مدنی*

- حسین میرمحمدصادقی^۱
- علی رحمتی^۲

چکیده

تبیین برخی مسائل بنیادین حقوق کیفری با مراجعه به مفاهیم تثبیت‌شده حقوق مدنی امکان‌پذیر است. در این میان، با توجه به اینکه وجه مشترک «جرایم علیه اموال» آن است که همه آن‌ها منجر به نقض حقوق و منافع مالی اشخاص می‌شوند، این جرایم با مفاهیم حقوق مدنی (به ویژه حقوق قراردادها یا حقوق اموال و مالکیت)، ارتباط تنگاتنگ دارند. بدین ترتیب، برای محکوم کردن کسی به ارتکاب یکی از این جرایم ابتدا با استفاده از مفاهیم حقوق مدنی باید ثابت کنیم که شخص دیگری از یک حق مالی برخوردار بوده است و این حق توسط متهم نقض شده است. درباره این مسئله که آیا مفاهیم تثبیت‌شده حقوق مدنی می‌توانند در تبیین مسائل جزایی به ویژه جرایم مالی، نقش داشته باشند یا خیر، سه دیدگاه عمده

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۱۰/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۸/۸.

۱. استاد دانشگاه شهید بهشتی (drsadeghi128@yahoo.com).

۲. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول) (alirahmati_69@yahoo.com).

مطرح است. در این مقاله سعی شده است ضمن تحلیل هر یک از این سه نظریه، به مهم‌ترین مصادیق ارتباط جرایم مالی با مفاهیم حقوق مدنی پرداخته شود.

واژگان کلیدی: جرایم علیه اموال، مفاهیم حقوق مدنی، مسائل جزایی، حقوق و منافع مالی، تعلق مال به غیر.

مقدمه

در ارتباط با نقطه تلاقی حقوق جزا و حقوق مدنی، اشاره نخستین به مبحث «جرایم مالی»^۱ «یا جرایم علیه اموال»^۲ بوده است. دلیل این امر را می‌توان در این عبارت یافت: جرایم مالی مختلف، مشتمل بر دخالت در «حقوق و منافع مالی»^۳ اشخاص دیگر می‌باشند. بنابراین همواره لازم است مشخص سازیم که آیا اشخاص عملاً چنین حقوق و منفعی در اموال مورد نظر داشته‌اند یا خیر؟ پاسخ به پرسش مزبور در «مفاهیم تثبیت‌شده حقوق مدنی»^۴ از جمله مقررات مربوط به اموال و مالکیت، حقوق قراردادهای و یا شبه قراردادهای یافت می‌شود (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۱: ۷۷).

به عنوان مثال، برای محکوم کردن شخص به ارتکاب سرقت باید «تعلق مال به شخص دیگر»^۵ اثبات شود. پاسخ به این سؤال که آیا مال ربوده‌شده به شخص دیگر تعلق داشته است یا خیر، در چارچوب حقوق کیفری امکان‌پذیر نیست و این امر از طریق مراجعه به موازین و مفاهیم حقوق مدنی میسر می‌شود.^۶ حقوق مالکانه یا حقوق مالی اشخاص نیز در زمره حقوق بنیادینی است که از تأسیسات اصلی جامعه برای حمایت از شهروندان محسوب می‌شود و در بالاترین مرتبه قانون‌گذاری اکثر نظام‌های حقوقی به آن اشاره گردیده است.^۷

1. Property offences.
 2. Offences against property.
 3. Proprietary rights and interest.
 4. Established concepts of civil law.
 5. Property belonging to another person.
 6. *Debson v General Accident Fire and Life Assurance Corpn plc* [1989] 3 All ER 927 at 937, CA, per Bingham LJ.
 ۷. اصل ۴۶ قانون اساسی بیان می‌دارد: «هر کس مالک حاصل کسب و کار مشروع خویش است...».
- طبق اصل ۴۷ قانون اساسی نیز: «مالکیت شخصی که از راه مشروع باشد محترم است، شرایط آن را قانون معین می‌کند». همچنین در این زمینه می‌توان به ماده ۱۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ۱ پروتکل اول کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی اشاره کرد.

از همین رو، در کشورهای مختلف، عناوین مجرمانه متعددی (مثل کلاهبرداری، سرقت، خیانت در امانت و غیره) به منظور حمایت از این حقوق و منافع مالی پیش‌بینی شده است (Simester & Sullivan, 2005: 173). بنابراین به رغم استقلالی که حقوق کیفری از آن برخوردار است، حقوق مدنی با تعریف و تبیین حقوق و منافی که اشخاص از آن‌ها برخوردارند، قلمرو و چارچوبی را که حقوق جزا در آن فعالیت می‌کند، مشخص می‌سازد (See: Smith, 1972: 197; Williams, 1977: 127, 205, 327; Smith, 1994: 3-4). به طوری که هر گونه تغییر در قوانین مدنی می‌تواند دامنه شمول حقوق کیفری را نیز تحت تأثیر خود قرار دهد (Smith & Hogan, 2005: 891).

بدین ترتیب با توجه به چنین ارتباط تنگاتنگ و نزدیکی که جرایم علیه اموال با مفاهیم حقوق مدنی دارند، بحث و بررسی راجع به این جرایم از اهمیت و حساسیت خاصی برخوردار است و نیازمند ظرافت و دقت نظر ویژه، بیش از آنچه در سایر جرایم لازم است، می‌باشد (میرمحمدصادقی، *جرایم علیه اموال و مالکیت*، ۱۳۹۲: ۲۳).

نظر به جهات فوق، هدف مقاله حاضر، بررسی ارتباط حقوق جزا به ویژه جرایم مالی یا جرایم علیه اموال^۱ با مفاهیم تثبیت‌شده حقوق مدنی است. به این منظور، ابتدا مهم‌ترین نظریات موجود پیرامون نقش مفاهیم حقوق مدنی در تبیین جرایم مالی را تحلیل و ارزیابی می‌کنیم و سپس به بررسی مهم‌ترین مصادیق و نمونه‌های ارتباط جرایم مالی با مفاهیم حقوق مدنی می‌پردازیم.

۱. مهم‌ترین نظریات درباره نقش مفاهیم حقوق مدنی در تبیین جرایم مالی از آنجا که در نظام حقوقی ایران به مسئله به کارگیری مفاهیم حقوق مدنی در تبیین

۱. ذکر نکته‌ای در مورد اصطلاح به کار برده شده برای این جرایم ضروری به نظر می‌رسد و آن اینکه به استثنای جرم تخریب که می‌توان آن را از مصادیق جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی دانست نه جرایم علیه اموال، در سایر جرایم علیه اموال، صدمه و ضرری به خود مال زده نمی‌شود، بلکه صدمه به حقوق مالکانه اشخاص وارد می‌آید و به همین دلیل، برخی اصطلاح «جرایم مالی» را اصطلاح بهتری نسبت به اصطلاح «جرایم علیه اموال» می‌دانند (میرمحمدصادقی، *جرایم علیه اموال و مالکیت*، ۱۳۹۲: ۲۵). با این همه، در مقاله حاضر، تمامی این اصطلاحات از جمله جرایم علیه اموال و مالکیت، جرایم مالی و جرایم علیه حقوق مالی، به صورت مترادف به کار رفته‌اند.

مسائل جزایی توجه چندانی نشده است، رویه قضایی و نظریات کامل و جامعی پیرامون این مهم در ادبیات حقوقی ایران ملاحظه نمی‌شود. از همین رو، در این بخش به بیان و تحلیل نظریه‌های مهم و رایج درباره چگونگی نقش مفاهیم حقوق مدنی در تعیین مسائل جزایی در حقوق انگلستان خواهیم پرداخت.

به طور کلی، درباره این مسئله که آیا مفاهیم تثبیت‌شده حقوق مدنی می‌توانند در تبیین مسائل جزایی به ویژه جرایم مالی، نقش داشته باشند یا خیر، سه نظر عمده مطرح است: بنا بر نظر نخست، قضات در تبیین جرایم علیه اموال مثل سرقت، ناگزیرند که از این مفاهیم، همان‌گونه که در حقوق مدنی شناخته شده‌اند، استفاده کنند. نظر دوم حاکی از این مضمون است که قضات با ابداع تعاریف و تفاسیر جدیدی از مفاهیم شناخته‌شده حقوق مدنی، آن‌ها را جهت استفاده در جرایم مالی به کار می‌گیرند. مطابق نظر سوم، قضات و هیئت منصفه نه بر اساس مفاهیم تثبیت‌شده حقوق مدنی آن‌چنان که در مقررات مربوطه مطرح است و نه مطابق ابداعات و تفاسیر جدید خود از این مفاهیم، بلکه بنا بر «ادراک متعارف و مستقل» از مفاهیم مزبور، به این پرسش پاسخ می‌دهند و حدود جرایم مالی را مشخص می‌سازند. ذکر این نکته نیز ضروری است که بیشتر این نظریات، برخاسته از پرونده‌های متنوع و متعددی است که در کشور انگلستان راجع به جرایم علیه اموال و مالکیت مطرح شده است.

۱-۱. نظریه تأثیر مفاهیم حقوق مدنی، همان‌گونه که در حقوق مدنی

شکل گرفته‌اند، در تبیین جرایم مالی

برای تحقق یک جرم مالی باید شخصی غیر از مرتکب، از یک نوع منفعتی که قانوناً به رسمیت شناخته شده، در مال موضوع جرم برخوردار باشد؛ برای مثال، برای تحقق جرم سرقت، قطعاً باید مال مورد ربایش، متعلق به شخصی غیر از خود سارق باشد و یا طبق حقوق برخی از کشورها مثل انگلستان، شخص دیگر نوعی منفعت قانونی در مال مسروقه داشته باشد. بنابراین اگر شخص دیگری چنین منفعتی در مال مورد نظر نداشته باشد، جرمی به وقوع نپیوسته است.

از نظر طرفداران این دیدگاه، تعیین و تشخیص این مسئله از طریق ارجاع آن به

مفاهیم حقوق مدنی امکان‌پذیر می‌باشد. به عبارت دیگر این مفاهیم شناخته‌شده در حقوق مدنی است که نشان می‌دهد آیا مال مورد نظر متعلق به غیر می‌باشد یا خیر؟ (Treitel, 1981: 81). لرد هابوس^۱ از جمله طرفداران این نظریه در حقوق انگلستان می‌باشد که در یک رأی مخالف قوی در پرونده هینکس^۲ در سال ۲۰۰۰، تمام برخوردهای مبتنی بر نادیده گرفتن مفاهیم حقوق مدنی را ساده‌انگارانه و خطا دانست و آن‌ها را رد کرد (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۱: ۸۵). در پرونده واکر در سال ۱۹۸۴ نیز دادگاه استیناف، اجتناب‌ناپذیر بودن مراجعه به حقوق مدنی را مورد تأکید و تأیید قرار داد. در پرونده مذکور برای تصمیم‌گیری در مورد اینکه آیا مال موضوع آن پرونده متعلق به غیر بوده است یا خیر، قاضی محکمه مجبور شد که قانون فروش کالا^۳ مصوب ۱۹۷۹ را که واجد عناوین حقوق مدنی می‌باشد برای هیئت منصفه تشریح و به آن استناد نماید (همان: ۸۵).

در واقع طرفداران این نظریه معتقدند که مقررات مربوط به سرقت و سایر جرایم علیه اموال، عموماً برای تنظیم منافع مالی وضع گردیده‌اند. اینکه منافع را در حقوق مدنی به شیوه‌ای خاص تعریف کنیم و سپس آن تعریف را در حقوق کیفری نادیده بگیریم (چیزی که در پرونده هینکس اتفاق افتاد)، از آن رو که یکی از اهداف حقوق جزا محافظت و تأیید منافع مالی اخیرالذکر است که در حوزه‌های دیگر (مثل حقوق مدنی، حقوق اداری و...) تعریف می‌شود، در واقع اقدامی نابهنجار و دور از موازین انصاف خواهد بود (همان).

۲-۱. نظریه نادیده گرفتن مفاهیم حقوق مدنی در تبیین جرایم مالی

از نظر طرفداران دیدگاه فوق، یکی از مسائل مهم و اساسی در قلمرو حقوق کیفری، بحث مسئولیت کیفری می‌باشد. ضرورت و اهمیت حفظ حقوق و آزادی‌های فردی اقتضا دارد که لازمه تحمیل مسئولیت کیفری و مجازات متکی بر موضوعات اساسی (مثل قابلیت سرزنش^۴ و ایجاد ضرر و صدمه^۵) باشد نه مبتنی بر مسائل پیچیده، دقیق و

1. Lord Hobhouse.
2. R. v. Hinks, [2000] 4 All ER 833.
3. Sale of Goods Act.
4. Blame.
5. Harm.

بعضاً مورد اختلاف و قابل تغییر حقوق مدنی راجع به انتقال مالکیت، حقوق قراردادها و... (همو، ۱۳۹۰: ۸۵-۸۱).

از جمله طرفداران نظریهٔ مورد بحث، سر راسکیل^۱ می‌باشد که در یکی از تصمیمات مهم و بحث‌برانگیز مجلس اعیان دربارهٔ جرم سرقت در پروندهٔ موریس^۲ در سال ۱۹۸۴، تکیه کردن افراطی بر مفاهیم تخصصی حقوق مدنی را تقبیح نمود (همو، ۱۳۹۱: ۸۵). مطابق این نظریه، قاضی دادگاه کیفری در تبیین جرایم مالی، نیاز به استناد و ارجاع به سایر حوزه‌های حقوق مدنی و بحث قراردادها و مالکیت ندارد، بلکه می‌تواند به وسیلهٔ هیئت منصفه و بر اساس یک درک متعارف به مسئله پاسخ دهد.^۳ در واقع در این زمینه، اعضای هیئت منصفه با در نظر گرفتن شرایط و اوضاع و احوال پیرامون پروندهٔ پیش رو و با لحاظ تجمیع حقوق و منافع که بزه‌دیده در مال مورد نظر داشته، تعیین می‌نمایند که آیا متهم مرتکب جرم یا جرایمی شده است یا خیر. به عبارت دیگر، آیا مرتکب حسب اوضاع و احوال، قابلیت سرزنش و تحمل مجازات را دارد یا خیر؟

مجلس اعیان^۴ در پروندهٔ گومز^۵ در سال ۱۹۹۳، این نظریه را تأیید کرد. در این پرونده، متهم که دستیار مدیر فروشگاه‌های بود، به دروغ به مدیر گفته بود که دو چک ارائه شده از سوی یک فرد کلاهبردار معتبرند و در نتیجه معادل ۱۶ هزار پوند کالا به آن شخص شیاد داده شده بود. به رغم رضایت مالک نسبت به اخذ اجناس از سوی شخص شیاد، این کار تصاحب و از آن خود کردن محسوب شد. بنابراین ضرورت نداشت که متهم به شکل عینی کار غلطی انجام دهد و در واقع نیازی به ارتکاب عملی که مداخلهٔ سوء و ناروا در حقوق مالک باشد، وجود ندارد (همان: ۸۰).

اگرچه نقطهٔ مثبت دیدگاه مذکور این است که قضات دادگاه‌های کیفری را از

1. Lord Roskill.

2. Morris [1984] AC 320, [1983] 3 All ER 288 at 294, HL.

3. See: Baxter [1971] 2 All ER 359 at 363, CA; Morris [1984] AC 320, [1983] 3 All ER 288 at 294, HL.

4. House of Lords.

5. DPP v. Gomez [1993] AC 442, HL.

مراجعه مکرر به مفاهیم و نهادهای سایر حوزه‌های حقوق مثل حقوق مدنی که شاید قضات کیفری هیچ‌گونه تخصص و پیشینه مطالعاتی در آن نداشته باشند، رها می‌سازد، باید به این نکته نیز توجه شود که بی‌شک یکی از مهم‌ترین اهداف دسته‌بندی رشته‌های مختلف در حقوق، ایجاد همبستگی و رابطه متقابل بین این شاخه‌ها (اعم از حقوق جزا، حقوق مدنی، حقوق اداری و...) است تا زمینه اجرای عدالت به بهترین شکل ممکن فراهم شود. بدین سان اگر هدف از تنظیم مقررات کیفری راجع به جرایم علیه اموال، حمایت از منافع مالی است، بدون تردید با توجه به اینکه این منافع بر اساس مفاهیم شناخته‌شده حقوق مدنی به وجود می‌آیند، حقوق جزا نمی‌تواند به طور کلی نسبت به این مفاهیم بی‌توجه باشد. بنابراین همان طور که برخی از نویسندگان گفته‌اند، «جدایی کامل بین حقوق جزا و حقوق مدنی نه ممکن است و نه مطلوب» (Smith, 1972: 197).

۳-۱. نظریه ابداع تعاریف جدید از مفاهیم حقوق مدنی در تبیین جرایم

مالی

مدافعان این نظریه، دو رویکرد قبل را با هم جمع و میان آن‌ها تعادل ایجاد کرده‌اند. به همین دلیل، غیر منطقی نیست که بتوان آن را نظریه بینابین نامید. طبق این نظریه، قضات کیفری در تبیین مسائل جزایی به ویژه جرایم علیه اموال، از یک سو ملزم نیستند که به مفاهیم موجود در حقوق مدنی همان‌گونه که توسط مقنن مدنی تعیین شده است، رجوع کنند و از سوی دیگر برای استفاده از مفاهیم حقوق مدنی در صورت ضرورت و نیاز، هیچ مانعی را فراروی خود نمی‌بینند. شایان ذکر است که به اعتقاد طرفداران این نظریه، در صورتی که قاضی کیفری ارجاع به حقوق مدنی و استفاده از مفاهیم آن را برای پرونده پیش رو لازم دانست، در صورتی می‌تواند مفاهیم مزبور را در پرونده مطروحه به کار نبرد که آن‌ها را متناسب با اصول کلی حقوق جزا و اوضاع احوال حاکم بر پرونده کیفری مورد نظر، تجزیه و تحلیل نماید و مفاهیم نو و بدیعی از آن‌ها بسازد.

در این صورت، حقوق مدنی و مفاهیم و نهادهای موجود در آن می‌تواند قاضی کیفری را در جهت نیل به اهداف عدالت کیفری یاری نماید که مهم‌ترین آن‌ها،

حفاظت از حقوق و آزادی‌های افراد و اجرای عدالت می‌باشد؛ نه اینکه قاضی کیفری را به استفاده بی‌چون و چرا از مفاهیم بعضاً پیچیده و محدودکننده حقوق مدنی مقید نماییم.

ایراد وارد به این دیدگاه آن است که اگر پرونده‌ای با استفاده از مفاهیم شناخته‌شده حقوق مدنی به همان طریق که در حقوق مدنی به کار گرفته می‌شود، قاضی کیفری را در جهت اجرای عدالت، بهتر یاری نماید، آیا همچنان ابداع مفاهیم تازه و تبدیل مفاهیم حقوق مدنی به مفاهیم مورد نظر شخص قاضی ضرورت دارد؟ برخی از طرفداران این نظریه در مقام پاسخ بیان داشته‌اند که در صورت مطرح شدن چنین مواردی، دیگر قاضی کیفری الزامی به تغییر این مفاهیم ندارد و می‌تواند آن‌ها را به همان طریق که در حقوق مدنی وجود دارند، به کار برد (Simester & Sullivan, 2005: 176).

به اعتقاد لرد ستین در پرونده هینکس در سال ۲۰۰۰، در صورت وجود مغایرت میان مفاهیم حقوق مدنی و حقوق جزا، می‌توان گفت که این امر ناشی از نقص حقوق مدنی است (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۱: ۸۲). لیکن نظریه استفاده از مفاهیم حقوق مدنی، دیدگاه لرد ستین را کاملاً غیر قابل قبول می‌داند؛ زیرا معتقد است که هدف حقوق جزا در جرایم علیه اموال مثل سرقت، حکایت از منافع مالی است؛ این منافع بر اساس آموزه‌های حقوق مدنی به وجود می‌آیند و حقوق جزا باید از آموزه‌های حقوق مدنی تبعیت نماید؛ چرا که وقتی هیچ خطا و تقصیری از نظر حقوق مدنی رخ نداده است، قاضی کیفری نمی‌تواند با ابداع مفاهیم تازه، حکم به مسئولیت کیفری دهد. به علاوه، اعطای اختیار به مجریان عدالت کیفری برای تجزیه و تحلیل مفاهیم و معیارهای تثبیت‌شده حقوق مدنی، بیم اعمال نظرات سلیقه‌ای و متفاوت توسط قضات را ایجاد می‌کند.

بدین ترتیب با نگاهی به سه دیدگاه فوق می‌توان به این نتیجه رسید که نظریه نخست، یعنی استفاده از مفاهیم تثبیت‌شده حقوق مدنی، همان گونه که در حقوق مدنی شکل گرفته‌اند، نسبت به دو نظریه دیگر از قوت بیشتری برخوردار است و با اصول کلی حقوقی سازگارتر می‌باشد؛ زیرا از یک سو بر خلاف نظریه دوم، با ملزم ساختن مجریان عدالت کیفری به استفاده از مفاهیم و نهادهای شناخته‌شده سایر

حوزه‌های حقوق مثل حقوق مدنی، شرایط مناسب‌تری را برای تنظیم روابط اجتماعی افراد جامعه و اجرای عدالت فراهم می‌کند و از سوی دیگر بر خلاف نظریه سوم، با تعیین مفاهیم و معیارهای مشخص و تثبیت‌شده و نیز ممنوع کردن قضات از دخل و تصرف در این مفاهیم، شرایط اعمال سلیقه توسط آن‌ها را محدود می‌سازد.

۲. مهم‌ترین مصادیق ارتباط جرایم مالی با مفاهیم حقوق مدنی

پس از تحلیل و ارزیابی دیدگاه‌های سه‌گانه در ارتباط با چگونگی به کارگیری مفاهیم شناخته‌شده حقوق مدنی در تبیین مسائل جزایی، مباحث مربوط به این بخش را به مهم‌ترین مصادیق و ابعاد ارتباط جرایم مالی با مفاهیم تثبیت‌شده حقوق مدنی اختصاص می‌دهیم.

۱-۲. مفهوم مال در جرایم مالی

یکی از مهم‌ترین مفاهیم مشترک میان حقوق جزا و حقوق مدنی، مفهوم «مال» است. غالب نویسندگان حقوق کیفری، جرایمی مثل سرقت، کلاهبرداری و خیانت در امانت را از مصادیق بارز جرایم علیه اموال می‌دانند و در ارائه تعریفی از این جرایم صراحتاً به واژه «مال» اشاره می‌کنند. از طرف دیگر، ماده ۲۶۷ «قانون مجازات اسلامی» مصوب ۱۳۹۲، جرم سرقت را ربودن «مال» متعلق به دیگری تعریف می‌کند. همچنین بند الف ماده ۲۶۸ «قانون مجازات اسلامی» مصوب ۱۳۹۲، یکی از شرایط حد سرقت را این دانسته که «شیء مسروق شرعاً مالیت داشته باشد». لذا با شناسایی مفهوم «مال» از دیدگاه حقوق مدنی می‌توان گستره شمول جرایم علیه اموال را مشخص نمود. از منظر حقوق مدنی با تکیه بر فقه اسلامی، آنچه که واجد مالیت باشد و قابلیت دادوستد داشته باشد، مال تلقی می‌گردد؛ همچنان که در سایر نظام‌های حقوقی نیز همین معیار پذیرفته شده است (Bell & Parchomovsky, 2005: 67).

بدیهی است برای اینکه بتوانیم در مورد مالیت داشتن یا نداشتن یک شیء اظهار نظر نماییم، باید به مفاهیم حقوق مدنی راجع به مفهوم مال مراجعه کنیم؛ برای مثال، برای دانستن اینکه آیا ربودن یک عکس خانوادگی یا نامه‌های قدیمی و خاطره‌انگیز یک زن

و شوهر که فقط برای صاحبان آنها ارزشمند است، بی‌آنکه برای سایر اشخاص ارزش اقتصادی داشته باشد، سرقت محسوب می‌شود یا نه، باید به مفهوم «نسبی بودن مال» در حقوق مدنی مراجعه کنیم. بر اساس این مفهوم، برای اینکه یک شیء مالیت داشته باشد و در نتیجه، مال محسوب شود نیازی نیست که برای تمامی اشخاص ارزشمند باشد، بلکه همین اندازه که برای یک نفر ارزشمند باشد و وی حاضر باشد که در قبال آن پول بدهد، مالیت خواهد داشت. بنابراین ربودن این قبیل اشیا سرقت محسوب می‌شود.

همچنین گفتنی است از آنجا که تحقق جرم سرقت مستلزم ربودن است و ربودن اموال غیر منقول نیز ممکن نیست، لذا جرم سرقت نسبت به اموال غیر منقول قابل تحقق نیست. بدین ترتیب در اینجا نیز برای تمیز بین اموال منقول و غیر منقول باید به حقوق مدنی رجوع کرد. البته ماده ۱۲ قانون مدنی، اموال غیر منقول را به چهار دسته تقسیم کرده است: اموالی که ذاتاً غیر منقول هستند؛ اموالی که به واسطهٔ عمل انسان غیر منقول هستند؛ اموالی که در حکم غیر منقول هستند؛ اموالی که تابع غیر منقول هستند. با این همه، تنها اموال غیر منقول دستهٔ اول (غیر منقول ذاتی)، مشمول جرم سرقت قرار نمی‌گیرند. نتیجه اینک با نظر به کاربرد واژه «مال» در تعریف انواع و اقسام جرایم مالی، در صورتی که بخواهیم در تحلیل مفهوم آن در حقوق جزا از مفاهیم حقوق مدنی استفاده کنیم، ناگزیریم که اقسام مختلف مال را در آن داخل نماییم و در صورت تجمیع سایر عناصر و شرایط جرم مالی مورد نظر، جرم مزبور را نسبت به هر قسمی از مال، اعم از عین، منفعت، حق و یا حتی اموال غیر مادی محقق بدانیم؛ اما همچنان که پیشتر گذشت، قوانین و رویه قضایی موجود در ایران بر خلاف حقوق انگلستان، تحقق این جرایم را فقط نسبت به عین مال امکان‌پذیر می‌داند.

۲-۲. شرط تعلق مال به غیر در جرایم مالی

یکی از شرایط و اوضاع و احوال لازم برای تحقق جرایم علیه اموال (مثل سرقت، کلاهبرداری و خیانت در امانت و...) تعلق مال به غیر است^۱ و لازمهٔ تعیین تحقق یا

۱. لازم به ذکر است که عنصر مادی جرایم متشکل از سه جزء رفتار فیزیکی، شرایط و اوضاع و احوال و نتیجه حاصله می‌باشد. تعلق مال به غیر، یکی از شرایط و اوضاع و احوال جرایم علیه اموال محسوب می‌گردد (در این باره ر. ک: میرمحمدصادقی، *جرایم علیه اموال و مالکیت*، ۱۳۹۲: ۵۸-۹۰).

عدم تحقق چنین شرطی، مراجعه به مفاهیم و کلیات مربوط به حقوق مدنی به ویژه حقوق قراردادهای و حقوق مالکیت است (Smith & Hogan, 2005: 1991).

در واقع، در هر سه جرم سرقت، کلاهبرداری و خیانت در امانت، تعلق مال موضوع جرم به دیگری شرط تحقق جرم است. در حقوق ما بر خلاف حقوق انگلستان، منظور از تعلق مال به غیر، تعلق «عین» آن به دیگری (اعم از شخص حقیقی یا شخص حقوقی) است و «با توجه به رویه قضایی ایران، تعمیم مال به منافع و خدمات ممکن نیست» (حبیب‌زاده، ۱۳۹۱: ۱۴۹). در حالی که در حقوق انگلستان به لحاظ قوانین راجع به سرقت،^۱ مال متعلق به کسی محسوب می‌شود که از هر نوع منفعت یا حق مالکانه‌ای بر آن برخوردار باشد (Pary, 1989: 196). بنابراین ربودن عین مرهونه یا مال مورد اجاره توسط راهن یا موجر، طبق حقوق ایران سرقت محسوب نمی‌گردد، هرچند مرتتهن حق امساک داشته و مستأجر مالک منافع باشد یا اگر خریدار قبل از پرداخت ثمن، مبیع را از بایع ربوده و بدین وسیله وی را از حق حبس خود بر مبیع محروم سازد، عمل وی را نمی‌توان سرقت دانست (میرمحمدصادقی، جرایم علیه اموال و مالکیت، ۱۳۹۲: ۲۵۹)؛ زیرا به محض انعقاد عقد بیع، مالکیت مبیع به خریدار منتقل شده و بنابراین وی در واقع مال خود را برده است. بر همین اساس، اگر فردی مال متعلق به خود را که توسط مراجع ذیصلاح توقیف شده است، بریاید، به دلیل عدم وجود شرط «تعلق مال به غیر»، عملش طبق حقوق ایران سرقت محسوب نمی‌شود (حبیب‌زاده، ۱۳۸۸: ۳۵).^۲

۱. طبق بخش (۱) قانون سرقت انگلستان مصوب سال ۱۹۶۸، کسی مقصر به ارتکاب جرم سرقت خواهد بود که با سوءنیت، مال متعلق به غیر را به قصد محروم کردن دائمی وی از آن مال، از آن خود کند (تصاحب نماید). همان طور که ملاحظه می‌شود، رفتار فیزیکی مورد نیاز برای تحقق جرم سرقت در حقوق انگلستان، مفهوم کلی تصاحب می‌باشد. بخش (۱) قانون مذکور نیز تصاحب را به شکل فرض کردن حقوق مالک دیگر برای خود تعریف می‌کند. به عبارت دیگر، عنصر مادی به مفهوم تصاحب باعث می‌شود که در حقوق انگلستان، جرایمی مثل سرقت و خیانت در امانت و... با همدیگر همپوشانی پیدا کنند؛ زیرا در تمامی این جرایم، متهم حقوق مالک دیگر را برای خود فرض می‌کند.
۲. البته قانون‌گذار چنین عملی را بر اساس ماده ۶۶۳ قانون تعزیرات مصوب سال ۱۳۷۵ تحت عنوان جرم مستقل پیش‌بینی کرده است. طبق ماده مذکور، «هر کس عالمأ در اشیاء و اموالی که توسط مقامات ذیصلاح توقیف شده است و بدون اجازه دخالت یا تصرفی نماید که منافی با توقیف باشد ولو مداخله‌کننده یا متصرف مالک آن باشد به حبس از ۳ ماه تا ۱ سال محکوم خواهد شد».

از سوی دیگر، «حق حبس» بایع بر مبیع نیز طبق حقوق ایران، مال قابل سرقت تلقی نمی‌شود. اما در حقوق انگلستان -بر خلاف حقوق ایران- چنین حقوق و منافعی می‌تواند موضوع جرایم علیه اموال به ویژه سرقت قرار بگیرند؛ زیرا همان طور که قبلاً اشاره شد، در حقوق انگلستان منظور از تعلق مال به غیر، تعلق هر گونه منفعت یا حق مالکانه‌ای به غیر است. در واقع هدف مقررات راجع به سرقت در حقوق انگلستان، حمایت از مجموعه‌ای از منافع است که گسترده‌تر از صرف مالکیت می‌باشد و بنابراین بخش ۵ قانون سرقت انگلستان مصوب ۱۹۶۸، شرط تعلق به غیر را به شکلی گسترده و بعضاً ساختگی تعریف می‌کند (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۱: ۸۳). طبق بخش ۵ قانون مذکور، مال متعلق به هر یک از اشخاص مذکور محسوب می‌شود:

- ۱- شخصی که مال را متصرف بوده و یا آن را تحت کنترل دارد (بخش ۵-۱).
- ۲- شخصی که از هر نوع حق یا نفع مالکانه‌ای بر مال برخوردار است (بخش ۵-۱).
- ۳- در مورد اموال امانی (موضوع تراست) کسی که حق اجرای تراست را دارد (بخش ۵-۲).

۴- کسی که مالی را به دیگری می‌دهد و او را قانوناً متعهد می‌سازد که مال یا عواید آن را به شیوه‌ای مشخص مصرف نماید (بخش ۵-۳).

۵- کسی که اشتبهاً مال خود را از دست می‌دهد، در شرایط و اوضاع و احوالی که دریافت‌کننده قانوناً موظف به استرداد آن مال است (بخش ۵-۴).

بنابراین طبق حقوق انگلستان و با توجه به بخش ۵ قانون سرقت این کشور، حقوقی مثل حق اختراع، طلب، حق حبس بایع بر مبیع و نظایر آن، قابل دزدیده شدن می‌باشند و در نتیجه حتی اگر مالک عین مال با ربودن آن، دیگری را از حق یا منفعت مشروعی که نسبت به حال دارد محروم سازد مرتکب سرقت می‌گردد؛^۱ برای مثال، در پرونده‌ای که صاحب یک خودرو قبل از پرداخت صورت‌حساب تعمیرکار و برای فرار از پرداخت آن اتومبیل

۱. لازم به یادآوری است که در این زمینه، رویه قضایی برخی از کشورها مثل فرانسه همسو با موضع اتخاذی در نظام حقوقی ایران است که طبق آن، مطلق مال موضوع جرایمی مثل کلاهبرداری محسوب نشده است، لیکن به دلیل توسعه رفتارهای متقلبانه‌ای که منجر به تحصیل حقوق و منافع خاصی شده، رویه قضایی فرانسه نیز همانند حقوق انگلستان با استفاده از روش تفسیر موسع موفق شده است بسیاری از رفتارهایی را که حقوق و منافع مالی افراد را خدشه‌دار می‌سازد به عنوان کلاهبرداری تعقیب کند (حبیب‌زاده، ۱۳۹۱: ۱۴۹).

خود را شبانه و با استفاده از کلید یدکی از تعمیرگاه خارج کرده بود، به دلیل محروم ساختن تعمیرکار از آنچه که «حق حبس تعمیرکار»^۱ نامیده می‌شود، سارق محسوب شد.^۲

به عنوان نتیجه گیری در این قسمت می‌توان گفت که اگرچه طبق حقوق انگلیس، منافع موجود در مال منطقیاً باید به منافع مالی تعریف شده در حقوق مدنی اشاره داشته باشد، لیکن همان گونه که اشاره شد، در برخی پرونده‌ها (مانند پرونده هینکس)، حقوق جزای انگلیس آمادگی آن را دارد که شخصی را که عنوان مالکانه‌ای هم بر مال پیدا می‌کند سارق یا مرتکب دیگر جرایم مالی بداند (همان: ۹۸). البته برای تحقق یک جرم مالی توسط خود مالک، باید شخص دیگری از یک منفعت قانونی در آن مال برخوردار باشد. بنابراین اگر هیچ شخص دیگری چنین منفعتی در مال مورد نظر نداشته باشد،^۳ جرمی واقع نمی‌شود؛ زیرا مالک علی‌الاصول مختار است اموال خود را به هر نحوی که می‌خواهد مورد استفاده یا حتی سوءاستفاده قرار دهد (همان: ۷۷). بر خلاف موضع اتخاذ شده در حقوق انگلستان، طبق حقوق ایران، ارتکاب هیچ یک از جرایم علیه اموال توسط مالک عین مال قابلیت تحقق نخواهد داشت. با این وجود، به نظر می‌رسد تشخیص مالک عین مال برای تعیین جرایم علیه اموال لزوماً باید بر اساس معیارها و مفاهیم موجود در حقوق مدنی صورت پذیرد.

۳-۲. شرط وجود رابطه امانی قراردادی برای تحقق جرم خیانت در امانت

یکی دیگر از نقاط تلاقی حقوق جزا و حقوق مدنی در حوزه جرایم علیه اموال، شرط وجود رابطه امانی بین خائن و صاحب مال برای تحقق جرم خیانت در امانت است. توضیح اینکه یکی از شرایط و اوضاع و احوال تحقق جرم خیانت در امانت این است که مال موضوع جرم توسط مالک یا متصرف قانونی به امین سپرده شده باشد. به این ترتیب، قاضی کیفری برای تعیین تکلیف در مورد اینکه آیا رابطه امانی بین متهم به خیانت در امانت و مالک وجود داشته است و به عبارت دیگر، شرط سپرده شدن مال

1. Repairer lien.

2. Turner (NO. 2) 1971 (2) All ER 441.

۳. تشخیص اینکه آیا شخص دیگری از یک منفعت قانونی در آن مال برخوردار است یا خیر، در بسیاری از موارد بر عهده حقوق مدنی و مفاهیم تثبیت شده آن است.

به امین محقق گشته است یا نه، لازم است که حسب مورد به مفاهیم تثبیت شده در حقوق قراردادها مراجعه نماید. ماده ۶۷۴ «قانون تعزیرات» مصوب ۱۳۷۵ که عنصر قانونی جرم خیانت در امانت را تشکیل می دهد، بیان می دارد:

هر گاه اموال منقول یا غیر منقول یا نوشته‌هایی از قبیل سفته و چک و قبض و نظایر آن به عنوان اجاره یا امانت یا رهن یا برای وکالت یا هر کار با اجرت یا بی اجرت به کسی داده شده و بنا بر این بوده است که اشیای مذکور مسترد شود یا به مصرف معینی برسد و شخصی که آن اشیای نزد او بوده آن‌ها را به ضرر مالکین یا متصرفین آن‌ها استعمال یا تصاحب یا تلف یا مفقود نماید به حبس... محکوم خواهد شد.

بنابراین قضاات دادگاه‌های کیفری برای اینکه تعیین کنند که آیا عقودی مثل اجاره، ودیعه، رهن، وکالت و... منعقد شده است تا بر اساس آن حکم به تحقق جرم خیانت دهند، بی شک ناگزیر از مراجعه به مواد قانون مدنی راجع به این عقود هستند. همچنین از آنجا که فقط در صورت وجود رابطه امانی قراردادی، جرم خیانت در امانت محقق می شود و موارد امانت قهری یا قانونی، یعنی مواردی که مقنن شخصی را نسبت به مالی امین فرض کرده، بدون آنکه عملاً عنصر «دادن یا سپردن به قصد استرداد یا مصرف معین» وجود داشته باشد، جز در موارد مصرح، از شمول مقررات راجع به خیانت در امانت خارج است (همو، جرایم علیه اموال و مالکیت، ۱۳۹۲: ۱۸۳-۱۸۴)، لذا تمیز رابطه امانی قراردادی از رابطه قانونی و قهری، لازم و ضروری می باشد و بی تردید این امر بر عهده حقوق مدنی است.

۲-۴. انجام معامله صوری به عنوان یکی از مصادیق رفتار فیزیکی جرایم

رشاء و ارتشاء^۱

با توجه به مواد قانونی راجع به جرایم رشاء و ارتشاء (یعنی ماده ۳ «قانون تشدید

۱. در مورد جرایم رشاء و ارتشاء ذکر این نکته ضروری است که اگرچه با توجه به اینکه ارزشی که در این جرایم (به ویژه ارتشاء) مورد خدشه قرار می گیرد، سلامت نظام اداری است و به همین دلیل بهتر است که این جرایم را یک جرم علیه آسایش عمومی دانست نه یک جرم مالی (میرمحمدصادقی، جرایم علیه اموال و مالکیت، ۱۳۹۲: ۲۵)، لیکن از آنجا که به طور کلی جرایم مالی ناظر بر جرایم مرتبط با مال هستند و در جرایم رشاء و ارتشاء نیز مال وسیله جرم محسوب می شود، لذا از این نظر می توان آن‌ها را جرایم مالی دانست. از همین رو در مقاله حاضر نیز به جرایم رشاء و ارتشاء به عنوان یکی از مصادیق ارتباط جرایم مالی با مفاهیم حقوق مدنی اشاره شده است.

مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری» مصوب ۱۳۶۷ راجع به جرم ارتشاء، ماده ۵۹۲ «قانون تعزیرات» مصوب ۱۳۷۵ در مورد جرم رشاء، و ماده ۵۹۰ «قانون تعزیرات» مصوب ۱۳۷۵ در تبیین معنای رشوه) معلوم می‌شود که عمل فیزیکی لازم برای تحقق جرم رشاء عبارت است از دادن وجه یا مال یا سند، و عمل فیزیکی لازم برای تحقق جرم ارتشاء عبارت است از قبول کردن وجه یا مال یا سند. همچنین علاوه بر دادن و گرفتن (اخذ) مال یا سند، «انجام معامله صوری» با مبلغ غیر واقعی نیز می‌تواند به عنوان عمل فیزیکی جرایم رشاء و ارتشاء محسوب گردد (همو، جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، ۱۳۹۲: ۴۱۶).

با ذکر این مقدمه متوجه می‌شویم که آن قسمت از بحث جرایم رشاء و ارتشاء که مربوط به موضوع مورد مطالعه تحقیق حاضر است، ماده ۵۹۰ «قانون تعزیرات» و بحث انجام معامله صوری به عنوان رفتار فیزیکی جرم رشاء و ارتشاء می‌باشد. در واقع، در پی پاسخ به این سؤال هستیم که در تحلیل و تبیین واژه معامله مذکور در ماده ۵۹۰، آیا ما ناگزیر از مراجعه به مفاهیم تثبیت شده در حقوق مدنی راجع به بحث معامله هستیم یا خیر؟

در قسمت اول ماده مورد بحث، از انتقال مال و در قسمت آخر آن، از خریدن مال سخن به میان آمده است. در واقع معلوم نیست که منظور قانون‌گذار کدام یک از این دو واژه می‌باشد؛ چرا که «انتقال» واژه عام بوده و شامل عقود غیر از عقد بیع (خرید و فروش)، مثل عقد هبه، صلح و... نیز می‌گردد، حال آنکه واژه «خریداری» ظاهراً فقط عقد بیع را در بر می‌گیرد. البته به نظر می‌رسد که درج واژه «خریداری» در قسمت اخیر ماده ۵۹۰ «قانون تعزیرات» از روی مسامحه بوده است و در واقع هم انتقال دادن مال به کارمند دولت و هم انتقال یافتن از او می‌تواند با انعقاد هر عقدی اعم از بیع، هبه، صلح، اجاره و... صورت پذیرد.

سؤالی که در مورد ماده ۵۹۰ «قانون تعزیرات» به ذهن می‌رسد این است که آیا معامله‌ای که طبق ماده مذکور می‌تواند به عنوان عمل فیزیکی جرایم رشاء و ارتشاء تلقی گردد، باید صحیح باشد یا هر گونه معامله‌ای ولو بدون برخورداری از شرایط صحت معامله هم می‌تواند به عنوان رفتار فیزیکی این جرایم، مد نظر قرار گیرد؟ به

عبارت دیگر، آیا «انتقال مالکیت» مذکور در ماده ۵۹۰ باید تمام شرایط صحت معاملات تصریح شده در ماده ۱۹۰ «قانون مدنی» را داشته باشد یا خیر؟ در پاسخ به این سؤال بین حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد.

از نظر برخی، برای تحقق عمل فیزیکی مذکور در ماده ۵۹۰ «قانون تعزیرات» صرف انعقاد یک معامله مبتنی بر انتقال مالکیت کفایت می‌کند، حتی اگر طرفین معامله، شرایط صحت آن را رعایت نکرده باشند. به نظر آن‌ها، همان گونه که در صورت «خرید و فروش مواد مخدر» با وجود باطل بودن معامله به دلیل مالیت نداشتن مورد معامله و نامشروع بودن جهت معامله، جرم «خرید و فروش مواد مخدر» محقق می‌گردد، در جرایم رشاء و ارتشاء هم در صورت صحیح نبودن معامله باز هم جرم محقق می‌شود.

اشکالی که می‌توان بر این استدلال وارد کرد این است که در جرم خرید و فروش مواد مخدر، منظور قانون‌گذار از خرید و فروش، عقد بیع نیست، بلکه منظورش صرفاً این است که در ظاهر نقل و انتقال مواد مخدر اتفاق بیفتد. به عبارت دیگر، در جرم خرید و فروش مواد مخدر، امر به مواد مخدر و کنترل آن برمی‌گردد،^۱ در حالی که در جرایم رشاء و ارتشاء، مرتشی باید عملاً منتفع گردد و این انتفاع در صورتی انجام می‌پذیرد که معامله از شرایط صحت برخوردار باشد.

بر مبنای نظر دیگر می‌توان گفت که «تحقق جرم منوط به آن است که عملاً انتقال مالکیت صورت بگیرد. در غیر این صورت، اگر معامله انجام شده، به دلیل وجود یکی از موانع صحت معاملات در آن مثلاً موجود نبودن مبیع در بیع عین معین یا وجود شرط خلاف مقتضای عقد در آن یا مالک نبودن انتقال‌دهنده و یا هر دلیل دیگری، باطل و کأن لم یکن محسوب گردد» (همان: ۴۱۹-۴۱۸)، نمی‌توان حکم به تحقق جرم تام رشاء و ارتشاء داد.

نظر اخیر با مفاد ماده ۵۹۰ «قانون تعزیرات» سازگارتر است؛ چرا که در این ماده از واژه «انتقال» استفاده شده است و در صورتی این انتقال صورت می‌پذیرد که معامله

۱. در این زمینه در ادامه توضیحات بیشتری ارائه خواهیم کرد.

صحیح باشد. بنابراین بعید به نظر می‌رسد که اگر این انتقال عملاً صورت نگیرد بتوان حکم به تحقق جرایم رشاء و ارتشاء داد.

لازم به ذکر است که در این گونه موارد که معامله صحیح نیست و یک یا چند شرط از شرایط صحت را ندارد، می‌توان حکم به شروع جرایم رشاء و ارتشاء داد؛ زیرا اگرچه در چنین حالتی خرید و فروش یا انتقال دادن و انتقال یافتن به عنوان عمل فیزیکی لازم برای تحقق عنصر مادی جرم تام واقع نشده است، شرایط تحقق شروع به جرم مذکور در ماده ۱۲۲ «قانون مجازات اسلامی» مصوب ۱۳۹۲ وجود دارد.

بدین ترتیب معلوم می‌شود که هرچند در دادن مال یا وجه برای «تحقق جرم رشاء یا ارتشاء، مالکیت راشی نسبت به مالی که به عنوان رشوه می‌دهد شرط نیست و اگر راشی مال مسروقه را هم به عنوان رشوه بدهد از مصادیق رشاء می‌باشد»،^۱ لیکن در صورت انجام «معامله» (یعنی شق دوم عمل فیزیکی لازم برای تحقق عنصر مادی جرم) حتماً باید معامله صحیح باشد، به گونه‌ای که انتقال مالکیت صورت گیرد، وگرنه جرایم تام رشاء و ارتشاء واقع نخواهند شد (همان: ۴۱۹).

حالت پیچیده‌تر زمانی است که معامله انجام شده به دلایلی مانند عدم مالکیت انتقال‌دهنده یا تحت اکراه قرار داشتن مالک (شخص ثالث)، غیر نافذ باشد نه باطل. اکنون این سؤال مطرح می‌شود که در صورت تنفیذ بعدی مالک، آیا می‌توان حکم به تحقق جرایم رشاء و ارتشاء داد؟ و در فرض تحقق، از چه زمانی می‌توان این جرایم را محقق دانست؛ از زمان تنفیذ یا از زمان انعقاد معامله؟ به نظر می‌رسد با توجه به اینکه به موجب قانون ایران، رضای مالک کاشف می‌باشد نه ناقل، و باعث صحیح شدن معامله از همان زمان انعقاد می‌گردد،^۲ در این مورد نیز باید در صورت تنفیذ بعدی معامله از سوی مالک، جرایم رشاء و ارتشاء را از همان زمان انجام معامله محقق دانست (همان). بدیهی است که در چنین حالتی نمی‌توان تنفیذ بعدی از سوی مالک را از مصادیق معاونت در جرم دانست و در نتیجه مالک را به جرم معاونت در جرایم رشاء و ارتشاء محکوم نمود؛ چرا که یکی از شرایط تحقق معاونت، طبق تبصره ماده ۱۲۶ «قانون

۱. نظریه مشورتی شماره ۷/۱۵۶۴، مورخ ۱۳۷۳/۴/۱۸ اداره حقوقی قوه قضاییه.

۲. ماده ۲۰۹ قانون مدنی: «امضای معامله بعد از رفع اکراه، موجب نفوذ معامله است».

مجازات اسلامی» مصوب ۱۳۹۲، تقدم یا اقتران زمانی بین رفتار معاون و مرتکب جرم می‌باشد، حال آنکه در فرض مورد بحث، عمل و تنفیذ مالک بعد از ارتکاب جرم و مؤخر بر آن است. افزون بر اینکه مالک در این حالت صرفاً حق قانونی و شرعی خود را اعمال کرده است و بنابراین نمی‌توان وی را به ارتکاب جرمی محکوم کرد.

طبق حقوق انگلستان نیز یکی از مصادیق رفتار فیزیکی این جرایم می‌تواند انعقاد معامله با بهای غیر واقعی باشد که طبق رویه قضایی کشور مذکور، قضاوت برای تبیین مفهوم معامله، به مفاهیم تثبیت شده حقوق مدنی مراجعه می‌کنند (Smith, 1994: 801). ذکر این نکته نیز ضروری به نظر می‌رسد که اگرچه طبق حقوق ایران، جرم ارتشاء فقط توسط کارمند دولت قابل تحقق است و در واقع یکی از شروط تحقق جرایم رشاء و ارتشاء، کارمند دولت بودن مرتشی است، اما طبق موضع قدیم حقوق انگلستان، هرچند این جرم تنها در مورد مشاغل دولتی و عمومی پیش‌بینی شده بود، اخذ و اعطای حق‌العمل‌های مخفی از سوی عاملان یا سایر کسانی که از سوی اشخاص خصوصی وظایفی را بر عهده داشته‌اند، در حقوق مدنی به جای حقوق جزا مورد بحث واقع می‌شد؛^۱ مثلاً قراردادی که یک عامل تحت تأثیر بالفعل یا بالقوه رشوه منعقد می‌کرد، باطل محسوب می‌گشت (Goff & Jones, 1993: 65). جالب اینکه حتی امروز نیز در حقوق انگلستان، این جرم علاوه بر حقوق جزا با حقوق مدنی نیز ارتباط متقابل دارد؛ یعنی اینکه اگر از نظر حقوق مدنی، مالی که فرد دریافت کرده است متعلق به او محسوب شود نمی‌توان آن را رشوه دانست، هرچند گیرنده در کمال سوءنیت عمل کرده باشد. بنابراین اگر مثلاً کسی انعام قابل توجهی دریافت کند، این انعام را با توجه به اینکه به او تعلق دارد و نه به کارفرما،^۲ نمی‌توان رشوه محسوب کرد. البته این موضوع در عمل مشکل‌چندانی ایجاد نمی‌کند؛ زیرا معمولاً حقوق مدنی در این زمینه از حقوق جزا سختگیرتر است (Smith, 1994: 791).

۱. برای مثال در دعوی Mayor of Salford v. Iever 1 Q. B. 168 (1891) مقرر گشت که اصل می‌تواند مبلغ رشوه را از عامل دریافت داشته و به علاوه هم از او و هم از کسی که به او رشوه داده است خسارت بگیرد.

2. Hovenden & Sons v. Mill Hoff (1900) 83 LT 41.

۲-۵. جرایم واجد تناقض از منظر حقوق مدنی

گاه در حقوق جزا با جرایمی روبه‌رو می‌شویم که از دیدگاه حقوق مدنی واجد تناقض هستند؛ مانند «انتقال مال غیر»^۱ یا «خرید و فروش مواد مخدر یا مسکرات و سایر اشیای نامشروع»^۲ که هر یک جرمی را تشکیل می‌دهند. حال آنکه به علت عدم تعلق مال به انتقال‌دهنده در جرم «انتقال مال غیر»، و نامشروع بودن و غیر قانونی بودن مواد مخدر و مسکرات در جرم «خرید و فروش مواد مخدر یا مسکرات»، اساساً عقد بیع واقع نمی‌شود؛ زیرا چنین انتقالی یا هر معامله دیگری فاقد یکی از شرایط صحت خود است. در توجیه عناوین مذکور می‌توان گفت که منظور از «خرید و فروش» در این موارد، «اقدام به خرید و فروش» است و رفتار فیزیکی این دسته جرایم را اساساً «اقدام به خرید و فروش» تشکیل می‌دهد و نه «خرید و فروش»؛ زیرا خرید یا فروش، یک عمل حقوقی هستند و به جهت فقدان شرط صحت، اساساً قابلیت پدید آمدن در عالم حقوق را ندارند.^۳ به دیگر سخن، منظور قانون‌گذار از خرید و فروش در جرایم مذکور، عقد بیع نیست، بلکه منظور صرفاً این است که در ظاهر نقل و انتقال واقع شود.

در همین زمینه می‌توان به یک جرم دیگر و ارتباط آن با مفاهیم حقوق مدنی اشاره کرد و آن جرم «مداخله در اموال مسروق» است. توضیح اینکه طبق ماده ۶۶۲ «قانون تعزیرات» مصوب ۱۳۷۵، «هر کس با علم و اطلاع یا با وجود قرائن اطمینان‌آور به اینکه مال در نتیجه ارتکاب سرقت به دست آمده است آن را به نحوی از انحاء تحصیل یا مخفی یا قبول نماید یا مورد معامله قرار دهد»، به مجازات مقرر در این ماده محکوم

۱. جرم انتقال مال غیر یکی از مصادیق صور خاص جرم کلاهبرداری محسوب می‌شود. طبق ماده ۱ «قانون مجازات راجع به انتقال مال غیر» مصوب سال ۱۳۰۸، «کسی که مال غیر را با علم به اینکه مال غیر است به نحوی از انحاء عیناً یا منفعتاً بدون مجوز قانونی به دیگری منتقل کند کلاهبردار محسوب... می‌شود».

۲. برای نمونه ر.ک: مواد ۷۰۲ و ۷۱۲ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵؛ قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۸۹.

۳. به مانند دکان‌داری که او را فروشنده می‌خوانند از آن جهت که در دکان خود آماده فروختن است حال آنکه ممکن است تا به حال هیچ عقد بیعی را منعقد نکرده باشد. (محقق داماد، ۱۳۹۱: ۲۱۸).

می‌شود. همان طور که ملاحظه می‌شود، یکی از مصادیق رفتار فیزیکی جرم فوق، «مورد معامله قرار دادن مال مسروق» است. اکنون جای این سؤال است که آیا بطلان معامله انجام شده بین طرفین از لحاظ موازین حقوق مدنی، موجب عدم شمول ماده ۶۶۲ «قانون تعزیرات» مصوب ۱۳۷۵ می‌گردد یا خیر؟ آیا اصلاً امکان تحقق جرم «معامله اموال مسروق» به علت عدم تعلق مال به انتقال دهنده وجود دارد؟ در پاسخ باید گفت همان طور که در مورد جرایمی مانند «انتقال مال غیر» یا «خرید و فروش مواد مخدر» بیان شد، در جرم معامله اموال مسروق نیز منظور قانون گذار از معامله، عقد بیع یا سایر عقود مصرح در قانون مدنی نیست، بلکه منظور صرفاً این است که در ظاهر، معامله یا نقل و انتقال مال مسروق واقع شود و همین مقدار رفتار فیزیکی برای تحقق جرم مذکور کافی است.

بدین ترتیب، حتی اثبات عدم نفوذ معامله به دلیل عدم مالکیت انتقال دهنده یا بطلان معامله به هر دلیلی مثل عدم آگاهی طرفین معامله نسبت به ماهیت اموال، مانع تحقق جرم معامله اموال مسروق نمی‌شود. البته برای تحقق این جرم، مرتکب باید از سرقتی بودن اموال آگاه بوده یا حداقل ظن قوی در این باره داشته باشد (میرمحمدصادقی، جرایم علیه اموال و مالکیت، ۱۳۹۲: ۳۸۰)؛ برای نمونه، در پرونده انگلیسی «دولت علیه مکالموم»^۱ در سال ۱۹۷۱، هرچند متهم از محتوای چمدان‌های مسروقه اطلاع نداشت، به دلیل آگاهی وی نسبت به مسروقه بودن آن‌ها، به جرم مداخله در تفنگ‌های مسروقه موجود در این چمدان‌ها محکوم شد (برای آگاهی بیشتر در این باره، ر.ک: همو، ۱۳۷۶: ۱۳۱-۱۳۲). این در حالی است که عدم آگاهی طرفین معامله نسبت به ماهیت مال مورد معامله طبق موازین حقوق مدنی موجب بطلان معامله می‌گردد؛ زیرا به موجب بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی، یکی از شرایط صحت هر معامله‌ای، معین بودن موضوع مورد معامله برای هر یک از طرفین است. لازم به ذکر است که در این مورد، موضع حقوق ایران و انگلستان مشابه است.

بنابراین همان طور که ملاحظه می‌شود، در تبیین تمامی جرایم فوق (مثل انتقال مال

1. R. v. McCallum (1973).

غیر، خرید و فروش مواد مخدر، مسکرات و سایر اشیای نامشروع و مداخله در اموال مسروق)، حقوق جزا از مفاهیم حقوق مدنی همان گونه که در حقوق مدنی شکل گرفته‌اند، تأثیر نمی‌پذیرد. بدین ترتیب همان طور که گفتیم، اگرچه اصل بر این است که هر گاه مسائل جزایی از جمله جرایم علیه اموال، مرتبط با مفاهیم حقوق مدنی باشند، حقوق جزا باید برای تبیین آن‌ها به مفاهیم حقوق مدنی همان طور که در حقوق مدنی شکل گرفته‌اند، مراجعه نماید (نظریه اول)، لیکن در برخی موارد مانند مصادیق فوق، حقوق جزا، مفاهیم حقوق مدنی را نادیده می‌گیرد یا تعاریف جدیدی از مفاهیم مذکور ارائه می‌نماید. از این رو می‌توان گفت که در این موارد، از میان سه نظریه‌ای که در بخش اول نوشتار حاضر بررسی شد، حقوق جزا نظریه‌های دوم و سوم را اتخاذ می‌نماید.

ذکر این نکته نیز در مورد جرم انتقال مال غیر، ضروری است که یکی دیگر از ابعاد ارتباط جرم مذکور با مفاهیم حقوق مدنی، تفاوت آن با معامله فضولی (موضوع فصل پنجم - مواد ۲۴۷ تا ۲۶۳ - قانون مدنی) است. در این باره باید گفت:

آنچه جرم انتقال مال غیر را از معاملات فضولی صرف متمایز می‌سازد، علم انتقال‌دهنده به مستحقّ للغير بودن و نداشتن سمت در انتقال و به عبارت دیگر، سوء نیت انتقال‌دهندگان در ایراد ضرر به غیر است که ممکن است در همه معاملات فضولی وجود نداشته باشد (همان: ۱۳۶).

علاوه بر این:

در معامله فضولی، شخص فضول باید معامله را به نام مالک اصلی انجام دهد تا قابل تنفیذ باشد، در غیر این صورت هر گاه به نام خودش انجام دهد، دیگر نام آن معامله، معامله فضولی نبوده و از اساس باطل خواهد بود. در حالی که مورد اخیر می‌تواند انتقال مال غیر محسوب شود (همان).

در پایان لازم به ذکر است که مسائل جزایی و جرایمی که عناصر و مفاهیم حقوق مدنی در آن دخالت دارند، محدود به مصادیق بررسی شده در این نوشتار نیست، بلکه موارد دیگری نیز وجود دارد که مجال بررسی آن‌ها در این مقاله، به دلیل تمرکز بر روی جرایم علیه اموال نیست؛ مثلاً در بحث جرم زنا یا روابط نامشروع با رضایت، در صورتی

که مرتکبان این جرم مدعی داشتن رابطهٔ زوجیت باشند، بدیهی است که اثبات ادعای آن‌ها مبنی بر انعقاد عقد زوجیت باید در چارچوب مفاهیم و مقررات حقوق مدنی و حقوق قراردادهای، در ارتباط با عقد ازدواج صورت پذیرد.

نتیجه‌گیری

اگر هدف از شکل‌گیری علم حقوق، تنظیم روابط اجتماعی بین افراد و برقراری عدالت در جامعه است، بی‌شک باید بین شاخه‌های مختلف آن (اعم از حقوق جزا، حقوق مدنی، حقوق اداری و...) همبستگی و رابطهٔ متقابل وجود داشته باشد تا راه را برای نیل به مقصود مورد نظر هموار سازد. از همین رو است که هدف قوانین و مقررات راجع به جرایم علیه اموال، حمایت از حقوق و منافع مالی است. این حقوق و منافع نیز بر اساس مفاهیم شناخته‌شدهٔ حقوق مدنی به وجود می‌آیند. به همین جهت، حقوق جزا باید برای تبیین این جرایم و تعیین ارکان تشکیل‌دهندهٔ آن‌ها، از آموزه‌های حقوق مدنی تبعیت نماید.

به عبارت دیگر، نظریهٔ استفاده از مفاهیم تثبیت‌شدهٔ حقوق مدنی، همان‌گونه که در حقوق مدنی شکل گرفته‌اند (نظریهٔ اول)، از یک سو با ملزم ساختن مجریان عدالت کیفری به استفاده از مفاهیم و نهادهای شناخته‌شدهٔ سایر حوزه‌های حقوق مثل حقوق مدنی، شرایط مناسب‌تری را برای تنظیم روابط اجتماعی افراد و اجرای عدالت کیفری در جامعه فراهم می‌کند و از سوی دیگر با تعیین مفاهیم و معیارهای ثابت و شناخته‌شده و ممنوع کردن قضاات از دخل و تصرف در این مفاهیم، امکان اعمال نظرات شخصی و سلیقه‌ای را محدود می‌سازد. بنابراین به رغم استقلالی که حقوق کیفری از آن برخوردار است، حقوق مدنی با تعریف و تبیین حقوق و منافی که اشخاص از آن‌ها برخوردارند، چارچوب و زمینه‌ای را که حقوق جزا در آن فعالیت می‌کند، مشخص می‌سازد. از همین رو، از آنجا که تمامی جرایم علیه اموال به نقض حقوق و منافع مالی اشخاص منجر می‌شوند، لذا قبل از محکوم کردن کسی به ارتکاب یکی از این جرایم، ابتدا لازم است که با مراجعه به مفاهیم تثبیت‌شدهٔ حقوق مدنی مثل مقررات مربوط به اموال و مالکیت، حقوق قراردادهای و شبه قراردادهای و...، اولاً مشخص نماییم که آیا این

اشخاص، چنین حقوق و منافی در اموال مورد نظر داشته‌اند و ثانیاً آیا این حقوق یا منافع توسط مجرم نقض شده است یا خیر؟

با وجود این، حقوق جزا برای تبیین برخی از جرایم مانند انتقال مال غیر بدون مجوز قانونی، خرید و فروش مواد مخدر یا سایر اشیای نامشروع و معامله اموال مسروق، ناچار است مفاهیم تثبیت‌شده حقوق مدنی را نادیده بگیرد (نظریه دوم) یا خود تعاریف جدیدی از این مفاهیم ارائه نماید (نظریه سوم)؛ زیرا در صورتی که بخواهد با همان مفاهیم شناخته‌شده حقوق مدنی به تبیین این جرایم و تعیین عناصر متشکله آنها بپردازد، با یک تناقض آشکار مواجه می‌شود؛ به این صورت که به علت عدم وجود یکی از شرایط صحت معامله (مثل عدم مالکیت انتقال‌دهنده یا غیر قانونی بودن موضوع معامله)، اساساً امکان تحقق رفتار فیزیکی جرایم مذکور وجود ندارد. بنابراین حقوق جزا بدون توجه به موازین حقوق مدنی، منظور از معامله (به عنوان رفتار فیزیکی این جرایم) را صرفاً این می‌داند که در ظاهر، نقل و انتقال مال موضوع جرم رخ دهد.

کتاب‌شناسی

۱. حبیب‌زاده، محمدجعفر، *تحلیل جرایم کلاهبرداری و خیانت در امانت در حقوق کیفری ایران*، چاپ سوم، تهران، دادگستر، ۱۳۹۱ ش.
۲. همو، *جرایم علیه اموال*، چاپ سوم، تهران، سمت، ۱۳۸۸ ش.
۳. محقق داماد، سیدمصطفی، *قواعد فقه (بخش مدنی)*، چاپ سی و پنجم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۱ ش.
۴. میرمحمدصادقی، حسین، *تحلیل مبانی حقوق جزای عمومی (ترجمه و توضیح)*، تهران، جنگل، ۱۳۹۰ ش.
۵. همو، *جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی*، چاپ بیست و چهارم، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۶. همو، *جرایم علیه اموال و مالکیت*، چاپ سی و هشتم، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۷. همو، *مبانی حقوق جزای اختصاصی انگلستان و نقش حقوق جزا در جامعه (ترجمه)*، تهران، جنگل، ۱۳۹۱ ش.
۸. همو، *مروری بر حقوق جزای انگلستان (ترجمه و توضیح)*، تهران، حقوق دان، ۱۳۷۶ ش.
9. Bell, Abraham & Gideon Parchomovsky, "A Theory of Property", *Cornell Law Review*, Vol. 90, 2005, U of Penn, Inst. for Law & Econ Research Paper 04-05.
10. Goff, Robert & Gareth Jones, *The Law of Restitution*, London, 4th ed., 1993.
11. Pary, J., *Offences against Property*, London, Waterloo Pub, 1989.
12. Simester, A. P. & G. R. Sullivan, "On the Nature and Rationale of Property Offences", *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law*, by: R. A. Duff & S. Green (eds.), Oxford University Press, 2005.
13. Smith A. T. H., *Property Offences*, London, Sweet and Maxwell Pub, 1994.
14. Smith, J. C. & Brian Hogan, *Criminal Law*, Oxford University Press, 11th ed., 2005.
15. Smith, J. C., "Civil Law Concept in the Criminal Law", *The Cambridge Law Journal*, Vol. 31, No. 1, 1972.
16. Treitel, G. H. , "Contract and Crime", *Crime, Proof and Punishment: Essays in Memory of Sir Rupert Cross*, by: Colin Tapper (ed.), 1981.
17. Williams, G., "Theft, Consent and Illegality", *Criminal Law Journal*, Vol. 127, 1977.

تحلیل جرم

«اخلال در نظام اقتصادی کشور»

از طریق قبول سپرده اشخاص در حقوق ایران*

- حسین سمیعی زنوز^۱
- محمدجعفر حبیب‌زاده^۲
- محمود صابری^۳

چکیده

قانون مجازات اخلالگران در نظام اقتصادی کشور به منظور مقابله با مجرمان اقتصادی در سال ۱۳۶۹ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. بند «ه» از ماده ۱ این قانون، قبول سپرده اشخاص منتهی به حیف و میل اموال مردم یا اخلال در نظام اقتصادی کشور را جرم‌انگاری کرده است. شرایط تحقق بزه فوق، شرایط شمول عنوان افساد فی الارض بر رفتار مرتکب و تعدد معنوی عنوان مذکور با عناوین مجرمانه‌ای همچون کلاهبرداری و اشتغال غیرمجاز به عملیات بانکی، دارای ابهاماتی است که نیازمند تحلیلی نقادانه و همه‌جانبه است.

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۹/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۸/۸.

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تربیت مدرس (نویسنده مسئول) (h.samie1987@gmail.com).

۲. استاد دانشگاه تربیت مدرس (habibzam@modares.ac.ir).

۳. استادیار دانشگاه تربیت مدرس (m.saber@modares.ac.ir).

این نوشتار در پی پاسخ‌گویی به این پرسش اساسی است که آیا با وجود عناوین مجرمانه‌ای همچون کلاهبرداری، عنوان مجرمانه‌ی اخلال در نظام اقتصادی کشور از طریق قبول سپرده‌ی اشخاص، مجالی برای استناد در محاکم می‌یابد؟

تحلیل قوانین و مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی و بررسی رویه قضایی مشخص می‌سازد که به دلیل ابهامات موجود در تعریف برخی واژگان کلیدی در متن قانون مجازات اخلالگران در نظام اقتصادی کشور و دشواری احراز عناصر تشکیل دهنده بزه فوق، عنوان مجرمانه مندرج در بند «ه» ماده ۱ قانون مذکور با وجود عناوین مجرمانه مذکور در قانون تشدید مجازات مرتکبان ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری ۱۳۶۷ و همچنین ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، مجال چندان برای استناد در محاکم نیافته‌اند، از این رو جرم‌زدایی آن پیشنهاد می‌گردد.

واژگان کلیدی: نظام اقتصادی کشور، قبول سپرده، افساد فی الارض، عملیات بانکی، قصد ضربه زدن به نظام جمهوری اسلامی ایران، شرکت مضاربه‌ای.

مقدمه

در برخی موارد، جرم‌انگاری در حوزه فعالیت‌های اقتصادی، متأثر از بحران‌های پیش آمده در جامعه و در مقام پاسخ‌گویی به انتظارات عمومی در مبارزه و مقابله با این بحران‌ها بوده است که دلیل این امر به طور معمول، دخالت دادن عواطف و احساسات قانون‌گذار در تصویب یک قانون و عوام‌زدگی قانون‌گذار و بهره‌نداشتن از یافته‌های علم جرم‌شناسی است (روستایی، ۱۳۸۸: ۵). در بیشتر کشورها، جرم‌انگاری در حوزه فعالیت‌های اقتصادی، بیانگر نوعی واکنش سیاسی به دغدغه‌های جمعی در مورد رفتارهای نابهنجاری است که از طریق تبلیغات رسانه‌های جمعی در کانون توجه مخاطبان قرار می‌گیرند (Ashworth & Horder, 2013: 23).

در راستای همین رویکرد، در اواخر دهه شصت در ایران، افزایش انجام عملیات بانکی خارج از نظام بانکی و تأسیس شرکت‌هایی موسوم به «شرکت‌های مضاربه‌ای»^۱

۱. شرکت‌های مضاربه‌ای با توسل به عقود بانکی و اسلامی همچون مضاربه و مشارکت مدنی و با دادن وعده سودهای کلان در کوتاه‌مدت، سپرده‌های کلان سرمایه‌گذاران را جذب کرده و چند برابر آن را وام می‌دادند یا ماهانه سود پرداخت می‌کردند و برخی از آن‌ها بعد از مدتی با حیف و میل اموال سپرده‌گذاران متواری می‌شدند. در اوایل دهه هفتاد و بعد از طرح شکایت‌هایی علیه آن‌ها و فضا سازی مطبوعاتی، اغلب آن‌ها ورشکسته شدند. مدیر یکی از معروف‌ترین آن‌ها به اتهام کلاهبرداری و اخلال در نظام اقتصادی کشور و افساد فی الارض به اعدام محکوم شد و این مجموعه‌ها برای مدتی از گردونه اقتصادی کشور خارج شدند.

که از طریق جمع‌آوری سپرده‌های نقدی مردم، اقدام به انجام عملیات بانکی همچون اعطای وام و نظایر آن می‌کردند و در بسیاری مواقع علاوه بر حیف و میل اموال افراد یا سودجویی‌های مختلف، نظم اقتصادی کشور و قدرت کنترل دولت بر منابع اقتصادی را بر هم می‌زدند، در کنار برخی زمینه‌های دیگر، موجب شتاب‌زدگی قانون‌گذار در تصویب «قانون مجازات اخلا لگران در نظام اقتصادی کشور»^۱ با ضمانت اجراهای سنگین به منظور مقابله با مفسدان اقتصادی شد. در همین راستا، بند «ه» از ماده ۱ قانون فوق، قبول سپرده کلان اشخاص منتهی به حیف و میل اموال یا اخلال در نظام اقتصادی کشور را جرم‌انگاری و مجازات‌های سنگینی تا سرحد اعدام نیز برای آن پیش‌بینی کرد:

وصول وجوه کلان به صورت قبول سپرده اشخاص حقیقی یا حقوقی تحت عنوان مضاربه و نظایر آن که موجب حیف و میل اموال مردم یا^۲ اخلال در نظام اقتصادی کشور شود....

برای تحقق بزه فوق، فرد یا افرادی اغلب به صورت سازمان‌یافته و با تبلیغات موهوم و دادن وعده‌هایی واهی نظیر پرداخت سودهای کلان در کوتاه‌مدت، اقدام به جذب وجوه نقدی اشخاص در سطح وسیع، در قالب عقود همچون مضاربه و مشارکت مدنی کرده و سپس همراه با وجوه مأخوذه متواری شده و زمینه حیف و میل اموال مردم را فراهم می‌نمایند. در این میان، حجم وجوه مأخوذه از اشخاص به اندازه‌ای کلان است که موجب اخلال در نظام اقتصادی کشور می‌شود. تحلیل ارکان متشکله رفتار مجرمانه فوق، معرف رفتار مجرمانه موضوع مقررۀ اخیر خواهد بود.

۱. این انتقاد وارد است که اخلال و اختلال در نظم عمومی از عناصر تشکیل‌دهنده بزه محسوب می‌شود و در حقیقت در تعریف آن می‌گنجد. پس قانون‌گذار نباید از این عنوان در تدوین قانون استفاده نماید. در ادامه به لحاظ رعایت اختصار، قانون مجازات اخلا لگران در نظام اقتصادی کشور، با عبارت اختصاری «ق.م.ا.ن.ا.ک.» (۱۳۶۹)، قانون تشدید مجازات مرتکبان ارتشا، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۹ با عبارت اختصاری «ق.ت.م.ا.ا.ک.» (۱۳۶۷) و قانون تنظیم بازار غیر متشکل پولی مصوب ۱۳۸۳ با عبارت «ق.ت.ب.غ.م.ب.» (۱۳۸۳) مورد تصریح قرار می‌گیرند.
۲. همان‌طور که در ادامه می‌آید، استفاده قانون‌گذار از حرف «یا» میان دو عبارت «حیف و میل اموال مردم» و «اخلال در نظام اقتصادی کشور» را باید حمل بر مسامحه قانون‌گذار نمود و تحقق توأمان هر دو نتیجه فوق را برای تحقق جرم اخلال در نظام اقتصادی کشور ضروری دانست.

نوشتار حاضر به تحلیل ارکان متشکله جرم وصول وجوه کلان به صورت قبول سپرده اشخاص، منتهی به حیف و میل اموال مردم یا اخلال در نظام اقتصادی کشور می‌پردازد و با مراجعه به مشروح مذاکرات مجلس ناظر بر تصویب قانون مذکور و همچنین رویه قضایی موجود و تعامل عنوان مجرمانه مذکور با عناوین مجرمانه‌ای نظیر کلاهبرداری و اشتغال غیر مجاز به عملیات بانکی، در صدد پاسخ به این پرسش است که آیا ادامه حیات عنوان مجرمانه مذکور ضروری است یا خیر؟

برای پاسخ به این پرسش، مقاله حاضر در سه گفتار سامان یافته است. در گفتار نخست، ارکان تشکیل دهنده جرم اخلال در نظام اقتصادی کشور از طریق قبول سپرده اشخاص مورد تحلیل قرار می‌گیرد. در گفتار دوم تعدد معنوی جرم مذکور یا عناوین مجرمانه کلاهبرداری و اشتغال غیر مجاز به عملیات بانکی بررسی می‌شود. گفتار پایانی نیز به ارزیابی مجازات مقرر برای جرم اخلال در نظام اقتصادی کشور از طریق قبول سپرده اشخاص اختصاص یافته است.

۱. تحلیل ارکان تشکیل دهنده

ارکان جرم، عناصر و اجزایی هستند که اساس و کیان جرم را تشکیل داده و تحقق جرم منوط به اجتماع آنهاست و در صورت فقدان هر یک از آنها، جرم قانوناً تحقق نمی‌یابد. بیشتر حقوق دانان ایرانی، تحقق جرم را منوط به اجتماع ارکان سه‌گانه قانونی، مادی و روانی دانسته و معتقدند که در صورت فقدان هر یک از آنها، جرمی به وقوع نمی‌پیوندد.

در مقابل، برخی دیگر از حقوق دانان با عنایت به حاکمیت اصل قانونی بودن جرم و مجازات، معتقدند که رکن قانونی در طول ارکان مادی و روانی قرار داشته و تحلیل رکن قانونی هم‌عرض ارکان مادی و روانی جرم صحیح نیست (استفانی و لواسور و بولوک، ۱۳۸۳: ۳۰۸/۱). در ادامه با تبعیت از دیدگاه اخیر، از بیان مطالب مرتبط با رکن قانونی جرم اجتناب گردیده و تنها ارکان مادی و روانی بزه اخلال در نظام اقتصادی کشور از طریق قبول سپرده اشخاص مورد تحلیل قرار می‌گیرد.

۱.۱. رکن مادی

در این قسمت، رکن مادی بزه اخلال در نظام اقتصادی کشور از طریق قبول سپرده اشخاص مورد تحلیل قرار می‌گیرد. مباحث مرتبط با عنصر مادی جرم، تحت سه عنوان رفتار فیزیکی، شرایط لازم برای تحقق جرم و نتیجه مجرمانه مورد بحث قرار می‌گیرند.

۱.۱.۱. رفتار فیزیکی

وصول و جمع‌آوری وجوه از مردم، رفتار فیزیکی لازم برای تحقق این جرم است. وصول وجوه از اشخاص، اغلب با انجام مانورهای متقلبانه و تبلیغات موهوم و گسترده صورت می‌پذیرد؛ به نحوی که افراد با اراده خویش و چه‌بسا با اصرار و به امید کسب سود فراوان در کوتاه‌مدت، وجوه و پول‌های خود را نزد این اشخاص و مؤسسات سپرده‌گذاری می‌نمایند.

۱.۱.۲. شرایط لازم برای ارتکاب جرم

وجود چهار شرط مهم برای تحقق این جرم ضروری است:

۱. با توجه به اینکه کلمه «وجوه» ظهور در پول دارد، شرط نخست تحقق بزه فوق، «وجه تلقی شدن اموال دریافتی از مردم» است. بنابراین دریافت اموال منقول و غیرمنقول و اشیای قیمتی از مردم همچون طلاهای مردم از شمول این ماده خارج است (زراعت، ۱۳۹۱: ۴۰۱).

۲. شرط دوم تحقق بزه فوق که ناظر بر موضوع جرم است، «کلان بودن وجوه» دریافتی است. شرط کلان بودن وجوه دریافتی نیز معیار مبهمی است که سبب تفاسیر متفاوت قضایی و صدور آرای متعارض در موارد مشابه می‌شود. چنین امری خلاف اصل قانونی بودن جرم و مجازات و اصل شفافیت در قانون‌نویسی است؛ برای مثال ممکن است که یک قاضی، دریافت ده میلیارد تومان از مردم در قالب سپرده را کلان محسوب کند و قاضی دیگر در خصوص دریافت همین میزان وجه، نظر خلاف داشته باشد. با عنایت به اختیار و نه تکلیف مرجع قضایی در جلب نظر مراجع ذی‌ربط برای احراز عمده و کلان بودن وجوه دریافتی و با توجه به امکان تحمیل مجازات‌های سنگینی چون اعدام برای رفتار مجرمانه فوق، وجود ابهامات این‌چنینی که موجد تفاسیر

متفاوت و تشتت در آرای قضایی است، غیر قابل توجیه است.

مراجعه به مشروح مذاکرات مجلس در خصوص تصویب ق.م.ا.ن.ا.ک. (۱۳۶۹) مشخص می‌سازد که تعریف معیار کلان و عمده و تعیین حدود و ثغور آن در قانون، دغدغه برخی نمایندگان مجلس نیز بوده است.^۱

۳. شرط سوم اینکه وجوه باید به عنوان سپرده تودیع شوند. در اغلب موارد، سپرده گذاری در قالب عقود همچون مضاربه، مساقات و مزارعه انجام می‌شود. حتی در مواردی که سپرده گذار قصد مشارکت ندارد، طرفین به منظور انصرافِ تهمت رباخواری از خود، به صورت ظاهری مبادرت به تنظیم قرارداد مشارکت می‌نمایند. کلیه عقود فوق، مشمول عقد مشارکت مدنی (در مفهوم عام) هستند.

شرکت مدنی در دو معنای عام و خاص^۲ به کار می‌رود. در معنای عام، «شرکت» عقدی است که به موجب آن دو یا چند شخص به منظور تصرف مشترک و تقسیم سود و زیان و گاه مقصد دیگر، سرمایه یا کار خود را در میان می‌نهند تا به سود مشاع یا مشترک نائل آیند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۹۹).

در این تعریف علاوه بر عقود معینی از قبیل مضاربه، مزارعه، مساقات و عقد شرکت موضوع ماده ۵۷۱ قانون مدنی، برخی از قراردادهای دیگری که در قالب عقود معینه مذکور در قانون مدنی نمی‌گنجد، مشمول عقد شرکت هستند. بنابراین هر قراردادی که به وسیله طرفین به قصد تحصیل سود و بر اساس اصل آزادی و حاکمیت

۱. یکی از نمایندگان مجلس سوم در صحن علنی مجلس اظهار می‌دارد: «... نوشته‌اند "به صورت عمده". این را باید تعریف می‌کردند؛ یعنی لااقل مقدارش را می‌گفتند که آقا از این مقدار به بالا عمده است. تبصره‌ای هم شما نیاوردید که بیان بکنید. شما فقط گفته‌اید قاضی تشخیص می‌دهد که کجا کلان است، کجا عمده است و کجا عمده و کلان نیست. اینکه برادر من نمی‌شود. آن وقت به عدد قضات دادگاه‌های این مملکت، شما تشخیص‌های گوناگون در رابطه با کلان و عمده خواهید داشت. ما که نمی‌خواهیم در مملکت تعارض و تناقض در آرا و این چیزها ایجاد کنیم. این وظیفه و شأن مجلس است که عمده و کلان را لااقل ببیند و حداقل و حداکثرش را بیان بکند... اگر قاضی اشدالمعاقبین باشد یک جور برخورد می‌کند. ارحم الراحمین باشد یک جور دیگر برخورد می‌کند. باید "کلان" مشخص بشود...» (روزنامه رسمی، ۱۳۶۹/۴/۲۷: ش ۶۸/۱۳۳۴۸).

۲. تعریف شرکت در مفهوم خاص خود در ماده ۵۷۱ قانون مدنی آمده است: «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه».

اراده، موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی منعقد گردد، در چهارچوب عقد شرکت در معنای عام قرار دارد.

عقد شرکت مدنی در معنای خاص در ماده ۵۷۱ قانون مدنی بدین شرح تعریف شده است:

شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه.

۴. شرط دیگر تحقق بزه فوق، دریافت وجوه از «مردم» است. نظر به اینکه قانون‌گذار در ابتدای بند «ه» از ماده نخست ق.م.ا.ن.ا.ک. (۱۳۶۹)، وصول وجوه کلان به صورت قبول سپرده اشخاص حقیقی یا حقوقی را در زمره شرایط تحقق جرم شمرده است، باید کلمه مردم را علاوه بر اشخاص حقیقی، شامل اشخاص حقوقی نیز دانست؛ با این قید که کلمه مردم ظهور در اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی خصوصاً دارد. بنابراین وصول وجوه کلان از وزارتخانه‌ها، ادارات، سازمان‌ها و شرکت‌هایی که اکثریت سهام آن‌ها متعلق به دولت است، تحت عنوان بزه فوق، تحت تعقیب و مجازات قرار نمی‌گیرد. در صورت اجتماع سایر شرایط، ممکن است که چنین رفتاری تحت عناوین مجرمانه‌ای نظیر اختلاس، کلاهبرداری یا تحصیل مال از طریق نامشروع، قابل تعقیب کیفری و مجازات باشد.

۱-۳. نتیجه مجرمانه

بزه مذکور، مقید به نتیجه بوده و حصول نتیجه یعنی «حیف و میل اموال مردم» و «اخلال در نظام اقتصادی کشور» برای تحقق جرم موصوف ضروری است. بنابراین وصول وجوه کلان از مردم به قصد اتلاف و به یغما بردن وجوه یا اخلال در نظام اقتصادی، اگر در اثر دخالت عوامل خارج از اراده، به نتایج مقصود منتهی نگردد، اقدام مرتکب را می‌توان تحت عنوان شروع به جرم، تحت تعقیب و مجازات قرار داد.

استفاده از حرف «یا» به جای حرف «و» میان دو عبارت «حیف و میل اموال مردم» و «اخلال در نظام اقتصادی» در مقرره فوق را باید حمل بر مسامحه و بی‌توجهی قانون‌گذار نمود و اتلاف سپرده‌های مردمی را به عنوان یکی از شرایط لازم برای ایجاد اخلال در نظام اقتصادی کشور، موضوع بند «ه» از ماده نخست قانون

مذکور را بنا به دلایل ذیل، مورد پذیرش قرار داد:

۱. عنوان قانون حاکم بر رفتار مجرمانه فوق، «قانون مجازات اخلاالگران در نظام اقتصادی کشور» است و ماده نخست قانون فوق نیز در مقام تعیین مصادیق رفتارهای مخلّ نظام اقتصادی کشور است. بنابراین کاملاً بی‌معناست که قانون‌گذار در قانون ناظر بر مجازات اخلاالگران در نظام اقتصادی کشور، اقدام به تعریف رفتارهای مجرمانه‌ای نماید که منتهی به اخلاال در نظام اقتصادی کشور نمی‌شوند.

۲. قانون‌گذار در ماده ۲ قانون مذکور، تنها در مقام تعیین مجازات اخلاال عمده و غیر عمده در نظام اقتصادی کشور برآمده است. در صورتی که معتقد به وجود بزه‌ی تحت عنوان وصول وجوه کلان از اشخاص منتهی به حیف و میل اموال بدون ایجاد اخلاال در نظام اقتصادی کشور در قانون مذکور باشیم، لاجرم باید بپذیریم که قانون‌گذار در خصوص مجازات رفتارهای مجرمانه‌ای که منتهی به اخلاال در نظام اقتصادی کشور نمی‌شوند، ساکت است. جرم‌انگاری یک رفتار بدون تعیین مجازات برای آن، از قانون‌گذار حکیم بعید است. بدیهی است که در خصوص این رفتارها باید به عنوان عامّ مجرمانه مذکور در سایر قوانین مراجعه کرد.

۳. در عالم واقع، تصور ایجاد اخلاال در نظام اقتصادی کشور از طریق وصول وجوه کلان از اشخاص، بدون اتلاف سپرده‌های مردمی بسیار دشوار است. به عبارت دیگر، اخلاال در نظام اقتصادی کشور به صرف جذب سپرده اشخاص و بدون اتلاف این سپرده‌ها، به سختی قابل تحقق است.

«حیف و میل اموال مردم» عنوان عام و مبهمی است که به صور مختلف فی قابل تفسیر است. «حیف» از منظر لغوی به افسوس و پشیمانی معنا شده است (معین، ۱۳۶۲: ۱۳۵) و «میل» نیز به معنای خواهش، آرزو و رغبت آمده است (عمید، ۱۳۸۹: ۶۳۸). با این حال از لحاظ اصطلاحی، حیف کردن اموال، ظهور در اتلاف غیر عمدی اموال و میل کردن اموال، ظهور در استفاده و تصاحب عمدی اموال دارد. عنوان حیف کردن اموال مردم به اندازه‌ای موسع است که مصادیق متعددی را در بر می‌گیرد؛ حال آنکه در عقود همچون مضاربه و نظایر آن (چون صلح سرمایه)، خطر ضایع شدن اموال جزء شرایط طبیعی چنین عقود است و کسی که سرمایه‌ای را برای تجارت در اختیار

دیگری قرار می‌دهد، خطر حیف شدن اموال خود را نیز به طور ضمنی پذیرفته است. بنابراین بعید به نظر می‌رسد که مراد مقنن از این عنوان، ناظر به حالاتی باشد که به صورت غیر عمد و بر اثر مخاطرات طبیعی موجود در تجارت، سرمایه‌افراد از بین می‌رود. لذا اصلاح این عبارت در ماده فوق ضروری است. ضمن اینکه اصل عمدی بودن جرایم نیز اقتضا دارد که اتلاف غیر عمدی سپرده‌ها از شمول ماده خارج باشد. ضمناً لزومی ندارد که حیف و میل اموال مردم همراه با تقلب یا مانورهای متقلبانه باشد.

همچنین عبارت «اخلال در نظام اقتصادی» نیز تا اندازه زیادی مبهم و قابل تفسیر است، به طوری که بدون وجود یک معیار قانونی به سختی می‌توان تشخیص داد که چه رفتاری مخل نظام اقتصادی است. با این حال اگر نظام اقتصادی را به مجموعه مرتبط و منظم عناصری تعریف کنیم که به منظور ارزشیابی و انتخاب در زمینه تولید، توزیع و مصرف برای کسب بیشترین موفقیت فعالیت می‌کنند (نمازی، ۱۳۸۷: ۳۷)، رفتارهای مخل نظام اقتصادی را باید مشتمل بر رفتارهایی دانست که نظام موجود در ساختار تولید، توزیع و مصرف کالاها و خدمات را مختل کرده و موجب ایجاد عسر و حرج برای مردم یا بخش قابل توجهی از آنان می‌گردند (ابراهیمی و صادق‌نژاد نائینی، ۱۳۹۲: ش ۱۵۲/۵).

کلان بودن وجوه دریافتی، یکی از معیارهای تشخیص ایجاد یا عدم ایجاد اخلال در نظام اقتصادی کشور است که در همین راستا، قانون‌گذار در تبصره ماده ۱ قانون فوق، به قاضی اختیار جلب نظر مراجع ذی‌ربط را به منظور احراز عمده و کلان بودن موارد مذکور در هر یک از بندهای ماده ۱ قانون مذکور داده است. لازم به توضیح است که قانون‌گذار خود نیز در مورد اخلال در نظام اقتصادی برای تشخیص عمده، کلان یا فراوان بودن اقدامات مندرج در ماده ۱، معیاری عرفی و نه قانونی ارائه داده است. به نظر می‌رسد مناسب‌ترین شیوه احراز اخلال در نظام اقتصادی کشور توسط مراجع قضایی، مقایسه و سنجش نسبت عواید ناشی از اخلال در نظام اقتصادی با هر یک از متغیرهای کلان اقتصادی نظیر تولید ناخالص داخلی، میزان نقدینگی کشور و سرمایه شبکه بانکی است. در چنین مواردی، مقام قضایی ناگزیر از جلب نظر مراجع ویژه کارشناسی همچون بانک مرکزی است.

به دلیل وجود سردرگمی برای معیار عمده بودن، کلان بودن و فراوان بودن، قانون‌گذار برای رفع این نقص و نیز پاسخ به این مسئله که اگر این جرایم، عمده، کلان و فراوان نباشند تکلیف چیست؟ ماده واحده قانون الحاق یک بند و یک تبصره به ماده ۱ قانون مجازات اخلالگران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳۶۹ و اصلاح تبصره ۱ ماده ۲ آن را در سال ۱۳۸۴ به تصویب رساند (مهدوی پور، ۱۳۹۰: ۱۱۱).

زمانی که کوچک‌ترین تردیدی در ذهن دادرسان نسبت به عمده، کلان و فراوان بودن خسارات وارده ایجاد می‌شود، می‌توانند به راحتی بر مبنای تبصره ۱ ماده ۲ قانون فوق، به صدور حکم و تعیین مجازاتی خفیف‌تر مبادرت ورزند.

۲-۱. رکن روانی جرم

سوءنیت عام لازم برای تحقق جرم موضوع این نوشتار، قصد وصول وجوه کلان از مردم در قالب سپرده است. با عنایت به اصل عمدی بودن جرایم، سوءنیت خاص لازم برای تحقق این جرم نیز قصد حیف و میل اموال مردم یا اخلال در نظام اقتصادی کشور است. ماده ۲ ق.م.ا.ن.ا.ک. (۱۳۶۹) اشعار می‌دارد:

هر یک از اعمال مذکور در بندهای ماده ۱ چنانچه به قصد ضربه زدن به نظام جمهوری اسلامی ایران و یا به قصد مقابله با آن و یا با علم به مؤثر بودن اقدام در مقابله با نظام مزبور چنانچه در حد فساد فی الارض باشد، مرتکب به اعدام و در غیر این صورت به حبس از ۵ سال تا ۲۰ سال محکوم می‌شود و در هر دو صورت، دادگاه به عنوان جزای مالی به ضبط کلیه اموالی که از طریق خلاف قانون به دست آمده باشد، حکم خواهد داد.

قانون‌گذار با آوردن عباراتی نظیر «قصد ضربه زدن به نظام» یا «قصد مقابله با نظام»، احراز قصد مستقیم مرتکب در دستیابی به اهداف مذکور را به منظور تشدید مجازات از ۵ تا ۲۰ سال حبس به اعدام برگزیده است. لیکن در صورت عدم احراز چنین قصدی در اخلالگران، قانون‌گذار با آوردن عبارت «یا با علم به مؤثر بودن اقدام در مقابله با نظام مزبور» به قصد غیر مستقیم یا تبعی نیز توجه داشته است. با این توضیح که در فرض اخیر، با ایجاد اخلال عملی در نظام اقتصادی کشور، این موضوع مورد بررسی قرار می‌گیرد که آیا مؤثر بودن اقدامات مجرمانه در مقابله با نظام جمهوری

اسلامی ایران و ایجاد چالش جدی برای نظام مزبور در نتیجه ارتکاب اقدامات مجرمانه، برای یک فرد متعارف در شرایط ارتکاب رفتار مجرمانه، قابل پیش‌بینی بوده است یا نه؟ در صورت احراز قابلیت پیش‌بینی چنین آثاری توسط یک فرد متعارف، به منظور تشدید مجازات از ۵ تا ۲۰ سال حبس به اعدام، دیگر نیازی به احراز قصد مستقیم مقابله با نظام یا قصد ضربه زدن به آن وجود ندارد. در چنین فرضی، بار اثبات عدم آگاهی و پیش‌بینی بروز چنین آثاری برای رهایی از مجازات اعدام بر دوش خود مرتکب خواهد بود.

به رغم اینکه قانون‌گذار در ماده ۲ ق.م.ا.ن.ا.ک. (۱۳۶۹)، از عبارت «قصد ضربه زدن به نظام» یا «قصد مقابله با نظام» استفاده نموده است، به نظر می‌رسد منظور مقنن از قصد، همان انگیزه باشد؛ چه، سوءنیت عامّ بزه فوق، قصد تحصیل وجوه کلان و و سوءنیت خاصّ آن نیز قصد اتلاف اموال یا اخلال در نظام اقتصادی است که فقدان هریک از آنها موجب عدم تحقق بزه مذکور می‌شود. لیکن علی‌الاصول انگیزه - جز در موارد استثنایی آن هم با تصریح مقنن - از اجزای عنصر معنوی جرم نبوده و تنها در تشدید و تخفیف مجازات مؤثر است. بنابراین مقنن وجود انگیزه ضربه زدن به نظام یا مقابله با نظام را در مرتکب به منظور تشدید مجازات از ۵ تا ۲۰ سال حبس به اعدام ضروری دانسته است. آن گونه که از ظاهر ماده ۲ قانون فوق برمی‌آید، دارا بودن انگیزه فوق، شرط لازم است ولی شرط کافی نیست و قانون‌گذار برای تحمیل مجازات اعدام بر مرتکب در ماده ۲ قانون فوق، با استفاده از عبارت «چنانچه در حدّ فساد فی‌الارض باشد»، در حدّ فساد فی‌الارض بودن اقدامات مرتکب را شرط نموده است. این عبارت قانون‌گذار مبهم و قابل تفسیر است. اقدامات مرتکب باید متصف به چه ویژگی‌هایی باشد تا بتوان آن را مصداق فساد فی‌الارض دانست؟ به نظر می‌رسد عنوان فساد فی‌الارض را باید معادل اخلال در نظام اقتصادی به صورت عمده، گسترده و کلان دانست و فساد فی‌الارض را محدود به مواردی کرد که رفتار مرتکب، آثار منفی و مخرب عمومی و فراگیر داشته و آثار منفی آن فراتر از چند نفر یا چند خانواده باشد. بنابراین اقدامات مرتکب باید واجد جنبه عمومی بوده و آثار آن به کل یا بخش قابل توجهی از جامعه بازگردد (حبیب‌زاده، ۱۳۷۹: ۱۵۲).

به کار بردن عبارات «به طور گسترده»، «ورود خسارات عمده» و «در حدّ وسیع» در ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز مبین ضرورت جنبه عمومی داشتن رفتار مرتکب به منظور شمول عنوان افساد فی الارض بر رفتار وی است.^۱

مراجعه به مشروح مذاکرات مجلس پیش از تصویب قانون مذکور مشخص می‌سازد که عبارت «چنانچه در حدّ فساد فی الارض باشد»، در طرح قانونی مجازات اخلا لنگران در نظام اقتصادی کشور که به منظور تأیید به شورای نگهبان ارائه شده بود، وجود نداشته و عبارت فوق پس از ایراد شورای نگهبان و به منظور تأمین نظر این شورا توسط مجلس به قانون اضافه شده است.^۲ بنابراین باید قائل شویم که به صرف ایجاد اخلا ل عمده و گسترده در نظام اقتصادی کشور و احراز انگیزه مقابله با نظام جمهوری اسلامی ایران یا انگیزه ضربه زدن به آن یا علم به مؤثر بودن اقدامات در مقابله با نظام مزبور، لاجرم افساد فی الارض تحقق یافته و مرتکب مستوجب مجازات اعدام خواهد بود و وجود چیزی اضافه بر آن شرط نیست. بنابراین عبارت «چنانچه در حدّ فساد فی الارض

۱. از آیه ۳۳ سوره مائده به عنوان مبنای فقهی جرم‌انگاری افساد فی الارض، تحت عنوان مجرمانه‌ای مستقل از محاربه در حقوق کیفری ایران یاد می‌شود. به رغم آنکه آیه مذکور به محاربه و افساد فی الارض اشاره دارد، مطابق نظر قاطبه فقها، این آیه صرفاً در مقام جرم‌انگاری محاربه بوده و نمی‌توان جرم‌انگاری افساد فی الارض را از آن استنباط نمود (نجفی، ۱۳۶۷: ۵۱/۴۲؛ مرعشی، ۱۳۷۰: ش ۴۴/۲؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۲: ۶۳۸). صرف نظر از ایراد فوق، یکی دیگر از انتقادات وارد به ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، گستردگی دامنه جرم‌انگاری افساد فی الارض است. قانون‌گذار در ماده مذکور با استفاده از عبارات کلی و مبهم نظیر «به طور گسترده»، «ورود خسارات عمده» و «اخلا ل شدید در نظم عمومی کشور»، رفتارهای متعددی را موجب تحقق افساد فی الارض دانسته است. این در حالی است که استفاده از عبارات کلی و مبهم که معیار کمی و مشخصی برای احراز آن‌ها وجود ندارد، با عنایت به امکان تحمیل مجازات شدید اعدام بر مرتکب توسط محاکم از طریق تفسیرهای متفاوت از ماده مذکور، ناقض شدید حقوق و آزادی‌های فردی و خلاف صریح اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌هاست.

۲. تبصره ۲ ماده واحده طرح قانونی مجازات اخلا لنگران در نظام اقتصادی کشور که توسط مجلس سوم در تاریخ ۱۳۶۹/۴/۲۷ به منظور تأیید به شورای نگهبان ارائه شده بود، مقرر می‌داشت: «در هر یک از موارد فوق چنانچه اخلا ل به صورت مقابله با نظام جمهوری اسلامی یا ضربه زدن به آن انجام شده باشد، مرتکب به اعدام محکوم و در غیر این صورت به حبس از ۵ تا ۲۰ سال محکوم خواهد شد و در هر دو صورت، دادگاه به عنوان جزای مالی به ضبط کلیه اموالی که از طریق خلاف قانون به دست آمده باشد حکم خواهد داد. دادگاه می‌تواند علاوه بر جریمه مالی و حبس، متخلف را به ۲۰ تا ۷۵ ضربه شلاق در انظار عمومی محکوم نماید». (روزنامه رسمی، ۱۳۶۹/۴/۲۷: ش ۱۳۳۴۸/۳۰).

باشد»، در ماده ۲ ق.م.ا.ن.ا.ک. (۱۳۶۹) زاید بوده و واجد آثار حقوقی نیست. لزوم دارا بودن قصد ضربه زدن به نظام جمهوری اسلامی ایران یا قصد مقابله با آن به منظور صدق عنوان افساد فی الارض بر رفتار مرتکب در ق.م.ا.ن.ا.ک. (۱۳۶۹)، قابل انتقاد است؛ چه آنکه عنوان افساد فی الارض همان طور که ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی نیز به درستی اشاره دارد، تنها ناظر به رفتارهای فسادآوری است که جنبه گسترده و عمومی داشته و موجب اخلال شدید در نظم عمومی کشور یا ورود خسارات عمده به اموال عمومی و خصوصی شود. بنابراین دخالت دادن قصد ضربه زدن به نظام جمهوری اسلامی ایران یا قصد مقابله با حکومت، به عنوان شرایط لازم و حتمی برای تحقق افساد فی الارض کاملاً بدون وجه است.

با مراجعه به مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی مشخص می شود که عدم مدخلیت قصد مقابله با نظام جمهوری اسلامی در تحقق جرم اخلال در نظام اقتصادی کشور و افساد فی الارض، مورد توجه برخی نمایندگان مجلس شورای اسلامی نیز قرار گرفته و یکی از نمایندگان مجلس سوم در صحن علنی مجلس اظهار داشته است:

... ما تصور می کنیم تمام کسانی که در این کشور، اخلال در نظام اقتصادی می کنند آدم‌های ضد انقلاب، ضد نظام، بی دین، بی نماز و لامذهب هستند. اینها را می شود اعدام کرد. اصلاً این چنین نیست. فردی از این‌ها ممکن است اهل نماز جمعه هم باشد. اهل دیانت باشد، اهل حجاب باشد، هیچ مخالفتی هم با نظام جمهوری اسلامی ندارد، تنها به دنبال پول هست... او به دنبال سودجویی و کسب منفعت مادی است. کاری به اینکه حالا آیا این اخلال است یا نیست؟ در حد فساد فی الارض هست یا نیست؟ اصلاً در این فازها نیست. او می خواهد یک درآمد کلان نامشروعی را به دست بیاورد و ما می خواهیم با او مقابله بکنیم. آیا این مقابله مستلزم آن است که الا و لابد مجازاتش اعدام باشد یا نه؟ مجازات اعدام مواردی دارد و محدود است... (روزنامه رسمی، ۱۳۶۹/۹/۱۹: ش ۱۳۴۳۷/۸).

هرچند قانون گذار در ماده ۲ ق.م.ا.ن.ا.ک. (۱۳۶۹)، صراحتاً وجود قصد مقابله با نظام یا ضربه زدن به آن را در زمره شرایط لازم برای احراز افساد فی الارض آورده است، با بررسی تعریف و تفکیک عناوین مجرمانه «افساد فی الارض» و «بغی» در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و همچنین تحلیل مشروح مذاکرات مجلس سوم به

شرح فوق، این انتقاد به قانون‌گذار وارد است که قصد مقابله با نظام یا ضربه زدن به آن، به صورتی کاملاً ناروا در زمره شرایط لازم برای تحقق افساد فی الارض آورده شده است و اصولاً قصد ضربه زدن به نظام جمهوری اسلامی ایران یا مقابله با آن، ارتباطی با جرم افساد فی الارض نداشته و در صورت احراز جمیع شرایط، نهایتاً شاید بتوان اقدامات مرتکب را تحت عنوان بغی به موجب مواد ۲۸۷ و ۲۸۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تحت تعقیب کیفری قرار داد.^۱

مطابق نص ماده ۲۸۶ قانون فوق، تحقق افساد فی الارض تنها منوط به ایجاد اخلاص گسترده در نظام اقتصادی کشور و احراز قصد اخلاص گسترده در آن است و قصد مقابله با نظام جمهوری اسلامی ایران نقشی در تحقق آن ندارد.

افرادی که قصد مقابله با نظام را دارند، در صورتی که به قیام مسلحانه علیه نظام مبادرت ورزند، مطابق ماده ۲۸۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، باغی محسوب و به مجازات اعدام محکوم می‌شوند و در صورتی که موفق به قیام مسلحانه علیه حکومت نشوند، مطابق ماده ۲۸۸ قانون مجازات اسلامی، حسب مورد به مجازات تعزیری درجه ۳ یا ۵ محکوم می‌شوند. بنابراین عناوین مجرمانه «بغی» و «افساد فی الارض» که دو عنوان مجزا هستند به صورتی کاملاً ناروا توسط قانون‌گذار خلط شده‌اند.

۲. تعدد معنوی بزه اخلاص در نظام اقتصادی کشور با جرایم کلاهبرداری و اشتغال غیر مجاز به عملیات بانکی

با توجه به اینکه قبول سپرده کلان اشخاص، نوعی عملیات بانکی محسوب می‌شود که

۱. قانون‌گذار همین اشتباه را در ماده ۳۰ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲ نیز تکرار کرده است. به موجب ماده فوق، در صورتی که ارتکاب قاچاق کالا و ارز به قصد مقابله با نظام جمهوری اسلامی ایران یا با علم به مؤثر بودن آن صورت پذیرد و منجر به اخلاص گسترده در نظام اقتصادی کشور شود، مرتکب مطابق مقررات قانون مجازات اخلاص‌گران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳۶۹ مجازات می‌شود. مطابق قانون اخیر نیز اخلاص گسترده در نظام اقتصادی کشور به قصد مقابله با نظام جمهوری اسلامی ایران یا با علم به مؤثر بودن آن، مشمول عنوان افساد فی الارض و مستوجب مجازات اعدام شناخته شده است. این در حالی است که انگیزه اشخاص از قاچاق کالا و ارز در اکثریت قریب به اتفاق موارد، کسب منفعت اقتصادی است و چنین اشخاصی نه تنها در پی براندازی نظام حاکمیتی نیستند، بلکه به دنبال استقرار و تداوم وضع موجود به منظور سوءاستفاده حداکثری خود هستند.

اشتغال به آن نیازمند اخذ مجوز از بانک مرکزی است و همچنین با عنایت به اینکه عنوان مجرمانه مذکور در اکثریت قریب به اتفاق موارد، منتهی به حیف و میل اموال با توسل به شیوه‌های متقلبانه می‌گردد، تعامل عنوان مجرمانه فوق در قانون مجازات اخلا لگران در نظام اقتصادی کشور، با عناوین مجرمانه اشتغال غیر مجاز به عملیات بانکی و کلاهبرداری قابل بحث و بررسی است.

۱-۲. تعدد معنوی بزه اخلال در نظام اقتصادی کشور با بزه کلاهبرداری

با توجه به اینکه اخلال در نظام اقتصادی کشور از طریق قبول سپرده اشخاص، بدون توسل به مانورهای متقلبانه و تحقق ائتلاف گسترده اموال مردم در عالم خارج به ندرت قابل تحقق است، در اکثریت قریب به اتفاق موارد، اخلال در نظام اقتصادی کشور موضوع بند «ه» از ماده ۱ ق.م.ا.ن.ا.ک. (۱۳۶۹) با حیف و میل اموال مردم از طریق توسل به شیوه‌های متقلبانه توأم می‌گردد که در چنین حالتی، احکام تعدد معنوی جرم موضوع ماده ۱۳۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بر رفتار مجرمانه ارتكابی بار می‌گردد و مرتکب به مجازات اشد محکوم می‌گردد. از یک سو رفتار ارتكابی به دلیل وصول سپرده کلان از اشخاص منتهی به حیف و میل اموال یا اخلال در نظام اقتصادی کشور، مشمول بند «ه» از ماده ۱ قانون فوق است و از سوی دیگر، همان رفتار ارتكابی به دلیل ائتلاف اموال با توسل به مانورهای متقلبانه، حسب مورد مشمول مواد^۱ و ۲۴ ق.ت.م.ا.ن.ا.ک. (۱۳۶۷) است؛ برای مثال در مواردی که اخلال در نظام اقتصادی، عمده و کلان نباشد، مطابق تبصره ۱ ماده ۲ ق.م.ا.ن.ا.ک. (۱۳۶۹)،

۱. ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷: «هر کس از راه حیله و تقلب... وجوه یا اموال یا اسناد یا حواله‌جات یا قبوض یا مفاصاحساب و امثال آنها را تحصیل کرده و از این راه مال دیگری را ببرد، کلاهبردار محسوب و علاوه بر رد اصل مال به صاحبش به حبس از ۱ تا ۷ سال و پرداخت جزای نقدی معادل مالی که اخذ کرده است، محکوم می‌شود...».

۲. ماده ۴ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷: «کسانی که با تشکیل یا رهبری شبکه چند نفری به امر ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مبادرت ورزند علاوه بر ضبط کلیه اموال منقول و غیر منقولی که از طریق رشوه کسب کرده‌اند به نفع دولت و استرداد اموال مذکور در مورد اختلاس و کلاهبرداری و رد آن حسب مورد به دولت یا افراد، به جزای نقدی معادل مجموع آن اموال و انفصال دائم از خدمات دولتی و حبس از ۱۵ سال تا ابد محکوم می‌شوند و در صورتی که مصداق مفسد فی الارض باشند مجازات آنها، مجازات مفسد فی الارض خواهد بود».

مرتکب به حبس از ۶ ماه تا ۳ سال محکوم می‌گردد. حال چنانچه رفتار مجرمانه وی هم‌زمان مشمول عنوان کلاهبرداری موضوع ماده ۱ ق.ت.م.ا.ا.ک. (۱۳۶۷) نیز باشد، با توجه به اینکه مجازات کلاهبرداری در مقررۀ اخیر، ۱ تا ۷ سال حبس است، مجازات کلاهبرداری که اشد است، بر رفتار مرتکب بار می‌گردد. در مواردی نیز که کلاهبرداری مطابق ماده ۴ قانون مذکور به صورت بانندی و شبکه‌ای ارتکاب می‌یابد و اقدامات مرتکب یا مرتکبان نیز در حد افساد فی الارض نیست، مرتکب یا مرتکبان به حبس از ۱۵ سال تا حبس ابد محکوم می‌شوند که اشد از مجازات مقرر در تبصره ۱ ماده ۲ ق.م.ا.ا.ن.ا.ک. (۱۳۶۹) بوده و در صورت تعدد معنوی، بر رفتار مرتکب بار می‌گردد.

در مواردی نیز که اخلال عمده در نظام اقتصادی کشور از مجرای تشکیل و رهبری شبکه کلاهبرداری در کشور صورت می‌گیرد، در فرض شمول قواعد تعدد معنوی، با عنایت به اشد بودن مجازات مقرر برای کلاهبرداری شبکه‌ای موضوع ماده ۴، ق.ت.م.ا.ا.ک. (۱۳۶۷)، مجازات جرم اخیر که حبس از ۱۵ سال تا ابد می‌باشد بر مرتکب تحمیل می‌گردد.

بر اساس ماده ۴ ق.ت.م.ا.ا.ک. (۱۳۶۷)، هر گاه کلاهبرداری از راه تشکیل شبکه چند نفری یا رهبری آن صورت گیرد، مجازات مرتکبان حتی سنگین‌تر از کلاهبرداری مشدد موضوع قسمت ذیل ماده ۱ قانون اخیر تعیین شده است. منظور از شبکه چند نفری عرفاً باند متشکل سه نفر به بالاست که مستلزم تبانی میان اعضای آن است وگرنه اگر مرتکبان دو نفر باشند، بحث شرکت در جرم به طور عادی مطرح است. تشکیل باند ارتکاب جرایم، همواره به صورت جمع شرکا نیست و ممکن است که به صورت مباشر و معاون واقع شود. پس محدود کردن تشکیل باند به صورت شرکت در جرم دلیل ندارد (حبیب‌زاده، ۱۳۸۹: ۳۵۱).

برای آنکه کلاهبرداری مصداق افساد فی الارض باشد، علاوه بر عناصر اختصاصی، مرتکبان باید قصد افساد نیز داشته باشند. منظور از قصد در این مورد، انگیزه است و این از موارد استثنایی تأثیر انگیزه در تشدید مجازات است (همان: ۳۵۲).

در خصوص شمول عنوان افساد فی الارض بر رفتار مرتکب در صورت اتلاف اموال

مردم از طریق قبول سپرده اشخاص، محاکم بیشتر تمایل به استناد به ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و ماده ۴ ق.ت.م.م.ا.ک. (۱۳۶۷) و تعقیب متهمان تحت عنوان کلاهبرداری دارند و در عمل، بند «ه» از ماده ۱ ق.م.ا.ن.ا.ک. (۱۳۶۹)، مجال چندانی برای استناد در محاکم نمی‌یابد. ضمن اینکه به موجب قانون اخیر، شرط تحقق افساد فی الارض، احراز قصد مقابله با نظام یا قصد ضربه زدن به آن است که احراز چنین قصدی نزد مرتکبان در عمل بسیار دشوار است و افرادی نیز که اقدام به اخذ وجوه کلان از اشخاص در قالب قبول سپرده و کلاهبرداری کلان از آنان می‌نمایند، اغلب فاقد چنین قصد و انگیزه‌ای بوده و سودجویی‌های شخصی و انگیزه‌های مادی، محرک اصلی آنان در ارتکاب چنین رفتارهای مجرمانه‌ای است.

رأی صادره از یکی از محاکم تهران در خصوص عنوان اتهامی مذکور در رأی یعنی «کلاهبرداری و حیف و میل اموال مردم از طریق صدور چک‌های بلامحل عدیده و فریب دادن و امیدوار کردن مردم به امور غیر واقع و جذب سپرده اشخاص حقیقی تحت عنوان مضاربه» قابل توجه است:

... دادگاه با توجه به اعترافات صریح متهم در مصاحبه ویدیویی و مراحل دادرسی و دادگاه، منعکس در صورت‌جلسات تنظیمی در پرونده‌های اصلی و مرتبط و ملاحظه لایحه وکیل متهم و مدارک موجود در پرونده، گزارش نماینده دادگاه در شرکت مضاربه‌ای متهم، بر دادگاه محقق گردید که متهم با تشکیل و رهبری یک شبکه چندنفری تحت عنوان شرکت مضاربه‌ای اقدام به کلاهبرداری و اخذ وجوه کلان از مردم نموده و از راه فریب و نیرنگ و داشتن مؤسسات موهوم و پرداخت سودهای بی‌ضابطه، مردم را به امور غیر واقع امیدوار نموده، لذا بزه انتسابی به متهم محرز و مسلم است، دادگاه توجهاً به ماده ۱۱ قانون مجازات اسلامی و انطباق بزه مذکور با قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام، آقای «الف» را به اتهام ماده ۴ قانون مازالذکر علاوه بر ضبط کلیه اموال منقول و غیر منقول که از وی شناسایی شده به نفع طلبکاران و تأدیة باقی‌مانده طلب دیان به میزان دویست و پنجاه میلیارد ریال، مفسد فی الارض تشخیص و به اعدام محکوم نمود. رأی صادره در مهلت قانونی قابل تجدیدنظر در دیوان عالی کشور است.

به رغم عدم استناد دادرس محترم به بند «ه» از ماده ۱ ق.م.ا.ن.ا.ک. (۱۳۶۹)، استفاده از عباراتی نظیر «حیف و میل اموال مردم»، «تحت عنوان مضاربه» و «جذب سپرده اشخاص» در دادنامه فوق، مبین آن است که قاضی صادرکننده رأی، به عنوان مجرمانه مذکور در مقررۀ اخیر نظر داشته است. این امر می‌تواند چند دلیل داشته باشد؛ از جمله اینکه احراز وقوع اخلال در نظام اقتصادی کشور، عمده یا غیر عمده بودن اخلال صورت گرفته، افساد فی الارض و قصد نیل به این مقاصد، در عمل بسیار دشوار می‌نماید. ضمن اینکه برای احراز وقوع افساد فی الارض، ابتدا باید قصد مقابله با نظام جمهوری اسلامی یا قصد ضربه زدن به آن در متهمان احراز گردد که اثبات این موارد توسط مرجع قضایی کار آسانی نیست.

توجه به این نکته ضروری است که اکثریت قریب به اتفاق متهمان به اخلال در نظام اقتصادی کشور، فاقد قصد مقابله با نظام جمهوری اسلامی یا ضربه زدن به آن بوده و منفعت طلبی‌های شخصی و انگیزه تحصیل سود کلان در کوتاه‌ترین زمان و با آسان‌ترین روش‌ها، محرک آنان در ارتکاب چنین رفتارهای مجرمانه‌ای بوده است.

شایان ذکر است که شرایط احراز افساد فی الارض مذکور در ماده ۴ ق.ت.م.م.ا.ا.ک. (۱۳۶۷)، بسیار آسان‌تر از شرایط احراز افساد فی الارض در بند «ه» از ماده ۱ ق.م.ا.ن.ا.ک. (۱۳۶۹) است. ضمن اینکه نتیجه در هر دو ماده قانونی یکی است؛ یعنی حکم به اعدام در نتیجه احراز افساد فی الارض برای محکومیت شخصی به افساد فی الارض به دلیل ارتکاب کلاهبرداری‌های بانندی و شبکه‌ای موضوع ماده ۴ ق.ت.م.م.ا.ا.ک. (۱۳۶۷)، نیازی به احراز اخلال در نظام اقتصادی کشور، آن هم در سطح کلان ندارد. همچنین احراز انگیزه ضربه زدن به نظام جمهوری اسلامی یا مقابله با آن یا علم به مؤثر بودن اقدامات در مقابله با نظام مزبور نیز در متهمان ضرورتی ندارد. احراز اخلال در نظام اقتصادی کشور آن هم در سطح عمده و کلان، در عالم خارج بسیار سخت و دشوار است. در صورت احراز اخلال در نظام اقتصادی کشور نیز این اخلال، در عمل توأم با حیف و میل اموال مردم با توسل به مانورهای متقلبانه است. طبیعی است که قاضی صادرکننده رأی با توجه به دشواری‌های اثبات اخلال در نظام اقتصادی کشور و احراز قصد مقابله با نظام، از استناد به عنوان اتهامی اخلال در نظام

اقتصادی کشور، موضوع بند «ه» از ماده ۱ ق.م.ا.ن.ا.ک. (۱۳۶۹) صرف نظر کرده و به ماده ۴ ق.ت.م.م.ا.ا.ک. (۱۳۶۷)، به منظور محکومیت مرتکب یا مرتکبان به افساد فی الارض استناد جوید.

۲-۲. تعدد معنوی بزه اخلال در نظام اقتصادی کشور با بزه اشتغال

غیرمجاز به عملیات بانکی

با توجه به اینکه وصول وجوه کلان از اشخاص در قالب عقودی همچون مضاربه و مشارکت مدنی، نوعی عملیات بانکی محسوب می شود که اشتغال به آن نیازمند اخذ مجوز از بانک مرکزی است و حسب مورد، مشمول بند «ب» از ماده ۴۲ قانون پولی و بانکی کشور یا تبصره ۴ ماده ۱ ق.ت.ب.غ.م.پ. (۱۳۸۳) است، تعامل بزه اخلال در نظام اقتصادی کشور از طریق قبول سپرده اشخاص با بزه اشتغال غیر مجاز به عملیات بانکی از حیث شمول احکام تعدد معنوی موضوع ماده ۱۳۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ قابل بررسی است.

بند «ب» از ماده ۴۲ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱، تأسیس بدون مجوز بانک و اشتغال غیر مجاز به عملیات بانکی را جرم انگاری کرده و مجازات حداکثر ۶ ماه حبس را برای متخلفان مقرر نموده است. تبصره ۴ ماده ۱ ق.ت.ب.غ.م.پ. (۱۳۸۳) نیز ادامه فعالیت و اشتغال به عملیات بانکی توسط اشخاص حقیقی و حقوقی را بدون اخذ مجوز فعالیت از بانک مرکزی جرم انگاری کرده و متخلفان را مستحق تحمل مجازات حداکثر ۶ ماه حبس می داند.

در این باره، رأی صادره از یکی از شعب محاکم کیفری اصفهان قابل بررسی است: در خصوص اتهام آقایان ۱. «غ گ» ۲. «م ه» ۳. «ع ب» ۴. «ع گ» ۵. «ع ش» ۶. «س ق»، اعضای هیئت مدیره و مدیرعامل صندوق قرض الحسنه... دایر بر مشارکت در اخلال در نظام اقتصادی و نظام پولی و بانکی کشور، موضوع شکایت بانک مرکزی ایران... دادگاه با توجه به مجموع اوراق و محتویات پرونده، نظر به شکایت بانک مرکزی و نظریات کارشناسان رسمی دادگستری منضم در پرونده که مضمون از ایراد و اعتراض مؤثر مانده و گزارش ضابطین دادگستری و دفاعیات غیر موجه متهمین و وکیل متهم ردیف ششم در خلال رسیدگی و سایر قراین و شواهد

موجود در پرونده، بزه‌های انتسابی به متهمین موصوف را محرز و مسلم دانسته، لذا مستنداً به بند «ب» ماده ۴۲ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ و بند «ه» ماده ۱ قانون مجازات اخلاک‌گران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳۶۹ و قانون الحاق یک بند و تبصره به ماده ۱ قانون مجازات اخلاک‌گران در نظام اقتصادی کشور و اصلاح تبصره ۱ ماده ۲ آن مصوب ۱۳۸۴ و با توجه به اینکه مورد از موارد تعدد معنوی جرم است، با رعایت ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ متهم ردیف اول را به تحمل ۷ سال حبس تعزیری و متهم ردیف دوم را به تحمل ۶ سال حبس تعزیری و هر یک از متهمین ردیف سوم تا ششم را به تحمل ۵ سال حبس تعزیری با احتساب ایام بازداشت قبلی محکوم می‌نماید و در خصوص تعیین جزای نقدی نظر به اینکه دلیل کافی بر تحصیل مال ناشی از جرم از سوی متهمین در پرونده به دست نیامد، دادگاه از این جهت با تکلیفی مواجه نیست... رأی صادره حضوری و ظرف ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ، قابل تجدیدنظرخواهی در دیوان محترم عالی کشور می‌باشد.

همان طور که از صراحت متن رأی صادره برمی‌آید، با توجه به اینکه در نتیجه ارتکاب اعمال مجرمانه، مالی تحصیل یا حیف و میل نگردیده است، توسل به عنوان مجرمانه کلاهبرداری مجالی برای بروز و ظهور نمی‌یابد.

با توجه به اینکه اقدامات مدیران صندوق قرض الحسنه موضوع شکایت، مصداق اشتغال به عملیات بانکداری خلاف قانون می‌باشد، تخلفات آنان مشمول بند «ب» ماده ۴۲ قانون پولی و بانکی است که حبس تا ۶ ماه را برای متخلفان مقرر نموده است. از سوی دیگر، همین تخلفات مدیران صندوق، از نظر دادگاه، مصداق وصول وجوه کلان به صورت قبول سپرده منتهی به اخلال عمده و گسترده در نظام اقتصادی موضوع بند «ه» از ماده ۱ و ماده ۲ ق.م.ا.ن.ا.ک. (۱۳۶۹) است که مستلزم حبس از ۵ تا ۲۰ سال و جزای نقدی معادل اموال حاصل از جرم است.

در هر صورت، قاضی صادرکننده رأی، مورد را مصداق تعدد معنوی موضوع ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ - که توسط ماده ۱۳۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ منسوخ گردیده - دانسته و مجازات اشد را که مجازات اخلال در نظام اقتصادی است، برای مرتکبان تعیین نموده است.

نکته حائز اهمیت اینکه فعالیت صندوق موضوع رأی، محدود به شهر اصفهان بوده و نمی‌توان قائل به وقوع اخلال در نظام اقتصادی در سطح کشور، آن هم به صورت کلان و گسترده بود. همچنین در رأی صادره نیز دلایلی که حکایت از حیف و میل اموال سپرده‌گذاران باشد، ارائه نگردیده است. تصریح دادگاه صادرکننده حکم به عدم تکلیف دادگاه به تعیین جزای نقدی به علت عدم وجود ادله در خصوص تحصیل مال ناشی از جرم، خود شاهدهی بر این مدعاست. تحقق اخلال در نظام اقتصادی کشور بدون اتلاف سپرده‌های مردمی، در عالم واقع بسیار بعید به نظر می‌رسد. ضمن اینکه فعالیت محدود یک صندوق قرض‌الحسنه در سطح شهر اصفهان با گردش مالی که شاید از ۱۰ میلیارد تومان نیز تجاوز نمی‌نماید، نمی‌تواند مخّل نظام اقتصادی یک کشور به صورت عمده و کلان باشد.

بنابراین رأی صادره از این جهت قابل نقد است که اقدامات متهمان به هیچ وجه مشمول عنوان اتهامی اخلال در نظام اقتصادی کشور نبوده و تنها با احراز سایر شرایط، می‌توان متهمان را تحت عنوان اشتغال غیر مجاز به عملیات بانکی موضوع بند «ب» از ماده ۴۲ قانون پولی و بانکی کشور تحت تعقیب و مجازات قرار داد که حداکثر ۶ ماه حبس را برای مرتکبان مقرر نموده است.

۳. مجازات اخلال در نظام اقتصادی کشور

در خصوص مجازات مقرر برای بزه وصول وجوه کلان منتهی به حیف و میل اموال یا اخلال در نظام اقتصادی کشور، قانون‌گذار مطابق تبصره ۱ ماده ۲ که در سال ۱۳۸۴ به قانون مجازات اخلال‌گران در نظام اقتصادی کشور الحاق گردید، در مواردی که اخلال در نظام اقتصادی کشور، عمده، کلان یا فراوان نباشد، ۶ ماه تا ۳ سال حبس و جزای نقدی معادل دو برابر اموالی که از طرق مذکور به دست آورده، برای مرتکب پیش‌بینی نموده است. لیکن قانون‌گذار بسته به نتایج حاصل از جرم و انگیزه مرتکب، اقدام به تشدید مجازات نموده است. مطابق قسمت نخست ماده ۲ قانون مذکور، در صورتی که اخلال در نظام اقتصادی به صورت عمده و کلان باشد، مرتکب به حبس از ۵ تا ۲۰ سال و ضبط کلیه اموال حاصل از طرق غیر قانونی به عنوان جزای

نقدی محکوم می‌شود. لیکن در صورت عمده و کلان بودن اخلال در نظام اقتصادی کشور و وجود انگیزه مقابله با نظام جمهوری اسلامی ایران یا قصد ضربه زدن به آن یا علم به مؤثر بودن اقدامات مجرمانه در مقابله با نظام مزبور، مرتکب مفسد فی الارض محسوب شده و به مجازات اعدام محکوم می‌گردد. دادگاه علاوه بر مجازات‌های فوق می‌تواند مرتکب را به تحمل ۲۰ تا ۷۴ ضربه شلاق در انظار عمومی محکوم نماید.

شایسته بود قانون‌گذار در مقرره فوق نیز همانند تبصره ۱ ماده ۲ ق.م.ا.ن.ا.ک. (۱۳۶۹)، ناظر بر مجازات اخلال غیر عمده در نظام اقتصادی کشور، قاضی را مکلف به صدور حکم به رد اصل اموال ناشی از جرم، بدون مطالبه و تقدیم دادخواست و پرداخت هزینه دادرسی از سوی مالباختگان می‌نمود.

مطابق تبصره ۴ از ماده ۲ قانون فوق، کلیه افرادی که با استناد به یکی از مواد قانون مذکور و تبصره‌های آن، به صورت قطعی به یکی از مجازات‌های این قانون محکوم شوند، حسب مورد به محرومیت از هر گونه خدمات دولتی یا انفصال ابد از آن محکوم خواهند شد. همچنین به موجب تبصره ۵ از ماده ۲ قانون فوق، هیچ یک از مجازات‌های مقرر در ق.م.ا.ن.ا.ک. (۱۳۶۹) قابل تعلیق نبوده و همچنین اعدام و جزایهای مالی و محرومیت و انفصال دائم از خدمات دولتی و نهادها از طریق محاکم قابل تخفیف یا تقلیل نمی‌باشد.

انگیزه مالی افراد در ارتکاب جرایم منتهی به اخلال در نظام اقتصادی کشور، کیفر مالی را به کیفری کارآمد در مقابله با این جرایم تبدیل می‌نماید، مشروط به اینکه میزان و نحوه کیفر و پرداخت آن به گونه‌ای باشد که هدف بازدارندگی را برآورده سازد (روستایی، ۱۳۸۸: ۸۷).

تعیین کیفر حبس در این قانون، به گونه‌ای است که اختلاف زیادی میان حداقل و حداکثر آن وجود دارد که ایرادات و مفاصدی همچون اعمال سلايق شخصی قضات در تعیین مجازات و تضييع حقوق افراد و عدم تناسب میان شدت جرایم ارتكابی و مجازات‌های تعیینی را در پی دارد (Ristroph, 2005: 273).

نتیجه گیری

قانون گذار با تصویب بند «ه» از ماده ۱ ق.م.ا.ن.ا.ک. (۱۳۶۹) در تلاش بوده تا اقدامات متقابلانه عده‌ای را که در قالب شرکت‌ها و مؤسسات، در زمان جنگ تحمیلی و پس از آن به منظور جذب سرمایه‌های افراد از طریق عقودی چون مضاربه و نظایر آن انجام می‌دادند، جرم‌انگاری کند. می‌توان چنین اقدامی را یک اقدام بانکی خارج از شبکه نیز دانست؛ زیرا بسیاری تحت عنوان مضاربه یا صلح سرمایه و نظایر آن و تحت لوای تجارت و غیره، سرمایه‌های مردمی را گردآوری و این سرمایه‌ها را بدون نظارت و مجوز بانک مرکزی در راستای منافع خود به کار می‌گیرند.

با توجه به اینکه قبول سپرده اشخاص نوعی عملیات بانکی محسوب می‌شود که اشتغال به آن نیازمند اخذ مجوز از بانک مرکزی است و همچنین با عنایت به اینکه عنوان مجرمانه اخلال در نظام اقتصادی کشور از طریق قبول سپرده اشخاص، در اکثر موارد، منتهی به حیف و میل اموال با توسل به شیوه‌های متقابلانه می‌گردد، عنوان مجرمانه مذکور در ق.م.ا.ن.ا.ک. (۱۳۶۹) با عناوین مجرمانه اشتغال غیر مجاز به عملیات بانکی، موضوع بند «ب» ماده ۴۲ قانون پولی و بانکی کشور و کلاهبرداری موضوع ماده ۱ ق.ت.م.ا.ک. (۱۳۶۷)، مشمول احکام تعدد معنوی بوده و مطابق ماده ۱۳۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مرتکب یا مرتکبان به مجازات اشد محکوم می‌شوند.

با کمی تأمل در ماده ۲ ق.م.ا.ن.ا.ک. (۱۳۶۹) مشخص می‌شود که قانون گذار، وجود قصد مقابله با نظام جمهوری اسلامی ایران یا ضربه زدن به آن را از شرایط لازم برای احراز افساد فی الارض محسوب نموده است. این در حالی است که مشروح مذاکرات مجلس و همچنین تعریف و تفکیک عناوین مجرمانه «افساد فی الارض» و «بغی» در مواد ۲۶۸ تا ۲۸۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مبین آن است که افساد فی الارض ارتباطی با قصد مقابله با نظام جمهوری اسلامی ایران یا قصد ضربه زدن به آن ندارد. برای تحقق افساد فی الارض، ایجاد اخلال عمدی و گسترده در نظام اقتصادی کشور کافی است. افرادی که قصد مقابله با نظام جمهوری اسلامی ایران را

دارند، در صورتی که به قیام مسلحانه علیه نظام مبادرت ورزند، مطابق ماده ۲۸۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، باغی محسوب و به مجازات اعدام محکوم می‌شوند و در صورتی که موفق به قیام مسلحانه علیه حکومت نشوند، مطابق ماده ۲۸۸ قانون مجازات اسلامی، حسب مورد به مجازات تعزیری درجه سه یا پنج محکوم می‌شوند. بنابراین عناوین مجرمانه «بغی» و «افساد فی الارض» دو عنوان مجزا بوده و نباید با یکدیگر خلط شوند. موضوع جرم اخلال در نظام اقتصادی کشور، نظام اقتصادی کشور است نه نظام سیاسی. در این میان، قانون‌گذار به صورتی کاملاً ناروا به جرم مذکور، چهره‌ای امنیتی بخشیده است تا تعیین مجازات‌های سنگینی همچون اعدام را در افکار عمومی موجه جلوه دهد.

از آنچه بیان شد، این نتیجه مسلم حاصل می‌شود که در ق.م.ا.ن.ا.ک. (۱۳۶۹)، ابهامات اساسی در تعریف برخی واژگان کلیدی نظیر «اخلال در نظام اقتصادی کشور»، «عمده و کلان»، «حیف و میل اموال مردم» و «علم به مؤثر بودن اقدامات در مقابله با نظام جمهوری اسلامی» وجود دارد که با عنایت به امکان تحمیل مجازات‌های سنگینی همچون اعدام بر مرتکبان، وجود ابهامات این‌چنینی که سبب تشتت در صدور آرای قضایی در موارد مشابه، استفاده ابزاری از قانون و نهایتاً تضییع حقوق و آزادی‌های فردی اشخاص می‌شود، توجیه‌ناپذیر می‌نماید.

تحلیل رویه قضایی نیز مبین آن است که قضات محاکم در مواردی که اقدامات مجرمانه مرتکبان در حد افساد فی الارض است، به دلیل شفافیت و سهولت احراز افساد فی الارض در ق.م.ا.ن.ا.ک. (۱۳۶۷) و همچنین ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، به جای استناد به بند «ه» از ماده ۱ ق.م.ا.ن.ا.ک. (۱۳۶۹)، بر مبنای ماده ۴ ق.م.ا.ن.ا.ک. (۱۳۶۷) حکم به افساد فی الارض و اعدام مرتکبان می‌دهند.

با عنایت به همپوشانی عنوان مجرمانه اخلال در نظام اقتصادی کشور از طریق قبول سپرده اشخاص با بزه کلاهبرداری و همچنین با عنایت به ابهامات موجود در تعریف برخی واژگان کلیدی در قانون اخیر و دشواری احراز ارکان بزه اخلال در نظام اقتصادی کشور، قضات تمایل چندانی به استناد به بند «ه» از ماده ۱ ق.م.ا.ن.ا.ک. (۱۳۶۹) ندارند؛ از این رو، جرم‌زدایی آن پیشنهاد می‌گردد.

کتاب‌شناسی

۱. ابراهیمی، شهرام و مجید صادق‌نژاد نائینی، «تحلیل جرم‌شناختی جرایم اقتصادی»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال دوم، شماره ۵، زمستان ۱۳۹۲ ش.
۲. استفانی، گاستون و ژرژ لواسور و برنار بولوک، حقوق جزای عمومی، ترجمه علی دادبان، چاپ دوم، تهران، دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۸۳ ش.
۳. حبیب‌زاده، محمدجعفر، تحلیل جرایم کلاهبرداری و خیانت در امانت در حقوق کیفری ایران، تهران، دادگستر، ۱۳۸۹ ش.
۴. همو، محاربه در حقوق کیفری ایران، تهران، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۹ ش.
۵. روزنامه رسمی، مذاکرات جلسه علنی مجلس شورای اسلامی، دوره سوم، جلسه ۲۵۷، ۲۵۹ و ۳۰۷، تاریخ ۱۳۶۹/۴/۲۵، ۱۳۶۹/۴/۲۷ و ۱۳۶۹/۹/۱۹، شماره‌های ۱۳۳۴۳، ۱۳۳۴۸ و ۱۳۴۳۷.
۶. روستایی، مهرانگیز، ارزیابی مداخله کیفری در حوزه اخلاق در نظام اقتصادی کشور، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۸ ش.
۷. زراعت، عباس، حقوق کیفری اقتصادی، تهران، جنگل، ۱۳۹۱ ش.
۸. عمید، حسن، فرهنگ عمید، تهران، آشنج، ۱۳۸۹ ش.
۹. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعه (کتاب الحدود)، چاپ دوم، قم، مرکز فقه الائمه الاطهار (علیهم‌السلام)، ۱۴۲۲ ق.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی - درس‌هایی از عقود معین ۱، چاپ نهم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۵ ش.
۱۱. مرعشی، سیدمحمدحسن، «افساد فی الارض از دیدگاه قرآن و روایات و عقل»، مجله حقوقی قضایی دادگستری، شماره ۲، زمستان ۱۳۷۰ ش.
۱۲. معین، محمد، فرهنگ معین، چاپ چهاردهم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۶۲ ش.
۱۳. مهدوی‌پور، اعظم، سیاست کیفری افتراقی در قلمرو بزهکاری اقتصادی، تهران، میزان، ۱۳۹۰ ش.
۱۴. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ سوم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷ ش.
۱۵. نمازی، حسین، نظام‌های اقتصادی، چاپ پنجم، تهران، انتشار، ۱۳۸۷ ش.
16. Ashworth, Andrew & Jeremy Horder, *Principles of Criminal Law*, 7th ed., Oxford University Press, 2013.
17. Ristroph, Alice, "Proportionality as a Principle of Limited Government", *Duke Law Journal*, Vol. 55, 2005.

ضمانت‌های اجرایی نقض حقوق شهروندی

در فرایند تحقیقات پلیسی*

- حسنعلی مؤذن‌زادگان^۱
- حسین محمدکوره‌پز^۲

چکیده

در اکثر موارد، فرایند دادرسی کیفری با مداخله ضابطان دادگستری و متعاقب آن، ورود به فرایند تحقیقات پلیسی آغاز می‌شود. در این مرحله، ضابطان دادگستری - به عنوان کسانی که در خط مقدم کشف و تحقیق پیرامون جرم احتمالی قرار دارند - باید ضمن درک اهمیت دقت و سرعت در تعیین وضعیت شخص تحت نظر، به تکالیف قانونی خود نیز پایبند باشند؛ زیرا آنان با شخص تحت نظر مواجه‌اند و نه متهم. پس باید الزامات ناشی از حقوق شهروندی وی را رعایت کنند. گرچه بیش از یک دهه از تصویب قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۳/۲/۱۵ و شروع گفت‌وگوهای شهروندمداری و پاسداشت حقوق وی می‌گذرد، به طور مستقل، هیچ پژوهشی با تمرکز بر این

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۵/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۸/۸.

۱. دانشیار دانشگاه علامه طباطبائی (moazenzadegan@atu.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه علامه طباطبائی (نویسنده مسئول) (kourepaz@atu.ac.ir).

مرحله از فرایند دادرسی کیفری، به این پرسش پاسخ نداده است که «چنانچه ضابطان از این حقوق پاسداری نکنند، چه پاسخی متوجه آنان خواهد بود؟» مجموعه پاسخی‌های مرتبط با نقض حقوق شهروندی اشخاص تحت نظر در سیاست جنایی ایران را می‌توان به دو دسته کلی تقسیم نمود؛ نخست، ضمانت‌های اجرایی سرکوب‌گرایانه یا سخت - به تعبیری نسل اول - که شامل پاسخ‌های کیفری و اداری - انتظامی می‌شوند و نیز ضمانت‌های اجرایی نرم - نسل دوم - که عبارت‌اند از: سلب اعتبار از تحقیقات و جبران خسارت از زیان‌دیده. با توجه به لحاظ مواد ۷ و ۶۳ در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، ضرورت پرداختن به این موضوع دو چندان به نظر می‌رسد. از این رو، نوشتار پیش رو می‌کوشد هر یک از این پاسخی‌ها را بررسی کند.

واژگان کلیدی: جرایم علیه حقوق شهروندی، شخص تحت نظر، تحقیقات پلیسی، ضمانت‌های اجرایی نسل اول و دوم.

درآمد

۱. یکی از بارزترین شاخصه‌های دولت‌های مردم‌سالار در جایگاه «حقوق شهروندی»^۱ و میزان توجه به آن ارزش‌ها از دیدگاه هیئت حاکمه، در عرصه سیاست‌گذاری (سطح کلان) و نیز چگونگی صیانت و عینیت‌بخشی به الزامات ناشی از این حقوق در عرصه قانون‌گذاری و فرایند اجرای آن (سطح خرد) متجلی می‌شود؛ به نحوی که هر چه این حقوق با جرم‌انگاری و در نتیجه، با ضمانت‌های اجرایی کارآمد و اثربخش حمایت شود، عیار مردمی بودن آن دولت بیشتر است.^۲ حتی سطح قانون‌گذاری نیز در میزان پاسداری دولت‌ها از حقوق شهروندی باید لحاظ شود؛ برای نمونه اینکه اصل حمایت در قوانین فوق‌العاده یا فرائقینی^۳ (قانون اساسی) صورت گرفته است یا در قوانین عادی^۴ اعم از ماهوی یا شکلی. همچنین اینکه این مقرره‌ها در یک قانون عادی مادر، نظیر کد کیفری یا قانون آیین دادرسی کیفری و یا در یک قانون خاص گنجانده شود،

1. Citizenship rights.

۲. از این روست که گفته می‌شود قانون مجازات هر کشور، نماد نوع و ماهیت سیاسی - اجتماعی و محل تبلور باورها و ارزش‌های اساسی آن جامعه، و قانون آیین دادرسی کیفری، نماد میزان پایبندی به حقوق و آزادی‌های شهروندان و به طور کلی، احترام به کرامت انسانی می‌باشد (پرادل، ۱۳۷۶: ش ۷۸/۲۱).

3. Supra legislative.

4. Legislative.

پیام‌های متفاوتی دارد، یا اینکه در یک قانون، این دسته از جرایم تحت چه عنوانی همچون «جرایم علیه حقوق اساسی ملت» یا «تقصیرات مقامات و مأموران دولتی» یا با یک عنوان فرعی یا حتی بدون عنوان بیاید، در شناسایی سیاست‌های کلان آن دولت در ارتباط با حقوق شهروندی، می‌تواند راه‌گشا باشد. با این حال، می‌توان به نشانه‌های دیگری نظیر نوع نگاه قضات به این دسته جرایم (جرم یا تخلف)، رکن مادی (مادی صرف یا غیر آن) و معنوی (اعم از عمدی و غیر عمدی) یا حتی میزان استفاده قضات از نهادهای تخفیف‌دهنده^۱ (تعلیق و تعویق) یا تشدیدبخش^۲ در ارتباط با رفتارهای ناقض حقوق شهروندی اشاره کرد.

۲. حقوق شهروندی در معنای گسترده آن، به هر آنچه که به حقوق و آزادی‌های شهروندان مرتبط است -از جمله حقوق سیاسی، اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی، مدنی و... که در اصول مختلف قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز بیان شده است- اشاره دارد. اما در این نوشتار، منظور از حقوق شهروندی در وهله نخست، بُعد اجتماعی آن و در وهله بعدی، حقوق قضایی شهروندان^۳ (اعم از متهم و بزه‌دیده به عنوان کشگران دستگاه عدالت کیفری) است؛ چنان که اصطلاح حقوق شهروندی در قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۳ (یا به اختصار قانون حقوق شهروندی) نیز در این معنا به کار رفته است. بنابراین تعریفی که از حقوق شهروندی می‌توان ارائه داد عبارت است از: «مجموعه حقوق مشخصی که قانون‌گذار به شهروندان خود در یک جامعه خاص اعطا می‌کند». با قیودی که در تعریف بالا آمد، تا حدودی این مفهوم از حقوق بشر -به رغم دشواری در تعیین حد و مرز و میزان

1. Mitigating.

2. Aggravating.

۳. اصل‌های ۲۲، ۳۲ و ۳۴-۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به نحو بارزی به حقوق قضایی شهروندان اشاره دارد. در واقع، حق‌های قضایی شهروندان و آزادی بنیادین آن‌ها از چنان شأن و منزلتی برخوردار است که این حق‌ها تا سطح اصول و هنجارهای قانون اساسی ارتقا یافته و به اصطلاح اساسی‌سازی شده است؛ به گونه‌ای که نه تنها کارگزاران قضایی بلکه قانون‌گذاران و به طور کلی حاکمیت نیز نمی‌تواند این اصول را نادیده بگیرد (برای مطالعه بیشتر ر.ک: نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۳: ۹۸۸-۹۹۵/۱).

اختلاط این دو مفهوم- متمایز می‌گردد.^۱

۳. همان‌طور که اشاره شد، شهروندان در برابر دستگاه قضایی حقوقی دارند که دولت‌ها مکلف به رعایت آن‌ها هستند. یکی از این مراحل قضایی - در معنای گسترده - مرحله‌ای است که مأموران پلیس در مقام ضابط قضایی به منظور کشف جرم و حفظ آثار آن، شناسایی و یافتن متهم، بازجویی‌های ابتدایی و نیز ابلاغ اوراق و تصمیمات قضایی، دارای اختیارات گسترده‌ای هستند که نقض حقوق شهروندی توسط آنان در این مرحله، ممکن است روند اصلی پرونده را منحرف سازد و شهروندان را از ابزار و لوازمی که برای احقاق حق و امنیت قضایی آنان پیش‌بینی شده است، محروم کند.^۲ در این راستا، قانون‌گذار اولین سند مستقل صیانت از حقوق شهروندی - البته با مسامحه حمایت از حقوق متهم^۳ - یعنی قانون حقوق شهروندی را به تصویب رساند (برای ملاحظه

۱. همان‌طور که گفته شد در تعریف بالا سعی شده است از میزان همپوشانی حقوق شهروندی و حقوق بشر کاسته شود. برای نمونه، قید «قانون‌گذار به شهروندان خود» نشان می‌دهد که حقوق شهروندی نیاز به تصریح در قانون اساسی یا قوانین عادی دارد. در حالی که حقوق بشر، حق اولیه و بنیادین بشر است حتی اگر در قوانین مطرح نشود. همچنین قید «به شهروندان خود در یک جامعه خاص» بیانگر آن است که حقوق شهروندی تنها با قرار گرفتن شهروند در یک پهنه جغرافیایی خاص (ملی)، قابل بهره‌مندی است در حالی که حقوق بشر فرامکانی یا به تعبیر دقیق‌تر فراملی است و گستره آن به اندازه جهان است. افزون بر این، نتیجه دیگر این قید، رابطه تکلیف متقابل شهروند در مقابل دولت در برابر حق اعطاشده به اوست؛ یعنی حقی خاص در مقابل تکلیفی خاص در بستری خاص. اثر دیگر اینکه حقوق بشر استثناپذیر است؛ بدین معنا که در حقوق شهروندی، دولت می‌تواند برای بهره‌مندی طبقه‌ای از شهروندان از حقوق مذکور، شرط و پیش‌شرط گذارد و قشری را استثنا کند. اما در حقوق بشر، همین که انسانی در قلمرو حاکمیت اوست، هرچند غیر شهروند هم باشد، دولت مکلف است که حقوق وی را تأمین کند. با این حال، هر چه نظام یک کشور مردم‌سالارتر باشد، این مرزها کم‌رنگ‌تر و دوایر آن‌ها بر هم منطبق‌تر و تضمین‌شدنی‌تر خواهند بود (رضایی‌پور، ۱۳۸۵: ۱۹؛ همچنین در این باره ر.ک: محسنی، ۱۳۸۶: ۱۶۰-۱۶۱).

۲. از آنجا که این دسته از جرایم موسوم به جرایم علیه حقوق شهروندی، از سوی کارگزاران قضایی و ضابطان دادگستری تحت نظارت و ریاست دادستان روی می‌دهند و دارای رقم سیاه بالایی هستند، برخی اساتید پیشنهاد داده‌اند که قوه قضاییه با تشکیل «ستاد یا کمیسیون پیشگیری از وقوع جرم»، نسبت به پیشگیری از ارتکاب این نوع جرایم در سطح نهادها و سازمان‌های وابسته و یا تحت نظارت خود اقدام کند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۶: ش ۵/۱۱).

۳. زیرا جز در بند ۳ ماده واحده که بیان می‌دارد: «محاکم و دادسراها مکلف‌اند حق دفاع متهمان و مشتکی‌عنهم را رعایت کرده و فرصت استفاده از وکیل و کارشناس را برای آنان فراهم آورند»، به صورت مستقل حقی برای شاکی یا بزه‌دیده قائل نشده است.

سیر تصویب این قانون، ر.ک: نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۸: ۱۳-۱۸). با این حال، این قانون بیشتر شبیه یک دستورالعمل یا «توصیه‌نامه»^۱ بود^۲ که به هیچ وجه ضمانت اجرایی مستقل از آنچه که به طور صریح در قوانین موضوعه از جمله قانون مجازات اسلامی تعزیرات ۱۳۷۵ آمده بود را بیان نمی‌کرد.^۳ البته به صراحت در صدر این ماده واحده آمده بود که افزون بر کلیه محاکم عمومی، انقلاب، نظامی و نیز دادسراها، «... ضابطان قوه قضاییه مکلف‌اند در انجام وظایف قانونی خویش، موارد ذیل را به دقت رعایت و اجرا کنند...». همچنین در ماده ۱۹ دستورالعمل اجرایی بند ۱۵ قانون حقوق شهروندی نیز ضابطان قوه قضاییه، مشمول مقررات این دستورالعمل و مکلف به اجرای آن‌ها شده‌اند. اما قانون‌گذار به این بسنده نکرد و در راستای حمایت از امنیت قضایی شهروندان خود در مرحله تحقیقات پلیسی، در ماده ۶۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ (از این پس به اختصار ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲)، ضمانت اجرای ۳ ماه تا ۱ سال انفصال از خدمات دولتی را در موارد نقض این حقوق پیش‌بینی نمود.^۴ از سوی دیگر، ماده ۷ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ چنین مقرر می‌دارد:

در تمام مراحل دادرسی کیفری، رعایت حقوق شهروندی مقرر در «قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۳/۲/۱۵» از سوی تمام مقامات قضایی، ضابطان دادگستری و سایر اشخاصی که در فرایند دادرسی مداخله دارند، الزامی است. متخلفان افزون بر جبران خسارات وارده، به مجازات مقرر در ماده ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات مصوب ۱۳۷۵/۴/۴) محکوم می‌شوند، مگر آنکه در سایر قوانین مجازات شدیدتری مقرر شده باشد.

1. Recommendation.

۲. شاید به جهت همین ارشادی بودن و فقدان ضمانت اجرایی لازم این قانون است که برخی نویسندگان از آن به عنوان «منشور بزرگ حقوقی» یاد کرده‌اند (گودرزی بروجردی، ۱۳۸۴: ۱۰۹).
۳. در این زمینه می‌توان به مواد ۵۷۰ تا ۵۸۷ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵ اشاره کرد که این دسته از رفتارها را ذیل عنوان «تقصیرات مقامات و مأمورین دولتی» جرم‌انگاری نموده است. در ادامه، در این باره به تفصیل بحث خواهد شد.
۴. قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸، در این زمینه ساکت بود و تنها در ماده ۱۶ قانون مذکور برای مواردی که ضابطان دادگستری از دستورات مقام قضایی سرپیچی کنند، ۳ ماه تا ۱ سال انفصال از خدمت دولت و یا ۱ تا ۶ ماه حبس مقرر کرده بود.

با توجه به این ماده این پرسش مطرح می‌شود که آیا موارد نقض حقوق شهروندی در فرایند تحقیقات پلیسی همان موارد شانزده گانه‌ای است که در ماده ۶۳ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ آمده است یا طبق ماده ۷ مذکور، همچنان می‌توان در سایر موارد طبق ماده ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات)، مرتکب را مجازات نمود؟ آیا گستره ماده ۵۷۰ آن‌چنان وسیع نیست که افزون بر موارد مذکور در ماده ۶۳، سایر موارد را نیز دربرگیرد؟ اگر این طور است، آیا پیش از تصویب ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ نیز می‌توانستیم به موجب قانون حقوق شهروندی که به حقوق شهروندی متهم تصریح می‌کرد، طبق ماده عام‌الشمول ۵۷۰ تعزیرات، مرتکبان را کیفر کنیم؟ اگر آری، پس ضرورت لحاظ ماده ۶۳ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ چیست؟ آیا مجازات مندرج در این ماده، صبغه یک مجازات اداری - انتظامی دارد؟

۴. رسالت پژوهش پیش رو، پاسخ به این پرسش اصلی است که: ضمانت‌های اجرایی نقض حقوق شهروندی در فرایند تحقیقات پلیسی در حقوق ایران کدام است؟ آیا این ضمانت اجراها از لحاظ موازین حقوق کیفری نوین تنها باید سرکوب‌گرایانه باشد؛ به این معنا که تنها ناقض این حقوق را مجازات کرد یا شایسته است که در راستای حمایت از بزه‌دیده و جبران خسارت وی نیز گام برداشت؟

برای پاسخ به این پرسش‌ها، مطالب این نوشتار در قالب دو گفتار سامان یافته است: گفتار نخست پیرامون ضمانت‌های اجرایی سرکوب‌گرایانه و سخت (ضمانت اجرای کیفری و اداری - انتظامی) به بحث می‌پردازد و گفتار دوم از ضمانت‌های اجرایی بزه‌دیده‌مدار و نرم (ضمانت اجرای سلب اعتبار و جبران خسارت) سخن می‌گوید.

گفتار نخست: ضمانت اجرای سخت (ضمانت اجرای نسل اول)

در ابتدای شکل‌گیری حقوق کیفری نوین، تصور بر این بود که با تعیین مجازات و اجرای قاطع و سریع آن، نظم و امنیت برقرار می‌شود. در واقع، این باور دنبال می‌شد که مجرم با نقض قوانین کیفری و عبور از محدوده‌های کیفری، موجبات برهم خوردن توازن و نظم موجود را فراهم ساخته است که از گذر اجرای کامل مجازات و در نظر گرفتن مسئولیت کیفری صرف برای او در قبال اعمالش، عدالت برقرار و نظم از دست

رفته باز خواهد گشت. در این بستر، برای مجرم کیفر تعیین شده بود و مجازات‌ها، هدفِ ارباب خاص و عام افراد و در نتیجه بازدارندگی از تکرار جرم را دنبال می‌کردند که این هدف با اجرای کامل و قاطع مجازات تأمین می‌شد. حتی در دوران اثبات‌گرایی و ظهور سیاست جنایی اصلاح و درمان نیز اگرچه هدف اصلاح مجرم بود، همچنان کیفر، کیفر بود (ضمانت اجرای سرکوبگر یا سخت یا نسل اول).

منظور از ضمانت اجرای سخت یا نسل اول آن دسته از پشتوانه‌های نقض اجرای قانون هستند که صبغه سرکوب‌گرایانه دارند. به بیان دیگر، منظور از پاسخ‌های سخت آن دسته اقداماتی هستند که یا کیفرند یا به مانند برخی پاسخ‌های اداری - انضباطی در قلمرو کیفری قرار دارند.^۱ اگرچه استفاده از این دسته ضمانت اجراها در برخی بُرش‌های زمانی کمتر شده و تعدیل گردیده است، همواره در حقوق کیفری و نیز آیین‌نامه‌های اداری - انضباطی وجود داشته‌اند. در زیر به ضمانت اجرای کیفری و اداری - انتظامی به عنوان تضمین‌های سرکوبگر نقض حقوق شهروندی اشاره خواهد شد.

ضمانت اجرای کیفری

سنتی‌ترین، مشهودترین و رسمی‌ترین نوع پاسخ به پدیده مجرمانه، واکنش کیفری است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۷۹: ۱۵/۱). در این چارچوب، قانون‌گذار با پیش‌بینی ماده ۵۷۰ قانون تعزیرات (اصلاحی ۱۳۸۱) به طور مطلق (ناظر به تمام مراحل دادرسی) و نیز مجازات مندرج در ماده ۶۳ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ به طور خاص (در مرحله تحقیقات پلیسی)، حمایت کیفری از حقوق شهروندی را به رسمیت شناخته است.

الف) مجازات مقرر در ماده ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ (تعزیرات)
ماده ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی تعزیرات در این زمینه اشعار می‌دارد:

۱. دلماس - مارتی در این باره بیان می‌دارد: «تغییر موضوع و گسترش قلمرو مطالعاتی [حقوق جزا] سبب تغییر در روش مطالعاتی هم می‌شود. بدین ترتیب سیاست جنایی، مطالعه حقوقی شیوه‌های مختلف کنترل جرم را مد نظر قرار می‌دهد. این شیوه‌ها و روش‌های مختلف شامل ضمانت اجراهای کیفری، ضمانت اجراهای اداری، میانجیگری کیفری، ضمانت اجراهای انضباطی و... می‌شود که از آن‌ها با عنوان «ضمانت اجراهای تنبیهی» یاد می‌شود و نه ضمانت اجراهای کیفری و قهرآمیز» (۱۳۷۶: ش ۱۱/۱۹۰).

هر یک از مقامات و مأمورین وابسته به نهادها و دستگاه‌های حکومتی که بر خلاف قانون، آزادی شخصی افراد ملت را سلب کند یا آنان را از حقوق مقرر در قانون اساسی محروم نماید علاوه بر انفصال از خدمت و محرومیت ۱ تا ۵ سال از مشاغل حکومتی به حبس از ۲ ماه تا ۳ سال محکوم خواهد شد.

اما از آنجا که این ماده کمتر توسط قضات دیده شد، قانون‌گذار در یک اقدام شایسته تقدیر، در ماده ۷ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ با هدف برجسته‌سازی این مقررہ بیان داشت:

در تمام مراحل دادرسی کیفری، رعایت حقوق شهروندی مقرر در «قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۳/۲/۱۵» از سوی تمام مقامات قضایی، ضابطان دادگستری و سایر اشخاصی که در فرایند دادرسی مداخله دارند، الزامی است. متخلفان افزون بر جبران خسارات وارده، به مجازات مقرر در ماده ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده) مصوب ۱۳۷۵/۴/۴ محکوم می‌شوند....

ماده ۷ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ به عنوان یک اصل راهبردی حاکم بر تمام مراحل دادرسی کیفری، اساساً حرف جدیدی نمی‌زند؛ زیرا پیش از تصویب ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ نیز قانون حقوق شهروندی و همچنین ماده ۵۷۰ تعزیرات، از اعتبار قانونی برخوردار بودند. با این توضیح آشکار می‌شود که حتی پیش از بیان مقررہ اخیر، می‌توانستیم در جایی که حقوق اساسی ملت توسط کارگزاران حکومتی مورد تعرض قرار می‌گیرد، به این ماده متمسک شویم و ماده ۷ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲، اساساً تنها در راستای آنکه ماده ۵۷۰ بیشتر دیده شود، وضع شده است.^۱

۱. شاید بهترین دلیل در تأیید این مدعا آن باشد که تا کنون در دستگاه قضایی، آرای بسیار معدودی به استناد ماده ۵۷۰ تعزیرات صادر شده است و یا در صورت استناد، متهمان آن کمتر محکوم شده‌اند. در یکی از این آرا، استاندار از اتهام تخریب غیر قانونی قسمتی از ساختمان و اموال منقول (متهم ردیف اول) و فرماندار از اتهام معاونت در تخریب ساختمان، دیوار و اموال منقول (متهم ردیف دوم) برائت یافتند: «... هر چند دستور صادره از طرف متهم ردیف اول خارج از اختیارات او بوده لیکن با توجه به مکاتبات انجام شده و اظهاریه‌های صادر شده که شاکای به هیچ کدام از آنها توجه نکرده است و اینکه متهمان نفع شخصی در دستور صادره یا خصومت با شکات نداشته‌اند و در جهت حفظ و حراست از منابع طبیعی بوده است، سوءنیت آنان احراز نمی‌گردد...» (دادنامه شماره ۶۶-۶۸ مورخ ۱۳۸۵/۳/۳۱ شعبه ۷۶ دادگاه کیفری استان).

شاید دلیل عدم تمایل قضات برای استناد به ماده ۵۷۰ تعزیرات را بتوان در کلی گویی، ابهام و به طور کلی تخلف قانون‌گذار از اصل کیفی بودن قوانین کیفری، یعنی عدم شفافیت و وضوح قانون در عبارت «... آنان را از حقوق مقرر در قانون اساسی محروم نماید...» جستجو کرد.^۱ اگرچه گفته شده که منظور از این عبارت، حقوقی است که در فصل سوم قانون اساسی با عنوان «حقوق ملت» مقرر شده است (گلدوزیان، ۱۳۸۶: ۲۹۵؛ میرمحمدصادقی، ۱۳۹۲: ۵۶۱)، محدود کردن آن حقوق تنها به فصل سوم تحت عنوان حقوق ملت (اصول ۱۹-۴۲ قانون اساسی) چندان موجه نمی‌باشد؛ زیرا برای نمونه، حق رسیدگی علنی به دعوی (اصل ۱۶۵) و عطف بمسابق نشدن قوانین کیفری (اصل ۱۶۹) به عنوان حقوق قضایی و حق مالکیت شهروندان یا حق داشتن محیط زیست سالم به عنوان حقوق غیر قضایی ملت نیز در این عبارت موسع می‌گنجد و محدود کردن دامنه این عبارت، موجه نمی‌باشد. حتی اگر به نظر اخیر نیز معتقد نباشیم و رویکرد حداقلی مذکور در نظر

→ اما این رأی مورد تأیید شعبه ۲۰ دیوان عالی کشور قرار نگرفت: «با توجه به محتویات پرونده از جمله دستور کتبی آقای استاندار در خصوص قلع بنا... نظریه کارشناس تعیین شده در پرونده مذکور و رأی صادره از دیوان عدالت اداری دایر بر توقف عملیات تخریب ساختمان و سپس دادنامه شماره ۲۰۴۳ مورخ ۱۳۸۵/۱۱/۳۰... در خصوص نقض رأی صادره از کمیسیون ماده ۱۰۰ شهرداری و... استناد دادگاه عدم احراز سوءنیت متهمین صحیح نبوده؛ زیرا اقدام بر خلاف قانون توسط متهمین خود دلیل بر سوءنیت است...» (دادنامه ۲۰/۶۳۲ مورخ ۱۳۸۶/۱۱/۳۰ شعبه ۲۰ دیوان عالی کشور).

از این رو، پرونده به شعبه ۷۹ دادگاه کیفری استان ارجاع شد. این شعبه نیز در مقام رأی اصراری در دادنامه شماره ۶۰۱۴ مورخ ۱۳۸۸/۳/۱۹ همسو با شعبه ۷۶ دادگاه کیفری استان بیان داشت: «... چون متهمان اظهار داشته‌اند با فرض اینکه وظیفه قانونی آنان جلوگیری از احداث بنای غیر مجاز است اقدام کرده‌اند و به محض شنیدن نظر معاون قضایی ریاست دادگستری کل استان... تخریب را متوقف کرده‌اند، لذا به نظر دادگاه، نامبردگان فاقد قصد مجرمانه بوده و با فرض انجام وظیفه قانونی اقدام کرده‌اند... به استناد بند الف ماده ۱۷۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، حکم بر براءة آنان صادر و اعلام می‌نماید...».

سرانجام شعبه ۲۰ دیوان عالی کشور بیان داشت: «... پرونده در اجرای ماده ۲۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری جهت طرح در هیئت عمومی شعب کیفری دیوان عالی کشور، به نظر معاونت محترم دیوان عالی کشور می‌رسد.»

۱. از موارد دیگری که قانون‌گذار از اصل کیفی بودن و شفافیت حقوق کیفری عدول کرده است می‌توان به موضوع ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ (افساد فی الارض)، ماده ۶۳۸ تعزیرات (نظاها به عمل حرام) و نیز قسمت دوم از ماده ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری (تحصیل مال از طریق نامشروع) اشاره کرد.

نخست را بپذیریم، بی‌شک حتی پیش از اشاره ماده ۷ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ نیز نقض هر حق شهروندی مقرر در فصل سوم قانون اساسی، در ماده ۵۷۰ تعزیرات می‌گنجید. پرسشی که ممکن است در اینجا به ذهن خطور کند آن است که آیا با این استدلال، تمامی موارد نقض احتمالی حقوق شهروندی در تحقیقات پلیسی مقرر در قانون حقوق شهروندی و نیز مواد ۲۸ تا ۶۲ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ حتی آن مواردی که در ماده ۶۳ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ ذکر نشده است، نظیر ماده ۴۶ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ (منع از نگهداری شخص تحت نظر بیش از ۲۴ ساعت)، همچنان در ماده ۵۷۰ تعزیرات نیز می‌گنجد؟ پاسخ این پرسش در عبارت زیر نهفته است:

... رعایت حقوق شهروندی مقرر در «قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۳/۲/۱۵» از سوی تمام مقامات قضایی، ضابطان دادگستری و سایر اشخاصی که در فرایند دادرسی مداخله دارند، الزامی است....

بنابراین چنانچه در قانون آیین دادرسی کیفری به برخی از حقوق شهروندی اشاره نشده باشد، اما به طور خاص در قانون حقوق شهروندی به آن حق تصریح شده باشد یا از عبارات عام موجود در قانون حقوق شهروندی بتوان آن حق را تضمین شده دانست، شمول ضمانت اجرای ماده ۵۷۰ بر آن رفتار قطعی می‌باشد؛ برای نمونه، در ماده ۴۹ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ آمده است:

به محض آنکه متهم تحت نظر قرار گرفت... والدین، همسر، فرزندان، خواهر و برادر این اشخاص می‌توانند از طریق مراجع مزبور، از تحت نظر بودن آنان اطلاع یابند. پاسخ‌گویی به بستگان فوق درباره تحت نظر قرار گرفتن، تا حدی که با حیثیت اجتماعی و خانوادگی اشخاص تحت نظر منافات نداشته باشد، ضروری است.

اگرچه ماده ۴۹ از حق بستگان شخص تحت نظر برای اطلاع یافتن از وضعیت وی سخن می‌گوید، با این حال ماده ۷ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ و بند ۵ ماده واحده قانون حقوق شهروندی چنین مقرر می‌دارد:

اصل منع دستگیری و بازداشت افراد ایجاب می‌نماید که در موارد ضروری نیز به حکم و ترتیبی باشد که در قانون معین گردیده است... و خانواده دستگیرشدگان در جریان [دستگیری و بازداشت وی] قرار گیرند.

بر این اساس، ضابطان ملزم به اطلاع دادن به خانواده دستگیرشدگان می‌باشند (خالقی، ۱۳۹۳: ۶۱). همچنین یکی از وظایف پلیس به عنوان ضابط دادگستری، ابلاغ اوراق قضایی - اعم از اظهارنامه، اخطاریه، احضار و جلب - است و از این جهت که حرکت منظم چرخه عدالت کیفری منوط به آن می‌باشد، بسیار بااهمیت است (قوام، ۱۳۹۰: ۲۵۳). اگرچه ابلاغ صحیح اوراق قضایی به موجب قسمت ط بند ۸ ماده ۴ قانون نیروی انتظامی و نیز ماده ۲۸ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ از وظایف ضابطان است، هیچ مقرره‌ای ناظر به تضمین این حق، نه در ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ و نه در قانون حقوق شهروندی لحاظ نشده است. در حالی که در این مرحله، حق احضار شدن به شیوه قانونی، حق آگاهی از دلیل احضار و نتیجه عدم حضور، حق منع تعرض به حیثیت اجتماعی احضارشونده و حق حفظ اسرار احضارشونده، از جمله الزامات نیل به یک دادرسی عادلانه می‌باشد (برای آگاهی تفصیلی از این حقوق، ر.ک: رضوی، ۱۳۹۱).

با این حال، برخی از مواردی که به آن‌ها اشاره شد، می‌توانند در سایر موادی که به طور عام و بدون اختصاص یافتن به مرحله‌ای خاص، حقوقی را برای متهم لحاظ کرده‌اند، گنجانده شوند؛ برای نمونه حق حفظ اسرار احضارشونده یکی از حقوق اختصاصی شخص تحت نظر در مرحله ابلاغ اوراق قضایی است اما از آنجا که در ماده ۴۰ به طور عام آمده است:

افشای اطلاعات مربوط به هویت و محل اقامت بزه‌دیده، شهود و مطلعان و سایر اشخاص مرتبط با پرونده، توسط ضابطان دادگستری جز در مواردی که قانون معین می‌کند، ممنوع است.

بر پایه آن می‌توان این حق را در این مرحله نیز تضمین شده دانست. پس چنانچه به این حق در قانون اساسی و در پی آن در قانون حقوق شهروندی و یا در قوانین دیگر تصریح شده باشد، نظیر آنچه در ماده ۴۶ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ که در اصل ۳۲ قانون اساسی آمده است - بر خلاف حقوق بشر، چرا که در تعریف ارائه شده به شاخص‌های تمیز این دو حق اشاره شد - باید دادرس به مجازات مقرر در ماده ۵۷۰ تعزیرات حکم کند؛ زیرا با وجود عام‌الشمولی ماده مذکور و تأکید ماده ۷ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ هیچ مانعی برای امتناع از تمسک به آن وجود ندارد.

نکته آخر در این قسمت اینکه زمانی می‌توان به ماده ۵۷۰ تعزیرات استناد کرد که هیچ مقررۀ دیگری به صراحت این رفتار را جرم‌انگاری نکرده باشد. در جایی که یک رفتار به صراحت یک مقررۀ قانونی را نقض می‌کند، دیگر نمی‌توان به ماده ۵۷۰ تعزیرات استناد نمود؛ برای نمونه چنانچه ضابطان دادگستری «... بدون اخذ برگ بازداشت صادره از طرف مراجع و مقامات صلاحیت‌دار شخصی را به زندانی بپذیرند...» (ماده ۵۷۳ تعزیرات)، تنها به مجازات همین ماده (۲ ماه تا ۲ سال حبس) محکوم خواهد شد، حتی اگر این مجازات کمتر از مجازات مقرر در ماده ۵۷۰ باشد؛ زیرا منظور از «متخلفان...» به مجازات مقرر در ماده ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده) مصوب ۱۳۷۵/۴/۴ محکوم می‌شوند، مگر آنکه در سایر قوانین مجازات شدیدتری مقرر شده باشد» (ماده ۷)، این نیست که حتی در صورت خاص بودن یک ماده نسبت به ماده ۵۷۰ در جایی که مجازات ماده خاص کمتر - مانند مواد ۵۷۳ و ۵۷۴ تعزیرات - یا بیشتر - مانند ۵۷۹ و ۵۸۷ - از ماده ۵۷۰ بود، همچنان به مجازات ماده ۵۷۰ استناد کرد، بلکه منظور از «مگر آنکه در سایر قوانین مجازات شدیدتری مقرر شده باشد» آن است که اگر در حال حاضر^۱ یا در قانون‌گذاری‌های بعدی، مجازات مقررهای که از حیث عام‌الشمولی شبیه ماده ۵۷۰ است، شدیدتر بود، باید به آن رجوع کرد و دست از ماده ۵۷۰ کشید. بنابراین با توجه به خاص بودن مواد ۵۷۱ تا ۵۸۷ تعزیرات نسبت به ماده ۵۷۰، اساساً فرض تعدد معنوی (شمس نازی و عطازاده، ۱۳۸۷: ش ۷۶/۴) و تعدد مادی (گلدوزیان، ۱۳۸۳: ۲۳۷) بی‌معناست. بنابراین نمی‌توان گفت که حتی در صورت خاص بودن یک مقرره، چنانچه مجازات آن کمتر از ماده ۵۷۰ باشد، باید همچنان به مجازات ماده ۵۷۰ رجوع کرد؛ زیرا در این صورت باید قائل بود که ماده ۷ ق.آ.د.ک. تمامی مجازات‌های کمتر از انفصال خدمت و محرومیت از مشاغل حکومتی به مدت ۱ تا ۵ سال و حبس از ۲ ماه تا ۳ سال را نسخ کرده است. نسخ مجازات نیز معنایی جز نسخ ماده ندارد. افزون بر اینکه در ماده ۷ آمده است: «مگر آنکه در سایر قوانین مجازات شدیدتری مقرر شده باشد» که

۱. البته نویسنده چنین موردی را نیافت.

منظور قوانین دیگری غیر از قانون مجازات اسلامی است، نه ماده یا مقرره‌ای دیگر از همان قانون. نیز همان طور که پیشتر اشاره شد، رسالت ماده ۷ برجسته‌سازی ماده ۵۷۰ است؛ زیرا استناد به این ماده به جهات مختلف در مراجع قضایی دادگستری ایران مغفول واقع مانده بود، در حالی که این وضعیت در ارتباط با مواد ۵۷۱ به بعد صادق نیست. پس منظور از «مجازات شدیدتر»، مجازاتی است که در سایر قوانین برای ماده‌ای همچون ماده ۵۷۰ فعلی که عام‌الشمول است در نظر گرفته شده باشد، نه موادی که در آن رفتار خاصی جرم‌انگاری و سپس کیفرگذاری شده است.

در کتاب چهارم از قانون مجازات فرانسه با عنوان جنایات و جنحه‌ها علیه ملت، دولت و آسایش عمومی ذیل عنوان سوءاستفاده از اختیار کارمندی علیه خواص، نیز به تعرض به آزادی‌های فردی (مواد ۴۳۲-۴ تا ۴۳۲-۷) اشاره شده است. در ماده ۴۳۲-۴ که شیهه ماده ۵۷۰ تعزیرات است، آمده است:

هر گاه شخص برخوردار از قدرت عمومی یا ارائه‌دهنده خدمات عمومی در حال انجام وظیفه یا در معرض انجام وظیفه دستور بدهد یا مرتکب عملی شود که تعرض و تجاوز به حقوق فردی است، به تحمل ۷ سال حبس و ۱۰۰ هزار یورو جزای نقدی محکوم خواهد شد. چنانچه عمل منجر به تجاوز و تعرض همراه با دستگیری یا توقیف و نگهداری بیش از ۷ روز باشد، مجازات ۳۰ سال حبس با اعمال شاقه و ۴۵ هزار یورو جزای نقدی خواهد بود.

نکته نخست اینکه این ماده و نیز مواد ۴۳۲-۵ و ۴۳۲-۶ حتماً باید از سوی مأمور دولت و نیز این رفتار باید در حال انجام وظیفه یا زمانی که مأمور در معرض انجام وظیفه بوده است، ارتکاب یابد؛ زیرا مأمور دولتی که با عنوان شخصی و نه دولتی مرتکب این رفتار شود، به ماده ۱-۲۲۴ محکوم خواهد شد. نکته دوم آنکه قانون‌گذار فرانسوی با لحاظ عبارت عام «شخص برخوردار از قدرت عمومی یا ارائه‌دهنده خدمات عمومی» به جای «کارمند یا مأمور دولت» که در ماده ۱۱۴ قانون مجازات سابق وجود داشت، خواسته است آنان را ورای پست و رده سازمانی و غیر آن، مشمول ماده ۴۳۲-۴ به بعد سازد. همچنان که قانون‌گذار ایرانی نیز در سال ۱۳۸۱ با اصلاح «مقامات و مأمورین دولتی» و لحاظ عبارت «هر یک از مقامات و مأمورین وابسته به

نهادهای و دستگاه‌های حکومتی»، نهادهای تحت نظر نهاد رهبری، شورای نگهبان یا به‌طور کلی نهادهای انتصابی را نیز در محدوده این ماده گنجانند.

ب) مجازات مقرر در ماده ۶۳ ق.آ.د.ک. مصوب ۱۳۹۲

پیش از تصویب قانون حقوق شهروندی که به‌طور کلی ضابطان قضایی را -در کنار سایر کارگزاران دستگاه عدالت کیفری- به پاسداری از حقوق شهروندی قضایی افراد ملت مکلف کرده است، هیچ مقرره دیگری تا سال ۱۳۹۲ در این باره وجود نداشت. در این راستا، قانون‌گذار در اقدامی رو به جلو، وظایف و اختیارات ضابطان قضایی و در پی آن، تکالیفی را که در این باره دارند، به تفصیل در فصل دوم از بخش دوم ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ با عنوان «ضابطان دادگستری و تکالیف آنان» (مواد ۶۲-۲۸) پیش‌بینی نمود. طبق ماده ۲۸ این قانون:

ضابطان دادگستری مأمورانی هستند که تحت نظارت و تعلیمات دادستان در کشف جرم، حفظ آثار و علائم و جمع‌آوری ادله وقوع جرم، شناسایی، یافتن و جلوگیری از فرار و مخفی شدن متهم، تحقیقات مقدماتی، ابلاغ اوراق و اجرای تصمیمات قضایی، به موجب قانون اقدام می‌کنند.

قانون‌گذار در ماده آخر این فصل (ماده ۶۳)، برای ۱۶ رفتار ناقض حقوق شهروندی که ممکن است توسط ضابط قضایی در فرایند تحقیقات پلیسی ارتکاب یابد، ضمانت اجرای ۳ ماه تا ۱ سال انفصال از خدمات دولتی را لحاظ کرده است.

نویسندگان حاضر با لحاظ این مقرره ذیل بحث ضمانت اجرای کیفری مدعی‌اند که این مجازات دارای صبغه یک مجازات کیفری است. اما آیا به واقع این مجازات یک مجازات کیفری است یا یک تنبیه اداری - انتظامی؟ اگر گفته شود که ضمانت اجرای ماده ۶۳ یک مجازات کیفری است، آیا در جایی که نقض حق شهروندی از موارد شانزده‌گانه احصاشده در ماده ۶۳ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ باشد، همچنان می‌توان به استناد ماده ۵۷۰ تعزیرات حکم صادر نمود؟ زیرا هر گاه فردی مرتکب یکی از موارد احصاشده در ماده ۶۳ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ شود، بی‌شک مشمول مجازات ماده ۵۷۰ تعزیرات خواهد شد در حالی که عکس آن صادق نیست. به عبارت دیگر، آیا می‌توان

مرتکب را از یک سو مشمول ماده ۵۷۰ تعزیرات و از سوی دیگر مشمول ماده ۶۳ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ دانست؟ آیا قانون‌گذار برای یک رفتار دو مجازات در نظر گرفته است (تعدد مجازات و نه تعدد جرم)؟!

در ارتباط با پرسش نخست باید گفت: اولاً با توجه به واکنشی که قانون‌گذار در ماده ۶۳ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ (۳ ماه تا ۱ سال انفصال از خدمات دولتی) برگزیده است و با وجود استفاده زیاد از این مجازات در قانون مجازات اسلامی (ر.ک: مواد ۵۷۶، ۶۰۱ و ۶۰۶ ق.م.ا. تعزیرات)) و سایر قوانین که در صدد کیفرگذاری برای یک رفتار هستند^۱ و ثانیاً با توجه به آنچه در قسمت دوم تبصره ۳ ماده ۱۹ ق.م.ا. آمده است: «همچنین اگر مجازاتی با هیچ یک از بندهای هشت‌گانه این ماده مطابقت نداشته باشد مجازات درجه ۷ محسوب می‌شود»، می‌توان گفت که انفصال موقت، صبغه مجازات دارد نه یک واکنش یا مجازات اداری.^۲ ثالثاً حتی اگر پذیرفته شود که مجازات انفصال مذکور در ماده ۶۳ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ یک مجازات اداری است، مرجع صالح رسیدگی بدان تخلف کجاست؟ این در حالی است که به صراحت قسمت اخیر اصل ۱۷۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و تبصره ۲ ماده ۱ قانون دادرسی نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۴، رسیدگی به جرایم عمومی نیروهای نظامی و انتظامی و همچنین جرایمی که افراد مذکور در مقام ضابط دادگستری مرتکب می‌شوند، در صلاحیت ذاتی محاکم عمومی دادگستری قرار دارد؛^۳ زیرا صلاحیت

۱. ماده ۴ قانون قاچاق انسان مصوب ۱۳۸۳، ماده ۱۲ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۶۷، ماده ۱۶ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶، تبصره ۱ ماده ۱۷ قانون تشکیل شرکت پست جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۸ و تبصره ۲ ماده ۱ و نیز ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری.

۲. تأکید می‌شود که در اینجا تردید درباره ماهیت مجازات انفصال موقت است نه انفصال دائم؛ زیرا انفصال دائم به صراحت به عنوان یکی از مجازات‌های درجه ۴ در ماده ۱۹ ذکر شده است. البته برخی نویسندگان بی‌آنکه دلیلی برای مدعی خود بیان کنند، مجازات مذکور در ماده ۶۳ ق.آ.د.ک. را به لحاظ ماهیت یک مجازات انضباطی می‌دانند (صادق‌منش، ۱۳۹۵: ۱۶۱).

۳. به نظر می‌رسد هدف خبرگان قانون اساسی از ارجاع رسیدگی به این جرایم در صلاحیت محاکم عمومی دادگستری، پیگیری این مهم باشد که قضات دادگستری از جرایم مأموران ضابط مطلع شوند و در ابلاغ دستورات بعدی دقت بیشتری نمایند تا از وقوع حوادث مشابه در آینده جلوگیری شود.

مراجع قضایی در رسیدگی به دعاوی، اصل بوده و قانون‌گذار بنا به برخی مصالح، رسیدگی و بررسی بعضی از امور را در اختیار مراجع غیر دادگستری قرار داده است. از این رو، برای مخالفت با اصل، نیازمند دلیل می‌باشیم.^۱

حال اگر معتقد باشیم که ماهیت واکنش لحاظ‌شده در ماده ۶۳ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ یک مجازات کیفری است، این مجازات با محرومیت و انفصال مقرر در ماده ۵۷۰ تعزیرات چگونه قابل جمع است؛ زیرا همان طور که گفته شده است، محرومیت اعم از انفصال است و شامل محرومیت از اشتغال و استخدام و انفصال از خدمت دولت می‌شود (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۲: ۵۶۱). نفس اینکه قانون‌گذار برای یک رفتار، دو مجازات در نظر بگیرد، امری ناشایست و خلاف موازین حقوق کیفری است؛ چه رسد به اینکه آن دو مجازات از یک جنس و غیر قابل جمع با یکدیگر باشند. حتی اگر قائل باشیم که می‌توانند جمع شوند، ابتدا کدام یک اجرا می‌شوند؟ بدهی است فرض اینکه این دو مجازات با یکدیگر تداخل پیدا کنند نیز کاملاً بی‌معناست. اما برخی با تردید، از نسخ مقررۀ اخیر (ماده ۶۳ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲) با مقررۀ سابق (ماده ۵۷۰ تعزیرات و مواد بعدی آن) سخن گفته‌اند (صادق‌منش، ۱۳۹۵: ۱۶۱). در پاسخ به این نظر باید گفت از آنجا که ماده ۷ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ به صراحت به ماده ۵۷۰ تعزیرات اشاره کرده و با توجه به آنچه پیشتر درباره اقدام آگاهانه و زیرکانه قانون‌گذار در توجه به ماده ۵۷۰ تعزیرات اشاره شد، این فرض نیز به هیچ وجه پذیرفتنی نیست. فرض آخر اینکه شاید این امر نیز به ذهن متبادر شود که قانون‌گذار با پیش‌بینی ماده ۶۳ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ بنا داشته است ضابطان را از شمول ماده ۵۷۰ تعزیرات خارج کند. این فرض ضعیف نیز با توجه به صدر ماده ۷ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ که به صراحت از ضابطان دادگستری یاد می‌کند، پاسخی به این معما نمی‌دهد! تنها آنچه می‌توان گفت اینکه قانون‌گذار در

۱. برخی نویسندگان برای توجیه اینکه انفصال مذکور در ماده ۶۳ ق.آ.د.ک.، مجازات کیفری است بیان داشته‌اند: «بررسی سایر مواد همین قانون [قانون آیین دادرسی کیفری ۹۲] که در آن‌ها جایی که جنبه تخلف انضباطی یا انتظامی دارد تصریح شده و در سایر موارد نیز صریحاً ضمانت اجرای کیفری تعیین شده و به ویژه ماده ۵۵۷ که در آن به محکومیت با حکم دادگاه نظامی تصریح کرده است». این در حالی است که قانون مذکور نه تنها در ماده ۵۵۷ بلکه در سایر موارد نیز به چنین حکمی اشاره نمی‌کند! (همان).

هنگام وضع ماده ۶۳ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ کمترین توجهی به ماده ۷ همان قانون و ماده ۵۷۰ تعزیرات نداشته است. از این رو، ضرورت اصلاح قانون در این زمینه جدی به نظر می‌رسد.

ضمانت اجرای اداری - انتظامی

بر مدار نظام کیفری که هسته اصلی سیاست جنایی را شکل می‌دهد، ممکن است پاسخ‌های اداری با تشریفات و آیین‌نامه‌های خاص رسیدگی به آن نیز وجود داشته باشند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۷۹: ۱۶/۱). نقض مقررات صنفی که اشخاص به تبع عضویت در گروه می‌پذیرند، ممکن است آنان را با یک پاسخ اداری مواجه سازد. گاه این رفتار ممکن است تنها ناقض مقررات صنفی باشد و گاه نیز جنبه کیفری (نقض مقررات کیفری) و در پی آن جنبه اداری - انتظامی نیز پیدا کند و در دادگاه‌های اداری با تشریفات خاص، بدان رسیدگی شود.

تنها قانونی که به ترتیبات رسیدگی اداری - انضباطی مأموران پلیس اشاره دارد، قانون استخدام نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۲ است.^۱ چنان که ماده ۱۱۸ قانون مذکور بیان می‌دارد:

کارکنان نیروی انتظامی از نظر امور انضباطی با لحاظ مقررات این قانون تابع آیین‌نامه انضباطی نیروهای مسلح مصوب فرمانده کل قوا می‌باشند.

در ماده ۱۲۰ قانون استخدام نیروی انتظامی نیز به تنبیهات انضباطی کارکنان در ۱۵ بند اشاره می‌کند. با وجود این مقرر، همان طور که اشاره شد ضمانت اجرای مقرر در ماده ۶۳ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ یک مجازات کیفری است؛ زیرا نمی‌توان پذیرفت که یک رفتار مجرمانه، دو مقرر اداری - انضباطی را نقض کند.

باید به این نکته اشاره داشت که گرچه بحران سیاست جنایی در دهه ۱۹۷۰ م. باعث شد تا به منظور کاهش بار و هزینه دستگاه عدالت کیفری، بخشی از اختیارات

۱. زیرا در ماده ۱۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۲ آمده است: «کلیه وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی... مشمول مقررات این قانون هستند، مشمولان قانون استخدام نیروهای مسلح... از شمول این قانون خارج بوده و تابع مقررات مربوط به خود خواهند بود».

آن به مراجع صنفی - اداری و انتظامی واگذار شود، اما در موردی که این ضمانت اجراها خصیصه کیفر دارند، همچنان باید در «قلمرو کیفری»^۱ قرار گیرند (دلماس - مارتی، ۱۳۹۳: ۴۲۲). از این رو، خصیصه‌های کیفری تنبیهات انضباطی چهارگانه «محرومیت از ترفیع، تنزیل درجه یا رتبه، معافیت از خدمت و یا اخراج»، باید با تشریفات خاص اداری انجام شوند (افراسیابی و ساریخانی، ۱۳۹۴: ش ۷۱/۱۱). به طور کلی، رعایت موازین دادرسی عادلانه، یعنی مرجع مستقل و بی طرف، حق دسترسی به وکیل، تفهیم اتهام، حق ارائه ادله و استماع آن از سوی مقامات قضایی و... همه از الزامات قرار گرفتن در «قلمرو کیفری» است.^۲

اما تبصره ۱ ماده ۱۲۴ قانون استخدام نیروی انتظامی حتی در زمانی که یک مجازات اداری است، از منع اعمال دو مجازات برای یک رفتار مجرمانه سخن می گوید. در این باره، این تبصره بیان می دارد:

در مواردی که تخلف انضباطی کارکنان دارای عنوان مجرمانه نیز باشد، ابتدا به عنوان جرم توسط مرجع قضایی رسیدگی و در صورت محکومیت، رسیدگی به عنوان تخلف انضباطی منتفی خواهد شد. در غیر این صورت، صدور قرار منع تعقیب یا رأی برائت از سوی مرجع قضایی، مانع از رسیدگی به موضوع تحت عنوان انضباطی نخواهد بود. به هر حال رسیدگی به یک تخلف تحت دو عنوان جرم و تخلف انضباطی به طور همزمان ممنوع است.

گفتار دوم: ضمانت اجرای نرم (ضمانت اجرای نسل دوم)

همان طور که ملاحظه شد، نسل اول ضمانت‌های اجرایی با ارباب ناشی از مجازات و پاسخ‌های سرکوب‌گرایانه در صدد کنترل جرم بودند. اما ضمانت‌های اجرایی نسل دوم یا نرم، با هدف جبران خلأ آنچه در ضمانت‌های اجرایی نسل اول بود، در زمره

1. Criminal matters.

۲. گفتنی است برای اینکه ماهیت یک مجازات را کیفری و یا اداری - انتظامی بدانیم، معیارهای مختلفی ارائه شده است. با این حال، بهترین راه برای تمیز این دو، شدت ضمانت اجراست (افراسیابی و ساریخانی، ۱۳۹۴: ش ۶۹/۱۱). از این رو، نمی توان به صرف اینکه یک ضمانت اجرا در آیین نامه یک عنوان دارد و در حقوق کیفری عنوانی دیگر، آن را خارج از «قلمرو کیفری» و تضمینات ناظر به آن دانست. اخراج و انفصال دائم بهترین نمونه برای تبیین این موضوع است.

پاسخ‌های سیاست جنایی قرار گرفتند؛ زیرا در تضمین‌های نسل اول، صرفاً دولت از باب تنبیه یا اصلاح یک منحرف، و شاکی از باب انتقام‌جویی و مشاهده، به کیفررسانی وی شادمانی می‌کردند. اما در این معادله، همواره شاکی یا بزه‌دیده احساس می‌کرد که به تمام آنچه که استحقاقش را داشته، دست نیافته و همواره این پرسش ذهن وی را درگیر می‌کرد که از گذر اعمال کیفر بزه‌کار، چه چیزی عایدش می‌شود. از این رو، در سالیان اخیر، الگوهای نوین عدالت کیفری به سمت بزه‌دیده و حمایت از او متمایل شده‌اند. علت نام‌گذاری این دسته پاسخ‌ها به ضمانت‌های اجرایی نرم آن است که چنین پاسخ‌هایی فاقد ویژگی سرکوبگری و دارای کارکردهای ترمیمی - جبرانی می‌باشند. بی‌اعتباری و بطلان تحقیقات و نیز جبران خسارت مادی بزه‌دیده، برای زدودن این کاستی پایه‌گذاری شده و در چارچوب ضمانت‌های اجرایی نسل دوم می‌گنجند.

ضمانت اجرای سلب اعتبار

شاید یکی از نوین‌ترین ضمانت اجراها، بی‌اعتباری و بطلان تحقیقات و ادله باشد. در این راستا، چنانچه ضوابط و الزامات تحقیقات و نیز گردآوری ادله توسط مأموران تحقیق رعایت نشود، متهم جرم سابق، بزه‌دیده جرمی است که مقامات رسمی علیه وی مرتکب شده‌اند. از این رو، حمایت از وی در این چارچوب توجیه‌پذیر و ضروری به نظر می‌رسد.

الف) بی‌اعتباری نسبی

قانون‌گذار در مواد ۳۰، ۳۶، ۶۰^۱، ۱۱۵ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ (ناظر به نقض حقوق دفاعی شخص تحت نظر) و نیز در تبصره ماده ۴۵۵^۲ (ناظر به عدم رعایت تشریفات اساسی دادرسی) به تعبیر «بی‌اعتباری» اشاره دارد. اولین پرسشی که مطرح است اینکه اساساً بی‌اعتباری به چه معناست و فرق آن با بطلان چیست؟ در پاسخ به این پرسش باید

۱. این مقرر، موضوع تبصره ماده ۱۵ ق.آ.د.ک. ۱۳۷۸ بود.

۲. موضوع ماده ۱۱۵ فعلی در ماده ۱۵۹ ق.آ.د.ک. ۱۳۷۸ آمده بود.

۳. موضوع این ماده در بند «ب» ماده ۲۵۷ ق.آ.د.ک. ۱۳۷۸ آمده بود.

گفت که منظور از بی‌اعتباری در این موارد آن است که چنانچه تشریفات ناظر به بازجویی (ماده ۶۰ و ۱۱۵)، اقدامات و تحقیقات (ماده ۳۰ و ۳۶) و نیز تشریفات ناظر به اصدار رأی (تبصره ماده ۴۵۵) رعایت نشود، آن قسمت از تحقیقات و بازجویی‌هایی که خارج از چارچوب ترتیبات قانونی صورت گرفته است، بی‌اعتبار می‌شود. اما زمانی که صحبت از بطلان است، اثر آن سیر قهقرایی دارد و موجب بی‌اعتباری کل اقدامات و تحقیقات می‌شود به گونه‌ای که گویی هیچ اقدامی صورت نگرفته است.

اما آیا قانون‌گذار به تفکیک ارائه‌شده از بی‌اعتباری و بطلان پابند بوده است؟ به نظر می‌رسد تنها در ماده ۳۰ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲، قانون‌گذار از معنای اصطلاحی بی‌اعتباری سخن گفته است؛ زیرا با وجود قیود «علاوه بر وثاقت و مورد اعتبار بودن»، «فراگیری مهارت‌های لازم با گذراندن دوره‌های آموزشی» و «تحصیل کارت ویژه ضابطان دادگستری» در ماده ۳۰، چگونه می‌توان گفت که اقدامات و تحقیقات ضابطانی که این ویژگی‌ها را ندارند، باطل نیست.^۱ در واقع، اگر گفته شود که این اقدامات و تحقیقات بی‌اعتبار است، باید ثابت شود که بخشی از این اقدامات قانونی و معتبر و بخشی غیر معتبر بوده است که به هیچ وجه چنین چیزی با قیودی که بدان اشاره شد، مد نظر قانون‌گذار نبوده است. البته شاید بتوان گفت با توجه به اینکه در پایان ماده ۳۰ آمده است: «... از نظر قانونی بدون اعتبار است»، این تحقیقات و اقدامات فاقد هر گونه اعتبار یا بی‌اعتباری مطلق (بطلان) می‌باشد. به همین جهت در پایان این بخش، به جای دسته‌بندی مباحث به بی‌اعتباری و بطلان، مطالب ذیل دو عنوان بی‌اعتباری نسبی و مطلق تقسیم شد تا نشان داده شود در هر جای قانون که صحبت از بی‌اعتباری است، تنها به معنای بی‌اعتباری نسبی نمی‌باشد.^۲

۱. افزون بر این، می‌توان تبصره ۲ ماده ۳۰ را نیز که احراز عنوان ضابط دادگستری را موقوف به تهیه آیین‌نامه دانسته است، نشان‌دهنده اهتمام قانون‌گذار به این امر و تلاش برای کاستی‌های پیشین حمل نمود (ر.ک: آیین‌نامه اجرایی احراز عنوان ضابط دادگستری مصوب ۱۳۹۴/۶/۳۱).
۲. گفتنی است برخی نویسندگان به اعتبار اینکه کدام مرجع، دلیل یا عمل را بی‌اعتبار و باطل کرده است، آن را به بطلان‌های قانونی و قضایی تقسیم کرده‌اند. چنانچه موارد بی‌اعتباری در قانون مشخص شده باشد به آن «بطلان قانونی» و چنانچه این موارد در رویه قضایی شناسایی شود بدان «بطلان قضایی» گفته شده است (برای آگاهی بیشتر در این باره، ر.ک: باقری‌نژاد، ۱۳۹۴: ۱۴۴ به بعد).

البته ممکن است گفته شود با توجه به اینکه در بند «ث» ماده ۶۴ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ (ناظر به جهات قانونی شروع به تعقیب) آمده است: «اطلاع دادستان از وقوع جرم به طرق قانونی دیگر» و نیز با توجه به اینکه حتی چنانچه ضابط دادگستری دارای شرایط مذکور در ماده ۳۰ ق.آ.د.ک. نباشد، همچنان می‌توان گزارش وی را به عنوان یک فرد عادی پذیرفت، اما باید گفت که چنین تفسیری موجب نقض غرض قانون‌گذار از وضع ماده ۳۰ خواهد شد؛ زیرا در این صورت نیز تعقیب دعوی به جریان خواهد افتاد و فرقی نخواهد کرد که این اطلاع از سوی ضابطان صورت گرفته باشد یا یک فرد عادی.^۱ این چنین تفسیری با توجه به ماده مذکور و روح کلی حاکم بر فصل دوم بخش دوم که در صدد ترسیم دقیق تکالیف ضابطان و تأکید بی‌سابقه بر حقوق شهروندی شخص تحت نظر است، به هیچ وجه همخوانی و سازگاری ندارد. افزون بر این، در بند «ث» ماده ۶۴ نیز آمده است: «اطلاع دادستان از وقوع جرم به طرق قانونی دیگر». از این رو می‌توان گفت چنانچه ضابط فاقد شروط پیش گفته باشد، طریقت قانونی به عنوان سببی برای شروع به تعقیب، مخدوش خواهد بود. در حالی که در ارتباط با مواد ۳۶ و ۶۰ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲، به نظر می‌رسد بی‌اعتباری نسبی، مد نظر قانون‌گذار بوده است.^۲ در واقع، به موجب ماده ۳۶ چنانچه گزارش ضابطان بر خلاف اوضاع و احوال و قرائن مسلم قضیه یا بدون توجه به الزامات و ضوابط قانونی تهیه شده باشد و نیز به موجب ماده ۶۰ چنانچه شخص تحت نظر به سؤالات تلقینی یا اغفال‌کننده و خارج از موضوع اتهام پاسخ دهد و همچنین اظهاراتی را از روی اجبار یا اکراه بیان کرده باشد، تنها آن بخش از تحقیقات یا ادله فاقد اعتبار است که خلاف مقررهای مذکور جمع‌آوری یا به دست آمده باشد. از سیاق نگارش عبارت

۱. تنها جایی که قانون‌گذار به گزارش افراد عادی به دیده تردید نگریسته، زمانی است که هویت گزارش‌دهندگان آن نامعلوم باشد. ماده ۶۷ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ در این باره بیان می‌دارد: «گزارش‌ها و نامه‌هایی که هویت گزارش‌دهندگان و نویسندگان آنها مشخص نیست، نمی‌تواند مبنای شروع به تعقیب قرار گیرد، مگر آنکه دلالت بر وقوع امر مهمی کند که موجب اختلال در نظم و امنیت عمومی است یا همراه با قرائنی باشد که به نظر دادستان برای شروع به تعقیب کفایت می‌کند».

۲. نکته جالب در ارتباط با مواد ۳۶ و ۶۰ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ اینکه هر دو مقرر به رغم اهمیتشان، از شمول ضمانت اجرای ماده ۶۳ خارج‌اند.

«... اظهارات متهم در پاسخ به چنین سؤالاتی و همچنین اظهاراتی که ناشی از اجبار یا اکراه است، معتبر نیست...») نیز این امر به خوبی دریافت می‌شود. افزون بر این، با توجه به اینکه ماده ۶۰ مستظهر به اصل ۳۸ قانون اساسی و ضابطان دادگستری نیز مصداقی از آن اصل می‌باشند، در آنجا نیز آمده است:

... هر گونه شکنجه برای گرفتن اقرار و یا کسب اطلاع ممنوع است. اجبار شخص به شهادت، اقرار یا سوگند مجاز نیست و چنین شهادت، اقرار و سوگندی فاقد ارزش و اعتبار است....^۱

بی‌اعتباری نسبی از ماده ۱۱۵ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ با وضوح بیشتری نسبت به مقررهای اخیرالذکر برداشت می‌شود. در این ماده آمده است:

نوشتن بین سطور، قلم خوردگی و تراشیدن کلمات در اوراق بازجویی و تحقیقات، ممنوع است... همچنین اگر یک یا چند کلمه از قلم افتاده و در حاشیه نوشته شود، اشخاص یادشده باید زیر آن را امضا کنند. هر گاه این ترتیب رعایت نشود، کلمات و خطوط مزبور فاقد اعتبار است. رعایت مقررات این ماده در تمام مراحل دادرسی از سوی مقامات قضایی و ضابطان دادگستری الزامی است....

از حیث مطالعه تطبیقی، در این زمینه می‌توان به ماده ۳۰۸ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه اشاره داشت. در این ماده آمده است:

به محض شروع دادگاه، استفاده از هر وسیله ضبط و پخش صدا، دوربین‌های سینمایی یا تلویزیونی و وسایل فیلم‌برداری و عکاسی ممنوع است... با وجود این، رییس دادگاه می‌تواند دستور دهد که تمام یا بخشی از مذاکرات تحت نظارت او ضبط شوند... نوارهای ضبط‌شده، مهر و موم می‌شوند و در دفتر دادگاه جنایی نگهداری می‌شوند... مهر و موم توسط رییس شعبه اول یا یکی از قضات منتخب از

۱. البته باید اشاره داشت به رغم آنکه در مشروع مذاکرات خبرگان قانون اساسی، در این رابطه هیچ اظهار نظری نشده است اما از این مذاکرات آنچه پیشتر اشاره شد، استفاده می‌شود؛ زیرا می‌توان گفت کسانی که به حرمت مطلق شکنجه نظر دارند بر خلاف آنان که در شرایط اضطراری و با اتخاذ رویکردی مصلحت‌گرایانه شکنجه را فاقد اشکال شرعی می‌دانند، ادله به دست آمده از شکنجه را نیز فاقد حجیت می‌دانند که البته برداشت اخیر، مطمح نظر اکثریت خبرگان قانون اساسی قرار گرفت (برای مطالعه بیشتر درباره حرمت مطلق یا نسبی شکنجه، ر.ک: حاجی ده‌آبادی، احمدی و صمصامی، ۱۳۹۴: ش ۲۲-۱۵/۷۹).

سوی او در حضور محکوم... باز می‌شود... عدم رعایت این مقررات موجب بطلان دادرسی می‌گردد.

بدیهی است که در اینجا نیز منظور قانون‌گذار فرانسوی از بطلان دادرسی، سلب اعتبار جزئی یا نسبی می‌باشد. با این حال، باید اشاره داشت که به موجب ماده ۱۷۴ آیین دادرسی کیفری فرانسه، این شعبه جنایی است که تصمیم می‌گیرد آیا بطلان باید ناظر به یک قسمت از اقدامات و تحقیقات باشد یا نسبت به تمامی آن. شعبه جنایی دیوان عالی کشور فرانسه معتقد است که فقط در صورتی باید اعمال دادرسی - اعم از قضایی و پلیسی - را به طور کلی باطل نمود که تمامی این اقدامات بر پایه آن اقدام باطل پی‌ریزی شده باشد (تدین، تحصیل دلیل در آیین دادرسی کیفری، ۱۳۸۸: ۲۴۱).

ب) بی‌اعتباری مطلق (بطلان)

آنچه در قسمت پیش بدان اشاره شد، ناظر به مواردی بود که قانون‌گذار از اصطلاح «بی‌اعتباری» یا مشابه آن استفاده نموده بود. اما گاه قانون‌گذار بدون استعمال چنین الفاظی در صدد است به آن دسته از تحقیقات و ادله‌ای که ضابطان بدون توجه به حقوق شهروندی افراد به دست آورده‌اند، ترتیب اثر ندهد. نمونه این امر را می‌توان در اقدامات ضابطان در جمع‌آوری ادله دانست.^۱ پس از کشف اصل وقوع جرم، در دومین مرحله، ضابطان دادگستری در مواجهه با حفظ صحنه جرم و جمع‌آوری ادله از این حیث که فرصت محدودی در گردآوری دلایل دارند و از سوی دیگر، اعاده وضع سابق و برهم زدن صحنه جرم از جانب آنان امکان‌پذیر نیست، باید به بهترین نحو از این زمان برای کشف حقیقت بهره‌برداری نمایند (قوام، ۱۳۹۰: ۲۳۸). در راستای انجام این وظیفه خطیر، آنان باید به یک سری الزامات ناظر به حقوق شهروندی نیز پایبند باشند و جمله «با دستان ناپاک نمی‌توان مطهر کرد و باروش غیر اخلاقی هم نمی‌توان پاسدار حقیقت بود»، سرلوحه اقدامات کارگزاران عدالت کیفری باشد؛ زیرا هیچ چیز ارزش زیر پا نهادن اخلاقیات را ندارد؛ گرچه دفاع از حق و حقیقت باشد.

۱. شاید در رویه قضایی ما، بیشترین قلمرو از بحث «مشروعیت تحصیل دلیل» در فرایند تحقیقات پلیسی به آنچه «دام‌گستری» نامیده می‌شود، اختصاص دارد.

در این راستا، بند ۸ ماده واحده قانون حقوق شهروندی بیان می‌دارد:

بازرسی‌ها و معاینات محلی، جهت دستگیری متهمان فراری یا کشف آلات و ادوات جرم بر اساس مقررات قانونی و بدون مزاحمت و در کمال احتیاط انجام شود و از تعرض نسبت به اسناد و مدارک و اشیایی که ارتباطی به جرم نداشته و یا به متهم تعلق ندارد و افشای مضمون نامه‌ها و نوشته‌ها و عکس‌های فامیلی و فیلم‌های خانوادگی و ضبط بی‌مورد آن‌ها خودداری گردد.

همچنین ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ نیز در این مرحله الزاماتی را در مواد ۵۵ تا ۵۷^۱ بیان داشته است که البته جز ماده ۵۵، هیچ یک از دو مورد دیگر، از ضمانت اجرای مندرج در ماده ۶۳ قانون مذکور برخوردار نیستند. گویی این مرحله از تحقیقات پلیسی به نظر قانون‌گذار چندان مهم به نظر نرسیده است! شاید دلیل آن را بتوان در این واقعیت دانست که در سنت قانون‌گذاری و رویه قضایی کشور ما، هیچ‌گاه تحصیل دلیل ولو از طریق نامشروع، به طور مستقیم نهی و مشمول ضمانت اجرا نشده است.^۲ هرچند به درستی برخی نویسندگان علت چنین امری، یعنی ارائه تعریفی از مشروعیت نامشروعیت تحصیل دلیل از سوی قانون‌گذاران را به لحاظ پیچیدگی‌های فنی آن، بسیار دشوار دانسته و بر نقش رویه قضایی و دکترین در شکل‌گیری این مفهوم تأکید کرده‌اند (تدین، تازه‌های علوم جنایی، ۱۳۸۸: ۱۷۰). با این حال، این امر نباید بهانه‌ای برای سکوت قانون‌گذاران و محافظه‌کاری رویه قضایی شود؛ بلکه قانون‌گذار باید بکوشد تا پیکره

۱. ماده ۵۵: «ورود به منازل، اماکن تعطیل و بسته و تفتیش آن‌ها، همچنین بازرسی اشخاص و اشیاء در جرایم غیر مشهود با اجازه موردی مقام قضایی است، هرچند وی اجرای تحقیقات را به طور کلی به ضابط ارجاع داده باشد».

ماده ۵۶: «ضابطان دادگستری مکلف‌اند طبق مجوز صادره عمل نمایند و از بازرسی اشخاص، اشیاء و مکان‌های غیر مرتبط با موضوع خودداری کنند».

ماده ۵۷: «چنانچه ضابطان دادگستری در هنگام بازرسی محل، ادله، اسباب و آثار جرم دیگری را که تهدیدکننده امنیت و آسایش عمومی جامعه است، مشاهده کنند، ضمن حفظ ادله و تنظیم صورت‌مجلس، بلافاصله مراتب را به مرجع قضایی صالح گزارش و وفق دستور وی عمل می‌کنند».

۲. منع شکنجه (ماده ۵۷۸ تعزیرات)، منع اجبار و اکراه متهم در هنگام بازجویی (ماده ۶۰ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲) و نقض حریم خصوصی (ماده ۵۸۰ تعزیرات) یا آنچه در ق.آ.د.ک. ۱۳۷۸ در مواد ۹۶، ۹۷ و ۱۰۴ آمده است، از جمله این موارد می‌باشند. در تمام این موارد، به طور ضمنی و غیر مستقیم از این اصل حمایت شده است (گلدوست جویباری و باقری‌نژاد، ۱۳۹۲: ش ۸۰/۵).

اصلی آن را بتراشد و رویه قضایی، نقش و نگارهایی دقیق بر این پیکره منقوش کند. به نظر می‌رسد که بند ۷ فرمان هشت ماده‌ای امام خمینی در سال ۱۳۶۱ خطاب به مسئولان قضایی و ارگان‌های اجرایی را باید سنگ بنای اولیه بحث مشروعیت دلیل دانست که رویه قضایی کمتر از این زاویه بدان نگریده است:

... و مؤکداً تذکر داده می‌شود که اگر برای کشف خانه‌های تیمی و مراکز جاسوسی و افساد علیه نظام جمهوری اسلامی از روی خطا و اشتباه به منزل شخصی یا محل کار کسی وارد شدند و در آنجا با آلت لهُو یا آلات قمار و فحشا و سایر جهات انحرافی مثل مواد مخدره برخورد کردند، حق ندارند آن را پیش دیگران افشا کنند؛ چرا که اشاعه فحشا از بزرگ‌ترین گناهان کبیره است و هیچ کس حق ندارد هتک حرمت مسلمان و تعدی از ضوابط شرعیه نماید. فقط باید به وظیفه نهی از منکر به نحوی که در اسلام مقرر است عمل نمایند و حق جلب یا بازداشت یا ضرب و شتم صاحبان خانه و ساکنان آن را ندارند و تعدی از حدود الهی ظلم است و موجب تعزیر و گاهی تقاص می‌باشد... و همچنین هیچ یک از قضات حق ندارند ابتدائاً حکمی صادر نمایند که به وسیله آن مأموران اجرا اجازه داشته باشند به منازل یا محل‌های کار افراد وارد شوند که نه خانه امن و تیمی است و نه محل توطئه‌های دیگر علیه نظام جمهوری اسلامی، که صادرکننده و اجراکننده چنین حکمی مورد تعقیب قانونی و شرعی است.^۱

با این حال باید اذعان داشت که قانون‌گذار در ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲، از این حیث دست به اقدامی رو به جلو زده است. به ویژه اینکه در ماده ۵۷ آن قانون، مقررهای را تصویب نموده است که پیش از این، هیچ‌گاه در قوانین دیگر بدان اشاره نشده بود. این ماده بیان می‌دارد:

۱. همچنین در بند ۶ این فرمان آمده است: «هیچ کس حق ندارد به خانه یا مغازه و یا محل کار شخصی کسی بدون اذن صاحب آن‌ها وارد شود یا کسی را جلب کند یا به نام کشف جرم یا ارتکاب گناه، تعقیب و مراقبت نماید و یا نسبت به فردی اهانت نموده و اعمال غیر انسانی - اسلامی مرتکب شود یا به تلفن یا نوار ضبط صوت دیگری به نام کشف جرم یا کشف مرکز گناه گوش کند و یا برای کشف گناه و جرم هرچند گناه بزرگ باشد، شنود بگذارد و یا دنبال اسرار مردم باشد و تجسس از گناهان غیر نماید یا اسراری که از غیر به او رسیده ولو برای یک نفر فاش کند. تمام این‌ها جرم [و] گناه است و بعضی از آن‌ها چون اشاعه فحشا و گناهان از کبائر بسیار بزرگ است و مرتکبین هر یک از امور فوق مجرم و مستحق تعزیر شرعی هستند و بعضی از آن‌ها موجب حد شرعی می‌باشد».

چنانچه ضابطان دادگستری در هنگام بازرسی محل، ادله، اسباب و آثار جرم دیگری را که تهدیدکننده امنیت و آسایش عمومی جامعه است، مشاهده کنند، ضمن حفظ ادله و تنظیم صورت مجلس، بلافاصله مراتب را به مرجع قضایی صالح گزارش و وفق دستور وی عمل می کنند.

اینک چند پرسش مطرح می شود: ۱. منظور از «تهدیدکننده امنیت و آسایش عمومی جامعه» چیست؟ ۲. چنانچه جرم از موارد تهدیدکننده امنیت و آسایش عمومی جامعه نباشد، تکلیف ضابطان چیست؟ ۳. در صورت گزارش موارد تهدیدکننده امنیت و آسایش عمومی جامعه، تکلیف مقام قضایی و نحوه ترتیب اثر دادن به این دلایل چگونه است؟ پاسخ به هر یک از پرسش های بالا با توجه به فقدان چنین مقرره ای در قوانین قبلی و در نتیجه، عدم شکل گیری رویه قضایی مشخص، امری دشوار است؛ برای نمونه کشف اینکه منظور قانون گذار از «امنیت و آسایش عمومی جامعه» چیست، خود بسیار پیچیده و گمراه کننده است. مگر نه اینکه اساساً هر جرمی واجد جنبه عمومی است و می تواند تهدیدکننده امنیت و آسایش عمومی جامعه باشد؟ اگر منظور قانون گذار این نیست، آیا باید حکم این قضیه را در فصل اول قانون مجازات اسلامی تعزیرات ۱۳۷۵ با عنوان «جرایم ضد امنیت داخلی و خارجی کشور» جستجو کرد؟ آنگاه تکلیف «آسایش عمومی جامعه» چه می شود؟ آیا منظور از جرایم علیه آسایش، جرایمی چون جعل، تخریب، ضربه سکه قلب، رشاء و ارتشاء و... است؟ یعنی چنانچه ضابطی برای کشف جرمی اقدام نماید و به طور اتفاقی اسکناس مجعولی را بیابد، می تواند آن را گزارش دهد اما چنانچه جنازه آغشته به خونی را ببیند، تکلیفی برای گزارش ندارد؟ شاید هیچ کس جز خود قانون گذار نتواند پاسخی قانع کننده برای این پرسش ها بیابد. اما در ارتباط با پرسش دوم و سوم باید گفت مفهوم مخالف ماده بیانگر آن است که چنانچه جرمی که در ضمن بررسی جرم دیگر کشف می شود، از موارد تهدیدکننده امنیت و آسایش جامعه نباشد، ضابطان مکلف به گزارش آن جرم نیستند. اما اگر آنان این مقرره را نادیده گیرند و دست به تهیه گزارش جرم نمایند، تکلیف این ادله و میزان استنادپذیری آن برای مقام قضایی به چه نحو است؟ به نظر می رسد قانون گذار با لحاظ ماده ۶۷ در ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ به نوعی خواسته است به فرمان رهبر فقید انقلاب

اسلامی در ارتباط با نحوهٔ تحصیل دلیل، عینیت قانونی بیخشد. از این رو، ادلهٔ تحصیل شده باید فاقد اعتبار به طور مطلق دانسته شود و نه تنها نباید بدان ترتیب اثر داده شود بلکه

۱. پرسش اساسی دیگری که مطرح می‌شود آن است که در این شرایط، مقام قضایی باید چه قراری صادر کند؟ برخی قرار منع تعقیب، بعضی قرار بایگانی و عده‌ای قرار موقوفی تعقیب پرونده را مناسب دانسته‌اند. با این حال با توجه به اینکه موارد اصدار قرار منع تعقیب در قانون احصا شده (مادهٔ ۲۶۵) و نیز قرار بایگانی پرونده تنها در موارد موضوع مادهٔ ۲۱ و ۱۰۴ موجه است. از این رو، به نظر می‌رسد مناسب‌ترین قرار طبق اصول آیین دادرسی کیفری، قرار موقوفی تعقیب باشد؛ زیرا به طور کلی، غیر از مواردی که قانون‌گذار قرار خاصی را در ارتباط با موضوعی خاص پیشنهاد می‌کند، در سایر مواردی که فرد به هر دلیلی قابل تعقیب نیست، باید قرار موقوفی تعقیب صادر شود. می‌توان مقررۀ قانونی مرتبط با این اصل را در مادهٔ ۱۷۹ ق.آ.د.ک. و نیز مادهٔ ۳۸۳ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ جستجو کرد. مادهٔ اخیر بیان می‌دارد: «در مواردی که پرونده به طور مستقیم در دادگاه کیفری ۱ رسیدگی می‌شود، پس از پایان تحقیقات مقدماتی، چنانچه عمل انتسابی جرم محسوب نشود یا ادلهٔ کافی برای انتساب جرم به متهم وجود نداشته باشد و یا به جهات قانونی دیگر متهم قابل تعقیب نباشد، دادگاه حسب مورد، قرار منع یا موقوفی تعقیب و در غیر این صورت قرار رسیدگی صادر می‌کند». گرچه این ماده ناظر به رسیدگی در مرحلهٔ دادگاه است، باید گفت که تنها محدود به آن نیست و می‌توان با وحدت ملاک، این مقررۀ را به مرحلهٔ دادرسی نیز تسری داد. در یکی از معدودترین آرای قضایی صادرشده، شعبۀ پنجم دایرای دادرسی عمومی و انقلاب ناحیهٔ ۲۱ (ارشاد) در ارتباط با کشف مشروبات الکلی از داخل کیف یک جوان توسط ضابطان دادگستری که بر خلاف حکم صریح مادهٔ ۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری بدون مجوز قضایی انجام شده بود، آن را فاقد ارزش و کان لم یکن دانست و به جهت فقدان دلیل علیه متهم، قرار منع تعقیب صادر نمود: «... در خصوص اتهام آقای مهران... فرزند... متولد ۱۳۷۵ دایر بر حمل مشروبات الکلی؛ متهم می‌گوید رتبهٔ ۲۰۰۰ کنکور هستم و در کوهسار با دوستان دربارهٔ کنکور حرف می‌زدیم که "مأمور بدون اجازه وسایل ما را گشت" و این را پیدا کرد. اکنون نظر به اینکه در وهلهٔ اول، موضوع بیرون از تعریف جرم مشهود یعنی موارد هفت‌گانهٔ مندرج در مادهٔ ۴۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ است و در وهلهٔ بعد، مطابق مادهٔ ۵۵ قانون آیین دادرسی یادشده، بازرسی اشخاص و اشیاء در جرایم نامشهود با اجازهٔ موردی مقام قضایی است، از این رو، تفتیش و کشف مشروب در فرض پرونده، تحصیل دلیل از طریق نامشروع و غیر قانونی بوده و با توجه به اصول حاکم در قوانین من جمله اصل سی و هشتم قانون اساسی مبنی بر فاقد ارزش بودن تحصیل دلیل از طریق نامشروع و نیز روح حاکم بر قانون آیین دادرسی کیفری مبنی بر ضرورت قانونی بودن تحصیل ادله، ادلهٔ حاضر ممتنع و کان لم یکن بوده و از اعداد دلایل خارج می‌شود. سرانجام با بی‌اعتبار شدن دلیل مذکور دلیل دیگری در پرونده نیست. لذا با عنایت به فقدان دلیل کافی بر توجه به اتهام و به استناد مادهٔ ۴ و ۲۶۵ قانون آیین دادرسی مزبور، قرار منع تعقیب صادر و اعلام می‌شود...». با این حال، شعبۀ ششم دایرای (اظهارنظر) با این قرار مخالفت کرد و بیان داشت: «با عنایت به تحقیقات به عمل آمده، گزارش مرجع انتظامی، اقرار ضمنی متهم، کشف مشروبات الکلی... بزه انتسابی به ایشان محرز و مسلم تشخیص و لذا مستنداً به مادهٔ ۷۰۲ قانون مجازات اسلامی تعزیرات، قرار جلب به دادرسی ایشان صادر... می‌گردد». سرانجام دادگاه کیفری ۲ مجتمع قضایی ارشاد تهران نیز در دادنامهٔ شمارهٔ ۲۰۰۴۳۳، متهم را محکوم اعلام کرد.

باید با متخلف برابر قوانین برخورد شود. حال آیا مقام قضایی که از جرم دیگر بر اساس ادلهٔ تحصیلی غیر مجاز مطلع شده است، می‌تواند رأساً دستور پی‌گیری آن جرم را به عنوان جرمی غیر مشهود به ضابطان بدهد؟ بنا بر آنچه که بیشتر اشاره شد در ارتباط با اطلاع دادستان از گزارش شخصی که عنوان ضابط بودنش احراز نشده بود، یعنی عدم وجود طریقت قانونی برای شروع به تعقیب به استناد بند «ث» مادهٔ ۶۴، تعقیب وی فاقد اعتبار قانونی می‌باشد. این همان چیزی است که در رویهٔ قضایی فرانسه آمده است:

چنانچه اقداماتی بر مبنای اعمال باطل پی‌ریزی شده باشند، آن اعمال باطل و به مرحلهٔ بعد تسری نمی‌یابند (تدین، ۱۳۸۷: ش ۸۴/۳).

در پایان بحث باید به این نکته اشاره داشت که قانون‌گذار با زیرکی خاصی مادهٔ ۵۷ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ را به تصویب رسانده است؛ زیرا شاید نتوان فرضی را متصور بود که ضابطی در پی کشف جرمی باشد و در عین حال با جرمی دیگر مواجه شود که آن جرم، جرم مشهودی نباشد. بدین ترتیب که در بیشتر موارد، ضابطان با جرمی برخورد می‌کنند که رفتار مادی آن جرم «داشتن و نگهداری» - نظیر نگهداری سلاح غیر مجاز، مواد مخدر و یا تجهیزات دریافت از ماهواره - است. بدیهی است که در تمام این موارد نیز آنان با یک جرم مستمر روبه‌رو هستند؛ جرمی که رفتار مجرمانه در آن مستمراً در حال وقوع است. پس ضابطان در این شرایط می‌توانند به موجب قسمت دوم مادهٔ ۴۴ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲، «تمام اقدامات لازم را به منظور حفظ آلات، ادوات، آثار، علائم و ادلهٔ وقوع جرم و جلوگیری از فرار یا مخفی شدن متهم و یا تبانی» به عمل آورند. از این منظر، شاید تمامی آنچه در بالا پیرامون این ماده مطرح شد، فاقد حتی کمترین ثمرهٔ عملی باشد.

ضمانت اجرای مدنی

مبنای اصلی مسئولیت مدنی، این قاعدهٔ قدیمی است:

هر کس به دیگری ضرر بزند باید آن را جبران کند، مگر در مواردی که اضرار به غیر به حکم قانون باشد یا ضرری که به شخص وارد آمده است ناروا و نامتعارف جلوه نکند (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۳).

گاه این مسئولیت، به سبب وجود قرارداد است (خسارت عدم انجام تعهد) که به آن «مسئولیت قراردادی» گفته می‌شود و گاه منشأ جبران خسارت، تعهدهای قانونی و عمومی است که از آن به «ضمان قهری» یا «الزامات خارج از قرارداد» یاد می‌شود. از این تفکیک روشن می‌شود که مسئولیت مدنی ضابطان دادگستری در برابر نقض حقوق شهروندی، از نوع ضمان قهری است (شعاریان و جباری، ۱۳۸۸: ۱۸). اما گاه خود مأمور پلیس و گاه دولت در برابر رفتارهای ضابطان ضامن است که در زیر به اختصار از آن سخن گفته خواهد شد.

الف) جبران خسارت از سوی مقامات پلیسی

بدیهی است زمانی ضابط دادگستری در برابر اعمال خود مسئولیت مدنی دارد که به سبب انجام وظیفه و یا به مناسبت آن، موجب ایراد خسارت به دیگری شود؛ زیرا در غیر این صورت، به مانند سایر شهروندان و طبق اصول عام مسئولیت مدنی، در برابر خسارت‌های وارده ضامن خواهد بود.^۱ درباره مسئولیت مدنی ضابطان دادگستری به مناسبت انجام وظیفه، قسمت نخست ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی بیان می‌دارد:

کارمندان دولت و شهرداری‌ها و مؤسسات وابسته به آن‌ها که به مناسبت انجام وظیفه، عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی خساراتی به اشخاص وارد نمایند، شخصاً مسئول جبران خسارت وارده می‌باشند....

بنابراین ممکن است که نقض حقوق شهروندی شخص تحت نظر از سوی ضابطان، افزون بر ضمانت اجرای کیفری و انتظامی، موجب ضمان مدنی نیز بشود؛ برای نمونه چنانچه ضابطان دادگستری در جرایم غیر مشهود بدون اجازه موردی مقام قضایی به

۱. در بیان قاعده کلی مسئولیت مدنی، ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ اشعار می‌دارد: «هر کس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجاری یا به هر حق دیگر که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود، مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد.»

همچنین ماده ۱۴ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ ضمن شناسایی زیان معنوی به عنوان ضرر قابل جبران و ارائه تعریفی از آن در تبصره ۱ ماده مذکور، به طور خاص به لزوم جبران خسارت‌های ناشی از جرم می‌پردازد و بیان می‌دارد: «شاکی می‌تواند جبران تمام ضرر و زیان‌های مادی و معنوی و منافع ممکن‌الحصول ناشی از جرم را مطالبه کند.»

منزل دیگری وارد شوند و آن را تفتیش کنند و در نتیجه آن خسارتی وارد گردد، اعم از اینکه نکات ایمنی شغلی رعایت شده باشد یا خیر، ضابط دادگستری مسئول جبران تمامی خسارت‌ها - اعم از زیان‌های مادی، معنوی و منافع ممکن‌الحصول - خواهد بود.

ب) جبران خسارت از سوی سازمان پلیس (دولت)

اما گاه با توجه به این قاعده که «هیچ ضرری نباید جبران‌نشده باقی بماند»، حتی در فرض انجام هیچ گونه تقصیر و بی‌احتیاطی از سوی ضابط دادگستری، این مسئولیت بر عهده دولت خواهد بود. در این باره، قسمت دوم ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی بیان می‌دارد:

... ولی هر گاه خسارات وارده مستند به عمل آنان نبوده و مربوط به نقص وسایل ادارات و یا مؤسسات مزبور باشد، در این صورت جبران خسارت بر عهده اداره یا مؤسسه مربوطه است....

چنین امری منطقی و پذیرفتنی است؛ زیرا در برخی موارد بی‌آنکه ضابط دادگستری مرتکب تقصیر یا اهمالی شود، ضرری به دیگری وارد می‌آورد که از یک سو غیر عادلانه است که آن را بر عهده ضابط دادگستری نهاد و از سوی دیگر، نباید ضرری جبران‌نشده باقی بماند؛ برای نمونه زمانی که بر اساس یک دستور قضایی جعلی، شخصی تحت نظر قرار گیرد بدون اینکه تقصیر یا اهمالی از سوی ضابطان دادگستری در تطبیق آن دستور صورت گرفته باشد، مسئولیت جبران خسارت با سازمان پلیس خواهد بود. ناگفته نپایید که پس از شناسایی عامل زیان، آنان طبق قواعد عمومی مسئولیت مدنی می‌توانند به او رجوع کنند.

نتیجه‌گیری

روح و سیاست حاکم بر پیکره مواد فصل دوم بخش دوم ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ (همراه با اصلاحات ۱۳۹۴) با عنوان «ضابطان دادگستری و تکالیف آنان» آشکارا از این واقعیت پرده برمی‌دارد که قانون‌گذار ضمن درک اهمیت این مرحله از فرایند دادرسی و با جبران برخی کاستی‌های قانون‌های پیشین، در پی ترسیم محدوده مجاز و مرز مداخله

ضابطان دادگستری در رویارویی با شخص تحت نظر بوده است. اما تنها به شناسایی حقوق شخص تحت نظر بسنده نکرده و بر اساس یک نظام حق و تکلیف، برای رفتارهای ناقض حقوق شهروندی از سوی ضابطان، ضمانت اجرایی (ماده ۶۳ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲) تعیین کرده است.

با این حال، پاسخ‌هایی که قانون‌گذار در برابر ضابطان دادگستری ناقض حقوق شهروندی لحاظ کرده است، به ماده ۶۳ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ محدود نمی‌شود؛ زیرا در سایر قوانین نیز می‌توان مواردی را ملاحظه نمود که به منظور واکنش در برابر این جرایم - موسوم به «جرایم علیه حقوق شهروندی» - پیش‌بینی شده است. برای نمونه می‌توان به ماده ۵۷۰ ق.م.ا. تعزیرات ۱۳۷۵ اشاره کرد که به سبب عام‌الشمولی آن، همچنان می‌توان ضابطان دادگستری را که مرتکب نقض حقوق شهروندی علیه شخص تحت نظر می‌شوند مشمول آن دانست. اگرچه رویه قضایی نشان می‌دهد که این ماده کمتر از سوی دادرسان مورد استناد قرار گرفته است، قانون‌گذار در اصلاحات سال ۱۳۹۴ در اقدامی تحسین‌برانگیز با لحاظ ماده ۷^۱ برای جبران این کاستی اقدام کرد. اما پیش‌بینی این ماده، موجب ناهمخوانی با ماده ۶۳ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ شد؛ به گونه‌ای که در حال حاضر مشخص نیست که اولاً ماهیت ضمانت اجرای پیش‌بینی شده در ماده ۶۳ چیست و ثانیاً چگونه با مجازات مقرر در ماده ۵۷۰ تعزیرات قابل جمع است. از این رو، قانون‌گذار بدون کمترین توجه به نسبت مواد ۷ و ۶۳ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ و ماده ۵۷۰ تعزیرات، این اقدام شایسته خود را با کاستی‌هایی مواجه کرد. بنابراین با وجود ماده ۷ ق.آ.د.ک. اصلاحی ۱۳۹۴، ضرورتی برای حفظ ماده ۶۳ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ نمی‌ماند و به منظور جلوگیری از مشکلات عملی، حذف ماده اخیر ضروری به نظر می‌رسد.

در کنار ضمانت‌های اجرایی سخت - ضمانت اجرایی کیفری مقرر در ماده ۵۷۰ تعزیرات و ماده ۶۳ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ و نیز ضمانت اجرایی اداری - انتظامی پیش‌بینی شده

۱. این ماده بیان می‌دارد: «در تمام مراحل دادرسی کیفری، رعایت حقوق شهروندی مقرر در "قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۳/۲/۱۵" از سوی تمام مقامات قضایی، ضابطان دادگستری و سایر اشخاصی که در فرایند دادرسی مداخله دارند، الزامی است. متخلفان افزون بر جبران خسارات وارده، به مجازات مقرر در ماده ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات مصوب ۱۳۷۵/۴/۴) محکوم می‌شوند...».

در قانون استخدام نیروی انتظامی- قانون‌گذار با لحاظ ضمانت اجرای «سلب اعتبار از تحقیقات» در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، فصل نوبنی را در زمینه ضمانت‌های اجرایی در سنت قضایی ما گشود. ضمانت اجرای سلب اعتبار از تحقیقات در کنار ضمانت اجرای جبران خسارت از زیان‌دیده - به عنوان ضمانت اجراهای نسل دوم- از آن دسته واکنش‌هایی‌اند که در راستای حمایت از بزه‌دیده در فرایند دادرسی کیفری پیش‌بینی شده‌اند. بنابراین ضمانت‌های اجرایی نسل دوم برای حل این مسئله که «از کیفر یا تنبیه اداری - انتظامی ضابطان دادگستری چه چیز عاید بزه‌دیده می‌شود؟»، در سنت قانونی ما به طور رسمی ظهور نمودند. با وجود این، باید دید که در آینده، رویه قضایی چه نقش و نگاری بر پیکره بی‌رمق مواد مربوط به «سلب اعتبار از تحقیقات» ترسیم می‌کند. پیشتر در این باره پرونده‌ای بررسی و سرانجام آن پیگیری شد که حکایت از اعتبار دلیل نامشروع نزد مقامات قضایی داشت، با این حال آرای صادره اندکی نیز حکایت از آن دارند که مقامات قضایی مافوق، به دلایل نامشروع اعتنایی نکرده و به آن ترتیب اثر نداده‌اند.^۱ بنابراین ضروری است که رویه قضایی با احترام به اصل ۳۸ قانون اساسی، مواد ۳۰ و ۳۶ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ و ماده ۳۴۷ از قانون مزبور، بند ۹ ماده واحده قانون حقوق شهروندی، مواد ۸ و ۱۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر و مواد ۱۴ و ۱۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، مشروعیت دلیل و رعایت مشروعیت در تحصیل دلیل را به رسمیت شناخته و دلایل فاقد طریقت قانونی را بی‌اعتبار اعلام کند.

۱. برای نمونه ر.ک: دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۲۱۲۴۲۰۰۵۳۷؛ عنوان اتهامی: نگهداری مشروبات الکلی، تحصیل دلیل نامشروع از طریق تحریک و دام‌گستری از سوی ضابطان دادگستری.

کتاب‌شناسی

۱. افراسیابی، علی و عادل ساریخانی، «قلمرو کیفری در رسیدگی‌های انضباطی پلیس ایران»، فصل‌نامه پژوهش حقوق کیفری، شماره ۱۱، ۱۳۹۴ ش.
۲. باقری‌نژاد، زینب، اصول آیین دادرسی کیفری، تهران، خرسندی، ۱۳۹۴ ش.
۳. پرادل، زان، «به دنبال اصول راهبردی مشترک آیین‌های دادرسی کیفری مختلف اروپایی»، ترجمه منوچهر خزایی، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۱، ۱۳۷۶ ش.
۴. تدین، عباس، «اصل مشروعیت تحصیل دلیل کیفری در پرتو آموزه‌های حقوق دانان و رویه قضایی ایران، فرانسه و دیوان اروپایی حقوق بشر»، تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقاله‌ها)، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۵. همو، تحصیل دلیل در آیین دادرسی کیفری، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۶. همو، «نظریه بطلان دلیل در فرایند دادرسی کیفری: با تأکید بر حقوق فرانسه»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی آزاد، شماره ۳، ۱۳۸۷ ش.
۷. خالقی، علی، نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، چاپ دوم، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۳ ش.
۸. حاجی ده‌آبادی، احمد، ابراهیم احمدی و جلال‌الدین صمصامی، «تیین مبانی و نقد سیاست کیفری ایران در زمینه منع شکنجه»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۹، ۱۳۹۴ ش.
۹. دل‌ماس - مارتی، می‌ری، «از حقوق جزا تا سیاست جنایی»، ترجمه علی حسین نجفی ابرنآبادی، نامه مفید، شماره ۱۱، ۱۳۷۶ ش.
۱۰. همو، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرنآبادی، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۳ ش.
۱۱. رضایی‌پور، آرزو، حقوق شهروندی، تهران، آریان، ۱۳۸۵ ش.
۱۲. رضوی، محمد، پلیس و استانداردهای حقوق شهروندی، تهران، دانشگاه علوم انتظامی، ۱۳۹۱ ش.
۱۳. شعاریان، ابراهیم و منصور جباری، مسئولیت مدنی پلیس، تهران، فروزش، ۱۳۸۸ ش.
۱۴. شمس‌ناتری، محمد ابراهیم و سعید عطازاده، «حمایت کیفری از حقوق شهروندی در ایران»، فصل‌نامه کارآگاه، شماره ۴، ۱۳۸۷ ش.
۱۵. صادق‌منش، جعفر، ضابطان قضایی (وظایف، اختیارات و مسئولیت‌ها) بر اساس قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، چاپ دوم، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۵ ش.
۱۶. قوام، میرعظیم، نقش پلیس در حمایت از بزه‌دیده و کاهش آسیب‌های ناشی از جرم، تهران، حدیث کوثر (دفتر تحقیقات کاربردی پلیس پیشگیری ناجا)، ۱۳۹۰ ش.
۱۷. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی: وقایع حقوقی، چاپ هشتم، تهران، انتشار، ۱۳۸۴ ش.
۱۸. گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای اختصاصی، چاپ دهم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۳ ش.
۱۹. همو، محشای قانون مجازات اسلامی، چاپ هشتم، تهران، مجد، ۱۳۸۶ ش.
۲۰. گلدوست جویباری، رجب و زینب باقری‌نژاد، «مسئولیت کیفری، مدنی و انتظامی ناقضین اصول بنیادین دادرسی کیفری»، پژوهش حقوق کیفری، شماره ۵، ۱۳۹۲ ش.
۲۱. گودرزی بروجردی، محمدرضا، سیاست جنایی قضایی، معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه، سلسبیل، ۱۳۸۴ ش.
۲۲. محسنی، فرید، «گفتمان سیاست جنایی قانون‌گذار در قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۳»، مقالات برگزیده همایش حقوق شهروندی، مرکز مطبوعات و انتشارات، ۱۳۸۶ ش.

۲۳. میرمحمدصادقی، حسین، *جرایم علیه اشخاص*، چاپ سیزدهم، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۲۴. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «پیشگیری از وقوع جرم توسط قوه قضائیه» (گفت و گو)، *تعالی حقوق*، شماره ۱۱، ۱۳۸۶ ش. قابل دستیابی در وبگاه [http://lawtest.ir/download/dr.nadjafi/14.\(mosahebe\)Prevention-Taali-No.11.pdf](http://lawtest.ir/download/dr.nadjafi/14.(mosahebe)Prevention-Taali-No.11.pdf).
۲۵. همو، «درآمدی بر اساسی سازی حقوق کیفری»، در *تکاپوی حقوق عمومی* (مجموعه مقالات سلسله نشست‌های تازه‌های حقوق عمومی)، به کوشش علی اکبر گرجی از ندریانی، تهران، جنگل، جاودانه، ۱۳۹۳ ش.
۲۶. همو، «درآمدی به جنبه‌های مختلف سیاست جنایی در قبال مواد مخدر»، *همایش بین‌المللی علمی - کاربردی جنبه‌های مختلف سیاست جنایی در قبال مواد مخدر* (مجموعه مقالات)، جلد اول، تهران، انتشارات روزنامه رسمی، ۱۳۷۹ ش.
۲۷. همو، «رویکرد جرم‌شناختی قانون حقوق شهروندی (درباره رابطه آیین دادرسی کیفری با جرم‌شناسی)»، *مجموعه مقالات حقوق شهروندی*، تهران، گرایش، ۱۳۸۸ ش.

حکم اکراه منجر به فوت اکراه‌شونده در حقوق ایران*

- کیومرث کلانتری^۱
- رضا هادی‌زاده^۲

چکیده

به رغم اختصاص ماده ۳۷۹ قانون مجازات اسلامی به اکراه به رفتار موجب جنایت بر اکراه‌شونده، حکم بسیاری از حالات که اکراه‌کننده با تأثیر بر اکراه‌شونده موجب قتل او می‌شود، همچنان مبهم است. با این حال می‌توان گفت حالتی که فرد با اکراه دیگری، خودکشی وی را درخواست می‌کند، با توجه به وسیله اکراه، گاهی موجب انتساب نتیجه (قتل) به اکراه‌کننده خواهد بود و گاه نیز بابت قتل مسئولیتی نداشته و فقط به مجازات تعزیری محکوم می‌گردد. بر همین اساس، اکراه به رفتار موجب جنایت (در نوشتار حاضر قتل اکراه‌شونده) در همه موارد، مشمول ماده ۳۷۹ ق.ا.م.ا. نمی‌شود. به عبارت دیگر، با حصول برخی شرایط، قتل رخ داده به مجنی‌علیه منتسب نمی‌باشد و ضمنی متوجه تهدیدکننده نیست که برای نمونه می‌توان به حالتی اشاره کرد که تهدیدشونده با

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۱۱/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۸/۸.

۱. دانشیار دانشگاه مازندران (نویسنده مسئول) (kalantar@nit.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه مازندران (r.hadizadeh@stu.umz.ac.ir).

آگاهی و توجه و یقین به کشنده بودن رفتار، مرتکب آن می‌شود و شدت خطر نیز به حدی نیست که خودکشی متناسب و نتیجه حاصله یعنی قتل تهدیدشونده به اکراه‌کننده منتسب گردد.

نوشتار حاضر با توجه به ابهامات قانونی و اختلاف نظر فقها می‌کوشد حکم صور گوناگونی را که اکراه موجب قتل اکراه‌شونده می‌شود، تبیین نماید. به همین منظور، با توجه به موضوع درخواست اکراه‌کننده، در دو گفتار با عناوین «اکراه به خودکشی» و «اکراه به رفتار موجب قتل اکراه‌شونده» موضع نظام حقوقی ایران نقد و بررسی می‌شود.

واژگان کلیدی: اکراه، تسیب، مباشرت، خودکشی.

درآمد

در مواردی که شخصی به دلیل تأثیر دیگری در حالتی که به طور کامل مسلوب‌الاختیار است، مرتکب جرم شود مجرم تلقی نمی‌شود و کسی که موجب ارتکاب جرم شده است، مجازات خواهد شد؛ نظیر حالتی که فردی با استفاده از دست دیگری و بدون اختیار فرد دوم، به شخص ثالثی صدمه می‌زند یا حالتی که فرد با تهدید و شکنجه دیگری، ارتکاب جرمی را درخواست می‌کند و شخص دوم بدون هیچ اختیاری مرتکب جرم می‌گردد یا صورتی که مادری به منظور عدم تغذیه فرزند و فوت او حبس شود. با این حال مقصود از اکراه در این نوشتار، حالت اجبار و فقدان قصد نیست.

در اکراه، دو عنصر «درخواست» و «تهدید» وجود دارد و غالباً موضوع «درخواست»، ارتکاب جرمی است که به دیگری یا جامعه صدمه می‌زند؛ اما در موضوع این جستار «درخواست»، خودکشی یا ارتکاب رفتاری است که مستقیم یا غیر مستقیم، موجب وارد آمدن زیان به خود تهدیدشونده (کشته شدن او) و نه شخص ثالث می‌گردد و ممکن است که خود شخص یا یکی از نزدیکانش در معرض اجرای تهدید باشد.

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، حکم اکراه بر جنایت را مفصل‌تر از قانون سابق بیان نموده است؛ مثلاً ماده ۳۷۹ درباره اکراه بر رفتار موجب جنایت بر اکراه‌شونده می‌گوید:

هر گاه کسی دیگری را به رفتاری اکراه کند که موجب جنایت بر اکراه‌شونده گردد، جنایت عمدی است و اکراه‌کننده قصاص می‌شود، مگر اکراه‌کننده قصد جنایت بر

او را نداشته و آگاهی و توجه به اینکه این اکراه نوعاً موجب جنایت بر او می‌شود نیز نداشته باشد که در این صورت، جنایت شبه عمدی است و اکراه‌کننده به پرداخت دیه محکوم می‌شود.

با این حال، حکم برخی مواردی که اکراه باعث قتل اکراه‌شونده می‌شود، از این ماده قابل استنباط نیست. این ماده از اکراه بر رفتار موجب جنایت سخن می‌گوید و چون منظور از واژه «رفتاری» در آن، وسیله اکراه (خطری که فرد به آن تهدید شده است) نیست، بلکه انجام رفتاری است که از فرد تهدیدشده خواسته می‌شود، ماده مذکور صریحاً شامل درخواست خودکشی که با توجه به موضوع تهدید (قتل اکراه‌شونده، قتل همراه با تعذیب او، غیر قتل و...) به صورت مختلفی قابل تقسیم است، نمی‌باشد. به عبارت دیگر، علی‌رغم نظر مخالف (ر.ک: میرمحمدصادقی، ۱۳۹۳: ۳۲۳؛ الهی‌منش و مرادی اوجقاز، ۱۳۹۲: ۴۴۳) می‌توان گفت حکم حالتی که موضوع درخواست، خودکشی باشد به صراحت در قانون مجازات اسلامی مشخص نیست.^۱ همچنین در حالت دوم یعنی اکراه بر رفتار موجب جنایت، حالات مختلفی تصور می‌شود که نمی‌توان همه آن‌ها را مشمول ماده ۳۷۹ ق.ا.م. دانست.

از طرف دیگر ممکن است که دخالت اکراه‌کننده در ارتکاب خودکشی یا انجام رفتار منجر به قتل اکراه‌شونده، تأثیر اندکی در تصمیم او داشته باشد یا آنکه نقش اصلی در وقوع نتیجه داشته و موجب شود که رفتار تهدیدشونده نه تنها قابل سرزنش نباشد که گاهی ستودنی و شایسته تحسین باشد و در مقابل، رفتار تهدیدکننده بسیار مذموم باشد و حتی تهدیدکننده از دید عرف قاتل به شمار آید. بر این اساس، مجازات اکراه‌کننده در اکراه منجر به قتل تهدیدشونده می‌تواند حسب شرایط متفاوت باشد. گاه قتل قابل انتساب به اکراه‌کننده نیست که در این صورت، تنها به مجازات تعزیری محکوم می‌شود و گاهی نیز با توجه به انتساب نتیجه، مجازات وی، مجازات قتل عمد، شبه عمد و در مواردی خاص خطای محض خواهد بود. بدیهی است که مجازات‌های مذکور، همسنگ و برابر نبوده و به عبارت بهتر کاملاً متفاوت‌اند که این امر بر اهمیت

۱. علاوه بر استفاده از واژه «رفتاری» در ماده ۳۷۹ ق.ا.م.، ایراد شورای نگهبان که در این نوشتار بیان می‌شود، نیز مؤید این استنباط است.

تبیین مسائل مبهم قانون در این زمینه می‌افزاید.

با توجه به ابهامات موجود، حالتی که موضوع درخواست اکراه‌کننده، خودکشی باشد در گفتار نخست، و وضعیتی که تقاضای او ارتکاب رفتار منجر به قتل اکراه‌شونده است در گفتار دوم، به شرح ذیل بررسی می‌شود.

گفتار نخست: اکراه به خودکشی

گاه فردی از دیگری می‌خواهد که خود را بکشد وگرنه تهدید خود را که ممکن است نسبت به مواردی نظیر مال، حیثیت و جان باشد عملی خواهد کرد که در ادامه از حیث تأثیر اکراه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. تهدید به کشتن تهدیدشونده

در ابتدا باید گفت که بر خلاف نظر برخی فقیهان که اکراه را موجب انتساب نتیجه به اکراه‌کننده و قصاص او در موارد گوناگون - از جمله اکراه به خودکشی زمانی که موضوع تهدید شدیدتر باشد، اکراه به انجام رفتار منجر به جنایت نسبت به اکراه‌شونده و اکراه به جنایت بر عضو ثالث - نمی‌دانند (برای نمونه ر.ک: فاضل موحدی لنگرانی، ۱۴۲۱: ۷۷-۸۱؛ موسوی خویی، ۱۴۳۰: ۲/۱۹-۲۱)، اکراه می‌تواند موجب انتساب جرم به مکره به عنوان عامل اصلی و قصاص او گردد؛ زیرا گرچه مکره مباشر جرم نمی‌باشد، ارتکاب قتل و در نتیجه قصاص یا پرداخت دیه ممکن است به صورت مباشرت یا تسبیب که اکراه از مصادیق آن است صورت گیرد. در این راستا، شهید ثانی در اکراه بر مادون نفس معتقد است که احتمال عدم قصاص اکراه‌کننده، به دلیل اینکه مباشرت اخص از سببیت برای قصاص می‌باشد و در نتیجه عدم مباشرت اعم از عدم قصاص است، ضعیف می‌شود (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۲۸/۱۰). قانون‌گذار نیز با توجه به ماده ۳۷۷ ق.م.ا. درباره اکراه در جنایت بر عضو، و ماده ۳۷۹ ق.م.ا. درباره اکراه به رفتار موجب جنایت بر اکراه‌شونده، دیدگاه فقیهان موافق با امکان قصاص اکراه‌کننده را پذیرفته است.

یکی از صور اکراه بر جنایت که در کتب فقهی نقد و بررسی شده است، حالتی است که فرد با اکراه دیگری از او می‌خواهد که خویش را بکشد. در این حالت، برخی

فقیهان تصریح دارند که ضمانی بر اکراه کننده نیست (ر.ک: علامه حلی، ۱۴۱۰: ۱۹۷/۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۸/۲۰۰؛ بهجت فومنی، ۱۴۲۶: ۵/۳۷۶). صاحب مبانی تکملة المنهاج نیز به عدم قصاص اکراه کننده حتی اگر موضوع تهدید قتل باشد، اشاره کرده است (موسوی خویی، ۱۴۳۰: ۱۹/۲).

برخی دیگر از فقها در این حالت، تحقق اکراه را همراه با اشکال دانسته‌اند (ر.ک: محقق حلی، ۱۴۰۸: ۴/۱۸۵). شهید ثانی در مسالک الافهام (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۵/۹۰) درباره اکراه به خودکشی با تهدید به قتل، دو وجه بیان داشته است: نخست، قصاص اکراه کننده و دوم، عدم تحقق اکراه در این حالت که قول دوم را ظاهرتر می‌داند. همچنین امام خمینی در تحریر الوسیله درباره کسی که به دیگری بگوید: «خود را بکش»، فرموده است که چیزی بر عهده آمر نمی‌باشد و ظاهراً حتی اگر با اکراه نیز همراه باشد به همین نحو است؛ مگر جایی که اکراه صدق کند و مثلاً گفته شود: «خودت را بکش و گرنه به بدترین شیوه تو را می‌کشم» که در این حالت، ایشان احتمال حبس ابد داده است (موسوی خمینی، بی‌تا: ۵/۱۵).^۱

با توجه به تردید فقها و اینکه وضعیت این فرض به صراحت در قانون مجازات اسلامی بیان نشده است، این پرسش مطرح می‌گردد که مجازات اکراه کننده در این حالت چیست؟ بر خلاف باور برخی حقوق دانان به نظر می‌رسد امکان استناد قتل به تهدیدکننده و محکوم کردن او به قصاص یا پرداخت دیه وجود ندارد. به عبارت دیگر، ماده ۳۷۹ ق.ا.م. در مانحن فیه قابل استفاده نیست. ماده مذکور به صراحت به حالتی که فرد از دیگری بخواهد که خود را بکشد اشاره ندارد و حالتی را در بر می‌گیرد که «کسی دیگری را به رفتاری اکراه کند که موجب جنایت بر اکراه شونده گردد»، ولی در فرض مورد بحث، اکراه به رفتار موجب وقوع جنایت نیست؛ بلکه اکراه به محقق نمودن نتیجه (ازهاق نفس خود) است. ممکن است گفته شود زمانی که اکراه به رفتاری که نوعاً برای مکره کشنده است، جنایت قابل انتساب به اکراه کننده است، حالتی که اکراه کننده فرد را به خودکشی اکراه نماید نیز قتل قابل انتساب به او خواهد

۱. همان گونه که بیان خواهد شد، در حالت اخیر یعنی تهدید به قتل سخت‌تر، امکان انتساب قتل به اکراه کننده وجود دارد.

بود. ضمن اینکه اکراه کننده با اکراه بر «رفتاری» (خودکشی) موجب وقوع جنایت شده است و بر این اساس، با توجه به ماده ۳۷۹ ق.ا.م.ا می‌توان گفت که قانون‌گذار قائل به ضمان مکره می‌باشد. همچنین می‌توان از بند الف ماده ۲۹۰ ق.ا.م.ا مبنی بر اینکه اگر مرتکب با انجام کاری قصد ایراد جنایت بر دیگری را داشته باشد قتل عمد است، استفاده کرد؛ زیرا عبارت «انجام کاری» به صورت عام به کار برده شده است و شامل اکراه نیز می‌شود. افزون بر اینکه به صراحت انتهای بند مذکور، تفاوتی بین اینکه کار ارتكابی نوعاً موجب وقوع آن جنایت یا نظیر آن بشود یا نشود، نیست.

پاسخ آن است که انتساب نتیجه به سبب یعنی اکراه کننده در هر دو صورت اکراه بر خودکشی و اکراه بر رفتار موجب جنایت برای مسئولیت او ضروری است،^۱ حال آنکه این انتساب در فرض مورد بحث وجود ندارد.

برای تحقق رکن مادی جرم، ضروری است که بین رفتار ارتكابی و نتیجه حاصله رابطه سببیت موجود باشد و همان گونه که مواد مختلفی از قانون مجازات اسلامی نشان می‌دهند، برای مسئولیت و ضمان فرد باید جنایت به او مستند باشد؛ برای نمونه، بر اساس ماده ۴۹۲ ق.ا.م.ا، جنایت در صورتی موجب قصاص یا دیه است که نتیجه حاصله مستند به رفتار مرتکب باشد و بنا به تصریح ماده مذکور، تفاوتی بین مباشرت، تسبیب یا اجتماع سبب و مباشر نیست. همچنین ماده ۵۲۶ در حالت اجتماع سبب و مباشر، به صراحت عاملی را که جنایت مستند به اوست، ضامن دانسته است و ماده ۵۰۰ به انتفای ضمان در موردی که جنایت مستند به رفتار کسی نباشد اشاره دارد. همچنین در برخی از موارد، به نوعی بر لزوم مستند بودن جنایت به فرد برای ضمان او تأکید شده است که برای نمونه می‌توان به وارد آمدن صدمه‌ای بیش از مجازات مورد حکم به محکوم (ماده ۴۸۵)، حوادث رانندگی که منجر به مصدوم یا تلف شدن سرنشینان می‌شود (ماده ۵۰۵)، برخورد و تصادم (ماده ۵۳۱) و سبب وقوع جنایت شدن به صورت مشارکت (ماده ۵۳۳) اشاره کرد. بنابراین تردیدی نیست که انتساب نتیجه حاصله به رفتار مرتکب برای ضمان او ضروری است، حال آنکه در حالت مورد بحث که اکراه‌شونده

۱. به عبارتی، اکراه به رفتار موجب جنایت نیز همان گونه که به تفصیل بیان می‌شود، در همه موارد، موجب ضمان اکراه کننده و عمد یا شبه عمد بودن جنایت نسبت به او نیست.

با آگاهی و اختیار اقدام به کشتن خود می‌کند، قتل به تهدیدشونده منتسب است و نمی‌توان آن را تنها به اکراه‌کننده یا به اکراه‌کننده هر دو منتسب و مستند کرد؛ زیرا رابطه سببیت عرفی بین رفتار مکره و نتیجه حاصله یعنی خودکشی وجود ندارد. در واقع، در این موارد جنایت منحصرأً به عمد مجنی علیه مستند است و همان‌گونه که از ماده ۵۳۷^۱ برمی‌آید ضمان بر عهده سبب یعنی اکراه‌کننده ثابت نمی‌شود.^۲ همچنین اگر بپذیریم که جنایت در اکراه بر خودکشی با تهدید به قتل، مستند به اکراه‌کننده است در حالتی که موضوع تهدید صدمات کمتر، و درخواست اکراه‌کننده خودکشی باشد، نیز باید استناد آن به اکراه‌کننده و قصاص او را بپذیریم؛ چرا که در هر دو حالت، اکراه وجود داشته و ارتکاب خودکشی تناسبی با تهدید ندارد. برای تحقق اکراه (مؤثر) و انتساب نتیجه به اکراه‌کننده باید شرایطی از جمله تناسب میان ارتکاب رفتار درخواست‌شده و خطر وجود داشته باشد و در این راستا باید مکره علیه با مکره به متفاوت باشد؛ وگرنه تحقق اکراه منتفی و انجام درخواست بی‌معناست؛ زیرا مکره همان کاری را انجام داده است که در صورت عدم انجام آن، مکره انجام می‌داد. عدم تحقق اکراه در کلیه موارد یکی بودن خطر و رفتار مورد تقاضا جاری است و اولاً در همه جرایم وجود دارد و محدود به اکراه بر خودکشی نیست؛ برای مثال، بدیهی است در حالتی که فردی از دیگری می‌خواهد که دست خود را قطع کند و الا دست او را قطع خواهد کرد، اکراه محقق نیست و در صورت انجام درخواست نمی‌توان به استناد ماده ۳۷۷ که مطابق آن اکراه در جنایت بر عضو موجب قصاص اکراه‌کننده است یا ماده ۳۷۹ در مورد اکراه بر رفتار موجب جنایت بر اکراه‌شونده، قصاص را بر فرد دستوردهنده جاری دانست. ثانیاً مطلب مذکور تنها در حالتی که

۱. ماده ۵۳۷ ق.م.ا.: «در کلیه موارد مذکور در این فصل، هر گاه جنایت منحصرأً مستند به عمد و یا تقصیر مجنی علیه باشد ضمان ثابت نیست. در مواردی که اصل جنایت مستند به عمد یا تقصیر مرتکب باشد لکن سرایت آن مستند به عمد یا تقصیر مجنی علیه باشد، مرتکب نسبت به مورد سرایت ضامن نیست.»
۲. اینکه رفتار فردی که علیه خویش اقدام می‌کند در استناد نتیجه به او مؤثر است، در فقه (مثلاً در خصوص کوتاهی پرتاب‌شونده در بیرون آمدن از آب) و نیز قوانین، از جمله در انتهای تبصره ۲ ماده ۵۰۸ ق.م.ا. و تبصره ماده ۵۲۳ ق.م.ا. بیان شده است.

اکراه کننده به دیگری بگوید: «خود را بکش و الا تو را می‌کشم» جاری نیست؛ مثلاً اگر شخصی از فرد دیگری که در مکان بلندی ایستاده است بخواهد که خود را به پایین پرت کند وگرنه او را به پایین پرت خواهد کرد، یا به دیگری بگوید که غذای مسموم را بخورد وگرنه با اجبار آن را به او خواهد خورد، اکراه محقق نیست و در صورت انجام خواسته فرد، قتل واقع شده قابل انتساب به فرد تهدیدکننده نخواهد بود. همچنین اینکه خودکشی تحت تأثیر اکراه صورت گرفته و در صورت عدم اکراه، خودکشی رخ نمی‌داد، مؤثر نیست؛ زیرا صرف تأثیر بر مباشر موجب انتساب نتیجه به سبب و غلبه سبب بر مباشر نیست.

علاوه بر مطالب فوق، مراجعه به آرای فقها که به برخی از آن‌ها در ابتدای این مبحث اشاره شد، نشان می‌دهد که نظر ایشان متمایل به عدم تحقق اکراه و در نتیجه عدم ضمان اکراه کننده در حالت مورد بحث است. البته در این حالت، گاهی اکراه کننده مسئول قتل خواهد بود که غیر ممیز یا مجنون بودن اکراه شونده از این دست می‌باشند. در موارد مذکور حتی اگر با تهدید و ترساندن همراه نباشد و فقط دستور یا درخواست مطرح باشد با توجه به فقدان قدرت تمیز و اراده، حسب شرایط قصاص یا دیه بر آمر ثابت می‌شود.

چنانچه رفتار مجنی علیه منجر به قتل او نشود و خودکشی عقیم بماند، نیز صدمات وارده به او، قابل استناد به اکراه کننده نیست. البته اگر اکراه شونده به خود صدمه وارد کند، با این تصور که با آسیب به خود (مثلاً قطع دست خود) احتمال انصراف اکراه کننده از کشتن او وجود دارد، صدمه وارده می‌تواند به اکراه کننده مستند باشد.

اکنون این پرسش مطرح می‌شود که آیا در این حالت و به طور کلی در مواردی که قتل عرفاً به اکراه کننده مستند نیست، امکان محکومیت وی به مجازات حبس ابد وجود دارد؟ به اعتقاد نگارندگان پاسخ منفی است (برای آگاهی از نظر مخالف، ر.ک: زراعت، ۱۳۹۳: ۴۶۹). ظاهر ماده ۳۷۵ ق.م.ا. حاکمی از اختصاص ماده به اکراه بر قتل دیگری است؛ زیرا قانون‌گذار به قصاص مباشر (مکره) اشاره کرده است و در صورت خودکشی شخص، قصاص اکراه شده بی‌معناست. به علاوه، در این حالت با توجه به وحدت موضوع تهدید و درخواست مکره، تصور اکراه غیر ممکن و اقدام او

بی‌معناست. از سوی دیگر، روایتی که مبنای ماده مذکور است به حالتی اشاره دارد که امر به کشتن دیگری باشد و با توجه به تفاوت‌های قابل ملاحظه نمی‌توان با استفاده از الغای خصوصیت، حکم آن را به حالت مورد بحث تعمیم داد. همچنین تفسیر به نفع متهم و تفسیر مضیق قوانین کیفری ایجاب می‌کند که متهم از مجازات شدید یعنی حبس ابد معاف باشد.

در مواردی که قتل قابل انتساب به اکراه‌کننده نیست برای مجازات او می‌توان به ماده ۸۹۵ ق.م.ا. راجع به تهدید دیگری استناد کرد.^۱ شایان ذکر است که امکان مجازات فرد بر اساس معاونت در جرم وجود ندارد؛ چرا که در معاونت در جرم باید جرمی رخ داده باشد؛ حال آنکه در قانون، به خودکشی به عنوان یک رفتار مجرمانه اشاره نشده است.^۲

۲. تهدید به قتل سخت‌تر

گاهی برای مثال فردی به دیگری می‌گوید که اگر خودش را نکشد او را با تعذیب و شکنجه خواهد کشت. در این حالت، شخص به خاطر رهایی از زجر کشیدن و سپس جان دادن، خود را به شیوه‌ای که رنج کمتری دارد، می‌کشد و با ارتکاب قتل خویش، قتل همراه با تعذیب و شکنجه را از خود دور می‌کند.

برخی فقها در اینجا قائل به عدم ضمان مکروه بوده و دلایلی برای عدم قصاص آورده‌اند؛ از جمله آنکه اکراه فرد به خودکشی با تهدید به قتل سخت‌تر، موجب خروج او از اختیار نمی‌شود و فرد با اختیار خود به منظور دفع مرگی شدیدتر و دشوارتر، خود

۱. ماده ۸۹۵ ق.م.ا. ر. «هر گاه کسی دیگری را به هر نحو تهدید به قتل یا ضررهای نفسی یا شرفی یا مالی و یا به افشای سری نسبت به خود یا بستگان او نماید، اعم از اینکه به این واسطه تقاضای وجه یا مال یا تقاضای انجام امر یا ترک فعلی را نموده یا ننموده باشد، به مجازات شلاق تا ۷۴ ضربه یا زندان از دو ماه تا دو سال محکوم خواهد شد.»

۲. شایان ذکر است که جرم دانستن اقدام کسی که خودکشی او بی‌نتیجه مانده است غیر ضروری و در تعارض با اصول جرم‌انگاری است. اما هر گونه معاونتی که برای ارتکاب خودکشی انجام پذیرد، حتی اگر خودکشی واقع نشود، باید جرم‌انگاری گردد که چنین مقرره‌ای در قانون مجازات اسلامی پیش‌بینی نشده است؛ مگر در حالتی که از طریق سامانه‌های رایانه‌ای، مخابراتی و یا حامل‌های داده صورت گیرد که فرد طبق بند ب ماده ۷۴۳ ق.م.ا. قابل مجازات است.

را کشته است و طبعاً قتل به خود او و نه به اکراه‌کننده مستند است (موسوی خویی، ۱۴۳۰: ۱۹/۲). اینکه فرد در حالت مذکور به طور کلی مسلوب‌الاختیار نبوده، صحیح و وجه تمایز اکراه و اجبار است، اما این امر لزوماً موجب استناد قتل به مکره و عدم قصاص اکراه‌کننده نیست.

همچنین به عدم جواز خودکشی و قیاس این حالت با اضطرار اشاره شده است. صاحب‌جوهر (نجفی، ۱۹۸۱: ۵۴/۴۲) در این باره گفته است که احتمال جواز خودکشی به اعتبار شدت آنچه بدان تهدید شده است با اطلاق دلیل منع [خودکشی] مغایر است و اگر جز این باشد کسی که می‌داند از شدت عطش خواهد مرد خودکشی او با شیوه آسان‌تر جایز است.

همان‌گونه که در آیه **﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾** (نساء/۲۹) و برخی روایات^۱ آمده است، خودکشی جایز نیست که این نتیجه از دیگر آیاتی که کشتن نفس را حرام می‌دانند (ر.ک: اسراء/۳۳؛ فرقان/۶۸) نیز به دست می‌آید. با این حال، در بحث حاضر که کشته شدن فرد در هر حال رخ خواهد داد و خطر شدیدتر است، می‌توان همانند برخی فقها (حسینی روحانی، بی‌تا: ۳۵/۲۶) خودکشی فرد را به دلیل اینکه مشمول ادله اکراه است، جایز دانست.

به علاوه، لزوماً حرام بودن، مشروع نبودن و غیر مجاز بودن ارتکاب رفتار، موجب استناد نتیجه به اکراه‌شونده نیست و در مقابل، مجاز بودن و عدم حرمت ارتکاب آن، موجب استناد جنایت به اکراه‌کننده نمی‌باشد.^۲ در واقع، نتیجه‌ای که با مباشرت مکره و به سبب اکراه مکره حاصل شده است در دایره جمع سبب و مباشر قرار می‌گیرد و بر این اساس، سؤال اساسی این است که در اکراه به خودکشی با تهدید به قتل دشوارتر از جمله قتل همراه با تعذیب، جرم قابل انتساب به اکراه‌کننده است یا به رغم وجود اکراه، نتیجه حاصله به مکره و نه مکره منتسب است؟ در پاسخ به نظر می‌رسد در این

۱. امام باقر (ع) می‌فرماید: «به درستی که مؤمن به هر بلایی مبتلا می‌شود و به هر نوع مردنی می‌میرد، جز اینکه او خود را نخواهد کشت» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۴/۲۹).

۲. خودکشی به خاطر اجتناب از مرگ ناشی از عطش، حالت اضطرار است و تفاوت اضطرار و اکراه این است که در اکراه، عامل دیگری (اکراه‌کننده) وجود دارد که می‌توان جرم را به او منتسب کرد.

حالت چون ایراد صدمه بر خلاف اکراه بر قتل دیگری، نسبت به خود شخص و نه یک فرد ثالث بی‌گناه است و اینکه موضوع تهدید، شدیدتر از رفتار خواسته‌شده است، می‌توان جرم را به اکراه‌کننده منتسب دانست و او را به قصاص یا پرداخت دیه محکوم کرد (برای آگاهی از نظر مخالف، ر.ک: پوربافرانی، ۱۳۹۲: ۱۴۴)؛ زیرا گرچه ماده ۳۷۹ ق.م.ا. درباره اکراه بر رفتار موجب جنایت است، مفاد آن یعنی امکان انتساب جنایت به اکراه‌کننده در اکراه بر خودکشی نیز صادق است. البته صرف شدیدتر بودن خطر دفع‌شده کافی نیست و شرط است شکنجه‌ای که فرد باید تحمل کند، چنان شدید باشد که عرف خودکشی را برای دفع آن مناسب و جرم را به اکراه‌کننده مستند بداند. بنابراین بر خلاف نظر برخی فقها (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۱: ۷۶)، در اکراه بر قتل، بین حالتی که با اکراه، قتل شخص ثالثی تقاضا شده است با موردی که موضوع درخواست، خودکشی تهدیدشونده است، تفاوت وجود دارد. برخی فقها در این حالت نیز تحقق اکراه را موجه دانسته، قائل به قصاص مکره می‌باشند (ر.ک: عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۹۰/۱۵). همچنین یکی از مراجع تقلید در پاسخ به استفتایی درباره یک زن که از حُسن شهرت اخلاقی مناسبی برخوردار بوده و برادرانش با ضرب و جرح و فراهم نمودن شرایط به دار آویختن و وادار کردن او به خودکشی، موجب خودکشی وی می‌شوند، بیان داشته است:

هر گاه ثابت بشود که اکراه در حدی بوده که اقدام آن زن بر خودکشی به خاطر ترس از شکنجه‌های بیشتر انجام یافته، اکراه‌کنندگان در حکم قاتل عمد هستند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۳/۳۹۶).

۳. تهدید به قتل نزدیکان

گاهی فرد تهدید می‌شود که در صورت عدم خودکشی، یکی از نزدیکان او کشته خواهد شد. سؤال این است که در صورت اقدام به خودکشی، مجازات اکراه‌کننده چیست؟ فقها بر خلاف اکراه به خودکشی با تهدید به قتل دشوارتر، درباره این حالت

۱. به اعتقاد آیه‌الله بهجت، در اکراه بر خودکشی اگر به نوعی از قتل تهدید نماید که برای متحمل، اصل قتل قابل تحمل نیست، در تحقق اکراه و جواز قتل نفس و قصاص از مکره تأمل است (بهجت فومنی، ۱۴۲۶: ۵/۳۷۶).

بحث نکرده‌اند.^۱ گرچه ماده ۳۷۵ ق.م.ا. به این امر اشاره دارد که اکراه در قتل، مجوز قتل نیست و در نتیجه اکراه‌کننده قصاص نمی‌شود، اما بین اکراه بر قتل دیگری و اکراه به خودکشی با تهدید به قتل یکی از نزدیکان تفاوت وجود دارد. در حالت مورد بحث، اولاً رفتار مورد درخواست اکراه‌کننده، ارتکاب جنایت نه علیه شخص ثالث که علیه خود تهدیدشونده است. ثانیاً در صورت امتناع اکراه‌شونده از انجام تقاضای مکره، تهدید نسبت به فرد یا افراد دیگری غیر از اکراه‌شونده اجرا خواهد شد. به عبارتی، نه تنها رفتار فردی که خویشان را برای حفظ دیگری به هلاکت می‌رساند مبتنی بر خودخواهی و ترس نیست که وی نهایت شجاعت و از خودگذشتگی را از خود نشان می‌دهد. از طرف دیگر، شدت تأثیر تهدید به قتل نزدیکان، به حدی می‌تواند باشد که اکراه‌کننده عامل اصلی کشته شدن اکراه‌شونده به شمار رود و قتل به او مستند گردد. در نتیجه به نظر می‌رسد حتی اگر موضوع اجرای تهدید، قتل یک نفر باشد، خودکشی برای نجات جان او موجب ضمان اکراه‌کننده و موجد حق قصاص برای اولیای دم خواهد بود.

۴. تهدید به غیر قتل

به نظر می‌رسد در اکراه بر خودکشی نیازی نیست که لزوماً قتل موضوع تهدید باشد و تهدید به غیر قتل نیز می‌تواند موجب انتساب قتل به اکراه‌کننده باشد. البته بدیهی است که خودکشی برای جلوگیری از وقوع تهدیدات مالی، هرچند ضرر معتدبه و قابل ملاحظه باشد، موجبی برای مسئول بودن اکراه‌کننده نیست. اما اگر تهدید علیه حیثیت و ناموس فرد باشد، به شرط تناسب خودکشی با شدت تهدید، قتل می‌تواند به اکراه‌کننده مستند باشد. به عبارت دیگر، اگرچه نمی‌توان گفت فردی که به خاطر آلام تحمل‌ناپذیر ناشی از تجاوز، دست به خودکشی می‌زند، مرتکبان تجاوز سبب اقوی از مباشر می‌باشند و می‌توان اتهام قتل عمد را درباره آن‌ها طرح کرد، اما ممکن است که عرف خودکشی دختری را که به دلیل اکراه به خودکشی با تهدید به تجاوز و انتشار

۱. البته معمولاً در بحث از شرایط اکراه که غالباً در مبحث طلاق مطرح می‌گردد، اشاره می‌شود که خطر می‌تواند علیه خود او یا شخصی که در حکم اوست، باشد.

تصاویر آن صورت گرفته است، به اکراه کننده مستند بداند.

با این حال، باید گفت که شدت تهدید (در مثال فوق تجاوز و انتشار تصاویر آن) به عواملی نظیر شرایط تهدیدشونده و نگرش جامعه نسبت به تهدید بستگی دارد و حسب شرایط زمانی و مکانی متفاوت است. این عوامل، در مناسب بودن اقدام اکراه شونده و استناد نتیجه به اکراه کننده مؤثرند و حتی با توجه به اهمیت و قداست نفس، چه بسا در مثال فوق عرف جنایت را به اکراه کننده مستند نداند.

گفتار دوم: اکراه به رفتار موجب قتل اکراه شونده

در این گفتار به مواردی اشاره می‌کنیم که با تهدید، انجام رفتاری درخواست شده است که آن رفتار به طور مستقیم یا غیر مستقیم، قتل تهدیدشونده را به دنبال دارد.

۱. گستره اعمال ماده ۳۷۹ ق.م.ا.

این ماده متضمن حالتی است که برخی کتب فقهی با مثال‌هایی نظیر اکراه به بالا رفتن از درخت و لغزیدن و فوت اکراه شونده، حکم آن را بیان کرده‌اند. برخی از فقها در این حالت، عدم ضمان فرد را چه به صورت قصاص و چه به صورت پرداخت دیه، اقرب دانسته‌اند؛ برای نمونه، به عقیده آیه‌الله موسوی خویی در صورت اکراه به بالا رفتن از کوه یا درخت یا پایین رفتن در چاه و سقوط و کشته شدن فرد، اگر در آن سقوط، هلاک شدن غالب نبوده و قصد قتل وجود نداشته باشد، قصاص و دیه ندارد و در غیر این صورت دو وجه وجود دارد و اقرب آن است که چیزی بر او نیست (۱۴۳۰: ۲۱/۲). به همین ترتیب، برخی از کتب فقهی عدم قصاص و دیه را اقرب دانسته‌اند (ر.ک: فیاض کابلی، بی‌تا: ۳/۳۳۰؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸: ۵۰۹/۳).

برخی از فقها در این حالت قائل به عدم قصاص هستند ولی پرداخت دیه را می‌پذیرند؛ برای مثال در *تحریر الوسیله* آمده است که اگر فردی به بالا رفتن از مکان بلندی اکراه شود و اکراه شونده بلغزد و سقوط نماید ظاهر آن است که ضمان دیه و نه قصاص است، بلکه ظاهر آن است اگر بالا رفتن غالباً موجب سقوط باشد نیز به همین نحو است با اشکالی که دارد (موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۱۵/۲). به همین ترتیب، برخی از

منابع فقهی بدون اشاره به نوعاً کشنده بودن رفتار یا داشتن قصد قتل، پرداخت دیه را بر عهدهٔ اکراه‌کننده دانسته‌اند؛ برای مثال صاحب *تحریر الاحکام*، در اکراه بر بالا رفتن از درخت و لغزیدن پا و فوت فرد، وجوب دیه بر اکراه‌کننده را اقرب دانسته (علامه حلّی، بی‌تا: ۲۴۲/۲) و شهید اول نیز در اکراه بر بالا رفتن از درخت، دیه را بر عهدهٔ مکره گذاشته است (عاملی، ۱۴۱۴: ۳۱۲/۴).

گروه سوم، در این حالت، با توجه به قاعدهٔ کلی در خصوص عمد به شمار آمدن قتل مبنی بر اینکه یا قصد قتل و یا نوعاً کشنده بودن رفتار وجود داشته باشد، محکومیت اکراه‌کننده به قصاص را نیز می‌پذیرند (برای نمونه رک: نجفی، ۱۹۸۱: ۵۶/۴۲؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۳۹/۱۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۰۲/۲۸).^۱

با توجه به اختلاف نظر فقها، قانون‌گذار در مادهٔ ۳۷۹ ق.ا.م.ا، با اندکی تفاوت از دیدگاه دستهٔ اخیر تبعیت کرده است. هرچند در ابتدا شورای نگهبان با ایراد به مادهٔ ۳۸۰ لایحه (مادهٔ ۳۷۹ ق.ا.م.ا)، قانون‌گذار را به مسئلهٔ ۳۸ *تحریر الوسیله* که پیشتر به آن اشاره شد، ارجاع داد، بعد از اصلاح مادهٔ ۲ مجدداً با ایراد به آن خواستار ابقای اصل مصوبهٔ قبلی شد.

به رغم اختصاص این ماده به اکراه بر رفتار موجب جنایت، ابهامات متعددی دربارهٔ مواردی که رفتار ناشی از اکراه، منجر به فوت اکراه‌شونده شود وجود دارد. اول آنکه آیا رفتار باید به طور مستقیم سبب جنایت گردد (مثلاً اکراه بر پریدن از بلندی) یا همانند برخی از مثال‌های مطرح‌شده توسط فقها، باید به صورت غیر مستقیم موجب ایجاد نتیجه شود یا مستقیم و غیر مستقیم بودن موضوعیت ندارد و مادهٔ ۳۷۹ ق.ا.م.ا. حکم هر دو حالت را بیان نموده است؟ به نظر می‌رسد مادهٔ ۳۷۹ ق.ا.م.ا. به دلیل عام بودن، شامل هر دو صورتی است که رفتار خواسته‌شده به طور مستقیم یا غیر مستقیم جنایت را به دنبال داشته باشد.

۱. البته هرچند صاحب *جوهر* و فاضل هندی در حالتی که فردی با قصد قتل، دیگری را به ارتکاب رفتار غیر کشنده‌ای اکراه کند، قتل را عمد و فرد را قابل قصاص دانسته‌اند، در ادامه اشاره کرده‌اند که تفاوت بین ارتکاب فعلی که به طور نادر کشنده است با اکراه بر آن محتمل است.
۲. این ماده چنین اصلاح شد: «هر گاه کسی دیگری را به رفتاری اکراه کند که موجب جنایت بر اکراه‌شونده گردد، جنایت عمدی است و بر اکراه‌کننده دیه ثابت است».

پرسش دیگر آنکه آیا نوعاً کُشنده بودن رفتار برای انتساب جنایت به اکراه‌کننده یا عمدی بودن آن شرط است؟ عبارت «آگاهی و توجه به اینکه این اکراه نوعاً موجب جنایت بر او می‌شود نیز نداشته باشد» در ماده فوق ممکن است این تصور را ایجاد کند که قانون‌گذار بین ارتکاب فعلی که به طور نادر کُشنده است با اکراه بر آن، تفاوت گذاشته است و در اکراه بر رفتاری که غالباً کُشنده نیست قتل را غیر قابل انتساب به اکراه‌کننده دانسته یا اینکه آن را عمدی نمی‌داند. این برداشت صحیح به نظر نمی‌رسد؛ تفاوت چندانی بین حالتی که فرد کارِ نادرراً کُشنده‌ای انجام دهد با حالتی که اکراه‌شونده را به انجام آن وادار نماید وجود ندارد که تفاوت حکم را موجه و عقلانی نماید. در واقع، همان‌گونه که ارتکاب رفتار غیر کُشنده مانع استناد جنایت به مباشر و عمد بودن آن در صورت داشتن قصد جنایت نیست، اینکه فردی با اکراه مجنی‌علیه سبب حدوث نتیجه شده است نیز لزوماً مانع استناد جنایت و عمد بودن آن نسبت به مسبب نخواهد بود؛ برای مثال اگر فرد به پریدن از مکانی که غالباً صدمه شدید نظیر شکستن پا به دنبال دارد اکراه شود، هرچند رفتار نوعاً کُشنده نیست، در صورت وقوع قتل، جنایت به او مستند است و در صورت داشتن قصد قتل، محکوم نکردن او به قصاص فاقد توجیه است. ضمن اینکه اطلاق واژه «رفتاری» در صدر ماده ۳۷۹ ق.م.ا. نشانگر ضروری نبودن نوعاً کُشنده بودن رفتار برای استناد آن به مکره و عمدی بودن آن است.^۱ به عبارت دیگر، ماده مذکور با اتخاذ دو ضابطه عمدی بودن جنایت، معیار عمدی بودن جنایت واقع شده به مکره را بیان کرده است و استناد جنایت (فوت اکراه‌شونده) به اکراه‌کننده و عمدی بودن آن مستلزم نوعاً کُشنده بودن رفتار نیست.

در اینجا باید گفت چنانچه رفتاری که توسط اکراه‌کننده تقاضا شده است، نوعاً کُشنده نباشد، نیازی به شدید بودن موضوع تهدید نیست. به عبارت دیگر، بر خلاف اکراه بر خودکشی که حتی تهدید به قتل موجب استناد جنایت به مکره نیست، در این حالت، خطرهای کمتر از قتل از جمله تهدیدهایی که علیه تمامیت جسمانی اشخاص

۱. بر این اساس، عبارت نقل شده از ماده ۳۷۹ ق.م.ا. در بالا باید تغییر کند و برای مثال این گونه بیان شود: «در صورت نوعاً موجب جنایت بودن رفتار، اکراه‌کننده به آن آگاهی و توجه داشته باشد».

نیست، می‌تواند باعث استناد قتل به اکراه‌کننده باشد.^۱

دو حالت کلی یعنی قطعاً کشته شدن بودن رفتار و غالباً کشته شدن بودن آن وجود دارد که هر یک از این حالات با دو صورت توجه و آگاهی یا جهل اکراه‌شونده به غالباً یا قطعاً کشته شدن بودن آن، قابل جمع می‌باشد که در مجموع چهار صورت را شکل می‌دهد که از حیث استناد یا عدم استناد جنایت به اکراه‌کننده بررسی می‌شوند.

در حالتی که رفتار غالباً کشته شده است و اکراه‌شونده به غالباً کشته شدن بودن آن توجه و آگاهی دارد و با این حال، درخواست اکراه‌کننده را اجرا می‌کند امکان انتساب قتل به اکراه‌کننده وجود دارد. توضیح آنکه همان‌گونه که نوعاً کشته شدن نبودن به معنای اینکه امکان رخ دادن قتل به هیچ وجه وجود ندارد، نیست،^۲ نوعاً یا غالباً کشته شدن بودن نیز به معنای قطعاً کشته شدن بودن نیست. بر این اساس، این احتمال که فرد با انجام درخواست تهدیدکننده، از مرگی که به آن تهدید شده است نجات یابد، می‌تواند موجب ضمان و استناد قتل به اکراه‌کننده باشد.^۳

بدین ترتیب نمی‌توان پذیرفت که اگر فعل مورد درخواست اکراه‌کننده غالباً کشته شده بوده و موجب مرگ اکراه‌شونده گردد، اکراه‌کننده جانی قلمداد نشده و به ماده ۳۷۵ ق.م.ا. راجع به اکراه بر قتل دیگری عمل می‌شود (برای آگاهی از نظر مخالف، ر.ک: صادقی، ۱۳۹۳: ۲۰۹-۲۱۰)؛ زیرا علاوه بر امکان استناد قتل به اکراه‌کننده، ماده ۳۷۹ ق.م.ا. عام بوده و شامل اکراه به انجام رفتار غالباً کشته شدن نیز می‌شود.

به همین ترتیب و به طریق اولی، در حالت دوم یعنی جهل اکراه‌شونده به غالباً کشته شدن بودن رفتار، جرم به اکراه‌کننده قابل استناد خواهد بود. همچنین در حالت سوم که فرد از یقیناً کشته شدن بودن رفتار (مثلاً خوردن یک ماده کشته شده) ناآگاه باشد، جنایت رخ داده قابل استناد به مکره است. به عبارت دیگر، تصور هرچند نادرست اکراه‌شونده در مورد زنده ماندن می‌تواند در استناد نتیجه به اکراه‌کننده مؤثر باشد.

۱. بدیهی است که در این حالت نیز باید اقدام اکراه‌شونده مناسب با شدت خطر باشد.

۲. این مطلب از موادی نظیر ماده ۵۴۰ ق.م.ا. (سرایت صدمه‌ای که نوعاً کشته نیست) و بند الف ماده ۲۹۰ نیز استنباط می‌شود.

۳. البته به طور کلی در استناد قتل علاوه بر احتمال زنده ماندن، مواردی نظیر سن، جنس و شرایطی که اکراه‌شونده با آن مواجه است، می‌تواند مؤثر باشد.

در حالت چهارم، یعنی علم اکراه‌شونده به قطعاً کشنده بودن رفتار، امکان استناد به مواد ۳۷۵ و ۳۷۹ ق.م.ا. برای محاکمه و مجازات اکراه‌کننده وجود ندارد. در واقع همان گونه که تأمل در کتب فقهی نشان می‌دهد، مفاد ماده ۳۷۹ ق.م.ا. مربوط به حالتی است که فرد اکراه‌شونده احتمال زنده ماندن خود را می‌دهد؛ چرا که در کتب فقهی، -برای مثال- از اکراه به بالا رفتن از درخت و یا پایین رفتن در چاه و سپس لغزیدن سخن به میان آمده است و چه بسا اگر محل بحث، -برای مثال- حالتی بود که اکراه‌کننده از اکراه‌شونده بخواهد که خود را به درون چاهی پرت کند که به واسطه عمق زیاد یقیناً کشنده است و اکراه‌شونده با آگاهی و توجه به اینکه قطعاً کشته می‌شود، خواسته اکراه‌کننده را اجرا کند، حکم متفاوتی بیان می‌شد. مؤید این مطلب آنکه در کتب فقهی، حالتی که شخص به دیگری بگوید: «خود را بکش وگرنه تو را می‌کشم» و حالتی که فرد، دیگری را به بالا رفتن از درخت یا پایین رفتن در چاه اکراه کند به طور مجزا بررسی شده است. در واقع، در صورت قطعاً کشنده بودن رفتار و آگاهی و توجه فرد به آن، ارتکاب رفتار غیر معقول و نامناسب است و نظیر حالتی که خودکشی فرد با اکراه به قتل او درخواست می‌شود جنایت به اکراه‌شونده مستند است؛ مگر آنکه ارتکاب رفتار برای گریز از خطر وعده داده شده مناسب باشد.

۲. بررسی امکان خطای محض بودن جنایت

در اکراه بر رفتار موجب قتل تهدیدشونده، اگر مستقیماً منجر به نتیجه شود، مانند اکراه بر خوردن ماده کشنده و نیز مواردی که اکراه بر خودکشی است، می‌توان گفت که قصد فعل و قصد جنایت یا توجه و آگاهی به وقوع آن غالباً وجود دارد. با این حال در این حالت‌ها امکان فقدان هر سه در اکراه‌کننده محتمل است؛ مثلاً ممکن است که فرد از روی شوخی یا به قصد ترساندن دیگری، با تهدید رفتاری را از او بخواهد بی‌آنکه قصد رفتار واقع شده بر مجنی علیه و قصد جنایت یا توجه و آگاهی به وقوع جنایت داشته باشد. به همین ترتیب، در موردی که غیر مستقیم نتیجه ایجاد می‌شود (برای مثال اکراه به بالا رفتن از درخت) امکان فقدان آن‌ها در اکراه‌کننده وجود دارد. ماده ۳۷۹ ق.م.ا. تنها به عمد و شبه عمد بودن جنایت اشاره کرده است و موجب طرح این

پرسش است که آیا امکان تحقق شکل سوم جنایت یعنی خطای محض در صورتی که جنایت عمدی نیست و قصد ایراد فعل واقع شده بر مجنی علیه وجود ندارد، نیست؟ در ابتدا باید گفت که اصولاً نداشتن قصد ایراد فعل واقع شده بر مجنی علیه، تنها در موردی که فرد مستقیماً در وقوع نتیجه نقش دارد موجب خطای محض بودن جنایت است و در مواردی که به طور غیر مستقیم موجب جنایت گردد (تسبیب در معنای خاص) باعث نمی‌شود که جنایت خطای محض به شمار آید. در این راستا فقها در موارد مختلف به این مطلب اشاره کرده‌اند که پرداخت دیه در حالت اخیر بر عهده مسبب و نه عاقله اوست که برای مثال می‌توان به حالتی اشاره کرد که شخصی دیگری را دست‌بسته در مکانی که عادتاً محل درندگان نیست ببندازد، بی‌آنکه قصد قتل او را داشته باشد که در این حالت برخی از فقها به اینکه دیه بر عهده اوست (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۲۳/۱۱) و یا داخل در شبه عمد بودن قتل (موسوی خویی، ۱۴۳۰: ۱۱/۲) تصریح دارند. این مثال و سایر موارد، نظیر گذاشتن سنگ در راه که چه در کتب فقهی (برای نمونه ر.ک: ابن براج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۵۰۶/۲) و چه در قانون، دیه بر عهده سبب دانسته شده است، مؤید استنباط فوق است.

از سوی دیگر، برخی معتقدند که در تسبیب، تقصیر مسبب شرط نیست (ر.ک: قیاسی، ۱۳۹۰: ۱۸۹-۱۹۸) و در مقابل، به اعتقاد گروهی تسبیب دایرمدار تقصیر است (امامی، ۱۳۸۵: ۳۸۶/۱؛ محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱۲۰/۱؛ پوریافرانی و همکاران، ۱۳۹۳: ش ۲۷۸/۲). به نظر می‌رسد غالباً در ارتکاب جنایت از طریق تسبیب و از جمله در مثال‌های فوق، نوعی تقصیر نهفته است. بر این اساس، پرداخت دیه در این حالت با توجه به اینکه اگر جنایت «به سبب تقصیر مرتکب واقع شود» به استناد بند پ ماده ۲۹۱ ق.م.ا. شبه عمد است، بر عهده عاقله نیست. در این راستا در مواد مختلف قانون مجازات اسلامی، یا مسئولیت سبب، منوط به احراز تقصیر شده است (برای مثال لزوم تقصیر متصرف حیوان در حفظ آن برای ضمان صدمه به دیگری وفق ماده ۵۲۲ ق.م.ا.) یا به نحوی نگاشته شده‌اند که برای ضمان مسبب، تقصیر او مسلم است.

در هر حال، اگرچه منجر به فوت اکراه‌شونده، متضمن تقصیر اکراه‌کننده و در نتیجه شبه عمد بودن جنایت در صورت عمدی نبودن آن است. بر این اساس و با توجه به اطلاق

ماده ۳۷۹ ق.م.ا. و اینکه فقها به طور مطلق اشاره دارند که ضمان (اعم از قصاص و دیه) یا دیه بر عهده اکره کننده است، بی تردید در مواردی که اکره کننده قصد وارد آمدن فعل واقع شده بر مجنی علیه را نداشته است موجب پرداخت دیه توسط عاقله نیست.^۱

با این حال و به رغم ظاهر ماده ۳۷۹ ق.م.ا. امکان تحقق قسم سوم جنایت یعنی خطای محض در موارد خاص وجود دارد. یکی از این موارد زمانی است که اکره کننده، صغیر یا مجنون باشد که در این حالت نمی توان قتل را شبه عمد دانست. به عبارت دیگر، در موردی که اکره کننده طفل یا مجنون باشد و با اکره بر رفتاری، موجب جنایت بر اکره شونده شود، جنایت خطای محض و پرداخت دیه بر عهده عاقله و نه اکره کننده خواهد بود. مورد دیگر زمانی است که رفتار اکره کننده با توجه به بند الف ماده ۲۹۲ ق.م.ا. خطای محض باشد؛ برای مثال هر گاه فردی در حال خواب و به دلیل اختلال خوابگردی با اکره دیگری موجب جنایت بر اکره شونده گردد، جنایت خطای محض به شمار می آید.

اشاره به این مطلب نیز ضروری است که برخی در توضیح ماده ۳۷۹ ق.م.ا. به اکره بر رفتار علیه شخص ثالث اشاره دارند (ولیدی، ۱۳۹۲: ۵۳۴). با این حال، بدیهی است که ماده مذکور تنها منحصر به حالتی نیست که انجام رفتار علیه دیگری و نه تهدیدشونده تقاضا شده باشد. همچنین باید توجه داشت که اگر شخص ثالث که ارتکاب جرم علیه او درخواست شده است، در مقام دفاع مشروع به اکره شونده صدمه ای وارد کند، اکره کننده فقط در صورت استناد نتیجه به او، ضامن خواهد بود. برای مثال اگر اکره کننده با تهدید نه چندان شدید، از دیگری ارتکاب قتل ثالث را بخواهد، چنانچه ثالث برای دفاع مبادرت به ضرب و جرح اکره شونده کند، جنایت وارده به او عرفاً به اکره کننده مستند نیست.

۱. همچنین ضمانی که بر عهده عاقله است خلاف قواعد عقلی و شرعی است که جز در موارد منصوص و مورد اتفاق وجود ندارد (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۳۱/۱۴). به عبارت دیگر، در صورت تردید در شبه عمد یا خطای محض بودن جنایت، اصل بر شبه عمد بودن آن است. به علاوه اگر بند الف ماده ۲۹۱ ق.م.ا. معیار قرار گیرد که بیان می دارد: «هر گاه مرتکب نسبت به مجنی علیه قصد رفتاری را داشته، جنایت شبه عمدی است»، می توان گفت که جنایت رخ داده در این حالت، مشمول بند مذکور بوده و در صورت عمدی نبودن، شبه عمد است؛ زیرا قصد رفتار نسبت به مجنی علیه وجود داشته است.

نتیجه گیری

وضع قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ همراه با تحولات مثبت در زمینه‌های مختلف از جمله اکراه بر جنایت بود که بیان حکم اکراه به رفتار موجب جنایت بر اکراه‌شونده از این دست می‌باشد، اما هنوز نقاط مبهمی دربارهٔ اکراهی که قتل اکراه‌شونده را در پی دارد باقی است که طرح تفاسیر مختلف را در این زمینه ممکن ساخته است. قانون‌گذار با مادهٔ ۳۷۹ ق.م.ا. تکلیف دو وضعیت مورد اختلاف فقها را روشن کرد: نخست اینکه امکان استناد جنایت وارده بر اکراه‌شونده به اکراه‌کننده وجود دارد و دوم آنکه امکان قصاص اکراه‌کننده نیز وجود دارد و بر خلاف نظر برخی فقها، تنها پرداخت دیه مطرح نیست.

مادهٔ ۳۷۹ ق.م.ا. به طور صریح شامل اکراه بر خودکشی نیست، اما مفاد مادهٔ مذکور یعنی امکان انتساب قتل به اکراه‌کننده و قصاص او، با توجه به موضوع تهدید، در حالت اکراه بر خودکشی نیز استفاده می‌شود. با این حال، در هر دو حالت اکراه به خودکشی و اکراه به رفتار موجب جنایت، برای ضمان مکره، انتساب جنایت به او شرط است. در واقع در هر یک از صور متعددی که اکراه باعث قتل اکراه‌شونده می‌شود بررسی انتساب جنایت به اکراه‌کننده ضروری است که تناسب عرفی بین آنچه درخواست شده و خطری که فرد یا نزدیکان او را تهدید می‌کند نقش محوری در این انتساب دارد. بر این اساس، در حالت اکراه به رفتار موجب جنایت نیز انتساب نتیجه به سبب (اکراه‌کننده) برای قاتل دانستن او لازم است و در صورت عدم انتساب، اکراه‌کننده تنها به مجازات تعزیری محکوم خواهد شد. بدین ترتیب در حالتی که اکراه‌کننده بگوید: «چنانچه رفتاری که یقیناً کشنده است انجام ندهی تو را خواهم کشت» اکراه‌کننده به مجازات قتل محکوم نخواهد شد؛ مگر آنکه اکراه‌شونده به یقیناً کشنده بودن رفتار مورد تقاضا آگاهی و توجه نداشته باشد یا آنکه خودکشی مناسب با شدت خطر باشد به نحوی که عرفاً قتل را به اکراه‌کننده مستند بداند.

چنانچه جنایت به اکراه‌کننده مستند باشد، در صورت داشتن قصد جنایت یا آگاهی و توجه به نوعاً کشنده بودن اکراه، قتل عمد و اکراه‌کننده قابل قصاص است

وگرنه قتل شبه عمد خواهد بود. در این حال، اینکه قصد ایراد فعل واقع شده بر مجنی علیه را نداشته است موجب خطای محض بودن آن نخواهد بود. همچنین نوعاً کشته نبودن رفتار، باعث عدم استناد جنایت یا عمدی نبودن آن در صورت داشتن قصد قتل نیست.

هرچند ماده ۳۷۹ ق.م.ا. یکی از تحولات مثبت قانون است، اعمال تغییراتی در آن ضروری است؛ از جمله اینکه به جای عبارت «هر گاه کسی دیگری را به رفتاری اکراه کند که موجب جنایت بر اکراه شونده گردد» از عبارتی عام تر نظیر «چنانچه اکراه منجر به جنایت بر اکراه شونده گردد» استفاده شود تا شامل اکراه بر خودکشی نیز بشود. دیگر آنکه استناد نتیجه به اکراه کننده برای ضمان او، در اکراه بر جنایت علیه خویش و اکراه بر رفتار منجر به جنایت بر اکراه شونده، به صراحت شرط شود و در این راستا، به مستند نبودن جنایت به اکراه کننده در صورتی که موضوع تهدید کشتن اکراه شونده و موضوع درخواست خودکشی است، تصریح گردد. همچنین اکراه موجب جنایت بر اکراه شونده، در صورت انتساب نتیجه به اکراه شونده، به طور مستقل جرم‌انگاری و مجازات مناسب برای اکراه کننده تعیین گردد.

کتاب شناسی

۱. ابن بزاج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحریر، *المهذب*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۲. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۳. الهی منش، محمدرضا و محسن مرادی اوجقاز، *جرایم علیه اشخاص*، تهران، مجد، ۱۳۹۲ ش.
۴. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، چاپ بیست و ششم، تهران، اسلامیه، ۱۳۸۵ ش.
۵. بهجت فومنی، محمدتقی، *جامع المسائل*، چاپ دوم، قم، دفتر معظم له، ۱۴۲۶ ق.
۶. پوربافرانی، حسن، *حقوق جزای اختصاصی (جرایم علیه اشخاص)*، تهران، جنگل، ۱۳۹۲ ش.
۷. پوربافرانی، حسن و الهام دلپاک یگانه و سیدمحمدصادق طباطبایی، «یگانگی یا دوگانگی تسبیب در حقوق مدنی و کیفری»، *حقوق خصوصی*، شماره ۲، ۱۳۹۳ ش.
۸. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، ۱۴۰۹ ق.
۹. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، *فقه الصادق (علیه السلام)*، بی تا.
۱۰. زراعت، عباس، *شرح مختصر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲*، چاپ سوم، تهران، ققنوس، ۱۳۹۳ ش.
۱۱. سبزواری، سیدعبدالاعلی، *مهذب الاحکام*، چاپ چهارم، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.
۱۲. صادقی، محمدهادی، *جرایم علیه اشخاص (صدمات جسمانی)*، چاپ بیستم، تهران، میزان، ۱۳۹۳ ش.
۱۳. عاملی جمعی، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۱۴. همو، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۱۵. عاملی، محمد بن مکی، *غایة المراد فی شرح نکت الارشاد*، قم، انتشارات دفتر اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۱۶. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر، *ارشاد الاذهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۱۷. همو، *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه*، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، بی تا.
۱۸. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیله - القصاصر*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام)، ۱۴۲۱ ق.
۱۹. فاضل هندی، بهاء الدین محمد بن حسن اصفهانی، *کشف النام والابهام عن قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۲۰. فیاض کابلی، محمداسحاق، *منهاج الصالحین*، بی تا.
۲۱. قیاسی، سیدجلال الدین، *تسبیب در قوانین کیفری*، چاپ دوم، تهران، جنگل، ۱۳۹۰ ش.
۲۲. محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۲۳. محقق داماد، سیدمصطفی، *قواعد فقه*، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۲۴. مکارم شیرازی، ناصر، *استفتائات جدید*، چاپ دوم، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام)، ۱۴۲۷ ق.
۲۵. موسوی خمینی، سیدروح الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، بی تا.
۲۶. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *موسوعة الامام الخوئی (مبانی تکملة المنهاج)*، چاپ چهارم، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۳۰ ق.

۲۷. میرمحمدصادقی، حسین، جرایم علیه اشخاص، چاپ هفدهم، تهران، میزان، ۱۳۹۳ ش.
۲۸. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.
۲۹. وحید خراسانی، حسین، منهاج الصالحین، چاپ پنجم، قم، مدرسه امام باقر (ع)، ۱۴۲۸ ق.
۳۰. ولیدی، محمدصالح، شرح بایسته‌های قانون مجازات اسلامی در مقایسه و تطبیق با قانون سابق، تهران، جنگل، ۱۳۹۲ ش.

اعتبار حبس کمتر از ۹۱ روز در حقوق کیفری ایران*

- ابوالحسن شاکری^۱
- سیدمسعود حیدری^۲

چکیده

به دلیل ناکارآمدی مجازات حبس در اصلاح زندانیان و جرم‌زا بودن محیط زندان و سنگینی هزینه‌های آن، مجازات جایگزین حبس در قانون مجازات اسلامی پیش‌بینی شد که البته به معنای حذف کامل مجازات حبس به ویژه حبس کوتاه‌مدت نیست. بر این اساس، در ماده ۷۰ ق.ا.م.ا از اجرای حبس کمتر از ۹۱ روز برای محکوم به جرمی که متجری باشد و از اجرای مجازات جایگزین حبس تخلف نماید، سخن به میان آمده است، از سوی دیگر، در مقام تخفیف مجازات به دلیل عدم وجود نص صریح قانون، منعی برای صدور و اجرای حبس کمتر از ۹۱ روز نیست. به علاوه، زمانی که دادگاه رأی به تعلیق مجازات می‌دهد، مستند به ماده ۵۴ ق.ا.م.ا در صورت ارتکاب جرم جدید با شرایطی حبس کمتر از ۹۱ روز به اجرا درمی‌آید. اما در جرایم بدون تعزیر در صورت تخلف محکوم از

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۱۲/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۸/۸.

۱. دانشیار دانشگاه مازندران (نویسنده مسئول) (shakeri_criminallaw@yahoo.com).

۲. کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی (masoud.heydari71@gmail.com).

اجرای دستور دادگاه، مجازات جایگزین حبس لغو نمی‌شود.
واژگان کلیدی: حبس، کوتاه‌مدت، حکم، جزای نقدی، مجرم.

مقدمه

دولت‌ها با توجه به حقوق شهروندان با جرم‌انگاری و ضمانت اجراهای مختلف از جمله مجازات‌ها در صدد برقراری نظم و ایجاد آرامش در جامعه هستند. مجازات در لغت به معنای جزا دادن در نیکی و بدی است (دهخدا، ۱۳۷۴) و در اصطلاح، منظور از مجازات ضمانت اجرایی است که قاضی طبق قانون به علت ارتکاب جرم و به نشانه نفرت جامعه از عمل مجرمانه، برای شخص مقصر تعیین می‌کند (باهری، ۱۳۸۰: ۳۶۶). از جمله این مجازات‌ها حبس و جزای نقدی می‌باشند. حبس در قانون تعریف نشده است، ولی ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی مصوب ۱۳۸۴ در تعریف زندان مقرر داشته است:

زندان محلی است که در آن محکومانی که حکم آنان قطعی شده است با معرفی مقام‌های صلاحیت‌دار قضایی و قانونی برای مدت معین یا به طور دائم به منظور تحمل کیفر با هدف حرفه‌آموزی، بازپروری و بازسازی نگه‌داری می‌شوند.

بدین ترتیب مراد از حبس، نگهداری محکوم در زندان است. در یک نگاه کلی می‌توان مجازات حبس را به دو حبس کوتاه‌مدت و بلندمدت تقسیم کرد. مفهوم حبس کوتاه‌مدت به درستی روشن نیست؛ در حقیقت آنچه معلوم نیست مدت زمانی است که کیفر حبس مشمول عنوان «کوتاه‌مدت» است (اردبیلی، ۱۳۷۲: ش ۱۱-۱۲/۲۷۹). در واقع، کمترین مجازات‌های حبس مقرر در قانون با واحد روز یا ماه، حبس‌های کوتاه‌مدت هستند. معایب حبس کوتاه‌مدت به قدری زیاد است که باید آن را داروی بدتر از درد لقب داد؛ به این دلیل که نه می‌توان هیچ برنامه تربیتی و اصلاحی را پیاده کرد و نه می‌توان نتیجه مهمی را از آن انتظار داشت (صلاحی، ۱۳۵۴: ۱۱۵). با لحاظ آثار منفی و مخرب زندان و شخصی کردن مجازات‌ها، مجازات‌های جایگزین حبس را باید نوعی پاسخ به هزینه‌های بسیار زیاد کیفر حبس برای جامعه دانست، اما گرایش جدید در استفاده از مجازات‌های کوتاه‌مدت حبس نه به عنوان تنبیه یا اصلاح محکوم بلکه با هدف مداخله آنی جامعه در جهت ایجاد یک ضربه روانی سودمند است (آنسل، ۱۳۹۵:

۹۵). بر این اساس، در نظر قانون‌گذار ممکن است که حبس کمتر از ۹۱ روز همیشه بی‌فایده نباشد. بدون شک جامعه محکومان به حبس را شدیدتر از محکومان به جزای نقدی تقبیح می‌کند، بنابراین ننگ و سرافکنندگی حبس بیش از جزای نقدی است (اردبیلی، ۱۳۸۹: ۱۶۹/۲). جزای نقدی خفیف‌ترین مجازات است و به همین خاطر در حقوق کامن‌لا در جرایم بدون کیفرخواست (جرایم اختصاری)، حداکثر مجازات جزای نقدی است (Martin, 2002: 203)، البته در ایران این چنین نیست که مجازات جرایم بدون کیفرخواست حتماً جزای نقدی باشد؛ مانند زنا یا غیر محصن که بر اساس ماده ۲۳۰ ق.م.ا. مجازات آن ۱۰۰ ضربه شلاق می‌باشد. در هر حال، جزای نقدی مبلغی است که مجرم به عنوان مجازات، مکلف به پرداخت آن می‌باشد (علی‌آبادی، ۱۳۶۸: ۱۱۲) و در اجرای حکم قاضی از طرف محکوم‌علیه به صندوق دولت واریز می‌شود.

اندیشه جایگزین‌های کیفر حبس به سال‌ها پیش برمی‌گردد. نخستین کیفری که در فرانسه می‌توان آن را جایگزین حبس شمرد، تعلیق ساده بود که توسط قانون ۲۶ مارس ۱۸۶۱ ناظر به تخفیف و تشدید کیفرها وارد حقوق این کشور شد (Poncela, 2004: 236). نخستین هدفی که از اجرای مجازات‌های جایگزین حبس دنبال می‌شد، بازدارندگی و درمان بزه‌کاران بود (Mackenzie, 2001: 11؛ یکرنگی و ایران‌منش، ۱۳۸۷: ش ۱۳۶/۶۴). ولی باید خاطر نشان کرد که برخی پژوهشگران یکی از نقاط ضعف این مجازات‌ها را فقدان دلیل بر بازدارندگی و ضعف جنبه تنبیهی آن‌ها می‌دانند (آشوری، ۱۳۸۲: ۳۹۸-۴۱۳؛ زینالی، ۱۳۸۷: ش ۴۷/۶۴). در ایران، نخستین گام در خصوص الزام قاضی به تبدیل حبس به جزای نقدی «ماده واحده قانون امکان تبدیل زندان در امور خلافی که مدت آن ۲ ماه یا کمتر باشد به جزای نقدی» مصوب ۱۳۰۷/۲/۲۶ کمیسیون عدلیه بود. متعاقب آن ماده ۱۱ قانون مجازات عمومی ۱۳۵۲، دادگاه‌ها را ملزم به تبدیل مجازات قانونی حبس کمتر از ۶۱ روز به جزای نقدی کرد. در سال ۱۳۶۸ با تصویب بند ۱ تبصره ۱۷ ماده واحده قانون برنامه اول توسعه اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، مقرراتی در خصوص تبدیل برخی مجازات‌های حبس به جزای نقدی وضع شد. متعاقباً در تاریخ ۱۳۷۳/۱۲/۲۸، قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در

موارد معین در بندهای ۱ و ۲ ماده ۳ تصویب شد و در تاریخ ۱۳۸۹/۱/۱۸، مبالغ آن به ترتیب خاصی اصلاح شد که حاکی از سیاست قانون‌گذار مبنی بر عدم اجرای حبس کمتر از ۹۱ روز و تبدیل آن به جزای نقدی بود. سپس قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با وضع مواد مختلف از جمله ماده ۶۵ مقرر کرد:

مرتکبان جرایم عمدی که حداکثر مجازات قانونی آن‌ها ۳ ماه حبس است، به جای حبس به مجازات جایگزین حبس محکوم می‌گردند.

رویکرد قانون‌گذار به حبس کمتر از ۹۱ روز در ماده ۷۰ ق.م.ا.^۱ موجب طرح سؤالاتی به شرح زیر گردید: آیا قضات محاکم با اعمال تخفیف مجازات مذکور در بند الف ماده ۳۷ ق.م.ا. مجاز به صدور حبس کمتر از ۹۱ روز می‌باشند؟ آیا در جرایم بدون تعیین تعزیر در صورت تخلف محکوم از اجرای مجازات جایگزین حبس، محاکم مجاز به صدور حبس کمتر از ۹۱ روز می‌باشند؟ در صورت صدور حکم به تعلیق حبس کمتر از ۹۱ روز و سپس لغو آن به علت ارتکاب جرم جدید توسط مجرم در مدت تعلیق، آیا محاکم مجاز به اجرای حبس کمتر از ۹۱ روز می‌باشند و یا ملزم هستند آن را به جایگزین حبس تبدیل کنند؟

برای پاسخ به این سؤالات و ابهامات مربوط به اعتبار حبس کمتر از ۹۱ روز با لحاظ موازین فقهی و حقوقی، مباحثی تحت عناوین «جواز حبس کمتر از ۹۱ روز به سبب تخلف از مجازات جایگزین حبس»، «جواز حبس کمتر از ۹۱ روز در مقام تخفیف»، «جواز حبس کمتر از ۹۱ روز در جرایم عمدی با حداکثر حبس بیش از ۶ ماه تا ۱ سال»، «جواز حبس کمتر از ۹۱ روز در جرایم غیر عمدی با حبس بیش از ۲ سال» و «صدور حبس تعلیقی کمتر از ۹۱ روز» به شرح زیر مورد بررسی و تحلیل قرار گرفته‌اند.

۱. جواز حبس کمتر از ۹۱ روز به سبب تخلف از مجازات جایگزین حبس
بالا رفتن آمار زندانیان و عدم تأثیر زندان بر اصلاح مرتکب موجب شد تا از حکم دادگاه‌ها

۱. ماده ۷۰ ق.م.ا.: «دادگاه ضمن تعیین مجازات جایگزین، مدت مجازات حبس را نیز تعیین می‌کند تا در صورت تعذر اجرای مجازات جایگزین، تخلف از دستورهای یا عجز از پرداخت جزای نقدی، مجازات حبس اجرا شود».

به مجازات حبس کاسته شود. لذا سیاست قانون‌گذار ایران در سال ۱۳۹۲ بر این قرار گرفت که نسبت به درج مجازات‌های جایگزین حبس در قانون اقدام نماید.^۱ برای این منظور ابتدا از نهاد تعلیق مراقبتی که از مدت‌ها پیش با هدف بازپروری بزهکاران اعمال می‌شد، با ایجاد تغییر در وظایف مأموران تعلیق مراقبتی، به عنوان ابزاری کم‌هزینه برای اجرای مجازات جایگزین حبس استفاده شد (Brownlee, 1998: 84; Saieh, 2006: 63-72).

در تعریف مجازات جایگزین حبس در ایران مطابق با ماده ۶۴ ق.ا.م.آ.^۲ آمده است:

مجازات جایگزین حبس عبارت از دوره مراقبت، خدمات عمومی رایگان،^۳ جزای نقدی،^۴ جزای نقدی روزانه و محرومیت از حقوق اجتماعی^۵ است که در صورت گذشت شاکی و وجود جهات تخفیف با ملاحظه نوع جرم و کیفیت ارتکاب آن، آثار ناشی از جرم، سن، مهارت، وضعیت، شخصیت و سابقه مجرم، وضعیت بزه‌دیده و سایر اوضاع و احوال، تعیین و اجرا می‌شود.

در جرایم قابل گذشت با توجه به اینکه با اعلام گذشت شاکی، قرار موقوفی تعقیب صادر و پرونده مختومه می‌شود، عدم تعیین مجازات جایگزین حبس بدیهی است. بنابراین لاجرم باید قائل شویم که مجازات‌های جایگزین حبس در جرایم غیر قابل گذشت تعیین و اجرا می‌گردد (شمس ناتری، ۱۳۹۵: ۲۰۸/۱) که لزوماً باید تعزیری با منشأ حکومتی یا غیر منصوص شرعی باشد؛ چرا که قاضی مجاز نیست در مجازات‌های حدود، قصاص، تعزیرات منصوص شرعی و دیات مذکور در قانون تغییری دهد و آن را

۱. در ایران، مجازات‌های جایگزین حبس برای کاهش جمعیت کیفری زندان، ابتدا با لایحه مستقلی تحت عنوان «لایحه مجازات‌های اجتماعی جایگزین زندان» در سال ۱۳۸۴ تقدیم مجلس شورای اسلامی گردید (شمس ناتری و ریاحی، ۱۳۹۱: ش ۸/۳۳).

۲. جایگزین‌های مجازات حبس، مجازات‌هایی هستند که به تبع محکومیت و مجازات، امکان گذراندن تمام یا بخشی از مجازات را در اجتماع و خارج از نهادهای زندان به مجرم می‌دهند (Vass, 1990: 156).

۳. اولین کسی که پیشنهاد استفاده از توان کاری مجرم را در عوض مجازات وی به طرق مرسوم مطرح کرد بکاریا در رساله جرایم و مجازات‌ها بود (۱۳۹۳: ۱۰۶).

۴. جزای نقدی ممکن است که ثابت یا نسبی باشد. مبلغ یا حداقل و حداکثر جزای نقدی ثابت، در قانون تعیین می‌شود و میزان جزای نقدی نسبی بر اساس واحد یا مبنای خاص قانونی احتساب می‌گردد (صانعی، ۱۳۷۴: ۲۲۸/۲).

۵. برای اطلاع بیشتر از محرومیت از حقوق اجتماعی به عنوان مجازات جایگزین حبس، ر.ک: خالقی، ۱۳۸۰.

به مجازات دیگری تبدیل کند.

مستند به ماده ۷۰ ق.م.ا. در صورت تعذر اجرای مجازات جایگزین حبس، اجرای حبس کمتر از ۹۱ روز ممکن است. البته اطلاق این ماده با مفاد مواد ۸۱ و ۸۲ تقیید می‌خورد؛ یعنی مجازات جایگزین باید یک مرتبه تمديد شده باشد و امکان رفع مانع هم نباشد. بر این اساس، سیاست قانون‌گذار بر خلاف مقررات قانون وصول در بند ۱ ماده ۳ در مورد حبس‌های کوتاه‌مدت کمتر از ۹۱ روز است. برای نمونه، دادگاه برای مرتکب جرمی که در قانون برای آن جرم مجازات تا ۹۰ روز حبس تعیین شده است، ابتدا ۹۰ روز حبس یا کمتر تعیین می‌نماید، سپس در حکم صادره، مستند به بند الف ماده ۸۴ ق.م.ا. به جای حبس، وی را به انجام خدمات عمومی شهری به مدت ۲۷۰ ساعت به عنوان مجازات جایگزین محکوم می‌کند، اما چنانچه محکوم علیه از انجام خدمات عمومی جایگزین حبس خودداری کند مجازات حبس علیه او اجرا می‌شود (گلدوزیان، ۱۳۹۲: ۱۱۸)؛ لذا صدور حکم به مجازات جایگزین حبس، مجازات حبس را به طور کلی منتفی نمی‌سازد، همچنان که در قانون فرانسه چنین است.^۱ به عبارتی، مجازات جایگزین حبس قطعی نیست و قطعیت آن مشروط به تحقق رفتار خاصی در مجرم است. پس باید بدل جایگزین حبس معین و در حکم قید شود تا در صورت عدم اجرای مجازات‌های جایگزین، مجازات اصلی به اجرا درآید (زراعت، شرح مختصر مجازات اسلامی، ۱۳۹۲: ۱۵۴). این تدبیر قانون‌گذار برای جلوگیری از تشکیل جلسه مجدد دادگاه است تا در صورت معذور بودن اجرای مجازات جایگزین، مجازات حبس اجرا شود (آقایی جنت‌مکان، ۱۳۹۱: ۲/۲۶۳). بنابراین اگر محکوم علیه از تحمل مجازات جایگزین سر باز زند یا در هنگام اجرای آن از دستورات دادگاه سرپیچی کند، حکم مجازات

۱. در ماده ۸-۱۳۱ قانون جزای فرانسه مصوب ۱۹۹۴ مقرر شده است: «در مواردی که برای یک جرم جنبه‌ای مجازات زندان مقرر شده باشد، دادگاه می‌تواند مقرر دارد که محکوم علیه، کاری عام‌المنفعه و بی‌دستمزد را برای مدت ۴۰ تا ۲۴۰ ساعت به نفع یک شخص حقوقی عمومی یا انجمنی که شایستگی و توانایی اجرای کار عام‌المنفعه را داشته باشد، انجام دهد. دادگاه مجاز نیست به متهمی که از انجام کار عام‌المنفعه سرپیچی می‌کند یا در دادگاه حضور ندارد، حکمی مبنی بر انجام این کار صادر کند. قاضی دادگاه پیش از تصمیم‌گیری، متهم را از حق خود مبنی بر عدم پذیرش از انجام کار عام‌المنفعه آگاه کرده و پاسخ او را دریافت می‌نماید».

جایگزین لغو شده و مجازات حبس اجرا می شود.

در خصوص تعارض نظر قانون گذار در ماده ۷۰ ق.م.ا. مبنی بر حبس کمتر از ۹۱ روز، با صراحت بند ۱ ماده ۳ قانون وصول که بر اساس آن الزاماً باید حبس کمتر از ۹۱ روز به جزای نقدی تبدیل شود، دو نظر مورد توجه است: نظر اول، نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه به شماره ۷/۹۲/۱۱۰۸ مورخ ۱۳۹۲/۶/۱۲ است که در مقام پاسخ به این سؤال که آیا بند ۱ ماده ۳ قانون وصول با تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نسخ شده است یا خیر؟ بیان داشته بود:

مطابق بند ۱ در هر مورد که در قوانین، حداکثر مجازات کمتر از ۹۱ روز حبس باشد به جای حبس، حکم به جزای نقدی صادر می شود. این یک تکلیف قانونی است، اما طبق ماده ۶۴ ق.م.ا. مجازات جایگزین حبس موقعی قابل اعمال است که محکوم علیه واجد شرایط تخفیف باشد. در غیر این صورت مجازات جایگزین، اعمال نخواهد شد؛ مثلاً دادگاه مجازات متهم سابقه دار را در صورت ارتکاب جرمی که حداکثر مجازات آن ۳ ماه حبس باشد باید الزاماً به جزای نقدی تبدیل کند، اما به مجازات جایگزین حبس نمی تواند محکوم نماید. در نتیجه بند ۱ ماده ۳ قانون وصول از مقررات مجازات های جایگزین حبس خفیف تر و نسخ نشده است.

قبول و اعمال این نظریه اداره حقوقی دلالت بر آن دارد که هم بند ۱ ماده ۳ قانون وصول مبنی بر تبدیل الزامی حبس کمتر از ۹۱ روز به جزای نقدی، و هم ماده ۶۵ ق.م.ا. مبنی بر الزام به جایگزینی حبس تا ۳ ماه اعتبار خود را دارند. در این صورت ظاهر و نتیجه آن می شود که گویا ماده ۶۵ ق.م.ا. بیهوده وضع شده است؛ زیرا ماده مذکور کاملاً از نظر میزان مجازات با بند ۱ ماده ۳ قانون وصول همپوشانی دارد. در حالی که باید گفت چون ماده ۶۵ ق.م.ا. اراده جدید قانون گذار است و از طرف دیگر با لحاظ اینکه اگر قلمرو دو قانون یکی باشد و بتوان بین دو قانون مطروحه تشابه موضوعی یافت قانون اول منسوخ است (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۳۴۰/۲)، بر این اساس برای جلوگیری از وجود تعارض در قوانین کیفری و همچنین با توجه به اینکه هر دو قانون وصول در بند ۱ و ماده ۶۵ ق.م.ا. خاص و دارای حبس کمتر از ۹۱ روز بوده که قانون گذار در هر دو ماده اشاره شده به لفظ مجازات قانونی اشاره کرده است، به دست

می‌آید که ماده ۶۵ ق.م.ا. مؤخر، بند ۱ ماده ۳ قانون وصول مقدم را نسخ کرده است. لذا دیگر نیازی به وجود مقررات بندهای ۱ ماده ۳ قانون وصول مصوب ۱۳۷۳ نیست و مستندات قضات برای حکم به جایگزین حبس قانون مجازات اسلامی خواهد بود که امکان صدور حکم حبس کمتر از ۹۱ روز را با شرایطی برای محاکم فراهم می‌آورد.

چنانچه اعتقاد بر این باشد که برای برخورداری از مجازات‌های جایگزین حبس، شرایط ماده ۶۴ ق.م.ا. برای تمامی موارد تصریح شده به جایگزین حبس در مواد مختلف فصل نهم از قانون مجازات اسلامی ضروری است و مرتکب باید گذشت شاکی را در کنار وجود سایر جهات مخفیه به دست آورد، -برای مثال، چنانچه قاضی بخواهد مجرم را طبق بند الف ماده ۸۴ ق.م.ا. به ۲۷۰ ساعت خدمات عمومی رایگان محکوم کند باید مسبوق به شرط گذشت شاکی باشد، تالی فاسدش این است که راه فرار را برای بسیاری از بزه‌کاران می‌گشاید تا خیلی آسان‌تر و با شناخت از اینکه ماده ۳ قانون وصول هیچ پیش شرطی را مقرر نداشته است صرفاً با پرداخت جزای نقدی مقرر در قانون وصول، از تحمل حبس رهایی یابند. در این صورت، هدف قانون‌گذار از ماده ۶۴ ق.م.ا. که تحقق گذشت شاکی است، هرگز محقق نخواهد شد، در حالی که تصریح مقنن در ماده ۱۹ ق.م.ا. به مجازات حبس تا ۳ ماه به عنوان مجازات اصلی، دلیل بر جواز صدور حکم به این مدت حبس و در نتیجه بی‌اعتباری قانون وصول مبنی بر تبدیل بدون بازگشت حبس کمتر از ۳ ماه به جزای نقدی است. اجرای ماده ۱۹ ق.م.ا. را می‌توان در امتناع مجرم از اجرای مجازات‌های تکمیلی مذکور در ماده ۲۴ ق.م.ا. دانست که قانون‌گذار ضمانت اجرای چنین رفتاری را در صورت تکرار، تبدیل بقیه مدت محکومیت مجرم به حبس درجه ۸ در ماده ۱۹ ق.م.ا. یعنی تا ۳ ماه حبس می‌داند.

تحقیقاً با وضع ماده ۶۵ ق.م.ا. نیز هرچند مرتکب در ابتدا به ۳ ماه حبس محکوم، ولی متحمل آن نخواهد شد و باید جایگزین حبس به اجرا درآید، این امکان هست که با لحاظ ماده ۷۰ ق.م.ا. یعنی تعذر اجرای مجازات جایگزین حبس، تا ۳ ماه حبس به اجرا درآید، در حالی که اگر قانون وصول معتبر دانسته شود مبنی بر اینکه قاضی ملزم است که حبس کمتر از ۳ ماه را به جزای نقدی تبدیل کند، هرگز حکم به حبس کمتر

از ۳ ماه اجرا نخواهد شد. در مقابل، محکوم صرفاً ملزم به پرداخت جزای نقدی است و در نتیجه ماده ۷۰ ق.ا.م.ا. در این خصوص مهمل خواهد بود. شاید با این ملاحظات بوده است که اداره حقوقی متعاقباً نظر قبلی خود را اصلاح کرده و با ارائه نظر دوم به شرح زیر، به نسخ قانون وصول تغییر جهت داده است.

اداره حقوقی در نظریه دوم به شماره ۷/۹۲/۲۱۱۹ مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۶ بیان داشت: طبق ماده ۹ قانون شورای حل اختلاف مصوب ۱۳۸۷، رسیدگی به جرایمی که حداکثر مجازات قانونی آن‌ها تا ۳ ماه حبس باشد در صلاحیت شورای حل اختلاف است و این امر مربوط به زمانی بوده است که طبق بند ۱ ماده ۳ قانون وصول، امکان صدور حکم حبس وجود نداشته است و شورای حل اختلاف نیز مکلف به تبدیل این مجازات به جزای نقدی بوده است، اما در صورت احراز مقررات مربوط به جایگزین‌های حبس از جمله ماده ۶۴ ق.ا.م.ا. علاوه بر جزای نقدی، امکان صدور دیگر مجازات‌ها از جمله خدمات عمومی رایگان نیز وجود دارد. از طرفی طبق ماده ۷۰ همین قانون، دادگاه ضمن تعیین مجازات جایگزین حبس، مدت مجازات حبس را تعیین می‌کند تا در صورت تعدد اجرای مجازات جایگزین حبس، تخلف از دستورات و یا عجز از پرداخت جزای نقدی، مجازات حبس اجرا شود و همچنین طبق قسمت اخیر ماده ۸۱ قانون مذکور، در صورت تکرار تخلف مجازات حبس اجرا می‌گردد. در نتیجه در مجازات‌های جایگزین حبس تا ۳ ماه، اجرای مجازات حبس محتمل است و چون شورای حل اختلاف، مجاز به تعیین یا صدور حکم حبس نمی‌باشد لذا قسمت اخیر بند ۱ از ماده ۹ قانون شورای حل اختلاف، نسخ ضمنی شده است و رسیدگی به این موارد در صلاحیت دادگاه‌هاست که به استناد تبصره ۳ ماده ۳ قانون اصلاح تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۸، رسیدگی به جرایم با مجازات‌های کمتر از ۳ ماه حبس به طور مستقیم در دادگاه صورت می‌گیرد و نیاز به صدور کیفرخواست و تعقیب در دادسرا نیست.

اگر طبق این نظریه، شورای حل اختلاف^۱ با وضع قانون مجازات اسلامی در خصوص مجازات جایگزین حبس، صلاحیت رسیدگی به جرایم با مجازات حبس کمتر از ۹۱ روز و تبدیل آن به جزای نقدی را ندارد و حکم به مجازات جایگزین حبس

۱. شورای حل اختلاف یک مرجع غیر قضایی است که صلاحیت رسیدگی قضایی و حل و فصل اختلافات و صدور حکم را دارد (خالقی، ۱۳۹۱: ۳۵۲).

باید توسط دادگاه صادر شود تا در صورت تعذر اجرای مجازات جایگزین حبس، حبس به اجرا درآید، این نتیجه ضمنی نیز حاصل می‌شود که بند ۱ ماده ۳ قانون وصول نسخ شده است، وگرنه چنانچه لازم باشد که حبس کمتر از ۹۱ روز به جزای نقدی تبدیل شود نه بایسته است که شورای حل اختلاف صلاحیت خود را در رسیدگی به این نوع جرایم از دست بدهد و نه اینکه قانون وصول فاقد اعتبار گردد.

قانون شورای حل اختلاف در بند ح ماده ۹ مصوب ۱۳۹۴/۱۰/۹، فقط جرایم تعزیری را که صرفاً مجازات آن‌ها جزای نقدی درجه هشت باشد در صلاحیت شورای حل اختلاف قرار داده است، مفهوم مخالف آن این است که چنانچه قانون‌گذار برای جرایمی مجازاتی غیر از جزای نقدی درجه هشت در نظر گرفته باشد - مثلاً حبس ولو کمتر از ۹۱ روز - شورای حل اختلاف، صلاحیت رسیدگی و صدور حکم به آن را ندارد. به عبارت دیگر، با مقایسه دو قانون ۱۳۸۷ و ۱۳۹۴ شورای حل اختلاف و با توجه به تغییراتی که قانون‌گذار عمده‌اً در خصوص صلاحیت این شورا در رسیدگی به جرایم در قانون مجازات اسلامی به وجود آورده است، شورای حل اختلاف در خصوص جرایم با میزان مجازات حبس کمتر از ۹۱ روز نمی‌تواند بر اساس قانون وصول تصمیم‌گیری کند؛ یعنی اتخاذ تصمیم در این جرایم با دادگاه است که تحقیقاً رویکرد و مستندات دادگاه برای صدور رأی، مقررات جایگزین حبس است نه قانون وصول که در تعارض با مقررات جایگزین حبس متأخر است. این در حالی است که طبق مقررات شورای حل اختلاف مصوب ۱۳۸۷، جرایم با حبس کمتر از ۹۱ روز در صلاحیت این مرجع بوده و این شورا طبق قانون وصول مصوب ۱۳۷۳، موظف به تبدیل حبس به جزای نقدی بوده است.

مفاد ماده ۷۰ ق.م.ا. اشعار دارد به اینکه دادگاه در ضمن حکم خود علاوه بر درج نوع و میزان مجازات‌های جایگزین حبس باید مدت مجازات حبس را هم قید کند تا در صورت تعذر اجرای مجازات جایگزین حبس، مجازات حبس به اجرا درآید، در حالی که شورای حل اختلاف نمی‌تواند مدت حبس را در حکم محکومیت قید کند و اساساً نمی‌تواند حکم حبس صادر کند. بر این اساس، پرونده‌های با مجازات حبس زیر ۳ ماه باید مستقیماً در دادگاه مطرح شوند و شورای حل اختلاف صلاحیت

رسیدگی به آن‌ها را ندارد، هرچند دادگاه هم در ابتدا حکم به حبس صادر نخواهد کرد بلکه با احراز مجرمیت مرتکب، حکم به مجازات‌های جایگزین حبس صادر خواهد شد که برای مجرم یک فرصت است تا بتواند از آن استفاده کند و راهی زندان نشود، ولی اگر متعاقباً بیم تجری مجرم برود و تمایل به اصلاح نداشته باشد بنا بر نص صریح ماده ۷۰ ق.م.ا. با شرایط مقرر، حکم حبس کمتر از ۹۱ روز اجرا خواهد شد، در حالی که طبق قانون وصول، این مجرم که در ارتکاب و تکرار جرم جری شده است، هرگز محکوم به حبس نخواهد شد.

۲. جواز حبس کمتر از ۹۱ روز در مقام تخفیف

قانون‌گذار در ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی تخفیف مجازات را پیش‌بینی کرده است که اعم از تبدیل مجازات و تقلیل آن است. توجه قضات محاکم به هر یک از آن‌ها در مقام ارفاق به مجرم، با لحاظ شرایط خاصی است که در قانون مقرر شده است؛ مثلاً اگر مجازات جرمی در درجه ۵ باشد که مستند به ماده ۱۹ ق.م.ا. مجازات آن بیش از ۲ تا ۵ سال حبس است و با اعمال بند الف ماده ۳۷ ق.م.ا. حبس به میزان ۱ تا ۳ درجه تقلیل داده شود، مجازات آن به درجه ۸ کاهش می‌یابد؛ چون یکی از مجازات‌های درجه ۸ در ماده ۱۹ ق.م.ا. حبس تا ۳ ماه است، لذا تخفیف صدور حکم به حبس کمتر از ۹۱ روز فاقد ایراد قانونی است. در اینجا ممکن است دو تردیدی ایجاد شود: نخست اینکه صراحت قانون مجازات اسلامی در ماده ۶۵ ق.م.ا. است که به موجب آن حبس کمتر از ۹۱ روز به جایگزین حبس تبدیل می‌شود، ولی در مقابل باید گفت که استناد به ماده ۶۵ ق.م.ا. در خصوص تبدیل مجازات حبس کمتر از ۳ ماه در حکم دادگاه به مجازات جایگزین حبس صحیح نیست؛ زیرا این ماده ناظر به مجازات قانونی جرم یعنی حبس کمتر از ۳ ماه در قانون است نه مجازات قضایی؛ یعنی آن مجازاتی که قاضی پس از اعمال تخفیف، به مجازات حبس کمتر از ۳ ماه حکم می‌دهد. پس اگر قاضی با اعمال بند الف ماده ۳۷ ق.م.ا. به حبس کمتر از ۳ ماه حکم دهد، این مجازات به مجازات جایگزین حبس تبدیل نخواهد شد. به علاوه، به صراحت ماده ۷۳ ق.م.ا. تبدیل حبس تقلیل‌یافته به مجازات جایگزین حبس ممنوع است.

تردید دوم، رأی وحدت رویه شماره ۶۴۲ مورخ ۱۳۷۸/۹/۹ است که به موجب آن، حبس کمتر از ۹۱ روز الزاماً باید به جزای نقدی تبدیل گردد. شایان ذکر است که این رأی محل اختلاف محاکم در تعیین مجازات حبس کمتر از ۹۱ روز در وضعیتی بود که مجازات قانونی آن، دارای حداقل حبس کمتر از ۹۱ روز و حداکثر بیشتر از ۹۱ روز بود که مضمول ماده ۳ قانون وصول می‌گردید نه غیر آن، همچنان که در ابتدای رأی وحدت رویه مذکور نیز صراحتاً به بند ۲ ماده ۳ قانون وصول و جرایم با حداقل مجازات کمتر از ۹۱ روز اشاره شده است. در این صورت اگر قاضی به حبس کمتر از ۹۱ روز نظر داشت، الزاماً می‌بایست حبس را به جزای نقدی تبدیل می‌کرد. با این توصیف، این رأی بر ممنوعیت اعمال حبس کمتر از ۹۱ روز در وضعیتی که حداقل حداکثر حبس قانونی بیشتر از ۹۰ روز باشد، دلالتی ندارد و منصرف از آن است؛ یعنی این رأی نمی‌تواند مانع از صدور حکم به مجازات حبس کمتر از ۳ ماه در مقام تخفیف، و اجرای آن در خصوص مرتکبان جرایمی باشد که مجازات آن‌ها در قانون بیش از ۹۱ روز حبس است. لذا می‌توان به حبس کمتر از ۹۱ روز رأی داد بی‌آنکه قاضی ملزم و حتی مخیر باشد که حبس کمتر از ۹۱ روز را به جزای نقدی یا مجازات جایگزین حبس تبدیل کند.

۳. جواز حبس کمتر از ۹۱ روز در جرایم عمدی با حداکثر حبس

بیش از ۶ ماه تا ۱ سال

مستند اختیار قاضی به جایگزین حبس، کلمه «می‌تواند» در ماده ۶۷ ق.ا.م.ا است که

۱. رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور شماره ۶۴۲ مورخ ۱۳۷۸/۹/۹: «به صراحت بند ۲ ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین مصوب اسفند ماه ۱۳۷۳، در موضوعات کیفری در صورتی که حداکثر مجازات بیش از ۹۱ روز حبس و حداقل آن کمتر از این باشد، دادگاه مخیر است که حکم به بیش از ۳ ماه حبس یا جزای نقدی از هفتاد هزار و یک ریال تا ۳ میلیون ریال بدهد. بنابراین تعیین مجازات حبس کمتر از ۹۱ روز برای متهم، مخالف نظر مقنن و روح قانون می‌باشد و چنانچه نظر دادگاه به تعیین مجازات حبس کمتر از مدت مزبور باشد می‌بایستی حکم به جزای نقدی بدهد. با این کیفیات رأی شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر مرکز استان خراسان که حکم ۳ ماه حبس دادگاه عمومی را فسخ و متهم را به جزای نقدی محکوم کرده، منطبق با این نظر است و به اکثریت آرا موافق موازین قانونی تشخیص می‌گردد».

به موجب آن دادگاه می‌تواند مرتکب جرایم عمدی را که حداکثر مجازات قانونی آن بیش از ۶ ماه تا ۱ سال حبس است به مجازات جایگزین حبس محکوم کند. با لحاظ کلمه «می‌تواند»، مفهوم مخالف این حکم قانونی آن است که دادگاه اختیار دارد مرتکب را به مجازات جایگزین حبس محکوم نکند، بلکه وی را به مجازات حبس محکوم کند. این حبس ممکن است از دو جهت کمتر از ۹۱ روز باشد؛ یکی با اعمال جهات تخفیف مذکور در ماده ۳۸ ق.م.ا. حبس بیش از ۹۱ روز به حبس کمتر از ۹۱ روز تبدیل گردد و دیگر اینکه اساساً حداکثر مجازات قانونی جرمی که بیش از ۶ ماه تا ۱ سال است ممکن است که حداقل آن کمتر از ۶ ماه و حتی مثلاً کمتر از ۳ ماه حبس باشد. در صورت اخیر، قاضی مجاز است به همان حداقل مجازات قانونی که کمتر از ۹۱ روز حبس است، حکم دهد. اگر قاضی با لحاظ کلمه «می‌تواند» مذکور در ماده ۶۷ ق.م.ا. بخواهد حبس را به مجازات جایگزین حبس تبدیل کند، لازم است که شرایط ماده ۶۴ ق.م.ا. رعایت گردد. به عبارتی برای تبدیل مجازات حبس مذکور در ماده ۶۷ ق.م.ا. به جایگزین حبس، اگر شرایط ماده ۶۴ وجود داشته باشد، قاضی می‌تواند به جای حبس مجازات جایگزین حبس را در نظر بگیرد و در صورت نبودن شرایط قانونی ماده ۶۴ قاضی مجاز به استفاده از جایگزین حبس نخواهد بود.

ممکن است این گونه برداشت شود که با توجه به مفهوم مخالف ماده ۷۳ ق.م.ا. این جواز برای محاکم وجود دارد که چنانچه در جرایم عمدی، مجازات جرمی بیش از ۱ سال حبس باشد، قاضی بدون در نظر گرفتن تخفیف، مجاز به صدور حکم جایگزین حبس خواهد بود. بنابراین می‌توان جایگزین حبس را برای جرایم بیش از ۱ سال هم در نظر گرفت، در حالی که چنین نیست؛ زیرا با عنایت به اصل قانونی بودن مجازات‌ها، مقنن در مواد ۸۳ تا ۸۶ ق.م.ا. میزان دقیق مجازات‌های جایگزین حبس را فقط برای مواردی که طبق فصل نهم از ق.م.ا. امکان استفاده از آن وجود دارد، مشخص کرده است و برای بیش از مقدار فوق یعنی جرایم عمدی با بیش از ۱ سال حبس، مجازات جایگزینی که نوع و میزانش در قانون مجازات اسلامی مشخص شده باشد، پیش‌بینی نشده است. همچنین قانون‌گذار با وضع ماده ۷۳ ق.م.ا. قصد داشته است که از اختیار بیش از حد قضات در اعطای نظام جایگزین حبس بکاهد و محاکم نتوانند میزان

حبس مجرمی را که در جرایم عمدی بیش از ۱ سال است، با اعمال تخفیف به کمتر از ۱ سال تقلیل دهند و سپس آن را به جایگزین حبس تبدیل کنند. در نتیجه مجازات‌های جایگزین حبس به لحاظ آنکه در فصل جداگانه‌ای از ق.م.ا. قرار داده شده، فقط مربوط به همان مواد تصریح شده در فصل نهم (نه غیر آن) است. بنابراین در جرایم عمدی تا ۶ ماه حبس و در جرایم غیر عمدی تا ۲ سال حبس، دادگاه ملزم به صدور حکم به مجازات جایگزین حبس است. ولی اگر میزان حبس در قانون از مقدار فوق فراتر باشد برای دادگاه الزامی به حکم به جایگزین حبس نیست. با این توصیف، از ویژگی‌های مجازات‌های جایگزین حبس، محدودیت قلمرو آن می‌باشد به طوری که تعداد محدودی از جرایم و گروه اندکی از مجرمان را شامل می‌شود (Brownlee, 1998: 26). به عبارت دیگر، این محدودیت به گونه‌ای است که بسیاری از جرایم برخوردار از محکومیت‌های حبس، از شمول مجازات جایگزین حبس خارج‌اند. همچنین مجازات‌های جایگزین حبس غالباً شامل بزهکاران جوان می‌شود که آنان نیز معمولاً درصد کمی از محکومان به حبس را به خود اختصاص می‌دهند.

ماده ۶۹ از جمله مواد از قانون مجازات اسلامی است که پیشینه تقنینی نداشته است. به استناد این ماده «مرتکبان جرایمی که نوع یا میزان تعزیر آن‌ها در قوانین موضوعه تعیین نشده است به مجازات جایگزین حبس محکوم می‌گردند». این ماده ناظر به مواردی است که برای آن‌ها در قانون صرفاً به ذکر عبارت «مرتکب تعزیر می‌شود» اکتفا شده و نوع یا میزان مجازات تعزیری مشخص نشده است؛ از جمله مواردی که در قانون، مجازات تعیین نشده است، می‌توان به تبصره ۲ قانون الحاق ماده واحده به قانون گذرنامه مصوب ۱۳۵۱/۱/۱۰ و تبصره ۱ ماده ۵۸ قانون خدمت وظیفه عمومی مصوب ۱۳۶۳/۷/۲۹ اشاره کرد. لذا ابتدا دادگاه مکلف است به مجازات جایگزین حبس حکم دهد ولی نظر به ماده ۷۰ ق.م.ا. که در خصوص ضمانت عدم

۱. در صورتی که تخلف، مربوط به صدور معرفی‌نامه خلاف باشد، صادرکننده معرفی‌نامه خلاف، از طرف شرکت یا مؤسسه یا بنگاه موضوع بند ۱ این ماده، با رعایت شرایط و امکانات خاطی و دفعات و مراتب جرم و مراتب تأدیب از وعظ و توبیخ و تهدید، به مجازات تعزیری محکوم می‌شود.
۲. قاضی می‌تواند غایب را به مجازات (تعزیر) دیگری که خود صلاح بداند، به جای مجازات‌های مذکور در ماده ۵۸ محکوم نماید.

اجرای مجازات‌های جایگزین حبس است، دادگاه باید هنگام حکم به مجازات جایگزین حبس، به این ماده نیز استناد کند و مدت حبس را که به جای آن مجازات جایگزین حبس در نظر می‌گیرد تعیین نماید تا چنانچه مجازات جایگزین حبس اجرا نشد مجازات اصلی که حبس است اجرا گردد، ولی دادگاه‌ها نمی‌دانند که در این باره چه میزان حبس را باید در حکم قید کنند تا در صورت تخلف مجرم از اجرای مجازات جایگزین حبس، مجازات اولیه اجرا شود. ممکن است گفته شود که در این موارد چون مجازات تعزیری است و از طرف دیگر نوع و میزان مجازات تعزیری مشخص نیست به استناد تبصره ۳ ماده ۱۹ ق.م.ا. باید آن را مجازات تعزیری درجه ۷ محسوب کرد که ۹۱ روز تا ۶ ماه حبس است. بر این اساس، دادگاه‌ها باید مجازات حبس بین مدت‌های فوق را برای مجرم در نظر بگیرند تا ضمانت اجرای تخلف از مجازات جایگزین حبس باشد. ولی به نظر می‌رسد از آنجا که مجازات‌های جایگزین حبس مربوط به فصل نهم از قانون مجازات اسلامی تنها جایگزین مجازات‌های حبسی می‌شوند که آن حبس‌ها در قانون آمده باشند، به سبب مشخص نبودن نوع و میزان حبس در قانون، الزام محاکم به تعیین حبس کمتر از ۹۱ روز در جرایمی که میزان تعزیر آن‌ها مشخص نشده، بر اساس تبصره ۳ ماده ۱۹ قابل توجیه و مطابق با قانون نیست؛ چرا که اولاً طبق ماده ۶۹ ق.م.ا. دادگاه‌ها الزاماً باید به مجازات جایگزین حبس حکم دهند، یعنی مجاز به صدور حکم حبس به هر مقدار به عنوان ضمانت اجرا نیستند؛ ثانیاً تعیین مجازات حبس به هر مقدار به عنوان مجازات مقدم جهت حکم به مجازات جایگزین حبس در جرایم تعزیری که نوع یا میزان مجازات آن‌ها در قوانین موضوعه تعیین نشده، رویارویی با اصل قانونی بودن مجازات‌هاست که موجبات اعمال نظر شخصی قضات را در تعیین میزان مجازات حبس فراهم می‌آورد؛ ثالثاً با توجه به اینکه بر اساس ماده ۱۸ ق.م.ا. تنها اعمالی مشمول تعزیر می‌شوند که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد، در صورت عدم تعیین مجازات، موجبی برای اعمال ماده ۶۹ ق.م.ا. و تفسیر موسع قوانین جزایی نیست تا محل تأمل و تردیدی علیه متهم نباشد؛ رابعاً استناد به تبصره ۳ ماده ۱۹ ق.م.ا. و ارتباط آن با ماده ۶۹ این قانون و در نتیجه مجازات تعزیری درجه ۷ دانستن آن، درست به نظر نمی‌رسد؛ زیرا تبصره ۳ ماده ۱۹ این قانون زمانی اعمال می‌شود که

نوع و میزانی از مجازات مشخص باشد ولی قابل تطبیق با هیچ یک از بندهای هشت‌گانه ماده ۱۹ نباشد. در این صورت است که این مجازات، تعزیر درجه ۷ محسوب می‌شود، در حالی که قسمت دوم ماده ۶۹ ق.ا.م.ا. راجع به فرضی است که جرمی وجود دارد ولی میزان مجازات آن مشخص نیست. در این صورت، اساساً رابطه‌ای بین ماده ۶۹ و تبصره ۳ ماده ۱۹ این قانون وجود نخواهد داشت. توضیح آنکه هرچند مفهوم مطلق مجازات در تبصره ۳ ماده ۱۹، اعم از مجازات معین و غیر معین است، ولی به دلیل وجود ۲ قرینه در ادامه متن تبصره، یکی «بندهای هشت‌گانه» (در هر یک از بندها میزان مجازات دقیقاً مشخص شده است) و دیگر واژه «مطابقت» که تحقیقاً باید ابتدا میزانی از مجازات وجود داشته باشد تا مشخص شود که مانع از انطباق با هر یک از بندهای هشت‌گانه است، مراد از مجازات همان مجازات معین و مشخص می‌باشد.

۴. جواز حبس کمتر از ۹۱ روز در جرایم غیر عمدی با حبس بیش از

۲ سال

با تصویب ماده ۶۸ ق.ا.م.ا. که به موجب آن دادگاه‌ها در تمام جرایم غیر عمدی، صالح به صدور مجازات جایگزین حبس هستند، تبصره ماده ۷۱۸ ق.ا.م.ا. (تعزیرات) ۱۳۷۵ که فقط مواد ۷۱۴ و ۷۱۸ را از شمول بند ۱ ماده ۳ قانون وصول استثنا کرده بود، نسخ می‌شود؛ زیرا مواد ۷۱۴ و ۷۱۸ نظر بر توجه قاضی به مجازات حبس دارد در حالی که به موجب ماده ۶۸ ق.ا.م.ا. قاضی ملزم به محکومیت مرتکب به حبس نیست. به بیان صریح، در جرایم غیر عمدی اگر مجازات قانونی جرم ارتكابی بیش از ۲ سال حبس باشد، حکم به مجازات جایگزین حبس در اختیار قاضی است؛ به این معنا که در جرایم غیر عمدی با مجازات بیش از ۲ سال حبس، قاضی می‌تواند به بیش از ۲ سال حبس رأی دهد یا با لحاظ جهات مخففة مذکور در ماده ۳۸ ق.ا.م.ا. به مجازات حبس کمتر از ۲ سال حکم کند که در این صورت، این مجازات قضایی مخففة ممکن است که کمتر از ۹۱ روز حبس باشد. در این صورت با نظر به ماده ۷۳ ق.ا.م.ا. این مجازات

به سبب وجود جهات تخفیف، دیگر قابل تبدیل به مجازات جایگزین حبس نیست. ولی اگر قاضی بخواهد از اختیار خود استفاده کند و مجازات حبس بیش از ۲ سال در قانون را به مجازات جایگزین حبس تبدیل کند، باید با لحاظ شرایط ماده ۶۴ ق.م.ا. باشد که از جمله آن گذشت شاکی و وجود جهات مخففه است، وگرنه اگر مرتکب نتواند گذشت شاکی و جهات تخفیف را به دست آورد قاضی نمی‌تواند از اختیار خود برای تبدیل مجازات حبس بیش از ۲ سال به مجازات جایگزین حبس استفاده کند. بنابراین در جرایم مواد ۷۱۴ و ۷۱۸ قانون تعزیرات ۱۳۷۵، قاضی اختیار دارد با لحاظ شرایط ماده ۶۴ ق.م.ا. به مجازات جایگزین حبس از جمله جزای نقدی حکم کند. در حالی که مطابق با تبصره ماده ۷۱۸ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ که مواد ۷۱۴ و ۷۱۸ را از شمول بند ۱ ماده ۳ قانون وصول استثنا کرده بود، قاضی مجاز به تبدیل حبس جرایم مواد ۷۱۴ و ۷۱۸ این قانون به جزای نقدی نبود. از این رو باید گفت که با وضع ماده ۶۸ ق.م.ا. که مناسب به حال متهم نیز هست، تبصره ماده ۷۱۸ قانون تعزیرات ۱۳۷۵ نسخ شده است.

ماده ۶۴ ق.م.ا. که نخستین ماده مربوط به مقررات مجازات‌های جایگزین حبس است، در قسمت اول، جایگزین‌های حبس را برشمرده است^۱ و در قسمت دوم، به شرایط حکم به جایگزین حبس مثل گذشت شاکی اشاره کرده است. اینکه شرایط مذکور باید در تمامی احکام تبدیل حبس به جایگزین حبس رعایت گردد، محل بحث است. به بیان دیگر، در پاسخ به اینکه «آیا برای اعمال قسمت اول ماده ۶۸ و مواد ۶۵، ۶۶ و ۶۹ ق.م.ا.، نیاز به شرایط ماده ۶۴ هست یا نه؟» دو نظر متصور است؛ برخی شاید معتقد باشند وفق مفاد ماده ۶۴ ق.م.ا. گذشت شاکی و وجود یکی از جهات تخفیف، شرط اعمال مجازات‌های جایگزین حبس در همه مواد مربوط به مجازات‌های جایگزین حبس است که در این باره، نظریه مشورتی اداره حقوقی به شماره ۷/۹۲/۱۰۵۳ مورخ ۱۳۹۲/۶/۴ بیان می‌دارد:

۱. از ویژگی‌های واکنش‌های جزایی این است که در الگوی جایگزینی، مجازات‌های نوینی مانند نظارت الکترونیکی و خدمات اجتماعی در کنار مجازات سنتی جزای نقدی در قالب فهرستی از مجازات‌ها ارائه می‌شوند تا مجموعه کاملی از جایگزین‌ها به قضات پیشنهاد کنند (Seymour, 2005: 8).

با توجه به ماده ۶۴ ق.ا.م.ا در صورتی که شاکی خصوصی وجود دارد، گذشت او یکی از شرایط اعمال مجازات جایگزین حبس است.

یعنی اگر گذشت شاکی یا دیگر شرایط قانونی فراهم نباشد، مطلقاً نمی‌توان مجازات جایگزین را استفاده کرد. در این صورت بر اساس مواد ۶۵ و ۶۶ ق.ا.م.ا. قاضی به صدور مجازات جایگزین برای حبس کمتر از ۳ ماه و ماده ۶۶ ق.ا.م.ا الزام ندارد، در حالی که مطابق با بند ۱ ماده ۳ قانون وصول، قاضی ملزم به تبدیل مجازات حبس به جزای نقدی است که از این جهت ممکن است گفته شود که نظر قانون‌گذار مطابق با مواد ۶۵ و ۶۶ ق.ا.م.ا در مقایسه با قانون وصول سختگیرانه است؛ زیرا طبق قانون وصول، قاضی ملزم به حکم به جزای نقدی است، بی‌آنکه مجرم گذشت شاکی را جلب کند، در حالی که طبق قانون مجازات اسلامی برای صدور مجازات‌های جایگزین حبس، مجرم باید گذشت شاکی را جلب کند.

تحقیقاً رعایت شرایط ماده ۶۴ ق.ا.م.ا برای حکم به مجازات جایگزین حبس بر اساس ماده ۶۵ ق.ا.م.ا. خصوصیتی ندارد. بلکه این توجه را با لحاظ نظریه اداره حقوقی به صراحت فوق باید در همه مواد قانونی که قاضی را به جایگزین حبس دلالت می‌دهد در نظر گرفت. در این صورت مثلاً برای اعمال ماده ۶۵ ق.ا.م.ا. به شرط وجود شرایط ماده ۶۴ ق.ا.م.ا. آن می‌شود که اگر شرایط ماده فوق تحقق نیافت مجرم باید حبس کمتر از ۹۱ روز را متحمل شود که از این جهت با اصل تفسیر مضیق و شک به نفع متهم در تعارض است و عملاً به جای حبس‌زدایی، زمینه صدور احکام با مجازات حبس کوتاه‌مدت فراهم می‌گردد؛ هرچند در قانون مجازات اسلامی موارد متعددی وجود دارد که صدور حکم به حبس کمتر از ۹۱ روز را تجویز نموده است، ولی در نهایت، روح حاکم بر این قانون، کیفرزدایی به ویژه حبس‌زدایی است. از آنجا که از هر دو قانون وصول و قانون مجازات اسلامی استفاده می‌شود که سیاست جنایی^۱ ایران اصولاً در نگاه اول با حبس‌های کوتاه‌مدت مخالف است، یعنی سیاست ایران در خصوص مجازات حبس کمتر از ۳ ماه تغییر نکرده است، لذا همچنان باید در وهله اول قائل به

۱. سیاست جنایی، مجموعه روش‌هایی است که هیئت اجتماع اعم از دولت و جامعه مدنی با توسل به آن‌ها به پدیده مجرمانه واکنش نشان می‌دهند (زینالی، ۱۳۸۵: ۵).

تبدیل حبس کوتاه مدت قانونی به مجازات جایگزین حبس بود. به همین خاطر، برخی معتقدند که قانون گذار در هر صورت برای قاضی حکم به جایگزین حبس را به جای حبس کمتر از ۳ ماه مذکور در مواد ۶۵ و ۶۶ ق.م.ا. الزامی دانسته است، هر چند شرایط مذکور در ماده ۶۴ این قانون فراهم نباشد (زراعت، حقوق جزای عمومی ۳، ۱۳۹۲: ۳۳۲/۱). افزون بر این، چون سیستم قضایی ایران از موازین فقهی از جمله «التعزیر بما یراه الحاکم» (عاملی جبعی، ۱۳۸۷: ۲/۲۴۵) تأسی می کند، لذا اگر تشخیص قاضی بر اعمال مجازات های جایگزین حبس باشد، تصمیم شاکی به گذشت نمی تواند مانعی در اجرای رأی او ایجاد کند. علاوه بر اینکه به نظر می رسد عبارت «محکوم می گردند» مذکور در مواد ۶۵ و ۶۶ ق.م.ا. حاکی از آن است که هر چند جمله مقنن خبری است دلالت ضمنی بر امر و دستور دارد. یعنی هر جا که قانون از الزام محاکم به جایگزین کردن مجازات حبس سخن گفته است، مثل مواد ۶۵، ۶۶، ۶۹ و قسمت اول ماده ۶۸ قانون مزبور، اجرای آن ها لزوماً تابع قسمت دوم ماده ۶۴ ق.م.ا. یعنی شرایط مذکور در آن نمی باشد؛ زیرا چنانچه نظر بر این باشد که برای اعمال مواد فوق، شرایط ماده ۶۴ این قانون ضروری است پس در فرضی که شرایط این ماده محقق نشود، باید حبس های کوتاه مدت را اجرا کرد. در حالی که اعمال حبس کمتر از ۹۱ روز با هدف تصویب مجازات های جایگزین حبس به منظور حبس زدایی به ویژه در حبس های کوتاه مدت است که معمولاً هم برای جرایم کم اهمیت مورد استفاده قرار می گیرد، همچنان که در رأی وحدت رویه شماره ۷۴۶ سال ۱۳۹۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور^۱ آمده است که از اطلاق مواد ۶۵، ۶۶، ۶۸ و ۶۹ ق.م.ا. چنین استفاده می شود که تعیین و اعمال مجازات جایگزین حبس به شرح مندرج در مواد فوق الزامی بوده و مقید به رعایت

۱. رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور شماره ۷۴۶ مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۲۹: «از مجموع مقررات مربوط به مجازات های جایگزین حبس، موضوع فصل نهم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به ویژه اطلاق مواد ۶۵، ۶۶، ۶۸ و ۶۹ قانون مذکور چنین مستفاد می گردد که تعیین و اعمال مجازات جایگزین حبس به شرح مندرج در مواد فوق الاشارة الزامی بوده و مقید به رعایت شرایط مقرر در ماده ۶۴ قانون مجازات اسلامی از قبیل گذشت شاکی یا وجود جهات تخفیف نمی باشد. بر این اساس رأی شعبه سی و هفتم دیوان عالی کشور تا حدی که با این نظر مطابقت دارد به اکثریت آرا صحیح تشخیص داده می شود».

شرایط مقرر در ماده ۶۴ ق.ا.م.ا. از قبیل گذشت شاکی و وجود جهات تخفیف نمی‌باشد.

ممکن است گفته شود که ماده ۶۸ ق.ا.م.ا. در خصوص جرایم غیر عمدی مربوط به جرایم ناشی از تخلفات راهنمایی و رانندگی تا میزان ۲ سال حبس است که محاکم ملزم به صدور مجازات‌های جایگزین حبس هستند، اما بر اساس قانون وصول، در تمامی جرایم مربوط به تخلفات راهنمایی و رانندگی با هر میزان مجازات حبس، ولو بیش از ۲ سال (به استثنای مواد ۷۱۴ و ۷۱۸ ق.ا.م.ا.)، قضات محاکم بدون داشتن حق صدور حبس باید به جزای نقدی حکم دهند. لذا جای این شبهه می‌باشد که قانون مجازات اسلامی نسبت به قانون وصول شدیدتر است، ولی با نگاه به فصل ۲۹ از قانون تعزیرات ۱۳۷۵ که به جرایم ناشی از تخلفات رانندگی اختصاص دارد، درمی‌یابیم که مجازات تمامی جرایم مواد مذکور در این فصل به استثنای مجازات جرایم مواد ۷۱۴ و ۷۱۸ ق.ا.م.ا. کمتر از ۲ سال حبس است. از آنجا که ماده ۶۸ ق.ا.م.ا. محاکم را تا میزان ۲ سال حبس، ملزم به جایگزین حبس می‌کند، قانون مجازات اسلامی نسبت به قانون وصول شدیدتر نیست. لذا چنانچه مجازات قانونی جرم ارتكابی ناشی از تخلفات رانندگی، کمتر از ۲ سال حبس باشد، حکم به مجازات جایگزین حبس الزامی است بی‌آنکه دادگاه‌ها ملزم باشند که حکم به آن را منوط به رعایت شرایط ماده ۶۴ ق.ا.م.ا. کنند. بدین ترتیب هم بند ۱ ماده ۳ قانون وصول در حیطه جرایم غیر عمدی نسخ می‌شود و هم عدم صدور حکم به حبس کمتر از ۹۱ روز، داخل در مفهوم قسمت اول ماده ۶۸ ق.ا.م.ا. است که تا ۲ سال حبس را نیز شامل می‌شود و قاضی ملزم به صدور حکم به مجازات جایگزین حبس بدون لحاظ شرایط ماده ۶۴ ق.ا.م.ا. خواهد بود.

۵. صدور حبس تعلیقی کمتر از ۹۱ روز

رویکرد قانون‌گذار به اعتبار حبس کمتر از ۹۱ روز در قانون مجازات اسلامی، نه فقط در مقام تخفیف یا تبدیل مجازات بلکه در مواد دیگر قانون مزبور نیز هست. به بیان ساده‌تر، محاکم در موارد دیگری نیز می‌توانند مرتکب جرایم به حبس کمتر از ۹۱ روز

را به حبس محکوم کنند و حکم را به اجرا درآورند. در این باره فصل ششم از بخش دوم کتاب اول قانون مجازات اسلامی راجع به تعلیق اجرای مجازات قابل توجه است. قانون‌گذار در ماده ۴۶ ق.م.ا. تنها در جرایم تعزیری درجه ۳ تا ۸ این اختیار را به دادگاه‌ها داده است تا از مقررات تعلیق اجرای مجازات استفاده کنند. با لحاظ اینکه یکی از مجازات‌های تعزیری درجه ۸، ۳ ماه حبس است و در ماده ۵۴ قانون مزبور در مورد ضمانت اجرای تخلف محکوم از اجرای تعلیق مجازات آمده است: «هرگاه محکوم از تاریخ صدور قرار تا پایان مدت تعلیق، مرتکب یکی از جرایم عمدی موجب حد، قصاص، دیه یا تعزیر تا درجه ۷ شود، پس از قطعیت حکم اخیر، دادگاه قرار تعلیق را لغو و دستور اجرای حکم معلق را صادر و مراتب را به دادگاه صادرکننده قرار تعلیق اعلام می‌کند»، لذا یک مورد از اجرای حکم معلق طبق نص صریح ماده ۴۶ ق.م.ا. می‌تواند جرایم تعزیری با مجازات درجه ۸ یعنی تا ۳ ماه حبس باشد که دادگاه‌ها در صورت احراز ارتکاب جرم جدید توسط مجرم، موظف به لغو تعلیق و اجرای حکم هستند که ممکن است حبس کمتر از ۹۱ روز باشد، در این باره دیگر نمی‌توان به جای حبس کمتر از ۹۱ روز به جایگزین حبس رأی داد؛ زیرا دادگاه قبلاً بنا بر اوضاع و احوال مرتکب، یک بار اقدام به صدور حکم کرده است و ممکن است که حکم صادره حبس کمتر از ۹۱ روز باشد و برای بار دوم، دادگاه مجدداً نباید حکم دیگری صادر نماید؛ یعنی در این خصوص، حبس کمتر از ۹۱ روز را به مجازات جایگزین حبس تبدیل کند.

به بیان دیگر، تعلیق اجرای مجازات همانند تعویق صدور حکم نیست که مرتکب به نوعی در بلا تکلیفی قرار گیرد. بلکه تعلیق مجازات نسبت به کسی اجرا می‌شود که راجع به او حکم محکومیت صادر شده و حتی ممکن است که قسمتی از مجازات هم شروع و اجرا شده باشد، ولی به طور کامل به اجرا درنیامده باشد. بنابراین دادگاه در خصوص تعلیق یک بار حکم می‌دهد نه اینکه یک بار حکم را معلق کند و اگر تخلف کرد برای بار دوم مجدداً حکم به مجازات جایگزین صادر کند. با این توضیح، با شرایطی در صورت ارتکاب جرم جدید از جانب محکوم، امکان اجرای حبس کمتر از ۹۱ روز تحقق پیدا می‌کند.

ممکن است این ایراد مطرح شود در جایی که دادگاه‌ها مستند به ماده ۴۶ ق.م.ا. اختیار صدور قرار تعلیق اجرای مجازات را دارند و در جایی دیگر مستند به ماده ۶۵ ق.م.ا. ملزم‌اند که حبس حداکثر ۳ ماه را به مجازات جایگزین حبس تبدیل کنند، منطقاً باید طبق الزام عمل کنند. به عبارت دیگر، هرچند طبق ماده ۴۶ این قانون دادگاه‌ها اختیار تعلیق حبس کمتر از ۹۱ روز را دارند، از طرف دیگر طبق ماده ۶۵ این قانون اساساً نمی‌توانند حکم به حبس کمتر از ۹۱ روز را صادر کنند تا امکان تعلیق آن باشد؛ زیرا طبق ماده ۶۵ ق.م.ا. دادگاه‌ها ملزم‌اند که حبس کمتر از ۹۱ روز را ابتدا به مجازات جایگزین حبس تبدیل کنند. لذا ماده ۴۶ ق.م.ا. منصرف از مجازات حبس تا سه ماه است و راجع به تعلیق مجازات‌های دیگر مذکور در این قانون و حبس‌های بیش از ۳ ماه می‌باشد. تحقیقاً این بحث از دو جهت قابل نقد و توجه است؛ یکی اینکه آیا در این خصوص قاضی در تعارض بین اختیار و انتخاب به عملی و الزام به عملی دیگر قرار نگرفته است؛ زیرا عمل به هر کدام عمل به قانون است و قاضی مخیر است که طبق قانون مجازات تا ۳ ماه حبس را معلق سازد یا طبق قانون مجازات تا ۳ ماه حبس را به مجازات جایگزین حبس تبدیل کند. دیگر اینکه نفع متهم در تعلیق اجرای مجازات است؛ زیرا با تعلیق اجرای مجازات و عدم ارتکاب جرایم احصاشده در ماده ۵۴ ق.م.ا. در مدت تعلیق، محکومیت تعلیقی بی‌اثر می‌شود و اجرای مجازات منتفی و محکومیت تعلیقی از پرونده کیفری پاک خواهد شد و در نتیجه در گواهی سوء پیشینه منعکس نخواهد شد. در حالی که اگر قاضی، حبس کمتر از ۹۱ روز را به مجازات جایگزین حبس تبدیل کند محکوم باید متحمل مجازات جایگزین شود؛ مثلاً جریمه نقدی را به دولت بپردازد. هرچند در صورت اصلاح رفتار، طبق ماده ۸۰ ق.م.ا. دادگاه می‌تواند به پیشنهاد قاضی اجرای احکام، برای یک بار بقیه مدت مجازات را تا نصف آن تقلیل دهد، ولی مستند به ماده ۷۰ ق.م.ا. محکوم به مجازات جایگزین حبس باید حکم یا دستورات دادگاه را تا مدتی به اجرا درآورد. در این قیاس واضح است که نسبت به اجرای مجازات جایگزین حبس، تعلیق اجرای مجازات بیشتر به تخفیف و مصالح محکوم نزدیک‌تر است.

نتیجه گیری

استفاده بی‌رویه از مجازات زندان باعث بروز انتقادات شدیدی نسبت به این مجازات شد که موافقان آن را دچار تردید ساخت و در نهایت آنان را به واکنش واداشت. یکی از مهم‌ترین واکنش‌هایی که نسبت به این اعتراضات صورت گرفت پیشنهاد استفاده از جایگزین‌های مجازات حبس و اجتناب از مجازات حبس مگر به عنوان «آخرین حربه» بود. از جمله قوانین مربوط به مجازات‌های جایگزین حبس در ایران، ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین مصوب ۱۳۷۳ بود که با تصویب فصل نهم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در خصوص جرایم عمدی که مجازات قانونی آن کمتر از ۶ ماه حبس باشد و در جرایم غیر عمدی که مجازات قانونی آن کمتر از ۲ سال حبس باشد، قاضی ملزم است به جای حبس به مجازات‌های جایگزین آن حکم کند، بی‌آنکه نیازی به احراز شرایط مذکور در ماده ۶۴ ق.م.ا. باشد که دلالت بر نسخ بند ۱ ماده ۳ قانون وصول دارد، همچنان که در رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور به شماره ۷۴۶ به آن اشاره شده است؛ زیرا با وضع ماده ۶۵ ق.م.ا. که کاملاً از نظر میزان مجازات با بند ۱ ماده ۳ قانون وصول همپوشانی دارد باید گفت که ماده ۶۵ ق.م.ا. اراده جدید قانون‌گذار است و همچنین تصریح مقنن در ماده ۱۹ ق.م.ا. به مجازات حبس تا ۳ ماه به عنوان مجازات اصلی، دلیل بر جواز حکم به این مدت حبس و در نتیجه بی‌اعتباری قانون وصول نسبت به تبدیل بدون بازگشت حکم حبس کمتر از ۹۱ روز به جزای نقدی است که بدین سبب در نسخ بند ۱ ماده ۳ قانون وصول تردیدی باقی نمی‌گذارد.

در مواقعی که حداقل و حداکثر حبس مقرر در قانون بیشتر از ۹۱ روز باشد، طبق ماده ۳۸ ق.م.ا. صدور حکم به حبس کمتر از ۹۱ روز در مقام تخفیف فاقد ایراد قانونی است و رأی وحدت رویه شماره ۶۴۲ مورخ ۱۳۷۸/۹/۹ - که سبب صدور آن اختلاف محاکم در تعیین مجازات حبس کمتر از ۹۱ روز در وضعیتی بود که مجازات قانونی آن دارای حداقل کمتر از ۹۱ روز و حداکثر بیشتر از ۹۱ روز بود، نسخ و مانع از صدور حکم به حبس کمتر از ۳ ماه در مقام تخفیف و اجرای آن نخواهد بود. افزون

بر اینکه در صورت صدور حکم حبس تعلیقی کمتر از ۹۱ روز و ارتکاب جرم جدید از ناحیه مجرم، به دلیل آنکه قبلاً در این خصوص حکم صادر شده است، امکان اجرای حبس کوتاه مدت وجود دارد، لذا مجدداً محاکم نمی‌توانند حکم دیگری صادر نمایند و حبس کمتر از ۹۱ روز را به مجازات جایگزین حبس تبدیل کنند؛ زیرا دادگاه در قرار تعلیق، یک بار حکم می‌دهد نه اینکه یک بار حکم را معلق کند و اگر تخلف کرد مجدداً حکم به مجازات جایگزین بدهد. استثنای ماده ۷۰ ق.م.ا. را نیز باید در مواردی دانست که قانون‌گذار عملی را جرم دانسته، ولی برای آن مجازاتی تعیین نکرده است که در این صورت محاکم مکلف‌اند طبق ماده ۶۹ ق.م.ا. مجازات جایگزین برای حبس تعیین کنند. اما به دلیل مشخص نبودن میزان دقیق مجازات حبس اولیه در صورت تخلف محکوم از اجرای مجازات جایگزین حبس، مجازات جایگزین لغو نمی‌شود تا مجازات اصلی حبس که ممکن است کمتر از ۹۱ روز باشد به اجرا درآید؛ زیرا در خصوص این جرایم، مقنن از ابتدا میزان حبس را در قوانین بیان نکرده است تا ضمانت اجرای تخلف از مجازات جایگزین واقع شود.

کتاب‌شناسی

۱. آشوری، محمد، جایگزین‌های زندان یا مجازات‌های بینابین، تهران، گرایش، ۱۳۸۲ ش.
۲. آقایی جنت‌مکان، حسین، حقوق کیفری عمومی، چاپ دوم، تهران، جنگل، ۱۳۹۱ ش.
۳. آنسل، مارک، دفاع اجتماعی، ترجمه محمد آشوری و علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ پنجم، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۵ ش.
۴. اردبیلی، محمدعلی، «جایگزین‌های زندان کوتاه‌مدت در حقوق کیفری ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره‌های ۱۱-۱۲، ۱۳۷۲ ش.
۵. همو، حقوق جزای عمومی، چاپ بیست و سوم، تهران، میزان، ۱۳۸۹ ش.
۶. باهری، محمد، نگرشی بر حقوق جزای عمومی، تهران، مجد، ۱۳۸۰ ش.
۷. بکاریا، سزار، رساله جرایم و مجازات‌ها، ترجمه محمدعلی اردبیلی، چاپ هفتم، تهران، میزان، ۱۳۹۳ ش.
۸. خالقی، ابوالفتح، جایگاه قانونی و علمی محرومیت از حقوق اجتماعی و خدمات عمومی به عنوان جایگزین مجازات سالب آزادی، رساله دکتری دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۰ ش.
۹. خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، چاپ شانزدهم، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۹۱ ش.
۱۰. دهخدا، علی‌اکبر، لغت‌نامه دهخدا، زیر نظر محمد معین، چاپ دوازدهم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۴ ش.
۱۱. زراعت، عباس، حقوق جزای عمومی ۳، تهران، جنگل، ۱۳۹۲ ش.
۱۲. همو، شرح مختصر مجازات اسلامی، تهران، ققنوس، ۱۳۹۲ ش.
۱۳. زینالی، امیرحمزه، «بررسی ابعاد جامعه‌شناسانه، جرم‌شناسانه و روان‌شناسانه کاهش استفاده از مجازات حبس تعزیری»، مجموعه مقالات همایش راهکارهای کاهش جمعیت کیفری زندان، شیراز، میزان، ۱۳۸۵ ش.
۱۴. همو، «سرمایه اجتماعی، بستری برای اعمال کیفرهای اجتماع‌محور در ایران»، مجله حقوقی دادگستری، تهران، قوه قضاییه، شماره ۶۴، ۱۳۸۷ ش.
۱۵. شمس ناتری، محمدابراهیم، قانون مجازات اسلامی در نظم کنونی، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۱۶. شمس ناتری، محمدابراهیم و جواد ریاحی، «ارزیابی مجازات‌های اجتماعی مندرج در لایحه مجازات اسلامی در پرتو الگوی جایگزینی»، مجله حقوق اسلامی، شماره ۳۳، ۱۳۹۱ ش.
۱۷. صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، چاپ ششم، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۴ ش.
۱۸. صلاحی، جاوید، کیفرشناسی، چاپ دوم، تهران، دانشگاه ملی ایران، ۱۳۵۴ ش.
۱۹. عاملی جبعی، زین‌الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، چاپ یازدهم، قم، طه، ۱۳۸۷ ش.
۲۰. علی‌آبادی، عبدالحسین، حقوق جنایی، تهران، فردوسی، ۱۳۶۸ ش.
۲۱. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، مبحث نسخ ضمنی، چاپ هفتم، تهران، میزان، ۱۳۸۴ ش.
۲۲. گلدوزیان، ایرج، محشای قانون مجازات اسلامی، تهران، مجد، ۱۳۹۲ ش.
۲۳. یکرنگی، محمد و مهدی ایران‌منش، «کیفرهای اجتماع‌محور از نظریه تا عمل»، مجله حقوقی دادگستری، تهران، قوه قضاییه، شماره ۶۴، ۱۳۸۷ ش.

24. Brownlee, Ian, *Community Punishment: A Critical Introduction*, 1st ed., London, Longman, 1998.

25. Mackenzie, Doris L., *Sentencing and Corrections in the 21st Century: Setting the Stage for the Future*, U.S. Department of Justice. 2001.
26. Martin, Elizabeth, *Oxford Dictionary of Law*, University Press, 5th ed., 2002.
27. Poncela, Pierrette et al, *La Fabrique du Droit au Conseil de l'Europe: Promotion et Mise en Œuvre des Sanctions Pénales Alternatives*, 2004.
28. Saieh, Edward W., *Community Correction and Human Dignity*, 1st ed., Canada, Jones and Bartlett Publishers, 2006.
29. Seymour, Mairéad, *Alternatives to Custody*, For Business in the Community Ireland, Supported by the Cyril Forbes Fund, At the Community Foundation for Ireland, In Association with Irish Penal Reform Trust, Ireland, 2005.
30. Vass, Antony A., *Alternatives to Prison: Punishment, Custody and the Community*, London, Sage, 1990.

امکان سنجی محاکمه اعضا و سران گروه داعش در محاکم کیفری ملی و بین‌المللی*

- محمدخلیل صالحی^۱
- محمد داوری^۲

چکیده

بر پایه گزارش نهادها و مراجع معتبر بین‌المللی، این گروه مرتکب اعمال ضد انسانی شنیع و موهنی شده است که به جهت سازمان‌یافتگی و گستردگی، برخی از آن‌ها می‌تواند مصداق سه جنایت مهم بین‌المللی یعنی نسل‌زدایی، جرایم جنگی و جرایم علیه بشریت نیز محسوب شود. با این حال تا کنون هیچ اقدام جدی برای تعقیب و محاکمه اعضای داعش در دادگاه‌های ملی و بین‌المللی صورت نگرفته است. دولت عراق به استناد اصل صلاحیت سرزمینی، مقدم‌ترین کشور برای تعقیب و محاکمه این افراد است. همچنین کشورهایی که اعضای داعش از اتباع آن‌ها به شمار می‌روند و یا صلاحیت جهانی نسبت به جنایات بین‌المللی را پذیرفته‌اند با تکیه بر صلاحیت شخصی و صلاحیت جهانی می‌توانند برخی از اعضای داعش را تعقیب و محاکمه کنند. اما مهم‌تر از تعقیب

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۴/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۸/۸.

۱. استادیار دانشگاه قم (نویسنده مسئول) (mohammad.salehy@googlemail.com).

۲. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه قم (mohammaddavari77@yahoo.com).

و محاکمه توسط دادگاه‌های ملی، تعقیب و محاکمه اعضای داعش به ویژه سران آن در یک دادگاه کیفری بین‌المللی است. انتظار جامعه جهانی آن است که شورای امنیت، امر تعقیب و محاکمه اعضای داعش را در یک دادگاه بین‌المللی عملی سازد. این امر از دو طریق امکان‌پذیر است؛ تأسیس یک دادگاه بین‌المللی موردی مانند دادگاه یوگسلاوی و رواندا و یا ارجاع به دیوان کیفری بین‌المللی. در این مقاله، امکان محاکمه اعضای داعش در هر یک از دادگاه‌های مذکور مورد سنجش و ارزیابی حقوقی قرار گرفته است. نتایج تحقیق نشان می‌دهد که هر یک از این دادگاه‌ها از مزیت‌های نسبی و شایسته‌ای برای تعقیب و محاکمه سران و اعضای داعش برخوردارند که دولت عراق و جامعه بین‌المللی باید از این ظرفیت‌ها به نحو شایسته استفاده نمایند.

واژگان کلیدی: داعش، جرایم جنگی، جرایم علیه بشریت، نسل‌زدایی، دادگاه‌های موردی، دیوان کیفری بین‌المللی، دادگاه‌های مختلط.

درآمد

یکی از پدیده‌های شوم در دهه‌های اخیر ظهور گروه‌های افراطی در بین بخشی از مسلمانان است که با حمایت‌های سیاسی و مالی برخی کشورها توانسته‌اند بر بخشی از سرزمین‌های اسلامی تسلط یابند و در چارچوب ترور و منازعات مسلحانه با دول حاکم و مردم شهرها و روستاها، جنایات موهن و وحشتناکی را علیه زنان و کودکان بی‌دفاع و گروه‌های مذهبی سازمان‌دهی کنند. یکی از خطرناک‌ترین گروه‌های افراطی چه از منظر مبانی دینی و چه از حیث عملکرد، گروه خودخوانده داعش است. این گروه در طول مدت حیاتش، مرتکب شنیع‌ترین جنایات شده و روزبه‌روز بر دامنه اقدامات جنایتکارانه‌اش افزوده است. ظهور گروه داعش در عراق و سپس تأسیس خلافت خودخوانده دولت اسلامی در مناطق وسیعی از عراق که همراه با اقدامات بسیار شنیع و بی‌سابقه‌ای از جنایات و رفتارهای فوق‌العاده خشن صورت گرفت، وجدان جامعه جهانی را به شدت جریحه‌دار ساخت. در یک سال گذشته، رسانه‌ها با تصاویر سر بریدن، اعدام‌های گسترده و سایر اقدامات شنیع این گروه پر شده است (Spark, 2014: 1). این گروه، با نمایش جنگی که جامعه بین‌المللی تا پیش از آن به خود ندیده یا کمتر دیده است، با تصرف بخش بزرگی از سرزمین عراق و بی‌اعتنا به هنجارهای حقوق بین‌الملل،

حدود ۸ میلیون شهروند را اداره می‌کند (Saltman & Winter, 2014: 8). شورای امنیت سازمان ملل متحد با صدور قطعنامه‌هایی، این اقدامات را محکوم و لزوم همکاری‌های بین‌المللی را خواستار شده است. همچنین با تقاضای دولت عراق، ائتلافی علیه اقدامات این گروه شکل گرفته است. با این حال تا این لحظه، جز اخباری مبنی بر ارائه گزارش‌های مأمور ویژه سازمان ملل و دفتر کمیسر عالی ملل متحد به ICC در مورد اقدامات این گروه از ۶ ژوئیه ۲۰۱۴ به بعد (Ibid.: 7) و اخبار پراکنده مربوط به محاکمه اعضای داعش در برخی کشورهای اروپایی به اتهام عضویت در گروه تروریستی داعش، هیچ پرونده‌ای، نه در ICC و نه در هیچ محکمه بین‌المللی دیگر تشکیل نشده است. تنها نکته قابل ذکر این است که کمیسیون حقوق بشر عراق در حال جمع‌آوری شکایات و دلایل و مدارک در این باره می‌باشد.

اصطلاح «داعش» از ترکیب حروف اول نام این گروه تحت عنوان «الدولة الاسلامية في العراق و الشام» در روزنامه‌های عربی مصطلح شد (Glint, 2014: 8). گروه داعش گروهی بنیادگراست که از اصول جهادی شناخته‌شده‌ای تبعیت می‌کند و معتقد است که دولت‌های اسلامی از ایدئولوژی سنتی منحرف شده‌اند؛ لذا خلافت خودش را تشکیل داده است (Celso, 2014: 106). تاریخ و ایدئولوژی این گروه تقریباً با القاعده در هم تنیده شده است، گرچه در بسیاری روش‌ها متمایز از آن است. رهبری گروه داعش به ابومصعب الزرقاوی (متولد ۱۹۶۶ در اردن) می‌رسد (Celso, 2014: 106). وی دارای تفکراتی مبتنی بر پارسایی و عدم تفکر مطلق در خداشناسی بود (Glint, 2014: 200). گرچه بنا بر گزارش‌ها، گروه داعش بعد از حمله آمریکا به عراق در سال ۲۰۰۳ شکل گرفت و خلع صدام حسین از قدرت، گسترش شورش‌های اولیه و وجود شورش‌هایی که آماده عملیات به اصطلاح جهادی علیه نیروهای خارجی بودند، بستر مناسبی را برای شکل‌گیری این گروه به وجود آورد، اما ابومصعب الزرقاوی در اکتبر ۲۰۰۶ با اعلام تشکیل «دولت اسلامی عراق» متشکل از ائتلاف مجلس «شوری المجاهدین»، موجودیت داعش را بنا نهاد. گروه داعش کنونی نیز با تفسیری انعطاف‌ناپذیر از آموزه‌های سلفی - جهادی الزرقاوی، بر تأسیس فوری یک دولت اسلامی برای کمک به تطهیر جوامع غیر اخلاقی مسلمان و اقدامات غیر اسلامی تمرکز کرده است

(Saltman & Winter, 2014: 28). ادعای خلافت این گروه از ۲۸ ژوئن ۲۰۱۴ (مدتی بعد از تصرف موصل در ۱۰ ژوئن ۲۰۱۴) با خلیفه‌گری خودخوانده «ابوبکر البغدادی»، مبین ادعای این گروه برای جلوداری جهان اسلام است، در حالی که اکثریت مسلمانان، مخالف عقاید و عملکرد این گروه هستند (Ibid.: 33). این گروه هر نوع رویه مردم‌سالار اعم از پارلمان، قانون‌گذاری و... را به استناد آیه «إِنِ الْحُكْمُ لِلَّهِ» (حکم تنها از آن خداست)، جایز نمی‌داند و عراق، اردن، شام و... را سرزمین خود تلقی می‌کند و هم اکنون ادعای حکومت جهانی دارد. برخی حتی ظهور این گروه را مسبوق به سابقه در زمان صدر اسلام و خلافت امام علی علیه السلام تحت عنوان «خوارج» دانسته‌اند (توحیدی، ۱۳۹۳: ۳۳۳۵۲). سیطره این گروه بر مناطق تحت تصرفش، اقدامات ددمنشانه این گروه را علیه اسرای نظامی و مردم عادی، سر بریدن‌های دشمنان فرضی و اقدامات شیخ علیه اقلیت‌های کرد، مسیحی، شیعه و حتی سنی‌های مخالف، به همراه داشته است (Spark, 2014: 3).

سؤال محوری در این نوشتار آن است که ابزارهای حقوقی داخلی و بین‌المللی تعقیب و محاکمه اعضای داعش برای جنایات ارتكابی چیست و چگونه می‌توان از ظرفیت حقوقی در نظام داخلی و بین‌المللی برای مجازات جنایتکاران داعشی سود جست؟

با توجه به اینکه محل استقرار اصلی این گروه در عراق است و حجم عمده جنایات نیز در خاک این کشور رخ داده و می‌دهد، تشکیل دادگاه‌های داخلی با صلاحیت خاص می‌تواند به تعقیب و محاکمه برخی از مجرمان بینجامد. از سوی دیگر، تأسیس دادگاه مختلط و یا ارجاع موضوع به دیوان کیفری بین‌المللی از سوی شورای امنیت سازمان ملل می‌تواند امکان تعقیب و محاکمه سران داعش را برای ارتكاب جنایت نسل‌زدایی، جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت فراهم آورد.

در این نوشتار در بخش نخست، اقدامات جنایتکارانه گروه داعش به اجمال بیان شده است و سپس در دو بخش اصلی، امکان تعقیب و محاکمه اعضای داعش در محاکم داخلی، دادگاه‌های مختلط و بین‌المللی مورد بررسی قرار گرفته است.

۱. جنایات داعش

پس از شوک ناشی از تسلط زود هنگام گروه داعش بر موصل در ۱۰ ژوئن ۲۰۱۴، اقدامات ددمنشانۀ این گروه، شوک جدیدی را به جامعه جهانی وارد کرد. بنا بر گزارش‌ها، گروه داعش در ۱۲ ژوئن ۲۰۱۴، تعداد ۱۷۰۰ عضو شیعه نیروهای نظامی عراق و در ۲۲ ژوئن، تعداد ۱۷۵ سرباز نیروی دریایی عراق را که اسیر شده بودند، فوراً اعدام کرد (Waltman, 2014: 9). ناوی پیلای، کمیسر عالی حقوق بشر ملل متحد در ۱۸ ژوئن ۲۰۱۴، اعدام بی‌رحمانۀ صدها سرباز عراقی (خارج از جنگ) و همچنین اعدام شهروندان غیر نظامی از جمله رهبران مذهبی و افراد کمک‌کننده به حکومت عراق را که از همکاری با داعش خودداری کردند، توسط نیروهای نظامی متحده با عنوان «دولت عراق و شام» محکوم کرد. بنا بر بیانیه وی، بر پایه گزارشات تأیید شده از تعدادی منابع، آشکار است که صدها مرد غیر نظامی بلافاصله اعدام شده‌اند. نظامیان اسیر یا تسلیم شده، سربازان وظیفه نظامی، پلیس و سایر کمک‌کنندگان به دولت (عراق) از جمله اعدام‌شدگان بودند. او تصریح کرد که گرچه این تعداد هنوز رسماً تأیید نشده است، اما اعدام‌های بی‌رحمانه و سازمان‌یافته در مناطقی همچون تکریت عراق، اساساً انجام شده است. وی همچنین اضافه کرد که بر پایه اطلاعات دریافتی به وسیله مأموران حقوق بشر سازمان ملل متحد، نیروهای وابسته به «دولت اسلامی» در ۱۲ ژوئیه ۲۰۱۴، امامان مساجد بزرگ موصل و نیز ۱۲ امام مسجد محلی را (بنا بر گفته‌ها) در جلوی مسجد «الاسراء» اعدام کرده‌اند؛ از این رو با اطمینان بسیار بالا مشمول جرایم جنگی است (دیوان کیفری بین‌المللی، ۲۰۱۴). در اوایل آگوست ۲۰۱۴، گروه داعش ۱۵۰ زن و دختر مسیحی مجرد را از نینوا به سوریه منتقل کرد تا به صورت برده جنسی فروخته شوند یا به سربازان داعش در آنجا اهدا شوند. همچنین زنان و کودکان اقلیت‌های قومی بیشتری را از سایر مناطق تحت کنترل خود، ربوده و مورد سوءاستفاده جنسی قرار داده و به صورت برده فروخته است (Waltman, 2014: 10). همچنین مأموران کمک ملل متحد در عراق با انتشار گزارشی، هدف قرار دادن مستقیم و عمدی غیر نظامیان هنگام جنگ، کشتن و اعدام غیر نظامیان، خشونت جنسی و

تجاوز به زنان و دختران، آدم‌ربایی، سوءقصدهای هدفدار افراد سیاسی و مذهبی و کشتن و خشونت فیزیکی نسبت به کودکان را از جمله اقدامات داعش برشمرده‌اند (گزارش شورای حقوق بشر، ۲۰۱۴). همچنین مأمور ویژه سازمان ملل و دفتر کمیسر عالی سازمان ملل با انتشار گزارشی درباره اقدامات داعش از ۶ ژوئیه ۲۰۱۴ نسبت به شهروندان به ویژه زنان و کودکان و ارسال آن به ICC به منظور آغاز رسیدگی به جرایم این گروه، تصریح کردند که گروه داعش به طور عمدی و سازمان‌یافته نسبت به ممنوعیت استفاده از بچه‌ها و سوءاستفاده از آن‌ها در نبردهای نظامی بی‌توجهی کرده و بچه‌های ۱۲ تا ۱۳ ساله را مجبور به اقداماتی چون گشت‌زنی در شهرهای تحت کنترل این گروه و اداره کردن پست‌های بازرسی کرده و از آن‌ها به عنوان سپر انسانی در جنگ استفاده کرده است (Waltman, 2014: 7). علاوه بر این، گروهی از کارشناسان حقوق بشر سازمان ملل متحد با انتشار گزارشی در ۱۲ آگوست ۲۰۱۴، ضمن درخواست اقدام فوری برای اقلیت ایزدی‌ها در عراق تصریح کردند که بر اساس گزارش‌های تأییدشده‌ای که در اختیار دارند، ایزدی‌ها به صورت سازمان‌یافته مورد هدف گروه داعش قرار گرفته و زنانشان اعدام شده‌اند. همچنین گزارشات تأییدشده‌ای از ربودن صدها زن و کودک و خشونت جنسی نسبت به نوجوانان در اختیار دارند (گزارش شورای حقوق بشر، ۲۰۱۴: ۱۴۹۳۶). شورای حقوق بشر نیز در ۱ سپتامبر ۲۰۱۴ در نشستی فوق‌العاده با اجماع، قطعنامه‌ای را علیه داعش به تصویب رساند که به موجب آن، اقدامات این گروه را نقض سازمان‌یافته حقوق بشر و حقوق بین‌الملل بشردوستانه برشمرد و وقوع جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی را بسیار ممکن دانست (همان: ۱۴۹۸۵). عفو بین‌الملل نیز با انتشار گزارشی تصریح کرد که گروه داعش به صورت سازمان‌یافته، غیر عرب‌ها و مسلمانان غیر سنی را هدف قرار داده و هزاران زن و کودک ایزدی را ربوده و مورد سوءاستفاده جنسی، ازدواج اجباری یا بردگی جنسی قرار داده است.^۱ در پی اقدامات گروه داعش، شورای امنیت سازمان ملل متحد بارها اقدام به صدور بیانیه مطبوعاتی و قطعنامه در محکومیت این اقدامات و

1. <www.refworld.org/country,,AMNESTY,,irq,,540889bc4,0.html>.

توقف فوری آنها نمود و امکان قرار گرفتن این اقدامات را تحت عنوان جنایات جنگی و علیه بشریت ناممکن ندانست. همچنین معاون دبیر کل سازمان ملل متحد گفت که ممکن است حمله سازمان یافته و عمدی داعش به اقلیت ایزدی، نسل کشی محسوب شود (گزارش شورای حقوق بشر، ۲۰۱۴: ۱۵۱۸۹).

با توجه به مدارک و مستندات موجود، اهم جنایات گروه داعش را که علیه زنان و بچه‌ها، اقلیت‌ها، سربازان عراقی و اتباع خارجی انجام شده است، می‌توان به شرح زیر دسته‌بندی کرد:

- اعدام بی‌رحمانه و سازمان‌یافته صدها نظامی اسیر یا تسلیم‌شده عراقی (خارج از میدان جنگ) و پلیس.

- اعدام فوری صدها شهروندان غیر نظامی از جمله رهبران مذهبی و افراد کمک‌کننده به حکومت عراق که از همکاری با داعش خودداری کردند.

- اعدام‌های سریع و گسترده، تعقیب و آزار افراد و گروه‌ها به دلیل مذهب یا باورهای اعتقادی، ربایش غیر نظامیان، قتل کودکان و تجاوز و خشونت‌های جنسی نسبت به کودکان، نوجوانان و زنان به صورت سازمان‌یافته یا گسترده.

- هدف قرار دادن مستقیم و عمدی غیر نظامیان هنگام جنگ.

- هدف قرار دادن و کشتار سازمان‌یافته غیر عرب‌ها و مسلمانان غیر سنی به ویژه اقلیت ایزدی، مسیحی و ترکمن و ربودن هزاران زن و کودک آنها و به بردگی جنسی گرفتن زنان و دخترانشان یا ازدواج اجباری با آنها به صورت گسترده.

- بی‌توجهی عمدی و سازمان‌یافته نسبت به ممنوعیت استفاده از بچه‌ها و سوءاستفاده از آنها در نبردهای نظامی با اقداماتی همچون مجبور کردن کودکان به گشت‌زنی در شهرهای تحت کنترل این گروه، اداره کردن پست‌های بازرسی و استفاده از آنها به عنوان سپر انسانی در جنگ.

- ربودن و کشتن عمدی اتباع سایر کشورها مانند آمریکا و ده‌ها جرم دیگر به طور پراکنده و غیر هدفمند توسط اعضای این گروه در مناطق تحت تصرف؛ مانند قتل و غارت.

۲. امکان‌سنجی محاکمه در دادگاه‌های داخلی

محاکمه در دادگاه‌های داخلی از سه محور قابل بررسی است؛ محور نخست، صلاحیت محاکم دولت سرزمینی به عنوان محاکم محل وقوع جرم، که در اینجا به طور خاص محاکم داخلی عراق واجد صلاحیت هستند. محور دوم، صلاحیت محاکم داخلی از حیث صلاحیت جهانی است که بر اساس آن برخی دولت‌ها فارغ از تابعیت بزه‌دیده یا بزه‌کار، خود را صالح می‌دانند. محور سوم، صلاحیت مبتنی بر ملیت است که خود مشتمل بر دو محور است: صلاحیت مبتنی بر بزه‌کار، صلاحیت مبتنی بر بزه‌دیده. امکان‌سنجی اعمال صلاحیت در هر یک از موارد فوق در قسمت مربوط بررسی شده است.

۱-۲. تعقیب و محاکمه در محاکم داخلی عراق بر پایه صلاحیت سرزمینی

صلاحیت سرزمینی^۱ قدیمی‌ترین صلاحیت قضایی است و در توجیه آن می‌توان گفت از آنجا که جرم علی‌الاصول بر هم زنده‌نظم است، صلاحیت محاکم داخلی دولتی که جرم در قلمرو آن واقع شده است مقدم بر سایر دادگاه‌های داخلی و بین‌المللی است. بنابراین مشروعیت تعقیب و محاکمه اعضای داعش توسط محاکم داخلی عراق طبق اصل صلاحیت سرزمینی امری بدیهی به نظر می‌رسد. با این حال تصرف مناطقی از عراق و تشکیل قلمرو توسط گروه داعش این شبهه را ایجاد می‌کند که حکومت عراق فعلاً حاکمیت خود را در منطقه تحت تصرف داعش از دست داده است و در واقع صلاحیت سرزمینی در محدوده تحت تصرف آنچه اصطلاحاً «دولت اسلامی عراق و شام» نامیده می‌شود متعلق به همین حکومت خودخوانده است. پاسخ به شبهه ذکر شده این است که گروه داعش بر اساس معیارهای حقوق بین‌الملل باید ۴ شرط زیر را ایجاد کند تا به عنوان یک دولت در نظام بین‌المللی به رسمیت شناخته شود: داشتن سرزمین، جمعیت، دولت (به معنای مجموعه نظام‌مند حاکم) و شناسایی (Waltman, 2014: 6). هرچند این گروه سرزمین مشخصی را در تصرف دارد و جمعیت معینی نیز در سرزمین تحت تصرفش سکونت دارند و به وسیله مجموعه‌ای نسبتاً نظام‌مند اداره می‌شود، فاقد

1. Territorial principle.

شرط چهارم به عنوان مهم‌ترین شرط برای کسب وصف دولت است. دولت به عنوان بزرگ‌ترین شخصیت حقوقی داخلی و یکی از مجموعه دول به رسمیت شناخته شده در جامعه بین‌المللی، زمانی مشروعیت داخلی و بین‌المللی خواهد داشت که کنترل مؤثر و صلح‌آمیزی بر سرزمین و شهروندانش داشته باشد و از سوی تعداد قابل توجهی از دولت‌ها مورد شناسایی بین‌المللی قرار گیرد و به رسمیت شناخته شود. کنترل داعش بر سرزمین‌های تصرفی با توسل به زور و قوه قاهره بر جمعیت صورت پذیرفته است و تا کنون هیچ دولتی این گروه را به عنوان یک دولت به رسمیت نشناخته و شناسایی نکرده است (5: Ibid.). جنایات شنیع گروه داعش به قدری در جامعه بین‌المللی تنفر ایجاد کرده است که دولت‌های حامی این گروه مانند عربستان و قطر که سابقاً گروه طالبان حاکم بر افغانستان را به رسمیت شناخته بودند، حاضر نیستند این گروه را مورد شناسایی رسمی قرار دهند. بنابراین تسلط داعش بر سرزمین‌های اشغالی را نمی‌توان نافی صلاحیت سرزمینی دولت عراق محسوب کرد.

اکنون باید دید که دولت رسمی عراق چه ابزارها و شیوه‌هایی برای محاکمه گروه داعش به اتهام جرایم ارتكابی‌اش در اختیار دارد. به نظر می‌رسد در این مورد باید دو وضعیت امکان‌سنجی شود: وضعیت نخست، امکان‌سنجی تعقیب و محاکمه اعضای این گروه بر اساس عناوین مجرمانه مندرج در قوانین داخلی عراق مانند قتل، غارت و تجاوز جنسی است. وضعیت دوم امکان‌سنجی محاکمه جنایات این گروه بر اساس عناوین بین‌المللی نظیر جنایات جنگی، جنایات علیه بشریت و جنایت نسل‌کشی است.

۱-۲. تعقیب و محاکمه در محاکم داخلی عراق بر اساس عناوین مجرمانه داخلی در مورد وضعیت نخست، قوانین عراق به مانند دیگر کشورها جرایمی چون قتل، غارت و تجاوز جنسی را جرم‌انگاری کرده است؛ برای مثال، قانون عقوبات عراق مصوب ۱۹۶۹ در ماده ۱۹۴ برای نهب و غارت اموال دولت یا جماعتی از مردم، مجازات اعدام را مقرر کرده است و در ماده ۱۹۱ همان قانون برای صرف اقدام مسلحانه، مجازات حبس ابد پیش‌بینی شده است. همچنین در مواد ۴۰۵ و ۴۰۶ برای قتل عمد (حسب درجات آن) مجازات اعدام یا حبس ابد در نظر گرفته شده است. علاوه بر این، ماده

۱۳ قانون مذکور «تجارت زنان و کودکان» و «بردگی» را صرف نظر از اینکه در قلمرو چه کشوری رخ داده باشد، قابل رسیدگی در محاکم داخلی این کشور دانسته است. در همین راستا، کمیسیون عالی مستقل حقوق بشر در عراق در سال ۲۰۰۸ به موجب مصوبه پارلمان ایجاد شد (اختیارات کمیسیون حقوق بشر عراق، ۲۰۱۴) که به موجب آن قانون، شورای این کمیسیون برای پیگیری هر گونه تخطی و نقض حقوق بشر، اختیار تام دارد تا چنین مواردی برای تأیید و صدور تصمیمات و احکام مناسب در مدت زمانی مشخص به دادستان کل ارجاع شود. بر این اساس، محاکم داخلی عراق صلاحیت تعقیب و محاکمه اعضای داعش را به اتهام ارتکاب جرایمی چون قتل، تجاوز جنسی، قیام مسلحانه علیه حکومت با خصیصه غیر بین‌المللی و جرایم بردگی و تجارت زنان و دختران حتی با خصیصه بین‌المللی دارند.

با این حال، مشکل عملی تعقیب و محاکمه جنایتکاران داعشی توسط محاکم محلی عراق، عدم استقرار دستگاه قضایی عراق در مناطق تحت تصرف گروه داعش است. راه حل این مشکل در بند ب ماده ۵۵ قانون اصول محاکمات عراق مصوب ۱۹۷۱ است که مقرر می‌دارد:

جایز است انتقال دعوی از یک قاضی تحقیق به قاضی تحقیق دیگر به دستور وزیر عدلیه یا قرار محکمه تمیز یا محکمه کیفری کبری و نیز انتقال منطقه قضایی چنانچه شرایط امنیتی آن را ایجاب کند یا انتقال به کشف حقیقت کمک کند.

لذا با تقاضای وزیر عدلیه عراق، موضوع در قالب «احاله کیفری» قابل انتقال به یکی از شهرهای امن عراق یا بغداد خواهد بود. شایان ذکر است که برابر بندهای ۱ و ب ماده ۵۶ قانون مورد اشاره، در صورتی که ضرورت تحقیق اقتضا کند، قاضی تحقیق می‌تواند در قالب «نیابت قضایی» برای انجام تحقیق به خارج از مکان ماموریت محل خدمت اصلی خود عزیمت کند (قانون اصول المحاکمات الجزائیه رقم (۲۳) لسنة ۱۹۷۱، ۲۰۱۵: ۴۶۱۰۹).

۲-۱-۲. تعقیب و محاکمه در محاکم داخلی عراق بر اساس عناوین مجرمانه بین‌المللی در مورد وضعیت دوم، قانون‌گذار عراقی در قوانین ماهوی جرایم علیه بشریت، جرایم

جنگی و نسل کشی (با ارکان مادی و روانی حقوق بین الملل) را جرم‌انگاری نکرده است. در قوانین شکلی این کشور نیز صلاحیت رسیدگی به این سه جرم مهم بین‌المللی به محاکم داخلی عراق اعطا نشده است. از این رو، اعمال صلاحیت محاکم داخلی عراق نسبت به این جرایم نیازمند جرم‌انگاری خاص است. شورای حکومتی عراق اساسنامه‌ای را در سال ۲۰۰۳ به تصویب رساند که محاکم داخلی عراق صلاحیت رسیدگی به جرایم نسل‌کشی، جرایم جنگی و جنایات علیه بشریت و سایر جرایم ارتكابی توسط صدام حسین و رهبران حزب بعث در فاصله سال‌های ۱۹۶۸ تا سال ۲۰۰۳ (زمان سقوط صدام حسین) را به دست آوردند. هرچند این اساسنامه ۲۰۰۳ قابل تسری به جرایم مهم بین‌المللی (جرایم نسل‌کشی، جرایم جنگی و جنایات علیه بشریت) ارتكابی توسط گروه داعش نیست، دولت عراق در صورت تمایل برای رسیدگی به سه جرم مهم بین‌المللی مذکور می‌تواند به موجب قانونی خاص، جنایات مذکور را جرم‌انگاری کرده و در صلاحیت محاکم این کشور قرار دهد. البته ایرادی که به این قانون فرضی می‌توان گرفت این است که دولت عراق ممکن است توانایی اعمال چنین صلاحیتی را نداشته باشد. با توجه به وسعت تصرفات این گروه، توانایی نظام قضایی این دولت در دستگیری متهمان گروه داعش و جمع‌آوری دلایل و شواهد ارتكاب جرایم برای محاکمه گروه داعش مورد تردید است (Waltman, 2014: 12). با این حال، بر فرض که دولت عراق در شرایط فعلی از تعقیب و دستگیری جنایتکاران داعشی ناتوان باشد این امر مانع آن نیست که دولت عراق، جنایات بین‌المللی در خاک خود را جرم‌انگاری کند و رسیدگی به آن را در صلاحیت محاکم داخلی قرار دهد. ناتوانی دولت عراق در امر دستگیری جنایتکاران داعشی توجیه‌گر عدم جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی در خاک عراق نیست؛ زیرا دولت عراق از طریق معاضدت قضایی می‌تواند آن دسته از جنایتکاران داعشی را که به قلمرو دیگر کشورها وارد شوند استرداد و محاکمه کند. آنچه در مورد عدم دستیابی به ادله وقوع جرایم ارتكابی گروه داعش مسلم است اینکه دولت عراق بیشترین بخت را در جمع‌آوری دلایل و شواهد نسبت به دیگر کشورها و نهادهای بین‌المللی دارد. علاوه بر این، ناتوانی دولت عراق در دستگیری جنایتکاران داعشی امری موقتی است و با توجه به اجماع جهانی موجود در

مقابله با تهدیدات داعش، این احتمال که دولت عراق بخش‌های تصرفی توسط گروه داعش را بازپس گیرد، قریب به یقین است. وجود یک قانون کیفری قبل از بازپس‌گیری مناطق اشغالی توسط گروه داعش حداقل نفعی که دارد این است که صلاحیت محاکم عراق نسبت به جنایات بین‌المللی داعش را بر هر دادگاه ملی یا بین‌المللی دیگر مقدم می‌کند.

۲-۲. تعقیب و محاکمه در محاکم داخلی بر پایه صلاحیت شخصی

دولت‌ها صلاحیت محاکم خود را به این دلیل که مرتکب یا قربانی تابع آن دولت است به جرایم ارتكابی در خارج از مرزهای خود توسعه داده‌اند. این صلاحیت که به صلاحیت شخصی^۱ یا صلاحیت مبتنی بر ملیت^۲ موسوم است، به دو نوع صلاحیت شخصی فعال^۳ به اعتبار تابعیت مرتکب و صلاحیت شخصی منفعل^۴ به اعتبار تابعیت قربانی تقسیم می‌شود (Ibid.: 67). محاکم عراق به استناد صلاحیت شخصی فعال حق دارند آن دسته از اعضای داعش را که تبعه عراق بوده و خارج از مرزهای عراق با گروه داعشی داخل عراق، همکاری مجرمانه دارند تعقیب و محاکم نمایند. همچنین دولت‌هایی که اعضای داعش از اتباع آن‌ها هستند به استناد همین نوع صلاحیت می‌توانند مرتکب جرایم عادی و نیز جنایات بین‌المللی را به شرط جرم‌انگاری، تحت تعقیب و محاکمه قرار دهند. دولت آلمان بر اساس همین نوع صلاحیت شخصی، یکی از تبعه خود را محاکمه کرده است.^۵ در خصوص صلاحیت مبتنی بر تابعیت منفعل، روشن است که تعدادی از اتباع کشورهای خارجی در مناطق تحت تصرف داعش به قتل رسیده‌اند (برخی گمانه‌زنی‌ها از محل قتل این افراد در منطقه دابق سوریه سخن گفته‌اند) که مهم‌ترین آن‌ها ربودن و کشتن سه خبرنگار آمریکایی بنام‌های Peter Kassig, Steven Sotloff و James Foley است. لذا کشورهایمانند ایران و

1. Personality principle.

2. Nationality principle.

3. Active personality.

4. Passive personality.

5. <<http://fa.alalam.ir/news1655303/>>.

آمریکا که صلاحیت شخصی منفعل را پذیرفته‌اند بر اساس شرایط قانون داخلی، حق محاکمه مرتکبان جرم علیه اتباع خود را دارند. نویسندگان آمریکایی معتقدند که پذیرش صلاحیت مبتنی بر تابعیت قربانی جرم در قانون آمریکا در خصوص آمریکایی‌هایی که در خارج از ایالات متحده قربانی جرم می‌شوند به عنوان یک عامل بازدارنده عمل می‌کند؛ زیرا مجرمان احتمالی می‌دانند که اگر علیه اتباع آمریکایی مرتکب جرم شوند در معرض قوانین سختگیرانه ایالات متحده قرار خواهند گرفت و چه بسا از ارتکاب جرم منصرف شوند (Waltman, 2014: 24). قوانینی که به ایالات متحده، امکان اعمال این صلاحیت را علیه قاتلان سه شهروندش می‌دهند ماده ۲۳۳۱ قانون جامع ضد تروریسم و امنیت دیپلماتیک مصوب ۱۹۶۸ و ماده ۱۲۰۳ قانون معروف به گروگانگیری هستند. این قوانین امکان اعمال صلاحیت صرفاً نسبت به قاتلان شهروندان آمریکا را می‌دهند (Ibid.: 18-19).

۲-۳. تعقیب و محاکمه در محاکم داخلی دولت‌ها بر پایه صلاحیت جهانی

بر پایه اصل صلاحیت جهانی،^۱ دولت‌ها بدون توجه به محل وقوع جرم و تابعیت مجرم یا قربانی، حق تعقیب برخی از مرتکبان جرایم مهم بین‌المللی را در سرزمین خود دارند. این اصل بر این فرض مبتنی است که برخی از جرایم چنان قبیح‌اند که مرتکبان آن‌ها را می‌توان دشمن همه ملل فرض کرد و لذا هر دولتی حق تعقیب، محاکمه و مجازات چنین مجرمانی را خواهد داشت. قوانین داخلی، معاهدات بین‌المللی و عرف مسلم بین‌المللی، دایره شمول چنین جرایمی را مشخص می‌کنند. جرایمی چون دزدی دریایی، تجارت برده، جرایم جنگی، جرایم علیه بشریت و نسل‌کشی، نژادپرستی، هواپیمارمایی و گروگانگیری موضوع این نوع صلاحیت به شمار می‌روند. پذیرش چنین صلاحیتی به دو شکل مضیق و موسع در کشورهای مختلف پذیرفته شده است. در شکل مضیق، کشورهای اعمال این نوع صلاحیت را منوط به دستگیری و حضور متهم در کشور خود می‌دانند و در شکل موسع، کشورهای اعمال این نوع صلاحیت را صرفاً منوط به عدم تعقیب متهم از سوی کشور متبوعش یا محل وقوع جرم می‌کنند.

1. Universality principle.

کشورهایی مانند آلمان، اتریش، سوئیس و فرانسه از نوع اول و کشورهای ایتالیا و بلژیک^۱ از نوع دوم به شمار می‌روند (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۷: ۲۶-۷۸).

آن دسته از جنایات ارتكابی داعش که بر اساس معاهداتی چون «کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹»، «اعلامیه جهانی حقوق بشر»، «پیمان بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی»، «پیمان بین‌المللی حقوق اجتماعی و اقتصادی علیه یک جمعیت غیر نظامی»، «کنوانسیون منع و مجازات جرم نسل‌کشی» و قوانین داخلی، کشورها را مجاز به تعقیب و محاکمه یا ملزم به استرداد می‌کند. بر این اساس، دول پذیرنده صلاحیت جهانی به ویژه کشورهای دارای صلاحیت موسع (مانند ایتالیا و نروژ) می‌توانند نسبت به محاکمه مرتکبان جرایم مورد بحث اقدام کنند و حتی استرداد آن‌ها را از کشوری که متهم در آن به سر می‌برد تقاضا نمایند؛ مشروط به اینکه متهم از سوی دولت متبوعش یا محل وقوع جرم، تحت تعقیب و محاکمه قرار نگرفته باشد. بدیهی است این صلاحیت در صورتی ممکن خواهد بود که دول پذیرنده صلاحیت جهانی، دستگیری و حضور متهم را در کشور خود شرط ندانند. همچنین در صورتی که عراق جنایات بین‌المللی را جرم‌انگاری نکند در برخی موارد ناگزیر از استرداد متهمان جنایات بین‌المللی به کشور متقاضی یا دادگاه بین‌المللی تعقیب‌کننده خواهد بود. این الزام از آنجا ناشی می‌شود که دولت عراق به دلیل عدم جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی، ناتوان از تعقیب و محاکمه آن دسته از جنایتکاران داعشی شناخته می‌شود که جنایاتی خارج از صلاحیت‌های سرزمینی، شخصی و واقعی عراق مرتکب شده‌اند و لذا طبق قاعده «استرداد یا تعقیب» (ر.ک: اردبیلی، ۱۳۹۰: ۵۹۷) گزینه‌ای جز استرداد ندارد.

۳. امکان‌سنجی محاکمه در دادگاه‌های مختلط

دادگاه‌های مختلط عنوانی است که پس از سال ۲۰۰۰ م. و در پی استفاده از تجربه آن‌ها در جرایم یوگسلاوی سابق و رواندا، به دادگاه‌های با ویژگی دوگانه ملی - بین‌المللی داده شده است (آقایی جنت‌مکان، ۱۳۸۸: ش ۲۳/۲). این محاکم در پی آن هستند که با

۱. کشور بلژیک اخیراً محدودیت‌های بیشتری را در این خصوص پذیرفته است.

ترکیبی از قضاات و قوانین ملی و بین‌المللی، عدالت ملی را با عدالت بین‌المللی پیوند دهند. سابقه تشکیل این محاکم، نشان‌دهنده تقسیم این دادگاه‌ها به دو دسته متفاوت است: دسته نخست با حضور قضاتی ملی و بین‌المللی، بخشی از نظام قضایی یک کشور بوده است و دسته دوم گرچه با حضور قضاتی ملی و بین‌المللی است، خارج از نظام قضایی یک کشور بوده و به موجب توافقنامه بین یک کشور با سازمان ملل ایجاد می‌شود (گزارش سازمان ملل متحد، ۲۰۱۴). تأسیس محاکم مختلط با دلایل متفاوتی بوده است که برخی جنبه داخلی و برخی بُعد بین‌المللی داشته‌اند. از بُعد داخلی می‌توان به ناتوانی دادگاه‌های داخلی به عللی از قبیل فروپاشی نظام قضایی به دلیل جنگ داخلی و نیز تردید در بی‌طرفی قضاات دستگاه قضایی اشاره کرد؛ وضعیت تیمور شرقی و سیرالئون نمونه‌ای از فروپاشی و ناتوانی دستگاه قضایی در تعقیب، دستگیری، محاکمه و اجرای مجازات مجرمان به علت جنگ داخلی، و وضعیت کامبوج نمونه‌ای از تردید در بی‌طرفی قضاات نظام قضایی به جهت وابستگی متهمان جنایت نسل‌زدایی به حکومت بوده است که در همه آن‌ها منتهی به تشکیل دادگاه‌های مختلط شده است (معظمی و نامیان، ۱۳۹۴: ش ۱۱/۱۱۶). از بُعد بین‌المللی نیز می‌توان به عدم احراز اهمیت موضوع از دید سازمان ملل و ICC اشاره کرد که بند d ماده ۱۷ اساسنامه شرط قابلیت پذیرش ICC محسوب می‌شود. گاه نیز تعقیب و محاکمه مرتکبان جرایم فاحش به وسیله دادگاه‌های داخلی، افزایش تنش سیاسی و دامن زدن به مناقشات قومی نژادی و یا مذهبی را به دنبال خواهد داشت. در مواردی که دستگاه قضایی در معرض خطر جانبداری از یک گروه خاص سیاسی، طبقاتی، قومی و مذهبی است، رسیدگی به برخی جرایم فاحش، به اعتبار موقعیت متهمان می‌تواند به افزایش تنش‌ها و منازعات دامن بزند. این امر در قضیه ترور رفیق حریری که منجر به تشکیل دادگاه ویژه لبنان شد به خوبی مشاهده می‌شود. ترکیب پیچیده و شکننده هرم قدرت در لبنان و مذاهب مختلف، رسیدگی بی‌طرفانه به ترور رفیق حریری را بسیار دشوار نموده بود. این امر سبب شد که دولت برای پرهیز از مناقشات بیشتر، دادگاهی با ماهیت ترکیبی را بر یک دادگاه داخلی ترجیح دهد. با این حال به نظر می‌رسد این دادگاه‌ها زمانی در اهداف خود موفق خواهند بود که کادر قضایی، همکاری توأم با احترام را مد نظر قرار دهند،

هرچند به لحاظ ذهنیت، زبان، تجربه و درک فلسفه حقوق با یکدیگر متفاوت باشند (صالحی و قدیر، ۱۳۹۰: ش ۳/۴-۵). ممکن است گفته شود که ایجاد دادگاه‌های مختلط با ICC تعارض صلاحیت خواهند داشت. گرچه فرض تعارض صلاحیت، در جرایم خارج از صلاحیت دیوان یا جرایم غیر اتباع دولت عضو یا جرایم ارتكابی در قلمرو دولت غیر عضو منتفی است، می‌توان گفت که فرض تعارض صلاحیت محاکم مختلط با ICC در جایی متصور است که اولاً جنایات بین‌المللی موضوع ماده ۵ اساسنامه را تحت رسیدگی قرار دهند، ثانیاً این جرایم در قلمرو دولت عضو و یا توسط اتباع دولت عضو ارتكاب یافته باشند، ثالثاً جرایم از اهمیت برخوردار باشند و رابعاً دادگاه مختلط ماهیتی بین‌المللی (خارج از نظام قضایی یک کشور) داشته باشد؛ زیرا صلاحیت دادگاه مختلطی که وابسته به قوه قضاییه است بر صلاحیت تکمیلی دیوان تقدم دارد. با وجود این، در موردی که با جمع همه شروط فوق، تعارض صلاحیت ایجاد شود، برخی گفته‌اند که چون دادگاه‌های مختلط با توافق سازمان ملل و یک دولت ایجاد می‌شوند، سازمان ملل هرگز زیر بار چنین توافقی نخواهد رفت (همان: ۸).

اما تشکیل عملی دادگاه مختلط در قضیه ترور رفیق حریری نشان داد که امکان بروز چنین تعارضی هست و تا کنون راه حل مشخصی برای آن ارائه نشده است. بر این اساس، برای اجتناب از تعارض صلاحیت دیوان می‌توان تشکیل دادگاه‌های مختلط را در بُعد ملی به عنوان بخشی از نظام قضایی یک کشور به پیش برد.

در مورد جنایات ارتكابی توسط گروه داعش، امکان تشکیل چنین دادگاهی وجود دارد؛ دادگاهی که در عین حال که جزئی از سیستم قضایی عراق است اما از کارکنان و قضات بین‌المللی استفاده کند. ضرورت ایجاد دادگاه مختلط در عراق می‌تواند به دلیل وجود تنوع قومی، نژادی و مذهبی در عراق باشد و اینکه اقلیت هواخواه گروه داعش، تردید جدی در نحوه رسیدگی قضات عراقی عمدتاً شیعه دارند. بر همین اساس، تشکیل چنین دادگاهی می‌تواند از انتقاداتی مشابه آنچه که درباره محاکم رسیدگی به جنایات صدام و سران حزب بعث ابراز شد، بکاهد. گرچه در اساسنامه رسیدگی به جنایات صدام و سران حزب بعث مصوب ۲۰۰۳ شورای حکومتی عراق، امکان استفاده از قضات بین‌المللی پیش‌بینی شده بود، در عمل، دادگاه مختلط برگزار نشد و

این امر انتقاداتی را در بین صاحب‌نظران بین‌المللی در پی داشت. این انتقادات مواردی چون پاکسازی عمیق محاکم قضایی عراق (حدادی، ۱۳۸۵: ش ۱۱/۱۲) و عدم امکان مدیریت پیچیدگی‌های رسیدگی‌های کیفری بین‌المللی و نیز تعصب و پیش‌داوری قضات داخلی نسبت به متهمان را در بر می‌گرفت (Waltman, 2014: 11). در واقع در رسیدگی‌های واجد خصیصه بین‌المللی، آیین دادرسی و مسائل ماهوی، مهم‌تر از رسیدگی‌های فردی است. بنا به مراتب فوق، در صورت وجود اراده سیاسی در عراق، تشکیل این دادگاه باید طی توافقنامه‌ای مابین دولت عراق و سازمان ملل متحد صورت پذیرد و در اساسنامه مذکور که باید بر اساس قوانین داخلی عراق به تصویب پارلمان این کشور برسد، ترکیب قضات و کارکنان داخلی و بین‌المللی، آیین دادرسی آن، جرایم مورد رسیدگی و مجازات آن‌ها و سایر موارد باید مشخص شود. شایان ذکر است که گرچه امکان ایجاد دادگاه مختلط به شکل بین‌المللی آن (یعنی خارج از سیستم قضایی عراق) هم وجود دارد، برای اجتناب از تعارض صلاحیت با دیوان کیفری بین‌المللی و نیز توجه به مصالح کشور عراق در تلقی این دادگاه مختلط به عنوان جزئی از سیستم قضایی این کشور، به نظر می‌رسد که ایجاد چنین دادگاهی به عنوان جزئی از سیستم قضایی کشور عراق و مستقر در خاک این کشور می‌تواند ضمن آنکه مبین اقتدار این دولت باشد، مانع از انتقادات بین‌المللی در خصوص عدم رعایت استانداردهای بین‌المللی رسیدگی در این دادگاه شود.

۴. امکان‌سنجی محاکمه در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی

در صورتی که جنایات اعضای داعش، مصداق یک یا چند نوع جنایت بین‌المللی باشد امکان محاکمه اعضای داعش به ویژه سران آن در یک دادگاه کیفری بین‌المللی به لحاظ حقوقی متصور است.

از آنجا که اولاً دولت عراق به عنوان دولتی که جنایات داعش در قلمرو آن ارتکاب یافته است تا کنون به اساسنامه دیوان دائمی کیفری بین‌المللی (ICC) نپیوسته و اعلامیه‌ای مبنی بر پذیرش صلاحیت دیوان نیز نسپرده است و ثانیاً از بین ۲۰ نفر سران داعش، ۱۹ نفر آن عراقی و یک نفر هم سوری است و دولت سوریه نیز همانند عراق،

عضویت دیوان را نپذیرفته و اعلامیه‌ای مبنی بر پذیرش صلاحیت دیوان نسپرده است (دیوان کیفری بین‌المللی، ۲۰۱۴)، تنها راه محاکمهٔ اعضای داعش در یک دادگاه بین‌المللی، اقدام شورای امنیت در راستای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی دایر بر تأسیس یک دادگاه موردی بین‌المللی و یا ارجاع وضعیت به دیوان کیفری بین‌المللی بر اساس بند b مادهٔ ۱۳ اساسنامهٔ دیوان و مادهٔ ۱۷ موافقتنامهٔ سازمان ملل با دیوان است.

البته در بادی امر چنین به نظر می‌رسد که ارجاع وضعیت به دیوان از سوی دیگر کشورهای عضو دیوان که اتباع آن‌ها عضو عادی گروه داعش‌اند، متصور است. بر اساس اطلاعات ارائه‌شده، حدوداً تعداد ۱۶۳۳۷ نفر از سراسر جهان (اتباعی از کشورهایمانند فرانسه، بریتانیا، آلمان، اسپانیا و سایر کشورهای اروپایی و آمریکای شمالی و شمال آفریقا و خاورمیانه و شرق دور) در گروه داعش حضور دارند (Waltman, 2014: 45). با این حال، این گزینه عملاً اجرایی نشده و نخواهد شد؛ زیرا اولاً کشور عضوی که تبعهٔ آن عضو عادی داعش است، بر اساس صلاحیت شخصی به سادگی می‌تواند تبعهٔ خود را تحت تعقیب و محاکمه قرار دهد و برای چنین مورد جزئی، از روش ارجاع به دیوان بر اساس بند b مادهٔ ۱۲ اساسنامه استفاده نمی‌کند؛ همچنان که تا به حال هیچ کشوری به این امر اقدام نکرده است. ثانیاً به فرض ارجاع از سوی این دولت‌ها، چنین مواردی بر اساس بند c مادهٔ ۱۷ اساسنامه آن‌چنان اهمیتی ندارد که دیوان را به تعقیب و محاکمه ترغیب کند.

شورای امنیت در چارچوب اختیار حاصل از مادهٔ ۲۹ منشور در تأسیس نهادهای فرعی و در راستای جلوگیری از بی‌کیفرمانی مجرمان بین‌المللی و حفظ صلح و امنیت بین‌المللی، تا کنون دو دادگاه بین‌المللی موردی را برای تعقیب و محاکمهٔ جنایتکاران در یوگسلاوی سابق و رواندا تأسیس کرده است. به رغم انتقادات وارد بر این اقدام شورای امنیت (صالحی و صادقی جعفری، ۱۳۹۰: ش ۹۹/۳)، اکنون چنین اختیاری توسط شورا به عرف بین‌المللی تبدیل شده است (معظمی و نامیان، ۱۳۹۴: ش ۱۲۰/۱۱). همچنین شورای امنیت می‌تواند با توجه به مادهٔ ۱۷ موافقتنامهٔ همکاری بین سازمان ملل متحد و دیوان کیفری بین‌المللی و بند b مادهٔ ۱۳ اساسنامهٔ دیوان، رسیدگی به جنایات بین‌المللی اعضای داعش را در قالب یک وضعیت به دیوان ارجاع دهد. هرچند شورای امنیت

مختار است که یکی از این دو روش را انتخاب کند، رویه شورای امنیت پس از تنظیم موافقتنامه پیش گفته، ارجاع وضعیت به دیوان بوده است؛ نمونه این رویه را می‌توان در تصمیم شورای امنیت مبنی بر ارجاع وضعیت دارفور سودان به دیوان مشاهده کرد (صالحی و صادقی جعفری، ۱۳۹۰: ش ۱۰۱/۳). برخی معتقدند که تأسیس دادگاه موردی نسبت به ارجاع به دیوان از حیث جمع‌آوری ادله، تسلیم متهم و اجرای آرا قابل اجراتر است (Waltman, 2014: 16). البته گزینه تأسیس یک دادگاه موردی به ویژه از این حیث که استقلال دیوان در برابر شورای امنیت بیشتر از یک دادگاه موردی است، امری غیر ممکن نخواهد بود. در هر حال، با لحاظ این واقعیت که شورای امنیت طبق رویه، در صورت تصمیم به تعقیب جنایتکاران داعشی در یک دادگاه کیفری بین‌المللی، ارجاع به دیوان را نخواهد گزید، امکان‌سنجی ارجاع جنایات داعش به دیوان مورد بررسی جزئی و دقیق قرار می‌گیرد.

بر اساس منشور سازمان ملل متحد، اتخاذ تصمیم شورای امنیت برای اموری مانند تأسیس یک دادگاه موردی و یا ارجاع به دیوان باید رأی مثبت حداقل ۹ عضو از ۱۵ عضو تمام اعضای شورای امنیت را به همراه داشته باشد و علاوه بر این، اعضای دارای حق وتو به تأسیس این دادگاه رأی منفی ندهند (گزارش سازمان ملل متحد، ۲۰۱۴). شورای امنیت برای ارجاع وضعیت گروه داعش در عراق به مانند وضعیت رخ داده در یوگسلاوی سابق، رواندا و سودان باید به این نتیجه برسد که اقدامات این گروه در حدی بوده که صلح و امنیت بین‌المللی را به مخاطره افکنده است. بی‌شک جنایات ددمشانه گروه داعش آن‌چنان گسترده است که واکنش شدید جامعه جهانی را به دنبال داشته است؛ اقداماتی که نه تنها نظامیان بلکه غیر نظامیان و افراد بی‌گناه را هدف قرار داده است. ملاحظه واکنش رسانه‌ها و مجامع بین‌المللی همچون عفو بین‌الملل و شورای حقوق بشر ملل متحد و حتی شورای امنیت ملل متحد که به رغم اختلافات سیاسی، متفقاً این اقدامات را محکوم کرده‌اند، همگی بیانگر نگرانی شدید بین‌المللی از جنایات ارتكابی گروه داعش است. از این رو، وضعیت گروه داعش و اتهامات سنگینی که متوجه این گروه است، می‌تواند ضرورت ایجاد یک دادگاه بین‌المللی ویژه را به وسیله شورای امنیت بر اساس فصل ۷ منشور ملل متحد و به عنوان تهدیدی برای

صلح و امنیت بین‌المللی توجیه کند.

اقدامات شورای امنیت سازمان ملل متحد در قبال اقدامات داعش نیز نشانگر آن است که شورای امنیت اقدامات این گروه را تهدیدی برای صلح و امنیت بین‌المللی به‌شمار آورده است. رییس دوره‌ای شورای امنیت در ۵ ژوئن ۲۰۱۴ طی بیانیه‌ای مطبوعاتی در این باره، ضمن محکوم کردن اعمال تروریستی داعش، کشتار غیر نظامیان و ربودن اعضای کنسولگری ترکیه در عراق را محکوم کرد. به علاوه، اعضای شورای امنیت، تعهدات ناشی از قطعنامه‌های ۱۲۶۷ و ۱۹۸۹ این شورا مبنی بر تحریم‌های مالی، تسلیحاتی و مسافرتی «دولت اسلامی عراق و شام» و گروه‌ها و افراد وابسته به آن را یادآور شدند (همان). همچنین یک روز بعد از تصرف موصل به دست داعش، شورای امنیت سازمان ملل متحد در ۱۱ ژوئن، بیانیه مطبوعاتی دیگری در مورد عراق صادر کرد که طی آن اقدامات تروریستی این گروه علیه مردم عراق و نیروهای امنیتی به شدت محکوم شده بود.^۱ مهم‌تر آنکه شورای امنیت با صدور قطعنامه ۲۱۷۰ در ۱۵ آگوست ۲۰۱۴، با محکومیت رفتارهای بسیار خشن داعش از جمله اعدام‌های سریع و گسترده، تعقیب و آزار افراد و گروه‌ها به دلیل مذهب یا باورهای اعتقادی، ربایش غیر نظامیان، قتل کودکان و خشونت‌های جنسی، و با بیان اینکه این گونه حمله‌های سازمان‌یافته یا گسترده بر ضد غیر نظامیان جنایت ضد بشریت به‌شمار می‌آیند، خواهان توقف این رفتارها و همکاری دولت‌ها برای محاکمه طراحان و عاملان این اقدامات شد (همان: ۲۱۷۰). متعاقباً شورای امنیت در بیانیه‌ای مطبوعاتی در ۱۹ سپتامبر ۲۰۱۴ اعلام کرد که اعمال تروریستی داعش و گروه وابسته به آن در عراق، سوریه و لبنان و جرایمی که در سطح گسترده مرتکب شده‌اند، تهدیدی برای منطقه است، به نحوی که امکان دارد جنایت جنگی و جنایت علیه بشریت محسوب شود (همان: ۱۱۵۷۱). نهایتاً این شورا با تصویب قطعنامه ۲۱۷۸ در ۲۴ سپتامبر ۲۰۱۴، ضمن محکومیت افراط‌گرایی در عراق، خواهان مقابله همه کشورهای نسبت به حضور افرادی از دیگر کشورها برای پیوستن به گروه‌های تروریستی داعش، النصره و دیگر گروه‌های

1. <www.russiaun.ru/en/news/so_iraq>.

منشعب از القاعده شد (همان: ۲۱۷۸). حتی شورای امنیت در بیانیه مطبوعاتی دیگری در ۳۱ اکتبر ۲۰۱۴، ضمن محکومیت ربایش و کشتار قبایل سنی مذهب عراقی به دست نیروهای داعش، بار دیگر تأکید کرد که حمله گسترده و سازمان یافته به جمعیت غیر نظامی در عراق به ویژه اقلیت‌ها ممکن است جنایت علیه بشریت تلقی شود (همان: ۴۹۲۲۷).

شورای امنیت تا کنون به اجماع لازم برای تأسیس یک دادگاه موردی و یا ارجاع به دیوان کیفری بین‌المللی در خصوص اعمال ارتكابی داعش نرسیده است. حال سؤال این است که آیا این امر ناشی از اختلاف اعضای تأثیرگذار دیوان در تحقق تهدید صلح و امنیت بین‌المللی و تحقق شرایط جنایات بین‌المللی است یا علت اصلی مصلحت‌اندیشی‌های قدرت‌های بزرگ در مقام جلب منافع آن‌ها بوده است؟! آنچه مسلم است، جنایات گروه داعش همه شرایط ارجاع وضعیت به دیوان کیفری بین‌المللی از سوی شورای امنیت را دارد. این جنایات از حیث تهدید صلح و امنیت منطقه‌ای و بین‌المللی بسیار فراتر از وضعیت دارفور سودان و رواندا می‌باشند. مصداق سه جنایت بین‌المللی شامل جنایت نسل‌زدایی، جنایت علیه بشریت و جنایات جنگی است و شرایط اعمال صلاحیت تکمیلی و پذیرش توسط دیوان را دارد. بیانیه‌ها و قطعنامه‌های شورای امنیت به خوبی گواه شدت و گستره تهدیدات داعش علیه صلح و امنیت بین‌المللی است و نیاز به تکرار ندارد، اما در خصوص انطباق اعمال داعش با جنایات بین‌المللی نسل‌زدایی، جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی و شرایط لازم برای اعمال صلاحیت تکمیلی و پذیرش وضعیت در دیوان نیاز به بحث و بررسی بیشتری است.

۴-۱. تطبیق جنایات داعش با جنایت نسل‌زدایی

تطبیق جنایات داعش با نسل‌زدایی، بحث‌های جدی‌تری را به دنبال داشته است. برخی استدلال کرده‌اند (Waltman, 2014: 9-10) که ماده ۶ اساسنامه دیوان - که از ماده ۲ کنوانسیون منع و مجازات جرم نسل‌زدایی مصوب ۱۹۴۸ مجمع عمومی سازمان ملل متحد و عرف حقوق بین‌الملل اقتباس شده است - نسل‌زدایی را اقدامی شمرده است

که با «قصد نابودی» تمام یا بخشی از یک گروه ملی، قومی، مذهبی یا نژادی ارتکاب یافته باشد. هرچند اقدامات گروه داعش، مانند کشتن اعضای یک گروه، ایجاد صدمه ذهنی یا فیزیکی شدید نسبت به اعضای گروه و انتقال اجباری کودکان از گروه هدف به گروه دیگر، عنصر مادی نسل‌زدایی را تشکیل می‌دهد، اما احراز قصد خاص جنایت نسل‌زدایی علیه گروه داعش دشوار به نظر می‌رسد؛ زیرا نسل‌زدایی مانند نابودی یک گونه [انسانی] در جهان است و هیئت‌های قضایی نیز در این باره تفسیر مضیق می‌کنند (Schaack, 2012: 516). از این رو، برخی با توجه به اقدامات داعش علیه عراقی‌ها، توجه اتهام نسل‌زدایی بر مبنای نژادی، ملی و قومیتی را فاقد مبنا دانسته و استدلال کرده‌اند که این گروه‌ها در مناطق تحت کنترل داعش متمایز نیستند و در مورد گروه‌های مذهبی هم گرچه آن‌ها را متمایز دانسته‌اند، اما وصف گستردگی را ندارد. در مقابل می‌توان اظهار داشت همین که عنصر مادی جرم نسل‌زدایی ارتکاب یافته است، مبنایی معقول برای آغاز رسیدگی توسط دادستان به وجود آمده است. علاوه بر این، در جرم نسل‌زدایی بر خلاف جرایم علیه بشریت، گستردگی اقدامات شرط تحقق جنایت نیست (Cassese: 102). بنابراین کشتن چند عضو گروه به قصد «نابودی کلی یا جزئی» آن گروه نیز می‌تواند طبق اساسنامه، نسل‌زدایی محسوب شود. البته اثبات این قصد خاص آسان نیست و دادگاه ناگزیر از توجه به قرائنی مانند نظریات سیاسی خاص مرتکب یا مرتکبان (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۷: ۱۰۰) خواهد بود.

قدر مسلم آن است که رویه قضایی دیوان در قضیه دارفور سودان، اثبات قصد خاص در نسل‌زدایی بر اساس معیار «بدون شک معقول»^۱ را منحصر به مرحله صدور حکم محکومیت کرده است (صالحی و صادقی جعفری، ۱۳۹۰: ش ۱۲۴/۳) و لذا در مرحله تحقیقات مقدماتی، پیشینه فکری و عقیدتی داعش در ستیز با گروه‌های دینی خاص برای اثبات قصد نابودسازی بر اساس معیار «قرائن اساسی»^۲ می‌تواند به تأیید اتهام نسل‌زدایی در شعبه مقدماتی بینجامد. دادگاه کیفری بین‌المللی برای رواندا، گروه مذهبی را مجموعه افراد دارای شیوه عبادت یا مذهب واحد و گروه قومی را مجموعه

1. Beyond reasonable doubt.
2. Substantial grounds.

افراد دارای زبان و فرهنگ مشترک برشمرده است (schabas, 2012: 513-514). لذا با توجه به بیانیه‌های سیاسی و نوع اقدامات این گروه نسبت به گروه‌های مذهبی و قومی ایزدی، ترکمن، مسیحی و شیعی در عراق و حتی سنی‌هایی که همسو با عقاید خاص داعش نیستند و ارتکاب اعمالی مانند قتل اعضای گروه‌های مذهبی و قومی و انتقال اجباری کودکان گروه هدف به گروه‌های دیگر، احراز قصد خاص نابودی تمام یا بخشی از این گروه‌ها دست کم در مناطق تحت کنترل داعش دور از انتظار نخواهد بود.

۲-۴. تطبیق جنایات داعش با جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی

برابر ماده ۷ اساسنامه دیوان، اقداماتی همچون قتل، نابودسازی، به بردگی گرفتن، اخراج یا انتقال اجباری جمعیت شکنجه، خشونت جنسی، آزار و اذیت اشخاص بر مبنای سیاسی، نژادی، قومی، فرهنگی و...، ناپدید کردن اجباری اشخاص، تبعیض نژادی و سایر اعمال غیر انسانی مبتنی بر موازین بین‌المللی مانند «اعلامیه جهانی حقوق بشر»، «پیمان بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی» و «پیمان بین‌المللی حقوق اجتماعی و اقتصادی» علیه یک جمعیت غیر نظامی را شامل می‌شود. گروه داعش چه به عنوان یک سازمان و چه به عنوان دولت، نسبت به افرادی که اجباراً بر آن‌ها سیطره داشته و حکومت کرده است، به طور سازمان‌یافته و گاه گسترده مرتکب قتل عمد، نابودسازی، به بردگی گرفتن، انتقال اجباری افراد، تجاوز به عنف، سایر اقدامات جنسی خشن و آزار گروه‌ها به جهت مذهب یا قومیت آن‌ها شده است. از این رو، شرایط عام و خاص ماده ۷ اساسنامه دیوان در مورد جنایات داعش به سادگی قابل اثبات است؛ به ویژه آنکه شرط گستردگی و سازمان‌یافتگی ناظر به مجموعه اقدامات گروه داعش است و برای انتساب این جنایات به یک متهم خاص تنها کافی است که ثابت شود عمل متهم بخشی از یک تهاجم سازمان‌یافته و یا گسترده را تشکیل داده و مرتکب از وجود چنین تهاجم گسترده و یا سازمان‌یافته‌ای آگاه بوده است (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۷: ۱۰۶).

ماده ۸ اساسنامه دیوان، اقدامات مشتمل بر جنایات جنگی را در منازعات مسلحانه بین‌المللی و غیر بین‌المللی به صورت مفصل و گسترده برشمرده است؛ از جمله موارد نقض شدید کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ (شامل اعمال خشونت علیه شخص

به‌ویژه قتل، مثله کردن، شکنجه، ارتکاب اعمال شنیع علیه شرافت شخصی، گروگان‌گیری، تعیین و اجرای مجازات اعدام بدون دادگاه قانونی با تضمین‌های لازم و... علیه نیروهای مسلح دشمن یا غیر نظامیان اسیر نزد طرف مقابل) و سایر موارد نقض جدی مقررات و عرف جنگی در چارچوب تثبیت‌شده حقوق بین‌الملل همچون کنوانسیون چهارم لاهه ۱۹۰۷ و پروتکل الحاقی آن (شامل حمله به نیروهای حافظ صلح یا خدمات بشردوستانه، افراد یا مناطق نظامی، ارتکاب جرایم جنسی، گنجاندن افراد زیر ۱۵ سال [که طی اصلاحات سال ۲۰۰۰ مجمع عمومی سازمان ملل، به ۱۸ سال افزایش یافت] در زمره نیروهای مسلح، جابه‌جایی جمعیت غیر نظامی و...) که برخی توسط گروه داعش ارتکاب یافته است. رکن روانی جرایم جنگی، علاوه بر عمد در رفتار و نتایج محرمانه در برخی رفتارها، نیازمند آگاهی مرتکب از وجود یک مخاصمه مسلحانه است. در مواردی محدود، صرف مسامحه برای تشکیل عنصر روانی کافی است (همان: ۱۳۵). هرچند انتساب جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی به گروه داعش در صورت طرح آن در دیوان کیفری بین‌المللی تقریباً مورد اتفاق صاحب‌نظران و نهادهای بین‌المللی است (9: Waltman, 2014). با این حال شرایط شمرده‌شده برای برخی جنایات جنگی در اساسنامه دیوان ممکن است اعمال صلاحیت دیوان را در مواردی محدود نماید. توضیح آنکه بندهای (c, d, e, f) ماده ۸ اساسنامه (دیوان کیفری بین‌المللی، ۲۰۱۴) با لحاظ اصلاحات سال ۲۰۱۰، به بیان و توصیف جرایم جنگی غیر بین‌المللی می‌پردازد، اما اساسنامه تفاوت ظریفی در این باره مقرر کرده است؛ بدین معنا که بند ۲(d) ماده ۸ اساسنامه تصریح کرده است که جرایم مذکور در بند ۲(c) (نقض جدی ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو و سایر موارد نقض جدی مقررات و عرف جنگی) بر منازعات مسلحانه غیر بین‌المللی منطبق است و لذا شامل آشوب‌ها و تنش‌های داخلی همچون شورش‌ها و اعمال خشونت‌آمیز منفرد یا پراکنده یا اعمال مشابه دیگر نمی‌شود. بنا به تصریح بند ۲(f) ماده ۸ اساسنامه، جرایم مذکور در بند ۲(e)، علاوه بر مورد مذکور باید واجد ویژگی دیگری نیز باشند و آن اینکه اعمال بند ۲(e) (سایر موارد نقض جدی مقررات و عرف جنگی) باید در قلمرو یک دولت و در جریان منازعه مسلحانه طولانی‌مدت بین نیروهای دولتی و گروه‌های مسلح سازمان‌یافته

ارتکاب یابند. از این رو، گرچه با توجه به درگیری گروه داعش در کشور عراق و نیز حمله نیروهای ائتلاف به رهبری آمریکا به درخواست دولت عراق، به نظر می‌رسد که این منازعه، یک جنگ مسلحانه بین‌المللی است، با وجود این، روشن است که: اولاً شماری از رفتارهای مجرمانه مانند اعمال خشونت علیه افراد به‌ویژه قتل، مثله کردن، شکنجه، ارتکاب اعمال شنیع علیه شرافت شخصی، گروگان‌گیری، تعیین و اجرای مجازات اعدام بدون دادگاه قانونی با تضمین‌های لازم و... علیه نیروهای مسلح دشمن یا غیر نظامیان اسیر (نقض جدی ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹) و حمله به نیروهای حافظ صلح یا خدمات بشردوستانه، افراد یا مناطق نظامی، ارتکاب جرایم جنسی، گنجاندن افراد زیر ۱۵ سال در زمره نیروهای مسلح، جابه‌جا کردن جمعیت غیر نظامی و... (سایر موارد نقض جدی مقررات و عرف جنگی در چارچوب تثبیت‌شده حقوق بین‌الملل) توسط گروه داعش ارتکاب یافته است. ثانیاً وضعیت داعش یک جنگ پراکنده نیست بلکه نبردی تمام‌عیار است. ثالثاً با توجه به حضور بیش از یک سال این گروه در عراق، می‌توان این جنگ را منازعه‌ای طولانی‌مدت میان نیروهای دولتی و مخالفان مسلح سازمان‌یافته قلمداد کرد و در نتیجه هر یک از جرایم مذکور در بندهای (c, e) ماده ۸ را با لحاظ سایر مقررات اساسنامه، قابل رسیدگی در دیوان دانست (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۷: ۱۳۳). حتی بر فرض فقدان شرط «منازعه طولانی‌مدت»، همچنان رفتارهای ارتكابی خشونت‌باری مشتمل بر نقض جدی ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو قابل انتساب به اعضای داعش است و از این حیث اعمال صلاحیت دیوان را ممکن می‌سازد.

۳-۴. قابلیت اعمال صلاحیت تکمیلی و قابلیت پذیرش موضوع در دیوان

صلاحیت دیوان به تصریح دیاچه و ماده ۱ اساسنامه، صلاحیتی تکمیلی^۱ است نه ابتدایی. به همین دلیل حتی در مواردی که یک وضعیت از سوی شورای امنیت به دیوان ارجاع می‌شود، دیوان برابر ماده ۱۷ اساسنامه باید این امر را احراز نماید که دولت‌هایی که صلاحیت رسیدگی به این جنایات را دارند، نخواسته یا توانسته‌اند که

1. Complementary jurisdiction.

متهمان را تعقیب و محاکمه نمایند. دولت‌های صالح نیز دولت‌هایی هستند که این جنایات در قلمرو آن‌ها یا توسط اتباع آن‌ها ارتکاب یافته است. بدیهی است در صورتی که شورای امنیت، گزینه تأسیس یک دادگاه موردی بین‌المللی را انتخاب کند، قادر است که صلاحیتی موازی یا حتی برتر برای این دادگاه نسبت به دولت‌ها ایجاد نماید. همین ویژگی تکمیلی بودن صلاحیت دیوان از جمله انگیزه‌هایی است که ممکن است شورای امنیت را به سمت گزینه تأسیس دادگاه موردی سوق دهد؛ امری که تا کنون رخ نداده است. در صورتی که جنایات ارتكابی داعش از سوی شورای امنیت به دیوان ارجاع شود، دیوان در صورتی صلاحیت تعقیب و محاکمه اعضای داعش را بر پایه همین صلاحیت تکمیلی خواهد داشت که دولت‌های صالح غیر عضو مانند عراق و سوریه، قانونی مشتمل بر جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی تصویب نکرده و هیچ اقدام عملی نیز برای تعقیب و محاکمه اعضای داعش به جهت ارتکاب جرایم پیش‌گفته به عمل نیاورده باشند؛ به طوری که دیوان بر اساس بندهای a و b ماده ۱۷، ناتوانی و یا عدم تمایل دولت صالح را احراز نماید. چه در غیر این صورت، صلاحیت ابتدایی دولت‌های صالح، بر صلاحیت دیوان مقدم می‌شود و دیوان از پذیرش این وضعیت ارجاعی از سوی شورای امنیت سر باز خواهد زد.

همچنین احراز اهمیت موضوع از سوی دیوان، شرط قابلیت پذیرش محسوب می‌شود. این شرط ناظر به مواردی نیز خواهد بود که وضعیت از سوی شورای امنیت به دیوان ارجاع می‌شود. بند d ماده ۱۷ اساسنامه به این امر تصریح کرده است.^۱ در صورت عدم احراز اهمیت موضوع از سوی دیوان می‌توان به سراغ دادگاه‌های مختلط رفت (معظمی و نمامیان، ۱۳۹۴: ش ۱۱/۱۱۶).

نتیجه‌گیری

گروه داعش مرتکب جرایم متعدد و شنیعی شده است. ویژگی سازمان‌یافتگی و گستردگی جرایم ارتكابی داعش علاوه بر اینکه وجدان عمومی مردم عراق و جامعه

۱. به موجب ماده ۱۷ دیوان تصمیم می‌گیرد که در موارد زیر موضوعی توسط دیوان قابل رسیدگی نیست: بند d: موضوع از آن‌چنان اهمیتی برخوردار نیست که اقدام دیگری را از سوی دیوان توجیه کند.

جهانی را به شدت جریحه‌دار ساخته است، تهدیدی جدی برای نظم و امنیت منطقه و جهان به شمار می‌رود. از این رو، انتظار مردم عراق، منطقه و جهان این است که سازمان ملل و شورای امنیت با استفاده از ابزارهای حقوقی، زمینه تعقیب و محاکمه اعضای این گروه را فراهم سازد. هرچند شاید به لحاظ کمی جنایات داعش به اندازه جنایات ارتكابی در یوگسلاوی سابق و رواندا نباشد، به لحاظ عمق و کیفیت، تهدیدی جدی برای صلح و امنیت بین‌المللی محسوب می‌شود که وجدان بین‌المللی را نیز بیش از پیش جریحه‌دار ساخته است. جنایات ارتكابی صرب‌ها در یوگسلاوی سابق به لحاظ انگیزه تنها محدود به اقوامی می‌شد که در پی استقلال‌طلبی و جدایی از صرب‌ها بودند و قتل عام و تجاوز گسترده برخی از اقوام رواندا علیه اقوام دیگر نیز بر سر قدرت برتر سیاسی بود. اما گروه داعش، مروج مکتب فکری بسیار افراطی و خطرناک در جهان است. این گروه در سطح درون‌دینی هر گونه برداشت و قرائت متفاوت و مغایر با خود را کفر دانسته و قتل فرق دینی دیگر را واجب می‌شمارد و در سطح برون‌دینی نیز با شعار مقابله با تمدن فاسد غرب، هر گونه قتل عام مردم غیر نظامی را روا می‌شمارد. بنابراین، این گروه اگر فرصت یابد، همان گونه که عملکردش نشان داده است، اقدامات شنیع خود را در تمام جهان گسترش خواهد داد. این در حالی است که جنایتکاران صرب و رواندا هرگز چنین داعیه‌ای را در سر نداشتند و هر گونه قساوتی را تنها در محدوده زمانی و مکانی خاصی اجرا می‌کردند. عنصر فرازمانی و فرامکانی جنایات‌های داعش بی‌تردید تعقیب و محاکمه جدی سران این گروه را ضروری می‌سازد. از این رو، دلیل عدم تمایل جدی قدرت‌های جهانی در شورای امنیت برای تأسیس یک دادگاه کیفری بین‌المللی موردی و یا ارجاع وضعیت داعش به دیوان را باید در اموری غیر حقوقی و در واقع ملاحظات سیاسی جستجو کرد. متأسفانه گروه داعش برای تأمین اهداف توسعه‌طلبانه برخی قدرت‌های جهانی همانند آمریکا، انگلستان و هم‌پیمانان آنان در منطقه، نقش مهمی ایفا می‌کند و لذا این دولت‌ها در برخورد با گروه داعش رفتارهای متعارض نشان می‌دهند. زمانی که اتباع این دولت‌ها موضوع بمب‌گذاری‌ها و ترورهای جمعی گروه داعش قرار می‌گیرند، این دولت‌ها تحت فشار افکار عمومی، سیاست‌هایی محدود به منافع ملی خود برای مقابله با داعش اتخاذ

می‌کنند و در مقابل تلاش دارند که از نابودی این گروه به جهت مقابله آن‌ها با موج گسترده مردم‌سالاری و استقلال‌طلبی دینی جلوگیری کنند. همین تعارض است که امکان ادامه حیات گروه داعش و مانند آن را تا کنون ممکن ساخته است. بی‌شک زمانی که این دولت‌ها به این واقعیت پی ببرند که هزینه حفظ گروه داعش و مانند آن که با شعار سلفی‌گری، ترور و قتل و تجاوز را مشروع ساخته‌اند، بیش از منافع آن است، اقدام عملی برای تعقیب و محاکمه جنایتکاران داعشی را فراهم می‌سازند و یا دست کم مانع این نوع اقدامات نخواهند شد.

همان‌گونه که بیان شد، دولت عراق می‌تواند از دو طریق احاله و تأسیس یک دادگاه مختلط، مسیر تعقیب و مجازات جنایتکاران داعشی را هموار سازد. محاکمه اعضای داعش در دادگاه‌های عراق یا یک دادگاه مختلط به طور یکسان، ماهیت عمل این گروه را به عنوان گروهی جنایتکار از اعمال گروهی که خود را مبارز نامیده و قتل و غارت و بردگی انسان‌ها را در پوشش کشتن دشمن، غنیمت جنگی و اسیرگیری مخفی کرده‌اند، متمایز می‌سازد. علاوه بر این، امکان شناسایی قضایی و ردگیری و استفاده از قاعده استرداد یا محاکمه را در سطح بین‌المللی میسر می‌سازد و نوعی مشارکت و معاضدت قضایی فراگیر و همکاری مؤثر پلیس‌های ملی با پلیس بین‌الملل را فراهم می‌کند. از میان دو گزینه محاکمه از طریق احاله و تأسیس یک دادگاه مختلط به نظر می‌رسد که نوع دوم سودمندتر است؛ زیرا مقرر و مکان محاکمه این دادگاه مختلط با توجه به اقتدار سیاسی عراق بر بخش اصلی سرزمین خود و اراده جدی بر محاکمه، یقیناً در عراق بوده و عمدتاً طبق قوانین کیفری عراق صورت خواهد گرفت. لذا می‌توان مزیتی را که محاکمه از طریق احاله دارد، با صبغه داخلی دادگاه مختلط حفظ نمود. فراتر از آن، استفاده از قضات بین‌المللی و نیز برخی معیارهای جهان‌شمول در نحوه تعقیب و محاکمه و علاوه بر این، ایجاد صلاحیت برای این دادگاه در تعقیب و محاکمه جنایات بین‌المللی داعش می‌تواند مشروعیت و منصفانه بودن این محاکمات را تضمین کند. نکته مهم‌تر آنکه دولت عراق می‌تواند در مقام توافق با سازمان ملل برای تأسیس این دادگاه مختلط شرط نماید که قضات غیر عراقی از میان قضات مسلمان برگزیده شوند.

کتاب‌شناسی

۱. آقای جنت‌مکان، حسین، «تشکیل دادگاه ویژه لبنان، نگاهی متفاوت در حقوق کیفری بین‌المللی، فصلنامه حقوق، دوره سی و نهم، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۸ ش.
۲. اختیارات کمیسیون حقوق بشر عراق، ۲۰۱۴ م.، در: <http://ihchr.iq/index.php?name=Pages&op=page&pid=87>.
۳. اردبیلی، محمدعلی، «استرداد یا تعقیب»، حقوق بین‌الملل کیفری: گزیده مقالات ۲، تهران، میزان، ۱۳۹۰ ش.
۴. توحیدی، احمدرضا، بررسی عملکرد و مسئولیت گروه‌های تکفیری از منظر حقوق بین‌الملل، ۱۳۹۳ ش.، در: www.qom.ac.ir/Portal/home.
۵. حدادی، مهدی، «بررسی مشروعیت دادگاه خاص عراق»، فصلنامه اندیشه‌های حقوقی، سال چهارم، شماره ۱۱، پاییز و زمستان ۱۳۸۵ ش.
۶. دیوان کیفری بین‌المللی، ۲۰۱۴ م.، در: www.icc-cpi.int.
۷. صالحی، محمدخلیل و مجید صادقی جعفری، «بررسی پرونده دوم سودان در دیوان کیفری بین‌المللی "از ارجاع تا دستور جلب دوم"»، فصلنامه پژوهش حقوقی، سال سوم، شماره ۳، تابستان ۱۳۹۰ ش.
۸. قانون اصول المحاکمات الجزائیة رقم (۲۳) لسنة ۱۹۷۱، ۲۰۱۵ م.، در: www.radiodijla.com/forums/showthread.php?
۹. گزارش شورای حقوق بشر، ۲۰۱۴ م.، در: www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14719&LangID=E
۱۰. گزارش سازمان ملل متحد، ۲۰۱۴ م.، در: www.un.org/press/en/2014/sc11430.doc.htm.
۱۱. معظمی، شهلا و پیمان نمایان، «نسل سوم محاکم کیفری بین‌المللی، دستاوردها، هنجارها و چالش‌ها»، مجله پژوهش حقوق کیفری، سال سوم، شماره ۱۱، تابستان ۱۳۹۴ ش.
۱۲. میرمحمدصادقی، حسین، دادگاه کیفری بین‌المللی، چاپ سوم، تهران، دادگستر، ۱۳۸۷ ش.
13. Cassese, Antonio, *International Criminal Law*.
14. Celso, Anthony, *Al-Qaeda's Post-9/11 Devolution: The Failed Jihadist Struggle Against the Near and Far Enemy*, 2014.
15. Glint, Michael, "Can a War With Isis Be Won?-ISIL/Islamic State/Daesh", *Conceptual Kings*, Vol. 1, 2014.
16. Saltman, Erin Marie & Charlie Winter, *Islamic State: The Changing Face of Modern Jihadism*, 2014.
17. Schaack, Beth Van & Ronald C. Slye, *International Criminal Law and Its Enforcement*, Foundation Press, 2012.
18. Schabas, W. A., *Introduction to the International Criminal Court*, at: www.gen.lib.rus.eclibgen.org/scimag.
19. Spark, Joseph. "Atrocities Committed by ISIS in Syria & Iraq ISIL/Slamic State/Daesh", *Conceptual Kings*, Vol. 1, 2014.
20. Waltman, Geral, *Prosecuting Isis*, 2014, at: www.gen.lib.rus.eclibgen.org/scimag.

بازکاوی حق قصاص اهل ذمه در فقه و حقوق*

□ محمد امامی^۱

□ حسین نورالدینی^۲

چکیده

از مسائل فقهی حقوقی نیازمند به بازکاوی، حق قصاص اقلیت‌های دینی است. به‌ویژه در عصر حاضر با طرح تساوی حقوق انسان‌ها و حاکمیت نظام مبتنی بر ولایت فقیه، حاکمیت اسلامی باید پاسخ‌گوی مسائلی از این قبیل باشد. مقاله حاضر با بررسی مجدد دلایل قصاص اقلیت‌ها، به جمع‌بندی مجدد آن‌ها پرداخته و موضوع را به عنوان یک حق شخصی برای اولیای دم اثبات نموده که اجرای آن در اختیار حاکمیت است که به نوعی ولی اهل ذمه نیز می‌باشد. در این تحقیق، قصاص آن‌ها از مصادیق سلطه غیر مسلمان بر مسلمان تلقی نمی‌شود و جمع بین روایات نه تنها منجر به اثبات حق قصاص برای آن‌ها گردیده، بلکه روایات دال بر عدم قصاص، فاقد قرینه و قابل حمل بر تقیه تشخیص داده شده‌اند. به‌علاوه با نگاهی اجتماعی و حکومتی و نه فردی به موضوع، حاکم

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۱۲/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۸/۸.

۱. استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی (نویسنده مسئول) (dr.imami@razavi.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مذاهب اسلامی تهران (hosseinn170@gmail.com).

جامعه ولیّ دم اهل ذمه تلقی می‌شود که در مواردی حق قصاص را اعمال نکرده، در مواردی در برابر پرداخت اضافه دیه قصاص نموده و در مواردی نیز بدون چنین پرداختی حکم به قصاص کرده است. بر این اساس، اصل قصاص ثابت است اما اعمال آن با نظر امام است که هم ولیّ اهل ذمه و هم مسلمانان می‌باشد.

واژگان کلیدی: اقلیت، قصاص، ولیّ، قتل، حق، اهل ذمه.

مقدمه

انسان ذاتاً دارای کرامت است و حیات او دارای ارزش. آفریده خاص خداست که قرآن وی را با صرف نظر از قومیت و عقیده دارای کرامت الهی معرفی نموده است.^۱ از طرفی، زندگی موهبتی است که خداوند به بشر ارزانی داشته است. از این رو نه تنها هیچ حکومتی نمی‌تواند این حق را از او سلب کند و یا آسیبی به جسم و جاننش وارد سازد بلکه باید به جان و زندگی اتباع خود احترام گذارد و در صیانت و حمایت از آن بکوشد (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۲: ۲۲).

حفظ نفس مسلمانان و هم‌پیمانان آن‌ها از مسائل مهم شریعت اسلامی است. جان اهل کتاب همانند مسلمانان محترم است و خونشان نیز هدر نیست. پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله هر گونه تعرض و تجاوز به اهل ذمه را نهی فرموده است:

هر کس معاهدی را بکشد در قیامت بوی بهشت را حس نخواهد کرد (ابن حنبل، ۱۴۱۰: ۳۶/۵؛ حمیری، ۱۴۲۰: ۴/۲۶۸۵).

یکی از مسائل مربوط به اقلیت‌های دینی در جامعه اسلامی بهره‌مندی آن‌ها از حق حیات و زندگی است. منابع حدیثی، سخنی را از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نقل کرده‌اند که ایشان اذیت و آزار اقلیت‌های دینی را با اذیت و آزار خویش برابر شمرده است:

هر کس ذمی را بیازارد، مرا آزرده است (مدنی شیرازی، ۱۴۱۵: ۱/۴۵۸).

ایشان همچنین درباره اقلیت‌های دینی فرموده است:

- هر کس اهل ذمه را آزار رساند، دشمن او خواهم بود و هر کس که من دشمن او باشم روز قیامت دشمنی خود را بر او آشکار خواهم کرد (ابن شعبه حرانی، ۱۴۰۴: ۲۷۱).

ایشان همچنین ظلم به اقلیت‌های دینی را موجب دشمنی پیامبر دانسته است:

۱. «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَجَعَلْنَا فِيهِمُ الرُّؤُوفَ وَالْجُرُوفَ وَرَفَعْنَا مِنْهُمُ الطُّبَّاتِ...» (اسراء / ۷۰).

هر کس به یکی از معاهدان [اسلام] ستم روا دارد و او را به کاری خارج از حد توانش وادار سازد، روز قیامت خودم دشمن او خواهم بود (نوری طبرسی، ۱۴۰۸: ۱۶۸/۱۱).

از مجموع این روایات می‌توان حرمت سلب حیات اقلیت‌های دینی را نتیجه گرفت؛ زیرا قتل بی‌دلیل و ظالمانه آن‌ها مصداق روشنی از ظلم و آزار آن‌هاست که پیامبر ﷺ از آن نهی فرموده است.

طرح موضوع

اگر مسلمانی یکی از پیروان اقلیت‌های اهل ذمه را بدون دلیل و حجت شرعی، از روی عمد و عدوان به قتل رساند، آیا صرفاً مرتکب عمل حرامی شده یا انجام این عمل موجب مجازات کیفری و اجرای حدود الهی است؟ آیا از نظر فقهی و حقوقی، این عمل موجب قصاص است یا فقط موجب دیه و یا موجب وضع جریمه‌ای خاص بر آن فرد مسلمان یا هیچ کدام؟

مراد از اقلیت‌های دینی در این جستار، آن دسته از اهل کتاب هستند که بر اساس قرارداد ذمه، حق شهروندی در جامعه اسلامی دارند. با انعقاد قرارداد ذمه، مسئولیت حمایت از جان و مال اهل ذمه در مقابل تجاوزات داخلی بر عهده دولت اسلامی قرار دارد و در صورت تجاوز دشمن خارجی، دولت موظف به دفاع و حمایت از آن‌هاست (حلی، ۱۴۱۴: ۴۴۳/۱).

هرچند برخی از فقیهان عامه مانند اوزاعی، ثوری و مالک معتقدند که انعقاد قرارداد «ذمه» اختصاص به اهل کتاب ندارد (طوسی، ۱۴۲۰: ۵۳۹/۵)، اما با توجه به اینکه انعقاد قرارداد ذمه تنها با اهل کتاب ممکن است و اسلام تنها اهل کتاب را به عنوان اقلیت‌های دینی به رسمیت می‌شناسد، مراد از اقلیت‌های دینی در این جستار، اهل ذمه می‌باشند. در لسان روایات نیز واژه‌هایی از قبیل یهودی و مسیحی و زرتشتی و یا اهل ذمه وجود دارند که متعارف و متبادر از آن‌ها، آن دسته از اهل کتاب هستند که در شرایط ذمه قرار دارند و شهروند رسمی جامعه اسلامی محسوب می‌شوند.

در قانون مجازات اسلامی آمده است که در صورت قتل مسلمان، ذمی، معاهد یا مستأمن به وسیله غیر مسلمان، قصاص ثابت است. حتی کسانی که به صورت قانونی

وارد جمهوری اسلامی شوند در حکم مستأمن بوده، حق قصاص دارند. اما قتل یکی از اتباع سایر ادیان توسط مسلمان، معاهد یا ذمی موجب قصاص نیست و مجازات تعزیری دارد. لکن محل بحث ما در این مقاله، قتل کافر ذمی توسط مسلمان است که بر اساس قانون مجازات اسلامی، قاتل مسلمان در صورت قتل اهل ذمه قصاص نمی‌شود و صرفاً ملزم به پرداخت دیه به علاوه تعزیر است. در ماده ۳۰۱ قانون مجازات اسلامی آمده است:

قصاص در صورتی ثابت می‌شود که مرتکب، پدر یا از اجداد پدری مجنی علیه نباشد و مجنی علیه، عاقل و در دین با مرتکب مساوی باشد.

سپس در تبصره آن آمده است:

چنانچه مجنی علیه مسلمان باشد، مسلمان نبودن مرتکب، مانع قصاص نیست.

آنگاه در ادامه توضیحات مربوط در ماده ۳۱۰، به فرض‌های مختلف تفاوت جانی و

مجنی علیه در دین اشاره شده است و نهایتاً در تبصره ۲ ماده ۳۱۰ آمده است: اگر مجنی علیه غیر مسلمان باشد و مرتکب پیش از اجرای قصاص مسلمان شود، قصاص ساقط و علاوه بر پرداخت دیه به مجازات تعزیری مقرر در کتاب پنجم «تعزیرات»، محکوم می‌شود.

از اطلاق اشتراط تساوی جانی و مجنی علیه در دین که در ماده ۳۰۱ آمده به علاوه فرض‌های مطرح شده در ماده ۳۰۷ و به ویژه حکم موجود در تبصره ۲ آن مبنی بر اینکه حتی اگر قاتل غیر مسلمان قبل از اجرای قصاص مسلمان شود قصاص ساقط می‌شود، به خوبی برداشت می‌شود که از نظر این قانون در صورتی که مسلمانی مرتکب قتل یکی از اهل ذمه شود، جانی فقط محکوم به پرداخت دیه مقرر در قانون به علاوه تعزیر می‌شود و نه قصاص (ر.ک: قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، ماده ۴۴۷؛ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵، مواد ۶۱۲ و ۶۱۴).

مقاله پیش رو در پی بازکاوی مجدد این مسئله است. از آنجا که قصاص یکی از مجازات‌های شرعی است که قواعد آن از فقه اسلامی به قانون مجازات اسلامی راه پیدا کرده است، باید مبانی فقهی قصاص مورد مطالعه قرار گیرد تا تحلیل جامع و مناسبی از

قانون مجازات اسلامی ارائه شود. از این رو، باید اقوال فقها و مستندات فقهی آنها بازکاوی گردد و در نهایت، مواد قانون مجازات اسلامی مورد تحلیل قرار داده شود. تفاوت این تحقیق با آنچه در منابع کهن و جدید فقهی وجود دارد، آن است که حق قصاص اهل ذمه در این مقاله، گرچه به عنوان حقی شخصی ملاحظه شده، مسئله‌ای است که از یک سو امام و حاکمیت را به عنوان ولی مقتول درگیر نموده و از سوی دیگر با امنیت ملی و نظم عمومی جامعه تنیده شده است.

۱. احتمالات در مورد حق قصاص برای اهل ذمه

در این زمینه بر اساس دلایل و روایات موجود، سه احتمال و در بین فقها سه نظریه وجود دارد:

۱-۱. عدم حق قصاص مطلقاً

برخی فقها مانند ابن ادریس حلی قائل به عدم هر گونه حق قصاص برای قتل یکی از اهل ذمه توسط مسلمان شده‌اند (۱۴۱۰: ۳۲۴/۳). از عبارت علامه حلی نیز چنین نظریه‌ای برداشت می‌شود؛ زیرا ایشان قول به قصاص در صورت عادت را به صورت «قیل» بیان می‌کند^۱ (۱۴۱۳: ۶۰۵/۳). بسیاری از فقهای اهل سنت نیز بر این عقیده‌اند. برخی از فقهای حنبلی (ابن قدامه مقدسی، ۱۳۸۸: ۲۷۳/۸)، مالکی (ابن رشد قرطبی، ۱۴۰۸: ۲۸۲/۳؛ قرافی، ۱۹۹۴: ۳۴۰/۱۲؛ رجاجی، ۱۴۲۸: ۱۹۶/۱۰) و شافعی (نووی، بی‌تا: ۳۵۴/۱۸؛ ابن سالم عمرانی، ۱۴۲۱: ۳۰۵/۱۱؛ انصاری سنبلی، ۱۴۱۴: ۱۵۷/۲) به صراحت می‌گویند که مسلمان در برابر کافر کشته نمی‌شود. آن‌ها دلیل این امر را حدیثی از رسول خدا ﷺ نقل می‌کنند:

مسلمان به خاطر قتل کافر کشته نمی‌شود (شافعی، ۱۴۱۰: ۳۴۲/۷).

۱-۱-۱. دلایل عدم حق قصاص

برای اثبات عدم حق قصاص، به سه دلیل تمسک شده است.

۱. «لا یقتل مسلم بکافر، حربیًّا کان أو ذمیًّا أو معاهدًا أو مستأمنًا، بل یعزَّر. فإن کان المقتول ذمیًّا أزم بدیته، وقیل إن اعتاد قتل أهل الذمة، قتل قصاصًا بعد ردِّ فاضل دية المسلم».

۱-۱-۱-۱. اجماع

ادعای اجماع فقها بر اینکه مسلمان در برابر اهل کتاب قصاص نمی‌شود (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۵۰/۴۲).

۲-۱-۱-۱. قاعده نفی سبیل

بعضی، حق قصاص مسلمان توسط ولیّ ذمی را موجب سلطه غیر مسلمان بر مسلمان می‌دانند؛ زیرا فرد غیر مسلمان دارای این حق می‌شود که مسلمان را به قتل برساند (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۱: ۱۲۸) و چنین سلطه‌ای بر مسلمان به استناد قاعده نفی سبیل^۱ غیر قابل قبول است.

۳-۱-۱-۱. احادیث

در این مورد، احادیث مختلفی با یک مضمون وجود دارد. مثلاً از امام باقر علیه السلام چنین نقل شده است:

مسلمان به خاطر ذمی قصاص نمی‌شود، نه در قتل و نه در جراحات، بلکه در برابر جنایتش به ذمی، به نسبت دیه ذمی که ۸۰۰ درهم است باید دیه پردازد (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۰۸/۲۹).

۲-۱. ارزیابی دلایل عدم حق قصاص

۱-۲-۱. ارزیابی دلیل اول عدم قصاص

دلیل اول با این چالش روبه‌روست که اجماع مورد ادعا، منقول و مدرکی است و مستند فتوای اجماع‌کنندگان همین روایات موجود است و یا حداقل احتمال دارد که مستند آن‌ها همین روایات باشد و حجیت ندارد (ر.ک: موسوی خویی، ۱۴۱۱: ۲۹۵/۴؛ حکیم، ۱۴۱۶: ۴۳۸/۴؛ آل‌شیرازی، ۱۴۲۵: ۳۷۲/۵)؛ زیرا چنین اجماعی کاشفیت قطعی از نظر امام علیه السلام ندارد. در این صورت، مجتهد خود باید به بررسی آن دلیل پردازد و ملاک، برداشت خود او از آن دلیل است نه این اجماع (ر.ک: موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۳۲۹/۲؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۳۰: ۲۷۲/۳). در محل بحث روایات متعددی مبنی بر نبود حق قصاص برای

۱. «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» (نساء / ۱۴۱).

اقلیت وجود دارد. بنابراین اجماع ادعایی مدرکی و بی اعتبار است.

۱-۲-۲. ارزیابی دلیل دوم عدم قصاص

گرچه در مورد قاعده نفی سبیل و مفهوم و مفاد آن سخن بسیار است، مفهومی است که خداوند در عالم تشریح، راه نفوذ و تسلط کفار را بر جامعه اسلامی و مسلمانان باز نگذاشته است. پس به هیچ وجه نفوذ و تسلط آنها بر جامعه اسلامی پذیرفته نیست. اما به نظر می رسد چنین چیزی در محل بحث صادق نباشد؛ زیرا در این مورد، ولی مقتول در پی گرفتن حق خود می باشد نه سلطه بر مسلمانان (سبحانی، ۱۳۹۰/۷/۹)، بنابراین موضوع نفی سلطه منتفی است. شواهدی نیز بر این مدعا وجود دارد؛ از جمله اینکه قرآن کریم ارتباط مسالمت آمیز با غیر مسلمانانی را که به دنبال سلطه جویی و زورمداری نیستند، تجویز نموده می فرماید:

﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ (ممتحنه/۸)؛ خدا شما را از کسانی که در [کار] دین با شما نجنگیده و شما را از دیارتان بیرون نکرده اند، باز نمی دارد که به آنان نیکی کنید و با ایشان عدالت ورزید؛ زیرا خدا دادگران را دوست می دارد.

این آیه شریفه یک قاعده کلی وضع می کند که در برابر هر گروه و کشور غیر مسلمان که نسبت به اسلام و مسلمانان موضع خصمانه نداشته باشند، اصل بر برقراری رابطه مسالمت آمیز و پایبندی به پیمانها و برخورد عدالت محورانه است. همچنین گذشت که آزار و اذیت افرادی که در تحت حمایت اسلام اند حرام است و پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله آن را به منزله اذیت خود تلقی نموده است.

شاهد دیگر، حدیث علو اسلام است که در آنجا نیز همین مطلب مشاهده می شود. امام خمینی درباره رد حرمت فروش قرآن به غیر مسلمانان به استناد «الإسلام یعلو ولا یعلی علیه» (عسقلانی، بی تا: ۳۷۰/۹؛ بیهقی، ۱۴۲۴: ۲۰۵/۶) می فرماید:

این حدیث، برانگیختن مسلمانان و تشویق آنها را به تلاش برای علو اسلام از نظر حجت و برهان و همچنین غلبه خارجی بر سایر ادیان اراده می کند.

به باور امام خمینی، انتشار و نقل کتب اسلامی و در رأس آنها قرآن، خود از وسایل

علو و غلبه اسلام خواهد بود نه راهی برای سلطه آن‌ها. پس انصاف این است که دلیلی بر حرمت نقل قرآن و عدم تملک کافر نسبت به آن وجود ندارد و مقتضای قاعده، صحت نقل قرآن به کافر و تملک قرآن از سوی کافر است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۷۲۳/۲ و ۷۲۵-۷۲۷).

شاهد دیگر اینکه سید یزدی درباره اجیر شدن مسلمان می‌فرماید:
آنچه حرام است التزام به طاعت ایشان است به گونه‌ای که موجب تقویت شوکت ایشان شود. اما اگر در عملی از اعمال مباح اجیر ایشان شود به نحوی که موجب تقویت و شوکت نباشد، حرام نیست (طباطبایی یزدی، بی‌تا: سؤال ۳۲۳ و ۵۱۷).

۱-۲-۳. ارزیابی دلیل سوم عدم قصاص

دلیل سوم نیز معارض داشته، خلاف مشهور فقهای شیعه و خلاف اجماع محصل (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۵۱/۴۲) است. گرچه مخالفت با مشهور دلیلی بر رد روایت به شمار نمی‌رود و باید صحت و سقم روایت بررسی شود، لکن اشکال عمده، تعارض روایات متعدد دیگر با آن است که با وجود این تعارض، مخالفت با مشهور نیز قرینه یا مؤیدی برای کنار گذاشتن این روایات است. اکنون برای پرهیز از تطویل محل از تکرار آن پرهیز می‌شود و بحث به محل خود واگذار می‌شود.

۲. قصاص در صورت عادت به قتل

گروهی از فقها عقیده دارند که فقط در صورتی که شخص مسلمان به قتل اهل ذمه عادت کرده باشد، قصاص وی لازم است (همان: طوسی، ۱۴۰۰: ۷۴۹). از نظر آنان در غیر صورت عادت، مسلمان به خاطر قتل غیر مسلمان قصاص نمی‌شود بلکه تعزیر شده و دیه می‌پردازد (عاملی، ۱۴۱۰: ۲۶۹؛ طوسی، ۱۴۰۰: ۷۴۹). این گروه که مشهور را تشکیل می‌دهند به احادیث ذیل تمسک کرده‌اند:

۱-۲. دلایل قصاص در صورت عادت

دلایل این احتمال تعدادی روایت است که در ادامه بررسی می‌شوند.

۱-۱-۲. روایت اول

اسماعیل بن فضل می گوید: از امام صادق علیه السلام درباره خون مجوس و یهود و نصارا پرسیدم که اگر قصد فریب مسلمانان را داشته باشند و دشمنی خود را با آنها آشکار کنند، آیا بر خودشان و بر کسی که آنها را می کشد، چیزی هست؟ حضرت فرمود: نه، مگر اینکه کسی کشتن آنها را عادت خود قرار داده باشد. راوی گفت که از حضرت پرسیدم: آیا مسلمان در عوض کشتن کسی از اهل ذمه و اهل کتاب کشته می شود؟ فرمود: نه، مگر اینکه به کشتن ایشان عادت کرده باشد و از قتل آنان دست برندارد. در این صورت [شان او مراعات نمی شود] و با تحقیر کشته خواهد شد (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۰۷/۲۹).

۲-۱-۲. روایت دوم

از امام صادق علیه السلام پرسیدم: آیا مسلمانی در عوض کشتن کسی از اهل ذمه، کشته می شود؟ فرمود: نه، مگر اینکه کشتن آنها را عادت خود قرار داده باشد و از کشتن آنها دست برندارد (همان: ۱۰۹/۲۹).

۳-۱-۲. روایت سوم

به امام علیه السلام عرض کردم: مردی یکی از اهل ذمه را کشت. حضرت فرمود: به عوض او کشته نخواهد شد مگر اینکه به کشتن ذمی ها عادت کرده باشد (همان).

۲-۲. نقد و بررسی دلایل تفصیل

این روایات پس از طرح قول سوم و دلایل آن مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

۳. قصاص مسلمان (حتی در صورت عدم عادت)

احتمال سوم، ثبوت حق قصاص برای اهل ذمه است و این حکم تنها به موردی اختصاص ندارد که قاتل به قتل اهل ذمه عادت کرده باشد. شیخ صدوق در مورد قتل معاهد به دست مسلمان، قائل به حق انتخاب دیه یا قصاص با ردّ مابه التفاوت دیه برای اولیای معاهد است (۱۴۱۵: ۵۳۴). از بین مذاهب اهل سنت، فقهای حنفی قائل به قصاص مسلمان در برابر اهل کتاب هستند (خزرجی منبجی، ۱۴۱۴: ۷۱۶/۲). آنان عقیده دارند که مقصود رسول خدا از کافر در حدیث «لَا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ» (ابن حنبل، ۱۴۱۰:

۷۹/۱؛ بخاری، ۱۴۰۱: ۳۶/۱) کافر حربی است نه اهل ذمه (ابن مودود موصلی، ۱۳۵۶: ۲۷/۵).

۱-۳. دلایل ثبوت قصاص

در منابع فقهی دلایلی وجود دارند که مضمون آن‌ها قصاص مسلمان در برابر قتل اقلیت‌های دینی است مطلقاً، حتی اگر شخص مسلمان به قتل اقلیت‌های دینی عادت نکرده باشد. این ادله عبارت‌اند از:

۱-۱-۳. آیات قرآن کریم

مفاد برخی از آیات قرآن بر این مطلب دلالت دارد:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ فَمَنْ عُجِبَ لَهُ مِنْ أَحِبِّهِ شَيْءٌ فَأْتِيَاعَ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءُهُ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ (بقره/ ۱۸۷)؛ ای افرادی که ایمان آورده‌اید! حکم قصاص در مورد کشتگان، بر شما نوشته شده است؛ آزاد در برابر آزاد و برده در برابر برده و زن در برابر زن. پس اگر کسی از سوی برادر [دینی] خود، چیزی به او بخشیده شود [و حکم قصاص او، تبدیل به خون‌بها گردد]، باید از راه پسندیده پیروی کند [و صاحب خون، حال پرداخت‌کننده دیه را در نظر بگیرد] و او [قاتل] نیز به نیکی دیه را [به ولی مقتول] بپردازد [و در آن مسامحه نکند]. این، تخفیف و رحمتی است از ناحیه پروردگار شما، و کسی که بعد از آن تجاوز کند، عذاب دردناکی خواهد داشت.

همان‌طور که نمایان است، آیه فوق در مقام بیان شرایط قصاص مانند برابری در حریت و... است، با وجود این، هیچ قیدی را راجع به اینکه طرفین باید در دین مساوی باشند بیان نکرده است. پس این آیه نه تنها دارای اطلاق است بلکه قرینه‌ای نیز وجود دارد که در مقام بیان تساوی بین قاتل و مقتول بوده است و در عین حال به تساوی در این امر اشاره‌ای ندارد.

همچنین ممکن است از عموم آیه ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيِّهِ سُلْطَانًا﴾ نیز ثبوت قصاص برداشت شود. چه اینکه «من» موصوله عمومیت دارد و شامل تمام افرادی است که به ناحق کشته شوند. در مورد بحث نیز فرد مورد نظر، مظلوم کشته شده است و شاهد بر مظلومیتش اجماع بر ثبوت حق دیه است (ر.ک: نجفی، ۱۴۰۴: ۱۵۱/۴۲).

۲-۱-۳. احادیث

احادیثی دربارهٔ قصاص مسلمان در برابر اقلیت‌های دینی وجود دارند که فقها بر صحیح بودن اکثر آن‌ها و موثق بودن برخی از آن‌ها تصریح نموده‌اند و از نظر اعتبار، هیچ شبهه‌ای در مورد آن‌ها وجود ندارد (ر.ک: هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳: ۱۲۳/۱؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۸۸/۱۱؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۲: ۲۴۱-۲۴۰/۱۶؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۵۲/۴۲؛ موسوی خویی، ۱۳۹۶: ۷۶-۷۵/۲؛ اردبیلی، ۱۴۱۱: ۲۳/۱۴؛ خوانساری، ۱۳۵۵: ۲۲۹/۷).

۱-۲-۱-۳. حدیث اول

امام صادق علیه السلام فرمود:

اگر مسلمان، یهودی یا مسیحی یا زرتشتی را بکشد و اولیائش بخواهند مسلمان را قصاص کنند، تفاضل دینهٔ مسلمان را باید به او پردازند و او را قصاص کنند (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۰۷/۲۹).

۲-۲-۱-۳. حدیث دوم

امام صادق علیه السلام در موردی که فردی یک ذمی را به قتل رسانده بود، فرمود: این سخن شدیدی است که مردم آن را تحمّل نمی‌کنند، ولی ذمی دینهٔ مسلمان را بدهد و سپس مسلمان را قصاص کند (همان: ۱۰۸/۲۹).

۳-۲-۱-۳. حدیث سوم

امام صادق علیه السلام فرمود:

اگر مسلمانی، شخص مسیحی را به قتل رساند و اولیای دم مسیحی قصاص وی را بخواهند، می‌توانند وی را قصاص کنند و تفاوت میان دو دینه [مسلمان و ذمی] را پردازند (همان).

۲-۳. نقد و بررسی دلایل ثبوت قصاص

اینک دلایلی که مستند ثبوت قصاص به صورت مطلق هستند، نقد و بررسی می‌شوند.

۱-۲-۳. نقد و بررسی آیات

اثبات قصاص به استناد این آیات بر اساس ظهور و عموم آیات است. این ظهور در

صورتی معتبر است که قرینه‌ای بر خلاف آن نباشد اما به محض پیدا شدن قرینه، یعنی مخصّصی برای این آیات، این عموم از بین می‌رود. در محل بحث ادعا شده است که عموم آیات به وسیله روایاتِ نافی قصاص تخصیص خورده است. صحت و سقم این مطلب متوقف است بر بررسی روایاتی که برای نفی قصاص مطرح شده است و چون از نظر نویسندگان، دلایل مطرح شده تمام نیست، عموم آیه به حال خود باقی است.

۲-۲-۳. نقد و بررسی روایات قصاص

فقه‌ها در رابطه با اثبات قصاص به طور مطلق به استناد احادیث فوق دو اشکال عمده را مطرح کرده‌اند:

۱-۲-۲-۳. اشکال جهت صدوری روایات

برخی از فقها بر دلالت این احادیث (اثبات قصاص به طور مطلق) به دلیل تعارض با اخبار نافی حق قصاص و یا روایات قصاص در صورت عادت، اشکال نموده و برای حل تعارض، این دسته را بر تقیه حمل کرده‌اند؛ زیرا این روایات با عامه موافق هستند و یکی از مرجحات باب تعارض مخالفت با عامه است (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۸۸/۱۱). بر این اساس، جهت صدور این روایات و در نتیجه دلالت آن‌ها ناتمام است.

۲-۲-۳. ارزیابی اشکال جهت صدوری روایات

یکی از مرجحات باب تعارض مخالفت با عامه است و این، اصلی قابل قبول است که در جای خود به اثبات رسیده است؛ زیرا احتمال دارد که موافق با عامه از روی تقیه صادر شده باشد. اما اینکه روایتی برای تقیه صادر شده باشد نیاز به دلیل و دست کم قرینه دارد و در صورت فقدان قرینه یا شک در قرینیت موجود نمی‌توان این توجیه را پذیرفت بلکه باید گفت که روایت برای بیان حکم‌الله صادر شده است؛ زیرا یک اصل پذیرفته دیگر این است که هر عبارتی برای بیان مراد متکلم صادر شده است مگر آنکه قرینه‌ای بر خلاف آن وجود داشته باشد. در این بحث، اینکه روایات مربوط به قصاص مسلمان در جهت تقیه صادر شده باشند، نه تنها فاقد قرینه است، بلکه قرآنی بر خلاف آن وجود دارد که بیان می‌شود.

۱-۲-۲-۳. اصل اراده معنا از کلام

اصل بر این است که روایت برای بیان حکم خدا صادر شده است و صدور آن برای تقیه یا با هدفی دیگر خلاف این اصل است. این اصلی عقلایی و حوزه کاربرد آن، شک در جهت صدور است. مؤید این مطلب، تصریح بعضی از محققان است که «نوعاً ظاهر کلام هر متکلمی این است که کلامش بر طبق اراده اش بوده است و این اصلی عقلایی است که در صورت شک در جهت صدور، به آن مراجعه می کنند» (کاملی خراسانی، ۱۴۰۹: ۷۷۹/۴-۷۸۰) و مادام که اراده خلاف از متکلم ثابت نشود غیر قابل قبول است. در مورد روایات محل بحث نیز قرینه ای وجود ندارد و آنچه به عنوان قرینه مطرح شده است، ناتمام است که در ادامه به آن اشاره می شود.

۲-۲-۲-۳. تنوع فتاوی فقهای اهل سنت

فقهای اهل سنت فتاوی مختلفی در این زمینه دارند. بسیاری از فقهای اهل سنت عقیده دارند که مسلمان در برابر اهل کتاب قصاص نمی شود. فقهای حنبلی (ابن قدامه مقدسی، ۱۳۸۸: ۲۷۳/۸)، مالکی (ابن رشد قرطبی، ۱۴۰۸: ۲۸۲/۳: قرافی، ۱۹۹۴: ۳۴۰/۱۲: رجراجی، ۱۴۲۸: ۱۹۶/۱۰) و شافعی (نووی، بی تا: ۳۵۴/۱۸: ابن سالم عمرانی، ۱۴۲۱: ۳۰۵/۱۱: انصاری سنکی، ۱۴۱۴: ۱۵۷/۲) به صراحت می گویند که مسلمان در برابر کافر کشته نمی شود. دلیل این امر نیز حدیثی است که از رسول خدا ﷺ نقل می کنند:

«لا یقتل مسلم بکافر» (شافعی، ۱۴۱۰: ۳۴۲/۷); مسلمان به خاطر قتل کافر کشته نمی شود.

در مقابل، فقط فقهای حنفی قائل به قصاص مسلمان در برابر اهل کتاب هستند (خزرجی منبجی، ۱۴۱۴: ۷۱۶/۲) و عقیده دارند که مقصود رسول خدا از کافر در حدیث «لا یقتل مسلم بکافر» کفار حربی می باشند نه اهل ذمه (ابن مودود موصلی، ۱۳۵۶: ۲۷/۵). برخی دیگر از فقهای حنفی نیز عقیده دارند که این حدیث در مقام بیان تساوی بین دماء مسلمانان است و به هیچ وجه در مقام نفی تساوی میان دماء مسلمان و غیر مسلمان نیست (سرخسی، ۱۴۱۴: ۲۵/۱۰). پس آیا موافقت با کدام مذهب موجب تقیه است؛ سه مکتب یا فقط حنفیه؟ به نظر می رسد که هیچ کدام مراد نباشد و مراد از عامه

روایت آن‌ها نیست بلکه نظریه رایج و غالب بین آن‌ها و یا حتی نظریه‌ای است که آن‌ها مجموعاً متفرد به آن باشند (ر.ک: غروی اصفهانی، ۱۳۷۴: ۳/۳۷۴). شاهد این مطلب عبارتی است که در موثقه عبید بن زراره از امام صادق علیه السلام نقل شده است:

«ما سمعته منی یشبه قول الناس، فیه التقیة، وما سمعت منی لا یشبه قول الناس فلا تقیة فیه».

از این رو، محقق اصفهانی می‌گوید:

«وقد عرفت أنه لا دلیل علی سقوط الخیر بمجرّد الموافقة» (همان: ۳/۳۷۵); دانستی که خبری به صرف موافقت با عامه از حجیت ساقط نمی‌شود.

۳-۲-۲-۳. واکنش مردم در مقابل فتوای ابویوسف

در تاریخ نقل شده زمانی که ابویوسف شاگرد ابوحنیفه و قاضی معروف دوران هارون الرشید در طی محاکمه شخص مسلمانی (که مرتکب قتل یک ذمی شده بود) حکم به قصاص فرد مسلمان داد، اعتراضات فراوانی از سوی مردم نسبت به وی صورت گرفت به گونه‌ای که اشعاری در مذمت چنین فتوایی سروده شد. حساسیت مردم آن زمان نسبت به این موضوع به گونه‌ای بود که هارون الرشید خلیفه وقت از وی خواست که برای جلوگیری از فتنه و آشوب، موضوع را به گونه‌ای دیگری حل و فصل کند. در نهایت ابویوسف با این بهانه که مقتول جزیه نمی‌پرداخته، حکم به پرداخت دیه از جانب مسلمان کرد (ماوردی بصری بغدادی، ۱۴۱۹: ۱۵/۱۲؛ دمیاطی، ۱۴۱۸: ۱۳۴/۴؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۶/۷). پس با وجود چنین فضایی در جامعه آن زمان و شیوع حکم به عدم حق قصاص برای اقلیت‌ها، فرض صدور روایات حق قصاص برای تقیه، منتفی و باورنشدنی، بلکه قرینه بر خلاف آن است و اگر قرار باشد که دسته‌ای از روایات بر تقیه حمل شود، باید روایات نافی حق قصاص بر تقیه حمل شوند؛ چه، این دسته با افکار عمومی عامه موافق‌اند و همان‌طور که گذشت، مخالفت با جو عمومی عامه ملاک است نه نقل روایت یا فتوای گروهی.

۳-۲-۲-۴. قرینه‌های لفظی در خود روایات

حدیث دوم نیز تعبیری دارد که امام صادق علیه السلام هنگام اظهار ثبوت حق قصاص برای کافر می‌فرماید:

«هذا حديث شديد لا يحتمله الناس ولكن يعطى الذمى دية المسلم ثم يُقتل به المسلم» (كلینی، ۱۳۶۷: ۳۰۹/۷)؛ این حکم به قصاص نظریهٔ تندی است که مردم آن را نمی‌پذیرند، ولی ذمی دیهٔ مسلمان را پردازد و مسلمان قصاص شود.

از این حدیث می‌توان نتیجه گرفت که افکار عمومی چیزی غیر از این اظهار نظر امام است و اگر بنا بود تقیه باشد، امام باید آن را به گونه‌ای بیان می‌کرد تا موافق نظر عموم باشد.

۳-۲-۲-۵. سیرهٔ امام علی علیه السلام

منابع اهل سنت حدیثی را نقل می‌کنند که امیر مؤمنان علیه السلام حکم به قصاص شخصی مسلمان در برابر قتل یک اهل کتاب داد. بر اساس این نقل، شخص مسلمانی را که یک نفر ذمی را به قتل رسانده بود نزد آن حضرت آوردند. فرد دیگری برخاست و علیه مسلمان گواهی داد، آنگاه حضرت دستور قتل وی را صادر کرد. در این هنگام برادر مقتول آمد و گفت که من قاتل را عفو کردم. حضرت فرمود: شاید تو را تهدید کرده‌اند و از آنان ترسیده‌ای؟ برادر مقتول جواب داد: نه، چنین نیست؛ زیرا با قصاص و کشتن قاتل، برادرم باز نمی‌گردد. دیه و خون‌بهای برادرم را پرداخت کنند، راضی می‌شوم. حضرت علیه السلام فرمود: تو بهتر می‌دانی... (بیهقی، ۱۴۱۲: ۲۷/۱۲؛ همو، ۱۴۲۴: ۶۲/۸؛ شافعی، ۱۴۰۰: ۳۴۴/۱).

۳-۲-۲-۳. حمل روایات قصاص بر صورت عادت به قتل

دومین راه حل برای رفع تعارض بین روایات، حمل روایات اثبات‌کنندهٔ قصاص بر صورت عادت است. یعنی به دلیل تعارض دو دسته از روایات و ضرورت جمع بین آن دو، احادیث اثبات قصاص بر موردی حمل می‌شوند که مسلمان به قتل اهل ذمه عادت کرده باشد و مکرراً مرتکب این عمل شود (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۳۹/۲۶).

۳-۲-۲-۴. ارزیابی حمل روایات قصاص بر مورد عادت

این حمل اشکالاتی دارد که پذیرش آن را غیر ممکن می‌سازد:

۱. این حمل موجب حمل مطلق بر مورد نادر و غیر قابل قبول است (خوانساری، ۱۳۵۵: ۲۳۰/۷). توضیح اینکه حمل یک عبارت بر موارد و مصادیق نادر آن با امکان

حمل بر مورد شایع و متعارف، خلاف اصول پذیرفته شده نزد عقلاست. از این رو، این حمل پذیرفتنی نیست.

۲. این جمع فاقد قرینه و مخالف سیاق روایات است و در نتیجه بعید به نظر می‌رسد (مدنی کاشانی، ۱۴۱۰: ۵۶). توضیح اینکه در باب تعارض، جمعی پذیرفتنی است که مستند به الفاظ و عبارات ادله باشد و یا قرائنی بر آن داشته باشیم که به عنوان جمع عرفی شناخته می‌شود. اما اگر جمعی فاقد قرینه باشد به جمع تبرعی معروف و غیر قابل قبول است.

۳. ثبوت قصاص در صورت عادت و تکرار، در حقیقت به خاطر دفع مفسده از جامعه و برای حفظ امنیت و از شئون حاکم است و ربطی به اولیای دم ندارد، در صورتی که این روایات حق را به اولیای دم داده‌اند (همان). از این رو، این مستلزم هزینه زیادی است؛ زیرا روایات دال بر ثبوت قصاص را هم باید حمل بر مورد عادت و تکرار کنیم و هم مراد از قصاصی را که در آن‌ها به حسب ظاهر به عنوان حق اولیای دم شمرده شده، یک حق حاکمیتی برای جلوگیری از اخلال در نظم عمومی بپنداریم.

۴. جمع بندی روایات

سه دسته از احادیث وجود دارند که با یکدیگر در تعارض هستند و لازم است که تعارض آن‌ها را برطرف سازیم. برای این کار چند راه وجود دارد:

۱-۴. جمع بین روایات

در جمع بین احادیث عدم قصاص مطلقاً و ثبوت قصاص در صورت عادت، مشکل خاصی وجود ندارد؛ زیرا آن دو عموم و خصوص مطلق هستند و احادیث قصاص در صورت عادت، بر احادیث عدم قصاص مطلقاً مقدم هستند. بنابراین از جمع احادیث دسته اول و دوم نتیجه می‌گیریم که اگر شخص مسلمان به قتل اقلیت‌های دینی عادت کرده باشد قصاص می‌شود وگرنه قصاص وی منتفی است و باید دیه بپردازد. اما آنچه مهم است رابطه بین احادیث اثبات کننده قصاص به طور مطلق با احادیث نافی قصاص جز در صورت اعتیاد است که باید با کمک قواعد باب تعارض این مشکل را حل

کنیم. همان طور که ملاحظه شد، احادیثی که قصاص را مطلقاً جایز می‌دانند (حتی در صورت عدم عادت) دارای دو مرجح و یک مؤید می‌باشند.

۴-۱-۱. عرضه روایات بر قرآن

ظاهر آیه ۲۷۸ سوره بقره می‌تواند مرجحی برای قول به ثبوت قصاص باشد، حتی اگر ظهور آیه به حدی نباشد که حکم را اثبات کند؛ زیرا در تعارض بین روایات نفی‌کننده و اثبات‌کننده حق قصاص، یکی از مرجحات، موافقت با کتاب است. بنابراین می‌توان این آیه را مرجح روایات دال بر ثبوت حق قصاص دانست.

نیز عموم آیه ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوِیِّهِ سُلْطٰنًا﴾ (اسراء/ ۳۳) به عنوان مرجحی دیگر برای این روایات قابل طرح است. ظهور این دو آیه که قرینه محکمی بر اراده خلاف آن‌ها وجود ندارد، مؤیدی است بر اینکه در جمع بین روایات، احادیث اثبات‌کننده قصاص را به عنوان مستند بپذیریم.

۴-۱-۲. مخالفت با عامه

گفته شده که احادیث نافی قصاص، مخالف عامه است و احادیث اثبات‌کننده، موافق عامه و یکی از مرجحات باب تعارض مخالفت با عامه است. بنابراین ترجیح با روایات نافی است و آن‌ها به عنوان سند قابل قبول‌اند. اما توجه به این نکته لازم است که احادیثی که قصاص را به صورت مطلق جایز می‌دانند نیز مخالف با عامه‌اند؛ زیرا عامه (همان طور که توضیح آن گذشت) به معنای افکار عمومی است و این احادیث با دیدگاه عموم مردم و افکار عمومی در تضادند. شاهد مطلب این است که هنگامی که قاضی ابویوسف حکم به جواز قصاص داد، عموم مردم با وی مخالفت کردند و اعتراضات فراوانی علیه وی شد (ابن بزازی کردی، ۱۳۹۶: ۱۵/۲؛ مفید، ۱۳۷۶: ۲/۲۷۱)، پس نه تنها احادیثی که قصاص را حتی در صورت عدم عادت جایز می‌دانند، حمل بر تقیه نمی‌شوند بلکه می‌توان احادیثی را هم که قائل به عدم قصاص یا قصاص در صورت عادت می‌باشند، بر تقیه حمل کرد. بنابراین می‌توان گفت که احادیث جواز قصاص مطلقاً (البته پس از پرداخت مابه‌التفاوت دیه مسلمان و ذمی) بر احادیث قصاص در صورت عادت مقدم هستند.

۲-۴. توجیه روایات نفی قصاص

نسبت به توجیه روایاتی که نافی هر گونه قصاص و یا نافی آن در صورت عدم اعتیاد هستند نیز دو راه حل وجود دارد.

حمل بر تقیه همچنان که توضیح داده شد که افکار عمومی و جو جامعه در آن زمان بر خلاف ثبوت قصاص بوده است و سه مکتب از مکاتب فقهی اهل سنت نیز بدان معتقد بوده‌اند.

حمل بر موردی که مقتول، اظهار حيله و دشمنی با مسلمانان نماید که در واقع با این عمل، از شرایط ذمه خارج شده و از حقوق شهروندی جامعه اسلامی محروم می‌گردد. در مقابل، احادیث اثبات‌کننده قصاص مربوط به موردی هستند که مقتول متعهد به شرایط ذمه باشد. این جمع یک جمع تبرعی نیست بلکه جمعی عرفی و دارای قرینه روایی است. اسماعیل بن فضل می‌گوید که از امام صادق علیه السلام سؤال کردم: «هل علیهم وعلی من قتلهم شیء إذا غشوا المسلمین وأظهروا العداوة لهم؟ قال: لا إلا أن یکون متعمداً لقتلهم» (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۷۹/۱۹).

بر اساس این روایت در صورت خروج آن‌ها از قرارداد ذمه و اظهار خصومت، حق قصاص ندارند مگر مسلمان به صورت عادت و تکراری مرتکب قتل آن‌ها شود. این روایت در بین روایات عدم قصاص جز در صورت اعتیاد، نسبت به بقیه خاص است و مفسر آن‌ها تلقی می‌شود.

۵. بررسی موضوع با نگاهی به فقه حکومتی

اکنون که اصل قصاص برای اقلیت‌های دینی به عنوان یک حق شخصی و به عنوان حکم اولیه اثبات شد، با توجه به اینکه اهل ذمه در حمایت امام علیه السلام یا حاکم اسلامی هستند و در واقع با حاکم اسلامی پیمان بسته‌اند، امام و حاکمیت مسئولیت حفظ جان و مال آن‌ها را بر عهده دارد و در واقع به نوعی ولی آن‌ها تلقی می‌شود. این نکته به نوعی در بیان حضرت رسول صلی الله علیه و آله و سلم مشاهده می‌شود و از قرینه روایی برخوردار است: «من آذی ذمياً فأنا خصمه ومن كنتُ خصمه، خصمته يوم القيامة» (ابن شعبه حرانی، ۱۴۰۴: ۲۷۱).

در این عبارت، حضرت رسول اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خود را خصم کسی معرفی می‌کند که به آزار و اذیت اهل ذمه بپردازد و علت این امر ممکن است این باشد که اهل ذمه تحت حمایت جامعه اسلامی و حاکمیت پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هستند و وی ولی آنها تلقی می‌شود همچنان که در روایت است: «السلطان ولی من لا ولی له» (امینی نجفی، بی‌تا: ۳۹۹/۱). از دیگر سو، حق قصاص برای پدر، مادر، فرزندان و سایر بستگان قرار داده نشده، بلکه حقی است که برای ولی مقتول قرار داده شده است. قرآن کریم می‌فرماید:

﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا﴾ (اسراء / ۳۳): و هر کس مظلومانه کشته شود برای ولی او سلطنت قرار داده‌ایم.

بنابراین با نگاهی جامع و حکومتی به فقه و با ملاحظه جایگاه این ولایت، ممکن است بین روایات این گونه جمع شود که قتل اهل ذمه، موجب اثبات حق قصاص برای ولی مقتول است اما اعمال این حق در حوزه اختیارات ولی فقیه است که نوعی ولایت قراردادی بر آنها کسب نموده است؛ همچنان که در مواردی وی عاقله آنها معرفی شده است (ر.ک: طوسی، ۱۴۱۷: ۲۸۷/۵؛ ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸: ۴۳۶). از این رو، بر اساس مصالح موجود در زمان‌های مختلف و با توجه به شرایط زمان و شرایط قاتل و مقتول، احکام مختلفی از سوی امام عَلَيْهِ السَّلَام صادر شده است. برخی از فقها نیز به این مطلب اشاره کرده‌اند؛ مثلاً ابوصلاح حلبی در این باره می‌فرماید:

«فإن كان أولياؤه كقارًا فأسلم أحدهم فهو وليه، وإن لم يُسلم منهم أحد أو لم يكن له وليٌ فوليه سلطان الإسلام وهو مخير في قتل العمد بين أخذ الدية والقود» (۱۴۰۳: ۳۸۹).

روایتی نیز که منابع اهل سنت از قضاوت امام علی عَلَيْهِ السَّلَام نقل کرده‌اند، مؤیدی برای این نظریه است.^۱

۱. «أخبرنا محمد بن الحسن، حدّثنا قيس بن الربيع الأسدی عن أنان بن تغلب عن الحسن بن ميمون عن عبد الله بن عبد الله، مولى بنى هاشم، عن أبي الجنوب الأسدی، قال: أتى علي بن أبي طالب عَلَيْهِ السَّلَام برجل من المسلمين، قتل رجلاً من أهل الذمة. قال: فقامت عليه البيئة، فأمر بقتله. فجاء أخوه، فقال: إني قد عفوت عنه. قال: فلعلهم هددوك أو فرّقوك أو فرّعوك؟ قال: لا ولكن قتله لا يردّ عليّ أخي و عوّضوني فرضيت. قال: أنت أعلم. من كان له ذمتنا، فدمه كدمنا وديته كديتنا» (بيهقی، ۱۴۲۴: ۶۲/۸).

نتیجه‌گیری

قتل اهل ذمه موجب اثبات قصاص است. دلایل اثبات این قصاص، آیات قرآن و روایات معصومان علیهم‌السلام است. عموم مستند به ظهور دو آیه قرآن ثبوت قصاص است بدون خارج کردن موردی که مقتول غیر مسلمان است. وجود مخصص روایی برای این آیات نیز به اثبات نرسیده و آیات بر ظاهر خود باقی هستند. روایات نیز گرچه متعارض‌اند، اما حمل روایات دال بر قصاص بر مورد تکرار و عادت بزهکار به ارتکاب قتل، حمل آن‌ها بر مورد نادر است و پذیرفتنی نیست. حمل آن‌ها بر تقیه نیز فاقد قرینه است بلکه قرائنی بر خلاف آن وجود دارد و این حمل را توجیه‌ناپذیر می‌نماید. این ادعا نیز که اثبات حق قصاص با آیه نفی سبیل مخالف است فاقد موضوع به نظر می‌رسد؛ زیرا مراد از سبیل، گشودن راه سلطه کفار بر جامعه اسلامی است، در حالی که قصاص، در صورت ثبوت، به نظر می‌رسد که استیفای حق باشد نه سلطه‌جویی و گشودن سبیل کفار. از دیگر سو حاکم اسلامی به عنوان ولی آن‌ها می‌تواند از حقوقشان دفاع کند و خواستار قصاص قاتل اهل ذمه باشد. از این رو، اجرای این حق با حاکم اسلامی به عنوان ولی وی می‌باشد. بر این اساس، بررسی مجدد و بلکه اصلاح قانون مجازات اسلامی با توجه به مبانی مطرح شده و اشکالات موجود نسبت به عدم حق قصاص شایسته می‌نماید.

کتاب شناسی

۱. آل شیخ راضی، محمدطاهر، *بداية الوصول في شرح كفاية الاصول*، بی جا، ستاره، ۱۴۲۵ ق.
۲. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى*، قم، اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابن بزازی کردری، حافظ‌الدین محمد بن محمد، *مناقب ابی حنیفه*، بی جا، مکتبه الداوری، ۱۳۹۶ ق.
۴. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، *الوسيلة الى نيل الفضيله*، قم، مطبعة الخيام، ۱۴۰۸ ق.
۵. ابن حنبل، احمد بن محمد، *المسند*، بیروت، دار الجیل، ۱۴۱۰ ق.
۶. ابن رشد قرطبی، محمد بن احمد، *المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الاحكام الشرعية والتحصيلات المحکمات لامتهات مسائلها المشکلات*، بیروت، دار الغرب الاسلامی، ۱۴۰۸ ق.
۷. ابن سالم عمرانی، ابوالحسین یحیی بن ابی، *البيان في مذهب الامام الشافعی*، جده، دار المنهاج، ۱۴۲۱ ق.
۸. ابن شعبه حرانی، حسن بن علی بن حسین، *تحف العقول عن آل الرسول ﷺ*، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۴ ق.
۹. ابن قدامه مقدسی، عبدالله بن احمد، *المغنی*، قاهره، مکتبه القاهره، ۱۳۸۸ ق.
۱۰. ابن مودود موصلی، عبدالله بن محمود، *الاختیار لتعلیل المختار*، قاهره، مطبعة الحلبي، ۱۳۵۶ ق.
۱۱. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان في شرح ارشاد الاذهان*، قم، اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۱۲. امینی نجفی، عبدالحسین احمد، *الغدیر فی الكتاب والسنة والادب*، احمد، بیروت، دار الكتاب العربی، ۱۳۹۷ ق.
۱۳. انصاری سنیکي، زکریا بن محمد، *فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب*، بی جا، دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.
۱۴. بخاری، عبدالله بن اسماعیل، *صحيح البخاری*، بی جا، دار الفکر للطباعة والنشر والتوزيع، ۱۴۰۱ ق.
۱۵. بیهقی، ابوبکر احمد بن حسین، *السنن الکبری*، چاپ سوم، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۲۴ ق.
۱۶. همو، *معرفة السنن والآثار*، قاهره، دار الوفاء، ۱۴۱۲ ق.
۱۷. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الى تحصيل مسائل الشریعه*، قم، آل البيت ﷺ، ۱۴۰۹ ق.
۱۸. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، *فقه الصادق ﷺ*، قم، دار الكتاب، ۱۴۱۲ ق.
۱۹. حکیم، سیدعبدالصاحب، *منتقى الاصول*، بی جا، الهادی، ۱۴۱۶ ق.
۲۰. حلبی، ابوالصلاح تقی‌الدین بن نجم‌الدین، *الکافی فی الفقه*، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین ﷺ، ۱۴۰۳ ق.
۲۱. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تذکرة الفقهاء*، قم، آل البيت ﷺ، ۱۴۱۴ ق.
۲۲. همو، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۳. حمیری، نشوان بن سعید، *شمس العلوم ودواء کلام العرب من الکلوم*، بیروت، دار الفکر، ۱۴۲۰ ق.
۲۴. خزرچی منبجی، جمال‌الدین علی بن ابی‌یحیی زکریا بن مسعود، *اللباب فی الجمع بین السنة والکتاب*، چاپ دوم، دمشق، دار القلم، ۱۴۱۴ ق.
۲۵. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، تعلیق علی اکبر غفاری، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۳۵۵ ش.
۲۶. دمیاطی، ابوبکر بن محمد شطا، *اعانة الطالبین علی حل الفاظ فتح المعین*، بی جا، دار الفکر، ۱۴۱۸ ق.
۲۷. رجراجی، ابوالحسن علی بن سعید، *مناهج التحصیل و نتائج لطائف التأویل فی شرح المدونة و حلّ مشکلاتها*، بی جا، دار ابن حزم، ۱۴۲۸ ق.
۲۸. سبحانی تبریزی، جعفر، *شرایط قصاص*، درس خارج مورخ ۱۳۹۰/۷/۹، <www.tohid.ir>.

۲۹. سَرْخَسِي، شمس‌الائمة محمد بن احمد، الميسوط، بيروت، دار المعرفة، ۱۴۱۴ ق.
۳۰. شافعي، محمد بن ادريس، الام، بيروت، دار المعرفة، ۱۴۱۰ ق.
۳۱. همو، مسند الامام الشافعي، بيروت، دار الكتب العلمية، ۱۴۰۰ ق.
۳۲. صدوق، محمد بن علي بن حسين بن موسى بن بابويه قمي، المقنع، قم، مؤسسة الامام الهادي (عليه السلام)، ۱۴۱۵ ق.
۳۳. طباطبائي حائري، سيد علي بن محمد علي، رياض المسائل في بيان الاحكام بالدلائل، قم، اسلامي، ۱۴۱۲ ق.
۳۴. طباطبائي مؤتمني، منوچهر، آزادي‌هاي عمومي و حقوق بشر، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۲ ش.
۳۵. طباطبائي يزدي، سيد محمد كاظم، سؤال و جواب، تحقيق سيد مصطفي محقق داماد، تهران، بي‌نا، بي‌تا.
۳۶. طوسي، محمد بن حسن، الخلاف، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، ۱۴۲۰ ق.
۳۷. همو، الميسوط في فقه الاماميه، تهران، المكتبة المرتضوية لاحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷ ق.
۳۸. همو، النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، چاپ دوم، بيروت، دار الكتاب العربي، ۱۴۰۰ ق.
۳۹. عاملی، محمد بن مكي، اللمعة الدمشقية في فقه الاماميه، لبنان، دار التراث - الدار الاسلاميه، ۱۴۱۰ ق.
۴۰. عسقلاني، شهاب الدين بن حجر، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، بيروت، دار المعرفة، بي‌تا.
۴۱. غروي اصفهاني، محمد حسين، نهاية الدراية في شرح الكفايه، قم، سيد الشهداء، ۱۳۷۴ ش.
۴۲. فاضل موحدی لنكراني، محمد، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القصاص، قم، اسلامي، ۱۴۲۱ ق.
۴۳. همو، دراسات في الاصول، قم، مركز فقه الاطهار (عليه السلام)، ۱۴۳۰ ق.
۴۴. فاضل هندی، بهاء الدين محمد بن حسن اصفهاني، كشف اللثام والابهام عن قواعد الاحكام، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، ۱۴۱۶ ق.
۴۵. قرافي، احمد بن ادريس مالكي، الذخيره، بيروت، دار الغرب الاسلامي، ۱۹۹۴ م.
۴۶. كاظمی خراسانی، محمد علی، فوائد الاصول، تحقيق آقا ضياء الدين عراقی، تقريرات بحث آية الله ثانيي، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، ۱۴۰۹ ق.
۴۷. كليني، محمد بن يعقوب، الكافي، تصحيح علي اكبر غفاري، تهران، دار الكتب الاسلاميه، ۱۳۶۷ ش.
۴۸. ماوردی بصری بغدادی، ابوالحسن علي بن محمد، الحاوي الكبير في فقه مذهب الامام الشافعي وهو شرح مختصر المنزني، بيروت، دار الكتب العلمية، ۱۴۱۹ ق.
۴۹. مدنی شیرازی، سيد علی خان، رياض السالكين في شرح صحيفة سيد الساجدين، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، ۱۴۱۵ ق.
۵۰. مدنی كاشاني، حاج آقارضا، كتاب القصاص للفقهاء والنوادر، چاپ دوم، قم، اسلامي، ۱۴۱۰ ق.
۵۱. مفيد، محمد بن محمد بن نعمان عكبري بغدادی، الارشاد في معرفة حجج الله على العباد، ترجمة محمد باقر ساعدي خراساني، تهران، اسلاميه، ۱۳۷۶ ش.
۵۲. موسوی بجنوردی، سيد محمد بن حسن، قواعد فقهيه، چاپ سوم، تهران، عروج، ۱۴۰۱ ق.
۵۳. موسوی خميني، سيد روح الله، كتاب البيع، تهران، مؤسسة تنظيم و نشر آثار امام خميني، ۱۴۲۱ ق.
۵۴. موسوی خويي، سيد ابوالقاسم، مباني تكملة المتهاج، قم، علميه، ۱۳۹۶ ق.
۵۵. همو، محاضرات في اصول الفقه، تقرير محمد اسحاق فياض، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، ۱۴۱۱ ق.
۵۶. نجفی، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، بيروت، دار احياء التراث العربي، ۱۴۰۴ ق.
۵۷. نوری طبرسی، ميرزا حسين، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، قم، آل البيت (عليه السلام)، ۱۴۰۸ ق.
۵۸. نووی، محیی الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المذهب، بی‌جا، دار الفكر، بی‌تا.
۵۹. هاشمی شاهرودی، سيد محمود، قراءات فقهية معاصره، قم، مؤسسة دائرة المعارف فقه اسلامي، ۱۴۲۳ ق.

تکفیر،

از مبانی ممنوعیتِ فقهی تا ضرورت جرم‌انگاری*

- عبدالرضا اصغری^۱
- سجاد روستائی^۲

چکیده

گزارف نیست اگر تکفیر را مهم‌ترین مسئله فعلی جهان اسلام بدانیم که به رغم ماهیت درون‌دینی آن، دامنه‌اش به خارج از مرزهای دین نفوذ کرده و ترس از آن به کشورهای غیر اسلامی نیز سرایت نموده است. در راستای همین اهمیت، یکی از راهکارهایی که می‌توان برای مبارزه با آن در نظر گرفت، استفاده از حقوق کیفری و مجازات است. با اینکه حقوق کیفری ابزاری در جهت واکنش علیه مجرمان است، طینت ضد بشری تکفیر و گره خوردن آن با تروریسم می‌تواند حقوق کیفری را از اصول اساسی خود جدا کرده و به گونه‌ای ابزارگون در اختیار قانون‌گذاران قرار دهد. به رغم وجود این چالش، ضرورت جرم‌انگاری این پدیده در پرتو مبانی فقهی آن، خطر انحراف از اصول مذکور را توجیه می‌کند و

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۱۱/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۸/۸.

۱. استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی (rasghari@yahoo.com).

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه علوم اسلامی رضوی (نویسنده مسئول) (sajadroostaei69@gmail.com).

در عین حال، مزایای استفاده از قانون را نسبت به جایگزین‌های غیر حقوقی نشان می‌دهد. با این حال، راه حل پیشنهادی برای مبارزه و برون‌رفت از فرایند تبدیل نیروهای تکفیری به عوامل تروریستی، ایجاد موانع قانونی بر سر راه آن‌ها و به اصطلاح جرم‌انگاری این پدیده به عنوان جرم مانع است؛ راهی که اسناد بین‌المللی نیز بر آن تأکید دارند.

واژگان کلیدی: تکفیر، نیروهای تکفیری، جرم‌انگاری، ضرورت جرم‌انگاری، تروریست.

مقدمه

در روزگاری که زندگی می‌کنیم، بیش از هر دوره‌ای شاهد ناسازگاری‌ها، چندگانگی‌ها و اختلافات شدید در کشورهای اسلامی هستیم. به طوری که امروزه مذهب عمیقاً با نزاع‌های داخلی و گرایش به خشونت درآمیخته است (نیکبخت، ۱۳۹۳: ۱۲۷). اندک روزی است که اخبار اسفناک کشتار مسلمانان و بعضاً غیر مسلمانان را در سراسر جهان به علت ناپردباری‌های مذهبی نشنومیم. واقعیت آن است که این اختلافات تا زمانی که در قاب اندیشه محصور بماند، نه تنها بر خلاف تعلیمات اسلامی نیست بلکه می‌تواند موجبات رشد و شکوفایی را نیز فراهم کند؛ چه، اسلام آیینی است که اختلاف مبانی و دیدگاه‌ها را برمی‌تابد. لیکن سوگمنده این اختلافات از مرحله علمی و ذهنی فراتر رفته، به خشونت عریان رسیده است تا جایی که زائیده آن چیزی جز پدیده منفور تکفیر در میان گروه‌های اسلامی نبوده است. تکفیریان با نادیده گرفتن متون، آموزه‌ها و سیره بزرگان هم‌مسلكشان، به دور از هر گونه تعقل و تأمل، فتوا به کفر برادران هم‌کیش و مسلمان خود داده، به چپاول اموال آن‌ها، کشتار دسته‌جمعی، نسل‌کشی، ترور و... می‌پردازند. به عقیده برخی:

این بی‌رحمی‌ها، ابعاد و اشکال چنان هولناکی به خود گرفته‌اند که اندیشمندان را به شک و تردید در ذات انسانی واداشته‌اند (ترتبی‌نژاد، ۱۳۸۲: ۵۰).

گویی تبشیر قرآن را که می‌فرماید هرآینه سخت‌دلی و تندخویی باعث پراکندگی افراد از حضرت خاتم صلی الله علیه و آله و اسلام خواهد شد (ر.ک: آل عمران/ ۱۵۹)، ندیده یا نشنیده‌اند. آنان با این روش خواسته یا ناخواسته، به نحوی ارزش را با ضد ارزش تبلیغ می‌کنند. حال آنکه امروز خانواده بزرگ اسلام بیش از هر زمان دیگری به گذار از اندیشه‌های تکفیری و تنگ‌نظرانه به بردباری دینی و مذهبی نیاز دارد.

نکته ظریفی که در اینجا رخ می‌نمایاند این است که نه تنها مذهب مانعی برای ارتکاب جرایم تکفیریان نشده است، بلکه عاملی در جهت هر چه دقیق‌تر، وسیع‌تر و خشن‌تر شدن اعمالشان برای از میان بردن خصم شده است؛ چرا که رفتارها، تصمیم‌گیری‌ها و انتخاب‌های فرد مستقیماً متأثر از باورهای وی است (شمس، ۱۳۸۴: ۱۷). بنابراین یکی از ویژگی‌های بارز آنان، مبتنی بر مذهب بودن اقداماتشان است. بدیهی است که ادیان الهی راستین که بدون تحریف به بشر رسیده‌اند، عاری از هرگونه انحراف و تحریک به سمت ناهنجاری‌ها هستند و در واقع این کج‌فهمی و اعمال نظرات شخصی است که دین را به عاملی جرم‌زا تبدیل می‌کند.

سابقه پیدایش این پدیده در گروه‌های اسلامی به دوران خلافت امیرالمؤمنین علیه السلام و خوارج^۱ برمی‌گردد. البانی در این زمینه می‌نویسد:

مسئله تکفیر، یکی از فتنه‌های بزرگ و کهنه است که یک فرقه از فرق اسلامی قدیمی بنام خوارج آن را بنا نهادند (البانی، بی‌تا: ۱۴).

خوارج بعد از جریان حکمیت در جنگ صفین با شعارهای واهی و البته حق به جانب، به عنوان اولین گروهی هستند که سایر فرق اسلامی (توکلیان اکبری، ۱۳۹۱: ۵) و در رأس آن‌ها حضرت علی علیه السلام را تکفیر کردند (محمدی ری‌شهری، ۱۳۸۲: ۳۳۳؛ سبحانی تبریزی، ۱۳۷۴: ۶۲۵). پرچم فتنه‌افکنی و تکفیر مسلمانان بعد از خوارج به دست ابن تیمیه حرّانی (قرن هشتم هجری) افتاد (برای ملاحظه فتاوی آن‌ها ر.ک: نجدی، ۱۳۴۲: ۲۸-۴۰) و بعد از آن هم به دست محمد بن عبدالوهاب بن سلیمان نجدی، مؤسس فرقه انحرافی «وهابیت» سپرده شد^۲ که فتاوی وی، امروزه قسمت اعظم مستندات گروه‌های تکفیری را تشکیل می‌دهد. اما آنچه که به تکثیر تفکر تکفیری در سال‌های اخیر شدت بخشید بنیادگرایی^۳

۱. خوارج گروهی را می‌گویند که بر دولت وقت بشورند و آن را قانونی ندانند، ولی در اصطلاح علمای کلام و تاریخ، اقلیتی از سربازان علی علیه السلام را گویند که به سبب پذیرفته شدن مسئله حکمیت ابوموسی و عمروعاص، حساب خود را از امام علیه السلام جدا و شعار خود را جمله «لا حکم الا لله» قرار دادند. به همین جهت آن‌ها را مُحکمّه نیز می‌نامند (محمدی ری‌شهری، ۱۳۸۲: ۶۲۴).

۲. ناگفته نماند که در فواصل زمانی خوارج تا ابن تیمیه و محمد بن عبدالوهاب، کسانی بودند که رأی به کفر دیگران صادر نمودند، لیکن منشأ همه آن‌ها را باید در یکی از سه دوره مذکور جستجو کرد.

۳. به طور خلاصه بنیادگرایی به معنای بازگشت به اسلام و اصول و مبانی آن و خلفای گذشته است.

بود که البته با حمایت کشورهای غربی و برخی از کشورهای عربی تکمیل شد (رامیار، ۱۳۹۴: ش ۸۰/۵). علت گرایش به بنیادگرایی نیز در واقع به نوعی پاسخ به مدرنیسم غربی و بدعت‌های ایجادشده در دین بوده است.

با نهادینه شدن گفتمان تکفیر که البته نخستین قربانی آن خود مذهب (غلامی و حسین‌زاده، ۱۳۹۳: ش ۱۱۴/۱) و در مرحله عملیاتی آن، بزرگان دینی و باورمندان به آن هستند، از نظام کیفری که مجموعه‌ای از ارزش‌ها و اعتقادات جامعه است انتظار می‌رود که وارد کارزار شود و افزون بر تأمین امنیت نقض شده، آرامش خاطر و خیال را به جامعه هدیه کند. از آنجا که نظام کیفری ایران متأثر از فقه اسلامی است، جرم‌انگاری در حوزه ارزش‌های اساسی اجتماعی و شرعی، به منزله ابراز، اعلام و تقنین کیفری درباره جرایم و مجازات‌هایی خواهد بود که گزاره‌های اسلامی در تعارض با آن‌ها هستند (آقابابایی، ۱۳۸۴: ش ۱۲/۵) و از آنجا که محال است اسلام به عنوان کامل‌ترین دین، حکمی در این مسئله کلان نداشته باشد، برای شناسایی مواضع شریعت، مبانی شرعی این پدیده را در فقه اسلامی پی می‌گیریم.

ضرورت این جستار از آن جهت احساس شد که اگر بنا باشد این دست از تفکرات، شاخصی برای دینداری باشند، شاید در اطراف آن اجماع مرکبی بر کفر و بی‌دینی تمام مسلمانان پدید آید (توکلیان اکبری، ۱۳۹۱: ۳) که یقیناً نفع آن نصیب دشمنان اسلام خواهد شد. بر این اساس، پژوهش حاضر با به میان آوردن این پرسش که مبانی و ضرورت جرم‌انگاری پدیده تکفیر چیست؟ در پی آن است که زمینه‌ها و شالوده اصلی مسئله را تحلیل و نهایتاً این ضرورت را اثبات نماید.

«تکفیر» از مصدر باب تفعیل و از ماده «کفر» است که در لغت معانی متعددی برای آن ذکر شده است و به طور کلی هر چیزی است که چیز دیگری را پنهان کند (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۴۸/۵) و در کلام قرآن به معنای پنهان کردن و پوشاندن گناه آمده است (مائده/ ۶۵) و در جای دیگری به معنای خضوع انسان برای دیگری آورده شده (همان: ۴۷۶/۳؛ کلینی، ۱۴۲۹: ۱۰۷/۶). همچنین به معنای گذاشتن یک دست روی دیگری در نماز نیز آمده است (عاملی، ۱۴۱۲: ۱۸۱). اما زبیدی در تاج العروس تکفیر را به معنای نسبت دادن کفر به دیگران و کافر قرار دادن آن‌ها آورده است (حسینی واسطی

زیبیدی، بی تا: ۱۴/۶۰-۶۲). این همان معنای اصطلاحی تکفیر است که لازم است از مهدورالدم شمردن متمایز گردد.

از این رو این نوشتار با توجه به اینکه این مبحث از ضرورت‌های جامعه کنونی بوده و ریشه در فقه و حقوق اسلام دارد، ابتدا جایگاه و موضع حقوق اسلامی را در این مسئله با عنوان مبانی فقهی حرمت تکفیر تبیین می‌کند و در ادامه به چگونگی و نمونه‌هایی از آرا و نظریات فقهای امامیه و عامه اشاره می‌کند و در نهایت، با اثبات ضرورت‌های موجود در اسناد بین‌المللی و آموزه‌های جرم‌شناختی در رابطه با این پدیده تحت عنوان ضرورت‌های حقوق بین‌المللی و جرم‌شناختی، به ضرورت جرم‌انگاری تکفیر در حقوق کیفری خواهد رسید.

۱. مبانی فقهی حرمت تکفیر

فرایند جرم‌انگاری، امری مغایر با اصل اولیه اباحه و منطقه‌الفراغ در اعمال می‌باشد و باید به مواردی محدود شود که منافع اساسی و حیاتی آحاد مردم یا جامعه لطمه دیده باشد (کلارکسون، ۱۳۷۱: ۲۳۷؛ عبدالفتاح، ۱۳۸۱: ش ۱۵۶/۴۱؛ بوشهری، ۱۳۷۹: ۳۳-۳۴). بنابراین جرم‌انگاری رفتارها، نیازمند داشتن مبانی محکمی از منابع معتبر در هر نظام حقوقی است که بتواند اعمال محدودیت‌ها را توجیه نماید. در این بخش به اهمّ این مبانی که در منابع اصیل و معتبر امامیه و عامه در رابطه با حرمت تکفیر آمده است، خواهیم پرداخت.

۱-۱. قرآن و ممنوعیت تکفیر

جلوگیری از قتل و خونریزی‌های بی‌مهابا را می‌توان یکی از مهم‌ترین موارد تحریم تکفیر از دیدگاه قرآن دانست؛ چرا که گام نهادن در این ورطه هولناک، آن هم با اعتقاد راسخ، احتمال اقدام به کشتار و جنایت را به شدت افزایش می‌دهد. گویی ممنوعیت مذکور، مانعی بر سر راه مفسد قریب‌الوقوع بعد از آن است. خداوند متعال در آیه ۹۴ سوره نساء می‌فرماید: «به کسی که اظهار اسلام می‌کند نگویید که مسلمان نیستی»^۱.

۱. «وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ آتَىٰ إِلَيْكُمُ السَّلَامَ لَسْتَ مُؤْمِنًا تَقْتُلُونَ عُرْضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا فَبِئْسَ اللَّهُ مَبْعَثًا لِكَيْفَرُوا».

سپس اضافه می‌کند که مبدا به خاطر نعمت‌های ناپایدار این جهان، افرادی را که اظهار اسلام می‌کنند متهم کرده و آن‌ها را به عنوان یک دشمن به قتل برسانید و اموال آن‌ها را به غنیمت بگیرید (مکارم شیرازی، ۱۳۷۳: ۷۳/۴-۷۴). این آیه زمانی نازل شد که یکی از مسلمانان مشرکی را به قتل رساند، به خیال اینکه هنوز مشرک است و از روی ترس القای سلام کرده است. خدای متعال وی را توبیخ می‌کند به اینکه اسلام، ظاهر حال و گفتار افراد را معتبر می‌داند و مسلمانان حق تفتیش از باطن کسی ندارند (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۴۱/۵).

از این آیه شریفه دو حکم استفاده می‌شود: نخست، ممنوعیت تفتیش عقاید؛ دوم، عدم جواز تکفیر کسی که در اعتقاداتش مسبوق به کفر است (مطابق شأن نزول آیه) و در عین حال به گفته خودش، ظاهراً اسلام آورده است. یقیناً شدت این حکم در جایی که فرد مسبوق به اسلام، و به اصطلاح احادیث، اهل قبله باشد، بیشتر خواهد بود. اما سؤال اساسی که به ذهن می‌رسد این است که چرا در این آیه از واژه «مسلم» به جای «مؤمن» استفاده نشده است؟ ممکن است در بادی امر گفته شود که هیچ تفاوتی بین این دو لغت در مانحن‌فیه وجود ندارد و هر کدام که استفاده شود وافی به مقصود است، اما تردیدی وجود ندارد که اراده خداوند متعال بر عبث واقع نمی‌شود. لذا این امتناع محال است که بدون علت و معنا باشد و آنچه که در روایات هم وجود دارد مؤید این ادعاست؛ از جمله روایتی که در مقام فرق بین اسلام و ایمان از امام صادق (ع) نقل شده است، ایشان فرمود: مرتبه اسلام قبل از ایمان است؛ زیرا مسلمان شدن باعث می‌شود که شخص اسلام آورنده ارث ببرد و با مسلمانان ازدواج کند و مال و جانس در پناه اسلام باشد، ولی قبل از اسلام آوردنش چنین نیست. اما ایمان باعث می‌شود که اگر اعمالش پسندیده باشد به او ثواب داده شود^۱ (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۷۳/۱؛ طبرسی، ۱۴۰۳: ۳۶۷/۲). در نتیجه، با توجه به تقدم رتبی اسلام بر ایمان، وقتی نهی آیه شامل کسی شود که به دیگری بگوید: «تو مؤمن نیستی»، به طریق اولی و با شدت مغبوضیتی بیشتر،

۱. «إِنَّ الْإِسْلَامَ قَبْلَ الْإِيمَانِ وَعَلَيْهِ يَتَوَارَثُونَ وَيَتَنَكَحُونَ وَالْإِيمَانُ عَلَيْهِ يَثَابُونَ». خدای متعال در آیه ۴۹ سوره حجرات با تأکید بر این نکته، در جواب به اعراب بادیه‌نشین که گفتند ایمان آوردیم، می‌فرماید: «بگو: ایمان نیاوردید بلکه بگویید اسلام آوردیم و هنوز ایمان در دل‌هایتان داخل نشده است».

شامل کسی می‌شود که مسلمانی را غیر مسلمان یا کافر خطاب نماید. البته این استدلال به زودی با روایات متعدد تأیید خواهد شد.

۲-۱. سنت ضد تکفیری معصومان علیهم‌السلام

روایات فراوانی در نهی از تکفیر مسلمانی که اقرار به شهادتین دارد، از صحیح‌ترین کتب شیعه و اهل سنت وارد شده است، تا چه رسد به کافر دانستن مسلمانی که واجبات را انجام می‌دهد و محرّمات را ترک می‌کند؛ از جمله مهم‌ترین آن‌ها:

۱. رسول خدا صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم فرمود:

هر کس به مؤمنی نسبت کفر دهد، مانند این است که او را کشته باشد^۱ (بخاری، ۱۴۰۷: ۲۲۶۴/۵؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۸۰/۱۶).

۲. از عبدالله بن عمر نقل شده است که پیامبر اکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم فرمود:

زمانی که مردی به برادر خود می‌گوید: ای کافر! به راستی که یکی از آن‌ها گرفتار کفر می‌شود (بخاری، ۱۴۰۷: ۲۲۶۳/۵).

امام باقر علیه‌السلام در بیان علت کافر شدن یکی از آن دو می‌فرماید:

زیرا یا نسبت تکفیرگر به حق بوده و یا به ناحق. اگر به حق بوده، تکفیرشونده کافر است وگرنه به محض کافر خواندن برادر ایمانی، وصف کفر به گوینده برمی‌گردد (ابن اثیر جزری، بی‌تا: ۱۸۵/۴).

۳. در روایت دیگری به نقل از امام باقر علیه‌السلام آمده است:

هرگز هیچ مردی به کفر دیگری شهادت نداد، جز آنکه یکی از آن دو سزاوار کفر است. اگر شهادت بر کافر داده که راست گفته است و اگر مؤمن باشد، کفر به خودش رجوع می‌کند. پس از طعن زدن به مؤمنان پرهیز (کلینی، ۱۴۰۷: ۳۶۰/۲؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۸۹/۱۲).

۴. رسول اکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم فرمود:

۱. «من حلف بملّة غیر الإسلام کاذبًا فهو کما قال، ومن قتل نفسه بشيء عدّب به فی نار جهنّم، ولعن المؤمن کتله، ومن رمی مؤمنًا بکفر فهو کتله» (بخاری، ۱۴۰۷: ۲۲۶۴/۵)؛ «ومن رمی مؤمنًا بکفر فهو کفاته» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۸۰/۱۶).

کسی که گوینده «لا إله إلا الله» را تکفیر کند، خودش به کفر نزدیک‌تر است از آن شخص (طبرانی، ۱۴۰۴: ۲۷۲/۱۲).

سیره عملی پیامبر اسلام ﷺ و اهل بیت ﷺ نیز چنان بود که حتی دشمنان خود را کافر نمی‌خواندند. یک مورد از آن‌ها داستان تبهان است که اسلام آورد و سپس کافر شد. نبی مکرم اسلام ﷺ از وی خواست که توبه کند و او توبه کرد، آنگاه دوباره کافر شد و توبه نمود. او این کار را چهار بار تکرار کرد. پیامبر ﷺ دستور داد که وی را به قتل رسانند. وقتی او را برای اجرای حکم می‌بردند، سر خود را کج کرد و به یکی از مسلمانان چیزی گفت. در این هنگام پیامبر پرسید که چه گفت؟ آن مرد عرض کرد که گفت: من مسلمانم و شهادت می‌دهم که جز خدای متعال معبودی نیست. رسول خدا ﷺ فرمود: «او را رها کنید» (متقی هندی، ۱۴۰۹: ۳۱۵/۱). چقدر فاصله است میان این رفتار و رفتار تکفیریان متعصب که مسلمانانی را می‌کشند که علاوه بر شهادت به یگانگی خداوند، عامل به اوامر و نواهی شارع مقدس نیز هستند. امیرالمؤمنین ﷺ نیز که در حقیقت به دست یکی از خوارج تکفیری به شهادت رسید، در جنگ نهروان هیچ یک از آنان را کافر خطاب نکرد و فرمود: «این‌ها برادران ما هستند که علیه ما شورش کرده‌اند» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۸۲/۱۵). شبیه همین عبارات در وصف امیرالمؤمنین ﷺ از کتب اهل سنت نیز نقل شده است (ر.ک: ابن ابی‌شیبیه، ۱۴۰۹: ۵۳۵/۷؛ بیهقی، ۱۴۱۹: ۱۷۳/۸). اهمیت وحدت و یکپارچگی مسلمانان را می‌توان در نوع تعامل امیرالمؤمنین ﷺ با خلفای راشدین و همکاری با آنان در بسیاری از امور نظامی، سیاسی، علمی، اعتقادی و... نیز به خوبی مشاهده کرد که نشان از قباحیت تفرقه و نفاق در نظر آن حضرت دارد^۱ (برای آگاهی بیشتر از نظرات خلفا درباره امیرالمؤمنین ﷺ ر.ک: صدوق، ۱۴۱۳: ۳۶/۴؛ تمیمی مغربی، ۱۳۸۵: ۴۵۳/۲).

۳-۱. حرمت تکفیر در کلام فقها

در طول تاریخ همواره شاهد وحدت و زندگی مسالمت‌آمیز امت اسلامی (شیعه و اهل

۱. هرچند بحث از سیره اهل بیت ﷺ در گفتار بعدی ذکر خواهد شد، سیر بحث سبب شد قسمتی از آن در این گفتار مطرح شود.

سنت) در کنار هم بوده‌ایم. انکارشدنی نیست که این دو مذهب دارای اختلافات مبانی و اصولی در زمینهٔ خلافت و ولایت هستند، به طوری که باب مناظرات آن‌ها در طول سال‌های متمادی به صورت گسترده مفتوح بوده است. در عین حال، نه تنها این مذاهب هیچ‌گاه یکدیگر را به کفر متهم نکرده و از حوزهٔ نقد مبانی نظری خارج نگشته‌اند، بلکه رجوع به فتاویٰ فقهای آن‌ها در ادوار مختلف، موجب ایجاد ظن قوی به حصول اجماع محصل در حرمت این پدیده می‌گردد. دست کم قدر مسلم آن است که نظر مخالفی در این رابطه وجود ندارد. البته بحث از آرای علمای فرقه‌های مذهبی (مانند وهابیت که اساس اعتقادشان تکفیر سایر مذاهب اسلامی است و امروزه اصول عقاید تکفیریان را تشکیل می‌دهد) که دارای انحرافات از مسیر ادیان الهی هستند و نقش قابل توجهی در ایجاد انگیزه‌ها و اهداف ضد دینی برای ارتکاب انحرافات ایفا می‌کنند (غلامی و حسین‌زاده، ۱۳۹۳: ش ۹۵/۱) خارج از بحث ماست؛ زیرا مذاهب اسلامی که از بزرگان دین به دست ما رسیده، منحصر در شیعه، حنفی، شافعی، حنبلی و مالکی است. بنابراین سایر انشعابات و فرق، انحرافی، بدعت‌گون و فاقد سابقه به شمار می‌روند؛ به ویژه اینکه حکم به کفر مسلمانان، نخستین بار از همین گروه‌ها صادر شد. لیکن بحث ما اثبات این مطلب است که در مذاهب پنج‌گانه به عنوان تنها شاخه‌های دین الهی اسلام، تکفیر عملی بسیار نکوهیده و غیر شرعی است. برای پرهیز از اطالهٔ کلام، به برخی از مهم‌ترین فتاویٰ فقها در این زمینه خواهیم پرداخت.

ابن حزم اندلسی از علمای بزرگ اهل سنت تصریح می‌کند که حرمت تکفیر مسلمان، گفتاری است که علمای اهل سنت و تمام صحابه بر آن اجماع دارند^۱ (بی‌تا: ۱۳۸/۳) و کسی که تنها به یگانگی الله و رسالت محمد ﷺ شهادت بدهد مسلمان است (بخاری، ۱۴۰۷: ۱۷/۱؛ کلینی، ۱۴۰۷: ۷۲/۳) و خون، مال، ناموس و اعتقادش تحت حمایت اسلام قرار می‌گیرد (آل کاشف‌الغطاء، ۱۴۱۰: ۱۲۶-۱۲۹). شرط دیگری در احادیث معتبر برای صدق عنوان مسلم ذکر نشده است که اگر آن شرط نباشد، حکم به کفر

۱. پوشیده نماند که خوارج تکفیری نهروان، جزء هیچ یک از مذاهب اسلامی نبودند، بلکه به اتفاق مسلمانان، یک فرقهٔ کاملاً انحرافی و به ظاهر مؤمنی بودند که علیه خلیفهٔ چهارم اهل سنت و امام اول شیعیان قیام نمودند.

صادر شود. اغلب فقهای متقدم و متأخر امامیه به صورت مستقیم و به شکل مرسوم معاصر به این بحث پرداخته‌اند، لیکن از استناد برخی به این روایت صحیح (گوینده «لا إله إلا الله») و گواهی دهنده به رسالت نبی مکرم اسلام ﷺ مسلمان است) و سایر روایاتی که در مقام شناساندن یا معرفی خصوصیات مسلمان هستند، به دلالت التزامی می‌توان عدم جواز کافر خواندن دیگران را استفاده نمود (برای نمونه‌های بیشتر رک: آل کاشف الغطاء، ۱۴۱۰: ۱۲۶-۱۲۹). شاید به خاطر همین امر است که آیه‌الله حکیم می‌فرماید: تکفیر صحابه و مسلمانان با هر مذهبی که باشند، از اعتقادات شیعیان نیست. این نکته در خلال احادیث نقل شده از امامان شیعه و از فتواها و سخنان علما فهمیده می‌شود (پژوهشکده حج و زیارت، ۱۳۹۲: ۴۶).

در نظرگاه فقهای معاصر، حکم قضیه به روشنی بیان شده است. مقام معظم رهبری معتقد است:

تکفیر یکی از مذاهب اسلامی، خدمت به اردوگاه کفر و شرک و خیانت به اسلام، و حرام شرعی است (همان: ۱۳).

آیه‌الله سیستانی هم با نفی موضوع تکفیر - در طول تاریخ - از پیروان اهل بیت علیهم‌السلام می‌فرماید:

این سخن که شیعیان، اهل بدر، بیعت رضوان،^۱ مؤمنان مهاجر و انصار،^۲ ائمه مذاهب اسلامی^۳ و پیروان آن‌ها را تکفیر می‌کنند، کذب محض است (همان: ۲۱).

سوگمندانه، چندین قرن بعد از رحلت نبی اکرم ﷺ شخصی بنام ابن تیمیه حرّانی، برای اولین بار شروع به تکفیر مسلمانان نمود (فرمانیان، ۱۳۹۳: ۲۷/۲). وی مرتکب رفتاری شد که هیچ کدام از صحابه و تابعان آن‌ها انجام نداده بودند. شگفت‌آور اینکه

۱. بیعت رضوان یا بیعت تحت شجره بیعتی است که یاران پیامبر اسلام ﷺ بر سر جان خود با او بستند.
 ۲. نصار یا انصار النبی ﷺ، لقب مسلمانان مدینه از تیره‌های اوس و خزرج است که پیش از هجرت با پیامبر اکرم ﷺ هم‌پیمان شدند و پس از هجرت در حمایت و یاری آن حضرت و مهاجران پایداری کردند و مهاجران گروهی از مسلمانان شهر مکه بودند که برای حفظ جان و عقیده خود مکه را ترک کرده و به شهر مدینه مهاجرت کردند.
 ۳. منظور محمد بن ادریس شافعی معروف به امام شافعی، مالک بن انس، احمد بن حنبل و ابوحنیفه نعمان بن ثابت است.

وی خویش را احیاکننده آرای سلف^۱ می‌دانست (همان: ۲۷/۲-۲۹)، در حالی که افکار و نظرات او بیشتر شبیه خوارج بود تا اصحاب، ائمه اربعه و تابعان دوره‌های قبل. بدین ترتیب بنیان مکتب سلفیه که دغدغه اصلی آن تکفیر سایر مذاهب اسلامی بود، گذاشته شد و مقدمات تشکیل تمام گروه‌های تکفیری- تروریستی کنونی را فراهم آورد.^۲

۴-۱. قباحت تکفیر در حکم عقل

حکم به آزادی در اعتقاد و اندیشه همان چیزی است که عقل در آن مستقل است. سلب این حق عقلاً ناپسند است. در نتیجه نمی‌توان فردی را که با عقل و اختیار خود به باوری پایبند است، به پذیرش باوری دیگر وادار نمود. نهی و نفی هر گونه اجبار در دین اسلام در آیه شریفه «لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ» نیز ارشاد به همین حکم عقل است. به نظر می‌رسد اقدامات تکفیریان نمونه بارزی از عمل در جهت عکس رهنمودهای عقل و نقل باشد؛ چرا که تحقق شعار «یا بپذیر یا کشته شو» چیزی جز این را نمی‌طلبد.

بدین ترتیب، به طور کلی اطلاق آیات، روایات و فتاوا، شامل مطلق تکفیر مسلمان است و بنا بر همین اطلاقات هیچ یک از مذاهب اسلامی نمی‌توانند یکدیگر را کافر بدانند و فتوا به چیزی دهند که امروزه به خوبی مشهود است. کفر آن دسته از پیروان ادیان و مذاهب غیر اسلامی نیز که در متون فقهی و فتاوی فقها وجود دارد هیچ گونه ملازمه‌ای با مهدورالدم بودن آن‌ها ندارد. این گونه تکفیر حرام نبوده و صرفاً بیانگر تفاوت در نوع برخورد مسلمانان با آن‌ها در تزویج، توارث، مستأمن شدن، ذمه بودن و... است. البته در موارد بسیار محدودی نیز در صورتی که عنوان حربی بر کفار صدق کند کشتن آن‌ها از باب دفاع از اسلام و مسلمانان جایز است. به عبارت دیگر، اصل بر احترام به خون، ناموس، مال و... کافر است مگر در موارد کاملاً استثنایی. لیکن در

۱. به معنای پیشگامان عادل و درستکار و در اصطلاح خاص به معنای صحابه پیامبر ﷺ، تابعان (کسانی که زمان حضرت رسول ﷺ را درک نکرده‌اند اما صحابه را دیده و در زمان آن‌ها اسلام آورده‌اند) و تابعان تابعان (کسانی که زمان حیات پیامبر ﷺ و صحابه را درک نکرده‌اند اما تابعان را دیده و اسلام آورده‌اند).

۲. لزوم ایجاز در کلام ایجاب می‌کند که مقاله به دنبال ریشه‌شناسی پدیده تکفیر نباشد، اما برای مقابله بهتر با آن‌ها و دانستن این نکته که هیچ بدعتی از جمله تکفیر مسلمانان در اسلام مبنایی ندارد، گزیری باقی نمی‌گذارد.

تکفیری که مبانی حرمت آن ذکر شد، تقابلاً برعکس است؛ یعنی اصل بر مهدورالدم بودن است مگر در مواردی معدود. این همان تکفیری است که ادله اربعه ممنوعیت آن را با صراحت نشان داده‌اند. بنابراین تکفیر اصطلاحی که هم‌اکنون در اثر کثرت استعمال می‌توان ادعا کرد که از معنای قبلی و مجاز خود به معنای ممنوع و حرام خود منتقل شده است، ماهیتاً با تکفیر موجود در فتاوای فقها و متون معتبر فقهی تفاوت دارد. از آنجا که از نظر فقهی، استناد به ادله اربعه برای فهم و قرائتی صحیح، در همه تشریحات احکام ضروری است، اگر پس از بحث در ادله اربعه، نتیجه این شد که ارتکاب رفتاری حرام است، این اول کلام خواهد بود؛ چرا که همه حرام‌ها که قابل جرم‌انگاری نیستند. بنابراین ورود آن‌ها به حیطة مباحث حقوقی و بحث از اینکه آیا این رفتار قابلیت جرم‌انگاری دارد یا خیر؟ بحثی ثانوی و بالعرض است که نیاز به اثبات دارد. با توجه به اینکه تکفیر به صورت مستقیم در حقوق اسلام جرم‌انگاری نشده است و تنها از نظر شرعی حرام محسوب می‌شود، این حرمت نمی‌تواند به طور مستقل، جرم‌انگاری این پدیده را توجیه نماید. لذا این حرمت و ممنوعیت مستنبط از منابع فقهی را در کنار ضرورت‌هایی که ذیلاً به آن‌ها می‌پردازیم قرار می‌دهیم و نهایتاً با توجه به مجموع این ادله، جرم‌انگاری این پدیده توجیه خواهد شد. اما پیش از توجیه این جرم‌انگاری، ذکر این نکته ضروری است که قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در مواد ۳۰۲ و ۳۰۳، یکی از مصادیقی را که با موضوع این جستار شباهت دارد، به این نحو بیان نموده است: فردی که مهدورالدمی را مثلاً به دلیل کفرش به قتل برساند، قصاص و دیه ندارد و فقط اگر بدون اجازه دادگاه این اقدام را انجام داده باشد، مجرم است. این ماده از جهات متعدد قابل انتقاد است. اول اینکه ورود عدالت کیفری به کارزار را منوط به قتل یا ضرب و جرح دانسته است و این خود عملی منفعلانه است که به افول کارایی حقوق کیفری خواهد انجامید. دوم اینکه این واکنش مقنن در واقع تشویق ضمنی به آماده‌سازی وضعیت‌های ماقبل جنایی و ارتکاب جرم است و این ماده با برشمردن احکام جنایت خودسرانه، به نوعی به آن مشروعیت بخشیده است که در قسمت بعدی مقاله به این مورد خواهیم پرداخت. سوم اینکه این ماده به جای فرهنگ‌زدایی از این امر که هر کس بتواند مهدورالدم را به قتل برساند، بیشتر به

قانونمند کردن این رفتار اهتمام ورزیده و حال آنکه هر گونه رفتار علیه افراد جامعه (ولو مهدورالدم)، در تعارض با نظم عمومی قرار می‌گیرد. اگر افراد جامعه بتوانند مجازات‌های قانونی و شرعی را بنا بر صلاحدید خود درباره هر کسی که مجرم می‌شمارند، اجرا نمایند، اساساً کاربرد اصل قانونی بودن حقوق جزا مخدوش و منحصر به نگاه‌های کاغذی می‌گردد که موجب هرج و مرج خواهد شد (نوبهار، ۱۳۸۸: ۲۰ و ۱۸۲). گره خوردن این مسئله با نظم عمومی، راه اثبات و مشروعیت‌بخشی فقهی آن را نیز باز می‌گذارد؛ چرا که اگر کشتن مهدورالدم به حکم اولیه متعین باشد، با حکم ثانویه که همان جلوگیری از برهم خوردن نظم عمومی، جلوگیری از تبعیض^۱ و جلوگیری از بازتاب داخلی و بین‌المللی آن است، در تزامن قرار گرفته و حکم ثانویه تعین می‌یابد. لذا ضروری است که قدرت حاکمه، رسیدگی و مجازات افراد را به طور کلی در دست گیرد و از اعطای آن به اشخاص خودداری کند.

۲. ضرورت جرم‌انگاری تکفیر

دلایل زیر، ضرورت این جرم‌انگاری را اثبات و حمایت می‌کنند.

۱-۲. ضرورت پیشگیری از برخوردهای فراحقوقی و جنگ

برخی بر این باورند که برای بالفعل شدن مجرمان بالقوه (تکفیرگران)، وجود چهار شرط ضروری است:

اول: شرط اخلاقی (نه اینکه ننگ و عاری که وابسته به عمل مجرمانه است شخص را از ارتکاب آن عمل بازداشته باشد).

دوم: شرط کیفری (ترس از ضمانت اجرای کیفری شخص را از ارتکاب عمل بازداشته باشد).

سوم: شرط مادی (در برابر مشکلات اجرایی عمل عقب‌نشینی نکرده باشد).

چهارم: شرط تأثرپذیری (احساس تألمی که بر اثر حمله به جان و مال هم‌نوع خود به شخص دست می‌دهد او را از ارتکاب عمل باز نداشته باشد) (کی‌نیا، ۱۳۷۴: ۱۶۰).

۱. چرا که مجازات مهدورالدمی که یک مسلمان را بکشد مرگ است ولی مجازات قتل مهدورالدم تنها حبس تعزیری است آن هم به لحاظ اینکه بدون اذن دادگاه بوده، نه به خاطر قتل.

با توجه به این بیان، باید اذعان کرد که تکفیر به معنای اصطلاحی امروزی، ارتباط بسیار تنگاتنگی با تروریسم پیدا می‌کند؛ زیرا همان طور که در عمل هم مشهود است، تحریک شدید وضعیت ماقبل بزهکاری و عواملی به نام دین، جهاد و شهادت در راه خدا، حد فاصل میان اندیشه مجرمانه و عمل جنایی را در این گونه موارد، به حداقل ممکن کاهش می‌دهد و فرد را واجد هر چهار شرط می‌کند. به عبارت دیگر، ادعای بعیدی نیست که گفته شود، هیچ بازدارنده‌ای نمی‌تواند مانع از تحقق منویات و رفتارهای افراطی مرتکبان این گونه از جرایم ایدئولوژیک باشد، به نحوی که مرتکب برای جلب رضایت معبود خویش، هر فرصتی را غنیمت می‌شمرد تا به نیکوترین وجه، یکی از مهم‌ترین واجبات دینی خود را که همان «جهاد» است، به پا دارد.

بر این اساس، از یک طرف بیشتر جنایاتی که امروزه به عنوان یک معضل بزرگ در نظام بین‌المللی مطرح می‌شوند ناشی از تحركات گروه‌های افراطی - تکفیری هستند و از طرف دیگر، آمادگی و توان روانی بسیار بالای تکفیریان در ارتکاب جرایم و اعتقاد آنها بر واجب‌القتل بودن غیر هم‌کیشان خودشان موجب می‌شود اولین مفهومی که از مسلمان تکفیری به ذهن برسد، تروریسم باشد. مؤید این تلقی را که اسلام ترویج‌کننده ترور و خشونت است، باید به طور رسمی در سیاست‌های غرب که در ادامه نظریه برخورد تمدن‌ها مطرح شده و اساس سیاست خارجی آمریکا را در قرن ۲۱ تشکیل داده است، جستجو نمود. این موضع‌گیری موجب طرح انتقادات بسیاری علیه اسلام در ارتباط با دیدگاه‌هایی که در آن تروریسم را تبلیغ یا حمایت می‌کردند، گردیده است. اوج این دیدگاه‌ها جایی است که بر اساس لیست ارائه‌شده توسط وزارت دفاع آمریکا، بیش از نیمی از سازمان‌های تروریستی را گروه‌های اسلامی تشکیل داده‌اند. بر اساس تلقی اسلام تروریستی، تروریست‌ها مسلمان هستند، همان گونه که حامیان آنها دولت‌های مسلمان و میزبانان‌شان کشورهای اسلامی‌اند. در این فرایند، افراد منتسب به اسلام با برخوردهای شدیدی مواجه شده و تقریباً تمامی زندانیان گوانتانامو را مسلمانان تشکیل می‌دهند (کارگری، ۱۳۹۰: ش ۵۸/۱۱). حال آنکه تعداد زیادی از محبوسان در این زندان، فقط به دلیل داشتن افکار افراطی، متهم به تروریست بودن هستند.

تروریسمی که آمریکا به عنوان کشور قربانی، علیه آن اعلام جنگ کرد، نه تنها

مظنونان آن، بلکه کشوری که مرتکبان در آن قرار داشتند و دیگر کشورهای متهم به آن را نیز هدف قرار می‌داد (چامسکی، ۱۳۸۳: ۵). عملکرد نظامیان آمریکایی در زندان گوانتانامو و ابوغریب در محروم کردن زندانیان از حقوق انسانی و دادرسی عادلانه و نظامی شدن حقوق کیفری ملی، نیز از نتایج این اعلام جنگ است که می‌تواند موجب بروز رفتارهای خارج از حقوق کیفری شود تا جایی که اصول و قواعد حقوق جنگ هم رعایت نشود، این در حالی است که شاید هیچ عمل تروریستی‌ای از طرف تکفیرگر صورت نگرفته باشد. همین امر سبب می‌شود که جنگ علیه جرم، به طور مستقیم به جنگ علیه حقوق بشر سوق یابد (دلماز - مارتی، ۱۳۸۸: ۱۰۱۰). حتی قوانینی هم که در برخی کشورها تحت عنوان قانون مبارزه با تروریسم در جهت انتظام‌بخشی و سازمان‌دهی دستگاه عدالت کیفری برای مبارزه عادلانه با تروریسم تصویب شده‌اند، به معیارهای دادرسی عادلانه توجهی ندارند؛ برای نمونه می‌توان به قانون ضد تروریسم مصوب سال ۲۰۰۰ انگلستان اشاره کرد (نجفی ابرندآبادی و رضوانی، ۱۳۹۴: ش ۱۲/۱۲).

در این کشاکش، ارزش‌هایی چون وظیفه حمایت از افراد در برابر خشونت و رنج بیهوده در جنگ، حمایت از آنان در برابر نقض حقوق بشر توسط دولت‌هایشان، حمایت از آنان در برابر تحقیر و نیز حمایت از آن‌ها در برابر نتایج ناگوار بی‌اعتنایی به فقر و گرفتاری‌ها، ارزش‌های مهم‌تری هستند که در جنگ علیه تروریسم و به ویژه القاعده و طالبان در معرض نابودی‌اند (لینکتر، ۱۳۸۲: ۱۳-۱۴)؛ چرا که اقدامات نظامی در زمان جنگ تحت قواعدی قرار می‌گیرند که کاملاً با رویه قضایی حاکم بر دادرسی‌های حقوقی در سیستم عدالت کیفری تفاوت دارد. این تفاوت‌ها را می‌توان در سه مرحله مهم مشاهده کرد: تعقیب، دستگیری و مجازات. در زمان تعقیب، افراد دشمن می‌توانند در درگیری‌ها کشته شوند و حال آنکه مظنونان به ارتکاب جرم را نمی‌توان به قتل رساند، مگر در شرایط استثنایی مثل اینکه کشتن او در مقام دفاع باشد. در حین نبرد، اگر اسیر گرفته شود در حالی که هنوز آتش جنگ شعله‌ور است، قتل او متعین است (سیوری حلی، بی‌تا: ۴۲۸/۱)، وگرنه مشهور بین فقهای شیعه آن است که کسانی که بعد از زمین گیر شدن دشمن و پایان جنگ اسیر می‌شوند، امام بین منت گذاردن و فدیة گرفتن و به بردگی گرفتن آنان مخیر است (منتظری، ۱۴۰۹: ۴۶۱/۶)، در

حالی که متهمان زندانی به طور کلی می‌توانند با سپردن ضمانت آزاد شوند. در مرحله مجازات هم هنگامی که دو لشکر با هم برخورد کردند بر ما واجب است که در کشتن دشمنان و جلوگیری از استیلاي آنان بر جبهه مسلمانان، منتهای کوشش را به کار بریم، بی‌آنکه منجر به ضعف ما و برتری آنان شود؛ اما مجرمان به ندرت به مرگ محکوم می‌شوند. افزون بر اینکه می‌توان تروریست‌ها را تا پایان جنگ زندانی کرد، بی‌آنکه نیاز به مدرکی باشد یا جرم مشخصی مرتکب شده باشند، در حالی که با حقوق کیفری چنین اقداماتی ممکن نیست (صدر توحیدخانه، ۱۳۸۸: ۴۶۷). اقدامات مذکور، امتیازات استفاده از حقوق کیفری و در عین حال مضرات فقدان آن را به ما نشان می‌دهد که البته به نظر نمی‌رسد اشکالاتی مانند محکومیت‌های اشتباه بتواند مانع استفاده از حقوق کیفری شود؛ چرا که پیامدهای آن به وسعت عواقب جنگ و برخوردهای فراحقوقی نیست.

همچنین با توجه به وضعیت خاص منطقه خاورمیانه و موقعیت ایران به عنوان مرکز جغرافیایی شیعه و در عین حال همسایگی با کشورهایی که در حال حاضر کانون رشد و تمرکز گروه‌ها تکفیری هستند، وجود نیروها و عناصر این گروه‌ها و احتمالاً به راه افتادن جریان‌های افراط‌گرا در خاک ایران، دور از انتظار نیست. بنابراین فقدان قانون در این زمینه می‌تواند باعث سردرگمی ضابطان دادگستری در مواجهه با آن‌ها و در نتیجه تبعیض، هرج و مرج، واکنش‌های سلیقه‌ای و برخوردهای تروریست‌گونه با آن‌ها شود که هر کدام قادر است حقی از حقوق مسلم افراد را ضایع کند. حال آنکه ممنوع ساختن این دست رفتارها، امکان مداخله به موقع برای مهار اشخاص خطرناک و جلوگیری از وقوع جرایم مقصود آن‌ها را فراهم می‌سازد. بنابراین هرچند استفاده از حقوق کیفری در این مورد می‌تواند خطراتی از جمله رویکرد امنیتی یا سیاسی شدن آن را در پی داشته باشد، تکیه بر اصل شخصی کردن و به کارگیری مجازات‌های متناسب با کرامت بشری، مزایای زیادی در پی خواهد داشت.

بدین ترتیب برخورد قانونی با تکفیری‌ها در قالب یک جرم‌انگاری به موقع و پیشگیری محور و در چارچوب اصول اساسی حقوق کیفری، علاوه بر اینکه می‌تواند از نتایج عملی و ناگوار اقدامات وحشیانه و بی‌مهابای دولت‌ها در مقابله با آن پیشگیری کند، بستر مناسبی جهت کنترل خطر بالقوه تبدیل نیروهای تکفیری به تروریست

خواهد بود و در عین حال می‌توان به اصلاح و بازگشت آن‌ها به آموزه‌های ناب دینی نیز چشم دوخت.

۲-۲. لزوم پیشگیری کارا در جرایم منتج از تکفیر (جلوگیری از افول کارایی حقوق کیفری)

به باور تکفیرگران، یک میلیارد و پانصد میلیون مسلمان - به جز هم‌مسلمانان ایشان - همگی کافر و مشرک و مهدورالدم هستند (فرمانیان، ۱۳۹۳: ۳۳/۲)، لذا به هر طریقی باید از میان بروند. پس اگر نگوییم که پدیده تکفیر، برای نمونه با ترور به عنوان مصیبت قرن، نسل‌کشی به عنوان جرم شنیع (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۳: ۵۷) و بسیاری جرایم دیگر ملازمه دارد، دست‌کم پیوندشان ناگسستنی است. ارتکاب گسترده این جرایم در حالی است که همه آن‌ها مجازات‌هایی با ضمانت اجراهای شدید دارند. مسئله اصلی اینجاست که ایجاد محدودیت در آزادی‌های فردی در قالب جرم‌انگاری باید به عنوان آخرین راه حل بوده و منافع اعمال حقوق کیفری بیش از ضررهای آن باشد. بدین معنا که در نهایت، نرخ ارتکاب رفتار جرم‌انگاری شده کاهش یابد. حال سؤال اساسی این است که آیا با وجود انبوهی از قطعنامه‌های بین‌المللی و مبارزات همه‌جانبه ملی علیه تروریسم می‌توان ادعا کرد که شمار عملیات‌های تروریستی و جنایات نسل‌کشی کاهش یافته است؟ آیا در لایه‌های زیرین سیاست‌های رسمی اعلام‌شده در مبارزه با تروریسم، واقعیت‌های دیگری نهفته است که نیاز به اکتشاف دارد؟ واقعیت آن است که اگر به مجازات‌ها از زاویه اصلاح، تربیت، بازپروری اجتماعی، بازاجتماعی شدن مجرم و برگشت او به جامعه و یا حتی کاهش آمار جرایم نگاه شود، یأس و نگرانی کاملاً طبیعی است (جوان جعفری، ۱۳۹۱: ۱۰۸۴/۲)؛ چرا که در واقع، حصر اخلال در نظم عمومی به واقعه‌ای تحقق‌یافته، به سان نوش دارو بعد از مرگ سهراب، کارآمدی حقوق کیفری را کاهش می‌دهد. زمانی که شواهد و قرائن حکایت از آن دارد که برای مثال، بیان هتاکانه‌ای با جریحه‌دار کردن احساسات، بخشی از جامعه را دچار التهاب نموده است، نباید بی‌طرفانه نقش تماشاجی را به دولت تحمیل کرد و دخالت آن را موکول به بروز خشونت دانست. اگر تنها رفتارهای خشونت‌آمیز را مخل نظم عمومی و محرک

دولت برای مداخله به شمار آوریم، به طور ضمنی کسانی را که از رفتاری موهن نسبت به باورهایشان به خشم آمده‌اند، به ارتکاب خشونت تحریک و تشویق کرده‌ایم. در این تفسیر مضیق از بیان خشونت‌آفرین که در پشت نقاب دفاع از آزادی بیان حداکثری، خود را پنهان ساخته است، تجویز خشونت رفتاری نهفته شده است؛ چرا که تنها دستاویز عملی برای برانگیختن واکنش دولت در قبال اقدامات موهن را تحقق یک خشونت نظم‌ستیز می‌داند (ذاکرحسین، ۱۳۹۲: ۹۸).

بنابراین از یک طرف، قبل از اینکه تکفیریان وارد عملیات اجرایی و تحقق اندیشه خود شوند، می‌توان از بروز خشونت‌های بعدی جلوگیری و حقوق کیفری را از حالت انفعالی خارج نمود. از طرف دیگر، واکنش‌های قانونی به حوادث تروریستی در قالب قانون‌نویسی یا اصلاح قوانین موجود که بلافاصله پس از اقدامات تروریستی صورت می‌گیرند، اغلب به این پرسش که چرا حوادث تروریستی صورت گرفته‌اند، پاسخی نمی‌دهند. قوانین جدید هم نه تنها در راه مبارزه با تروریسم به ما کمکی نرسانده‌اند، بلکه حیثیت و اعتبار قوانین کیفری را نیز نزد عموم ضایع کرده‌اند. در عمل هم حقوق کیفری نتوانسته خشونت‌هایی را که در این اعمال پنهان بوده و بنام اصول ایدئولوژیک، حالت مقدسی نیز به خود گرفته است (مجیدی، ۱۳۸۶: ش ۱۶۷/۶۴)، با در پیش گرفتن مجازات‌های اربعابی و ترذیلی و به راه انداختن جنگ روانی در جامعه جهانی به وسیله رسانه‌ها کاهش دهد و به اصلاح و درمان مرتکبان آن اعمال چشم بدوزد؛ تدابیری که نشانه افول فلسفه بازپروری و بازگشت به افزایش سخت‌گیری کیفری نسبت به بزهکاران مزمن به جای منطق اصلاح و پیشگیری است (ابراهیمی، ۱۳۹۰: ۲۴).

به باور برخی، همه جرایم را نمی‌توان به طور مساوی از طریق روش‌های مختلف پیشگیرانه در جرم‌شناسی کاهش داد. جلوگیری از ارتکاب بعضی جرایم مانند تروریسم صرفاً از طریق سرکوبی و غالباً مجازات شدید ممکن است (بری آر، ۱۳۸۲: ش ۳۳/۳۵). به نظر می‌رسد که این استقرا تام نباشد؛ زیرا همان طور که در عمل به وضوح پیداست نه سخت‌گیری‌های سیاست کیفری به ثمر نشسته‌اند (محسنی، ۱۳۸۲: ۵۸/۲) و نه شیوه‌های اصلاحی و تربیتی در اجرای کیفر به اهداف خود رسیده‌اند تا پدیده تروریسم را کاهش دهند بلکه روزبه‌روز شاهد افزایش آن‌ها در سطح جهان هستیم. این نظر شاید در مورد

سایر انواع تروریسم (مانند سیاسی یا دولتی) صادق باشد اما در مورد تروریست‌های تکفیری قابل تأمل به نظر می‌رسد؛ چرا که استفاده از مجازات و حقوق کیفری برای فردی که حاضر است زندگی‌اش را فدای رسالتی آرمانی سازد، سلاحی است که از سر ناتوانی اساساً به چشم نمی‌آید (مسه، ۱۳۹۱: ۳۰۴/۲). بنابراین چگونه می‌توان با اقدامات پسینی شدید، منتظر کاهش جنایات آن‌ها شد؟ وقوع نسل‌کشی‌های متعدد و ناتوانی شورای امنیت سازمان ملل در پیشگیری از آن (جاویدزاده، ۱۳۹۰: ش ۱۷/۳۳) مثبت این ادعاست که نه تنها مجازات‌ها نتوانسته‌اند از وقوع جرایم تروریستی جلوگیری کنند بلکه گزاف نیست اگر گفته شود که هر چه مجازات خشن‌تر باشد، تروریست‌های تکفیری را بیشتر به آرمانشان نزدیک می‌کند. به عبارت دیگر، درگیری محض با اعمال تروریستی، نسل‌کشی و امثال آن که در نتیجه تکفیر کردن به وقوع می‌پیوندد، حقوق کیفری را به مثابه یک ابزار در دست مقامات سیاسی، در پاسخ به خواست وجدان جمعی قرار می‌دهد. آن گونه که گارلند بیان می‌کند، فریاد جمعی باید شنیده شود و خشم آن‌ها باید به ظهور رسیده، به آرامش بدل گردد. همین امر موجب شده که حقوق کیفری نوین به سمت استفاده از اقدامات انتقام‌جویانه کشیده شود تا از این راه بتواند سریعاً به احساسات عموم و نیز به جرم‌پاسخی مناسب دهد (Garland, 2001: 133-134)، در حالی که تشفی خاطر بزه‌دیده جرایم تروریستی و پرداخت دین اخلاقی بزه‌کار به جامعه از طریق مجازات یا جنگ، فرع بر داشتن جهانی عاری از هر گونه خشونت و ترور است که باید هدف اصلی از مجازات‌های علیه تروریسم را تشکیل دهد. از طرف دیگر، پافشاری و تمرکز حکومت بر بزه، منجر به جرم‌انگاری سیاست‌ها شده است که در آن، حقوق کیفری پاسخی نمادین برای تعداد زیادی از مشکلات سیاسی، اقتصادی و فرهنگی است (Roach, 1999: 312-313). بدین ترتیب شعار جنگ علیه تروریسم به عنوان استعاره‌ای به کار گرفته می‌شود که هدف مردمی کردن شدت سرکوبی را دنبال می‌کند (دلماس - مارتی، ۱۳۸۸: ۱۰۰۹). یکی از چالش‌های شدید تمرکز بر جنگ و سیاست‌های کیفری سخت‌گیرانه برای مبارزه با تروریسم آن است که از رهیافت‌های ساده‌تری که به عوامل ریشه‌ای و بنیادین می‌پردازد، غافل است و تنها به راه‌های سلبی و ارعابی بدون در نظر گرفتن شرایط و اوضاع و احوال مرتکب متوسل می‌شود.

به نظر می‌رسد آنچه می‌تواند مجازات‌ها را از اهداف مهم خود دور کند و کارآمدی حقوق کیفری را به شدت تضعیف نماید، علاوه بر سزادهی و مکافات صرف با انگیزه‌های سیاسی، توجه به معلول و نتیجه ناهنجاری در جهت پاسخ به خواسته عوام بوده است که در نتیجه باعث نادیده گرفته شدن عوامل اصلی بروز جرایم شده است. از این رو، یکی از بهترین و مؤثرترین راه‌ها برای جلوگیری از وقوع این مشکل اساسی، شناخت انگیزه‌های جرم‌زا و مهار آن‌هاست که مقدمه پیشگیری بسیاری از جرایم عمدی خواهد بود. انگیزه‌های مذهبی به عنوان محرکی قدرتمند، نقش بسیار کلیدی در ارتکاب جرایم ایفا می‌کنند. در این زمینه، نظر مشاور ویژه دبیر کل سازمان ملل متحد در امور پیشگیری از نسل‌کشی به عنوان یکی از نتایج عمده تکفیر، قابل توجه است. ایشان راه پایدار پیشگیری از نسل‌کشی را مبارزه با علل درگیری‌های مبتنی بر آن دانسته است (جاویدزاده، ۱۳۹۰: ش ۳۳/۳۲).

بدین‌سان می‌توان تفکر تکفیری را به عنوان علة‌العلل و منشأ اصلی جنایات تروریستی و علیه بشریت، از ۱۱ سپتامبر تا عملیات‌های انتحاری در کشورهای مسلمان و غیر مسلمان، حمله آمریکا به افغانستان و عراق، پیدایش و رشد داعش و سقوط چندین شهر عراق و سوریه، به راه افتادن موج اسلام‌هراسی در کشورهای غربی و حتی کشورهای اسلامی، ورود روسیه و ائتلاف کشورهای اروپایی به سوریه، کشتارهای اخیر در فرانسه^۱ و بسیاری از نسل‌کشی‌های اخیر دانست که مهار و خنثی‌سازی آن ضروری است. بعید نیست که اگر افکار آن‌ها به این سرعت منتشر شود، موجب اجماع جهانی علیه کشورهای اسلامی شده، سبب بروز جنگ گردد. با جرم‌انگاری علیه تکفیری که آبتن بسیاری از مشکلات و خطرات عدیده در گذشته بوده و می‌تواند در آینده هم باشد، از یک طرف نطفه تعداد زیادی از جنایاتی که امروزه گریبان‌گیر جهانیان شده است در همان زمان انعقاد خفه خواهد شد و از طرف دیگر با بالا بردن کارایی مجازات و جهت‌دهی آن به سمت یک برخورد بنیادین، بهره‌وری حقوق کیفری و تأثیر آن افزایش خواهد یافت.

1. <<http://www.farsnews.com/newstext.php?nn=13940823000012>>.

۳-۲. از مفاد اسناد بین‌المللی تا ضرورت تجزیم تکفیر

معاهده بین‌المللی جلوگیری از نسل‌کشی و مجازات آن در سال ۱۳۳۴ بدون هیچ قید و شرطی به تصویب مجلس شورای ملی و سنا رسیده است. همچنین ایران یکی از ۴۸ کشوری است که به اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب ۱۹۴۸ رأی مثبت داده است. به علاوه، دولت ایران در سال ۱۳۴۷، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی را امضا و در تاریخ ۱۳۵۴ آن را تصویب نموده است. طبق ماده ۹ قانون مدنی، قراردادهای منعقدشده بین ایران و سایر دول، حکم قانون را دارند. از نظر دیوان بین‌المللی دادگستری چنین تعهداتی با جانشینی دولت‌ها از بین نمی‌روند (جلالی، ۱۳۸۲: ش ۵۱/۴۴). از این رو می‌توان گفت که این معاهدات به عنوان قانون عادی، لازم‌الاجرا هستند. لذا با توجه به اهمیت این اسناد در نوشتار حاضر، هر کدام جداگانه بررسی می‌شوند.

۱-۳-۲. معاهده بین‌المللی جلوگیری از نسل‌کشی و مجازات آن ۱۹۴۸

به رغم نبود ضمانت اجرا در معاهده مزبور، پیشگیری از این جرم شنیع، یک تکلیف است و کشورها نمی‌توانند از موازین آن عدول کنند (اردبیلی، ۱۳۶۸: ش ۶۸/۱۱). مطابق ماده ۵ این معاهده، طرف‌های متعاقد ملتزم می‌شوند که بر طبق قوانین اساسی مربوط خود، تدابیر قانونی لازم را برای تأمین اجرای مقررات این قرارداد اتخاذ نمایند.

برای مبارزه با نسل‌کشی و پیشگیری از آن که یکی از دو رکن اساسی معاهده است، شناخت علل آن، یعنی تنفر نسبت به برخی گروه‌های انسانی و... و در حال حاضر، نابردباری مذهبی ضروری است (جاویدزاده، ۱۳۹۰: ش ۵/۳۳). همان‌طور که گفته شد، یکی از مهم‌ترین عواملی که گروه‌های افراطی را به سمت نسل‌کشی در سراسر جهان و به ویژه منطقه خاورمیانه سوق می‌دهد تفکر تکفیری است؛ تفکری که غیر هم‌مسلمانان خود را نه به عنوان اینکه فردی از افراد است بلکه به این عنوان که عضوی از یک گروه (ملی، مذهبی، قومی یا نژادی) است، نابود می‌کند (مسه، ۱۳۹۱: ۳۰۳/۲). مذهب شیعه، اهل سنت (البته غیر از هم‌کیشان خودشان) و به طور کلی هر آیینی که به نظرشان بدعت باشد یا ملیتی (مانند ملیت آمریکایی) که دشمن آن‌ها باشد، محکوم به مرگ است. بنابراین بخش عظیمی از عملیات‌های انتحاری - تروریستی آن‌ها علیه اشخاص،

در قاب نسل کشی محصور می‌شود.

بدین ترتیب با امعان نظر به تأکید ماده ۵ معاهده بر لزوم قانونی بودن تدابیر متعاهدین در اجرای تکالیف محوله این قرارداد و با در نظر گرفتن اینکه امروزه یکی از علت‌های اصلی نسل کشی، انگیزه‌های مذهبی و به اصطلاح تکفیر است، می‌توان گفت که کنترل قانونی این پدیده از طریق جرم‌انگاری، نقشی اساسی در جلوگیری از ارتکاب جنایات افرادی خواهد داشت که شرایط پیش‌جنایی بسیار قوی، آن‌ها را در آستانه بزهکاری‌های گسترده و نسل کشی قرار می‌دهد.

ذکر این نکته ضروری است که با توجه به عدم جرم‌انگاری نسل کشی در حقوق ایران و به تبع عدم صلاحیت دادگاه‌های داخلی در رسیدگی به این جنایت، شناسایی تکفیر به عنوان جرم مستقل و یکی از مهم‌ترین عوامل نسل کشی در حال حاضر، می‌تواند این خلأ قانون‌گذاری را قبل از وقوع هر گونه تحرک از جانب مظنونان به ارتکاب این جرم و قبل از صلاحیت یافتن دادگاه کیفری بین‌المللی پر کند. این نکته زمانی تقویت می‌شود که تکفیرگر و تکفیرشده هر دو مسلمان باشند؛ چرا که قضاوت غیرمسلمان برای مسلمانان طبق آیه نفی سیل در هیچ زمانی پذیرفته نیست.

۲-۳-۲. اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب ۱۹۴۸ و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۹۶۶

اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده نوزدهم خود را به شناسایی حق آزادی عقیده در کنار آزادی بیان اختصاص داده است. به موجب این ماده: هر کس برخوردار از حق آزادی عقیده و بیان است. این حق مشتمل بر داشتن عقاید بدون هیچ گونه دخالتی و نیز آزادی در جستجو و کسب و نشر اطلاعات و افکار از طریق رسانه‌ها بدون در نظر گرفتن مرزهاست. همچنین پیمان‌نامه بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در بند ۱ ماده ۱۸ خود و قبل از آزادی بیان، حق داشتن عقیده بدون مداخله را به رسمیت می‌شناسد. البته این اسناد ضمن به رسمیت شناختن حقوق مذکور، بر مطلق نبودن آن نیز توافق دارند (سجادی، ۱۳۹۰: ش ۶۹/۱۰۱). در ماده ۲۹ اعلامیه و بند ۳ ماده ۱۹ پیمان‌نامه، تعامل آزادی‌ها و حقوق، به رعایت حقوق دیگران محدود شده است؛ زیرا آن زمان که باورها

در قالب‌های بیانی درآیند از اندرونی ذهن خارج می‌شوند و با بیان در عیان جلوه‌نمایی می‌کنند. این در حالی است که صحن بیان، حریم عمومی و ملک مشاع همه حق‌هاست. این تبرج البته تقییدبردار است؛ چرا که با خروج از حریم خصوصی و ورود به حریم عمومی، پای مداخله دولت نیز باز می‌شود (ذاکر حسین، ۱۳۹۲: ۱۳۸). به عبارت دیگر، تبدیل اندیشه‌های درونی به کردارهای شایع و علنی، تا زمانی به عنوان یک حق مسلم و اساسی شناخته شده است که در اصطکاک با حق دیگری نباشد (سجادی، ۱۳۹۰: ش ۵۵/۱۰۱؛ قاری سیدفاطمی، ۱۳۸۸: ۱۹۷/۲). به نظر می‌رسد محدود کردن یک اعتقاد، زمانی که ابراز آن منجر به نفی عملی سایر باورها شود می‌تواند قابل توجیه باشد. بی‌تردید کافر دانستن افراد به صرف داشتن یک آیین خاص، حتی با پنهان شدن پشت شعار شکل آزادی عقیده، ورود غیر مجاز به اعتقادات دیگران و در حقیقت یک ژنوسید فرهنگی است.

بنابراین اخلاقاً رفتار کسی مذموم است که با نادیده گرفتن حقوق انسانی افراد، آزادی عقیده را از آن‌ها سلب کند و با توسل به تحرکات تروریستی، باورهای خود را به دیگران القا نماید که البته طبق بند دوم میثاق صراحتاً ممنوع اعلام شده است. در نتیجه، کسانی که در قالب جرم‌انگاری در صدد دفاع از این حقوق اساسی برمی‌آیند، نه تنها خلاف موازین حقوق بشر رفتار نکرده‌اند، بلکه در راستای حمایت از آن و در جهت تأمین الزامات این معاهدات قیام کرده‌اند. افزون بر اینکه تعالیم اسلام هم مکلفان را به سمت دفاع از حریم خود سوق داده است.

۲-۳-۳. قطعنامه‌های مربوط به مبارزه با افترا به ادیان مصوب ۲۰۰۹

مورد دیگری را که می‌توان در نظامات حقوق بین‌المللی یافت قطعنامه‌های مربوط به مبارزه با افترا به ادیان است. باید گفت که این قطعنامه‌ها توجه خاصی به نقض حقوق افراد و گروه‌ها از طریق سخنان نفرت‌زا داشته‌اند؛ مثلاً تمام آن‌ها با عبارات کم و بیش مشابهی تأکید کرده‌اند که همه کشورها باید برای مقابله با تنفر، تبعیض، نابردباری و رفتار خشونت‌آمیز، ارباب و خشونت‌ناشی از عدم تحمل دینی همچون حمله به مکان‌های مذهبی، تمام اقدامات لازم را در چارچوب نظام حقوقی شان و مطابق اسناد

بین‌المللی حقوق بشر اتخاذ کنند. در ضمن، بسیاری از سخنان منع‌شده در این قطعنامه‌ها، جزء اموری هستند که می‌توان ادعا کرد که به طور قطع منجر به ایجاد نفرت و تبعیض علیه گروه‌های دینی می‌شوند (سودمندی، ۱۳۹۲: ش ۵۵/۱). تبعیضی که چه بر مبنای نژاد باشد و چه بر مبنای باورها و مذاهب، آستن نفرت و خشونت است که از بطن آن زاده خواهد شد.

عمل به توصیه‌های این قطعنامه‌ها با توجه به محوریت اسلام در شکل‌گیری آن‌ها و ارتباطشان با مسئله تکفیر، الزامی به نظر می‌رسد.

۲-۴. لزوم شناسایی تکفیر به عنوان جرمی مانع

زمانی که قانون‌گذار به جرم‌انگاری انحرافات و به طور کلی رفتارهایی پیردازد که حاکی از حالت خطرناک بوده و ممکن است زمینه‌ساز ارتکاب جرایم باشند و خساراتی برای جامعه ایجاد کنند هرچند آن خسارات فوری نباشد (نجفی ابرندآبادی و حبیب‌زاده و بابایی، ۱۳۸۳: ش ۲۵/۳۷) و در آینده ایجاد شود، در حقیقت به دنبال مجازات رفتارهایی است که در ظاهر اخلاص چندان مهمی در جامعه پدید نمی‌آورند، ولی ممکن است مقدمه‌ای برای رفتارهای ضد اجتماعی سهمگین‌تری تلقی شوند (اردبیلی، ۱۳۹۲: ۴۹-۵۰). بنابراین جرایم مانع را می‌توان انحرافات دانست که خطری برای جامعه ندارند اما استقرار آن‌ها زمینه‌ساز جرم است. این جرایم به صورت مستقیم یا غیر مستقیم در ارتباط با صدمات ناشی از جنایات اولیه شکل گرفته‌اند (Abramas, 1982: 2). لذا به طور قراردادی جرم‌انگاری می‌شوند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱: ۱۱).

امروزه نخستین گام مبارزه با بزهکاری در دانش جرم‌شناسی، شناسایی و رفع عوامل پیدایش اندیشه مجرمانه است. گام دوم، از میان بردن فرصت‌ها و موقعیت‌های بزهکاری ناظر به زمان، مکان، کنترل بزهکار و آموزش است تا کسانی که اندیشه مجرمانه دارند وسوسه و تحریک نشوند و فرصت ارتکاب جرم برای آن‌ها فراهم نشود. یکی از شیوه‌های مؤثر در پیشگیری از بزهکاری، مبارزه با اسباب، ابزار و مقدمات جرم است (میرخلیلی، ۱۳۹۰: ش ۹۶/۳۱)؛ چرا که شعار جرم‌شناسی مانند پزشکی همواره تقدم پیشگیری بر درمان است.

محرك اصلی جرایمی که با انگیزه‌های مذهبی ارتکاب می‌یابند، استنباطات انحرافی از گزاره‌های دینی است که وقتی با مقدمه تکفیر همراه شود و از مرحله اندیشه به عمل گذر کند، می‌تواند به نتایج وحشتناکی همچون: ترور، قتل، نسل‌کشی، تجاوز و... منتهی شود؛ زیرا وضعیت‌های پیش‌جنایی، فرایند تبدیل منویات ذهنی را به واقعیت‌های عینی تسهیل می‌نماید. البته باید توجه داشت اساساً مذاهب راستین الهی جرم‌زا نیستند و آنچه جرم‌زایی آن در این حیطه مد نظر است، انگیزه‌های مذهبی است که ممکن است به طرز نادرستی انتقال یافته باشد (غلامی و حسین‌زاده، ۱۳۹۳: ش ۹۱/۱). با توجه به مطالب پیشین و در راستای مبارزه با مقدمات جرایمی که با این انگیزه رخ می‌دهند، شناسایی تکفیر به عنوان جرمی مانع از یک طرف می‌تواند جامعه را تا حد قابل ملاحظه‌ای از آماج جرایم بعدی ایمن سازد و از طرف دیگر قادر است حالت خطرناک مرتکبان بالقوه را با مقابله‌ای وضعی با اسباب جرم‌زا از راه حذف مقدمات، کنترل و خنثی سازد.

فارغ از اینکه تکفیر قادر است مقدمه‌ای برای بسیاری از جرایم باشد، می‌تواند مستقلاً به عنوان رفتاری مبتنی بر نفرت،^۱ نه تنها به بزه‌دیده مستقیم خود آسیب بزند، بلکه سبب صدمات شدیدتر به هم‌گروهان بزه‌دیده و در سطح گسترده‌تر به جامعه گردد (عباچی، ۱۳۸۸: ۵۶۸). اسلام‌هراسی و در پی آن اسلام‌گریزی، نمایش حداکثر خشونت به عنوان گفتمان دین، ایجاد ترس و دلهره در اذهان جهانیان از طریق ارتکاب جنایات خارج از تفکر و طینت بشر، زدودن تقدیس‌نهادهایی همچون نکاح در قالب شعار جهاد نکاح، نمایش کاملاً وارونه و مشوّه از دین که اکنون دیگر رنگ و بوی خیانت به اسلام گرفته است و رسالت پیامبر ﷺ و امامت ائمه اطهار علیهم‌السلام را مستقیماً تحت الشعاع قرار می‌دهد، از جمله مواردی هستند که جریان‌های تندرو در نهادینه کردن آن‌ها به نام اسلام از هیچ کوششی دریغ نمی‌کنند.

آیا موارد فوق که مستقیماً زاینده این پدیده‌اند، نمی‌توانند ضرورت این جرم‌انگاری را در قالب جرایم مانع، اثبات نمایند؟! آیا به راستی، جرم‌انگاری رفتار تکفیریان

۱. جرایمی که مهم‌ترین انگیزه ارتکاب آن تفر از طرف مقابل است.

سزاوارتر از تکدی‌گری و ولگردی نیست؟ با مقایسه‌ای اجمالی میان این پدیده و مصداق جرایم مانع در حقوق کیفری ایران^۱ می‌توان به اهمیت این رفتار از آن جهت که مقدمه‌ای برای طیف بسیار وسیع‌تری از ناهنجاری‌های شدید دیگر است، پی برد. باری، هر یک از ادله و ضرورت‌های جرم‌انگاری تکفیر را که به عنوان مبنایی برای ممنوعیت قانونی این پدیده و در نتیجه جلوگیری از وقوع جنایات انسانی به نام دین اسلام به شمار می‌رود، بپذیریم، در این واقعیت نمی‌توان تردید کرد که استفاده از اقدام‌های کنشی به عنوان پیش‌شرط استفاده از کیفر باید مورد توجه قرار گیرد؛ چرا که یکی از راهکارهای هم‌نوا کردن مجرمان ایدئولوژیک با هنجارهای اجتماعی، به کارگیری شیوه‌های آموزشی و بازآموزی تعالیم اسلامی است تا آن‌ها را از انحرافات عقیدتی و افراطی‌گری برهاند و فرزندان آن‌ها را که می‌توانند جایگزین تازه‌نفس و تندروتری از والدین خود باشند نیز از نادرست بودن این امر آگاه کند. البته این گزینه، یکی از مواردی است که با چالشی بزرگ همراه است و آن اینکه آموزش، بیشتر در پیشگیری‌های غیر کیفری (جامعه‌مدار و رشد‌مدار) و در یک دوره زمانی نسبتاً طولانی مورد استفاده قرار می‌گیرد. بنابراین نمی‌توان انتظار حصول نتیجه سریع را از آن‌ها داشت (نجفی ابرندآبادی و حبیب‌زاده و بابایی، ۱۳۸۳: ش ۴۶/۳۷). به همین خاطر، این جستار ابتدا به بحث جرم‌انگاری پدیده تکفیر پرداخت. در هر حال، اقدامات پیشینی به عنوان راهبردی تأثیرگذار در سیستم عدالت کیفری، در مورد این پدیده هم قابل اجراست.

نتیجه‌گیری

به جرئت می‌توان گفت که استفاده از مجازات‌های توانگیر در بسیاری از جرایم شنیع و جنگ علیه تروریستم، نه تنها نتوانسته است از شمار مجرمان و تروریست‌ها بکاهد بلکه استفاده نابه‌جا از حقوق کیفری در این گونه موارد به عنوان آخرین ریسمان

۱. از جمله: تهیه و ساخت کلید برای سرقت، داشتن مشروبات الکلی و آلات قمار، تهدید، داشتن محتویات مستهجن از طریق رایانه، نگهداری اشیای مخالف عفت عمومی، داشتن سلاح و مهمات، تشکیل و اداره دسته یا جمعیت غیر قانونی، دادن اسلحه برای فرار مجرم، ولگردی و تکدی‌گری، پول‌شویی، اعتیاد، رانندگی در حال مستی و....

رهایی‌بخش، به شدت از کارایی آن کاسته است؛ به نحوی که حتی شاهد تکثیر و رشد روزافزون آنان در سراسر جهان هستیم. اعمال مجازات‌های شدید بر افرادی که جنایات خود را در راستای امتثال فریضه الهی مرتکب می‌شوند با چالش‌های جدی روبه‌روست. او حاضر است به هر نحو بکشد و به هر نحو کشته شود. بنابراین، به تعبیری مجازات شدید، بعضاً با این استدلال که «چه راهی بهتر از شهادت و جانبازی در راه خدا!» مشوق آن‌ها خواهد بود. در این فرایند، نیازمند راهبردهایی بنیادین هستیم تا علاوه بر اینکه ما را در برابر تروریسم محافظت کند، در مقابل همه خطرات و جنایات آنان نیز ایمن سازد. از این رو، شناسایی و محکومیت پدیده شوم تکفیر که تا به حال مورد توجه قانون‌گذاران واقع نشده است، به عنوان مهم‌ترین عامل تحریک به ارتکاب بسیاری از جرایم شدید در عصر حاضر، می‌تواند یکی از مؤثرترین راه‌ها برای مهار تروریسم باشد؛ چرا که مرحله تکفیر از مراحل مقدماتی ارتکاب جرایم است و در جرم‌شناسی اثبات شده که جلوگیری از وقوع جرایم در این مرحله با استفاده از اقدامات پیشینی، بسیار مؤثرتر از توسل به پیشگیری ثانویه با اقدامات پسینی خواهد بود. حتی می‌توان گفت که عدم جرم‌انگاری این پدیده می‌تواند مشوق تکفیرگر به ارتکاب جرم باشد؛ زیرا از یک سو، عدم اقدام مقنن موجب این تلقی خواهد شد که کافر خواندن دیگران مباح است و بنابراین بی‌آنکه مانعی بر سر راه فرد قرار گیرد، در آستانه بزهکاری‌های گسترده قرار می‌گیرد. از سوی دیگر، هر لحظه امکان دارد که طرف مقابل هم در مقام دفاع از باورهایش دست به تکفیر بزند که زاینده آن چیزی جز شیوع دادگستری خصوصی، جنگ و کشتار نخواهد بود.

مهار نیروهای تکفیری از طریق جرم‌انگاری مزایای زیادی در بر خواهد داشت. بسیاری از تروریست‌های تکفیری در اثنای عملیات‌هایشان کشته می‌شوند و یا به صورت انتحاری اقدام به جنایاتشان می‌کنند. در این صورت، موضوع مجازات‌ها و اقدامات پیش‌دستانه‌ای که فرد متعلق آن است، منتفی شده است؛ اما اگر قبل از انجام هر گونه اقدام و با یک حرکت پیش‌دستانه مهار شوند، علاوه بر اینکه از وقوع فجایع انسانی جلوگیری شده است، می‌توان با استفاده از روش‌های اصلاحی و بازآموزی تعالیم اسلامی، به برگشت آن‌ها از اندیشه‌های مخربشان نیز چشم دوخت؛ زیرا انحراف

آنها از دین تنها عامل تحریکشان به سمت ارتکاب جرایم است. لذا استفاده از همان آیین برای کسانی که بزرگ‌ترین آرمانشان شهادت در راه خداست، بهترین و مطمئن‌ترین راه برای خودکنترلی افراد در مواجهه با فرصت‌های انجام جرم است. مؤید این بیان، سیره عملی امیرالمؤمنین علیه السلام در برخورد با تکفیریان خوارج است که از زمان جدایی آنان از سپاه امام علیه السلام تا هنگام وقوع جنگ نهروان، حضرت علیه السلام از هیچ کوششی در جهت برگشت آنها از عقایدشان دریغ نفرمود و البته عدۀ کثیری (حدود ۸۰۰۰ نفر) با این اقدامات روشنگرانه به آغوش اسلام بازگشتند (قزوینی، ۱۳۸۰: ۵۶۸؛ رشاد، ۱۳۸۰: ۲۵۵/۹). لذا به نظر می‌رسد با یک واکنش افتراقی (هم از نظر شکلی و هم از نظر ماهوی) قانونی و البته با آگاهی دادن از طریق بازآموزی عقلانی - منطقی تعالیم دینی در خلال مدت‌زمان توقف آنها در کارگاه‌های آموزشی و مکان‌هایی که قانون تعیین خواهد کرد، پیشگیری اختصاصی نیز که یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های جرم‌شناسی و حقوق جزاست، محقق گردد.

افزون بر این، واکنش قانونی به این پدیده در راستای ارشادات معاهدات بین‌المللی، قادر است موضع جمهوری اسلامی ایران را در مبارزه با افراطی‌گری به نحو شفاف به جامعه جهانی نشان دهد و ایران را از اتهام‌واهی حمایت از تروریسم‌رهایی بخشد. البته باید توجه داشت که تأکید زیاد بر خطر تکفیر نباید اسباب برخوردهای شدید را فراهم کرده، موجب نادیده گرفته شدن حقوق افراد گردد؛ زیرا به همان اندازه که تکفیرگر خطرناک است، تکفیرشونده نیز می‌تواند به بهانه دفاع از حقوق ضایع شده، خطرناک باشد و دست به انتقام بزند.

کتاب‌شناسی

۱. آقابابایی، حسین، «گفتمان فقهی و جرم‌انگاری در حوزه جرایم علیه امنیت ملت و دولت»، فقه و حقوق، سال دوم، شماره ۵، تابستان ۱۳۸۴ ش.
۲. آل کاشف‌الغطاء، محمدحسین بن علی، اصل الشیعة واصولها، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابراهیمی، شهرام، جرم‌شناسی پیشگیری، تهران، میزان، ۱۳۹۰ ش.
۴. ابن ابی شیبہ کوفی، ابوبکر عبدالله بن محمد، المصنف فی الاحادیث والآثار، تحقیق کمال یوسف الحوت، ریاض، مکتبه الرشد، ۱۴۰۹ ق.
۵. ابن اثیر جزری، ابوالسعادات مبارک بن محمد، النهایة فی غریب الحدیث والاثر، قم، اسماعیلیان، بی‌تا.
۶. ابن حزم اندلسی، ابومحمد علی بن احمد بن سعید، الفصل فی الملل والاهواء والنحل، قاهره، مکتبه الخانجی، بی‌تا.
۷. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، چاپ سوم، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر، ۱۴۱۴ ق.
۸. اردبیلی، محمدعلی، «کشتارجمعی»، مجله حقوقی، شماره ۱۱، پاییز و زمستان ۱۳۶۸ ش.
۹. همو، حقوق جزای عمومی، چاپ سی و یکم، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۱۰. البانی، محمد ناصرالدین، فتنه التکفیر، تعلیق محمد بن صالح العیمین، بی‌جا، بی‌تا، بی‌تا.
۱۱. بخاری، ابوعبدالله محمد بن اسماعیل، صحیح البخاری، تحقیق مصطفی دیب البغا، چاپ سوم، یمامه - بیروت، دار ابن کثیر، ۱۴۰۷ ق.
۱۲. بری آر، یوزن، «مبارزه با تروریسم: استراتژی بزرگ، استراتژی و تاکتیک»، ترجمه علی رضایی، مجله نگاه، سال چهاردهم، شماره ۳۵، خرداد ۱۳۸۲ ش.
۱۳. بوشهری، جعفر، حقوق جزا (اصول و مسائل)، تهران، انتشار، ۱۳۷۹ ش.
۱۴. بیهقی، ابوبکر احمد بن حسین، السنن الکبری، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۹ ق.
۱۵. پژوهشکده حج و زیارت، حرمت تکفیر مسلمانان و اهانت به مقدسات مذاهب اسلامی، تهران، مؤسسه فرهنگی هنری مشعر، زمستان ۱۳۹۲ ش.
۱۶. تربتی‌نژاد، حسن، اسلام و خشونت، بی‌جا، حرم، ۱۳۸۲ ش.
۱۷. تمیمی مغربی، ابوحنیفه نعمان بن محمد، دعائم الاسلام، چاپ دوم، قم، آل‌البت، ۱۳۸۵ ق.
۱۸. توکلیان اکبری، محمود، بررسی ریشه‌های تکفیر در اندیشه فقهی (مطالعه موردی در موضوعات نصب و رفض)، رساله دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد، پاییز ۱۳۹۱ ش.
۱۹. جاویدزاده، حمیدرضا، «سیاست‌های پیشگیرانه سازمان ملل متحد در قبال نسل‌کشی»، فصلنامه پژوهشی حقوق، سال سیزدهم، شماره ۳۳، تابستان ۱۳۹۰ ش.
۲۰. جلالی، محمود، «حقوق بشر در تصمیمات دیوان بین‌المللی دادگستری»، مجله قضایی و حقوق دادگستری، شماره ۴۴، پاییز ۱۳۸۲ ش.
۲۱. جوان جعفری، عبدالرضا، «تحولات جامعه‌شناسی کیفری از دورکهایم تا گارلند»، دایرةالمعارف علوم جنایی (مجموعه مقاله‌های تازه‌های علوم جنایی)، تهران، میزان، ۱۳۹۱ ش.
۲۲. جامسکی، نوام، تروریست‌های جهانی چه کسانی هستند؟، ترجمه مجتبی طاهری، تهران، پژوهشکده مطالعات راهبردی، ۱۳۸۳ ش.
۲۳. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، قم، آل‌البت، ۱۴۰۹ ق.

۲۴. حسینی واسطی زبیدی، سیدمحمد مرتضی بن محمد، *تاج العروس من جواهر القاموس*، تحقیق مجموعه من المحققین، بی جا، دار النشر، بی تا.

۲۵. دلماس - مارتی، میری، «پارادایم جنگ علیه جرم، مشروع ساختن امر غیر انسانی»، ترجمه روح‌الدین کردعلیوند، *تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقاله‌ها)*، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.

۲۶. ذاکر حسین، محمد هادی، *موازنه جرم‌انگاری اهانت به پیامبر ﷺ با موازین حق بر آزادی بیان*، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۲ ش.

۲۷. رامیار، علیرضا، «ریشه‌های خشونت در اندیشه اسلامی»، *دانش انتظامی خراسان شمالی*، سال دوم، شماره ۵، بهار ۱۳۹۴ ش.

۲۸. رشاد، علی اکبر، *دانشنامه امام علی علیه السلام*، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۰ ش.

۲۹. سبحانی تبریزی، جعفر، *فروع ولایت تاریخ تحلیل زندگانی امیرالمؤمنین علی علیه السلام*، چاپ چهارم، بی جا، صحیفه، ۱۳۷۴ ش.

۳۰. سجادی، سیدمحمد، «حق آزادی عقیده و بیان در اعلامیه جهانی حقوق بشر و قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان»، *فصلنامه تخصصی پژوهش‌نامه حقوق*، سال اول، شماره ۱۰۱، تابستان ۱۳۹۰ ش.

۳۱. سودمندی، عبدالمجید، «سازگاری قطعنامه‌های مبارزه با افترا به ادیان با معیارهای بین‌المللی حقوق بشر»، *پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، دوره ۱۷، شماره ۱، بهار ۱۳۹۲ ش.

۳۲. سیوری حلی، جمال‌الدین مقداد بن عبدالله، *کنز العرفان فی فقه القرآن*، ترجمه عبدالرحیم عقیقی بخشایشی، قم، بی نا، بی تا.

۳۳. شمس، منصور، *آشنایی با معرفت‌شناسی*، تهران، طرح نو، ۱۳۸۴ ش.

۳۴. صدر توحیدخانه، محمد، «حقوق در چنبره دشمن: از سیاست آمریکایی جنگ با ترور تا نظریه آلمانی حقوق کیفری دشمنان»، *تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقاله‌ها)*، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.

۳۵. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *من لا یحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.

۳۶. طباطبایی، سیدمحمد حسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.

۳۷. طبرانی، ابوالقاسم سلیمان بن احمد بن ایوب، *المعجم الکبیر*، تحقیق محمد بن عبدالحمید سلفی، چاپ دوم، موصل، مکتبه الزهراء، ۱۴۰۴ ق.

۳۸. طبرسی، ابو منصور احمد بن علی بن ابی طالب، *الاحتجاج*، مشهد، مرتضی، ۱۴۰۳ ق.

۳۹. عاملی، محمد بن مکی، *البیان*، قم، بی نا، ۱۴۱۲ ق.

۴۰. عباچی، مریم، «جرم‌های مبتنی بر نفرت»، *تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقاله‌ها)*، تهران، میزان، بهار ۱۳۸۸ ش.

۴۱. عبدالفتاح، عزت، «جرم چیست و معیارهای جرم‌انگاری کدام است؟»، ترجمه اسماعیل رحیم‌نژاد، *مجله قضایی و حقوقی دادگستری*، شماره ۴۱، ۱۳۸۱ ش.

۴۲. غلامی، علی و جمال‌الدین حسین زاده، «مصادیق جرایم با انگیزه‌های مذهبی»، *پژوهش‌نامه حقوق اسلامی*، سال پانزدهم، شماره ۱ (پیاپی ۳۹)، بهار و تابستان ۱۳۹۳ ش.

۴۳. فرمانیان، مهدی، «چیستی و چرایی شکل‌گیری جریان‌های تکفیری و دلایل قدرت‌یابی آن‌ها در دهه‌های اخیر»، *همراه مبلغ*، بی جا، بی نا، ۱۳۹۳ ش.

۴۴. قاری سیدفاطمی، سیدمحمد، حقوق بشر در جهان معاصر: جستارهای تحلیلی از حق‌ها و آزادی‌ها، تهران، شهر دانش، ۱۳۸۸ ش.
۴۵. قزوینی، سیدمحمدکاظم، امام علی از ولادت تا شهادت، قم، دلیل، ۱۳۸۰ ش.
۴۶. کارگری، نوروز، «دین و جرم با تأکید بر ارتباط اسلام و جرایم تروریستی»، تعالی حقوق، شماره ۱۱، خرداد و تیر ۱۳۹۰ ش.
۴۷. کلارکسون، کریستوفر، تحلیل مبانی حقوق جزا، حسین میرمحمدصادقی، تهران، جهاد دانشگاهی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۱ ش.
۴۸. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق. و قم، دار الحدیث للطباعة و النشر، ۱۴۲۹ ق.
۴۹. کی‌نیا، مهدی، روان‌شناسی جنایی، تهران، رشد، ۱۳۷۴ ش.
۵۰. لینکر، اندرو، مبارزه با تروریسم: تلاش بیهوده، ترجمه محمد صفار، تهران، پژوهشکده مطالعات راهبردی، ۱۳۸۲ ش.
۵۱. متقی هندی، علاء‌الدین علی بن حسام‌الدین، کنز العمال فی سنن الاقوال و الافعال، بیروت، مؤسسه الرساله، ۱۴۰۹ ق.
۵۲. مجیدی، سیدمحمود، «جرمانگاری تهاجم در جرایم تروریستی»، نامه مفید، سال سیزدهم، شماره ۶۴، اسفند ۱۳۸۶ ش.
۵۳. محسنی، مرتضی، دوره حقوق جزای عمومی: پدیده جنایی، چاپ سوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲ ش.
۵۴. محمدی ری‌شهری، محمد، دانشنامه امیرالمؤمنین علیه السلام بر پایه قرآن، حدیث و تاریخ، ترجمه ابوالقاسم حسینی (زرفا)، محمدکاظم طباطبایی و محمود طباطبایی نژاد، بی‌جا، دار الحدیث، ۱۳۸۲ ش.
۵۵. مسه، میشل، «بزهکاری تروریستی»، ترجمه روح‌الدین کردعلیوند و آزاده شاهین مقدم، دایرةالمعارف علوم جنایی (مجموعه مقالات تازه‌های علوم جنایی)، تهران، میزان، ۱۳۹۱ ش.
۵۶. مکارم شیرازی، ناصر، تفسیر نمونه، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۷۳ ش.
۵۷. منتظری، حسین علی، مبانی حکومت اسلامی، ترجمه محمود صلواتی و ابوالفضل شکوری، قم، کیهان، ۱۴۰۹ ق.
۵۸. میرخلیلی، سیدمحمود، «سد ذرایع و پیشگیری از بزهکاری در آموزه‌های اسلامی»، فصلنامه حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره ۳۱، زمستان ۱۳۹۰ ش.
۵۹. میرمحمدصادقی، حسین، دادگاه کیفری بین‌المللی، تهران، دادگستر، ۱۳۸۳ ش.
۶۰. نجدی، سلیمان بن سحمان، الهدیه السنیه و التحفه الوهابیه النجدیه، بی‌جا، بی‌نا، ۱۳۴۲ ق.
۶۱. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، تقریرات جامعه‌شناسی جنایی، دوره کارشناسی ارشد، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۱ ش.
۶۲. نجفی ابرندآبادی، علی حسین و سودابه رضوانی، «اسلب آزادی پیشگیری‌محور با تأکید بر ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، سال چهارم، شماره ۱۲، پاییز ۱۳۹۴ ش.
۶۳. نجفی ابرندآبادی، علی حسین و محمدجعفر حبیب‌زاده و محمدعلی بابایی، «جرایم مانع (جرایم بازدارنده)»، فصلنامه مدرّس علوم انسانی، شماره ۳۷، ۱۳۸۳ ش.
۶۴. نوبهار، رحیم، اصل قضایی بودن مجازات‌ها؛ تحلیل فقہی حق بر محاکمه عادلانه، تهران، شهر دانش، ۱۳۸۸ ش.

۶۵. نیکبخت، سارا، زمینه‌های گرایش به خشونت و راهکارهای مقابله با آن از منظر جرم‌شناسی، تهران، کتاب آوا، ۱۳۹۳ ش.

66. Abramas, Norman, "The New Ancillary Offences", *Criminal Law Forum*, Vol. 1, No. 1, 1982.

67. Garland, David, *The Culture of Control: Crime and Social in Contemporary Society*, University of Chicago Press, 2001.

68. Roach, Kent, *Due Process and Victims' Right*, University of Trento Press, 1999.



تَرْجَمُ حِكْمَهُمَا

موجز المقالات

علاقة الجرائم الواقعة على الأموال بمبادئ القانون المدني

□ حسين مير محمد صادقى (أستاذ بجامعة الشهيد بهشتى)

□ على رحمتى (طالب دكتوراه فى فرع قانون الجزاء وعلم الإجرام بجامعة الشهيد بهشتى)

يمكن تسليط الضوء على القضايا الأساسية فى القانون الجزائى عبر مراجعة المبادئ المقررة فى القانون المدني. ونظرًا إلى أن القاسم المشترك بين «الجرائم الواقعة على الأموال» هو كونها جميعًا تسفر عن انتهاك الحقوق والمصالح المالية للأشخاص، فإنها وثيقة الصلة بمبادئ القانون المدني (وعلى وجه الخصوص بقانون العقود، أو حقوق الأموال والملكية)؛ وعليه، لكى تصدر الحكم على أحد بارتكاب إحدى هذه الجرائم، فلا بد أولاً أن تثبت لشخص آخر حقًا ماليًا عبر تبنى مبادئ القانون المدني، وبالتالي تثبت أن المتهم انتهك هذا الحق. وفيما يخص السؤال عما إذا كان للمبادئ المقررة فى القانون المدني دور فى إيضاح الملفات الجنائية، ولا سيما الجرائم المالية، أم لا، تطالعنا وجهات نظر رئيسة ثلاث. وتأتى هذه المقالة محاولةً لتحليل كل واحدة من وجهات النظر الثلاث هذه، كما تتناول أبرز المصاديق لصله الجرائم المالية بمبادئ القانون المدني أيضًا.

المفردات الأساسية: الجرائم الواقعة على الأموال، مبادئ القانون المدني، القضايا الجزائية، الحقوق والمصالح المالية، كون المال مملوكاً للغير.

أضواء على جريمة «الإخلال بالنظام الاقتصادي للبلاد»

عبر قبول الودائع في القانون الإيراني

- حسين سميعي زنونز (طالب دكتوراه في فرع قانون الجزاء وعلم الإجرام بجامعة تربية المدرس)
- محمد جعفر حبيب زادة (أستاذ بجامعة تربية المدرس)
- محمود صابر (أستاذ مساعد بجامعة تربية المدرس)

لقد صادق مجلس الشورى الإسلامى على قانون معاقبة العناصر المخلة بالنظام الاقتصادى فى البلاد، بغية مواجهة المجرمين الاقتصاديين سنة ١٣٦٩ ش. وقد جرم البند «هـ» من المادة ١ للقانون الآنف الذكر، قبول الودائع إذا ما أدى إلى العبث بأموال المواطنين، أو الإخلال بالنظام الاقتصادى فى البلاد. إن ظروف تحقق الجرم الآنف الذكر، وشروط شمولية عنوان الإفساد فى الأرض على فعل المرتكب والاشتراك المعنوى للعنوان المذكور مع عناوين إجرامية أخرى كالاختيال والمبادرة غير الشرعية بالعمليات المصرفية، يمر ذلك كله بملاسات تستدعى تحليلاً نقدياً شاملاً. يسعى هذا المقال وراء الإجابة عن سؤال أساسى مفاده كالتالى: فى ضوء وجود إطلاق صفة الجريمة على جرائم كالاختيال، أيمكن الاستناد فى المحاكم إلى جريمة الإخلال بالنظام الاقتصادى فى البلاد عبر قبول الودائع؟ إن تحليل القوانين وتفصيل مناقشات مجلس الشورى الإسلامى ودراسة السابقة القضائية، تزيل الغبار عن أنه لا مجال معتدداً به للاستناد فى المحاكم إلى إطلاق صفة الجرم على الجريمة المدرجة فى البند «هـ» للمادة ١ من القانون المذكور، جزاء الغموض المحيط بتعريف بعض المفردات الأساسية فى نص القانون الخاص بمعاقبة العناصر المخلة بالنظام الاقتصادى للبلاد، وكذلك لتعذر إثبات مقومات الجريمة المذكورة على الجهة القضائية المختصة، وذلك على الرغم من وجود صفات إجرامية فى القانون المصادق سنة ١٣٦٧ ش.، والمتعلق بتغليظ العقوبات على مرتكبي الارتشاء والاختلاس والاختيال، وكذلك المادة ٢٨٦ من قانون العقوبات الإسلامى المقرر ١٣٩٢ ش.، لذلك كله يقترح الباحثون إلغاء التجريم عنه.

المفردات الأساسية: النظام الاقتصادي للبلاد، قبول الودائع، الإفساد في الأرض، العمليات المصرفية، نوايا توجيه الضربات إلى نظام الجمهورية الإسلامية، شركة المضاربة.

الضمانات التنفيذية لعدم انتهاك حقوق المواطنة في تحقيقات الشرطة

□ حسنلى مؤذن زادگان (أستاذ مشارك بجامعة العلامة الطباطبائي)
 □ حسين محمد كوره يز (طالب دكتوراه في فرع قانون الجزاء وعلم الإجرام بجامعة العلامة الطباطبائي)

تبدأ عملية القضاء الجنائي في معظم حالاتها، بتدخل رجال الشرطة القضائية وبالتالي بدء عملية تحقيق الشرطة. وهذه المرحلة تتطلب من رجال الشرطة القضائية أن يدركوا أهمية الدقة والسرعة في تحديد موقف الشخص تحت المراقبة، كما تستدعيهم الالتزام بواجباتهم القانونية بوصفهم رؤاداً في الخطوط الأمامية لاستكشاف الجريمة المحتملة والتحقق منها. لأنهم يواجهون الشخص المراقب، وليس المتهم. إذن، يجب مراعاة ما تقتضيه حقوق المواطنة. على الرغم من مضي أكثر من عقد من الزمن على إقرار قانون احترام الحريات المشروعة وصيانة حقوق المواطنة المصادق عليه ١٥/٢/١٣٨٣، وانطلاق خطاب المواطنة وصيانة حقوق المواطنين، إلا أنه لم تتفرغ دراسة مستقلة بالتركيز على هذه المرحلة من عملية الإجراءات الجنائية، للإجابة على السؤال التالي: ما هي ردود الفعل على رجال الشرطة القضائية إذا ما انتهكوا هذه الحقوق؟ يمكن تصنيف الأجوبة المتعلقة بانتهاك حقوق المواطنة للأشخاص تحت المراقبة في السياسة الجنائية الإيرانية في مجموعتين. الأولى، ضمانات تنفيذية قمعية أو قاسية -بتعبير ثان الجيل الأول- وهي تشمل ردود فعل جزائية وإدارية ومهنية، كما تشمل الضمانات التنفيذية الناعمة -الجيل الثاني- التي تتمثل في: حجب الثقة عن التحقيقات، والتعويض عن خسائر المتضرر. ونظراً إلى المادتين: ٧ و ٦٣ في قانون أصول المحاكمات الجنائية المصادق عليه ١٣٩٢، تبدو أهمية دراسة الموضوع هذا أكثر. وعليه فيسعى هذا المقال إلى تسليط الأضواء على كل واحد من هذه الردود.

المفردات الأساسية: الجرائم الواقعة على حقوق المواطنة، الشخص تحت المراقبة، تحقيقات الشرطة، الجيل الأول والثاني من الضمانات التنفيذية.

حكم الإكراه المؤدى إلى وفاة المكره فى القانون الإيرانى

□ كيومرث كلاترى (أستاذ مشارك بجامعة مازندران)

□ رضا هادى زادة (طالب دكتوراه فى فرع قانون الجزاء وعلم الإجرام بجامعة مازندران)

على الرغم من تخصيص المادة ٣٧٩ فى التشريع الجنائى الإسلامى (١٣٩٢ ش.) بمباشرة الإكراه المؤدى إلى الجريمة على المكره، ما زالت الضبايئة تكتنف البت فى كثير من الحالات التى يودى المكره بحياة المكره من خلال التأثير عليه. مع ذلك يصح القول بأنه فى الحالة التى يُكره فيها الشخص من قبل غيره على الانتحار، تارةً تسبب عن إيعاز النتيجة (القتل) إلى من باشر الإكراه نظرًا إلى آلية الإكراه، وتارةً أخرى لا يوجّه له اتهام جزاء القتل وإنما سيُحكّم عليه بالعقوبة التعزيرية. وعلى هذا المنوال فلن يعطى جميع الحالات المدرجة تحت المادة ٣٧٩ من التشريع الجنائى الإسلامى، الإكراه على التصرف المؤدى إلى الجريمة (فى هذا المقال قتل من بوشر عليه الإكراه)؛ بتعبير ثانٍ بتوافر بعض الظروف، يُعزى القتل الحادث إلى المجنى عليه، لا يوجّه اتهام لمن قام بالتهديد؛ على سبيل المثال تجدر الإشارة إلى حالة يرتكبها الشخص الذى يتعرّض للتهديد، عن وعى ومعرفة ويقين بأن الفعل قاتل لا محالة، ولا يبلغ الخطر مبلغًا من الشدة يبدو فيه الانتحار متناسبًا، ويُنسب فيه إلى المكره قتل المتعرّض للتهديد. نظرًا إلى الغموض القانونى وتضارب آراء الفقهاء، فتسعى هذه المقالة إلى إيضاح حكم الحالات المختلفة التى يؤدى فيها الإكراه إلى قتل المكره؛ وفى هذا السياق تسلط الأضواء على موقف النظام القانونى الإيرانى من الموضوع، آخذةً بعين الاعتبار موضوع طلب المكره، ضمن بحثين مستقلين، يحملان عنوان: الإكراه على الانتحار، والإكراه على تصرف مؤدّ إلى قتل المكره.

المفردات الأساسية: الإكراه، تسيب، مباشرة، انتحار.

اعتبار الحبس الأقل من ٩١ يومًا فى القانون الجنائى الإيرانى

□ أبو الحسن شاكرى (أستاذ مشارك بجامعة مازندران)

□ سيد مسعود حيدرى (ماجستير فى قانون الجزاء وعلم الإجرام)

نظرًا إلى العجز الذى تعانيه عقوبة الحبس فى إصلاح السجناء وتأهيلهم، وكذلك بالنظر

إلى خصوبة أجواء السجن للجرائم وتكاليها الباهظة، فإنه من الضرورة بمكان أن نأخذ بعين الاعتبار العقوبات البديلة، إلا أن هذا القول لا يعنى بالضرورة محو عقوبة الحبس من النظام الجزائي، على وجه الخصوص الحبس القصير الأجل، وعلى حسب المادة ٧٠ فى قانون العقوبات الإسلامية ١٣٩٢ ش. تقرّر تنفيذ الحكم بالحبس الأقل من ٩١ يومًا فى حقّ المحكوم المتجرى الذى يتملّص عن تنفيذ العقوبة البديلة من الحبس، من جهة أخرى فى مقام تخفيف العقوبة، لا يوجد محذور قانونى لإصدار الحكم بالحبس لأقلّ من ٩١ يومًا وتنفيذه نظرًا لانعدام نصّ قانونى صريح، مضافًا إلى ذلك حينما تعتمد المحاكم نظام وقف تنفيذ العقوبة، يمكن تنفيذ الحبس المذكور فى الحكم أى الحبس الأقلّ من ٩١ يومًا فى ضوء المادة ٥٤ ق.م.ا. وتحت ظروف محدّدة، كلّمًا ارتكب المحكوم عليه جريمة جديدة، من دون إمكانية استبدال العقوبة بالعقوبة البديلة مرّة ثانية؛ لكن لا تُلغى العقوبة البديلة من الحبس فى الجرائم غير المقيّدة بالتعزيز الخاصّ إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ حكم المحكمة.

المفردات الأساسية: الحبس، المحكوم عليه، قصير الأجل، البديل، الجزاء النقديّ.

دراسة إمكانية محاكمة عناصر تنظيم داعش و قاداته

فى المحاكم الجنائية الدولية

□ محمّد خليل صالحى (أستاذ مساعد بجامعة قمّ)

□ محمّد داورى (طالب دكتوراه فى فرع قانون الجزاء وعلم الإجرام بجامعة قمّ)

وفق التقارير الصادرة عن المنظّمات والجهات الدوليّة الموثوقة، ارتكبت هذه الجماعة جرائم بشعة مشينة يضمّ كثير منها ما لا يقلّ عن ثلاث جرائم دوليّة خطيرة أى جرائم حرب، وجرائم ضدّ الإنسانية، وتطهير عرقى؛ ونظرًا إلى موقع هذه الجرائم وحمل كلّ من المرتكبين والمجنّى عليهم جنسيّات محدّدة، وكذلك تعرّض السلام والأمن الدوليين، تضافرت هذه العوامل لتحويل صلاحيّات متعدّدة. إنّ الجرائم التى تمّ تجريمها وفق القانون المحلّى، كالقتل، والاعتصاب تستدعى ممارسة المحاكم الداخليّة سلطاتها، أمّا الجرائم الدوليّة الثلاث الكبرى (تطهير عرقى، وجرائم ضدّ الإنسانية، وجرائم حرب)، فتبرّر ممارسة السلطة من قبل المحاكم المخصّصة، والمختلطة

والمحكمة الجنائية الدولية. في هذه المقالة خضعت إمكانية محاكمة عناصر تنظيم داعش في كل من المحاكم الأنفة الذكر، للتقييم القانوني. تفيد نتائج هذه الدراسة أن كل واحدة من هذه المحاكم تتمتع بميزات وصلاحيات نسبية تؤهلها لملاحقة قادة وعناصر التنظيم ومحاكمتهم، وينبغي لدول العالم توظيف هذه الطاقات بما يلائم الموقف.

المفردات الأساسية: داعش، جرائم حرب، جرائم ضد الإنسانية، تطهير عرقي، المحاكم الدولية.

تحليل حق أهل الذمة في القصاص، بين الفقه والقانون

□ محمد إمامي (أستاذ مساعد بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)
 □ حسين نور الديني (طالب دكتوراه بفرع الفقه ومبادئ القانون الإسلامي بجامعة المذاهب الإسلامية)

يُعَدُّ حقّ الأقليات الدينية في القصاص من القضايا الفقهية القانونية التي تستدعي التحليل. لا سيّما في الوقت الراهن إذ يسود البلاد النظام المرتكز على مبدأ ولاية الفقيه، ونعيش العصر المصطلح عليه بعهد أطروحة تساوي حقوق الإنسان، فينبغي للحكومة الإسلامية الاستجابة لمثل هذه القضايا. هذه المقالة تعيد البحث عن أسباب قصاص الأقليات وإعادة الاستنتاج منها، لتثبت حقّ القصاص لأولياء الدم بوصفه حقًا شخصيًا يكون تنفيذه في صلاحيات الحكومة التي تُعَدُّ وليًا لأهل الذمة. وفي هذا البحث لا يُعتبر قيام أهل الذمة بالقصاص من مصاديق سلطة غير المسلم على المسلم، ولا يسفر الجمع بين الروايات عن إثبات حقّ القصاص لهم فحسب، بل يبيّن أنّ الروايات الدالة على عدم القصاص تفتقر إلى القرائن، ويمكن حملها على التقية. إضافةً إلى ذلك، إذا ألقينا نظرة إلى الموضوع من منظور اجتماعي وحكومي وبغض النظر عن المنظور الفردي، وجدنا أنّ حاكم المجتمع الذي يُعَدُّ وليّ دم أهل الذمة، لم ينفذ حقّ القصاص في حالات: وفي حالات أخرى نفّده إزاء دفع فائض الدية، كما حكم بالقصاص في حالات أخرى دون دفع مبلغ. وعلى هذا الأساس، فإنّ القصاص ثابت أصلاً، إلا أنّ تنفيذه رهين برأى الإمام باعتبار وليّ كليهما أهل الذمة والمسلمين.

المفردات الأساسية: الأقلية، القصاص، وليّ، القتل، حقّ، أهل الذمة.

التكفير، من مبادئ الحظر الفقهيّ إلى ضرورة التجريم

□ عبد الرضا أصغرى (أستاذ مساعد بالجامعة الرضويّة للعلوم الإسلاميّة)

□ سجّاد روستائى (طالب فى مرحلة الماجستير بفرع القانون الجنائى والتجريم)

إنّه ليس بمجازفة لو اعتبرنا التكفير أهمّ التحدّيات الراهنة المحدقة بالعالم الإسلامى، على الرغم من ماهيته الدينيّة الأصيلية فقد تعدّى التكفير حدود الدين، وراح هاجس التكفير يتسرّب إلى البلدان غير الإسلاميّة. فى سياق هذه الخطورة، يتمثّل أحد الحلول الناجعة لمكافحة التكفير فى استخدام آليات القانون الجنائى والعقاب. مع أنّ القانون الجنائى أداة ردّ فعل على المجرمين، فىمكن لطبيعة التكفير المعادية للإنسان والتقاءه بالإرهاب، أن يفصلاً القانون الجنائى عن مبادئه الأساسيّة ويجعله تحت تصرّف المشرّعين كأداة فاعلة طيّعة. على الرغم من وجود هذا التحدّى، تبرّر ضرورة تجريم هذه الظاهرة فى ضوء مبادئها الفقهيّة، خطر العدول عن تلك المبادئ، وفى الوقت نفسه تبيّن ميزات استخدام القانون مقارنةً مع بدائل غير قانونيّة. مع ذلك، يتمثّل الحلّ المقترح الكفيل بمكافحة عمليّة تحوّل الجماعات التكفيرية إلى عناصر إرهابيّة والخروج منها، يتمثّل فى عرقلتها القانونيّة، ممّا يصطلح عليه بتجريم هذه الظاهرة، وذلك صيغة حلّ تؤكّدها الوثائق الدوليّة أيضًا.

المفردات الأساسيّة: التكفير، الجماعات التكفيرية، التجريم، ضرورة التجريم،

الإرهابيّ.

creating legal obstacles before their actions and in idiomatic expression, the criminalization of this phenomena is as obstacle crime, it is the way which has been selected by international documents.

Keywords: *Takfir, Takfir forces, Criminalization, The necessity of criminalization, Terrorist.*

retaliation is a private right and the Imam of the society has the right of enforcement of this law or leaving it fir blood money in different cases. Therefore the narrations concerning the subject seem contradictory.

Keywords: *Retaliation, Religious minorities, Islamic rulership, Jurist guardianship.*

Takfir, from the Islamic Jurisprudential Prohibited Principles to the Necessity of Criminalization

□ *AbdulReza Asghari (Assistant professor at Razavi University of Islamic Sciences)*

□ *Sajjad Roostaei (An M.A student of Criminal Law & Criminology)*

It is not exaggerated if “Takfir” is determined as the most important issue in today’s Islamic world in spite of its inner religious nature, its scope is out of the religious limitation and beliefs and fear of it is extended to non-Islamic countries. For this importance, one of strategies can be considered to overcome this problem is using the criminal law and punishment. Although criminal law is a tool to react against offenders, the anti-human nature of Takfir and its close relationship with terrorism can separate criminal law from its essential principles and be like a tool for the legislator. In spite of this challenge, it is necessary for its criminalization under the light of its Islamic jurisprudence, it justifies the risk of deviation of the mentioned principles and yet, shows the advantages of applying law to non-legal substitutions. However, the suggested solution to combat and exit from the process of changing Takfir forces to terrorist ones is

sentencing ISIS members in any of the mentioned courts. The outcome shows that every of these courts has its advantages to prosecute and punish ISIS members and Iraq government and international community must use these capacity in a proper manner.

Keywords: *Daesh, War crimes, Crimes against human, Genocide, Case courts, International Criminal Court, Hybrid courts.*

A New Approach to the Right of Retaliation for Minorities with a Glance to the Theory of Jurist Guardianship

□ *Muhammad Imami (Assistant professor at Razavi University of Islamic Sciences)*

□ *Hussein Noor Al-dinee (A PhD student of Islamic Jurisprudence)*

The right of retaliation for religious minorities in Islam in the case of a murder against them by a Muslim is a subject required to be restudied once more. The requirement of such an investigation is more clear nowadays under the sovereignty of the jurist guardianship based on the teachings of the household of the prophet. This article, a restudy of the verses of the Quran and the narrations relating to the subject, has lead to a new conclusion that the religious minorities have the private right of retaliation whose enforcement is due to the Islamic ruler of the society. Due to this study their right of retaliation is not regarded as a case of the domination of non-Muslim over a Muslim which is forbidden in the Quran neither the narrations deny the subject and those tradition which seems negating this right are justified as something issued for assimilation. On the other hand, having a socio-political glance at the subject, we get to the conclusion that the right of

The Feasibility of Prosecuting ISIS Members and Leaders

in National and International Criminal Courts

- *Muhammad Khalil Salehi (Assistant professor at University of Qom)*
- *Muhammad Davari (A PhD student of Criminal Law & Criminology)*

Based on the report of the international authentic institutes, Daesh group (ISIS) has committed anti-human and grave behaviors that for their systematizing and spreading over that some of them can be instances of three important international crimes meaning genocide, war crimes and crimes against human. Yet it has not been formed any serious action to prosecute and punish the members of ISIS by national and international courts. Iraq government with adducing to territorial principle is the most prior country to prosecute and sentence these members and also countries which ISIS members are their citizens or countries have accepted the principle of universal jurisdiction related to the international crimes and with relying on personality principle and the principle of universal jurisdiction it can be prosecuted and punished ISIS members specially their leaders in an international criminal court. The universal society expects that United Nations Security Council exercises the prosecution and punishment of ISIS members in an international criminal court. This is possible through two methods: the establishment of an international criminal court like the international criminal tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda or referring to International Criminal Court. This paper has legally studied and evaluated the possibility of

to the coerced killing in two discourses in the legal system of Iran.

Keywords: *Duress (coercion), Causation, Act directly, Suicide.*

The Legal Validity of Imprisonment Less than 91 Days (Tazi'r) in the Penal Code of Iran

□ *Abul Hasan Shakeri (Associate professor at University of Mazandaran)*

□ *Sayyed Masoud Heidari (An M.A of Criminal Law & Criminology)*

For the inefficiency of the penalties of imprisonment for the rehabilitation of the offenders and prison being a breeding ground for crime and its great expense, it is considered alternative to imprisonment in Islamic penal code that it does not mean to cancel all kinds of imprisonments especially short-term imprisonment. According to it, it has been studied in Article 70 of the Islamic Penal Code of Iran that the execution of imprisonment less than 91 days (taz'ir punishment) for offenders who are contempt and violates from the execution of punishment instead of imprisonment. From the other side, for mitigating the punishment because of the lack of explicit mentioning in law, there is no obstacle to establish enact and execution of the imprisonment less than 91 days. In addition, when a court decides to suspend the punishment, adduction to Article 54 of the Islamic Penal Code of Iran. It is carried out imprisonment less than 91 days in some circumstances But in offences without taz'ir punishment if the convicted violates to carry out the decision of a court the substituted penalty of the imprisonment is not cancelled.

Keywords: *Imprisonment, Short term, Verdict (decision), Fines, Offenders.*

The Verdict of Duress (Coercion)

Induced the Death of a Coerced Person in Iran Law

- *Kayumarth Kalantari (Associate professor at University of Mazandaran)*
- *Reza Hadizadeh (A PhD student of Criminal Law & Criminology)*

In spite of specifying Article 39 of Islamic Penal Code (1392) to coercion to perform an act induces crimes upon that person who is coerced in to performing actions, the regulation of most cases is unclear. But it should be mentioned that in a situation which a person under the coercion of someone demanding the suicide, based on tools of duress (coercion), sometimes it is caused to relate the result (murder) to coercer and sometimes he has no legal responsibility for killing and only will be convicted to taz'ir punishment. Due to this, the duress to perform actions lead to crimes (in this paper the murder of the coerced) in all cases, will not be included in Article 39 of Islamic Penal Code. In other words, in some situations, the occurred murder is attributed to the murdered person and the coercer has no legal liability. One of these cases as a sample is a situation which the threatened person with knowledge and notice commits an action which surely makes death. The level of risk or danger is not to extent that appropriate suicide and the murder of the coerced relates to the coercer. The present article with considering the legal ambiguities and different attitudes of Islamic jurists (fuqaha) tries to determine the law of several aspects which the duress (coercion) causes the coerced killing. Therefore, with paying attention to the issue of the coercer's demand, this note studies and criticizes the title of the duress (coercion) to suicide and the title of the duress to perform actions lead

this step, the judicial officers (as those in the frontier to explore the possible crime) should get involve with their legal duties (meanwhile understanding the importance of carefulness and speeding up in determining the situation of a person who is under supervision) because they confronts the person who is under supervision and not the accused person. Therefore, they should observe the Requirements originated from his citizenship rights. Although it has passed more than one decade of codifying the law of respect to the legality liberty and protection of citizenship rights (codified 1383) and the beginning of the discourse of the citizenship- centered and protection of his rights, independently, it has not been performed any research with centering on this step of criminal procedure to answer this question if the judicial officers do not protect these rights, what reaction they must be confronted. The all responses to the violation of the citizenship rights of persons who are under supervision in the criminal policy of Iran can be divided into two main types: first, aggravating or sever sanction -the first generation- which contains criminal and administrative - disciplinary responses and also the soft sanctions - second generation- which are the invalidity of investigation and compensation of crime victim. Due to Article 7 and 63 of criminal procedure of Iran (1392), it is necessary to study this issue more. Therefore, the following note tries to study every response.

Keywords: *Crimes against citizenship rights, A person who is under supervision, The Police Investigation, The sanctions of first and second generation.*

comprehensive analysis. This note is going to answer this principal question if it can be adduced before court while it contains the offensive titles such as the intervention in the economic system of the country through Accepting Deposit of Persons. The analysis of the rules and the detailed discussions in the Islamic Consultative Assembly (Majles-e Shura-ye Eslami) and studying Precedent (judicial precedent) make obvious that such available doubts in the definition of some keywords in the criminal code of disrupters in the economic system of the country and being difficult to find the factors which have comprised the mentioned crime by judicial authority, the offensive title included in Clause “h” of Article 1 of the mentioned rule with having the offensive titles in aggravating the punishment of perpetrators of bribery, defalcation and fraud (codified 1367) and also Article 286 of the criminal penal code (codified 1392) cannot be adduced in judiciary. Therefore it is suggested the decriminalization of it.

Keywords: *The economic system of the country, Accepting deposit, Disturbing peace and order in the land (fassad fil-arz), Activities of bank, The intention to cause damage to the Islamic Republic of Iran, Mudharabah company.*

Sanctions for the Violation of Citizenship Rights in the Police Investigation Process

- *H. Ali Moazenzadegan (Associate professor at Allameh Tabataba'i University)*
- *H. Muhammad Kourepaz (A PhD student of Criminal Law & Criminology)*

In most cases, the criminal procedure starts with interference of judicial officers and successively police investigation process. In

by the accused. There are three main opinions about this issue if the accepted concepts of the civil code in determining the criminal subjects has role or not. Meanwhile analyzing these three opinions, this paper has tried to examine the most important instances of the relationship between the financial crimes with the concepts of the civil code.

Keywords: *Crimes (offences) against property, The concepts of the Civil Code of Iran, Offensive subjects, The property rights and benefits, Property belonging to another person.*

The Analysis of the Crime of Intervention in Economic System of the Country through Accepting Deposit of Persons in Iran Code

- *Hussein Samiei Zenouz (A PhD student of Criminal Law & Criminology)*
- *Muhammad Jafar Habbibzadeh (Full professor at Tarbiat Modares University)*
- *Mahmud Saber (Assistant professor at Tarbiat Modares University)*

The criminal code of disrupters in the economic system of the country to confront economic offenders is codified in 1369 by the Islamic Consultative Assembly (Majles-e Shura-ye Eslami). Clause “h” of Article 1 of this law has criminalized accepting deposit of persons leading to waste of people’s property or Intervention in Economic System. The conditions for occurring this crime, the conditions for inclusion of the title of disturbing peace and order in the land (fassad fil-arz) for the conducts of perpetrators and numerous abstract of the mentioned title with the offensive titles such as fraud and illegal bank activities has doubts which it requires a critical and

Abstracts

The Relationship between Crimes (Offences) Against Property with the Concept of the Civil Law

- *H. Mir Muhammad Sadeghi (Full professor at Shahid Beheshti University)*
- *Ali Rahmati (A PhD student of Criminal Law & Criminology)*

It is possible to be determined some of the fundamental principles of the criminal law by considering the established (accepted) concepts of the civil code. Among this, with regarding this issue that the common aspect of every “crimes against property” is that all of them lead to the violation of the property rights and benefits of persons, these crimes has a close relationship with the concepts of the civil code (specially contract rights or property and possessive rights). Therefore, for convicting someone who commits one of these crimes, firstly, with using the concepts of the civil law, it should be proved that someone else has a financial right and this right has been violated

Table of contents

The Relationship between Crimes (Offences) Against Property with the Concept of the Civil Law/ Hussein Mir Muhammad Sadeghi & Ali Rahmati	3
The Analysis of the Crime of Intervention in Economic System of the Country through Accepting Deposit of Persons in Iran Code Hussein Samiei Zenouz & Muhammad Jafar Habbibzadeh & Mahmud Saber	27
Sanctions for the Violation of Citizenship Rights in the Police Investigation Process Hasan Ali Moazenzadegan & Hussein Muhammad Kourepaz	53
The Verdict of Duress (Coercion) Induced the Death of a Coerced Person in Iran Law Kayumarth Kalantari & Reza Hadizadeh	87
The Legal Validity of Imprisonment Less than 91 Days (Tazi'r) in the Penal Code of Iran Abul Hasan Shakeri & Sayyed Masoud Heidari	111
The Feasibility of Prosecuting ISIS Members and Leaders in National and International Criminal Courts/ Muhammad Khalil Salehi & Muhammad Davari	137
A New Approach to the Right of Retaliation for Minorities with a Glance to the Theory of Jurist Guardianship/ Muhammad Imami & Hussein Noor Al-dinee	167
Takfir, from the Islamic Jurisprudential Prohibited Principles to the Necessity of Criminalization/ Abdul Reza Asghari & Sajjad Roostaei	189
Translation of Abstracts:	
Arabic Translation/ Hamid Abbaszadeh	221
English Translation/ Ali Borhanzahi	238